EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO I

PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
SEGUNDA PARTE: DERECHO CONSTITUCIONAL

Autores del presente volumen:

Dolores Aguerrevere Valero
Alfredo Arismendi A.
Eloísa Avellaneda
Pierre Bon
Antonio Canova González
Edgar Carpio Marcos
Alejandro Carrillo Castro
Jorge Córdoba Ortega
María A. Correa De Baumeišter
Ignacio De León
Augusto Durán Martínez
Francisco Eguiguren Praeli
Manuel Feo La Cruz
Francisco Fernández Segado
Héctor Fix Zamudio
Domingo García Belaúnde
Francisco González Cruz
Claude Goyard
José Vicente Haro
Ricardo Haro
Lolymar Hernández Camargo
Víctor Rafael Hernández-Mendible
Astrid Hernández Zambrano
Fernando Hinestrosa
Wilburg Jiménez Castro
Manrique Jiménez Meza
Gustavo Linares Benzo
Jorge Londoño
Irene Loreto González
Donato Lupidii
Yusby S. Méndez-Apolinar
Sandra Morelli
Claudia Nikken
Humberto Nogueira Alcalá
Dieter Nohlen
Enrique Orduña Rebollo
Roxana Orihuela Gonzatti
Jesús Orozco J.
José F. Palomino Manchego
Cosimina G. Pellegrino Pacera
Rogelio Pérez Perdomo
Mario Pesci Feltri Martínez
Marie Picard De Orsini
Christian Pielow
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Eduardo Rozo Acuña
Néstor Pedro Sagüés
Daniel Alberto Sabsay
Luis Salamanca
Heinz Schäffer
Jorge Luis Suárez
Argenis Urdaneta
Diego Valadés
Jorge Reinaldo Vanossi
Jorge Vélez García
José Luis Villegas Moreno
Marianela Zubillaga

Coordinadores:
Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz

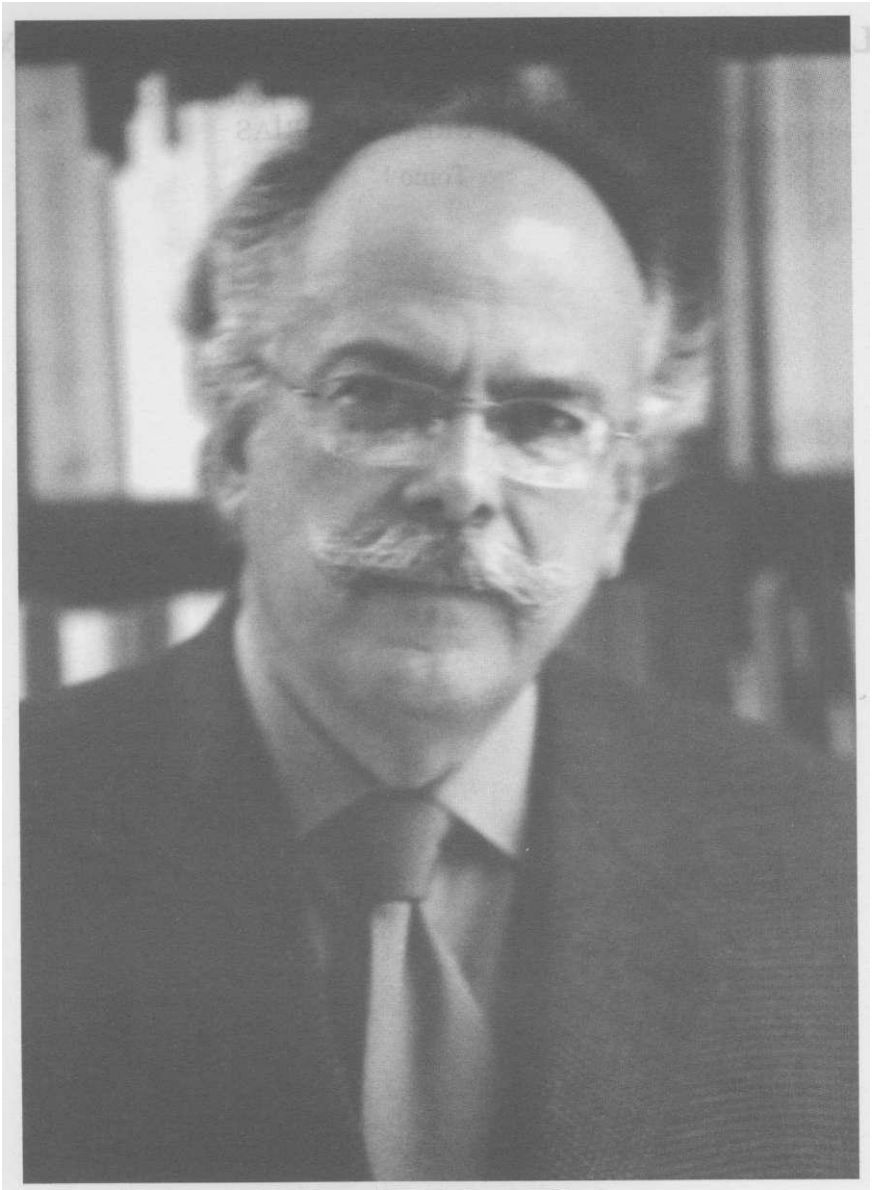
Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

THOMSON
CIVITAS

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

Tomo I



Profesor *Allan R. Brewer Carías*

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO I

PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

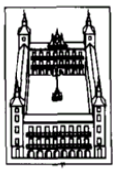
SEGUNDA PARTE: DERECHO CONSTITUCIONAL

Autores del presente volumen

DOLORES AGUERREVERE VALERO
ALFREDO ARISMENDI A.
ELOÍSA AVELLANEDA
PIERRE BON
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
EDGAR CARPIO MARCOS
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
MARÍA A. CORREA DE BAUMEISTER
IGNACIO DE LEÓN
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
MANUEL FEO LA CRUZ
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
CLAUDE GOYARD
JOSÉ VICENTE HARO
RICARDO HARO
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
FERNANDO HINESTROSA
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
GUSTAVO LINARES BENZO
JORGE LONDOÑO
IRENE LORETO GONZÁLEZ
DONATO LUPIDII
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
SANDRA MORELLI
CLAUDIA NIKKEN
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
DIETER NOHLEN
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
JESÚS OROZCO J.
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
MARIE PICARD DE ORSINI
CHRISTIAN PIELOW
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
EDUARDO ROZO ACUÑA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
DANIEL ALBERTO SABSAY
LUIS SALAMANCA
HEINZ SCHÄFFER
JORGE LUIS SUÁREZ
ARGENIS URDANETA
DIEGO VALADÉS
JORGE REINALDO VANOSSI
JORGE VÉLEZ GARCÍA
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
MARIANELA ZUBILLAGA

Coordinadores

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ



EDITORIAL CIVITAS, S.A.

MADRID, 2003

Primera edición, 2003

EL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO Y LA CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID; EL CENTRO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS PROVINCIALES Y LOCALES (CIEPROL) DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; LA FUNDACIÓN EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA; LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO; LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA); LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA); LA FUNDACIÓN INSTITUTO REGIONAL DE ESTUDIOS URBANOS (IREU) Y LA FUNDACIÓN ARQUITECTURA Y DISEÑO URBANO, han contribuido a la edición de esta obra.

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

Copyright © 2003, by Instituto de Derecho Público, UCV
Editorial Civitas, S.A
Bárbara de Braganza, 10.28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2094-0 (Obra completa)
ISBN: 84-470-2091-6 (Tomo I)
Depósito legal: M-45.133-2003
Compuesto por Francis Gil y Mirna Pinto
Printed in Spain – Impreso en España
Por Closas-Orcoyen, S. L.
Paracuellos del Jarama (Madrid)

PLAN GENERAL
DE LA OBRA

PLAN GENERAL DE LA OBRA*

PROEMIO
ALFREDO ARISMENDI A.

PRESENTACIÓN
JESÚS CABALLERO ORTIZ

DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN

I. DISCURSO
EDUARDO ROCA ROCA

II. PRÓLOGO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

III. DISCURSO
PEDRO NIKKEN

IV. PREFACIO
LUCIANO PAREJO ALFONSO

APRECIACIÓN
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA
Rector de la Universidad Externado de Colombia

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN
Ex Superintendente de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela

---

* Al final de cada tomo se incluye un índice detallado del mismo. El último tomo incluye el índice general de toda la obra.

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
Profesora de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811
IRENE LORETO GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA
JORGE VÉLEZ GARCÍA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL
SANDRA MORELLI
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO
JORGE LUIS SUÁREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA
MARIANELA ZUBILLAGA
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA
HEINZ SCHÄFFER
Profesor de las Universidades de Salzburgo, Austria

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSSI
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES
DIETER NOHLEN
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS
MANUEL FEO LA CRUZ
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO
DANIEL ALBERTO SABSAY
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA
MARIE PICARD DE ORSINI
Profesora de la Universidad de Carabobo, Venezuela

§ 23. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN: DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBECIENCIA CIVIL?
ELOÍSA AVELLANEDA y LUIS SALAMANCA
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela, España

§ 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO
JORGE LONDOÑO
Vicerrector Académico de la Fundación Universitaria de Boyacá, Colombia

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL AMERICA LATINA
EDUARDO ROZO ACUÑA
Profesor de la Università degli Studi di Urbino, Italia

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA
CHRISTIAN PIELOW
Profesor de la Universidad de Ruhr, Bochum, Alemania

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO
ARGENIS URDANETA
Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la Organización Iberoamericana Cooperación Intermunicipal (OICI), España

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Profesor de la Universidad de la Coruña, España

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
Rector de la Universidad Valle del Momboy, Venezuela

§ 34. BREWER Y CARACAS
DOLORES AGUERREVERE VALERO
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
DONATO LUPIDII
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
ALFREDO ARISMENDI A.
Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA
RICARDO HARO
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD
PIERRE BON
Directeur del'Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia

2. *El poder judicial*

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL
DIEGO VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *El poder ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD
Profesor Emérito de las Facultades de Derecho de la Universidad Panthéon-Assas París II, Francia

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA 1940-1952
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL EN LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD
EDGAR CARPIO MARCOS
Asociación Peruana de Derecho Constitucional

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPORTADA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ–MENDIBLE
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública, México

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
Secretario de Estado, España

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Ex Consejero de Estado de Colombia

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO - ADMINISTRATIVA
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
LUBÍN AGUIRRE
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA
RICARDO HOYOS DUQUE
Consejero de Estado, Colombia

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA
JAIME VIDAL PERDOMO
Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
ALFONSO PÉREZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, España

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE
PIERRE DELVOLVÉ
Profesor de la Universidad de París II, Francia

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD
BLANCA LOZANO CUTANDA
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Univesidad Santa María

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO
FRANCK MODERNE
Catedrático de Derecho Público de la Universidad París I, Francia

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES
JUAN DE STEFANO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DANIEL FERNANDO SORIA
Profesor de la Universidad Católica Argentina y Universidad Austral

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
Catedrático de Derecho Administrativo, España

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?
JESÚS CABALLERO ORTIZ
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LAS CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
LUIS CORSI
Profesor de la Universidad Santa María y de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE
SANTIAGO GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, España

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA
JOSÉ RAMÓN PARADA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000, N,328. IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI. LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA
ONORATO SEPE
Profesor de la Universidad de Roma, Italia

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO
JUAN GARRIDO ROVIRA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VOIP EN VENEZUELA
DANIEL OQUENDO
Profesor de la Universidad Monte Ávila, Venezuela

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES
RAINER LORENZO
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA “DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO” POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
FRANCISCO HUNG VAILLANT
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA
FEDERICO E. LEÁÑEZ A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL’ORDINAMENTO ITALIANO
FABIO ROVERSI MONACO
Rector de la Universidad de Bologna, Italia

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA
ENRIQUE ROJAS FRANCO
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA
ALBERTO B. BIANCHI
Profesor de la Universidad Austral, Argentina

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, España

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional, España

§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRARREFORMA INCONSTITUCIONAL)
AGUSTÍN GORDILLO
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW
J.A. JOLOWICZ
Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra

TOMO III

CUARTA PARTE
DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ
PEDRO NIKKEN
Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Profesor de la Universidad Central de Venezuela

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
Director Universitas S.R.L., Argentina

§ 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JESÚS MARÍA CASAL H.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL
ROBERTO CUELLAR M.
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO
LUIS MOISSET y MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

2. *Principios de igualdad*

§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD
MIGUEL CARBONELL
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *Libertad de expresión*

§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

§ 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, Brasil

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS
SALVADOR LEAL WILHELM
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS
JUAN CARLOS HENAO
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

5. *La libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN
LUIS PAULINO MORA MORA
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA
JOSÉ BERMEJO VERA
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Zaragoza, España

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales,
Universidad de los Andes, Venezuela

§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS "DERECHOS AMBIENTALES"
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
Vicerrector Académico de la Universidad Carlos III de Madrid, España

§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA
DANTE CAPONERA
Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Italia

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO. ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMA
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España

§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS
CARLOS M. AYALA CORAO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO "IMPUESTO" AL DÉBITO BANCARIO
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 140. LA NOCIÓN DE "DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN" COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL
HUMBERTO ROMERO MUCI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SEXTA PARTE

VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL
JOSÉ DEL REY FAJARDO
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA
JACQUELINE LEJARZA A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO
CARLOS A. CASANOVA
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
SONIA PICADO
Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica

CURRICULUM VITAE
ALLAN R. BREWER-CARÍAS

PROEMIO

Alfredo Arismendi A.
Director del Instituto de Derecho Público de la
Universidad Central de Venezuela

La obra que tengo el inmenso honor de presentar tiene por objeto rendir el merecido homenaje a un Profesor, Doctor en derecho, a quien se podría definir -en el más estricto sentido de la palabra-, como un paladín de mil batallas, forjador del derecho en una tierra ajurídica por naturaleza.

Allan Randolph Brewer-Carías ha sido en una Venezuela bendecida por Dios pero maltratada por sus malos hijos; un brillante defensor del derecho, un apasionado profesor universitario que le ha donado su crédito como jurista a la Universidad Central de Venezuela, y en especial, al Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta Alma Mater.

El Libro cuya presentación hago, a pesar de que tiene un título general al querer mostrar, a través de más de un centenar de colaboraciones recibidas, el estado del derecho público a comienzos del siglo XXI; y de lo que se ha dicho y escrito sobre el compañero de aulas, de sus indiscutibles méritos docentes, científico, públicos y privados; tiene un marco de honor que lo hace único y lo realza: el culto a la amistad.

Y es que la nota unificadora que reúne los colaboradores de esta obra única en Venezuela durante el siglo XX y quizás el XXI, no es otra que la de sentirnos unidos al homenajeado, no sólo por sus grandes dotes personales y académicos, sino por el afecto y la hermandad que Allan Randolph Brewer-Carías ha logrado ganarse a través de todo su existir.

Durante cuarenta años me ha unido al homenajeado una honrosa amistad que vá más allá de las aulas universitarias, hasta convertirse en un respeto mutuo de hermandad. Relación nacida incluso antes de que compartiéramos el aula universitaria y complementada en nuestra coincidencia en el Instituto de Derecho Público al compartir fundamentalmente postulados y fines universitarios.

No quiero quedarme en el convencionalismo académico, por que la personalidad de Brewer-Carías, su obra, su alcance en la vida jurídica nacional e internacional, su carrera universitaria y el modelo que representa su trayectoria en todas sus facetas, indudablemente obligan a hacer consideraciones que necesariamente tienen que ir más allá de lo que representa una convencional presentación.

La trayectoria del homenajeado es un oasis en nuestro medio: su creación no ha sido motivada por fines lucrativos. Para Brewer-Carías la vida no ha sido únicamente obtener provecho, e incluso, si este se logra tan sólo con el esfuerzo personal, no perjudica, mas bien produce la satisfacción moral, y mucho más sí es beneficioso para sus compatriotas por medio de la difusión, para que esa labor, como todo creador conciente, produzca obras, que con el tiempo, y su generosidad reproduzcan la obra del jurista.

Así, de esta manera, la bibliografía nacional e internacional se multiplica con lo creativo de su talento, lo que ha conducido a que en todos y cada uno de los aspectos en los cuales ha incursionado, se traduzca en un aporte original, abrir derroteros, señalar soluciones, o tan sólo plantear problemas o situaciones, que han pasado en mas de las veces inadvertidos o que a conciencia no se han querido tratar. Por todas estas

razones, la obra jurídica de Allan Randolph Brewer-Carías representa una gama de trabajos que van desde los títulos mas agudos en su redacción, hasta un simple artículo de periódico con un sello personal, el amor por la Patria, por el derecho y por la Universidad, todo lo cual lo convierte en un jurista original, innovador, y en muchos casos polémico.

Caracas, mayo 2003

PRESENTACIÓN

Jesús Caballero Ortíz
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela

Este Libro es el homenaje que la Cátedra de Derecho Administrativo ha querido ofrecer al Profesor ***Allan R. Brewer Carías*** *para destacar la labor de uno de los grandes juristas de Venezuela y, sin duda, quien tiene la más vasta obra jurídica escrita en toda la historia de nuestro país. La convocatoria que efectuamos, y que atendieron muchos de sus colegas y amigos, es muestra de los afectos intelectuales que Brewer-Carías ha generado en sus cuarenta años de actividad académica y profesional en el mundo jurídico contemporáneo. Son el* ***Instituto de Derecho Público****, y la* ***Cátedra de Derecho Administrativo****, ambas de la Universidad Central de Venezuela, las instituciones que mejor pueden dar testimonio de esa labor.*

Brewer-Carías ingresó al Instituto de Derecho Público de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en 1960 como Auxiliar de Investigación, aún siendo estudiante de la carrera de derecho, y desde entonces comenzó a demostrar una excepcional capacidad de trabajo y de investigador fuera de lo común, al punto de que su primer estudio publicado, en materia de procedimiento administrativo, apareció en la ***Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*** *Nº 113, Caracas, en 1960. Con su último libro, precisamente sobre* ***Principios del procedimiento administrativo en América Latina****, publicado por la Universidad de El Rosario en Bogotá, 2003, su obra suma más de ciento treinta libros y trescientos cuarenta artículos en revistas especializadas y obras colectivas, cuya lista se puede consultar en la* ***bibliografía*** *que se publica al final del* ***Tomo III*** *de este Libro Homenaje. Esa labor le ha sido reconocida por la Nación al otorgarle el Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas en 1981, el* ***Premio Nacional de Ciencias*** *y la Universidad Central de Venezuela, en 2002, el* ***Premio Francisco De Venanzi a la trayectoria del investigador universitario****.*

El Instituto de Derecho Público y la Cátedra de Derecho Administrativo han sido los puntos centrales de referencia de toda la actividad académica de Brewer-Carías en las ultimas décadas, instituciones a las cuales les dio el mayor auge e impulso. Por eso esta obra la han promovido y organizado el Instituto, y la Cátedra de Derecho Administrativo, con cuyo Jefe actual ha mantenido siempre estrechos lazos de amistad, no sólo en su época de estudiante, sino especialmente cuando preparaba mi tesis de doctorado en París sobre ***Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano,*** *tema que Brewer había ya estudiado, pero desde el punto de vista del derecho comparado.*

De regreso de sus estudios de post grado en Francia, Brewer-Carías ingresó a la Facultad de Derecho y al Instituto como Profesor en 1963, ganando el Concurso de Oposición de la Cátedra de Derecho Administrativo en 1964. Con la libertad que Antonio Moles Caubet, entonces apreciado Director del Instituto, daba a sus asistentes, Brewer desarrolló una intensa actividad de reforma del programa de la Cátedra de Derecho Administrativo y transformó al Instituto en la institución más importante en derecho público en el país. Lo reorganizó en secciones, y él mismo tuvo a su cargo la Sección de Derecho Administrativo, llegando a ocupar la Dirección del Instituto entre 1978 y 1987, año en el cual voluntariamente se retiró del mismo. Esos cargos fueron ocupados con posterioridad, casualmente, por quien suscribe esta presentación.

Puede decirse que todo lo que ocurrió en Venezuela en materia de derecho público hasta los ochenta se hizo en o desde el Instituto, y de allí la interminable escuela de administrativistas que Brewer ha generado en el país, labor que continuó una vez retirado del Instituto desde sus cursos de Derecho Administrativo Profundizado en el postgrado de la Universidad Central de Venezuela. A través del Instituto, Brewer dirigió seminarios y jornadas nacionales e internacionales en las cuales se trataron todos los temas de interés en su momento: integración económica, régimen municipal, salvaguarda del patrimonio público, régimen cambiario, derecho urbanístico, contencioso-administrativo, procedimientos administrativos, etc., resultando una invalorable labor de extensión universitaria que divulgó el derecho administrativo en el país como antes jamás había sucedido. Abrió permanentemente el mundo académico venezolano hacia el exterior estableciendo lazos con todos los administrativistas latinoamericanos y españoles, habiendo sido promotor de innumerables jornadas de intercambio y relación. Ello le ha sido reconocido con varios doctorados ***honoris causae*** *que ha recibido, entre ellos, de las prestigiosas* ***Universidades de Granada*** *y de la* ***Carlos III de Madrid****; y su designación como profesor honorario en varias Universidades de América latina.*

Brewer siempre se interesó por los temas novedosos. Por tal razón su obra académica no se ha concentrado en un manual o tratado, sino que ha abarcado los más variados temas del derecho público, lanzando permanentemente ideas para la discusión. Por ello, en un prólogo a un libro suyo sobre ***Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*** *(1971), Antonio Moles Caubet destacaba a Brewer-Carías como "el joven y ya prestigioso administrativista cuyo talento está por encima de todo elogio", con quien encontraba el punto común de "que a ambos nos tienta por igual lo más dificultoso" y agregaba:"Nuestros diálogos durante los largos años de convivencia universitaria han versado preferentemente sobre aquellos puntos problemáticos -verdaderas* ***quaestiones disputatae****- cuya solución exige el desarrollo acelerado de Venezuela, en el cual participa el Profesor Brewer-Carías desde otros planos oficiales con tanto celo y eficacia". Se refería en ese momento a la labor de Brewer como Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República. Destacaba Moles en ese prólogo, además, con motivo del tema del libro, la tarea acuciosa de Brewer de poner "a circular ideas-directrices, sin las cuales cualquier realización material resultaría inconsistente"; tarea que, puede decirse, caracteriza toda su obra, particularmente en los temas de la reforma administrativa, de la integración económica, del ordenamiento urbanístico, de la ordenación del territorio, del derecho público de la economía, del régimen municipal, del federalismo, del contencioso-administrativo, de la justicia constitucional, del régimen electoral, de la crisis del Estado, del poder constituyente, y tantos otros temas, tantísimos, a los que Brewer ha dedicado sus estudios.*

Su obra escrita, sin embargo, se inicia con su tesis doctoral sobre las ***Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana****, (1964) texto que, sin quererlo, se configuró en un Manual en un momento en el cual nada se había escrito con carácter general sobre la materia. Recuérdese, incluso, que la primera edición del* ***Manual del Derecho Administrativo*** *del Profesor Eloy Lares Martínez apareció publicado el mismo año de la tesis de Brewer.*

Paralelamente a su labor de investigación en el Instituto de Derecho Público, Brewer enseñó Derecho Administrativo I y II en el pregrado de la Facultad durante veinte años, hasta 1983, y luego, hasta el presente, en la Especialización de Derecho Administrativo en el Post grado de la Facultad. Pero su prestigio académico ha provocado que

*haya sido invitado a enseñar en otras universidades del exterior habiendo sido Profesor regular en cursos de postgrado en la **Universidad de Cambridge**, UK, (1985-1986), en la **Universidad de París II** (1989-1990), en la **Universidad de París X** (2000) y en la **Universidad del Rosario**, Bogotá (1998-2000). Además, ha sido Visiting Scholar en la **Universidad de Cambridge**, UK, (1972-1974) y en la **Universidad de Columbia**, Nueva York, (2002-2003).*

*A partir de 1966 y estimulado por el siempre recordado profesor Roberto Goldschmidt, comenzó a participar en los Congresos Internacionales organizados por la **Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya**. Ello lo llevó desde joven a dedicarse al derecho público comparado con tanta constancia y acuciosidad, que el Profesor Roland Drago, al escribir el prefacio de su obra de juventud, **Les entreprises publiques en droit comparé,** París, (1968) tema que el mismo Profesor Drago había venido manejando con maestría desde su tesis doctoral sobre **Les crises de la notion d'etablissement public**, París (1950), señaló sobre la obra de Brewer que: "Uno no duda en decir que en la actualidad se trata de la mejor síntesis sobre el tema de las empresas públicas en el mundo" indicando que a través de su lectura se podía "descubrir las eminentes cualidades de un autor que representa a la joven doctrina de derecho administrativo en Venezuela y en América Latina". Más de treinta años después, el propio Profesor Drago, actualmente Secretario Permanente de la Academia Internacional de Derecho Comparado y miembro del Instituto de Francia, al prologar la muy importante obra de Brewer denominada **Études de Droit Public Comparé**, que editó la casa Bruylant de Bruselas en 2000, diría que "el Profesor Brewer-Carías es considerado desde hace bastante tiempo como uno de los comparatistas más distinguidos de su época", destacando sobre la obra que prologó, que "En 1182 páginas, es un verdadero tratado que pone de manifiesto la universalidad de la cultura y el poder de análisis de un gran jurista". Desde 1982 Brewer es **Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya**.*

*En Venezuela, además, ingresó muy joven en 1978, como Individuo de Número a la **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**. De ello diría Rafael Caldera, miembro de dicha Institución, al prologar su libro **Política, Estado y Administración**, Caracas 1979, que: "Es uno de los académicos más jóvenes que ha habido en Venezuela y es quizás el más joven de todos los individuos de número de las Academias Nacionales en la actualidad. Honra a su generación y constituye motivo de gran esperanza en el futuro el que su juventud vaya pareja con su madurez; el que como portavoz de una generación surgida a la vida nacional en el año de 1958, muestre tanta capacidad para el estudio serio de los problemas nacionales y de las soluciones que habrá que afrontar para ganar definitivamente el destino de Venezuela". Brewer presidiría la Academia entre 1998 y 2000.*

Brewer ha sido, además, un conferencista incansable. Durante sus cuarenta años de vida académica, ha dado casi un millar de conferencias, charlas y exposiciones en las más prestigiosas universidades e instituciones de Venezuela, de América Latina, de Europa y Estados Unidos. Muy pocas veces declina una invitación para compartir sus ideas con los demás, con una generosidad que los invitadores siempre han apreciado.

*Pero sus trabajos no sólo han sido el resultado de la actividad académica, sino del ejercicio de funciones públicas. Puede decirse, que no ha ejercido función pública alguna de la cual no haya surgido algún libro. Cuando fue Consultor Jurídico del Ministerio de Justicia, recopiló y editó la **Doctrina Administrativa del Ministerio de Justicia** (1959-1964) 2 Vols., Caracas 1965; cuando se desempeñó como Consultor Jurídico del*

Consejo Supremo Electoral, inició la recopilación y edición de la ***Doctrina Administrativa del Consejo Supremo Electoral*** *(1966-1968), Caracas 1969; de sus funciones como asesor jurídico del Gobernador del Distrito Federal, surgió el libro* ***El régimen de gobierno municipal en el Distrito Federal****, Caracas, 1968; de sus tres años como Presidente de la Comisión de Administración Pública, resultó el trascendente* ***Informe sobre la Reforma Administrativa en Venezuela****, 2 Vols. Caracas 1972, que dirigió y en gran parte redactó personalmente, así como su obra* ***Estudios sobre la Reforma Administrativa****, Caracas, 1980; de sus pocos años de ejercicio como Senador por el Distrito Federal, dejó tres tomos de* ***Estudios de Derecho Público (Labor en el Senado 1983-1987)****; al concluir su labor como Ministro de Estado para la Descentralización, entregó como Memoria al Congreso Nacional en enero de 1994, el muy importante* ***Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993****; y de su labor como Constituyente en la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 produjo tres tomos intitulados* ***Debate Constituyente****, Caracas, 1999, con el texto de sus escritos, informes y propuestas a la Asamblea.*

Su actividad pública y sus criterios políticos, además, se ha manifestado a través de sus opiniones en casi un millar de declaraciones y entrevistas en periódicos y revistas, habiendo sido sus criterios un punto de referencia obligado en el país.

En fin, no puede dejar de subrayarse la actividad de Brewer como fundador y director de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana. En ella dirigió desde su inicio en 1980, la ***Revista de Derecho Público*** *y desde esa Editorial, desde los años setenta, ha alentado, promovido y financiado, incluso con el aporte a la Fundación de sus derechos de autor de sus obras, la edición de innumerables obras jurídicas, contribuyendo así no sólo al acervo jurídico-administrativo del país, sino a la promoción de tantos jóvenes administrativistas que encontraron en la Editorial el vehículo siempre dispuesto para la publicación de sus trabajos.*

Al Brewer universitario, académico, profesor, investigador, funcionario público, publicista, orientador de opinión, conferencista y editor, se une además el Brewer maestro y amigo, siempre dispuesto a ayudar, estimular y enseñar con generosidad, lo que tantos amigos y generaciones de abogados han apreciado, incluyendo entre ellos ese ejército de amigos silenciosos que tiene y que sólo lo conocen y aprecian a través de su obra escrita y de sus declaraciones de prensa.

Ese Brewer es el que motivó la iniciativa de organizar esta obra homenaje, para lo cual hemos contado con la invalorable ayuda de la abogado María Cecilia Barrientos, quien organizó la correspondencia y contactos con los colaboradores, de Francis Gil, Arelis Torres y de Mirna Pinto de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a quienes se debe el invalorable trabajo de composición del texto para su impresión; y de Judith Mendible del Instituto de Derecho Público. Sin su entusiasta dedicación y sin su extraordinaria competencia, este monumental Libro Homenaje no se hubiera podido editar.

Pero el Libro Homenaje existe porque más de ciento cuarenta profesores y académicos amigos de Allan R. Brewer-Carías atendieron la convocatoria que le hicimos y enviaron a tiempo sus trabajos. Gracias a todos por su colaboración, y gracias a Brewer-Carías por haber sido el motivo para que pudiera configurarse esta obra que por su contenido bien refleja el estado de ***El derecho público a comienzos del siglo XXI.***

Caracas, mayo 2003

DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN

I. DISCURSO DEL PROFESOR EDUARDO ROCA ROCA en el acto del otorgamiento del Doctorado *Honoris Causae* de la Universidad de Granada, 1986

Granada es crisol, donde se funden culturas y civilizaciones centenarias y que va a tener una proyección internacional a lo largo de su existencia como foco de saberes, primero en el mundo islámico y después en el mundo occidental y de forma especial hacia las tierras americanas, a partir de 1492.

Hay momentos en que las palabras pierden su sentido, y se hacen rutinarias a fuerza de ser repetidas de forma maquinal, y quizás sucede este fenómeno en relación con las palabras inicialmente pronunciadas, cuando afirmo que Granada es crisol de culturas y civilizaciones, pues acabamos desconceptualizando la afirmación propuesta, vaciándola de contenido, y creo que existen momentos en los que debemos hacer una reafirmación de nuestra identidad y de nuestro sentido de ser, esencialmente, ente fusor y transmisor de cultura en su íntimo significado universitario, y hacerlo, precisamente desde esta Universidad y desde esta ciudad esencialmente fusionadas en el sentido de *Universitas*, cuando nuestra sociedad se aproxima al nuevo siglo y la Universidad Granadina tiene como meta, y casi al alcance de la mano, el medio milenio de existencia y que verán nuestros actuales alumnos cuando los mismos alcancen la madurez física e intelectual, sin olvidar tampoco el medio milenio del Descubrimiento de América que ya podemos contemplar pasando escasas hojas del Calendario.

Recordemos la especial predilección que -por obvias razones- sintieron hacia Granada tanto los Reyes Católicos, como su nieto el Emperador Carlos, de tal forma que el Colegio de Lógica, Filosofía y Teología y Cánones que se crea por Real Cédula dada en Granada el 7 de noviembre de 1526, se va a transformar, a instancias del Emperador, en Universidad, como consecuencia de la Bula que firma el Papa Clemente VII, el 13 de julio de 1531, por la que se erige el Estudio General de Granada con todas las facultades, grados y privilegios que tuvieran las Universidades de Bolonia, París, Salamanca y Alcalá (*Constituciones de la Universidad de Granada*, Edición y Estudio Preliminar, por Fermín Camacho Evangelista, Granada 1982, págs. 8 y 9). Dichas bulas "costaron muchos dineros" según manifestó Gaspar de Avalos, Arzobispo de Granada y su publicación en el Reino de Granada se hizo "con suntuosidad de trompetas y atabales" por la importancia que tenía para los habitantes de estas tierras, como dice Miguel A. López, teniendo lugar la celebración del acto inaugural de la Universidad en los palacios arzobispales el día 19 de mayo de 1532 (Miguel A. López, *Maestros y Graduados. 1532-1542*, Universidad de Granada 1982, págs. 9 y 10).

En el momento de la fundación de la Universidad de Granada era manifiesta la necesidad de Juristas para atender la demanda de profesionales del Derecho por parte de la Real Chancillería y Cabildo Municipal, y en menor medida los Cabildos eclesiásticos de la Catedral y de la Capilla Real así como del Arzobispado. En consecuencia -destaca Miguel A. López, *op. cit*., págs. 49 y siguientes- "al fundarse la Universidad, la Facul-

tad de Derecho fue la que, en su primer año, mayor número de Graduados incorporó a su Claustro: cuatro abogados de la Audiencia, dos canónigos y un Capellán Real", aunque debe destacarse que durante los primeros años de vida de nuestra Universidad sólo se produjeron Graduaciones en Cánones y básicamente redimiendo cursos que habían cursado en otras Universidades, constando que el primer alumno que se graduó en Leyes en esta Universidad fue Francisco Becerril que obtuvo el grado en marzo de 1539. Es curioso destacar que entre los años 1539 y 1542, apenas 15 alumnos obtuvieron el título de Licenciado o Doctor en Leyes (págs. 55 a 58).

Gonzalo Jiménez de Quesada, nacido en la cercana ciudad de Santa Fe, realizó estudios de Leyes en el Colegio antes referido obteniendo un empleo en la Real Chancillería de Granada y, sobre 1535, fue designado justicia Mayor del ejercito que se envió a Santa Marta bajo las órdenes de Pedro Fernández de Lugo que le encomendó la busca de las fuentes del Río Grande o Magdalena, expedición que se convirtió en la proeza geográfica más importante de su tiempo. Castellanos le calificó como "fuerte varón, sabio y experto", y el cronista Herrera se refiere a él como "hombre despierto y de agudo ingenio, no menos apto para las armas que para las letras"; tras su largo periplo por tierras que hoy son venezolanas y colombianas, fundó Santa Fe de Bogotá (en claro recuerdo de su ciudad natal Granadina) el 6 de agosto de 1538, tras diversas vicisitudes obtuvo el nombramiento de Mariscal del Nuevo Reino de Granada y, en 1569, intentó el descubrimiento y conquista de El Dorado llegando al Río Guaviare en su confluencia can el Orinoco con sólo 25 hombres. Los últimos días de su vida los pasa en Mariquita donde dejó de existir el 16 de febrero de 1579.

Este Universitario Granadino escribió un *Epítome de la Conquista del Nuevo Reino de Granada* (que publicó en España el americanista Marcos Jiménez de la Espada), y en este momento se justifica su extensa cita, porque supone el primer nexo jurídico-universitario entre Granada y su Universidad y el Nuevo Reino de Granada. En un reciente y luminoso artículo del Académico, y antiguo miembro de este Claustro, Prof. Manuel Alvar (*Las Aguas vivas de Granada*, ABC, Madrid, 18-10-86, pág. 3) destaca que "la vida de Granada es siempre un inicio de tradiciones. Aun en lo que resulta más sorprendente", y seguidamente cuenta que en la Sabana de Bogotá un día se encuentran el Sevillano Juan de Castellanos y el Granadino Gonzalo Jiménez de Quesada y "hablan de poesía: el Sevillano defiende los metros italianizantes, el Granadino los tradicionales". Lo que pone de relieve el contraste de las dos Andalucías, el apego a las tradiciones y la generación de nuevas tradiciones que surgen de la simbiosis y conjunción de distintas culturas.

Aquí está el tránsito del Medievalismo al Renacimiento, en esta Síntesis de Empleo en la Real Chancillería de Granada, Justicia Mayor en Santa Marta, explorador, descubridor, aventurero, visionario de El Dorado, Mariscal del Nuevo Reino de Granada, cronista, poeta diletante, en suma polifacético jurista de la Universidad de Granada.

Hoy me cabe el honroso e inmerecido honor de presentar y apadrinar al venezolano Prof. Brewer-Carías solicitando de este Claustro la venia para que se le conceda la investidura de Doctor y pueda incorporarse al mismo. No ha sido un *flatus vocis* o una cita infundada, la referencia histórica previa, sino simplemente he tratado de poner de manifiesto a través de un *casus singularis* y de un *singularis virtute praeditus vir* - hombre de singular virtud jurídica- los lazos culturales, afectivos, de sangre y de tradición que nos unen con los pueblos de América, y de forma especial el vínculo de nuestra Universidad con la República de Venezuela, presentando hoy al Claustro a una de

las primeras figuras del Derecho Administrativo hispano-parlante -y también del Mundo Jurídico en general- para que sea recibido en nuestro Claustro, en la Universidad del jurista, soldado y humanista Gonzalo Jiménez de Quesada, teniendo esta petición, y posterior aceptación, un significado singular, ya que será el primer jurista hispanoamericano que se incorporará al Claustro de nuestra casi medio milenaria Universidad de Granada. Por ello y cumplimentando el obligado rito procedimental -ya que el procedimiento es materia de orden esencial en Derecho Administrativo- debo de realizar una labor casi imposible: resumir en unas líneas la densa labor científico-jurídica del Prof. Brewer-Carías y las miles de páginas que han fluido -en caudal arrollador- de su prolífica pluma.

Allan R. Brewer-Carías irrumpe en el Derecho Administrativo de su país, en 1964, cuando aparece publicado su libro *Lasr Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.* Esta obra se puede considerar como la primera que, en Venezuela, y en Hispanoamérica, expuso el Derecho Administrativo contemporáneo, con una metodología moderna. Se trata de un intento de mostrar la situación de la teoría general del derecho administrativo, construida sobre la base de las decisiones jurisprudenciales de la Suprema Corte del país, la cual hasta ese momento era casi totalmente desconocida. La obra, sin duda, contribuyó a darle un vuelco total al derecho administrativo en Venezuela, antes de esa fecha muy poco cultivado.

Así lo intuyó nuestra propia *Revista de Administración Pública*, cuando al reseñar el libro en el N° 45 de 1964 señalaba:

> De hecho nos encontramos con una auténtica "Teoría General del Derecho Administrativo Venezolano", aun si el autor modestamente renuncia en la primera página del libro a proclamarlo. Puede parecer excesiva esta apreciación si se considera que formalmente la obra no es más que una tesis doctoral; pero no es menos cierto que no faltan ejemplos, desgraciadamente poco numerosos, en los que han sido este tipo de trabajos los que han sentado las piedras angulares de una nueva disciplina o, por lo menos, de un nuevo tratamiento de la misma en un país concreto.

Y concluía dicha reseña señalando que

> La aparición de nombres y de obras como aquellos a los que se refiere esta reseña, abren un amplio margen a la confianza de que en breve plazo la instauración de Administraciones firmemente asentadas sobre los conceptos jurídicos fundamentales será una realidad feliz en muchas de las naciones hispanoamericanas.

Y en efecto, en los últimos veinte años, en esa tarea de la construcción sistemática del derecho administrativo en Venezuela, y en el mundo hispano-parlante, la obra de Brewer-Carías es indiscutible como lo expresó el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en carta dirigida al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, en 1981, cuando postuló al Profesor Brewer-Carías para el *Premio Nacional de Ciencia* de Venezuela, que le fue conferido en 1981:

> El Profesor Brewer-Carías es reconocidamente una de las más importantes y destacadas expresiones de la intelectualidad venezolana y el más fértil productor de trabajos científicos en el área entre los hombres de su generación. Es además probablemente el autor que tiene la más extensa obra jurídica en toda nuestra historia.

Agregaba además el Decano Pedro Nikken en esa correspondencia:

> Debe destacarse que la labor científica e intelectual del Dr. Brewer-Carías no se ha limitado exclusivamente al campo jurídico tradicional sino que ha abarcado las ciencias de la Administración y las Ciencias Políticas, campo dentro del cual ha publicado diversas obras y ha cumplido

> valiosísimos aportes al funcionamiento de las instituciones en Venezuela, en particular con ocasión de haber ocupado la Presidencia de la Comisión de Administración Pública y de haber propuesto un modelo para la reforma integral de la Administración Pública Venezolana.

En definitiva, con 54 libros publicados y más de 250 artículos de revistas publicados en Hispanoamérica y en Europa, como lo ha dicho el ex Presidente de Venezuela, Rafael Caldera, en un prólogo a uno de sus libros, Brewer-Carías "es uno de los más brillantes especialistas en Derecho Administrativo en la vida científica actual de Venezuela". Por ello, sin duda, fue el académico más joven que ha sido electo por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de su país, lo que ocurrió en 1978 cuando contaba 38 años de edad.

Pero la obra de Brewer-Carías, iniciada en 1964, habría de salir pronto de las fronteras de su país. Como lo dijo su profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Caracas, Gonzalo Pérez Luciani, "él ha sido el que ha llevado el Derecho Administrativo en Venezuela a un nivel y una difusión de carácter internacional".

Así, su libro primero, y a los pocos años de publicado, ya era conocido en otros países de Hispanoamérica y España; y en 1966, cuando sólo contaba con 26 años de edad, fue el primer hispanoamericano que fue designado Ponente General en uno de los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, el VII, celebrado en Upsala, Suecia. Sobre ello ha dicho el Profesor mexicano León Cortiñas Peláez:

> A los 26 años, sólido y sereno en su francés *sorbonnard*, Brewer-Carías deslumbró el aréopago de Upsala mediante una de esas demostraciones que prueban que el subdesarrollo no es problema de hombres y en definitiva será derrotado por el crecimiento de la atmósfera en países que se honran con científicos de esta categoría.

La ponencia de Brewer-Carías sobre el tema de las empresas públicas, en todo caso, fue considerada de tal valor que fue editada en París en 1968, por la Faculté International de Droit Comparé, con el título *Les Entreprises Publiques en Droit Comparé*, obra que ya se ha convertido en un clásico del tema, de obligada referencia en todos los trabajos que posteriormente se han escrito sobre la materia. Sus vínculos con la Academia Internacional de Derecho Comparado con sede en La Haya, de la cual Brewer-Carías es hoy Vicepresidente, continuaron posteriormente y lo llevaron a organizar el exitoso XI Congreso Internacional celebrado en Caracas en 1982.

Sus vínculos con Francia tampoco cesaron desde los años en que fue estudiante de los cursos de postgrado en la Sorbona, allá por 1962-1963, y posteriormente, no sólo fue invitado a dar conferencias y cursos cortos en la misma Facultad de Derecho donde había estudiado, sino que por varios años fue Profesor regular de los cursos del Instituto Internacional de Administración Pública de París.

Posteriormente se vinculó al mundo académico inglés; a principios de los setenta pasó dos años como *Visiting Scholar* en la Universidad de Cambridge, y luego fue nombrado Profesor regular de dicha Universidad, en el año académico 1985-1986, donde dio un curso en el Master de Derecho de la Facultad de Derecho, habiendo sido el primer hispanoamericano que en toda la historia de las varias veces centenaria Universidad de Cambridge, tiene a su cargo el dictar un curso regular en su Facultad de Derecho. El resultado de ello es un libro, en proceso de impresión, en la renombrada *Cambridge University Press*, sobre *Judicial Review in Comparative Law*, que esperamos poder ver traducido al español y editado en España, y que será el libro que haga el número 55 de su producción.

Con el mundo hispanoamericano, Brewer-Carías entró también rápidamente en contacto. Contemporáneamente con él, a principios de la década de los sesenta, comenzaban a surgir nuevos valores de la ciencia jurídico-pública de América Latina, de su misma generación, empeñados en romper el desfase que existía en ese momento entre la doctrina hispanoamericana y las elaboraciones científicas registradas en la mayoría de los países europeos. Basta recordar, entre ellos, los nombres de Agustín Gordillo, de Argentina; Jaime Vidal Perdomo, de Colombia, y Eduardo Ortiz Ortiz de Costa Rica. Brewer-Carías fue al encuentro de ellos, los puso en contacto entre sí, y como resultado de todos esos años de correspondencia fue la creación del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, del cual es su Presidente, y que aglutina a los más destacados Administrativistas hispanoamericanos.

Pero aun cuando más lejana, también estaba dentro de los planes de Brewer-Carías la búsqueda de una presencia de los autores hispanoamericanos en España, siempre dispuesta a mirar más allá de los Pirineos por luces jurídicas, pero en general, renuente a mirar al otro lado del Atlántico. Brewer-Carías entró en contacto con todos los académicos españoles, y fue de los primeros hispanoamericanos a quien se le publicó un trabajo en la *Revista de Administración Pública*, que tanta influencia ha tenido no sólo en España, sino en todos los países de Hispanoamérica. Veintidós años después de la publicación de un artículo suyo en el Nº 42 de la revista, los autores latinoamericanos pueden considerar que se sienten en España como en su casa. Muestra de ello son las muchas ediciones de libros de autores de derecho público de Hispanoamérica que se han editado en España en la última década. Por supuesto, para hacer realidad esta relación de Hispanoamérica con España, contó con la esencial colaboración, de este lado del Atlántico, de toda la pléyade de profesores de Derecho Administrativo de la Península, con los cuales ha desarrollado una amistad personal entrañable.

Especial relevancia tienen sus colaboraciones e intervenciones en las Jornadas Iberoamericanas de Estudios Municipales que se inician en Granada a partir de 1980, organizadas por el Instituto de Estudios de Administración Local, en colaboración con el Departamento de Derecho Administrativo de esta Universidad y, con el patrocinio del Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, por cuya razón el Prof. Brewer-Carías ha asumido el papel de profesor -o aún mejor de Maestro- desde la Cátedra del Paraninfo de nuestra pluriesecular Universidad, consolidando el más importante nexo que liga el Derecho Administrativo de España con el Hispanoamericano.

Si Granada tuvo un protagonismo decisivo, a mediados del siglo XIX, en la génesis del Derecho Administrativo español, en frase feliz de mi Maestro el Prof. Mesa-Moles Segura, hoy me atrevo a ampliar esta afirmación, diciendo que nuestra Universidad asume un protagonismo decisivo en la génesis del Derecho Administrativo Hispanoamericano.

En su país, y como tenía que ser, no sólo por la especialización del derecho administrativo, sino por la dinámica de los países de Hispanoamérica como Venezuela, Brewer-Carías no sólo se ha dedicado a la investigación y la docencia, sino que fue designado para el desempeño de cargos públicos de alto nivel en los tres poderes: fue Presidente de la Comisión Presidencial de Administración Pública que diseñó el proceso de reforma administrativa de Venezuela; fue Conjuez y Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia; ocupó el curul de Senador por el Distrito Federal durante tres años, y hoy es el primer suplente de dicho cargo por el mismo Distrito Federal.

En el campo de la docencia es Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela desde 1963, donde además fue por muchos años Jefe de la Cátedra.

En materia de investigación, en 1960, aún siendo estudiante, ingresó al Instituto de Derecho Público bajo la dirección del Profesor Antonio Moles Caubet, uno de esos españoles que tuvieron que ir a América en los años posteriores a la República; Instituto que desde 1978 dirige con acierto. Esa institución es, sin duda, en Venezuela, el centro fundamental de investigación y formación en derecho administrativo, donde ha formado escuela. Por su trabajo allí, ha sido factor clave en la difusión de la jurisprudencia, así como en el perfeccionamiento de la legislación de su país. Así, puede decirse que Brewer-Carías ha intervenido en una forma u otra en la elaboración de todas las más importantes leyes reguladoras de la actividad estatal sancionadas en los últimos quince años.

Fundó hace casi diez años, la Editorial jurídica Venezolana, sin duda hoy, la primera y más sólida casa editorial en materia jurídica de Venezuela y de Hispanoamérica, dedicada a la publicación de obras de autores conocidos y a la promoción de otros menos conocidos. Finalmente, debe destacarse que en 1980 fundó la *Revista de Derecho Público,* de la cual es su Director, que ya lleva 27 números publicados trimestralmente, y que se ha convertido no sólo en la publicación periódica más importante y regular de Venezuela, sino en el centro del desarrollo del derecho administrativo en el país.

Todos esos años de trabajo lo han llevado a comenzar a cosechar de su propia obra. Así, el año pasado 1985 publicó sus *Instituciones Políticas y Constitucionales*, en 2 Tomos, y más de 1.500 páginas, que ha sido calificado por el Profesor Manuel Rachadell como "tal vez el libro más importante que se ha publicado en el país en el campo del derecho público". Aquí en España está por salir editada por el Instituto Nacional de Administración Pública, su obra *Estado de Derecho y Control Judicial,* y sé que está trabajando en unas *Instituciones de Derecho Administrativo,* para terminar la construcción sistemática de esa disciplina en su país, que inició hace 24 años.

No debo silenciar, en rápida y sintética enumeración, los reconocimientos internacionales que ha merecido la obra de Brewer-Carías, que se manifiestan en su pertenencia a Institutos y Organizaciones Internacionales, entre los que debo destacar:

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya. Vicepresidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas de Bruselas. Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Miembro del Directorio de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino.

Me siento en la obligación de hacer algunas referencias a las disposiciones concretas que se contenían en las primeras Constituciones de la Universidad de Granada que se aprobaron por su Claustro el 6 de mayo de 1542, en relación con sus Doctores y doctorandos, y que sintetizo en las siguientes:

-El respeto debido por todos los miembros de la Universidad a los Doctores de este Claustro "y que de ningún modo se rebaje su honor" (Const. 8ª).

-Que los Doctores Teólogos y Juristas preceden en el Claustro a los demás doctores "aunque fueren más modernos en la recepción de grados" (Const. 10.ª).

-Sólo pueden acceder al grado en esta Universidad "aquellos que fueren bachilleres o licenciados en la Universidad de París, en la de Salamanca, Valladolid o Alcalá" (Const. 21.ª).

-Las especiales solemnidades que han de observarse en la investidura del Doctorado, pues el Rector y el Padrino montados a caballo recogerán al doctorando, junto con el Canciller, y lo llevarán por la Ciudad "con la cabeza descubierta, con vestido talar y corbata de seda", y tras el examen formal "hágase luego seguidamente un examen jocoso por alguno de los Graduados en la Universidad, y últimamente un elogio formal sobre las virtudes del mismo que ha de doctorarse como se acostumbra a hacerse en actos semejantes", y cuyo acto recibió la denominación de vejamen (Const. 32.ª).

-Detalladamente se contempla la regulación solemne de la investidura: imposición del birrete, anillo, entrega del libro, ósculo de paz y bendición paternal. (Ib. Const.)…(*omissis*)

Creo que las anteriores citas, entresacadas al azar de las primeras Constituciones de nuestra Universidad, se encuentran entre lo anecdótico y lo nostálgico, entre lo pintoresco y lo categórico, entre la solera y el vino peleón, entre lo caballeresco, en el sentido metafórico y real del paseo a caballo por la Ciudad del Sr. Rector, del nuevo Doctor y de su Padrino, y la hipocresía que supone la prohibición de tener públicamente la concubina en la ciudad de Granada o su término.

Pese a todo, la lectura distendida y comprensiva de nuestras primeras Constituciones, es interesante siempre para Doctores y escolares porque proporciona un amplio sedimento para el recuerdo y la meditación para todo el que sea, y, auténticamente se sienta universitario, en una u otra orilla del Océano o del Mundo, y medite sobre lo que es, y debe de ser la Universidad, ésta y todas las Universidades occidentales, desde su pasado y hacia el futuro, como meditaba Ortega y Gasset, al hablar ante este mismo Claustro, hace 54 años conmemorando el Cuarto Centenario de la *Universitas Granatensis*, y recordemos apenas unas palabras: "Ahora esta Universidad es, en una u otra medida, con una u otra plenitud y precisión, sus cuatro siglos de historia", y añade más adelante: "El recuerdo es la carrerilla que el hombre toma para dar un brinco enérgico sobre el futuro". Y también aquella otra frase: "La provincia, la región -y no ignoráis que soy muy regionalista- no representan sustancias históricas; son modificaciones del gran ente nacional que es lo históricamente fundamental. Por eso lo que esta Universidad tiene de tal no es lo que tiene de granadina, sino lo que tiene de española".

Hoy estamos haciendo un proyecto de futuro desde la Universidad de Granada, desde la Universidad española, relanzando un renovado puente para que la cultura jurídica, y la cultura en general, sea aquella *Universitas* común y compartida de maestros y escolares, de Doctores y alumnos, de docentes y estudiantes que transmiten y reciben un legado milenario en la misma lengua.

Y termino volviendo a la referencia inicial al Prof. Alvar, porque "Granada es siempre un inicio de tradiciones... el milagro de esta Ciudad es ser agua y vida...; dura la voz que da vida al hombre y le impide ser fantasma huidizo... Granada tiene su alma inmortal", aunque hayamos tenido que comprar con llanto la eternidad de la Ciudad. Granada es agua que se oye, agua para ser oída, en los "Olvidos de Granada" de Juan Ramón Jiménez, O agua nacida repentinamente en las Fuentes de Villaespesa:

Las fuentes de Granada…
¿Habéis sentido,
en la noche de estrellas perfumada
algo más doloroso que su triste gemido?

O "Agua oculta que llora", machadianamente. Granada fluye, silente, con ansia de eternidad, volcando, en borbotones, su alma, de forma contradictoria y generosa, trans-

mitiendo su ser, dándose, porque es una forma de recibir hacia siempre y desde todos, proyectándose desde su intimidad intrínsecamente receptiva.

Así es esta Ciudad, y así queremos a nuestra Universidad, casi medio milenaria, tendiendo puentes de luz y de cultura entre todos los que hablamos la misma lengua, y resumir la riquísima variedad de todas nuestras culturas, la pluralidad de todas las ciencias, haciéndolas síntesis en el mismo crisol del común sentir y del común hablar.

Tratemos de proyectar este sentido de la eternidad hacia la otra orilla del *Mare ignotus*, más allá del *Finis terrae*, para que nuestra Universidad y nuestra Ciudad enriquezcan a aquellas tierras y nos veamos, también enriquecidos -como en el día de hoy con el retorno, más que nueva incorporación- de los indiscutibles valores culturales de allende el océano.

II. PRÓLOGO DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
al libro *Principios del Procedimiento Administrativo*, Madrid 1990

Me honro en prologar este excelente libro del Profesor Brewer-Carías, bien conocido y estimado de los universitarios españoles.

Entre los iuspublicistas hispano-americanos, el Prof. Brewer-Carías ocupa un lugar de primer orden. Es el más brillante de los iuspublicistas formados en la Universidad Nacional de Caracas por el profesor español exiliado Antonio Moles, que acaba de fallecer, tras una larga y fecunda carrera. Brewer accede por ello muy joven al profesorado y emprende una obra sistemática de reordenación de todo el Derecho Público venezolano que asombra por su regularidad, por su ambición y por la seguridad de su criterio técnico, servido por una ágil mente jurídica y por una formación de una amplitud excepcional. Hoy el Derecho Público venezolano, Administrativo y Constitucional, ha quedado conformado en su conjunto sistemático y en partes sustanciales del mismo por las construcciones de Brewer-Carías.

Pero su actuación de jurista no ha quedado limitada al ámbito de su patria. Brewer-Carías ha sido promotor de una toma de conciencia común sobre el Derecho Público en todo el continente y ha animado infatigablemente congresos, seminarios, publicaciones comunes a todos los países del área. Ha visitado a la par todos los países occidentales, acopiando nuevos datos, nuevas publicaciones, nuevas relaciones personales. Finalmente, y coronando su nombradía en todos los ámbitos universitarios, prestigiosas Universidades europeas le han llamado a su seno para explicar cursos de Derecho Comparado, en el que ha pasado a ser uno de los valores universales reconocidos. Así en la Universidad de Cambridge explicó hace dos años un curso sobre justicia constitucional, del que ha resultado un importante volumen, Judicial Review in Comparative Law, publicado en los prestigiosos "Cambridge Studies in International and Comparative Law", Cambridge University Press, 1989.

Así también el presente libro, fruto de un curso profesado en la universidad de París 2, en el cuadro de una enseñanza de tercer ciclo dedicada al Derecho Administrativo Comparado.

La doctrina del procedimiento administrativo está ganando nuevas batallas, desde la segunda mitad de este siglo. Baste recordar que en 1946 los norteamericanos dictan su Ley federal sobre la materia, los españoles su nueva Ley de 1958 (la vieja Ley Azcárate de 1889 puede blasonar de preceder a todas), los alemanes la suya en 1976, en fin, aunque no de forma completa y sistemática, los italianos y los franceses más recientemente.

Este libro nos ilustra sobre cómo el mismo impulso está teniendo lugar de una manera resuelta en América Latina y de que sus soluciones aportan perspectivas y criterios de primera significación.

La importancia de esta obra es poner de manifiesto cómo los mismos problemas aparecen en todos los países y son abordados y resueltos con soluciones paralelas. El Derecho Comparado, cuando se maneja con el magisterio bien adquirido y ejercitado por Brewer, hace aparecer un misterioso ius commune que no viene tanto de influencias reciprocas, que, naturalmente, también existen (por ejemplo: puede señalarse una corriente clara de influencia de la Ley española de 1958 sobre algunos países hispanoamericanos), como, sobre todo, de que, al fin, las soluciones de los problemas jurídicos se

ordenan alrededor de unos cuantos principios comunes, capaces de alumbrar un repertorio no demasiado extenso de soluciones "tópicas", en el sentido de Theodor Viehweg.

Brewer ahonda así, con su visión panorámica y omnicomprensiva, los principios generales del procedimiento administrativo y ofrece multitud de sugerencias provechosas para el perfeccionamiento de cada uno de los sistemas nacionales que estudia, entre ellos, por supuesto, el nuestro. Los redactores de un texto revisado de nuestra Ley de 1958, que no acaba de ser puesto a punto, desde hace por lo menos diez años, encontrarán por ello en este libro muchas sugerencias inmediatamente útiles.

Pero también el aplicador del Derecho podrá localizar en este ambicioso estudio muchas pistas para abordar y solucionar problemas específicos. Los buenos libros de Derecho, como es el presente, son siempre fecundos no sólo en el plano de los grandes principios, sino también en el de las aplicaciones prácticas, pues toda teoría en Derecho se acredita justamente en sus consecuencias regulativas finales, que es el propio de toda técnica jurídica.

Agradecemos al Prof. Brewer-Carías su excelente trabajo, que pone al día un capítulo esencial del Derecho Público contemporáneo, con una amplitud de conocimientos que sorprende y un criterio seguro y riguroso, de forma que aprovechará con seguridad a los juristas de muchos países.

III. DISCURSO DEL PROFESOR PEDRO NIKKEN en el acto del otorgamiento del Doctorado *Honoris Causae* de la Universidad Católica del Táchira, 1992

I

Cuando el Claustro se reúne para recibir en el seno de la comunidad universitaria a un nuevo miembro por razones de honor, ocurre un hecho de profunda significación moral. No se confiere un diploma para formalizar la culminación exitosa del tránsito por las aulas, bibliotecas y laboratorios de la Universidad. Se otorga un doctorado para honrar a quien lo recibe, en nombre de la Universidad, y para honrar a la Universidad con el nombre del recipiendario, inscrito ahora en el más destacado cuadro del alma mater.

Un acto de esta naturaleza expresa una síntesis de vida. Toda la obra del profesor Brewer-Carías, del abogado Brewer-Carías, del ciudadano Brewer-Carías, de Allan Randolph Brewer-Carías está en el diploma que el Rector hoy pone en sus manos. La virtud, el trabajo, la creación, la dedicación de una vida a la ciencia jurídica, y al progreso de Venezuela dejan en un instante de ser la visión de un pasado vivido con máxima intensidad y se vuelcan en un título académico, en el cual se recogen para un presente imperecedero los merecimientos acumulados a lo largo de la vida. Su vida entera, profesor Brewer-Carías, está en ese diploma. La Universidad le dice que la ha vivido usted como tiene que ser. ¡Y vaya que es usted digno de ello!

Especialmente cuando este reconocimiento emana de una Universidad como la que nos acoge. Su prestigio académico es notorio en la región y se encuentra ampliamente establecido en el medio universitario nacional, donde sus autoridades, y particularmente el Rector Del Rey, gozan del mayor respeto y de atenta audiencia. No por ser católica, aunque también por serlo, esta Universidad tiene la fuerza moral de una institución que se dedica fielmente a la búsqueda de la verdad y al afianzamiento de los valores trascendentales del hombre, dentro de un definido espíritu de democracia, de justicia social y de solidaridad humana.

Esa fuerza moral está presente en el diploma que hoy se otorga.

II

Profesor titular de la Universidad Central de Venezuela, Allan Randolph Brewer-Carías ha ejercido la docencia y la investigación con vocación sin parangón y deja una huella insuperable como universitario. En las aulas, el reiterado testimonio de sus estudiantes lo ha colocado siempre entre los profesores más respetados y apreciados. No ha sido un profesor de paso por la Universidad. Se ha esmerado siempre en estimular a los alumnos a ser mejores y a los mejores a ser óptimos. Su consejo, su dirección académica personal, su estímulo y su capacidad para trabajar en equipo han sido aprovechadas por un sinnúmero de estudiantes de Derecho que son hoy en día verdaderos discípulos

de Brewer. De nuestra generación universitaria, es él quien con mayores e indiscutibles credenciales puede preciarse de haber creado una escuela jurídica.

Su dedicación a la investigación científica ha producido resultados próximos a lo inverosímil. A pesar de su todavía corta edad es ya el más fecundo escritor jurídico que ha conocido Venezuela, con sesenta libros -varios de los cuales han sido galardonados- y más de doscientas cincuenta publicaciones en revistas especializadas. Esto significa un promedio de dos libros y ocho artículos por cada año de trabajo desde que recibió el título de abogado en 1962. Esa enorme producción justifica, de manera concluyente, el Premio Nacional de Ciencia que le otorgó el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas en 1981.

Su obra jurídica ha sido el cimiento de un merecido prestigio internacional que lo ha vinculado con muy destacadas instituciones académicas del mundo. Ha sido profesor en las Universidades de Cambridge (Inglaterra) y de París II y de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (Estrasburgo), así como del Instituto Internacional de Administración Pública, de París.

Entre otros cargos de significativa relevancia internacional, es Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado y del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas y miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

No contento con su propia producción, y la que estimuló como miembro prominente y Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, ha promovido el esfuerzo editorial privado más vasto que jamás se haya hecho en el ámbito del Derecho en nuestro medio. La Editorial Jurídica Venezolana es la más destacada editora de libros jurídicos que ha existido en el país.

En este esfuerzo, que abarca todas las ramas del Derecho y comprende lo mismo monografías que manuales de estudio, jurisprudencia y legislación, destaca la revista de Derecho Público, de la cual el profesor Brewer-Carías es Director, y que es un excepcional ejemplo de continuidad, en tiempo, criterios y calidad, verdaderamente inusitado en un medio que, como el nuestro, más bien se caracteriza por no poder sostener con regularidad publicaciones científicas periódicas.

Es justo, entonces, afirmar que, por sí sólo, Allan Randolph Brewer-Carías es un fenómeno cultural dentro de la historia del Derecho en Venezuela. Este hecho sería ya bastante para justificar este acto académico. Pero sobran todavía las credenciales.

Quienes hemos tenido el privilegio de compartir con el profesor Brewer-Carías la vida universitaria, podemos dar testimonio de una trayectoria que desborda la docencia y la investigación. Fue siempre un dirigente de la comunidad universitaria, en el más digno de los sentidos, defensor indoblegable de los valores de la institución. De la libertad creadora del espíritu. De la búsqueda de la verdad sin cortapisas. De la autonomía y la democracia universitarias, en virtud de las cuales su conducción ha de estar libre de factores externos de perturbadora interferencia, y donde deben ser los méritos, el valor académico y la competencia profesional, los únicos motores de promoción. Ha sido un universitario activo, valiente y, llegado el caso, polémico, como lo ha sido también el ciudadano.

III

Porque, en verdad, señores, no es sólo la obra intelectual del nuevo Doctor Honoris Causa lo que aquí está presente. Como lo dijo Anatole France,

> *Se puede dudar de todo lo que se ve,*
> *pero no de las palabras de un hombre honrado.*

Allan Randolph Brewer-Carías es, por sobre todo, un ciudadano honrado y luchador, que no se ha contentado nunca con dejar para la pátina de las bibliotecas o de la historia sus ideas sobre el Estado y el Derecho en Venezuela, sino que ha buscado en todo momento la fórmula para exponerlas y debatirlas. Como Presidente de la Comisión de Administración Pública entre 1969 y 1972 y aún antes, fue un adelantado de la Reforma del Estado Venezolano; un defensor de la democracia, crítico de sus instituciones. Varias de sus obras están consagradas específicamente a este tema, entre las cuales destaca, el *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela* (Madrid, 1975), premiado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y por la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela.

Además, como Individuo de Número de la misma Academia de Ciencias Políticas y Sociales, infatigable conferencista y hombre siempre presente en los medios de comunicación, ha sido un oportuno, respetado y persistente mentor de la opinión pública sobre el tema de la reforma política.

En la ya mencionada obra *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, el profesor Brewer-Carías hacía la siguiente consideración sobre el Estado y la democracia en la Venezuela de 1975, la cual parece de estremecedora actualidad:

> ... será necesario despojarse de los modelos dogmáticos que se nos han querido imponer durante tantos años y, al contrario, deberán adoptarse posiciones más realistas y pragmáticas de manera que se pueda hacer la verdadera opción por el desarrollo frente al estancamiento. La experiencia ya nos demuestra que la alternativa no está en la lucha armada, como se nos ha querido señalar y tal como los fracasos recientes evidencian, siendo, por otra parte, irrepetible la vía cubana. La ausencia de democracia y de objetivos fundamentales de desarrollo social, deben contribuir a descartar la sola vía del crecimiento económico autoritario (desarrollismo) que algunos países intentan. Por otra parte, aun en aquellos casos en los cuales se ha realizado un esfuerzo nacionalista considerable en el campo del desarrollo económico y social, pero por la vía militarista, la ausencia de democracia política hace que dicha vía también deba descartarse... (omissis). La democracia, al contrario, es la verdadera vía válida hacia el cambio, y lo que está planteado es su verdadera realización en nuestros países.

De allí que el objetivo fuera:

> ...la reforma y transformación del Estado para la configuración del *Estado democrático y social de Derecho* en Venezuela, de manera que, a través del fortalecimiento y transformación de sus instituciones políticas, administrativas y jurídicas, pueda ser un efectivo instrumento de desarrollo, y mediante la consolidación de su autonomía relativa, pueda, además, escapar a las presiones interesadas de los grupos económicos dominantes, actuando, al contrario, en beneficio de las mayorías nacionales.

Ha sido un pertinaz denunciante de los vicios de la democracia de partidos y un promotor de la inexcusable reforma del sistema electoral y del régimen de los partidos, para devolver a nuestra democracia la cuestionada legitimidad que hoy ha hecho crisis.

Ha cumplido un sostenido esfuerzo contra el centralismo que desdice de nuestro pasado federal y colocó a la provincia en una absurda subordinación burocrática, en todos los ámbitos, a las camarillas gubernamentales de Caracas.

Ha señalado, repetidamente, los vicios de nuestra administración de justicia, no sólo en las corruptelas que tan a menudo se generalizan irresponsablemente ante la opinión pública, sino en la debilidad crónica que aqueja al Poder Judicial, producto de la incomodidad que una justicia fuerte e independiente acarrea a quienes aspiran a ejercer hegemónica, y arbitrariamente el poder político o el poder económico, cuando no ambos.

Ha sido un tenaz defensor de los derechos humanos y de la adopción de medios judiciales idóneos para protegerlos. Los derechos humanos son la razón de ser de la democracia y del Estado de Derecho. Las violaciones de las que ellos son objeto en variados ámbitos del ejercicio del poder público y, sobre todo, la indolencia oficial que tradicionalmente se ha mostrado frente a la garantía de los mencionados derechos a la que está obligado el Estado, constituyen hoy la razón más profunda del cuestionamiento del régimen político.

En verdad, no pocas de las luchas del ciudadano Brewer-Carías, y de otros muchos, han fructificado en tiempo reciente. La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales es una realidad, en cuya gestación tuvo un papel principalísimo el doctor Brewer-Carías, como senador suplente por el Distrito Federal, incorporado a la Cámara para ese fin. La reforma electoral que introduce la uninominalidad, aun cuando todavía es objeto de polémica, ya ha sido aprobada y estará en vigencia para las próximas elecciones legislativas. La elección popular de Gobernadores y Alcaldes, se enmarcan dentro de un régimen plagado de resabios de centralismo, ha sido un experimento positivo y un paso adelante en la reconstrucción del federalismo.

IV

Muchas de estas reformas, con todo, llegan tarde o son demasiado tímidas, incompletas o inconexas. Años de interminables trabajos en la llamada Comisión para la Reforma del Estado, han producido resultados bien magros, no obstante la elevación a Ministro de Estado del Presidente de dicha Comisión y el protocolo solemne del Salón Elíptico donde se hizo una suerte de juramento sacramental para la transformación de las instituciones, que no pasó de ser el preámbulo de un nuevo desengaño. Igualmente tarde parece haber llegado el debate sobre la reforma constitucional en el Congreso, que se ha preparado por más de dos años y que se inicia en un clima de cuestionamiento del sistema político y de la legitimidad y representatividad del Parlamento.

Parte de la gran significación que tiene este acto proviene de que tiene lugar cuando Venezuela atraviesa por un trance dilemático, producto de una profunda crisis política y de una no menor crisis moral. Es la encrucijada del fin de siglo, donde ha surgido un activo cuestionamiento de las instituciones.

Tras años de descontento, cuyas manifestaciones eran pasivas o esporádicas, la crisis militar de febrero pasado produjo como efecto inesperado una movilización general del país. Una visión superficial podría identificar esa nueva realidad con un movimiento de protesta contra el gobierno o el régimen político. Creo, sin embargo, que esa protesta no es más que la expresión de lo que está en el fondo, incluso inconscientemente, de todos

estos acontecimientos: abstracción hecha de las causas próximas de esos hechos, lo que ha venido ocurriendo es una movilización del pueblo en defensa y reclamo de sus derechos humanos, frente a un Estado indolente que se ha olvidado de ellos. De sus derechos económicos, sociales y culturales y de su derecho a la participación política.

Esta movilización es un hecho fascinante, aun cuando contenga un potencial enorme de peligro para la libertad y el régimen de Derecho, en cuanto se ha definido más en la protesta que en la construcción de un nuevo modelo. La crisis política cuestiona los vicios del sistema.

Nuestro régimen político ha ido degenerando. En lugar de avanzar, hacia formas más perfectas de democracia se ha convertido a la nuestra en un sistema con características autoritarias, además de ser ineficiente y corrompido.

Se trata de una democracia autoritaria, porque se agota, en la convocatoria a unas elecciones y éstas a su vez son un mero medio para la toma del poder, sólo accesible para partidos dotados de fuerte organización y respaldo financiero. Porque la representación democrática ha perdido legitimidad. Porque no existen medios reales para controlar el ejercicio del poder, de tal modo que la corrupción y los abusos contra los derechos humanos permanecen generalmente impunes. Porque todas las decisiones son verticales. Lo mismo en el campo político que en el económico sólo los poderosos deciden y sólo los poderosos compiten. Porque las manifestaciones de protesta son, a menudo, reprimidas con una violencia desproporcionada, que ha llegado a cobrar varias vidas de adolescentes y que recuerda los métodos propios de las dictaduras más repudiadas.

Se trata de una democracia ineficiente. Porque la mayor parte de los hechos creados en los últimos años por los gobiernos venezolanos han acarreado sensibles desmejoras en el nivel y la calidad de la vida de las clases medias y populares. Peor aún, los problemas económicos no alcanzan a resolverse a pesar de los sacrificios sociales impuestos a la mayoría. Porque no se ha manifestado mayor sensibilidad ante el agravamiento de los derechos económicos, sociales y culturales de la mayoría. Al empobrecimiento general se une el deterioro de los servicios públicos elementales. Porque la inseguridad personal ha aumentado sensiblemente. Porque se han hecho compromisos con entidades internacionales dentro del precario marco de la deuda externa, en virtud de los cuales se abdican numerosas atribuciones que en un Estado soberano pertenecen al dominio reservado de éste.

La emoción del pueblo, movilizado en la defensa de sus derechos, contrasta con la ineptitud de nuestra clase política para dar un cauce apropiado a las aspiraciones populares y abrir los espacios apropiados para que ellas se expresen por sí mismas.

En ese contexto, el profesor Brewer-Carías, o más exactamente, el ciudadano Brewer-Carías, ha defendido con todo calor la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, previa la reforma necesaria que cree dicha institución.

La convocatoria a la Constituyente es la más ventajosa fórmula para la reforma del sistema político. Primero, porque permite la discusión de la nueva Constitución por un cuerpo elegido sobre una base sustancialmente uninominal y especialmente para ese fin. Esto debería satisfacer el reclamo de legitimidad planteado por diversos sectores del país. Segundo, porque se abre campo para que sectores importantes no representados en el actual Congreso participen en la elaboración de la nueva Constitución. Tercero, porque oxigena al sistema político, cuyos órganos actuales están evidentemente desgastados. Además, se dispondría de más tiempo para discutir la reforma constitucional. La Asamblea Nacional Constituyente significa, por sí misma, un respiradero. No tendría,

como el Congreso actual, que lanzarse en un debate de pocas semanas, abierto a todo tipo de maniobras por parte de aquellos que están tratando de cuidar su parcela de intereses, el cual probablemente será un nuevo espectáculo decepcionante para el pueblo de Venezuela. Sin desaprovechar, desde luego, los trabajos realizados en el Congreso durante los últimos años, la Constituyente dispondría de varios meses para discutir las reformas y abrirse a la participación de sectores que no han tenido la oportunidad de hacerlo en el trabajo parlamentario.

Hay algo que debemos tener todos presente en este momento crucial, en el cual la legitimidad de los órganos del poder público está cuestionada y, en buena medida, justamente cuestionada: No hay derecho a que la nueva Constitución sea decidida por un Congreso en el que están presentes muchos de los que han venido boicoteando las reformas al sistema político y que son los principales responsables del deterioro de nuestra democracia. ¿Por qué ha de ser el país del pasado el que defina al país del futuro? Si la legitimidad del Congreso está cuestionada como Parlamento, ¿por qué no ha de estarla si actúa como Constituyente?

Esta idea, difundida con el mayor vigor por todo el país por el doctor Brewer-Carías, ha tenido alta acogida en los más variados sectores de la sociedad civil, pero ha sido ignorada y rechazada por la mayoría del sector partidista. Sin embargo, falta aún mucho por debatir, y la fuerza de la opinión pública, puede imponer las razones sobre las sinrazones. La cruzada del doctor Brewer-Carías, con la que me identifico plenamente, puede hacer suyo lo descrito por Celaya como "El último recurso":

Cuando os digan: "Caridad'; vosotros decid: "Justicia"
porque pedís lo que es vuestro,
no descanso de conciencia para los que dormitan.

Cuando os digan que el problema va a estudiarse,
salid gritando a la calle
las razones que los justos llamarán irracionales.

V

El dilema presente no se agota, con todo, en una crisis política. Más aún, la reforma del sistema, por profunda y bien llevada que sea, no basta para resolver lo esencial de nuestros problemas.

Debemos reconocer que padecemos también una crisis moral que ha envilecido nuestras instituciones y ha afectado nuestro modo de vida. No me refiero sólo a lo que conocemos como el fenómeno de la corrupción, en virtud del cual se han hecho enormes fortunas bajo la cobertura del Estado y a sus expensas, con graves consecuencias para el futuro del país. No tan sólo a la ineptitud general de los mecanismos legales y sociales para reaccionar debidamente frente a esas corruptelas a fin de sancionarlas y erradicarlas.

Algo tan grave, si no peor, es la permisividad generalizada que hace que nuestro país sea uno donde no hay reglas escritas o no escritas que se interpongan en el camino de quienes, dotados de poder, se proponen alcanzar un objetivo o proteger una parcela de intereses, por mezquinos que sean. No hay nada que los contenga, ni el derecho ajeno, ni la propia vergüenza, ni la Ley de Dios, ni la ley de los hombres, ni el bien común, ni

la verdad, ni la mentira, ni nada. Se utiliza a Venezuela como el país donde nada es seguro, salvo que todo es posible. Peor aún, se intenta con frecuencia generalizar el concepto de que somos una suerte de madriguera de bellacos de distinta apariencia y pelaje pero, en el fondo, todos iguales.

Este es un puro producto de las camarillas que, con el difundido nombre de "cogollos", han venido operando en sectores importantes de la política, el sindicalismo y el empresariado venezolanos. Esas camarillas van construyendo sus propias reglas de juego, en forma tal que se separan insensible, pero inexorablemente, de las de la sociedad civil, hasta que entran en conflicto con ella. La verificación de la existencia de esas reglas de juego acaso produzca, en el hombre bueno y común, una primera reacción de estupor. Ya decía Lope de Vega:

Y solamente no entiendo
Cómo se sufre a sí mismo
Un ignorante soberbio.
De cuantas cosas me cansan
Fácilmente me defiendo;
Pero no puedo guardarme
De los peligros de un necio.

Lope de Vega. "Romance".

Son peligros frente a los cuales, desde luego, el desdén es también una reacción válida. Cien años más tarde, Iriarte apuntaba:

Guarde para su regalo
Esta sentencia un autor:
Si el sabio no aprueba, ¡malo!
Si el necio aplaude, ¡peor!

Tomás de Iriarte. "El oso, la mona y el cerdo".

Esto, sin embargo, no basta. Dentro de esa fascinante y sobrecogedora movilización individual y social que se ha vivido en Venezuela en los últimos tiempos, un reclamo mayor es olvidar el desdén y pasar a los hechos. No lleva a nada la protesta solamente pasiva. La recuperación ética debe ser reclamada en todo momento, promovida en todas partes, recordada en toda ocasión.

Actos como éste impugnan esa crisis moral. Un doctorado como el que hoy se otorga, que tiene por causa el honor, es el enaltecimiento del trabajo, de la inteligencia puesta al servicio de la cultura, de la ciencia jurídica, teniendo por norte la defensa y realización integral de los derechos humanos, de la devoción y la fidelidad a los principios, y de la impasible rectitud de Allan Randolph Brewer-Carías.

Doctor Brewer:

Todos aquellos que entienden la docencia como un acto de amor, en el que el profesor deja lo mejor de sí a sus alumnos hasta que llegan a ser sus discípulos; todos los que reclaman de nuestras universidades mayor cantidad y calidad en su producción científica; quienes creen que los valores inherentes a la dignidad humana deben ser el norte de la organización social; quienes impugnan las manifestaciones del poder político o económico ofensivas de esa dignidad; los que urgen reformas para que la justicia sea inde-

pendiente, proba, eficiente y accesible a todos por igual; quienes tienen a la libertad como un sagrado derecho y al Derecho como su único límite; quienes fundan la democracia sobre los derechos humanos e impugnan la pretensión de las camarillas de conculcar el derecho que todos tienen a un espacio en ella para expresarse; los que sostienen los derechos locales y regionales frente a la voracidad centralista; quienes promueven el debate como una expresión de la democracia, pero en paz; todos, en fin, los que transigen en colocar el imperativo de la virtud por encima de cualquier interés; todos ellos tienen razones para celebrar la distinción que hoy se le ha conferido. Usted los representa.

Este Doctorado Honoris Causa lo compromete a continuar por el mismo camino. Sin vacilar, siga usted adelante.

Señores.

IV. PREFACIO DEL PROFESOR LUCIANO PAREJO ALFONSO al libro *la Ciudad Ordenada* con motivo del conferimiento del Doctorado *Honoris Causae* de la Universidad Carlos III de Madrid, 1996

El día 3 de octubre de 1996 fue investido el Profesor Brewer Carías, durante el solemne acto de apertura del curso académico y en presencia del claustro académico, Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid, recibiéndolo ésta formal y plenamente en el seno de su comunidad científica. Culminaba así una iniciativa del Área de Derecho Administrativo que, asumida sin reserva alguna por el Consejo del Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, fue en su momento sancionada -tras su favorable acogida por la Comisión de Gobierno y la pertinente propuesta por parte del Rector- por acuerdo unánime de la Junta de Gobierno de la Universidad, que permitió el correspondiente nombramiento rectoral.

Es evidente que un reconocimiento de tal significación y alcance es manifestación de profundas y sólidas raíces. La relación del Profesor-Brewer Carías con la Universidad española en general tiene, en efecto, larga data, que se remonta a varias décadas de colaboración activa y fructífera. No puede sorprender, pues, que, nada más nacer la Universidad Carlos III de Madrid y crearse en ella el Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, el Profesor Brewer Carías pasara a formar parte de su Consejo Científico.

El libro que ahora ve la luz, en el marco de la principal de las colecciones del citado Instituto, es fruto de una dilatada y concienzuda investigación sobre la que versó precisamente el discurso de investidura pronunciado por el Profesor Brewer-Carías, entregado con generosidad con ocasión del acto de incorporación al claustro en renovada muestra del espíritu de colaboración y de participación activa en el quehacer universitario que le anima.

Como es natural existe también un trasfondo de relaciones personales con quienes hemos tenido la fortuna de compartir con el Profesor Brewer, a lo largo de mucho tiempo, anhelos y proyectos comunes y de trabar con él sincera y verdadera amistad. Para todos ellos, estoy seguro, y desde luego para mí, el acto de homenaje que representa la investidura aludida produce muy honda satisfacción, por rendir tributo a una vida, labor y obra científicas, cumpliendo, además, el anhelo del sentimiento personal, cargado de admiración por la persona y el universitario.

Cumple esa amistad en mi caso felizmente ya más de dos décadas, con un "debe" intelectual y afectivo por mi parte que nunca ha cesado de crecer. Conocí al Profesor Brewer con ocasión de la invitación que cursó a un nutrido grupo de profesores españoles, maestros todos ellos ya del Derecho Administrativo (al que generosamente se me añadió a pesar de mi bisoñez y a la sazón insuficiente grado académico) para participar, en Caracas, en un importante seminario internacional de urbanismo. Este dato da cuenta ya de una de las múltiples facetas de la rica personalidad del Profesor Brewer: su constante e incansable actividad en pro del contacto de su país con las corrientes del pensamiento jurídico-público del resto de América y de Europa y del enriquecimiento de la Universidad y el Derecho venezolanos a través del intercambio intelectual; especialmente, así debe resaltarse, en pro del diálogo bilateral e interactivo con España y los

españoles, en los que siempre ha lamentado -no sin alguna razón- cierto despego al respecto.

El cursus honorum del Profesor Brewer es, en efecto, impresionante, cualitativa y cuantitativamente, pero también por la diversidad de las actividades, que dice de su curiosidad, inquietud y dinamismo. Exponerlo ahora, siquiera sea en resumen, sería labor prácticamente imposible.

Baste con destacar los datos más sobresalientes en tres órdenes: docente, investigador y público o político.

Por lo que hace al primero: en su calidad de Profesor de Derecho Administrativo por concurso en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela desde 1963, ha sido también Profesor en muchas Universidades venezolanas y extranjeras, entre las que merecen ser destacadas -el Profesor Brewer calificaría esta selección de eurocentrista, reprobándola- Cambridge, París y Aix-en-Provence.

Pero para dar una cabal idea de la proyección alcanzada por el Profesor Brewer quizás sea más adecuado señalar su condición de Profesor Honorario de la Universidad del Rosario (Argentina); de la del Externado y la Javeriana, ambas de Bogotá (Colombia); Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México; miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela), y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia; miembro de número de las Academias de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y de la Internacional de Derecho Comparado (en la que ocupa la Vicepresidencia), así como de reconocidos Institutos internacionales como el de Ciencias Administrativas (de la que fue Vicepresidente en los años 1971 a 1977), el de Derecho Administrativo Latino (en la que ocupa la Presidencia desde 1981), el Interamericano de Derechos Humanos y también de no menos importantes Asociaciones como la Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, de Derecho Comparado (en la que ocupó la Presidencia desde 1981 hasta 1985) y la Asociación Latinoamericana de Administración Pública (de la que es fundador y ha sido Secretario). Y, por último, pero no precisamente en importancia, Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada (España).

La significación adquirida por su persona y su obra en su propio país se evidencia, finalmente, en la institución por las Universidades Católica Andrés Bello y Católica del Táchira, con su nombre, de sendas Cátedras de Derecho Administrativo y de Estudio e Investigación del Derecho público, respectivamente, cuyo primer titular es el propio Profesor Brewer.

En el orden de la investigación, sólo sus obras "mayores" alcanzan la cifra de 88 libros y 281 artículos, publicados en tres idiomas (español, francés e inglés) y en cuatro países (Venezuela, Colombia, España, Francia e Inglaterra). Estas obras abordan desde luego los problemas nucleares del Derecho público, entre los que figuran en todo caso los de porte constitucional, pero también todos los temas centrales de la ciencia jurídico-administrativa. No obstante, mención especial merece la por ahora última de sus obras: las Instituciones Políticas y Constitucionales. El plan de esta obra de madurez sobre el régimen constitucional ilustra, por su ambición, la que impregna la vida y el esfuerzo científicos del Profesor Brewer.

La dimensión pública o política no es menos rica. Ha desempeñado la Presidencia de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (años 1969 a 1972) y el Ministerio de Estado para la Descentralización (años 1993 a 1994). Pero

también -al margen del poder ejecutivo- ha sido Senador Suplente por el Distrito Federal, miembro suplente del Consejo Supremo Electoral (desde el año 1979 a 1984) y Juez y Magistrado de distintos órganos jurisdiccionales, entre ellos de la Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (años 1979 a 1984).

Pero, aun cuando sin duda estos signos externos de reconocimiento -y otros muchos que deben dejar de mencionarse- sean de por sí suficientes para dar expresiva cuenta del perfil de la figura glosada, mayor interés y eficacia a tal efecto tiene el desvelar los valores de fondo que la animan y se manifiestan en su trayectoria personal, académica y profesional.

En la persona del Profesor Brewer se encarna sin duda el modelo, primero, de universitario prendido de la curiosidad, entregado al estudio y la reflexión críticas, abierto siempre a la renovación y la propia superación, tan firme en la defensa de las propias posiciones como atento a y respetuoso con las posiciones de los demás, generoso en la dación de sí mismo y generador de inquietudes y vocaciones, y, en tal condición, el modelo también, después, de iuspublicista integral, que no se encierra -defensiva y cómodamente- en la almena del *deber ser* para eludir el necesario compromiso con la realidad social de su tiempo y la preparación de un porvenir mejor a las generaciones futuras.

Estamos, en efecto, ante un jurista que pertenece a los que ven el Derecho no como un fin en sí mismo, en cuyo campo pueden alzarse sin riesgo -el riesgo será ya de otros- las construcciones más sutiles y acabadas, sino, más modestamente, como instrumento de la razón humana para el más justo gobierno de los hombres, el arreglo concreto posible de los problemas de la convivencia, y, por tanto, instrumento cultural e histórico para el progreso de ésta en la razón. Se comprende así que la clave sea precisamente el hombre mismo, pero en modo alguno en calidad de abstracción, sino encarnado en la historia y viviendo en el seno de una concreta sociedad, de la que es inescindible.

Estamos, pues y aunque a muchos pueda sonar paradójico, ante un jurista del poder público movido por el valor de la libertad, pero de una libertad en sociedad. Igual que frente a los terribles de ayer cabe seguir oponiendo hoy a los absolutismos dogmáticos el lúcido juicio de Fernando de los Ríos: descartan la raíz misma del liberalismo y están en pugna con toda la evolución que, superando la ingenua doctrina del progreso del XVIII -que estimaba agotables los contenidos de la libertad-, concibe ésta como un juicio al que en cada momento se le va añadiendo un predicado (¿Libertad? ¿de qué? -decía Hartmann), de suerte que la libertad aparece en cada instante con una misión concreta y real que satisfacer, ahora y aquí, sin perjuicio de que -además sea como una asíntota: algo a que nos aproximamos siempre sin poderlo alcanzar jamás.

La libertad por la que ha luchado y seguirá luchando el Profesor Brewer como hombre del Derecho es, pues, la *libertad de* que corresponde a este momento, libertad en sociedad, que requiere de la solidaridad y, por tanto, de la autonomía individual como de la acción del poder, la comunidad. Así lo exige la visión integral del hombre, cuya dignidad está hoy en gran medida en manos de la sociedad.

Por eso mismo el frente de lucha no está sólo en las aulas y los libros, se extiende también, además de al foro, al ejercicio del poder público. En todos esos campos se ha batido el Profesor Brewer por la libertad real, no meramente formal; de todos y no de unos pocos.

No es, pues, poco lo que de valor un venezolano hace hoy presente entre nosotros, recordándonos su profunda raíz hispana y su arraigo y desarrollo americanos, con el mis-

mo espíritu fecundo con el que los peninsulares Picornell, Cortés de Campomanes, Lax y Andrés -venidos desterrados a la Guaira del fracaso revolucionario y fantasmal de la noche de San Blas de 1795- sirvieron en su día de catalizadores de las ambiciones de libertad e igualdad -libertad real, dignidad humana para todos- que ya anidaban en la sociedad de la actual Venezuela. No es casualidad, en efecto, ni que las tempranas Ordenanzas-Constituciones, debidas a la pluma de Picornell y que influirían en Miranda y Bolívar, que matizan poderosamente el ideario revolucionario de la época con reformas económicas basadas en la idea de la superación de la libertad formal por la libertad real en la igualdad ("igualdad natural entre todos los habitantes de la Provincia y Distritos; y se encarga que entre blancos, indios, pardos y morenos reine la mayor armonía, mirándose todos como hermanos..., procurando aventajarse sólo unos a otros en mérito y virtud, que son las dos únicas distinciones reales y verdaderas que hay de hombre a hombre, y habrá en lo sucesivo entre todos los individuos de nuestra república"), ni que en el doloroso proceso de nacimiento de la actual nación venezolana se hayan mezclado la revolución política (la conquista de la independencia, es decir, de la libertad-autonomía) con la revolución social (la conquista de la dignidad personal y social, la libertad real en la igualdad) y "venezolanos modernos", de corazón y aliento ya de la Venezuela-nación emergente, y "venezolanos antiguos" y también peninsulares (e isleños), aún pertenecientes al viejo mundo de la Monarquía hispano-americana, hijos todos de la misma cultura.

No es casualidad por tanto, que un venezolano de hoy como el Profesor Brewer, que -por serlo- no reniega de la raíz común de ambos mundos, nos devuelva ahora a los españoles, en la obra que nos ofrece, la conciencia de la filosofía -el poblamiento- de nuestra mayor empresa y contribución a la civilización occidental, en aspecto tan significativo, además, como la organización del asentamiento de la población y el gobierno del territorio a través de la ciudad regular y ordenada. Como él mismo señala, "ningún país del mundo, en toda la historia de la humanidad, ha fundado tantos pueblos, villas y ciudades en un territorio tan grande, en un período de tiempo tan corto, y en una forma tan regular y ordenada como España lo hizo en América", siendo de admirar -añado yo ahora- la claridad y consistencia del concepto urbanístico empleado, la cuadrícula, que ha resistido el paso del tiempo y aún confiere su estructura al casco urbano tradicional a lo largo y ancho del territorio americano, imprimiéndole a todo él el sello de una misma cultura. La trascendencia de tal concepto es clara pues sin él no se entiende ni el inmediato florecimiento en suelo americano de una intensa vida cultural y política propia, ni el edificio de gobierno político-administrativo capaz de articular tan vastos y diversos territorios.

Con entera independencia del enorme interés histórico, y no sólo en el ámbito urbanístico, intrínseco a la obra, su oportunidad es clara en un momento en el que los españoles, enfrascados en las urgencias del momento, parecemos dudar de nuestro propio acervo cultural en punto tan capital como la organización de la utilización del territorio y, especialmente, de la creación y la gestión de la ciudad y estar dispuestos a cualquier renuncia en aras de unas exigencias del modelo económico, cuya validez al efecto están aún por demostrar.

APRECIACIÓN SOBRE LAS CONTRIBUCIONES INTELECTUALES, PROFESIONALES Y CÍVICAS DEL DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Wilburg Jiménez Castro[1]
Rector de la Universidad Alma Mater de Costa Rica

Escribir en pocas páginas sobre las excelentes contribuciones intelectuales de mi distinguido amigo por más de treinta y cuatro años, Dr. Allan R. Brewer-Carías, es para el suscrito un gran honor y, además un enorme reto, entre otras razones por ser diferente mi formación profesional a la de él: connotado jurista, cuando la mía a nivel de grado fue en Administración de Negocios y Contaduría Pública, y la de posgrado primero en Estadística Demográfica, luego en Administración Pública y posteriormente en Economía.

Siendo neófito en el amplio y rico campo del Derecho que el Dr. Brewer-Carías domina a la perfección, como parte de mis estudios de posgrado tuve que cursar y aprobar algunas materias obligatorias, entre ellas: Derecho Financiero y Tributario, Derecho Comercial, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Laboral, cuyos principios me han sido muy útiles en el ejercicio de mi vida profesional de cincuenta y seis años, en ámbitos costarricenses y latinoamericanos, por mi relación laboral con instituciones públicas costarricenses durante dieciocho años, cincuenta y cinco años paralelos en la docencia universitaria y dieciséis años en el campo internacional, en diversos países de nuestra querida región latinoamericana.

Tuve el privilegio de iniciar relaciones profesionales con el Dr. Brewer-Carías, las cuales se convirtieron muy pronto en magnífica camaradería y sincera amistad, por sus valores humanos y la coincidencia en enfoques sobre las necesidades de reestructurar nuestras administraciones públicas, haciéndolas más eficaces y eficientes, más participativas de las bases democráticas de la sociedad, por el perfeccionamiento de la descentralización territorial, más oportunas en la prestación de sus servicios al pueblo, etc.

Esto aconteció en los últimos días de los sesentas, sirviendo él con donaire la Presidencia de la Comisión de Administración Pública (CAP) de Venezuela, con la valiosa colaboración de los Drs. Manuel Rachadell y Nelson Socorro -entonces Directores de la Escuela Nacional de Administración Pública y Director Nacional de Organización- y de un excelente grupo de jóvenes profesionales, con mística.

---

1. Rector de la Universidad Alma Mater de Costa Rica; Catedrático y Profesor Emérito de la Universidad de Costa Rica; ex Decano y Miembro del Consejo Universitario de esa institución de educación superior; ex Ministro de Planificación Nacional y Política Económica; ex Viceministro y Ministro a. i. de Relaciones Exteriores y Culto; ex Director Administrativo de la Presidencia de la República; Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), ex Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas de Costa Rica y de la Asociación de Economistas de América Latina y el Caribe; ex miembro de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica; ex Asesor Principal y Director de Proyectos de Naciones Unidas ante los seis Gobiernos Centroamericanos (ESAPAC e ICAP) y el Gobierno de Perú (INAP) durante 13 años, ex Asesor del Director de la OPS/OMS. Tiene 39 libros escritos, 36 de ellos publicados nacional y en el exterior, y ha recibido seis condecoraciones diplomáticas: República de Corea, Colombia, República Federal de Alemania, República China, Italia y España.

El suscrito servía la Dirección y Jefatura del Proyecto de las Naciones Unidas en el Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), respaldado con un equipo de expertos internacionales de primera categoría, entre ellos: los doctores Mario Friero, Álvaro Londoño Ángel, Antonio Fonseca Pimentel, Ings. Arodys Robles y Sergio Sánchez, Lic. José Galván Escobedo y el apoyo de altas autoridades de los seis gobiernos del Istmo Centroamericano y del personal de apoyo administrativo del ICAP.

De común acuerdo intercambiamos criterios y experiencias el Dr. Brewer-Carías y el suscrito sobre las orientaciones técnicas que debería tener la Reforma Administrativo-Política, que también se comenzaba en otras naciones latinoamericanas, entre ellas en México, por el liderazgo del Dr. Alejandro Carrillo Castro y el decidido apoyo del Secretario de la Presidencia, Lic. José López Portillo, luego Presidente Constitucional de esa querida nación, y de los Drs. Luis García Cárdenas, Luis Chanes Nieto y Gustavo Martínez Cabañas, entre otros profesionales; en Brasil por la gestión de la Dra. Beatriz Walhrich; en Perú por iniciativa del Ing. Eduardo Urrutia Ferradas (qepd) y del Dr. Gabriel Huerta Díaz; en Colombia por los Drs. Víctor A. Palomino y Guillermo Bernal Correa; en Bolivia por la participación activa de los Drs. José Ortiz Mercado y Ramiro Cabezas; en Ecuador por el interés de los Lics. Hugo Pérez Cajeao, Carlos Rodríguez Peñaherrera y Carlos Dávalos; en Chile gestada por Hugo Zunino y Jorge Ide K; y en República Dominicana por los Drs. Raymundo Amaro y Melitón Rodríguez.

El Dr. Brewer-Carías participó activamente en un seminario que realizamos en San José, de ámbito subregional centromericano, en marzo de 1970, aportando sus valiosos conocimientos y esa oportunidad sirvió para transformar la camaradería en amistad sincera. En 1971 ambos tuvimos la oportunidad de participar en el Seminario de Brighton, Gran Bretaña, auspiciado por las Universidad de Sussex y las Naciones Unidas a nivel mundial, referente a las Macro Reformas Administrativas que se propiciaban.

Recuerdo que en noviembre de ese año él le informó al suscrito sobre el proyecto que habían presentado al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para la creación del CLAD, del cual él fue el progenitor y en febrero de 1972 realizó gestión para que el suscrito fuese quien evaluara, en Nueva York, la propuesta original, que había encontrado en aquella época incomprensiones y hasta deseo de que no se concretara por algunas altas autoridades de ese organismo, lo que hizo que el Gobierno de Venezuela tuviese que recurrir a la Asamblea General de las Naciones Unidas para que en principio acogiese la solicitud, lo cual lo logró la perseverancia del Dr. Brewer-Carías y la calidad de la propuesta.

Cuando se realiza este breve recuento de esos primeros esfuerzos, no olvido que el pionero de grandes cambios en la administración pública de su país fue el Gobernador Luis Muñoz Marín, de Puerto Rico, electo para ese importante cargo al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y se implementaron normas de punta en Administración de Personal, Organización y Métodos (de Gran Bretaña) y Presupuesto por Programas y Actividades, las cuales inspiraron a muchos gobiernos a seguir sus pasos por sus excelentes logros. Otras reformas administrativas del primer lustro de los cincuentas, fueron sugeridas por la Misión del francés Maurice Chaillox-Dantel, para Colombia, algunas de las cuales sirvieron de modelo para la creación de sistemas de méritos y de carrera administrativa, o para su fortalecimiento en algunos pocos países.

Y al finalizar esa misma década, antes de que el Presidente estadounidense John F. Kennedy propusiese como uno de los elementos importantes de su Alianza para el Progreso, la planificación gubernamental, democrática, indicativa y consensuada, Venezuela creó su propio organismo central de planificación nacional y política económica, si-

guiendo también las ricas experiencias de Puerto Rico y de la Quinta República Francesa; y algo similar realizó tiempo después Guatemala, y en los sesentas la mayoría de los otros países de nuestra región, apoyados plenamente por los compromisos adquiridos por los primeros mandatarios en la Carta de Punta del Este.

El suscrito ha considerado oportuno ese breve marco conceptual, histórico y de la praxis que se vivió entonces, casi como introducción o prólogo de sus comentarios sobre la valiosa contribución intelectual y bolivariana del Dr. Allan Brewer-Carías para toda América Latina, y para resaltar no sólo su aporte, sino hacer hincapié, además, en el entorno que entonces se vivía en el ámbito de decisiones estratégicas públicas nacionales e internacionales.

Es también necesario dejar expresión patente de que los planteamientos de tan distinguido profesional iban más allá de propiciar cambios reglamentarios, legales o constitucionales, sino que tuvo la inspiración de prever y propiciar una auténtica Reforma del Estado, bajo una óptica de instrumento -no como fin- de desarrollo integral, coincidente con las grandes ideas que había venido sustentado la Iglesia católica en su Doctrina Social, desde la encíclica *Rerum novarum* de S. S. León XIII, en 1891, y en las otras de sus sucesores, en especial la que había promulgado el Papa Paulo VI en 1967: *Populorum progressio*, en la cual esa doctrina se actualizaba en la señal de los tiempos, y demandaba la vivencia, de quienes sirviendo posiciones de importancia en los gobiernos, en empresas privadas u organismos internacionales, estaban en capacidad de propiciar cambios fundamentales en el quehacer nacional o mundial.

Trabajaba el Dr. Brewer-Carías en un gobierno inspirado en el social cristianismo, durante la primera administración del Presidente Dr. Rafael Caldera, y de allí que se justificase plenamente que las reformas administrativas que entonces propiciaba CAP fuesen más allá de pequeños cambios, como podremos comprobarlo posteriormente en estas y otras contribuciones al merecido onomástico de sus cuarenta años de vida profesional, que ha querido rendirle la Universidad Central de Venezuela. En criterio del suscrito, las transformaciones que se propusieron y realizaron en ese querido país, merecieron ser calificadas más bien como Reforma de Estado, pues incidieron en aspectos trascendentes como: la coordinación política superior del Estado, por la vía de la sectorialización; la desconcentración y la descentralización funcional y territoriales, para disminuir el centralismo tan generalizado no solo en Venezuela, sino en todos los países de la región latinoamericana, herencia de la conquista y colonia, y no superada por las Repúblicas democráticas.

En uno de sus valiosos libros, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomos I y II, el Dr. Brewer-Carías trata con gran detalle y propiedad temas de trascendencia, que lo destacan, no sólo como destacado tratadista, sino como estadista. En sus propias palabras:

> Estoy convencido de que una de las tareas fundamentales que tiene nuestro país en el futuro, es la reconstrucción del Estado, es decir, la reformulación de nuestras instituciones políticas y constitucionales. El modelo de Estado centralizado que nuestro actores políticos consolidaron durante este siglo [XX], quizás sirvió para acompañar la transición de la Venezuela rural a la Venezuela urbanizada y en busca de la industrialización, pero en la actualidad se muestra insuficiente, por agotamiento, pues no es capaz de resolver los graves problemas de eficiencia en el funcionamiento de la sociedad, que afectan tanto a nuestro desarrollo económico como a nuestro desarrollo social.
>
> Todos los niveles de nuestra sociedad están comenzando a sentir que vivimos una crisis institucional, que se traduce progresivamente en una falta de fe o desconfianza en el funcionamiento

> de nuestras instituciones. Estamos comenzando a pensar no sólo que éstas no funcionan bien, sino que no serán capaces de resolver los problemas del país en el futuro, ni de asumir los retos que tenemos planteados[2].

El Contenido General de esa obra comprende materias de suyo importantes, algunas de ellas en el Tomo I, desde las raíces históricas del nacimiento de la República Venezolana, hasta el Sistema Político, Económico y Social, las Bases del Sistema Constitucional, el Régimen Constitucional del Poder Público, las Bases Constitucionales de la Actuación Internacional del Estado, y la Estructura Política y Constitucional del Estado Federal. En el Tomo II: el Régimen Municipal, el Sistema de Gobierno, el Régimen Constitucional de la Administración Pública, el Régimen Democrático y el Sistema Político, los Derechos y Garantías Constitucionales, el Poder Judicial y el Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad de los Actos Estatales. Y unas Reflexiones Finales en las que trata: las Transformaciones del Sistema Político, del Sistema de Gobierno, del Sistema Político-Administrativo y del Sistema de Control.

Ese rico arsenal de conocimientos, aunque referido específicamente a la querida Venezuela, tiene amplia aplicación a situaciones similares de muchos de nuestros países latinoamericanos, de manera que el Dr. Brewer-Carías, trasciende con sus aportaciones las fronteras patrias, para convertirse en un maestro regional y de habla hispana, pero también una figura profesional destacada que le ha merecido el reconocimiento de universidades de prestigio y tradición cimentada de Gran Bretaña y de otras naciones, que han recurrido a su sapiencia y donaire humano para que enseñe en sus aulas a jóvenes estudiantes de otros patrones culturales, ávidos de conocer a profundidad nuestras realidades institucionales, legales y constitucionales, los cuales él domina profundamente.

Retoma el suscrito el criterio antes expresado de que la orientación que dio el Dr. Brewer-Carías a sus labores como Presidente de la Comisión de Administración Pública de Venezuela durante la administración Caldera, trascendió lo meramente operativo, pues expresa lo siguiente:

> La reforma de la Administración Pública Nacional no se agota con la sola reforma de las estructuras administrativas. El funcionamiento de la Administración también requiere de una transformación sustancial, y de ahí la reforma funcional.
>
> En términos generales, la reforma funcional busca la coordinación adecuada entre los diversos órganos responsables de los cometidos estatales, y el establecimiento de un esquema o molde dentro del cual la acción administrativa adquiera una racionalidad mayor, que garantice a los administrados seguridad y protección en sus relaciones con el Estado.
>
> Por tanto, enfoca los diversos aspectos de funcionamiento de los órganos administrativos a fin de racionalizar y perfeccionar los sistemas, procedimientos y métodos administrativos y buscar su adaptación a nuevas técnicas, para obtener un adecuado funcionamiento de los diversos organismos, el cual permita con mayor eficacia el logro de sus cometidos, así como también un mayor rendimiento y productividad del gasto público[3].

Dicho Informe contenía también temas de trascendencia, como los siguientes:

> La Reforma Administrativa para el Desarrollo. Nótese que era una reforma intencionada, no neutra como la que ya bajo el nombre de Reforma del Estado y orientaciones neoliberales de organismos internacionales y de gobiernos foráneos, emprendieron en los ochentas y noventas al-

2. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, "Evolución histórica del Estado", Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 2ª edición corregida y aumentada, Nota a la segunda edición, Caracas-San Cristóbal 1985, p. 9.

3. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Introducción del Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Capítulo Primero, Tomo II, punto 341, Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, p. 3.

gunos gobiernos, bajo las condicionalidades de los préstamos y programas de ajuste estructural, los arreglos de deuda pública externa con el FMI, Banco Mundial, BCIE y Club de París.

La Reforma Estructural, orientada a lograr no sólo cambios coyunturales o cosméticos, sino de relaciones de poder, para que desde las bases organizadas de la sociedad, el pueblo pudiese participar activamente y ejercer sus derechos y deberes ciudadanos;

La Reforma Funcional, pues se reconoció que eran indispensables cambios profundos en procesos, procedimientos, sistemas, aptitudes y actitudes, que van más allá que otras reformas centrados única o casi exclusivamente en modificaciones constitucionales y legales, difíciles de lograr en regímenes democráticos, por la oposición de grupos de interés y de poder;

La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración, para garantía de la democracia y de los derechos de los ciudadanos y usuarios de servicios públicos.

Esos planteamientos tan bien concebidos, bajo una óptica y una labor de equipo interprofesional e interdisciplinario, bajo el liderazgo del Dr. Allan R. Brewer-Carías, fue inspiración para muchos de nuestros gobiernos, aunque por corresponder a una situación venezolana de los sesentas y setentas, imposibles de transferir como copia igual a otras latitudes latinoamericanas por sus propias idiosincrasias, pero sí fueron adaptadas en muchos aspectos, pues por ejemplo, la importancia de concebir al Estado como un sistema mayor, integrado por subsistemas inter actuantes, cada uno de ellos con sus propias fronteras y sin embargo orientados al mismo bien común, permitió alcanzar el holismo incremental del cual en esa época muchos hablamos como una realidad necesaria y alcanzable para salir del subdesarrollo.

Y para que el Estado, no el Gobierno Central o el Poder Ejecutivo en forma aislada, por la imperiosa necesidad de que los tres Poderes tradicionales trabajasen coordinadamente, dejase de ser responsable nada más del mantenimiento del *statu quo*, al cual no correspondía su papel protagónico e indelegable de condicionamiento político, pero no necesariamente de tener injerencia en aspectos administrativos de poca monta.

El esclarecido pensamiento de estadista y profesional del Dr. Brewer-Carías propiciaba la perfección de la descentralización territorial, para que las comunidades organizadas de base de la sociedad venezolana, y ojalá la de todos nuestros países, venciera el indebido centralismo de poder y de espacio, pues Venezuela es más que Caracas, como Costa Rica es más que San José, en cuyas ciudades capitales reside el Gobierno Central.

Sin embargo, su propuesta no implicaba una desarticulación funcional y administrativa al ceder competencias a los gobiernos estatales, locales y municipales, sino un urdimbre institucional que en lugar de debilitar a la nacionalidad con localismos indebidos, permitiese que las decisiones se pudiesen tomar tan cerca como fuese posible de las acciones, fortaleciendo así la auténtica democracia, inspirada en el verdadero espíritu del Prócer Simón Bolívar, y de lo que fue la Carta de Jamaica, que sigue siendo cartabón para todas nuestras naciones.

La modesta contribución del suscrito, a reconocer los méritos intelectuales, los valores personales y ciudadanos del Dr. Allan R. Brewer-Carías, concluye agradeciendo a los organizadores del justo homenaje a sus cuarenta años de fructíferas aportaciones, que se le haya invitado a rendir reconocimiento en nombre de muchas otras personas con mayores méritos y en el propio, que hemos tenido la fortuna no sólo de conocer a tan distinguido profesional, sino a seguir sus enseñanzas y a tratar de ponerlas en práctica, emulando sus pasos en ámbitos diferentes nacionales o internacionales, pero siempre teniendo presente que su ejemplo es digno de alabar y de implementar, dentro de las limitaciones propias. Y, además, que su amistad es de aquellos dones preciosos de los cuales nos habla la Sagrada Escritura, cuando afirma con razón que *un verdadero amigo es un tesoro.*

PRIMERA PARTE
TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

Fernando Hinestrosa
Rector de la Universidad Externado de Colombia

A lo largo de la historia, ondulante y recurrentemente, los pueblos han conocido y reconocido distintas fuentes del derecho. La diferenciación entre fuentes formales y fuentes materiales es elemental, y dentro de aquellas, con valor variado y fuerza cambiante, se mencionan la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina. El derecho consuetudinario, el más antiguo, genuino y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del derecho escrito, de ordinario la declaración escrita de la persona o del organismo con ese poder, fue visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza[1] (formalidad, publicidad, estabilidad, seguridad, aunadas)[2]. De otro lado, los Estados, y más ampliamente, los soberanos, han tendido siempre a establecer un derecho propio, aplicable a todos los súbditos que se encuentren en su territorio. Es más, la existencia de leyes nacionales generales ha sido símbolo de soberanía, y tal tendencia se observa en los Estados europeos a partir de fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX[3], como también en las repúblicas latinoamericanas a raíz de su independencia de las metrópolis peninsulares[4]. Esas leyes fueron concebidas y redactadas sistemáticamente, como unidades sectoriales, esto es, como códigos, y como *fruto madura de la ciencia*[5] y, en cuanto tales, llamadas a perdurar.

Con frecuencia se escucha y lee la tesis de que el tiempo de la codificación quedó atrás y que la obsolescencia a más de a los códigos, golpea a la propia idea de codificación[6]; en una época en que las necesidades se multiplican y apremian con mayor intensidad, las gentes son más exigentes del Estado, y por ello se tiende a legislar contingen-

---

1. Se menciona siempre la hazaña de APPIO Claudio Cieco, equivalente en el ámbito jurídico a la de Prometeo en la teogonía helena. *Cf., V.,* ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7ª edición, rist. anastatica, E. Jovene, Napoli 1957-1991, pp. 122 y ss.

2. "Parece que, en la historia del derecho, se suceden tiempos débiles y tiempos fuertes de la legislación: todo ocurre como si se produjera un balanceo de los hechos y de las ideas entre el derecho consuetudinario en sentido amplio (incluido el derecho creado por el juez) y el derecho escrito, surgido de la voluntad de un legislador": CARBONNIER, J., "Tendences actuelles de l'art législatif en France", en *Essais sur les lois*, 2e. éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris 1995, p. 266.

3. *Cf.,* WIAECKER, F., *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Aguilar, Madrid 1957, § 18. ZIMMERMANN, R., "Roman law and european legal unity", en *Towards a european civil code*, Martinus Nijhoff publishers, Nijmegen 1994, pp. 65 ss. Th. G. WATKIN, *An historical introduction to modern civil law*, Ashgate, Darmouth, Hants, 1999, cap. 7.

4. *Cf.,* la anotación que hace LIRA URQUIETA, P., en "Introducción al Tomo XII, 1", de las *Obras completas de Andrés Bello, Código civil de la República de Chile*, Ministerio de educación, Caracas 1954, p. XIV, en cuanto al encandilamiento del Code civil sobre los gobernantes latinoamericanos y a la propuesta del chileno O'HIGGINS en 1932 de que se le adoptara sin dilación.

5. Conforme a la expresión de CROME, C., *System des deutschen bürgerliches Rechts*, Tübingen-Leipzig, I, 1900, p. 32, *cit.* por BUSNELLI, F.D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Guida ed., Napoli 1984, p. 21, nota 15.

6. *Cf.,* SACCO, R., "Codificare: modo superato di legiferare?" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1983, I, pp. 117 y ss.

te y celeramente para la regulación de materias específicas[7]. Y entre los *generalistas*, adheridos a los códigos, se expande un ánimo pesimista: se sienten arrinconados por los *especialistas*, más cotizados y en la cúspide de la actualidad. Sin embargo, aparte de la importancia sempiterna de los principios generales, que yacen y viven en los códigos, se anota que en el presente son numerosos e importantes los ejemplos de nuevos códigos y de reformas amplias y profundas de códigos tradicionales, lo cual mueve a pensar en que los códigos de por sí tienen aún una función que cumplir en cuanto a la disciplina de instituciones y figuras, y que su vigencia paralela a los estatutos especializados tiene un significado propio. El hecho es que frente al fenómeno generalizado de la descodificación, se sigue codificando y recodificando, y que los códigos se mantienen, así sea con modificación de su función frente a aquellos estatutos.

Los conceptos de código y codificación son posteriores a los trabajos de su elaboración material; una cosa son los arrumes de normas sucesivas, otra la elaboración de ellas ordenada y sistemáticamente con el propósito de regular una rama del derecho. Códigos por antonomasia fueron el *Codex* Justinianeo, y en menor escala, el *Decretum Gratiani*. El *Code Civil français* o *Code Napolèon*, es el ejemplo pardigmático de la codificación moderna: una materia, un sistema, una disciplina, un método, unos principios, una aspiración, una ideología. La revolución codificadora o la *edad de la codificación*, emergió en el siglo XVIII como una proyección del iusnaturalismo racionalista y la Ilustración, comenzando con el *Codex Maximilianeus*, seguido de otros libros bávaros y luego del *Allgemeines Landrecht* prusiano. La codificación napoleónica abarcó las distintas actividades de la vida ciudadana. Se destacan luego la codificación del Reich alemán con sus BGB y HGB, el ZGB y el OB suizos, el *Codice civile* italiano de 1942. En América Latina sobresalen el código civil de Dn. Andrés Bello para Chile, adoptado luego por Colombia y Ecuador, el código civil de Dn. Dalmacio Vélez Sarsfield para Argentina, el Esboço de Texeira de Freitas y el código civil del Brasil de Clovis Bevilaqua. Recientemente se han producido los códigos civiles de Perú (1984), Paraguay (1987), Québec (1992), Países Bajos (1992) y Brasil (2001), amén de los ordenamientos de los países de Europa central y oriental con posterioridad a su retorno a la economía de mercado.

¿Qué quiere decir codificar y qué descodificar? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española trae estas precisiones: *Código*: cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático. Cifra para formular y comprender mensajes secretos. *Codificar*: hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático. Transformar mediante las reglas de un código la formulación de un mensaje. *Descodificar*: aplicar inversamente las reglas de su código a un mensaje codificado para obtener la forma primitiva de este. La presencia de los dos significados, a primera vista distantes y sin relación entre sí, no deja de formular sugerencias a propósito del mensaje subliminal de los ordenamientos jurídicos.

La partícula *des*, empleada junto a un verbo o a un sustantivo en función antagónica, sirve para indicar la oportunidad o al menos la oportunidad de suprimir o reducir aquello que la palabra principal expresa. Así, *descodificar* significa sustraer áreas de legislación a aquellas estructuras tendencialmente omnicomprensivas y sistemáticamente or-

7. Naturalmente la referencia corresponde al ordenamiento de derecho privado: civil y comercial o unificado, especialmente en materia de obligaciones y de contratos, hoy en algunos campos muy próximo al derecho público y, por ende, al estatuto, de que son ejemplos sobresalientes, dejando de lado el ámbito del trabajo dependiente, objeto de disciplina autónoma, el arrendamiento de inmuebles para vivienda, comercio o explotación agropecuaria, la actividad financiera y, por su novedad y universalidad, el consumo.

denadas que quisieron ser y son los códigos. *Descodificación* es, en efecto un modelo distinto de legislar, de regular, en el que puede decirse que se adopta el principio de para cada materia una ley. La *descodificación* no quiere decir *desregularización*, pues lo que hace es descomponer y recomponer en otro lugar legislativo áreas de una materia, por fuera de los códigos[8]. ¿Hasta dónde, simplemente reubicar materias con una disciplina diferente, pero siempre legal?

De un universo (*cultura*) conforme en el cual, el derecho por excelencia era el civil, con sus pilares en la persona, la familia, la propiedad, la obligación, el contrato, la responsabilidad, la sucesión, que alindaban íntegro el territorio en el que se desenvolvía la vida de los ciudadanos, se fue pasando a la independización de ramas dentro de su seno, algunas con tintes publicistas, como es el caso de la legislación laboral, para luego asistir al desgrane de sectores y temas de estas, hasta llegar a la abundancia y la dispersión legislativa del presente, cuando pululan los estatutos singulares, ansiosos de autonomía total, varios de los cuales inclusive proclaman obedecer a principios y valores diferentes de los que informan a sus ancestros[9].

El primer desgaje ocurrió con el derecho mercantil, cuyo espíritu de cuerpo expansionista y absorbente, ha sido patente, ansioso de gobernar todas las operaciones en que intervenga un comerciante para que sean juzgadas por sus pares. Sin embargo, apenas comenzado el siglo XX se hizo presente la tendencia hacia la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, con variado suceso, de que dan cuenta el Proyecto franco-italiano de obligaciones y el *codice civile italiano* de 1942, que ha tenido amplias repercusiones en América Latina. Sin embargo, a la par del desarrollo de ese proceso inexorable, son numerosas las materias que por variadas razones han ido soltando amarras y separado del tronco comercial[10]: el derecho de la navegación, incluso con individualización de sus distintos sectores, el derecho bancario, el financiero, el bursátil, el económico, etc., hasta llegar al derecho del consumo; lo que también se ha dado el derecho civil, *v. gr*. con el arrendamiento inmobiliario y distintos campos de la responsabilidad extracontractual.

El apremio de la regulación oportuna, específica y precaria de determinadas materias y de determinados destinatarios[11] por medio de leyes especiales (*Spezialgesetzte*) es relativamente reciente, y corresponde a los fenómenos que irrumpieron y se generalizaron a raíz de la segunda posguerra del siglo XX. Antes, lo que solía acontecer era la renovación y actualización del derecho por vía jurisprudencial, en oportunidades mediante decisiones de *jurisprudencia pretoriana* y en veces, por medio de reformas pre-

8. CASTRONOVO, C., "Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione" en *I cinquant'anni del codice civile*, v. 2°, Giuffrè, Milano 1993, p. 475.

9. Ante todo se hace referencia al principio de la autonomía privada o de la libertad contractual, frente a la intervención tutelar o a la dirigista del Estado, que desemboca en el contrato forzado, el contenido legalmente impuesto, la ampliación del contenido con la agregación de las obligaciones inherentes o contiguas (*Nebenpflichten*) y a una concepción y un empleo más extensos e intensos del principio de la buena fe. *Cf.*, RESCIGNO, P., *Introduzione al codice civile*, 7ª edición, Roma-Bari 2001, pp. 170 y ss.

10. "[Hoy] la mayor parte de las reglas del derecho comercial francés tiene que buscarse en fuentes externas al código de comercio, que subsiste apenas nominalmente, como un cascarón casi vacío de contenido": OPPETIT, B. "La décodification du droit commercial français", en *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris 1981, p. 198.

11. "La ley ya no mira al "ciudadano", destinatario neutro e indiferenciado, sino a grupos específicos y a categorías definidas de intereses. Las leyes se presentan como estatutos de grupos sociales … y expresan lógicas sectoriales": IRTI, N., "Leggi speciale, del monosistema al poli-sistema" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1979, I, p. 144. "La ley se hace en provecho de un grupo más o menos reducido de personas. … El grupo al que la ley protege no renuncia a pedir incesantemente y a obtener aquel refuerzo de la protección concedida a él": SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, *cit*., p. 119.

cisas de determinadas normas de los códigos. El foro reunido en Roma entre 27 y 28 de octubre de 1977 por iniciativa de N. Irti: *Temas de la cultura jurídica contemporánea: perspectivas del derecho privado; el jurista en la sociedad industrial, el ocaso del código civil*[12], vino a significar una toma de conciencia del fenómeno, de sus caracteres y de sus proyecciones, y de entonces para acá se le ha tratado *in extenso* y despojado de misterio; en fin, ha de manejársele con tiento, sin perder de vista cierta inclinación a tomar de por sí los hechos y circunstancias nuevos dramáticamente, si que también con algo de maniqueismo. Lo que realza la necesidad de diferenciar la abundancia de normas (el *aluvión legislativo*, la *inflación legislativa*[13], *hemorragia legislativa*[14], *orgía de legislación*[15]), la invasión del derecho a campos antes ignorados por él[16], su expedición impulsiva, la confusión entre las normas legales y las administrativas, su modificación o sustitución ligeras, con compromiso grande, no solo de la propiedad, claridad y prestancia del ordenamiento[17], sino de la posibilidad misma de su conocimiento incluso por las gentes que trabajan en el respectivo sector económico, del advenimiento de normatividades singularizadas o especializadas, así los dos fenómenos sean propicios a coincidencia.

Lo primero que se advierte es el calificativo de *crisis*[18]. Los códigos hicieron crisis, si que también el derecho privado y, en general, el derecho, y de contera, las instituciones que alcanzaron su apogeo en los dos últimos siglos: el derecho subjetivo, la propiedad, el contrato, la responsabilidad, que han sido (¿fueron?) las figuras centrales del derecho privado, en torno de las cuales giraban los códigos decimonónicos y del siglo XX, que naturalmente se ven afectados por la transformación de la economía y de la organización social que se ha venido sucediendo por doquier, hoy *global*, en fuerza de la aproximación de las gentes, la universalización de los intercambios y la homogeneización de paradigmas. De la propiedad privada como paradigma de derecho subjetivo y como derecho absoluto y del contrato como sinónimo de regulación paritaria y equitativa de los derechos de los individuos, se pasó al derecho subjetivo con o como función social, de ahí a la desregularización y a la economía de mercado, y de allí ¿a dónde se irá? El movimiento pendular, tan expresivo del desarrollo de la especie, está acá presente. En todo caso, es exigua la presencia del código civil[19], la disciplina del mercado quedó definitivamente por fuera del código civil, sin perjuicio de seguir anhelando la homogeneidad y unidad del derecho privado[20], y se perdió *la centralidad del código en el derecho privado*[21]; ya el código civil es *una* de las leyes civiles, y no *la* ley[22], inclusi-

12. IRTI, N., "Età della coficazione" en *Diritto e società*, 1978; "Leggi speciale, del monosistema al polisistema", en *Rivista di diritto civile*, Padova 1979, I.

13. GOLDSCHMIDT, 1924, CARNELUTTI, 1930; *cit.* por CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 484, nota 8.

14. RODOTÀ, S., *cit.* por BUSNELLI, F.D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, *cit*. nota 6.

15. GILMORE, G., *The death of contract*, Ohio State University Press, 1995.

16. CASTRONOVO, *op. cit.*, pp. 482 y ss.

17. Ya Tácito, en sus Anales se pronunciaba sobre la *corruptisima de publica, plurimae leges*.

18. Cuando más podría hablarse de "crisis de identidad de los modelos decimonónicos" (BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, *cit.*, p. 22): el *code civil*, el BGB, la dualidad de ordenamientos de derecho privado: código civil y código de comercio.

19. GIORGIANNI, M., "Il diritto privato e i sui confini" en *Rivista di diritto privato*, Padova 1961, p. 398.

20. "La unidad del derecho privado no es un mito científico, ni una ideología política; ella responde a las conexiones intrínsecas de nuestra vida y al dominio de los aparatos económicos".

21. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, *cit.*, SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, *cit.*, pp. 128 y ss.

22. *Cf.*, IRTI, *Leggi speciali*, *cit.*, p. 141.

ve con diferencias de vocabulario y de lógicas; se ha pasado de un monosistema a un polisistema[23].

Como correspondía a la organización política y económica surgida de la ruptura de los regímenes feudal y corporativo y de la revolución industrial, vertida en el Estado *gendarme* y en la exaltación de la propiedad y el contrato, los principios fundamentales se encontraban en el código civil, que ocupaba el vértice dentro de la jerarquía normativa[24]. Con el cambio de orientación y de actitud del Estado, que se remonta a la primera mitad del siglo XX, la orientación ideológica se modificó y la intervención del poder público se fue incrementando hasta extremos insospechados, de los que ahora ha ido regresando. En todo caso, el concepto y la práctica del Estado social de derecho colocan a la Constitución por encima de todos los demás sistemas normativos[25], y sus directrices informan íntegra la normatividad, que no sólo ha de ajustarse a ella, sino que debe interpretarse con arreglo a la ideología acogida en su parte dogmática. Es más, los organismos jurisdiccionales que ejercen el control de constitucionalidad de las normas subordinadas han sido colocados y se sitúan en posición de establecer el sentido genuino de la Constitución y de dictar su interpretación cierta y única, con el resultado de una judicialización del derecho, que se debería ampliar con un empleo más amplio e intenso de las cláusulas generales. De esta forma, la tendencia actual es la de tomar la Constitución como tabernáculo de los principios fundamentales de la vida ciudadana, que han de orientar el entendimiento y la aplicación de íntegras las demás normas. Así, se completa el desplazamiento del código civil a manos de la Constitución[26], ciertamente compenetrada con una mentalidad solidarista e intervencionista, imbuida del anhelo de cambiar estilos y contenido de las relaciones sociales[27]. Hoy, los principios fundamentales están en la Constitución, sin perjuicio de la conservación en el código civil de principios generales más próximos a la disciplina de las relaciones privadas, por lo cual no huelga anotar que la realización de aquella no está confiada a las solas leyes especiales, sino que compete a íntegro del ordenamiento, lo que implica la adaptación de las normas y sistemas anteriores.

El nuevo derecho surge ante todo en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, en cuyos tratos se aprecia la elaboración, y en todo caso, la presencia de una normatividad convenida, que también se observa en las leyes especiales, solo que allá la acuerdan las partes y acá resulta de la negociación entre el Estado (gobierno, parlamen-

---

23. IRTI, *Leggi speciale, del monosistema al poli-sistema*, *cit.*, p. 145. *Cf.,* SCHLESINGER, P., "Tramonto della codificazione: Il tramonto del codice civile", en *Rivista di diritto civile*, Padova 1980, I, pp. 80 y ss.

24. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?, cit.,* p. 118. El art. 5° de la ley colombiana 57 de 1887, que adoptó los códigos de la Federación, es diciente a propósito: "Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, …. y estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: código civil, de comercio penal, judicial, administrativo, fiscal, ……"..

25. *Cf.,* BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale, cit.,* p. 30, nota 26; SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?, cit.*, p. 129. PERLINGIERI, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Ed. Scientifiche italiane, Napoli 1979, pp. 96 y ss., *Profili istituzionali del diritto civile*, Ed. Scientifiche italiane, 2ª rist., Napoli 1977-1986, p. 28; *Diritto civile costituzionale*; RESCIGNO, *Introduzione al diritto civile, cit.,* pp. 47 ss. El art. 4° de la Constitución colombiana de 1991 dispone: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

26. "Los principios constitucionales han impuesto e imponen una revisión, una integración y una reinterpretación del código pero no su relegación". Es posible transformar radicalmente amplios sectores del código mediante una revisión interna, sin afectar la estructura que lo sustenta": SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?, cit.*, p. 129.

27. *Cf.,* DE CUPIS, A., "A proposito di codice e decodificazione" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1979, II, p. 51; PRINGIALLI, A.M., *Las vicisitudes de la codificación*, trad. al español de SALVADOR, P., en LIPARI, N. *Derecho privado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1980, p. 91.

to) y los grupos (gremios, sindicatos, asociaciones), cuando no de las presiones de estos. Pero en aquellos mismos terrenos se advierte el empeño de resaltar la importancia de los principios generales que han de informar la vida práctica, jurisdiccional y normativa de la actividad económica[28], columna vertebral de que carecen las leyes especiales.

Las normas como todas las criaturas, más las creaciones culturales o del espíritu objetivo, comienzan a envejecer desde su expedición[29], a lo que se ha de agregar que en no pocas oportunidades nacen viejas, o cuando menos retrasadas con relación a las urgencias de la época, y a medida que el tiempo transcurre, los cambios son más veloces y los apremios del presente más fuertes, son más evidentes su rigidez, su anquilosamiento, su falta de flexibilidad. Sobre la jurisprudencia pesa el deber de acompasar el derecho escrito al ritmo y al pensamiento de las nuevas edades, solo que en veces se olvida de cumplirlo o su acomodación no es adecuada; así, aun descontando las presiones sociales y políticas que suelen no dar tregua, los Estados optan por echar por el atajo y expedir leyes especiales, producto de contingencias económicas y emergencias políticas, que se han convertido en la regla general, a veces con el carácter de ordenamientos políticos y técnicos, que prefieren a la reforma de los códigos, provistas de nuevas orientaciones y principios. Brotan, irrumpen, abundan las leyes especiales, muchas veces expedidas por el órgano ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias otorgadas so pretexto de la urgencia. En favor de las leyes especiales, cada vez más frecuentes, amplias y ampulosas, concurren argumentos y observaciones de orden económico, político, ideológico, sistemático. ¿Cuáles son hoy las normas que regulan las actividades económicas más importantes y cuantiosas? ¿El código civil, e incluso el código de comercio, *para los asuntos pequeños de la actividad doméstica*?[30], y las leyes especiales para los de trascendencia y cuantía mayores?[31]. Y en cuanto al significado constitucional del código: ¿derecho civil, el de los propietarios; derecho comercial el de los mercaderes, uno y otro colocando por encima los intereses de las clases poseedores y enriquecidas? En todo caso, la obligación y el contrato no se pueden considerar figuras confinadas a la *microeconomía* y a los tráficos minúsculos.

¿Dónde están los principios generales del derecho, de dónde extraerlos y cuál su alcance?.

Como se anotaba atrás, es manifiesta en algunos aspectos la inadecuación de los códigos a la realidad económica, social, política (favorecida a veces por un anquilosamiento eventual de la jurisprudencia). Así, cuando no es posible una obra de revisión interna, o no se considera oportuna, la actualización y la adecuación del código a los principios constitucionales puede darse mediante un trabajo de pulimento y acondicionamiento de la normatividad del código confiada a leyes a propósito. Se asiste a un particularismo legislativo: consolidación de sistemas plurales de normas dotadas de lógicas autónomas y orgánicas, cuantas veces heterogéneas. La atención de los problemas de la sociedad industrial y de la post-industrial, la de la información y las comunicaciones,

28. Valga citar los ejemplos de la "Convención de Viena de 1980" sobre *Venta internacional de mercancías, de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit*, Roma 1994, del *Proyecto europeo Gandolfi*, Academia de Pavía, del *Proyecto Lando de código civil europeo.*

29. "La ley escrita viene a cristalizar un determinado sistema, y por ende, viene a codificar el *pasado*, pese a estar llamada a disciplinar el *porvenir*. De ese modo, un código nace ya viejo y bien pronto necesita revisión": GIORGIANNI, M., *Sulla riforma della legislazione civile*, Milano 1967, ahora en *Scritti minori*, Napoli 1988, p. 605.

30. RODOTÀ, S., "Ipotesi sul diritto privato" en *Il diritto privado nella società moderna*, Bologna 1971, p. 13, *cit.* por BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, *cit.* p. 18, y nota 6.

31. *Cf.*, OPPO, G., "Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano" en *Rivista di diritto civile*, Padova 1976, I, pp. 591 y ss.

resulta imponiendo normas que subrogan determinados preceptos o títulos enteros del código y directamente se subsumen en él; otras veces, leyes que corren por separado, hasta con ínfulas de código. El derecho privado tiene que abrirse a la evolución de realidad social, y las leyes especiales toman en consideración los aspectos y fenómenos sobresalientes de esa transformación. De ahí que no se las pueda relegar, sin más, a una especie de apéndice externo, sin aptitud para reaccionar sobre el sistema del código. De ocasionales y aun efímeras, las normas especiales han ido tomando cuerpo y en algunos casos se han convertido en verdaderos sistemas, microsistemas, con principios propios, al extremo de que el código civil o los códigos de derecho privado resultan marginales, o mejor, residuales[32]. A cuyo propósito "ha de reprochársele al legislador especial el no haber sabido o querido adaptar las figuras del código susceptibles de aplicación útil a las nuevas exigencias"[33]; de ahí que "la descodificación se haya convertido en causa y efecto de la multiplicación de reglas de derecho de toda clase de origen"[34].

Y al mismo tiempo, ha de resaltarse la vitalidad insospechada y persistente de los códigos civil y de comercio[35]. La perseverancia de la centralidad del código en el ámbito sistemático, permite y auspicia la existencia de un sistema unitario. La especialidad de las leyes no consiste en su carácter especificador; simplemente se capta en su dimensión sectorial. Ello pone de presente la complejidad interna del sistema, que hace más necesarias e importantes las categorías y principios de derecho común, claves de la interpretación general.

La unidad del sistema se rompe con la irrupción acelerada de leyes especiales que invaden el territorio del código. "El código no es ya *el* sistema, sino uno de los varios sistemas; sin embargo, es aquel que por la vastedad, la finura y la hondura de las materias y de la disciplina, custodia la técnica de estudio, los instrumentos ordenadores, las categorías lógicas aplicables también a las leyes especiales"[36], desprovistas de esa armazón o espina dorsal. Sin duda, ha venido a menos la pretensión omnicomprensiva de los códigos, pero a ellos continúa reservada la concepción global e integral del derecho.

La introducción de otras *sangres*, nuevas, de otras culturas, es inevitable, y además, benéfica, y al efecto basten los ejemplos, antiguo del derecho comercial, y más reciente, del derecho individual y colectivo del trabajo, que en su día abrieron la mentalidad, atendieron a nuevos fenómenos, dotaron en alto grado al derecho de flexibilidad y sensibilidad. A la postre no sería irrazonable ni malsano pensar en una especie sincretismo. En el seno del sistema o de los varios sistemas y subsistemas jurídicos de cada país obran fuerzas centrípetas y fuerzas centrífugas, enderezadas todo lo más, hacia la absorción de aquellas en y por el sistema.

Esto resalta la capacidad unificadora de los códigos, en particular, del código civil, cuyas categorías y principios siguen ofreciendo al intérprete un conocimiento normativo de *derecho común*, que se transmite a todo el derecho privado y lo penetra. ¿Retorno al código civil? "El código civil no como punto de llegada, sino como punto de partida" (Nicolò). El código civil entendido como aquellos valores en los que creemos y que él expresa y enseña[37]. ¿Podría o habría de pensarse, entonces, en una *recodificación*? Se

32. *Cf.*, IRTI, *Leggi speciali*, *cit.*, p. 144. Piénsese en el ejemplo paradigmático de los ordenamientos reguladores del consumo y protectores del consumidor.

33. DE CUPIS, *A proposito di codice e decodificazione*, *cit.*, p. 52. *Cf.*, PATTI, S., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, 1984, ahora en *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari 1999, pp. 37 y ss.

34. OPPETIT, *La décodification du droit commercial français*, *cit.*, p. 200.

35. SACCO, *Codificare:modo superato di legiferare?*, *cit*., p. 129.

36. IRTI, *Leggi speciali*, *cit.*, pp. 142 y ss.

plantea una transformación del código adaptando sus categorías y, por supuesto, sus principios, a una sociedad en transformación continua, veloz y honda, de modo de disminuir la distancia entre los valores, aspiraciones y, sobre todo, exigencias de la realidad, y las normas, al propio tiempo que atendiendo a la necesidad de contar con categorías y principios generales, unificadores. Las leyes especiales presuponen un derecho común: generalización del código y particularización de las leyes especiales. Es posible hablar de una complejidad caótica de la legislación, frente a la cual es indispensable, como apremiaba Portalis, "legislar de modo que las nuevas instituciones tengan aquel carácter que puede asegurarles el derecho de llegar a ser antiguas". Es menester una racionalización de las leyes especiales, a más de resaltar el deber del intérprete de ellas de recomponer la unidad del sistema.

No cabe pensar en leyes especiales sin la presencia central del código, que a su turno recibe la influencia vivificante de aquellas. Los ejemplos de los ordenamientos comercial y laboral son paradigmáticos. "Las normas de los códigos son pulmones que le permiten al código respirar, abrirse, adecuarse a la realidad que trata de regular"[38]. No sería por ello aventurado pensar los códigos, tratarlos y emplearlos como una única *lex generalis* dentro del sistema. Esa sería una manera, o mejor, lo es, de decantar y sedimentar los valores de la cultura jurídica propia, la nuestra. Es de recordar la expresión de Portalis: "Los códigos de los pueblos se dan con el tiempo, pues, a decir verdad, no se les hace".

"La ciencia civilista y el código civil ofrecen instrumentos suficientemente dúctiles que permiten el ejercicio de una de las tareas fundamentales del jurista, la de controlar la racionalidad de las disciplinas y de remitirlas a ordenamientos en cuanto sea posible duraderos. La edad de la descodificación, en las sociedades inquietas y en transformación, comienza el día siguiente de la entrada en vigor del código.

Pero el código, replanteados sus objetivos y a sabiendas de sus lagunas y de la insuficiencia de algunas de sus disciplinas, sigue siendo un punto fundamental de referencia en la interpretación del ordenamiento y de sus subsistemas"[39].

---

37. Cf. SANTORO-PASSARELLI, F., Tramonto della codificazione; Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali, pp. 85 y ss.

38. BUSNELLI, Il diritto civile tra codice e legislazione speciale, cit., p. 50.

39. PIGA, F., "Trazmonto del codice civile? Codice civile e institui del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo", en Rivista di diritto civile, Padova 1980, I, pp. 56 y ss.

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION

Rogelio Pérez Perdomo[*]
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Comparative law books, if they mention Latin America at all, place it in the Civil Law tradition[1]. We will not dispute this inclusion. Our questions are on what it means. Does it mean that Mexican or Venezuelan law is fundamentally similar to French, German or Spanish law? What is similar? The Civil Code or the people's knowledge of their rights and duties? The law books and the teaching of law, or the attitudes towards judges or police? The structure of the legal profession and the career path of judges? When we ask these questions, we quickly realize that most authors of comparative law books look at codes, rules, structures or institutional arrangements. Codes and institutions doubtless matter, but we will take into account legal culture, and analyze the relations of these different parts of a legal system from the perspective of transplantation of law[2].

First, let us state at the outset that in the formal sense there is no such thing as Latin American law. There are about 20 different legal systems[3]. Nevertheless I will argue that there are some features, mostly related to *legal culture*, that allow us to talk of Latin American law in a general sense, as we talk of Civil Law or Common Law traditions. Latin America would be a distinct group within the Civil Law tradition. Discussing these features is an important part of this paper.

Tourist brochures usually present Latin America as a unique blend of races and cultures. The fact is that most of our ancestors of 19th century were rather ashamed of their mixed racial identity. They saw it as a curse that doomed our countries to perpetual backwardness. Later the *mestizaje* was vindicated, and today we are proud of it. But is our law *mestizo*, as we are?

Most Latin American legal historians study the *influencias* of European codes and thinkers. There are countless articles and books on the influence of American or French revolutionary constitutions in the different Latin American countries. The French, Italian and Spanish civil, commercial, penal and procedural codes were quite influential too. Meanwhile, other historians prefer to point out the originality of Bello's Civil Code, or Teixera de Freitas' *Consolidaçao*. It is possible to study Latin American legal institutions (Karst, 1966). If this originality comes from a mixing, what are the ingredi-

---

* I thank MERRYMAN, J.H., GESSNER, V., FUENZALIDA E., and NELKEN, D., for comments to earlier drafts. K.C.Dickinson has been a patient corrector of my English.

1. The big exception is MERRYMAN, John Henry who has given much attention to Latin America (See MERRYMAN and CLARK, 1978; MERRYMAN, CLARK and FRIEDMAN, 1979; MERRYMAN, 1985).

2. For bibliographies on Latin America in the legal culture or law and society perspectives: GILISSEN, J. dir., 1963-1988 (Argentina, Brazil, Chile, México, Perú and Venezuela); SNYDER, 1985; Ferrari, ed., 1990. (Argentina, Brazil, México, Venezuela). The Library of Congress (Washington) published guides to the law and legal literature of most Latin American countries. There are national bibliographies and histories of law for several countries.

3. The number would depend on what countries we include. The smallest number would be the 19 independent nation states that are former Spanish and Portuguese colonies. Haiti, Puerto Rico and Quebec could be included in Latin America. In this paper we are thinking principally or Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Peru, Uruguay and Venezuela. The exclusions are due to ignorance of other countries' law.

ents? How original or mixed are Latin American laws and institutions? In what sense does Latin American legal culture differ from the other Civil Law countries and, in particular, from Latin Europe?

We will look first survey the history of law in Latin America by periods and then answer the theoretical questions we have posed.

I. ON THE MAIN PERIODS OF LATIN AMERICAN HISTORY OF LAW

In Latin America history of law books typically begin with references to the pre-Columbian period. There were indeed great civilizations -the Mayan, Incan and Aztec- and there were customs and regulations we can call law. But it would be wrong to call these civilizations and laws *Latin*.

Probably many of these customs survived the first decades of the conquest, but not the three centuries of colonization. The Spanish kings decreed that those indigenous customs not contrary to the Catholic faith be applied to their Indian subjects. Since the law enforcers were Spanish people and most of them not much interested in cultural studies, they did not bother to do much research about the Indian customs. They applied what they considered reasonable (or served their interest) (Borah, 1985)[4]. Today we know a lot about Mayan, Aztec or Incan political systems, civilization and laws, but very little of this survived the colonial experience. If Latin American law results from a mixing, then, it is not with Indian law.

During the colonial period the Castilian laws[5] applied to the white and *mestizo* population. There were also regulations specially made for the colonial dominions. These regulations are known as the *Indiano* law. In a more general sense, some historians use the name of Indiano for the law applied in the colonies (Tau Anzoátegui, 1997).

Beginning in the 16th century, the Spanish kings established universities with law studies. Main courses were Roman and Canon law. A student could graduate in either of them or in both (*uitrusque iuris*). By the end of the colonial period there was a substantial number of law graduates. Portuguese policy was different. The Portuguese did not create universities in Brazil until the 1820s. Instead the Brazilian elite was educated in Coimbra. By 1830 there were near 500 *bachareis em direito* in the country (Barreto, 1978). But what matters is that the law taught in Spain, Portugal and the colonies was similar. It was the same taught as in other countries of Europe. This is the Civil Law tradition (Merryman, 1985).

Of course, we should not fool ourselves into believing that the law applied in the colonies was the very complex Spanish (or Portuguese) legislation or the Roman law of the *Corpus Iuris Civilis*. It is true that several personal libraries had the Digest, the bulky Spanish *recopilaciones* and the *Recopilación de Leyes de Indias*. Roman or Spanish texts were cited in forensic writings (Barrientos Grandón, 1993). But the fact is that most law graduates did not practice law, or did not make a living from law practice

4. On the contrary, other law historians point out the importance of indigenous law (URQUIJO, Mariluz, 1973). For the contemporary revival of Indian law and the new type of conflict with modern or western law: CLAVERO, 1994.

5. We are referring to Spanish America. Portuguese kings acted likewise but we will refer to main differences later on. For the history of Brazilian law (VALADAO, 1972-73; VOLKMER, 1996, 1998; WEHLING, 1998).

(Pérez Perdomo, 1981). Instead, a host of *procuradores* and *escribanos* took up the day-to-day practice of law. They had less legal education and much less social prestige than the university-educated law graduates, but they did the job. They wrote documents and handled most litigation. The literature they actually used was very practical, like José Febrero's *Librería de escribanos*, Juan de Sala's *Ilustración al derecho real de España*, Escriche's *Diccionario de legislación* or Martinez' *Librería de jueces* (González, 1987, 1988; Pérez Perdomo, 1981)[6]. These legal cookbooks generally adopted the *Instituta*'s outline, explained the basic rules and put in the margin the references to the Spanish legislation. In addition, some of them gave models for contracts and other legal writings.

The law taught at universities had a very important referential function: Roman law had the prestige of tradition. There was always the reference to the time of Gaius and Papinian, the living and uninterrupted presence of Antiquity. It was the law of the Catholic Church: Canon law is supposed to be based on Roman law, as the Church lived under Roman law at the time of German or barbarian invasions. Roman law was also the *ratio scripta*, the written reason. This was an idea the humanist jurists of the 16th and 17th centuries used to transform the Roman law along the lines of natural or *rational* law (Koshaker, 1955; Villey, 1968; Maffei, 1956). This Roman-rational-law protected private individual property and the freedom of contracts and the predominance of men as family heads (Villey, 1968; Arnaud, 1969). The Roman law actually taught by the end of the 18th century had very little to do with Gaius, Ancient Rome or Medieval-Roman law. It was Justinian's *Instituta* extensively commented by Vinnius and Heineccius, authors who practically converted the book into an expression of rationalist natural law (Pérez Perdomo, 1981).

Several 18th century authors in Spain, Portugal and America, were very critical of tradition (Clavero, 1978; Tau Anzoátegui, 1977). Some of them criticized the legislation, the bulky and often contradictory compilations of statues. Since a compilation never repealed previous legislation, but established an order of preference, it became very cumbersome to find out which laws were still good. The criterion of invalidation itself was not clear because older law had more prestige than newer one. This policy resulted in such a labyrinth of information that was impossible to find an uncontested rule. Legislation was used as we use now law review articles. Pérez y López, a rationalist jurist of 18th century, tried to simplify such a mess and produced a *Teatro de la Legislación de España e Indias* in twenty volumes. Other authors criticized Roman law. A modern society ruled by laws many centuries old was as unacceptable idea for them. The critical literature, both of national and Roman law, failed to understand that jurists were not supposed to work constantly with the *Corpus Iuris Civilis* or the Spanish *recopilaciones*. Instead, lawyers and escribanos quoted these books second hand, as most students today would quote Weber without even having bothered to read his *Economy and Society*. However, the criticism was justified for other reasons. They wanted a change. They wanted simple rules the people could read and understand.

6. The bibliography on practical legal books is still waiting for an analysis. They were widely read and had numerous editions. For example the *Manual del Librero Hispanoamericano* (PALAU y DULCET, Barcelona 1926, indicates editions of Sala's *Ilustraciones* in Spain in 1803, 1820, 1832, 1834: in Mexico in 1807-08, 1837, 1867; and in Paris, 1845. This edition is named *Sala Hispano Chileno*, and the Mexican editions are named *Sala Hispano Mexicano*. To the original texts are added notes with the new legislation.

In the 19th century, political independence and other developments greatly increased support for law reform. There was heightened interest in writing constitutions and codes, both in Latin America and the Iberian Peninsula, as throughout Europe. Substantial political turmoil and reform was going on everywhere. There was a general political crisis in Europe, including the Spanish and Portuguese empires, and it would be wrong to think in terms of rebellion or a mere change of ideas (Rodríguez, 1998; Rosti, 1996). In Brazil, there was not rebellion, but there were important changes. In 1808, Brazil became the center of the Portuguese Empire. In 1826, the King's son became the first Brazilian Emperor (Valadao, 1972-73). In Spain and Spanish America, there was serious conflict: Napoleon took the King of Spain prisoner and imposed his brother as the new King. A war of independence broke out in Spain. For their part Spain's American colonies also refused to recognize the French authorities. Constitutions were drafted in Spain and in Spanish America and wars broke out between the royalists who wanted to remain part of the Empire and those seeking independence. Fernando VII did not accept the Cádiz (1812) constitution and tried to restore the absolutist regime. In Spanish America the war raged in different countries with Peninsular and American Spaniards, as well as *mestizos* and even slaves, fighting on both sides, mostly for ideological or personal reasons, but not for ethnic or *national* ones. It was a civil war, as Vallenilla Lanz documented long time ago (1929).

Not everyone was equally pleased with the idea of a written constitution. We have already commented on Fernando VII; but Argentina's Rosas and Paraguay's Francia did not want one either. Their opposition stemmed not only from expediency or authoritarianism: for the conservatives a nation was an organic body that could not be constituted rationally in a written document. Generally, however, the drafters of constitutions triumphed, and each Latin American country, including the Brazilian Empire, received at least one in the early 19th century. Constitutional literature blossomed. In private law, the conservatives succeeded in preserving the Spanish and Roman law. Despite all the criticism we have mentioned, most countries preferred to keep the old law, with few modifications, until the second half of the 19th century. There were early attempts at reform but, in general terms, the traditional law outlived Spanish political power. In criminal law, Spain itself got a quite early *Código Penal* (Tomás y Valiente, 1983), but the former colonies apparently retained the old legislation. The practice of punishment was modified, but not necessarily in the way announced in the constitutional texts (Pérez Perdomo, 1994)[7].

Most Latin American historians of law give implausible explanations for the remarkable endurance of the old Spanish legislation well after the end of Spanish rule. It is the classical methodological mistake: they suppose an unhistorical definition of law and take out of context our present conception of the function of legislation. Why did those pushing for independence keep this outdated and hopelessly complex legislation? The reason lies in the fact that the idea of law and legislation changed in the 19th century (Pérez Perdomo, 1987) and many ideological and political issues were involved in the change. Let us analyze these questions together with the thorny issues of imposition (or reception) of law and legal cultures.

7. On the contrary, most Latin American countries got a civil code well before Spain.

II. ON MODERNIZATION, IMPOSITION AND RECEPTION OF LAW IN LATIN AMERICA

In these, as in many other matters, language is full of hidden traps and land mines. Roman law was *received* in the European countries between the 12th and 16th centuries. Roman emperors, and Justinian, were long gone when the Digest was considered the greatest law book and the Institutions the perfect teaching and practice tool. The idea of reception suggests that these great books were somehow invited just because they were wonderful and everybody were pleased to adopt them as law. In fact, there are a few important problems with the idea of reception. Let us tease them out asking who received what and how?

In the 12th century a few scholars started to study the Digest. Roman law became the law taught at the universities as these institutions developed and spread throughout Europe and America. From the beginning, there was much resistance from those who preferred traditional customs or legislation. A scholarly elite favored the reception of Roman law, but many people resisted. The history of reception is, at the same time, a history of resistance. Should we talk about reception or imposition of Roman law to the vast majority?

As J.L.Borges says, the real author is not the writer but the reader. The Digest as glossed or commented by Accursius or Bartolo de Sassoferrato meant something quite different than it did in the times of Justinian. Tribonian himself probably changed the meaning of many Paul's or Gaius' texts, as Cuyas or Leibniz believed (Koschaker, 1955; Villey, 1968;). The law that was invited was not necessarily the one received (or imposed). We should view with suspicion the idea that universal rules and principles travel across many centuries and widely different societies without any change (Watson, 1981, 1993; Legrand, 1997). Was the Roman law really received or was it reinvented?

In the 16th century Spanish and Portuguese law was imposed in Latin America, as the language and the Catholic religion were. On whom? On the Indian peoples, of course. But if we read the orders of Spanish kings, the Indian customs and hierarchies were to be respected, except in the matters opposed to the Catholic faith. Perhaps these royal orders were respected only in the places that were not reached by the conquerors. On the other hand, records show that Indians very soon started to use the Spanish power structure. They advanced a multitude of different claims that occupied the energies of viceroys, *oidores, visitadores, regidores* and a host of Iberian judges and functionaries (Borah, 1985). Mainly due to the conquest (a truly biological war) and miscegenation, the Indian population declined precipitously. By the late 18th century it was one-third of total population (Rosemblat, 1954, 1967). Half of total population was *mestiza.*

The Spanish law was the law of the conquerors and the colonizers; thus it would be wrong to speak of its being imposed on them. The *mestizo* population was never under Indian law. They always considered the Spanish law their own, as the Spanish King was their own. We can say the same of Portuguese law in Brazil. The concept of imposition or equivalent terms becomes blurred when we go to the micro level or try to analyze more closely.

By the end of the 18th century, Latin America had an elite educated in (Modern) Roman law and more or less knowledgeable of Spanish (or Portuguese) legislation. Only *criollos* or white people were admitted in the law schools. After independence, this elite -to which some *mestizos* were added- basically retained the old law but modified it by

adopting modern constitutions and some new statutes. They changed the political system, severing the ties with the Iberian monarchs. They adopted more modern forms like constitutions. In the field of legal education Roman and Canon law continued to be taught, but so was Bentham, Vattel, Burlamaqui, political economy. Thus new and revolutionary ideas were added to the mix that became Latin American law (Bastos, 1978; Falcao, 1978; Pérez Perdomo, 1981).

The adoption of new authors raised problems: many of them were Protestants who supported heretical theses. For this reason a new literature was produced, expurgating the heretical aspect of new ideas (Pérez Perdomo, 1982). The elite wanted a political modernization and a moderate intellectual change, not a devastation of social structures. It is a *traditionalist modernization*, as Trazegnies (1980) suggests, analyzing the Peruvian changes. Much of the originality of Bello's Civil Code comes from the moderation in the modernization: many of the traditional rules passed under the new form of the Code.

For the 19th century elite the biggest issue was the place of the Catholic Church. *Conservatives* favored a close cooperation between Church and State. The Church sought to maintain control of education and family regulation and some power of censorship. Conservatives went along with this because they wanted to use the Church to keep social order. *Liberals* wanted a secular State and a tight control on the Church. They sought to place education and family regulation under the national legal system, the lay law. In the second half of the 19th century in most Latin American countries liberal ideas gained dominance, and the liberals' political platform was put into effect (Pérez Perdomo, 1991).

In the 20th century Latin American countries have adopted at least two contradictory sets of policies on law and economic modernization. Between the 30s and 70s, most countries passed abundant *regulatory law* based on the model of an interventionist State. For example, there was labor legislation, agrarian reform statutes, the nationalization decrees, restrictive banking statues, complex regulation on import trade and so on. Many of the blueprints for these statutes came from international organizations, such the International Labor Organization, the U.N. Economic Commission for Latin America, or from other countries. They were attuned to the economic science of the time, development economics. Recently, however, Latin American countries have jumped on the liberalization/privatization bandwagon. Much of the regulatory legislation was abrogated and the legislation is being retuned to the liberal economic policies. Organizations such as the International Monetary Fund, the World Bank and the Interamerican Development Bank are the great providers of experts who give more or less the same advice to the different countries. As a consequence there is an important law reform now underway. Even some very important codes, such as the Penal Code or the rules of civil or criminal procedure, are being modified everywhere in Latin America following the same general lines. There is no conspiracy, even if some people love to see it that way. In reality, the economic and legal *sciences* today happen to agree on certain diagnoses and cures for Latin American problems, just as they also agreed -albeit on different diagnoses and cures- thirty years ago.

Does this mean that Latin American law is a mere copy of codes and laws poduced elsewhere? While much of the literature on *influences* or *transfers* supports this conclusion, in fact this overly privileges the importance of legislative texts. Law, in the uncritical version of traditional civil lawyers, is part of an universal knowledge, like chemistry, economy or psychology. Law reformers do not think their mission is to write

original pieces, the way novelists or poets do. They are scholars who are quite well informed of legal literature, both scholarly and legislative, of the main European countries and the United States. Of course, these scholars and law reformers encounter different *models* and they can choose one or the other. As necessary, they make adaptations. This has been the tradition. More recently, the persuasive power of legal or economic sciences, has been enhanced by the more material persuasion of multilateral banks: if the Government goes in the direction indicated by *science* and follows the recommended policies, the country can get credits, grants and other aid. No wonder our legislators have little incentive to be original.

The adoption of codes and legislation very frequently is seen as the importation of law. Usually this is associated with the gap between law in the books and law in practice (Hurtado Pozo, 1979). We have to understand that often is a way to criticize the change of law. Our perspective is completely different. The adoption in Venezuela of an Italian code is not exactly *import* of law, nor the adoption of Mexican *amparo*. This is part of the same tradition. Legislation, as intellectual production, is part of jurists' internal legal culture. The socio-legal question is why this specific model is adopted and how well could work in the society *receiving* it. The problem of lack of adaptation is another. A locally made law could be completely inconvenient because wrong diagnosis of the ills to cure, the disregard of problems of costs and resistance and, in general, the lack of knowledge or studies on the working of law.

Latin America is part of the Civil Law tradition. In terms of the theory of dependency we are a *peripheral* part of it. In practice, Latin American legal scholars and law reformers are constantly looking to Europe for inspiration and models whereas European scholars and law reformers rarely look to Latin America. From the scholarship perspective, Latin Americans tend to be more cosmopolitan (or informed of different laws and cultures) than their European peers[8]. But how to explain such an European internal legal culture in countries that are socially quite different? How the social and political differences could change the reading of texts, the use of rules, or impact the jurists' legal culture? Is anything interesting to learn from Latin America? These are the last question we will try to answer.

III. LAW AND LEGAL CULTURE IN LATIN AMERICA

Jorge Luis Borges tells the wonderful story of Pierre Menard who undertook to write a new version of *Don Quijote*. He avoids the temptation to modernize the text or change the actions. Menard's Don Quijote is, line by line, exactly the same as the one written by Cervantes. But it means other things for many reasons. One of the reasons is that Cervantes already wrote it and we all know the novel. Perhaps my memory is modifying Borges' story but my point is very close to this paradox. No matter how similar are the laws, the *meaning* would be different. My colleagues in Latin America probably would find this metaphor unacceptable. They look at the rules and they can cite the many occasions in which a Latin American code or scholar found a more ingenious solution to a problem of law that haunted French or German jurists in their time. It is true. Law is a collective construct. Each one makes a contribution and the great authors or codes are those most able to summarize the contributions in an elegant way. We have

8. FUENZALIDA, (1972) made a similar observation for scientists many years ago.

quite a few great jurists, even if they are not much read in Europe. For the sake of my argument, it does not matter how *original* are our codes and authors, and I prefer to stress how close Latin American jurists are to the Civil Law tradition.

Latin America is the result of the expansion of the European world system in the 16th century. We are Latin Europe´s scions, or at least, the Latin American elite think we are. 19th and 20th century legal texts are part of an effort of modernization within this tradition. The modernization was led by Latin American natives and they look to France, Italy (and Spain and Portugal too) for legal models. They read Locke, Rousseau, Montesquieu, Bentham, Constant. The distinction between internal and external legal culture is here very important (Friedman, 1975). The *culture* or ideas and beliefs about law held by Latin American jurists are quite close to those held by jurists in Latin Europe. The literature and the teaching of law are quite similar. Even the ideas about the role of lawyers and judges are quite similar to those found in Europe (Abel, 1988; Merryman, 1985). Even in this century many didactic books written by European or Latin American authors were used throughout Latin American and in Latin Europe. Colin and Capitant, Del Vecchio, Jiménez de Asúa, García Pelayo, García Maynez, Recansens Siches, were widely read and used as textbooks. Kelsen's impact was bigger in Latin America than in Germany, as was Krause's in the 19th century. The rules may be different, but the notions of law, the legal language and values, are the same. There is no doubt that the internal legal culture of jurists (especially the legal scholars) has been transplanted.

In this perspective Latin America is well placed in the Civil Law tradition. But this does not complete our analysis. Legal texts are cultural artifacts and they can have a plurality of meanings. The *social* meaning could be different from the mere textual one and could also be different to the social meaning of a similar text in very different circumstances. The example we will choose to illustrate the point is the constitution. Latin America, as a whole, has been probably the biggest producer of constitutions in the world from the early 19th century on. This literature has been quite well established in the world from that time on: every constitution has a part regulating the state structure and functioning and a declaration of rights (or bill of rights).

Latin American constitutions, like many others, establish three national powers: the legislative, the executive and the judicial. Like the US constitution, they are presidentialist, but we can find peculiarities. The President's power generally is quite extended. In addition, there are articles on emergency situations, which increase military and presidential powers. The other part of the constitution is a declaration of rights. The declared rights have changed over time. The list is much bigger now than 100 or 60 years ago. Many constitutions establish accelerated procedures for protections of endangered rights. The Mexican, Argentinean, Costa Rican and Venezuelan *amparo*, the Brazilian *mandado de seguranca* and the Colombian *tutela* are examples. The development of *amparo* is usually thought of as an important Latin American contribution to law (Fix Zamudio, 1964, 1988; Barbi, 1977; Rondón de Sansó, 1988).

There are several possible interpretations of these constitutional trends. Loveman (1993) charges that the provisions on states of emergency make them *the constitutions of tyranny*. Latin American scholars, by contrast, see in the *amparo* the highest testimony of our love for freedom and a wonderful example on protection of rights. Which of these contrasting interpretations is right? The answer cannot be found in the constitutional texts, where most jurists look for them, but in the social uses of law. In this case, in the social and political uses of the constitution.

If we look to the analysis of Latin American political systems in historical perspective, we find that *political personalism* is an important feature (Soriano, 1996, 1997). Personalism implies that charismatic or strong leaders have had (and have) a very important role in the political system. The legal and institutional system is important but it is considered legitimate to change the constitution, or to push its interpretation to the limits, to accommodate political needs. In today's Latin America, Cardozo, Menem and Fujimori are examples of personalism, but we should not take them as tyrants or think that the constitution has no meaning whatsoever in Brazil, Argentina and Peru. The constitution is important and for this reason is changed quite frequently. It would not be true to say that most Latin American dictators were completely indifferent to law or the constitution. In fact some aspects of the legal systems fared quite well under dictators like Venezuela's Gómez (Capriles, 1992).

Generally speaking, Latin American countries have not had stable political systems built on legal institutions. Some countries have had long periods of stability, like Chile before the 1970s, Costa Rica since 1950 and post-revolutionary Mexico, but, as a general trend, stability was brought about by the working of networks inside the social and political systems (Lomnitz, 1988). In general terms, Latin America is a region known for frequent revolts or revolutions. There is street violence too. In these circumstances there is a need for strong government and even the punishment of the body looks legitimate (Caldeira, 1996). The rule of law was not always considered adequate to manage a turbulent time. Strict respect of human rights and broad support of legality are not typical features of Latin American legal and political systems.

Yet there is a long tradition of constitutionalism. Constitutional law is taught at the universities, even in the worst authoritarian regimes. Scholars publish monographs and handbooks on the matter. In most countries the national constitution is a bestseller. You can buy it for few pennies in Caracas, Bogota, Lima or Rio. In good bookstores or in the libraries you can find thick volumes on constitutional subjects. When political fortunes change, the constitutional text is a very important criterion for evaluating a regime and, at the same time, frequently a constitutional assembly is called to modify the constitution. There is always the aspiration for a respected constitution and rights. Much of the development of *amparo* has to do with this desire for a true rule of law.

How is this experience with constitutionalism comparable with Europe's. Europe's history has not been a paradigm of political stability and rule of law. Some European countries have suffered long dictatorships, like Hitler's, Mussolini's and Franco's, as have most Latin American countries. The European dictators seem to care very little about the law, while the Latin Americans were very careful adapting the constitutions, resolving a host of legal problems arising from the dictatorship and tricking elections. Of course, it is not a question to decide which dictators were better. Juan Vicente Gómez or Augusto Pinochet were always careful in organizing (manipulating or stealing) elections and changing the constitution, while Franco declared himself *caudillo de España por la gracia de Dios* (Fernández Segado, 1986)[9]. López Ayllón (1995) points out the almost absolute (even if temporary) power of the Mexican President, but the 1927 constitution has been amended 300 times[10]. This reveals the importance of consti-

9. Dictators usually pretend a charismatic legitimacy. European dictators like FRANCO, SALAZAR, MUSSOLINI and HITLER pretended too a type of traditional legitimacy, appealing to old historical roots. Latin American appeal to constitutional legitimacy. But I have not studied or seen any comparative study of dictatorship.

10. LÓPEZ AYLLÓN (1995) explains the extreme presidentialism of Mexican political and institutional systems by, among other factors, the heritage of Aztec *Tlatoami*. Nevertheless he does not explain how the institution sur-

tutions in Latin American politics. Legitimization of power passes by constitution writing and electoral processes. Tradition or a mythical history (like in the cases of European dictators) is not a valid source of legitimization.

Hurtado Pozo (1979) made a careful analysis of penal law *import* in Peru. In 1862 Peru adopted the Spanish code that was much in line with her own tradition, but in 1924 adopted a new code, mostly following Swiss projects. It was a very modern penal code for the time. Nevertheless, the social conditions were quite different. For example, an important part of Peruvian population was Indian. For this reason, the Peruvian code distinguished between *savage*, *semi-civilized* and *civilized* Indians, establishing different types of penal responsibility. On the other hand, the Swiss code required a plurality of penal institutions that Peru could not afford (or were not interested in). The practice of penal law resulted far more repressive in Peru, even if the codes were identical in structure and quite similar in their contents.

A similar analysis could be made for other institutions like urban property. The law on the books is quite similar to the law of other countries of the Civil Law tradition. There may be slightly different rules, but the structure is more or less the same. Law in action offers quite a different story. For example, most Latin American cities faced an explosive growth, mostly due to the migration of low-income people. They squatted and established themselves in the cities (the *favelas*, *barrios*, *ciudades perdidas*) and created *illegal cities* (Fernandes & Varley, 1998; Karst et al., 1973; Santos, 1977; Pérez Perdomo & Nikken, 1979; Azuela de la Cueva, 1989). This is relevant for the law even if books on property or urban law do not treat the subject.

The examples of urban law problems are not unknown in Europe. The *chabolas*, the *crescita urbana abusiva* (Piazzo, 1982) and the *okupas* could have some parallelisms with the mentioned *barrios* and *favelas*, but there is a dimension which is different. Perhaps because of the size of the illegal sector the European countries can take measures to eradicate it, while in Latin America the effort of solution passes by the recognition and regularization (Pérez Perdomo & Bolívar, 1998; Becker, 1996).

Other examples could be brought. Violence and institutional violence are present in many countries, but the scale in which we know them in most Latin American countries has probably a qualitative difference. Concepts like institutional violence and marginality has been very much associated with the criminological research in Latin America (Birkbeck, 1994). The relationship between the State and criminal violence is much more ambiguous in Latin America because the police force and the army are part of the problem (Chevigny, 1995). This affects very much human rights and the concept of citizenship that have in Latin America a special resonance, as we have seen for the case of the constitution (Caldeira, 1996; Velho & Albito, 1996; Soares *et al.*).

In this perspective the obvious question is why the Latin American jurists and legislators keep looking to Europe and transplanting legal texts if the rate of *successful transplants* is so low. A provisory answer should look at the analysis of jurists' internal legal culture. For most Latin American jurists, legislation is a cultural object and tool. A code could have aesthetic values and is comparable to a picture. I could like it because it is clear, systematic, plenty of ethical content and closer to most modern doctrines. In addition, it is an instrument that can shape society. Reproducing the Swiss Penal Code, the

---

vived 500 years of history. In fact, Mexican presidents never call on the Tlatoami, they use republican symbols and every year proffer the *Grito de Dolores*, that is a freedom call. LÓPEZ AYLLÓN's explanation would not be valid for other Latin American countries, highly presidentialist too, that did not have an equivalent figure in their pre-Columbian past (Argentina, Paraguay, Colombia, Venezuela).

Peruvian legislator could expect (or dream) of having a penal system working as well as the Swiss penal system. Of course, they know there will be difficulties, but if society could be molded by law and reason, why could not be molded the Peruvian society? The additional advantage is that rulers show how modern they are and how much they care of transforming society.

We are not talking only of historical or past ideologies. Venezuela approved in 1997 a very modern Código Orgánico Procesal Penal. Venezuelan legislators and judges traveled to Germany (invited by the German agency for international cooperation) and observed carefully the functioning of the German courts and penal systems. They put a lot of attention to the codes. German legal scholars visited Venezuela. After theoretical discussions and political maneuvering, we got a beautiful and modern code. Nobody put attention to the institutional infrastructure for handling cases and condemned people (Feest, 1997). Studies in the country, even of the organizational culture of key institutions for the working of the system, were not considered necessary (Pérez Perdomo, 1997).

From the sociology of law perspective the foolishness of the idea that legislation could easily shape society is obvious, but unfortunately most jurists have a completely different view. We have not worked enough in the analysis of jurists' legal culture, even if some interesting efforts should be pointed out (Squella, ed., 1988, 1994; León Pastor, 1996). A hypothesis could be that rationalism is still an important belief among jurists and other professionals. It would be enough to enact a rational piece of legislation to command the citizens' spontaneous adhesion. In this perspective, resistance by organizational culture, high costs of State apparatus and other plausible obstacles are not important.

We know still less on the external (or general society) legal culture in Latin America. They are several studies on specific concerns in national frameworks (Gessner, 1984; Rosen, 1971; López Ayllón, 1995, 1997; Castañeda y Cuellar, 1997; Junqueira, 1998). Perhaps it would be excessive to talk about one single (external) legal culture in Latin America. The argument we have made is that, perhaps, we could. There is a common history, many social problems are similar and policies -determined by economic *science*- and by multinational banks are the same. The hypothesis of some common traits in the external legal culture is plausible, but, at this moment, only a hypothesis. Lets make abstraction for the moment that the concept of legal culture is quite problematic (Nelken, 1995, 1997; Salter, 1995; Cotterell, 1997, Friedman, 1997). Fortunately, for my argument now, I do not have to prove that we have this common legal culture. The core of the argument is that social and political circumstances are different and the constitutions, codes, rules and principles could have a different social meaning. The similarity of legal texts probably should be taken with a grain of salt, because their social meaning and function are different.

We now can answer the question if there is anything to learn from Latin America. The area has produced many important jurists and in most important fields of law probably there are contributions by Latin American legal scholars. Institutions like the *amparo* have been developed in the region. Nevertheless, in my perspective, the most important contribution is putting in evidence aspects of the relationship between law and society that in other areas of the world are present, but not with the intensity, or sometime the nakedness, of Latin America. Unfortunately, the research on law and society in Latin America is clearly underdeveloped.

REFERENCES

ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinaires du Code Civil francais,* Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París 1969.

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho,* México, El Colegio de México.

BARBI, Celso Agricola, *Do mandado de seguranca,* Forense, 3ª ed., Río de Janeiro.

BARRETTO, Vicente- "O Estado de Direito e os cursos jurídicos: Debate original", in BASTOS, A.W., (Coordenador), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras,* Câmara dos Deputados, Brasilia.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España,* Universidad Nacional Autónoma de Mexico, México.

BASTOS, Aurelio Wander, "O Estado e a formacao dos currículos jurídicosdo do Brasil", in BASTOS, A.W. (Coordenador), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileira,* Câmara dos Deputados, Brasilia.

BEVILACQUA, Clovis, *Historia da Facultade de Direito de Recife,* INL, Brasilia 1977.

BIRKBECK, Christopher, "Conceptos criminologicos derivados de la experiencia latinoamericana", *Revista Cenipec* 15, 1994.

BORAH, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España,* Fondo de Cultura Económica, México.

CALASSO, Francesco, *Medio evo del diritto,* Milan 1954.

GIUFFRÈ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio, "Crime and individual rights: Refraining the question of violence in Latin America". E. JELIN & E. HERSHBESRG: *Constructing democracy, Human rights, citizenship and society in Latin America,* Westview, 1996.

CAPRILES, Ruth, *Los negocios de Román Delgado Chalbaud,* Academia Nacional de la Historia, Caracas.

CASTAÑEDA SABIDO, Fernando & CUÉLLAR VÁZQUEZ, A., (Coordinadores), *El uso y la práctica de la ley en México,* Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

CHEVIGNY, Paul, *Edge of the knife. Police violence in the Americas,* New Press, New York 1995.

CLAVERO, Bartolomé,

-"La disputa del método en las postrimerías de una sociedad: 1789-1808", *Anuario de Historia del Derecho Español,* XLVIII, 1978.

-*Derecho indígena y cultura constitucional en América,* México 1994.

COTTERRELL, Roger, "The concept of legal culture" in D. Nelken (ed.), *Comparing legal cultures,* Aldershot, Dartmouth.

FALCAO, Joaquim de Arruda, "Os cursos jurídicos e a formacao do estado nacional", BASTOS, A.W. (Coordenador), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras,* Câmara dos Deputados, Brasilia.

"Lawyers in Brazil. Ideals and practices", *International Journal of the Sociology of Law,* 7.

FEEST, Johannes, *El proceso penal en Alemania. Una visión social y comparada,* Conferencia en el IESA, No publicada.

FERNANDES, Edesio & VARLEY, A. (eds). *Illegal cities,* Zed Books, London.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las constituciones históricas españolas,* 4th ed. Civitas, Madrid 1986.

FERRARI, Vincenzo (ed), *Developing sociology of law,* Giuffrè, Milano.

FIX ZAMUDIO, Hector, *El juicio de amparo,* Porrúa, México 1988. *Latinoamerica: Constitucion, proceso y derechos humanos,* Udual-Porrúa, México.

FRIEDMAN, Lawrence, *The legal system. A social sciences perspective,* Russell Sage Foundation, New York 1975.

"The concept of legal culture. A reply" en D. Nelken (ed.), *Comparing legal cultures,* Aldershot, Dartmouth.

GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México,* Universidad Nacional Autónoma de México.

GILISSEN, John, *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'éthnologie juridique,* Université Libre de Bruxelles.

GONZÁLEZ, María del Refugio, "Literatura jurídica mexicana, 1821-18701", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas,* Año II, N° 4, 1987.

1988 *El derecho civil en México, 1821-1870,* Universidad Nacional Autónoma de México.

HURTADO POZO, José,

La ley "importada", Recepción del derecho penal en el Perú, Cedys, Lima 1979.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho, *Literatura & direito. Uma outra leitura do mundo das leis,* Letra Capital Editora, Río de Janeiro 1998.

KARST, Kenneth, *Latin American legal institutions. Problems for comparative study,* University of California, Los Angeles.

KARST, Kenneth, SCHWARTZ, M., SCHWARTZ, A., *The evolution of law in the barrios of Caracas,* University of California, Los Angeles 1973.

KOSCHAKER, Pablo, *Europa y el derecho romano,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

LEÓN PASTOR, Ricardo, *Diagnóstico de la cultura judicial peruana,* Academia de la Magistratura, Lima 1996.

LOMNITZ, Larissa Adler, "Informal exchanges networks in formal systems. A theoretical model", *American Anthropologist,* 90, 1988.

LOMNITZ, Larissa and "Cultural elements in the practice of law in Mexico. Informal networks in a formal system", Paper in *New challenges for the rule of law: lawyers internationalization and the social construction of rules,* America Bar Foundation and University of California, (Not published), Santa Barbara.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "Notes in Mexican legal culture", *Social and legal studies,* vol 4, n. 4, 1995.

Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México, Universidad Nacional Autonoma de México.

LOVEMAN, Brian, *The constitution of tyranny,* University of Pittsburgh Press, 1993.

MAFFEI, Domenico, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico,* Giuffrè, Milano 1956.

MARILUZ URQUIJO, José M., "El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos de derecho castellano" en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios,* Madrid.

MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law tradition,* 2nd ed., Stanford University Press, 1985.

MERRYMAN, J.H., CLARK, D., *Comparative law: Western European and Latin American legal systems,* Bobbs Merrill, Indianapolis.

MERRYMAN, J.H., CLARK, D., FRIEDMAN, L., *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America. A handbook of legal and social indicators for comparative study,* Stanford Studies in Law and Development, 1979.

NELKEN, David, "Disclosing/invoking legal culture: An introduction", *Social and legal studies.* vol 4, 4. 1997. "Puzzling out legal culture. A comment on Blankenburg" in D. Nelken (ed), *Comparing legal cultures,* Aldershot, Darmouth.

PÉREZ y LÓPEZ, Francisco Javier, PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Los abogados en Venezuela. Estudio de una élite intelectual y política, 1780-1980,* Monte Avila, Caracas.

-"Bello y la literatura didáctica en derecho", *Revista Nacional de Cultura* n° 249, Caracas 1982.

-"Teoría y práctica de la legislación en la temprana República (Venezuela, 1821-1970)" in GIULIANI, A. & PICARDI, N., (a cura de), *Modelli di legislatori e scienza della legislazione,* Edizione Scientifiche Italiane, Perugia.

-"Liberalismo y derecho en el siglo XIX de America Latina", *Sociología del Diritto,* XIX, 2.

-"Proceso y castigo. Tradición hispánica y cambios republicanos en la primera mitad del siglo XIX", A. Giuliani & N. Picardi (a cura de), *Modelli storici della procedura continentale,* Edizione Scientifiche Italiane, Perugia 1994a.

-"Western and non-Western themes in the Latin American sociology of law" M. Chiba (ed), *Sociology of law in non-Western countries,* International Institute for the Sociology of Law, Onati 1994b.

-"Corruption and political crisis", L. Goodman; J.M. Forman; M. Naim; J. Tulchin: G. Bland (eds), *Lessons of the Venezuelan experience,* Washington. *The Woodrow Wilson Center Press,* John Hopkins University Press, Baltimore.

-"Corrupción: la dificil relación entre política y derecho", *Politeia* 19.

-"El Código Orgánico Procesal Penal y la administración de justicia", No publicado, 1997.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio & NIKKEN P., *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas,* Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela, Caracas.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio & BOLÍVAR, T., "Legal pluralism in Caracas", E. Fernandes & A.Varley (eds), *Ilegal cities,* Zed Books, London.

PIAZZO, Pietrenzo, *Roma. La crescita metropolitana abusiva,* Officina Edizioni, Roma 1982.

RODRÍGUEZ O., Jaime, *The independence of Spanish America,* Cambridge University Press.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El amparo constitucional*, Librería Venespa, Caracas 1988.

ROSENBLAT, Angel, *La población indígena y el mestizaje en América*, Nova, Buenos Aires 1954.

-*La población en América en 1492*, El Colegio de México.

ROSSEN, Keith, "The jeito: Brazilian institutional bypass of the formal legal system and its development implications", *American Journal of Comparative Law* 19.

ROSTI, Marzia, *Come la Spana perse l'America*, Unicopli, Milano 1996.

SALTER, Michael, "A dialectic despite itself? Overcoming the phenomenology of legal culture", *Social and legal studies*, vol.4, n.4.

SANTOS, Boaventura de Sousa, "The law of the oppressed: The construction and reproduction of law in Pasargada", *Law and Society Review* 12.

SNYDER, Frederick (Compiler), *Latin American society and legal culture. A bibliography*, Greenwood Press, Westport 1985

SOARES, Luiz Eduardo, e colaboradores, *Violência e política no Rio de Janeiro*, Relume Dumará, Río de Janeiro 1996.

SORIANO DE GARCÍA PELAYO, Graciela, *El personalismo político hispanoamericano del siglo XIX. Criterios y proposiones metodológicas para su estudio*, Monte Avila, Caracas 1996.

-"El personalismo político latinoamericano del siglo XIX", *Politeia* 20, 1997.

SQUELLA, Agustin (ed)

-*La cultura jurídica chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile 1988.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina (1810-1870)*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires.

-*Nuevos horizontes en el estudio histórico del desrecho indiano*, Instituto de Investigaciones del Derecho, Buenos Aires 1997.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid 1983.

TRAZEGNIES, Fernando de, *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

VAN HOECKE, Mark and WARRINGTON, M., "Legal cultures and legal paradigms: Towards a new model for comparative law", *International Comparative Law Quarterly*, vol 47, 3.

VALADAO, Haroldo, *Historia do direito, especialmente do direito brasileiro*, Freitas Bastos, Río de Janeiro 1972-3.

VALLENILLA LANZ, Laureano, *Cesarismo democrático*, Tipografía Vargas (2ª edición), Caracas 1929.

VELHO, Gilberto & ALVITO, Marcos (organizadores).

-*Cidadania e violência*, Editora UFRJ, Editora FGV, Rio de Janeiro 1996.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchrestien, París 1968.

VOLKMER, Antonio Carlos (Organizador), *Fundamentos de historia do direito*, Del Rey, Belo Horizonte 1996.

-*Historia do direito no Brasil*, Editora Forense, Río de Janeiro 1998.

WATSON, Allan, *The making of the Civil Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1981.

-*Legal transplants*, 2d ed. Athens, University of Georgia Press, Georgia 1993.

WEHLING, Arno

-*O direito brasileiro nos seculos XIX e XX*, Unpublished, 1998.

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO

Ignacio De León
Ex Superintendente. Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia de Venezuela

Este ensayo explora de qué manera la políticas regulatorias basadas en la corrección de fallas de mercado pudieran encontrarse reñidas con la búsqueda de eficiencias corporativas en América Latina. La regulación de la economía se basa en la aceptación de un paradigma que visualiza los mercados como estructuras, y a la función regulatoria, como orientada a corregir fallas de mercado y mejorar la asignación de recursos sociales existentes. Sin embargo, los mercados evolucionan, en un ambiente donde la competencia define constantemente nuevos escenarios que el empresario debe interpretar para triunfar, y cuya maleabilidad el regulador debe comprender a fin de regular adecuadamente con miras a elevar la capacidad del sistema social y los mercados para generar innovaciones. En el caso de las políticas de competencia, ellas son vistas, bajo la perspectiva convencional, como instrumentos para lograr un punto óptimo de eficiencia social, generalmente percibido en el *equilibrio* del sistema económico. De esta manera, se deja de lado el factor evolutivo del tiempo y la incertidumbre, los cuales son esenciales para comprender de qué manera las firmas se comportan en el mundo real, afianzando sus expectativas, para tomar decisiones de inversión. Por ello, el enfoque convencional no explica de qué manera surge la necesidad de celebrar acuerdos entre empresas para facilitar el intercambio de información, para asegurar sus inversiones a largo plazo y reforzar sus expectativas recíprocas. Por esta razón, las políticas regulatorias convencionales lucen inadecuadas para *interpretar* esta realidad; en lugar de ello, consideran estos arreglos como estratagemas dirigidos a imponer de mala fe condiciones monopolísticas, y explotar *fallas de mercado*. Este ensayo intenta esbozar el problema conceptual de esta visión paradigmática de los problemas sociales, y a la vez, intenta delinear una visión institucional alternativa, la cual permitiría apreciar los problemas de competencia en un contexto de largo plazo y en una realidad de *desequilibrio*. Para ello, aboga por una política de promoción a la competencia que refuerce, antes que destruir, las expectativas de las empresas en los mercados, lo que en los países en vías de desarrollo es particularmente importante, dada la incertidumbre que generalmente caracteriza sus instituciones. En particular, se hace énfasis en la necesidad de reforzar los derechos de propiedad y la desregulación, como formas de intervención pública para la promoción a la competencia.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Este ensayo propone que, más allá de reflejar una inspiración ideológica definida, la intervención estatal de los mercados obedece a la percepción que de éstos posee el agente regulador encargado de implementar la intervención pública.

Generalmente se afirma que el Derecho Público posee un evidente contenido ideológico que define en la mente del regulador la relaciones entre los individuos y el Estado. Loughlin, por ejemplo, destaca dos tipos generales de *estructuras* en el pensamiento del derecho público o *tipos* que inciden en la actitud de los poderes públicos hacia los individuos, la primera el *normativismo* del pensamiento liberal, y el segundo, el *funcionalismo* de inspiración positivista. (Loughlin, 1992). Ambas estructuras de pensamiento moldean el carácter del derecho público en claves completamente opuestas; así, en tanto que el normativismo propone el respeto por las reglas abstractas del orden natural para el buen funcionamiento de la sociedad, el funcionalismo sugiere la adopción de una acción moduladora de la realidad social en atención a objetivos estimados por la autoridad como socialmente deseables. Cohen-Tanugi destaca de qué manera este carácter impreso en uno y otro caso es producto de una tradición histórica que diferencia los sistemas jurídicos anglosajones de los romano-canónicos. (Cohen-Tanugi, 1985). Asimismo, al explicar el surgimiento histórico del derecho público en la tradición continental, García de Enterria razona la concepción ius publicista de la Ley, como personificación de la voluntad popular, en marcado contraste con el carácter ius privatista dado a la Ley en el derecho anglosajón, como factor de protección de los espacios individuales frente al Poder. (García de Enterria, 1994). Esta diferencia obecede, en su origen histórico, al contraste mismo entre *common law* y derecho continental, cuyas características comparadas Merryman expone brillantemente. (Merryman, 1969).

Sin embargo, pocas veces se examina *el origen* de la posición ideológica tenida por el regulador hacia la realidad social que le toca administrar. El propósito de este ensayo es destacar la influencia del factor epistemológico o modo de aprehender la realidad que determina en el regulador una preferencia ideológica a favor o en contra de la eliminación de los mecanismos espontáneos de interacción social que se producen en el mercado. A tales efectos, se examina la política de promoción a la competencia como caso de examen.

Concretamente, se afirma que la visión convencional de la competencia propiciada por las políticas antimonopolios adolece de severas limitaciones para servir de base a la regulación eficaz de los mercados, pues distorsiona la imagen de los mercados, ya que emplea un lente teórico inadecuado para dicho examen. Por esta razón, conduce a conclusiones normativas insostenibles acerca de prácticas y estructuras corporativas cuyo propósito puede ser justificado en razones muy distintas de la supuesta intención monopolística que se da por sentada en dichas políticas.

Igualmente, se perfila una línea de acción de políticas públicas para la promoción de la competencia, que permita resolver las críticas hechas contra el paradigma convencional de los mercados y de su regulación.

II. SURGIMIENTO DE LA VISIÓN TRADICIONAL NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS

La promoción de la eficiencia económica como objetivo de las políticas públicas está asociada con la visión positivista en el estudio de los procesos de mercado. Si bien en el campo de la filosofía de la ciencia, el positivismo científico ha perdido ya mucho de su anterior ascendiente como método de investigación científica, no es menos cierto que el

empiricismo que ha perfilado el estudio de los fenómenos sociales es aún dominante entre los científicos sociales.

Esta *forma de entender* la realidad ha inducido a los responsables del diseño de las políticas de intervención estatal a visualizar su acción interventora según la percepción recibida del dato social, y su comprensión acerca de la causalidad económica de los mercados. F. A. Hayek, reconoció tempranamente este proceder al señalar: "Me parece que muchas de las controversias actuales sobre teoría económica y política pública tienen en común un malentendido sobre la naturaleza del problema económico de la sociedad. A su vez, este malentendido se debe a una aplicación errada sobre los fenómenos sociales de los hábitos de pensamiento que hemos desarrollado en el análisis de los fenómenos de la naturaleza". (Hayek, 1948: 78). Estos *hábitos de pensamiento* fueron un factor decisivo de la percepción predominante entre los economistas sobre los fenómenos sociales, lo que vino a influenciar la dirección que habrían de tener las políticas públicas en países en vías de desarrollo al momento de abandonar sus antiguas políticas *desarrollistas* por otras de mercado. Se trataba de ideas ya consolidadas en el debate intelectual de la teoría económica prevaleciente hacia 1930, con el triunfo del positivismo científico en la ciencia económica, sobre la generación anterior de economistas clásicos.

En esencia, los economistas clásicos habían intentado analizar las *leyes de la naturaleza* mediante la formulación de conceptos metafísicos que pudieran dar una explicación última a la manera cómo se producen los fenómenos sociales. Para ello, centraron su atención en el proceso por el cual las firmas descubren las preferencias de los consumidores y los mecanismos de reducción de costos más eficaces para satisfacer esas preferencias. Su método no consistía en escoger datos empíricos que pudieran verificar o falsear una hipótesis o teoría sobre el acaecimiento de un fenómeno, lo que pudiera, a su vez, anticipar o predecir el futuro mediante *leyes* de comportamiento social. Para comenzar, su interés no estaba en predecir eventos futuros, sino en explicar comportamientos pasados. Por ello, como se indicó, su método se basaba más bien en la formulación de premisas apriorísticas, respaldadas en conceptos metafísicos. Por ejemplo, la afirmación de derechos de propiedad, que servía de base a la formulación de explicaciones sobre la manera en que la competencia entre empresas habría de producirse, en una contienda en que "las firmas aprendían qué producir y cómo hacerlo" (Machovec, 1995: 16) se basaba en la idea de un derecho natural que los justificaba.

Este análisis de los fenómenos sociales cambió hacia finales del siglo XIX, con el advenimiento del positivismo en la filosofía de la ciencia. A partir de entonces, los científicos sociales examinaron los problemas sociales bajo la formulación de teorías sujetas a verificación empírica. Al hacerlo de esa manera, implícitamente reconocían una suerte de analogía entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, lo que permitía a las segundas explorar la existencia de regularidades o patrones de comportamiento supuestamente existente en el comportamiento de los individuos en sociedad. A través de esos patrones, los científicos sociales podrían entonces formular *leyes sociales* que pudieran predecir eventos sociales futuros, y de esa manera, corregir aquellas tendencias indeseables.

Contra esta idea, Mises posteriormente indicaría que el comportamiento económico no puede ser asimilado a los fenómenos de la naturaleza. Ciertamente, los eventos físicos y de la naturaleza están sujetos a *leyes*, susceptibles de ser idealizados en patrones de conducta o regularidades fácilmente predecibles mediante la observación empírica. En consecuencia, los eventos pasados permiten de alguna manera predecir los futuros.

Sin embargo, en la economía las cosas son diferentes, pues la economía trata sobre las percepciones que podemos construir sobre el comportamiento de los individuos, y los individuos hacen depender su comportamiento de acuerdo con finalidades o propósitos personales que no pueden ser predichos. (Mises, 1962). En este mismo sentido, y de manera más extensa, Lachmann argumentaría más tarde: "¿Cómo puede un sistema de lógica pura, como el de la lógica de la escogencia (que caracteriza las decisiones de los individuos en el mercado), proveer conocimiento fáctico? La respuesta sigue la esencia de mi planteamiento: La distinción entre conocimiento lógico y conocimiento fáctico se justifica en el campo de la naturaleza, donde no existe un concepto cuyo significado nos sea directamente accesible, y donde por tanto, debe ponerse constante cuidado para distinguir entre nuestros conceptos sobre la realidad, y la realidad misma. En el campo de la acción humana ello es diferente. Aquí, una distinción como esa parece injustificada. Por una parte, somos incapaces de verificar o falsear nuestros patrones de pensamiento a través de hipótesis que predicen eventos concretos. Los tests científicos son inútiles pues ellos requieren de una completa claridad sobre aquella *posición inicial* concreta en la cual el test desplegará su análisis. Cada acción humana, sin embargo, depende del estado y nivel del conocimiento de los actores en juego. Una verificación mediante test, por tanto, requeriría una descripción exhaustiva del estado del conocimiento de todos los actores, así de cómo está repartido entre ellos -una imposibilidad evidente. De lo contrario, (...), la posición inicial no estará exactamente definida, y se hace (por tanto) imposible cualquier verificación mediante test. En economía esto significa que cada transacción concreta depende, entre otras cosas, de las expectativas de los participantes. Para sujetar una teoría económica a un test *in concreto*, debemos, entonces, ser capaces, en el momento actual en que se formula la teoría, de predecir las expectativas de los agentes en el momento (futuro) de realizar la verificación mediante test". (Lachmann, 1977: 57-58).

A pesar de la contundencia de este planteamiento, y de los que se formularon en su contra, el positivismo ganó la partida al despuntar el presente siglo, influenciando con ello la ciencia económica, la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. En particular, los economistas asumieron cada vez más que la verificación empírica podía de alguna manera dotar de *objetividad* la apreciación sobre la actividad económica.

Basada en estas premisas, la teoría económica evolucionó hacia un conjunto de *modelos* explicativos en términos positivos de cómo funcionan los mercados. El cuadro esbozado por la naciente escuela neoclásica de la economía intentaba delinear regularidades y mediciones cuantitativas de los fenómenos sociales. Para hacer asequible este análisis, se impuso la necesidad de visualizar la existencia de un *equilibrio* bajo el cual habrían de examinarse los procesos económicos. Mediante esta herramienta heurística era posible entonces apreciar los fenómenos de mercado, estableciendo cuán lejos o cuán cerca las situaciones de mercado habrían de estar de este *equilibrio* ideal.

Esta visión de equilibrio sobre la realidad social ha marcado profundamente la comprensión de los fenómenos sociales entre los economistas y otros científicos sociales, llegando a constituirse en el paradigma convencional de la ciencia económica contemporánea. Como expuso Thomas Kuhn en *The Structure of Scientific Revolutions* (Kuhn, 1970), la ciencia no avanza en una visión whig, que busca una verdad objetivamente, por medio de la solución progresiva de hipótesis; esta forma de razonar científicamente tiene un punto de agotamiento, donde la formulación de nuevas soluciones se hace cada vez más difícil para problemas no resueltos situados en la periferia científica. Por ello, este autor afirma que en lugar del avance progresivo, la ciencia avanza por

oleadas o *paradigmas* donde no sólo las soluciones, sino aun más, los problemas planteados, tienen sentido dentro de una determinada *visión* o perspectiva, fuera de la cual se hace imposible formular problemas científicos a resolver.

En el campo de la ciencia económica, es posible afirmar que la formulación de problemas a partir de la visión de *equilibrios* que arranca con los clásicos, pero se consolida con los neoclásicos, constituye un paradigma dentro de dicha ciencia, y por tanto, una forma localizada históricamente de comprensión a los problemas a resolver, en el campo de dicha ciencia.

III. LA COMPETENCIA PERFECTA, LA COMPETENCIA IMPERFECTA Y LAS FALLAS DE MERCADO COMO REFERENTES NORMATIVOS DE LOS MERCADOS

Bajo la tradición neoclásica de los mercados, los procesos económicos son representados como una combinación de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya interacción llevaría a un estado de reposo o *equilibrio*. Este equilibrio podría ser alterado únicamente a través de un *shock* externo como un cambio en las circunstancias, que iniciase en el sistema un proceso de interacción entre las diversas fuerzas, hasta encontrar un nuevo estado de reposo, y así sucesivamente. Nótese que lo determinante en el análisis propuesto no es tanto el proceso de cambio en sí, como la determinación inicial y final de los estados de reposo, que son los que dan la precisión cuantitativa al análisis. El cambio en sí mismo era dejado de lado en el análisis.

El equilibrio requería que los agentes en el mercado tuvieran conocimiento pleno de las circunstancias que pudieran afectarlo (*información perfecta*). Incluso, en estados no equilibrados, el paradigma asumía que el observador podría conocer aquel nivel de información faltante para alcanzar el equilibrio en el sistema (*asimetrías de información*). De no asumirse que los individuos tenían a su alcance toda la información necesaria, era imposible formular modelos de equilibrio general o parcial estables, pues siempre estaba presente la posibilidad de que alguien en el sistema descubriera la existencia de *vacíos* de conocimiento que estimulasen su interés por aprovechar la oportunidad, haciendo caer todo el sistema en desequilibrio. Y el desequilibrio, como se verá más adelante, era percibido como un defecto de los mercados; como una *falla*.

Desde luego, suponer que cada agente económico posee información perfecta es otra forma de expresar que el observador del sistema social dispone de un conocimiento omnisciente sobre todas las circunstancias posibles, presentes y virtuales, que pudieran afectar el comportamiento de los participantes en dicho sistema. Se supone por esta vía que el diseñador de políticas públicas puede apreciar el sistema social como quien estudia un fichero de ajedrez, donde es posible conocer anticipadamente todas las estrategias y jugadas posibles que determinan las diversas posiciones para alcanzar sucesivos equilibrios, por medio del cálculo matemático. Dicho de otro modo, asumir que los individuos en el sistema poseen información perfecta era en realidad un ejercicio mental de omnisciencia de parte del observador externo al sistema social, que le permitía cómodamente establecer la asignación óptima de recursos existentes, conforme a su destino más valorado por los participantes en el sistema.

Además, bajo el estado de equilibrio los recursos sociales son asignados de la manera más eficiente entre los agentes económicos, de acuerdo con su valoración más elevada.

(Stiglitz, 1994: 418-424). Desde luego, para identificar y hacer efectiva esa valoración social óptima se requiere también de conocimiento omnisciente sobre las condiciones presentes y futuras determinantes de las capacidades técnicas de la industria particular examinada, información completa no sólo sobre las estrategias de los rivales actuales y potenciales, sino también sobre las preferencias actuales y futuras de los consumidores. Además, esa *eficiencia social* precisa uniformar en una medida única (utilidad) las diversas preferencias y aspiraciones de los agentes acerca de la utilización de esos recursos sociales, para lo cual se impone la necesidad de valorar la realidad de acuerdo con fórmulas que suponen mediciones interpersonales de las utilidades de cada individuo. De modo que estamos en presencia de un cálculo hecho de acuerdo con los intereses y preferencias de quien lo efectúa, dejando de lado la opinión de quienes en definitiva son los que participan en las transacciones de mercado.

Por otra parte, el equilibrio sólo es posible dentro de estructuras de mercado donde la competencia es tan *perfecta* (o cuando menos, *efectiva*) que las firmas individualmente son incapaces de manipular las condiciones de mercado en su propio provecho, teniéndose que conformar con adoptar el precio que les determinen los demás por vía de presión competitiva. Esto es posible en mercados desconcentrados, donde las firmas no pueden ejercitar individual o colectivamente un poder de mercado manipulador de las condiciones prevalentes, particularmente, los precios. El caso opuesto, el de monopolio puro, dibujaba la situación de una empresa que gozaba de entera libertad para aplicar condiciones monopolísticas. De esta manera, los estados de desequilibrio fueron cada vez más percibidos como *imperfectos* o constitutivos de *fallas de mercado*.

La idea de que los mercados, si poseían la estructura *adecuada*, podrían alcanzar un *óptimo social* tuvo sin duda alguna un profundo efecto entre los hacedores de políticas públicas, quienes asumieron indirectamente la idea de que mientras las estructuras de mercado estuviesen más cercanas al estado *óptimo* de desconcentración, era mayor la posibilidad de que pudiera emerger la competencia.

Basados en estas premisas teóricas, los economistas neoclásicos desarrollaron más tarde razonamientos complejos dirigidos a explicar de qué manera en mercados concentrados las firmas eran propensas a restringir la competencia y a generar condiciones monopolísticas. Con el tiempo, los modelos *límites* de *competencia perfecta* y de *monopolio puro* fueron evolucionando a modelos *intermedios* que intentaban aprehender toda la variedad de situaciones intermedias posibles de competencia *imperfecta* (Robinson) o *monopolística* (Chamberlin). (Ekelund y Hébert, 1992: 485-486) Guiados sin duda por lo que pudiera calificarse de *error intelectual* acerca de la esencia y propósito de sus modelos idealizados de situaciones de equilibrio, referidos a estructuras de mercado más o menos concentradas, los académicos neoclásicos asumieron que la realidad habría de encontrarse entre los dos modelos extremos de *competencia perfecta* y *monopolio puro*. Las desviaciones de la competencia *perfecta* requería intervención correctiva de la Autoridad.

Fue gracias a la aplicación práctica de políticas públicas *correctivas*, propiciada por esta visión *estructural* de los mercados, que estas ideas ganaron respetabilidad científica. De hecho, la perspectiva estructural *invitaba* a la intervención del colectivo a cada paso. Así, desde entonces, la regulación correctiva sería considerada necesaria para controlar toda suerte de prácticas monopolísticas capaces de ser adoptadas por inescrupulosas firmas dominantes en el mercado. Dicha posición dominante habría de existir en donde los mercados presentasen barreras al ingreso de nuevos competidores. En consecuencia, la concentración de mercados fue juzgada esencial para establecer el grado de

competencia existente en ellos: mientras más concentrados, los mercados habrían de ser considerados menos competitivos.

En resumen, este paradigma, surgido de la influencia ejercida por el positivismo científico en la teoría económica, creó un cuadro positivo y normativo de las transacciones económicas, donde la clave esencial para establecer cuán competitivos podían llegar a ser los mercados, está dada por su estructura más o menos concentrada. En particular, esta perspectiva subraya la debilidad inherente de los mercados para producir riqueza social, debido a la existencia de *fallas* inherentes que supuestamente les impide alcanzar un óptimo social. Tales fallas inducen los mercados a caer en *desequilibrios*, en los cuales los recursos sociales han de ser asignados ineficientemente. Por esta razón, las políticas públicas han de regular la conducta de los participantes en el mercado, para asegurar que ninguno de ellos introduzca distorsiones o costos sociales en el sistema, con el propósito de beneficiarse a costa del bien común. Igualmente, en la medida en que propiciaba situaciones de *desequilibrio* en el mercado, las restricciones introducidas por los agentes económicos para inhibir la rivalidad entre ellos, eran inevitablemente vistas como un alejamiento de los requisitos de desconcentración necesaria para configurar una situación de competencia perfecta, y por tanto, como iniciativas que producían una asignación ineficiente de los recursos sociales, presumiblemente en favor de monopolistas, inescrupulosos *buscadores* de renta pública.

Es fácil comprender por qué esta regulación correctiva fue inmediatamente percibida como de *interés público*, y por tanto, fácilmente susceptible de ser incorporado a la visión positivista que en el campo del Derecho proponía la realización de cometidos de intervención pública, cuando el derecho declarase un objetivo como de *interés público* sin cuestionar si, en esencia, dicho objetivo perseguía realmente dicho fin, o antes por el contrario, era una coartada que perseguía en realidad obtener una *renta* producida por otros miembros de la sociedad.

Sin entrar a especular sobre las *intenciones* ocultas de quienes apoyan la intervención estatal sobre la base de vagas consideraciones de interés público, sí resulta interesante y objetivamente comprobable poner de relieve las inconsistencias lógicas de la visión de *fallas de mercado* para formular políticas de intervención pública sobre los mercados. A continuación concentramos nuestro análisis en dichas inconsistencias.

IV. ERRORES EPISTEMOLÓGICOS DE LA VISIÓN CONVENCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

La visión convencional de intervención pública de *fallas de mercado* sufre de severas limitaciones epistemológicas que el paradigma neoclásico, dominado por la perspectiva de *equilibrio*, no ha permitido identificar adecuadamente. Así, al permanecer inmune, el paradigma neoclásico ha propiciado que la crítica a los modelos presentados para explicar la realidad se circunscriban a la mera forma, manteniendo intactas las premisas esenciales sobre las cuales se asienta.

Cuando menos, puede decirse que no se han cuestionado las implicaciones normativas de políticas públicas nacidas de aplicar el paradigma neoclásico, porque las sucesivas teorías formuladas con base en nueva evidencia empírica han mantenido las premisas esenciales del paradigma intacto. Estas limitaciones conceptuales han llevado durante décadas a pensar equivocadamente a quienes diseñan políticas públicas, que es

posible alcanzar un estado *óptimo* de asignación en los recursos sociales a través de una política antimonopolios que corrija las *fallas* observadas en la estructura de los mercados, para propiciar una competencia *perfecta*, o cuando menos *efectiva*. La represión de prácticas restrictivas de la rivalidad, de exclusión de competidores, así como el control de concentraciones de mercado ha sido el corolario inmediato de hacer efectiva esta perspectiva en el terreno de las políticas públicas.

Esta sección examina los problemas conceptuales asociados con esta perspectiva, tanto en la descripción positiva equívoca que realiza de los fenómenos sociales, como en la debilidad de las implicaciones normativas que cabe esperar de dicho análisis. Finalmente, se pone de relieve de qué manera, y pese a todas las buenas intenciones y esfuerzos, este enfoque propicia más bien el surgimiento de una discrecionalidad administrativa carente de control efectivo a cargo de las agencias antimonopolios, lo que ha lesionado el funcionamiento de los mercados e inhibido la competencia empresarial, a través del debilitamiento de la regla de derecho y de la erosión efectiva de los derechos de propiedad.

1. Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia

Para comenzar, es preciso insistir en la naturaleza y propósito de los modelos de mercado propuestos bajo la visión estructural neoclásica que inspira todas las ocasiones de intervención sobre los mercados que visualiza el paradigma como necesarios para corregir *fallas de mercado*.

Este recordatorio es preciso, ya que la confusión reside en la imposibilidad última de distinguir normativamente la intencionalidad de los agentes al optar por restringir de alguna manera la rivalidad en el mercado. Esta intencionalidad *la deduce* el paradigma a partir de las inferencias hechas con base en los modelos explicativos de la realidad. Sin embargo, se olvida, o cuando menos, no se enfatiza suficientemente en que estos modelos son simples representaciones de la realidad, lo que de entrada pone en duda su viabilidad para *juzgar* la conducta de los empresarios en el mercado.

Podría afirmarse, con razón, que la representación ideal que los modelos de mercado realizan, *en sí misma* no limita la validez de las inferencias hechas sobre la conducta de las fuerzas del mercado. Nadie duda de la conveniencia del análisis positivo para explicar la interacción entre estas fuerzas, que a la postre define las relaciones de mercado. Pero el empleo de modelos ideales no puede disociarse tanto de la realidad que la termine por caricaturizar, pues de lo contrario corre el riesgo de propiciar inferencias y establecer causalidades que nada tienen que ver con ella. Esto es exactamente lo que sucede con los modelos de competencia imperfecta o monopolística que inspira la teoría antimonopolios. Ellos definen una causalidad entre concentración de mercados y nivel de competencia (mejor expresada en el "Paradigma S-C-P"), basados en una idealización que poco o nada tiene que ver con la realidad. El origen del error conceptual reside en creer que tales modelos describen situaciones *más reales*, por dibujar situaciones de mercado intermedias entre los dos extremos de *competencia perfecta* y *monopolio puro*. Esto es falso, pues el *realismo* nada tiene que ver con tal condición de los modelos *intermedios, que sigue siendo percibida estáticamente*. La realidad, en cambio, es un devenir constante donde las cosas cambian constantemente y es imposible (e irrelevante)

predecir el final, o la etapa siguiente, mientras que el dibujo neoclásico siempre recrea una situación estática de los mercados, como quien toma una fotografía de ellos.

Siendo un proceso de *cambio permanente*, no es posible argumentar la existencia de *fallas de mercado*, las cuales solamente encuentran sentido al ser comparadas con un referente de eficiencia *estática* como es el caso del criterio Pareto óptimo, o Kaldor Hicks. En efecto, para poder determinar normativamente si una situación en la realidad representa una *falla* o situación *sub-óptima* es preciso contar con toda la información relevante que permite al regulador alcanzar dicha conclusión. Naturalmente, esto es fácil -e incluso obvio- si el modelo utilizado para comparar con la realidad asume la existencia de dicha información en cabeza del regulador. Lamentablemente, las cosas no son tan sencillas en la realidad. Los modelos neoclásicos inexorablemente dan por descontado un hecho que en la realidad está lejos de verificarse, esto es, que la autoridad cuenta con la información necesaria para regular adecuadamente la realidad.

Más allá que un problema práctico -que muchas veces lo es- lo que enfatizamos aquí es la inconsistencia intrínseca de dichos modelos con la realidad. Los modelos neoclásicos de equilibrio (llámense de competencia perfecta, monopolio puro o de competencia imperfecta) explican la integración de las fuerzas de mercado, según sea el caso, desde puntos *desequilibrados* (i.e., competencia imperfecta) o en el *equilibrio* (competencia perfecta) pero no permiten explicar los cambios que conducen a alterar dichas situaciones. Se pasa de un equilibrio a otro, simplemente por el acaecimiento de modificaciones exógenas -y por tanto, extrañas- al modelo. Es más, cualquier sentido de movimiento en un sistema tendente al equilibrio es implícitamente negado por la premisa misma de información perfecta, asumida bajo los presupuestos neoclásicos.

Para demostrarlo, Morgerstern planteó lo que sucedería de asumir que los individuos poseen información perfecta respecto a las acciones de los demás: la total inamovilidad del sistema. (Morgerstern, 1976: 250, citado por O'Driscoll y Rizzo, 1985: 84). Para ilustrar el punto, propuso como ejemplo la persecución entre Holmes y Moriarity. Según este autor, "Sherlock Holmes, perseguido por su oponente Moriarity, abandona Londres hacia Dover. El tren se detiene en una estación intermedia, y él resuelve apearse antes que continuar hacia Dover. Había visto a Moriarity en la estación Victoria de Londres, y conociendo la sagacidad de éste, esperaba que tomaría un tren más rápido para llegar antes que él a Dover. La sospecha de Holmes era, en efecto, correcta. Pero, ¿Qué tal si Moriarity, siendo aún más suspicaz de lo que suponía Holmes, había evaluado correctamente la capacidad de éste y había anticipado su acción? En tal caso, hubiera decidido ir directamente a la estación intermedia, a esperarlo. Entonces, Holmes, nuevamente, hubiera anticipado tal acción y hubiese decidido seguir hasta Dover, en lugar de bajarse del tren. Con lo cual Moriarity hubiese de nuevo *reaccionado* de manera diferente. Después de pensarlo mucho, es probable que no hubiesen podido actuar en absoluto, o que aquel intelectualmente inferior se hubiese rendido en la estación Victoria de Londres, ya que todo el viaje hubiese sido innecesario". (Morgerstern, 1976: 173-174, citado por O'Driscoll y Rizzo, 1985: 84). La moraleja de esta historia es que la información perfecta de cada uno sobre los planes del otro hace que sea imposible que el sistema *se mueva* para alcanzar el nuevo equilibrio, ya que el movimiento (vale decir, la competencia) es por definición excluido del sistema.

Este ejemplo pone de relieve cuán lejos están los modelos *intermedios* entre competencia perfecta y monopolio puro, donde siempre se asume la información plena, pues en uno y otro caso, la información que se maneja es completa. En ambos, el observador

asume que los actores del mercado conocen todas las alternativas actuales y potenciales capaces de influenciar su decisión de actuar en el mercado.

Es una falacia asumir que la realidad se verá mejor interpretada por modelos *intermedios* como los de competencia monopolística, y en consecuencia, que ellos pueden servir de guía en la regulación de los mercados. Claramente este no es el caso, pues la esencia de estos modelos asume dos condiciones ausentes de la realidad: Primero, que los individuos que interactúan en el mercado tienen información perfecta sobre los planes de los demás. Se asume, por tanto, que se trata de información cuya naturaleza es posible transmitir a una agencia central planificadora (o correctiva de fallas de mercado). Segundo, que las acciones de las empresas en los mercados ocurre instantáneamente; en otras palabras, que los modelos dibujan un *retrato* de los mercados en un momento único, abandonando todo el sentido de movimiento evolutivo que tienen los mercados en la realidad. El tratamiento del conocimiento o información y del tiempo constituyen el nudo central de la diferenciación que existe entre el paradigma estructural neoclásico, y el paradigma institucional del subjetivismo que se le opone.

Por una parte, el tipo de conocimiento que los individuos en los modelos de equilibrio se supone que poseen es diferente de aquél que se encuentra en la realidad. En ésta, el conocimiento está disperso, fraccionado en pedazos e interpretado subjetivamente por los distintos agentes según los planes de cada quien. Por el contrario, los modelos neoclásicos, como se dijo, asumen que el conocimiento es homogéneo, que puede ser interpretado de igual forma por todos, y que puede por tanto ser sistematizado y procesado por una agencia central. Cuando menos, asume que habiendo asimetrías de información entre los agentes, dicha agencia central (u observador externo) puede conocer su extensión, vale decir, la cantidad de información *faltante* entre los agentes (y esto, sin duda, es otra forma de omnisciencia) para hacer las correcciones pertinentes. Esta posibilidad se extiende no sólo al caso de información directamente percibida a través de los sentidos, sino también a la que cabe deducir de probabilidades objetivas, e incluso, las que puedan resultar de probabilidades Bayesianas.

En el enfoque del subjetivismo, en cambio, se asume que los individuos son ignorantes de la información relevante que necesitan para poder alcanzar sus objetivos y fines. La naturaleza de esa información es subjetiva, en el sentido de que será relevante para determinar sus acciones económicas (y por tanto, será relevante para la economía) en tanto y cuanto sea útil para alcanzar sus fines subjetivos particulares. Es también información incompleta, en el sentido de que nadie la posee en su totalidad, sino que está dispersa a lo largo y ancho de todo el sistema. Bajo esta perspectiva, ningún individuo es capaz de aprehender la totalidad de la información relevante que precisa para actuar, porque tal información está sujeta a un constante cambio de acuerdo con las expectativas y acciones de otros individuos en el sistema, quienes también perciben la información de manera subjetiva. (O'Driscoll y Rizzo, 1985: 35-51, 71-91; Huerta de Soto, 1992: 41-86).

En relación con el análisis del fenómeno de la competencia, el diseño de modelos de equilibrio general o parcial intermedios entre el monopolio puro y la competencia perfecta no los hacía menos estáticos, y en este sentido, incapaces de aprehender el carácter evolutivo y creador que la competencia supone. Incluso, los llamados modelos *dinámicos*, los cuales dibujan relaciones entre los agentes asociadas con comportamientos estratégicos derivados de asimetrías de información, no reflejan realmente el movimiento evolutivo e irreversible de los mercados, por lo que no pueden vencer el estatismo que vicia tales modelos, y por tanto los aleja del comportamiento que tienen los agentes

económicos en la realidad. Tal como lo expresa McNulty: "Que la competencia perfecta es un estado ideal, incapaz de realizarse, es tema familiar en la literatura económica. Que por varias razones pudiera ser menos que conveniente, incluso aún cuando fuera alcanzable es también ampliamente reconocido. Pero que la competencia perfecta es un estado ideal completamente reñido con la idea de cualquier competencia [en la realidad] no ha sido suficientemente enfatizado. (agregado nuestro)" (McNulty, 1975: 65-66).

El fondo de la cuestión reside en que los defensores de las políticas antimonopolios dejan de lado en su análisis la importancia que juegan las expectativas subjetivas de los participantes en la definición de los mercados reales. Estas expectativas recogen, en tanto aproximaciones tentativas del futuro que son, elementos esenciales que permiten comprender integralmente el fenómeno de la competencia. En efecto, contrariamente a lo predicado por los modelos estructurales neoclásicos, la competencia no está asociada al conocimiento pleno o información perfecta de los agentes, quienes sólo de esta manera podrían realizar el proceso de toma de decisiones para asignar los recursos en un instante temporal determinado. Todo lo contrario, la competencia está determinada por la ignorancia inerradicable de los agentes, causada por el cambio constante de información acontecido durante el paso del tiempo. No hay tal cosa como la posibilidad exitosa de erigir una autoridad de promoción a la competencia, para que ésta calcule el grado de competencia que existe en mercados estáticos, basándose en la suposición de que le sea posible conocer toda la información requerida para precisar la máxima de que los precios transados estén cercanos a los costos marginales, condición ésta indispensable en el análisis antimonopolios. Tales costos cambian en el tiempo, y en las distintas percepciones que los agentes van teniendo de ellos, en tanto suponen renuncias a otros cursos de acción (*costos de oportunidad*). La competencia es precisamente el proceso en el cual los agentes intentan vencer su propia ignorancia acerca de las condiciones futuras que han de afectar sus inversiones actuales.

En un reciente libro, Gene Callahan pone de relieve lo absurdo que resulta aplicar políticas regulatorias con base en el criterio de eficiencia normativa, pues el mismo desdeña que los actores en el mercado calculan sus costos antes de actuar, en tanto que bajo el criterio de eficiencia, se considera que una situación es deseable por eficiente, sin tomar en cuenta dichos costos, lo que hace aparecer cualquier cálculo empresarial como *ineficiente*. Imaginemos por un momento, -nos propone Callahan- que preguntamos en un club de natación para niños quiénes de ellos estarían dispuestos a hacer sacrificios para convertirse en campeones olímpicos. Muy posiblemente tendríamos muchas respuestas a favor, a pesar de que sabemos que solamente uno de cada diez mil niños se convertirá en campeón olímpico, pues estará dispuesto a pagar el precio que ello supone. El análisis de eficiencia supone que un regulador haría un mejor trabajo si conociera y después designara los nadadores que se convertirán en campeones olímpicos. De esta manera, se ahorrarían cientos de horas de entrenamiento. El problema, claro está, se encuentra en que no basta con simplemente declarar que se desea formar parte del equipo olímpico, sino que se debe incurrir en los costos necesarios para convertirse en campeón olímpico, y he ahí que esa es información cuya naturaleza privada está vedada al regulador, y que no basta simplemente con la declaración de interés. (Callahan, 2002).

2. La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales

La concepción errada sobre el uso de los modelos positivos de equilibrio, tales como el de competencia perfecta, monopolio puro, y derivados intermedios de competencia imperfecta, es aún más notoria en el intento por dotar tales modelos de propiedades

normativas capaces de orientar la acción de políticas públicas. Por esta vía, quienes formulan políticas públicas simplemente asumen que sus acciones deberían reproducir, donde sea posible, estructuras de mercado ideales o cuando menos, aproximar los mercados reales al estándar óptimo de eficiencia social determinado en el modelo de *competencia perfecta*. Posteriormente, y debido a la imposibilidad evidente de reproducir las condiciones límite de tal modelo, algunos han abogado por alcanzar un estándar menos exigente, como lo es el de *competencia efectiva*. En uno y otro caso, tales propuestas se dirigen a establecer una asignación eficiente de los recursos sociales a lo largo y ancho de la sociedad.

Procediendo de esta manera, sin embargo, los promotores de la idea antimonopolios han dejado de lado la esencia real (y las limitaciones) de los modelos sobre los cuales cifran sus esperanzas de lograr alcanzar un mundo mejor a través de un norte normativo *óptimo*. Tal como sostiene Harold Demsetz, en políticas públicas carece de sentido comparar el desempeño de los mercados con un inalcanzable ideal de *Nirvana*. (Demsetz, 1969). Veinte años antes, Hayek ya había indicado en este mismo sentido: "El problema económico es un problema de hacer el mejor uso de los recursos que tenemos, y no uno relativo a qué deberíamos hacer si la situación fuese diferente de lo que en realidad es. No tiene sentido debatir acerca del uso de los recursos *como si* (*as if*) existiese un mercado perfecto si esto significa que los recursos tendrían que ser distintos de lo que en realidad son; o en discutir acerca de lo que alguien dotado de conocimiento omnisciente (información perfecta) haría si nuestra tarea debe ser en realidad cómo lograr el mejor uso del conocimiento [escaso y fraccionado] que la gente de carne y hueso tiene. (...) En consecuencia, el argumento a favor de la competencia no descansa en la imaginación de las condiciones que existirían si ella fuera perfecta". (Agregado nuestro) (Hayek, 1948: 104). Ciertamente, tal ejercicio mental deja de lado los costos requeridos para alcanzar ese estado *óptimo*, lo que, de emplearse, le quitarían tal condición a esa posición imaginaria. (Kirzner, 1973: 231-234).

En conclusión, no es razonable esperar que los modelos estáticos puedan comprender toda la complejidad del mundo real, y mucho menos, que puedan dar pistas sobre consideraciones de carácter normativo acerca del mundo que examinan. Incluso, como el propio *positivista* Friedman señaló, es irrelevante que el análisis positivista de la economía se base en premisas que son irreales (vale decir, la información perfecta); lo que importa es que puedan propiciar predicciones adecuadas sobre cómo la realidad *se comportaría* si otros factores permanecieran constantes. Pues el propósito de los modelos positivos no es dibujar la realidad tal cual es, sino más bien, crear una herramienta que nos permita entender cómo lo individuos se comportarían *como si* (*as if*) ciertas fuerzas guiaran su acción. En otras palabras, ellos no son más que modelos, y por tanto, no se suponía que fuesen apreciados como medidas normativas para medir la realidad. (Friedman, 1953). Claro, para Friedman la condición de movimiento que caracteriza la realidad es irrelevante, por ser igualmente irrelevante la postulación de la realidad misma. La economía, en sus ojos, debió ser una ciencia cuyo objeto de análisis no debían ser tanto las personas como la resolución de ecuaciones establecidas en elegantes modelos predictivos.

En este sentido, Rizzo señala que la capacidad de predicción en un modelo de atar causalidades entre dos factores no puede ser traducido en una supuesta capacidad de predecir el mundo real, pues la suposición opuesta sólo recrea una realidad que no existe. (Rizzo, 1979: 3). La utilidad de los modelos dependerá por tanto de los usos que les damos: "Que veamos el equilibrio en términos dinámicos, o adoptamos una visión está-

tica más conservadora es en realidad cosa de conveniencia heurística y analítica. Ciertamente, la noción de equilibrio (...) es sólo una herramienta mental sin significación operacional alguna. Dependiendo del propósito a la mano, podemos usar cualquier (...) concepción". (Rizzo, 1979: 9).

Por esta razón, las políticas públicas no deberían centrar su atención en comparar los mercados reales con un supuesto ideal, pero inalcanzable estado de cosas. En lugar de ello, y frente a la propuesta dominante neoclásica (*mainstream*) deberían más bien examinar y comparar los alternativos conjuntos de reglas e instituciones que mejoran o empeoran las condiciones en las cuales los empresarios se animan a competir. (Sowell, 1980: 203-205). En este sentido, el paradigma institucional representado en escuelas como la *Austríaca* de Economía (inaugurada por Menger en el siglo pasado y desarrollada en el presente por Mises, Hayek, Lachmann y Kirzner), la Subjetivista (G. Shackle), y la Post-Marshaliana (E. Pemrose, G. B. Richardson, P. Earl, N. Foss) han enfatizado la necesidad de enfocar la atención en los constreñimientos institucionales que determinan los intercambios de mercado, antes que en el intercambio mismo. Para esta perspectiva *institucional* es irrelevante juzgar como *eficiente* los resultados sociales resultantes del intercambio en los mercados; ciertamente, cualquier criterio normativo aplicado para juzgar la realidad bajo estas coordenadas habrá de ser por necesidad, arbitrario. En lugar de ello, el observador (autoridad) debería centrar su atención en la *eficiencia de los procesos* que determinan uno u otro resultado social. En esta segunda acepción, la eficiencia no se refiere a una fórmula específica para realizar comparaciones interpersonales de utilidad individual que permitan homogeneizar las preferencias individuales en la realización del gran cálculo social. Más bien, la eficiencia institucional depende de la capacidad con la que se permite a cada individuo alcanzar sus propios fines, de acuerdo con los planes individuales de cada quien en el mercado, de la manera más expedita y en armonía con los fines y planes de los demás. (Cordato, 1992).

Estas salvedades parecieran ser excesivamente notorias como para merecer recordatorio alguno; sin embargo, aquellos defensores de las políticas antimonopolios parecieran olvidarse de ellas a cada paso. Como Klein destaca: "Cuando se conduce un análisis antimonopolios, es crucial que los economistas no hagan lo que llamo *economía del pizarrón*. Esto es, que el economista no debe emplear modelos abstractos abiertamente divorciados de las condiciones del mundo real para derivar explicaciones económicas e implicaciones de políticas públicas. Aunque parecería obvia e innecesaria la advertencia de que los economistas deberían *ensuciarse las manos* y conocer los hechos inherentes a las situaciones que están examinando, mucho del análisis económico, tanto en la ahora dominante *Escuela de Chicago* como en las variedades de la *Nueva Economía Industrial*, frecuentemente está disociado de los eventos sometidos a investigación". (Klein, 1990: 419).

3. Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales

La perspectiva positivista no sólo influenció la percepción de los economistas acerca de los fenómenos sociales. También influenció la de otras disciplinas sociales, entre ellas, el Derecho. En particular, cambió el sentido que los juristas habían tenido acerca del rol de la legislación en un entorno social. Con el advenimiento de la nueva filosofía, las inferencias normativas deducidas de los modelos positivos de teoría económica reemplazaron las explicaciones anteriormente dadas por la ciencia del Derecho a la esen-

cia de las normas jurídicas, las cuales estaban basadas en conceptos metafísicos tales como el *derecho natural*. A partir de entonces, las reglas jurídicas comenzaron a ser percibidas como la simple expresión de un poder soberano, representado en una fría *autoridad*; más como herramienta para alcanzar un fin *de interés público* predefinido por la teoría económica, que como la expresión de un sentido de *Justicia* compartido por la sociedad.

Por esta razón, no sorprende que la doctrina legal antimonopolios se asiente en las teorías e hipótesis de la ciencia -positivista- económica. Por ejemplo, doctrinas legales en el campo de marras, tales como la doctrina del paralelismo colusorio, la de la exclusión automática o la de los precios predatorios, están basadas en las premisas deducidas del pensamiento económico. (Bork, 1978: 134-160).

La política antimonopolios erosiona la regla de derecho porque concede a las autoridades administrativas el poder de aplicar sus propios principios éticos de política social en una forma que no admite control por terceros. En particular, les permite aplicar responsabilidades legales sobre la base de simples predicciones esperadas (teorías económicas); y no, según sean las intenciones reales monopolizadoras de las firmas investigadas.

Desde la perspectiva de teoría jurídica, los partidarios de las políticas antimonopolios sostienen que la legislación en esta materia es necesaria para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos económicos, que de otra manera pudiera ser comprometido por conductas anticompetitivas. Como hemos visto, la definición de conductas anticompetitivas tiene, en la tradición neoclásica de las políticas antimonopolios, una ligazón muy precisa a las situaciones estáticas (estructura) de mercado, antes que a los procesos reales de rivalidad e innovación que promueve la competencia, tal como la conocemos.

Por esta razón, la legislación antimonopolios no puede evitar considerar todo tipo de cooperación en el mercado como presuntivo de una intención monopolística. Ciertamente, no cabe más que considerar tal cooperación como restrictiva de la competencia, si definimos ésta según el número de agentes actuando independientemente en el mercado. Bajo otras nociones de competencia, como la que ciertamente se propone en este ensayo, las cosas adquieren otro color. Vista la competencia como asociada a la capacidad de las empresas para descubrir nuevos conocimientos útiles a su actividad, y para encontrar nuevos hechos antes que otros participantes, los cuales le confieren al descubridor una ventaja que de otro modo hubiese pasado desapercibida, el número de empresas que incidentalmente exista en el mercado es un dato irrelevante y superfluo. Al adoptar un enfoque estructural, la teoría antimonopolios no puede explicar satisfactoriamente, más allá de invocar la coartada de la intención monopolística, por qué razón los individuos se asocian con otros para cooperar en el mercado bajo una gama de modalidades variadas que comprenden desde la centralización de la planificación en una firma, hasta la toma de decisiones descentralizadas en el mercado, pasando por una variopinta de formas corporativas intermedias: cartelización, suministro, *outsourcing*, distribución exclusiva, franquicia, etc.

De otra parte, el cálculo de eficiencias económicas, que pudiera permitir una atenuación en las consecuencias de aplicar a la colaboración de empresas en el mercado un análisis tan sesgado, es a la luz del derecho, tan arbitrario como la determinación misma de una intención monopolística en la realización de la restricción. En efecto, dicho cálculo depende de una valoración interpersonal de utilidad que sólo quien realiza el análisis está en capacidad de acometer, para establecer, bajo una regla de la razón, si los be-

neficios sociales son mayores que los costos de alejar los mercados del *ideal* de competencia perfecta.

Bajo el análisis de la regla de la razón, las agencias antimonopolios deben distinguir las conductas restrictivas *monopolísticas* de las que son expresión de eficiencias compensatorias. Sin embargo, este análisis tiene pocas posibilidades de éxito, en la medida que está apoyado en un estándar objetivo de *eficiencia social* que tiene poco que ver con las intenciones y aspiraciones (preferencias, en términos familiares en la economía) que están detrás de los arreglos celebrados de hecho por los empresarios.

No es casualidad que las decisiones judiciales y administrativas hayan sido particularmente erráticas en considerar si una restricción debería ser considerada *monopolística*, pues al final del camino todo depende, como se dijo, de las opiniones y valoración *ética* que le atribuya el observador externo (autoridad) a tales arreglos; no del peso de decisiones anteriores o de otro modo racionalmente objetivas. Esta apreciación realizada sobre la base de un cálculo arbitrario hace desaparecer toda consideración a la individualidad de quienes en realidad son los que celebran tales arreglos. Por ello, Rawls considera este análisis utilitarista como fraudulento, "por no considerar seriamente la distinción entre personas". (Rawls: 1971, 27).

Schumpeter percibió claramente este problema de apreciación en el enfoque de los reguladores hacia los mercados. "Primero, en vista de que estamos en presencia de un proceso en el cual cada elemento toma tiempo considerable en revelar sus características reales y efectos últimos, no tiene caso apreciar el desempeño de ese proceso ex visu de cada punto en el tiempo; debemos juzgar su desempeño en el curso del tiempo, tal como se presenta a lo largo de décadas o siglos (...) Segundo, en tanto estamos ante un proceso orgánico, el análisis de lo que sucede en cada parte del mismo -digamos, en un interés o industria en particular- puede ciertamente aclarar detalles de mecanismo pero será poco concluyente más allá de eso. Cada pieza de la estrategia empresarial adquiere su verdadero sentido sólo comparándolo con antecedente de tal proceso y dentro de la situación creada por ella. Debe ser apreciado su papel en el contexto del vendaval permanente de la destrucción creativa; no puede ser vista sin conexión con ésta, o de hecho en la hipótesis de que existe un reposo (equilibrio) en el sistema. (...) Por ello, los economistas quienes, *ex visu* en un punto en el tiempo, observan por ejemplo el comportamiento de una industria oligopolística (...) y observan los bien conocidos movimientos y contramovimientos dentro de ella parecieran que apuntan nada más que a establecer la existencia de altos precios y restricciones de oferta, haciendo precisamente esa hipótesis. Ellos aceptan la evidencia empírica de la situación momentánea, como si ella no tuviera pasado o futuro y creen que han entendido lo que hay que entender si interpretan el comportamiento de esas empresas bajo el principio de maximización de las utilidades con referencia a esa evidencia. El papel del teórico usual y del reporte usual de la comisión gubernamental virtualmente jamás intenta apreciar ese comportamiento, por una parte, como resultado de una pieza de historia pasada y, por otra parte, como un intento de adecuarse a una situación que con certeza cambiará -como un intento de esas empresas en mantenerse en pie, sobre un terreno que se desliza debajo de ellos. En otras palabras, *el problema usualmente visualizado es cómo el capitalismo administra estructuras existentes, en tanto que el problema relevante es cómo las crea y destruye. En tanto esto no sea reconocido, el investigador realiza un trabajo sin sentido. Apenas es reconocido, su apreciación sobre la práctica restrictiva capitalista y sus resultados sociales cambia considerablemente*". (Énfasis del autor) (Schumpeter, 1950 [1942]: 84).

De manera esclarecedora, Schumpeter concluye lo siguiente: "Al analizar tales estrategias empresariales ex visu en un punto dado en el tiempo, el investigador economista o el agente del gobierno evalúa las políticas de precios, las cuales se le presentan como predatorias y las restricciones de oferta que se le presentan como sinónimos de pérdidas de oportunidades para producir. No ve que las restricciones de este tipo son, bajo las condiciones del vendaval permanente, incidentes, a menudo inevitables, de un proceso de expansión en el largo plazo que en lugar de ser impedido es protegido. No hay más paradoja en esto que en decir que los automóviles viajan más rápido de lo que podrían porque tienen frenos". (Schumpeter, 1950 [1942]: 88).

V. UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS MERCADOS

Predicar la inconveniencia de las políticas antimonopolios en la promoción de la competencia de ninguna manera representa una suerte de renuncia al papel de promotor que el Estado puede y debe tener en dicha tarea. Más bien, significa un cambio cualitativo de enfoque hacia el papel que las instituciones han de tener de cara a la promoción de un fenómeno que, como la competencia, ha sido desvirtuado por la doctrina económica reinante en políticas públicas, y que por tanto, amerita un tratamiento diferente.

En efecto, la rectoría del Estado en la formación de los mercados es no sólo indispensable, sino que renunciar a ella sería impensable. Las transacciones económicas no ocurren en el vacío institucional. Los mercados sólo pueden funcionar en el contexto de un marco definido de derechos, lo que es sin duda tarea del Colectivo.

Esta sección tiene por tanto como propósito delinear las características generales del paradigma alternativo de regulación, para precisar las condiciones que debe cumplir en la tarea de promover la competencia en los mercados exitosamente.

Comencemos por explorar los motivos por los cuales los derechos individuales sobre los recursos sociales deben estar lo más claramente definidos, de forma tal de propiciar transacciones de mercado más transparentes y predecibles. En este punto, se hace imperativo explicar el papel y funcionamiento de las expectativas empresariales en el mercado, para comprender por qué es preciso protegerlas a través de las políticas públicas.

Contrariamente a la omnisciencia predicada por el análisis estático neoclásico en cabeza de los agentes en el mercado, los individuos carecen de la información acerca de las condiciones futuras que pudieran determinar el éxito o fracaso de sus respectivas inversiones. Por tanto, el problema económico no es uno relativo al empleo de los recursos sociales, que puede ser resuelto por un tercero que *desde lo alto* recoge la información necesaria para orientar la acción de las empresas hacia el *óptimo social*. Más bien, es tratar de coordinar la actividad de los agentes, para vencer la incertidumbre que poseen al actuar en el mercado.

En efecto, la actividad de los individuos está constantemente signada por una *niebla de ignorancia* que los sujeta a conformarse con formular simples especulaciones sobre lo que habrá de depararles el futuro. En la difícil tarea de anticipar el futuro, los individuos pueden, como mucho, guiarse por sus instintos, lo que en parte depende de su experiencia pasada ante hechos semejantes; a partir de esa experiencia ellos pueden aprender a relacionar ciertas tendencias o identificar posibles resultados futuros. Sin embargo, en la elaboración de sus respectivos planes hacia el futuro, nunca podrán estar

del todo seguros y por tanto, siempre deberán enfrentarse a un problema insoluble de incertidumbre genuina inerradicable (*sheer uncertainty*) acerca del futuro.

A la luz de esta realidad subjetiva y especulativa, los empresarios se ven constantemente forzados a buscar y asegurar información suficiente sobre eventos futuros como para animarlos a invertir *hoy*. De modo que son las inversiones presentes las que determinan los niveles futuros de producción. En un sistema donde las decisiones son descentralizadas, como es el caso de los mercados, cada individuo ignora, en principio, las acciones futuras de los demás; por ello, su propia información no entraña más que la simples conjetura de un futuro incierto y por tanto, susceptible de error. La significación de estas conjeturas va más allá de lo que pudiera calificarse de una simple especulación sobre el acaecimiento de un hecho. Los cálculos actuariales, por ejemplo, permiten establecer la regularidad en que ciertos eventos habrán de suceder, lo que ayuda a los empresarios a internalizar el costo de que ocurran y el riesgo se materialice. Pero no es a esta clase de eventos futuros que nos referimos aquí, los cuales constituyen el objeto de los seguros contra riesgos calculados y futuros. A diferencia del riesgo, la incertidumbre genuina inerradicable se refiere a un hecho absolutamente impredecible, por versar sobre conjeturas humanas y no sobre acaecimiento de sucesos de la naturaleza. (Knight, 1921).

Quizás el mejor ejemplo de incertidumbre genuina sea el dado por Keynes en su conocido ejemplo del *Concurso de Belleza*. La esencia especulativa de las decisiones que adoptan los agentes en el mercado es semejante a la de un concurso de belleza donde la votación ha de resolverse, no con base en la escogencia de la candidata que los jueces juzgan la más bonita o talentosa, sino con base en la candidata que cada juez cree que será la más votada por los demás jueces. La ganadora será aquella escogida de acuerdo con las expectativas recíprocas de los jueces. En efecto, como quiera que la decisión de cada juez depende de lo que él cree que otros miembros del jurado decidirán, pero sin tener absoluta seguridad de ello (obviamente, si no media comunicación entre ellos), por basarse en las expectativas subjetivas de éstos, y no en hechos objetivos, su decisión estará basada en la incertidumbre sobre quién ganará. (Keynes, 1964 [1936]: 156). La votación no tendrá fin, pues será un proceso de conjeturas sobre lo que decidirá el otro, a su vez determinada por la conjetura sobre qué decidirá el primero. La única forma de terminar con esa inmovilidad paralizante es apelando a la decisión de una autoridad superior, o resolver el problema mediante convención entre los jueces (o participantes en el mercado), permitiéndoles, por ejemplo, que se puedan comunicar entre sí. Como lo han indicado O'Driscoll y Rizzo: "En principio, no existe límite al nivel de formulación de conjeturas recíprocas. No existe razón lógica suficiente para detenerse en algún punto en particular; detenerse es, en buena medida, arbitrario o resultado de convención". (O'Driscoll y Rizzo, 1985: 73). En el caso de transacciones de mercado, estas convenciones algunas veces adoptan la forma de cooperación explícita a través de variados acuerdos y arreglos, o mediante entendimiento tácito en donde una forma aprecia los elementos que le dan forma a sus expectativas sobre el comportamiento de las demás: Vale decir, la reputación, la práctica comercial previa, y otras semejantes.

Una redefinición del paradigma convencional de regulación de los mercados, debe por tanto dejar de lado la suposición de que el regulador posee toda la información necesaria para identificar el *interés público* y hacerlo realidad. En su lugar, debe partir de la premisa de que el regulador posee un nivel de información ni más ni menos equivalente -posiblemente incluso sea menor- al poseído por los demás participantes de mercado, y por tanto, debe ser mucho más cauteloso al momento de regular los mercados.

Por ello, debe depender mucho más de la información provista por los mercados, que de su propia percepción *ideal* sobre la eficiencia social.

Dicho de otro modo, la propuesta de una política pública de intervención estatal sobre los mercados incluye lo siguiente:

1. Definición precisa de derechos de propiedad privada sobre los recursos sociales.

2. Protección contra actos que erosionen aspectos constitutivos de la propiedad (por ejemplo, actos de piratería y otros de competencia desleal).

3. Definición precisa de las condiciones de traspaso de la propiedad por vía contractual y protección de los contratos por medios judiciales efectivos.

4. Libertad para negociar las condiciones dentro de las cuales las empresas han de coordinar sus actividades, para anticipar situaciones futuras inciertas, y para excluir buscadores de renta. En este sentido, sería conveniente que las prohibiciones sobre acuerdos que estructuralmente restrinjan la libre competencia (si se acepta que deberían ser objeto de control por la autoridad) sean sujetas a calificaciones temporales muy precisas que definan su licitud e ilicitud. Claro está, esta tarea puede ser compleja en la definición de restricciones según cada industria.

5. Limitación del ámbito público a funciones de reforzamiento de las actividades de los agentes económicos en el mercado.

6. Sujeción de la propiedad pública al control político del Colectivo.

7. Replanteamiento y eliminación de toda regulación que busque alterar los resultados de las transacciones en el mercado, salvo de aquéllas que tengan una causa política debidamente justificada.

VI. CONCLUSIONES

El examen de la ideología del regulador es útil porque permite explorar el alcance en que las decisiones de política son influenciadas por las creencias, valores y percepciones sobre la realidad que le toca juzgar a los responsables de diseñar y aplicar dichas políticas.

Puede resultar un tanto extraña la afirmación de que las políticas públicas están ancladas en ideología y no en ciencia *dura*; así, parecería haber una suerte de predisposición contra la idea de que la ejecución de políticas descansa en la ética y no en la ciencia, ya que de aceptarse lo contrario, se supone que ello de alguna forma erosionaría la respetabilidad de la intervención estatal. Sin embargo, contrariamente a la creencia generalizada, los responsables de diseñar y aplicar políticas públicas no son inmunes a la ideología, antes por el contrario, la incorporan como parte de su rutina pues ella forma parte esencial de su actividad.

Esta afirmación es particularmente cierta en el campo de la economía normativa, de donde la políticas de intervención sobre los mercados toma mucho de sus inferencias y deducciones sobre la causalidad y conductas de mercado, para orientar su acción moduladora sobre la realidad.

Nada extraño hay, pues, en aceptar la carga ética e ideológica existente en la regulación económica. Lo que sería deseable, sin embargo, es considerar que dicha ideología está anclada en una visión epistemológica determinada de la realidad, y que ciertas for-

mas de aprehensión de la realidad adolecen de limitaciones que frecuentemente son ignoradas por quienes plantean la intervención pública a cada instante, sin meditar sobre sus consecuencias en delicados sistemas de intercambio de información y de cooperación social, como son los mercados y la sociedad. Aquí yace la distinción entre la intervención necesaria para hacer florecer la libertad de la ley, de aquella que utiliza un concepto positivista del derecho para imponer la voluntad desmedida del Poder.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B., *Reconstructing American Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1984.

ADAMS, W. and BROCK, J., *Antitrust Economics on Trial: A Dialogue on the New Laissez-Faire*, Princenton University Press, Princenton 1991.

AGOSIN, M. and TUSSIE, D., "Globalization, Regionalization and New Dilemmas in Trade Policy for Development", 15 *World Competition* (1992): 37-63.

BAER, W., "Changing Paradigms: Changing interpretations of the public sector in Latin America's economies" 88 *Public Choice* (1996): 366-368.

BAIN, J., *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1956.

BAUMOL, W., PANZAR and WILLIG, R., *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*, Harcourt Brace Javanovich, Inc., New York, 1982.

BORK, R., *The Antitrust Paradox*, Basic Books Publisher, New York, 1978.

BRENNER, R., 'Market power: Innovations and Antitrust', in *The Law and Economics of Competition Policy*, F. MATTHEWSON; M. TREBILCOCK and M. WALKER (eds.), The Fraser Institute, Vancouver 1990.

BUTOS, W., and KOPPL, R., "Hayekian Expectations: Theory and Empirical Applications" 4 *Constitutional Political Economy* (1993): 303-329.

CALLAHAN, G., *Economics for Real People: An Introduction to the Austrian School*, Ludwig Von Mises Institute, Auburn 2002.

CAVES, R., and PORTER, M., "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition", *Quarterly Journal of Economics*, (May 1977): 241-262.

CHEUNG, S., *The Myth of Social Cost: A Critique of Welfare Economics and the implications for Public Policy*, Institute of Economic Affairs, London 1978.

CLARKE, R., *Industrial Economics*, Basil Blackwell, Oxford 1985.

COASE, R.H., "The Nature of the Firm", 4 *Economica* n.s. (Nov. 1937): 386-405.

COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l'Etat*, Quadrige, Presses Universitaires de France, París 1985.

CORDATO, R., *Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe: A Modern Austrian Perspective*, Kluwer Academic Publishers, Boston 1992.

DAVILA, C., and GÓMEZ SAMPER, H., "Innovative Management and Organizational Development in Latin America", 36 *The International Executive* (1994): 671-688.

DEMSETZ, H., "Information and Efficiency: another viewpoint" 12 *Journal of Law and Economics*, (1969): 1-22.

DEMSETZ, H., "Market Structure, Market Rilvary and Public Policy", *Journal of Law and Economics*, (1982): 376-383.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ta. Edición, Victor de Zavalía Editor, Buenos Aires 1991.

EGGERTSSON, T., "The Economics of Institutions in Transition Economies" in *Institutional Change and the Public Sector in Transitional Economics*, S. Schiavo-Campo (ed.), World Bank Discussion Papers 241, The World Bank, Washington, D.C. 1994.

EKELUND, R., and HÉBERT, R., "Reconsideración de la Competencia: Chamberlin y Robinson", in *Historia de la Teoría Económica y de su Método*, Mc Graw Hill, Madrid 1992.

FRIEDMAN, M., "The Methodology of Positive Economics", *Essays in Positive Economics*, M. Friedman (ed.), University of Chicago Press, Chicago 1953.

FRISCHTAK, C., HADJIMICHAEL, B., and ZACHAU, U., *Competition Policies for Industrializing Countries*, Policy and Research Series Nº 7, Industry and Energy Department, The World Bank, Washington, D.C. 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Lengua de los Derechos: La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid 1994.

GODEK, P., "One U.S. Export Eastern Europe doesn't need", *International Merger Law*, September 1991.

HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty, Vol 2*. University of Chicago Press, Chicago 1976.

-"The Use of Knowledge in Society" in *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Routledge, London 1948.

-"The Meaning of Competition", in *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Routledge, London 1948.

HUERTA DE SOTO, J. *Socialismo, Cálculo Económico y Función Económico*, Unión Editorial, Madrid 1992.

JATAR, A., and RODRÍGUEZ, A.E., *Elementos de una política de competencia para Honduras*, Informe preparado para Management Systems International, Washington, D.C. Septiembre de 1995.

JATAR, A., and TINEO, L., *Competition Policy in the Andean Countries: The Ups and Downs of a Policy in Search of its Place*, Paper presented at the conference "U.S. - Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices" sponsored by the Andean Development Corporation, Organization of American States and Inter-American Dialogue, September 3-4, Brookings Institution, Washington, D.C. 1997.

KELLY, M., and MCGUIRK, A.K., "Trade Policies of Developing Countries", in *Issues and Developments in International Trade Policy*, World Economic and Financial Surveys (Appendix II), IMF, Washington, D.C. 1992.

KEYNES, J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Harcourt, Brace & World, New York, (1964) (1936).

KHEMANI, R.S., and DUTZ, M., "The Instruments of Competition Policy and their Revelance for Economic Development" in *Regulatory Policies and Reform: A Com-*

parative Perspective, Private Sector Development Department, The World Bank, Washington, D.C. 1995.

KIRZNER, I., *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press, 1973.

KLEIN, B., "The Use of Economics in Antitrust Litigation: Realistic Models of the Competitive Process" in *The Law and Economics of Competition Policy*, F. Matthewson, M. Trebilcock and M. Walker (eds.), The Fraser Institute, Canadá 1990.

KNIGHT, F., *Risk, Uncertainty and Profit*, Reprints of Economics Classics, Sentry Press, New York 1964 (1921).

KOPPL, R. and YEAGER, L., "Big Players and Herding in Asset Markets: The Case of the Russian Ruble" 33 *Exploration in Economic History* (1996): 367-383.

KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago 1970.

LACHMANN, L., "The Significance of the Austrian School of Economics in the History of Ideas" in *Capital, Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy*, Institute for Humane Studies, Sheed Andrews and McMeel, Inc. Kansas City 1977.

LOUGHLIN, M. *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992.

MACHLUP, F., "Competition, Pliopoly and Profit", vol IX, Nº 33, Economica, (1942): 1-2.

MACHOVEC, F., *Perfect Competition and the Transformation of Economics*, Foundations of the Market Economy, Routledge, London 1995.

MASON, E., "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises", *American Economic Review*, Supplement 29, March 1939.

MCNULTY, P., "Economic Theory and the Meaning of Competition" in *The Competitive Economy*, Y. Brozen (ed.), General Learning Press, Morristown, New Jersey 1975.

MEANS, G., *Industrial Prices and their Relative Inflexibility*, Senate Document, Nº 13, 1935.

MERRYMAN, J.H., *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford 1969.

MISES, L., *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method*, Van Nostrand Company, Inc., Princenton-New Jersey 1962.

MORGERSTERN, O., "Perfect Foresight and Economic Equilibrium", *Zeitschrift für Nationalökonomie 6* (part 3). Trans. F.H. Knight in A. Schotter (ed.), *Selected Writings of Oskar Morgerstern*, New York University Press, New York 1976.

O'DRISCOLL, G., and RIZZO, M., *The Economics of Time and Ignorance*, Basil Blackwell, Oxford 1985.

RICHARDSON, G.B., *Information and Investment*, Oxford University Press, London 1960.

RIZZO, M., "Disequilibrium and All That: An Introductory Essay" in *Time, Uncertainty and Disequilibrium*, M. Rizzo (Ed.), Lexington Books, Toronto 1979.

RODRÍGUEZ, A., and COATE, M., "Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies", 18 *Houston Journal of International Law* (1996), 311-358.

ROTHBARD, M., "Monopoly and Competition" in *Man, Economy and State: A Treatise on Economic Principles*, vol. II, D.Van Nostrand Company, Inc., Princenton, New Jersey 1962.

ROWAT, M., *Competition Policy in Latin America: Legal and Institutional Issues*, The World Bank, Washington, D.C. 1995. URL: http://www.worldbank.org/html/lat/english/papers/trade/cmp_plcy.pdf.

SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Row Publishers, New York 1950 (1942).

SOWELL, T., *Knowledge and Decisions*, Basic Books, New York 1980.

STEVENS, R.B., and YAMEY, B.S., *The Restrictive Practices Court: a Study of the Judicial Process and Economic Policy*, Weidenfeld and Nicolson, London 1965.

STIGLER, G., *Memoirs of an Unregulated Economist*, Basic Books Inc., Publishers, New York 1988.

STIGLITZ, J., *Principios de Microeconomía*, Editorial Ariel (Economía), Barcelona 1994.

TINEO, L., *Competition Policy and Law in Latin America: From Distributive to Efficient Market Regulations*, Center for Trade and Commercial Diplomacy, Working Paper Series CTCD N° 4, Monterrey-California, February 1997.

SEGUNDA PARTE
DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Lolymar Hernández Camargo
Profesora de la Universidad Cátolica del Táchira

La situación jurídica venezolana nos lleva a plantearnos una serie de interrogantes en torno a la eficiencia del Estado de derecho y de la validez de la Constitución como norma suprema, esto nos mueve a tratar de ratificar la pretensión teórica que une la Constitución con la democracia.

En la doctrina constitucional este punto ha sido tratado con vehemencia, pues es notable la preocupación en torno a la eficacia jurídica del principio democrático. El proceso reciente de cambio constitucional venezolano, nos ha hecho reflexionar en torno al significado jurídico de la democracia, y ha corroborado que la democracia en términos jurídicos aparece como un hilo conductor de la distinción entre constituciones rígidas y flexibles, además podemos expresar con vehemencia que la democracia es el presupuesto de la Constitución auténtica, es decir, de la Constitución normativa. Sólo a través del principio legitimador de la democracia la Constitución adquiere su condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas.

A pesar de las consideraciones que expresan la imposibilidad de unir al concepto de Constitución con términos esencialmente políticos como la democracia, coincidimos con el profesor español Manuel Aragón[1], en que la concepción de democracia como categoría jurídica, a través de su concepción como principio y no sólo como noción exclusivamente política, forma parte fundamental de la reconstrucción de la teoría de la Constitución.

La concepción de la democracia es determinante para entender el concepto jurídico de Constitución, y la positivación de la democracia como principio constitucional produce consecuencias jurídicas de excepcional magnitud.

Intentaremos pues abordar la teoría constitucional de la democracia y no la teoría política de esta, en reconocimiento de nuestras limitaciones, por tanto nos ceñiremos a analizar la democracia como principio legitimador de la Constitución, esto es, ubicar en el contexto constitucional la soberanía del pueblo como categoría jurídica.

El artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela proclama que la "soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley e indirectamente, mediante el sufragio". Queda establecido claramente que al pueblo pertenece el poder constituyente puesto que en él reside la soberanía, la Constitución basa en el principio democrático su legitimación. Por tanto se requiere darle significado jurídico a esa legitimación, indagar en las condiciones y el modo en que ese principio opera. Por tanto debemos examinar el

1. ARAGÓN, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 215 y ss.

poder constituyente en el entendido que es éste el elemento principal de la legitimación democrática de la Constitución.

Previamente es necesario abordar el concepto de soberanía, que ha ocupado numerosas páginas de tratamiento doctrinal, y que requiere ser enfocado aquí aunque sólo de una manera somera, ya que las amplias discusiones de los tratadistas respecto al tema, desbordan nuestros objetivos actuales.

Es de todos conocida la definición clásica de soberanía dada por Bodino (1530-1596), quien se refiere a ella como el poder absoluto y perpetuo de la República. Este concepto debió, con el transcurso del tiempo, ser adaptado a la realidad del Estado Constitucional, para lo cual se cambió el titular de ese poder: el soberano será el pueblo y no el príncipe. Esto obliga a reconocer a esa colectividad como un cuerpo unitario, con capacidad para ejercer el poder, esto es, para expresar su voluntad. De ello se deduce, que dicha colectividad se encuentra organizada y que en la misma rige el principio de la mayoría como regla determinante en la toma de decisiones comunes.

Para el ya citado profesor Manuel Aragón[2], se debe atribuir a la soberanía carácter absoluto, ilimitado, lo que significa que no se encuentra sometida al Derecho, que está situada lejos de su alcance. La diferenciación entre poder constituyente y poder constituido es de naturaleza jurídica porque el último es un poder limitado y por tanto jurídico, mientras que el poder constituyente como poder sin límites, no puede ser jurídicamente caracterizado, puesto que es incompatible con el mundo jurídico la definición de absoluto, ya que el derecho es el mundo de la relativización y de las limitaciones.

El Estado constitucional es sinónimo de Estado de Derecho, y por tanto la democracia constitucional implica que el concepto democracia ha sido juridificado, como consecuencia será necesario concebir jurídicamente a la propia soberanía, puesto que el derecho conlleva limitación, se requerirá *limitar* la soberanía. Es por ello que en el propio texto de las constituciones se proclama al pueblo como titular de la soberanía y se le impone en su ejercicio la observancia a las disposiciones constitucionales. Con ello se dota a la soberanía de un carácter jurídico y no sólo fáctico. Aragón refiere que esto no significa atribuir a la Constitución el carácter de fuente de la soberanía, como señala Mortati, ni que la Constitución sea entonces la auténtica soberana. Tampoco equivale a compartir la afirmación de Kriele, respecto a la desaparición del pueblo soberano, ante la soberanía de la Constitución. Por el contrario, el Estado constitucional se sustenta en el reconocimiento normativo del soberano: el pueblo, quien se autolimita a través de la Constitución. "autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría, esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de Derecho. […] sin tal asociación no habría, en realidad, Derecho *constitucional* sino mero Derecho *estatal*[3].

El poder soberano que no actúa a través del derecho, que lo hace en términos absolutos, es una noción *jurídica*, un "concepto político de imposible normativización", que sólo puede ser concebida en el campo de las ideas o en el terreno fáctico como el "ejercicio de la revolución". Esta revolución se servirá siempre, en la creación del nuevo orden, de normas anteriores o creará algunas provisionales, porque "el poder actuando sin regla es sólo un acto de desnuda fuerza".

2. *Ibid*, pp. 28 y ss.
3. *Ibid*., p. 32.

Para Aragón, con quien coincidimos, la soberanía sólo es posible de entender como concepto político, por medio de una explicación sociológica. Como consecuencia de esto, la soberanía popular como cuestión de hecho, se debe fundamentar en la noción de consenso político. El cual es cambiante como lo es el juego de las interacciones sociales, por tanto se hace necesario que la Constitución prevea en su texto las normas que regulen la materialización de tales cambios, las normas que permitan, en su momento, garantizar al pueblo que su voluntad no será suplantada. Como ya se ha dicho, la regulación normativa de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía, el asegurar al pueblo su libre autodeterminación, en suma el poder absoluto de decidir sobre su destino.

Es preciso señalar de nuevo y con total precisión, que tal juridificación de la soberanía implicará la autolimitación procedimental, esto es el establecimiento de unas normas sobre la formación de la voluntad soberana, pero nunca una autolimitación material, es decir no se podrá regular el contenido de esa voluntad, porque "el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución"[4].

Es pues necesario abordar también el tema de la reforma constitucional, porque es por esta vía por la que se institucionaliza en el texto constitucional la juridificación del poder soberano del pueblo.

I. ALCANCE Y CONTENIDO DEL PODER CONSTITUYENTE

Si el origen del ordenamiento jurídico está desligado de la tradición y la moral, la doctrina del poder constituyente ha hecho posible la fundamentación del sistema normativo positivo en sí mismo, en un principio con dos componentes equilibrados entre sí: el poder constituyente, compuesto por la armónica conjunción de la soberanía popular como principio político democrático y el principio de supremacía constitucional. El fundamento del poder normativo no deriva ya de la historia o de la religión, sino de la voluntad explícita de la comunidad organizada que se da a sí misma una norma de obligatorio cumplimiento para todos y que estructura el ejercicio del poder por parte de unos representantes que la propia comunidad designa para que les gobierne. Esa voluntad es expresada a través del poder constituyente.

El Poder constituyente es aquel en virtud del cual un pueblo se da su primera Ley política fundamental o modifica en aspectos esenciales su norma suprema preexistente. Es la expresión del principio democrático que consagra la capacidad de *autolegislación*, la facultad que tiene el pueblo de darse las normas que le regirán en su convivencia dentro de la sociedad inmerso en el marco de la democracia. Gianluigi Palombella[5] se manifiesta en este sentido, al afirmar que la fuente de la validez - eficacia de las constituciones, la encuentra el Estado democrático constitucional, en el "profundo presupuesto de consenso/disenso", en su presencia en el tejido jurídico, institucional. Situados dentro de las coordenadas jurídicamente definidas de las democracias, dentro de sus principios fundamentales y sus estándares jurídicos, normativos, el origen de las constituciones y

4. *Ibid*., p. 34.

5. PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. de CALVO GONZÁLEZ, José, Comares, Granada 2000, p. 35.

el reconocimiento de su validez y eficacia sólo es posible gracias al principio del reconocimiento popular.

Partiendo de las premisas esenciales que caracterizan al Estado Constitucional podemos entonces acercarnos a la explicación del contenido de la Teoría del Poder constituyente, ya que éste, como antes se ha dicho, se fundamenta en dos principios básicos: uno jurídico, el de la supremacía constitucional que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga en igual medida a gobernantes y gobernados; y otro político democrático, que faculta al pueblo como titular de la soberanía, en el ejercicio indiscutible del poder constituyente, que es la génesis de la organización estatal, puesto que por conducto suyo se elabora la estructura del Estado Constitucional a través de la consolidación del texto normativo rector de la vida estatal. El origen de la Constitución es esa decisión política fundamental que corresponde al soberano, y es origen también del Estado constitucional y todas sus implicaciones para la vida social. Esa decisión política fundamental se consolida a través del Poder constituyente.

Para dar un concepto jurídico de poder constituyente, algunos autores, como Antonio Negri, le equiparan a la democracia. Ambos conceptos han tenido un desarrollo paralelo, históricamente han evolucionado juntos, así entonces, el poder constituyente no ha sido sólo considerado la "fuente omnipotente y expansiva que produce las normas constitucionales de todo ordenamiento jurídico", sino también el sujeto de esta producción. Para Negri, el poder constituyente tiende a identificarse con el concepto mismo de política, en la forma como ésta es entendida en una sociedad democrática, por tanto para poder "calificar jurídicamente, constitucionalmente, el poder constituyente, no bastará con producir normas constitucionales, estructurar poderes constituidos, sino sobre todo, ordenar el poder constituyente en cuanto sujeto, regular la política democrática"[6].

En la perspectiva de la ciencia jurídica, el poder constituyente es la fuente de producción de las normas constitucionales, la facultad de hacer una Constitución, de dictar las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado. Es el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, de regular las relaciones jurídicas en el seno de una comunidad políticamente organizada. Pero el poder constituyente tiene una doble dimensión que debe tomarse en cuenta, la jurídica y la política, de cuyo equilibrio surge su estructura. Su fuerza política no puede ser contrapuesta con el derecho, puesto que este se surte de la política para dar legitimidad a su contenido.

En palabras de Carlos Santiago Nino, "el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con la política"[7]. Señala este autor que cuando la actividad política es democrática, el derecho requiere de la política para obtener legitimación y esto aportará valores sustanciales al producto de la actividad política. Para Nino, la actividad de los constituyentes en tanto que obra colectiva, esto es, "como desarrollo del derecho vigente como parte de un proceso todavía más amplio, como lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad"[8]; no puede ser controlada y sólo influye parcialmente, en cuanto a sus contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras. Esto implica que esta acción deberá ser guiada por una racionalidad apropiada a ese tipo de conductas, y esta no es otra que la política. Por lo tanto, "toda acción jurídica es una acción

6. NEGRI, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad,* trad. de MARCO DE, Clara, Libertarias/Prodhufi, Madrid 1994, pp. 17 y ss.

7. SANTIAGO NINO, Carlos, *Derecho, Moral y Política, Una revisión de la teoría general del Derecho,* Ariel, Barcelona 1994, pp. 11 y ss.

8. *Ibid.*, pp. 137 y ss.

política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)"[9]. Esto explica la naturaleza esencialmente política del derecho, éste mantiene una conexión directa con la política, ya que toda acción o decisión jurídicamente relevante que se tome, debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, ya sean estas pasadas, contemporáneas o futuras.

Luis Recaséns Siches señala en cuanto a la vinculación del derecho y la política, que ambas disciplinas son inseparables en el curso vital de la realidad jurídica. La reflexión crítica sobre las normas históricas y la elaboración de las pautas para el derecho constituyente es cabalmente la esencia de la política. Así, esta última puede ser considerada como la causa y el derecho como el efecto, "la política es el derecho como aspiración, el derecho es la política lograda"[10].

Las revoluciones, francesa y americana, demostraron una paralela inspiración política, democrática, que impregnaron a las constituciones sucesivas. No expresaron simplemente la confianza en el derecho, sino también en proyectos de reconstrucción de un orden común, el cual en opinión de Gianluigi Palombella, "no debía agotarse en el producto natural de una armónica combinación de los individualismos, ni dentro de una lógica *jurídica* que no se hallare apoyada en la institucional, política y democrática"[11]. Las instituciones políticas unitarias surgidas de las constituciones, hicieron converger directrices jurídicas y políticas, en el ámbito garantista liberal y democrático.

Las bases del nuevo concepto de Estado permiten el surgimiento de la noción del poder constituyente, puesto que se hace imprescindible la adopción de la fórmula de la democracia representativa, y ésta efectúa la distinción entre representantes (gobernantes) y representados (gobernados). Se crea así la necesidad de hacer eficaz el principio democrático, de dejar clara la autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, con este fin la alternativa más viable ha sido la de establecer de manos del propio pueblo una norma suprema (el texto constitucional), de obligada observancia tanto por los representantes como por los representados. La Constitución entonces ordena y limita los poderes constituidos, y en contraposición aparece el poder constituyente como poder previo y por tanto, ilimitado por ésta.

Para tratar de ubicarnos con toda precisión en el ámbito de la afirmación precedente, es necesario que retomemos someramente las dos líneas de pensamiento claramente diferenciables, que confluyen en la organización del Estado moderno o Estado constitucional. Una de éstas líneas de pensamiento, según señala Pedro de Vega[12], tiene como fin *la justificación en términos de razonabilidad del poder*, y se inicia con las formulaciones de la doctrina pactista de Nicolás de Cusa (1401-1464) y que concluye en la elaboración del iusnaturalismo contractualista de Althusius (1556-1617), Grocio (1583-1645), Wolff (1679-1754), Burlamaqui (1694-1748), Vattel (1714-1767), Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778)[13], entre otros.

---

9. *Ibid.*, p. 147.
10. RECASÉNS SICHES, Luis, *El Poder Constituyente, su teoría aplicada al momento español*. Ed. Javier Morata, Madrid 1931, pp. 31-32.
11. PALOMBELLA, Gianluigi, *ob. cit*., p. 31.
12. DE VEGA, P., *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 1985, pp. 15 y ss.
13. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*, Espasa-Calpe, Madrid 1993.

La otra línea intenta propiciar la *limitación del poder* y se ubica inicialmente en la "teoría medieval de la supeditación del gobernante a la ley" de Bracton (1216-1268), transita luego el camino del derecho de resistencia y concluye en la acabada formulación de la obra de Montesquieu (1689-1755) que coincide temporalmente con el triunfo de la revolución burguesa.

La contraposición entre ambas corrientes de pensamiento es la que hace surgir la problemática desde la que es posible comprender el significado, el fundamento y el alcance de la previsión de la institución de la reforma constitucional, como equilibrio de estas y como mecanismo de juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo conforme a la racionalidad del Estado constitucional democrático.

La doctrina del contrato o pacto social de Rousseau, permitió la precisa diferenciación entre el principio político democrático y la teoría limitadora del poder perteneciente a Montesquieu, en la que en definitiva se encuentran los precedentes y fundamentos más sólidos sobre los que fue elaborada posteriormente la concepción de la Constitución como ley suprema. Para Rousseau la única democracia posible por ser coincidente con los postulados del contrato social, es la directa o democracia de la identidad, ya que en tanto que el pueblo es soberano y su soberanía es inalienable, el pueblo sólo deberá obedecerse a sí mismo y para ello deberá ejercitar por sí mismo, directamente el poder político. Así pues en el Capítulo I del Libro Segundo del *Contrato Social*, dice Rousseau[14]: "no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder es susceptible de ser transmitido, más no la voluntad". Esto nos aleja de la posibilidad de pensar en establecer límites al poder, puesto que por esencia un poder soberano es ilimitado. Además si es inadmisible la idea de Constitución como instrumento limitador del poder, tampoco será posible su función de instrumento de organización de la vida del Estado. Así pues, "la comunidad política surge por mediación del *pactum societatis*, en el cual el acuerdo de todos los consociados da lugar al tránsito de la *societas naturae* a la *societas civilis sive politica*. La única Constitución posible sería la que se identifica con el mismo contrato social"[15].

Para lograr la limitación al poder y la existencia de un instrumento apto para organizar los poderes del Estado, esto es para atribuirle a la Constitución estas tareas, la doctrina del pacto social no resulta apropiada, puesto que la democracia directa se agota en el terreno fáctico por ser imposible materialmente de implantar. Surge entonces la democracia representativa como alternativa viable y es desde este punto de donde partirá la construcción de la teoría constitucional.

La democracia representativa ubica los miembros de la sociedad en dos grupos diferenciados, los gobernantes y los gobernados, los últimos son los titulares de la soberanía y designan a los primeros para que ejerzan el poder que previamente ha sido definido y limitado en un texto superior de obligatoria observancia para ambos grupos: la Constitución. Un gobernante que carezca de soberanía no podrá por su propia voluntad organizar el Estado, sino que recibirá sus competencias y atribuciones directamente de una ley; es entonces la Constitución mecanismo de control del poder y ley suprema, en tanto y en cuanto es mecanismo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Es esta la esencia de la democracia representativa, a dife-

14. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, trad. de DE LOS RÍOS, Fernando, Espasa Calpe, 5ta. Ed., Madrid 1990, p. 57.

15. DE VEGA, P., *ob. cit.*, p. 17.

rencia de la democracia directa que expresa la espontaneidad política y por tanto no requiere de organización alguna.

En opinión de Pedro de Vega, la aparición de la teoría constitucional y el triunfo en el terreno práctico de la democracia representativa frente a la democracia de la identidad, no obedece precisamente al desarrollo del principio político democrático, todo lo contrario, en realidad lo que se ha dado es "la amputación y la negación más rotunda de sus consecuencias en el terreno de la práctica"[16]. Es el contexto propio de la democracia representativa, el caldo de cultivo que ha permitido plantear la teoría de limitación al poder a través del establecimiento de la figura de la Constitución como norma suprema, lo que ha implicado el abandono de la democracia de la identidad como *posibilidad histórica*.

La noción de poder constituyente y su implantación en la práctica constitucional trae consigo una evidente contradicción y ambigüedad. Partiendo del reconocimiento de la soberanía popular, el pueblo tiene *per se* la facultad de darse su propia Constitución, con lo que se resguarda el principio democrático. Esto implica que una vez cumplida la misión del poder constituyente, una vez que se elabora el texto constitucional, se debe entender que el poder en cuestión desaparece como tal y cede el rol protagónico, como axioma efectivamente operante en el Estado Constitucional, al principio de supremacía constitucional. Entones es lógico preguntarse: ¿qué principio es el norte en la orientación de la vida estatal?, ¿quién es realmente soberano, el pueblo o la Constitución?, esto llevó al planteamiento por parte de Kelsen y de Krabbe, de la "auténtica soberanía de la Constitución y el Derecho" que se enfrenta a la soberanía política del pueblo.

Esta noción de poder constituyente traerá problemas prácticos cuando la realidad social y política del Estado, generen condiciones tales que hagan imposible la continuidad de su texto constitucional, por ineficaz ante las situaciones que regula, y exija una adaptación lógica de sus postulados jurídicos, a través de su reforma. Se plantea aquí en toda su intensidad la confrontación de los principios fundamentales que inspiran ese Estado constitucional: es posible que la propia Constitución como norma suprema pueda regular el proceso de reforma sin que se vea lesionado el poder soberano del pueblo, que es en definitiva la razón de ser del Estado. De ser así el principio democrático no sería más que una *declaración retórica*, o por el contrario si con el fin de salvaguardar la soberanía popular, será el pueblo, titular del poder constituyente, el único apto para reformar la Constitución, entonces el principio vulnerado será el de la supremacía de la Constitución, dice al respecto P. de Vega, "difícilmente cabrá otorgarle a la Constitución el calificativo de ley suprema, si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma".

La praxis del Estado constitucional ha solucionado esta confrontación de principios jurídicos y políticos, a través de la institucionalización en los textos de la Constitución del procedimiento de reforma, que respetando la supremacía constitucional deberá llevarse a cabo cumpliendo con todas las exigencias que ella contempla, requisitos que hacen bastante agravado el proceso, y que en la mayoría de los casos, atendiendo al alcance de dicha modificación, hará imprescindible la participación directa del soberano a través de las vías de participación popular.

16. DE VEGA, P., *cit.*, p. 19.

II. LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA

La naturaleza política de la Constitución, expresa la síntesis de las relaciones entre Estado y derecho, entre el Estado y la norma básica del sistema jurídico, para Burdeau la conexión entre el poder constituyente y el Estado es "el punto de intersección entre política y derecho"[17]. Tal intersección es el resultado de un compromiso, de un pacto entre las distintas fuerzas sociales políticamente operativas. Por tanto, una vez alcanzado dicho pacto, en el texto de la norma suprema, se hace reserva expresa de la potestad para introducir cambios similares a los que condujeron a la adopción del pacto constituyente, el poder constituyente establece una serie de condiciones para evitar que cualquier mayoría parlamentaria pueda tener acceso al contenido de esta norma suprema. Para Javier Pérez Royo, en la propia idea del poder constituyente está ya implícita, hasta cierto punto, la idea de reforma, "poder constituyente y poder de reforma van casi necesariamente juntos"[18].

De acuerdo con las teorías de la soberanía popular y del poder constituyente originario del pueblo soberano, se ha adoptado en forma general, un procedimiento para la elaboración de la Constitución: la convocatoria de un cuerpo de representantes elegidos por el soberano, que se reúnen bajo la figura de asamblea nacional constituyente, la cual recibe el mandato del pueblo de realizar una misión específica y claramente determinada. Una vez redactado el texto constitucional se requerirá que el pueblo le dé su ratificación final, para que la norma suprema adquiera la mayor solemnidad y legitimidad.

Una Constitución integra el estado de la realidad política y social, el *statu quo*, presente en una sociedad en el momento en que es elaborada. Por tanto, no puede pretenderse que su adecuación a las necesidades sociales se prolongue más allá de la permanencia de las condiciones determinantes de su surgimiento, a lo que podrá aspirarse es que en la redacción de las normas constitucionales se hayan previsto las necesidades futuras y se hayan adoptado *válvulas*[19] que puedan dar cierta facilidad de nuevas interpretaciones a las normas constitucionales.

Atendiendo a lo que el profesor Luciano Parejo ha llamado la reorientación del derecho público y de la dogmática jurídica hacia la renovación, teniendo presente que el *tiempo social* y el *tiempo estatal* no son plenamente coincidentes[20], y debido a que las normas no pueden ser dadas para siempre, es necesario evaluar la influencia del tiempo en las situaciones que dichas normas regulan, lo que obliga a una constante adecuación de los sistemas normativos a las situaciones fácticas. Por todo ello se hace necesario

17. BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, vol. III, París 1950, p. 171. Citado por PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid 1987, p. 13.

18. PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución, ob. cit*., p. 13.

19. LOEWENSTEIN K., les da esta denominación y además llega a la conclusión de que es necesario resignarse con el carácter de compromiso inherente a toda Constitución, puesto que "toda Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas", *ob. cit*., p. 164.

20. El profesor PAREJO se refiere a la disociación del tiempo de los procesos de la vida social, respecto al tiempo de la formación y ejecución de la voluntad estatal, lo que impulsa la necesidad de cambios en el sistema jurídico y obligan a un replanteamiento dogmático del derecho público, y su orientación hacia la renovación. *V.*, PAREJO, L., "El tiempo y el Derecho: los valores de la estabilidad y la innovación en el Derecho Público", en *Revista Tachirense de Derecho* nº 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1998, pp. 159 y ss.

prever la flexibilidad de las normas por vías alternativas, interpretativas, pero sin descuidar la necesidad de la seguridad jurídica que debe inspirar a todo sistema normativo.

Estas inevitables adecuaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional nos ubicarían frente a la llamada *mutación constitucional*, que pudiera dejar expuesta frágilmente la seguridad jurídica, en la misma forma que lo hace el uso alternativo del derecho, puesto que la mutación implica una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, en suma del *statu quo*, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional; así pues, el texto constitucional permanece inalterado. La vía para lograr esa adaptación temporal sin atentar gravemente contra el principio de seguridad, en el ámbito constitucional, no es otra que la reforma.

Teniendo claramente delimitado que las exigencias de adecuación de la normativa constitucional a las realidades cambiantes de la comunidad política que regula, como cuerpo social en constante evolución, ponen de manifiesto la contradicción y el conflicto frontal entre el principio político democrático de la soberanía popular y el principio de supremacía constitucional, y que esto genera la necesidad de articular una respuesta que permita la aquiescencia de ambos postulados, dentro de la lógica del Estado constitucional, podemos deducir la necesidad, para conseguir uno de los fines propuestos con nuestra exposición, de abordar el mecanismo de reforma, siquiera en forma breve, teniendo presente que un estudio profundo de esta importante institución se escapa de los propósitos de este trabajo.

Esta función de *reforma constitucional*, puede ser asignada al poder constituyente, con lo cual se estaría salvaguardando el principio de la soberanía popular, pero atentaríamos contra la superioridad de la Constitución como norma, dentro del ordenamiento jurídico. Tendríamos entonces que admitir como actos políticos de soberanía, los cambios operados a través de la vía de la reforma de la Constitución y no podrían ser explicados como cambios jurídicos. Esto implica admitir como lo hace Esmein,[21] que lamentablemente la dinámica y la evolución del Estado constitucional, no ha sido en realidad un grandioso esfuerzo de racionalización política, sino una acción revolucionaria casi permanente y peor aún, reconocida como legítima.

Recorriendo otro camino, podríamos asignar la tarea de realizar cambios en el texto constitucional, a determinados órganos con competencias en la materia, definidas por la propia Constitución. Así se estaría dejando incólume el principio de supremacía constitucional, pero ahora se estaría cercenando el principio de soberanía popular y aún más, se estaría asignando a poderes constituidos funciones que por su naturaleza son propias en forma exclusiva del poder constituyente, conforme a la racionalidad que rige el Estado constitucional. Los poderes constituidos por definición no son aptos de cambiar la Constitución, puesto que están sometidos plenamente a ella en todas sus actuaciones; en palabras de Sieyès: "como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución".

Para conciliar esta confrontación entre principios elementales de la estructura constitucional del Estado democrático, la ciencia jurídica ha desarrollado la institución de la reforma constitucional. Su fundamento está basado en dos pilares: uno la afirmación absoluta del poder constituyente, como único capaz de realizar cambios en la norma suprema de un Estado, dejando claramente establecido la incompetencia de los poderes constituidos para actuar en este campo. En segundo término, el reconocimiento de la

21. Autor citado por el profesor DE VEGA, Pedro *ob. cit.*, p. 60.

capacidad por parte del poder constituyente, como expresión de sus facultades soberanas, de crear un procedimiento y un poder especial, capaz de ordenar las transformaciones del ordenamiento constitucional.

Así como es apto el poder constituyente para organizar y establecer atribuciones y competencias de los poderes constituidos, podrá también prever una vía especialísima que permita adecuar los contenidos constitucionales al *tiempo social*, es este el llamado poder de revisión o de reforma, que mantiene en su esencia los postulados que inspiran al poder constituyente, y que sólo variará en tanto que no se considera un poder constituyente originario sino un poder que actúa por derivación, un "poder constituyente instituido", usando palabras de A. Brewer-Carías[22].

No implica este poder de revisión una negación de las facultades soberanas del poder constituyente, que conforme a sus notas fundamentales de poder previo, ilimitado y sin control, podrá siempre y en cualquier momento reformar la Constitución. Lo que este poder tiene como elemento inherente a su estructura es una separación fundamental en el ejercicio de la facultad constituyente. Siendo un poder absoluto, no le está negada la posibilidad de ordenar *per se*, de regular el mecanismo que regirá las posibles modificaciones del texto constitucional que elabora, lo que implica una garantía de supremacía absoluta de ese poder, al abordar incluso sus futuras modificaciones. La actividad constituyente es libre y soberana, por tanto no está sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos, pero esto no niega la posibilidad de que el mismo poder que la ejerce fije en el fruto de su actividad: la Constitución, un procedimiento que garantice la validez y legitimidad del ejercicio del poder constituyente.

El profesor Pedro de Vega, refleja con total claridad las consecuencias de admitir la autolimitación del poder constituyente: en primer término aceptar la existencia del poder constituyente, como poder soberano, previo y total, el cual podrá en todo caso, modificar, transformar e incluso destruir el ordenamiento constitucional, operando como *res facti, non juris*, en el ejercicio de sus potestades soberanas. Lo que implica que por la misma razón que se le considera y cataloga como poder político y de hecho, no se le puede encuadrar como poder jurídico y limitado. En segundo término, admitir la existencia de un poder de reforma, reglado y ordenado en la propia Constitución, como un poder limitado, en ningún caso soberano y libre. "Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución"[23].

Esta diferenciación clara y precisa, entre poder constituyente y poder de revisión, permitirá un desarrollo lógico de la teoría del poder constituyente[24] en la praxis de Estado constitucional. Por el contrario, su incomprensión acarreará graves confusiones que impedirán llevar a términos reales los postulados de la teoría, con lo cual la recta ordenación de las relaciones sociales a través de normas jurídicas, sufrirá duros golpes en cuanto a sus requisitos de legitimidad, puesto que en su origen la norma rectora, la norma suprema, no habrá sido concebida de acuerdo con las exigencias que la razón han establecido en el ámbito de la ciencia jurídica y que desde los orígenes del Estado constitucional han sido ratificadas como las más apropiadas por el decurso de la historia.

---

22. BREWER-CARÍAS, Allan, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, p. 89.

23. DE VEGA, Pedro, *ob. cit*., p. 65.

24. DE VEGA, Pedro considera que la verdadera función de la reforma constitucional no consiste tanto en adaptar la Constitución a un mundo social y político cambiante, como en rescatar y dar continuidad histórica al poder constituyente. *V.*, DE VEGA, Pedro, "Mundialización y Derecho Constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, Madrid 1998, p. 43.

III. EL ALCANCE DE LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE, UNA NECESARIA REFERENCIA A SU CONTINUIDAD

Para algunos autores atribuirle a un poder la nota característica de soberanía, comporta la imposibilidad de hablar simultáneamente de límites en relación con ese poder. Así Rousseau en su *Contrato social* (1762), nos señala que "es absurdo que la voluntad se eche cadenas para el porvenir", por tanto puede decir el soberano en un momento dado: "yo quiero actualmente lo que quiere tal hombre o, por lo menos, lo que dice querer", pero no le es posible decir: "lo que este hombre querrá mañana yo lo querré también"[25].

La configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente, el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación del poder de revisión, tal como lo hace con la organización de las competencias de los poderes constituidos. Todo esto en virtud de las omnímodas y supremas atribuciones que son propias al poder constituyente, lo que le permite conferir a un órgano constituido la ejecución de sus facultades y derechos soberanos.

Ante estos planteamientos, *a priori* contradictorios entre sí, es preciso responder a dos interrogantes que se plantean: ¿es posible que el poder constituyente se autolimite? Y ¿hasta qué punto esa limitación respecto de las atribuciones de competencias soberanas al poder de revisión, pueden tener valor para poderes constituyentes futuros? Porque el mayor problema no es la autolimitación del poder constituyente derivada del establecimiento de un poder de reforma, sino la negación de las posibles actuaciones y la limitación que ese poder de reforma implica para los poderes constituyentes del futuro. Es oportuno aquí traer el axioma que cita Pedro de Vega: "el poder constituyente de un día no puede limitar al poder constituyente del mañana".

De aceptarse este axioma estaríamos de acuerdo con la conclusión de Burckhardt[26]: "porque el poder constituyente actual no puede verse controlado, limitado y negado por el poder constituyente del pretérito, y porque las normas de reforma en quién actúan realmente es sobre él, la revisión constitucional, para no convertirse en una mera ficción de fantasmales operadores jurídicos, sin legitimidad política alguna, sólo podrá ser considerada como obra del poder soberano del momento en que ha de llevarse a cabo". Esto significaría, entonces, admitir que la reforma, en cuanto acto de soberanía, no es una actividad jurídica, y por ende explicable jurídicamente, sino una pura y simple actividad política que, al romper la continuidad del ordenamiento, se adecua a las formas de una actividad revolucionaria.

De Vega resuelve esta cuestión con lo que él llama la "continuidad política del poder constituyente", planteada por C. Schmitt. Para el último de los autores, la ejecución de la función del poder constituyente, al ser encargada a un órgano determinado y especial, no implica que tal órgano pueda identificarse con el poder constituyente, puesto que "no es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución"[27]. Esta postura debe ser entendida en el contexto que rodea la ideología de Schmitt (notoriamente ligada a estadios escasamente democráticos), para quien los conceptos *soberano*, *poder constituyente* vienen a coincidir en el vértice del

25. ROSSEAU, J., *ob. cit*., p. 58.
26. Este autor es mencionado por DE VEGA, P. *ob. cit*., p. 73.
27. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Trad. de AYALA, Francisco, Alianza, Madrid 1982, p. 108.

concepto de *pueblo* (*volk)*, idéntico a Nación como totalidad homogénea[28]. Schmitt teoriza la estable presencia, la *permanencia* del poder constituyente como paralela totalmente a la permanencia de la Constitución que ha creado, la fuente de validez de la Constitución es su existencia en la voluntad colectiva del pueblo.

Así pues, si partimos de la premisa que admite que el poder constituyente y soberano es permanente, entonces la reforma constitucional aparecerá como una operación jurídica, que no rompe con la idea de continuidad estatal. De esta manera, su autolimitación inicial, producida simultáneamente con la aprobación de la ley fundamental, seguirá siendo perfectamente legítima y válida en el plano político en cualquier circunstancia temporal posterior que exigiera la realización de una reforma. Para de Vega, toda la problemática de la reforma y, en definitiva de la teoría de la Constitución, tendrá que radicar forzosamente en la explicación de la permanencia y continuidad del poder constituyente.

Para enfocar correctamente esta idea de continuidad y permanencia del poder constituyente, es preciso abordar las categorías de *Constitución* y *poder constituyente*, no sólo como meras abstracciones formales en el campo de la lógica, sino en su dimensión real, en su realidad histórica y social, realidades estas que han tenido una influencia determinante en el resultado final de la actuación del poder constituyente, en el texto de la Constitución. Así pues la Constitución real, esto es la Constitución material como forma efectiva de la vida política del Estado, se convierte en la base, en el presupuesto sobre el que luego se va a forjar la Constitución formal. "El poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real obtuvo su traducción jurídica legal"[29]. Y entonces, hablar de la continuidad del poder constituyente sería equivalente a hablar de continuidad de la Constitución material, que sirve de fundamento a la permanencia de cualquier colectividad humana políticamente organizada.

Para M. Kriele, el poder constituyente permanece latente y es esto lo que le lleva a mantener que *en* el Estado Constitucional no existe soberano. El aceptar como válido que el poder constituyente es ejercido por el pueblo, equivale a admitir que la soberanía del pueblo significa la facultad para decidir sobre la Constitución y esta "se agota en el acto de otorgar la constitución y permanece *latente* en la constitución como poder constituido hasta un nuevo acto de dictar la constitución"[30] (la cursiva es nuestra). Si en el contexto del Estado Constitucional, la soberanía del pueblo significa, que el poder constituyente y la titularidad del poder estatal los tiene el pueblo; la soberanía del pueblo es perfectamente compatible con la afirmación de que no hay ningún soberano dentro de tal Estado, ya que "la soberanía del pueblo sólo aparece al comienzo o al final del Estado Constitucional". Propone la tesis de que el *soberano democrático* renuncia a su soberanía en el momento en que hace uso de su poder constituyente, puesto que entonces estará impedido de actuar en forma directa, inmediata, así pues "como factor político sólo existe en forma latente […], la soberanía democrática descansa mientras existe el

28. Al respecto se puede ver la presentación de AYALA, Francisco al libro de SCHMITT, *Teoría de la Constitución,* antes citado, p. 17. Con relación a SCHMITT, en la misma publicación, GARCÍA PELAYO, Manuel señala en el epílogo a esta, al tratar de mostrar la ubicación del autor en su tiempo, y compararlo con HEIDEGGER y JÜNGER, que en "los tres se hace patente, de un modo o de otro, el sentido trágico de la historia de su tiempo, y los tres fueron espíritus libres aunque sin olvidar la máxima *non possum scribire in eum, qui potest proscribire", ob. cit.*, p. 375.

29. DE VEGA, Pedro, *ob, cit*., p. 75.

30. KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado*, Trad. de BULYGIN, Eugenio, Depalma, Buenos Aires 1980, p. 317.

Estado Constitucional"[31]. El pueblo como poder constituyente es soberano, en esta medida el pueblo está por encima del Estado Constitucional, es anterior a este, lo crea o lo deroga, pero no está *dentro* del Estado Constitucional, por lo tanto "la tesis: en el Estado Constitucional no hay soberano, queda intacta"[32]. El meollo de la cuestión está pues, en aceptar la continuidad, el estado latente del poder constituyente una vez que ha creado la Constitución, y la posibilidad de actuar cuando sea requerido, conforme al procedimiento que él mismo ha instituido en el texto de la Constitución que ha creado.

El poder constituyente permanece, y a la par la reforma constitucional, la cual en tanto que institución jurídica, se verá legitimada siempre políticamente, mientras no se produzca la separación radical entre la Constitución formal y la Constitución real. La reforma no va a vulnerar la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino por el contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente, entendiendo a esta como propia de la Constitución material, en la Constitución formal elaborada en el pasado. Esto permite ubicar a la institución de la reforma como aquella donde convergen los supuestos políticos y los imperativos jurídicos que forman la esencia del derecho constitucional, el cual deberá tener un contenido tal que abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídica - normativa.

Se ha expresado reiteradamente que el poder constituyente no puede autolimitarse materialmente, puesto que la juridificación del tal poder, persigue cumplir con la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra, según el profesor Manuel Aragón, que "enlazar y no disociar, democracia y Estado de Derecho". Poner barreras al contenido de la voluntad del poder constituyente, sería tanto como permitir que el Derecho imponga a las generaciones del mañana la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones actuales, lo que dejaría en entredicho el carácter democrático del Estado constitucional y además obligaría a los ciudadanos del futuro a expresar su voluntad al margen de la norma, lo que dejaría al Estado Constitucional sin su esencia de Estado de Derecho, de Estado democrático. Por esto, las únicas fronteras posibles de imponer por el pueblo a su mandato constituyente son las procesales, pero siempre deberá preservar su libertad de disponer ampliamente, sin límite material alguno de su Constitución.

Manuel Aragón considera que el intento por *positivar* el poder constituyente puede ser una utopía, una vana ilusión de los juristas, pero intentar realizar esa utopía es intentar dotar de estabilidad la democracia, conseguir que el Derecho deje al pueblo las puertas abiertas para que en forma pacífica y jurídica, "adopte en cada momento histórico el orden político que desee"[33]. La democracia puede ser vista en dos perspectivas, la primera es la idea de democracia que tiene la Constitución para su realización, esto es el contenido de valores en los que descansa la democracia como orden, su ideología, es decir su *legitimidad*; y la segunda perspectiva es la idea de democracia que tiene la Constitución para su transformación, que se traduce en su *validez.*

La democracia es el principio legitimador de una Constitución, tanto porque esta emane en forma democrática, como porque el Estado que ella regula y organiza es un Estado que asegura la democracia, un Estado en el que la atribución de la soberanía al pueblo no es una mera declaración retórica, sino que está garantizada a través de deter-

31. *Ibid.*, p. 318.
32. *Ibid*., p. 152.
33. ARAGÓN, M., *ob. cit*., p. 38.

minadas normas que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, porque sus derechos de libertad e igualdad son reconocidos como fines, como valores materiales que la Constitución propugna.

Una Constitución que emane democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el principio democrático su validez pero no su legitimidad. Una cosa es el principio democrático como principio legitimador de la Constitución, como expresión de la convergencia entre la soberanía popular y el Estado democrático que el pueblo a través de la Constitución se da, y otra cosa totalmente diferente es el principio democrático como fundamento de la validez del constituyente mismo, como modo de la expresión de la voluntad del soberano, y no como modo de expresión de la voluntad del Estado. En este sentido la juridificación congruente con la noción de soberanía no puede ser de carácter material sino sólo formal.

A este planteamiento se le han contrapuesto una serie de situaciones problemáticas que intentan restarle valor. Todas son resultado, para M. Aragón, de la "viciosa utilización de términos absolutos, por el traslado, incorrecto, de razonamientos procedentes de la teología, o de la lógica abstracta, a la realidad política y jurídica"[34].

La primera situación conflictiva es la que se genera ante el sometimiento del poder constituyente a las normas que él mismo crea para modificar la Constitución, a esta es obvio responder que en la lógica del Estado de Derecho, del Estado constitucional, es imprescindible que se establezcan normas que regulen las formas de ejercicio en cada momento constituyente, como garantía para el titular de la soberanía. "La omnipotencia del soberano, en la democracia constitucional, no es una omnipotencia continuada, por utilizar palabras de Hart, sino autocomprensiva, capaz de autolimitación procedimental, capaz de definir y redefinir las formas de emanación de su voluntad"[35].

Ignacio de Otto señala como deficiencia de la teoría del poder constituyente, su incapacidad para sustentar el fundamento, la validez de la Constitución, puesto que al atribuírsele a la voluntad del pueblo el origen de la Constitución, la teoría no brinda un camino expedito en aclarar el origen y la estructura del ordenamiento constitucional. Considera que "la doctrina no sirve para dar cumplida legitimidad a los procesos constituyentes que parecen ser su principal objeto […], aquellos procesos que tras la ruptura del orden constitucional anterior se procede a elaborar democráticamente una nueva Constitución que no aparece como fruto de una reforma de la anterior"[36]. En estos casos es preciso que la Constitución se elabore democráticamente por medio de una asamblea elegida para tal fin y con la aprobación de un referéndum. Esta participación popular no puede calificarse en ningún caso como originaria o prejurídica, sino que está consolidada en un procedimiento reglado mediante normas que regulan las elecciones o el referéndum y el procedimiento de elaboración constitucional. La participación del pueblo estará precedida por una fase previa al proceso constituyente, en la que se elaboran las normas que regulan la participación popular, señala de Otto, que "tal fase previa no se abre necesariamente a su vez con un proceso democrático, sino más bien con un acto de fuerza que no tiene por qué ir precedido de ninguna manifestación inequívoca de la voluntad popular"[37].

34. *Ibid.*, p. 45.
35. *Ibid.*, p. 47.
36. DE OTTO I., *ob. cit.*, p. 53.
37. *Ibid*., pp. 54 y ss.

Aunque no siempre será la fuerza la vía de expresión popular, puesto que en algunos casos la voluntad de cambio se expresa por la vía de las elecciones, como ocurrió recientemente en Venezuela, según se intentará explicar en el capítulo siguiente. Es probable que los deseos de cambio se expresen por el camino contrario a las normas jurídicas, entonces la voluntad popular atentaría por vías de hecho contra la lógica del Estado Constitucional, y partiendo de una actitud ajurídica, emplearía su *poder originario* para crear normas que reglen la formación de su voluntad constituyente y en virtud de esta limitación jurídica de su voluntad se formaría el nuevo texto constitucional. En este caso el orden resultante tendría legitimidad si emana de la decisión popular de darse un nuevo orden jurídico, pero no tendría validez de acuerdo con la Constitución anterior, que se ha dejado de observar por actuaciones fácticas y no jurídicas. La doctrina del poder constituyente no podría sustentar este mecanismo de actuación popular, obviamente, porque no estaríamos ubicados en el mundo del derecho sino en el de la fuerza, la doctrina del poder constituyente pretende juridificar las expresiones de la voluntad popular en normas de obligatorio cumplimiento, para hacer de estas garantías del desarrollo armónico de la sociedad políticamente organizada, pero no es garantía para evitar actuaciones fácticas, en las cuales se apele al mismo como patente de corso para iniciar un proceso que formule una nueva Constitución.

Señala además De Otto que la teoría del poder constituyente no es apta tampoco de dar fundamento a la validez de la Constitución como norma jurídica. El pueblo a través de la Constitución formula una norma básica del ordenamiento, de la cual emanará la validez de todas las demás y que obligará tanto a gobernantes como a gobernados, e incluso determinará la forma de realizar sus cambios futuros a través del procedimiento de reforma, con lo cual, el pueblo se autolimita. Pero asumiendo la imposibilidad de un poder para autolimitarse (de acuerdo con los "teóricos del principio monárquico del siglo XIX"[38], adaptándola a la soberanía del pueblo) tendríamos que aceptar que la norma básica según la cual el pueblo soberano dispone de lo que es derecho, esto es, la propia Constitución, no le puede limitar, puesto que estaría contradiciendo su poder absoluto. Por lo tanto "si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, éste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea o incluso aunque la Constitución se declare irreformable"[39]. La fuerza vinculante de la Constitución no reposa en el poder soberano del pueblo, puesto que este puede reformarla aún en contra de las normas que él mismo ha establecido en el texto constitucional.

Si se invoca al poder constituyente para fundamentar la validez de la Constitución, se obtendrá justo el resultado contrario, ya que "si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente"[40]. Pero considera Ignacio De Otto, que en este razonamiento el punto de partida es erróneo, puesto que la teoría del poder constituyente formula en términos de *poder de un sujeto* (términos normativos), lo que no es más que un *problema de hecho*, esto es, la cuestión del fundamento de la validez de la norma suprema de un ordenamiento jurídico y de este como conjunto. Lo que trata de fundamentar la teoría del poder constituyente es la necesidad de adecuación entre la Constitución y la realidad social que regula, *la eficacia de la Constitución*. Lo que intenta es que el proceso constituyente se configure de modo tal que en él puedan expresarse democráticamente, los variados criterios en torno a la norma suprema, para que así pueda tener legitimidad y

38. *Ibid.*, p. 54.
39. *Ibid*., p. 55.
40. *Idem*., p. 55.

que además consagre la posibilidad de su reforma democrática. Considera De Otto, que la teoría expresa estas exigencias de forma incorrecta, porque si se recurre a un poder previo al derecho se está desconociendo que el proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a las reglas que aseguren la libertad y la igualdad de los miembros de la colectividad, *no hay democracia sin derecho*. Es por esta razón fundamental, por la que el procedimiento de elaboración de la Constitución debe estar siempre regulado y no es un mero hecho, al igual que su reforma. "La exigencia democrática se desplaza así hacia el contenido de esa regulación para asegurar que ésta sea el cauce adecuado de expresión de la voluntad democrática y no un obstáculo a la democracia"[41]. Queda así confirmada nuestra preocupación, ya expresada, por la necesidad de la autolimitación pocedimental del poder constituyente y su actuación conforme con la legitimidad popular, esto es en la ruta democrática, única vía admitida por la sociedad políticamente organizada.

Otra duda planteada en tono problemático, es la que se refiere a la capacidad del poder de revisión total de la Constitución, respecto de la revisión de la misma norma que regula el procedimiento de reforma, es la llamada por Ignacio De Otto[42], *autorreforma constitucional*, esto es, el principio que establece que una norma no puede aplicarse su propia reforma. En este caso se plantea la posibilidad de reformar las normas que regulan el procedimiento de reforma constitucional, empleándolas a ellas mismas para tal fin, y ante esta posibilidad De Otto considera que no es pertinente tal situación, puesto que no se correspondería con el principio fundamental que establece que una norma no puede aplicarse a sí misma. Este principio fue elaborado por A. Ross, quien defiende que las cláusulas de reforma son en sí mismas irreformables porque una proposición no puede aplicarse a sí misma. Sería admisible esta crítica, si calificáramos al poder de revisión total como un poder constituyente constituido, "sometido a unas condiciones que no puede cambiar", pero si partimos, como lo hace M. Aragón con quien coincidimos, de afirmar que el poder de revisión total es poder constituyente *juridificado* o *instituido*, entonces apelando a la *omnipotencia autocomprensiva*[43] de Hart, podemos concluir que ese poder apto para definir su procedimiento de materialización, puede también redefinirlo.

Otro problema es el que se plantea ante la posibilidad que tiene el pueblo como soberano, de cambiar por medio del procedimiento de revisión total de su Constitución vigente, su esquema de valores, de querer abandonar, por ejemplo, la democracia como esencia del Estado. Esta variación puede ser perfectamente asumida por el pueblo, puesto que es dueño de darse a sí mismo los métodos que en cada caso considere apropiados para obtener el máximo bienestar posible, y no puede ser de otra manera si admitimos que con la constitucionalización, con la juridificación del poder del pueblo, este sigue siendo ante todo soberano.

Presente esta situación, la nueva Constitución sería válida, puesto que estaría conforme con las reglas procedimentales previstas por la anterior, se estaría cumpliendo el fin de autolimitación procedimental, esto es, se estaría expresando la voluntad del pueblo

41. *Ibid.*, p. 56.

42. DE OTTO I., *ob. cit.*, p. 65. Este autor mantiene que al igual que sucede con la autolimitación del poder constituyente, resulta imposible aceptar, por contradictorio, que tanto el poder constituyente como el "poder constituyente constituido", puedan autolimitarse debido a que son poderes absolutos. "Expresado en lenguaje normativo: del mismo modo que la norma que confiere un poder absoluto no puede servir de fundamento a la norma que lo limita, la norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma".

43. ARAGÓN, M., *ob. cit.*, p. 47.

jurídicamente. Pero no sería legítima, puesto que respecto al contenido del orden imperante no estaría conforme con los valores democráticos inherentes a la Constitución, al Estado de Derecho. La nueva Constitución que no tiene como principio rector la democracia, que no se *realizará* conforme a los valores democráticos, no será en realidad una Constitución sino una ley fundamental. Tendrá pues una *legitimidad sociológica*, pero no una *legitimidad jurídica democrática*, debido a que el pueblo no tendrá asegurada por el derecho su condición de soberano.

Ignacio De Otto sostiene al respeto, que la nueva Constitución no democrática no podría tener su fundamento en la anterior Constitución democrática, porque si se vincula en forma esencial a la democracia con el pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, lo que implica que tal "supresión no podría llamarse decisión democrática"[44]. Esto implica diferenciar la supuesta identidad de la voluntad de la mayoría con la voluntad del pueblo, ya que lo característico del principio mayoritario es que el titular de la decisión (la mayoría) no es idéntico al sujeto llamado a soportar sus consecuencias, (todo el pueblo). Así entonces, en sustitución de la *mayoría* se adopta el *pluralismo*, el cual es el reconocimiento jurídico de la garantía de quienes no decidiendo están llamados a soportar las consecuencias de la decisión, ya que la democracia es la posibilidad de todos los proyectos, un sistema en el que en principio cualquiera de ellos puede ser realizable. Lo que daría a la nueva Constitución fundamento sería su eficacia, su adecuación con el sustrato social, el cual habría modificado sus concepciones esenciales y eso le exigirá entonces alejarse de la democracia como sistema.

El Estado democrático de Derecho tiene entre sus fines garantizar jurídicamente al pueblo la libertad de autodeterminarse, puesto que la democracia reconoce que el pueblo es el único apto para decidir en forma libre sobre su destino. Por ello son necesarias las condiciones de validez y legitimidad en forma conjunta, por ello es admisible entonces que el poder constituyente se autolimite en cuanto a su forma de actuación, para evitar que los valores democráticos queden expuestos a voluntades ajenas al propio pueblo y se preserve así su soberanía.

IV. CRISIS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

Un sector de la doctrina actual pregona la idea del poder constituyente como una categoría histórica, por demás *agotada*, lo consideran un concepto teóricamente irrelevante, puesto que es una abstracción carente de todo referente. Los exponentes de esta corriente son principalmente M. Dogliati y M. Luciani[45], en Italia y en España Juan Luis Requejo Pagés. Para los italianos no es posible hablar de este poder dentro de los regímenes constitucionales, puesto que se incurre en una incorrección, ya que se le confundiría con el poder de revisión. Tal incorrección consiste en el empleo débil del poder constituyente, no "crudamente decisionista a lo Schmitt y no radicalmente refundador del orden civil, sino histórico-evolutivo, uso orientado a renegociar el pacto social en su

44. DE OTTO I., *ob. cit.*, p. 65.

45. Estos autores son citados por PALOMBELLA, Gianluigi en *Constitución y Soberanía, ob. cit.*, p. 13. Las obras en las que se emiten estos criterios son DOGLIATI, M., "Potere Costituente e revisione costituzionale", en *Quaderni costituzionali*, 1995, 1, pp. 7 y ss., y LUCIANI, M., "Quattordici argometi contro l´invocazione del potere constituente (*sic*)", en *Democracia e diritto*, 3-4, 1995, pp. 97 y ss, y del mismo autor "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", en *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, pp. 124 y ss.

momento estipulado, sobre bases actuales: el uso *débil* permitiría el ejercicio de la *libertad de las generaciones* presentes para diseñar un orden constitucional a la altura de su propia sensibilidad, pero se trataría de un error"[46].

En la misma dirección Juan Luis Requejo Páges, señala que en términos positivistas el poder constituyente es innecesario e incluso perturbador, pues con él puede llegar a atribuírsele el fundamento de validez de una norma que, "por definición no precisa fundamento alguno"[47]. Por tanto el único poder al que es pertinente referirse es al *poder constituyente constituido*, ya que este es el único que debe su condición a la propia Constitución y actúa conforme con procedimientos constitucionales, aún cuando obviamente, la nueva Constitución obtenida de la actuación del poder constituyente constituido, no pueda ser imputada a su voluntad, ni tampoco a la de la Constitución que lo regula.

En opinión de Gianluigi Palombella, estas tesis son contradictorias y discutibles, puesto que valorativa e ideológicamente parten de la idea del pueblo como una *multitud naturalista* y no son del todo coherentes con la definición de validez de Constitución que adoptan, la cual viene en función sólo del sujeto que la ha elaborado. Reiteradamente hemos expresado que la noción de pueblo aceptable es aquella sinónimo de comunidad políticamente organizada, por tanto compartimos las críticas de Palombella, ya que racionalmente no es admisible referirse al pueblo como una reunión de sujetos sin una estructura previa y unos fines comunes. La tesis del pueblo como naturaleza en estado puro es sólo una mitificación, del mismo modo que lo es la abstracta elevación del pueblo a fuente última de sabiduría, verdad y orden. Se ha reconocido que la noción de poder constituyente se refiere a aquel grupo de ciudadanos, formado en una determinada estructura y distribución de intereses y en una comunidad cualificada.

Los argumentos que esgrimen estos autores se refieren, en primer lugar al hecho de que el concepto tradicional de Constitución no contempla acto constituyente alguno y por tanto no recurre a dicho poder. Esto es discutible, se tiende a desvincular el concepto de Constitución del de poder constituyente, y sostienen que dicha categoría no es esencial para el constitucionalismo, al tiempo que desplazan el peso del acento hacia la Constitución como hecho social, como orden establecido e institucionalmente difuso.

Otro argumento se refiere a la independencia de la validez de las Constituciones de los sujetos que la han elaborado, y se le hace descansar únicamente en los sucesivos reconocimientos que remiten a una aceptación difusa y a la reiteración de prácticas de racionalidad apropiadas para desarrollar los principios en ella contenidos. Este postulado tiende a restar importancia, aún habiendo existido un acto constituyente, al eventual papel residual atribuido al poder constituyente como fuente de validez de la Constitución, por tanto la validez de la norma suprema no vendrá determinada por su origen en el poder popular, sino por la aceptación social e institucionalmente viva que le brinde la colectividad. El meollo del asunto estará en la manera como se entienda la relación entre validez y eficacia, ya sea desde una perspectiva realista o desde una normativista en teoría general del derecho. La solución defendida consiste en vincular validez a eficacia usando como ligamen el reconocimiento. Esto no implica rechazar el argumento de la validez de la Constitución, el cual es un problema de suma relevancia para la teoría jurídica. De lo que se trata es de hacer hincapié en la importancia que tiene la apropiación

46. *Ibid.*, p. 14.
47. REQUEJO PÁGES, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, *ob. cit.*, p. 45.

de la Constitución como un todo necesario, por parte del pueblo. Es decir, la *apropiación histórica*[48] de la Constitución, lo que se traduce en aceptar que la validez y la obligatoriedad de la norma suprema no dependerán de la coincidencia de la filosofía actual de los miembros de la sociedad con la defendida por los *padres de la Constitución*, ni de la persistencia del grupo político y culturalmente hegemónico que favoreció el acuerdo de voluntades que permitieron la redacción del texto. La validez de la Constitución es un problema jurídico pero no solamente, sino también social y político. Esto lejos de explicar la irrelevancia de la categoría del poder constituyente, lo que deja ver es la necesidad de una vía que permita en todo momento la apropiación de la Constitución por la sociedad, así en caso de que esta sufra una paulatina pérdida de validez, y se haga necesaria su modificación para adecuarla a las nuevas circunstancias, se deberá recurrir al poder constituyente.

Otro argumento sostenido es la incompatibilidad existente entre el poder constituyente y la constitución de los derechos. Si existen los derechos, no podrá hablarse de poder constituyente, puesto que los derechos ya se encuentran afirmados, por tanto lo necesario será un poder que los expanda, perfeccione o modifique su disciplina, que transforme aspectos no inviolables de la Constitución, y el llamado a hacer esto, por naturaleza es el poder de revisión. Ahora bien, si existe el poder constituyente, no podrá hablarse de derechos, debido a que el único contenido posible actual del poder constituyente sería la negación de los derechos, "dado que si no los negase, en cuanto núcleo inviolable de la Constitución, no sería poder constituyente, sino poder de revisión"[49]. El poder constituyente permitiría el arbitrio de una amplia y mayoritaria facción política en el contexto de una organización partidista, el cual es incompatible con el reconocimiento del derecho y de la naturaleza universalista de los derechos, cosa que no toleraría el poder de revisión.

Para hacer frente a estos señalamientos es preciso partir de la ubicación de la categoría poder constituyente en el marco del Estado democrático actual, en el cual el núcleo del ordenamiento jurídico es una Constitución, dada en un momento histórico determinado, válida por tener un contenido pertinente con los valores del Estado que organiza y por ser plausible con los fines que esa comunidad políticamente organizada se ha propuesto. En este contexto el sentido de un *pacto social* se remite al texto constitucional el cual le define orgánicamente y le dota de rigidez y de la protección-garantía de un tribunal constitucional que cuida de su recta interpretación. El papel y el significado de la voluntad popular se expresan de manera diferente, en la relación dinámica entre poder constituyente y poderes constituidos.

Un pueblo libre y autónomo, que ha superado su estado natural a través de la organización como una colectividad política, tiene el derecho y el deber, además de la necesidad inicial, de dotarse de una Constitución apta para convertir en elementos institucionales y positivos la creencia racional de la comunidad en principios fundamentales de convivencia. Estamos sin lugar a dudas, en presencia de un poder constituyente, el cual conforme con su naturaleza es el indicado para llevar a cabo esta misión, puesto que el mero poder de revisión se agota en la modificación de algo preexistente. Así pues el poder constituyente se "configura intrínsecamente como una proyección de la comunidad, en el sentido débil de conjunto social dotado de un *mínimum* de expectativas difusas"[50].

48. PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, p. 18.
49. DOGLIANI M., *ob. cit.*, p. 26.
50. PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, p. 25.

Esta proyección que se plasma en el texto constitucional lleva implícita el reconocimiento de los derechos inherentes al hombre, puesto que en la realización de la libertad y de la igualdad de los individuos es que se materializa el cúmulo de derechos. No puede llegarse a una organización política racional si no partimos del reconocimiento de tales derechos en el texto constitucional, y allí lo relevante será la voluntad democrática de dotarse de medios que garanticen tales derechos, uno de estos será la imposibilidad de legitimación de cualquier intento de desconocerlos o hacerlos ineficaces, basada, o bien en el recurso del poder constituyente, o bien, en una vía fáctica que pretenda alterar la esencia democrática de esa comunidad, el único recurso posible será el rechazo hacia ese intento y por tanto el desconocimiento de la Constitución por esta vía surgida, la cual en definitiva no tendrá el carácter de tal sino de ley fundamental, por no reconocer los derechos y al no hacerse este reconocimiento, entonces, nos ubicamos fuera del contexto democrático, que es el que hemos empleado como punto de arranque para nuestro razonamiento.

Si entendemos al poder constituyente como aquel que recoge y expresa las fuerzas, o las necesidades, las convicciones colectivas en un determinado momento histórico, capaces de traducirse en normas constitucionales, a través del llamamiento a la soberanía popular, no en forma abstracta, sino como una concreta referencia a la estructura organizativa en el ámbito sociológico, político, económico, de la voluntad constituyente[51]. No tendrá cabida aquí afirmar el *agotamiento* de tal poder, puesto que se admite que la diferencia entre poder constituyente y poder de revisión descansa sobre una diversidad de objeto, esto es, la modificación integral o la reforma parcial dentro del ámbito definido por la Constitución; además de una diversidad de grado, el poder de revisión será más limitado en comparación con el poder constituyente, puesto que el primero es un poder con un campo de acción definido previamente. Entre ambos se dan estrechas y vitales relaciones, por tanto no es lógico admitir que subsista el poder de revisión cuando el poder constituyente haya desaparecido. La permanencia y continuidad del poder constituyente han sido ya referidas como inherentes a su naturaleza en el desarrollo del punto 8, al cual nos remitimos, aceptamos pues que está presente en una forma latente, pero no llega a desaparecer totalmente.

El fortalecimiento de las Constituciones es directamente proporcional con la vitalidad, en términos de importancia, que estas representen para el titular del poder constituyente, admitir tal vitalidad desemboca en reconocer que toda Constitución está legítimamente expuesta al *riesgo* de ser reescrita, lo que obliga al sistema democrático a traducir la validez de la Constitución en un incesante esfuerzo de producción de eficacia que se traduzca en legitimación de la misma.

V. EL PODER CONSTITUYENTE UNA CATEGORÍA NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

La naturaleza del poder constituyente tiene dos vertientes, una jurídica y otra política, las cuales convergen como bases sobre las que se sustenta este poder. Y por lo tanto es relevante su existencia en ambas áreas del conocimiento.

51. En este sentido es definido el poder constituyente por MORTATI en " La costituente" en *Raccolta di scritti, I, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milán 1972, pp. 3 y ss. Esta cita es referida por PALOMBELLA, G., *ob, cit.*, p. 27.

El ejercicio del poder constituyente representa el respeto y la tutela del principio democrático de dotarse de un ordenamiento jurídico, de la *autolegislación*[52]. En esto se diferencia de la imposición por medios de fuerza de una Constitución, por parte de un grupo que bien por detentar el poder fáctico, o bien, por contar con una mayoría circunstancial, pretendan hacer prevalecer sus ideas por vías distintas de la convicción popular respecto a la validez y eficacia del programa político que proclaman. Aún cuando la proposición de un texto constitucional pueda depender de acciones de fuerza y de cambios de hecho por obra de unos pocos, no puede ser esta fuente, contingente y arbitraria, donde los principios democráticos del Estado actual encuentren la legitimidad, los fundamentos racionales que justifiquen la norma suprema. Esta fuente sólo se encontrará, en el contexto democrático, en el esencial presupuesto de consenso-disenso, en su presencia en el tejido jurídico, institucional y moral de una sociedad, no prosperan en este lenguaje las Constituciones a la medida de ordenamientos impuestos por la fuerza. Además si nos ubicamos en las "coordenadas jurídicamente definidas" de la democracia, dentro de sus principios fundamentales y sus estándares jurídicos, normativos, tampoco será admisible aceptar coherentemente que la Constitución puedan nacer y adquirir validez y eficacia sin conexión alguna con el principio del reconocimiento popular y de la facultad del pueblo de autoregulación jurídica.

En esta perspectiva el poder constituyente es más que una fuerza extrajurídica, o sólo sociológico-política, es un concepto jurídico cuyo contenido está determinado por las características democráticas de los ordenamientos. Por tanto el poder constituyente pertenece al pueblo, así las cosas, todo acto que no se pueda catalogar como expresión de la autoregulación popular, aún teniendo pretensiones constituyentes, no forma parte del ejercicio de este poder. Es precisamente aquí cuando la noción de poder constituyente se hace más restringida y específica, desde el punto de vista jurídico y también político. El hecho de *dar* una Constitución puede no corresponder al ejercicio del poder constituyente, ejercicio que sólo se puede definir como el *darse* una Constitución.

La noción se hace más restringida ya que la actuación del poder constituyente deberá corresponderse sustancialmente con las aspiraciones e intereses del pueblo. En términos de José Juan González Encinar[53], esto significa que dicho poder deberá adecuarse a la "validez material del derecho", a las "objetivaciones históricas que […] se van introduciendo en la conciencia jurídica general".

El sujeto constituyente o la fuente de producción de la Constitución es una categoría jurídica, y no simple hecho que se disipa y desaparece una vez que la Constitución es reconocida. Esta nace jurídicamente al ser reconocida, no antes. La fuente de producción de una Constitución sólo es aquella que puede ejercitar un poder constituyente, ya que ella es la titular y la única que puede disponer. Esta fuente en democracia es el pueblo. Históricamente se han dado situaciones en las que diferentes sujetos han asumido las funciones constituyentes por vías fácticas, pero no a todo acto de fuerza se le puede atribuir un resultado constituyente. El arbitrio que caracteriza estos hechos debe ser precisamente el punto que permita diferenciarlos del poder constituyente. Este puede y debe ser elaborado en una forma diferente, no como *espectro del decisionismo*, sino como la única fuente que la teoría jurídica y política puedan reconocer como legítima artífice de una Constitución.

52. PALOMBELLA, G., *ob. cit.*, pp. 35 y ss.

53. GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, "La Constitución y su reforma", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17 (1986), pp. 36 y ss.

La juridificación del poder constituyente contribuye decisivamente al fortalecimiento de la democracia, ya que a través de la previsión en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y racionales para que el pueblo adopte, de conformidad con sus circunstancias, el orden político y jurídico que le sea apropiado a sus fines esenciales, garantiza la prevalencia de su voluntad en el marco del Estado, por encima de cualquier intento extraño a los canales de participación democrática.

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811

Irene Loreto González
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Es importantísimo el aporte de los venezolanos en el ámbito del Derecho Constitucional. Para el momento de la independencia -salvo en el caso de Estado Unidos- no existen constituciones escritas, la misma España no la tiene. Los patriotas evidentemente son pensadores y políticos de avanzada. Estimamos equivocado el criterio erróneamente difundido en el que se define a nuestros legisladores como *copistas* de leyes de otros países. Como veremos mas adelante -en el capítulo referente al contenido de la Constitución- la Constitución de 1811 no es copia de la Constitución de Estados Unidos, no es copia de la Constitución de España, pues como hemos dicho, España no la tenía. A la vista de los textos de las constituciones provinciales que construyen nuestro Gobierno Federal, y a la vista de la propia Constitución Federal, lo que podemos concluir es que el Derecho venezolano constituye un aporte importantísimo al Derecho Constitucional. Observamos también cómo el Derecho Constitucional, entendido como la sujeción a una norma de rango superior que organiza las actividades del Estado, es producto del Continente Americano colonizado después del descubrimiento de América, ya que la Constitución de los Estados Unidos es la primera en el mundo y la de Venezuela la primera escrita en idioma Español.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos querido comenzar el desarrollo de este trabajo con una breve reflexión sobre el significado y alcance del término *Proceso Constituyente*.

Podemos decir que *Proceso Constituyente* es el ejercicio, en un periodo de tiempo, del *Poder Constituyente*, entendiendo este último como el poder donde reside la voluntad del pueblo: es un poder inicial, autónomo, omnipotente, incondicionado e insubordinado a ninguna regla. La Constitución emana de un *Poder Constituyente* con jerarquía superior a los poderes por ella constituidos.

El poder constituyente, tal como lo hemos descrito y lo conocemos hoy, es un concepto bastante nuevo. A pesar que en la antigüedad la democracia había sido concebida por los griegos, en la realidad el poder estaba en manos de reyes, arcontes, tiranos... y no era planteable, ni posible, que el pueblo o la Nación -como unidad política- se diera sus propias leyes[1].

Es a partir de la declaración de Derechos del Hombre, de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, que comienza el ejercicio de ese poder cons-

1. *Cf.*, FAJARDO H., Angel R., *Compendio de Derecho Constitucional*, 6° Edición, Editorial Lex, Caracas 1984. p. 355. LINARES QUINTANA, Segundo, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Editorial Plus Ultra, Tomo 2, Buenos Aires 1975, p. 405.

tituyente, y en consecuencia la creación de conciencia en el hombre sobre la posibilidad de intervenir en la formación política de su Nación, de su propio Gobierno.

En Venezuela nuestro primer proceso constituyente se desarrolla en 1811, en la época en la que la historia de los pueblos se encuentra iniciando ese ejercicio del poder en las manos del pueblo. Recordemos que este primer proceso constituyente tiene una doble finalidad: la declaratoria de la independencia y como manifestación de ella, la creación de una República a través de una Constitución que la formara y la definiera.

La idea de independencia y el ejercicio del poder constituyente se encuentra muy clara en la mente de los venezolanos que intervinieron en el proceso constituyente de 1811, sin embargo, por tratarse de un *ejercicio* mundialmente novedoso, ese poder constituyente concebido como el poder donde reside la voluntad del pueblo, inicial, autónomo, omnipotente, incondicionado e insubordinado a ninguna regla, es todavía tímidamente aceptado por algunos; especialmente, tal vez, por las circunstancias en las que se encuentra la Corona Española y la fidelidad debida por los venezolanos al Rey Fernando Séptimo -entonces en cautiverio- en virtud de la invasión de las tropas Napoleónicas en España.

De las investigaciones realizadas en los medios de publicidad de la época, encontramos en el *Mercurio Venezolano*, un texto bastante elocuente sobre la concepción de los venezolanos sobre el Poder Constituyente y la legitimidad del pueblo para declarar su independencia y construir su República a través de la Constitución, sin que esto constituya una deslealtad al Rey ni una infidelidad a la Iglesia, el texto dice lo siguiente:

> Al ver al Pueblo reunirse milagrosamente, inflamarse con una rapidez maravillosa y desafiar con una constancia heroica el formidable poder de la tiranía que lo abrumaba poco antes, no puede menos de confesarse que hay un poder invisible e inmenso que combate a favor de la Independencia de las Naciones, que inducidas por justos y legítimos motivos, se resuelven a *usar del derecho imprescriptible de insurrección que todas ellas tienen para reformar su gobierno, y oponerse con la fuerza a los abusos introducidos por la tiranía*, y sostenidos por el despotismo contra el pacto social: un genio tutelar que la sostiene en medio de los peligros y los reveses, y que la hace renacer de entre los mismos escombros que amontona contra ella en su furor de monstruos asolador de la servidumbre: este agente formidable es el que sostiene a los Americanos. Su esencia no tiene nada de común con la rastrera política de la ambición, es muy imperceptible su existencia para que pueda compararse con la fuerza mecánica que hace obrar al despotismo: y sus efectos son muy diversos para que puedan parecérsele. Este agente es en el mundo moral lo que la electricidad en el mundo físico; ni la distancia ni la opresión pueden impedir su propagación, y sus maravillosos fenómenos están aún fuera de las leyes conocidas de la mecánica[2]. (Resaltado nuestro)

El contenido de la transcripción que antecede es la expresión del fundamento de legitimidad de la declaratoria de Independencia y la consecuente Constitución de 1811, la legitimidad con la que los venezolanos crean la República se fundamenta en conocer y aceptar que cada pueblo tiene derecho a escoger el gobierno que regirá sus destinos.

II. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE INSCRIBE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1811

El proceso constituyente de 1811 tiene una particular importancia política en nuestra historia pues crea un cambio radical en la forma de Gobierno. El objetivo principal es la

2. *Cf.,* Texto completo en el Anexo 1. *Mercurio Venezolano,* n° III del mes de marzo de 1811.

creación de una República independiente y libre. Los venezolanos pretenden la libertad a través del Derecho, por ello, sin guerra ni derramamiento de sangre siete provincias constituyen un Congreso, que llamamos Congreso Constituyente, el cual produce el Acta de la Independencia y la primera Constitución de nuestro país que, además, viene a ser la primera Constitución en el mundo escrita en idioma español y la primera Constitución de Hispanoamérica.

1. Población, Gobierno, Geografía Política

La Población de Venezuela, para ese entonces, se calcula entre los ochocientos mil y el millón de habitantes; con una composición social mixta, determinada por los historiadores por castas y clases sociales sin determinar criterios étnicos, lo que dificulta entonces hacer una definición precisa de ella. Lo que sabemos es que estaba constituida por cuatro grupos relativamente homogéneos: (i) Los blancos (españoles y criollos), (ii) el de los negros (esclavos y libres), (iii) el de los indios y (iv) un grupo heterogéneo producto de las diversas y sucesivas combinaciones de los tres anteriores.

El contexto histórico en que se inscribe este proceso, reviste particular importancia por cuanto constituye la etapa de la independencia de Venezuela, el pase de una forma de gobierno a otra, de monarquía a República y que lejos de continuar con el modo de gobierno que llevaban los españoles, viene a ser la construcción política de un grupo de venezolanos que inspirados en los sucesos internacionales, fabrican una República. Debemos acotar que en el entorno histórico de la época, se vienen sucediendo acontecimientos importantísimos en la humanidad, como lo es la declaración de derechos en Francia y la Constitución de los Estados Unidos,[3] acontecimientos estos que en cierto modo llevan a los Venezolanos a la búsqueda de la independencia optando por la vía jurídica más que por la violencia.

3. Dentro de este contexto histórico del Proceso constituyente nos ha parecido oportuno destacar algunos aspectos del contexto histórico de la época, que nos ayudarán a ubicarnos en el momento previo a la declaración de la independencia que concluye en la redacción de la Constitución. En 1799 José María España, líder del movimiento conspirativo de 1797 es apresado en La Guaira y condenado a muerte por la audiencia de Caracas. La conspiración de GUAL y ESPAÑA es un movimiento revolucionario de carácter a la vez independentista y social en La Guaira y en Caracas de 1797. La conspiración fracasó pero sus textos tuvieron influencia, tales como : A) ordenanzas, que son provisiones doctrinales para la acción revolucionaria. B) Alocución *Habitantes de la América Española,* proclama para la insurrección. C) *Canción americana* cantos de exaltación revolucionaria. D) *Los derechos del hombre y del ciudadano*. Por ejemplo, en 1801 Cayetano Carreño compone *Monte de los Olivos*, una de sus obras mas importantes; en 1801 José Ángel Lamas compone su *Populе Meus*, en 1804 llega a Caracas la expedición de la vacuna, encabezada por el Dr. Francisco Javier BALMIS, de Alicante, cirujano de Carlos IV, vacuna que inmunizaba contra una enfermedad de las *cuarentenables*, de elevadísima mortalidad. Se constituyó la Junta Central de la vacuna, cuyo secretario fue Andrés Bello, autor de la *Oda a la Vacuna*. En 1808 circula el primer número de la Gaceta de Caracas, editada por Gallagher y Lamb y redactada por Andrés Bello. En 1806 parte desde NY la expedición organizada por Francisco de MIRANDA para liberar a Venezuela del dominio español. El 2-2-1806 zarpa de NY con 200 norteamericanos. El 19-2 llega a Haití, alza el pabellón y toma juramento a sus hombres de hacer libre a Hispanoamérica. El 27 de abril se acerca a las playas de Ocumare y caen bajo la acción de dos buques españoles *argos y leves*. En 1808 surge la conspiración de los mantuanos. Constitución del sector económico social mas poderoso de la ciudad, encabezaron un intento para constituir una junta: José Félix Ribas, Manuel de Matos, Martín Tovar Ponte, Luis López, Vicente de Emparán y Orbe, en mayo de 1808 fue nombrado Gobernador y Capitán General de Venezuela por las autoridades napoleónicas, pasó luego a la España adicta a la Junta de Sevilla y Junta Central Suprema, donde abjuró su afrancesamiento. Gobernó inclinado a los mantuanos, entre los que tenía muchos amigo, incluyendo Bolívar, pero enfrentado al ayuntamiento y a la audiencia de Caracas. La agitación política era continua y se manifestó en las conspiraciones del 24 de diciembre de 1804 y del Norte de ganaderos de 1810 que pudo desarticular.

A este acontecer histórico internacional imbuido en las ideas de libertad, se unen las precarias circunstancias políticas de España, que al igual que el resto de Europa se encontraba con gravísimos problemas; Napoleón invadía Europa y fortalecía su imperio. Esta situación da origen a que en 1808, se realicen reuniones activas que se celebraban en la cuadra Bolívar, planeándose asuntos de Estado y la necesidad de la independencia[4]. Sin embargo, debido a la victoria de Bailén los movimientos de autonomía se suspenden por algún tiempo, ya que en 1809 España con la ayuda de los Ingleses obtiene la victoria de Talavera sobre cinco cuerpos del ejército francés. En 1810 los franceses condujeron a España a sitiar a Cádiz, estos hechos produjeron el estallido de la revolución en las colonias americanas.

En 1777 se crea la Capitanía General de Venezuela que viene a definir las provincias de Venezuela, que hasta entonces no tenían una integración definida, la Capitanía viene a constituir la separación de las cinco provincias de Venezuela del Virreinato y de la Capitanía General del Reino de Nueva Granada. Luego en 1786 se erige la Real Audiencia de Caracas. Es decir que para el momento de la independencia, "las provincias de Venezuela están integradas en una sola jurisdicción militar y de administración de justicia. El Gobernador de la provincia de Venezuela comenzó a ser, además, el Capitán General de las demás islas y provincias anexas, (...) finalmente por Real Cédula de 3 de julio de 1793, se erigió el Real Consulado de Caracas, con su Tribunal y jurisdicción en toda la Capitanía General de Venezuela, en los asuntos mercantiles (..) y para finales de 1810 el territorio de Venezuela estaba integrado por las siguientes nueve provincias: Margarita, Caracas (Coro pertenecía Caracas), Cumaná, Guayana, Maracaibo, Barinas, Barcelona, Mérida y Trujillo"[5]. Sin embargo, opiniones diversas giran alrededor de la anterior afirmación, pues Graciela Soriano en su obra Venezuela 1810-1830 señala que "la realidad administrativa de 1810 tenía apenas treinta y tantos años de haber iniciado su existencia formal, lo que dado el ritmo histórico de aquellos tiempos, parecía todavía muy poco para que dichas provincias se considerasen efectivamente integradas -dada su relativa incomunicación- en una Venezuela en la que ni siquiera se conocía con certeza los propios confines del país. Se había incoado con ello, sin embargo un proceso luego jalonado por creaciones institucionales complementarias (Real audiencia 1786; y Real Consulado, 1793). "La creación de la Capitanía General de la Provincia de Caracas (o Venezuela) se le reconocía el carácter de Capitán General para todas las provincias (Caracas, Maracaibo, Barinas, Cumaná, Margarita y Trinidad), las cuales a su vez conservaban su respectivo gobernador y Capitán General en el cual se reunían el gobierno administrativo, civil y el militar. En consecuencia la Capitanía General de Venezuela no vinculaba efectivamente a la totalidad de las administración de la provincias afectadas por ella, ni a sus respectivas poblaciones, sino s{olo a las doce o trece mil personas que jerarquizadas en las tropas veteranas regulares y en los cuerpos de milicia, estaban comprometidas en la débil defensa que podía ofrecer entonces el país. Por lo tanto las facultades del Capitán General en cuanto tal, eran mucho menos importantes en tiempos

4. LECUNA, Vicente, "Crónica Razonada de las Guerras de Bolívar", *The Colonial Press Inc.* 2 vols., New York 1950, p. XIV. "A mediados de 1808 el capitán general Casas bajo la impresión de sucesos adversos en España, mostrose dispuesto al establecimiento de una junta de gobierno; los principales señores de la sociedad agitaronse en ese sentido, pero cuando en noviembre introdujeron su representación pidiendo la Junta, envalentonado el gobierno por la batalla de Bailén y sus consecuencias, la desaprobó del todo. Bolívar no firmó esta petición por no parecerle suficientemente enérgica".

5. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, p. 31.

de paz de lo que siempre se ha tendido a suponer. Desde esta perspectiva, el 19 de abril de 1810 cobra, evidentemente, otra significación"[6].

A pesar de lo anterior, consideramos que dentro de las circunstancias difíciles y tal vez políticamente poco delineadas, el proceso de independencia de 1811 viene a constituir la lucha por crear y establecer una República en el territorio que ya estaba constituido por la Capitanía General de Venezuela establecida en 1777.

Los acontecimientos políticos en los que se ve envuelta España para estos momentos, inciden definitivamente en lo que tienen en la mente de los venezolanos para los años precedentes a 1810. El pueblo venezolano, en un intento de manifestar su solidaridad a la corona española, en Caracas depuesto el Capitán General, el 19 de abril de 1810 una junta de gobierno proclamó la autonomía de la provincia, bajo el cetro de Fernando VII, y el ayuntamiento tomó las riendas bajo el título de Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII. Sin embargo, como expondremos más adelante, en la mente de los patriotas se encuentran ideales de libertad, por lo que los actos del 19 de abril constituyen una vía que conduciría a la declaratoria de la independencia, más allá de una proclama de fidelidad a Fernando Séptimo.

2. 19 de abril de 1810

Nos resulta indispensable remontarnos a los sucesos 19 de abril de 1810 para explicar, en su total entorno, los objetivos del proceso Constituyente de 1811, pues consideramos que en esta fecha se da el origen de lo que más adelante va a constituirse como Congreso Constituyente[7].

Como hemos expresado, España adolece de una grave crisis: en muchas provincias se formaron juntas de gobierno que rechazaron al nuevo Rey (José I hermano de Napoleón Bonaparte), a quien llamaban el intruso. Dichas provincias juraron fidelidad a Fernando VII a quien llamaban *el deseado*. Se formó una Junta Suprema, en Sevilla, que gobernó todo el territorio español no gobernado por los franceses.

Con Vicente Emparán, llegan a Caracas Fernando Rodríguez del Toro, su hermano el Marqués del Toro, coronel de milicias de infantería y tío político de Bolívar teniente de las mismas, Mauricio Ayala, teniente del batallón veterano, con Mariano Montilla, ex guardia de corps de la Corte, y con algunos regidores de la capital. "Muy jóvenes casi todos, sectarios entusiásticos de las ideas radicales que habían aprendido en viajes y lecturas, propensos por tanto a la rebelión, poco discretos en expresar sus ideas personales, como que su posición social, el nombre ilustre de sus familias y aun el prestigio de los empleos que desempeñaban permitían arrostrar impunemente la ya discutida autoridad del capitán general, apenas se cuidaban de ocultarse a éste de sus manejos y propósitos subversivos. "En el mes de marzo de 1810, convencidos ya de que la Junta Central no podía resistir a la invasión francesa, confabularonse para proclamar la autonomía de

6. SORIANO, Graciela, "Venezuela 1810-1830: aspectos desatendidos de dos décadas", *Cuadernos Lagoven (Serie Cuatro Repúblicas)*, Caracas 1988, p. 36 y p. 78.

7. En efecto, y así lo señala la Alocución del Presidente del Congreso Constituyente en fecha 23 de diciembre de 1811 "Ni las revoluciones del otro hemisferio, ni las conclusiones de los grandes imperios que lo dividen, ni los intereses opuestos de la política europea, han venido a detener la marcha política y moderada que emprendisteis el memorable 19 de abril de 1810", contenida en la obra del CONGRESO DE LA REPÚBLICA. "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1883, Tomo II. Anexo I, p. 49.

la colonia el próximo 1° de abril. Desgraciadamente, el Gobierno les desbarató la trama enseguida, por infidencia de algunos o por indiscreción de todos. Pero el capitán General, de quien eran amigos personales, se limitó a confinar a algunos a Aragua y Valencia, lenidad que pocos días después debía costarle su caída y expulsión. Los que permanecieron libres en Caracas continuaron en sus manejos, y los confinados, los Toros, los Bolívares, los Montillas, apresuraronse a hacer lo mismo. Teníamos tomadas todas las medidas necesarias al buen éxito de la empresa, cuando los caraqueños, ejecutándolo el 19 de abril, dejaron sin lugar nuestra tentativa (Manifiesto del Marqués del Toro publicado el 13 de mayo de 1811)"[8].

El 17 de abril de 1810, llega un buque de España donde se sabe de la toma de Sevilla por los franceses y la disolución de la Junta Central y la creación del Consejo de Regencia el 14 de febrero de ese mismo año. El texto de creación de este Consejo de Regencia expresaba: "desde este momento españoles americanos, os veis elevados a la dignidad de hombres libres, nuestros destinos no dependen ni de los ministros, ni de los virreyes, ni de los gobernadores: están en vuestras manos"[9].

El arzobispado de Caracas se hallaba vacante, había muerto el arzobispo Francisco González Ibarra, y su sucesor -Francisco Coll- aún no había llegado. El Presbítero José Ribas, hermano de José Félix Ribas, señala que "la provincia de Venezuela tenía derecho a crear su propia junta de gobierno, así como Galicia, Murcia, Aragón, Sevilla o Cádiz"[10].

Como hemos señalado, el ejemplo de los Estados Unidos y Francia despertaba la admiración para constituir un régimen republicano o democrático. Estas ideas independentistas habían producido, sin éxito, varias tentativas de revolución: en 1795 la de los negros y mestizos en Coro, en 1797 la de Gual y España, en 1799 la de Maracaibo.

Esta aspiración no contaba todavía con todo el apoyo de la clase oligárquica criolla, que era entonces la única fuerza activa nacional. Y a esto se debió también, en gran parte, el fracaso de las expediciones de Miranda, "que muchos consideraron encaminadas a sustituir una dominación europea con otra, la española con la Inglesa. Efectivamente la única manifestación revolucionaria que se pudiera llamar nacional fue la que promovió la misma clase oligárquica. Para ella, la cuestión de la monarquía o República era aún secundaria. Buscaba ante todo la autonomía de la Colonia, sacudir el yugo secular de los gobernantes peninsulares, formar, en una palabra, Gobierno criollo, asegurando por fin aquel derecho de *tiranía doméstica* , como dirá Bolívar, que no se le permitió nunca a los americanos ejercer en su tierra"[11].

Todas estas circunstancias motivaron nueva agitación de los patriotas que convocaron, el 19 de abril de 1810, al Capitán General Emparan en el ayuntamiento. Allí se celebra la sesión en la que se exige la renuncia de las autoridades españolas y se realiza el nombramiento de la Junta Suprema de Caracas. (Emparan fue apresado y embarcado a Filadelfia).

8. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 193.
9. POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 21.
10. *Cf.*, POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 21.
11. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 192.

El 18 de abril llegan a Caracas dos comisionados del Consejo de Regencia recién formado en España, para hacer reconocer su autoridad. Por la noche del mismo día, el alcalde de segunda elección, Martín Tovar Ponte (hijo del conde) y el regidor Nicolás Anzola, revolucionarios desde 1808 y complicados en la última conjuración de marzo, convencen al alcalde primero, José de las Llamozas, de la conveniencia de reunir cuanto antes al ayuntamiento para considerar las noticias de España; y en seguida dieron voz a sus amigos para que a primera hora concurriesen, los unos al cabildo y los demás a la Plaza Mayor.

A las siete de la mañana del 19 de abril se reúne el cabildo y convoca a una sesión extraordinaria. A las ocho entraba Emparán en la sala capitular, se le informó que el Ayuntamiento pensaba que había llegado el momento de organizar un gobierno provisional que velase por la seguridad de la provincia a nombre del Rey Fernando VII. A esto replicó que existía un gobierno legítimo de la monarquía, representado por el Consejo de Regencia como sustituto de la Junta Central, y que en las actuales circunstancias lo único conducente era esperar nuevas noticias de la península antes de tomar ninguna resolución definitiva. Así que levantó la sesión, diciendo que más tarde se trataría el asunto, y se encaminó a la Iglesia Catedral, era jueves santo. "Al llegar Emparan al atrio de la Iglesia, Francisco Salías le asió por el brazo y le intimó a que volviese a la sala consistorial. A lo que no opuso ninguna resistencia, ni tampoco su guardia, mandada por el capitán Luis Ponte"[12].

Nuevamente en el Ayuntamiento, el capitán General encuentra otra novedad insólita: la representación de un poder político desconocido hasta entonces en la Colonia. "Cinco personas extrañas al cabildo tomaron allí asiento y voz titulándose diputados del clero, del pueblo y del gremio de pardos: el canónigo José Cortés de Madariaga, el Presbítero Francisco José de Ribas, los doctores Juan Germán Roscio y José Félix Sosa y el tribuno popular José Félix Ribas"[13].

En esa reunión redactan el acta donde establecen un nuevo gobierno: el Gobernador y Capitán General, el intendente del ejercito y real hacienda, el subinspector de artillería y el auditor de guerra, así como la real audiencia, quedaban privados del mando que ejercían a la vez que suprimían esas instituciones. El Cabildo de Caracas con sus dos alcaldes (Llamozas y Tovar) asumió el poder, incorporando en su seno a los representantes del clero, del pueblo y de los pardos. El mando militar pasaba a Castro y Ayala. El acta fue firmada por todos los asistentes incluso los depuestos. La revolución se llevó a cabo sin derramamiento de sangre.

En esta sesión se celebra la llamada Junta conservadora de los derechos de Fernando VII, sin embargo en la voluntad de los venezolanos yace el propósito de encaminar a Venezuela hacia la plena independencia. Fernando VII estaba prisionero, el pueblo venezolano reconocía en él al monarca, sin embargo declaraban que la nueva Regencia no tenía derecho a exigir sobre Venezuela en nombre de Fernando VII.

El 19 de abril no fue declarada jurídicamente la independencia, pero políticamente se produjo un cambio radical, que conduce a la formación del Congreso Constituyente en marzo de 1811, cuyos objetivos, como lo desarrollaremos más adelante, son la redacción del acta de independencia que se firma el 5 de julio de 1811 y la publicación de la primera Constitución de la República el 21 de diciembre del mismo año.

12. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 195.
13. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 196.

III. CONGRESO CONSTITUYENTE

1. Formación del Congreso Constituyente

Los importantes acontecimientos del 19 de abril de 1810 desembocan en la constitución del primer Congreso Venezolano que se instala el 2 de marzo de 1811, que tiene como principales objetivos la declaración de la Independencia y la redacción de la Constitución Federal.

Los diputados se juramentaron después de una misa solemne celebrada por el Arzobispo, y nos resulta importante transcribir el texto de la juramentación, pues consideramos que de él se deriva la legitimidad de las actuaciones de los miembros del Congreso para declarar la independencia y producir la Constitución. Los términos del juramento son los siguientes:

> ¿Juráis a Dios por los sagrados evangelios que vais a tocar, y prometéis a la patria conservar y defender sus derechos y los del señor Don Fernando Séptimo, sin la menor relación o influjo de la Francia, independiente de toda forma de gobierno de la península de España, y sin otra representación que la que reside en el Congreso General de Venezuela, oponeros a toda otra dominación que pretendiera ejercer soberanía en estos países, o impedir su absoluta y legitima independencia cuando la confederación de sus Provincias la juzgue conveniente; mantener pura, ilesa en inviolable nuestra sagrada religión y defender el misterio de la Concepción Inmaculada de la Virgen María, Nuestra Señora; promover directa e indirectamente los intereses generales de la Confederación de que sois parte, y los particulares del distrito que os ha constituido; respetar y obedecer las leyes y disposiciones que este congreso sancione y haga promulgar; sujetaros al régimen económico que él establezca para su interior gobierno, y cumplir bien y exactamente los deberes de la diputación?

Tal juramento, hábilmente formulado, insinúa ya los dos grandes propósitos del congreso: la independencia absoluta y la forma federativa de la constitución política.

Se eligió en seguida un Poder Ejecutivo de tres miembros conformado por "Cristóbal Mendoza, Juan Escalona y Baltasar Padrón, los cuales acordaron que uno de ellos fuese presidente cada semana; y para suplir sus ausencias se nombró a Manuel Moreno de Mendoza, Mauricio Ayala y Andrés Navarrete. Consultores del Poder Ejecutivo fueron Juan Vicente de Echeverría, José Pineda y José Ignacio Briceño, sin voto deliberativo, y secretario del despacho general del Estado, Guerra y Marina el sabio licenciado Miguel José Sanz, con Carlos Machado como canciller mayor y José Tomás Santana como secretario de decretos. Para constituir el Poder Judicial de la Confederación se creó una Alta Corte de Justicia, presidida por el doctor Francisco Espejo, con cinco ministros y un fiscal"[14].

La sociedad patriótica se había formado a raíz del 19 de abril, a imitación de los clubes de Revolución francesa. En ella renacieron los planes republicanos que Gual y España y sus compañeros iniciaron 1797 y los propósitos autonomistas de los criollos caraqueños de 1808 y 1809. La sociedad patriótica celebró el primer aniversario el 19 de abril con una sesión solemne. Miranda presidió. Los discursos pronunciados ese día por los tribunos populares Muñoz Tebar y Coto Paúl dan idea de la exaltación e impaciencia a que llegaba ya el partido radical.

Como antecedente al primer Congreso venezolano, tenemos conocimiento cómo en Venezuela, en el siglo XIV, en varias oportunidades los cabildos municipales de la pro-

14. GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Madrid marzo 1967, p. 222.

vincia de Venezuela se reunieron para analizar problemas comunes y enviar a España un comisionado que expusiera ante el Rey y ante el Consejo de Indias sus necesidades y aspiraciones, pero esta costumbre decayó. Sin embargo, a pesar de este antecedente, no se había constituido en Venezuela ningún otro Congreso.

La intención de convocar un Congreso estaba en la mente de los dirigentes del movimiento que triunfó en Caracas el 19 de abril de 1810. En una proclama firmada el 20 de abril por los 2 presidentes de la Junta Suprema de gobierno Martín Tovar y Ponte y José de las Llamozas (que hasta el 19 habían sido alcaldes de Caracas) se informaba a los habitantes de las provincias unidas de Venezuela que se les llamaría oportunamente a tomar parte en el ejercicio de la suprema autoridad con proporción al numero de individuos de cada provincia, aunque sin mencionar la palabra Congreso.

2. Elecciones del Primer Congreso. Reglamento para las elecciones

La Junta Suprema de Caracas constituida el 19 de abril de 1810 fue concebida como un gobierno provisional, y es por este motivo que llama a elecciones de un Congreso. El 11 de julio de 1810 fue dictado el "Reglamento para la elección y reunión de diputados que han de componer el Cuerpo Conservador de los Derechos del Señor Don Fernando VII en las Provincias de Venezuela". En su Artículo final está reconocida la soberanía del Congreso "dicho artículo dispone que "La reforma de este Reglamento, limitada por ahora a facilitar y abreviar el nombramiento y reunión de los representantes de Venezuela, será del conocimiento de la diputación general, como todo lo demás conducente al mejor gobierno y prosperidad de estas provincias". Está pues muy claro en la mente de la Junta cuál era su auténtico papel: facilitar y abreviar el nombramiento de los representantes; cumplida esa labor, ellos y sólo ellos resolverían todo lo conducente al mejor gobierno y prosperidad de estas provincias"[15]. Este proyecto fue redactado por Juan Germán Roscio, y después de ser aprobado por la Junta Suprema fue publicado por partes, desde el 15 de ese mes en varios números de la *Gazeta de Caracas.* En una editorial de dicho periódico, el día 22, se mencionaba a las antiguas cortes españolas como una institución legal tradicional y se afirmaba que en la Junta General de Diputación de las Provincias de Venezuela (nombre que se dio al principio al Congreso) se incluirá la representación nacional de todas las Provincias.

Por esa misma época, España invadida por los ejércitos de Napoleón Bonaparte se preparaba también la reunión de las Cortes de Cádiz, que iniciaron sus reuniones en esa ciudad en septiembre de 1810 con diputados de provincias españolas y algunos diputados que se decían representantes de las de América. Entre tanto, en las diversas provincias de Venezuela que habían seguido el ejemplo dado el 19 de abril de 1810 por Caracas, se efectuaban las elecciones para diputados.

El mencionado Reglamento establecía un sistema de elecciones en dos grados, en las primarias votaban todos los varones libres, mayores de 25 años (o mayores de 21 si estaban casados), que tuviesen domicilio fijo (casa abierta y poblada) o fueran por lo menos propietarios de 2000 pesos en bienes muebles o raíces. Esto además de las habituales exclusiones de los dementes, los vagos, los encausados, los extranjeros, los transeúntes, los deudores del erario publico, los sordomudos y otros similares, excluía a los esclavos, a las mujeres, a los asalariados que vivían en casa de sus patronos. Los votos,

15. POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 37.

en esas elecciones primarias, se expresaban mediante una papeleta escrita y firmada por el votante, pero los analfabetas podían hacerlo verbalmente.

Las elecciones en segundo grado eran realizadas por quienes obtenían la mayoría en esas elecciones, a quienes se denominaba electores parroquiales, se reunían posteriormente en las capitales de sus respectivas jurisdicciones para elegir, en segundo grado, a los diputados del Congreso. En cada Parroquia, por cada 500 almas, se elegiría un elector; reunidos los electores de cada partido capitular elegirían un diputado por cada veinte mil almas de población.

Todo este proceso se llevó a cabo entre agosto de 1810 y enero de 1811. Aunque en algunos lugares se retrasó algo más. En Caracas, los 230 electores parroquiales correspondientes a su partido capitular se reunieron en el convento de San Francisco el 1 de noviembre de 1810 y procedieron a la elección de segundo grado que favoreció a Lino de Clemente, Fernando Rodríguez del Toro, Nicolás de Castro, Luis de Rivas y Tovar, Gabriel de Ponte e Isidoro Antonio López Méndez. El 20 de octubre anterior, en San Sebastián de los Reyes, se había realizado un acto similar en el cual fueron escogidos como diputados Felipe Fermín Paúl, Martín Tovar Ponte, Francisco Javier Ustáriz. Lo mismo se hizo en los otros partidos capitales de la provincia de Caracas que era la más extensa y poblada y de las de Cumaná, Barinas, Mérida, Margarita, Trujillo y Barcelona. No se celebraron elecciones en Maracaibo, Coro ni Guayana cuyas autoridades habían permanecido fieles a la regencia de España y estaban en abierta pugna con la Junta Suprema de Caracas por tal motivo no hubo representantes de aquellas en el Congreso.

La instalación del Congreso se llevó a cabo el 2 de marzo de 1811 en la casa del Conde de San Javier (hoy esquina del Conde) en Caracas, con la asistencia de la Junta Suprema, estaban presentes 30 diputados, de las provincias de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita y Mérida. Otros se incorporarían posteriormente. El Congreso quedaba así reconocido como la máxima autoridad por ser representante de la soberanía popular por encima de los poderes ejecutivo y judicial. Aunque se continuaba manteniendo la adhesión nominal a la persona de Fernando Séptimo el Rey de España cautivo de Napoleón, ya en la formula del juramento de los diputados se rechazaba cualquier otra autoridad establecida en la metrópoli y se preveía la absoluta y legítima independencia de Venezuela.

El Supremo Congreso de Venezuela, titulo que tomó desde entonces, empezó a sesionar el mismo día bajo la presidencia de Felipe Fermín Paúl a quien acompañaban como Vicepresidente y Secretario Mariano de la Cova y Miguel José Sanz. Antonio Nicolás Briceño, quien en ese momento no era diputado (pero al poco tiempo recibió ese nombramiento por Mérida) actuó como subsecretario.

La antigua Junta Suprema quedó extinguida el día 6 de marzo de 1811, cuando entró en funciones el triunvirato. Igualmente se estableció un Tribunal de Vigilancia y Seguridad Pública, para que se conociese de los delitos de alta traición, el cual fue anexado luego a la Alta Corte Suprema de Justicia. En los días siguientes se nombraron comisiones o adoptaron medidas para reformar la administración de justicia y redactar un Código Civil y Criminal para tratar con la jerarquía eclesiástica sobre el ejercicio del real patronato, para fomentar el comercio, modernizar la enseñanza universitaria y supervisar la primaria y para examinar el estado de la hacienda pública. Se acordó igualmente participar la instalación del Congreso a los gobiernos de Inglaterra y Estados Unidos, a las Juntas de gobierno establecidas en América meridional (Buenos Aires, Bogotá, Chile) a los gobernadores de las colonias extranjeras del caribe a las juntas

provinciales de la confederación venezolana. Entre los últimos en incorporarse fue Francisco de Miranda por Barcelona, por haberse retrasado la llegada de las actas de escrutinio, se juramentaron el 20 de junio. A comienzos de ese mes, Francisco Isnardi, quien no era diputado, había sido nombrado Secretario del Congreso.

3. Composición y características de la Asamblea

En el Congreso estaban representados diversos estamentos de la sociedad colonial. Hacendados como el margariteño Manuel Plácido Maneiro, el cumanés Juan Bermúdez de Castro, el diputado por Valencia Fernando Peñalver, la antigua nobleza, los llamados mantuanos, como Martín Tovar Ponte, Francisco Javier Ustáriz, Gabriel de Ponte, Luis José Ribas y Tovar, que por lo común eran hacendados, aunque alguno de ellos eran además militares de alta graduación como Francisco Rodríguez del Toro (Márquez del toro) y su hermano Fernando; otro militar era Nicolás de Castro, había comerciantes como Isidoro Antonio López Méndez o el mencionado Tovar Ponte, que en esa época tenía establecida una sociedad mercantil con los británicos Robert y Matew Semple, el clero debido a la importancia de la iglesia católica en la sociedad colonial, tenia una amplia representación, el canónigo de Mérida Luis Ignacio Mendoza, el diputado por Guanare José Vicente de Unda, el de la Grita Manuel Vicente de Maya y los presbíteros Ramón Ignacio Méndez, Salvador Delgado, Juan Neponucemo Quintana, Ignacio Fernández Peña, Luis José Cazorla, Juan Antonio Díaz Argote; los abogados y juristas eran igualmente numerosos y entre ellos figuraban Juan German Roscio, Miguel José Sanz, Francisco Javier Yánez, Francisco Fermín Paúl, Mariano de la Cova, Antonio Nicolás Briceño, Juan Antonio Rodríguez Domínguez[16].

4. Legitimidad

Este tema lo hemos tratado en la Introducción y en el juramento del Congreso Constituyente, sin embargo le dedicamos este aparte, por haber sido un tema debatido y tratado con especial cuidado por los Congresistas de 1811. Como paso previo a cualquier consideración sobre la independencia, se planteaban la competencia, la legitimidad para declararla dentro de los ámbitos jurídicos y legales vigentes que regían nuestra incipiente República. Existen inquietudes, cuestionamientos, ¿puede darse en un sistema jurídico -donde se ha declarado el respeto y fidelidad a Fernando Séptimo- una declaratoria de independencia? ¿no es esta declaratoria de independencia una infidelidad?, pero además ¿jurídicamente es posible?

El profesor Tomás Polanco trata el tema y nos ilustra con una cita en su libro[17], nos señala que el Padre Maya [18], en la sesión del día 3 de julio de 1811 dijo: “No considero

16. FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario de Historia de Venezuela*, Ediciones de la Fundación Polar, Caracas 1988, Consultado en CD, voz “Congreso Constituyente”.

17. POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 1962, p. 48.

18. El Presbítero, Doctor Manuel Vicente MAYA, nace en San Felipe (Edo. Yaracuy) en 1768 y fallece en Caracas el 5 de octubre de 1826. Maestro en filosofía, Doctor en Sagrados Cánones y Doctor en Derecho Civil. Rector de la Universidad Central de Venezuela electo en enero de 1811, y al cumplirse su periodo rectoral de 2 años, en 1813, el Gobernador de Caracas ordenó que continuará desempeñando la rectoría por dos años más. El Padre MAYA murió realista y siendo Canónigo magistral de la Catedral de Caracas. *Cf.*, LEAL, Idelfonso, *Historia de la UCV (1721-1981)*, Ediciones del Rectorado de la UCV, Caracas 1981, p. 491.

al Congreso con facultades suficientes para esta declaratoria, porque la convocación hecha por los pueblos fue para que eligieran sus representantes para formar el "cuerpo conservador de los derechos de Fernando VII", y a este objeto contrajeron ellos su voluntad expresa, como puede verse en las credenciales de cada uno de los diputados.

Siendo pues, la declaratoria de la Independencia una mutación sustancial del sistema de gobierno adoptado por los pueblos en la Constitución de sus representantes, "necesitan éstos una manifestación clara y precisa de aquellos, para obrar conforme a sus poderes y dar a este acto el valor y la legitimidad que él exige"[19].

El propio día 5 de julio, es cuando surge el debate sobre la competencia del Congreso para decretar la independencia, unos proponían soluciones no formales para resolver el conflicto: el querer de los pueblos, la mayoría de los votantes. Sin embargo, las soluciones de fondo la aporta el diputado Juan Germán Roscio, redactor y firmante del decreto de la Junta Suprema en julio de 1810, hizo valer cómo el numeral 9 del capítulo 3 del mismo, dejaba al Congreso la facultad de modificarlo en lo esencial y en lo accesorio. Bien podía por lo tanto, el Congreso reformar el objeto mismo de la convocatoria. (Acta del 5 de julio, página 173). Acota el mismo profesor Polanco en la obra citada, lo curioso que resulta que esas consideraciones sobre la legitimidad había sido las mismas surgidas en la revolución francesa y que muy bien hubieran podido sacar a colación las ideas de Talleyrand, Périgord, Barreré, Sieyes y otros, sobre la soberanía popular, pero que los venezolanos, auténticamente, sin acudir a otras ideas llegaron a la misma conclusión actuando en cuenta propia.

El asunto queda resuelto entonces, con interpretación del Derecho natural de los pueblos a tener su propio gobierno y queda expresado por Juan Germán Roscio "Todo poder que no descansa en la justicia no es un poder legítimo y es de todo punto indudable que no descansa en ella el que no ha recibido su existencia del pueblo o no ha sido al menos sancionado por el Pueblo (...) En tales casos (la orfandad del pueblo) el derecho natural y todos los demás dictan la necesidad de procurar los medios de su conservación y defensa"[20].

IV. CONTENIDO DEL PROCESO CONSTITUYENTE

1. Temas debatidos

El tema de la legitimidad lo hemos tratado precedentemente en un título que lleva su nombre, sin embargo queremos nuevamente expresar que los problemas del Congreso Constituyente son múltiples y se proyectan hacia distintas vertientes "pero el más arduo de ellos teóricamente considerado, es el de cohonestar el solemne juramento de fidelidad a Fernando VII con el preexistente designio de llegar a la Independencia. Este grave problema presenta en sí mismo dos aspectos distintos: el de crear una conciencia

19. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1883, Tomo I, p. 156.

20. DÍAZ SÁNCHEZ, Ramón, *Estudio Preliminar al libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela*, VAN, núm. 3, p. 27.

interior favorable a tal cambio y el de convencer a la opinión internacional (en particular a la de Inglaterra) de que la transformación constituye un derecho"[21].

Por lo complejo de los asuntos debatidos en el Congreso, nos resulta arriesgado resumir; por cuanto tal resumen pudiera restar importancia a estos sucesos tan importantes. Sin embargo pretendemos sintetizar los temas debatidos en cuatro asuntos que ocasionaron los más amplios debates en el seno del Congreso: la declaración de la independencia, la redacción de la primera Constitución Nacional, la división de las provincias de Caracas, y la abolición del fuero eclesiástico.

No obstante, antes de considerar cada uno de los cuatro temas arriba apuntados, queremos exponer una breve síntesis de otros asuntos notables tratados en el Congreso y que resultan del Análisis del Libro de Acuerdos del Supremo Congreso de 1811-1812[22]: En los días 3 y 4 del mes de marzo de 1811 se leyó, discutió y reformó el Reglamento provisorio sobre división de poderes; también en dichas actas se evidencia el indulto general publicado para reos comprendidos en las reales cédulas. En el día 5 se nombraron los señores que componen el Supremo Poder Ejecutivo igualmente sus tenientes y consultores. El día 6 se acuerda que quede extinguida y disuelta la Suprema Junta de Caracas, sin perjuicio de resolverse en la Constitución el modo, términos y sujetos con que debe establecerse una Junta Provincial de Caracas. En el día 7 se mandó formar un Tribunal de Vigilancia y Seguridad Pública, para que conociese de los delitos de alta traición. El día 8 se realiza la reforma de la administración de justicia y la participación del nuevo gobierno al gabinete de Londres, Estado Unidos de América, Antillas, Juntas Supremas de América Meridional y Juntas Provinciales de la Confederación; y que se pidiese al Supremo Poder Ejecutivo una razón exacta y circunstanciada de los fondos públicos, de su entrada y salida anual, y de los gastos muy urgentes en el día. El día 9 se nombra una comisión para redactar el Código Civil y Criminal. El día 12 se resolvió que todos los vecinos de las Costas de Barlovento y Sotavento, tuviesen facultades para aprehender cualquier persona que saltase en tierra de los Buques Corsarios de Puerto Rico. El día 13 se acordó que se organizarse una Junta de Comercio compuesta de tres o cuatro personas escogidas entre los negociantes y agricultores para que propusiesen al Gobierno los proyectos que deban adoptarse acerca de la rentas y tesoros públicos. El día 14 se acuerda que los ministros del Tribunal de Apelaciones fuesen solamente tres y el día 15 se nombraron los Ministros de la Alta Corte de Justicia, se previno que se encargase al claustro de la Universidad para que formase y presentase un plan de estudios que facilitase la educación literaria. El día 23 se acordó en virtud de representación del Arzobispo Metropolitano, que se librasen órdenes al Supremo Poder Ejecutivo, para que se persiguiesen y castigasen los que viven en concubinatos, y a los públicos escandalosos; declarando así mismo que sobre los que se resistan a cumplir con el precepto anual de la confesión, procedan los Párrocos y Jueces Reales con el celo y moderación que exige una materia tan grave: que sobre la impresión de los libros se observasen las licencias que hay establecidas, hasta tanto se determine otra cosa acerca de la libertad de imprenta.

21. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Tomo I, Caracas 1883, p. XCIII.

22. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Tomo I, Caracas 1883, p. 7.

2. El Acta de declaración de la Independencia

Como hemos expresado, uno de los principales motivos por los cuales se constituyó el Congreso Constituyente fue la declaratoria de la Independencia. En sesión del 3 de julio y en la del día siguiente casi todos los diputados participaban en el debate, entre tanto en la sociedad patriótica, donde se agita igualmente la cuestión, se pronuncia por la independencia absoluta.

El 5 de julio de 1811, en el Congreso, los diputados Miranda, Roscio Peñalver Palacio Fajardo Tovar, Álamo, Mayz, Maneiro, Unda, Sata y Bussy, Pérez de Pagola, los Toro, los Briceño, y otros más presentan sus razones a favor de la declaración de la independencia y rebaten las dudas de algunos diputados que, como Manuel Vicente de Maya, considera que el Congreso no tiene facultades para hacerlo, o como Ramón Ignacio Méndez que creen que no ha llegado el momento oportuno.

El mismo 5 de Julio, el triunvirato ejecutivo, expide una proclama en la cual aplaude y ratifica la declaración, al atardecer ese día el Congreso celebra una segunda sesión, en la cual se comisiona a Juan Germán Roscio y al secretario Francisco Isnardi para redactar el acta de la independencia. El 5 de Julio, en sesión de la mañana, se vota la declaración de la Independencia. En la sesión de la tarde se nombran comisiones para redactar el acta de la Independencia, designar la bandera nacional y dar forma al juramento de los empleados y ciudadanos. Se aprueba el Acta el 7 de julio y se publica el 14. El 15 prestan juramento los empleados. El 30 se expide un manifiesto al mundo.

3. La Constitución

Una vez declarada la independencia, el Congreso se abocó a partir de agosto al estudio de proyecto de Constitución. Durante los meses de mayo y junio anteriores había publicado en la Gaceta de Caracas, avisos en los cuales se exhortaba a los ciudadanos particulares a presentar por escrito ante el Congreso sus ideas sobre el régimen constitucional, a fin de que todos contribuyan con sus luces y conocimientos al acierto de asunto tan importante.

Es importante observar el aporte de los venezolanos en el ámbito del Derecho Constitucional. Para ese momento de la independencia -salvo en el caso de Estado Unidos- no existen constituciones escritas, la misma España no la tiene. Los patriotas evidentemente son pensadores y políticos de avanzada. Estimamos equivocado el criterio erróneamente difundido en el que se define a nuestros legisladores como *copistas* de leyes de otros países. Como veremos más adelante -en el capítulo referente al contenido de la Constitución- la Constitución de 1811 no es copia de la Constitución de Estados Unidos, no es copia de la Constitución de España, pues como hemos dicho, no la tenía. A la vista de los textos de las constituciones provinciales que determinan el Gobierno Federal que los venezolanos quieren constituir, y a la vista de la propia Constitución Federal, lo que podemos concluir es que el Derecho venezolano constituye un aporte importantísimo al Derecho Constitucional. Observamos también cómo el Derecho Constitucional, entendido como la sujeción a una norma de rango superior que organiza las actividades del Estado, es producto del Continente Americano colonizado después del descubrimiento de América, ya que la Constitución de los Estados Unidos es la primera en el mundo y la de Venezuela la primera escrita en idioma Español.

A. Proyecto anónimo de Constitución remitido por el administrador de Correos

Del libro de actas del Congreso Constituyente de 1811-1812, conocemos que en sesión ordinaria del 24 de noviembre de 1811, se discutió la Constitución y concluidas las horas señaladas para tratar esta materia, se leyó el proyecto anónimo de Constitución, remitido por el Administrador de Correos, habiéndose acordado, en consecuencia, que se nombrase una comisión, compuesta por Briceño y Yanes para que lo examinasen y expusiesen su dictamen acerca de su contenido[23].

Este nuestro primer proceso constituyente tiene la particularidad de lo novedoso, de lo creador: se constituye un Congreso con la idea de crear una República. Por tanto el contenido del Proceso Constituyente es el de formar un nuevo país, un fundamento legal que lo sostuviese, y por eso, pensamos que inspirados en las ideas constitucionales de los Estados Unidos, nuestros primeros constituyentes crean una nueva República mediante una Constitución escrita sin derramamiento de sangre; puede decirse que buscan la independencia mediante el Derecho y no de la Guerra. Esto, además de ser una realidad históricamente palpable, se contiene el texto de la alocución del Presidente del Congreso Constituyente cuando se publican los artículos de la Constitución para ser aprobados en referéndum por el pueblo[24].

Los venezolanos que integran el Congreso Constituyente de 1811 tienen en su mente el ideal de unir las Provincias en una sola República, y que a la vez cada provincia mantenga su independencia e integridad. Por ello el 16 de marzo de 1811 nombran una comisión especial integrada por Francisco Javier Ustáriz, Juan Germán Roscio y Ponte, para redactar el proyecto de Constitución Federal. En sesión del 24 de septiembre de 1811, "se acordó que verificadas las tres discusiones del Proyecto este proyecto del Señor Ustáriz, a proporción que se sancionen vayan redactándose los artículos"[25].

Conocemos las actas del primer Congreso constituyente de 1811-1812 y por ellas sabemos que existieron unas actas separadas con los diarios de debates del Congreso relativos a las discusiones en torno a la Constitución Federal, a dicha conclusión arribamos de la lectura de los textos de las Actas del primer Congreso Constituyente, donde se evidencia la ausencia de transcripción de discusiones sobre los artículos. Sin embargo, encontramos textos como los que siguen, que nos ponen de manifiesto la existencia de otro registro para recoger las discusiones sobre la Constitución: "Después de haberse discutido hasta la hora prefijada sobre el Capitulo 2° de la Constitución federal, según consta del cuaderno destinado a estas discusiones, se trajo a la vista .."., y del que sigue "Habiéndose discutido hasta la hora prefija el Capitulo 3 hasta el artículo 8° de la Constitución federal según consta del Registro del asunto"[26].

---

23. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 51.

24. "Eterno será en los fastos de América el corto periodo en que habéis hecho lo que ha costado a todas las naciones épocas funestas de sangre y desolación; y si la consternada Europa no tuviese que admirar nada en vuestra Constitución, confesará al menos que son dignos de ella los que han sabido conseguirla sin devorarse, y sabrán sancionarla con la dignidad de hombres libres" Congreso de la República. "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en: *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Anexo I, Caracas 1883, p. 39.

25. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 51.

26. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 23 y 26.

Estas segundas actas se desconocen, probablemente desaparecieron en el traslado del Congreso de Caracas a Valencia, a raíz del terremoto que en 1812 causa estragos y destrucción en Caracas. Es lamentable no poder contar con los orígenes de nuestra primera Constitución, sin embargo conocemos que los debates se iniciaron a partir del 21 de agosto de 1811 y que en el acta de la sesión del 3 de septiembre de 1811 se puede leer que "concluido el debate sobre la Constitución Federal, se leyó un expediente remitido por la Alta Corte"[27], afirmación de la cual podemos desprender que dentro del sistema de trabajo del Congreso estaba previsto trabajar en las primeras horas lo relativo a la Constitución y posteriormente los demás temas.

Conocemos por las actas que fueron tratados para incluir en la Constitución los siguientes temas:

B. Consejo de Ancianos

En sesión extraordinaria del 25 de septiembre de 1811, por la noche, "Reunido el Congreso... el Señor Ustáriz hizo presente que había creído el Consejo de ancianos propuesto en la Constitución como un equivalente del Tribunal de Censura. Los señores Yanes y Briceño, de Mérida, insistieron en la necesidad de este Tribunal como un remedio contra el despotismo de los poderes. El señor Yanes hizo también presente que no había visto nada expreso en la Constitución sobre fuerza armada; y el señor Bermúdez, de Cumaná, objecionó que debía resolverse cómo se sostienen los cuerpos facultativos e las plazas y guarniciones de éstas y los puertos. Con lo cual se concluyó este acta .."[28].

C. Seguridad y fortificación de los puertos marítimos

En sesión del 26 de septiembre de 1811, "hizo presente el señor Bermúdez que se echaba de menos en la Constitución un Capítulo que tratase de la seguridad y fortificación de los puertos marítimos, siendo esta materia tan importante y esencial a toda la Confederación. Fue discutida la materia y se acordó que esperase la conclusión del proyecto del Señor Ustáriz, para que en caso de que faltase este capítulo, se le hiciese presente"[29].

D. Guardia Constitucional

En sesión del 27 de septiembre de 1811 "Hizo la moción el señor Paúl de que se diese al Congreso una Guardia Constitucional para que fuese respetado, y que se tuviese presente esta materia, ahora que se trataba de la Constitución. La apoyaron los señores Maya, de La Grita, y Álamo y se difirió la resolución".

---

27. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 21.
28. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 55.
29. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 57.

E. Tribunal de Censura y la Fuerza Armada

En sesión del 2 de octubre de 1811, "Se hizo presente la notable falta que se advertía en el proyecto de Constitución del señor Ustáriz de unos artículos que tratasen del Tribunal de Censura que debía establecerse y de la Fuerza Armada. Se acordó pues en consecuencia que se nombrase una Comisión para que los formara y presentase al Congreso, habiendo resultado electos el señor Presidente para el de la fuerza armada, y el señor Yanes para el de censura". En sesión del 11 de octubre de 1811 se leyó el proyecto para el juicio de Censura que presentó el señor Yanes, y se mandó agregar a la Constitución"[30].

F. Soberanía del pueblo y derechos del hombre en sociedad

En sesión del 2 de octubre de 1811 por la noche "Se discutió por primera vez el capitulo 11 del proyecto de Constitución del señor Ustáriz, que trata de la Soberanía del pueblo y de los derechos del hombre en sociedad. Se hicieron varias reflexiones sobre N° 1 que constarán en el cuaderno de Debates y, convenido unánimemente el Congreso en su reforma se acordó nombrar una comisión para que la practicase, resultando la pluralidad en el señor Presidente". En sesión del 11 de octubre se "pasó a leer el último fragmento de la Constitución hasta el N° 25, del Capítulo 11 que trata sobre los derechos del hombre, cuya lectura se interrumpió, por haberse reclamado el señor Briceño de Mérida, se resolviese sobre una consulta que hacía la Sección Administrativa de moneda, para que sustituya la firma del administrador de descuentos y la del tesorero de las Cajas Generales por las razones que en ella se exponían; y S.M. se sirvió resolver que así se verificase, declarando que los Ministros ni interviniesen ni firmasen"[31].

G. Sobre los extranjeros

En sesión extraordinaria del 7 de octubre de 1811 por la noche, reunido el Congreso en su sesión extraordinaria, "se leyó el artículo 18, Capitulo 11 de la Constitución federal, que trata sobre extranjeros. Se discutió largamente sobre él, y se concluyó el acto, que rubricaron los señores Presidente, Vicepresidente y un diputado", en la sesión del 12 de octubre "continuó la discusión de la Constitución desde el N° 32, Capítulo 11, hasta su conclusión"[32].

H. Comisión sobre Concordato

Reunido el congreso en su sesión ordinaria del 22 de octubre de 1811 "se dio cuenta del oficio del señor Arzobispo a los encargados de la Comisión sobre Concordato, manifestando que el certificado presentado no comprende todos los puntos principales so-

30. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 68 y 92.

31. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 70 y 93.

32. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, pp. 88 y 96.

bre que ha de formarse, y aun contiene artículos sobre que no puede recaer, en cuya inteligencia pide se le exhiban las notas que contraigan y clasifiquen las pretensiones de su comisión. En consecuencia reclamó el señor Yanes contra la sanción del N° 2 del Capítulo 1° de la Constitución, creyendo que los concordatos deben hacerse entre los prelados territoriales, lo cual fue apoyado por los señores Maya, de La Grita, y Méndez, de Guasdualito, aunque se opusieron los señores Briceño y Paúl. Pidió el orden el señor Delgado, solicitando que se contrajesen al punto de la cuestión y fue de la opinión (que adoptó el Congreso) que los mismos señores comisionados presentasen al Congreso un proyecto de lo que crean necesario para cumplir los objetos de su comisión"[33].

Algunos de los debates más polémicos en el seno del Congreso giraron precisamente alrededor del articulo 180 del proyecto de Constitución por el cual quedaban abolidos todos los fueros personales, casi todos los eclesiásticos que eran diputados junto con alguno laico, impugnaron la inclusión de ese artículo, pero la mayoría lo sostuvo y pasó a la Constitución.

I. Alta Corte de Justicia

En sesión extraordinaria del 14 de noviembre de 1811 por la noche "Se discutió la Constitución, sobre la facultad del Supremo Poder Ejecutivo, para nombrar los ministros de la Alta Corte de Justicia, y se acordó que quedase sancionado el artículo en los términos en que estaba concebido el proyecto"[34].

4. Resultados del Proceso Constituyente

A. Acta de la Independencia

Además del acta de independencia firmada el 5 de julio a la que nos hemos referido anteriormente, se produjo la Constitución Federal y un cuerpo de leyes que fueron adoptando en el transcurso de la existencia de este Primer Congreso Constituyente.

Sobre la división de Caracas en sesión del 2 de septiembre de 1811, se declaró que "debe dividirse en dos, pero no puede ni debe llevarse a efecto esta medida como fruto y provecho de los pueblos de lo interior por ahora y hasta que la diputación general de Caracas, en quien reside la legislatura de su provincia estipule, convenga y presente al Congreso para su sanción los límites y Capital, que ha de tener la nueva provincia"[35].

B. La Constitución Federal

El 21 de diciembre de 1811, después de extensos debates, resultó aprobado el proyecto de Constitución Federal, con varias modificaciones al proyecto elaborado por la comisión del 16 de marzo.

---

33. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 114.

34. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 154.

35. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 17.

La suscribieron 37 diputados. Miranda lo hizo como los demás, pero dejó constancia escrita de sus reparos por considerar que no había un justo equilibrio entre los poderes, que la estructura no era suficientemente clara ni sencilla para perdurar y que no era adecuada a la población, usos y costumbres de Venezuela.

En sesión del 23 de diciembre de 1881 se acuerda la "impresión de ella, para que el Ejecutivo la circulase a los pueblos (...) bajo la autoridad del Congreso, se mandaron imprimir 120 ejemplares, para lo cual fueron comisionados los honorables diputados Yanes y Briceño, de Mérida. A propuesta del honorable diputado Palacios, quedó acordado que debía acompañarse la Constitución con una proclama o alocución a los pueblos análoga al objeto; quedó comisionado para formarla el honorable secretario"[36].

Este folleto comenzó a circular a comienzos de 1812; al final del mismo figuraba una alocución firmada en Caracas el 23 de diciembre de 1811 por el Presidente del Congreso Juan Toro y el Secretario, Francisco Isnardi; dirigida a los venezolanos a los efectos de que la Constitución fuera ratificada mediante referéndum, sin embargo no se señalaba procedimiento para hacerlo. El Congreso después de las vacaciones por ferias navideñas reinicia sus actividades en sesión del 2 de enero de 1812, comienza por elegir el Presidente y el Vicepresidente para el mes, quedando electos por pluralidad los diputados Mayz y Briceño de Mérida. El diputado Briceño abrió la discusión, proponiendo que no debía tratarse de renuncias ni de licencias de los diputados "hasta que se resolviese por el Congreso si se ponía en práctica la Constitución y se decidía sobre los poderes de la Unión"[37].

Entre los rasgos fundamentales de la Constitución se encuentran:

1) Establece como forma de estado la Federación a la cual llama confederación lo cual era común en aquella época. La escogencia de sistema federal fue común a muchos nuevos estados americanos: Argentina, Brasil, Federación Centroamericana, Méjico. Aparte de razones históricas que se han aducido como fundamento del tal sistema, mas o menos valederas, es evidente la influencia del modelo norteamericano, único vigente para la época y con inmenso prestigio por su éxito.

2) Acoge la separación de poderes con un poder legislativo bicameral: Cámara de Representantes y Cámara de Senado, como es característica del Estado Federal, pero el sistema de 1811 las provincias no tienen en el Senado igual representación sino que se eligen como los representantes, a partir de la población de cada una, pero con una base mayor que la que sirve para elegir estos, por lo cual la Cámara del Senado es menos numerosa que la de los representantes.

3) El poder ejecutivo es colectivo, ejercido por tres personas, única vez en la historia venezolana salvo ciertos gobiernos de facto, en que se establece esta forma de organización.

4) El sistema electoral es censitario, esto es, establece limitaciones tanto del derecho a elegir como a ser elegido según condiciones económicas.

5) Hace declaración solemne de los derechos del hombre, resumiéndolos en los de libertad, igualdad, propiedad y seguridad; acoge así lo que se ha venido a llamar después la doctrina o ideología del Estado democrático, liberal, burgués de derecho, en el cual la idea básica es la de unos derechos fundamentales anteriores y superiores al Estado que

36. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 228.

37. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883, p. 235.

pertenecen al hombre por propia naturaleza, mas allá de todo poder del estado, la cual se encuentra por su parte limitado, pues estos derechos son los limites de su actuación y su tarea principal es la de servir simplemente de guardián para el respeto y garantía de esos derechos. Esa va a ser la pauta de todas las Constituciones venezolanas hasta las posteriores inmediatas a la muerte del general Juan Vicente Gómez.

6) La Constitución creó la Corte Suprema de Justicia, "de precaria o casi ninguna actuación, y también se instaló el Tribunal de Vigilancia"[38]. Pero a pesar de su inactividad, consideramos que esa creación jurisdiccional constituye un avance importante en el principio de separación de poderes que esta misma Constitución consagra, por cuanto en el periodo colonial -bajo el régimen de legislación indiana- el poder judicial era ejercido en primera Instancia por el Alcalde y en segunda instancia por los gobernadores, quienes eran la autoridad superior de las entidades políticas llamadas provincias, las cuales aparecen desde los primeros tiempos de la conquista.

7) En cuanto a la libertad religiosa, no se reconoce libertad de cultos, y se proclama a la religión católica, apostólica y romana como religión del estado. En esto se parece mucho a las otras constituciones latinoamericanas y algunas de las europeas del siglo XIX.

Esta Constitución es de corta vigencia, desparece con la caída de la primera república en 1812. De ahí hasta el Congreso de Angostura en 1819 las necesidades y vicisitudes de la guerra hicieron imposible la vida constitucional, como no fueran los poderes militares transitorios y de hecho que aquella imponía.

C. Cuerpo de Leyes

De la lectura de las actas del Congreso Constituyente de 1811, se evidencia la redacción de varias leyes que regirán el destino de la patria durante ese período, sin embargo, queremos primordialmente resaltar que el día 9 de marzo de 1811, el Congreso Constituyente comisiona a Don Francisco Espejo, Don Miguel Sanz, Don José Domingo Duarte, Don Francisco Berrio, Don José María Ramírez, Don Francisco Xavier Yanes, Don Dionisio Franco, y Don José Ignacio Ustáriz, para que formen un Código Civil y Criminal, que tuviese por principal objeto la simplicidad y la brevedad de los juicios y la recta y segura de la administración de Justicia[39].

V. FUNCIÓN POLÍTICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE

El Congreso Constituyente de 1811 es un Congreso convocado con el objeto de construir un nuevo Estado, independiente y libre. Nos resulta sumamente interesante destacar que el resultado de este Congreso es el comienzo de una República, donde el poder reside en la manos del pueblo, y es éste quien elige su forma de Gobierno y sus gobernantes. Resulta curioso advertir que el producto de este proceso es una patria libre, no

38. CHIOSSONE, Tulio, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas 1980, p. 125.

39. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812"; en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, Tomo I, Caracas 1883, p. 8.

sólo de la Corona Española, sino libre con una autonomía que ni la misma España goza. Lo que los Venezolanos de 1811 buscan es -más que la independencia de la Corona- tener lo que en España no tienen: el poder en manos del pueblo, no de la Monarquía.

En este sentido podemos decir que este proceso constituyente de 1811 tiene una función política primordial ya que construye un nuevo estado, independiente de España y de cualquier monarquía. Al sancionar la Constitución va forjando las características y las instituciones de un Gobierno Federal, que lamentablemente por los las vicisitudes de la Guerra de la independencia, no puede consolidarse en la practica. Sin embargo, los venezolanos buscan la libertad y la consolidación de un nuevo país a través del Derecho, la guerra surge como el último medio al que acuden como único remedio para el logro de intereses superiores al de la misma paz, como es la libertad perdurable. Permiten el quebranto de una *relativa tranquilidad* por la búsqueda de una *libertad perdurable*.

VI. CONSTITUCIONES PROVINCIALES DE 1811-1812

Como hemos apuntado anteriormente, a partir del 19 de Abril de 1811, en Caracas se constituyó un nuevo Gobierno, igualmente en el resto de las provincias se constituyeron nuevos gobiernos y elaboraron sus propias constituciones, antes de que se aprobase la Constitución Federal. La duración de estos Gobiernos provinciales fue de escasos meses. Sin embargo, analizamos a continuación algunas de las Constituciones Federales por la importancia de su contenido en la creación de instituciones locales de tendencia federalista.

1. La Constitución de Mérida

Hemos tomado como primer elemento la Constitución de Mérida, por cuanto en ella se reflejan marcadamente los rasgos federalistas. Fue redactada por el presbítero Mariano de Talavera y Garcés, futuro obispo de Guayana. Recordamos que Mérida, en 1811 se hallaba incorporada a la provincia de Maracaibo, pero en virtud de la revolución del 19 de abril, se aparta del gobierno de Maracaibo y forma una Junta de Gobierno a la que se sometieron las ciudades de La Grita y San Cristóbal. El 31 de agosto sancionan una Constitución provincial que debía regir provisionalmente hasta que el Congreso instalado en Caracas dictase la carta de la Confederación. La Constitución establece:

-El sufragio Universal, sin exigencias censitarias.

-El Colegio Electoral que tiene como funciones dictar la Constitución o ampliarla y reformarla en los artículos que no sean fundamentales; nombrar los miembros del Poder Ejecutivo y los consejeros de éste, lo mismo que jueces y magistrados y anualmente el jefe principal de las armas.

-El Poder Ejecutivo se compone de cinco individuos titulares, con dos supernumerarios y dos consejeros. Duran en sus funciones un año, no perciben sueldo, por ahora, y los titulares turnan en la presidencia mensualmente. Provee todos los empleos militares, políticos y de hacienda.

-El Poder Judicial reside en un Tribunal Superior de Apelaciones, compuesto de tres jueces y un asesor, y en tribunales y jueces inferiores. Un Juez consular, elegido cada dos años por los comerciantes y hacendados, conoce de los asuntos mercantiles acompañado de los colegas que nombren las partes litigantes en juicio verbal, y aconsejándose con letrado cuando el caso lo re-

quiera; promueven el comercio, industrias, fábricas, etc. Y arbitra los medios de abrir caminos, proponiéndolos al ejecutivo.

-Los derechos y garantías individuales son análogos a los que cuatro meses más tarde formuló la Constitución Federal, siendo de notarse en la de Mérida el lenguaje sobrio, preciso y luminoso.

2. La Constitución de Trujillo de 1811

La Constitución de Trujillo fue sancionada el 2 de septiembre de 1811, fue redactada por Fray Ignacio Álvarez, Secretario de la Junta Patriótica de Trujillo. Declara la religión Católica como la religión de la Provincia, y dentro de sus preceptos encontramos:

-El Poder Legislativo, llamado Poder Provincial o Colegio Electoral, se compone de diecisiete diputados, electos anualmente. Este Poder tiene dentro de sus facultades dictar la Constitución y reformarla.

-El Poder Ejecutivo se llama "Cuerpo Superior de Gobierno" y lo forman cinco vecinos calificados de la Provincia, mayores de veinticinco años y con rentas suficientes para mantenerse, se turnan la Presidencia cada mes.

-El Cuerpo Municipal o de Cabildo se compone de cinco personas y un Síndico.

-El Poder Judicial se confía a un Tribunal de Apelaciones, que es el mismo Cuerpo Superior de Gobierno.

3. La Constitución de Barcelona de 1811

Recordamos que Francisco de Miranda, para 1811, reside en Barcelona y es electo Diputado al Congreso Constituyente por Barcelona. Su influencia en esta Constitución Provincial es determinante y de ahí su nombre "Código Constitucional del Pueblo Soberano de Barcelona Colombiana". Conocemos que fue firmada por Francisco Espejo y Ramón García de Sena. Dentro de los rasgos elementales de sus disposiciones podemos observar:

-En cuanto a la organización del gobierno, formula reglamento para el ejercicio de cada poder.

-Expone los principios en que radica la facultad del pueblo para variar la forma de su gobierno.

-Enumera los derechos de los habitantes de la república de Barcelona Colombiana, y los define con amplitud liberal y precisión democrática que no igualarán las constituciones ulteriores.

-Divide el territorio en Partidos Capitulares y éstos en Pueblos y Parroquias.

-Las elecciones son de dos grados: en asambleas primarias y colegios electorales.

-El Poder Ejecutivo lo ejerce un presidente elegido cada tres años por colegios electorales, y es Vicepresidente el Presidente del Senado.

-El Poder Legislativo se compone de dos Cámaras, una de representantes y otra de Senadores, cargos renovables cada dos y cuatro años respectivamente.

-Las Cámaras reunidas dictan los códigos civil, criminal y judicial.

-El Poder Judicial Supremo lo componen dos ministros vocales y un fiscal, nombrados por el Presidente del Estado, previo consentimiento y aprobación del Senado.

-El Cuerpo Municipal se establece en cada una de las ciudades capitulares en sustitución del Ayuntamiento Español.

Finalmente establece que una vez sancionada la Constitución, se remita al Gobierno de la Confederación para que declare su adecuación con los principios y pactos de la Unión.

4. La Constitución de Caracas de 1812

Caracas siguió un procedimiento *sui generis* para la elaboración de su Constitución Federal. El Congreso Nacional, nombró el 28 de marzo de 1811 una comisión de diputados con el objeto de elaborar un Constitución que además, sirviese de modelo a las demás provincias de la confederación. El 5 de junio, se formó una sección legislativa provisional, compuesta de los diputados al Congreso por la provincia de Caracas. Estos diputados se ocuparon a un tiempo en la legislación federal y en la provincial. Dictaron en efecto para Caracas una ley de imprenta, la declaración de los derechos del hombre y unas ordenanzas para la Policía y mejor gobierno de los llanos de la Provincia. Dentro del contenido de dicha constitución, observamos:

-División del territorio de las provincias en Departamentos, los Departamentos en Cantones, estos en Distritos y estos en Parroquias.

-Acuerda el derecho electoral a los mismos ciudadanos que especifica la Constitución federal.

-El Poder Legislativo se compone de dos cámaras, una de senadores y otra de representantes. El ejecutivo reside en tres individuos, se permite la reelección pero ningún individuo puede ejercer su empleo por mas de ocho años en un periodo de doce.

-El Poder Judicial se ejerce en materias civiles y criminales ordinarias por dos Cortes Supremas, Tribunales Superiores en cada Departamento, jueces de Primera Instancia y Jueces Municipales en las Ciudades, Villas y Pueblos, pudiendo siempre los litigantes hacer juzgar sus diferencias por árbitros.

-Los municipios tienen una autonomía muy amplia. Las Parroquias nombran cada año dos electores especiales para que designen los miembros de la municipalidad (cuyo numero varía según la población) y elige además cada Parroquia un Agente Municipal que tiene asiento, voz y voto en el cabildo. Las Municipalidades compuestas de una o de dos cámaras, según la importancia del Distrito, nombra libremente sus alcaldes ordinarios y proponen cada dos años al Gobierno Superior tres sujetos beneméritos para los empleos de corregidores[40].

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela, 1811-1812*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 2 vols. (Colección Sesquicentenario de la Independencia, tomos 3-4), Caracas.

-*La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y documentos afines*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 233 p. (Colección Sesquicentenario de la Independencia, tomo 6), Caracas.

-*Las Constituciones Provinciales,* Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 387 p. (Colección Sesquicentenario de la Independencia, tomo 7), Caracas.

40. *Cf.*, GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*. Tomo I, Madrid marzo 1967, pp. 269-270.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Congreso Constituyente de 1811-1812" en *Actas de los congresos del ciclo bolivariano*, Ediciones del Congreso de la República, 2 vols., Caracas 1883.

FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario de Historia de Venezuela*. Ediciones de la Fundación Polar, 3 vols., Caracas 1988.

ANNA, Timothy E., *España y la Independencia de América*, F.C.E., México 1986, 346 p.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

CARRERA DAMAS, Germán, *La crisis de la sociedad colonial*, Ed. Monte Ávila, Caracas 1983, 100 p.

CHIOSSONE, Tulio, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas 1980.

DÍAZ SÁNCHEZ, Ramón, *Estudio preliminar al libro de actas del Supremo Congreso de Venezuela*, VAN, núm. 3, p. 27.

FAJARDO H. Angel R., *Compendio de Derecho Constitucional*, 6° Edición, Editorial Lex, Caracas 1984, p. 355.

GARRIDO ROVIRA, Juan, *Independencia, República y Estado en Venezuela*, Editorial Torino, Caracas 2000, 149 p.

GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Talleres Eosgraf S.A., 2 vols., Madrid 1966.

LEAL, Idelfonso, *Historia de la UCV (1721-1981)*, Ediciones del Rectorado de la UCV, Caracas 1981, p. 491.

LECUNA, Vicente, *Crónica Razonada de las Guerras de Bolívar*, The Colonial Press Inc., 2 vols., New York 1950.

LINARES QUINTANA, Segundo, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Tomo 2, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1975, p. 405.

PARRA-PÉREZ, Carracciolo, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Ediciones de la A.N.H., MCMLIX, 2 vols., (Colección Sesquicentenario de la Independencia, Tomos 19-20), Caracas.

POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia de Venezuela*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V., Caracas 1962, 91 p.

ROMERO, María Teresa, *Diccionario de Política (y de los grandes pensadores políticos)* Editorial Panapo, Caracas 1994.

SORIANO, Graciela, *Venezuela 1810-1830: aspectos desatendidos de dos décadas*. Cuadernos Lagoven, Caracas 1988, 147 p. (Serie Cuatro Repúblicas).

HEMEROGRAFÍA

La Gaceta de Caracas (1812-1822) (revisar período 1810-1812).

El Semanario de Caracas (1810-1811).

El Mercurio Venezolano (Enero, Abril y Mayo de 1810).

El Publicista de Venezuela (1811, órgano oficial del Congreso Constituyente).

ANEXO I

MERCURIO VENEZOLANO, N° III DEL MES DE MARZO DE 1811

"Al ver al Pueblo reunirse milagrosamente, inflamarse con una rapidez maravillosa y desafiar con una constancia heroica el formidable poder de la tiranía que lo abrumaba poco antes, no puede menos de confesarse que hay un poder invisible e inmenso que combate a favor de la Independencia de las Naciones, que inducidas por justos y legítimos motivos, se resuelven a usar del derecho imprescriptible de insurrección que todas ellas tienen para reformar su gobierno, y oponerse con la fuerza a los abusos introducidos por la tiranía, y sostenidos por el despotismo contra el pacto social: un genio tutelar que la sostiene en medio de los peligros y los reveses, y que la hace renace de entre los mismos escombros que amontona contra ella en su furor de monstruos asolador de la servidumbre: este agente formidable es el que sostiene a los Americanos. Su esencia no tiene nada de común con la rastrera política de la ambición, es muy imperceptible su existencia para que pueda compararse con la fuerza mecánica que hace obrar al despotismo: y sus efectos son muy diversos para que puedan parecérsele. Este agente es en el mundo moral lo que la electricidad en el mundo físico; ni la distancia ni la opresión pueden impedir su propagación, y sus maravillosos fenómenos están aún fuera de las leyes conocidas de la mecánica".

El es el que produce las tempestades políticas que desvanecen los negros vapores de la tiranía, restablecen el equilibrio social, hacen respirar el aire puro y vivificador de las Leyes: á el se deben las saludables conmociones que, desde Caracas, han producido una explosión maravillosa al Oriente, al Occidente y al Mediodía de Venezuela, han puesto en contacto sus principios con los de Buenos Aires, Santa Fé, Chile, Guatemala, México, la Florida, y empiezan a despejar el horizonte político del resto del continente Americano. Compárense por un momento los rápidos progresos del espíritu humano bajo la influencia de la libertad, con los tardíos é ineficaces esfuerzos que hace inútilmente cuando se halla abrumado por el despotismo, y se tendrá una idea exacta de la intensidad incalculable de este agente invisible y poderoso. Trescientos años ha que lucha Caracas contra todos los obstáculos de una política exterminadora de todo elemento de racionalidad, sin haber podido dar un paso hacia los conocimientos que honran y sostienen, y hacen felices los pueblos; agotadas sus potencias intelectuales en unas instituciones rutinarias, se han nutrido de un alimento suministrado por la tiranía para debilitar y hacer enfermizo su temperamento moral. Tal era la constitución facticia que la opresión había dado a los Americanos; pero ellos han sabido demostrar que no habían sido criados para una degradación eterna: que sus órganos eran susceptibles de las más sublimes impresiones: que sabían aspirar, y dirigirse a los excelsos fines á que la Providencia destinó a los seres racionales: que eran capaces de honrar la especie privilegiada á que pertenecen; y que eran dignos y propios para sostener la dignidad civil que han conquistado. Cualquiera que sea la disposición que manifiesten los Pueblos de la América para recibir este principio regenerador de las sociedades, y cualesquiera que sean los fenómenos que el produzca en este vasto hemisferio, no podrá dejar de conocerse en Caracas el foco privilegiado que ha dado impulso y dirección á las partículas esparcidas de esta materia sutil y vivificadora. Aquí es donde se han visto por la primera vez sus fenómenos en el Nuevo Mundo: parece que el orden político del otro hemisferio no ha hecho más que estar acumulando en tres siglos de monopolio, de arriendo y de privaciones de toda especie, una enorme masa de este principio volátil en los corazones de los Venezolanos; sin calcular la formidable explosión que tarde ó temprano había de

inundar y cubrir hasta los vestigios de la antigua servidumbre. Después de mil bramidos sordos y formidables reventó el volcán el 19 de abril, se puso en movimiento el espíritu inflamable de la independencia, se dejaron ver funestos meteoros contra la tiranía, se desplomó su imperio, y se estableció el de la libertad sobre sus ruinas. Analicemos, pues, cual ha sido el espíritu de vida y de actividad que se ha identificado con nuestra existencia después que calmada esta tempestad política, hemos respirado en medio de una atmósfera purificada de los pestilentes efluvios de la anterior corrupción. Descubramos ya el horizonte que no nos dejaba ver la niebla que nos cubría, y por doquiera que miremos nos parecerá ver un país nuevo y desconocido: ya no hay rivalidades que incomuniquen entre sí las partes que componen nuestro cuerpo político: á la languidez y el aislamiento individual ha sucedido toda la actividad que deben inspirar los intereses que hemos tomado a nuestro cargo: una admirable unanimidad de sentimientos produce y sostiene una firme y no interrumpida cooperación á favor de causa común, en todos y en cada una de sus partes participan del mismo impulso, y obedecen a la primitiva dirección que se dio el 19 de abril al orden civil de Venezuela: la Constitución política, las instituciones sociales, las clases las familias y los individuos, forman un cuerpo orgánico vivificado y robustecido por el espíritu de una independencia calculada y apoyada sobre los intereses de todos...El genio del bien ha podido ya establecer su imperio en el Nuevo Mundo.

Parece que los tiranos han querido hacer á la revolución la espantosa precursora de la independencia, para añadir este nuevo fantasma a la comitiva de la superstición, la ignorancia, el fanatismo, y la adulación que forman su corte. Es cierto que el antiguo mundo ha sido el teatro de revoluciones capaces de perpetuar con sus horribles recuerdos el imperio del despotismo, si el agente imperceptible y regenerador de las sociedades no reanimase de tiempo en tiempo el abatimiento del genero humano, y restituyese al hombre su dignidad primitiva. La revolución de la América no debe compararse con las que han producido la ambición o el fanatismo: el deseo de elevar al augusto rango de Patria un país usurpado y convertido hace tres siglos en la heredad de propietarios distantes y corrompidos, no debe confundirse con los incendiarios conatas de los usurpadores, de los tiranos ó de los conquistadores ¿Por qué ir a buscar en las vísperas Sicilianas, en la Liga, en los Guelfos y Gibelinos, en los Whigs, y Toris, y en las sangrientas páginas de la guerra civil, espectros para arredrar los esfuerzos dictados a los Americanos por un orden político que no han hecho más que sufrir y lamentar a dos leguas de distancia? A las revoluciones legítimas se debe la reforma de los abusos introducidos por la tiranía; y en todas las edades han tenido los Pueblos que recobrar de cuando en cuando la soberanía que solo reside en ellos, para mejorar sus instituciones, destruir a los tiranos, y restituir al genero humano la dignidad y el poder que jamás pudo enajenar. Cuatro revoluciones ha producido el amor innato de la libertad y la independencia en nuestros días; y tres e ellas hacen honor al genero humano. ¿A que pues, presentar á cada paso el Jacobisnismo francés, la guillotina de Robespierre, el despotismo militar de Bonaparte, los negros horrores del Guarico; y no hacer mención de los Suizos, los Holandeses, y los Americanos del Norte, que han enseñado a los tiranos, que la especie humana lejos de pertenecer á un ciento de hombres, son estos los que deben ser juzgados y sentenciados por la especie humana. Semejante conducta, no tiene otro objeto que el de perpetuar la usurpación por la fuerza y el terror. Más no siempre ha de ser la humillación y el sufrimiento, el carácter de los pueblos; Caracas acaba de dar una nueva prueba de la poderosa é irresistible influencia del principio invisible que hace levantar de cuando en cuando el brazo de la justicia popular para derrocar el ídolo de la ambición y el desorden; y desde este centro privilegiado de la Regeneración americana, han

observado con placer los verdaderos amantes del bien público, los fenómenos de este elemento oculto y poderoso: de este agente infinito en sus modificaciones, infinito en sus afinidades, infinito en su acción, e infinito en sus efectos: ya se le ve combinar los intereses más opuestos, y reunir las opiniones mas encontradas; y acumulando las partículas más volátiles, comunicar con rasgos de fuego la actividad y la energía a los espíritus más abatidos, disipar hasta los mas densos vapores de los lagos y los pantanos, e insinuarse en todos los corazones a través de la distancia, y de los obstáculos de la opresión y el embrutecimiento. ¿Y dónde reside este poder inmenso e irresistible? En cada uno de nosotros, y en todos los Americanos. Analicémonos a nosotros mismos desde que hemos renacido a la alta dignidad que gozamos, y hallaremos que *est Deus in nobis, agitante calescimus illo*: recapacitemos sobre nuestra actual constitución, y veremos que hay en nosotros un agente superior a nuestras facultades ordinarias que nos da la impavidez de Alexandro y las fuerzas de Alcides: que este agente igualmente activo en el reposo, o la tempestad, cuando crea o cuando destruye, inalterable en el temor o en la esperanza nos sostiene en medio de los precipicios que quiere oponer, en derredor nuestro, la pérfida de nuestros enemigos. Este es el mismo que concentrado en nuestros pechos por la opresión anterior, parecía solo capaz de formar un alma individual; pero que dilatado ha conmovido simultáneamente una nación entera, y va a infundir el soplo de la vida en un mundo amortiguado por tres siglos de violencia e injusticias ¿habrá ya a vista de esta palpable demostración quien pregunte donde reside esta potencia protectora de la América? Indigno sería de contarse entre los compatriotas de Washington y de Franklin el que al oírla, poniendo la mano sobre su corazón, no lo sintiese palpitar de acuerdo con las penetrantes impresiones que hieren sus sentidos. Por do quiera que exista una patria, debe existir en el alma de cada ciudadano una fuerza de expansión incapaz de ceder a los esfuerzos con que la tiranía procura anonadarla y extinguirla. Es incalculable su efecto en circunstancias ordinarias: todos amamos nuestra patria; pero ninguno sabe hasta donde nos conduce este amor, cuando ha llegado a mirar como tal el suelo que lo vio nacer, ó lo adoptó: entonces es que conocemos cuanto somos capaces de hacer, cuando el grito penetrante de esta madre despierta en nosotros el instinto filial adormecido por el mortífero veleño de la opresión".

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Augusto Durán Martínez
Profesor de la Universidad Católica Damaso A. Larrañaga
Uruguay

INTRODUCCIÓN

I

1. Muchos son los sentidos en que puede emplearse el término Constitución. De todos ellos, a los efectos de nuestra exposición partiremos de la acepción instrumental a la que aludimos hace algunos años en una conferencia en la Universidad Católica del Uruguay (aunque en puridad aquella definición no es enteramente instrumental ya que tiene una innegable connotación sustancial).

2. Desde este punto de vista, puede decirse que "una Constitución es el documento en que se recoge y da forma jurídica en sus lineamientos básicos la filosofía política de una Nación"[1].

3. Eso nos lleva de plano a abordar la filosofía política de nuestra Nación recogida en nuestra Carta Fundamental.

4. Y con esto estamos ya efectuando una afirmación muy importante. No es la Constitución que determina nuestra filosofía, sino al revés, es la filosofía nacional que determina nuestra Constitución.

5. Ella es el receptáculo que recibe y conserva nuestros valores fundamentales.

6. No obstante lo expresado, a menudo el medio social se encuentra en disonancia con esos valores. En esos casos la Constitución lo encauza asegurando o imponiendo a veces algunos de ellos ejerciendo así una invalorable función docente. Pero no se trata de imposiciones arbitrarias sino que el constituyente extrae esos valores de un determinado contexto cultural que está en la sociedad, aunque no sean del todo conocidos por la generalidad.

Fue lo que ocurrió entre nosotros de una manera notoria con la Constitución de 1830. En determinado momento el divorcio entre la norma y la realidad fue tal que en forma peyorativa se habló del *lirismo de los constituyentes*.

Se ha dicho "que al establecer un Código Constitucional demasiado avanzado, demasiado liberal, nos dieron leyes que no se armonizaban con la cultura pública y no crearon un centro de autoridad bastante fuerte para poner a raya las ambiciones de los caudillos.

---

1. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Poder Ejecutivo: funcionamiento y sistema de gobierno" en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1998.

De manera que su obra fue obra de líricos, absolutamente impracticable en aquellos momentos y difícilmente practicable aún en época más avanzada de nuestra evolución"[2].

Ante esto se levantó la enérgica voz de Juan Andrés Ramírez. "De la Constitución de 1830 se puede afirmar que cada vez que el despotismo ha pesado sobre el país, ha tenido que atropellar, para ello, los principios inscriptos en aquélla, y que cada vez que un rayo de libertad iluminó la vida nacional fue cumpliendo los preceptos constitucionales. ¡Bastaría esto, sobradamente, a la gloria de nuestros patricios!"[3]

En tiempos más recientes, refiriéndose en general al proceso constitucional latinoamericano pero en análoga postura, Gros Espiell expresó: "El tema fue objeto de un largo debate en prácticamente todos los países de América Latina. Este debate ha consistido en discutir si los constituyentes hicieron bien en hacer constituciones tan perfectas e ideales y tan alejadas de la realidad, que muchas veces tenían vigencia jurídica pero no efectividad real. Yo siempre he pensado que los textos constitucionales, y esto puede aplicarse a los de entonces, a los de ahora y a los de mañana, tienen no solamente una importancia como textos reguladores de la conducta humana, de conductas humanas efectivas, sino que cumplen un papel de docencia, sin poder ahogar las fuerzas políticas reales, porque esa, además, no es su función. Nos enseñaron a vivir dentro de la ley, dentro de la Democracia, respetando al individuo y sus derechos"[4].

7. Con esta perspectiva se percibe fácilmente que no puede existir una filosofía de una Nación congelada. Por el contrario, sin perjuicio de su pertenencia a una determinada raíz, ella evoluciona con el tiempo según las circunstancias.

II

1. Al decir de Barbagelata "el derecho constitucional uruguayo se ha ido formando por aluvión, sin nunca perder lo que había conquistado"[5].

Por eso, para comprender cabalmente el texto actual es preciso conocer los que le precedieron. Pero incluso no basta con remontarnos a 1830. Con acierto Jiménez De Aréchaga observó: "Nuestro sistema institucional no comienza en 1830. Su origen es, aún anterior a la fecha en que Colón hace entrega a la Corona de España, por tradición ficta -oro e indios- de un nuevo continente. -Nada se destruye en la historia de las instituciones. Los viejos principios del Derecho Español anterior al descubrimiento trascienden a la organización del coloniaje, y algunos de ellos, sobreviviendo a la retirada de los primeros conquistadores se insertan en los textos jurídicos que más tarde organizarán la vida común en estas tierra. -Vendrá después la Revolución, sobre cuya génesis y significado político aún está abierta la polémica. Lo cierto es que, desde que se quiebra la tutela espiritual de la metrópoli, los pueblos americanos enriquecen y ensanchan su ciencia política con nuevos y distintos aportes"[6].

---

2. RAMÍREZ, J.A., "Sinopsis de la evolución institucional" en RAMÍREZ, J.A., *Dos ensayos constitucionales*, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 118, Montevideo 1967, p. 73.

3. RAMIREZ, J.A., *ob. cit., loc. cit.*, p. 75.

4. GROS ESPIELL, H., "Derechos humanos en el constitucionalismo latinoamericano" en GROS ESPIELL, H. *Estudios Constitucionales*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1998, p. 323.

5. BARBAGELATA, A.L., "Protección constitucional de los derecho humanos en el Uruguay" en *El Concepto de Derechos Humanos*. Un estudio interdisciplinario, segunda tesis, nº 1, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo 1986, p. 10.

6. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución Nacional*, Cámara de Senadores, t.I, Montevideo 1992, p. 51.

2. De esto se desprende sin esfuerzo que nuestro sustrato cultural en la época de la independencia y comienzo del llamado constitucionalismo es el hispano. Esa cultura gira en torno a una filosofía que se remonta hasta Aristóteles pasando por Santo Tomás De Aquino, que hemos conocido a través de la denominada escuela de Salamanca, -aunque se explayaba en otras Universidades de España- fundamentalmente por medio de Francisco Suárez, cuyo pensamiento campeaba en la Universidad de Córdoba por su origen jesuítico.

Esta Universidad convirtió a Córdoba en un impresionante centro cultural que pudo competir con los principales del viejo mundo[7] y esparció sus ideas sobre una vasta región que comprendió por cierto al Río de la Plata.

Estas ideas forjaron el espíritu de Mayo[8] y formaron un acervo cultural que, al decir de Barbé Pérez, "pasó por ósmosis a Artigas y sus tenientes"[9].

3. Luego vendrán otras ideas, provenientes de Francia, los Estados Unidos y de la propia España.

Gros Espiell ha puesto claramente de manifiesto la influencia del pensamiento político liberal de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX en las primeras Constituciones latinoamericanas. En ese aspecto dice: "todas tienen, en forma directa o indirecta, tres líneas de fuentes: el liberalismo español, a través básicamente de la Constitución de Cádiz de 1812; el proceso constitucional francés y más que los textos franceses el pensamiento político francés, esencialmente de Montesquieu y el que nació de una interpretación idealista y equivocada de Rousseau, y la influencia directa, de textos, de los Estados Unidos, de la Constitución Confederativa de 1787, de la Constitución Federal de 1789 y de muchas constituciones estaduales"[10]. Es más, la citada Constitución española de 1812 fue para nosotros fuente, en cuanto a que sus textos fueron tenidos en cuenta e influyeron en los constituyentes de 1829 y precedente, en el sentido de que rigió al menos teóricamente en todo o en parte del territorio de lo que hoy es nuestra República Oriental del Uruguay[11].

4. Por eso no es de extrañar que entre los autores de nuestros primeros estudios constitucionales figuren algunos que abrevan en las fuentes de la filosofía realista, como Francisco Bauzá,[12] y otros sean espiritualistas, como Carlos María Ramírez[13].

5. Como se sabe al Estado feudal de la Edad Media siguió el Estado Absolutista, primera forma del Estado Moderno. A éste siguió el llamado Estado Liberal de Derecho también denominado Estado de Derecho Liberal Burgués[14] y posteriormente apareció el Estado Social de Derecho construido sobre la estructura de aquél, pero sin desconocer

---

7. FURLONG, G., *Los Jesuítas y la Cultura Rioplatense*. Urta y Curbelo, Montevideo 1933, pp. 119 y 125.

8,. ROCA, C.A., "La doctrina suareciana en la independencia de América" en ROCA, C.A., *La doctrina suareciana en la independencia de América y otros ensayos*, Universidad Mayor de la República, Montevideo 1979, pp. 11 y ss.

9. BARBÉ PÉREZ, H., "Raíces hispánicas de la defensa del administrado en nuestro Derecho" en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo 1982, Año XXVI, nº 1, pp. 7 y ss.

10. GROS ESPIELL, H., *ob. cit*., *loc. cit.* , p. 322.

11. GROS ESPIELL, H., *La Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución del Reino de Portugal de 1822, la Constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedente de la Constitución Uruguaya de 1830*. Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Montevideo 2001, p. 7.

12. BAUZÁ, F., *Estudios Constitucionales*, Biblioteca Artigas, vol. 11, Montevideo 1953.

13. RAMÍREZ, C.M., *Conferencias de Derecho Constitucional*, Biblioteca Artigas, vol. 103, Montevideo 1966.

14. SAMPAY, A.E., *La crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires 1942.

la dimensión individual del hombre consideró también como lo había hecho antes Aristóteles y Santo Tomás De Aquino, su dimensión social.

Este Estado Social de Derecho conoce a su vez dos etapas: una primera denominada Estado de Bienestar o Benefactor (Welfare State) y una segunda, llamada a falta de otro vocablo más adecuado, Estado Subsidiario[15], en clara alusión al principio de subsidiaridad elaborado por la Iglesia Católica en sus Encíclicas a partir del siglo XIX con la Encíclica *Rerum novarum*, de León XIII pero, sobre todo, luego de la *Quadragésimo Anno* del Papa Pío XI,[16] en pensamiento completado con los documentos denominados *Mater et magistra*, *Pacem in terris*, *Gaudium et spes* y *Centesimus annos*.

Este principio de subsidiaridad presenta dos grandes aspectos:

a) Uno limitativo o negativo. El Estado no debe ejercer aquellos cometidos que pueden realizar las sociedades intermedias o los individuos.

b) Otro positivo que implica un hacer del Estado. Al Estado le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común lo imponen.

Esto excluye expresamente el llamado *principio de antisubsidiaridad* que puede expresarse de la siguiente manera: "que los cuerpos intermedios o individuos hagan solo aquello que no puede hacer el Estado"[17].

En ambos tipos de Estado Social de Derecho se contemplan las dos dimensiones del ser humano, la individual y la social. Pero en el primero se pone el acento en la segunda mientras que en el segundo en la primera. Eso condiciona el rol de la Administración. En el primero se acentúa su papel prestacional, en el segundo sus funciones de control; en el primero importa especialmente quién hace las cosas, mientras que en el segundo que las cosas se hagan. Salvaguardando ambos los valores igualdad y libertad, el primero da más resalte a la igualdad y el segundo a la libertad.

6. Cuando obtenemos la independencia y a partir de allí comienza entre nosotros un constitucionalismo propio, lo hacemos bajo el auge del Estado Liberal de Derecho. Por eso nuestra primera Constitución codificada y rígida, la de 1830 es típicamente liberal. En líneas generales puede decirse que sus moldes se ajustan al Estado Juez y Gendarme del Estado de Derecho Liberal Burgués.

Pero con el tiempo la realidad se va imponiendo de a poco. El Estado va asumiendo nuevos cometidos. La Administración, de prescindente, se va tornando más prestacional aun dentro del marco de la Constitución de 1830.

Esto se ve reflejado en las sucesivas reformas constitucionales que van pautando el pasaje del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho.

Y éste es regulado con una amplitud tal que permite, según las circunstancias, adoptar primero el Estado de Bienestar para pasar luego con un cambio de legislación a un verdadero Estado Subsidiario. Ambas posibilidades son admitidas en nuestra Constitución vigente; pero ella no otorga una discrecionalidad al legislador sino que una u otra son impuestas por las circunstancias de la realidad.

---

15. CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, t.1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 62 y ss.

16. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Turismo. Aspectos del régimen jurídico.* Acali Editorial, Montevideo 1979, pp. 17 y ss.; CAGNONI, J.A., "Estado y Sociedad: el principio de subsidiaridad", en CAGNONI, J.A., *Estudios sobre el Estado Democrático y Social de Derecho*, Montevideo 1989, pp. 31 y ss.

17. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Rol del Estado en la sociedad civil", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios sobre Derecho Constitucional* ..., p. 109.

DERECHOS HUMANOS

I

1. Si analizamos la llamada parte dogmática de nuestra Constitución advertimos que ella se basa en el hombre. De él parte y a él se dirige.

2. Del estagirita y del Doctor angélico aprendimos que el hombre es un animal racional. Por ser racional es un animal social y por ser un animal social es un animal político[18]. O dicho de otra manera, el hombre es "una sustancia individual de naturaleza racional", según la fórmula de Boecio adoptada por Tomás de Aquino.

Esta es la piedra angular de nuestra Constitución, o mejor dicho, de nuestras Constituciones, ya que esto es recibido por lo menos desde la Constitución de 1830, por no ir más atrás en el tiempo.

Tanto es así que nuestro primer Catedrático de Derecho Constitucional, el Dr. Carlos María Ramírez, en sus clases de 1871 dijo: "El hombre tiene la pasión de la sociedad, si es permitido hablar así; es necesaria, inevitablemente sociable. Esta simpatía que se despierta al contacto de los hombres como él, nada tiene que difiera de esos movimientos del alma, desarrollándose bajo la impresión de un sentimiento, agradable o doloroso. Es menester reconocerla y nadie la pone en duda. *Dios ha hecho al hombre sociable haciéndole sensible; la sociedad es de esta manera, tan inherente al hombre como sus facultades más íntimas*"[19].

Es evidente que en este aspecto Ramírez es tributario de Aristóteles y sobre todo del Aquinate pese a su vertiente filosófica diferente.

3. De esa naturaleza derivan todos los derechos fundamentales que los textos constitucionales han ido reconociendo y tutelando y en función de la perfección de ellos concibiendo un determinado tipo de Estado.

En efecto, unos derechos derivarán de la naturaleza de ser sustancial del hombre, otros de la de ser sensible y otros de la de ser racional incluyendo naturalmente por ello su dimensión social y política.

"En primer término el hombre tiene la inclinación común a todos los seres sustantivos de apetecer su conservación; por ende de promover lo necesario para lograr el sustento, el abrigo y la salud de su cuerpo. De esta tendencia derivan el derecho a defenderse contra las agresiones ilegítimas y la prohibición de cualquier especie de homicidio; igualmente de ella nace el derecho de trabajar, de transitar, de contracambiar y transportar cosas para lograr el sustento, etc.

En segundo lugar el hombre posee la inclinación común a todos los animales de tender a la procreación sexual y al cuidado de los frutos de este instinto, con el objeto de perpetuar y propagar la especie. De esta inclinación natural nacen los derechos de constituir una familia, de protegerla, de engendrar y educar los hijos, etc.

Por último existe en el hombre una tendencia innata hacia los bienes que responden a su naturaleza de ser inteligente. Esta disposición natural presenta un aspecto individual

---

18. ARISTÓTELES, *La política*, Editorial Tor S.R.L., Libro Primero, Capítulo 1º, Buenos Aires 1965, pp. 5 y ss.; TOMÁS DE AQUINO, "Opúsculo sobe el gobierno de los príncipes", en TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la ley- Tratado de la justicia-Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Editorial Porrúa S.A., Libro Primero, Capítulo 1º, México 1975, pp. 257 y ss.

19. RAMÍREZ, C.M., *Conferencias* ..., pp. 88 y ss.

y otro social. Del aspecto individual de la naturaleza inteligente del hombre, nacen los derechos de averiguar la verdad y consiguientemente el de realizar los bienes morales indicados por ese conocimiento especulativo de la verdad. Del aspecto social de dicha naturaleza inteligente, surgen los derechos de conseguir el bien común de las sociedades naturales en las que se integra el hombre, así la familia, la asociación profesional, el Estado, etc.; y también de ahí surgen las recriminaciones de las injusticias sociales quebrantadoras de la paz pública. Estos derechos nacidos de la naturaleza humana racional abonan, entonces, las libertades intelectuales para la adquisición de la verdad, las libertades morales para la realización del bien personal y las libertades sociales para alcanzar los bienes comunes de la sociedad política, de la familia, del estamento profesional, etc"[20].

4. Aclarado esto podemos adentrarnos en el texto y destacar cuatro aspectos que de inmediato impactan por la especial preocupación del constituyente: el derecho a la vida, el principio de igualdad, la libertad y la protección de la familia.

II

1. Lo primero es lo primero y lo primero es la vida, pues sin vida no hay nada más en este mundo (más allá solo queda el recuerdo, que da al honor una consideración especial).

Por eso es que la Constitución en uno de sus primeros artículos, concretamente el 7, entre otros pero en primer lugar reconoce el derecho a la vida y específicamente consagra el derecho de todos los habitantes de la República a la protección en el goce de la vida.

2. Ese reconocimiento del derecho a la vida y el establecimiento del derecho a la protección del goce de la misma abarca la vida en toda su duración, es decir desde al comienzo al fin. Y como hoy es indiscutible desde el punto de vista científico que la vida comienza en el momento de la concepción, allí empieza el derecho a la vida de cada ser humano y a partir de allí adquiere éste el derecho a ser protegido en el goce de la misma. Por eso podemos afirmar que la primera manifestación del derecho a la vida es el derecho a nacer.

3. El derecho a la vida supone también el derecho a la integridad física. El propio artículo 7 refiere a la seguridad en términos amplios, por lo que comprende no sólo la seguridad jurídica sino la seguridad física llamada también seguridad individual.

Por eso es que el artículo 26 prohibe expresamente la pena de muerte y estipula que en ningún caso las cárceles puedan servir para mortificar.

Pero esas son sólo especificaciones que no impiden la ilegitimidad de otros atentados a la vida o a la integridad física de la persona. Así resulta obvia la inconstitucionalidad del aborto, de todo tipo de torturas o la experimentación con seres humanos,[21] por ejemplo.

---

20. SAMPAY, A.E., *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo.* Editorial Medina, Montevideo 1957, pp. 27 y ss.

21. DURÁN MARTÍNEZ, A., "La investigación con seres humanos con especial referencia al derecho brasileño", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre derechos humanos,* Ingranusi Ltda., Montevideo 1999, pp. 77 y ss.

4. Pero como el hombre es un ser creado, es decir, la vida le es dada, no tiene dominio sobre ella. No puede por tanto atentar contra su propia vida ni contra su propia integridad física. Por eso el artículo 44 al comienzo de su segundo inciso dice: "Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad".

De ahí por ejemplo el fundamento de la legislación punitiva en materia de drogas, la ilegitimidad del suicidio o de la huelga de hambre, un verdadero autoatentado a la integridad física que de llevarse hasta las última consecuencias no constituye sino un suicidio con plazo indeterminado[22].

5. Además de lo expresado, junto al derecho a la vida ha comenzado a acuñarse otro concepto, *el derecho a vivir*.

No hay oposición entre las nociones de derecho a la vida y de derecho a vivir, decía Gros Espiell. Se trata de una misma idea, de un mismo concepto que deriva de la vida misma y que genera diversas posibilidades de protección.

La vida tiene una dimensión biológica que hay que proteger pero también otras -culturales, económicas, sociales, éticas- que se funden en un contenido integral propio de cada individuo. Eso hace que la vida humana deba ser vivida en la dignidad y en la plenitud de todos los derechos del hombre[23].

Esto provocará un desarrollo posterior del derecho tendiente al reconocimiento de otros derechos, derivados de esta concepción del derecho a vivir, llamados segunda o tercera generación en alusión a la cronología en que fueron reconocidos o protegidos, a los que aludiremos luego.

6. Pero existen algunos de esos derechos que por ser reconocidos desde el comienzo son considerados de la primera generación y que es preciso mencionar aquí.

Uno de ellos es el derecho al honor.

El artículo 7 de nuestra Constitución tanta importancia le da que lo menciona inmediatamente después del derecho a la vida. Es que la vida sin honor no es vida. Lamentablemente cierta jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en una errónea interpretación de la Constitución, lo desplaza ante la libertad de prensa. Una correcta lectura de los artículos 7 y 29 de la Constitución lleva a la interpretación exactamente inversa a la de la Corte. Es el derecho al honor que limita la libertad de prensa y no la libertad de prensa que limita el derecho al honor[24].

7. Muy emparentado al derecho al honor está el derecho a la intimidad. En buena medida, entre otras cosas, en él se basa:

a) la protección del hogar dispensada por el artículo 11 (que también conlleva una protección a la familia) en cuanto dice: "El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, solo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley";

b) la inviolabilidad de los papeles de los particulares y de la correspondencia de cualquier especie establecida en el artículo 28.

---

22. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Huelga de hambre. ¿Inconstitucionalidad? ¿Acción de Amparo?" en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre...*, pp. 21 y ss.

23. GROS ESPIELL, H., "La complementarité entre les notions de droit à la vie et de droit de vivre" en *Le droit à la vie. Quarante ans après l'adoption de la déclaration universelle des droits de l'homme: évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, CID, Geneve 1992, p. 5.

24. DURÁN MARTÍNEZ, A., "El derecho al honor también existe" en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre ...*, pp. 61 y ss.

8. Otro derecho de la primera generación íntimamente ligado al derecho a vivir es el derecho de propiedad.

Este derecho es también mencionado en el artículo 7 y específicamente protegido por el artículo 32.

Es que sin propiedad privada no es posible la subsistencia. La prueba está que cuando se ha impuesto el colectivismo el régimen terminó ahogando la vida misma. Por antinatural, el sistema colectivista sólo puede verse en sociedades culturalmente muy atrasadas. No bien la sociedad adquiere un cierto desarrollo cultural desaparece el colectivismo. Los ejemplos que aún perduran en el mundo están en vías de extinción o en proceso acelerado de cambio.

III

1. El artículo 8 establece: "Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y las virtudes".

Esta igualdad ante la ley, no es sino una especificación del principio de igualdad en general que deriva de la esencia misma del hombre.

2. Locke había advertido este principio de igualdad "puesto que no hay cosa más evidente que el de seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la Naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento"[25].

3. Pero en puridad, el principio jurídico de igualdad se remonta al origen mismo del cristianismo. Si Jesús enseñó que el hombre es hijo de Dios todos los hombres son hermanos, pues así lo son todos los seres hijos de un mismo padre; y nada hay más igual que los hermanos.

4. De ahí entonces la igualdad ante la ley ya aludida pero también otras especificaciones como la igualdad ante el reglamento, la igualdad ante los servicios públicos, la igualdad ante las cargas públicas, la igualdad de trato en todo procedimiento administrativo o de cualquier naturaleza, y en general supone la prohibición de todo tipo de discriminación, sea social, religiosa, filosófica, político-partidaria o de cualquier especie.

5. Claro está que la igualdad en Derecho no es la igualdad del rasero. El concepto jurídico de igualdad es el que deriva de Aristóteles. La igualdad está en la esencia, no en los accidentes. "Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones cuando aspirantes iguales, no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales reciben, sin embargo porciones iguales"[26].

La verdadera igualdad entonces consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, en la medida en que se desigualan.

En esto se basa el artículo 8 de nuestra Constitución cuando admite las desigualdades provenientes de los talentos y las virtudes ... y sólo esas.

Cuando Aristóteles decía que el hombre es una animal *racional* aclaraba de inmediato que lo era porque poseía inteligencia y voluntad (voluntad guiada naturalmente por la

25. LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*. Aguilar, Montevideo 1969, p. 5.
26. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, Colección Austral, Espasa-Calpe S.A., Libro V, capítulo III, Madrid 1972, p. 135.

recta razón). El actual artículo 8 que proviene de la Constitución de 1830 precisamente se basa en esta fórmula. Tan aristotélico es que las únicas diferencias que admite son las basadas en los talentos -inteligencia- y en las virtudes -voluntad.- conforme lo advirtió con sagacidad Barbé Pérez[27].

IV

1. El artículo 7 de la Constitución también prescribe la protección del goce de la libertad. No dice nada más, por lo que debe interpretarse en forma amplia, sobre todo por la contundencia del artículo 10, sin perjuicio de las epecificaciones que luego por otros artículos efectúa.

2. Si en la igualdad nos remontáramos a Cristo, con relación a la libertad debemos ir aún más atrás en búsqueda del Génesis. Allí se dice: "creó Dios al hombre a imagen suya"[28]. De allí proviene su dignidad y entre otras cosas la libertad[29]. Por eso es que algunos han encontrado en ese pasaje del Génesis la primera Declaración de Derechos Humanos de la historia de la humanidad[30]. De ahí que Sampay haya expresado que "cuando le fue revelado al hombre que era hijo de Dios, dejó de ser esclavo de los hombres"[31].

3. La libertad no solo está en la base de todas nuestras Constituciones sino también en el corazón del pensamiento artiguista. Así, en las instrucciones dadas a los diputados orientales por Artigas el 13 de abril de 1813 -únicas firmadas por él- en la tercera se dice "promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable"[32].

El término libertad civil está tomado por oposición a la libertad política que es objeto de tratamiento por separado.

En tal sentido la libertad religiosa está comprendida en la libertad civil. Pero se menciona expresamente por dos razones: a) por la influencia que tuvieron en Artigas las ideas norteamericanas de cuño protestante en el sentido de que la libertad de conciencia es un derecho innato en el hombre;[33] b) para evitar que la consagración de la religión católica -que era la del propio Artigas- como religión del Estado de acuerdo a las costumbres de la época, se interpretara como una restricción a la libertad religiosa.

Y ¿qué comprende esa libertad civil?

---

27. BARBÉ PÉREZ, H., *Los servicios de enseñanza y la ley orgánica de la Universidad,* C.E.N., Montevideo 1959, p. 9.

28. BIBLIA, *Génesis 1. 27.* Editorial Herder, Barcelona 1964, p. 21.

29. COTUGNO, N., "Vida humana y clonación" en *Jornada académica sobre vida humana y clonación,* Presidencia de la República, AMFE, Montevideo 1997, pp. 24 y ss.

30. ROBAINA ANSÓ, J.M., "Derechos Fundamentales" en *Evolución Constitucional del Uruguay,* Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga", Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo 1989, p. 26.

31. SAMPAY, A.E., *La crisis del Estado ...*, p. 40.

32. DEMICHELLI, A., *Formación Constitucional Rioplatense,* t.II, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo 1955, p. 312.

33. MIRANDA, H., *Las Instrucciones del Año XIII*, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 47, t.II, Montevideo 1964, p. 84.

En *toda su extensión imaginable*, decía Artigas. Fórmula de típica raíz angloamericana que fue criticada desde el punto de vista técnico jurídico[34] pero que entraña un muy valioso significado político. Esto quiere decir que esa libertad es "en toda la extensión imaginable o posible, que sea compatible con la organización social y con la existencia de la autoridad constituida"[35]. Se refiere a la libertad del hombre como tal en su vida en sociedad y dado la amplitud del texto alcanza a todas sus manifestaciones.

Por último corresponde resaltar el verbo inicial de la oración: *promoverá*. No dice consagrará. Teniendo en cuenta que estamos en presencia de instrucciones para la redacción de una constitución, el verbo empleado da la idea de que esas libertades eran concebidas por Artigas como anteriores al Estado y al Derecho mismo, es decir naturales[36].

Estas ideas figuran también en los proyectos constitucionales artiguistas, tanto el Federal como el de la Provincia Oriental. Incluso el primero contiene un artículo, el 51, que al disponer que "la enumeración en la constitución de ciertos derechos, no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el Pueblo", constituye al decir de Esteva el primer antecedente vernáculo del actual artículo 72 de nuestra Constitución[37] proveniente de la Constitución de 1918.

Y de aquí pasarán a la Constitución de 1830 y se irán desarrollando a lo largo de las sucesivas enmiendas constitucionales.

4. Desde los primeros tiempos la Constitución se preocupó por la llamada libertad ambulatoria. Así, desde 1830 se estableció con variantes de detalle que "nadie puede ser preso sino *infranganti* delito, o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente" (art. 15). Y a partir de 1918 se recogió el instituto de *habeas corpus* para casos de prisión indebida.

5. También desde temprano se reconoció la libertad de expresión de pensamiento que conlleva una generosa libertad de prensa -de esencia en una democracia- aunque sujeta a las responsabilidades por los abusos que se cometieren.

6. Obviamente también, desde el origen mismo de nuestro constitucionalismo y ocupando un especial lugar en el pensamiento de Artigas, se recogieron las llamadas libertades políticas, cuyo desarrollo se fue incrementando en la medida en que fue progresando nuestra cultura cívica.

En efecto, debimos esperar hasta la Constitución de 1918 para perfeccionar nuestro sistema electoral con la instauración del sufragio universal (aunque las mujeres recién votarán en 1938), secreto y obligatorio, y admitir la representación proporcional.

Lo que ocurrió fue que el concepto de pueblo de los constituyentes de 1830, que es el mismo del período artiguista, fue variando con el tiempo.

---

34. GONZÁLEZ, A., *Las primeras fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo 1962, pp. 287 y ss.

35. GROS ESPIELL, H., "El pensamiento institucional del Período Artiguista (1810-1820)" en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XII, nº 1, p. 58.

36. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Los derechos culturales como derechos humanos en el Derecho Constitucional uruguayo", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre* ..., p. 37.

37. ESTEVA GALLICCHIO, E., "Lecciones de Derecho Constitucional 2º", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, "Historia Constitucional del Uruguay", t. I, *Serie Cursos y Manuales* nº 5, Montevideo 1993, p. 28.

> El *pueblo* al cual se hace referencia en este pensamiento clásico -advirtió con acierto Faig- se comprende de forma tradicional como la recapitulación de la estructura social. Se trata del pueblo-cuerpo y no del pueblo propio de la visión moderna compuesto por individuos-electores[38].

"La época artiguista constituye un precedente primordial -porque concibe al pueblo en su unidad- para el futuro Estado uruguayo. La célebre frase de Artigas pronunciada ante el congreso de abril de 1813, es una fiel ilustración de la clara convicción que funda la legitimidad de su autoridad: "mi autoridad emana de vosotros y ella cesa ante vuestra presencia soberana". Esta convicción toma naturalmente a la elección como el medio apropiado para determinar la legitimidad del representante, e ilustra acerca de la concepción unitaria del pueblo. No se trata en efecto de prever un sistema de representación proporcional, porque el problema de la representación de las minorías ni siquiera se plantea. Guerra anota que en la medida en que los nuevos Estados habían roto con la legitimidad histórica del rey, quedaba como único principio posible de legitimidad, la soberanía del pueblo. Esta soberanía del pueblo es holista, no individualista. En esta primera época de la independencia de la Banda Oriental se puso en práctica un cierto tipo de sistema electoral que aseguraba entonces la representación de todo el cuerpo político, y que lo integraba así al gobierno del país. La concepción que anima a los constitucionalistas de principios del siglo XIX en la América hispánica, muy bien descrita por Guerra, implica una concepción pacífica entre actores colectivos. Se trata de una imagen orgánica del cuerpo político que supone un poder concentrado y unificado, y que plantea como ideal político el unanimismo y como realidad a despreciar la existencia de los *partidos* -considerados como facciones, cuya acción conduce a una *discordia* que pone en peligro de cohesión social-. Es entonces una sociedad holista que no admite la división partidaria. Estamos claro está, ante la concepción tradicional de la soberanía del pueblo-cuerpo.

Se entiende entonces que el buen sentido de 1811, como más tarde el de 1830, no podían aprobar dentro de este marco filosófico e ideológico, la existencia de un sistema que previera la representación de minorías políticas. La concepción del pueblo soberano, uno e indivisible, como lo es la soberanía, fue la que guió la definición del sistema electoral del Estado uruguayo de principios del siglo XIX. Evidentemente, la evolución ideológica del siglo XIX, la influencia del liberalismo político y el advenimiento progresivo de las ideas propias de la Modernidad, ya avanzadas por la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII, plantearon cambios fundamentales dentro de esta concepción de la soberanía del pueblo.

¿Cómo se pasa de la soberanía pasiva del pueblo a la del individuo-elector moderna? La historia (...) de un doble tránsito: del simple consentimiento al autogobierno por un lado, del pueblo -cuerpo al individuo- autónomo por el otro. En el sistema electoral mayoritario -plurinominal o uninominal- de las dos Cámaras definido en la Constitución del Uruguay de 1830, podríamos descifrar un primer elemento de la evolución de una concepción antigua de la soberanía hacia la concepción que acompaña a la modernidad. Es el autogobierno: los ciudadanos de la República eligen a sus diputados directamente. Sin embargo, este elemento no nos autoriza a afirmar que la noción de individuo-elector haya constituido concretamente y en forma sustancial el fundamento de esta elección directa. Se trató simplemente -y precisamente- de permitir que el cuerpo político todo entero se expresara y designara a través de la elección, sus autoridades políticas legítimas. Por el contrario, primó sustancialmente la concepción antigua que se expresaba en

38. FAIG, J.F., "La revolución de 1897" en FAIG, J.F., y TOURREILLES, R., *La Revolución de 1897*, Ediciones de la Plaza, Montevideo 1999, p. 16.

el fundamento de la legitimidad que residía aún en el pueblo-cuerpo y que implicaba una lógica mayoritaria para las dos elecciones, y sobre todo para la elección de la Cámara Baja"[39].

"Pero el cambio fundamental se produjo a partir de la revolución de las Lanzas de 1870. La revolución de 1865 -dice Faig-, preámbulo a la ignominiosa guerra de la Triple Alianza, había llevado al poder al Partido Colorado. La política del presidente Lorenzo Batlle (1868-1872), electo por un parlamento de mayoría colorada ya que el Partido Blanco se abstuvo de participar en los comicios de la Cámara de Representantes de noviembre 1867, estuvo marcada por el exclusivismo en el poder: "gobernaré con mi partido y para mi partido" habría dicho el Presidente en 1868. Evidentemente, la ruptura es clara con respecto al espíritu de las políticas de fusión; ya no se trata aquí de cobijar bajo un mismo gobierno a diferentes sectores de la opinión ciudadana; sino de concentrar el gobierno en manos de un solo partido. Es decir que el sistema electoral mayoritario pasa a ser en estos años un instrumento al servicio de un partido, y se rompe por la vía de los hechos con el principio unanimista que fundamentó su aplicación en los primeros años de la República. Se rompe entonces con la visión arcaica de la soberanía del pueblo, pero no con el principio de adjudicación de bancas que ella implicaba. Y lo que es más grave, se deja de lado el principio del gobierno inclusivista de raíz artiguista.

Ante esta política colorada, los revolucionarios blancos plantearon como bases para la paz de 1871, la coparticipación política en el gobierno y el llamado a las urnas en marzo de 1872. La "política de coparticipación" planteada por los blancos respeta la visión tradicional de la entelequia política del país, que reafirma que los asuntos del país deben ser conducidos por todos los ciudadanos, sin exclusiones políticas. Se percibe aquí la raíz aristotélica de esta concepción de gobierno, en la medida en que se considera que el devenir de la *polis* debe quedar en manos de todos los ciudadanos, y que justamente, esa *polis* se define a partir de esta noción de comunión ciudadana en la definición del rumbo común a seguir. Retorna en este sentido también, el designio coparticipativo de lo político definido por el artiguismo. Si bien es cierto que encontramos la raíz fusionista de los gobiernos de Giró y de Pereira, queda claro que de ahora en adelante los partidos constituyen una realidad completamente asimilada al espacio político del país y que en esa medida, éste da un paso decisivo hacia la modernidad. Cuando T. Aparicio plantea como objetivos la apertura de un espacio de coparticipación partidaria y el restablecimiento del orden constitucional liquidado por la dictadura de V. Flores, lo que en definitiva hace es reformular la visión unitaria de lo político. El viejo pueblo-cuerpo deja lugar a la confrontación participativa de las dos comunidades políticas, que deben cogobernar, sin exclusiones. Por un lado se plantea entonces un necesario *agiornamiento* de lo político, y por el otro, se exige guardar el principio de concepción de gobierno inclusivista. La Paz de abril de 1872 retoma la tradición de pactos políticos -inaugurada por el *pacto de los compadres* de 1830 entre F. Rivera y D.A. Lavalleja- y de forma verbal garantiza cuatro jefaturas políticas y de policía a los blancos, permitiéndoles asegurar su representación en las Cámaras legislativas y por ese medio, la participación en el gobierno del país- sobre todo si se tiene en cuenta que la Asamblea General elegía al presidente de la República.

No es entonces casual que a partir de los años 1879 la representación proporcional se plantee como el medio más adecuado para traducir en el sistema electoral, los valores de coparticipación y de integración política de la República. Y no puede parecer casual

39. FAIG, J.F., *ob. cit.*, *loc.cit.*, pp. 16 y ss.

que sea claramente el Partido Nacional, el Partido Blanco sustancialmente quien exponga esta solución de ingeniería electoral. La representación de las minorías que no estaba prevista ni por la ley electoral de abril de 1830 ni por la Constitución, había tomado forma de hecho por una cláusula verbal del acuerdo de paz de 1872. Debía legalizarse y perfeccionarse. Y que de lo que se trata en definitiva, es de admitir que en estos años la noción de soberanía del pueblo termina su precaria evolución y pasa terminantemente de una concepción holista -la de la Patria Vieja y de la Asamblea Constituyente de 1830- a una concepción individualista, que será manifiestamente dominante a fines del siglo XIX; la propuesta de cambio de un tipo de sistema electoral a otro no es entonces anecdótico. Se trata por el contrario de un cambio fundamental en la percepción de lo político: los partidos políticos, *facciosos* en los primeros tiempos de la República, son aceptados paulatinamente y terminan por ser necesarios para el buen desarrollo de la vida cívica hacia los años 1870"[40].

La Revolución de 1897 impulsará el proceso hacia la representación proporcional -por algo Ana Ribeiro tituló su magnífico libro sobre el tema "Lanzas en el Umbral de la Democracia"-[41], lo que se constitucionalizará en 19l8.

Esta Constitución por otra parte se convirtió en una verdadera escuela cívica -por la frecuencia de elecciones en ella previsto- al enseñarnos a dirimir nuestras diferencias políticas en las urnas y no en el campo de batalla.

La evolución se completa en la reforma de 1997, cuando al instaurar la llamada segunda vuelta para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, permite que voten unidos a los que pertenecen a la misma denominada familia ideológica y al separar en el tiempo las elecciones nacionales y las departamentales a fin de evitar una influencia indebida de las cuestiones nacionales en las departamentales o viceversa.

7. Bajo la influencia de las constituciones mexicana de Querétaro de 1917, y alemana de Weimar de 1919, a partir de la Constitución de 1934 se acentuó la preocupación por los llamados derechos sociales, económicos y culturales. Son los llamados derechos de la segunda generación.

Destacamos entre ellos lo relacionado con el trabajo (arts. 7, 33 y 53 a 56), la actividad gremial (art. 57), la seguridad social (art. 67), el derecho a gozar de una vivienda decorosa (art. 45), el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 38), el derecho de asociación (art. 40), la libertad de empresa (art. 36) y la libertad de enseñanza.

Esta última recibe máxima protección por el artículo 68 que limita al extremo la intervención del Estado (sólo se admite si es prevista por ley y "al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos") e impide todo tipo de monopolio al respecto, tanto de la llamada *escuela única* -en todos los niveles de la enseñanza- como del *texto único*[42].

El respeto de este artículo es esencial pues no puede haber desarrollo de un pueblo sin una adecuada educación y no puede existir una adecuada educación sin libertad. Todo atentado a la libertad de enseñanza es un atentado al desarrollo nacional.

8. Posteriormente, por influjo en buena medida del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comenzaron a reconocerse los derechos de la tercera generación, considerados de solidaridad. Un claro ejemplo de esto lo constituye el artículo 47 en la re-

40. FAIG, J.F., *ob. cit., loc. cit.* , pp. 18 y ss.

41. RIBEIRO, A., *Lanzas en el Umbral de la Democracia*, Ediciones de la Plaza, Montevideo 1999.

42. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Enseñanza privada y libertad" en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional* ..., p. 60.

dacción dada por la reforma de 1997, en que en forma implícita pero clara reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado[43].

V

1. El artículo 40 de la Constitución establece: "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad".

2. Esta disposición revela con total transparencia la filiación realista de la filosofía de nuestra Constitución.

Parte de la condición del hombre como animal social -por ser racional- y reconoce a la familia como célula básica de la sociedad. Es que la naturaleza impulsa al hombre a vivir con otros hombres y su tendencia más fuerte es constituir una familia. Nace en el seno de una familia y no bien tiene las posibilidades de hacerlo constituye otra.

La tendencia natural del hombre no sólo es hacia su propia conservación sino también a la conservación de la especie. Y esto último sólo se efectúa adecuadamente a través de la familia.

3. De ahí la preocupación de nuestra Constitución respecto al cuidado de los hijos como un derecho y deber de los padres (arts. 41 y 42) y la protección de la maternidad (art. 42).

También se ha ocupado el constituyente de los aspectos materiales de la familia. Así, por el artículo 48, atendió el derecho sucesorio y por el artículo 49 al bien de familia, institución que en líneas generales puede decirse que ha caído en desuso, pero demuestra la comprensión de que el hombre es materia y tiene necesidades materiales.

Pero como también comprendió que el hombre es espíritu, atendió en forma pormenorizada los aspectos espirituales. Las disposiciones referidas a la cultura en general y a la enseñanza en particular (arts. 68 y ss.) son una clara muestra de ello. Y también pone aquí el constituyente a la familia como centro:

> a) el cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres (art. 41);
>
> b) todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee (art. 68).

4. De esto se desprende que lo importante es la familia. El Estado se limitará a velar por su estabilidad moral y material.

5. De lo expuesto se deduce claramente que nuestros constituyentes reconocen que el hombre es materia y espíritu, una sustancia individual pero también con otros, es decir es sociable, y en virtud del artículo 5 -que reconoce la libertad de culto y dispone una exoneración impositiva a los templos de las diversas religiones- se advierte implícitamente pero en forma clara su dimensión trascendente.

---

43. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Derechos humanos y medio ambiente" en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre...* pp. 107 y ss.

VI

1. La enumeración de derechos que efectúa nuestra Constitución no es taxativa sino enunciativa.

2. Según el artículo 72 -que al decir de Sampay, atesora una magnífica fórmula teórica y constituye el alma de la cultura jurídica de Occidente-[44] ella no excluye los otros derechos -y deberes- que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno.

Esos derechos y deberes inherentes a la personalidad humana son anteriores a la Constitución y al propio Estado.

EL ESTADO

I

1. Gros Espiell, al estudiar el ideario artiguista, expresó que "para el pensamiento de la revolución oriental no se concibe la estructura estatal sin el respeto y la protección de los derechos humanos.."[45].

2. Esa observación es válida naturalmente en la actualidad. La estructura, funciones y cometidos del Estado se piensan en función de una determinada concepción del hombre y no a la inversa. Por eso es que -en nuestro sistema- como acertadamente expresó Brito, el Estado es un "ser cometido",[46] no tiene naturaleza sustantiva sino instrumental, sin perjuicio de su raíz natural.

3. Por consiguiente, la llamada parte orgánica de la Constitución guarda estrecha correlación con la dogmática. Dicho de otra manera, la concepción del hombre de nuestro constituyente determina un cierto tipo de Estado.

II

1. Del desarrollo que hemos efectuado al referirnos a los derechos humanos surge que la democracia está en la base de nuestro sistema político.

2. El artículo 82, en su primer inciso, establece: "La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana".

3. Esta redacción proviene de la Constitución de 1934. En la de 1918 se aludía a la forma democrática representativa y en la de 1830 a la representativa republicana.

4. No cabe duda de que desde nuestros mismos orígenes tenemos una democracia representativa, sin perjuicio de la existencia de algunos institutos de democracia directa como la elección, la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito.

---

44. SAMPAY, A.E., *La declaración* ..., pp. 26 y ss.
45. GROS ESPIELL, H., *El pensamiento* ..., *loc. cit.*, p. 56.
46. BRITO, M., "Planificación y libertad en el Estado Social de Derecho" en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, vol. I, Acali Editorial, Montevideo 1977, p. 35.

O sea, la soberanía reside en toda su plenitud en la Nación (art. 4) y se ejerce directamente a través de los institutos indicados e indirectamente a través de los llamados Poderes representativos, conforme a las reglas establecidas en la propia Constitución (art. 82)[47].

III

1. Del indicado artículo 82 y del artículo 1º que asigna el nombre a nuestro Estado, surge que nuestro régimen es republicano.

2. Nuestro país, a diferencia de otros latinoamericanos, tiene desde lo más hondo de su historia una profunda raíz republicana. En efecto, ella se manifestó al comienzo mismo de nuestra independencia y nunca fue contestada ni jamás tuvo fisuras.

Cuando Artigas, en la conocida oración inaugural ante el Congreso de Tres Cruces pronunciada el 4 de abril de 1813, dijo: "El resultado de la campaña pasada me puso al frente de vosotros por el voto sagrado de vuestra voluntad general. ... tengo la honra de volver a hablaros en la segunda vez que hacéis uso de vuestra soberanía... Mi autoridad emana de vosotros, y ella cesa por vuestra presencia soberana"[48], sembró para siempre la semilla republicana.

De allí, entre otros, el artículo 3º en cuanto prescribe que jamás nuestra República será patrimonio de persona ni familia alguna y el 9 en cuanto prohibe -entre otras cosas- los títulos de nobleza, disposiciones ambas que provienen de la Constitución de 1830.

3. Con relación a los llamados Poderes representativos, con el nombre de *Poderes* designa al Legislativo (Sección V), Ejecutivo (Sección IX) y al Judicial (Sección XV).

De esto se desprende que nuestra República adoptó la célebre teoría de separación de poderes.

Gros Espiell ha hecho notar que en nuestra revolución emancipadora Montesquieu es escasamente invocado. "Puede ser -dice- la consecuencia de que Montesquieu era un moderado, un partidario de la evolución y no de la revolución. Como además era monárquico, debió haber habido una resistencia, una inhibición, en cierta forma lógica, a citarlo en un proceso republicano y revolucionario.

Pero esa reticencia no impidió, y no podía impedir, utilizar la esencia de su pensamiento, en especial el relativo a la separación o división de los poderes del gobierno, comprendiendo que este principio de organización política y constitucional era imprescindible para garantizar la libertad y el gobierno moderado en los Estados latinoamericanos que nacían a la vida independiente luego de la Revolución emancipadora"[49].

En el proceso de la elaboración de la Constitución de 1830 Montesquieu estuvo siempre implícitamente presente"[50].

Pero para evitar equívocos, debemos aclarar que de la lectura de Montesquieu no se desprende en puridad la necesidad de un Poder Judicial, sin perjuicio de la indispensa-

47. DURÁN MARTÍNEZ, A., "El Referéndum contra las leyes" en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional* ..., pp. 87 y ss.

48. ESTEVA GALLICCHIO, E., *Documentos para el estudio de la Historia Constitucional del Uruguay*, t. I, Ingranusi Ltda., Montevideo 1993, p. 135.

49. GROS ESPIELL, H., "Montesquieu, la revolución emancipadora latinoamericana y el Derecho Constitucional del Uruguay", en *Revista de Derecho Público* nº 18, F.C.U., Montevideo 2000, p. 31.

50. GROS ESPIELL, H., "Montesquieu ..., *loc. cit.* , p. 40.

ble independencia de la función jurisdiccional. En efecto, luego de aludir a los tres dice: "de los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo"[51]. Por eso es que en Francia no se habla de Poder Judicial. Desde el punto de vista orgánico se habla de *autoridad judicial* o de *servicios de la justicia* pero, claro está, salvaguardando muy bien la autonomía de la función jurisdiccional.

Fue Estados Unidos el que concibió un verdadero Poder Judicial. Esa es nuestra fuente directa, por lo menos en lo terminológico, a través de Artigas. En efecto, en sus Instrucciones, luego de referirse al Gobierno de la Confederación y al de las Provincias expresó:

> *Artículo 5º.* Así éste como aquél se dividirán en poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
>
> *Artículo 6º.* Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí, y serán independientes en sus facultades[52].

Aunque la terminología proviene de América del Norte el espíritu de Montesquieu se identifica con estas instrucciones ya que con ellas -como lo pretendía el Presidente del Parlamento de Burdeos- se procura salvaguardar la libertad.

Todas estas Constituciones -desde 1830 a la fecha- han adoptado esta terminología, pero con relación al Poder Judicial lo han regulado de una manera que más recuerda al régimen francés que al de nuestros hermanos del norte.

4. Y esta teoría de división de poderes nos lleva de la mano a la supremacía de la ley -sin perjuicio de la Constitución, por supuesto- colándose aquí una influencia de Locke[53] así como de Rousseau[54], aunque en este caso prescindiendo de las tendencias totalitarias del autor.

Por eso es que los derechos humanos sólo pueden ser limitados por ley en sentido orgánico-formal. Tal es la preocupación por el hombre y por su libertad en el constitucionalismo oriental en todas sus épocas.

IV

1. A los efectos de completar el esquema básico de nuestro Estado de Derecho indicamos muy rápidamente tres aspectos:

A) la sumisión del Estado al Derecho, incluso al creado por el propio Estado;

B) la instauración de un control de la Administración tanto interno como externo y dentro de este último de tipo político, financiero y jurisdiccional;

C) el reconocimiento de la responsabilidad del Estado (artículo 24 y 25) en forma amplia por los perjuicios que cause por sus actos y hechos[55].

---

51. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, Editorial Heliasa S.R.L., Buenos Aires 1984, p. 191.

52. ESTEVA GALLICCHIO, E., *Documentos ..., op. cit.*, t. I, p. 147.

53. LOCKE, J., *ob. cit*., cap. XI, pp. 100 y ss. y cap. XII, pp. 110 y ss.

54. ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*, Aguilar, Madrid 1970, en particular p. 32; MARITAIN, J., *El hombre y el Estado*, Fundación Humanismo y Democracia-Encuentro, Ediciones, Madrid 1993, pp. 57 y ss.

55. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi Ltda., Montevideo 1999, pp. 187 y ss.

2. Esto demuestra que el Estado está al servicio del hombre y no al revés.

V

1. La Constitución de 1830 concibió un Estado Unitario. No existía otra persona jurídica estatal aparte del Estado.

2. Por eso algún comentarista reprochó a los constituyentes el haber traicionado las ideas federales de Artigas.

Tal imputación es improcedente pues Artigas jamás proyectó el federalismo hacia el interior. Siempre concibió a la Provincia Oriental como un todo. Sus ideas federales tenían una proyección exterior a fin de regular las relaciones de nuestra Provincia con las demás del Río de la Plata.

No debe olvidarse por otra parte que nuestra campaña estaba despoblada, por lo que el sistema que eligieron nuestros constituyentes fue el más sensato en su momento.

3. Pero nuestro territorio de a poco se comienza a poblar y algunas localidades empiezan a adquirir perfil propio. Y en torno a la idea del municipio como institución natural[56] se gesta la idea de la descentralización territorial.

4. Lo expresado es natural por lo que es común a otras organizaciones políticas, aunque en general el proceso es al revés, primero aparece el municipio y luego el Estado. (En puridad tampoco nosotros somos una excepción si tenemos en cuenta el período de la dominación española).

Pero a lo indicado se agrega un factor más.

Conforme a la Constitución:

a) al frente de cada Departamento -que, reiteramos, carecía de personería jurídica- había un Jefe Político, funcionario de confianza del Poder Ejecutivo por él designado;

b) en los hechos, el Jefe Político se constituyó en el árbitro de las elecciones para la Cámara de Representantes y para la Cámara de Senadores (aunque ésta era de elección indirecta los electores se elegían por los Departamentos);

c) las Cámaras reunidas en Asamblea General elegían al Presidente de la República;

d) de esta forma, el Presidente de la República tendía a convertirse en el gran elector de sus sucesores.

5. De ahí las luchas por las Jefaturas y de ahí que en nuestro país la descentralización territorial, consagrada en la Constitución de 19l8, esté relacionada a asegurar las libertades políticas, fundamentalmente en lo referido a la pureza del sufragio.

6. Con la descentralización por servicios pasó algo parecido.

Ya durante la Constitución de 1830 comienza a gestarse el pasaje del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho al empezarse a revalorizar la dimensión social del hombre -bien presente en los pensadores clásicos pero algo ausente en quienes forjaron el constitucionalismo liberal-, y a acuñarse un fuerte sentimiento de solidaridad.

---

56. MARTINS, D. H., *El municipio contemporáneo*, F.C.U., Montevideo 1978, pp. 56 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Municipio y Estado", en DURÁN MARTÍNEZ A., *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1998, pp. 7 y ss.

Esto hace que el Estado asuma nuevos cometidos, la Administración devenga prestacional y el Estado se convierta en productor de bienes y servicios, es decir, se convierta en empresario.

Pero como su estructura y dinámica no es apta para ejercer actos de comercio se inventa el Ente Autónomo (después surgirá el Servicio Descentralizado), la llamada luego *Empresa Pública* -aunque este término desde el punto de vista jurídico no es del todo exacto ni preciso-; aparece así la descentralización por servicios.

Pero a lo indicado también se agregó una motivación política.

Cedemos aquí la palabra a Martín C. Martínez, protagonista político y jurídico principal de la Constitución de 1918 y redactor de su artículo 100:

> Para viciar las elecciones se necesita tener el hombre con que simular al ciudadano, y reclutar el ejército de votantes, más o menos asistido de las condiciones legales, desdoblables, multiplicables, pero positivamente de carne y hueso.
>
> El grueso del contingente lo da el personal de la administración; y así se han abordado costosas iniciativas, más que por un concepto inflado de los fines del Estado, para remontar el electorado oficial.
>
> Van a debilitarlo ahora la atracción que los partidos populares puedan ejercer mediante el voto secreto y entre ellos el avance urbano del socialismo, que ha de manifestarse en la República como en todas partes; pero no lograrán, con todo, suprimir la influencia presionante de más de 40.000 empleados, entre ejército, policía, administración en todas sus ramas, industrias oficiales y municipalidades, que, por las Intendencias, de nombramiento igualmente centralizado, son también agentes de la influencia avasalladora[57].
>
> ...Dar máquina atrás y reducir las funciones del Estado, habría sido ir contra los intereses creados y la corriente del siglo.
>
> Todo camina, en efecto, en el sentido de aumentar el dominio colectivo. La gran industria, con sus medios concentrados de producción, genera monopolios de hecho, de los cuales no puede defenderse el público sino por la intervención del Estado, sea del gobierno central, sea de los gobiernos municipales. Mientras los productores de luz, de aguas domiciliarias, de vehículos, se contaban por millares, la concurrencia defendía al consumo y tendía a regular los precios alrededor del costo de producción, con las desviaciones de ese centro de gravedad, que son inevitables en la complejidad de las transacciones. Cuando a los múltiples productores dispersos ha sustituido el productor único o muy contados productores, la defensa desaparece frente a los que pueden tan fácilmente entenderse e imponer la ley[58].
>
> ...La autonomía municipal arrancará algunos millares de servidores, entre empleados y gobiernos, y centenares de asuntos a la jurisdicción del Ejecutivo. Con todo, nuestro país tiene tal contextura y tradición unitaria y se ofrece tanto al centralismo por su población y pequeño territorio, que jamás la vida municipal alcanzará las proporciones de otras naciones ... De ahí que tan importante como la descentralización por región pueda serlo esa otra que suele llamarse la descentralización por servicio.
>
> Para darles libertad de movimientos y librarlos en lo posible de la influencia política, la Constitución ha preceptuado que tales servicios sean administrados por Consejos autónomos. [59]

O sea, la descentralización por servicios se fundamenta no sólo por un mejor *modus operandi*, libre de influencias políticas que conspiran contra la actividad industrial o

57. MARTÍNEZ, M.C., *Ante la nueva Constitución.* Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 48, p. 65.
58. MARTÍNEZ, M.C., *ob. cit.*, p. 66.
59. MARTÍNEZ, M.C., *ob. cit.*, pp. 74 y ss.

comercial, sino también a fin de sustraer al funcionario-elector de esos servicios de la influencia del Presidente de la República.

Otra vez, la libertad política y más precisamente la libertad electoral constituyó una causa determinante de la estructura orgánica del Estado.

Es que ese *sentido selvático de la libertad*[60] que tenía Artigas según Pivel Devoto, que Maggi atribuye en buena medida a su parte cultural charrúa, corre por las venas de todos los orientales.

7. La reforma constitucional de 1997 dio especial importancia a la descentralización. Pero lo hizo en otro sentido y por otros motivos.

En efecto, el concepto de descentralización que hasta ahora hemos empleado es el técnico-jurídico. El mismo implica la ruptura o inexistencia de la jerarquía y su sustitución por -o sin perjuicio de la existencia de- una primacía política o institucional a fin de mantener la coherencia del Estado.

Pero la acepción del término descentralización en los artículos 50 y 230 de nuestra Constitución en la redacción dada por nuestra última enmienda es otra[61]. Más bien se acerca al significado natural y obvio según el diccionario, tiene una connotación geográfica y más que a salvaguardar las tendencias naturales (descentralización territorial en su significado jurídico) o a asegurar la eficacia y eficiencia de la actividad (descentralización por servicios en su significado jurídico) o a garantizar la libertad electoral en los dos casos indicados, procura crear centros de desarrollo fuera de Montevideo.

Esto, que es de un innegable interés general, pretende en esencia elevar el nivel de vida de nuestra gente del interior. Una vez más nuestro constituyente al filo del año 2000 mostró su preocupación por el hombre de carne y hueso.

VI

1. Como hemos visto, el siglo XX en lo económico fue marcadamente intervencionista. Pero en los últimos años ha predominado una tendencia distinta más respetuosa de la libertad.

2. El Estado comienza a retirarse como actor en el ámbito económico -como productor de bienes y servicios- sin abandonar desde luego su función en cuanto a la fijación de políticas y al control de la actividad privada.

3. Empieza a sentirse con especial vigor el principio de subsidiariedad[62]; entramos dentro del Estado Social de Derecho a la etapa del llamado Estado Subsidiario.

---

60. MAGGI, C., *Artigas y el lejano norte*, Colección raíces/Editorial fin de siglo, Montevideo 1999, p. 33.

61. ESTEVA GALLICCHIO, E., y RISSO FERRAND, M., *Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional* presentado en la Cámara de Senadores en el mes de marzo de 1996, Ingranusi Ltda., Montevideo 1996, pp. 60 y ss. y 104; ESTEVA GALLICCHIO, E., Las políticas de descentralización (arts. 50, 230 inc. 5, 298 núm. 2 y D.T. y E.X), en "Reforma Constitucional 1997", UCUDAL, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Serie Congresos y Conferencias, nº 16, Montevideo 1997, pp. 109 y ss.; CAGNONI, J.A., "Primeras consideraciones acerca de las reformas a la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, F.C.U. nº 10, Montevideo 1997, p. 24; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Relaciones entre el Poder Ejecutivo y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional…*, pp. 153 y ss.

62. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Rol del Estado en la sociedad civil", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Constitucional* ..., pp. 109.

EL URUGUAY Y EL MUNDO

I

1. Pradera, puerto y frontera son según nuestros historiadores los tres pilares sobre los que se asienta nuestra nacionalidad.

2. La ganadería, introducida por el Gobernador de Asunción, Hernando Arias De Saavedra (Hernandarias), se constituirá en nuestra principal riqueza y forjará un particular estilo de vida.

Nuestra posición geográfica en la zona de conflicto entre los dominios americanos de España y Portugal hará que recibamos la influencia de esas dos culturas y engendrará un tipo humano distinto.

Montevideo, fundada por el Gobernador de Buenos Aires, Bruno Mauricio de Zabala, para contener el avance portugués, ya instalado en Colonia del Sacramento desde 1680 por obra y gracia de Manuel de Lobo, se convertirá en el principal puerto del Río de la Plata y le permitirá una salida al mundo de sus productos con prescindencia de Buenos Aires.

3. Eso ha ido lentamente configurando un sentimiento sociopolítico especial durante la época de la dominación hispánica primero y luego, a partir de la Revolución de Mayo, cuando se concibieron las Provincias Unidas del Río de la Plata.

4. Pero ese sentimiento especial necesitaba personalizarse. Eso se logró con Artigas. Él fue un perfecto intérprete de la realidad y forjador del Uruguay del futuro por la profundidad de su pensamiento, firmeza de sus convicciones y tenacidad al servicio de ellas. Fue un conductor conducido en la feliz expresión de Ana Ribeiro[63].

Semino no hace mucho afirmó: "Sinceramente, creemos que no pueden abrigar dudas acerca de que fuimos formal y sustancialmente independientes, por lo menos a partir del Congreso de Tres Cruces (abril de 1813) y que esa independencia se consolidó, si así puede decirse, desde el momento en que Artigas asume la titularidad del poder público en 1815"[64]. Y más adelante indicó: "...nos parece históricamente exacto, jurídicamente correcto y políticamente evidente, afirmar en alta y clara voz -para que no haya dudas- que Artigas fue el fundador (o creador) de nuestra independencia y que a defender esa independencia consagró su inteligencia privilegiada y su brazo armado firme y generoso... La independencia fue, entonces, lo primero, -tenía que serlo- porque de lo contrario no podía haber confederación, que era lo segundo y para el futuro"[65].

5. Luego vendrán la Declaratoria de la Independencia de la Florida seguida por su Ley de Unión -el 25 de agosto de 1825- y la Convención Preliminar de Paz de 1828.

Como ejecución directa de este último texto aparece la Constitución de 1830.

---

63. RIBEIRO, A., "Los tiempos de Artigas". *El País, El estallido revolucionario*, t. 1, Montevideo 1999, pp. 118 y ss.
64. SEMINO, M.A., *¿Como el Uruguay no hay?* Ediciones El Virrey, Lima 1994, p. 25.
65. SEMINO, M.A., *¿Como el Uruguay...*, p. 27.

II

1. La Constitución vigente, en sus dos primeros artículos, dice:

Artículo 1º. La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio.

Artículo 2º. Ella es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero.

2. Estas disposiciones provienen con la misma numeración de la Constitución de 1830. La única diferencia radica en que en el artículo 1º en lugar de *La República* se decía *El Estado*. Por consiguiente el artículo 2º, en vez de comenzar por *Ella es*, comenzaba por *El es*.

3. De estos primeros artículos surge nuestra condición de Estado soberano. Esto se desprende de la palabra independiente del artículo 2. Pero surge también que es un Estado basado en la libertad y su razón de ser es precisamente salvaguardarla; de ahí la palabra libre del mismo artículo[66].

Surge también de ellos que nuestro Estado es considerado una persona jurídica del tipo *asociación* (art. 1º).

Y surge también al comienzo mismo del artículo 1º nuestro nombre: *República Oriental del Uruguay*.

4. Ese nombre vinculado a un accidente geográfico -el Río Uruguay- que llama la atención a todo extranjero que no sea de la región, tiene una honda connotación histórica.

Banda Oriental fuimos durante la dominación española y Provincia Oriental después. Orientales fueron los triunfadores de Las Piedras; oriental fue el pueblo del éxodo; orientales han sido los que en abril de 1813 escribieron la esencia de nuestro Derecho Constitucional; también orientales fueron los que recogieron los laureles de Guayabos; orientales fueron los 33 hombres que desembarcaron en la Agraciada; los representantes de la Florida que a viva voz en la Piedra Alta esparcieron el grito de independencia eran orientales; orientales fueron los héroes de Rincón y Sarandí; orientales fueron los nacidos en esta tierra que pelearon en Ituzaingó; orientales fueron los ocupantes de las Misiones.

Por eso, ante las discusiones que ha provocado el nombre de nuestra República, Jiménez De Aréchaga expresó: "Quizá fuera más directo que nuestro país se llamara Uruguay. Pero esto nos obligaría a abandonar nosotros mismos el nombre de orientales y, en lo que me es personal, siempre me ha parecido más grata la denominación de orientales que la de uruguayos. Tiene un sentido más arraigado, más firme y tradicional que la otra"[67].

5. El término oriental evoca pues un pueblo con un perfil sociopolítico propio, *libre e independiente*, con un fiero orgullo de su libertad e independencia.

Pero además evoca una relación. Evoca a un pueblo que pretende ser uno pero no solo, sino con otros; pero no con cualquier otro, sino con aquellos que tienen un común origen y una común cultura.

El término *oriental* evoca una pertenencia a una comunidad más amplia. Una comunidad que no ahoga o elimina esa libertad e independencia, sino que por el contrario favorece que ambas se vean aseguradas en su total magnitud en ese contexto más am-

66. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H., *ob. cit., loc. cit.* , pp. 170 y ss.
67. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H., *ob. cit., loc. cit.* , p. 159.

plio. Pertenencia en esas condiciones *et si non, non* como decían los antiguos castellanos.

6. Circunstancias políticas han hecho que a partir de 1870 y en la mayor parte del siglo XX hayamos adoptado una política de encierro y de aislamiento con relación al mundo, sobre todo respecto de nuestros vecinos. En esa época vivimos con ellos como si fuéramos *enemigos naturales*.

Comenzamos a dejar de ser *orientales* para pasar a ser *uruguayos*, pretendiendo así afirmar nuestra identidad libre de molestos vínculos del pasado.

7. Pero las tendencias políticas del mundo cambiaron y esos nuevos vientos agitaron nuestras viejas banderas.

La Constitución de 1967 introduce un segundo inciso al artículo 6º que establece: "La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de los servicios públicos".

8. Terminó el aislacionismo, se habla ahora de la unidad latinoamericana.

En esa línea apareció la ALALC, luego la ALADI, el CAUCE, el PEC y finalmente a partir de 1990 comenzará a gestarse un proceso de integración de naturaleza diferente: el MERCOSUR.

9. No es esta la oportunidad para hablar del MERCOSUR, nos remitimos al respecto a nuestros trabajos anteriores[68].

Simplemente ahora diremos que este proceso, que está impulsado por el artículo 6º y debe provocar un nuevo cambio constitucional para poder profundizarse, en cierto sentido, en lo que refiere al Uruguay internacional, nos ha hecho volver a nuestra raíces. De "uruguayos" pasamos otra vez a ser "orientales" en una posición más ventajosa que la primigenia, pues lo recorrido no ha sido en vano.

Es cierto que la región vive hoy una crisis importante que por cierto afecta al MERCOSUR. Pero en esencia ello no altera nuestra afirmación, pues como ha dicho nuestro Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Didier Opertti esa profunda crisis "no aflojó la voluntad política en el MERCOSUR"[69].

REFLEXIONES FINALES

1. Salvo *Dios* que es inmutable, es el Acto Puro, todas las cosas son mutables, es decir, son compuestas de potencia y acto[70].

La potencia es lo que posibilita el cambio. Pero la potencia no puede existir en estado puro, es decir, sin ningún acto; se pasa de la potencia al acto mediante un ser en acto[71].

2. Si observamos atentamente la filosofía de nuestra Constitución percibimos sin dificultad que toda ella se encuentra en potencia en Aristóteles.

---

68. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios jurídicos a propósito del MERCOSUR*, Ingranusi Ltda., Montevideo 1999.
69. *El País*, Primera Sección, Montevideo, jueves 14 de marzo de 2002, p. 13.
70. MARITAIN, J., *Introducción a la filosofía*, Club de Lectores, Buenos Aires 1980, p. 214.
71. MARITAIN, J., *Introducción ...*, pp. 215 y ss.

El advenimiento del cristianismo hizo posible los desarrollos de Santo Tomás -a partir del gérmen aristotélico- que forjaron el sustrato cultural rioplatense a través de la escolástica española.

Las Revoluciones de fines del siglo XVIII posibilitaron forjar en Artigas un pensamiento que ya estaba en potencia en Tomás De Aquino.

La Constitución de 1830 primero y la de 1918 después, recogieron las ideas de libertad e independencia de Artigas y pusieron en acto otras que estaban en potencia en su pensamiento.

Las ideas sociales del siglo XX provocaron el reconocimiento y protección de los llamados derechos de la segunda y tercera generación, -que existen en potencia en la idea de hombre- y el pasaje al Estado Social de Derecho (en sus dos etapas sucesivas) que estaban ya en potencia en el Estado Liberal de Derecho, sobre todo a partir de la Constitución de 1934.

El artículo 6º de la Constitución de 1967, en potencia en el pensamiento de Artigas, contiene a su vez en potencia el MERCOSUR, lo que provocará seguramente otra enmienda constitucional a fin de profundizar el proceso de integración en beneficio de los orientales.

3. Lo expuesto revela que lo que es acto hoy, estaba en potencia en otro ser en acto ayer, y es potencia de otro ser en acto mañana.

4. Esto nos lleva a considerar, prescindiendo de los valiosos aportes filosóficos foráneos indicados -cumbres del pensamiento occidental, desde luego- que todo nuestro sistema constitucional se encuentra en potencia en Artigas.

Artigas, pues, no sólo es como decía Semino el fundador de nuestra independencia, sino también nuestro primer y principal constituyente.

§ 7. LA CONSTITUCIÓN:UNA NORMA ABIERTA[1]

Jorge Vélez García
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

I. INTRODUCCIÓN

No es posible desconocer que la teoría y la práctica constitucional han venido experimentando profundos cambios. La renovación de la gran mayoría de las constituciones de la América del Sur en la década pasada no es una mera casualidad azarosa ni una simple coincidencia, pues, a pesar de la innegable continuidad histórica de las nuevas cartas políticas, ellas tienen o involucran contenidos e instituciones que permiten considerarlas (o justificarlas en el juicio histórico) como algo más trascendente que una mera repetición del pasado o que el *trasplante* más o menos adecuado de exitosas instituciones foráneas.

Si se observa con atención, es posible apreciar en las nuevas constituciones y en el impulso constitucionalista que las *aviva* una serie de tendencias que aparecen como verdaderas *novedades* normativas dentro de la tradición jurídica de cada país. En el caso colombiano, cuya Constitución puede ubicarse cronológicamente entre las pioneras del movimiento de renovación constitucional suramericano, es posible distinguir, en medio de las líneas de continuidad, algunas nuevas exploraciones, que si bien no son del todo originales, sí resultan ser noveles en tanto partes de la carta política. A manera de ejemplo, resulta ilustrativo examinar tres de las más marcadas tendencias de la nueva Constitución; helas aquí: (1) La tendencia a la *constitucionalización* de importantes sectores del derecho, como por ejemplo el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho administrativo y, por sobre todo, los derechos fundamentales y el derecho internacional humanitario, entre otros. (2) De otra parte, la aparición de un variado elenco de mecanismos de protección de derechos, del que hacen parte acciones como la de tutela, la de cumplimiento, las populares y las de grupo, contribuye a resaltar el papel de la jurisdicción constitucional (que en el caso de la acción de tutela detenta cualquier juez de la república) como protectora de los derechos fundamentales, a cuya configuración normativa ha contribuido sustancialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los mismos. (3) No obstante, quizá lo más destacable de la nueva Constitución sea la profunda ampliación que ésta experimenta, al punto de poderse afirmar que la carta no puede reducirse meramente a los artículos que la conforman, sino que de ella hacen parte otras muchas disposiciones, instituciones, principios, reglas y derechos, que en muchos casos deben buscarse en otras normas y que en no pocos existen a pesar de no encontrarse en ninguna norma. A continuación se intentará realizar una aproximación a los contornos normativos y jurisprudenciales de este último fenómeno, a fin de esclarecer sus relativamente inexplorados tópicos y vislumbrar con un grado razonable de claridad lo que podría ser su desarrollo ulterior.

---

1. Ensayo elaborado por el Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Jorge VÉLEZ GARCÍA, con destino al homenaje que se rinde al ilustre jurista venezolano, doctor Allan R. BREWER-CARÍAS, con motivo de celebrase sus cuatro décadas de cátedra y divulgación científica del derecho público.

El pasado reciente es rico en manifestaciones jurisprudenciales mediante las cuales se dan audaces pasos en el camino abierto por la nueva carta política; el propósito de este ensayo es buscar en ese pasado un elenco representativo de pronunciamientos jurisprudenciales, fundamentalmente de la Corte Constitucional, con el objeto de hacerles un seguimiento crítico que posibilite decantar una verdadera estructura coherente sobre la cual sea viable sostener una hipótesis en torno a la condición de norma abierta que es propia de nuestra actual Constitución.

II. DEL ANACRÓNICO HERMETISMO A LA APERTURA CONTEMPORÁNEA

La Constitución ha venido siendo en los siglos recientes uno de los hitos más destacados dentro de la historia política de las naciones occidentales. Una de las primeras obras que hicieron las jóvenes naciones americanas en los albores de su emancipación fue la de darse una Constitución. La Constitución ha sido vista tradicionalmente: (1) como una verdadera norma jurídica, con todas las implicaciones que le son inherentes a esa condición; (2) como una de las más firmes garantías de los derechos de las personas y de los límites al poder (límites trazados por la organización que del mismo hace la carta); (3) como un conjunto de postulados programáticos a realizar por la comunidad política; (4) como una forma de institucionalización del poder político; (5) como la norma primera y fundamental del sistema jurídico, etc.

La Constitución, a lo largo de la historia, ha sido una noción dinámica, cuya comprensión ha dependido de las circunstancias propias de cada época y de los hombres y mujeres que vivieron en ella. Al igual que los conceptos tradicionales, el concepto de Constitución se ha venido *llenando* de renovados contenidos conforme el paso del tiempo y de las personas. Es evidente que algunas instituciones de la ya remota Carta Magna de 1215 o de las Constituciones Aragonesas se mantienen hasta nuestros días, pero no lo es menos que ellas se encuentran dentro de un variopinto elenco de instituciones que, en los ocho siglos que han transcurrido, el ingenio, la necesidad o los desvíos humanos, entre otras muchas fuentes, le han agregado. El dinamismo propio de la Carta, dado su carácter de ente histórico, además de la condición de cambiante que le es inherente, introduce un permanente desafío para la teoría y la práctica constitucionales. Cuando una Constitución se desfasa respecto de las personas que viven con ella, o de las circunstancias de sus vidas, ocurre un profundo distanciamiento entre la norma de normas y la realidad, distanciamiento que se traduce en uno de los más nocivos males de cualquier fenómeno histórico: el anacronismo. El apreciar los fenómenos actuales desde el punto de vista de quien vivió hace cien años es anacrónico; igual veredicto puede darse respecto de la permanencia de instituciones que fueron pensadas con vista en determinadas circunstancias vitales que ya no son las que corresponden con las circunstancias actuales, que ya no se viven, que sólo quedan vigentes en el recuerdo. En tales casos (el anacronismo del sujeto que juzga o el anacronismo de la institución misma), el distanciamiento entre la realidad (lo que es) y la norma (lo que debe ser), genera una notable fractura o rompimiento (lo que debe ser no es), ocasionando la pérdida de fe en la idoneidad de la norma, que pasa enteramente a la memoria por su correlativa contraposición con una nueva realidad que es extraña a lo establecido por las normas. De otra parte, el considerar que el cambio normativo debe ser total, implica también un anacronismo, pues es innegable que el hombre y sus circunstancias, a pesar de cambiar constantemente, mantienen algo en común, algo que permanece, algo que se desarrolla

y se extiende a partir de lo que ha sido: ese núcleo inconmovible, ese algo de continuidad que es propio de la vida y de la historia impone el respeto a lo que ha venido siendo la tradición constitucional de cada pueblo. Vivir desde el pasado (pues es imposible vivir literalmente *en el pasado*) es tan anacrónico como vivir sin pasado; la tradición tiene, pues, un valor muy importante para comprender y asumir la novedad, que, por otra parte, nace en el seno de la tradición, se forja a partir de ella, y más que *otra* realidad, es un desarrollo, sea por *afirmación* o por *alteración* o por *negación* de ésta.

Hasta hace pocos años el positivismo campeaba como amo y señor de la teoría y de la práctica constitucionales, pese al empecinamiento de los defensores de otras teorías, como la del derecho natural. El crucial revés experimentado y sufrido por la humanidad con los totalitarismos (nazismo y comunismo) a lo largo del siglo veinte, permitió un replanteamiento de la posición más extrema del positivismo y abrió un espacio para *cuestionar* el texto mismo de la ley. Se admite entonces que la ley no debe cumplirse meramente por *ser la ley*, sino que, a más de ser mensajera de un *sentido* y por ello significar, portar y preservar un elenco de valores, debe hallarse formal y materialmente enmarcada dentro de un espacio de validez jurídica que no puede desbordar. El riesgo de su desbordamiento fue contrarrestado por el control, que se pondría en manos de un juez, sobre esa ley. Al tratarse de un control judicial, era imperativo determinar una *norma de referencia* para que el juez pudiera ejercer su función dentro de unos parámetros dados de antemano. Ese control está dado por la Constitución, a la cual se inviste, sin ninguna disputa, de *supremacía*. La Constitución es así la *norma de normas*, la norma suprema. Si ella constituye un mandato integral, sin necesidad de normas intermedias, puede ser aplicada directamente a las relaciones intersubjetivas. No obstante lo anterior, la Constitución aparece implícitamente presente en todos y en cada uno de sus artículos y en su contexto total. Podría discutirse sobre muchas cuestiones en torno a la Constitución, pero su presencia y conformación existencial es incuestionable.

La norma de normas era un texto hermético, constituía algo así como un circuito normativo cerrado desde el primero hasta el último de sus artículos, pero no más allá de ellos: era eso y sólo eso, nada más. Evidentemente, ese hermetismo no llegaba al extremo de desconocer la presencia en la carta política de normas abiertas, como lo son los principios, en virtud de los cuales la comunidad política ha proyectado, y, en nombre de ella, el juez debe realizar propósitos y alcanzar metas que van más allá de los estrictos límites que se imponen al manejo, por vía de la interpretación, de las reglas. Los principios servían (y sirven) pues, para llenar de contenido y *vitalidad* a la norma que es la Constitución. El punto relevante en el presente análisis es que se ha dado un nuevo paso en el camino, pues de considerar que la Constitución puede contener algunas normas abiertas, a las que se califica como principios, se ha pasado a afirmar que la Constitución en sí misma, en cuanto Constitución, no sólo contiene normas abiertas, sino que también es una norma abierta.

El hablar de la Constitución como una norma abierta exige por lo menos ciertas precisiones preliminares. Se afirma la apertura de la Constitución, en tanto conjunto normativo, por oposición a la visión cerrada (herméticamente cerrada) que de ésta se tenía. La Constitución no puede identificarse solamente con lo que son sus artículos, como parecería ser lo obvio. La apertura implica *algo* nuevo que entra a formar parte de la Constitución. En tanto nuevo, ese *algo*, evidentemente, no hace parte de lo que ya es, de lo que ya está en ella, pues de ser así carecería de novedad; se trata, pues, de algo distinto, de algo que no está en los artículos mismos, de algo que debe agregarse. Así, pues, por de pronto, aparecen dos nuevas cuestiones fundamentales para la teoría y la práctica constitucionales: (1) la Constitución debe ser *hecha*, *conformada* (¿cómo?, ¿cuándo?,

¿por quién?, etc.) y (2) es preciso conocer y determinar qué es ese *algo* que debe "agregarse" a la carta. Lo más curioso de todo el fenómeno es que la apertura de la Constitución no se hace desde fuera sino que se produce desde dentro, es operada desde la misma carta, de tal suerte que no sería tan aventurado afirmar que la Constitución es una norma abierta, o más precisamente: que la Constitución es una norma que se abre. ¿Cuáles son esas aperturas?, ¿cuál es su alcance?. He aquí precisamente los interrogantes de los que se intentará dar cuenta en el presente ensayo. De momento, ante la necesidad de justificar la hipótesis de que la Constitución es una norma que se abre, séame permitido indicar las aperturas y postergar su exploración para las secciones siguientes. Los artículos 93[2] y 94[3] de la Constitución Política colombiana, que es *norma de normas*[4], son dos de las principales aperturas que exhibe la Carta; aperturas complementadas con el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona contenido en el artículo 5[5] y con las garantías sobre su no limitación consagradas en el artículo 214[6]. ¡Se abren con estas disposiciones las dos principales troneras ofrecidas por la propia Carta para la expugnación de su recinto hermético!

III. UNA NORMA EN CONSTRUCCIÓN: EN BUSCA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución parecería un enunciado de razón que se confiesa incompleto y que invita a ser completado. La Constitución plantea una tarea pendiente de hacer, y esa tarea es plenitud o completación misma de su contenido. Esto suscita varias cuestiones adicionales o complementarias, que se tornan en asuntos ineludiblemente problemáticos. La Carta Política es una tarea inconclusa, que reclama ser terminada, lo cual lejos de ser una imperfección resulta siendo una ventaja, pues esa condición de permanente apertura convierte a la norma de normas en una materia más adaptable, más versátil y más resistente ante el embate del tiempo, y, por tanto, le brinda una vocación de permanencia más pronunciada.

El principal problema de las normas abiertas (y con mayor razón de las normas que se abren) es el de saber quién y cómo puede llenarlas, de qué manera y en qué medida es

2. Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

3. Art. 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

4. Art. 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

5. Art. 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

6. Art. 214.- Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

dable colmar ese vacío. En principio puede descartarse la alternativa de que el encargado de realizar la tarea de llenamiento sea el mismo artífice de la Carta, su hacedor, puesto que a él le compete la más compleja misión de modificarla o cambiarla y no la de brindarle su sentido pleno. Si se tiene en cuenta que es la misma Constitución la que señala, así sea un tanto genéricamente, la manera en que debe ser llenada, esa misión debe corresponderle, en sana lógica, a su intérprete. No obstante, la alternativa así configurada tampoco parece ser una respuesta satisfactoria, pues al ser la Constitución una norma directamente aplicable a las relaciones intersubjetivas, todos o casi todos podemos ser eventualmente sus intérpretes. Se impone suponer que ante la variedad de intérpretes y de interpretaciones disímiles sobre la manera de llenar las aperturas, podríamos estar ante la compleja circunstancia de contar con tantas Constituciones como intérpretes o interpretaciones haya, lo cual es, sin duda, una grave perturbación de la seguridad jurídica en su cimiento fundamental. Así, pues, parece ser evidente que la conformación de la Constitución mediante el proceso de su *llenamiento*, si bien debe corresponder a uno de sus intérpretes, no puede estar en manos de todos ellos. En tales condiciones, resulta necesario precisar cuál es el principal intérprete de la Carta, es decir: aquella persona u órgano cuya interpretación produce efectos vinculantes para la comunidad en pleno. Dentro de ese orden de ideas, y por lo que atañe al panorama colombiano, aparece con claridad la figura de la Corte Constitucional[7], a quien la propia Constitución encomienda la misión de ser su *guardián*, lo cual implica necesariamente la tarea antelada y complementaria de *interpretarla*. Es un hecho cierto que la Corte Constitucional interpreta la Constitución. Parece ser otro hecho que en muchos casos la Corte, al momento de interpretar la Constitución, debe cruzar las puertas que esta misma ha abierto, y colmar los faltantes que ha dejado pendientes, a cuya completación o *plenitud* ella misma, con claras voces está convocando. Sin embargo, resta aún establecer en qué tipo de juzgamientos la Corte puede cumplir tal misión, pues en el sistema jurídico colombiano la Corte Constitucional es, además de un Tribunal de Constitucionalidad, el supremo garante de los derechos fundamentales (cuya protección puede solicitarse mediante la acción de tutela). En razón de los efectos propios de cada juzgamiento, que en el caso de los juicios que hace la Corte en tanto Tribunal de Constitucionalidad de la ley (o de otras normas que se asimilan a ésta) son *erga omnes*, todo parecería indicar que ese tipo de juicios, y sólo ese, es el escenario adecuado y propicio para que la Corte se ocupe de integrar o de conformar, con sentido de plenitud, la Constitución. No obstante, dicha integración o conformación, puede y debe ser aplicada o tenida en cuenta en el momento de aplicar, ya sea por la Corte en los juicios de tutela, o por cualquier otro juez o persona, la Constitución a las relaciones intersubjetivas, pues, merced a esa conformación, lo añadido pasa a formar parte de la Carta.

Una vez determinados, así sea preliminarmente, el funcionario y la función, resta saber si ésta puede agotarse definitivamente, o si, por el contrario, está sometida a un permanente proceso de renovación. Si se considera que la Constitución puede completarse definitivamente, a partir del momento mismo en que esto acontezca se estará frente a un texto hermético; pero si se considera que el proceso de completamiento no está nunca acabado del todo, es preciso admitir que la Constitución permanece indefinidamente abierta, en un actual proceso de construcción, a modo de una tarea siempre por hacer, interminablemente, como la tela de Penélope. Si se acoge la segunda alternativa, es claro que el hermetismo de la Constitución pasaría a ser historia, y que, paralelamente, la Constitución se convertiría en un problema, que emerge al plano de problema ontológico, como se verá luego.

7. *V.*, art. 241 y 243 de la Carta Política.

El proceso de conformación de la Constitución, que los doctrinantes, siguiendo el ejemplo de la Francia contemporánea, han denominado *bloque de constitucionalidad*, tiene en la Carta colombiana dos grandes aperturas normativas. La primera de ellas está dada por el art. 93 de la Carta, que establece la incorporación a ella, como textos de su misma especie, es decir: como normas constitucionales, de los tratados y convenios internacionales que cumplan las siguientes condiciones: (1) que se reconozcan, como tales, los derechos humanos y (2) que se prohíba su limitación en los estados de excepción[8].

La Corte Constitucional colombiana, a partir del año de 1995, con la sentencia C-225 de 1995, dio el primer paso en la exploración de este camino al configurar un *bloque de constitucionalidad* que incorpora a la Carta algunas normas del Derecho Internacional Humanitario. Ese primer arranque será continuado, hasta donde llegan mis informaciones, por las sentencias C-423 y C-578 de ese mismo año, y las sentencias C-135 de 1996, C-040 de 1997 (salvamento de voto), C-327 de 1997, C-358 de 1997, C-467 de 1997, C-191 de 1998, C-568 de 1999, C-582 de 1999, C-708 de 1999 y el auto 078 A de 1999. La exploración detenida de estos pasos jurisprudenciales aparecerá en secciones siguientes.

La segunda gran alternativa que brinda la Carta (ver art. 94) ha sido hasta ahora inexplorada por la jurisprudencia colombiana, pese a ser quizá la más amplia de las dos. Tal vez esto se deba a la carencia de oportunidad para hacerlo o al impacto que causa su profundo contenido; sin embargo, es preciso no dejar pasar por alto que dicho artículo establece lo que podría considerarse como la posibilidad de incorporación del *derecho natural* al *bloque de constitucionalidad*, a despecho de los acérrimos positivistas supérstites, que de repente tendrán la enorme sorpresa de encontrar que lo que ayer excluyeron a rajatabla de la Carta, hoy se les ha colado por la ventana. Pese a la existencia de la posibilidad y a su innegable parentesco con el bloque de constitucionalidad, es muy difícil describir cuál ha sido la experiencia colombiana en ese sendero inexplorado, simplemente porque ésta aún no se ha producido, por lo cual es preciso reservar el juicio, o como aconseja la prudencia: suspenderlo, hasta tanto los hechos se produzcan. No obstante lo anterior, bien vale la pena anotar que el *bloque* al que se alude en el artículo 94, al que se podría denominar como bloque de derechos, es mucho más amplio que el aludido en el artículo 93 (al que podría denominarse en principio bloque de las normas que reconocen derechos), pues su escenario va más allá de cualquier norma o de cualquier postulado positivo y se enclava en una de las fuentes radicales de todo derecho: los atributos *in nuce* de la persona humana, y, además, se refiere a cualquier tipo de derecho que, a pesar de no figurar expresamente en ninguna parte del bloque conformado según el artículo 93, sea inherente a esa persona. De tal suerte que en Colombia no existe ningún tipo de excusa para ignorar los derechos de la persona humana, pues ellos, por expresa disposición de la Carta, deben ser reconocidos con el carácter de universales y

8. La Corte Constitucional, en sentencia C-295 de 1993, sostuvo sobre el particular lo siguiente: "El artículo 93 constitucional no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales "prohíben su limitación en los estados de excepción", es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Así las cosas, el artículo 93 de la ley fundamental debe ser necesariamente interpretado en relación con el artículo 214-2 *ibidem*, que prohíbe la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción. En este orden de ideas los derechos humanos, para los fines y propósitos del artículo constitucional en estudio, son aquellos rigurosamente esenciales para el individuo, valga citar a título de ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser esclavizado, torturado, desterrado, desaparecido forzosamente, el derecho a la libertad personal, etc"..

erga omnes por todas las personas, ya sea por figurar expresamente en el texto de la Carta, ya por formar parte del bloque de constitucional, por estar contemplados en tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, o por ser inherentes a la persona humana, así no figuren expresamente en los textos anteriores.

IV. LA CUESTIÓN ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL ACTUAL

La esencia misma de la Constitución había sido tradicionalmente una cuestión pacífica en la teoría y en la práctica constitucionales colombianas. Podría discutirse sobre la forma de aplicar la Carta, su interpretación, su alcance, sus implicaciones, etc., pero era muy infrecuente cuestionar la naturaleza misma de la norma de normas; respecto de la Constitución era posible formular cualquier tipo de pregunta, menos la pregunta primera, la radical: ¿qué es la Constitución? Se sobreentendía que ese era un asunto resuelto, que la Constitución era un documento en el que se había agrupado ordenadamente una serie de regulaciones en diversos artículos, se afirmaba incluso que ésta tenía una manifestación corporal: era un texto. Bajo tal supuesto, la Carta Política tenía una conformación bien definida: en tanto realidad concreta era un hecho dado, un hecho cumplido. Así, pues, carecía de sentido preguntarse sobre el ¿qué?, pues era obvio que eso sobre lo que se preguntaba ya estaba ahí, tomando cuerpo como objeto, tan concreto y existente como cualquier otro cuerpo concreto del mundo. El problema surge, entonces, en el momento en que lo que aparecía, en tanto norma jurídica, como un documento concreto, tangible, perceptible, de repente se torna en una realidad más abstracta, difusa, por hacer, en un ente nuevo que debe ser conocido, y a la par de ser conocido, conformado. En algo que no está hecho sino que *está haciéndose*.

El habérselas con una realidad cambiante, nunca definitiva, implica un inmenso desafío desde el punto de vista epistemológico. El conocimiento de la Constitución, que antes significaba un descanso sobre lo hecho, sobre lo culminado, un reposo en el saber, se torna ahora en fatiga, en búsqueda, en un constante quehacer, en una incesante indagación, en un proceso que siempre puede avanzar pero que nunca alcanza a finalizar. La Constitución ha dejado de ser simplemente un fundamento para resolver problemas, para convertirse en un problema, y no en cualquier problema, sino en el problema fundamental. La Carta Política ha pasado así de ser solamente un referente obligado para tomar una decisión jurídica a convertirse, además, en la cuestión jurídica a decidir. El juez que realiza el control constitucional no puede simplemente aceptar la Constitución como parámetro de juicio, sino que está en la obligación de conformarla en el llamado bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo que esa misma Constitución señala, para, ahí sí, contar con un referente adecuado para ejercer su función de juzgamiento; es decir: el juez ya no se limita a juzgar la ley a la luz de la Carta, sino que también debe conformar la misma Carta como paso previo a cualquier juzgamiento que lo amerite, complementándola, colmándola.

¿Qué es la Constitución? ¿Lo que actualmente tenemos o reputamos como Constitución es verdaderamente la Constitución? ¿A qué debemos atenernos? ¿Cómo saber qué es la Constitución? Estos y otros interrogantes resultan acuciantes para la comunidad jurídica; ellos se desprenden de la cuestión fundamental: ¿qué es la Constitución?, y sus implicaciones abarcan importantes tópicos de la ciencia jurídica y de la vida social que ésta regula. Podría decirse, ante tales cuestiones, que la Constitución es una norma

abierta, cuyo contenido está, en buena parte, por ser determinado; lo que actualmente tenemos por Constitución es la Constitución pero no toda la Constitución, pues ésta no se agota en un mero texto hermético, sino que involucra otros muchos contenidos, cuyo conjunto configura el correspondiente bloque de constitucionalidad; la Constitución corresponde propiamente al bloque de constitucionalidad, que puede ser más o menos rígido, como ocurre en Francia[9], o más dúctil o flexible, como ocurre en Colombia, en donde por la remisión misma que hace la Carta, el bloque resulta estar siempre en camino de ser configurado (en permanente configuración), de suerte y manera que esa labor no acaba o culmina en ningún momento, no es un hecho dado sino un constante hacerse. Empero, ¿cómo saber qué es la Constitución? La única alternativa que parece ser viable ante tal interrogante es considerar que el más adecuado referente para saber, con un grado razonable de certeza, cuál es el contenido del bloque de constitucionalidad es auscultar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre juicios de constitucionalidad de la ley o normas jurídicas que le sean equiparables.

El anterior esbozo de respuesta deja descubiertos algunos puntos que resultan muy importantes para el conocimiento adecuado de la cuestión, como por ejemplo: ¿A partir de qué momento se entiende que una norma o un derecho hace parte del bloque de constitucionalidad?, ¿Puede la Corte Constitucional extender los efectos de sus decisiones, en las que integra el bloque, a fechas anteriores a las de sus fallos?, etc. En principio podría pensarse que la decisión del juez de constitucionalidad no hace otra cosa que declarar algo que de suyo ya era así, pues una sentencia no es el conducto adecuado para incorporar una norma que establece derechos o un derecho a la Constitución, merced a su recibo en el bloque de constitucionalidad, pues ello ocurre por una expresa disposición de la Carta. Sin embargo, esta posición resulta demasiado riesgosa de cara a la seguridad jurídica, pues entonces, cualquiera podría considerar, con razón o sin ella, que tal o cual cosa hace parte del bloque de constitucionalidad, y actuar en consecuencia a esta consideración. En vista de ese riesgo, parece más razonable que los efectos de la incorporación de alguna norma o derecho a la Constitución, a través del bloque de constitucionalidad, se surtan después y sólo después de que esa incorporación haya sido hecha por el juez de constitucionalidad. De lo contrario sería muy difícil saber a qué atenerse en materia de la Constitución. Si se acepta lo anterior, es preciso aceptar también que la configuración del bloque de constitucionalidad, que corresponde privativamente a la Corte Constitucional en los juicios de constitucionalidad de la ley, tiene efecto a partir de la sentencia en que esto se opera, así sea sostenible que la naturaleza de norma constitucional de lo incorporado al bloque no dependa meramente de la sentencia que así lo declara, sino de la Constitución misma.

9. Como anota la Corte Constitucional en su sentencia C-225 de 1995 y reitera en la sentencia C-578 de ese mismo año, "Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexequibilidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946".

V. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La jurisprudencia colombiana tardó cuatro años en dar aplicación a lo dispuesto en el art. 93 de la Carta y ha aplazado por más de diez años la aplicación de lo establecido por el art. 94 de la misma. Este antecedente temporal debe ser ilustrativo de la dificultad de la cuestión. Empero, al cabo del tiempo, y más tarde que temprano, el bloque de constitucionalidad ha pasado a convertirse en una realidad, en una profunda realidad, del sistema jurídico colombiano. Con las dificultades propias de quien está dando sus primeros pasos, la jurisprudencia ha experimentado algunos tropiezos, pero a la larga ha sido posible rectificar el rumbo y encaminarse hacia un nuevo paradigma constitucional: el paradigma de una Constitución abierta, de una Constitución que es un proyecto: un sueño por realizar. Seguidamente se hará un recuento sintético de la jurisprudencia existente[10], a la que se ha ordenado cronológicamente, a fin de ilustrar mejor lo concerniente al contorno del bloque de constitucionalidad en Colombia.

La sentencia C-225 de 1995[11], que es la pionera en materia de conformación del bloque de constitucionalidad en Colombia, hace referencia, a manera de cita bibliográfica,

10. Sobre este asunto existe un importante ensayo del profesor UPRIMNY, Rodrigo el cual lleva por título "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", documento que aparece en el libro *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional (volumen I),* editado en el año 2001 por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

11. La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad.

11. Una vez analizada la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país.

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del *corpus* normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que "el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados".

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, "es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción". En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que "las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados.

12. A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los

a dos fuentes doctrinarias que, al parecer, son las que le han servido de inspiración. Son ellas: *El bloque de constitucionalidad*, del profesor francés Louis Favoreu, documento publicado por el número 5 de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales y a *El consejo constitucional francés*, del profesor español Javier Prado Falcón, obra publicada también por el Centro de Estudios Constitucionales. Bajo el auspicio de las anteriores fuentes doctrinarias y previa mención de las sentencias C-574 de 1992, C-295 de 1993 y C-179 de 1994, la Corte Constitucional, aplicando el artículo 93 de la Carta, incorpora al bloque de constitucionalidad varios convenios o tratados de derecho internacional humanitario, entre los que se incluyen el Convenio de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II sobre esa materia. Por tanto, una parte significativa del derecho internacional humanitario hace parte de la Constitución colombiana, con igual rango y jerarquía que cualquier otra norma constitucional y, obviamente, con prevalencia respecto de cualquier otra norma dentro del sistema jurídico colombiano.

El segundo paso de la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad está representado por la sentencia C-423 de 1995[12], en la cual se examina la cuestión de la even-

---

Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta...

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu.*

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" , cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

12. Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de autoreferencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias. Son normas intermedias entre las disposiciones del ordenamiento superior y las normas que desarrollan la materia que ellas regulan; sin embargo, ellas no se "incorporan al bloque de constitucionalidad", como lo afirma en su concepto el Director Nacional de Planeación, sino en los precisos casos en los que la misma Constitución lo disponga como requisito de trámite de las leyes. Sobre el particular ha expresado esta Corporación:

...la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el estatuto fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo esta-

tual incorporación de las leyes orgánicas al bloque de constitucionalidad[13]. En esta oportunidad la Corte sostuvo que dichas leyes "no tienen el rango de normas constitucionales", salvo "en los precisos casos en los que la misma Constitución lo disponga como requisito de trámite de las leyes".

La jurisprudencia sentada por la sentencia C-225 de 1995 es reiterada y ampliada por la sentencia C-578 de 1995[14], en la cual se incorporan al bloque de constitucionalidad

---

blecido por las leyes orgánicas (art. 151). (Corte Constitucional, Sentencia C-337 de agosto de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Para esta Sala es inadmisible dicha tesis, primero, porque tal como se ha expresado, las leyes orgánicas a pesar de tener características especiales y gozar de prerrogativas también especiales, no tienen el rango de normas constitucionales, son normas intermedias entre el ordenamiento superior y las normas ordinarias que desarrollan la materia que ellas regulan, las cuales están sujetas en todo a su contenido; y segundo, porque en un régimen en el que prima la Constitución sobre la voluntad del legislador, el único habilitado para convalidar la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria o vulnerar con su contenido el bloque de constitucionalidad vigente, es el Constituyente.

13. Este tema ya había sido estudiado, en el año de 1971, por el profesor Jaime SANÍN GREIFFENSTEIN, en la obra *La defensa judicial de la constitución.*

14. 3.2 La materia propia de las órdenes militares es el uso de la fuerza con el objeto de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. Esa actividad del Estado está sujeta a la Constitución y a las normas del derecho internacional humanitario que con la primera integran, para estos efectos, el bloque de constitucionalidad.

A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tienen valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, considera la Corte, que al bloque de constitucionalidad se incorporan las normas pertinentes de la ley estatutaria sobre los estados de excepción. Según el artículo 214-2 de la C.P., "Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales". La citada ley, junto a las normas de la Constitución, integra el bloque de constitucionalidad, que sirve para decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten al amparo de los estados de excepción. Es evidente que las normas que, en dichas situaciones extremas en las que el uso de la fuerza legítima puede llegar hasta el máximo límite permitido en un Estado de derecho, no pueden adoptarse bajo ningún concepto, como las que afectan los derechos que se califican como "intangibles", *a fortiori* no podrán expedirse mediante la legislación ordinaria llamada a regir durante la normalidad institucional. En este sentido, las normas contenidas en la ley estatutaria que regula los estados de excepción que establecen limites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o suspensión de derechos, durante la anormalidad, se convierten en pauta de control de las leyes que tratan sobre el uso de la fuerza en el escenario de la normalidad. Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.

4. Teniendo presente el bloque de constitucionalidad -Constitución Política, Derecho Internacional Humanitario, Ley Estatutaria sobre los estados de excepción, en lo pertinente-, la Corte debe entrar a resolver si la norma demandada se ajusta o no a sus disposiciones. En primer término, se analizará si una disposición legal ordinaria referida a la actividad militar, puede exonerar de toda responsabilidad al subalterno que ejecuta la orden y atribuirla exclusivamente al superior que la imparte. En segundo término, se precisará si el deber de advertir la ilegalidad de una orden militar, que la norma radica en el inferior, viola una regla o principio que haga parte del bloque de constitucionalidad. Finalmente, se establecerá si vulneran aquellas reglas o principios, el deber que la disposición acusada impone al subalterno de cumplir la orden militar reiterada y confirmada por escrito por el superior después de que el primero hubiere advertido sobre su presunta ilegalidad.

6. De lo expuesto se desprende que la regla de responsabilidad, contenida en la norma examinada, vulnera el bloque de constitucionalidad, si se interpreta en sentido absoluto.

6.2 La regla legal que exonera de manera absoluta al militar que ejecuta la orden del superior, genera para el subalterno una especie de dispensa jurídica para violar todo tipo de normas. Aunque ningún órgano constitucional puede, por vía normativa o material, ni siquiera bajo los estados de excepción, afectar los derechos considerados intangibles en la Ley 137 de 1994 - que para los efectos de este proceso integra el bloque de constitucionalidad -, el militar subalterno sí lo podría hacer sin enfrentar ninguna consecuencia.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el inciso primero del artículo 15 del D.L 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto. En consecuencia, la Corte declarará que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamen-

algunas normas (las pertinentes) de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, en tanto establezcan "límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o supresión de derechos, durante la anormalidad". El bloque de constitucionalidad, así conformado, le permite a la Corte emitir una sentencia de constitucionalidad condicionada, en la medida en que considera la norma juzgada constitucional en el entendido que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales, conforme al sentido que a éstos les brinda el bloque de constitucionalidad, no deben ser ejecutadas, y que en caso de serlo no eximen de responsabilidad a quien las ejecuta.

La sentencia C-135 de 1996[15] reitera lo sostenido respecto del bloque de constitucionalidad por la sentencia C-578 de 1995 que, a su vez, había reiterado y ampliado lo establecido por la sentencia C-225 de 1995. Así, pues, resulta indubitable que tanto el derecho internacional humanitario como la ley estatutaria que regula los estados de excepción, en tanto prohíbe la limitación o supresión de derechos durante dichos estados, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, ostentan la condición de normas constitucionales.

En un salvamento de voto a la sentencia C-040 de 1997[16], la Corte Constitucional reitera la pertenencia del derecho internacional humanitario, concretamente del Protocolo II, al bloque de constitucionalidad. Paralelamente, al momento de establecer los efectos de tal incorporación, la Corte sostiene que ello implica, como en efecto lo es, una "verdadera ampliación de la Constitución". De tal suerte que la jurisprudencia, así sea mediante un salvamento de voto, comienza a reconocer que la Constitución puede ser ampliada y que esa ampliación se verifica mediante la conformación de bloque de constitucionalidad.

---

tales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad".

15. Las reglas del derecho internacional humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, integran junto a las normas de la Constitución del capítulo 6 del título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debe sujetarse el Gobierno cuando declara el estado de conmoción interior...

A este respecto cabe recordar que las reglas del derecho internacional humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, integran junto a las normas de la Constitución del capítulo 6 del título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debe sujetarse el Gobierno cuando declara estado de conmoción interior (C.P. art. 214)".

16. Incorporación del Protocolo II al bloque de constitucionalidad e inconstitucionalidad sobreviniente parcial de la competencia de la justicia regional.

Según nuestro criterio, el anterior argumento no es válido, pues la sentencia C-150 de 1993 fue anterior a la expresa incorporación del Protocolo II al bloque de constitucionalidad. En efecto, esa sentencia es del 22 de abril de 1993, mientras que el Protocolo II fue revisado por esta Corporación el 18 de mayo de 1995, fecha en la cual la Corte admitió que esas normas humanitarias tenían rango constitucional, en la medida en que eran disposiciones internacionales de derechos humanos, aprobadas por el Congreso, y que no podían ser suspendidas en estados de excepción (CP art. 93).

Según nuestro criterio, la incorporación expresa al bloque de constitucionalidad de esta normatividad humanitaria tiene profundas consecuencias que es necesario asumir con coherencia, pues implica una verdadera ampliación de la Constitución. En este sentido, disposiciones legales declaradas exequibles por la Corte podrían quedar afectadas, a partir de la sentencia C-225/95, de una inconstitucionalidad sobreviniente, por lo cual, frente a una nueva demanda, deben ser nuevamente estudiadas, ahora atendiendo a las normas de derecho internacional humanitario de que trata el instrumento internacional en cuestión.

En efecto, sólo integran el bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones que reúnen los requisitos establecidos por el artículo 93 de la Carta, esto es, que se deriven de un tratado aprobado por Colombia y "que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción". Ahora bien, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las garantías judiciales son un derecho limitable en los estados de excepción, pues no están incluidas dentro del listado de derechos no suspendibles establecidos por el artículo 4º de ese instrumento internacional".

En la sentencia C-327 de 1997[17], la Corte, al ocuparse de estudiar la incorporación al bloque de constitucionalidad de tratados internacionales distintos a aquellos que consagran derechos, en tanto respecto de estos derechos la Carta ha prohibido su limitación en los estados de excepción (art. 93), sostuvo que éstos, si bien tienen fundamento constitucional y se entienden incorporados al sistema jurídico colombiano, "no forman parte del bloque de constitucionalidad", pues al no cumplir con los requisitos aludidos, la Carta no les confiere la primacía propia de las normas que integran el referido bloque.

La anterior doctrina es reiterada en la sentencia C-358 de 1997[18], en la cual la Corte sostiene que el mero hecho de ser un tratado internacional o una norma incorporada a

17. 3. El carácter excepcional de la detención preventiva, los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad

Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta "se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que "no debe ser la regla general", pero que "su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo", al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas".

Para responder el cargo formulado, cabe anotar que de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que "sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución", como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que "no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales 'prohíben su limitación en los Estados de Excepción', es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción", caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador.

Así las cosas, si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación "en los estrictos y precisos términos" del artículo 241 del Estatuto Superior. Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta.

Así las cosas, los tratados internacionales invocados por el demandante, en la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad y el hecho de que la Carta política disponga que los derechos en ella consagrados deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales que, por estar ratificados por Colombia tienen fuerza en el ordenamiento jurídico interno, no implica que sin reunir los requisitos a los que se ha aludido, en forma automática adquieran una prevalencia que no les ha conferido la Carta Política que, siendo norma de normas, tiene supremacía (art. 4 C.P.), por lo mismo, el examen abstracto de la preceptiva legal acusada se efectuará tomando como referente la Constitución que es el marco supremo y último para determinar la validez de cualquier norma legal que deba ser confrontada con ella.

Entenderlo de otro modo implicaría otorgarle a las normas de los tratados internacionales el mismo rango de las normas superiores que les sirven de sustento o derivar la inconstitucionalidad de una ley a partir de su comparación con otra norma legal.

18. El hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados no implica que las normas legales contrarias a lo pactado en los tratados deban ser consideradas inconstitucionales. Por lo tanto, la pregunta debe ahora dirigirse a establecer si todos los tratados internacionales firmados por el Estado colombiano integran el bloque de constitucionalidad.

6. Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos princi-

él, no es título suficiente para predicar la necesidad de su incorporación al bloque de constitucionalidad, oportunidad que le sirve para reafirmar la jurisprudencia que sostiene la incorporación al bloque de constitucionalidad del derecho internacional humanitario. De otra parte, en esta sentencia se reconoce la existencia de ciertas normas, como por ejemplo las "leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos", que a pesar de no tener rango constitucional, "la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias".

La Corte Constitucional, en su sentencia C-467 de 1997[19], además de reiterar su línea jurisprudencial en el sentido de incluir dentro del bloque de constitucionalidad las nor-

---

pios y reglas de valor constitucional, esto es, porque "son normas situadas en el nivel constitucional", como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

La Corte ha señalado con claridad "que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior". Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.

7. Las anteriores consideraciones serían suficientes para excluir del bloque de constitucionalidad las normas internacionales distintas de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, existen también razones procesales y prácticas relativas a la naturaleza del control constitucional ejercido por esta Corte que justifican tal decisión. Según las disposiciones que regulan los juicios ante la Corte, esta Corporación debe efectuar una revisión integral de las normas acusadas, por lo cual debe confrontarlas frente a todas las disposiciones de la Constitución. Si se aceptara que todos los tratados que obligan a Colombia integran el bloque de constitucionalidad, correspondería a la Corte revisar las normas impugnadas con relación a los mandatos del universo de los tratados ratificados por Colombia, lo cual es irrazonable, pues prácticamente ello imposibilitaría un adecuado control por el juez constitucional.

8. Los argumentos expuestos llevan a concluir que los tratados internacionales no constituyen por el solo hecho de serlo parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, elemento de juicio para el examen de constitucionalidad de una norma. Ello significa que, en principio, no constituye motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal el hecho de que ella se oponga a lo acordado en un trato internacional. ¿Significa lo anterior que el ordenamiento constitucional colombiano erosiona el valor normativo interno de los tratados?. En manera alguna, pues la Corte simplemente está afirmando que no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexequibilidad de una norma que contradiga un tratado. Sin embargo, es obvio que corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes. Como se ha señalado en esta sentencia, la Carta reconoce fuerza jurídica interna al derecho internacional.

9. Las conclusiones anteriores son aplicables enteramente a la situación bajo análisis: ningún aparte de la Constitución permite considerar que los convenios internacionales sobre relaciones diplomáticas y consulares integran el bloque de constitucionalidad.

19. 6. La Corte considera que la finalidad de estos instrumentos internacionales armoniza claramente con la Constitución pues es una expresión de los principios y reglas propios del derecho internacional humanitario, en el sentido amplio de esta expresión, los cuales, conforme lo establece la Carta, deben respetarse en todo caso (CP art. 214). Por ello esta Corporación ha señalado que esas normas se encuentran integradas al bloque de constitucionalidad y condicionan la validez de la normas de inferior jerarquía. Por ende, ninguna objeción constitucional se puede hacer al contenido general de los instrumentos internacionales bajo revisión, pues la protección de los bienes culturales es un mandato connatural a los principios del derecho humanitario, tal y como esta Corte lo señaló al declarar la exequibilidad del artículo 53 del Protocolo I y del artículo 16 del Protocolo II, normas que precisamente establecen que, sin perjuicio de las disposiciones de la Convención que la Corte revisa en la presente ocasión, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar, o tomar represalias contra tales bienes.

mas (convenios o tratados internacionales) que configuran el derecho internacional humanitario, en tanto establezcan derechos que no pueden ser limitados ni aun bajo los estados de excepción, precisa que dentro del bloque referido se incluyen las normas que prohíben "cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar, o tomar represalias contra tales bienes", pese a lo cual la trágica realidad nuestra de cada día se empeña en contrariar la normatividad constitucional, como acaba de ocurrir recientemente en el departamento del Chocó, con lo cual queda sentado, una vez más, que no basta con establecer un mandato normativo, así se haga incorporándolo a la Constitución, para que este se cumpla, como los abogados en todas partes del mundo hemos tenido el infortunio de notar.

En el año de 1998, la Corte Constitucional profiere una importante sentencia sobre el bloque de constitucionalidad, en la que se refiere a los diferentes sentidos que puede tener dicho bloque, cuestión que será analizada más detenidamente en la próxima sección. De otra parte, en esa misma sentencia la Corte reitera que los tratados internacionales, cuando ellos no cumplen los requisitos establecidos por el art. 93, no hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque pueden integrarse al bloque en virtud de lo establecido por una norma constitucional diferente, como ocurre efectivamente con el art. 101 de la Carta[20].

La sentencia T-568 de 1999[21], además de aplicar en un caso de tutela la jurisprudencia reiterada sobre la inclusión del derecho internacional humanitario en el bloque de

---

Además, en la medida en que las normas humanitarias hacen parte del bloque de constitucionalidad, se debe entender no sólo que el Estado debe divulgarlas sino que su estudio es obligatorio en las instituciones educativas (CP art. 41). En particular, la Corte encuentra indispensable el conocimiento por parte de los miembros de la Fuerza Pública de las normas humanitarias, no sólo por ser ellos naturales destinatarios de esta normatividad sino, además, porque la propia Constitución señala que se les deberá impartir la enseñanza de los derechos humanos (CP art. 222).

20. 6. Esta Corporación ha expresado que, de manera general, los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo...

8. Los fundamentos jurídicos anteriores permiten afirmar que la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958 e incorporada al derecho colombiano por la Ley 9ª de 1961, en cuanto establece las reglas para delimitar la plataforma continental de los Estados ribereños y los derechos que éstos pueden ejercer sobre esa área submarina, hace parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*. En efecto, se trata de un convenio que establece los límites del ejercicio de la soberanía en uno de los principales espacios marítimos del territorio nacional y, en consecuencia, integra el contenido normativo del artículo 101 de la Carta.

En suma, si bien en la actualidad el derecho del mar está constituido por reglas de distinta naturaleza, consuetudinarias y convencionales -razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia internacionales recomiendan que la determinación del derecho aplicable se haga caso por caso, en función del problema específico que haya de resolverse-, lo cierto es que no todas ellas hacen parte del bloque de constitucionalidad, pese a que puedan ser oponibles a todos los Estados en el plano internacional, por tratarse, eventualmente, de normas consuetudinarias".

21. En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990 *(casos de ilegalidad y sanciones*), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; y, claro está, la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

constitucionalidad, realiza un importante giro, quizá un tanto heterodoxo en materia de dicho bloque. Lo primero que puede advertirse de esta conducta heterodoxa es que se asume la noción de bloque de constitucionalidad en un caso de tutela, no sólo reiterando la jurisprudencia contenida en las sentencias de constitucionalidad reseñadas, sino que también incorpora al bloque de constitucionalidad "la constitución de la OIT y los convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción)", además de otras normas de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos"; luego de integrar el bloque de constitucionalidad de tal manera, el juez procede a sostener que esas normas deben ser interpretadas de "conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93), y los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados (que) hacen parte de la legislación interna (art. 53 inc. 4); con base en tal tesis, el juez concluye que las autoridades colombianas comprometidas en el asunto no aplicaron, por ignorarlo, el derecho aplicable. En esta sentencia, además de incorporar al bloque de constitucionalidad nuevas normas de contenido laboral, se asume una posición compleja (integrativa e interpretativa) del mismo, a fin de resolver un caso con efectos entre las partes. En tales condiciones, esta sentencia significa un rompimiento a la tradición de la misma Corte, que había sido unánime en tratar el tema del bloque de constitucionalidad únicamente en fallos de constitucionalidad de la ley, como debe ser (videm secciones 3 y 4), por lo cual dicha integración no puede entenderse de manera distinta que como un extravío de la jurisprudencia, sin más efectos que los causados en ese caso puntual. Esta conducta extraordinaria y poco ortodoxa de la Corte, ocasionó la inconformidad de los interesados, quienes atacaron la sentencia ante la propia Corte, la cual mediante auto 078 A de 1999[22], resolvió la cuestión desvirtuando lo concerniente a la

---

Concretamente, los derechos laborales de los empleados que resultaron vulnerados con el trámite irregular que se llevó a cabo fueron el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la evaluación de su alcance ha debido tener en cuenta por lo menos, las siguientes consideraciones:

d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*" (art. 93), y "*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT, entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos.

Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales.

La Corte deberá entonces, tomar las medidas necesarias para retrotraer los efectos, en lo posible, o reparar el daño causado por la errónea o deficiente consideración de los derechos laborales de los demandantes.

22. Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior.

integración del bloque de constitucionalidad, en tanto no se confiere a las mencionadas normas laborales la condición de normas constitucionales, asumiendo la posición de que el bloque fue integrado en ese caso exclusivamente con el propósito de "interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso..".., es decir: el bloque se integró con el fin de dar aplicación a lo dispuesto por el inciso segundo del art. 93 de la Carta. La aclaración precedente permite afirmar que la incorporación de las referidas normas laborales al bloque de constitucionalidad no se hizo porque esas normas tuviesen el carácter de constitucionales, sino para interpretarlas adecuadamente para el caso puntual que se resuelve; por tanto, dicha integración del bloque de constitucionalidad carece por completo de efectos para casos distintos al que se juzgó.

Mediante la sentencia C-582 de 1999[23] la Corte Constitucional reitera la jurisprudencia fijada sobre los sentidos del bloque de constitucionalidad, asunto que será desarrollado más detenidamente en la siguiente sección. De otra parte sostiene que el bloque de constitucionalidad está integrado por aquellas normas que, por su naturaleza, "se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley", advirtiendo que dicho bloque en *sentido lato* está integrado por: "(i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y (v) las leyes estatutarias". Igualmente, se reitera la jurisprudencia sobre la exclusión de los tratados internacionales que no cumplen con los requisitos del art. 93 del bloque de constitucionalidad.

Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella "*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art, 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo".

23. 3. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corte, el control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter *supralegal* que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad.

Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deban ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley...

En este contexto, podría decirse que, en principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

4. Sin embargo, no todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, "los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias". En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.

VI. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS SENTIDOS

Dentro de la evolución jurisprudencial evidenciada en los fallos de la Corte Constitucional colombiana puede observarse una clara tendencia a atribuir al bloque de constitucionalidad diversos sentidos. Ya se ha podido ver como en la mayoría de las sentencias de constitucionalidad se le da al bloque un sentido integrativo, en tanto se consideran como normas constitucionales todas aquellas que se integran al bloque, y en la única sentencia de tutela comentada se le da al bloque un sentido interpretativo, en tanto las normas incorporadas al bloque no se consideran como normas constitucionales, sino como normas que para ese caso concreto resultan relevantes para la interpretación adecuada del ordenamiento jurídico. El anterior panorama clasificatorio es ampliado por la misma jurisprudencia de la Corte, fundamentalmente en las sentencias C-191 de 1998, C-582 de 1999 y C-708 de 1999, en las que se reconocen dos sentidos fundamentales para el bloque de constitucionalidad: (1) el sentido *lato* y (2) el sentido *stricto sensu.* Las diferencias entre ambos sentidos y las implicaciones de dichas diferencias serán estudiadas a continuación.

La sentencia C-191 de 1998[24] define el bloque de constitucionalidad en sentido *lato* afirmando que este bloque está conformado por "aquellas disposiciones que pese a no

24. En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de *supralegalidad*. Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior, de las leyes orgánicas (C.P., artículo 151), de las leyes estatutarias (C.P., artículo 152) y, como se verá adelante, de los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido *lato*, es decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad.

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Con respecto a la acepción estricta del concepto de bloque de constitucionalidad, esta Corporación ha sentado la siguiente doctrina:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu* (sentencia C-225 de 1995).

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. Sobre este punto, la Corporación se ha expresado como sigue:

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque 'son normas situadas en el nivel constitucional', como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos. (sentencia C-358 de 1997).

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un *rango* normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propia-

tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad". Se trataría de algo así como un bloque *ad hoc*, conformado explícitamente para juzgar la constitucionalidad de la ley, a pesar de que los elementos que lo integran no sean del mismo rango y jerarquía. Dicho bloque estaría conformado por (1) "los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el art. 93 superior", (2) "las leyes orgánicas (C.P. art. 151)", (3) "las leyes estatutarias" (C.P. art. 152) y (4) "los tratados que integran el contenido normativo del art. 101 de la Carta". De otra parte, esa misma sentencia define el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* afirmando que éste está conformado por "aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P. art. 93)".

En la sentencia C-582 de 1999[25], la Corte Constitucional reitera las nociones sobre los dos sentidos del bloque de constitucionalidad señalados en la sentencia precedente. Esta misma jurisprudencia es reiterada también en la sentencia C-708 de 1999[26], en la cual se decanta un poco más la noción del bloque de constitucionalidad en el sentido de incluir en su contenido las leyes estatutarias, respecto de las cuales se precisa que "no todo el contenido de una ley estatutaria es apto para ostentar esa condición", salvo que exista un "mandato expreso del Constituyente de 1991 que apunte hacia esa dirección".

---

mente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.

25. Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103). De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

26. De los criterios jurisprudenciales expuestos, se destaca el hecho de que algunas leyes pueden integrar el mencionado bloque de constitucionalidad en sentido lato, siempre que la propia Carta lo haya ordenado, en forma directa y específica, de manera que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias y logren instituirse como parámetros de un control de constitucionalidad sobre las mismas.

Tal condición fue reconocida para la ley estatutaria que regula los estados de excepción (Ley 137 de 1994), en la Sentencia C-578 de 1995, dado que las normas que "establecen límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o suspensión de derechos, durante la anormalidad, se convierten en pauta de control de las leyes que tratan sobre el uso de la fuerza en el escenario de la normalidad", situación reiterada, posteriormente, en la Sentencia C-191 de 1998, antes mencionada.

De manera pues que, el apoyo del demandante en el fallo de constitucionalidad C-191 de 1998, para afirmar categóricamente que la Ley 270 de 1996 *"Estatutaria de la Administración de Justicia"* -en los artículos que el actor menciona y en forma determinante- integra el bloque de constitucionalidad, fue equivocado por no haber existido en la misma referencia ni análisis pertinente que permitiera llegar a esa conclusión.

Cabe resaltar las materias sobre las cuales tratan los artículos de la Ley 270 de 1996 señalados por el accionante como vulnerados con la preceptiva legal acusada: Así pues, versan sobre el deber de los funcionarios judiciales de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (art. 9º); se refieren a la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial por el daño antijurídico ocasionado con su conducta dolosa o gravemente culposa y definen algunos comportamientos como configuradores de culpa grave o dolo (art. 71) y; por último, atañen a las condiciones éticas del servidor judicial en el desempeño del cargo mediante un desempeño acorde con la dignidad de la función (art. 126).

Con base en los criterios jurisprudenciales mencionados y el contenido normativo de esas preceptivas legales, la Sala concluye que las mismas no pueden invocarse como transgredidas por la disposición *sub examine*, en cuanto no integran el bloque de constitucionalidad *lato sensu* , pues debe insistirse en que no todo el contenido de una ley estatutaria es apto para ostentar esa condición, sólo es viable a través de un mandato expreso del Constituyente de 1991 que apunte hacia esa dirección y en la Carta Política no se observa canon alguno que las reconozca como reglas de valor constitucional, sobre las cuales deba realizarse el control constitucional de la normatividad referente al régimen disciplinario de los servidores públicos.

El bloque de constitucionalidad -como se ha podido ver- comparte las vicisitudes propias de su novedad; los primeros pasos de la jurisprudencia constitucional al respecto no han estado exentos de traspiés o de tropiezos; sin embargo, a pesar del breve tiempo transcurrido (menos de 7 años), ya se van perfilando con cierto grado de claridad algunas líneas jurisprudenciales en torno a la cuestión. Desde un comienzo se había advertido el carácter abierto del bloque de constitucionalidad, y la correspondiente exigencia de su permanente construcción, así que no es de extrañar que la mayor parte de la tarea esté pendiente aún. La apertura obrada por la Constitución (que va de adentro hacia fuera), implica también una apertura en la jurisprudencia sobre ella, generando en ambos campos oportunidades coyunturales para el desarrollo de la teoría y la práctica constitucionales, labor en la que los Académicos debemos también tomar parte desde la tribuna de la crítica. Ese quizá es el principal desafío que plantea la noción de la constitución como norma abierta, y de su producto inevitable: el bloque de constitucionalidad.

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN

Claudia Nikken
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Escribir sobre temas de derecho público para honrar a Allan R. Brewer-Carías no es tarea fácil. Su vasta obra escrita y su trayectoria como jurista integral dificultan, en efecto, el análisis de sus puntos de vista sobre las instituciones constitucionales y administrativas. Es por ello que, para honrar a quien ha sido más que un maestro, hemos preferido escoger un tema de derecho constitucional muy puntual y, sobre todo, poco tratado: la validez de una constitución, en específico, la validez de la Constitución del 30 de diciembre de 1999.

La mencionada Constitución es el resultado de un proceso contrario a las previsiones de la Constitución del 23 de enero de 1961, es decir, de una *revolución*[1]. Esa irregularidad no se traduce en la invalidez de la nueva Constitución, pues la validez de ese acto reposa sobre la eficacia de su norma fundamental y no sobre su regularidad.

En efecto, Kelsen señalaba que la validez de una constitución positiva reposa sobre la validez de su norma fundamental. Por su parte, la validez de esa norma fundamental reposa sobre su eficacia y no sobre su regularidad, pues se trata de un acto meta-jurídico que, en consecuencia, no puede ser creado o modificado por medios jurídicos. La norma fundamental es creada o modificada por medio de una *revolución*, llevada a cabo, bien por autoridades legítimas a través de una revisión constitucional irregular, o bien en virtud de una usurpación de autoridad. En ambos casos, la nueva constitución positiva se tiene como válida si la norma fundamental es eficaz, es decir, "*si los individuos cuya conducta es regulada por el nuevo orden se comportan efectivamente, en su conjunto, de acuerdo con el nuevo orden (…). Si los revolucionarios fracasan, si el orden que intentan instaurar resulta ineficaz, entonces su empresa no será interpretada como un acto jurídico de creación del derecho, sino como un crimen de traición, y ello en virtud de la vieja constitución (…) y de su norma fundamental especifica*"[2].

Si nos atenemos a lo antedicho, para determinar si la Constitución promulgada el 30 de diciembre de 1999 es válida, bastaría con establecer si su norma fundamental es eficaz. Ahora bien, ¿es verdaderamente esa la constitución positiva venezolana?

La duda se presenta en virtud de la instauración de un régimen de transición por la Asamblea Nacional Constituyente, sistematizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, luego de la sanción de la nueva Constitución el 15 de diciembre de 1999.

---

1. Aunque sabemos que existen opiniones divergentes a ese respecto, es necesario convenir en que la Constitución de 1961 no preveía en su texto la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente "con el objeto de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico". Tampoco establecía la posibilidad para el pueblo, titular de la soberanía, de expresarse mediante referendos, salvo en el caso de la reforma de la Constitución, que debía ser sancionada a través de ese mecanismo. Por último, el artículo 250 de esa Constitución establecía expresamente que la misma no perdería su vigencia si era derogada por acto de fuerza, o por medios distintos a los previstos en ella.

2. KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Bruylant – LGDJ, Col. La pensée juridique, París 1997, p. 172.

Por ello, en el presente análisis abordaremos, en primer lugar, la cuestión inherente a la vigencia de la Constitución del 30 de diciembre de 1999 y, en segundo lugar, el tema de la eficacia de su norma fundamental.

I. LA CONSTITUCIÓN ¿POSITIVA?

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

En Venezuela, la exigibilidad y la aplicabilidad de la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999, es decir, su entrada en vigencia, dependía de su publicación en la Gaceta Oficial, según lo establece la disposición final de la misma. Esa publicación tuvo lugar el día 30 de diciembre de 1999, como puede constatarse de la Gaceta Oficial Nº 36.860 de esa fecha.

Ahora bien, ¿está esa Constitución realmente vigente?

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

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

Es por lo anterior que es dable preguntarse si la Constitución publicada el 30 de diciembre de 1999 está efectivamente en vigencia. Para dar respuesta a esa interrogante, es necesario analizar la ausencia de regulación de la transición en esa Constitución, así como las sucesivas modificaciones efectuadas en su texto luego de su sanción popular el 15 de diciembre de 1999.

1. La ausencia de regulación de la *transición* en la Constitución del 30 de diciembre de 1999

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

En efecto, el surgimiento de una *nueva* constitución tiene lugar cuando se *crea* un nuevo Estado, o bien, cuando dentro de un Estado ya existente se produce un *cambio constitucional*. En ambos supuestos, el fundamento del ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento desparece, dando paso al fundamento de un nuevo orden. En otros términos, se extinguen los órganos que antes ejercían el poder público y quedan derogadas las normas que definían o delimitaban el ejercicio de ese poder, al tiempo que se crean nuevos órganos y normas definitorias del ejercicio del poder.

Ahora bien, para que pueda surgir el nuevo orden, es necesario que su fundamento, la nueva constitución -o bien un acto de valor constitucional anterior-, determine el ele-

mento subjetivo de los órganos que habrán de aplicarla de manera *originaria*. En otros términos, esa constitución debe definir la oportunidad, los mecanismos y las condiciones que regirán para la *designación* de los titulares de los nuevos órganos del poder público. Además, debe prever de manera expresa quiénes ejercerán la autoridad hasta el momento en que tenga lugar esa *designación*.

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

La Constitución sancionada en Venezuela el 15 de diciembre de 1999 no establece régimen de transición alguno en ese sentido. Tampoco define quién y cómo debe adoptarse ese régimen de transición.

En efecto, de la lectura de las dieciocho disposiciones transitorias contenidas en la nueva Constitución venezolana, no aparece norma alguna que señale quiénes deben ejercer el poder público hasta tanto tenga lugar la designación de los titulares de los órganos recién creados, ni la oportunidad, los mecanismos o las condiciones que regirán para esa designación.

Ello es particularmente grave, dado que la nueva Constitución modifica sustancialmente el elemento subjetivo de los órganos que ejercen el poder público tanto a nivel nacional, como a nivel estadal y municipal. Así, por ejemplo, se eliminó el carácter bicameral del órgano legislativo nacional; se modificó la duración del mandato de los titulares de los órganos existentes; se establecieron condiciones y procedimientos distintos para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República, de los miembros del Consejo Nacional Electoral; se modificó la estructura el Tribunal Supremo de Justicia; se creó la Defensoría del Pueblo; etc.

Por lo anterior, difícilmente podía pensarse que las autoridades *designadas* hasta el momento de la entrada en vigencia de la nueva Constitución podían continuar en el ejercicio de sus cargos, poniendo en práctica las atribuciones que les fueron asignadas en la nueva Constitución, como ocurrió, por ejemplo, luego de la entrada en vigencia de la Constitución del 23 de enero de 1961, sobre todo con los órganos de los poderes ejecutivo y legislativo.

Esa *laguna* hubiera podido ser evitada mediante la *delegación* a la Asamblea Nacional Constituyente de la facultad de definir el régimen de transición una vez sancionada la nueva Constitución o; si la misma Asamblea Nacional Constituyente, antes de someter a referendo el proyecto de constitución que preparaba, hubiera definido ese régimen de transición, dado que su vasta competencia se lo permitía hasta el momento en que fuera sancionada la nueva constitución.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente fue llamada a *transformar el Estado y a crear un nuevo ordenamiento jurídico.* De allí que su competencia no se limitara a la preparación de un proyecto de constitución que, a todo evento, debía ser sancionado popularmente mediante referendo, sino que podía *legislar* desde el momento en que no fue llamada simplemente a *fundar* un nuevo ordenamiento jurídico, sino a *crearlo.* Por demás, la Corte Suprema de Justicia -entonces en pie- declaró que la *legislación* emanada de la Asamblea Nacional Constituyente tenía valor constitucional y que, por demás, pasaba a conformar el régimen de transición que regularía el ejercicio del poder

público fundado en la Constitución de 1961, hasta la efectiva entrada en vigencia de la constitución que entonces se elaboraba[3].

Sin embargo, como ya se dijo, la Asamblea Nacional Constituyente no estableció ni en el proyecto de constitución que sería sometido a referendo, ni en actos anteriores, el régimen de transición que permitiera la efectiva entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Así, dada la ausencia de regulación de las normas que debían regir entre la Constitución de 1961 y la de 1999, es jurídicamente imposible sostener que esta última pudiera entrar en vigencia, es decir, que fuera exigible y aplicable. ¿Quién ejercería el poder legislativo a nivel nacional, luego de extinguidos el Congreso de la República y la Asamblea Nacional Constituyente? ¿Qué duración tendría el mandato del Presidente de la República, electo según las normas definidas por la Constitución de 1961? ¿Quién designaría –y cómo- a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General y al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo? ¿Podían continuar en el ejercicio de sus funciones los miembros del Consejo Nacional Electoral?

2. Las modificaciones de la Constitución

El enorme vacío normativo que apareció luego de la sanción de la nueva Constitución venezolana, provocado por ella misma, *obligó* a la Asamblea Nacional Constituyente a establecer un régimen de transición que, posteriormente, fue complementado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así surgió la más grave de las modificaciones que ha sufrido la Constitución sancionada popularmente el 15 de diciembre de 1999.

Ahora bien, esa no es la única modificación de la Constitución. Existen otras resultantes de las dos publicaciones sucesivas de que la misma ha sido objeto.

A. La *constitución* de un régimen de transición

La sanción de la nueva Constitución el 15 de diciembre de 1999 provocó, en el ordenamiento jurídico venezolano, un vacío normativo de inmensas proporciones. Ante esa situación, provocada por ella misma, la Asamblea Nacional Constituyente procedió a dictar una serie de actos que regirían la transición entre las dos constituciones. Así, dicho órgano emanó, por una parte, el Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999[4] y, por la otra, el Estatuto Electoral del Poder Público el 30 de enero de 2000[5].

De esa manera, la Asamblea Nacional Constituyente estableció, desde antes de la promulgación de la nueva Constitución -pero luego de su sanción- las normas que regirían la transición entre ésta y la del 23 de enero de 1961[6].

---

3. CSJ-CP, 14/10/1999, Decreto de organización del Congreso de la República.
4. Publicado en la *G.O.* nº 36.857 de fecha 27 de diciembre de 1999 y reimpreso por error material en la *G.O.* nº 36.859 del 29 de diciembre de 1999.
5. Publicado en la *G.O.* nº 36.884 de fecha 2 de febrero de 2000.
6. Sobre el *proceso* de instauración del régimen de transición, ver BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 343-374; 381-400.

Ahora bien, las normas en cuestión fueron dictadas por una autoridad *incompetente:* si materialmente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar, además de su estatuto de funcionamiento, otros actos jurídicos, temporalmente estaba limitada para ejercer su función creadora y transformadora. Ese límite temporal era el momento de la sanción (o el rechazo) de la nueva Constitución: después de ese momento, sólo podía proclamar el resultado del referendo y, de resultar aprobatorio, promulgar la nueva Constitución.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente fue creada como órgano *extraordinario* que, por la misma razón, detentaba un mandato *temporal.* A ese órgano extraordinario se le confirió el carácter de instancia decisoria del poder constituyente, es decir, se le confirió la potestad, principalmente, de adoptar un proyecto de constitución[7], cuya sanción definitiva se reservó el pueblo, titular del poder constituyente. De allí que, una vez cumplido el fin para el cual fue creada, la Asamblea Nacional Constituyente debía cesar en sus funciones, salvo que el titular del poder constituyente, es decir, *el pueblo,* previera otra cosa en las *disposiciones transitorias* de la nueva Constitución. Ello, muy a pesar de que las Bases Comiciales sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente señalaban que dicha Asamblea funcionaría por ciento ochenta días: se trataba del límite máximo de tiempo que podía tomarse la Asamblea Nacional Constituyente para adoptar el proyecto de constitución que le fue encomendado.

En el mismo orden de ideas, es necesario tomar en consideración que, a tenor de lo establecido en esas Bases, la Asamblea Nacional Constituyente debía declarar sancionada la nueva Constitución si el número de votos afirmativos expresados en el referendo convocado a tal fin era superior al número de votos negativos y, posteriormente, promulgar esa Constitución, ordenando su publicación en la Gaceta Oficial. De tal manera, una vez realizado el referendo constituyente, la Asamblea no podía más que proclamar la sanción de la nueva Constitución y ordenar su publicación, dado que, en el texto sancionado, no se le otorgó facultad alguna, salvo la de adoptar la ley especial relativa al Distrito Capital. Admitir lo contrario sería tanto como afirmar que el órgano legislativo (órgano ordinario y permanente) puede, luego de haber sancionado el texto de una ley, modificarlo mientras la autoridad encargada de su promulgación procede a ello.

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

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no sólo ha dado aval a la irregular actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que, además, se ha permitido perfeccionar y complementar el régimen de transición

7. Sobre este concepto, ver BEAUD, O., *La puissance de l'État,* PUF, Col. Léviathan, p. 296. *V.,* también, NIKKEN, C., *La Cour Suprême de justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961,* Tesis de doctorado presentada en la Universidad Panthéon-Assas (París II), París 2001, p. 396.

definido por ésta, siendo la más *notable* de sus decisiones la relativas a la duración del mandato presidencial -que fue extendido por un lapso de cinco meses-[8].

De lo anterior aparece que no es posible afirmar que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 esté *efectivamente* vigente: ninguno de los órganos del poder público puede fundamentar su autoridad en esa Constitución y, en consecuencia, no resultan exigibles las normas aplicables al ejercicio de esa autoridad.

B. Las *publicaciones* de la Constitución

Además de la modificación resultante de la instauración de un régimen de transición por autoridades manifiestamente incompetentes para ello, la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 ha sufrido otras en sus sucesivas publicaciones.

En primer lugar, es necesario señalar que, como lo han advertido diversos autores e, incluso, integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, el proyecto sometido a referendo el día 15 de diciembre de 1999 y, por lo tanto, sancionado como Constitución en esa misma fecha, no se corresponde con el publicado en la Gaceta Oficial el 30 de diciembre de 1999[9].

Aunado a lo anterior, el 24 de marzo de 2000 fue reimpreso el texto de la Constitución, con el pretexto de corregir *errores de gramática, sintaxis y estilo*, lo que es a todas luces inadmisible, pues ello implica cambios en el texto constitucional aprobado por el pueblo. Además, como lo señala Brewer-Carías, con esa excusa *se introdujeron múltiples cambios sustanciales al texto constitucional*[10]. De hecho, el Fiscal General de la República, quien introdujo un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a objeto de que ésta determine cuál es la Constitución vigente, detectó cambios en ciento setenta y nueve artículos, la mayoría de fondo y de forma[11].

Esa *reimpresión* de la Constitución está precedida de la publicación de su supuesta *Exposición de Motivos*, que aparece aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de enero de 2000. No volveremos sobre el tema del límite temporal de la competencia de la Asamblea, sin embargo es necesario señalar que esa actuación es el resultado tanto como la propia reimpresión de la Constitución, de una usurpación de autoridad.

En efecto, como aparece de esa publicación, la Asamblea Nacional Constituyente, esgrimiendo el "ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste (el pueblo soberano de Venezuela) mediante referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, y en concordancia con el Artículo 1º del Estatuto de funcionamiento de la *Asamblea Nacional Constituyente*"; decreta la siguiente *Exposición de Motivos* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

---

8. TSJ-SC, 5/4/2001, *Francisco Encinas Verde y otros*.
9. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, 3ª edición, Caracas 2001, pp. 282-289.
10. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, *cit.* p. 403.
11. *V.*, el diario *El Universal*, Caracas del 10 de diciembre de 2000, p. 1-4. Por su parte, el abogado ESCARRÁ, Herman quien presidió la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, detectó doscientas setenta y ocho *reformas* al texto constitucional (ver el diario *El Universal* Caracas de 13 de dieciembre de 2000, p. 1-4.).

Esa publicación es absolutamente írrita. Por una parte, la *exposición de motivos* de la Constitución nunca fue sometida a consulta popular, de manera que el pueblo nunca conoció los *motivos* de la Constitución. Además, para la fecha de la publicación de esa *exposición de motivos*, la Asamblea Nacional Constituyente estaba ya disuelta, por lo que mal pudo haber ordenado su publicación.

A todo evento, la Ley de Publicaciones Oficiales establece, como único motivo de re-impresión de un acto, *la evidente discrepancia entre el original y su impresión*, esto es, en el caso, la disconformidad entre la Constitución sancionada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, y la Constitución impresa en la Gaceta Oficial Nº 36.860 de 30 de diciembre del mismo año. No puede entonces tratarse de la corrección de "errores de gramática, sintaxis y estilo" cometidos por la autoridad encargada de elaborar y adoptar el proyecto de Constitución: corregir la obra del poder constituyente se traduce, necesariamente, en la vulneración del fundamento mismo del principio de separación de poderes que rige en todo Estado que se pretende democrático.

De todo lo antes expuesto resulta que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no está vigente, ni siquiera desde un punto de vista formal, pues su texto, tal como fue sancionado, nunca ha sido objeto de publicación en la Gaceta Oficial.

II. SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMA FUNDAMENTAL

El que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no sea *jurídicamente* exigible o aplicable en razón de la ausencia de definición del régimen de transición, no implica necesariamente que su norma fundamental sea inaplicable.

Ahora bien, para determinar si la norma fundamental de la Constitución es eficaz y, por ende, si esa Constitución es válida, es necesario definir, en primer término, en qué consiste esa norma fundamental.

1. La norma fundamental de la Constitución

La norma fundamental de una constitución es, según Kelsen, una norma hipotética de la que resulta la validez o, mejor, la regularidad de esa constitución. Según su propia expresión, una constitución es válida, pues se entiende que ha sido dictada conforme a su norma fundamental, que no es un acto jurídico, dado que sobre ella no existe, en la jerarquía de las normas, acto alguno que establezca el procedimiento atinente a su confección[12].

Sabiendo que Kelsen rechazaba el incorporar a la ciencia del derecho instituciones que no fueran jurídicas -como es el caso de la norma fundamental-, es útil aproximarse a la *Teoría de la Constitución* de Schmitt a los efectos de entender en qué consiste esa norma.

Para Schmitt, en efecto, una constitución "reposa sobre una decisión emanada de un ser político relativa al género y a la forma de su propio ser. El término *voluntad* define la naturaleza esencialmente existencial de ese fundamento de validez. Esa decisión política es tomada "por cualquier expresión discernible de (la) voluntad global directa". De

12. KELSEN, H., *op. cit.*, p. 172.

hecho, la voluntad constituyente del pueblo "se ubica antes y sobre todo procedimiento fijado por leyes constitucionales"[13].

De lo anterior aparece que la norma fundamental de Kelsen no es otra cosa que la decisión política fundamental de Schmitt[14].

Ahora bien, ¿cuál es la decisión política que fundamentaría la validez de la Constitución de 1999?

Para dar respuesta a esa interrogante, es necesario trazar, aunque sea de manera sucinta, el proceso de formación de esa Constitución.

Para ello, debe recordarse que la *ruptura* del hilo constitucional o *revolución* ocurre de dos maneras. La clásica, que consiste en la usurpación de autoridad, es decir, en la deposición de las autoridades *legítimas* según la Constitución en vigor y su sustitución por autoridades *de facto;* o, la modificación de la Constitución, siguiendo vías distintas a las previstas en ella.

Esas dos formas de *revolución* estaban naturalmente proscritas por la Constitución de 1961, cuyo artículo 250 establecía que la misma *no perdería su vigencia si dejaba de observarse por acto de fuerza o era derogada por cualquier medio distinto del que ella misma disponía.*

El Presidente Chávez fue electo conforme a la Constitución de 1961, de manera que mal puede afirmarse que su llegada al poder signifique la *ruptura* del hilo Constitucional. Sin embargo, siguiendo los dictados del Presidente, la Constitución de 1961 fue derogada o, en términos más precisos, abrogada, por medios distintos de los previstos en ella.

De hecho, recordemos que al momento de tomar posesión de su cargo, el Presidente Chávez emitió el siguiente pronunciamiento:

> Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Constitución adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro.

Ese pronunciamiento es conforme al eje de su campaña electoral, que estuvo centrada en la derogación o, más técnicamente, en la abrogación de la Constitución de 1961, por medios distintos a los previstos en ella.

El discurso del entonces candidato a la presidencia de la República dio pie a la apertura de un vasto debate político sobre la posibilidad de utilizar el referendo consultivo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y la Participación Política, con el objeto de consultar al pueblo sobre la conveniencia o no de convocar una asamblea constituyente.

Es por lo anterior que, el 28 de octubre de 1998, un grupo de abogados ocurrió por ante la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, a los fines de solicitar la interpretación del artículo 181 de la referida ley orgánica, partiendo del principio de que tal norma sólo permitiría consultar al cuerpo electoral, sin que la opinión manifestada por éste pudiera servir como fundamento para convocar una asamblea constituyente pues, para ello, era necesario reformar la Constitución.

---

13. SCHMITT, C., *Théorie de la Constitution*, PUF, Col. Léviathan, París 1993, p. 212.

14. Se hace la aproximación, aun conociendo las diferencias esenciales existentes en las teorías construidas por ambos autores y, a pesar de las diferencias personales que los separaron a raíz de la instauración del régimen nacional-socialista.

Ese recurso de interpretación no fue decidido de inmediato: los hechos muestran que la Sala Político-Administrativa esperaba el resultado de la elección presidencial.

En efecto, luego de la elección de Hugo Chávez Frías como Presidente de la República el 6 de diciembre de 1998, la Fundación para los Derechos Humanos (FUNDAHUMANOS) interpuso un nuevo recurso de interpretación ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia; ello el 16 de diciembre de 1998.

Los dos recursos fueron decididos por separado el mismo día, esto es, el 19 de enero de 1999, por la Sala Político-Administrativa. En ambas sentencias se estableció que el referendo consultivo establecido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política podía ser utilizado para recoger la opinión del cuerpo electoral sobre cualquier materia de especial trascendencia nacional distinta de las expresamente excluidas, incluso la relativa a la convocatoria de una asamblea constituyente. Valga señalar, sin embargo, que la decisión de principio emanada de la Sala Político-Administrativa es la correspondiente al segundo recurso de interpretación interpuesto, contentándose la relativa al primero a ratificarla.

Como fundamento de la decisión adoptada, la Sala Político-Administrativa acogió la noción de poder constituyente originario, distinguiéndolo del poder constituyente derivado o poder de revisión. En tal sentido, señaló que el pueblo, como titular del poder constituyente originario, no estaba sometido a limitación alguna, pudiendo expresarse de cualquier forma, incluyendo el referendo consultivo establecido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. De hecho, la Sala Político-Administrativa afirmó que el referendo consultivo en cuestión es un *derecho inherente a la persona humana*.

En todo caso, con el objeto de evitar la *desviación* del referendo consultivo hacia una consulta plebiscitaria, en la decisión de principio se establece que el mismo debe tener por objeto un texto normativo o un proyecto.Por último, la Sala Político-Administrativa, con fundamento en todo lo anterior, afirmó el carácter vinculante del referendo consultivo en cuestión.

Las sentencias antes sintetizadas resultaban contrarias a la Constitución de 1961, entre otras razones, porque: 1) el referendo previsto en la ley interpretada no podía servir, ni siquiera, para consultar sobre la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, pues tal referéndum no podía tener por objeto la revocatoria de mandatos populares y, en el caso, se pretendía la revocatoria parcial del mandato de los miembros del Congreso en cuanto a sus facultades *constituyentes* (derivadas); 2) el referendo consultivo no es un derecho inherente a la persona humana, sino un medio de participación ciudadana (que sí es un derecho), que no se traduce en el ejercicio de la soberanía: los actos soberanos del pueblo, según la Constitución de 1961, eran la elección popular de los representantes y el referendo previsto para aprobar la reforma constitucional; 3) un referendo de rango sub-legal no puede fundamentar la modificación de la Constitución.

La Sala Político-Administrativa, con apego a la Constitución entonces vigente, debió declarar que si la intención presidencial era convocar una asamblea constituyente, lo que correspondía era que el Congreso, mediante el procedimiento de reforma, creara esa figura, estableciendo su composición y forma de elección, así como su *competencia*, reforma ésta que debía ser aprobada por el pueblo mediante referéndum[15].

En todo caso, lo antes narrado configura la norma que fundamentaría la validez de la Constitución de 1999: si la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada

15. *V.*, al respecto, NIKKEN, C., *op. cit.*, pp. 357-387.

Corte Suprema de Justicia no hubiera declarado que era conforme a derecho utilizar el mecanismo legal del referendo consultivo para establecer si el pueblo consideraba o no conveniente convocar una asamblea constituyente, esa Constitución no habría sido adoptada.

Esa norma fundamental supone que el pueblo está por encima de la Constitución y, además, que puede ejercer esa soberanía por cualquier medio y en todo momento, incluso contra la Constitución.

Ello, aunque a simple vista parezca coherente con el principio de la soberanía popular, se traduce, en el mejor de los casos, en lo que ha sido denominado *neo-absolutismo*, es decir, en un régimen en el cual el poder absoluto del monarca del antiguo régimen es ejercido directamente por el pueblo[16] o; en el peor, en un elemento del denominado *cesarismo democrático*, sistema en el cual el Jefe del Estado se esconde tras la voluntad popular para justificar sus actuaciones, las más de las veces contrarias al interés general[17].

En todo caso, la norma o decisión política fundamental encuentra regulación positiva en la Constitución de 1999. Así, por ejemplo, se establece que la soberanía reside *intransferiblemente* en el pueblo; que son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, entre otros, el referendo -entendido como tal el relativo a la legislación-, la consulta popular, la revocación de mandatos. Además y como corolario, se desvaneció la línea que separa el poder constituyente del poder de revisión, al someter a sanción popular las enmiendas y reformas a la Constitución.

2. El rechazo de la aplicación de la norma fundamental de la Constitución del 30 de diciembre de 1999

Antes quedó establecido que la norma fundamental de la Constitución de 1999 supone que el pueblo está por encima de la Constitución y, además, que puede ejercer su soberanía por cualquier medio y en todo momento, incluso contra la Constitución.

Por la anterior razón, el pueblo soberano *titular* del poder constituyente- puede, sin temor a ser controlado por vía judicial, emanar actos legislativos por vía refrendaria que violen la Constitución. Puede, igualmente, emanar actos-condición, como la revocatoria de algún mandato, sin cumplir con las formalidades inherentes al referendo instituido con ese fin.

En definitiva, la Asamblea Nacional y, en especial, el Presidente de la República, al convocar un referendo constitucional o legislativo, pueden servirse de la soberanía popular para establecer actos contrarios a la Constitución, atentando contra los principios inherentes al Estado de derecho. En esa misma medida, el pueblo, en uso de su soberanía, puede emanar actos que atenten contra la continuidad de las instituciones y, por ende, de la propia Constitución.

---

16. BEAUD, O., *op. cit.*, pp. 263-306 y, particularmente la conclusion de la obra.

17. PACTET define el cesarismo democrático como una dictadura aclarada o, como una falsa democracia. Se trata de una dictadura aclarada, pues "la autoridad de la ley cede el paso a la voluntad del jefe plebiscitado por el pueblo". Las instituciones cuentan poco, salvo el jefe todopoderoso, "sostenido por sus obligados, apoyado sobre su policía, jefe de guerra y jefe civil, y cuya voluntad hacer que todo se pliegue: es el reino del poder personal más que del Estado de derecho". Se trata de una falsa democracia, pues el sufragio universal y el llamado al pueblo "no sirven de nada, puesto que no permiten al pueblo escoger libre y directamente a sus representantes. En cuanto a los referendos, tienen un acusado carácter plebiscitario" *(Institutions politiques / Droit constitutionnel*, 14ª ed., Masson / Armand Colin, París 1995, p. 269).

Ahora bien, no puede decirse que la aplicación de esa norma fundamental sea generalmente aceptada.

Para aproximarnos a la constatación de lo antedicho, es necesario recordar que todos los actos inherentes al proceso constituyente, incluso la sanción de la nueva Constitución, fueron aprobados por un porcentaje cercano al treinta por ciento del cuerpo electoral. De manera que sólo ese porcentaje se pronunció de manera expresa favorablemente a la aplicación de esa norma.

De allí que pueda afirmarse -siguiendo a Kelsen- que la aplicación de la norma fundamental de la Constitución de 1999 no fue generalmente aceptada desde sus orígenes. Su destinatario, es decir, el pueblo erigido en cuerpo electoral, se abstuvo en una inmensa proporción de emitir el acto jurídico -el voto- que expresaría su conformidad con la aplicación de la norma.

En efecto, cualquiera que sea la concepción de *pueblo* que se adopte, ese pueblo no es el cuerpo electoral, ni menos aún una porción de éste. El cuerpo electoral es ciertamente el representante primario del pueblo, pero, como *órgano* representativo es políticamente responsable ante este último. En consecuencia, mientras el pueblo esté mejor representado, menor será el grado de responsabilidad política del cuerpo electoral ante él[18].

En todo caso, como lo afirmaba Schmitt, quien sostenía que la forma natural de manifestación del poder constituyente es la opinión pública[19], *"Un voto individual secreto seguido de la adición de la opinión de personas privadas aisladas no puede producir una opinión pública"; "esos métodos de registro no son más que métodos auxiliares y, en tanto que tales útiles y preciosos; pero no absorben ni agotan la sustancia de la opinión pública"*[20]. De hecho, para dicho autor, es necesario recordar constantemente que si el pueblo puede aprobar o rechazar, *"su sí o su no devienen simples y elementales, pues se trata en realidad de una decisión fundamental sobre el conjunto de su propia existencia. En tiempos de calma y de paz, las tomas de posición de ese tipo son raras e innecesarias. En períodos críticos, sólo el no que se levanta contra una constitución vigente puede ser claro y decidido como negación, mientras que la voluntad positiva no es tan segura"*[21].

Así, aunque formalmente pueda entenderse que el *pueblo* aceptó la aplicación de la norma fundamental de la Constitución de 1999 desde el inicio de su proceso de formación, ello dista de ser cierto desde un punto de vista material.

Aunado a lo anterior aparece -entre otros actos- la publicación de la "Exposición de Motivos" de la Constitución que contiene una disposición, por la cual la Asamblea Nacional Constituyente pretendió ser la depositaria del poder constituyente originario.

En efecto, según se colige de las Bases Comiciales para el referéndum consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente celebrado el 25 de abril de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente fue concebida como un órgano representativo del *pueblo soberano*. Dicha Asamblea tuvo como misión esencial adoptar un proyecto de Constitución que, para ser considerada como acto jurídicamente perfecto, estaba condicionada por la sanción popular mediante referendo.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente nunca fue investida, como lo pretende, del poder constituyente originario. Originaria era, sí, pues el fundamento de su existencia

18. HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., Sirey, París 1929, pp. 550-553.
19. SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 219.
20. *Idem*, p. 385.
21. *Idem*, p. 219.

no se encontraba en la Constitución de 1961, pero no por ello podía asumir que el *pueblo* le confirió el poder constituyente originario, que además se reservó expresamente.

Resulta, entonces, evidente la contradicción de dicho postulado con el encabezamiento de la Exposición de Motivos Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, que establece: "En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste mediante referendo (…)".

El *pueblo soberano* no atribuyó nunca su poder constituyente originario a la Asamblea Nacional Constituyente. La invistió, sí, de funciones constituyentes, dentro de las cuales la más importante fue la adopción de un proyecto de Constitución, proyecto éste que careció de una *Exposición de Motivos* y que, en consecuencia, fue sancionado sin ella por el propio *pueblo soberano*.

De lo anterior aparece que la propia Asamblea Nacional Constituyente desconoció la norma fundamental de la Constitución sancionada popularmente el 15 de diciembre de 1999.

En todo caso, valiéndose de esa norma fundamental, la Asamblea Nacional electa el 30 de julio de 2000, procedió a solicitar la convocatoria de un referendo consultivo con el objeto de suspender a los dirigentes de las más importantes organizaciones sindicales del país. Ese referendo, que evidentemente no atañía a una cuestión de *especial trascendencia nacional* como lo supone la Constitución de 1999, fue organizado y realizado con base en dicha norma, como lo constató la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia dictada el 1º de diciembre de 2000 *(Frente Constituyente de Trabajadores),* al indicar que *"Los referendos populares exceden (…) la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicarse el poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa"*. De hecho, en esa sentencia, la Sala Constitucional afirmó que *"el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que "sus representantes acaparen todo el poder político"* (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), *de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa*[22].

Así, mediante ese referendo -legitimado por la Sala Constitucional- se pretendía que el pueblo violara el derecho a la libertad sindical, avalando una írrita actuación del Presidente de la República quien, a todo evento, se escondió tras la fachada de la Asamblea Nacional para ejercer la iniciativa de su convocatoria.

Ahora bien, puede decirse que la aplicación de la norma fundamental por los órganos del poder público fue rechazada en general por el pueblo venezolano. En efecto, aun cuando el resultado fue afirmativo, la tasa de abstención fue una de las más elevadas -si

22. Criterio reiterado, entre otras decisiones, en fallo del 13 de febrero de 2001 (*Bingo Gran Casino, S.A.*).

no la más- en Venezuela[23]. Por demás, al momento de la realización de las elecciones inherentes a la dirigencia sindical, los trabajadores votaron *contra* los candidatos presentados por el *oficialismo,* ratificando en algunos casos a líderes sindicales depuestos mediante el referendo en cuestión.

Esa situación, generadora de un gravísimo conflicto institucional que aún no ha sido resuelto por el Tribunal Supremo de Justicia, marca el momento a partir del cual las propias autoridades rechazan la aplicación de la norma fundamental de la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999.

De hecho, en sentencia reciente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró, contrariamente a la jurisprudencia que había venido reiterando y que, en definitiva es el fundamento de su propio poder, que los referendos consultivos no son vinculantes[24].

En virtud de ese rechazo, es necesario concluir que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 carece de validez: una constitución cuya norma fundamental no es generalmente aceptada en su aplicación es jurídicamente inválida.

* * *

La Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no ha entrado en vigencia por dos razones. La primera y fundamental es la ausencia de regulación del régimen de transición entre la Constitución del 23 de enero de 1961 y esa nueva Constitución. La segunda, la no publicación oficial del texto popularmente sancionado.

En otros términos, la Constitución que generalmente es considerada como *positiva* es jurídicamente inaplicable.

Además, esa Constitución carece de validez, visto el rechazo general de la aplicación de su norma fundamental.

¿Cuál es entonces el fundamento jurídico de la autoridad que ejercen actualmente los órganos del poder público?

La respuesta es simple: *ninguno.* Nos encontramos frente a un gobierno *de facto* cuya acta constitutiva fue emanada por la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999; acta constitutiva que fue *aceptada* por la minoritaria porción del pueblo que acudió a las urnas electorales a *relegitimar* al Presidente de la República y a elegir a los diputados ante la Asamblea Nacional y, que mantiene su vigencia en razón de la monopolización, en manos del Jefe del Estado, de los poderes legislativo, judicial y ciudadano, así como de las armas.

La *constitución* que rige actualmente en Venezuela no es otra que la que resulta del *bloque* de normas emanadas de la Asamblea Nacional Constituyente, antes y después de la sanción de la Constitución de 1999, así como de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia órgano que, en definitiva, estableció el régimen transitorio aplicable a la presidencia de la República, al propio Tribunal Supremo de Justicia y al Consejo Nacional Electoral como órgano del poder electoral.

---

23. Recuérdese que el llamado *referendo sindical* se llevó a cabo en la misma oportunidad en que se realizó el proceso electoral atinente a los concejos municipales y a las juntas parroquiales.

24. TSJ-SC, 22/1/2003, *Interpretación del artículo 71 de la Constitución.*

Sin entrar en detalles sobre el contenido de esa *constitución*, vista la práctica institucional, es posible sostener que la misma tiene por fundamento, es decir, por norma fundamental, la monopolización del poder en manos del Presidente de la República, quien tiene la potestad de determinar cuándo y cómo deben actuar los demás órganos del poder público, además de la posibilidad de convocar, a su conveniencia al cuerpo electoral. No podemos dejar de resaltar el hecho de que una Sala Electoral *accidental*, conformada de la manera más irregular que pueda imaginarse, decidió suspender cautelarmente la realización de un referendo consultivo -convocado por iniciativa popular-, cuyo objeto era interrogar al cuerpo electoral sobre si estaba o no de acuerdo con que se solicitara la renuncia inmediata del Presidente de la República[25]. Tampoco podemos olvidar que, en sentencia de la misma fecha, la Sala Constitucional del mismo Tribunal afirmó que los referendos consultivos no son de carácter vinculante, desconociendo así el fundamento de su propio poder: si los referendos consultivos no son vinculantes, ¿cómo es que fue convocada una Asamblea Nacional Constituyente?, ¿por qué fueron suspendidos los dirigentes de las organizaciones sindicales?

Ante lo anterior, es necesario cuestionarse sobre la aceptación general de la aplicación de esa norma fundamental.

A ese respecto, pensamos que la aplicación de esa norma es generalmente rechazada. La movilización de la sociedad civil durante más de un año, así como la recolección de más de cuatro millones de firmas para ejercer la iniciativa de diversos actos como una enmienda constitucional, la revocatoria del mandato del Presidente de la República e, incluso, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, es prueba objetiva de ese rechazo, si tomamos en consideración que ese porcentaje de electores supera con creces al que sancionó la Constitución el 15 de diciembre de 1999 o eligió al Presidente de la República.

Recordando nuevamente a Kelsen, reiteramos que, *cuando el orden jurídico que los revolucionarios pretenden establecer resulta ineficaz, su empresa no es interpretada como un acto jurídico de creación de derecho, sino como un delito de traición, en virtud de la constitución anterior y de su norma fundamental*.

¿Cuál es, en Venezuela, la constitución anterior?

La respuesta no es evidente y, en todo caso, depende de consideraciones que escapan al presente análisis.

25. TSJ-SE, 22/1/2003, SANTOS AMARAL, Desiré, VIVAS, Ramón Darío y SALAMATH KAHN, José.

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL

Sandra Morelli
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y ADVERTENCIA

Es para mi un gratísimo honor poder participar en un libro homenaje al profesor Allan Brewer-Carías. Quienes tenemos el privilegio de conocerlo, lo admiramos por su inteligencia, su sabiduría, su erudición y su generosidad para con tantos y tantos jóvenes de distintos países a quienes él les ha enseñado el camino y los ha guiado hacia un ejercicio digno y decoroso del derecho, dentro de un profundo sentido cívico y patriótico.

La obra de Allan, hace parte del patrimonio jurídico cultural venezolano, colombiano, latinoamericano e incluso europeo.

Ciudadanos como él, nos permiten mantener la esperanza de un futuro mejor para nuestros países.

Espero entonces, con este breve escrito, poder estar a la altura de las otras contribuciones que excelentísimos juristas han realizados, no sin antes advertir que el texto ha sido elaborado en tanto el proyecto de reforma política viene siendo discutido, por lo que el articulado señalado está seguramente sujeto a futuros cambios que suponemos en todo caso no sustanciales.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

En la década de los 90 tuvo lugar un proceso de reforma constitucional que culminó con la promulgación de la Constitución del 91, mediante la cual Colombia se afilió, en su concepción estatal, a las contemporáneas tendencias del derecho constitucional, democrático, pluralista, participativo, autonómico y social.

Transcurrida una década e inaugurado el milenio, cuando el país atraviesa por una grave crisis de gobernabilidad determinada por factores tanto de alteración del orden público como económicos, se pone en tela de juicio la idoneidad del texto constitucional para contribuir a la consolidación y permanencia de nuestra Nación.

Ello no debe sorprender, no sólo por la tendencia profundamente arraigada en la cultura colombiana, consistente en pretender atribuirle a la normatividad vocación cuasimágica para moldear la realidad social sino además, porque esta grave coyuntura por la que atraviesa el país, resulta ser la ocasión propicia para mermar el radio de acción de las instituciones democráticas, el alcance de los derechos fundamentales y de los respectivos mecanismos de protección y en general, para adoptar reformas tendientes todas a la centralización del poder. En fin, lo que podemos observar, desde una perspectiva de ciclos constitucionales es el retorno del péndulo para situarse en una concepción autori-

taria y centralista del Estado y del poder, que por ahora se manifiesta en dos propuestas de reforma constitucional la una mediante la vía referendaria, la otra, por el camino parlamentaria; la primera, conjunto de prohibiciones normativas muy a la manera de un código penal; la segunda, quebrantadora del principio de autonomía de la rama, de varias instituciones garantistas de derechos y abolicionista de la gratuidad de la justicia.

Analicemos pues tanto el contexto preliminar de la reforma política y el procedimiento por el que se ha optado, así como el contenido de la misma, no sin antes aclarar que aún no se cuenta con el texto definitivo aunque obviamente por lo avanzado del trámite, ya es posible identificar sus características sustanciales.

Así mismo se impone hacer referencia al proyecto de acto legislativo de reforma a la justicia el cual tiene lugar en un contexto de cuestionamiento sumo a la actuación judicial, por recientes decisiones mediante las cuales renombrados delincuentes quedan en libertad, lo cual enturbia tremendamente la opinión pública frente a la administración de justicia, en un contexto donde por lo demás el mismo Presidente de la República ha proclamado no estar dispuesto a acatar los fallos judiciales relacionados con los sucesos que se comentan.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE REFERENDO

Antes de abordar el contenido del proyecto y teniendo en cuenta que mucho se ha discutido en el país sobre el papel que juega el Congreso en este tipo de procedimiento para reformar la Constitución y que además, la posición del actual Gobierno inicialmente planteada, aunque luego más por necesidad política que por convicción jurídica, en la práctica cambió, era la de limitar sustancialmente la intervención de las Cámaras respecto del proyecto de ley contentivo del proyecto de referendo, hasta el punto de circunscribirlo a una instancia notarial.

Ante la existencia de posiciones diversas sobre el alcance de la intervención parlamentaria en el trámite de reforma constitucional mediante referendo, conviene entonces iniciar analizando el alcance del artículo 378 constitucional el cual recita:

> Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.
>
> La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

El principal interrogante que genera la adecuada interpretación de este artículo se centra en las facultades que en virtud del mismo le corresponden al Congreso de la República. Sobre este particular aspecto hubo de pronunciarse el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Cesar Hoyos Salazar en fecha 6 de agosto del 98. Al respecto la Sala consideró que el Congreso al tramitar la ley de iniciativa gubernamental o popular, tiene la facultad de examinar la propuesta de reforma constitucional pero que no puede introducir modificaciones al temario o articulado constitutivo de la propuesta. El examen debe limitarse a evaluar la procedencia o con-

veniencia de la convocatoria del Referendo y en consecuencia, aprobar o negar el respectivo proyecto de ley.

En el mismo sentido considera la Sala, que el Congreso puede efectuar reformas de tipo formal al articulado o temario del proyecto de reforma constitucional; no son procedentes, según el concepto del Consejo de Estado, las modificaciones de tipo sustancial al temario o articulado del proyecto.

Para explicar su conclusión, la Corporación consideró que se trataba de preservar la titularidad de la iniciativa en cabeza del Gobierno Nacional o del número de ciudadanos previstos en la Constitución; si el radio de competencia del Congreso fuese sustancial dicha titularidad se vería desdibujada.

Para sustentar su criterio, la Sala planteó, entre otros, los siguientes argumentos:

> 1) ….. 1. La Constitución puede ser reformada mediante referendo, según dispone su artículo 374. 2. El referendo se convoca por medio de una ley, conforme dispone el artículo 378 ibídem. 3. Los mecanismos de participación, entre ellos el referendo, los reglamenta la ley de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta Política. 4. La Ley 134 de 1994 reglamenta los mecanismos de participación. En su artículo 5° define el referendo aprobatorio como "el sometimiento de un proyecto de acto legislativo… de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente". Como se observa, la norma indicada condiciona el referendo a que la iniciativa del proyecto respectivo sea de carácter popular (un número de ciudadanos, como se indica más adelante), que dicho proyecto no haya sido adoptado por la corporación pública. 5. El artículo 32 de la ley citada dispone: "Un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del censo electoral nacional… podrá solicitar ante el Registrador del Estado Civil…. la convocatoria de un referendo para la aprobación de un proyecto de ley…. de iniciativa popular que sea negado por la corporación respectiva o vencido el plazo de que trata el artículo 163 de la Constitución Política…". ….. 6. La Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 5° y 32 de la Ley 134 de 1994, antes transcritos, con los argumentos consignados en la sentencia C-180 de 1994. …. La conclusión indicada atrás se explica porque la ley que reglamenta los mecanismos de participación no excluye el mencionado proyecto de ley de la posibilidad del referendo aprobatorio; por el contrario, lo incluye en la definición prevista en el artículo 5°. Además, porque como sostiene la Corte Constitucional el referendo se deriva del principio de soberanía popular y busca darle eficacia a la iniciativa popular; de lo contrario, se podría convertir en un esfuerzo improductivo o inclusive frustrante, lo cual desestimularía la presentación de iniciativas populares. 7 ….

Y sigue el concepto:

> 2.1 El artículo 5° de la Ley 134 de 1994 se limita a definir el referendo aprobatorio. La inclusión dentro de dicha definición del proyecto de acto legislativo, como materia del referendo aprobatorio, debe entenderse en concordancia con el artículo 378 de la Constitución Política, y sólo cuando la iniciativa del mismo proceda de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva.
>
> Si el Congreso de la República niega, esto es, no adopta el proyecto de ley de iniciativa popular para convocatoria de un referendo destinado a aprobar un proyecto de reforma constitucional, en los términos previstos en el artículo 378 de la Constitución, la opción que tienen los promotores de la iniciativa es acogerse a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, esto es, completar un número de respaldos no menor al 10% del censo electoral de la circunscripción nacional para poder solicitar al Registrador Nacional del Estado Civil certifique la procedibilidad de la convocatoria de dicho referendo, en el cual se votará el proyecto de ley que hubiese sido negado y que tendrá incorporado el temario de la reforma constitucional propuesto, presentado de tal manera que los electores puedan escoger libremente qué votan positivamente y qué votan negativamente.

> La transcripción de algunos apartes del concepto se hace con la finalidad de mostrar cómo la Honorable Corporación llega a las conclusiones planteadas a partir de integrar al texto de la Constitución la letra de una ley estatutaria, la 134 de 1994, en materia tan delicada como aquella que concierne a los mecanismos de referendo a la Constitución. Bajo esa égida se desarrolla luego la interpretación equívoca del artículo 378 constitucional.

El concepto del Consejo de Estado, que como bien es sabido no obliga, lo comparten en forma parcial, los Académicos Augusto Trujillo Muñoz y Antonio Vanegas Santoro, tal y como lo plasmaron en la ponencia presentada a la Academia en la que concluyen que el Congreso puede introducir reformas a la iniciativa de referendo constitucional gubernamental, mas no a la iniciativa popular.

> El otro aspecto es el eminentemente jurídico. En el derecho comparado vigente existen sistemas en los cuales la competencia del parlamento es residual. Pero en Colombia el órgano legislativo del poder público es titular de la "cláusula general de competencia" y tiene la función constituyente, así como la de hacer las leyes, según reza el artículo 150 superior. Se trata de una facultad constitucional que va acompañada de la facultad de introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno. Entre nosotros "el órgano que tiene la facultad genérica de desarrollar la constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a ésta corresponde "hacer las leyes", por lo cual la numeración de las funciones establecidas en el artículo 150 de la Constitución no es taxativa[1].

Algunos argumentos de la ponencia en comento:

> La iniciativa legislativa puede ser abierta o reducida al gobierno, según lo establezca la Carta Política, pero, específicamente en este último caso, el Congreso tiene plena capacidad para modificar los proyectos de origen gubernamental como lo consagra el Artículo 154.

A esta conclusión llegan los autores citados respecto de la iniciativa gubernamental, mas no respecto al referendum constitucional de iniciativa popular.

En cuanto a esta última, luego de explicar la dimensión de la democracia participativa, los académicos aclaran que a la luz de la ley estatutaria de mecanismos de participación existen dos instrumentos cuyas fronteras eventualmente se entrecruzan[2] a saber: la iniciativa popular normativa[3] y el referendo de iniciativa ciudadana. Por otro lado traen a colación el Artículo 5 de la Ley 134 de 1994 contentivo del referendo aprobatorio de un proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo, o de resolución local, de iniciativa popular, que al no ser adoptado por la corporación pública correspondiente se somete a consideración del pueblo para que este decida si lo aprueba o lo rechaza total o parcialmente.

En la ponencia se plantea que la iniciativa popular consiste en el reconocimiento de la potestad de iniciar un procedimiento de revisión constitucional o de formación de una ley a una determinada fracción del censo electoral; en este caso el Congreso preserva todas sus facultades deliberativas y aprobatorias del respectivo proyecto.

---

1. Corte Constitucional, Sentencia C-527/94.M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.
2. Pero deben considerarse como instituciones distintas porque así lo quiso el Constituyente.
3. Definida en el artículo 2do de la ley 134 de 1994, así: "La iniciativa popular legislativa y normativa ante las Corporaciones publicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de acto legislativo y de ley ante el congreso de la República, de ordenanza ante las Asambleas Departamentales, de acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y de Resolución ante las Juntas Administradoras Locales, y demás resoluciones de las Corporaciones de las Entidades Territoriales de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente".

Ello difiere según la fuente que se viene comentando, del concepto del referendum que lo definen citando a Biscaretti di Ruffia, como una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo. Citan además a la Corte cuando define ese instituto como relativo a "tanto a un procedimiento como a un recurso de quien, en ejercicio de la soberanía nacional, consulta al legislador primario para que *refrende, autorice, corrobore, certifique o respalde* un texto normativo ya formalizado"[4].

En la ponencia se diferencian las dos figuras planteando que en la iniciativa popular normativa el pueblo comparte con el congreso la potestad legislativa, en tanto, que para el caso del referendo, "la recupera exclusivamente el pueblo como legislador primario". De ahí, que el artículo 2° de la ley 134 se refiere a la iniciativa popular mientras que los artículos 3, 4 y 5 se circunscriban al referendum.

Con base en estos argumentos y subrayando la fuerza que el principio democrático tiene en nuestra Constitución, en la ponencia se concluye que la iniciativa ciudadana de referendo constitucional no puede ser modificada por el Congreso; en el mismo sentido se considera que la Corporación debe aprobar el texto en su integridad y que en caso de dilación o rechazo los promotores podrán convocar directamente al pueblo según lo establecido en el artículo 5° de la ley estatutaria, posibilidad ya prevista en la Constitución.

No resulta en realidad muy claro cuál es la diferencia ontológica entre las dos iniciativas, a que refiere el artículo 378 constitucional, la gubernamental y la de un porcentaje del censo electoral, que permite llegar a las conclusiones divergentes aquí plasmadas; es decir, que el Congreso conserva su potestad constitucional cuando la iniciativa de referendo reformatorio de la constitución es gubernamental y no, cuando el pueblo presenta esa misma propuesta.

Posiblemente sea una interpretación teleológica y por principios en virtud de la cual se pretende aparejar el valor de la democracia con los instrumentos de participación política directa.

En realidad no es posible compartir la homologación que en el texto analizado se hace entre un porcentaje de ciudadanos equivalente al cinco por ciento del censo electoral y el legislador primario. Cuando el constituyente de 1991 reconoció la titularidad del referendum en cabeza o bien del Gobierno o bien de un porcentaje del censo electoral no introdujo una categorización tendiente a otorgarle un mayor radio de competencias, de facultades, en fin de fuerza normativa a uno u otro camino de convocatoria al referendum. En los dos casos nos encontramos ante canales constitucionalmente definidos, es decir, ante institutos constitucionales, igualmente legítimos, reglamentados en el mismo artículo de la Constitución, que deben ser interpretados a la letra so pena de desvirtuar el principio de supremacía de la Constitución.

Tampoco una interpretación teleológica permite hacer prevalecer el concepto del porcentaje del censo electoral sobre la institución gubernamental como titular de la iniciativa de referendo constitucional, pues esta última también tiene un sustento democrático.

Tengamos presente que el carácter más o menos democrático de una reforma constitucional depende no tanto de quien haya tenido la iniciativa, sino del contenido de la misma. Adicionalmente la figura misma del referendum determina que el articulado sea sometido a aprobación de los ciudadanos; el porcentaje del censo electoral exigido por la ley para su aprobación ha de garantizar su legitimidad democrática sin que ésta pueda

4. Corte Constitucional, Sentencia C-180/94.

verse mermada porque la iniciativa haya sido gubernamental y no de un grupo de ciudadanos.

En este sentido argumentar que el Congreso, también órgano democrático y representativo, está inhibido para conocer, deliberar, introducir reformas a las iniciativas de referedum originadas en la voluntad de un porcentaje del censo electoral y no cuando el órgano originante es el Gobierno, no parecen defensable.

Desde la perspectiva de la jerarquía de las fuentes de derecho hay otro planteamiento que genera dudas, pues los académicos intentan ensanchar el alcance de la convocatoria a referendum de origen ciudadano a partir de una interpretación del texto constitucional con base en los dictados de la ley estatutaria 134 de 1994, error éste en el cual incurrió igualmente el Consejo de Estado.

Ello no es posible a pesar del procedimiento especial previsto para la aprobación de las leyes estatutarias, pues ni forman parte del bloque de constitucionalidad ni tienen vocación para reformar la Constitución. Su razón de ser es la de desarrollar las materias constitucionales de particular relevancia y respecto de las cuales el mismo constituyente quiso que se contaran con un régimen dotado de estabilidad, de vocación de permanencia. De ahí el procedimiento agravado previsto para su aprobación, así como su sujeción al control previo de constitucionalidad por parte de la Corte.

Así las cosas se impone respetar la letra tanto de la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana como de la Constitución y no ensanchar el alcance de ésta adicionando a su letra lo preceptuado en aquella. La ley estatutaria prevé el referendo aprobatorio de actos legislativos de iniciativa popular en su artículo 5°, más no de leyes aprobatorias de convocatoria a referendo y mal podría ésta ensanchar, se repite, el alcance de la Constitución, por lo demás rígida.

Tampoco es posible integrar el texto constitucional, concretamente la institución del referendum orientado a reformar la Constitución, con el proveído del artículo 32 de la ley estatutaria que se refiere a actos normativos de jerarquía inferior.

Tanto la Constitución como la ley estatutaria quisieron separar la iniciativa de acto legislativo del referendum constitucional, el cual a su vez puede ser de iniciativa popular o gubernamental; mal pueden entonces los intérpretes complementar recíprocamente las figuras saltando de la ley a Constitución y de la Constitución a ley y generando una simbiosis contraria al texto de la Constitución

Por esa vía se quiebra el principio de supremacía de la Constitución que cuenta dentro de sus más efectivos aliados, con los procedimientos reforzados para reformar la Constitución, la cual, precisamente por esa característica, es rígida.

No siendo tampoco de recibo el concepto del Consejo de Estado del 6 de agosto de 1998 por las mismas razones cabe retornar la cuestión al interrogante original: ¿Puede el Congreso de la República introducir reformas a la iniciativa de referendum formulada por el Gobierno o el cinco por ciento del censo electoral en los términos del artículo 378 constitucional?

Son varios los argumentos que sin quebrar la fuerza vinculante de la institución y tanto menos desconocer el principio democrático que, dicho sea de paso, ha encontrado su más representativa institución a lo largo de la historia en el parlamento, sirven de sustento a la tesis en virtud de la cual el Congreso conserva en las hipótesis previstas en el artículo 378 constitucional plena competencia.

En primer lugar y a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, el Congreso, que goza de una cláusula general de competencias, solamente queda restringido en el ejercicio de sus potestades en los casos que expresamente indica la Constitución; se trata de las hipótesis prevista en los numerales 14 y 16 del artículo 150 de la Constitución, esto es cuando se trata de aprobar o improbar los contratos o los convenios que hubiere celebrado el Presidente de la República sin previa autorización, así como de aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros estados o entidades de derecho internacional.

Existen otros casos en que se prevén prohibiciones parciales para el Congreso frente a la iniciativa legislativa gubernamental, v.g. con relación al proyecto de ley del plan. En este caso el Congreso puede introducir modificaciones pero debe preservar el equilibrio financiero. El artículo 351 constitucional determina también que si bien es cierto el Congreso puede modificar la ley del presupuesto no puede aumentar las partidas presupuestales, ni incluir nuevas, sin previa autorización del Ministro de Hacienda.

Se concluye entonces que, la restricción a la potestad legislativa del Congreso puede tener lugar de manera total o parcial solo para los casos en que de manera expresa y taxativa lo dispone la Constitución. En este sentido ni la Constitución cuando consagró la institución en comento, ni las leyes orgánicas (ley 5° del 92) ni las leyes estatutarias (ley 134 de 1994) previeron prohibiciones excepcionales para el Congreso.

En consecuencia no nos encontramos ante una excepción al inciso 2° del artículo 154 constitucional que estatuye que las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno.

Por otro lado, al consultar la voluntad del constituyente, método de validez relativa que sabemos, poco apreciado por los científicos del derecho constitucional, no encontramos que la voluntad de éste hubiese sido aquella de homologar el papel del Congreso a un convidado de piedra, a papel de mero notario o secretario técnico que verifica la idoneidad de la forma del proyecto de ley contentivo del referendum constitucional. Lo que sí es posible identificar es que dicho cuerpo constituyente no aprobó las normas que facultaban al Presidente de la República para convocar directamente a un referendum. El riesgo a que dicho procedimiento se convirtiera en un plebiscito legitimante de gobiernos desacreditados o de facto preocupó entonces a la Corporación. (Gaceta Constitucional del 24 de mayo de 1991).

Así, con el texto definitivo del artículo 378 se quiso garantizar que el Ejecutivo no concentrase en si el poder reformatorio de la Constitución, de tal manera que tanto en este caso como en el de iniciativa popular de acto legislativo como en el de convocatoria a Asamblea Constituyente el Congreso jugase un papel central.

Finalmente cabe un análisis meramente exegético del artículo 378. Allí se contempla que para que el referendum constitucional tenga lugar la iniciativa le corresponde o, al gobierno o, a un porcentaje determinado de ciudadanos. Dicha iniciativa se presenta ante el Congreso de la República, órgano constitucional y democrático, para que éste introduzca dicho proyecto de reforma constitucional, el término es incorpore a la ley. Dicha ley para que sea tal, debe ser aprobada por la mayoría de los miembros de ambas cámaras.

No haría sentido que se previera la incorporación del proyecto de referendum constitucional en una ley aprobada por mayorías en las dos cámaras, si el papel del órgano constituyente y legislador esto es, del Congreso, fuese el de ejercer un mero control político limitándose a aprobar o no aprobar la iniciativa. Además, esa interpretación

aparentemente restrictiva, equivaldría a reconocerle al Congreso un control de veto, ese sí exuberante frente a la iniciativa ciudadana o gubernamental.

Acorde con una interpretación sistemática de la Constitución, (esto es con el artículo 154 y 150 numerales 14 y 16, y 341 y 351), con el principio de separación de poderes y de *checks and balance* que supone la repartición adecuada del poder entre las distintas ramas y la posibilidad de control de los electores frente a los elegidos, y en pleno respeto del método democrático que supone libertad deliberante a cargo de los órganos constituidos y legítimos como es el Congreso, resulta la interpretación favorable a la competencia del Congreso para examinar la sustancia del referéndum.

¿Y qué hacer ante una preocupación pragmática? Aquella consistente que el Congreso vacié de contenido efectivo la propuesta sometida a su consideración para impedir su propia reforma?

Pues tanto más grave si lo que se le reconoce al Congreso es un poder de veto pues sencillamente no aprueba el proyecto de referendum.

Pero en todo caso qué hacer si el Congreso desnaturaliza la propuesta y ello no consulta la voluntad democrática? Pues sencillamente el pueblo, la cuarta parte del censo electoral, no lo aprueba, lo cual constituye además desde el punto de vista político, pues jurídicamente ello no tiene consecuencias jurídicas en nuestro sistema presidencialista de período fijo, un voto de desconfianza para el Congreso.

Adicionalmente cabe recordar, que si el Congreso no aprueba el proyecto existen otros caminos constitucionalmente previstos como la iniciativa de reforma constitucional o la Asamblea Constituyente.

Así, no sólo la interpretación sistemática, teleológica, de la voluntad del constituyente y exegética llevan a concluir que el papel del Congreso no puede ser el de mero convidado de piedra. Debe tenerse presente que además la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-1122 del 2001 sentó que resulta imposible reformar la Constitución por vías distintas a las previstas en ese texto; y que, se deben defender las reglas sobre la validez de los procesos democráticos que impone las condiciones bajo las cuales han de realizarse, y que no pueden ser consideradas desde ningunas perspectivas formales, sino todo lo contrario, son de tipo sustancial; esta interpretación no atenta contra el principio democrático, sino que recoge una visión moderna del mismo que implica la concurrencia de varios métodos y órganos en la reforma a la Constitución y exige que se respete su letra que no puede ser interpretada a partir de su integración con la Constitución

Finalmente resulta pertinente la cita de Javier Pérez Royo, que para el caso español, no precisamente deficitario respecto del valor democrático comenta:

> …. mientras las grandes campañas electorales para el Parlamento educan a las masas en una visión general de los problemas, las instituciones de democracia directa tiendan a potenciar el particularismo. Por eso las primeras constituyen un momento importante de organización y potenciación de la democracia moderna y de los partidos políticos, mientras que las segundas tienden a anular la importancia de la una y de los otros[5].

Es que el Congreso debe ser visto como institución constitucional y democrática y no sólo como la sumatoria de un conjunto de elegidos sin vocación ni jurídica, ni ética, para responder al encargo que se les ha confiado. En todo caso si ello sucede, circunstancia no infrecuente en nuestro medio, otros son los mecanismos para excluirlos de la Corporación. Lo que no puede suceder es que dicha corporación parlamentaria sea por

5. BRETÓN, Tomás, *La Reforma de la Constitución*, AGISA, Madrid 1987, p. 146.

vía interpretativa sometida a un *capitis deminutio* para así maniatar a sus integrantes, pues por esta vía se desconoce la fuerza vinculante de la Constitución y por ende las competencias de los órganos constituidos.

Mientras se escribía este ensayo, se pudo verificar que el Gobierno eludió este debate optando por el sometimiento del Proyecto de Referendo a la consideración del Congreso de la República, actitud que efectivamente nos parece sana y respetuosa de los mandatos constitucionales.

Corresponde ahora el análisis del contenido mismo del proyecto de referendo.

III. ANÁLISIS DE LOS TEXTOS APROBADOS POR LAS COMISIONES PRIMERAS DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA Y DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES, CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY Nº 47-S/02 57-C/02 POR LA CUAL SE CONVOCA UN REFERENDO Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Consideraciones preliminares

La discusión del proyecto mediante el cual se convoca a un referendo y se somete a la decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, ha tenido lugar en circunstancias indicativas de la prioridad que este tema reviste para el Gobierno. En efecto, ante el riesgo de que la iniciativa no culmine exitosamente, el Ministro del Interior recordó ante los medios de comunicación la posibilidad, varias veces planteada en la campaña presidencial, de revocar el Congreso.

Pero al lado del garrote aparecen las técnicas de la zanahoria: Es así como se utiliza la prórroga del período de alcaldes y gobernadores,[6] para que éstos se conviertan en jefes de campaña del referendo, habida cuenta del interés directo que dicha iniciativa les crea frente a la aprobación del referendo. Y para que la opinión pública se sienta atraída por el proyecto, también se incluyen asuntos de altísima sensibilidad moral, como es la legalidad del consumo de la dosis personal de sustancias estupefacientes.

La tenacidad del Gobierno y el contenido poco sustancial para el futuro de la República del cuestionario, hacen además de esta iniciativa un acontecimiento más de carácter plebiscitario que referendario, en el sentido que el éxito o el fracaso en las urnas del articulado propuesto tendrá seguramente un mayor significado desde el punto de vista de ratificación del apoyo a la persona del Presidente de la República, que como instrumento jurídico de cambio efectivo de las costumbres políticas y de modernización de la democracia.

Analicemos pues el texto.

2. Contenido del Proyecto

El Gobierno ha querido darle a este Referendo una ambigua formulación, concretamente en lo que refiere a la formulación del cuestionario. En efecto, la técnica adoptada

6. Propuesta que pereció durante el debate.

empieza por la formulación de un objetivo grandilocuente, que en varios casos, se equipara a un valor incuestionable para la sociedad colombiana, para luego referirse propiamente al texto del proyecto de artículo que, como impone la técnica legislativa, se redacta en términos de mandar, prohibir, permitir o castigar. Al final se consignan dos casillas precedidas de sendos *si* y *no*.

Obviamente la posibilidad de respuesta asertiva, en términos de si o no, se refiere al objetivo grandilocuente, que no al texto del articulado, que dicho sea de paso, en la gran mayoría de precepto resulta más propio de una ley orgánica por medio de la cual se establece el reglamento del Congreso, de un código disciplinario o penal, pero en todo caso sancionatorio, de códigos de procedimiento e incluso de decisiones CONPES[7], que en nada tienen presente que mediante el proveído constitucional se fijan valores y principios que deben irradiar las distintas normas constitucionales y que éstas últimas no pueden inspirarse en un telos contrario al que nutre la Constitución de 1991, por lo que ésta terminará siendo un extraño injerto salpicados de ideologías contrarias.

Pero hay otro aspecto sustancial que genera interrogantes: ¿Será esa manera de formular el cuestionario compatible con el proveído del artículo 378 de la Constitución que a la letra recita: "….. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente o qué votan negativamente? Nótese pues que la Constitución se refiere a la respuesta positiva o negativa que el elector da al temario o articulado y no al objetivo grandilocuente que se busca obtener con la aprobación del respectivo articulado.

También a la luz del mismo artículo 378, se impone tachar de inconstitucional la propuesta de votar en bloque todo el proyecto. Ello equivaldría a que el referendo mismo tuviese vocación de determinar el procedimiento y forma de su validez, haciendo caso omiso del proveído constitucional.

Lo anterior además contribuye a reforzar la naturaleza plebiscitaria de la iniciativa, lo cual no es admisible, ni siquiera ante el problema concreto planteado por la Registraduría en el sentido de que la lectura de todo el cuestionario le toma al elector aproximadamente media hora.

Examinemos ahora el contenido de la propuesta.

A. Muerte política

PREGUNTA: PARA HACER MÁS PRECISAS LAS INHABILIDADES PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS O CONTRATAR CON EL ESTADO, Y MÁS EFICAZ LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POLÍTICA, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE TEXTO?

> *El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:*
>
> No podrán ser inscritos como candidatos para corporaciones públicas, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personal o por interpuesta persona contratos con el Estado quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, o haya dado lugar como servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Este artículo plantea una situación consistente en la exclusión definitiva de la posibilidad de gestionar la cosa pública, bien sea como consecuencia de una elección, o como

7. Consejo Nacional de Política Económica y Social.

consecuencia de una designación, o mediante la celebración de contratos con el Estado, a quienes hayan sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, o que como consecuencia de su conducta el Estado se haya visto obligado a asumir una gravosa reparación patrimonial, salvo que en este último caso el autor de la conducta dolosa o gravemente culposa que haya generado la responsabilidad del Estado, asuma directamente la carga patrimonial derivada de esa responsabilidad.

Se trata de una inhabilidad que como tal acompaña al sujeto que se haya visto envuelto en la situación fáctica descrita, en cualquier tiempo e independientemente de la duración de la sanción.

En todo caso bajo el manto de la lucha contra la corrupción, de cuya vocación altamente nociva nadie puede dudar, se erige una norma que niega la posibilidad de rehabilitación del sujeto delincuente o negligente.

B. Voto nominal

PREGUNTA: PARA QUE EL PUEBLO SIEMPRE SEPA CÓMO VOTAN SUS REPRESENTANTES EN EL CONGRESO, LAS ASAMBLEAS Y LOS CONCEJOS MUNICIPALES, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El inciso segundo del artículo 133 de la Constitución Política quedará así:

El elegido por voto popular en cualquier corporación pública, es responsable ante la sociedad y frente a sus electores por el cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. Su voto, salvo para asuntos de mero trámite, será nominal y público.

El método del voto nominal contribuye a fijar un claro marco de responsabilidad en cabeza del elegido y a evitar los *pupitrazos* tan frecuentes los últimos días de cada legislatura. La bondad de la propuesta no nos exime de la obligación de preguntarnos si este método de votación amerita o no reforma constitucional, tramitada por lo demás, mediante referendo. Se trata en realidad de un aspecto técnico que debe estar ubicado en la ley contentiva del Reglamento Orgánico del Congreso sin que sea necesario empeñar tanto recursos estatales en la aprobación de una norma procedimental.

3. Suplencias

PREGUNTA: PARA QUE EL PUEBLO SEPA SIEMPRE POR QUIÉN EMITE SU VOTO Y PARA ELIMINAR LOS LLAMADOS CARRUSELES PENSIONALES Y OTRAS PRÁCTICAS INDEBIDAS, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE TEXTO?

El artículo 134 de la Constitución quedará así:

Artículo 134. Los miembros de corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. Las vacancias por sus faltas absolutas serán suplidas por los candidatos no elegidos de su misma lista, según el orden de inscripción en ella. Las únicas faltas que se suplirán serán las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo o renuncia justificada. En tales casos, el titular será reemplazado definitivamente por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. La renuncia voluntaria pero no justificada, no producirá como efecto el ingreso a la corporación de quien debería suplirlo, pero tampoco será causal de pérdida de investidura.

Derógase el artículo 261 de la Constitución Política.

La Constitución actual establece que las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas, serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral. -Artículo 134 Constitucional-.

Examinada la normatividad vigente -artículo 134 y 261 de la Constitución actual- queda claro que, en todo caso hoy no existe la institución de la suplencia sino un procedimiento para proveer las curules cuando se produce falta del principal, por lo cual carece de sentido su prohibición. Además, la reforma frente al mecanismo para proveer la curul vacante, no introduce absolutamente ninguna innovación.

Las modificaciones, acordes con el objetivo que se plantea en la pregunta del referendo y que consiste en la eliminación de los carruseles pensionales, se concreta en realidad a que por un lado, ante la falta absoluta, el reemplazo ha de ser definitivo y por otro, a que la renuncia voluntaria pero no justificada no da lugar a suplir la falta.

El carácter justificable o no de la renuncia no parece suficiente para corregir la disfuncionalidad planteada; la conducta de pactos contrarios al objetivo del ejercicio de la función congresional debe ser objeto de sanción incluyendo la pérdida de investidura como lo dispone el mismo proyecto.

Igualmente podría plantearse que definitivamente ni las faltas absolutas ni las faltas temporales sean objeto de suplencia, al menos que éstas superen un porcentaje determinado constitucionalmente y que dicho porcentaje pueda afectar el normal funcionamiento de la respectiva Cámara, caso en el cual se imponga, ahí sí, por razones objetivas, convocar anticipadamente a elecciones.

Se genera así una responsabilidad de cada parlamentario frente al adecuado funcionamiento de la institución misma y de sus colegas, que seguramente resulte más comprometedora y eficaz que la propuesta sancionatorio.

4. Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública

PREGUNTA: PARA ASEGURAR LA ADECUADA INTERVENCIÓN DEL CONGRESO, DE LAS ASAMBLEAS Y DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES EN LA INVERSIÓN PÚBLICA GLOBAL Y REGIONAL Y EN LOS INGRESOS DEL ESTADO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 346 de la Constitución Política con el inciso y parágrafo del siguiente tenor:

El proyecto presentado al Congreso por el Gobierno, recogerá el resultado de audiencias públicas consultivas convocadas por los Gobiernos Nacional, Departamentales y del Distrito Capital y del análisis hecho en el Congreso por las Comisiones Constitucionales y las Bancadas de cada departamento y Bogotá. No incluirá partidas globales excepto las necesarias para atender emergencias y catástrofes. El Congreso de la República participará activamente en la dirección y control de los gastos públicos, lo cual comprenderá tanto el análisis y la decisión sobre la inversión Nacional como sobre la regional. La ley Orgánica del Presupuesto reglamentará la materia, así como la realización de audiencias públicas especiales de control político, en las cuales los congresistas formularán los reclamos y aspiraciones de la comunidad.

Parágrafo. Con excepción de los mecanismos establecidos en el Título XII de la Constitución Política, en ningún caso y en ningún tiempo los miembros de las corporaciones públicas podrán directamente o por intermedio de terceros, convenir con organismos o funcionarios del Estado la apropiación de partidas presupuestales o las decisiones de destinación de la inversión de dineros

públicos. Lo dispuesto en este artículo se aplicará a la elaboración y aprobación de presupuesto en todas las entidades territoriales.

El artículo introduce un sano procedimiento para vincular a los representantes del pueblo en los órganos colegiados de elección popular a la definición de las políticas públicas con incidencia regional.

Son grandes los riesgos que existen al intentar hacer compatible la política con el manejo y aplicación del presupuesto de la Nación, tanto a nivel nacional como a nivel local; pero los graves capítulos de corrupción que hemos presenciado, no permiten establecer, en una auténtica democracia, una escisión tajante entre las prioridades políticamente definidas para una comunidad, y las decisiones técnicas sobre distribución de recursos.

En este sentido la reforma propuesta encuentra un camino claro para garantizar que las necesidades de una comunidad conocidas por los representantes políticos del pueblo que los eligió, puedan reflejarse en el presupuesto, sin necesidad de recurrir a pactos y acuerdos personalizados entre el político y el funcionario realizados de espaldas a la institucionalidad y en veces inspirados en intereses contrarios al general.

5. Servicios Administrativos del Congreso

PREGUNTA: PARA RESCATAR LA MAJESTAD DEL CONGRESO, IMPEDIR SU DEDICACIÓN A PREOCUPACIONES SUBALTERNAS Y EVITAR TODA FORMA INTERNA DE CLIENTELISMO POLÍTICO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 180 de la Constitución Política, con el siguiente numeral que quedará así:

5º Participar bajo ninguna circunstancia individual o colectivamente en las funciones administrativas del Congreso, salvo para la conformación de su unidad de Trabajo legislativo. Los servicios técnicos y administrativos de las Cámaras Legislativas estarán a cargo de una persona pública o privada, que ejercerá sus funciones con plena autonomía, conforme lo establezca la ley.

Nadie, ni siquiera los congresistas mismos se atreven reinvindicar su derecho a la autarquía o autoadministración, habida cuenta de la deplorable experiencia que en esta materia ha presenciado el país en términos de despilfarro, desorden y corrupción.

En este sentido la propuesta no debería presentar mayores resistencia; el mismo Presidente del Congreso lo había planteado en su discurso de posesión.

Ahora bien, los correctivos administrativos que se introducen al interior de un órgano del Estado, máxime cuando nadie parece tener el ánimo de oponerse, no ameritan reforma constitucional y tanto menos, por la vía del referendo.

6. Reducción del Congreso

PREGUNTA: PARA MEJORAR LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA DEL CONGRESO, ¿APRUEBA USTED LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS?

El artículo 171 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 171. El Senado de la República estará integrado por 81 senadores elegidos de la siguiente manera: setenta y cinco (75) elegidos en circunscripción nacional, dos (2) elegidos en cir-

cunscripción nacional especial por comunidades indígenas y cuatro (4) en circunscripción nacional especial para minorías políticas.

Para la asignación de curules en la circunscripción nacional sólo se tendrán en cuenta las listas que obtengan al menos el dos por ciento (2%) de los votos emitidos validamente. Para la asignación de curules entre las listas que superen este umbral, se aplicará lo dispuesto en el artículo 263 de la Constitución Política, tomando como base para el cálculo allí definido sólo el total de los votos válidos obtenidos por estas listas.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministerio del Interior.

La ley desarrollará la forma de elección de las minorías políticas.

Parágrafo Transitorio. Si transcurrido un año de vigencia del presente Acto legislativo el Congreso no hubiere aprobado la ley para la elección de minorías políticas, el Presidente de la República la expedirá por Decreto en los tres meses siguientes.

El artículo 176 de la Constitución Política quedará así:

Articulo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y especiales.

Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 1.16 por ciento de la población nacional o por fracción mayor del 0.58 por ciento de la población nacional que resida en la respectiva circunscripción, por encima del 1.16 por ciento inicial. Cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

Para la asignación de curules de las circunscripciones territoriales de la Cámara de Representantes se aplicará el sistema de cifra repartidora o método D´Hont. Para la asignación de curules en las Asambleas departamentales, los Concejos Municipales y Distritales y las Juntas Administradoras Locales sólo se tendrán en cuenta las listas que obtengan, al menos, el 50% del respectivo cuociente electoral. Para la asignación de curules entre las listas que superen este umbral se aplicará lo dispuesto en el artículo 263 de la Constitución Política, tomando como base para el cálculo sólo el total de los votos válidos emitidos para estas listas. Si ninguna lista superare dicho umbral se asignarán todas las curules mediante el sistema de cifra repartidora o método D´hont.

Adicionalmente, se elegirán siete representantes para circunscripciones especiales, así: tres para minorías políticas, dos para comunidades negras, uno para comunidades indígenas y uno elegido por los colombianos que residan en el exterior.

Parágrafo. Con el fin de facilitar la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, éste podrá establecer, por una sola vez, circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que se realicen antes del 7 de agosto del año 2006, o nombrar directamente por una sola vez, un número plural de Congresistas, Diputados y Concejales en representación de los mencionados grupos en proceso de paz y desmovilizados.

El número será establecido por el Gobierno Nacional, según la valoración que haga de las circunstancias y del avance del proceso. Los nombres de los Congresistas, Diputados y Concejales a que se refiere este artículo serán convenidos entre el Gobierno y los grupos armados y su designación corresponderá al Presidente de la República.

Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos necesarios para ser Congresista, Diputado y Concejal.

Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en los artículos 171 y 176 de la Constitución Nacional regirá para las elecciones que se celebren en el año 2006, salvo que fueren anticipadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de este mismo Acto Legislativo. Los umbrales previstos en este artículo para Asambleas, Concejos y Juntas Administradoras Locales se aplicarán a partir de las elecciones de 2003.

Lo concerniente a tamaño y composición del Congreso, estuvo precedido de una propuesta que se consideró a todas luces inconveniente cual era la de un congreso monocameral. Sobre el punto se comentó[8]:

En el proyecto de cuestionario que sería sometido al pueblo mediante referendo, se plasma con el título *Reducción del Congreso* la siguiente pregunta: ¿Para mejorar la eficiencia y la transparencia del Congreso, aprueba usted el siguiente artículo?

El artículo 171 de la Constitución quedará así:

Artículo 171. El Congreso de la República consta de una sola cámara. Sus miembros elegirán en circunscripciones territoriales, en circunscripción nacional y en circunscripciones especiales así:

1. Habrá dos (2) congresistas por cada circunscripción territorial y uno más por cada 1.4% de la población nacional que resida en ella o fracción superior al 0.7% de la población nacional, que tengan exceso sobre el 1.4% inicial. Para los efectos de este numeral cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

2. Veinticinco (25) congresistas más serán elegidos en circunscripción nacional.

3. Habrá un número adicional de cinco (5) congresistas elegidos por circunscripciones especiales distribuidos de las siguientes maneras: Dos (2) en circunscripción nacional especial de comunidades indígenas, dos (2) en circunscripción nacional especial de comunidades negras, y uno (1) en circunscripción especial para colombianos residentes en el exterior……

De adoptarse dicha propuesta y una vez surta todos los trámites requeridos para transformarse en reforma a la Constitución, nuestro sistema político entraría a caracterizarse como monocameral rompiendo así la tradición bicameral que ha prevalecido.

De la formulación de la pregunta queda claro que sus autores suponen que mediante esa reforma orgánica se logra la eficiencia del Congreso, así como su transparencia.

Posiblemente lo primero sea cierto en la medida que necesariamente se acorta el trámite previsto para la aprobación de cualquier ley o acto legislativo y porque además, el número menor de miembros de la corporación necesariamente implica que los debates se hagan teniendo en cuenta un inferior número de intereses y sectores representados. Cabe en todo caso preguntar si la brevedad, si los lapsos menores de los procesos decisionales son sinónimos de eficacia teniendo en cuenta que dicho concepto debería comprender el de calidad de la decisión, que en este caso habría de traducirse en "leyes mejores".

Lo segundo, lo concerniente a la transparencia tal vez no es tan diáfano. El bicameralismo constituye una garantía contra los abusos en los que puede incurrir una sola cámara y contra el riesgo de merma de su independencia frente al Ejecutivo. Además evita la producción de leyes con premura, en nuestra jerga diríamos, con un solo pupitrazo, sin la posibilidad de re-examen, de revisión por una segunda cámara, que algunos llaman precisamente cámara de reflexión o de enfriamiento.

El bicameralismo no solo contribuye a un desenvolvimiento ponderado del trámite legislativo y de reforma a la Constitución en un esquema de pesos y contrapesos, sino que responde a una técnica de articulación de los intereses territoriales y nacionales, especialmente relevante en un Estado que reconoce el principio de autonomía de las entidades territoriales. Ello es posible porque, mientras una cámara representa el pueblo considerado como totalidad y por lo tanto la uni-

8. ¿*EL Congreso Monocameral o bicameral*?, Ámbito Jurídico, Bogotá, Septiembre 16 al 29 de 2002.

dad nacional, la otra cámara garantiza la representación de las entidades territoriales. Como ejemplos se citan Italia 1948, Francia 1958, España 1978, y obviamente Estados Unidos de América, aunque no así el caso inglés que responde a especificidades históricas que no vienen al caso.

Sin embargo, la grave alteración del orden público que afecta el país así como el déficit fiscal, parecen haber excluido de la agenda legislativa y constitucional el proceso autonómico colombiano, lo cual resulta más evidente si se opta por una sola cámara, de acuerdo a la propuesta de reforma del artículo 171 constitucional, en la que los intereses territoriales y nacionales imperativamente habrían de confundirse.

Se hace notar además, que la propuesta como ha sucedido no pocas veces cuando de reforma del Estado se trata, incurre en el error de fundarse en criterios organicistas sacrificando por un lado aspectos funcionales y por otro, principios basilares del estado constitucional que antes que utopías disfuncionales al sistema, constituye conquistas del estado constitucional de occidente.

En efecto el monocameralismo responde a una estructura instrumental al propósito de concentración del poder. Las técnicas de su división entre distintas ramas o al interior de las mismas, han sido siempre mecanismos previstos para lograr controles y equilibrios recíprocos entre los distintos órganos que conforman el Estado. Contrariamente, la concentración del poder tiende siempre a degenerar en arbitrariedad. Puede degenerar también en evidente merma del Congreso, cuya función única no es legislar; el ejercicio del control político, serio, responsable y ponderado, funcional al interés público y no particular, oportunista y mezquino, como en veces sucede, es sin lugar a dudas, la principal razón de ser de los parlamentos modernos.

Puede un congreso unicameral mantener una férrea independencia frente al ejecutivo para ejercer adecuadamente esa función de control? El riesgo es doble: o bien se plega dócilmente una vez adelgazado tanto en su estructura orgánica como en el número de sus componentes, a la voluntad de quien es a la vez jefe de estado y de gobierno y a sus ministros, o bien, mediante un comportamiento monolítico facilitado por su nueva y simple estructura, bloquea las decisiones gubernamentales en forma sistemática contribuyendo al descuadernamiento aún mayor del Estado.

Otras muchas propuestas del referendo en comento parecen sí funcionales al objetivo propuesto, aunque dicho sea de paso, no suficientes. El cambio de las costumbres políticas, el fortalecimiento de los partidos, así como un estricto estatuto moral, aunado a una reforma del sistema electoral y complementado con un gran esfuerzo de modernización funcional del Congreso que redunde en mejoramiento de la técnica legislativa parecen más adecuados para lograr los impostergables cometidos propuestos.

La propuesta actual es en buena hora, más modesta en sus pretensiones. Así, conserva las dos cámaras y reduce de 100 a 81 el número de senadores, incluyendo las circunscripciones nacionales especiales para minorías políticas -4-.

Por otro lado, permanece la circunscripción nacional para Senado que no sólo no resulta funcional al principio de autonomía territorial, sino que además contribuyó a encarecer notablemente las campañas políticas.

Se introduce, y esta si es una novedad, el concepto de umbral, de tal manera que para la asignación de curules en la circunscripción nacional sólo se tendrá en cuenta las listas que obtengan al menos el dos por ciento de los votos emitidos válidamente, lo cual contribuye a calificar la representatividad y desestimula las microempresas electorales.

En cuanto a la Cámara, además de modificar los parámetros para establecer el porcentaje de la población que le da derecho a cada circunscripción territorial a tener un representante más, se establece el método D´Hont o cifra repartidora.

Igualmente se determina un umbral, lo cual cualifica la representatividad y se disponen circunscripciones especiales para minorías políticas, comunidades indígenas y comunidades afrodescendientes, lo mismo circunscripciones especiales de paz.

7. Pérdida de investidura

PREGUNTA: PARA CONSOLIDAR LA RECUPERACION INSTITUCIONAL DEL CONGRESO, LAS ASAMBLEAS Y LOS CONCEJOS Y PARA CASTIGAR PRÁCTICAS INDEBIDAS AUN NO CONTEMPLADAS EN LA CONSTITUCIÓN, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Los ordinales 2, 6, 7 y 8 del artículo 183 de la Constitución Política quedarán así:

Artículo 183.- Los congresistas, los diputados, los concejales y cualquier otro miembro de corporación elegida popularmente, perderán su investidura:

2. Por la inasistencia sin causa justificada en un mismo periodo ordinario de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias, o de la respectiva Comisión Constitucional, que hubieren sido citadas para votar proyectos de acto legislativo, de ley, mociones de censura, o elección de funcionarios.

6. Por violar el régimen de financiación de las campañas electorales, por negociar votos, o por participar en prácticas de trashumancia electoral.

7. Por celebrar o ejecutar cualquier acuerdo que hubiere tenido por objeto el ingreso a la Corporación de quien deba sustituirlos, o por alegar como motivo para retirarse de la misma una incapacidad absoluta o una renuncia que se probaren injustificadas. En caso de acuerdos perderán la investidura las partes involucradas.

8. Por gestionar o aceptar auxilios con recursos públicos, cualquiera que hubiese sido su forma de aprobación o ejecución.

9. El servidor público que ofrezca cuotas o prebendas burocráticas a uno o mas Congresistas a cambio de la aprobación de un proyecto de acto legislativo o ley será sancionado por falta gravísima sancionable con pérdida de empleo

Parágrafo. La ley en cualquier tiempo reglamentará las causales de pérdida de investidura de los miembros de las Corporaciones públicas, para garantizar los principios de legalidad, del debido proceso y de la culpabilidad. Igualmente, fijará el procedimiento para tramitarla, y dispondrá una mayoría calificada para imponer la sanción y su graduación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Facúltese al Presidente de la República para que en el término de 90 días, contados a partir de la entrada en vigencia de este acto legislativo, mediante decreto con fuerza de ley, adopte las disposiciones anteriores.

La propuesta de reforma al artículo 183 constitucional actual mediante la cual se establecen las causales de pérdida de investidura, es decir las conductas sancionables con ese específico efecto respecto de congresistas, concejales, diputados y cualquier otro miembro de corporación elegida popularmente, constituye una mejoría respecto del texto actual[9], vago, impreciso, ambiguo y ambicioso. Ésta aporta mucho en claridad, concisión y adecuada descripción típica de la conducta sancionable, a la vez que amplía la institución a los miembros de las asambleas, los concejos y miembros de juntas administradoras locales.

9. Los Congresistas perderán su investidura:
1. Por violación del régimen d inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. Parágrafo: las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor", recita el artículo 183 constitucional hoy vigente.

Se destaca el método para evitar pactos entre principal y suplente, de tal manera que éste entre a ocupar la curul no por existir una causa objetiva constitutiva de falta, sino para *honran* pactos contrarios al interés general o a las leyes, como por ejemplo aquellos destinados a garantizar los carruseles pensionales.

Corresponde igualmente sancionar el haber gestionado o recepcionado auxilios públicos, cualquiera sea la forma con la que se quieran presentar; y hay lugar, igualmente, a sancionar a los servidores públicos que intenten mermar la autonomía del voto parlamentario, ofreciendo prebendas a cambio de decisiones en determinado sentido.

El carácter estricto del régimen sancionatorio planteado se acompaña con la expresa mención de principios propios del debido proceso y de la responsabilidad subjetiva, lo cual es indeclinable en un Estado que se pretenda racional y de derecho. Sobre el punto conviene señalar que cursa igualmente un proyecto de reforma constitucional mediante el cual se establece la doble instancia para los procesos de pérdida de investidura. Esta iniciativa presentada por el Fiscal General de la Nación constituye un aporte importante a nuestro sistema de garantías procesales.

8. Limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos

PREGUNTA: COMO MEDIDA DE SOLIDARIDAD DE LOS ALTOS DIGNATARIOS CON EL PUEBLO COLOMBIANO, PARA REDUCIR LAS DESIGUALDADES SOCIALES Y CONTROLAR EL GASTO PÚBLICO,¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 187 de la Constitución Política, con el siguiente texto:

Las pensiones de los servidores públicos con cargo al tesoro público, no podrán superar en ningún caso el monto de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni la edad exigida para tener derecho a la pensión de vejez, podrá ser inferior a la establecida en el sistema general de pensiones, con excepción de los miembros de la fuerza pública. En todo caso, se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos a la fecha de entrada en vigencia del presente Acto Legislativo.

Los servidores públicos que hayan cotizado el número de semanas exigidas y les faltare cinco (5) años o menos para tener derecho a la pensión, se les aplicaran las normas vigentes a la promulgación del presente Acto Legislativo.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo y hasta el mes de diciembre del año 2006, no se incrementarán las asignaciones o pensiones del Presidente de la República, de los miembros del Congreso, de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, de los Ministros del Despacho, del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, del Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, ni de los demás servidores públicos o funcionarios de entidades de derecho privado que administren recursos públicos o pensionados, que sean superiores a 20 salarios mínimos legales mensuales. Lo previsto en esta disposición no supondrá una reducción acumulada superior al 30% de los salarios ni de las pensiones actuales en términos reales.

Uno de los grandes huecos de las finanzas públicas colombianas tiene origen en el monto del cálculo actuarial de las pensiones. Muchos factores, además de parálisis de la economía nacional, han contribuido a incrementar la brecha entre el pasivo pensional y los recursos para atenderlos: convenciones colectivas excesivamente generosas, fallos judiciales sobre indexación, leyes creadoras de regímenes de excepción, y lo más graves: defraudaciones millonarias al erario público.

En éste contexto, opta el gobierno por el atípico sistema de topes constitucionales para reconducir las finanzas públicas y evitar desmanes futuros; y digo futuros, porque frente a los derechos adquiridos nada puede hacerse mediante reforma constitucional.

Sea como fuere, en todo caso ésta no es norma constitucional aunque de ser aprobada y considerada acorde con la Constitución por el órgano de control jurisdiccional ha de fungir como tope material tanto para el Congreso como para la Corte Constitucional.

El casuismo de la redacción permite desde ya, anticipar problemas práctico en la aplicación de esta norma constitucional destinada finalmente a regular una realidad económica y social caracterizada por su volatilidad y variabilidad.

9. Supresión de las Contralorías Departamentales y Municipales

PREGUNTA: PARA SUPRIMIR LAS CONTRALORÍAS MUNICIPALES, DISTRITALES Y DEPARTAMENTALES, Y ASIGNAR SUS FUNCIONES A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El artículo 272 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 272. El control de la gestión fiscal de las entidades del orden territorial será ejercido, con austeridad y eficiencia, por la Contraloría General de la República, para lo cual podrá apoyarse en el auxilio técnico de fundaciones, corporaciones, universidades, instituciones de economía solidaria o empresas privadas escogidas en audiencia pública celebrada previo concurso de méritos en el que se tendrá en cuenta prioritariamente el que estas entidades sean oriundas de la región de que se trate. Las decisiones administrativas serán de competencia privativa de la Contraloría.

Las Contralorías territoriales hoy existentes quedarán suprimidas cuando el Contralor General de la República determine que está en condiciones de asumir totalmente sus funciones en el proceso de transición se respetará el período de los contralores actuales. Los funcionarios de la Contraloría General de la República que se designen para desempeñar estos cargos serán escogidos mediante concurso de méritos y deberán ser oriundos del departamento respectivo.

Los comentarios a esta iniciativa, que por poco muere en la Cámara de Representantes, son mismos que los plasmamos en el numeral siguiente.

10. Supresión de las Personerías

PREGUNTA: PARA AHORRAR RECURSOS DE LOS DISTRITOS Y MUNICIPIOS DEL PAÍS Y PARA QUE PUEDAN AUMENTAR SU INVERSIÓN SOCIAL, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el Artículo 280 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, dentro de su respectiva competencia, ejercerán todas las facultades que en la Constitución y la Ley se atribuyen a las Personerías municipales o Distritales. La Procuraduría y la Defensoría cumplirán estas funciones con austeridad y eficiencia, pudiendo apoyarse en el auxilio técnico de fundaciones, corporaciones, universidades, instituciones de economía solidaria o empresas privadas escogidas en audiencia pública celebrada previo concurso de méritos. Las decisiones administrativas serán de competencia privativa de la Procuraduría o de la Defensoría.

El Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo reorganizarán sus entidades para asumir las funciones previstas en este artículo. En aquellos municipios donde no lo puedan hacer se mantendrá la personería respectiva. A más tardar el 31 de diciembre de 2003 quedarán supri-

midas todas las personerías de las ciudades capitales y las de los municipios de más de 100 mil habitantes.

En el proceso de transición se respetará el período de los Personeros actuales. Los funcionarios de la Procuraduría o de la Defensoría que se designen para desempeñar estos cargos serán escogidos mediante concurso de méritos y deberán ser oriundos del departamento respectivo.

Todas aquellas iniciativas tendientes a racionalizar la estructura y el funcionamiento del Estado, son de buen recibo, máxime en aquellos caso en los que es posible identificar una injustificada duplicidad de funciones. Es que la Contraloría General de la República cuenta ya con gerencias departamentales en perfecta capacidad de asumir la función de control fiscal en cada entidad territorial. Otro tanto se puede plantear respecto tanto de la Procuraduría como de la Defensoría, que deberían entrar a suplir las funciones de las personerías.

Lo que no se explica es porqué junto con el criterio meritocrático para designar los funcionarios locales que habrían de asumir la función, debe tenerse en cuenta su proveniencia local. Una vez asumida una concepción racional normativa del Estado y predefinido normativamente las conductas fiscalmente sancionables, elementos culturales determinados por un modo de ser regional, deben resultar irrelevantes para el investigador, pues la ley es igual para todos. Este principio también aplica para cualquier ciudadano, que cumpla los requisitos y pretenda ocupar los cargos a los que nos estamos refiriendo. El elemento regional o cultural adquiere relevancia cuando de fijar políticas públicas se trata, caso en el cual resulta pertinente tomar en consideración las especificidades de cada zona del país y de cada comunidad, no cuando se trata de garantizar la integridad de ordenamiento jurídico erigido para la protección patrimonial del Estado.

11. Auxilios con dineros públicos

PREGUNTA: PARA ERRADICAR DEFINITIVAMENTE LA PRÁCTICA DE LOS LLAMADOS AUXILIOS, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase el artículo 355 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Así mismo, queda prohibida cualquier forma de concesión de auxilios con recursos de origen público, bien sean de la Nación, los departamentos o los municipios, sus entidades descentralizadas o los Establecimientos públicos o las empresas industriales y comerciales o las sociedades de economía mixta, mediante apropiaciones, donaciones o contratos que tengan por destino final, en todo o en parte, apoyar campañas políticas, agradecer apoyos o comprometer la independencia de los miembros de corporaciones públicas de elección popular.

Sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, la violación de estas prohibiciones constituye causal de destitución o desvinculación para el servidor público que la promueva, tolere o ejecute, lo mismo que de inhabilidad para el ejercicio, en el futuro, de cualquier otro cargo o función pública, y de pérdida de investidura para el congresista, diputado, concejal o miembro de Juntas Administradoras Locales que la consume.

Ha sido lamentable que en el país a pesar de la expresa prohibición constitucional, la creatividad y inventiva se apliquen a encontrar esguinces a prohibiciones de este orden con graves consecuencia en términos de moralidad pública y detrimento patrimonial, pero por sobretodo con una nociva capacidad de comprometer la independencia de las corporaciones públicas, particularmente al Congreso, con efectos perversos para el adecuado funcionamiento del Estado, dentro de una lógica de pesos y contrapesos.

La descripción de las formas como se pueden canalizar recursos para burlar la prohibición constitucional de los auxilios, también resulta adecuada, lo mismo que la inclusión de otros servidores públicos, distintos de los miembros electivos de las corporaciones públicas en este tipo de prácticas irregulares, en las que le cabe gran responsabilidad al ejecutivo.

12. Nuevos recursos para educación y saneamiento básico

PREGUNTA: PARA ORIENTAR LOS AHORROS QUE A LAS ENTIDADES TERRITORIALES PRODUCIRÁ ESTA REFORMA HACIA SUS NECESIDADES FUNDAMENTALES, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Inclúyese en la Constitución Política un artículo nuevo, que codificará la Sala de Consulta del Consejo de Estado y que quedará así:

El ahorro generado en las entidades territoriales por la supresión de las contralorías territoriales y las personerías, se destinará, durante los 10 años siguientes a su vigencia, a la ampliación de la cobertura y al mejoramiento de la calidad, en educación preescolar, básica y media, y a la construcción y sostenimiento de Restaurantes Escolares o al saneamiento básico. La ley, a iniciativa del Gobierno, reglamentará el modo de aplicación de estos recursos.

El método casuístico de vinculación de los recursos provenientes de un falso ahorro, a cometidos específicos, riñe con una adecuada técnica constitucional y presupuestal. Y digo falso ahorro porque precisamente la eliminación de las contralorías y personerías departamentales se hace imperativa entre otras varias razones, por una con peso específico ineludible: el déficit público, de tal manera que el ahorro no es precisamente acumulable en una partida para los fines indicados en el proyecto, sino que sencillamente se traducen en reducción de los altísimos índices del déficit público. Por esa razón resulta o contraproducente para la política de austeridad que debe implementar el gobierno, o falaz, la propuesta del artículo en comento.

13. Recursos para educación y saneamiento básico

PREGUNTA: PARA FORTALECER LOS PLANES DE EDUCACIÓN Y SANEAMIENTO BÁSICO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El artículo 361 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 361. Los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios y Cormagdalena se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán así: el 56% a la ampliación de la cobertura con calidad en educación preescolar, básica y media, el 37% para agua potable y saneamiento básico y el 7% para el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades Territoriales.

La ley, a iniciativa del Gobierno reglamentará la materia.

En cuanto a este artículo, nuevamente se impone una destinación específica rentas que le quita toda flexibilidad a al manejo presupuestal; cabe además preguntarse qué sucede cuando los índices en educación preescolar, básica y media, saneamiento básico y cobertura de pensiones de las entidades territoriales, cambien? ¿Se seguirá destinando el mismo porcentaje o se tramitará otras reforma constitucional?

Es que la destinación específica de los recursos públicos se determina mediante la ley anual de presupuesto, que como su nombre lo indica se hace año por año, precisamente por la naturaleza altamente variable del objeto que le corresponde reglar.

14. Finanzas públicas sanas

PREGUNTA: EN RAZÓN DE LA SITUACIÓN FISCAL DEL PAÍS ¿DESEA USTED DISPONER LAS MEDIDAS DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO CONTENIDAS EN EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Adiciónase al artículo 345 de la Constitución Política el siguiente parágrafo transitorio:

Parágrafo Transitorio. Los gastos de funcionamiento de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, de las entidades descentralizadas, autónomas, de naturaleza especial o única, que administren recursos públicos y de las territoriales, incluidos los salarios y las pensiones superiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales, no se incrementarán con relación a los gastos del año 2002 durante un período de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo. Se exceptúan: el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios; los gastos destinados a la expansión de la seguridad democrática diferentes de los correspondientes a salarios; el pago de nuevas pensiones; y las nuevas cotizaciones a la seguridad social o las compensaciones a que haya lugar.

De registrarse a finales de diciembre del año 2003 ó 2004 un incremento anual en la inflación, calculada de acuerdo con el IPC, superior al correspondiente para el año 2002, se incrementarán los salarios y pensiones en un porcentaje igual a la diferencia entre la inflación registrada en cada uno de estos años y la correspondiente al año 2002.

El ahorro de los departamentos, distritos y municipios, generado por el menor crecimiento del gasto financiado por el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, lo destinarán las entidades territoriales para reservas del Fondo Nacional de Pensiones Territoriales, del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y para el pasivo pensional del sector salud.

Exótica por decir los menos, resulta una norma constitucional, tendiente a congelar los gasto de funcionamiento de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, de las entidades descentralizadas, autónomas, especiales y únicas, de las que administren recursos públicos y de las territoriales.

Lo más lamentable es que, si esa fuese la fórmula adecuada para sanear las finanzas públicas, porqué adoptarla mediante reforma constitucional en lugar de reflejarla sencilla y técnicamente en las partidas de la ley anual del presupuesto, como corresponde en un régimen democrático de división de poderes en el que el ejecutivo presenta el proyecto respecto y el Congreso previa deliberación democrática procede a su aprobación teniendo en cuenta las previsiones económicas del momento, cuya mutabilidad e imprevisibilidad, al menos en el estado actual de desarrollo de esa ciencia, son evidentes.

¿Qué sucedería si se aprueba una norma de este tipo y luego nos encontramos ante una hecatombe, Dios no lo quiera, como la Argentina del año 2002 que obligue a reducir las partidas del presupuesto nacional y no sencillamente a no incrementarlas. O qué mejor aún, si el país se ve beneficiado de una bonanza, petrolera, cafetera o no sé, cualquiera otra que una visión más poblada de optimismo pudiera sugerir? Los dos ejemplos extremos del panorama económico futuro ponen en evidencia la no pertinencia de disposiciones constitucionales contentivas de medidas económicas rígidas, así sean de carácter transitorio. Las constituciones, o más específicamente, las constituciones económicas contienen un modelo, unos valores, unos cometidos, las bases de una políticas

públicas, que vez por vez han de ser colmadas por el legislador atendiendo las específicas circunstancias y los procedimientos para su concreción. Fórmulas cerradas, completas, se atraviesan como un iceberg en la ruta de navegación contenida en la norma fundamental de una Nación.

15. Partidos Políticos

PREGUNTA: PARA MEJORAR Y RACIONALIZAR EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Sustitúyese el inciso primero y adiciónanse los siguientes textos del artículo 108 de la Constitución Política:

Artículo 108. El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los Partidos, o Movimientos Políticos o grupos significativos de ciudadanos que hayan obtenido en las últimas elecciones para Senado o Cámara de Representantes, una votación equivalente al dos por ciento (2%) o más de los votos válidos emitidos en el territorio nacional, así como a los partidos o grupos significativos de ciudadanos y organizaciones políticas que hayan obtenido una cifra superior al cinco por ciento (5%) de los votos válidos en las elecciones presidenciales. La Personería Jurídica aquí establecida se extinguirá cuando no se obtenga el número de votos mencionados.

Los partidos y movimientos políticos que inscriban candidatos a la circunscripciones especiales de minorías de Senado y Cámara no se les exigirá lo referido en el presente artículo para la obtención de su Personería. En estos casos, será suficiente con conseguir representación en el Congreso.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones.

Los grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

En ningún caso un partido o movimiento político o ciudadano podrá avalar más candidatos que el número de curules por proveer en cada elección.

La ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos.

Los partidos o movimientos políticos o ciudadanos que tengan representación en el Congreso Nacional, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y las Juntas Administradoras Locales, actuarán como bancadas en la respectiva Corporación en los términos que señale la ley.

Parágrafo. El Congreso de la República expedirá la ley que reglamenta la materia.

Las microempresas políticas han determinado un gran desorden no sólo en las campañas políticas sino el comportamiento de las corporaciones públicas. Recuperar los partidos parece ser un presupuesto de la democracia, lo mismo que la democratización interna de los mismos.

Sobre el primer punto, Silvio Gambino comenta que en Italia gozaron, lo mismo que en España, de mucha popularidad, las propuestas de reforma al sistema electoral orientadas a debilitar los partidos pues por esa vía rompe el monopolio de los mismos y aumenta las alternativas de los electores.

Sin embargo esa premisa teórica, en la práctica no parece haberse verificado, sencillamente porque las alternativas electorales no parecen ser mejores a las presentadas por los partidos, pues en realidad las empresas electorales uninominales aparecen ligadas a redes clientelistas, y particularmente Italia, a organizaciones criminales y mafiosas[10].

10. *Democrazia e forma di governo. Modellli stranieri e riforma costituzionale*, Maggioli Editore, Rimini 1997, pp. 88-91.

Por las anteriores consideraciones el autor concluye que: "...la propuesta de *depatitizzazione* del Estado, tienen que observar que el principal punto de partida es que los partidos continúan siendo instituciones centrales para el funcionamiento de las formas de gobierno.... que la pretensión de debilitar los partidos puede ser, a largo plazo, contraproducente y disfuncional para la democracia..."[11].

Perece ser éste el telos del artículo, aunque obviamente no deja de ser un primer intento de fortalecimiento a los partidos, definitivamente tímido e insuficiente.

16. Contra el narcotráfico y la drogadicción

PREGUNTA: PARA PROTEGER LA SOCIEDAD COLOMBIANA, PARTICULARMENTE SU INFANCIA Y SU JUVENTUD, CONTRA EL USO DE COCAÍNA, HEROÍNA, MARIHUANA, BAZUCO, ÉXTASIS Y CUALQUIER OTRO ALUCINÓGENO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

Agrégase al artículo 16 de la Constitución Nacional, un segundo inciso que quedará así:

Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción, El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción y de recuperación de los adictos, y sancionará, "con penas distintas a la privación de la libertad", el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes.

Este artículo se incluye a la iniciativa de referendo como una manera de atraer la atención de la opinión pública sobre la iniciativa, es decir como una estratagema electoral, lo cual es posible precisamente porque éste si que es un tema apropiado para referendo.

Precisamente en su momento hubo de plantearse que asuntos de tanta sensibilidad moral debían diferirse a la decisión directa del pueblo. Al respecto se dijo:

En 1994 la Corte Constitucional se pronunció con una sentencia que causó gran impacto, no sólo porque suponía la formulación de una política pública distinta a la definida con el Gobierno y el Congreso en materia de consumo de drogas en cuanto a hacer prevalecer la prevención sobre la represión, sino precisamente por el impacto que supuso sobre la estructura de valores de los colombianos. El fallo, identificado como el C-221 de 1994, contiene la plena definición de los parámetros de la política pública que debería implementarse en ese ámbito:

No puede pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.

…dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que […] desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados.

11. *Ibidem*, p. 97.

Compartir las orientaciones de la Corte Constitucional, e incluso, en este caso, las conclusiones a las que llega, no puede llevarnos a aceptar el comportamiento institucional de una Corporación judicial de suplantación de las instancias legislativas y administrativas del Estado.

Dentro de estos parámetros de razonamiento, tampoco es admisible la extrapolación de conceptos morales dentro de la argumentación jurídica, tal como se procedió en la sentencia en comento. El debate más calificado sobre la cuestión se plasmó en Derecho y argumentación, de Manuel Atienza, donde además de analizar el fallo sub examine y su salvamento de voto se comenta el artículo de Hernando Yepes Arcila "La sentencia C-221-94: ¿Delimitación ontológica del derecho o mutación constitucional?", publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano en 1995.

Algunos apartes del debate resultan sumamente ilustrativos:

> La crítica que Yepes -dice Atienza- dirige a la sentencia se puede condensar en los […] puntos siguientes:
>
> […] En primer lugar, destaca -en relación con el "estilo" de la sentencia, pero sin que ello deje de tener, como se verá, consecuencias de "fondo"- "la tendencia de la Corte a trascender el plano jurídico-dogmático de los problemas sometidos a su decisión" para planteárselos "como problemas metajurídicos a través de la discusión de su anclaje en las grandes estructuras del pensamiento, y en los supuestos culturales, antropológicos, metafísicos y éticos de las normas examinadas. Ello contrastaría con el Tribunal Constitucional federal de Alemania que, al afrontar el mismo tema del consumo de drogas (y por las mismas fechas: marzo de 1994), lo habría resuelto al hilo de la noción estrictamente técnica de "proporcionalidad normativa". Ese "estilo" tiene, según Yepes, dos peligros: a) abandonar la "tierra firme" que proporciona el "método jurídico" y, al incursionar en los "supuestos axiológicos preconstitucionales", invadir lo que sería competencia del constituyente; b) "convertir los fundamentos de los fallos en confesiones de escuela, desposeyéndolos, de paso, de la universalidad legitimadora que sólo el dato dogmático del derecho positivo tiene actitud para comunicarle"[12].

A estos planteamientos Atienza responde citando a Nino, en el sentido que el razonamiento justificativo jurídico involucra inevitablemente un aspecto moral, y al respecto anota: "La argumentación jurídica (piensa Nino, y muchos otros autores: Dworkin, MacCormick, Alexy, etc.) viene a ser, en consecuencia, un caso particular de la argumentación moral"[13].

Adoptando el tono que Atienza le da a la polémica, podría a su vez refutársele su argumento por sospechoso, por servirse en exceso de la auctoritas; pero en realidad sobre el punto lo que interesa subrayar es que una cosa es que la argumentación jurídica venga a ser "en consecuencia, un caso particular de argumentación moral", o que las sentencias del Tribunal Constitucional alemán se vean salpicadas de argumentos morales, y otra muy distinta es que el método jurídico se vea suplantado por parámetros morales.

Las decisiones contenidas en las sentencias T-239 de 1997 y 333 de 1998, referidas a los temas de la eutanasia y el incesto, generan los mismos interrogantes.

La primera, la sentencia relativa a la eutanasia, luego de un raciocinio sobre los elementos subjetivos del tipo penal, sin que le merezca mayores reflexiones la comparación entre la norma acusada y la Constitución[14] -que sólo resulta pertinente para la corporación al sostener la tesis de que nuestro derecho penal es un derecho del acto y no del autor, habida cuenta que en el artículo 29, cuando se plasma el principio del Estado

12. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997, pp 103 y 104.
13. *Ibid*., p. 109.
14. Y que es la actividad central y única del juez constitucional.

de derecho, en virtud del cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, se hace referencia al término *acto*, lo cual no deja de ser una aproximación algo sui generis al concepto de debido proceso-, resbala inmediatamente en consideraciones iusfilosóficas.

La concepción moral sobre la vida, su carácter sagrado o no, termina siendo el marco del razonamiento conceptual de la Corte para llegar a concluir sorpresivamente, bajo una óptica supuestamente pluralista, que la concepción de carácter sagrado está proscrita del ordenamiento jurídico: "Además, si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad".

Nótese que al incursionar en los terrenos morales, a partir de una concepción filosófica preconcebida, la Corte Constitucional se traiciona a sí misma, pues lo que pretendía era "…resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior". Pues bien, una perspectiva secular supone la separación Estado-Iglesia, y dentro del Estado está la Corte Constitucional, que no puede, o mejor, no debe, predefinir que el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia; en un Estado laico, secularizado, ello debe admitirse. De lo contrario se traicionaría también el valor del pluralismo.

Es que si se pretendiera obtener consecuencias jurídicas de la afirmación de la Corte llegaríamos al absurdo de considerar que la eutanasia sería obligatoria en nuestro orden constitucional.

Dentro de la misma concepción iusfilosófica, el ponente considera que la Constitución regula las relaciones de sujetos morales; en realidad, mucho trecho ha andado la civilización para que al ser humano se le asuma como sujeto de derecho y, en relación al Estado, como ciudadano, titular además de derechos políticos. Situar el derecho constitucional en la órbita de la moral y tender a su homologación no deja de ser un alto riesgo en términos de pérdida de la función garantista del derecho para devolverlo, aunque sea con ocasión del control jurisdiccional de constitucionalidad, a la esfera del subjetivismo y la arbitrariedad, de la autoridad. En otros términos, ese modo de razonar entraña un alto riesgo de autoritarismo moral, que tal vez es el de peor raigambre. La sentencia sobre el incesto también resulta inquietante bajo esta perspectiva.

Lo primero que se debe destacar es el acervo probatorio que integró el magistrado sustanciador: dos conceptos de dos médicos genetistas, el concepto de una socióloga, el concepto de un psicoanalista, el concepto de una psicóloga y dos antropólogos. Respecto de este modo de proceder de la Corporación, cabe precisar que en realidad conceptos de autorizados científicos no constituyen ni un método epistemológicamente válido para la sociología jurídica en cuanto a la finalidad de aprehender el objeto de estudio, ni un método probatorio de recibo para el derecho constitucional cuando de establecer la constitucionalidad de una norma se trata, pues en este último caso el juez constitucional debe realizar un análisis de correspondencia entre la norma superior, la Constitución, y la norma acusada.

En todo caso, de esa sentencia merece destacarse el aparte 10, en cuanto a la relevancia constitucional de los criterios de moralidad pública que subyacen en una norma le-

gal. En este caso la Corporación hizo un juicioso análisis de las relaciones entre derecho y moral. Allí se acepta que la ley suele reflejar los principios morales compartidos por las mayorías representadas en el órgano legislativo, y por ello se afirma que el derecho es moral positivizada. Allí también se consigna que "…no escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría…"

Las anteriores consideraciones son inobjetables; no así las que siguen: "En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohiban en la Constitución, y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución de cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios".

Pues no, realmente no se puede compartir la afirmación de la Corte en cuanto asigna al juez constitucional la función de construir o refrendar la moral pública; el juez constitucional debe velar por la supremacía de la Constitución, incluyendo obviamente su axiología, y no fungir de cuarto poder moral.

La limitación del poder por el derecho constituye un hito de la civilización. La irracionalidad y la arbitrariedad del poderoso ceden, para someterse a un conjunto de parámetros, reglas, normas de conducta, nomos, preestablecidos, racionales y con vocación de crear un orden objetivo para la convivencia pacífica. Esa es precisamente la razón de ser del constitucionalismo entendido como "…los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política […] el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación jurídica impuesta al gobierno. El constitucionalismo se propone así sustituir el gobierno arbitrario y despótico, por un gobierno *del derecho*"[15].

El gobierno de las leyes, concepto plasmado ya por Aristóteles en La Política, no sólo supone una concepción del ejercicio del gobierno sustraído del arbitrio del gobernante y la ordenación del Estado articulado a partir del valor guía de la legalidad en términos de Estado de derecho, sino que además encuentra consagración epistemológica en el positivismo jurídico, cuyo mayor exponente es Hans Kelsen y de cuya idea del derecho se destaca su aspiración de determinar "…un concepto de derecho absolutamente libre de cualquier residuo moralista. Puede incluso decirse que dicho concepto se delinea en sus obras a través de un esfuerzo constante de investigación y de demarcación del confín de la esfera moral, por un lado, y del mundo de la naturaleza con respecto al universo jurídico, por otro; por una parte, la ética, y por otra, la sociología; por una parte, la metafísica, y por otra, la naturaleza; por una parte, el imperativo absoluto, y por otra, la causalidad"[16].

No se trata de obviar lo anotado por Renato Treves, el sociólogo jurídico italiano, y reportado por Pattaro en el mismo texto citado, en cuanto a que esa definición del derecho responde a una posición ideológica. Tampoco se trata de desconocer que el asunto

15. TAMAYO y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la Constitución*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Coayacán, Méjico 1998, p. 91. Las comillas simples en la expresión del *derecho* responden a la aclaración del autor en el sentido que utiliza la expresión no con el alcance meramente técnico del derecho.

16. Así introduce PATTARO, Enrico, de la Universidad de Bolonia, el análisis de la *teoría pura del derecho*: *Elementos para una teoría del derecho*. Debate, Madrid 1996, p. 51.

reviste suma complejidad: el derecho siempre se ha ocupado de la moral, bien en el momento de su producción para transformar los preceptos morales en imperativos jurídicos, lo que supone su generalización y objetivación, o bien en la instancia doctrinaria, para determinar fronteras e interacciones.

Con relación al último aspecto, el doctrinario, la frontera entre las dos escuelas del pensamiento jurídico más representativas se plantea, sin lugar a duda, a partir de las disquisiciones alrededor de las relaciones entre moral y derecho. Así, para el iusnaturalismo "la ley no es más que la ordenación de la razón tendente al bien común, promulgado por aquel que tiene a su cargo el gobierno de la comunidad". Se está citando a Santo Tomás de Aquino en su Tratado de las leyes, donde se plasma una concepción de ley inescindible, por definición, de la categoría ética de bien común. Esa simbiosis es absolutamente inexistente para el positivista John Austin, que cinco siglos después sostiene que la ley es una orden coactiva que puede ser sensata o necia, justa o injusta[17].

Respecto de lo primero, es decir, en cuanto a los valores que irradian el derecho en el momento de su formulación, ello es así en tanto que el fenómeno jurídico es un fenómeno eminentemente cultural porque, como lo explica el jurista Jorge Vélez García, en su formación interviene la acción del hombre[18]. Esta o aquella opción ideológica y moral determina el modelo jurídico mismo de Estado: así, una vez "Universalizada la Constitución escrita, *constitucionalismo* llegó a significar: conjunto de ideologías y doctrinas que tienen como principal objetivo que los sistemas políticos tengan sus reglas de juego político y las funciones de los detentadores del poder establecidas en un documento solemne denominado *Constitución*; documento especialmente protegido, con respecto a sus reformas, por una supralegalidad constitucional"[19].

"Siendo un objeto cultural, al igual que los demás objetos de este género, el derecho está compuesto de un sustrato y de un sentido. El sustrato son las reglas, las normas, las leyes, los reglamentos, las sentencias, etc., que materialmente constituyen la sustancia de que está compuesto; el sentido es el significado de las normas, el propósito o finalidad que el autor les atribuyó a las reglas jurídicas, la razón de ser por la cual fueron dictadas. Si el derecho es producto de la actividad humana, y si toda acción del hombre está orientada hacia un fin específico, es lógico deducir que en el derecho existen unos propósitos predeterminados por el legislador y que en la adopción de aquellos la intención del autor haya jugado el papel que en cualquier situación realiza, frente a varias posibilidades de acción, toda voluntad consciente: la adopción de una de esas posibilidades. Por lo tanto, en toda norma de derecho (como cualquier objeto cultural) el sentido está cifrado en dos factores determinantes: la elección consciente realizada por la voluntad legisladora, que entre varias posibles formas de regular una conducta con un sentido determinado ha escogido aquélla concretada en regla; y la idea de que la regla adoptada es la mejor, la más conveniente, la más apropiada, la más justa […] lo que debe ser…"[20]

La referencia traída a este texto describe perfectamente el momento y el proceso de inserción del valor en la norma jurídica, esto es, la decisión, la escogencia de determinada opción, la *más valiosa*, la que tiene *sentido*.

17. Al respecto consúltese *Etica y Derecho*, de LYONS, David, Ariel, Barcelona 1989, pp. 19 y ss.
18. VÉLEZ GARCÍA, *Derecho y valores*, *cit.*, p. 76.
19. TAMAYO y SALMORÁN, *op. cit.*, p. 199.
20. VÉLEZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

La introducción de determinados valores en la norma jurídica los transforma en imperativos y vinculantes, pero no por su dimensión ética, sino por su transmutación en imperativos jurídicos. Ello sin perjuicio de la complejidad que para el intérprete jurídico comporta su aplicación directa en consideración a la textura abierta de las normas que cristalizan valores.

En todo caso, la política constitucional y la política legislativa, que suponen, entre otras, optar por esta o aquella alternativa ética, se deciden, en un sistema de *civil law*, ordinaria y preferiblemente, en el momento de creación de la norma, esto es, al proferir la Constitución o la ley. Ello sin desconocer la función creadora, pero por sobre todo integradora del orden jurídico, que cumple la decisión judicial, que en todo caso escapa a la legitimidad democrática directa; de ahí que no se conciba primigeniamente como instancia capaz de definir ni políticas públicas ni opciones morales para una determinada sociedad. Gustavo Zagrebelsky, en El derecho dúctil, alerta sobre "…el peligro de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador".

Interesa entonces destacar la existencia de dos categorías conceptuales que, si bien es cierto interactúan en la práctica y se implican recíprocamente -la moral y la jurídica-, no pueden ser confundidas por los operadores jurídicos y tanto menos por las autoridades estatales cuando imparten justicia, optando por fundar sus razonamientos en consideraciones ideológicas o morales, suplantando los mandatos jurídicos y los métodos de interpretación del derecho. Por esa vía la razón de ser del estado de derecho se diluye, la vocación garantista del derecho cede para abrirle paso a un decisionismo judicial sometido a la precariedad e incertidumbre del subjetivismo.

En tratándose de la jurisprudencia constitucional, la cuestión no se plantea sólo como una suplantación de la instancia política, al definir la política legislativa y por esa vía las políticas públicas, tal y como ya se indicó. En veces el juez constitucional se ha asumido como poder constituyente, determinando la política constitucional, y no sólo: por esta vía ha rayado con lo que hemos llamado un cuarto poder moral, ajeno a cualquier concepción auténtica de libertad y por lo tanto de constitucionalismo auténtico"[21].

No cabe pues duda que éste si es un tema propio de referendo.

17. Aprobación integral de este Referendo

PREGUNTA: ¿DESEA USTED MANIFESTAR SU APROBACIÓN O SU RECHAZO A LA TOTALIDAD DEL ARTICULADO SIN QUE LE SEA NECESARIO MARCAR CON EL SÍ O CON EL NO CADA UNA DE LAS RESPUESTAS ANTERIORES?

Manifiesto mi aprobación integral a este referendo.

Cómo es posible que respecto de temas tan diversos, tan disímiles pueda pretenderse una aprobación en bloque, salvo que nos encontremos ante un fenómeno plebiscitario que pretende evitar la reflexión juiciosa sobre cada uno de los puntos del referendo.

¿Qué hace pensar al gobierno que un ciudadano juicio necesariamente piense lo mismo frente a la dosis personal que frente a la congelación de salarios?

21. MORELLI RICO, Sandra, *La Corte Constitucional: un papel por definir*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, pp. 144-160.

La discusión termina perdiendo importancia además si nos ceñimos a la letra del artículo 378 constitucional ya citado. La insistencia en este artículo nos permite afirmar desde ya que será la muerte del referendo por vicios de procedimiento de cuya declaratoria difícilmente podría sustraerse la Corte Constitucional.

18. Artículo 2°. Vigencia y nuevas elecciones

PREGUNTA: PARA QUE ESTA REFORMA POLÍTICA ENTRE EN VIGENCIA DE INMEDIATO, Y SEA POSIBLE ANTICIPAR ELECCIONES PARA ELEGIR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SI LOS INTERESES DE LA NACIÓN LO ACONSEJAREN, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

> *Vigencia*. Salvo el artículo 6, este referendo entrará en vigencia a partir de su promulgación. Las próximas elecciones se sujetarán con lo dispuesto en el citado numeral 6. Si a juicio del Presidente de la República y del Congreso Nacional los intereses de la Nación aconsejaren anticipar la elección del Congreso prevista para 2006 concertarán, Presidente de la República y Congreso Nacional, la fecha para convocar esas elecciones. Las decisiones se tomarán con la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras.

Se trata de una propuesta que es previsible desde ya, no haga carrera en el Congreso por obvias razones emanada del más primitivo y elemental sentido de supervivencia corporativo, pues el anticipo a elecciones no siendo éste un régimen parlamentario, funciona sencillamente como la muy anunciada revocatoria al Congreso, que no deja de ser una alteración del normal funcionamiento de las instituciones estatales. Ello no puede considerarse como *aconsejado por los intereses de la Nación*.

Además, cabe preguntarse si es posible que mediante reforma constitucional y por una sola vez, se suspenda el sistema de períodos fijos del Congreso, para facultar al gobierno y al Congreso a convocar elecciones. No olvidemos que el poder reformatorio de la constitución no onmímodo ni original. No olvidemos tampoco, que la mera reforma constitucional no priva de legitimidad los órganos constitucionales preexistente al advenimiento de ésta.

IV. LA REFORMA JUDICIAL

Paralelamente al tramite del referendo, se ha presentado al Congreso un proyecto de reforma constitucional a la administración de justicia; ésta también se caracteriza por su tono amenazante frente a las actuales instituciones judiciales y porque es en todo caso, abiertamente restrictiva de valores y principios constitucionales, así como de derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, respecto de la acción de tutela, la competencia para conocer de la misma, se restringe a los jueces no colegiados, de tal manera que automáticamente y en tanto no se pongan en funcionamiento los jueces administrativos, toda la jurisdicción de lo contencioso queda excluida del conocimiento de las eventuales violaciones de derechos fundamentales que pudieren cometer las autoridades, lo cual no sólo implica un desconocimiento de que el juez natural de la administración es juez administrativo, sino además que una medida en éste sentido aumentará, aún más los índices de congestión de la jurisdicción ordinaria y eventualmente hará nugatoria la tutela por la imposibilidad

física de los jueces ordinarios de decidir en 10 días todos los asuntos cuyo conocimiento se distribuía entre juzgados municipales, del circuito, tribunales ordinarios y contencioso administrativos, Corte Suprema y Consejo de Estado.

Ahora ese cúmulo de trabajo recaerá exclusivamente en los jueces municipales y de circuito.

En el proyecto se excluye la tutela contra sentencias. La verdad es que la Corte Constitucional al declarar inconstitucionales los artículos del decreto 2591 de 1991 que reglamentaban en términos de juez competente y caducidad de esta acción, la posibilidad de interponer acciones de tutela contra sentencias, e introducir el concepto de la vía de hecho, desarticuló el sistema. Así un juez municipal pudo definir si la Corte Suprema de Justicia había incurrido en una vía de hecho, lo cual rompe la ordinaria disposición jerárquica de la administración de justicia y la tácita presunción que el superior es más sabio que el inferior, a la vez que afecta la seguridad jurídica.

Ahora bien, hacer prevalecer el principio de la cosa juzgada como una valor superior e incuestionable, aún frente a la violación de un derecho constitucional fundamental mediante una decisión judicial, atenta contra la justicia efectiva y el estado constitucional, por lo que la prohibición constitucional de tutela contra sentencias constituye una merma a la vocación garantista que debe preservar nuestra Constitución.

Se limita la tutela a la protección de los derechos constitucionales fundamentales definidos como tales en la propias constitución. El objetivo perseguido según la exposición de motivos: evitar que el juez suplante al alcalde o que decrete cargas gravosas a cargo del Estado, no se logra exactamente mediante la adopción de esa medida. El tutelar el derecho a la dignidad o a la igualdad, puede comportar una erogación económica importante y no prevista en el presupuesto nacional. De la misma manera, ordenar el pago oportuno de una mesada pensional ya decretada, cuya demora es imputable sólo a ineficiencia de del funcionario público, no genera una carga adicional en el presupuesto ni implica suplantación de ninguna instancia administrativa.

El problema es más complejo; éste se genera cuando el juez constitucional con ocasión de la protección de un derecho en un caso concreto, formula o determina una política pública sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos efectivamente existente y, lo que es peor, tomando decisiones de manera eventual y fragmentaria, que suplantan las instancias democráticas del Estado.

La vocación garantista también se merma cuando muchos de los pilares del debido proceso se restringen al proceso penal. Hoy rigen para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas porque precisamente, es tal el poder de las autoridades administrativa o judicial de disponer de la esfera de derechos de los coasociados, su patrimonio, su libertad empresarial, su libertad de locomoción, que es indispensable en un estado de derecho, que sus actuaciones estén suficientemente regladas y excluyan cualquier margen de arbitrariedad. El debido proceso constituye la expresión a la vez procedimental y sustancial de esa garantía que mal puede quedar circunscrita a la esfera de lo penal.

No poca perplejidad genera la definición de la función de administrar justicia como un servicio público. Con ese cambio de naturaleza jurídica de una de las actividades inherentes a la manifestación soberana del Estado, incluso en los momentos históricos donde éste ha tenido su manifestación más adelgazada como la llamada del Estado gendarme, no sólo se le reconoce un mayor radio de acción a los particulares para que como conciliadores, amigables componedores o árbitros, puedan impartir justicia, esque-

ma que resulta perfectamente aceptable, sino que además, y eso es grave, desaparece el principio de gratuidad de la justicia como regla general.

En la exposición de motivos se argumenta a favor del carácter oneroso de la administración de justicia que resulta verdaderamente absurdo para el Estado, sufragar los costos que se originan en los cobros jurídicos que realizan las entidades financieras. Esa presentación de la iniciativa que realmente lo que pretende es desestimular la presentación de demandas por parte de los ciudadanos y coasociados que ante la anomia que caracteriza relaciones sociales y económicas y ante la arbitrariedad de la administración pública, no encuentra otra instancia distinta a la judicial para reclamar sus derechos.

No podemos desconocer las consecuencias nocivas de la congestión judicial, pero mal podemos solucionar el problema excluyendo a las personas del acceso a la justicia. Ello genera un mal de consecuencias cuya gravedad es incalculable: el ejercicio arbitrario de las propias razones.

A pesar de los índices de violencia es mucho lo que en más de 10 años de vigencia de la Constitución del 91 ha ganado el país en términos de credibilidad del ciudadano común en las instancias judiciales; la tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y de grupo, a pesar del abuso que en veces se hace de éstas, también le han mostrado al ordinario público que la justicia es capaz de tomar decisiones prontas, oportunas y de resolver efectivamente conflictos.

No parece deseable que con un tejido social tan deteriorado, con tantos factores de violencia, *desalojemos* de las toldas de la justicia a quienes deciden someterse a su dictum, porque no tienen o no quieren pagar por el servicio judicial.

No es prudente olvidar que cualquier Estado, no sólo el social de derecho, debe, gratuitamente ejercer las funciones para las cuales fue creado y que el costo de la erogación de dichas funciones lo sufraga los contribuyentes, incluyendo los bancos, mediante el pago de impuestos.

Bajo la égida de razonamiento que le sirve de sustento al proyecto, podemos llegar a afirmar que la protección de la policía sólo puede ser invocada por el mísero en forma gratuita y que los demás coasociados sólo pueden beneficiarse de ese *servicio* previa consignación del costo que su utilización genera, cómo si el Estado no estuviese instituido para proteger a las personas en su vida honra y bienes.

El abuso de la jurisdicción se desestimula con efectiva sanciones al abogado temerario, a la vez que se soluciona de tajo, formando abogados con pundonor; se logra también reduciendo el número de abogados o bien porque las facultades quedan autorizadas a graduar un número limitado y excelentes de profesionales del derecho, o bien, porque el grado por si sólo, no habilita para ejercer la profesional de abogado. Para ello, y para acceder a las altas cortes en calidad de litigantes, han de exigirse requisitos adicionales.

La calificación del ejercicio de la profesión resulta un camino más eficiente para los fines propuesto, sin que sea menester privar al ciudadano de derechos y garantías para hacerlos efectivos.

El proyecto contiene una serie de disposiciones tendientes a definir qué y cuál es el alcance de la jurisprudencia, seguramente con el ánimo de contribuir a la seguridad jurídica, pero reforzando la tendencia a incorporar elementos del Common law en nuestro sistema jurídico y olvidando que la fuente principal del derecho en nuestro país es la ley. Además los desmanes de la jurisprudencia deben ser corregidos por la misma Corporación judicial, a partir de la aplicación rigurosa y científica de los distintos métodos

de interpretación judicial. Es que constitucionalizar el comportamiento de lo que los italianos llaman del *diritto vivente*, no parece procedente.

Otros varios aspectos de doctrina jurisprudencial vienen a ser reglamentados constitucionalmente mermando el radio de acción de la interpretación judicial.

Es lamentable que ese catálogo de prohibiciones se establezca desconociendo el estado de la ciencia jurídico constitucional, que por ejemplo ha perfectamente delimitado cuándo la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad es obligatoria, particularmente cuando se trata de decisiones de constitucionalidad condicionada.

La complejidad del derecho constitucional y particularmente de la posición que dentro de los fallos del derecho ocupan las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes y las sentencia de constitucionalidad en concreto destinadas a tutelar la esfera jurídica individual y fundamental, no se resuelve mediante lacónicas disposiciones constitucionales fundadas en una visión simplista de la problemática.

En cuanto al gobierno de la Rama con el objetivo de eliminar el Consejo Superior de la Judicatura, sencillamente se desdibuja el principio de autogobierno del Poder Judicial, presupuesto de la independencia del Juez.

Se crea un Consejo Superior de Administración de Justicia de cuya integración ya se comentó y la gerencia de la Rama Judicial, seleccionada mediante licitación y con la interferencia del gobierno nacional. Sobre este mecanismo no queda claro si el autor del proyecto tiene en mente adjudicar a una persona jurídica privada la gerencia de la rama tal y como se hace para cualquier otro servicio público como por ejemplo el aseo, o si se trata de una mera imprecisión terminológica pues el objetivo sería el de establecer que la persona del gerente sería seleccionada mediante concurso

Con la iniciativa gubernamental no sólo se quiebra el principio de separación de poderes entre el ejecutivo y el judicial sino que, adicionalmente el ejecutivo no duda en autofacultarse para usurparle la competencia legislativa que en materia de administración de justicia la Constitución le otorga al Congreso de la República en la forma de ley estatutaria.

En efecto será el Presidente de la República quien reglamente este acto legislativo mediante Decreto.

En el proyecto gubernamental se establece que la ley dispondrá la creación de una carrera especial para la administración de justicia como si de hecho ésta no existiese. Hace muchos años los principios meritocráticos impregnaron el funcionamiento de la administración de justicia. Que los métodos de evaluación sean susceptibles de perfeccionamiento, así como en general todo el sistema de selección y permanencia, no exige una reforma constitucional que, como está formulada, pareciera introducir por primera vez, la carrera al interior de la rama judicial.

No sucede así al interior de la Rama Ejecutiva donde el clientelismo determina los parámetros y las prácticas para ingresar al servicio público y donde definitivamente el ingreso por concurso y la carrera terminan siendo la excepción.

Introducir además, la libre remoción para los empleados judiciales constituye la mejor herramienta para mermar la independencia del administrador de justicia y de contera, la autonomía de la rama porque en este mismo proyecto se quiebra el principio de autogobierno del Poder Judicial, y se desdibuja la separación de poderes al crear un órgano rector de la rama presidido no solo por los Presidentes de las Altas Cortes sino también por el Ministro de Justicia, como si este jerárquicamente fuese equiparable al vértice del

poder Judicial y lo que es peor aún, dicho funcionario puede ser reemplazado por el Viceministro de la misma cartera. Terminará entonces el Viceministro de Justicia teniendo voz y voto en la libre remoción de los Jueces de la República.

No cabe duda que el Consejo Superior de la Judicatura debe ser adelgazado, los consejos seccionales, incluso, eliminados; pero el principio de autogobierno de la rama, presupuesto de la independencia judicial no puede desaparecer es un estado garantista y social de derecho.

No parece en todo caso, que los problemas que aquejan a la justicia se soluciones mermando su independencia, desdibujando el principio de separación de poderes, reduciendo la eficacia de las acciones constitucionales, limitando las garantías individuales y precondicionando el comportamiento de las corporaciones judiciales.

V. CONCLUSIONES

Los proyectos comentado apenas de manera precaria y preliminar, se caracterizan por una vocación abolicionista y prohibicionista. Se varias, tal vez demasiadas si tenemos en cuenta que estamos hablando de normas constitucionales, aquellos artículo que introducen prohibiciones como si se tratase de un código penal y disciplinario.

Son muchas también las normas que restringen y merman las garantías ciudadanas al debido proceso en actuaciones administrativas y judiciales, de acceso a la justicia, de eficacia de la tutela, etc.

Son también frecuentes las disposiciones, que aunque de carácter transitorio, desdibujan el principio de separación de poderes y sitúan en cabeza del Presidente de la República, facultades propias de otras ramas del poder público como si con el advenimiento de la reforman se produjere una especie de transición constitucional que permitiese suponer que ésta emana de un poder soberano, primigenio y no derivado. En otro término como si la reforma no tuviese un marco jurídico que respetar como es ni más ni menos, que el contenido en la Constitución. En efecto, ese marco delimita las fronteras entre las ramas del poder público y asigna claras y precisas competencias que no quedan suspendidas como consecuencia de la aprobación de las reformas propuestas.

En fin, las reformas eluden los problemas sustanciales del país que pueden encontrar un principio de solución en la reforma a la constitución, verbigracia la autonomía del Banco de la República, verbigracia el régimen territorial, verbigracia la multiplicidad de órganos insostenibles económicamente por el ciudadano, etc, etc.

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

Jorge Luis Suárez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Una de las innovaciones más importantes de la Constitución venezolana de 1999 es la incorporación de un artículo según el cual la República "podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración". El mismo artículo establece *in fine* que "[l]as normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna" (art. 153)[1].

Como puede verse, lo que ha hecho la nueva Constitución es incorporar al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Público del Estado venezolano. Es decir, el derecho generado en una comunidad de Estados, al ser producido por el ejercicio que hace la organización internacional de las competencias que le han atribuido los Estados que la componen, es el resultado del Poder Público que cada país ha otorgado a ese ente externo para solucionar problemas comunes y en consecuencia, ese derecho tiene aplicación directa en cada uno de esos países, es obligatorio para sus órganos internos, tiene efectos jurídicos para sus ciudadanos, y en caso de conflicto con el derecho nacional, tendrá primacía sobre éste, lo que ocasiona su desaplicación en el caso concreto. Y lo más importante: todo esto sin necesidad de que un órgano nacional tenga que darle entrada a esa norma al ordenamiento jurídico interno, como tradicionalmente pasaba con el Derecho Internacional y la necesidad de ley aprobatoria.

Así las cosas, al establecer la Constitución al Derecho Comunitario como fuente de Derecho Público y la aplicabilidad en nuestro país de los principios rectores de aquél, como son el efecto directo y la primacía del Derecho Comunitario, debemos conocer, en consecuencia, lo que significan estos términos y nada mejor para ello estudiar lo que se ha dicho en Europa, cuna del Derecho Comunitario, sobre los mismos.

II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES

Para la consecución de las cuatro libertades que justifican normalmente un proceso de integración supranacional, éstas son, la libre circulación de las personas, de las mercan-

1. Sobre este artículo de la Constitución de 1999. *V.*, SUÁREZ M., Jorge Luis, "La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional", *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje 20 Años Especialización Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela"*, vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 440-471.

cías, de los servicios y los capitales, con las que normalmente se trata de lograr un mercado común, se crearon instrumentos jurídicos distintos con la finalidad de establecer modelos de relación diferentes entre las legislaciones de los Estados miembros, para evitar convulsiones y traumas innecesarios.

Así, se produjeron las siguientes situaciones:

1. *Materias sobre las que no existe más derecho nacional:* En estos casos, "el Derecho Comunitario sustituye de forma uniforme al derecho interno"[2]. Se establece por tanto una transferencia de competencia para algunos, o de soberanía para otros[3], a los órganos comunitarios que vedan cualquier intromisión de normas o actuaciones estatales. Para otros no se produce ni lo uno ni lo otro porque no hay transferencia de competencias ni cesión de soberanía sino simplemente la *atribución del ejercicio de competencias* como acertadamente lo dice nuestra Constitución en el artículo 153, es decir, una nueva distribución del Poder Público que en ningún caso significa que el Estado que constituye o se incorpora a una organización internacional supranacional es menos soberano o pierda definitivamente competencias propias[4].

El instrumento ideado para realizar esta operación en las Comunidades Europeas es el Reglamento y en la Comunidad Andina la Decisión, norma que tiene tres particularidades:

a) Es de carácter general: se aplica simultáneamente en todo el territorio comunitario, es decir, a todo Estado miembro, y vincula a un gran número de personas.

b) Es obligatorio en todos sus elementos. El Reglamento como la Decisión impide a los Estados miembros una aplicación incompleta o selectiva, aunque es cada vez más frecuente que sea incompleto, es decir, que resulte necesario tomar medidas por parte de autoridades nacionales para su aplicación.

c) Es directamente aplicable en el orden jurídico interno y crea derechos y obligaciones a los particulares sin necesidad de otro tipo de medidas de ejecución.

2. *Materias sobre las que es necesaria una previa armonización:* En los sectores en que existe una gran disparidad de legislaciones, "las autoridades comunitarias deben preparar el derecho nacional para que éste pueda recibir el derecho europeo"[5]. Así, la comunidad impone las finalidades a conseguir otorgando a los Estados libertad en su ejecución.

Al respecto, el mecanismo previsto en las Comunidades Europeas es la Directiva, que obliga a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios.

---

2. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, "El Efecto Directo de las Directivas Comunitarias: el papel de la Administración y los Jueces en su aplicación", *Revista de Administración Pública,* nº 125 (Mayo-agosto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 229.

3. Al respecto, TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel considera en la misma obra que no cree que exista una transferencia de soberanía sino de competencias, "por cuanto ninguna institución internacional es detentadora de la soberanía de sus miembros", aunque él mismo reconoce que contra esa afirmación se alza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a partir de la sentencia Costa/Enel.

4. Es lo que, ciertamente, nosotros consideramos que es la supranacionalidad, un atributo de ciertos procesos de integración que es una nueva forma de distribución del Poder Público pero hacia fuera de los Estados, que sólo se concebía internamente en los Estados federales o autonómicos hasta que aparecieron las Comunidades Europeas. No implica la supranacionalidad una cesión de soberanía o una transferencia de competencias, lo que permite a la organización respectiva actuar autónomamente e imponerse a los gobiernos e imponer sanciones a los Estados, pero sólo hasta cierto punto porque éstos siguen siendo soberanos e independientes y pueden retirarse de la organización en cualquier momento y recuperar la plenitud de sus competencias.

5. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.* , p. 231.

Con este fin, la Directiva puede ordenar a las autoridades nacionales eliminar de sus legislaciones las disposiciones contrarias al Derecho Comunitario[6].

Como consecuencia de lo anterior, se dice que la Directiva "es un instrumento de legislación indirecto"[7] porque determina los objetivos a alcanzar, dejando que sean los Estados miembros los encargados de ejecutarlas por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias, consiguiendo únicamente la armonización de legislaciones, no un derecho único como el Reglamento. Por eso se dice que las reglas que transponen la directiva "son comunitarias en su origen y sustancia pero nacionales en su forma"[8].

El problema se plantea cuando la Directiva impone un plazo para su ejecución por el Estado destinatario y éste no cumple con la obligación de transponerla en el ordenamiento interno, o lo hace mal, variando de esta manera los objetivos y finalidades perseguidos. En este caso lo que se tiene previsto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es la aplicación de la institución de la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho Comunitario, para lo cual este tribunal ha creado toda una doctrina común que impida que en algunos Estados éstos no respondan por los daños causados por la falta de trasposición o mal desarrollo de las Directivas[9].

3. *Sectores donde es necesaria una coordinación:* existen parcelas de los ordenamientos estatales sobre las que no ha habido ni cesión de soberanía ni transferencia de competencias ni atribución del ejercicio de competencias ni armonización de legislaciones, pero resulta imprescindible una cierta coordinación a nivel de los efectos, creando una especie de superestructura comunitaria.

Para este supuesto, el instrumento idóneo es el Reglamento en Europa o la Decisión andina y en ocasiones son recomendaciones que se emiten y no vinculan a los Estados, por lo que no pasan a ser fuentes de derecho en el sentido estricto del término. Por ello, en estos casos los Reglamentos o las Decisiones parecen más unas Directivas, no obligatorias en puridad de términos.

4. *Sectores donde se producen relaciones de coexistencia entre ambos ordenamientos jurídicos:* los sistemas nacionales quedan como estaban, aplicándose, en ausencia de regulación específica, "las normas comunitarias que se encargarán de definir los contornos, no siempre claros, que distinguen uno y otro derecho"[10].

Al respecto, la comunidad puede dictar decisiones, cuyo régimen jurídico es análogo al acto administrativo, de carácter individual -lo que la diferencia de los Reglamentos y Decisiones-, pero obligatorias en todos sus elementos -lo que la diferencia de las Directivas-, imponiendo nuevas cargas e incluso sanciones administrativas a los destinatarios que designe, sean particulares o el Estado mismo.

---

6. En la Comunidad Andina no existe la figura de las Directivas, pero hay una posibilidad de lograr un efecto similar cuando el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que en algunos casos excepcionales el órgano comunitario que dicte una Decisión podrá establecer la necesidad de que cada país miembro dicte normas para preparar el ordenamiento jurídico interno antes de la entrada en vigencia de la norma andina. En efecto, dice el único aparte del mencionado artículo 3 que "[c]uando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro".

7. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, pp. 231-232.

8. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.* p. 232.

9. Respecto a este tema véase el interesante estudio ALONSO GARCÍA, Ricardo, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Editorial Cívitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid 1997.

10. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 233.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS RELACIONES CON EL DERECHO NACIONAL

1. El efecto o eficacia directa del Derecho Comunitario

Este principio significa que la norma comunitaria es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares o como dice Ricardo Alonso García la posibilidad de aplicar el Derecho Comunitario en los Estados miembros con independencia de previsiones al respecto por los derechos internos[11].

Para Santiago Muñoz Machado, el efecto directo es una característica primordial y básica de las normas comunitarias y expresa que "sus destinatarios son tanto los Estados como los ciudadanos que quedan inmediatamente obligados por las mismas y pueden exigir su observancia ante los tribunales internos"[12].

Esto es lo más parecido a la concepción monista del Derecho Internacional clásico, elaborada por Kelsen, basada en la unidad del ordenamiento jurídico, según la cual el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos nacionales de los Estados son uno solo, por lo que la norma internacional se aplica de manera inmediata, sin recepción ni transformación en el orden interno de los Estados que son parte del tratado.

Frente a este concepción monista, existe la dualista que considera el orden jurídico internacional como un sistema independiente y separado del orden jurídico nacional y cada uno constituye un compartimiento estanco. En consecuencia, para que un tratado internacional pueda aplicarse en el orden nacional es necesario su recepción por una ley interna, lo que produce una transformación de su naturaleza, permitiendo a los jueces aplicarla en calidad de regla de derecho interno y no como regla de derecho internacional.

Sin embargo, es importante distinguir, como lo hace Santiago González-Varas Ibáñez, entre aplicabilidad directa y efecto directo. Aquélla consiste, en criterio de este autor, en que no es necesaria la interposición normativa de un Estado miembro para que tengan aplicación las normas comunitarias. La aplicabilidad directa es, según este autor, aquel elemento de las normas comunitarias en cuya virtud éstas forman parte del sistema jurídico de los Estados miembros, sin necesidad de ningún acto interno de incorporación, bastando la mera publicación en el Diario Oficial de la Comunidad"[13].

Ahora bien, por efecto directo, entiende Santiago González-Varas, "se indica que las normas comunitarias constituyen fuente inmediata de derechos y obligaciones para sus destinatarios y, como tales, directamente invocables ante los tribunales, que han de protegerlos y exigirlos"[14].

En sentido similar se manifiesta Ricardo Alonso García en otra obra cuando expresa que: "La expresión *aplicabilidad directa* suele utilizarse en Derecho comunitario básicamente en dos sentidos (...). El primero de ellos se refiere a la no necesidad de que la

11. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid 1994, p. 251.

12. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Unión europea y las Mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, S.A, Madrid 1994, p. 68.

13. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "Virtualidad del efecto directo de las normas del Derecho comunitario". *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense.* (XIII Congreso de la Asociación Española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional), Madrid 1994, p. 321.

14. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 321.

norma comunitaria tenga que ser *recibida* en Derecho interno para poder desplegar formalmente su eficacia; el segundo, centrándose más en el aspecto material que en el formal de la norma, destaca el hecho de que ésta necesite o no otra norma ulterior de desarrollo para desplegar de manera completa todos sus efectos"[15].

Continúa Ricardo Alonso García diciendo que "[p]or lo que respecta a la eficacia directa, también podemos distinguir básicamente dos sentidos en la determinación de su alcance. El primero de ellos, más restringido, sería el de aptitud material para generar derechos y obligaciones directamente exigibles por los ciudadanos ante los tribunales de justicia. Por tanto, aptitud para generar no sólo derechos, sino también obligaciones, invocables ante los Tribunales. Lo que sucede es que progresivamente se ha ido acentuando con mayor intensidad el hecho de que el particular tenga la posibilidad de prevalerse de la norma comunitaria ante el juez interno, lo que ha dado lugar al paulatino establecimiento de un lazo entre la eficacia directa y las garantías de los derechos individuales del particular; el segundo sentido tendría un alcance más amplio, centrado en la generación de cualquier tipo de situación jurídica invocable ante el juez, al que correspondería el deber de aplicarla"[16].

De este modo, de acuerdo con las expresiones anteriores, el problema del efecto directo o de la eficacia directa está en la indagación de qué normas gozan de tal virtud y cuáles están excluidas de tal efecto. Esto es lo mismo que ocurre con el resto del Derecho interno porque hay normas que están dirigidas exclusivamente a las Administraciones y otras que permiten reconocer derechos subjetivos relevantes en los ciudadanos. Con esto lo que queremos decir es que no toda declaración normativa lleva implícita una declaración de un derecho subjetivo que dé derecho a un ciudadano invocarlo ante el Poder Público y el Derecho Comunitario, en este sentido, permite reconocer derechos subjetivos de los ciudadanos de los Estados miembros en algunos casos por lo que no es un derecho dirigido exclusivamente a los Estados. Si bien en muchas de las normas comunitarias los obligados son los Estados, también hay efectos reflejos en favor de los ciudadanos y se han detectado algunas características para que ello ocurra como es que se trate de normas claras, unívocas e incondicionadas, por lo que los beneficiarios de las mismas pueden ejercitar sus pretensiones ante el juez nacional de la misma forma como pueden invocar la tutela de las normas del Tratado.

Como también lo apunta Guy Isaac, en el Derecho Comunitario "lo que era excepción tiende a convertirse en regla"[17]. En un principio, se podía deducir que solamente los Reglamentos podían ser susceptibles de efecto directo. Ello porque una interpretación literal de algunos artículos de los tratados europeos, como lo destaca Juan Manuel Trayter Jiménez, "había difundido la creencia, posteriormente matizada, que sólo el reglamento constituía una auténtica ley comunitaria. Su carácter general, su obligatoriedad en todos los elementos y la peculiaridad de ser "directamente aplicable a todo estado miembro" imponía sus términos a todos los ciudadanos a los que iba dirigido y obligaba a los jueces nacionales a seguir escrupulosamente sus mandatos"[18].

Al contrario, la Directiva (bautizada como Recomendación en el tratado Comunidad Económica del Carbón y del Acero -CECA-) vinculaba a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a obtener, dejando a las instancias nacionales la competen-

15. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid 1989, p. 94.
16. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales...*, pp. 95-96.
17. ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1986, p. 182.
18. TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit*., pp. 238-239.

cia respecto a la forma y los medios. Finalmente, la decisión era obligatoria en todos sus elementos para sus destinatarios que ella designe, en múltiples ocasiones un Estado dado su carácter individual.

El tono de estas afirmaciones había hecho pensar a la doctrina jurídica que únicamente el Reglamento o la Decisión era aplicable en forma directa. Así lo contempla de modo literal el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Además, en lo referente a las Directivas, parecía obviarse dicha propiedad dada la reserva efectuada a las autoridades estatales en la forma y los medios de aplicación, lo que suponía la necesaria dicción de medidas nacionales que tradujeran esa elección, implicando además que el único destinatario de la norma fuesen los Estados, no los particulares. Por tanto existía una mediatización, vocablo que se opone a aplicación directa: o es directa o es mediatizada, se decía.

Un tercer argumento, nada desdeñable, resultaba de las previsiones recogidas en el artículo 254 TCE, precepto que impone la notificación de las Directivas a sus destinatarios, es decir, a los Estados, acto que es el único que aporta eficacia a las mismas. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE se planteó, en la sentencia Grad del 6 de octubre de 1970, el problema de los efectos de una decisión en relación a una Directiva, otorgando aplicación directa a la combinación de esas normas afirmando: "si en virtud de las disposiciones del artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su naturaleza susceptibles de producir efecto directo, ello no implica que otras categorías de actos contemplados por ese artículo no pueden nunca producir efectos análogos; en particular, la disposición según la cual las decisiones son obligatorias en todos sus elementos para el destinatario., permite plantear la cuestión de saber si la obligación derivada de la decisión puede solamente ser invocada por las instituciones comunitarias teniendo en cuenta a sus destinatarios, o también puede ser alegada por toda persona interesada en la ejecución de esta obligación. Sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la decisión, el excluir la posibilidad que los interesados puedan invocar la obligación por ella impuesta. Particularmente, cuando las autoridades comunitarias habrían, por decisión, obligado a un Estado miembro, o todos los Estados miembros, a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto se encontraría debilitado si los justiciables no pudieran prevalecerse en justicia y las jurisdicciones nacionales no pudieran tomarla en consideración en tanto que un elemento de derecho comunitario. Si los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de una disposición reglamentaria, esta diferencia no excluye que eventualmente el resultado final, consistente en que el derecho para los interesados de prevalecerse en justicia sea el mismo que el de una disposición reglamentaria directamente aplicable"[19].

A los anteriores argumentos, el Tribunal agregó que el artículo 234 TCE, que establece la cuestión prejudicial, no distingue entre uno u otro tipo de norma comunitaria sino que obliga pura y simplemente al juez nacional, conocedor de un litigio en que puede haber una disposición de derecho interno contraria al Derecho Comunitario, cualquiera que sea su calificación, a suspender el procedimiento y elevar la cuestión al Tribunal de Justicia para que interprete ésta última.

Por eso ya se puede decir, en este momento, que lo que hace que una norma comunitaria tenga efecto directo no es su forma como Reglamento o Directiva o tratado, sino el contenido material, tal como lo expresó la sentencia *Politi* del 14 de diciembre de 1971.

19. *Cit.* por TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 240.

En efecto, el reconocimiento del efecto directo no está en la naturaleza formal del acto en cuestión, sino en función de la naturaleza de la obligación en sí: ésta, si reúne los requisitos de incondicionalidad, claridad y ausencia de discrecionalidad, podrá ser invocada directamente, independientemente del tipo de norma de la que se hayan servido las instituciones comunitarias. Esta fue la vía para el reconocimiento del efecto directo de las Directivas que en la concepción original no tenían efecto directo, a diferencia de los Reglamentos como ya vimos.

La sentencia *Van Gend et Loos* del 5 de febrero de 1963 del TJCE constituye la decisión líder en este aspecto cuando dijo que "El derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico: éstos nacen no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita en su favor, sino en razón de las obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias"[20]. También marcó la diferencia con lo que sucede en el Derecho Internacional tradicional ya que dispuso que la norma comunitaria tiene como destinatarios a los Estados y a los particulares, aun cuando no los mencionare textualmente.

La acción entablada por una empresa neerlandesa ante la jurisdicción fiscal de su país y la cuestión prejudicial planteada por ésta, llevaron al Tribunal de Justicia a pronunciarse en una decisión de principios sobre el derecho de los particulares de invocar el Derecho Comunitario ante sus respectivas jurisdicciones nacionales.

La empresa *Van Gend & Loos* había importado en los países bajos un producto químico procedente de Alemania. Se le había reclamado un derecho de aduana que esta empresa consideraba superior al que se aplicaba cuando entró en vigor el TCE, debido a que se había producido una modificación de la clasificación aduanera. Dicho aumento iba en contra de la obligación conocida como de *standstill*, impuesta por el entonces artículo 12 (hoy 25 TCE) del Tratado que prohíbe crear nuevos derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente, así como elevar la cuantía de los ya existentes. La empresa recurrió contra la Administración neerlandesa ante el juez competente y éste acudió a su vez al Tribunal de Justicia planteando dos cuestiones prejudiciales.

Se trataba de determinar, entonces, si el artículo 12 del TCE tiene efecto interno o en otras palabras, si las partes pueden alegar, basándose en este artículo, derechos de carácter individual que el juez debe salvaguardar. Tres gobiernos y el Abogado General defendieron ante el Tribunal la tesis de que esta disposición sólo contenía obligaciones internacionales para los Estados y que por dicho motivo, la respuesta debía ser negativa. La Comisión Europea se pronunció, en cambio, a favor del efecto directo del artículo 12 y ésta fue la decisión que adoptó el Tribunal.

Tras haber reconocido su competencia para interpretar el artículo 12 en el marco del Derecho Comunitario y desde el punto de vista de su incidencia en los particulares, el Tribunal hizo una amplia descripción de la naturaleza del ordenamiento jurídico creado por el Tratado, antes de analizar el efecto del artículo 12 en sí.

Definitivamente, este problema, si se presentara en el ámbito del Derecho Internacional clásico, su solución hubiese sido diferente ya que en éste las obligaciones son para el Estado y no pueden los particulares alegar derechos directamente de la norma internacional. El fundamento del efecto directo del Derecho Comunitario es la especificidad

20. *Cit.* por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *ob. cit.* p. 317.

misma de este orden jurídico ya que su finalidad es la integración, lo que hace imprescindible la aplicación de este principio.

Para sustentar su criterio, el Tribunal consideró el objetivo del tratado y colocó el marco institucional y sobre todo judicial que prevé: "el objetivo del Tratado CEE (...) es instaurar un mercado común cuyo funcionamiento concierne directamente a los individuos de la Comunidad (...) ya que el Tratado constituye más que un acuerdo que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Estados contratantes (...) y la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico (...) cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también sus nacionales"[21].

El Tribunal recordó que el preámbulo del Tratado se dirige a los pueblos más allá de los gobiernos nacionales y que tanto los ciudadanos como los Estados miembros están afectados por el funcionamiento de los mecanismos comunitarios y los individuos contribuyen a las tomas de decisión participando en los órganos comunitarios como el Parlamento o el Comité Económico y Social.

En este punto es donde se opera la ruptura más profunda con el sistema internacional tradicional ya que la sentencia expresa que esos derechos nacen no sólo cuando el tratado hace una atribución explícita de los mismos sino también en razón de obligaciones que el tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias. El destinatario no es, pues, el criterio determinante de los efectos de una disposición comunitaria. Las personas privadas pueden convertirse en titulares de derechos individuales aunque no estén expresamente designadas como los destinatarios de una norma de este tipo. El hecho de designar los Estados como sujetos de la obligación de abstenerse no implica que sus nacionales no pueden ser sus beneficiarios. Contrariamente a los tratados internacionales clásicos, los tratados comunitarios confieren a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar, cuando las disposiciones en cuestión los consideran expresamente como sujetos de derechos, pero también imponen a los Estados miembros una obligación bien definida.

La conclusión de la sentencia es elocuente: "la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también los ciudadanos, de manera que independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su patrimonio jurídico"[22].

Al Tribunal sólo le quedaba aplicar estos principios al problema planteado y tras haber situado al artículo 12 en su contexto, declaró que esta disposición "define una prohibición clara e incondicional, que es una obligación, no de hacer, sino de no hacer y que, por otra parte, esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados de subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de derecho interno y que se presta perfectamente, por su naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales"[23]. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que el artículo 12 TCE produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar.

---

21. *Cit.* por ISAAC, *ob. cit*., pp. 182-183.
22. *Cit.* por ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales...*, p. 253.
23. LOUIS, Jean Victor, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 1991, p. 113.

Como lo apunta Ricardo Alonso García, la originalidad del Tribunal de Justicia consistió "no en la construcción de una noción de aplicabilidad o eficacia directa distinta de la noción clásica del Derecho Internacional, ni siquiera de someter su admisibilidad a requisitos extraños a la voluntad de las partes, sino en la objetivación de ésta al máximo (Verhoeven), utilizando una técnica interpretativa mucho más próxima al Derecho Constitucional que al Derecho Internacional centrada en la constitución de un nuevo ordenamiento jurídico -marcando las distancias con el clásico ordenamiento internacional-, asentado en la cesión de soberanías de los Estados signatarios en favor de la Comunidad"[24].

La sentencia *Marshall* de 1988 definió este principio como "el derecho que posee toda persona de pedir a su Administración y a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones"[25].

Este principio, de elaboración estrictamente jurisprudencial, constituye una clave en todo el ordenamiento comunitario, pero la norma para disfrutar de esta prerrogativa deberá ser clara y precisa, es decir, ha de contener una obligación efectivamente imperativa, y completa y jurídicamente perfecta, al no necesitar ninguna medida complementaria para su aplicación y si la requiere, no deben gozar las autoridades encargadas de ejecutarla de ningún poder discrecional de apreciación. Esto lo aplicó el TJCE en sentencia del 3 de abril de 1968 (Caso *Molkerei Zentrale*) cuando consideró que el texto de una directiva puede aplicarse en muchos casos directamente, pues, aunque este tipo de normas necesita siempre de la intervención de los Estados a las que van dirigidas, en ocasiones no permiten margen alguno de discrecionalidad al transponerlas en el orden interno, por lo que son judicialmente perfectas.

Y de especial interés, como lo destaca Santiago González-Varas Ibáñez, resulta el criterio de la ausencia de discrecionalidad en la norma comunitaria para que puedan gozar de efecto directo. En el caso concreto de las directivas, el Tribunal de Justicia mantiene que si éstas conceden tal poder al Estado miembro, las directivas no tienen efecto directo y el particular no tiene un derecho subjetivo invocable ante los tribunales. Sin embargo, éste sólo hecho no impide que un ciudadano no acuda al juez a solicitar el control jurisdiccional de los actos del Estado miembro, esto es, que tenga efectos directos, ya que como lo expresó la sentencia del 1 de febrero de 1977 del Tribunal de Justicia europeo, "la posibilidad de que un individuo invoque la disposición de una directiva ante el Tribunal nacional en orden a que éste determinase si las autoridades nacionales competentes, al ejecutar la elección que les corresponde en cuanto a las formas y medios de desarrollar la directiva, se han mantenido dentro de los límites de discrecionalidad establecidos en las directivas"[26]. Así, la existencia de discrecionalidad no necesariamente imposibilita que la Directiva despliegue efectos directos.

Como lo dice Jean-Victor Louis, el efecto directo refuerza la eficacia del Derecho Comunitario porque todo particular puede solicitar al juez correspondiente que se oponga a la aplicación del derecho nacional contrario al Derecho Comunitario directamente aplicable. El juez puede documentarse sobre el alcance de este derecho mediante el mecanismo de las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y puede decirse que este procedimiento ha sido utilizado por numerosas jurisdicciones nacionales confrontadas con un conflicto posible entre el derecho nacional y el Derecho Comunitario[27].

---

24. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales...*, p. 252.
25. *Cit.* por TRAYTER JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 236.
26. *Cit.* por GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *ob. cit.*, p. 318.
27. LOUIS, *ob. cit.*, p. 114.

2. El efecto o eficacia directa de las normas comunitarias y el tipo de disposiciones

Ahora bien, como vimos en un primer momento parecía que dependiendo del tipo de norma comunitaria, así será su efecto directo. No obstante, en la realidad ello no era así. Esto era sólo una apariencia.

Al respecto, las Directivas, normas que en principio van dirigidas a los Estados miembros y normalmente dependen de medidas nacionales de aplicación, sin embargo, disfrutan del privilegio del efecto directo y se integran en el orden jurídico interno con la sola publicación comunitaria, reservándose únicamente las autoridades nacionales las competencias de ejecución pero no de recepción. Con los Reglamentos no hay duda: se aplican de inmediato porque no necesitan de normas de ejecución.

En principio toda norma comunitaria tiene efecto directo. En relación con los tratados, la primera tendencia del Tribunal de Justicia sólo reconoció efecto directo a las disposiciones que imponían a los Estados miembros una obligación de abstención. Posteriormente, extendió tal efecto a las obligaciones de acción. Igualmente, las normas de los tratados tienen efecto directo tanto horizontal como vertical.

En relación con los Reglamentos comunitarios no hay mayores problemas ya que éstos, por definición, están destinados a declarar derechos y obligar directamente. No ocurre así con las Directivas por ser normas dirigidas a los Estados miembros y precisan de una reglamentación complementaria de éstos. El efecto directo es un fenómeno normal en el caso de los Reglamentos y, si no extraordinario, sí condicionado a la inejecución del Estado miembro en el caso de las Directivas.

El Tribunal de Justicia ha concluido que en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, éstas pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en los plazos que establezca la Directiva o en contra de alguna disposición nacional no conforme a la misma, o en tanto que sean susceptibles de definir derechos que los particulares puedan hacer valer al Estado miembro.

Así pues, la Directiva forma parte del ordenamiento jurídico interno del Estado miembro desde el momento mismo de la notificación y, si bien en principio no despliega más efecto jurídico que la obligación del Estado destinatario a que la desarrolle, si éste no lo hace en los plazos previstos, la Directiva puede tener efectos directos si contiene normas precisas, concretas y no discrecionales.

Durante el plazo de ejecución de una Directiva, los ciudadanos de un Estado miembro no pueden hacer valer los mandatos de la misma pues su eficacia queda supeditada a la terminación del plazo fijado. Sin embargo, nada obsta para que el Estado proceda a la ejecución normativa antes de la expiración del plazo fijado, en cuyo caso los efectos no se extienden por ello a los demás Estados miembros.

Una vez que se ha ejecutado la Directiva por el Estado miembro o haya transcurrido el plazo de ejecución sin que aquél haya cumplido su obligación, surgen los efectos jurídicos directos. La Directiva puede ser invocada directamente ante los tribunales si el Estado no la ejecutó. Si lo hizo, la norma interna de desarrollo será la que se aplique directamente. Realmente, la Directiva sólo produce efectos directos cuando el Estado no ha adoptado los actos internos necesarios, pues, en caso de incumplimiento por los Estados y como remedio excepcional, como correctivo contra el Estado miembro, la Directiva sustituirá las disposiciones internas contrarias. El efecto jurídico principal en este momento es el del llamado efecto directo o generador de derechos subjetivos, pero

también tendrá cualesquiera otros efectos jurídicos. La vinculación del ciudadano es respecto a la ley nacional de ejecución de la Directiva, pero no respecto de la Directiva en sí misma, pues es aquélla la que otorga eficacia a ésta. De ahí que sean los medios de protección jurisdiccional previstos dentro del ordenamiento interno los que deban funcionar contra la norma de ejecución.

Sin embargo, cuando el Estado desarrolla de Directiva pero la contraviene la norma estatal, es aplicable por los tribunales nacionales hasta que la misma sea modificada por el Estado miembro, solución que se explica a los efectos de evitar una laguna jurídica. De este modo, el efecto directo de las Directivas asegura la efectividad del Derecho Comunitario en caso de incumplimiento, pero no es un mecanismo de sustitución automática de la normativa interna por la comunitaria.

Es importante destacar que el efecto directo de la Directiva no es un fenómeno normal como en el caso del Reglamento, el cual previsto y definido para tener eficacia directa. Las Directivas pueden llegar a tener efecto directo ante la necesidad de dar una solución a los casos en que los Estados incumplen su obligación de desarrollar normativamente la Directiva, pero no representa un carácter natural o esencial de la Directiva. De lo contrario, difuminaríamos la diferencia entre Reglamento y Directiva.

Para algunos autores como J. E. Soriano, por esta razón no es posible el efecto directo horizontal de las Directivas. Al respecto, una corriente jurisdiccional que arranca desde las sentencias *Grad* y *Van Duyn* del TCE puso en duda que el efecto horizontal no pudiera darse con relación a las Directivas, al no distinguir entre cuándo el litigio se producía entre el Estado y un particular o entre particulares. Pero cuando el Tribunal se ha enfrentado directamente con la cuestión, como fue en el caso de la sentencia *Marshall* del 26 de febrero de 1986, mantuvo que el carácter obligatorio de una Directiva, sobre el que se funda la posibilidad de invocarla ante la jurisdicción nacional, existe únicamente en relación a todo Estado miembro destinatario y de ahí que aquéllas no puedan ser aplicadas en las relaciones entre particulares.

Por eso se es más proclive a pensar en el sólo efecto directo vertical de las Directivas en los casos anotados, que sin embargo se ha configurado en forma amplia, englobando a las distintas administraciones territoriales, porque el Estado inejecutó una Directiva no puede invocar contra un particular su incumplimiento de las obligaciones que le impone la Directiva si aquél ha omitido la ejecución de la misma.

Por último, respecto a las normas que tienen efecto directo, también se ha reconocido éste a las Decisiones, que equivalen a nivel andino a la mayoría de las Resoluciones. Al igual que las Directivas, no precisan ser publicadas sino que se notifican a sus destinatarios. Igualmente, a los acuerdos internacionales.

Las normas del Derecho Comunitario que no gozan de efecto directo también forman parte del ordenamiento jurídico interno; tienen la cualidad de fuentes y tienen el efecto principal de servir de interpretación. Todas las normas comunitarias son aplicables por los tribunales e invocables ante éstos. Lo que ocurre es que algunas, a juicio de éstos, "tendrán además la virtualidad de causar efecto directo, esto es, el efecto de surtir un derecho subjetivo en favor de un particular, que el Tribunal reconocerá"[28].

Así, una Directiva, aunque carezca de efecto directo, puede ser considerada como un elemento de la legalidad objetiva del Estado miembro destinatario a efectos de que el juez pueda controlar la legalidad de las normas adoptadas en su aplicación. Los particu-

28. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *ob. cit.*, p. 322.

lares tienen derecho a hacer controlar por el juez nacional las normas internas adoptadas por el Gobierno para adaptarse a las Directivas.

3. La primacía del Derecho Comunitario

Como lo afirma Francisco Bueno Arús, "la primacía es una consecuencia del efecto directo y de la obligatoriedad general del Derecho comunitario, así como del *principio del buen funcionamiento de las Comunidades*"[29]. El Tribunal de Justicia ha considerado que la integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuente comunitaria y, de modo más genérico, los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior que no le sería de este modo oponible.

Sobre este principio, Santiago Muñoz Machado dice que la primacía "es una virtualidad de la que están revestidas todas las normas comunitarias que gozan de efecto directo cualquiera que sea su condición o rango. En base a ella, las reglas de derecho comunitario se imponen a las normas internas, cualquiera que sea el rango de éstas y sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria"[30].

Frente al derecho nacido de fuente comunitaria, en virtud de su particular naturaleza original, no podrá oponérsele texto interno alguno sin que perdiera su carácter comunitario y sin que se pusiera en tela de juicio el propio fundamento de la Comunidad, como lo manifestó la sentencia Costa/ENEL del 15 de julio de 1964. La condición fundamental de la existencia y funcionamiento de la Comunidad es la aplicación uniforme y regular del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros.

Inmediata y directamente aplicable en el orden jurídico interno de los Estados miembros, dice Guy Isaac que "el derecho comunitario "no puede dejar de chocar con el derecho nacional: su impacto será muy diferente según los inevitables conflictos se zanjen en favor de uno u otro"[31].

A pesar del principio de la primacía del Derecho Comunitario, los modos de solución de los conflictos entre éste y el derecho de los Estados miembros, considerados por los sistemas jurídicos de éstos, dejan todavía que desear y están lejos de ser uniformes.

Los Estados miembros no han tenido dificultad en reconocer la primacía del Derecho Comunitario en relación con las leyes nacionales anteriores, teniendo en cuenta, bien las reglas de solución de conflictos de leyes, bien el carácter superior de las normas comunitarias. Sin embargo, ha habido dificultad en algunos países para afirmar la primacía del Derecho Comunitario respecto de las leyes posteriores, especialmente en Francia y en Italia, donde se ha ido de la aplicación de la ley posterior deroga a la anterior hasta el reconocimiento de la superioridad del Derecho Comunitario, pero considerando, de acuerdo con la Constitución, que si una ley nacional posterior se opone a las reglas comunitarias, habría de ser objeto de una previa declaración de inconstitucionalidad para que el juez ordinario pudiera dejar de aplicarla.

---

29. BUENO ARUS, Francisco, "Características del Ordenamiento Jurídico Comunitario", *Estudios de Derecho Comunitario Europeo,* Consejo General del Poder Judicial, p. 199.
30. MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 68.
31. ISAAC, *ob. cit.*, p. 193.

Para Pescatore, la primacía del Derecho Comunitario radica en el principio de la jerarquía de las normas, pero para la mayoría de los autores, está en el principio de autonomía o de atribución de competencias, puesto que las cedidas a la Comunidad sólo pueden regularse por normas comunitarias, dado que los Estados han perdido competencia sobre las materias transferidas y de aquí la nulidad absoluta por vicio de incompetencia de las leyes nacionales posteriores que pretendieran regularlas, como lo dejó establecido el Tribunal de Justicia en sentencia del 16 de diciembre de 1960.

Tal como sucede en el efecto directo, los jueces nacionales están obligados a aplicar la primacía del Derecho Comunitario y no están sometidos a los poderes legislativos. Corresponde al juez nacional competente en una materia determinada la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y asegurar el pleno efecto de sus normas, dejando de aplicar, en caso de ser necesario, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o esperar la eliminación previa de la norma del ordenamiento jurídico, ya sea por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento judicial, dado que, de lo contrario, se disminuiría la eficacia del Derecho Comunitario, como lo manifestó la sentencia *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978.

De manera que el alcance mínimo de la primacía del Derecho Comunitario sería la no aplicabilidad de las normas internas que se les opusieran, sin acudir a una previa declaración de inconstitucionalidad de las mismas por el Tribunal Constitucional correspondiente. El alcance máximo, si el derecho nacional lo autoriza, sería la declaración de nulidad de dichas normas internas por el juez ordinario.

Las sentencias del Tribunal de Justicia *Internationale Handelsgeslschft* del 17 de diciembre de 1970 y *Nold* del 14 de mayo de 1974 fueron más allá que la sentencia Costa-Enel al afirmar que el Derecho Comunitario prima también sobre el Derecho Constitucional interno, porque la base de la primacía se encuentra en los tratados fundacionales y no en las Constituciones de los Estados miembros: "Toda pretensión de un Estado miembro de hacer prevalecer sus propios criterios constitucionales sobre el derecho comunitario constituye un fermento de dislocación de la Comunidad y es contrario al principio de adhesión sobre una base de reciprocidad"[32].

El reconocimiento de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Constitucional por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros se ha basado en sus propias normas constitucionales cuando éstas permiten expresamente atribuir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a las organizaciones internacionales o supranacionales por medio de un tratado, como sucede en Holanda, Luxemburgo, Grecia, Gran Bretaña y España, o cuando éstas permiten delegar tales competencias por medio de una ley, como en Alemania o Dinamarca. También, las normas constitucionales pueden permitir limitaciones de la soberanía nacional para asegurar la paz y la justicia entre las naciones, como lo expresan las Constituciones francesa e italiana.

En Francia, Gran Bretaña, Escocia y Dinamarca se interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la adhesión de los tratados de la Comunidad, que fueron inadmitidos o rechazados. Con posterioridad, se han presentado recursos similares contra disposiciones comunitarias en Italia y Alemania Federal cuyos Tribunales Constitucionales han declarado la naturaleza autónoma del Derecho Comunitario, su compatibilidad con las Constituciones nacionales y la incompetencia del propio tribunal para controlar la inconstitucionalidad de los reglamentos comunitarios, pero con la reserva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las normas constitucionales.

32. *Cit.* por BUENO ARUS, *ob. cit.*, p. 200.

En la ya mencionada sentencia Costa-Enel del 15 de julio de 1964, el Tribunal planteó solemnemente el principio de la primacía, lo cual en este caso fue doblemente ejemplar porque, al tratarse de un conflicto alegado entre diferentes disposiciones del TCE y la ley italiana de nacionalización de la electricidad del 6 de septiembre de 1962, se veía confrontado con el conflicto más agudo debido a que se plantea entre el Derecho Comunitario y una ley nacional posterior, y además, porque el Tribunal Constitucional italiano, que se había pronunciado unas semanas antes en sentencia del 7 de marzo de 1964 sobre ese mismo conflicto, lo había resuelto dentro del marco de la tesis *internacionalista* y por aplicación de la concepción dualista de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno, en beneficio de la norma más reciente, ésta es, la ley nacional.

El razonamiento del Tribunal se basaba principalmente en tres argumentos complementarios:

a) La aplicabilidad inmediata y directa, que sería letra muerta si un Estado pudiera sustraerse a ella por medio de un acto legislativo oponible a los textos comunitarios.

b) La atribución de competencias a la Comunidad, al limitar de manera correspondiente los derechos soberanos de los Estados.

c) La unidad del orden jurídico comunitario, es decir, la indispensable unidad de aplicación del Derecho Comunitario.

Al término de una motivación superabundante, el Tribunal concluye lo siguiente: "...surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del tratado no podría pues, en razón de su naturaleza específica original, verse judicialmente oponer un texto interno, cualquiera fuera éste, sin perder su carácter comunitario y sin que sea cuestionada la base jurídica de la Comunidad misma"[33].

Esta fórmula, en criterio de Guy Isaac, resume por sí sola los cuatro elementos de la doctrina del Tribunal sobre la primacía, que en su jurisprudencia ulterior no hará sino confirmar:

1. La primacía es una *condición existencial* del Derecho Comunitario, como lo considera Pescatore, que no podría existir en tanto derecho de los Estados miembros. El logro de los objetivos de la Comunidad, la realización de un mercado común, imponen la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, sin el cual no existe integración. La primacía del Derecho Comunitario no proviene, pues, "de no se sabe qué jerarquía entre autoridades nacionales y comunitarias, contraria a la base de la construcción europea, sino que se basa en que esta regla debe prevalecer aun a riesgo de dejar de ser común; y si no es común, deja de existir y no hay más Comunidad"[34].

2. Es en virtud de su propia naturaleza que el Derecho Comunitario afirma su superioridad: ésta no resulta de ninguna concesión del Derecho Constitucional de los Estados miembros. "Basada en la naturaleza intrínseca de los tratados comunitarios y de las Comunidades, la primacía escapa de la suerte que le harían correr, si de ellas dependiera, las reglas divergentes que, en cada Estado y para cada Estado, pretenden regular los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno"[35].

3. El orden jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos nacionales. Esto significa, en principio, que la primacía se beneficia con todas las nor-

33. *Cit.* por ISAAC, *ob. cit.*, p. 195.
34. ISAAC, *ob. cit.*, p. 195.
35. ISAAC, *ob. cit.*, p. 195.

mas comunitarias primarias o derivadas, directamente aplicables o no. Esto significa también que la primacía se ejerce frente a todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales, y aun en nivel constitucional: en un primer momento, el Tribunal debía afirmar que disposiciones constitucionales internas no podían ser utilizadas para hacer fracasar el Derecho Comunitario y que esa acción sería contraria al orden público comunitario; luego, más claramente aún, que los derechos fundamentales tales como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, o los principios de una estructura constitucional nacional no podrían afectar la validez de un acto de la Comunidad y su efecto en el territorio de un Estado miembro. En una palabra, como lo destaca Isaac, "el derecho constitucional de un Estado miembro no podría constituir un obstáculo a la primacía"[36].

4. Finalmente, la primacía del Derecho Comunitario no es válida sólo en el orden comunitario, es decir, en las relaciones entre Estados e instituciones, y sobre todo ante el Tribunal de Justicia, sino también, y en esto consiste el aporte fundamental de la sentencia, en los órdenes jurídicos internos donde se impone a las jurisdicciones nacionales. Las modalidades de la sanción de esta primacía por los jueces nacionales aún no están precisadas en la sentencia Costa-Enel.

4. La primacía del Derecho Comunitario y las Constituciones de los Estados miembros

Como lo expresa Araceli Mangas Martín, las relaciones de la Constitución y la ley nacional con el Derecho Comunitario siguen siendo constante objeto de reflexión y debate en todos los Estados miembros. Es ésta una de las cuestiones de más interés en la aplicación diaria del Derecho Comunitario, especialmente en lo que se refiere a los principios del efecto directo de las normas comunitarias y la primacía del Derecho Comunitario.

Por supuesto, concretamente el principio de la primacía del Derecho Comunitario suscitó en el pasado perplejidad, y sigue produciéndolo, y en muchos casos resistencias entre los diferentes órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros, las cuales, afortunadamente, se han ido reduciendo conforme se ha ido conociendo más profundamente lo que significa el Derecho Comunitario y los objetivos de la integración europea.

En España, se ha ido alejando la concepción que ve al Derecho Comunitario como algo extraño e incluso impuesto exteriormente por autoridades lejanas. No ha sido fácil hacer entender a los funcionarios encargados de aplicar e interpretar la ley para que haya una aplicación más receptiva y efectiva del Derecho Comunitario porque la concepción férrea de la soberanía nacional no acepta matizaciones en sus expresiones jurídicas más importantes: la Constitución y la ley[37].

Como lo destaca Santiago Muñoz Machado, "La actitud de los jueces nacionales ha planteado, y sigue haciéndolo -aunque cada vez con menos fuerza-, discordancias con la

36. ISAAC, *ob. cit.*, p. 196.

37. Sobre este punto, puede consultarse el excelente trabajo MANGAS MARTÍN, Araceli, "La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, Volumen 18, Año 1991, nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo.

jurisprudencia de Luxemburgo. Unas veces los jueces internos no reconocen las obligaciones que se derivan para ellos como consecuencia del principio de primacía. Otras desconocen o rechazan abiertamente las interpretaciones innovadoras del Tribunal de Justicia a las que, sin embargo, se hallan vinculados"[38].

Muchos tribunales de los Estados miembros siguen considerando en ocasiones que los conflictos que puedan suscitarse entre las normas comunitarias y las normas internas deben resolverse dando preferencia a la norma interna. Como ya lo hemos referido en este trabajo, el primer problema que se ha planteado es de si las leyes posteriores y contrarias a las normas comunitarias vinculan más fuertemente al juez nacional que las normas europeas y si debe aplicar aquéllas en perjuicio de éstas, pese al principio general de primacía del ordenamiento comunitario.

Al respecto, en la sentencia *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978, ya mencionada en este trabajo, el Tribunal de Justicia negó absolutamente esta posibilidad afirmando que "el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuese necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior.."[39].

En Italia, el reconocimiento de la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley posterior contraria ha sido más problemático. Aunque la primacía de la norma comunitaria se admitió, implícitamente pero de forma clara por el Tribunal Constitucional italiano desde la sentencia 18-23 de diciembre de 1973, ese tribunal reconducía el conflicto a un problema de constitucionalidad de la ley interna posterior, obligando a los jueces nacionales a plantear una cuestión de inconstitucionalidad y reservándose por tanto el poder de inaplicar la ley posterior contraria.

La reacción del Tribunal de Justicia a esta técnica italiana se expresó con toda contundencia en la ya citada sentencia *Simmenthal*, donde se dice expresamente que el juez nacional está obligado a inaplicar toda norma nacional a una norma comunitaria, incluso si esa norma interna es posterior a ésta "sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional"[40].

A estas actitudes favorables, como dice Santiago Muñoz Machado, hay que sumar ahora la del Tribunal Constitucional español[41] que, en su sentencia del 24 de abril de

38. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1994, p. 69.

39. *Cit.* por MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 69.

40. *Cit.* por MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 70.

41. Afortunadamente, esta sentencia cambió el criterio jurisprudencial que dio lugar al trabajo citado de la profesora Araceli Mangas Martín, el cual iba en contra del principio de la primacía del Derecho Comunitario o por lo menos, el principio no era entendido de acuerdo con la concepción del Tribunal de Justicia que de seguidas expondremos. Concretamente, la profesora Mangas Martín, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca, hace un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991 de 14 de febrero, que decidió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra el artículo 211, apartado 2, d), y 214 de la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, que modificaba la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y que regulaba las elecciones al Parlamento Europeo. En este trabajo, la mencionada profesora hace críticas muy fuertes a esta sentencia que por el interés en el tema que estamos tratando, extraeremos algunas de ellas:

"Algunas afirmaciones del Tribunal Constitucional (en adelante TC) sobre el artículo 96 CE son muy discutibles y, en mi opinión, poco conformes con la Constitución misma. Esas afirmaciones afectan no sólo a la jerarquía del DC (Derecho Comunitario) sino en general, a la jerarquía misma de cualquier tratado internacional.

El TC vuelve a reiterar que el DC no integra "en virtud del artículo 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes del Estado español" (FJ 5). Pero el TC no está acertado cuando al rehusar, justificadamente, el control de constitucionalidad de una ley -la competencia de control- por violación de una norma comunitaria considera que no hay infracción a la Constitución (al art. 93 y al art. 96). Una cosa es que el respeto a la primacía del DC (de cualquier Tratado) no tenga por qué garantizarse en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes y otra bien distinta es que esa ley eventualmente contraria es inválida en el ámbito de una relación jurídica de DC.

Si un órgano de control constitucional rehúsa garantizar la primacía del DC (y se comprende y está justificado como también ha sucedido en otros Estados miembros), entonces reconoce algo que es trascendental: que todo órgano judicial (y administrativo) puede "censurar" al legislativo y paralizar los efectos de una ley salvaguardando el mandato contenido en el artículo 96 de la CE (o el art. 55 de la Constitución francesa, etc.) para evitar que se produzca denegación de justicia".

Yves GALMOT dice, siguiendo una corriente mayoritaria, "que parece harto difícil afirmar que una ley contraria a un Tratado no es sin embargo contraria a la Constitución, siendo así que el artículo 55 (de la Constitución francesa) obliga al legislador francés a respetar los compromisos internacionales válidamente contraídos por Francia". Pero cuando el legislador viola el precepto constitucional que le obliga a respetar a los Tratados válidamente celebrados, el control de constitucionalidad no obedece al sistema general sino que todos los órganos del Estado dispensarán especial protección al Tratado.

La voluntad del constituyente español es que las disposiciones directamente aplicables del Tratado (y derecho derivado) deben ser aplicadas sin que una ley posterior (o norma reglamentaria) en vigor pueda modificarlo o derogarlo. El artículo 96 impide a cualquier autoridad interna modificar o derogar un Tratado (o una norma comunitaria) en vigor. El Tribunal Constitucional trata de minimizar la voluntad del constituyente diciendo que los tratados no reciben del artículo 96 más que "fuerza pasiva": sí, pero, por sentido común, de esa "fuerza pasiva" o fuerza de resistencia a la ley posterior, los Tratados (el DC) reciben así de la Constitución una jerarquía superior a la ley. El Tratado o el DC ciertamente no es el parámetro de constitucionalidad para controlar la ley, sino la Constitución misma de la que no se debe ni se puede excluir el artículo 96.

Es evidente que las Cortes infringen la Constitución (el art. 96) cuando aprueban una ley contraria a un Tratado en vigor del que sea parte España, como también la vulneran cuando aprueban una ley contraria a otras disposiciones constitucionales. Pero la diferencia entre uno y otro caso, como ha observado el consejero de Estado y antiguo Juez del TJCE, I. Galmot, es que por voluntad del constituyente, aunque resulte extraño, refiriéndose al similar sistema francés, los "Tratados quedan mejor protegidos que la propia Constitución frente a su vulneración por el poder legislativo (ya que todos los jueces franceses podrán controlar en todo momento la conformidad de una Ley con el Tratado, mientras que la conformidad de una Ley con la Constitución sólo podrá ser examinada bajo condiciones mucho más restringidas)".

El artículo 96 de la CE es un mandato que se dirige, en primer lugar, a todos los órganos con potestad normativa y reglamentaria exigiéndoles coherencia jurídica con las obligaciones internacionales de España: coherencia entre la actividad interna y externa del Estado. El TC debió meditar sobre el más viejo principio general del Derecho y el más aceptado por toda la Comunidad Internacional. Un principio que en todas las lenguas del mundo se enuncia en latín: *Pacta sunt servanda*. El respeto a la palabra dada se ha codificado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, esa vulneración del artículo 96 no conduce a atribuir la competencia de control de constitucionalidad al TC pues no solucionaría la exigencia de aplicación directa e inmediata, es decir, efectiva del DC. Por eso no hay que esperar hasta su eliminación por el Tribunal Constitucional ni esperar a que el propio órgano infractor enmiende su ilícito. Del fundamento jurídico quinto de la sentencia del TC sólo merece tenerse en cuenta su justificado rechazo a convertir en "litigio constitucional" -de competencia del TC- la eventual infracción de la legislación comunitaria por una ley interna. Pero ha sido una excelente ocasión perdida para deslindar, de un lado, la superior jerarquía de los Tratados y del DC y la calificación de vulneración de la Constitución por una ley contraria a un Tratado que tenga un ámbito de aplicación personal y material coincidente y, de otro, el improcedente control de constitucionalidad de dicha ley.

(...)

El Tribunal Constitucional ha puesto un serio obstáculo a la aplicación efectiva del DC al exigir que en caso de "pretendida antinomia" sean "los órganos judiciales quienes, en los procesos correspondientes, hayan de pronunciarse sobre la repetida contradicción como paso previo a la aplicación o inaplicación" de la ley, sin perjuicio del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE (FJ 6). En otro párrafo del mismo fundamento jurídico, el TC añade "que la primacía de éste (del DC) exige que sean sólo aquéllos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho" (subrayados añadidos).

El proceso judicial y su sentencia no puede ser el *paso previo* a la inaplicación. Este requisito es claramente contrario al principio de eficacia directa e inmediata y, por tanto, contrario a las obligaciones contraídas por España, por todos los órganos del Estado español. No niego que es importante que el TC haya confirmado la doctrina de la

inaplicación de la norma nacional contraria a la norma comunitaria, pero ha añadido un requisito contrario a Derecho que quiere justificar acompañado de un párrafo de la sentencia *Simmenthal* sesgado de su contexto. Pero esta cita está utilizada fuera de la cuestión planteada al TJCE para fundar en su doctrina algo expresamente repudiado por el TJCE.

En efecto, los fundamentos 22 y 23 de la sentencia *Simmenthal* que cita el Tribunal Constitucional como el conjunto de esa sentencia, se refieren a los poderes del juez nacional para asegurar la primacía y la eficacia en el curso de un proceso y frente a cualquier obstáculo jurídico constitucional ("toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional") o a "toda práctica legislativa, administrativa o judicial" que impidan a un juez nacional hacer "todo lo necesario", ya sea inaplicar o suspender la aplicación de una ley, incluso contra lo dispuesto en la Constitución, en las leyes, etc., para asegurar la plena eficacia de la norma comunitaria. En ese litigio el juez italiano preguntaba al TJCE que puesto que el sistema jurídico italiano no le permitía dejar inaplicada una ley hasta que el TC no la hubiera declarado inconstitucional o hasta que el Parlamento no la hubiera derogado, si podría el juez que conoce el litigio verse facultado por el DC para inaplicar la ley eventualmente incompatible o si esa facultad compete a otras autoridades distintas a la del juez. De ahí que el TJCE responda con el fundamento 23 del que el Tribunal español extrae consecuencias inaceptables en Derecho.

Por ello, cuando el TJCE dice que no puede reservar la solución del conflicto a otra autoridad distinta de la del juez competente en la controversia lo afirma en función de la disyuntiva planteada por el Pretor de Susa, a fin de que un juez nacional no plantee una cuestión de inconstitucionalidad ni tenga que esperar a la derogación o modificación por su Parlamento; pero no excluye a los órganos administrativos de la obligación de dejar inaplicada la norma interna ni excluye la obligación de eliminar la contradicción misma. Pero en el marco de un litigio el juez nacional, por su autoridad, por la autoridad que le confiere el DC, independientemente de la legislación nacional, tiene que asegurar por sí mismo el pleno efecto de la norma comunitaria: en el marco de un litigio la inaplicación le está reservada al juez de ese litigio (fundamento 24).

El Tribunal Constitucional condiciona la aplicación efectiva del DC a un proceso judicial (lento, costoso e ¿incierto?); se deduce de se requisito que la primacía sólo afecta a los jueces llegando al absurdo jurídico de que la norma comunitaria no tiene efecto jurídico obligatorio objetivo (para todos). Así, la primacía del DC resulta ser una afirmación huera.

La primacía del DC no es algo que sólo competa al juez ordinario. Todos los Estados miembros, todos los órganos del Estado miembro se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines previstos en los Tratados y "adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las Instituciones de la Comunidad" (art. 5 CEE, 192 EURATOM y 86 CECA).

Por ello, si se quiere evitar esa situación en la que los órganos administrativos se ven obligados a inaplicar leyes u otras disposiciones -y deben evitarse-, entonces el legislativo y el ejecutivo deben asumir sus responsabilidades respectivas de respeto del DC: derogar o modificar las normas infractoras.

La primacía del DC no es algo abstracto; operativamente este principio significa que cuando un particular invoca ante el órgano competente una norma comunitaria pertinente al caso, ese órgano debe aplicar la norma comunitaria; no tiene que plantearse si hay una norma nacional compatible o no; sólo si la norma comunitaria está en vigor y concurren sus condiciones de aplicación en la persona que la invoca o a la que hay que exigir su cumplimiento (no se olvide que las normas comunitarias también imponen obligaciones). Y lo mismo se puede decir cuando la norma comunitaria se aplica en las relaciones entre particulares. Sólo ante la imposibilidad de una aplicación "pacífica" de los derechos y obligaciones, cuando alguna de las partes lleva la controversia ante el juez, sólo entonces es cuando tiene sentido esa reiterada afirmación del TJCE de que "las jurisdicciones nacionales están obligadas a salvaguardar los derechos y obligaciones que emanan de la norma comunitaria".

El TJCE ha concentrado la expresión máxima del efecto directo en la invocabilidad ante el juez nacional. Pero esa reiterada expresión recubre la previa alegación ante el órgano administrativo y la obligación de este de aplicar las normas comunitarias. Es de sentido común. Pero el TJCE ha tenido que clarificarlo en la sentencia Constanzo c. Ayuntamiento de Milán de 1989, sentencia sobre la que debió meditar nuestro Tribunal constitucional. Afirma el TJCE que si los particulares pueden invocar disposiciones de una directiva ante las jurisdicciones nacionales es porque las obligaciones que derivan de esas disposiciones se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. Sigue diciendo que sería contradictorio estimar que los particulares pueden invocar una norma comunitaria ante el juez nacional para hacer reprobar a la administración y estimar que ésta no tiene obligación de aplicar las normas comunitarias descartando las disposiciones nacionales que sean contrarias. Por ello, concluye que al igual que el juez nacional, una administración, todos los órganos de la administración, incluidos los órganos descentralizados, tales como los municipios, tienen la obligación de aplicar la norma comunitaria y descartar la aplicación de las normas nacionales contrarias.

No se entiende esa insistencia del TC español en reservar la solución del conflicto ley nacional-norma comunitaria a la autoridad del juez, cuando en su jurisdicción anterior, en relación con disposiciones self executing de tratados internacionales de los que España es parte, había reconocido la invocabilidad por los particulares de los derechos que confiera una norma internacional y su protección por todos los órganos del Estado español. Este cumpli-

1990, afirmó que "Los reglamentos y directivas comunitarios tienen valor de leyes marco cuya primacía sobre las normas internas y efecto directo en su caso no podrán ser discutidos, desde el momento de la adhesión a los tratados fundacionales. Las normas anteriores que se opongan al derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia -artículos 93 y 96.1 de la Constitución Española- pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la Constitución) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro communitate*[42].

Sobre la primacía del Derecho Comunitario, el país que más ha teorizado ha sido Francia que ha mantenido, durante algún tiempo, una situación contradictoria a este respecto entre las decisiones de la *Cour de Cassation* y las del Consejo de Estado. Este último siempre ha estimado que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa erigirse en censor del poder legislativo, negándose, en consecuencia, a reconocer la primacía de los tratados sobre las leyes posteriores que sean contrarias a los mismos.

Esta solución se afirmó en sentencia del 1 de marzo de 1968 y ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores. Sin embargo, es importante hacer una precisión para entender el alcance de esta jurisprudencia: el Consejo de Estado nunca ha pretendido negar el principio de la primacía del Derecho Comunitario sobre leyes internas, claramente proclamado en el artículo 55 de la Constitución francesa, sino que se ha limitado a afirmar que la jurisdicción contencioso-administrativa carece de atribuciones para declarar que el legislador ha incurrido en una violación de la Constitución y, por tanto, para dejar inaplicada la ley de que se trate.

Si en un principio esta teoría tuvo algún fundamento, la actitud del Consejo de Estado se convirtió en indefendible cuando, por un lado, el Consejo Constitucional declaró, mediante resolución del 15 de enero de 1975, incompetente para examinar la conformidad de una ley con las estipulaciones de un tratado internacional en el marco del control de constitucionalidad y, por el otro, la *Cour de Cassation* abandonó una línea jurisprudencial hasta ese momento idéntica a la de la jurisdicción administrativa, aplicando hasta sus últimas consecuencias el principio de la primacía de las normas comunitarias en detrimento de la ley interna posterior.

Durante once años, el ordenamiento jurídico francés se encontró, no sólo en discordancia parcial con el orden jurídico comunitario, sino en contradicción consigo mismo a causa de la divergente jurisprudencia que oponía al Consejo de Estado con la *Cour de Cassation* y, en consecuencia, a la jurisdicción contencioso-administrativa con la ordinaria.

En un principio, la jurisprudencia del Consejo de Estado produjo efectos sumamente perniciosos para la integración jurídica europea con la aplicación de la teoría de la *ley pantalla* en base a la cual no solamente las leyes posteriores a los tratados se situaban fuera de la competencia del juez contencioso-administrativo, sino que también quedaban fuera de su alcance todas las normas de rango reglamentario adoptadas en aplicación de esas leyes, así como todos los actos administrativos singulares fundados en dichas normas reglamentarias.

---

miento de la norma internacional o comunitaria por los órganos administrativos debería mantenerse aunque una ley posterior contenga disposiciones que perturben el ámbito de aplicación de la norma internacional o comunitaria".

42. *Cit.* por MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 70.

Sin embargo, desde 1975, el propio Consejo de Estado limitó los efectos de esta teoría diferenciando entre leyes contrarias a un tratado que se limitan a atribuir una competencia reglamentaria que los órganos investidos de ésta ejercitan libremente, de aquellas otras que establecen normas sustantivas que vinculan a los órganos investidos de la potestad reglamentaria. Sólo en este último supuesto, la *pantalla* de la ley sigue produciendo su efecto protector, como lo expresó la sentencia del 29 de noviembre de 1986 *Smanor*).

Para el primer supuesto, el Consejo de Estado ha ido elaborando toda una gama de procedimientos destinados a hacer posible la inaplicación de un texto reglamentario que sea contrario a las estipulaciones de un tratado internacional o del derecho derivado del mismo, sobre todo en sentencia Alitalia del 3 de febrero de 1989.

Ahora bien, hasta hace muy poco, el Consejo de Estado se negaba a dar una protección semejante cuando se trataba de una disposición con rango de ley, en la medida en que no excluía la aplicación de una ley posterior a un tratado y contraria a éste. Esta actitud, marcadamente favorable a la ley nacional posterior, mantenida por la jurisdicción contencioso-administrativa francesa, ha sido finalmente rota a partir del *arrêt Nicolo* de 20 de octubre de 1989. No hay ninguna duda de la Decisión Nº 88-1082/1117 de 21 de octubre de 1988 del Consejo Constitucional, influyó en este cambio de jurisprudencia. Desde 1975, este Consejo había confirmado y precisado su jurisprudencia según la cual, declarándose incompetente para controlar la conformidad de las leyes con los tratados, afirmaba, además, que correspondía a los diversos órganos del Estado velar por la aplicación de los convenios internacionales en el ámbito de sus respectivas competencias. Y precisamente, esto fue lo que hizo en su Decisión de 1988: en un asunto contencioso en materia de elecciones legislativas -materia en la que actúa no ya como jurisdicción constitucional, sino como juez de lo contencioso-electoral- entró a examinar si la ley francesa era contraria a un precepto del Protocolo 1 del Convenio Europeo sobre derechos humanos.

Tras la sentencia *Nicolo* del Consejo de Estado francés, puede afirmarse que todas las jurisdicciones internas de los países comunitarios parecen aceptar, con carácter general, la primacía del Derecho Comunitario, sea cual sea su rango, sobre la ley interna posterior, ya que, aunque en esta sentencia el Consejo de Estado comprueba únicamente la compatibilidad de una ley posterior con las disposiciones comunitarias, nadie parece dudar que la primacía de los tratados y acuerdos mencionados en el artículo 55 de la Constitución francesa se hace igualmente extensiva al derecho derivado. Y esto último es precisamente lo que el Consejo de Estado ha reconocido expresamente en una sentencia más reciente, la sentencia *Boisdet*, de 24 de septiembre de 1990.

Sin embargo, la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley nacional posterior continúa creando ciertas reticencias esta vez en el seno del Parlamento francés. La propuesta de ley constitucional sobre la revisión del artículo 55 de la Constitución en el sentido de limitar la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes, que presentaron los señores diputados Pierre Mazeaud y Jean-Louis Debré el 9 de octubre de 1990, deja traslucir la incomprensión o el desconocimiento de algunos parlamentarios de lo que significa la integración europea.

Lamentablemente, en la actualidad, las jurisdicciones nacionales no aceptan plenamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como justificación de la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley posterior contraria. La mayoría de los tribunales nacionales prefieren basar la primacía del Derecho Comunitario en sus propias normas constitucionales, antes que en la naturaleza propia de aquel derecho.

El juez nacional ha aceptado, en la generalidad de los casos, inaplicar la ley posterior contraria al ordenamiento comunitario, pero basándose para ello más en parámetros de inconstitucionalidad de la norma interna que de *anticomunitariedad*, si bien admitiendo, como lo hizo Italia en sentencia *Granital* o en la sentencia del Tribunal Constitucional español arriba citada, que no es necesario en estos casos promover una cuestión de inconstitucionalidad.

Algunos órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros han reservado un supuesto en el que la ley posterior prima sobre el Derecho Comunitario. La tesis de que las leyes posteriores no han de aplicarse en perjuicio del Derecho Comunitario se excepciona para aquellas leyes posteriores que, de forma voluntaria y consciente, contienen regulaciones abiertamente incompatibles con las comunitarias. Así lo entienden el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia *Granital* de 8 de junio de 1984 y los tribunales ingleses.

Sin embargo, estamos en este caso en el supuesto de leyes de secesión o de, lo que es lo mismo, el ejercicio del derecho de la separación de la Comunidad Europea que todos los Estados miembros mantienen tras la adhesión. En este sentido hay que considerar más una declaración de voluntad que una verdad jurídica la afirmación del Tribunal de Justicia en la sentencia *Simmenthal* sobre el carácter incondicional e irrevocable de los compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud del Tratado.

Ahora bien, el principio de la primacía del Derecho Comunitario, que como hemos visto ha sido prácticamente asimilado por los ordenamientos jurídicos internos cuando se refiere a la ley posterior, continúa planteando infinidad de problemas cuando se trata de la primacía de las normas comunitarias frente a la propia Constitución y en particular, los derechos fundamentales en ella contenidos.

La posición del Tribunal de Justicia en este punto ha sido inamovible. En la ya mencionada sentencia *Internationale Hadelsgesellshaft* del 17 de diciembre de 1970 y en la de *Leonesio* del 17 de mayo de 1972, también referida anteriormente, el Tribunal de Justicia afirmó que la invocación de atentados contra los derechos fundamentales, tal y como son formulados en la Constitución del Estado miembro, no podría afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto directo sobre el territorio de ese Estado. Y ello porque niega que la justificación de las reglas de la primacía y del efecto directo se encuentre en los sistemas constitucionales de los Estados miembros.

Fundamenta de hecho toda su tarea jurisprudencial sobre el carácter autónomo del ordenamiento comunitario que aparece como un ordenamiento propio, surgido de una fuente autónoma, que se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros. Para el Tribunal de Luxemburgo, la justificación de la primacía y del efecto directo de las normas comunitarias no está, en suma, en las Constituciones de los Estados miembros, sino en el propio ordenamiento comunitario, aunque nadie niegue que si el ordenamiento comunitario tiene esta característica es precisamente porque las Constituciones de los Estados que lo fundaron lo permiten.

En un primer momento, el Tribunal de Justicia rechazaba los recursos interpuestos contra actos comunitarios, basados en lesiones de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, limitándose a declarar que no tenía que asegurar el respeto de las reglas de derecho interno, incluso las Constitucionales, en vigor en uno u otro Estado miembro, como lo afirmó en sentencias del 4 de febrero de 1959 y 17 de mayo de 1960.

Posteriormente, la sentencia *Stauder* del 12 de noviembre de 1969 significó un cambio de rumbo, al reconocer expresamente que los derechos fundamentales de la persona humana están comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, de los que el Tribunal asegura el respeto. Luego, las sentencias antes citadas *Internationale Handelsgesselschaf* y *Nold* precisaron que los derechos fundamentales se deducen de las tradiciones constitucionales comunes de los derechos de los Estados miembros, por lo que no se pueden admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de esos Estados e igualmente que se deben tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros se hayan adherido.

En el caso *Transocean Marine Paint Association*, el Tribunal consideró infringido por la Comisión el principio general común a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, consistente en que toda persona que puede verse afectada por una decisión del Poder Público, debe contar con la posibilidad de ser oída previamente y en sentencias posteriores, como la *Defrenne III* del 30 de junio de 1978 y la *Hauer* del 13 de diciembre de 1979, el Tribunal ha incrementado la lista de derechos fundamentales comunitarios como el derecho de propiedad, libertad de comercio e industria, libre ejercicio de actividades profesionales, principio de proporcionalidad, libertad de manifestar la religión, principio general de igualdad, irretroactividad de las normas desfavorables, audiencia previa, seguridad jurídica, secreto profesionales en las relaciones cliente-abogado, buena fe, entre otros.

De esta manera, el Tribunal ha establecido que las bases comunes de los derechos internos de los Estados miembros se pueden definir los derechos fundamentales comunitarios, pero que no puede juzgar la validez de un acto de las instituciones comunitarias en virtud de las Constituciones nacionales. Ahora bien, en todo caso, el Tribunal debe limitarse al supuesto concreto y no puede establecer el contenido y los límites de la protección de los derechos fundamentales de una manera general.

Por tal razón, el Tribunal Constitucional alemán, en sentencias del 29 de mayo de 1974 y 22 de octubre de 1986, y el italiano, en sentencia del 27 de diciembre de 1973, han afirmado que la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos contra intervenciones comunitarias, incumbe a sus jurisdicciones nacionales en la medida en que las disposiciones comunitarias sean aberrantes y la Comunidad no disponga de un sistema adecuado de protección de tales derechos. En el caso de un conflicto entre los reglamentos comunitarios y los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional italiano ha considerado que tendría que pronunciarse sobre la compatibilidad de los Tratados con la Constitución y el Tribunal Constitucional alemán expresó que se habrían de declarar inaplicables en Alemania los reglamentos comunitarios en cuestión y nulos por inconstitucionalidad los actos estatales de aplicación de aquéllos.

Como se ve, a pesar de la evolución constitucional operada en los últimos años en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal Constitucional alemán insiste en reservarse su competencia para decidir si el Derecho Comunitario se ajusta al derecho nacional en los casos de protección de los derechos fundamentales, cuando la protección del Tribunal de Justicia sea insuficiente, con lo que en definitiva mantiene la competencia para enjuiciar la constitucionalidad del Derecho Comunitario en todos los casos.

Observa Pablo Mayor Meléndez, comentando la aludida posición del Tribunal Constitucional italiano, que “si bien en principio el juez ordinario es el que tiene la competencia para resolver la eventual contradicción entre la normativa estatal y la comunitaria,

sin embargo, esa competencia cede en favor de la propia Corte Constitucional, tanto en el caso de que el Derecho comunitario choque frontalmente con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o con los derechos inalienables de la persona humana (ya que se entiende que la limitación de la soberanía derivada de la integración en la Comunidad no puede implicar en ningún caso el otorgamiento a los órganos comunitarios de un poder de violar tales derechos) como en el caso de que la ley italiana sea voluntaria y conscientemente anticomunitaria, ya que en tales casos el legislador lo que pretendería es poner de manifiesto un exceso de los órganos comunitarios, sobrepasando los límites de la competencia transferida"[43].

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español proclama, en sentencia del 22 de marzo de 1991, que el principio de la primacía del Derecho Comunitario no conlleva la modificación de los cauces procesales habilitados por el ordenamiento jurídico español para tutelar los derechos fundamentales y las libertades públicas por actos internos. El Tribunal Constitucional renuncia a asumir algún tipo de potestad jurisdiccional en relación con las trasgresiones de que puedan ser objeto tales derechos como consecuencia de actos de las instituciones comunitarias, ya que la tutela frente a tales actos tiene cauces procesales propios contenidos en los Tratados constitutivos. En cambio, en criterio de este Tribunal, sí cabe control jurisdiccional del Tribunal Constitucional español y de la vía ordinaria ante actos del Poder Público interno que supongan aplicación del Derecho Comunitario y vulneren los derechos fundamentales. Como se ve, la posición del Tribunal Constitucional español es más respetuosa de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía del Derecho Comunitario que la que sostienen otros Tribunales Constitucionales europeos como el alemán y el italiano.

Sin embargo, en criterio de Pablo Mayor Menéndez, la sentencia del Tribunal Constitucional español parece coincidir con la del italiano en algunos aspectos, pues parece deducir que si la ley interna viene a derogar, modificar o suspender un tratado internacional, sin acudir a las formas previstas en el propio tratado o por las normas generales del Derecho Internacional, se habría vulnerado el artículo 96 CE, por lo que sí sería competente para valorar la constitucionalidad, y por lo tanto, la comunitariedad, de tal ley.

En todo caso, la autonomía del Derecho Comunitario ha sido confirmada precisamente con la idea de sustraer sus normas del control de conformidad con las Constituciones de los Estados miembros, de tal forma que ni siquiera la alegación de una vulneración, ya sea de los derechos fundamentales según están formulados por la Constitución de un Estado, ya sea de los principios de la estructura constitucional nacional, puede afectar la validez de un acto de la Comunidad ni a su eficacia en el territorio de dicho Estado, como lo expresó la sentencia *Dow Chemical Iberica* del 17 de octubre de 1979.

Desde el nacimiento de toda aquella construcción jurisprudencial, en tres sentencias capitales para el sistema comunitario, como fueron *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, donde arranca la jurisprudencia del efecto directo, *Costa/ENEL* de 15 de julio de 1964, donde nace la doctrina de la primacía, y *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, que realiza la conexión entre ambos principios y establece las obligaciones inexcusables que de ellos se derivan para el juez nacional, el Tribunal de Justicia ha repetido, en efecto, hasta la saciedad que la validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en función del Derecho Comunitario.

---

43. MAYOR MENÉNDEZ, Pablo, "Una reflexión sobre la función del juez nacional ante la contradicción derecho interno-derecho comunitario (Comentario a la sentencia TC 180/93, de 31 de mayo)", *Revista de Administración Pública*, nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, p. 285.

IV. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Como se ha visto, no ha sido fácil en Europa establecer unos principios como los de efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario. Pero especiales han sido los problemas de aceptación de este último principio cuando se trata de enfrentarlo a las Constituciones de los países miembros de una organización supranacional.

Ciertamente no es fácil decir y mucho menos aceptar que el Derecho Comunitario tiene primacía en todos los casos frente a las Constituciones de los Estados miembros. Quizás frente a las leyes y demás actos normativos de menor rango no hay mucho problema en aceptar un principio como ese, sobre todo si la respectiva Constitución establece la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales, de manera que éstas puedan ejercer el Poder Público como si de un órgano interno se tratara, tal como lo establece la Constitución venezolana.

Pero cuando es la propia Constitución la que entra en conflicto con el Derecho Comunitario es más complejo el problema, aún cuando haya establecido ella misma la posibilidad de creación o incorporación a una organización internacional de naturaleza jurídica supranacional. Por supuesto que cuando la Constitución de que se trata ni siquiera ha permitido esta figura como sucede en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas el problema es más grave y difícil de solucionar.

Para resolver este problema de la primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones de los países miembros de una organización internacional de naturaleza supranacional es determinante el criterio que adoptemos sobre lo que es su atributo principal -la supranacionalidad- y su incidencia en las soberanías estatales. Ello porque si la supranacionalidad implica que ha habido una cesión de soberanía a la organización internacional por parte de los Estados que la conforman y en consecuencia, con ello la creación de un ente supra-estatal, es decir, que se ubica por encima de los Estados, obviamente la aplicación del Derecho Comunitario debe implicar que las Constituciones deben someterse al Derecho Comunitario y serán desaplicadas en los casos concretos de conflicto con aquél. Esto en tanto y en cuanto esas mismas Constituciones hayan previsto una figura como esa -la supranacionalidad- porque obviamente si ni siquiera ha establecido la posibilidad de que algún órgano del Poder Público nacional pueda atribuir el ejercicio de competencias nacionales a una organización internacional, tal primacía resultará sencillamente imposible, tanto por motivos jurídicos como políticos.

Ahora bien, si la supranacionalidad no puede considerarse que implica una transferencia o cesión de soberanía sino simplemente una nueva forma de distribución del Poder Público en la que los Estados participantes distribuyen ese poder propio hacia fuera, y no solamente hacia adentro como normalmente puede hacerse en ellos, especialmente en los Estados federales, sin que signifique que tal mecanismo que los países han perdido soberanía -siguen siendo tan soberanos como cuando estaban fuera de la organización supranacional-, obviamente la conclusión sobre la primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones tendrá que ser distinta y no podrá aplicarse a rajatabla en todos los supuestos de conflicto.

Así las cosas, siendo que la supranacionalidad no necesariamente debe considerarse como una manera de ceder soberanía sino simplemente de distribuir el Poder Público, como es nuestro criterio, por supuesto que si en el ejercicio de ese poder la organización internacional dicta actos o normas que pudieran entrar en conflicto con alguna de las Constituciones de los Estados miembros, ello no podrá resolverse pura y simplemente

con la idea de primacía del Derecho Comunitario en todos los casos sino que habrá que ver el caso concreto para determinar si la norma comunitaria involucrada está incidiendo o no en aspectos fundamentales de la Constitución del Estado respectivo. Si la respuesta es afirmativa, como sería el caso de violación de derechos humanos, por ejemplo, al igual a como pasó en Europa en nuestra opinión el conflicto no podrá resolverse únicamente con la aplicación del referido principio rector del Derecho Comunitario sino que habrá que buscar una solución tolerable desde el punto de vista constitucional y no solamente comunitario. En otros casos, en los que tal primacía no conlleve a la violación de principios primordiales en el Estado de que se trate, sí creemos que la primacía del Derecho Comunitario podrá aplicarse[44].

Ahora bien, concretándonos a la norma constitucional venezolana que tiene prevista esta posibilidad de distribución del Poder Público como es la supranacionalidad, debemos decir que, adicionalmente a los problemas interpretativos que existen a nivel general con respecto las implicaciones constitucionales del Derecho Comunitario, especialmente en lo que tiene que ver con el aludido principio de primacía de este último derecho, existen otras limitaciones para aplicar el Derecho Comunitario con prevalencia sobre la Constitución venezolana, al menos en todos los casos.

En efecto, según el artículo 153 de nuestra nueva Carta Magna, las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración supranacional "serán consideradas parte integrante del ordenamiento *legal* vigente y de aplicación directa y *preferente a la legislación interna*" (cursivas nuestras). Como puede verse claramente, el constituyente venezolano consideró que el Derecho Comunitario tiene rango legal, por un lado, y por el otro, estableció la posibilidad de primacía de este derecho solamente sobre "la legislación interna", sin decir nada sobre la Constitución.

Queda entonces la duda, según la literalidad del aludido artículo constitucional, si la primacía del Derecho Comunitario en Venezuela puede considerarse que abarque la inaplicación de la Constitución en los casos concretos de colisión entre ellos y si tal frase *legislación interna* deberá entenderse que incluye la Constitución. Si nos atenemos a lo que se ha dicho en la cuna del Derecho Comunitario (las Comunidades Europeas), la primacía de éste debería ser en todos o al menos en la mayoría de los casos, inclusive frente a las Constituciones de los países miembros. Pero también hay que tomar en cuenta que este aspecto en el viejo continente tampoco ha sido enteramente aceptado por lo delicado que es hacer una afirmación tan radical como esa. Mucho menos en nuestro continente podrá sostenerse una posición como la europea cuando en nuestros países en la mayoría de los casos ni siquiera se ha aceptado el Derecho Comunitario como posibilidad cierta de normas provenientes de un ente externo de los Estados, que puedan ser aplicadas directamente y de manera preferente sobre el derecho interno.

Realmente, siendo objetivos y conociendo bien nuestra realidad y cultura jurídica, sería muy osado decir que en todos los casos de conflicto entre la Constitución y el Derecho Comunitario siempre debe prevalecer este último. Hay que tomar en cuenta también que según la propia norma constitucional involucrada (art. 153) no parece haberse adoptado la idea en que los procesos de integración supranacional realmente ocurra una cesión de soberanía sino una *atribución del ejercicio de competencias*, lo que impide

44. Sobre el problema de la primacía del derecho Comunitario en Europa puede verse SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis y SILVA ARANGUREN, Antonio, "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Revista de la Fundación Procuraduría* nº 17, Fundación Procuraduría, Caracas 1997, pp. 197-234.

que la posición en este tema no pueda ser radical al permanecer las competencias en la esfera de titularidad del Estado venezolano y no se produce propiamente una cesión de soberanía. Es decir, no puede considerarse que la organización internacional supranacional sea soberana en sí misma y que disfrute de competencias propias sino que lo que ella recibe es la posibilidad de su ejercicio, lo que, a lo sumo, podrá producir normas de rango legal, pero que en todo caso deberán adaptarse a la Constitución de cada país miembro.

Claro está, cuando de Derecho Comunitario se trata, hay un principio de presunción de aceptación de su aplicación directa por parte de los operadores jurídicos nacionales, lo cual es consustancial al Derecho Comunitario, cuando este derecho es permitido por la Carta Magna, salvo que se trate de violaciones obvias, manifiestas y groseras que sean evidentemente incompatibles con la Constitución, caso en el cual se tendrá que buscar un mecanismo colateral para resolver el conflicto y no solamente la desaplicación de la Constitución en el caso concreto. Pero esto último, en todo caso, deberá ocurrir solamente en casos muy puntuales y si se quiere excepcionales, como pasó en Europa con los derechos fundamentales, porque si se producen con mucha regularidad, el país miembro deberá estudiar su salida del proceso de integración.

De todos modos, creemos que, si bien no están dadas las condiciones ni jurídicas ni culturales para sostener en todos los casos la primacía del Derecho Comunitario sobre la Constitución, creemos al mismo tiempo que deberá hacerse un esfuerzo para que las interpretaciones que se hagan en los casos de conflicto entre el Derecho Comunitario y las Constituciones de los países miembros no se hagan superficialmente de manera tal que el facilismo jurídico nos lleve a sostener en todos los casos una posición que obstaculice la aplicación del Derecho Comunitario, sobre todo tomando en cuenta que la propia Constitución, en el caso venezolano, ha aceptado la posibilidad de aplicación directa y preferente del Derecho Comunitario, por lo que los argumentos para impedir su aplicación deberán ser plenamente justificados, tratándose como se trata del ejercicio también por parte de los órganos comunitarios de Poder Público.

Ahora bien, en lo que respecta al principio de aplicación o de efecto directo, el cual significa que las normas comunitarias producirán efectos jurídicos en los Estados miembros y en los propios ciudadanos inmediatamente a su publicación en el órgano de divulgación comunitario, sin necesidad de que los Estados miembros dicten algún acto de incorporación, recepción o transformación previo, no parece haber dudas de su existencia en Venezuela en el caso de que nuestro país se incorpore a un proceso de integración supranacional como es, por ejemplo, la Comunidad Andina[45], además de que los propios tratados andinos establecen este principio expresamente.

En efecto, de acuerdo con el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, así como las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina "serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior". Esta norma, si bien está vigente desde 1983, había tenido fuertes problemas de aceptación en Venezuela, hasta el punto de haber sido ignorada por el extinto Congreso de la República cuando exigió en varias leyes aprobatorias la

45. Sobre las características y naturaleza jurídica de la Comunidad Andina, *V.*,, SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, "La Comunidad Andina, la responsabilidad del Estado y la Constitución venezolana", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje nº 3, Caracas 2001, pp. 489-648.

necesidad de aprobación por el mismo mecanismo de las normas andinas que realizaran una modificación de la legislación venezolana[46].

Afortunadamente, tal problema de aceptación del principio de aplicación directa de las normas andinas ha sido superado, inclusive desde antes de la vigencia de la Constitución de 1999, la cual, como vimos, ya no tiene dudas de aceptar tal principio rector del Derecho Comunitario tan importante. En efecto, si bien la Constitución de 1961 no era muy clara en aceptar el Derecho Comunitario de aplicación directa, desde principios de los años noventa se comenzaron a aplicar sin mediar ley aprobatoria ni publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela las normas provenientes de la Comunidad Andina, a diferencia de lo que sucedió en nuestro país desde que Venezuela se incorporó a este proceso de integración por la consideración de una corriente jurídica que no aceptaba tal principio comunitario.

Hoy, además de que la Constitución de 1999 es clara en aceptar el Derecho Comunitario como fuente de nuestro ordenamiento legal, existe ahora una cultura jurídica más abierta en aceptar otros mecanismos de ejercicio del Poder Público distintos a los tradicionales, lo cual ayuda en la aplicación de las normas de los tratados andinos que desde los años ochenta se encontraban vigentes y que no habían podido tener una efectiva aplicación por consideraciones nacionalistas clásicas.

46. Al respecto, puede verse el trabajo SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, "Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el derecho interno en el Acuerdo de Cartagena: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Universidad Central de Venezuela, nº 100, Caracas 1996, pp. 295-420.

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA

Marianela Zubillaga
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ACTUAL

La característica fundamental de la actual economía mundial es el denominado fenómeno de la *globalización* que ha implicado el advenimiento de un mundo sin fronteras, la apertura de mercados mediante las reducciones arancelarias; el flujo de inversiones y capitales entre los distintos países, todo lo cual ha tenido repercusiones no sólo en el ámbito económico sino también en el campo político, estratégico, social y cultural.

Lo que queda claro de este proceso es que los Estados han tomado conciencia de la interdependencia económica que existe entre ellos; ya no se conciben economías aisladas o autosuficientes; las crisis económicas que afectan a un país, repercuten en las economías de otros, todo lo cual ha hecho surgir y fortalecer en los cinco continentes, bloques económicos conformados por varios Estados, que buscan, mediante la ampliación de sus mercados y economías, mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Así por ejemplo, en el continente americano existen variadas experiencias, pudiendo citar al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que busca integrar las economías del Hemisferio Occidental en un acuerdo único de libre comercio[1]; la Asociación de Estados del Caribe (AEC)[2]; El SICA (Sistema de la Integración Centroamericana)[3], el Mercado Común del Sur, MERCOSUR[4] y el CARICOM[5].

Ahora bien, no cabe ninguna duda que el mejor y más avanzado proceso de integración ha sido el desarrollado de manera exitosa por los países europeos desde hace más de cincuenta años. Es la experiencia del viejo continente el modelo a seguir por el resto de los bloques que se han ido conformando en la actualidad, razón por la cual se hace obligatorio hacer una referencia al nacimiento y evolución de la Comunidad Europea. Por lo que respecta a nuestro continente el proceso de más vieja data y más avanzado en la actualidad es la Comunidad Andina, constituida en 1969 con la firma del *Acuerdo de*

1. Fue creada en la Cumbre de las Américas de 1994 y suscrita por 34 países de América, todos a excepción de Cuba.
2. El Convenio Constitutivo de la AEC se firmó el 24 de julio de 1994, en Cartagena de Indias, Colombia, con el propósito de promover la consulta, la cooperación y la acción concertada entre todos los países del Caribe. Está integrada por 25 Estados Miembros y tres Miembros Asociados.
3. Es un organismo internacional creado por el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Lo integran los estados Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y el gobierno de Belice, quien se adhirió en diciembre de 2000.
4. Constituido por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, mediante el Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991.
5. Comunidad del Caribe, integrado por quince islas del Caribe.

Cartagena por cinco países y al cual Venezuela se adhirió en 1973, en virtud de lo cual, haremos referencia a su evolución en el capítulo III de este trabajo.

II. LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO

Ante la crisis de la postguerra una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los países europeos que participaron en ella iniciaron gestiones para lograr una integración. Los primeros pasos estuvieron encaminados a implementar una integración política, razón por la cual se creó el *Consejo de Europa* el 5 de septiembre de 1949, el cual se concibió como una organización de carácter internacional para la cooperación política. No obstante, tal idea fracasó ya que chocaba con los conceptos de soberanía nacional, muy arraigados en los estados europeos en aquellos momentos.

Ante tal situación, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, *Robert Schuman* emitió una declaración el 9 de mayo de 1950, en la cual sostuvo que:

> Europa no se hará de golpe ni en una construcción en conjunto; se hará mediante realizaciones concretas creando primero una solidaridad de hecho. La reunión de las naciones europeas exige que la oposición secular de Francia y Alemania sea eliminada. La acción emprendida debe tocar en primer término a Francia y Alemania.
>
> Con esta finalidad el gobierno francés propone llevar inmediatamente la acción sobre un punto limitado pero decisivo.
>
> El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción francoalemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa.
>
> La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea...[6]

Como se observa, la nueva propuesta francesa, de manera acertada, reconoció que no era a través del factor político que se lograría la integración de los estados europeos, sino mediante la cooperación económica e incluso limitada a un determinado sector: El del acero y el carbón, que eran, para esa época, recursos indispensables para la guerra. Por tales motivos, el profesor *Carlos Francisco Molina del Pozo*, al analizar las palabras de *Robert Schuman* afirma que:

> En esta frase queda claramente definido todo un programa de acción: la construcción europea se realizaría, no mediante un gran salto hacia delante, como pretendían los federalistas 'constitucionalistas', sino progresivamente, creando solidaridades con el 'Establecimiento de bases comunes de desarrollo' en los diversos sectores económicos entre los distintos países de Europa: lazos económicos estrechos facilitarían posteriormente la lucha sostenida para la consecución de una cooperación en primer lugar y de la integración finalmente en otros campos más sensibles a los sentimientos nacionales como la diplomacia y la defensa. Jean Monnet resultó ser el padre de esta nueva estrategia llamada comúnmente como neofuncionalismo. Europa había de hacerse por 'donaciones sucesivas de soberanía nacional' que afectasen a ámbitos concretos[7].

6. Texto tomado de TRUYOL SERRA, A., *La integración europea. Idea y realidad*, Editorial Tecnos, Madrid 1972, p. 104.
7. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Tercera Edición, Editorial Trivium, S.A., Madrid 1997, p. 40.

De esta forma, seis países europeos (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Holanda y Luxemburgo) iniciaron negociaciones acogiendo la tesis planteada, las cuales culminaron con la firma del *Tratado de París* el 8 de abril de 1951, mediante el cual se constituyó la *Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA)* [8] cuya finalidad era controlar la producción y comercialización de los citados bienes, a través del establecimiento de un mercado y una política única, mediante la creación de instituciones comunes a todos los Estados miembros, como fueron: La *Alta Autoridad,* conformada por personas que actuarían en forma independiente de los Estados firmantes y velando por los intereses de la institución creada, para lo cual se le atribuyeron facultades reglamentarias obligatorias en ciertos casos y de ejecución directa por las empresas del sector; *El Consejo Especial de Ministros* integrado por representantes de los países miembros a los fines de lograr una vinculación entre las decisiones de la Alta Autoridad y los gobiernos nacionales; *La Asamblea,* constituida por parlamentarios de los congresos nacionales y el *Tribunal de Justicia* creado para garantizar la correcta y uniforme aplicación de las normas del Tratado.

En definitiva, debe destacarse que la creación de la *CECA* constituyó el pilar fundamental para el nacimiento y evolución del derecho comunitario europeo, el cual se construyó sobre las bases de la supranacionalidad, lo cual la distinguió desde su origen de otras organizaciones internacionales que se fundamentan en la cooperación internacional. De manera muy clara lo afirma el Profesor *Molina del Pozo* al señalar que:

> Todo ello encarna el principio clave que caracteriza imprescindiblemente el fenómeno que estudiamos: La supranacionalidad como factor de la integración que se manifiesta en la Comunidad.
>
> (…)
>
> La constitución de tales instituciones traducía una voluntad de superar el estadio de la organización internacional, caracterizada por la regla de la unanimidad en el proceso de toma de decisiones y por la cooperación intergubernamental.
>
> Dicha fórmula produce grandes dificultades a la hora de establecer resoluciones comunes ya que el desacuerdo de un solo gobierno basta para bloquear la acción de los restantes implicados. Del mismo modo, la organización clásica no posee ningún órgano no encargado de representar y de generar el interés común, sino tan sólo un secretario técnico de elaboración de informes o de ejecución de las decisiones adoptadas sin su intervención.
>
> La superación de tal situación supone el gran éxito de la CECA, primera construcción del neofuncionalismo, comienzo inequívoco de una Europa comunitaria[9].

Por lo tanto, desde su constitución, los juristas de la época estuvieron conscientes que el derecho producto de las nuevas organizaciones creadas constituiría una rama nueva, independiente de los derechos internos de cada Estado miembro y por sus particularidades, distinto del Derecho Internacional. Así lo planteó el profesor *Leontín Constantinesco* en un excelente trabajo sobre *Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros de la CEE*[10], en el cual, luego de un estudio comparado sobre los procedimientos de recepción de los tratados comunitarios en los derechos internos de los Estados miembros, concluye afirmando que:

---

8. Entró en vigor en los seis estados miembros el 25 de julio de 1952.
9. *Ob cit.*, pp. 42 y 43.
10. *Derecho de la Integración*, nº 2, Abril 1968, Instituto para la Integración de America Latina, (INTAL) pp. 50-81

> … el problema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros presenta aspectos, a la vez nuevos e imprecisos.
>
> Aspectos nuevos, en la medida en que el derecho comunitario es la expresión de entidades nuevas (…) que trascienden en mucho el alcance de las organizaciones clásicas. Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros deben resolverse, pues, dentro de una perspectiva nueva, que no es ni la de las organizaciones internacionales clásicas, ni la de las estructuras netamente federales.
>
> (…)
>
> … los Estados miembros no captaron a tiempo el nuevo aspecto del mencionado problema y, por consiguiente, no elaboraron soluciones apropiadas. Prisioneros de la concepción dualista y al no haber captado el alcance profundo y estructuralmente nuevo del proceso de integración, los Estados miembros creyeron poder resolver el problema por medio de las soluciones clásicas del derecho internacional. Pero precisamente la solución clásica, en la que cada miembro otorga soberanamente al derecho de los tratados en derecho interno el rango que desea … Esa solución (…) no puede resolver válidamente el problema de esas relaciones. De ahí la necesidad de reconsiderar el problema desde una nueva perspectiva[11].

Posteriormente, los Estados miembros decidieron ampliar la comunidad a todas las actividades económicas y dar un trato distinto al tema de la energía atómica, razón por la cual iniciaron negociaciones en 1955, a los fines de avanzar y profundizar en la integración emprendida, lo cual concluyó con la firma, el 25 de marzo de 1957, en Roma, por parte de los seis integrantes de la CECA, del *Tratado por el que se crea la Comunidad Europea de la Energía Atómica* (CEEA o *Euratom*) y del *Tratado de creación de la Comunidad Económica Europea* (CEE) o *Tratado de Roma*[12].

Mediante la suscripción de este último instrumento, las partes contratantes acordaron constituir entre sí una *Comunidad Económica Europea* (artículo 1) la cual tiene como misión "… promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran". (artículo 2). Seguidamente, el artículo 3 enuncia los medios gracias a los cuales lograrán dichos fines, destacándose entre otros, los siguientes: a) El establecimiento de una unión aduanera, mediante la supresión de los derechos de aduana y otras restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías, así como otras medidas de efecto equivalente, lo cual permitirá la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, entre los Estados miembros; y de un arancel aduanero común frente a terceros países; b) El establecimiento de políticas comunes en determinados sectores, como son la agricultura, el transporte, relaciones comerciales con terceros países; y c) el establecimiento de un régimen común en materia de competencia.

En el orden institucional, los órganos creados son similares a los de la *CECA*, y se denominaron: *La Comisión* y *el Consejo*, para cada institución; la primera con funciones similares a las de la *Alta Autoridad* y que ejerce sus funciones con independencia y en interés total de las comunidades y la segunda, en representación de los Estados miembros; una *Asamblea* y un *Tribunal de Justicia* común a las tres organizaciones.

En 1965, se suscribió el *Tratado de Bruselas*, mediante el cual se realizó un cambio importante desde el punto de vista organizativo, al unificar en un *Consejo* y una *Comi-*

11. *Ob. cit.*, p. 80
12. Los citados tratados entraron en vigencia el 1º de enero de 1958.

sión para las tres comunidades, las funciones atribuidas antes a tres organizaciones distintas, por los tratados de la *CECA*, *CEE* y *CEEA*[13].

Lo que interesa destacar es que los tratados constitutivos de las comunidades atribuyeron poder normativo a las instituciones, al establecer en el artículo 189 que "*Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes …*" y seguidamente, señala que "*El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro"*. Por lo tanto, las comunidades se caracterizaron, desde sus orígenes, en que hicieron surgir un ordenamiento jurídico propio, para el cual no se requería ningún acto por parte de los Estados miembros para su incorporación al derecho interno de cada uno de ellos.

Sucesivamente, se fueron incorporando nuevos Estados a la Comunidad, estando constituida actualmente por quince Estados[14]. En diciembre de 2002, el Consejo Europeo aprobó la adhesión a la Unión de 10 Estados de la Europa Central y Oriental[15].

En los años ochenta, los países de las Comunidades asumieron el reto de agilizar la implementación del mercado común, lo que motivó la suscripción del *Acta Única Europea* [16], mediante la cual los Estados miembros[17] acordaron "*… proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de transformar el conjunto de las relaciones entre sus Estados en una Unión Europea … Resueltos a construir dicha Unión Europea basándola, por una parte, en unas Comunidades, que funcionen con arreglo a normas propias, …*" [18]. En este sentido, por lo que respecta a la integración económica, el *Acta Única* amplía los objetivos, al comprometerse a la creación de un mercado interior o único a partir del 1º de Enero de 1993, lo que condujo a la implementación de un programa que condujera a la eliminación de todos los obstáculos físicos técnicos, fiscales y jurídicos, para lograr *la libre circulación de mercancías y servicios*, (que implica, que los bienes producidos en la región puedan ser comercializados en todo su territorio, sin que haya obstáculos o impuestos aduanales y la adopción de un arancel aduanero común frente a productos de terceros países); *la libre circulación de personas*, (que supone el derecho a desplazarse y a residir en cualquier Estado miembro lo que a su vez implica garantizar el libre acceso al trabajo en cualquier Estado de la Comunidad, por parte de cualquier nacional de éstos; así como la libertad de establecerse y prestar servicios en cualquiera de ellos) y por último, *la libre circulación de capitales* (que significa la posibilidad de que el capital pueda ser transferido de un Estado a otro, sin restricciones).

---

13. Entró en vigor el 1º de enero de 1967.

14. El 22 de enero de 1972 se suscribió el Acta de Adhesión de Gran Bretaña, Dinamarca, Irlanda y Noruega (esta última, por referéndum popular celebrado con posterioridad, decidió permanecer fuera), que entró en vigor el 1º de enero de 1973. En la segunda ampliación se incorporó Grecia, (con la firma del Tratado de Adhesión en Atenas, el 28 de mayo de 1979, en vigencia desde el 1º de enero de 1981); luego se unieron España y Portugal, con la suscripción, en Donostia-San Sebastián, del acta de adhesión que se aplicó a partir del 1º de enero de 1986. Por último, se adhirieron Suecia, Finlandia y Austria, mediante la suscripción del Tratado de Adhesión a la Unión Europea, el 24 de junio de 1994, que entró en vigor el 1º de enero de 1995.

15. Dichos países son: Hungría, Polonia, República Checa, Eslovania, Eslovenia, los Estados bálticos de Estonia, Letonia y Lituania, y las islas mediterráneas deMalta y Chipre. Dicha ampliación se hará efectiva el próximo 1º de mayo de 2004.

16. Dicha acta fue suscrita en Luxemburgo, el 17 de febrero y en La Haya, el 28 de febrero de 1986 y entró en vigencia el 1º de julio de 1987.

17. Para 1992, la CEE estaba integrada por doce Estados, producto de las sucesivas adhesiones: 6+3+1+2.

18. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* nº L 169, de fecha 2 de junio de 1987.

Una vez consolidado el mercado interior, los Estados partes decidieron profundizar más aún la integración entre ellos, evolucionando hacia una unión económica, monetaria y política, lo cual concluyó con la firma del *Tratado de Maastricht* o de la *Unión Europea*[19], mediante el cual "… las partes contratantes constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada 'Unión' " (Artículo 1 del Tratado). Dicho instrumento modifica a su vez el *Tratado de Roma* a fin de constituir la *Comunidad Europea* e implementar la unión económica y monetaria; así como al *Tratado de la CECA* y al Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Por otra parte, el tratado define y establece las bases para realizar una *política exterior y de seguridad común*, que abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad (Artículo 11 del Tratado)[20] y normas para la *cooperación judicial y policial*[21]. Finalmente, el *Tratado de la Unión* fue recientemente modificado, mediante el *Tratado de Amsterdam* suscrito el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor 1º de mayo de 1999, el cual tiene, entre sus modificaciones más relevantes, el permitir la evolución de la unión en distintas velocidades, al consagrar la posibilidad de que los países que deseen intensificar la cooperación lo puedan hacer.

Descrita la evolución de la *Comunidad Económica Europea* hacia la *Unión Europea*, se debe destacar que su éxito radica, en primer lugar, en la transferencia de determinadas competencias que hicieron los Estados miembros a los órganos comunitarios; en segundo lugar, gracias a la creación de órganos comunitarios independientes de los Estados miembros que, por una parte, dictan y ejecutan medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de los objetivos propuestos (*Comisión* y *Consejo*); y por la otra velan por el cabal y uniforme cumplimiento de dicha normativa (*Tribunal de Justicia*); y en tercer lugar, por la recepción y aplicación directa, por parte de los Estados miembros, de dicha normativa, todo lo cual ha dado origen al nacimiento de un nuevo derecho, el Derecho Comunitario.

III. LA INTEGRACIÓN EN LOS PAÍSES ANDINOS

El antecedente de la actual *Comunidad Andina* se remonta a 1960 cuando se constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)[22] por Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, México, Uruguay y Venezuela, cuyo objetivo era incrementar el comercio entre dichos países. Ahora bien, los pocos resultados obtenidos desde el punto de vista práctico por esta organización, originaron que cinco de ellos iniciaran negociaciones, actuando en el marco del propio *Tratado de Montevideo*, para

19 Dicho tratado fue suscrito en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entró en vigencia el 1º de noviembre de 1993.

20 La política exterior y de seguridad común sustituye el mecanismo de cooperación política con-sagrado en el Acta Única.

21 Es oportuno aclarar que el Tratado de la Unión no sustituye a los otros tres tratados suscritos con anterioridad. Es un cuarto tratado, complejo, que los modifica y a su vez se fundamenta en estos. En este sentido, se ha afirmado que: "La Unión Europea así fundada no sustituye, como en ocasiones se afirma (…) a las Comunidades Europeas, sino que las sitúa bajo un mismo techo mediante las nuevas "políticas y formas de cooperación" (artículo 47 del Tratado UE). Para decirlo gráficamente, esto conduce a los tres pilares sobre los que reposa la Unión Europea: las Comunidades Europeas, la colaboración en el ámbito de la política exterior y de seguridad, y la cooperación en el ámbito judicial y policial" (BORCHARDT, Klaus-Dieter, "El ABC del Derecho comunitario" en: http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/abc_02.html).

22 Se creó por la suscripción del Tratado de Montevideo el 18 de febrero de 1960.

acelerar el proceso, lo cual concluyó con la suscripción, el 26 de mayo de 1969, del *Acuerdo de Cartagena*, también conocido como *Pacto Andino*, por parte de Bolivia, Colombia, Chile[23], Ecuador, y Perú, con el objeto de construir una unión aduanera en el plazo inicialmente acordado de diez años[24]. Venezuela se adhirió posteriormente, en 1973[25].

De conformidad con el artículo 1º del Acuerdo, éste tiene como fin último, "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros". Tal objetivo lo logra mediante la integración subregional, razón por la cual la liberalización del comercio o la libre circulación de bienes y servicios en el área andina, y el libre intercambio entre los países miembros se erige como un mecanismo fundamental para lograr el cumplimiento del citado objetivo.

Desde el punto de vista institucional el Acuerdo creó tres órganos, a saber, *la Comisión*, instancia máxima de la integración, integrada por un representante plenipontenciario de cada país miembro; con capacidad legislativa exclusiva sobre todas las materias respectivas, mediante las *Decisiones*. *La Junta* del Acuerdo, que se constituyó como el órgano técnico, conformada por tres miembros y era la encargada de velar en función de los intereses comunitarios; finalmente se creó el *Comité Consultivo*, que tenía por finalidad ser el enlace entre los países miembros y la *Junta* y estaba integrado por representantes de todos los países miembros.

En este punto, se debe resaltar que el *Acuerdo de Cartagena*, nada previó sobre la creación de un órgano jurisdiccional, el cual velara por el cumplimiento de la normativa comunitaria; e incluso, no se hacía referencia alguna al ordenamiento jurídico del Acuerdo y su fuerza obligatoria. La estructura comunitaria se encontraba, entonces, incompleta, al no existir un órgano que ejerciera el control jurisdiccional sobre las decisiones emanadas de los órganos comunitarios o sobre los actos de los Estados miembros, que violentaran el ordenamiento comunitario.

Por esta razones, posteriormente en mayo de 1979, los Estados miembros suscribieron el *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*[26], mediante el cual se concibió dicha institución y se establecieron las normas sobre la estructura del ordenamiento jurídico comunitario. En efecto, el artículo 1 del tratado dispone que "El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado; c) Las Decisiones de la Comisión; y d) Las Resoluciones de la Junta". Por su parte, el Artículo 2.pauta que "Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión" y el artículo 3 agrega que las Decisiones serán "…directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior".

El *Tribunal de Justicia Andino* es, en consecuencia, el órgano jurisdiccional comunitario que se encarga de velar por la correcta aplicación de la normativa comunitaria, por parte de la *Comisión* y la *Junta*; por el cumplimiento de las obligaciones que correspon-

23. Posteriormente se retira, el 30 de octubre de 1976.

24. El propio texto del Acuerdo señala en su artículo 1º entre sus objetivos, "… facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común…"

25. *V., G.O.* nº 1.620 Extraordinaria de fecha 1º de noviembre de 1973. El Congreso aprobó mediante ley aprobatoria el Acuerdo y las Decisiones nº 24, 37, 37-A, 40, 46, 50, 56 y 70 de la Comisión

26. El referido tratado fue aprobado por Venezuela mediante ley en 1983. (*G.O.* nº 3.216 Extraordinaria del 7 de julio de 1983) y entró en vigencia en todos los países miembros el 19 de mayo de 1983.

den a los Países miembros; y por la uniforme aplicación del Derecho Comunitario en toda la región.

Por otra parte, el 25 de octubre de 1979 se creó el *Parlamento Andino* que representa al pueblo de la Comunidad Andina, está integrado por congresantes de cada país miembro[27]. Este organismo no tiene capacidad legislativa sino sólo participa en la creación de normativa, mediante sugerencias, a los órganos competentes.

El fenómeno andino ha tenido diversas etapas y vicisitudes. En su primera época, durante la década de los setenta y gran parte de los ochenta, se trató de desarrollar una integración cerrada, fomentando una política de sustitución de importaciones, mediante las cual se pretendía lograr el autoabastecimiento de la subregión. Ejemplo emblemático de tal esquema fue la Decisión 24 relativa al *Régimen Común de Tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*[28], en el cual se reservaban ciertos sectores de la actividad económica sólo a los nacionales; no se permitía la inversión extranjera en aquellos sectores que se consideraran adecuadamente atendidos por las empresas existentes (artículo 3); se establecían limitaciones para la reexportación de la inversión; etc.…

Se debe reconocer que la integración andina fue concebida inicialmente por ciertos sectores de los gobiernos de cada uno de los países miembros, sin que el resto de los habitantes y concretamente el sector económico, generador de los flujos comerciales, se hubiera interesado o sentido protagonista de tal experiencia. Así lo afirma la Dra. Carmen Elena Crespo de Hernández al señalar que:

> Originalmente, la integración fue propiciada en los círculos gubernamentales por intelectuales, que habían adquirido conciencia de la bondad de la integración; por ello, al comienzo, los esfuerzos políticos integracionistas no tuvieron todo el éxito deseado debido entre otras causas, a que la iniciativa se originaba en círculos distintos a los empresariales, quienes son los llamados a imprimir a este proceso un gran impulso o a rechazarlo.
>
> En la actualidad, los grupos empresariales han tomado conciencia de la bondad de la acción integradora y, por ello, están avanzando con mayor firmeza y celeridad, casi dejando atrás la acción promovida por los propios gobiernos[29].

Es por esta razón que los avances de la integración andina fueron muy discretos en su primera etapa, la cual transcurre desde su constitución, hasta finales de los años ochenta; y también explica, las sucesivas modificaciones realizadas al *Acuerdo de Cartagena*, a los fines de posponer los plazos de ejecución de los programas previstos en el acuerdo, y muy especialmente, el del *Programa de Liberación* y del *Arancel Externo Común*. Mediante el citado Programa, los países miembros se comprometieron a levantar, de manera efectiva, todas las medidas que se erigen como obstáculos a la libre circulación de mercancías dentro de los territorios de dichos países y a abstenerse de imponer nuevos gravámenes y restricciones. Inicialmente, el plazo fijado en el Acuerdo de Cartagena para lograr una zona de libre comercio fue el 31 de diciembre de 1970[30], el cual no

27. Fue creado el 25 de octubre de 1979, mediante la suscripción por los países miembros del Tratado de Creación del Parlamento Andino, el cual fue posteriormente modificado en abril de 1997, a los fines de que sus representantes sean elegidos por votación directa y secreta en cada país miembro.

28. *V.*, *G.O.* nº 1.620 Extraordinaria de fecha 1º de noviembre de 1973.

29. "Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino", en *Jornadas sobre integración económica y Derecho Comunitario Andi*no, Tipografía Horizonte C.A., Barquisimeto, Venezuela 1995, p. 96

30. Así lo estableció el artículo 46 del Acuerdo de Cartagena.

pudo ser cumplido por los países miembros[31]. Por lo que respecta al *Arancel Externo Común*, al principio, los Estados partes habían acordado que éste entraría en vigencia, a más tardar el 31 de diciembre de 1980, lo cual tampoco pudo ser cumplido[32].

También tuvo una influencia negativa para la subregión la crisis de la deuda de todos los países miembros y el incumplimiento reiterado de cada uno de ellos de sus obligaciones en el seno del grupo, lo que culminó con la decisión de la República del Perú, el 27 de Agosto de 1992, de suspender temporalmente sus obligaciones, con respecto al Programa de Liberación del Acuerdo[33]. De esta forma lo explica el Doctor *Alfredo Fuentes Hernández* al destacar que:

> Influyó en este debilitamiento la crisis de la deuda y la política utilizada para solucionar los desajustes en la cuenta corriente de las balanzas de pagos, consistente, en esencia, en violentas devaluaciones en términos reales e imposición de controles a las importaciones. Este tipo de política reforzó las tendencias proteccionistas ya vigentes, incidiendo fuertemente en el deterioro de la integración comercial...[34]

Para enfrentar el nuevo fenómeno económico de finales de siglo, el acuerdo evolucionó hacia una integración abierta al resto del mundo[35], razón por la cual se puede afirmar que el *Acuerdo de Cartagena* tuvo un relanzamiento a finales de los ochenta y en la década de los noventa, que quedó evidenciado en un primer momento, con el *Protocolo de Quito* el cual modificó al citado Acuerdo[36], y posteriormente, con el *Protocolo de Trujillo*[37] el cual reestructuró sustancialmente todo el esquema institucional, al sustituir íntegramente el capítulo II del Acuerdo.

En este sentido, el artículo 5 del último de los citados Protocolo creó la *Comunidad Andina* la cual está integrada por los cinco Estados miembros y por los órganos e instituciones del *Sistema Andino de Integración*. Se constituyó el *Consejo Presidencial Andino*, conformado por los Jefes de Estado de los cinco países, es el máximo órgano y está encargado de dictar las directrices y orientaciones políticas sobre los diferentes ámbitos de la integración que serán ejecutadas por los demás órganos comunitarios[38]. También se creó el *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*, conformado por los ministros de cada país miembro y su función fundamental es formular la política exterior de los países miembros en los asuntos en los que tenga interés la subregión. El órgano técnico (*la Junta*) fue sustituido por la *Secretaría General* que constituye el órgano ejecutivo y técnico y es unipersonal. Se mantuvo a *la Comisión* integrada por un representante plenipotenciario de cada país miembro, encargada de formular la política

31. El Acuerdo fue modificado en tres oportunidades, mediante tres protocolos, adicionales, como fueron: el de Lima, suscrito el 30 de abril de 1976; el de Arequipa firmado el 21 de abril de 1978 y en Quito el 12 de mayo de 1988.

32. *V.*, artículo 61 del Acuerdo de Cartagena.

33. Posteriormente, el 30 de julio de 1997, se logró un acuerdo con Perú para su reincorporación paulatina a la Zona de Libre Comercio (ver Decisión 414) la cual se perfeccionará en el 2005.

34. FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo y MARTÍNEZ, María Mercedes, de: *En El Pacto Andino: Hacia un nuevo modelo de integración*, Biblioteca Digital Andina, en: http://www.comunidadandina.org/bda/ listado_de_libros.asp

35. Así, por ejemplo, la Decisión 24 fue sustituida por la Decisión 220 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, (*G.O.* nº 34.014 de fecha 25 de julio de 1988) la cual estableció un régimen más flexible para la inversiones extranjeras, reconoció la importancia de éstas para el desarrollo de la región

36. El citado Protocolo fue aprobado en nuestro país, mediante Ley Aprobatoria publicada en al *G.O.* nº 33.958 de fecha 4 de mayo de 1988.

37. Aprobado mediante Ley Aprobatoria, publicada en la *G.O.* nº 36.116 de fecha 30 de diciembre de 1996.

38. *V.*, artículo 11 del Protocolo de Trujillo.

de integración, en ejecución de las directrices del Consejo Presidencial Andino; tiene facultades legislativas las cuales las ejerce dictando decisiones[39].

El plazo inicialmente acordado para lograr la libre circulación de mercancías en la Comunidad, como se señaló en el líneas anteriores, sufrió diversas posposiciones y finalmente la *Zona de Libre Comercio de la Comunidad Andina* comenzó a funcionar de manera plena, entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela el 1º de febrero de 1993. (Ver Decisión 324) para todos los productos del universo arancelario. Perú, por su parte, se ha ido incorporando de manera paulatina, y culminará en el 2005. Por lo que respecta a la *Unión Aduanera*[40], está funcionando desde el 1º de febrero de 1995, año en que entró en vigencia el Arancel Externo Común adoptado por Colombia, Ecuador y Venezuela[41]

En 1997, los países miembros asumieron el reto de profundizar la integración y ampliarla a nuevos sectores y suscribieron el *Protocolo de Sucre*[42], mediante el cual modifican al Acuerdo de Cartagena al incluir, como mecanismos para alcanzar los objetivos del acuerdo, la profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales, armonización de las políticas económicas y sociales; se incorporó un nuevo capítulo dedicado a las "Relaciones Externas"; se reguló el "Comercio Intrasubregional de Servicios", se aceptó la figura de los "Miembros Asociados" y se incorporó una disposición transitoria sobre la reincorporación del Perú a la Comunidad. Dentro de estos nuevo retos, la Comunidad se propone constituir para el 2005 un *mercado común*, el cual constituye un nivel superior dentro del proceso de integración, mediante la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales dentro del territorio de la comunidad.

IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SOPORTE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El Derecho Comunitario Europeo ha evolucionado de manera sorprendente, en virtud de la aplicación de tres principios rectores, como lo son: La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios; la aplicación directa del derecho comunitario; y la preeminencia o primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de cada Estado. Se procederá a explicar las características fundamentales de los citados principios.

39. Dicha facultad la comparte con el Consejo Andino de Ministro de Relaciones Exteriores, según la modificación incluida en el Protocolo de Trujillo.

40. Implica que los países convengan en establecer aranceles comunes para las importaciones de terceros países

41. Bolivia tiene un tratamiento preferencial y Perú no suscribió este acuerdo.

42. El referido protocolo entró en vigencia el 14 de abril de 2003, cuando Ecuador depósito en la Secretaría General de la Comunidad el último instrumento de ratificación.

1. La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios

La experiencia del viejo continente ha evidenciado que el proceso de integración ha hecho surgir todo un nuevo derecho cuyo nacimiento tiene dos vertientes: Por un lado, tenemos los tratados suscritos por los Estados Miembros como sujetos de Derecho Internacional (que la doctrina y jurisprudencia europea han llamado *Derecho Comunitario Originario*) que conforman las bases o fundamentos de ese nueva rama; y por la otra, el conjunto de reglamentos y directivas dictadas por la *Comisión* y el *Consejo*, (*Derecho Derivado*) así como las sentencias emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Para cumplir los fines propuestos en los tratados, los Estados miembros tuvieron que transferir ciertas y determinadas competencias, que antes eran propias de cada gobierno, a los órganos comunitarios. De esta manera, los países renunciaron, de manera voluntaria, a legislar o ejercer atribuciones en dichas áreas o a regularlas de acuerdo a los lineamientos que fijen los órganos de las comunidades[43]. Así, por ejemplo, en un primer momento, para lograr la unión aduanera, los integrantes de la comunidad tuvieron que abstenerse de legislar sobre nuevos aranceles o derechos equivalentes a las importaciones de productos de la región; así como transferir a los órganos comunitarios las facultades para establecer los derechos aduaneros que aplicarían para las importaciones de productos de terceros países. Luego, para garantizar la libre circulación de personas, los Estados tuvieron que modificar y aceptar la normativa comunitaria que ordenaba el reconocimiento de ciertos títulos profesionales otorgados en otros estados miembros. Recientemente, con la *unión monetaria*, doce[44] Estados de la Comunidad Europea[45] transfirieron al Sistema Europeo de Bancos Centrales[46] todas las facultades relativas a la política monetaria, como por ejemplo, la fijación de los tipos de cambio de las monedas, en un primer nivel y luego, la eliminación de las monedas nacionales, para dar paso al Euro, a partir de Enero de 2002.

En definitiva, lo que interesa destacar es que desde el momento en que cada Estado se ha incorporado a las comunidades, ha perdido o cedido facultades en determinados áreas, a favor de los órganos comunitarios. El propio Tribunal de Justicia lo esbozó claramente en una primera sentencia, en el año 1963, al afirmar que:

> …ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales ....[47]

---

43. Tradicionalmente, se habla de *competencias exclusivas de la comunidad*, que abarca aquellas materias que fueron delegadas por los Estados a los órganos comunitarios, como por ejemplo, todo lo relacionado con el establecimiento del arancel aduanero común y en las cuales, en consecuencia, los órganos internos de cada Estado miembro perdió competencia para regular; *competencias concurrentes* entre ambos niveles y competencias reservadas a los Estados miembros.

44. Once Estados miembros participaron, desde el 1 de enero de 1999, en la Unión Económica y Monetaria. Dos años más tarde, Grecia se unió al grupo.

45. El Reino Unido, Dinamarca y Suecia no se incorporaron a la unión monetaria, al aplicar la cláusula de excepción contenida en el Tratado de Maastricht que les permitió quedar excluidos de dicha unión.

46. Integrado por el Banco Central Europeo y los bancos centrales de los estados miembros.

47. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 5. Ver http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/abc_13.html.

Pocos años después desarrolló ampliamente el tema, en otra conocida sentencia, en donde señaló lo siguiente:

> A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, *de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos*.
>
> (…)
>
> … al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad [...] *la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad* [48]. (Destacado añadido).

Ahora bien, se debe advertir que tal transferencia o delegación de competencias o soberanía, no hubiera sido posible si las constituciones de cada Estado no lo hubieran previsto de manera expresa.

En efecto, el estudio de la experiencia del continente europeo nos ha demostrado dos cosas:

En primer lugar, a medida que cada estado se ha ido sumando al proceso, ha consagrado en su propia constitución de manera expresa, la aceptación de dichas cesiones o transferencias. En este sentido, el Dr. Allan Brewer-Carías en su estudio sobre *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional* afirma lo siguiente:

> … en los quince Estados que forman actualmente la Unión Europea, en todos ellos se ha producido una adaptación de las Constituciones al proceso de integración regional, incorporándose en sus Constituciones en forma expresa, disposiciones relativas al proceso de integración regional. Por supuesto, estas previsiones ni son uniformes ni tienen el mismo alcance pero, sin embargo, constituyen el soporte o base constitucional de la supranacionalidad en cada país[49].

En este sentido, citando las referencias contenidas en el mencionado estudio del Dr. Brewer-Carías, sobre las constituciones europeas, se puede hacer alusión, en primer término, a la Ley Fundamental de la *República Federal de Alemania* de 1949, cuyo articulo 24 señalaba que:

> *Art. 24.* 1. La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.
>
> 2. La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva, recíproca para la salvaguardia de la paz y consentirá con este motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean susceptibles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden[50].

---

48. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 15 de julio de 1964, asunto 4/62, costa c. ENEL, Rec. 1964, p. 1162. Ver http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/abc_13.html

49. *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público* nº 5, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, p. 26.

50. *Ob. cit.* p. 29.

Por su parte, la constitución de la *República de Italia*, de 1948, preveía, en su artículo 11 que:

> Italia...acepta en condiciones de pasividad o reciprocidad con los demás Estados, *las limitaciones de su soberanía* necesarias para crear una agrupación que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece a las organizaciones internacionales que tienden a tal fin"[51].

Por lo que respecta a *Francia*, el preámbulo de la Constitución de 1946, vigente para el momento de la firma del *Tratado de París* (CECA) afirmaba que:

> Bajo reserva de reciprocidad, Francia consciente en las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y para la defensa de la paz[52].

Por su parte, *Holanda* y *Luxemburgo* procedieron a modificar sus constituciones a fin de dar suficiente sustento legal a la firma del Tratado de Roma. En el primer caso, en la reforma realizada entre 1953 y 1954, se incorporaron dos artículos que rezan así:

> *Artículo 63.* Cuando lo exija el desarrollo del orden jurídico internacional, podrá un tratado apartarse de los preceptos de la Constitución. En tal caso la ratificación sólo podrá conferirse de forma expresa, y las Cámaras de los Estados Generales solamente podrán aprobar el correspondiente proyecto de ley por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.
>
> *Artículo 67.* Siempre que se observe, de ser necesario, lo dispuesto en el artículo 63, se podrán confiar por un tratado o en virtud de éste competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones de derecho internacional...[53]

En el caso de *Luxemburgo*, la reforma aprobada en 1956, incluyó el artículo 49 bis, que pauta:

> Se podrá encomendar temporalmente por vía de tratado a instituciones de derecho internacional el ejercicio de atribuciones reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial[54].

En el caso de *Bélgica*, al no tener para esos momentos un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y tratados, la reforma de la carta magna tuvo lugar con mucha posterioridad a la aprobación de los tratados constitutivos de las comunidades europeas, en 1971, al incluirse el artículo 25 bis. cuyo texto dice:

> Se podrá confiar por un tratado o una ley el ejercicio de poderes determinados a instituciones de Derecho internacional público[55].

Posteriormente, a medida que se han ido incorporando nuevos Estados al proceso de integración europeo, aquellos países que no tenían una previsión sobre el particular, procedieron a modificar sus normas fundamentales, a los fines de dar sólido respaldo a su adhesión a los tratados constitutivos de las comunidades europeas. Se puede citar, sin ser exhaustivos, a *Grecia*, quien en la reforma constitucional de 1975 incluyó el artículo 28 que pauta:

> *Artículo 28.1.* Las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, así como las convenciones internacionales desde su ratificación por Ley y su entrada en vigor conforme a las disposiciones de cada una de ellas, son parte integrante del derecho griego interno y privan respecto de toda disposición de ley en contrario.

---

51. *Idem* p. 31-32.
52. *Idem* p. 38.
53. *Idem* p. 42.
54. *Idem* p. 44.
55. *Idem* p.46.

2. Con el fin de atender a un interés nacional importante y de promover la colaboración con otros Estados será posible atribuir, mediante tratado o acuerdo internacional, competencias previstas por la Constitución a los órganos de organización internacionales, si bien se requerirá para la ratificación del tratado o del acuerdo una ley votada por mayoría de tres quintos del total de los diputados.

3. Grecia procederá libremente, por ley votada por la mayoría absoluta del total de los diputados, a limitaciones del ejercicio de la soberanía nacional, en la medida en que estas limitaciones vengan impuestas por algún interés nacional importante, no lesionen los derechos del hombre y los fundamentos del régimen democrático y se efectúen sobre la base del principio de legalidad y bajo condición de reciprocidad[56].

España, por su parte incluyó, en la reforma constitucional de 1978 dos artículos que rezan de la siguiente forma:

Artículo 93. Mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Artículo 96.1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados, oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno[57].

El segundo elemento que llama poderosamente la atención del estudio de la experiencia europea, es que a medida que la integración se ha ido profundizando, aquellos Estados miembros que determinaron que sus constituciones no permitían la delegación de nuevas competencias, tuvieron que reformar sus cartas fundamentales, antes de suscribir los nuevos tratados. Tal situación se vio de manera palpable, con la ratificación del *Tratado de Maastricht*, el cual, por los cambios esenciales que conllevaba su aprobación desde el punto de vista constitucional y de la concepción misma del estado y su soberanía, condujo a reformas constitucionales, como en los casos de *Alemania* y *España*, quienes tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones, después de las decisiones de los Tribunales Constitucionales respectivos, que así lo impusieron o el caso de *Francia* y *Dinamarca* cometieron a referéndum consultivo la aprobación del citado Tratado.

En esta forma, en virtud de que 'la transferencia de competencias de los órganos nacionales hacia los órganos comunitarios constituye la esencia misma de la construcción comunitaria' el Tratado de Maastricht despertó la polémica constitucional sobre la integración regional, particularmente en cuanto a los límites de las autorizaciones constitucionales existentes sobre transferencia de competencias, y sobre si con dichas autorizaciones los Estados podían realizar el traspaso de cualquier competencia, incluso de aquéllas que son esenciales a la soberanía del Estado. La cuestión constitucional se planteó, por ello, en primer lugar, en cuanto al reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los residentes de los otros Estados miembros de la Unión, lo cual toca uno de los derechos políticos esenciales de cualquier Estado democrático. En segundo lugar, el debate constitucional surgió de las previsiones del Tratado relativas a la política económica común y la imposición a los Estados miembros de llevar a cabo sus políticas económicas ajustadas a la Unión, lo que implica una limitación esencial a la política monetaria, al existir un Banco Central Europeo y una moneda única europea. En estos casos, a pesar de la existencia de cláusulas constitucionales que aceptaban la transferencia de competencias a los órganos supranacionales, como la del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, recogida por remisión en el Preámbulo de la Constitución de 1958, el Consejo Constitucional

56. *Idem* p. 61.
57. *Idem* p. 62.

> francés, en su decisión Nº DC 308 del 9-4-92, señaló que las reformas implicaban que 'un Estado miembro se verá privado de competencias propias en un ámbito en el cual están en juego las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional', lo que exigía, para poder ser aceptado, una reforma de la Constitución francesa antes de la ratificación del Tratado[58].

Tal logro se debe, en nuestro criterio, a dos motivos, en primer lugar, porque el propio *Tratado de la Comunidad Europea* impone, en su artículo 10 (antes artículo 5) la obligación a los Estados de que " …adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado".

Sobre esta norma la profesora Blanca Vilá ha afirmado que "… incorpora la obligación *constitucional* para los Estados del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas nacidas en virtud del Tratado o de sus normas de desarrollo y aplicación. (…) Esta obligación, que supone en la práctica un auténtico deber de cooperación, sitúa estructuralmente a los Estados miembros en un sistema garante de la plena coherencia y del pleno desarrollo acorde con la acción comunitaria, que no será obstaculizada por la acción unilateral de uno o varios de ellos"[59].

En segundo lugar, porque es una exigencia del proceso de adaptación que deben cumplir los Estados que soliciten su incorporación a dichas instituciones. Así lo señala la Profesora Abellán cuando, al referirse a las condiciones que deben cumplir los Estados para adherirse a las Comunidades afirma que: "… debe existir, por parte del Estado solicitante, una voluntad suficientemente expresada de participar en la obra común que supone la construcción europea, incluso, si para ello es necesaria la modificación de sus disposiciones constitucionales"[60].

Del anterior análisis, se concluye que el derecho comunitario europeo tiene su fundamento y descansa en última instancia, sobre las constituciones de cada uno de los Estados miembros.

2. La aplicación directa del derecho comunitario

La segunda característica del derecho comunitario ampliamente reconocida por la normativa y jurisprudencia europea es que las normas emanadas de los órganos comunitarios se aplican directamente en los territorios de los Estados miembros, sin necesidad de que éstos realicen actos de recepción, para que esas disposiciones sean incorporadas en sus respectivas legislaciones internas. El propio artículo 249 del Tratado de la CE (antes artículo 189) pauta que:

> Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

---

58. *Idem* p. 67.
59. ABELLAN HONRUBIA, Victoria y otros, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3ª Edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1998, p. 148.
60. *Ob. cit.*, p. 27.

> *El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.*
>
> La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.
>
> La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.
>
> Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes. (Destacado añadido)

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, desde sus primeras sentencias dejó sentado que el derecho comunitario genera derechos y obligaciones no sólo a los Estados miembros sino también a los ciudadanos, en el citado asunto *Van Gend en Loos*, en el cual un tribunal holandés solicitaba la interpretación prejudicial del artículo 12, a los fines de conocer si los nacionales de los Estados partes pueden hacer valer, con fundamento en esa norma, derechos subjetivos que el juez debe proteger[61].

Ante dicha solicitud, el Tribunal de Justicia afirmó que:

> … los objetivos de la comunidad nos confirman que los ciudadanos están directamente afectados por el derecho comunitario. (…) El artículo 12 define una prohibición clara e incondicional que es una obligación negativa… Esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados en cuanto a subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de Derecho interno, y se presta perfectamente por su naturaleza a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales (…) produciendo efectos inmediatos que las jurisdicciones internas deben salvaguardar[62].

No obstante, debe advertirse que la posibilidad de que una norma comunitaria pueda ser directamente aplicable, dependerá de si son normas que en sí mismas generan derechos u obligaciones. En este sentido, se afirma que deben ser normas claras, precisas y autosuficientes[63].

La consecuencia de esta característica es el denominado *efecto directo*, según el cual las normas, ya sea del derecho originario o derivado, generan derechos y deberes a favor de los órganos del poder nacional y de los ciudadanos[64].

---

61. El artículo en cuestión reza, a la letra: "Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas …"

62. *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 24.

63. Sobre las características de las normas directamente aplicables véase a VILÁ, Blanca, en Lecciones… *ob. cit.*, p. 154.

64. Las normas de los tratados (Derecho originario) que cumplan con las características antes señaladas serán directamente aplicables. Así por ejemplo, el artículo 12 (ahora 25) citado supra; impone la prohibición de adoptar nuevos aranceles; las normas de los artículos 81 y 82 (antes 85 y 86) sobre libre competencia imponen a los particulares la obligación de no restringir la libre competencia y no abusar de su posición de dominio. En el derecho derivado (comprende todas las normas dictadas por los órganos comunitarios) existen básicamente tres tipos de normas: Los Reglamentos, en su esencia son actos normativos, poseen alcance general y ha sido indiscutible su aplicación y efecto directo, por disposición misma del tratado. Las Directivas tienen por finalidad armonizar o aproximar las legislaciones internas de los Estados miembros, quienes deben ejecutar las acciones necesarias para cumplirlas, no obstante, tienen libertad sobre la forma y los medios a través de los cuales lograrán su ejecución. Generalmente se les impone un plazo para su cumplimiento. Tal proceso se ha denominado en el derecho comunitario europeo *la transposición*. Aunque inicialmente se sostuvo que estas normas no podían ser directamente aplicables, en virtud de requerir de ciertos actos a nivel del derecho interno de cada país, luego el Tribunal dictaminó que una vez vencido el plazo otorgado a cada Estado para la transposición de la directiva en cuestión, si éste no lo hace o lo hace en forma incorrecta, si las normas gozan de las características indicadas supra, nace a favor de los particulares un derecho subjetivo para invocarla, ante el juez interno. (Ver sentencia asunto 33/70 caso *Franz Grad* de fecha 6 de octubre de 1970, Rec. 1970, p. 1213 .)

3. La preeminencia o primacía del derecho comunitario

Como se ha indicado en páginas atrás, el *Tribunal de Justicia de las Comunidades* siempre ha sostenido que el Derecho Comunitario conforma un nuevo orden jurídico y ha señalado que concretamente el *Derecho Originario*, está exceptuado de cualquier control por los Estados miembros ya que se impone incluso por encima de las Constituciones de éstos, en virtud de la primacía del Derecho Comunitario Europeo sobre la legislación interna de cada Estado Miembro[65].

En este sentido, se debe hacer nuevamente referencia a la sentencia citada en el proceso *Costa v. Enel*, en el cual el Tribunal afirmó que " ... al derecho nacido del Tratado no puede oponérsele judicialmente un texto interno cualquiera que sea ..." y más adelante sostuvo que "... la invocación de atentados bien contra los derechos fundamentales tal y como son formulados por la constitución de un Estado miembro, bien contra los principios de una estructura constitucional nacional, no podría afectar la validez de un acto de la comunidad y su efecto sobre el territorio de ese Estado".

Ahora bien, tal concepción cambió drásticamente con el proceso de aprobación del *Tratado de Maastricht*, mediante el cual se ampliaron las competencias de la *Comunidad Europea*. En efecto, la ratificación por parte de los Estados miembros del referido tratado hizo resurgir con gran ímpetu, la discusión sobre el control constitucional de dichos Tratados por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Se puede afirmar que con *Maastricht* se hizo evidente que la *supremacía global* del derecho comunitario europeo, propugnada por el *Tribunal de Justicia Europeo* fue matizada y limitada por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, quienes dejaron claramente establecido que son en última instancia las Constituciones nacionales de cada Estado miembro, el soporte de los acuerdos o tratados de la Unión, los cuales no dejan de estar sujetos al control constitucional por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Así lo sostiene el Profesor Ricardo Alonso García al afirmar que:

> Sucede, sin embargo, que el «carácter absoluto e incondicional con que dicha primacía aparece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (Rodríguez Iglesias), en su misma globalidad, está lejos de ser exacta, y desde luego, lejos de ser asumida, tal cual, por los tribunales constitucionales de los Estados miembros. (...)
>
> En efecto, una cosa es sostener que el parámetro de validez del Derecho derivado comunitario deba ser el Tratado constitutivo abstracción hecha de los Derechos nacionales, incluidos los textos constitucionales, y otra muy distinta sostener que el propio Tratado constitutivo -y en caso del Derecho derivado por él respaldado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia- escape del parámetro de las Constituciones, que son las que determinan si las condiciones en que la Comunidad Europea absorbe la soberanía de los Estados miembros -determinadas por el propio Tratado tal y como es interpretado por su intérprete supremo, que no es otro que el Tribunal de Justicia -son o no conformes con las condiciones en que cada Estado miembro puede ceder soberanía-determinadas por su propia Constitución tal y como es interpretada por el órgano interno competente, en el caso español, el Tribunal Constitucional[66].

---

65. Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo casos *Van Gend & Loos* de fecha 5/2//1963; *Costa v. Enel* del 15/7/64; *A. San Michele v. Alta Autoridad* del 22/6/1965; sentencia caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de fecha 17/12/1970; y caso Simmenthal 9/3/1978.

66. *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1994, pp. 278-279.

Incluso, la discusión que generó la aprobación de referido Tratado trajo como resultado que la jurisprudencia nacional de los Estados miembros y la doctrina entrara a establecer claramente la diferencia entre la titularidad de las competencias (que es conservada por cada Estado miembro) y su ejercicio por parte de la Unión, y matizó el concepto esbozado por el *Tribunal de Justicia Europeo* sobre la *limitación definitiva de la soberanía* que en su opinión implicaba la participación en el Tratado de la *Unión Europea*. Así,

> Ello comenzando por *la limitación definitiva de la soberanía* a que alude la S. Flaminio Costa, contestada por el *Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht (12 de octubre de 1993):* "Alemania es uno de los 'señores de los tratados' que justificaron su vinculación al Tratado de la Unión, suscrito 'por un período de tiempo ilimitado' (artículo Q TUE) con la voluntad de ser miembros a largo plazo, aunque, en definitiva, podrían anular tal pertenencia en virtud de una acto en sentido contrario"; rechazo, pues, de la limitación definitiva de soberanía proclamada por el Tribunal de Justicia, que vuelve a aflorar con ocasión del "carácter irreversible" del paso de la Comunidad a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria afirmado por el Protocolo del Tratado de la Unión dedicado a la transición a la mencionada fase, señalando el Tribunal Constitucional que, configurada la Unión Monetaria "en cuanto comunidad comprometida por una estabilidad duradera y que garantiza en particular la estabilidad del valor del dinero", nada se opondría, "a modo de ultima ratio", a "la separación de la Comunidad en caso de que se malogre la comunidad con vocación de estabilidad".
>
> En nuestra doctrina, la misma opinión sostuvo un año antes Herrero de Miñón, quien tras recordar que el artículo 93 de la Constitución no permite "un abandono puro y simple de las competencias atribuidas", pues lo que se transfiere no es su titularidad, sino su ejercicio, afirmó la reversibilidad de la atribución no ya como consecuencia de la desaparición de la institución receptora, sino "a través de la denuncia del Tratado, posibilidad cuyo procedimiento contempla expresamente el artículo 96 de la Constitución", respaldada por el reconocimiento del principio de autodeterminación en la Carta de las Naciones Unidas (que también trae a colación el Tribunal Constitucional Federal) y por el Derecho Internacional (Convenio de Viene sobre el Derecho de los Tratados), que "autoriza a que los Estados parte de un Tratado se retiren del mismo con sujeción a las normas en él mismo contenidas y, cuando este no es el caso, a las de Derecho Internacional general, entre otras un cambio sustancial de circunstancias"
>
> Línea similar, finalmente, había mantenido igualmente nuestro propio *Tribunal Constitucional - Declaración 1 Julio 1992* - que, también con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión (concretamente, con ocasión de la constitucionalidad del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión previsto en el artículo 8 B del TCE), separó nítidamente la cesión de competencia de su titularidad, no sin antes haber recordado la doctrina *Costa V. Enel* con su "limitación de 'derechos soberanos', en expresión del Tribunal de Justicia", omitiendo el Tribunal Constitucional cualquier alusión al carácter "definitivo" con que el Tribunal de Justicia había calificado, también expresamente, tal limitación[67] (destacado añadido).

De manera que a partir de *Maastricht* los Tribunales constitucionales nacionales y concretamente el alemán, el francés y el español advirtieron que al ser los Estados miembros los otorgantes de los Tratados, éstos quedan sujetos al control constitucional de cada país. Tal limitación fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional Español quien, en su Declaración del 1 de julio de 1992, emitida con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión, afirmó que:

67. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., "Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario" en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid 1993, p. 1187.

> ... como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse -mediante el requerimiento previo contemplado en el artículo 95.2 de la Constitución- sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado. Si la duda de la constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previo en su Título X -reforma constitucional-, su primacía …; (la cual queda) ... en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (artículos 27.2.c, 31 y 32 LOTC) o cuestionar (artículo 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (artículo 96.1 CE).

V. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA AUSENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS

En el caso andino, la experiencia fue muy distinta a la europea, en lo relacionado al soporte constitucional del proceso. De los cinco países miembros del Acuerdo, ninguno preveía constitucionalmente, la posibilidad de atribuir competencias a órganos comunitarios, con la sola excepción de *Colombia*, para el momento en que fue suscrito el citado tratado.

En efecto, la constitución de dicho país, vigente para el momento de la ratificación del Acuerdo autorizaba, en el artículo 76, relativo a las atribuciones del Congreso a:

> (…)
>
> 18. Aprobar o inaprobar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.
>
> Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso, podrá el Estado obligarse para que sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados[68].

Un texto similar se repitió en la Constitución de 1991 en la cual de manera diáfana se reguló expresamente la posibilidad de transferir competencias a órganos supranacionales, al atribuir al Congreso, en su artículo 150, que:

> Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos supranacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

La ausencia de fundamento constitucional ya era advertida desde los inicios de la discusión para la suscripción del Acuerdo de Cartagena. Así lo evidenció de una manera clara el Dr. Brewer-Carías, quien en un trabajo elaborado en 1968[69], destacaba la importancia de la integración económica para nuestro subcontinente, pero ya en ese momento advertía que dicho proceso no sería exitoso si no se tomaban decisiones políticas audaces y señalaba que existían obstáculos institucionales que vencer[70], dentro de los cuales estaba el hecho de que "… ninguno de los sistemas constitucionales latinoamericanos tienen real vocación integracionista".

---

68. Constitución de 1968. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan, *La implicaciones… ob. cit.*, p. 112.
69. *Los problemas constitucionales de al integración económica latinoamericana*, Caracas 1968.
70. En la referida publicación, el Dr. BREWER-CARÍAS esboza los tres problemas fundamentales que constituyen tres capítulos del libro, a saber: "Primer problema: La creación de órganos comunitarios supranacionales; Segundo Problema: La jerarquía del derecho comunitario; Tercer Problema: El control de la constitucionalidad".

Luego de su profundo análisis el Dr. Brewer-Carías concluyó señalando que:

> Ahora bien, analizados los tres problemas jurídicos fundamentales que plantea el futuro Mercado Común Latinoamericano, es necesario concluir conforme lo hace Leontin Constantinesco: Los problemas no son de interpretación, sino de reforma constitucional.
>
> Ciertamente que América Latina no puede esperar a la previa reforma de sus textos constitucionales, para proceder a constituir el Mercado Común, no sólo porque los procedimientos para ello son muy lentos, sino fundamentalmente porque un proceso de integración como el que se está iniciando en Latinoamérica, esencial para su supervivencia histórica, política y económica, no admite ni puede admitir dilaciones. La integración en este sentido, es un proceso esencialmente dinámico y cambiante, que una vez iniciado no puede detenerse, cualesquiera que sean los problemas que confronte.
>
> Sin embargo, aún cuando no consideremos que los países de América Latina deben esperar esas reformas constitucionales, lo que sí consideramos indispensable es que los juristas y políticos, tienen que estar conscientes de la importancia de los problemas planteados, pues generalmente los economistas que han tenido en sus manos la dirección del proceso, no se han percatado de la magnitud de los mismos.
>
> Entonces, por la trascendencia intrínseca de los problemas señalados, no nos queda otro camino que concluir con las palabras del Profesor Emilio J. Cárdenas, nuestro colega en el Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Latinoamericana, celebrado en Buenos Aires, en marcha de 1967, en el sentido de que "sólo cabe calificar de simplista a las soluciones fáciles que, basadas en interpretaciones flexibles de los textos constitucionales, dejan filtrarse distintos ataques que, impugnando constitucionalmente el esquema integrativo, representen, al mismo tiempo, una conmoción en los cimientos mismos de la estructura común[71].

En el caso venezolano, a pesar de dichas advertencias, la participación de nuestro país en la integración andina, no tuvo soporte constitucional alguno, a nuestro entender, por falta de decisiones políticas[72], lo que condujo a numerosas dudas e interpretaciones, como se desarrollará en el siguiente punto y no fue sino hasta la nueva Constitución de 1999, que se le dio fundamento constitucional a tal proceso.

También el Dr. Emilio J. Cárdenas advertía en su momento, sobre la debilidad de las constituciones de nuestro entorno, al afirmar que "… con la sola excepción que importa la situación colombiana, en los demás sistemas constitucionales, un tratado que estableciera un Mercado Común Latinoamericano puede impugnarse judicialmente si el mismo violare normas constitucionales, pudiendo, por tanto, ser declarado inconstitucional e inválido en lo que hace a sus efectos internos, por tal motivo"[73].

Tal situación se presentó en *Colombia*[74] y muy intensamente en el caso venezolano, donde se demandó por razones de inconstitucionalidad, la ley aprobatoria del Acuerdo

---

71. *Ob. cit.*, pp. 129-131.

72. Compartimos la tesis del Dr. BREWER-CARÍAS, en el sentido de que la reforma constitucional requerida no es un mero formalismo, sino que ésta conllevaría a asumir un compromiso político y del país a favor de un modelo económico de integración. Tal hecho queda plasmado en las grandes discusiones surgidas en el seno de la comunidad europea, con la incorporación de nuevos Estados o la ampliación de las competencias de la comunidad, tal como se describió en páginas anteriores.

73. "Hacia un Derecho Comunitario Latinoamericano", en *Derecho de la Integración*, INTAL, nº 1, 1967, p. 45.

74. Cuando el Congreso colombiano aprobó el Acuerdo de Cartagena mediante ley, incorporó el artículo 2 que pautaba que "El Gobierno Nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta del Acuerdo Sub-regional Andina, siempre que no modifiquen la legislación o no sean materia del Legislador. En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, cuando sean materias de la competencia del Legislador o modifiquen la legislación existente o cuando el gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores". Dicha norma fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia quien declaró la nulidad de el citado texto. Para más información ver BREWER-CARÍAS, *Las implicaciones*…p. 114.

de Cartagena, ante la Corte Suprema de Justicia, como se verá en el siguiente apartado de este trabajo.

Por lo que respecta al *Tribunal de Justicia Andino,* desde sus primeras sentencias desarrolló claramente los principios de la primacía y aplicación directa del derecho comunitario. No obstante, en la práctica, la ejecución de tales preceptos fue disímil entre los países miembros, ya que, si se observa los procesos que dieron origen a la jurisprudencia del tribunal, particularmente los recursos de interpretación prejudicial[75], se determina que fueron los colombianos, y en menor medida los ecuatorianos quienes, desde los inicios del Tribunal Andino, intentaron acciones y particularmente, recursos de interpretación prejudicial ante las dudas que le surgían a los jueces nacionales colombianos la aplicación de la normativa comunitaria. En el caso venezolano, hasta 1992, la normativa comunitaria sólo se aplicó en la medida que fue objeto de un procedimiento de recepción por el derecho interno (como se verá *infra*) e incluso, el primer recurso de interpretación prejudicial por parte de un tribunal nacional fue en 1998[76].

En relación a la jurisprudencia comunitaria, una de las primeras sentencias que trata la primacía del derecho comunitario andino fue en el proceso Nº 1-IP-87 en el cual el máximo tribunal dejó sentado que:

> En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la 'validez plena' de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.
>
> Estos criterios alcanzan plena vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983 -en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obliga a los Países Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos Países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear

75. A los fines de garantizar la interpretación uniforme de la normativa comunitaria, el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consagró este recurso, conforme al cual, cuando un juez nacional conozca un litigio en el cual deba aplicarse alguna norma comunitaria, podrá solicitar al TJA su opinión sobre la interpretación de aquella. En caso que se trate de decisiones que no sean suceptibles de recursos, el artículo 29 exige que la interpretación prejudicial sea obligatoria.

76. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5 de febrero de 1998, mediante la cual acuerda la solicitud de interpretación prejudicial de las normas contenidas en la Decisión 314 sobre "Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino".

medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado [77].

Posteriormente, en otra decisión se refirió concretamente al efecto de la norma comunitaria sobre las disposiciones nacionales de los países miembros y sentenció que:

> En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978) en concordancia, en este punto, con el espíritu de las normas de la integración andina. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior -que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho- es precisamente la norma comunitaria.
>
> No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario (‘preemtion’). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él.
>
> La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependería de éste y no de la comunidad. La norma comunitaria, cuando se hace necesario, adopta precisiones que definen su aplicabilidad, como en el caso del artículo 85 de la Decisión motivo de autos sobre tránsito de legislación[78].

77. Tomado de http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/1-ip-87.htm
78. Tomada de http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/2-ip-88.htm

VI. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL ACUERDO DE CARTAGENA

1. La Constitución de 1961

La Constitución de 1961, sólo trataba el tema de la integración en el artículo 108, que decía, textualmente, lo siguiente:

> *Artículo 108.* La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes.

Por su parte, el artículo 128 disponía que:

> *Artículo 128*. Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.

A. La aplicación de las decisiones de la Comisión desde 1973 a 1992

En el año 1973, cuando el Congreso Nacional aprobó el *Acuerdo de Cartagena* mediante la correspondiente ley aprobatoria incluyó, en el Artículo Unico, el Parágrafo Primero, que decía a la letra, lo siguiente:

> *Parágrafo Primero*: Las decisiones de la Comisión del Acuerdo que modifiquen la legislación Venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación mediante Ley del Congreso de la República"[79]

Años después, al aprobar el *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*[80], nuevamente el Congreso incorporó el artículo 2º que contenía un texto idéntico al del citado Parágrafo Primero.

La inclusión de tal parágrafo fue objeto de una gran discusión por parte de la doctrina venezolana. Una parte de ella, consideraba, que el artículo 108 era sólo una norma programática y no podía ser el fundamento para permitir la transferencia de competencias a los órganos comunitarios, ni para la aplicación directa y preferente de las normas emanadas de éstos. Por tal motivo, sostenían que la inclusión del parágrafo primero antes referido, era consecuente con el texto constitucional, ya que era evidente, que tal como estaba redactada nuestra Carta Magna, no era posible la aplicación directa de dicha normativa, por lo que se requería un procedimiento de recepción de la norma comunitaria que se pretendiera aplicar en el país. En este orden, sostenían que para poder dar soporte jurídico al proceso de integración, era indispensable una reforma constitucional. El Dr. Brewer-Carías fue uno de los grandes defensores de esta tesis, y señalaba que el

79. *V., G.O.* nº 1.620 Extraordinaria de fecha 1º de noviembre de 1973.
80. *V., G.O.* nº 3.216 Extraordinaria del 7 de julio de 1983

parágrafo primero constituía una *declaración interpretativa* conforme a la cual el Congreso indicó el sentido preciso que atribuyeron a las disposiciones del Acuerdo[81].

Otra parte de la doctrina era de la opinión que el artículo 128 era el fundamento suficiente para la aprobación del Acuerdo; que una vez aprobado este último, el Estado no podía negarse a la aplicación o ejecución de tratado, en virtud del principio *pacta sunt servanda;* en consecuencia, consideraban que la inclusión del parágrafo primero violaba esta última norma constitucional. El destacado profesor José Guillermo Andueza fue uno de los principales defensores de esta corriente y por tal motivo interpuso, ante la Corte Suprema de Justicia, el 21 de junio de 1982, un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, contra el citado parágrafo primero del artículo único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, por considerar que violaba lo establecido en los artículos 128 y 190 ordinales 1º y 5º.

Siete años más tarde, el 10 de julio de 1990, la Corte dictó sentencia en dicho expediente, mediante una polémica decisión[82] que declaró sin lugar el recurso de nulidad incoado por el Dr. Andueza. En la referida decisión, la Corte dejó sentado que la Constitución vigente para aquel momento no autorizaba a transferir competencias a órganos supranacionales, razón por la cual la declaración insertada por el Congreso era constitucional. En este orden, dejó establecido que:

> a) Al aprobar el Poder Legislativo el Pacto que prevé la Comisión con facultad para dictar Decisiones, en el acto mismo de su aprobación se dejaron a salvo la vigencia y obligatoriedad de aquellas que modifiquen en la legislación nacional o que sean materia de la competencia del Poder Legislativo. Entonces, lejos de contener una obligación preexistente, el propio acto legislativo hizo la salvedad del caso. Distinto habría sido la salvedad en Ley posterior que modificara el Tratado.
>
> b) Lejos de reconocerse principios aceptados por la República, el acto hizo la advertencia respecto de ciertas Decisiones de la Comisión del Acuerdo.
>
> c) No puede afirmarse que dar validez absoluta y plena a esas Decisiones signifique ejecución de actos ordinarios, porque éstos son simplemente los que sirven para cumplir, sin necesidad de requisitos, los convenios ya aprobados, que, pues, no tienen una trascendencia normativa como para convertirse en reglas obligatorias para los habitantes de Venezuela, y por ello la salvedad que se hizo en la Ley aprobatoria estuvo destinada, precisamente, a impedir la fuerza automática de algunas Decisiones, por lo que es imposible encontrar en éstas carácter rutinario o intrascendente; y
>
> d) Desde luego que la salvedad no invade la competencia del Ejecutivo en materia de Tratados, pues, al contrario, la reserva es sólo para los actos de la Comisión que puede modificar la ley interna de Venezuela o correspondan a materias que en nuestro país son de la reserva legal; esto es, en modo alguno se invade el ámbito de atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional en materia de relaciones internacionales.
>
> Efectivamente, la Comisión -y la Junta- se creó para cumplir el Pacto, pero si dentro de la propia Ley aprobatoria se consignó la salvedad, de esa manera fue formulada tal Ley y se promulgó con la excepción, el Ejecutivo celebra el Tratado, pero, en ejercicio de su facultad constitucional de aprobación, el Congreso puede incorporar limitaciones que no menoscaben ni invadan atribuciones de aquél, y en el caso la salvedad se contrajo, justamente, a las modificaciones de leyes internas (que es potestad del Congreso acorde al artículo 177) o actos de la Comisión que, en Venezuela, tienen el carácter de 'reserva legal', esto es, que solamente pueden ser dictados por el Poder Legislativo venezolano. Por eso, la salvedad es parte integrante de la aprobación y en esas

81. BREWER-CARÍAS, Allan R.: "El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana" en *Revista de Derecho Público*, nº 44, Octubre-Diciembre 1990, p. 228.

82. De los quince magistrados de la Sala Plena, siete de ellos discreparon de dicha sentencia, mediante cuatro votos salvados.

condiciones quedó debe ser cumplida, porque el Congreso lo que hizo fue dejar constancia de que actos de su competencia interna no están sometidos a la determinación de la Comisión del Acuerdo, convirtiéndolo en organismo supranacional de índole legislativa.

No puede verse en las Decisiones de la Comisión actos de simple ejecución del Tratado, porque nuestro Congreso no lo quiso así al ejercer la atribución constitucional, recordando que en lo interno sólo él tiene la potestad legislativa. Nuestro Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión, y esa determinación no vulnera la Constitución, sino que, por lo contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y de derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer, exclusivamente, los actos que por la Constitución, ameritan de una Ley. El Tratado fue aprobado en esas especiales condiciones y si ello trae como consecuencia situaciones difíciles, la Corte no puede, pasando por la voluntad del Congreso que no ha contrariado el texto constitucional, dejar sin efecto una norma dictada en ejercicio de la potestad legislativa de ese órgano nacional.

En conclusión, juzga la Corte que en la norma impugnada no se incurrió en violaciones de la Constitución venezolana, por lo cual la nulidad no procede[83].

Por tales motivos, desde la aprobación del *Acuerdo de Cartagena* hasta 1992 todas las decisiones dictadas por la Comisión del Acuerdo, que eran de la materia de la reserva legal, fueron previamente aprobadas por el Congreso, para ser aplicadas en el territorio nacional; y en contraposición, aquellas decisiones que no cumplieron tal procedimiento nunca fueron aplicadas en nuestro país. Tal fue el caso de la Decisión 40 referente al "Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros" y la Decisión 46 sobre el "Régimen uniforme de la empresa multinacional y reglamento del tratamiento aplicable al capital subregional" fueron aprobadas por el Congreso mediante ley, tal como consta en al Gaceta Oficial Nº 1620 Extraordinaria, del 1º de noviembre de 1973. Posteriormente, la Decisión 220 (que sustituyó a la Nº 24) también fue aprobada mediante por ley especial[84]. En contrapartida, la Decisión 85 que contenía el "Reglamento para la aplicación de normas sobre propiedad industrial" y la Decisión 311 que sustituyó a aquella, relativa al "Régimen común de propiedad industrial" nunca fueron aplicadas en nuestro país, al no haber contado con la aprobación legislativa, mediante la correspondiente ley aprobatoria.

Se debe advertir que frente a esta situación interna, nunca hubo un pronunciamiento de los órganos comunitarios (ni la antigua *Junta* ni el *Tribunal de Justicia Andino*) ni demandas por parte del resto de los países miembros, sobre un posible incumplimiento por parte de Venezuela de las normas del derecho comunitario, con la actuación antes descrita. Todo ello, a pesar de que el *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, pautaba en su artículo 5 que "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

Sobre este particular, comparto la opinión del Dr. Isidro Morales Paúl quien sostuvo que "No puede concluirse, no obstante, que tal procedimiento (la aprobación previa de las decisiones que versaran sobre materia de la reserva legal, por el Congreso Nacional)

83. pp. 16 y 17 de la sentencia.
84. *V., G.O.* nº 34.014 del 25 de julio de1988

se hubiese traducido en serio obstáculo o inconveniente para el proceso de integración"[85].

En definitiva, existen fundamentos de hecho suficientes para considerar que los órganos comunitarios nunca consideraron que el procedimiento de recepción implementado por Venezuela implicara una violación de las normas comunitarias, ya que en caso contrario, habrían tenido que activar las acciones y recursos que les otorgaba la legislación comunitaria.

Adicionalmente, debe señalarse que en mayo de 1988, al aprobarse el *Protocolo de Quito*, no se incluyó un parágrafo como los contenidos en las leyes aprobatorias del Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal Andino. Tal hecho fue considerado con posterioridad, como el fundamento para la transferencia de competencias y la aplicación directa del derecho comunitario en nuestro país. En este sentido, es oportuno citar nuevamente al Dr. Isidro Morales Paúl quien al referirse a tal hecho señala que:

> La aprobación, sin reserva alguna, del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena, denominado Protocolo de Quito (12 de mayo de 1987) mediante Ley del Congreso de la República cuyo artículo 6 reconoce a la Comisión, la competencia 'exclusiva' para legislar mediante Decisiones, en las materias de competencia comunitaria, crea una nueva etapa, de mayor seguridad jurídica en la Subregión Andina[86].

No obstante, debe advertirse que si tal hubiera sido la intención del legislador, éste no hubiera aprobado con posterioridad, nuevas decisiones andinas que versaban sobre materias de la reserva legal, como fue por ejemplo, la Decisión 220 de la Comisión, que sustituyó a la Nº 24, sobre inversiones extranjeras, la cual tuvo la aprobación del Congreso y fue publicada en la Gaceta Oficial Nº 34.014 del 25 de julio de 1988. Por lo tanto, tal argumento carece de fundamento fáctico.

B. El cambio de criterio en la forma de recepción de la normativa comunitaria: 1992 a 1999

A partir de 1992, sin que se hubiera realizado ninguna reforma constitucional, el Ejecutivo Nacional procedió a ordenar la publicación de las decisiones dictadas por la Comisión, que eran materia de la reserva legal del Congreso, en la Gaceta Oficial de Venezuela y a aplicar dicha normativa comunitaria. Así por ejemplo, en la Gaceta Oficial Nº 4.284 Extraordinaria, del 28 de junio de 1992, aparecieron publicadas las Decisiones 282, sobre Normas Antidumping; la 284 sobre Normas restrictivas a las Exportaciones; la 285, sobre Normas restrictivas a la libre competencia; la 291 sobre el Régimen de Capitales Extranjeros y la 292, sobre Empresas Multilaterales: Por otra parte, la Decisión 313 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial fue publicada en la Gaceta Oficial Nº 4.451 Extraordinaria del 5 de agosto de 1992.

Es de destacar que ante la antigua Corte Suprema de Justicia se interpusieron diversos recursos contra la aplicación directa de la normativa sobre propiedad industrial[87] y

85. "Reflexiones sobre el derecho comunitario y el derecho interno en el área andina" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Enero-Junio 1992/nº 124, Año LXVIII, p. 115.

86. Ponencia "El juez comunitario andino como factor decisivo en el desarrollo y aplicación del derecho comunitario" Confederación de Abogados de los Países Andinos

87. Recurso de nulidad contra el acto de publicación de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena, por considerar que la publicación y posterior aplicación de dicha normativa era inconstitucional, por no haber sido previamente

contra la aprobación, por parte del Congreso Nacional del *Protocolo de Cochabamba*[88], los cuales buscaban un pronunciamiento de nuestro máximo tribunal que nuevamente discutiera el soporte constitucional del derecho comunitario andino. No obstante, nunca ha habido una decisión expresa que aclarara, de manera indubitable, el problema de interpretación planteado. Paralelamente, en otros procesos sobre propiedad industrial, la Corte aplicó las normas contenidas en las Decisiones 313 y 344[89].

Ante tal situación afirmamos en otra oportunidad, que:

> Por lo tanto, ante esta panorámica concluimos que tenemos, un Poder Ejecutivo arriesgado, que comienza a aplicar una normativa sin un cambio en nuestro ordenamiento jurídico, Un Poder Legislativo celoso de sus competencias y un Poder Judicial temeroso, que no quiere pronunciarse expresamente.
>
> Todo ello es una muestra de la incongruencia como se ha asumido el proceso de la integración. Se han elaborado diversas interpretaciones, para dar sustento a la integración. Creo que éstas podrían tener sentido si hubiera una actuación coherente de los tres poderes. Pero, Ante esta situación, es imprescindible que todos los órganos asuman un compromiso formal y este sólo se logrará a mi criterio, mediante una reforma de la Constitución[90].

2. La Constitución de 1999

Con ocasión del proceso constituyente desarrollado en 1999 en nuestro país, nuevamente se discutió el fundamento constitucional para la integración andina. Inicialmente, el Presidente Hugo Chávez propuso un proyecto de constitución, en el cual se incluía un artículo relativo a la integración que rezaba así:

> *Artículo.* La República favorecerá la integración económica latinoamericana y caribeña, defendiendo los intereses económicos, sociales y políticos del país, para insertar en óptimas condiciones en el proceso de cambios mundiales ya en marcha. Para estos fines procurará fortalecer la cooperación económica, técnica y la coordinación de recursos y esfuerzos entre los Estados, para incrementar el desarrollo humano sustentable[91].

La lectura de tal texto evidencia sus similitudes con el artículo 108 de la Constitución de 1961, lo que implicaría que no se resolverían los graves problemas de la ausencia de base constitucional para el proceso andino. Por tal motivo, siendo el Dr. *Brewer-Carías* miembro de la Asamblea Constituyente, se dirigió a la Comisión de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional a fin de proponer un artículo que pusiera térmi-

---

aprobada por el Congreso Nacional. Amparo ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contra la aplicación de la Decisión 344. Nunca ha habido un pronunciamiento expreso sobre la problemática constitucional de la aplicación directa de la normativa comunitaria.

88. Dicho recurso se interpuso por considerar que la ley aprobatoria que señala, textualmente que "POR CUANTO fueron cumplidos los requisitos constitucionales y legales por parte de la República para la Ratificación del citado Protocolo Modificatorio, ..." y "...para que se cumplan sus cláusulas..." es inconstitucional, al incluir el citado protocolo el artículo 3 que dice que las decisiones serán directamente aplicables.

89. Caso *Nintendo*, CSJ SPA, sentencia de fecha 3-8-95 en la cual se afirmó que: "...la decisión (del Registrador de Propiedad Industrial) es dictada durante la vigencia de la Decisión 313 que estableció la prohibición de registro de la marca notoria, en razón de lo cual el órgano administrativo venezolano, al negar el registro de una marca considerada notoria, estaba atendiendo entre otras cosas al compromiso de acatamiento de las normas del régimen comunitario andino.

90. En *Seminario para jueces sobre derecho comunitario europeo y andino*, Porlamar, 5 de abril de 1997. "Sentencia del *caso josé guillermo andueza vs. ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena*.

91. Tomado de BREWER-CARÍAS, Allan, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Editorial Jurídica, Caracas 1999, p. 177.

no a las numerosas disquisiciones doctrinales existentes en nuestro país, sobre el tema en estudio[92].

Finalmente, la Constitución aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, contiene el artículo 153 que reza, textualmente así:

> La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna[93].

De la lectura de dicha norma se observa que finalmente, nuestra Carta Magna contiene una norma que constituye fundamento sólido para el proceso de integración y el derecho comunitario, consagrando de manera clara, la posibilidad de que el Estado transfiera competencias a órganos comunitarios; y en este sentido, vale la pena destacar que al hacer referencia a "intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales", consideramos que tal enunciado permite que la integración andina abarque ya no sólo aspectos económicos, sino otros, como por ejemplo políticos[94]. También consagra la primacía y aplicación directa del derecho comunitario.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 73 de la nueva Constitución permite que:

> Los tratados, convenio o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

Ahora bien, debe advertirse que la incorporación del citado artículo 153 trae nuevos problemas de interpretación constitucional que vale la pena destacar.

En primer lugar, se debe advertir que en relación al derecho comunitario primario (Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos modificatorios, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su Protocolo, Tratado de creación del Parlamento Andino, etc..) somos de la opinión de que la aprobación de dichos instrumentos en su oportunidad, tiene pleno valor jurídico desde el punto de vista internacional, que paralelamente generó un problema de derecho interno, que sólo vino a resolverse a par-

92. *Ob. cit*., p. 171 contiene el texto de la citada comunicación. En ella, el Dr. BREWER-CARÍAS propuso la siguiente norma: "Artículo – De la integración: La República favorecerá y promoverá la integración económica, social y política, particularmente con los países latinoamericanos y del Caribe. Con tal objetivo, el Estado podrá celebrar tratados, acuerdos o pactos que sobre la base de la equidad, igualdad y reciprocidad, establezcan organismos supranacionales, a los cuales se les podrá transferir determinadas competencias atribuidas a los poderes públicos nacionales, estadales o municipales. Las normas dictadas por dichos organismos supranacionales serán de aplicación directa en la República, a menos que requieran ser desarrolladas por normas de rango inferior.

93. *G.O.* nº 5453 de fecha 24 de marzo de 2000.

94. Se debe recordar que el Protocolo de Sucre trata de unificar la política exterior de los países miembros, en los asuntos que sean de interés de la región. (Art. 4)

tir del 30 de diciembre de 1999, con la aprobación de la Constitución mediante referéndum.

En segundo lugar, en relación al derecho comunitario derivado (decisiones dictadas por los órganos comunitarios) también surgen nuevas dudas, ya que cabe preguntarse si solo serán directamente aplicables las nuevas decisiones dictadas por los órganos comunitarios a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución o si por el contrario debe considerarse que todas las decisiones dictadas con anterioridad son directamente aplicables a partir del 30 de diciembre de 1999. Siendo coherentes con la posición que hemos defendido a lo largo de los años, creemos que al no haberse incluido una disposición transitoria que regulara el problema, debe considerarse que todas aquellas decisiones que son materia de la reserva legal, que no fueron aprobadas por el Congreso Nacional, sólo son directamente aplicables, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución. Esto indudablemente trae un problema delicado como es la situación de los titulares de derechos subjetivos concedidos por el Estado venezolano, con anterioridad a la Constitución de 1999, como por ejemplo, en todo lo relativo al régimen de propiedad industrial, régimen de aduanas, etc… Nuevamente, tendrá que ser el Tribunal Supremo de Justicia máximo intérprete de nuestra Carta Fundamental al que le corresponda aclarar tales dudas.

§ 12. LA "CAUSA AUSTRIA", LA ILEGALIDAD DE LAS "SANCIONES" DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA

Heinz Schäffer
Profesor de la Universidad de Salzburgo, Austria

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a hablar sobre la causa *Austria*, que mejor se hubiera llamado caso europeo, porque significaba una crisis grande en el edificio de Europa.

Para introducir, hay que recordar un poco los hechos[1]. Antes de la formación de un nuevo Gobierno en Austria, a comienzos del año 2000, los otros miembros de la Unión Europea amenazaron con un aislamiento político si un determinado partido, el partido FPÖ (*Freiheitliche Partei Österreichs*), el partido cuyo líder en ese momento fue el Sr. *Haider*,[2] viniera a participar en ese Gobierno. Y los otros catorce miembros de la Unión Europea (UE) acordaron unas medidas que se etiquetaban como bilaterales y realmente entraron en vigor justo en el momento en el cual el Presidente Federal de Austria nombró y tomó el juramento del nuevo Gobierno. Estas sanciones duraban más de medio año, hasta Septiembre de 2000. Por parte de Austria se han sentido como una *cuarentena política*, como si Austria hubiera sido puesta bajo una tutela política de la Unión Europea. Los medios han llamado a estas medidas *sanciones* -hay que recordar que este no ha sido un término técnico-, una expresión, que por cierto, no ha sido una mala caracterización porque evidentemente, los otros miembros de la Unión Europea querían dar una señal política y querían exigir una determinada actuación política en Austria.

Este acontecimiento ha sido casi insólito, al menos durante el período de 55 años después de la IIa Guerra Mundial. Y no hay que recordar expresamente que según el Derecho Internacional público esta prohibida claramente la aplicación de fuerza, o la amenaza con fuerza, o el chantaje contra otro Estado. Por la justificación de su actuación, los

---

1. Para la documentacion detallada de los acontecimientos *Cf.*, el volumen temático; Österreich unter europäischer Aufsicht? de la revista "Zeitschrift für öffentliches Recht (Austrian Journal of Public and International Law)", vol. 55 (2000)/3, 229-346 con el Editorial "de *Heinz Schäffer* y con las aportaciónes de *Günther Winkler*, *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, *Franz Leidenmühler*, *Eugene Regan* y *Ota Weinberger*". Un análisis jurídico ya intentaron en el año 2000 los artículos siguientes de revista: *Frank Schorkopf*, Verletzt Österreich die Homogenität in der Europäischen Union? - Zur Zulässigkeit der "bilateralen" Sanktionen gegen Österreich, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, pp. 1036-1044; *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Die Wahrung der "Verfassungsgrundsätze" der EU. Rechtsfragen der "EU-Sanktionen" gegen Österreich, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000/16, pp. 485-496; *Reinhard Klaushofer*, Die Maßnahme der "EU 14" und Aspekte der Anwendung von Art 7 EU und 309 EG, Journal für Rechtspolitik 8 (2000), pp. 297-308; *Roland Winkler*, Der Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Sanktionierung eines EU-Mitgliedstaats wegen Verletzung europäischer Grundwerte und gegen die Maßnahmen der "EU-14", Journal für Rechtspolitik 8 (2000), pp. 308-327.

Mientras aparecieron unas monografías: *Cf., Heribert Franz Köck/Margit Hintersteininger*, Zu den Sanktionen der vierzehn EU-Partnerstaaten gegen Österreich, en: *Köck/Hintersteininger* (ed.,), Europa als Sicherheits- und Wertegemeinschaft (Wien 2000); *Fritz Schorkopf*, "Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedsstaaten gegen Österreich. Möglichkeiten und Grenzen einer" streitbaren Demokratie' auf europäischer Ebene "(Berlin-Heidelberg-New York 2002) y *Anton Pelinka/Waldemar Hummer*" Österreich unter, EU-Quarantäne' (Wien 2002).

2. Presidente del FPÖ 1986-2000.

otros miembros de la Unión se referieron muy generalmente a los nuevos *valores europeos*. Lo que sucedió no se puede comparar fácilmente con otros acontecimientos en la historia; por ejemplo, no con la llamada Santa Alianza en el siglo XIX, que entonces quería mantener un orden restaurativo e intervino de verdad en el ordenamiento interno de algunos Estados, por ejemplo, ordenando una censura de la prensa a tales medidas. Y tampoco se puede comparar fácilmente, por ejemplo, con la actuación del Imperio Soviético cuando intervino en varios Estados vasallos de este Imperio, porque esto han sido verdaderamente, intromisiones militares o casi militares. (1956 Hungría, 1968 Checoslovaquia, 1981 Polonia)

Volviendo a la *causa Austria*: Nadie supo entonces qué paso exactamente; si eso significaría un nuevo orden político en Europa, si Europa de cualquier manera quería establecer una tutela sobre un estado miembro y, eventualmente en otros casos, sobre otros miembros, porque la situación hubiera amenazado también -se discutió- a Italia si en este país el *Polo delle Libertà* de *Berlusconi* que incluyo tambien el partido ultraderecha *Alleanza Nazionale* (sucesor del partido neofascista MSI) subía al poder. Sin duda estas acciones, estas *sanciones*, han sido preparadas muy rápidamente, tan sólo por teléfono, y han sido puestas en vigor muy rápidamente, por internet - después se buscó casi desesperadamente una salida de la situación que no era fácil, porque los actores siempre insistieron en que algo que ha sido tomado por decisión común, también sólo pudiera disolverse unánimamente.

Tambien quedó la sospecha de que los UE-14 querían aguantar el tipo, como se dice, o guardar la cara, como dicen los chinos, o salvar las apariencias, y sólo por eso querían que se encontraran en una situación unánime.

Para explicar el asunto mejor y con detalle, intentamos proceder en varios pasos. Primero, explicaremos qué ha pasado antes, cómo se forma un Gobierno en Austria (II. A.), cuáles han sido las condiciones políticas, cómo se produjo el texto de estas *sanciones* (II. B.), cómo se pueden juzgar jurídicamente (II.C.), cuáles han sido sus efectos (II. D.), cómo se salió finalmente a través de un *Informe de los Sabios* (III.), y como conclusión, qué lecciones se pueden tomar de estos acontecimientos (IV.).

II. LAS DICHAS "SANCIONES"; SITUACIÓN EN AUSTRIA; LA TOMA DE DECISIÓN POR PARTE DE LOS UE-14; LOS EFECTOS

1. Situación en Austria

En Austria, antes de la formación del nuevo Gobierno, teníamos una situación política que duraba bastante años, la segunda fase de una *gran coalición* entre conservadores (ÖVP) y socialistas (SPÖ). Una gran coalición ya existía desde hace mucho tiempo, desde 1945 hasta 1966 (entre ÖVP y SPÖ) y otra vez (entre SPÖ y ÖVP) desde 1987 hasta casi 2000, es decir, en algo más de treinta años[3]. Al final de esta situación, aunque gobernaban juntos, no se entendían más, y había casi un bloqueo total en la política interna. Este sistema de gobierno recibió mucha crítica, y una crítica muy fuerte, espe-

3. Por la historia y las formas de gobierno durante la Segunda República en Austria cf. *Heinz Schäffer*, Il modello di governo austriaco - fondamenti costituzionali ed esperienze politiche, in: *Jorge Miranda* (ed.,), Persepctivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976. (Coimbra 1998) vol. III, pp. 539 ss.

cialmente de parte del Partido FPÖ, el cual aunque se llama *freiheitlich* (es decir liberal) no persiguió exactamente la ideología liberal, pero bajo el liderazgo de Sr. *Haider* una política muy populista/derechista.

En las elecciones de 3 de octubre de 1999 [-de la fecha misma ya se ve claramente que quedó un gran espacio de tiempo entre las elecciones y la formación de Gobierno-] resultó lo siguiente. Bajaron los partidos tradicionales grandes, SPÖ y ÖVP, y prácticamente se convirtieron en medianos. Los socialistas ganaron 65 escaños; el segundo lugar, con pocos votos de diferencia ganó el FPÖ el segundo rango (52 escaños), adelantando a los conservadores (tercera posición también con 52 escaños); sólo 14 escaños resultaron para el partido de los Verdes. Estas cifras muestran una sitación, en la cual la formación de un nuevo Gobierno ha sido muy difícil.

2. La toma de decisión por parte de los UE-14

¿Cómo se forma y se compone un Gobierno en Austria? Primero, casi necesariamente un Gobierno de coalición ya es costumbre en Austria, porque en un sistema electoral proporcional casi nunca resulta una mayoría absoluta de un partido. Sí que lo hemos tenido, pero sólo por unos años[4] en decenas de años; en otros casos, siempre se formaban Gobiernos de coalición. Pero, en este caso de 1999/2000, la ruptura política entre socialistas y conservadores ha sido muy grande. Además, los socialistas no querían coaliar con el FPÖ, y los conservadores tampoco (al menos al comienzo). Prácticamente ninguna forma de Gobierno parecía posible. Segun la constitución Austríaca es el Presidente Federal, que es quien -formalmente- forma el Gobierno, quien - primero - encarga a una persona la tarea de que se formule una propuesta de Gobierno, el designado Canciller Federal, y esta persona tiene que proponer una lista de Ministros. Si éstos tienen la posibilidad de un apoyo suficiente en el Parlamento, entonces normalmente se nombra el Gobierno según esta propuesta.

En esta situación que ya he descrito como muy difícil, el Presidente *Klestil* no encargó la formación, pero sólo encargó unas conversaciones políticas para sondear qué posibilidades existían. Y esta tarea se le encargó al Jefe del Partido Socialista (*Klima*), que ha sido el canciller del Gobierno de coalición dimitido, el que claramente había perdido las elecciones. Teníamos para unos meses una situación muy extraña, porque según el Derecho constitucional austríaco, el Gobierno, que aunque está dimitido es el Gobierno provisional durante este tiempo. Es decir, *Klima* siguió siendo Canciller, y prácticamente era el designado para un futuro Gobierno, pero si no tenía éxito, tampoco sería una situación muy compatible.

Los sondeos políticos duraron hasta Diciembre 1999, y hasta entonces casi parecía posible una nueva coalición entre los socialistas y el Partido conservador. Ya tenían un pacto político de coalición listo para firmar, pero al final fracasó porque unos participantes en el Comité que negoció sobre la nueva coalición, representantes de altos cargos de los Sindicatos, no querían firmar el pacto. Eso prácticamente significaba que el pacto de un nuevo Gobierno no tenía apoyo suficiente en el Parlamento. Con este fracaso, la situación ha sido nuevamente abierta, pero el Presidente Federal *Klestil* no retiró el encargo y pidió que el entonces Canciller y Presidente del Partido socialista *Klima* siguiera con los sondeos. Él pensó, mientras tanto, formar un Gobierno minoritario, y

4. Era del Canciller *Kreisky*.

hasta ofreció la participación en el gobierno o el apoyo tácito al partido de *Haider*. Esto después se negó públicamente, pero era un hecho. Mientras, el Partido conservador tampoco quería coaliar más con los socialistas, quienes no querían formar un pacto de coalición necesario para el saneamiento de las finanzas del Estado, para el saneamiento del sistema social, especialmente a través de una subida de la edad de la jubilación. Entonces hubo contactos entre ÖVP y FPÖ, especialmente entre los jefes de ambos partidos, *Schüssel* y *Haider*.

En pocos días la situación de la pólitica interna cambió totalmente. El Presidente Federal, *Klestil*, que siempre ha mostrado aversión contra la formación de un Gobierno entre conservadores y FPÖ públicamente no pudo hacer nada más porque estos dos Partidos ya negociaron entre sí y presentaron una lista de Gobierno[5]. Finalmente, el Presidente Federal *Klestil* prácticamente sólo ha podido ratificar esta solución mientras había muchos contactos y llamadas al extranjero, un hecho que hay que mencionar con detalle, porque tiene que ver con cómo se formaron las sanciones. Pero mientras, justo el día 4 de Febrero de 2000, el Presidente Federal no pudo hacer otra cosa que nombrar el nuevo Gobierno[6]. Para prevenir todas las críticas y alegaciones políticas que veían un peligro en la formación de un gobierno *ultra derecho*, este Gobierno firmó, delante del Presidente Federal, un preámbulo de la declaración del Gobierno, incluyendo una declaración de que son, no sólo aficionados, sino dedicados a, y prometían la salvaguardia de los principios europeos de los derechos humanos, de la democracia, etc.

3. Los efectos de las "sanciones"

¿Qué ha sucedido mientras al nivel internacional, y cómo se han formado las sanciones de las UE-14? La historia y la verdad completa se han revelado sólo unos meses después, todo se desarolló muy rápido y en secreto. Se hizo casi incluso por teléfono, por fax e Internet. Al mismo tiempo del fracaso de la formación de un nuevo Gobierno, tuvo lugar una conferencia anti-holocausto en Estocolmo, organizado por la Internacional Socialista, en la cual participó en el mismo papel el Canciller Federal como Presidente de su Partido, y allí encontró muchos colegas suyos en su papel de Jefe de Gobierno, y naturalmente se quejó de la situación de que su partido perdiera la oportunidad de formar Gobierno. Evidentemente, otros factores tuvieron también su importancia. Suecia intentaba mantener su apariencia de *political correctness*, porque había unos excesos xenófobos y neonazis en su país. Un factor de segundo rango, ha sido el interés de los líderes socialistas a oponerse a un movimiento hacia la derecha en Europa, porque eso hubiera significado un ejemplo para otros Estados. Un papel esencial, posiblemente, ha tenido el Presidente francés *Chirac*, quien quería perfilarse como el protagonista de una política pro-Europa y no-nacionalista, necesaria en su país, contra el movimiento nacionalista del Sr. *Le Pen* y, no dejó otra alternativa al Canciller alemán *Schröder*, quien por parecidos motivos quería cooperar justo con esta política propuesta o perseguida por *Chirac*.

5. Canciller (i.e. Presidente del Gobierno) fue el jefe de los conservadores, *Schüssel*, mientras *Haider* se retiró del liderazgo del FPÖ y dejó esta función igual como el puesto de vice-canciller(a) a la sua (entonces) vicaria, la senora *Riess-Passer*. En seguida, *Haider* fue eligida presidente de Gobierno en Carinthia, en uno de los Länder austriacos. En el seno de su partido formalmente tiene la posición de un simple miembro de partido, aunque manteniendo mucha influencia de hecho.

6. Expresó el disgusto rechazando dos candidatos del FPÖ y, además, con su cara y actuación durante el acto del juramentación.

Había muy poco tiempo, llamadas entre los Presidentes, y los que estaban activos pusieron una fecha muy corta a los demás. Se supo meses después, por ejemplo, que el Presidente danés ni había podido contactar a su propio Parlamento, lo que es prescrito por la Constitución danesa; en Finlandia no pudo contactarse con al Presidente del Estado porque éste estaba de camino a los Estados Unidos, y en su lugar tomó la decisión el Primer Ministro, aunque tal actuación fue inconstitucional. Todo eso para poder cumplir con la fecha que se había fijado.

La reacción de los UE-14 a la iminente formación de un nuevo gobierno austríaco fue un documento con las *sanciones* amenazadas, cuyo texto se publicó antes de contactar las autoridades austríacas. El documento fue publicado a través de varios medios, primero a través de un *statement* de la Presidencia de la Unión Europea, (entonces) Portugal, después por un comunicado del Ministro de Asuntos Exteriores portugués y por una nota diplomática a la Embajada de Austria, y además ha sido publicado a través de Internet[7]. Aquí reproducimos sólo el primer documento (cita original en inglés):

Presidency's platform regarding the formation of the new Austrian Government

Based on consultations with all Heads of State and Government

Today, Monday 31 January, the Portuguese Prime Minister will inform both the Predident and the Chancellor of Austria and the Portuguese Minister of Foreign Affairs will notify his Austrian counterpart of the following joint reaction agreed by XIV Member States of the European Union in case it is formed in Austria a Government integrating the FPÖ.

Governments of XIV Member States will not promote or accept any bilateral official contacts at political level with an austrian Government integrating the FPÖ; there will be no support in favor of Austrian candidates seeking positions in international organizations; Austrian Ambassadors in EU capitals will only be received at technical level.

This joint reaction will be made public at a later stage when deemed appropiate or necessary.

The Portuguese Prime Minister and the Minister of Foreign Affairs have already informed the Austrian authorities that there will be *no business as usual* in the bilateral relations with a Government integrating the FPÖ.

It is the Prime Minister's intention to call the Austrian President at 12h00 Portugal's time (13h00 ECT).

El documento anunció tres puntos concretos de aislamiento de Austria (veáse el segundo apartado del *statement*). Su finalidad ha sido prácticamente un acto de apoderar y mandar a los otros miembros de la Unión Europea a tomar *acciones* que -falsamente- han sido etiquetadas como *bilaterales*, y verdaderamente Portugal ha empezado tomando esta posición ya antes de la publicación de la resolución.

4. Análisis jurídico

1. Los primeros análisis, normalmente por los especialistas en Derecho internacional público, subrayaron el carácter político de la decisión de las *sanciones* y que las medidas siguientes sean *bilaterales*[8]. Estos expertos no tenían en cuenta que, justo la toma de

7. Statement from the Portuguese Presidency of the EU 1/31/00 (http.//www.portugal.ue-2000.pt/uk/news/execute/news.asp?id=425) Content: Statement from the Portuguese Presidency of the European Union on behalf of XIV Member States.

8. Por ejemplo Waldemar Hummer/Walter Obwexer, Österreich unter "EU-Quarantäne", ecolex 2000, pp. 250 ss.

decisión se desarolló dentro de un colectivo de catorce, aunque ha sido declarado a través de la Presidencia de la Unión Europea en el marco de las instituciones de la Unión Europea. El juicio que la declaración de sanciones ha sido un acto político o bilateral no es incorrecto del todo, pero le falta un poco la diferenciación. Naturalmente es verdad que este acto ha sido un acto descortés, prácticamente una ruptura con la cortesía normal entre los Estados (*comitas gentium*), es decir la buena gestión que se practica normalmente entre Estados amigos, especialmente tales que son unidos dentro de una organización.

¿Cuáles hubieran podido ser las consecuencias jurídicas de la Unión Europea? ¿Puede una acción de tipo bilateral frenar la cooperación dentro de la Unión Europea? Hubiera sido incomprensible si Austria no hubiera podido continuar participando en las reuniones del Consejo de Ministros. Sin embargo la costumbre de que la Presidencia de la UE visite a todas las capitales cuando se trata del desarrollo de una cierta política de la integración, no se observó frente a Austria durante el tiempo de las sanciones. Estos actos preparatorios que no están previstos en el Derecho escrito de la Unión, pero son la costumbre, en particular tales visitas no tuvieron lugar en Viena. Para no frenar el desarrollo de la integración, los otros miembros no han podido evitar la participación de Austria en la reunión de Ministros, en preparación de la Conferencia de Gobiernos de 2000, o por ejemplo, tampoco se aplicó un aislamiento dentro del desarrollo de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Y tampoco se impidió, ni Austria lo negó, participar en estas negociaciones en que se trataba de la proxima ampliación de la Unión Europea.

Otra cosa es que se declaró que los UE-14 no querían apoyar candidatos austríacos en organizaciones internacionales. Si eso hubiera tenido lugar, verdaderamente hubiera significado una discriminación prohibida por el derecho comunitario (art. 12 TCE).

2. ¿Qué medidas hubiera podido tomar Austria contra las sanciones? Primero se puede pensar en el artículo 227 TCE (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) que permite que cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia si estima que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones[9]. Otra reacción hubiera podido ser una política de bloqueo dentro del Consejo de Ministros, decisión que Austria no tomó. Y también hubiera sido pensable que Austria se abstuviera de la revisión del Tratado, es decir, bloquear las negociaciones de la Conferencia de los Gobiernos de la revisión del Tratado, especialmente en el dicho proceso Post-Niza.

La decisión de imponer *sanciones* o una forma de boicoteo contra Austria claramente tenía el objetivo de prevenir o impedir la formación de un Gobierno que incluye el FPÖ (partido *Haider*) en el Gobierno. Pero justo eso tuvo lugar, y el Gobierno de Austria reaccionó de tal manera que lamentó la actuación de los otros miembros, y ha dicho expresamente:

> This step, taken without previous dialogue with the Austrian Government, is against the spirit of solidarity and co-operation between EU Member States. El portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores añadió que “Austria is a stable democracy where human rights are guaranteed by the constitution and protected by an independent judiciary...Any new government programme will be based on the EU’s common values of freedom, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms as well as the rule of law” y tambien proponía que “any future government should be judged by its programme and actions”.

9. Waldemar Hummer/Walter Obwexer, ecolex 2000, pp. 250 ss. pensaron que una actuación “informal” de los UE-14 no se podría concebir como lesión del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), eventualmente como lesión del Tratado de la Union Europea (TUE). En ambos casos el ‘Tribunal Europeo de Justicia no sea competente.

La respuesta de Austria ha sido mesurada y también contenía la invitación a los otros miembros de la UE de cooperar y de empezar un diálogo abierto y objetivo. Esta propuesta no ha sido aceptado por la otra parte (los UE-14) que así claramente lesionó una obligación fundamental, la lealtad a la Unión Europea, que está establecida no sólo en el artículo 10 TCE (version Amsterdam) sino también está expresada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo hace años[10].

Un primer vistazo a los artículos del Tratado nos muestra todo esto. En el artículo 6 TUE se dice expresamente que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; además el principio del Estado de Derecho no sólo es estatal, también es un principio de la Unión en sí. Todos estos principios son comunes a los Estados miembros. Aunque aquí están formulados unos principios de una homogeneidad política en Europa, se respeta - apartado 3 - la identidad nacional de sus Estados miembros, es decir, la constitución y el organismo interno de cualquier Estado miembro. Sólo por el caso de una lesión grave de derechos humanos existe TUE que dice (ya en la versión de Amsterdam), que el Consejo reunido en su composición de Jefes de Estado, es decir el *Consejo Europeo*, y a propuesta de un tercio de los Estados miembros, o de la Comisión, y con previo dictamen conforme al Parlamento, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado de principios contemplados en el artículo 6, apartado 1 TUE. Cuando se haya efectuado dicha constatación que debe tomarse unánimamente, y sólo si esta constatación existe, el Consejo podrá decidir por mayoría calificada, que se suspenden determinados derechos derivados del presente Tratado, incluido el derecho de votación. Por eso se puede preguntar cómo se calificaría la actuación de los catorce. Se ofrecen dos posibilidades:

-Primera interpetación: se ha actuado totalmente fuera de la esfera de la competencia respetando que no sólo en el Derecho comunitario en el sentido estricto, sino también en el Derecho de la Unión política, existe y está establecido el principio del apoderamiento individual o particular para cada actuación. Entonces, una consecuencia que se podría pensar es que toda esta actuación de los catorce estuviera fuera de sus competencias; entonces la consecuencia hubiera sido calificar la actuación de los UE-14 como nula, totalmente nula.

-Pero -segunda interpretación- no se puede negar que todo esto, como en el Derecho internacional la eficacia es muy decisiva, se ha desarrollado en el marco institucional de la UE, y tenía efectos. En esta perspectiva la actuación de los UE-14 no se podía pensar como totalmente nula, pero se preguntó sobre la legalidad de estos actos.

Sobre este tema ha dado un análisis muy profundo el jurista irlandés *Eugene Reagan* quien ha dictaminado en esta cuestión para su propio Parlamento irlandés. En este dictamen ha desarrollado los argumentos más importantes y tal vez correctos. Dice claramente que el procedimiento previsto en el artículo 7 TUE (version Amsterdam, que está aún en vigor) no ha sido respetado: es posible que un tercio de los miembros haya tomado la iniciativa, pero evidentemente no había una propuesta de la Comisión, y evidentemente no había consenso previo del Parlamento, es decir, se han lesionado los requisitos procedimentales esenciales de este artículo. Además, el artículo 253 TCE también prevé que todos los órganos de unión de la Comunidad Europea, que son también

10. *Comision/Belgica*, C-52/84, ECR 1986, p. 89.

órganos de la Unión, que todas las decisiones del Consejo deberán ser motivadas, y eso también es válido en el marco del Derecho de la Unión[11].

3. Surge la próxima pregunta, si en este caso hubiera podido existir una competencia del Tribunal de Justicia europeo para juzgar el caso, porque recientemente se ha extendido la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad también a asuntos de la Unión, pero no a todos. Exactamente es el artículo 46 TUE, que se extendía a los derechos fundamentales citados en el artículo 6, apartado 2, pero no se refiere al procedimiento del artículo 7 TUE, que incluye la posibilidad de tomar decisiones en forma de sanciones. Por consecuencia, todo el artículo 7 TUE es un procedimiento político, el cual sin embargo conoce unos requisitos procedimentales claramente fijados[12].

Sin embargo hubiera existido la posibilidad de un pleito contra la actuación de cada uno de los otros miembros por violación de sus propios deberes y obligaciones, es decir por lesión de las obligaciones que resultan del principio de la legalidad que forma parte del Derecho comunitario *sensu stricto* y del Derecho de la Unión. Según *Regan* la lesión en el caso concreto se podría fundar en tres argumentos principales:

Primero, porque la Unión está fundada sobre el principio de la democracia,[13] y dice en sus propias palabras *No one has reason to believe that Austria is any less a democracy than Ireland or any other Member State of the EU as that term is defined … and generally understood*[14], y por consecuencia dice que hubiera sido un pleito legítimo de parte de Austria, porque los otros catorce miembros han actuado justo en lesión del principio democrático de la Unión y del respeto de la identidad nacional de los miembros.

Segundo argumento, también muy importante, es el que se refiere al principio del *fair hearing* (principio de un procedimiento correcto, tramitación leal). Este procedimiento está garantizado expresamente en la Convención Europea de Derechos Humanos cual forma una parte de la tradición constitucional de todos los miembros de la Unión Europea, y a través de esto es un principio de la Unión misma. Este Principio y esto también ha sido lesionado por las *sanciones* contra Austria, no dándole la posibilidad de una respuesta a las inculpaciones.

Tercer argumento, el principio de la igualdad y de la no-discriminación ha sido lesionado porque en cualquier otra situación no se sabe si otro Estado hubiera sido tratado de tal manera porque todas estas inculpaciones han sido expresadas sin un procedimiento y sin pruebas.

5. La posición de Austria en el conflicto

Como ya he mencionado, Austria protestó pero actuó bastante diplomáticamente, en particular renunció a un pleito ante el Tribunal Europeo. Pensó que es mejor hablar y conseguir un entendimiento. Primero, en marzo, el Canciller Federal *Schüssel*, el con-

11. Todos los órganos de la Comunidad Europea son también órganos de la Unión. *Eugene Regan,* Are EU Sanctions Against Austria Legal?, ZÖR vol. 55 (2000), pp. 323 ss. critica tambien la ambiguedad de la decision de los UE-14. Para él no es un acto del Consejo europeo; el lo califica como "mere stratagem designed to evade the very procedures which would have allowed Austria to have received a fair hearing prior to the imposition of sanctions and the European Parliament to exercise some democratic control".

12. Según *Regan,* ZÖR vol. 55 (2000), p. 329 la actuación de los UE-14 "constitutes an infringement of an essential procedural requirement.."..

13. *Holanda/Consejo,* C 58/94, ECR 1996, I-2168.

14. *Regan,* ZÖR vol. 55 (2000), p. 333.

servador que ha presidido desde entonces el nuevo Gobierno, en la cumbre de Lisboa (24-3-2002) pidió un fin a las sanciones, pero sin ninguna reacción positiva de parte de los otros miembros. Hay que mencionar también que ya en los primeros meses del año 2000, el comisario de la Comisión Europea que es competente para las cuestiones de las instituciones propuso formular un nuevo artículo 7, una idea que también ha sido considerada en Austria, y después perseguido y propuesto justo de parte de Austria. Había también la presencia del Presidente Federal *Klestil* en el Parlamento europeo de Estrasburgo (12.4.2000)[15], pero duró hasta mayo la situación con endurecimiento y sin aligeración de la situación. Entonces, cuando ya duraban meses estas *sanciones*, el Gobierno austríaco presentó un Plan de Acciones (5. 5. 2000):

-El primer punto ha sido la idea de una ofensiva diplomática, y verdaderamente tuvo lugar que algunos Ministros viajaron a otras capitales europeas, y no sólo Ministros, sino también viajaron importantes personas privadas (personas de la cultura, de la economía, etc.) y dieron Conferencias intentando aclarar cómo es la situación normal, cómo funciona la democracia en Austria.

-A los ciudadanos austríacos en el extranjero se les pidió que también apoyaran esta posición y eso tuvo lugar.

-El Gobierno instaló un *Austrian web site* donde se demostraron las posiciones austríacas.

-Se organizó un Congreso Internacional de Juristas para discutir la situación de las sanciones, y posibles salidas de una situación tan extraña.

-Además Austria intentó poner este problema en la Agenda de las reuniones del Consejo de Ministros -El último punto, como se sabe, durante meses sin éxito.

La Ministra de Asuntos Exteriores, la Sra. *Benita Ferrero-Waldner*, lanzó una operación ofensiva pero muy elegante. Viajó a capitales, dio conferencias haciendo propaganda por un entendimiento de Austria. Hubo una declaración de los Jefes de Gobierno de los *Länder* (es decir, de las autonomías) de Austria. Finalmente, a comienzos de julio, cuando ya había pasado casi medio año, el Canciller Federal austríaco propuso un nuevo procedimiento por posibles sanciones en el caso de que un Estado miembro lesione los principios europeos. Todo esto por lo pronto no tuvo mucho efecto. Mientras se endureció también la situación de la política interna en Austria; muchos apoyaron la idea de que Austria tomara una posición diferente, es decir, que utilizara el veto dentro del Consejo Europeo, y muchos favorecieron la idea que posiblemente se organizara un referéndum consultivo en Austria que apoyara esta posición, lo que al final no tuvo lugar. Había muchos problemas constitucionales con la idea de este referéndum que al final no tuvo lugar, pero tenía un cierto numero de Partidarios.

III. EL "INFORME DE LOS SABIOS" Y EL DESARROLLO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. A finales de la presidencia de Portugal, en junio, ya se buscaba discretamente, pero al comienzo sin éxito, una salida de esta situación tan extraña, que al final (27-06-2000) se encontró por el encargo de un Informe de los Tres Sabios. Austria aceptó este proce-

15. "Como presidente federal" afirmó, "tengo que rechazar las críticas injustificadas vertidas contra Austria y contra su pueblo", y denunció la imagen distorsionada que se está ofreciendo de su país, haciendo un llamamiento a los Estados miembros para que garaticen "objetividad y justicia".

dimiento de salida bajo dos condiciones políticas imprescindibles. Una primera consistió en que Austria debería integrarse, de una u otra manera a este proceso; y desde otro punto de vista, era necesario poner una fecha en la que se terminara esta situación. Este segundo ruego no fue garantizado, pero lo primero se cumplió porque Austria fue informada de la idea de parte de la Presidencia de la Unión Europea, puesto que el Presidente contactó con el Tribunal de los Derechos Humanos en Estrasburgo, pidiendo al Presidente de este Tribunal (Prof. *Wildhaber*) que le propusiera tres sabios que fueran hábiles para juzgar esta situación. Los *sabios* se encontraron (12-07-2000) en las siguientes personas: el ex Presidente de Finlandia *Matti Ahtisaari*, el ex Comisario de la Unión Europea, *Marcelino Oreja*, y el tercero fue el profesor *Jochen Abr. Frowein*, un experto conocido en Derecho internacional, director del Instituto de Derecho comparado en Heidelberg (Alemania), quien además había sido Vice-presidente de la Comisión de Derechos Humanos en Estrasburgo -todos personas muy calificadas. A ellos se les encargó una comprobación profunda, primero, de la actuación del Gobierno austríaco frente a los valores europeos y, especialmente, frente a los derechos de las minorías, de los asilados y de los inmigrantes, y si Austria hubiera tenido una actuación muy extraña en este aspecto (aunque es muy conocido que Austria siempre ha sido uno de los Estados xenófilos, un país que en relación a su propia pequeña población recibió la mayor parte de emigrantes en Europa; siempre abierto, en todos los casos, por ejemplo cuando tuvo lugar la Revolución en Hungría, cuando a finales de primavera en Praga invadieron los Rusos en la CSSR, cuando durante el estado de guerra en Polonia muchos huyeron de su tierra -en todas estas ocasiones Austria recibió los refugiados con puerta abierta).

-El segundo punto era el mandato de estudiar el desarrollo y la naturaleza política del partido FPÖ. No estaba muy claro lo que significaba este segundo mandato, desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, Austria aceptó esta situación para poner fin a las *sanciones*. Este informe se produjo bastante rápidamente con la cooperación de Austria, porque los Sabios visitaron Austria y contactaron no sólo con el Gobierno, sino también con todos los partidos políticos, con los representantes de los grandes grupos de intereses (es decir, con la Cámara de Trabajo, con la Cámara de Comercio, etc), con las iglesias y las comunidades religiosas, con representantes de la sociedad civil, y con exponentes de la alta magistratura.

El informe estuvo listo el 08-09-2000 y facilitó la salida de la situación incómoda en la cual habían maniobrado los UE-14. Los daños psicológicos y políticos, que han causado las *sanciones*, quedan en cuanto no se juzga la actuacion de los UE-14.

En el informe hubo algunas confusiones y malentendidos, de los cuales sólo citamos algunas pocos. Primero, que es muy interesante, y que ha sido bastante difícil, cómo juzgar un partido. Dice el informe que hay razones para pensar que el partido FPÖ es un partido de la derecha populista -nadie sabe exactamente qué es esto, pero no está mal formulado-, con elementos radicales -nadie sabe exactamente qué es *radical* en Europa- aunque puede ser correcto, como se formula en el punto 110 del informe: “Existen razones por las que la descripción del FPÖ como partido populista de derecha con elementos radicales sigue siendo todavía adecuada”. Y al final de esta calificación se dice que los Ministros quienes pertenecen a este partido han realizado, por lo general, sus tareas en el Gobierno en línea con el compromiso del Gobierno austríaco y con los valores europeos comunes -es decir, han actuado correctamente. Lo más importante parece lo siguiente: “De acuerdo con nuestro mandato, Austria cumple su compromiso con

los valores europeos comunes". El respeto del Gobierno austríaco, en particular el respeto a las minorías, a los refugiados e inmigrantes no es inferior al de los otros Estados miembros, y además se dice, al final del apartado competente: "En algunas áreas, particularmente, en lo que se refiere a los derechos de las minorías nacionales, los estándares austríacos pueden considerarse como superiores a los que se aplican en muchos otros países europeos". Llegaron a unas conclusiones y recomendaciones, donde se dice explícitamente que no ha sido parte de su mandato el juzgar la legalidad de las medidas de los catorce, pero recomiendan expresamente el desarrollo de un procedimiento nuevo y preventivo de una posible supervisión si cualquier miembro, en el futuro, no actuara correctamente, pero que desde el comienzo sea tratado correctamente, en un diálogo abierto y no confrontativo. Eso ha sido verdaderamente el alcance para el futuro. En el caso concreto no sólo se acabó con las sanciones de parte de los UE-14, sino también de parte de otros países que han participado en esta forma de *sanciones*, no obstante que no hayan sido miembros de la Unión Europea (especialmente la República Checa)[16]. Todas las *sanciones* acabaron a finales de Septiembre 2000.

2. En conformidad con la idea del Comisario europeo *Barnier* y de las propuestas austríacas durante las negociaciones del Tratado de Niza 2001, es decir, mucho más de un año después, se ha cumplido la idea de un nuevo procedimiento. El primer apartado del nuevo artículo 7 TUE que aún no está en vigor-[17] ahora dice: "A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, de un tercio del Parlamento -es decir, también el Parlamento Europeo podría tomar tal iniciativa- o del Consejo, por mayoría de cuatro quintos de los miembros" se puede iniciar un *procedimiento preventivo*. Esto es algo totalmente nuevo, porque no es preciso la unanimidad, y eso tiene una cierta razón. Justo el requisito de unánimidad ha sido la razón de obstáculo de un procedimiento correcto contra Austria, porque los otros catorce que quisieron intervenir, sabían exactamente que Austria no hubiera aceptado esta actuación contra sí mismo.

Hay que mencionar también que quien ha iniciado la idea de un procedimiento de salvaguarda de los principios europeos ha sido Austria, ya antes de todos estos acontecimientos. Y ¿por qué? Sabíamos exactamente que cuando entraran cinco, diez o quince nuevos estados (especialmente del este de Europa) en la EU, los que no tienen los mismos estándares de derechos humanos como los miembros clásicos de la Convención Europea de Derechos Humanos, estos nuevos miembros no podrían cumplir perfectamente con ello, ni podrían mantener los mismos éstandares. Pero, si uno estado miembro los lesionara gravemente, entonces estaría previsto un procedimiento factible. Esto ha sido la propuesta de Austria ya mucho antes. Lástima, el hecho de que un procedimiento adecuado aún no era pactado, se dirigió contra la misma Austria.

Ahora, el TUE además contiene otro artículo que prevé un procedimiento preventivo, el cual se puede empezar con cuatro quintos de los miembros, y podrá constatar la existencia de un riesgo, no de la lesión, algo que también es nuevo. En tal caso, el primer paso (en el futuro) son recomendaciones para mejorar la situación. Antes de proceder a esta constatación el Consejo oirá al Estado miembro. Es verdaderamente necesario, si tenemos el principio del Estado de Derecho en la UE. El TUE mismo ahora contiene la regla que como uno de los primeros pasos del procedimiento se podrá solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe de la situa-

16. También Noruega, Canadá, Argentina, Costa Rica.

17. El Tratado de Niza (2001) requiere la ratificación por parte de todos los Estados miembros de la UE según los prescritos de sus constitutiones nacionales. Se retrasó el proceso de ratificacion, porque en Irlanda un primer referendum resultó negativo, solo un segundo referendum en otoño 2002 finalmente resultó afirmativo.

ción. También se ha codificado el procedimiento de unos Sabios encargados para una comprobación de la situación. Y sólo si todo esto ha sucedido, el Consejo comprobará de manera periódica, si los motivos que han llevado a tal situación siguen siendo válidos. Asi se controla la situación, siempre se puede acabar la situación, y sólo si no se consigue nada positivo, entonces tendrá lugar el procedimiento de sanciones que anteriormente ha sido integrado en el artículo 7 TUE (versión Amsterdam). Sólo entonces el Consejo reunido en su formación de Jefes de Estado, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los miembros, podrá constatar la existencia de violación de los principios basicos (art. 6 apartado 1 TUE), y entonces tiene lugar todo este procedimiento de sanciones de verdad.

IV. CONCLUSIONES

Al final, a ¿qué conclusiones se puede llegar de la Causa Austria?

1. Tan insólito como parece, tan insólito no ha sido la situación, si uno sabe un poco de la historia. Había una situación de aislamiento de Francia al comienzo de los años sesenta (del siglo XX). Francia se aisló a sí misma cuando entró Gran Bretaña en la CE, y dejó vacío su asiento en el seno del Consejo de Ministros: fue la *crisis del sillón vacío*. Después Europa aprendió esta lección. No está codificado en ninguna parte del Tratado, pero se tomó la decisión que el Consejo puede seguir con la política de la integración, pero nunca contra los intereses vitales de un miembro. Esta idea se ha efectuado a través del famoso no escrito Compromiso de Luxemburgo.

Mientras, el caso Austria ha demostrado qué difícil es salir de una situación donde nadie quiere perder sus apariencias. Ya existía un procedimiento, pero no había sido aplicado de una manera correcta. Es cierto que una Unión Europea requiere una cierta *homogeneidad política*, pero al mismo tiempo hay que mantener el *respeto por la identidad y la situación constitucional de cualquier Estado miembro*. La UE aún no es -y cierto por mucho tiempo aún no será- un Estado (federado). Por eso hay que subrayar que una calificación incorrecta si algunos expertos hablan sólo de una autonomía constitucional de los miembros, porque eso es una expresión, un término que se aplica adecuadamente sólo para la descripción de la situación de un Estado miembro dentro de un Estado Federado. En este caso, verdaderamente el Estado Federado tiene una Constitución estatal, y, por ejemplo, el Estado de Baja Austria tiene una Constitución, o el Estado de Bavaria tiene una Constitución dentro del marco de los requisitos que requiere el marco constitucional austríaco o alemán. Es otra cosa la constitución de un Estado federado comparado a una Unión que aún no ha llegado al estatus de un Estado. Eso nos lleva a la pregunta en qué consiste la diferencia esencial. Aunque se habla de los *tratados constitutivos* de la Comunidad Europea, ni el Tratado de Amsterdam ni el Tratado de Niza, forman una Constitución Europea. Sólo se convertiría en Constitución si el futuro desarrollo del derecho europeo se basara exclusivamente en una regla de revisión del Tratado que está integrado en el Tratado mismo. Es decir, cuando el principio de la unanimidad se sustituya por una determinada mayoría, y si el procedimiento de la producción del Derecho europeo sólo se fundara en el Tratado. Entonces, ya no sería una revisión de un Tratado internacional, pero regla de una Constitución estatal, en el sentido de un Estado Federado.

Esto también muestra, qué diferencia existe por el momento entre el *Derecho comunitario* y el *Derecho de la Unión*. El Derecho comunitario se desarrolla según sus propias reglas, a base de los Tratados constitutivos de la Comunidad, mientras el Derecho de la Unión, especialmente las resoluciones del segundo y del tercer pilar, son documentos de Derecho internacional de tipo *intergubernamental*. Cualquier progreso, avance, sea pequeño o grande, siempre requiere la ratificación de convenios y tratados en los Parlamentos nacionales según los requisitos constitucionales de los Estados miembros.

2. Lo que sucedió en la causa Austria muestra que la invocación de *valores* sirvió como auto-dispensa por parte de quienes utilizaron el argumento con el fin de ignorar las reglas claras del derecho vigente[18].

La Unión Europea está basada sobre *valores* de la dignidad de la persona, del respeto de los demás, de la democracia y el Estado de Derecho. Pero también hay que reconocer qué importantes son los efectos que se han conseguido con el establecimiento del Estado de Derecho. Por eso, no es suficiente invocar sólo valores, es muy necesario y imprecindible invocar reglas precisas y seguirlas, porque *sólo por el respeto del Derecho los valores básicos se mantienen efectivamente*.

3. En resumen, Austria ha contribuido mediante su actitud moderada y diplomatica a la recuperación de la razón política y de la convivencia de la Unión Europea.

CRONOLOGÍA

31 de enero 2000: El presidente portugués Antonio Gutierres publica la reacción de presidentes y jefes de gobiernos de UE-14 por el caso de una participación del FPÖ en el nuevo gobierno austríaco. Amenaza con tres medidas: Suspensión de contactos bilaterales, ningún apoyo para candidatos austríacos, embajadores autríacos van a ser recibidos solamente por funcionarios.

4 de febrero: El gobierno de ÖVP/FPÖ está nombrado por el presidente Klestil (sin esconder su disgusto personal). Las *sanciones* de los UE-14 entran en vigor.

5 de mayo: El gobierno resuelve sobre un plan contra las sanciones.

8 de mayo: En una reunion informal de los ministros de asuntos extranjeros a las Azores la ministra austríaca Benita Ferrero-Waldner trata por primera vez la idea de un grupo de *sabios*.

27 de junio: A Bruselas se filtra la noticia que el presidente Antonio Gutierres va a pedir una propuesta de *tres sabios* de parte del presidente del Tribunal de Derechos Humanos, prof. Wildhaber. Los nombres de los tres *árbitros* (Ahtisaari, Oreja, Frowein) se publican el 12 de julio 2002.

20 de julio: Los tres sabios llegan a Vienna; tienen contacto y conversaciones con varios interlocutores (políticos del gobierno y de la oposición, representantes de la alta magistratura, de varios grupos de intereses y de la sociedad civil).

8 de septiembre: El *informe de los sabios* se presenta en París a la presidencia de la UE; contiene la recomendación de levantar las *sanciones*.

18. Muy crítico en este sentido el filósofo *Robert Spaemann*, Europa - Wertegemeinschaft oder Rechtsordnung? En: zeit_schritt 9 (Magazin für modern politics) no. 9/Sept. 2001, pp. 23-26.

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS

Humberto Nogueira Alcalá
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

I. INTRODUCCIÓN

Cuando utilizamos las expresiones tipos o formas de gobierno no nos estamos refiriendo al concepto de gobierno en sentido restringido, el que se refiere a un órgano del Estado y sus funciones, sino que estamos empleando el vocablo gobierno en un sentido más amplio que abarca a los órganos de dirección política superior del Estado que son el gobierno en sentido restringido y el parlamento o Congreso Nacional, interactuando en una estructura institucional determinada con una lógica específica que permite ser identificada y distinguida respecto de otras.

Así, cada tipo o forma de gobierno se identifica por una determinada institucionalidad jurídica y política, una estructura de principios y relaciones que rigen entre el gobierno (ejecutivo) y el Parlamento o Congreso (legislativo), en una lógica específica propia. Esto permite determinar los tipos básicos de gobiernos y algunas de sus variantes.

Este análisis básico y esencialmente jurídico institucional nos permite clasificar los tipos de gobierno existentes en los diversos países, considerando sus ordenamientos constitucionales, las instituciones estructuradas por ellos y sus interrelaciones formales.

Este análisis es básico por ser esencialmente descriptivo del sistema institucional normativo de un determinado Estado, lo que otorga una visión parcial de la configuración del poder político estatal. En efecto, un análisis más profundo lleva al estudio de los regímenes políticos o sistemas de gobierno, donde no sólo se consideran los comportamientos específicos de los agentes estatales que desarrollan dichas funciones y su interacción en el medio social, económico, cultural y político en el que se encuentran insertos, la interacción con las fuerzas políticas, la consideración de las costumbres como normas no escritas que configuran comportamientos determinados; la consideración de si las normas surgen naturalmente de esa sociedad o ellas han sido impuestas; la existencia de concepciones más tolerantes y permisivas o más intolerantes y restrictivas; la consideración de los valores e ideologías preponderantes o de compromiso existentes en la sociedad y en el sistema institucional, la conjugación del sistema institucional, el sistema de partidos y los sistemas electorales y de representación institucionales. Todo estos factores permiten hablar de regímenes políticos o sistemas políticos determinados en una visión más compleja, dinámica y de interacción entre las normas, las

instituciones y los comportamientos, como asimismo, los intereses, valores y principios que sostienen las diversas fuerzas sociales y políticas que interactuan con el gobierno[1].

En este texto consideramos sólo la clasificación de los distintos tipos de gobiernos democráticos contemporáneos.

II. EL TIPO DE GOBIERNO DE ASAMBLEA O CONVENCIONAL

El tipo de Gobierno Convencional es un régimen de confusión de poderes, donde una Asamblea única detenta, al mismo tiempo, el poder legislaltivo y el poder gubernamental y donde no existe un órgano gubernamental distinto de la asamblea[2].

El Ejecutivo si bien puede existir, sus miembros son individuos yuxtapuestos nombrados por la asamblea y totalmente dependiende de ellos. Los miembros del Ejecutivo sólo tienen por tarea aplicar una política definida por la asamblea, sin posibilidad de discutir las órdenes recibidas. El Ejecutivo tiene sólo el derecho de adoptar ciertas decisiones individuales de aplicación de las directrices generales adoptadas por la asamblea, cuando ella no actúa por sí misma. En tal sentido, el Ejecutivo no tiene competencia de iniciativa de ley, tampoco puede disolver la Asamblea ni clausurar el período de sesiones de ella. A su vez, los miembros del Ejecutivo son revocables en todo momento según el arbitrio de la asamblea.

El tipo de gobierno de asamblea o convencional implica que la asamblea única es todopoderosa, concentrando en sus manos todo el poder político, pero ello es así sólo en razón de que ella, a su vez, se somete totalmente a la voluntad del pueblo, único detentador de la soberanía, a través del mandato imperativo y del referéndum de iniciativa popular. Así, como señala Cadart, el pueblo es perpetuamente quién dirige al gobierno del país, porque la Cámara le es perpetuamente sometida y en razón de que ella misma es el gobierno[3].

1. Características esenciales del tipo de gobierno convencional

El derecho constitucional y político ha establecido como los rasgos esenciales del tipo de gobierno convencional o de asamblea, los siguientes:

---

1. *V.*, entre otros: BLONDEL, J., y otros, *El Gobierno: Estudios comparados*, Ed. Alianza, Universidad, Madrid, España 1981; ALMOND, Gabriel y BIRGHMAN, Powel, *The comparative politics*, A development Aproach. Lille, Brown & Co. 1966; LIPHART, Arend, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo.* Ed. Arial, Barcelona, España 1991; JIMÉNEZ DE PARGA, M., *Los regímenes políticos contemporáneos.* Ed. Tecnos, Sexta Edición, España 1983; SARTORI, Giovani, *Ingeniería Constitucional. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1996; NOHLEN, Dieter, *Sistema de Gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos.* Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial, México 1999; BINGHMANM POWELL, G., *Contemporany democracies. Participation, stability and Violence.* Cambridge 1982; LINZ, Juan y VALENZUELA, Arturo. *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*. Ed. Aliana Universidad. Madrid, España 1997; NOGUEIRA A. Humberto, *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1993; PLANAS, Sergio, *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1997.

2. *V.*, BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Nacional, España 1981, p. 217.

3. CADART, Jacques, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel.* Tomo 1, Ed. L.G.D.J. París, Francia 1979, p. 447.

1. La supremacía de la asamblea, desde el punto de vista de la soberanía sobre todos los otros órganos del Estado.

2. La subordinación completa, desde el punto de vista de las relaciones, del agente del Ejecutivo al Parlamento o Asamblea. El Ejecutivo es un simple órgano de ejecución de las decisiones de la asamblea.

3. La asamblea tiene un poder absoluto para nombrar y revocar los miembros del gobierno.

4. Las acciones de la asamblea son controladas únicamente por el cuerpo electoral a intervalos regulares.

5. No hay separación de poderes, ella se encuentra suprimida, todas las potestades están directa o indirectamente a disposición de la asamblea.

El Gobierno de Asamblea o Convencional tiende a su degeneración cuando se le intenta aplicar genera una anarquía que conduce a la dictadura; o, en caso de una moderación del régimen, conlleva una evolución hacia un tipo de gobierno presidencial o más o menos parlamentario.

III. EL TIPO DE GOBIERNO PRESIDENCIAL

1. Introducción

El análisis del tipo de gobierno presidencial no se puede efectuar sin referirse a su cuna de origen, los Estados Unidos de Norteamérica, donde se concretó por la Constitución de 1787, la cual rige hasta hoy día su vida política.

Es necesario reconocer que la Constitución de Filadelfia fue una obra empírica más que de teóricos o filósofos; las ex colonias inglesas quisieron resolver prácticamente los múltiples problemas y conflictos de intereses que se provocaban entre los grupos que representaban.

La Constitución Federal de los Estados Unidos de América se construyó en base de compromisos y recurriendo a las soluciones constitucionales que le brindaba la madre patria -Inglaterra- como ejemplo.

El régimen presidencial en sus inicios no es más que la monarquía limitada trasladada a un cuadro republicano, donde se reemplazó al monarca por un Presidente de la República elegido.

Su interés por limitar el poder político, evitando la tiranía, los llevó a fraccionar el poder, entregándolo a diversos órganos, como asimismo, a realizar entre ellos un cierto contacto, para equilibrarse mutuamente por el sistema de frenos y contrapesos (cheks and balances).

Estos distintos frenos y contrapesos fueron descritos por John Adams, los cuales son ocho: los estados federados y el gobierno central; la Cámara de Representantes y el Senado; el Ejecutivo y el Legislativo; el Poder Judicial y los otros poderes; el Senado y el Presidente de la República; el pueblo y los electores secundarios[4]. Todo ello busca evitar que el poder soberano se sitúe en algún lugar.

4. Citado por LAUBADERE, André de, *Traité èlèmentarie de droit administrative.* Ed. L.G.D.J., París, Francia 1963. p. 332.

El constituyente creó así un Estado republicano, federal y democrático representativo, basado en la supremacía de la ley, aportando también la interpretación rígida de la separación de poderes (gobierno presidencial) y la idea de la Constitución como documento escrito y rígido[5].

El régimen federal de los Estados Unidos se caracteriza, siguiendo la opinión al profesor Lucas Verdu, por la presencia de tres elementos: la duplicidad organizativa, la participación de los estados en la Federación y la supremacía federal[6].

A su vez, la forma republicana de gobierno que desarrolla se define por el carácter electivo de sus autoridades políticas y la temporalidad de los mandatos recibidos, de los cuales se responde políticamente ante el pueblo, debido al régimen de separación rígida de poderes que caracteriza al gobierno presidencial.

Cabe agregar, además, como propio del tipo de gobierno presidencial, en concordancia con el principio de la independencia jurídica recíproca de los poderes del Estado, la incompatibilidad de las funciones ministeriales con el mandato parlamentario y la imposibilidad para el Presidente y sus ministros de tener entrada libre y uso de la palabra en el cuerpo legislativo.

El tipo de gobierno presidencial establece la estabilidad del Poder Ejecutivo, dirigido por el Presidente de la República, que es, a la vez, Jefe de Estado y jefe de gobierno, el cual nombra sus colaboraciones inmediatos (ministros), los que son libremente removidos por él, en la medida que ellos son sus consejeros y subordinados. La permanencia del gobierno es independiente del juego de las mayorías parlamentarias, ya que éstas no pueden censurarlo y obligarlo a dimitir por razones políticas, como el Ejecutivo no puede disolver el Parlamento. La responsabilidad del Jefe de Estado es sólo ante el pueblo que lo eligió[7].

El gobierno presidencial induce un dualismo que puede llegar a constituir un factor de debilidad del sistema en el seno del aparato político visto en su conjunto[8].

Cabe agregar como propio del gobierno de tipo presidencial, en concordancia con el principio de la independencia jurídica recíproca de los poderes del Estado, como elemento secundario, la incompatibilidad de las funciones ministeriales con las funciones parlamentarias.

Esta separación estricta de poderes en el plano orgánico está matizada, contrariamente a lo que sostenía Carré de Malberg[9], por un sistema de separación de funciones de carácter relativo, ya que se permite a cada poder oponerse a ciertos actos del otro, para el desarrollo de los cuales su concurso es requerido; esta *facultad de impedir* al otro órgano está dada, entre otros mecanismos, por el derecho de veto, el acuerdo para realizar

---

5. *V.*, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "Estados Unidos de América", en el libro *Sistemas políticos contemporáneos.* Ed. Teide, Barcelona, España 1984, pp. 29 y ss.

6. LUCAS VERDU, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Ed. Tecnos, Madrid, España 1984, p. 275.

7. LOEWENSTEIN, Karl, *Etude de droit comparé sur la Présidence de la République, op. cit.*, p. 158; Steffani, WINFRIED. "Zur Unterscheidung paralamentarischer und prasidentieller regierungs systeme", en *Zeitschrift fur Parlamentsfrogen 3/83*. Traducción del autor para el Seminario Internacional "Democracia Representativa", Sao Paulo 20-24 noviembre 1984, mimeografiada; HAURIOU, André, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Ed. Montchrestien, París 1966. p. 210; BURDEAU, Georges, *Treité de sciene politique. op. cit.*, Tomo IV, "Les régimes politiques". p. 350.

8. THURBER, Jones, *La democracia dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso*. Editorial Heliasta S.R. L., Buenos Aires, Argentina 1995.

9. CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribución a la Teoría General del Estado*, Tomo 2, p. 42.

ciertos nombramientos, ratificar los tratados internacionales y la acusación constitucional contra el Presidente de la República por el Congreso.

Esta ausencia de relaciones orgánicas entre Ejecutivo y Legislativo lleva, consecuentemente, a la inexistencia de responsabilidad política de los ministros y del jefe de Estado ante el Parlamento, y la imposibilidad del Presidente de disolverlo. La ausencia de relaciones orgánicas entre ambos poderes -Ejecutivo y Legislativo- se concreta por el principio de la irrevocabilidad recíproca de dichos órganos.

Así, el tipo de gobierno presidencial es un sistema representativo democrático con un ejecutivo monista constituido por un Presidente de la República elegido por el pueblo (directa o indirectamente) por un periodo fijo, que desarrolla las funciones de Jefe del Estado, de gobierno y de la administración, donde el Gabinete o Ministros son ejecutores de la política presidencial, y donde el Presidente de la República y sus ministros no dependen del respaldo o voto de confianza del parlamento o Congreso ni el Presidente tiene atribuciones para disolver el parlamento, concretándose un principio de irrevocabilidad recíproca por razones políticas entre ambos órganos, dependiendo ambos sólo del cuerpo político de la sociedad. El Congreso desarrolla fundamentalmente competencias legislativas y fiscalizadoras de los actos del gobierno y la administración.

2. Características estructurales y funcionales básicas

Las características básicas del tipo de gobierno presidencial son que el Presidente de la República controla la totalidad del Ejecutivo y sus funciones, es elegido por el pueblo, de la misma manera que lo es el Congreso o parlamento, existiendo así una legitimidad democrática dual. Tanto el Presidente de la República como los parlamentarios que integran el Congreso son elegidos por un período fijo, siendo ambos órganos independientes entre sí, lo que genera la rigidez del sistema presidencial como tipo de gobierno.

Desde un punto de vista funcional, el candidato a presidente victorioso gana todo el poder ejecutivo, aún cuando puede no contar con respaldo mayoritario en el parlamento, lo que le obliga a negociar con éste el desarrollo de las políticas y legislación necesaria para concretar su programa de gobierno. En caso de rigidez ideológica de las fuerzas políticas en un gobierno presidencial con apoyo parlamentario minoritario, en situación de una polarización política que impide la negociación y los compromisos, la acción gubernamental queda bloqueada, con posibilidad de acumulación de conflictos y riesgo de crisis del sistema democrático[10].

10. *V.*, LINZ, Juan, *La crisis del presidencialimo,* Ed. Alianza Editorial. Madrid, España 1997. p. 25 y ss., MOULIN, Richard. *Le présidencialisme et la classification des régimes politiques.* Ed. L.G.D.J., París, Francia 1978.

IV. LOS GOBIERNOS PRESIDENCIALISTAS DE AMÉRICA LATINA

1. Introducción

Al momento de la independencia de las antiguas colonias españolas en América, los nuevos estados sólo tuvieron como ejemplo de Estado republicano, la forma de organización del ejecutivo de los Estados Unidos el que había logrado su independencia con anterioridad de Gran Bretaña[11]. Los otros Estados de dicha época respondían al principio monárquico. Como señalaba Sánchez Agesta, la tradición política de los virreyes y de las capitanías generales de la época colonial contribuyó a que los nuevos estados latinoamericanos aceptaran el régimen presidenciall[12].

Sin embargo, si bien el principio de separación de poderes se mantiene en lo esencial en América Latina -en lo referente a la independencia jurídica recíproca de los órganos legislativos, ejecutivo y judicial, que se concreta en la irrevocabilidad mutua entre Ejecutivo y Legislativo, como asimismo, en la independencia del Poder Ejecutivo-, se introducen al modelo norteamericano algunas innovaciones con el objeto de fortalecer al Ejecutivo en desmedro del Poder Legislativo, debilitando el equilibrio de poderes y generando una preponderancia del Presidente de la República, quien se convierte en el centro de gravedad del régimen presidencialista latinoamericano[13].

El otro aspecto que diferencia al régimen presidencial de los Estados Unidos de los regímenes presidencialistas de América Latina, es que el Presidente norteamericano tiene poderes políticos y jurídicamente limitados por la existencia efectiva de una estructura federal, en que los estados miembros recababan celosamente un amplio ámbito de autonomía, mientras los Estados latinoamericanos crearon unidades muy centralizadas; incluso donde existe el principio federativo, éste constituye una realidad política y social espontánea que frena el impulso de los órganos del poder central, especialmente del Ejecutivo[14].

El federalismo en América Latina ha tenido breves episodios: en Chile, bajo la vigencia de las leyes federales de 1826-1828, reemplazándose definitivamente por una fuerte centralización del poder con la Constitución de 1833; en Colombia, bajo la vigencia de las Constituciones de 1853-1858-1863 hasta 1885; y el caso de los intentos federalistas de Costa Rica, El Salvador, Guatelama, Honduras y Nicaragua entre 1822 y 1838, los cuales posteriormente fueron renovados en el Pacto de Amapola (1895) y el Pacto de San José de Costa Rica (1921), naciendo abortados.

---

11. LOWENSTEIN, Karl, *Ëtude de droit comparé sur la présidence de la République*. *op. cit.*, p. 159. CONAC, Gérard, "Pour une théorie du présidentialisme. Quelques es réflexions sur les présidentialism latino-américais", en *Mélanges á George Burdeau*. Francia 1977, p. 126.

12. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 244; VALENCIA CARMONA, Salvador, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*. Ed. UNAM, México 1979.

13. LAMBERT, Jacques, "La transposition du régime présidential hors les Êtats-Units: Le cas de l'Amérique Latine", en *Revue de Science Politiques Française*, septiembre 1963. p. 581; COLOMER VIADEL, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid, España 1990; SUÁREZ, Waldino, "El Poder Ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidencialistas de gobierno, en *Revista de Estudios Políticos de España*, nº 29, septiembre-octubre de 1982; QUINTERO, César, "El Poder Ejecutivo en las Constituciones de América Latina", en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Ed. Universidad Autónoma de México 1988. pp. 265-319.

14. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 254. Es una novedad curiosa que la nueva Constitución de Venezuela de diciembre de 1999, en un Estado Federal, se considere un parlamento unicameral.

Sólo en Argentina, Brasil, México y Venezuela el federalismo se ha mantenido como fórmula política, aun cuando en la realidad se ha dado un proceso de desfederalización, fenómeno que ha sido estudiado por diversos autores latinoamericanos[15] y que ha buscado revertirse en ciertos países como Brasil y Argentina en las últimas dos décadas del siglo XX.

A su vez, es común en el federalismo latinoamericano la técnica de intervención del poder federeal en los estados federados o provincias, según sea el caso[16]. Así, por ejemplo, la Constitución Argentina reformada en 1994, artículo 6º, establece el derecho del gobierno federal de intervenir en el territorio de las provincias "para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia". Este derecho de intervención está establecido también en la Constitución de Brasil, artículo 7º.

En el caso de Venezuela, la Constitución de diciembre de 1999, si bien mantiene el Estado Federal, genera un parlamento unicameral, situación bastante heterodoxa, ya que la técnica jurídico constitucional del Estado federal considera un bicameralismo, una Cámara representa a los estados y otra a la población.

Puede decirse que el federalismo, en algunos países de América Latina se estableció como un principio ideológico que buscaba hacer efectiva la participación en el régimen democrático y nunca hubo la voluntad del constituyente de crear una estructura verdaderamente federal; muestra clara de esto es el caso de Venezuela, cuya Constitución de diciembre de 1999, no permite hacer operable funcionalmente un parlamento federal.

Parte de la doctrina sostiene que, el federalismo se encuentra en franca regresión a causa del desarrollo técnico, la intervención del gobierno central en el orden económico-social, la creación de nuevas fuentes de riquezas, entre otras causas.

El federalismo, sin embargo, no cede en algunos países en beneficio de un régimen centralizado y concentrado, sino en beneficio de un Estado unitario, descentralizado tanto administrativamente como también políticamente[17], en otros casos, las fuerzas diferenciadoras se potencian y se pasa de un Estado Unitario a uno federal, como es el caso de Bélgica, en la última decada del siglo XX.

2. Los rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano

El presidencialismo latinoamericano es un régimen original que responde a una doble necesidad contradictoria, como señala Jacques Lambert: la necesidad, por una parte, de acordar al Jefe del Ejecutivo los medios de gobierno amplios que exige la situación pe-

15. FRÍAS, Pedro, "El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina. El proceso en algunos Estados Federales", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, nº 4-5, Córdoba, Argentina 1977, pp. 11-33; VALADÉS, Diego y CARPIZO, Jorge, "Problemas del federalismo mexicano", en TRUJILLO, Gumercindo (Coord.) *Federalismo y regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, España,1979; RIVAS QUINTERO, Alfonso, "Análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino" en COMBELLAS, Ricardo (Coord.). *El nuevo derecho constitucional latinoamericano* vol. I. Ed Konrad Adenauer Stiftung y otros. Caracas, Venezuela 1996.

16. Varios autores. *Los sistemas federales del continente americano*. México 1972; BREWER-CARÍAS, Allan, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela 1984; *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, 2ª edición, Caracas, Venezuela 2000, 505 pp.. vol. I. Ed Konrad Adenauer Stiftung y otros, Caracas, Venezuela 1996.

17. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

culiar de países en vías de desarrollo, y, por otra parte, la necesidad de limitar dichos poderes en países que no se resignan a la arbitrariedad y el abuso de poderes[18] y desean ser auténticos Estados de Derecho democráticos.

Este presidencialismo latinoamericano ha sido denominado también por algunos autores *cesarismo representativo*, para quienes el régimen, si funciona correctamente, se diferencia de la dictadura por el hecho de que el poder del Jefe de Estado no es ilimitado ni arbitrario, que existe según una regla constitucional preestablecida, que respeta las otras instituciones y garantiza las libertades públicas, que su autoridad política proviene de una elección popular competitiva y es limitada en el tiempo[19] y que posee amplios poderes, de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aún cuando comparte el Poder del Estado con un Parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el Ejecutivo se convierte en colegislador.

3. La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina

En nuestra América Latina, las elecciones presidenciales se desarrollan esencialmente a través de dos procedimientos alternativos: elección por mayoría relativa o elección por mayoría absoluta y segunda vuelta en caso de que no obtenga ésta en la primera elección.

Este segundo procedimiento se utiliza, entre otras Cartas Fundamentales, en las Constituciones de Chile de 1980 (art. 26); de Guatemala de 1985 ((Art. 184); de Perú de 1993 (art. 111).

El artículo 94 de la Constitución Argentina de 1994 establece también la doble vuelta o ballatage, pero lo atenúa razonablemente cuando en el artículo 97 establece "cuando la fórmula que resulte más votada en la primera vuelta, hubiese obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y Vicepresidente de la Nación"; a su vez, el artículo 98 determina "cuando la fórmula que resultase más votada en la primera vuelta hubiera obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiera una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que la sigue en número de votos, sus integrantes, serán proclamadas como presidente y vicepresidente de la Nación".

En el caso de Costa Rica, la Constitución de 1949 en su artículo 138, establece que el Presidente y el Vicepresidente deben ser elegidos por una mayoría de votos que exceda del 40% de los votos válidos. Si ningún candidato los obtiene, se realiza una segunda elección entre las dos primeras mayorías relativas.

La simultaneidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias aumenta la influencia de la elección y decisión sobre el Presidente de la República, la que ejerce impacto sobre las elecciones parlamentarias y sobre los partidos políticos.

---

18. LAMBERT, Jacques, *Amèrique Latine, op. cit.*, p. 22; CUMPLIDO, Francisco, *El sistema democrático en América Latina*,. Ed. ICHEH, Santiago, Chile 1984. p. 10; FRANCO-GARCÍA, José María, *Estado Federal y Estado Regional. El derecho venezolano en 1982*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela 1982, pp. 395-485.

19. GOOSENS, Charles, "Le régime parlementaire des états européens", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Tomo III. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, p. 657-658.

A su vez, el Presidente de la República ejercerá un impacto importante sobre su propio partido.

Sin embargo, aún cuando las elecciones parlamentarias sean simultáneas con las presidenciales, en las primeras la competencia es mayor, se busca medir nivel de representatividad y de fuerza en el Congreso, para mejorar las capacidades de negociación política.

Esta situación tiene trascendencia, toda vez que las mayorías parlamentarias condicionan la realización del programa de gobierno que requiere desarrollo legislativo, o simplemente lo bloquean. Este es el problema central de los presidencialismos por su falta de flexibilidad y de armonización de mayorías parlamentarias y Presidente de la República.

Se ha buscado lograr esta armonización por elección simultánea de Presidente y de Parlamento, pero ello no siempre se consigue, producto de que el voto parlamentario tiende a ser un voto de lealtad partidaria y el voto presidencial un voto a un programa de gobierno o candidato que representa el mal menor. La lógica del ciudadano que vota por un candidato a Presidente de la República o a parlamentario es distinta en muchos casos.

4. Los factores de la preponderancia presidencial

La preponderancia presidencial en América Latina ha buscado explicarse a través de diversos factores; por la tendencia a la personalización del poder en la persona del Presidente de la República, producto de un cierto grado de inmadurez política del pueblo, la manipulación del Congreso por el Presidente a través de favores electorales y la corrupción; por adaptarse a las necesidades de su realidad de países en vías de desarrollo; por el otorgamiento al Presidente de la República de poderes de los que no dispone el Presidente de los Estados Unidos[20].

Cualquiera sea el pero en los diferentes países latinoamericanos de cada uno de los factores señalado, al menos hay un hecho objetivo de carácter constitucional, que es existencia de la ampliación de los poderes presidenciales en América Latina por encima de los que posee el Presidente de los Estados Unidos[21].

A. Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos

En América Latina, el Presidente de la República es un órgano colegislador, a diferencia del Presidente de los Estados Unidos.

Los Presidentes latinoamericanos disponen a menudo de las siguientes atribuciones que no posee constitucionalmente el Presidente de los Estados Unidos: iniciativa de ley;

---

20. LAMBERT, Jacques, *La transposition du régimes politiques hors les Êtats-Unis. op. cit.*, pp. 583-592.

21. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, pp. 245-246; CARBALLO, M., "Le caractère présidencialiste des règimes politiques ibéroaméricans" en *Êtudes offers á J., Lambert*, Ed. Cajas. París, Francia 1976, pp. 147-163; FRIAS, Pedro. *op. cit.*, pp. 11-33; NOGUEIRA, Humberto, *Les formes de gouvernement au Chili*. Tesis doctorado en Derecho Constitucional. Universidad Católica de Lovaina, Lovaina La Nueva, Bélgica 1983; GARCÍA BELAÚNDE, D., y otros. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Ed. Dykinson, España 1992; QUIROGA LAVIÉ, H., *Derecho Constitucional latianoamericano*. Ed. Universidad Autónoma de México, México 1991; CUMPLIDO, Francisco, *El sistema democrático en América Latina. op. cit.*

iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; convocatoria a legislatura extraordinaria; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de los ministros de Estado; veto suspensivo parcial, y delegación de facultades legislativas hechas por el Congreso.

A ello deben agregarse las facultades que le son asignadas por los estados de excepción.

B. La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley

La iniciativa de ley de que disponen los Presidentes latinoamericanos, les permite orientar el trabajo legislativo del Parlamento de acuerdo a las prioridades del programa gubernamental en desarrollo, si cuentan con suficiente apoyo parlamentario.

Mediante la iniciativa exclusiva de ley, los Presidentes latinoamericanos adquieren el poder de orientar los gastos públicos y la economía del país en general

Así por ejemplo, la Constitución chilena de 1980, artículo 62, incisos 3º y 4º, otorga la iniciativa exclusiva de ley al Presidente de la República sobre los proyectos que tengan relación con la alteración de la división político-administrativa del país, con la administración financiera o presupuestaria del Estado; en las materias relacionadas con la responsabilidad financiera del Estado o el crédito de éste; en materia de impuestos; en materia de seguridad social y negociación colectiva, entre otras.

El artículo 57 de la Constitución de Brasil acuerda al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en materia de creación de cargos, funciones o empleos públicos y su régimen jurídico funcionario, como asimismo en materia de organización administrativa, entre otras materias.

En el caso de la Constitución de Costa Rica de 1949, el artículo 140 Nº15, establece la iniciativa del Presidente de "enviar a la Asamblea Legislativa el proyecto de Presupuesto Nacional en la oportunidad y con los requisitos determinados en esta Constitución".

A estos casos hay que agregar los de Uruguay, artículo 133 y 86 inciso 2º, de la Constitución; la Constitución colombiana, artículo 218, entre otras.

C. El veto parcial y los quórums parlamentarios para superarlo

Varios países latinoamericanos han establecido la atribución del Presidente de la República de vetar parcialmente (veto parcial o ítem veto) los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Este tipo de veto permite al Presidente de la República mejorar o eliminar ciertos aspectos de los proyectos, sin comprometer la responsabilidad del rechazo en conjunto del proyecto, el que puede tener disposiciones esenciales para el desarrollo del programa presidencial. Ello otorga una mayor libertad a los Presidentes de América Latina en relación al Presidente de los Estados Unidos, quién dispone sólo de la atribución del veto total, el cual puede comprometer materias necesarias y urgentes de la política presidencial, lo que permite al Congreso introducir materias de su interés en los proyectos que el Presidente está obligado a aprobar[22] y que presentadas aisladas hubieran sido vetadas por el Presidente.

22. ROY, Maurice-Pierre, *Les régimes politiques du tiers monde*. Ed. L.G.D.J. París, Francia 1979, p. 102

De esta forma, el Presidente de los Estados Unidos dispone de un margen de maniobra mucho más reducido que en el caso de sus colegas latinoamericanos.

La Constitución de Honduras de 1982, en su artículo 216, establece el veto presidencial, el que sólo podrá ser superado por dos tercios de los votos del Congreso Nacional.

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 178, otorga al Presidente de la República la facultad sólo de veto total de las leyes y únicamente previo acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, el que debe concretarse dentro del plazo de 15 días desde su recepción. El veto presidencial es superado sólo por la insistencia de los dos tercios de los miembros del Congreso.

El veto presidencial puede ser superado por la mayoría absoluta (Colombia, Constitución de 1991; Brasil, Constitución de 1988), por tres quintos (Uruguay, artículo 138 de la Constitución) o por dos tercios (Chile, artículo 70 de la Constitución de 1980; Honduras, artículo 216; Guatemala, artículo 178).

La Constitución de Brasil de 1988 establece la facultad del Presidente para vetar total o parcialmente las leyes, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la fecha de su recepción, el que podrá ser rechazado por la mayoría absoluta de los diputados y senadores, en escrutinio secreto.

D. La habilitación legislativa del Presidente de la República

Esta es otra atribución que distingue al presidencialismo latinoamericano del régimen presidencial de los Estados Unidos. La habilitación legislativa permite al Presidente de la República obtener la facultad de legislar por decreto por un período bastante largo en materias permitidas por la Constitución y delimitadas por el Parlamento.

La Constitución chilena de 1980, siguiendo el precedente de la Constitución de 1925, artículo 45, Nº 15, en su reforma de 1970, prescribe en el artículo 61: “El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley”.

Otras Constituciones, a diferencia de la chilena, toman mayores precauciones en materia de habilitación legislativa del Presidente, estableciendo la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Parlamento sobre el uso de la habilitación legislativa, y otras, aún más cuidadosas de las prerrogativas del Parlamento, consignan la obligación del Ejecutivo de someter al examen del Parlamento, dentro de un plazo determinado, dicha legislación.

Así, a vía de ejemplo señalaremos las disposiciones constitucionales de Brasil y México, entre otras.

En Brasil, la Constitución de 1988 prescribe la delegación de facultades legislativas en su artículo 68; ella debe ser autorizada por el Congreso Nacional, cuya resolución especificaría su contendido y los términos de su ejercicio.

La Constitución mexicana en su artículo 131, luego de la reforma de 1951, estableció la delegación de facultades legislativas en el Presidente en materia económica “y para realizar cualquier otro propósito en beneficio del país” .

Esta facultad presidencial de legislar por delegación parlamentaria, convierte al Presidente de la República, donde es el jefe del partido mayoritario en el Parlamento, en el

órgano predominante y debilita al Parlamento, ya que los legisladores saben que si se oponen al Presidente, sus posibilidades de éxito son casi nulas. Esta realidad es constatada, entre otros países, en México, por Jorge Carpizo[23] y Miguel de la Madrid[24].

Esta habilitación de competencia legislativa del Ejecutivo está establecida constitucionalmente en América Latina y constituye una nueva manera de ejercer la potestad legislativa, en especial en el dominio del derecho administrativo y económico.

E. Los poderes extraordinarios o de crisis

Los poderes de crisis permiten al Presidente de la República suspender garantías constitucionales, adoptar medidas que se juzgan necesarias a la continuación de la política gubernamental y obtener competencias ejercidas por el Congreso, actuando como órgano legislativo. Como dice Wyrwa, los poderes de crisis permiten al Presidente disponer de prerrogativa que, como aquellas que le delegan el poder de legislar, le posibilitan resolver numerosas cuestiones de la vida nacional[25]. A su vez, como lo señala Roy, "la definición de las circunstancias excepcionales es, generalmente, bastante vaga y autoriza interpretaciones extensivas"[26].

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 39, establece sentencias de excepción constitucional, consignando como tales el estado de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

El artículo 40 de la Constitución de 1980 dispone que, en caso de guerra externa, el Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, podrá declarar todo o parte del territorio nacional en estado de asamblea. En caso de guerra interna, el Presidente, con el acuerdo del Congreso Nacional, puede declarar todo o parte del territorio nacional en estadio de sitio. En casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, ya sea por causa de origen externo o interno, el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, puede declarar la zona afectada o cualquier otras que lo requiera como consecuencia de la calamidad producida, en estado de catástrofe.

El mismo artículo 40 establece que el Presidente de la República puede decretar dos o más estados de excepción si concurren las causales que permiten su declaración.

La Constitución de Costa Rica de 1949 establece como atribución de la Asamblea Legislativa, en el artículo 121, Nº 7, la de suspender por votación no menor de dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de evidente necesidad pública, los derechos y garantías individuales contemplados en los artículos 22, 23, 24,26, 28, 29, 30 y 37 de la constitución. "Esta suspensión podrá ser de todos o de algunos derechos y garantías, para la totalidad o parte del territorio, y hasta por treinta días; durante ella y respecto de las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos destinados a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados".

La Constitución de Costa Rica obliga al Ejecutivo a dar cuenta a la Asamblea en su próxima reunión de las medidas adoptadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado. En ningún caso pueden suspenderse derechos o garantías indivi-

23. CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*. 8ª ed., México 1990.
24. DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª ed., México 1986, p. 249 y ss.
25. WYRWA, Tadeusz, *Les Républiques Andines*. Ed. L.G.D.J., París, Francia 1972, p. 537
26. ROY, Maurice-Pierre, *op. cit.*, p. 103.

duales distintos de los enunciados en el artículo aludido. A su vez, el artículo 140 Nº 4, de la misma Constitución dispone que es atribución del Presidente y del respectivo Ministro, en el receso de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de los derechos y garantías ya señalados; el decreto de suspensión de garantías equivale, *ipso facto*, a la convocatoria de la Asamblea a sesiones, la cual debe reunirse dentro de las 48 horas siguientes, debiendo confirmar la medida del Presidente por los dos tercios de los votos de la totalidad de sus miembros; si ello no ocurre se tienen por restablecidas las garantías constitucionales.

La Constitución de Brasil de 1988 establece, en el título V, el capítulo I, que titula *Da defensa do Estado e das Instituciones democráticas*, en el cual regulas las instituciones *estado de defensa* y *estado de sitio* en los artículo 136 a 139; la suspensión de ciertos derechos sólo puede realizarse por 30 días, prorrogables por otros 30, lo que requiere de la aprobación o ratificación del Parlamento, por mayoría absoluta, en ambos casos.

La Constitución de El Salvador de 1983, en sus artículo 29 a 31, regula el régimen de excepción, los derechos que pueden ser suspendidos y el funcionamiento de los tribunales militares especiales, los que se establecen y se les pone término por dos tercios de votos, por lo menos, de los diputados electos.

En esta somera consideración comparativa de las Constituciones latinoaméricanas, cabe señalar que la Constitución chilena de 1980 otorga al Presidente de la República la facultad de suspender el ejercicio de derechos constitucionales con mayor amplitud que las otras Constituciones, por plazos mayores de tiempo y restringiendo fuertemente la intervención del Parlamento en la aprobación y renovación de los estados de excepción, el cual cede su lugar, salvo en el estado de sitio, a un órgano burocrático, compuesto mayoritariamente por los Jefes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como es el Consejo de Seguridad Nacional (artículo 95 de la Constitución). Este aspecto está sometido a revisón mediane una reforma constitucional en actual tramitación en el Senado de la República.

En este sentido, el constituyente chileno de 1980 abre un campo a la acción arbitraria y discrecional del Ejecutivo, que, en América Latina, sólo tiene parangón en la Constitución de Uruguay.

5. Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República

Como dice Lambert, los latinoamericanos, luego de entregar amplias facultades al Jefe del Estado, buscan evitar su transformación en dictador o tirano, a través de la limitación en su duración de un poder preponderante pero efímero[27].

Ello se realiza a menudo por medio de tres técnicas: el mandato de duración limitada y fija; la no reelección inmediata del Presidente, y la acusación constitucional.

A. La duración limitada y fija del mandato Presidencial

27. LAMBERT, Jacques, *La transposition du régime présidential hors des Êtats-Unis: Le cas de l'Amérique Latine*. *op. cit.*, p. 596.

El mandato presidencial en los regímenes presidencialistas latinoamericanos dura un período de cuatro a seis años.

En efecto, el mandato del Presidente de la República tiene una duración de cuatro años según las Constituciones de Costa Rica (artículo 134); Argentina (artículo 90); Honduras (artículo 237), Colombia (artículo 190), Uruguay (artículo 150). El mandato presidencial tiene una duración de cinco años según las Constituciones de Brasil (artículo 82); El Salvador (artículo 154); Guatemala (artículo 184).

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 25, establece un mandato presidencial de seis años, siendo éste el más largo de América Latina. La Constitución Venezolana de 1999 establece el mismo período en su artículo 230.

B. La Regla de la no reelección inmediata del Presidente

Esta regla técnica constitucional tiene por fin impedir que los Presidentes latinoamericanos puedan presidir su propia reelección, situación que podría, por el cúmulo de poderes que posee, transformar un régimen democrático en un poder autoritario peligroso, por medio de una renovación de manera continua del mandato presidencial[28].

Así, algunos países establecen la no reelección del Presidente de la República para el período constitucional siguiente y otros señalan la prohibición absoluta de reelección.

Entre las Constituciones que establecen la no reelección para el período constitucional siguiente se encuentras las de Brasil (artículo 82); Chile (artículo 25); El Salvador (artículo 152 nº 1); Uruguay (artículo 153); Paraguay (artículo 229), entre otras.

Jacques Lambert considera que la regla de no reelegibilidad inmediata permite el retorno al poder luego del paso de otro Presidente que prepare su retorno al poder cuando expire el plazo constitucional de este último; como ejemplo de ello, el autor citado señalados los casos de Trujillo en la República Dominicana y de Gómez en Venezuela. Si bien ello es efectivo, hay casos que muestran que si el pueblo tiene una cultura política media y partidos estructurados, aún cuando un Presidente quiera obtener un segundo mandato, no es fácil de lograrlo.

Hay diversas Constituciones que establecen la prohibición absoluta de reelección del Presidencia de la República, como las de Costa Rica (artículo 32) y México (artículo 83), como asimismo las Constituciones de Guatemala y Colombia. La Constitución de Honduras de 1982 agrega a la prohibición en el artículo 239: "El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que la apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez años para toda función pública". A su vez, la Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 187, prescribe que la "persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quién lo haya ejercido por más de dos años en substitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso". Una norma similar está contenida en la Constitución colombiana de 1991, artículo 197.

Por otra parte, la Constitución de Paraguay, impide la reelección inmediata que la anterior Constitución permitía. A su vez, las nuevas constituciones Peruana de 1993 y Argentina de 1994, permiten la reelección para el periodo inmediatamente siguiente, lo cual han utilizado los ex presidentes Fujimori y Menen, respectivamente, los que hicie-

28. ROY, Maurice-Pierre, *op. cit.*, p. 97; WYRWA, Tadeusz. *op. cit.*, p. 533.

ron uso de dos mandatos consecutivos, el primero de ellos, en elección cuestionada obtuvo un tercer mandato consecutivo, al cual renuncia luego del escándalo de corrupción por *compra* de la lealtad de parlamentarios en el año 2000. La Constitución Venezolana de 1999, en su artículo 230, posibilita la reelección inmediata del Presidente de la República por una sola vez.

C. La acusación constitucional contra el Presidente de la República

Uno de los principios fundamentales del constitucionalismo democrático establece que toda persona que dispone de un mandato que le da la calidad de órgano de los poderes públicos debe rendir cuenta de sus actos y asumir sus consecuencias. Los gobernadores son así responsables y ello dice relación con el ejercicio y la limitación de los poderes de éstos.

Se distingue, tradicionalmente, entre la responsabilidad política, penal y civil; las Constituciones latinoamericanas señalan la responsabilidad civil y penal del presidente, ya que la responsabilidad política se considera una responsabilidad a término del mandato por medio de las elecciones; sin embargo, ella no es aplicable al Presidente saliente, toda vez que éste por prohibición constitucional no puede presentarse a la reelección; ella es más bien indirecta, afectando al partido político al cual pertenece el Presidente de la República saliente, el que será sancionado por la no elección del candidato presidencial que lo representa.

Las constituciones latinoamericanas siguen, en materia de responsabilidad penal, el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos con el impeachment. Así, la Constitución chilena de 1980 consigna en los artículos 48 y 49, respectivamente, la acusación constitucional respecto del Presidente de la República. Ella también está establecida en otros regímenes presidencialistas de América Latina, como por ejemplo, la Constitución de Costa Rica de 1949, artículo 151; la Constitución de Paraguay de 1992, artículo 225; la Constitución de Colombia de 1991, artículo 178 Nº 3.

Sin embargo, la Constitución exige, normalmente, para la destitución de los Presidentes, quórum bastantes altos que hacen prácticamente ilusoria dicha responsabilidad, como es el caso chileno, donde tanto bajo la Constitución de 1925 como de 1980 se establece que la declaración de culpabilidad debe ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio (artículos 42 y 49, respectivamente).

V. LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMOS DEMOCRÁTICOS EN AMÉRICA LATINA

Si bien en Latinoamérica los presidencialismos presentan los aspectos técnico-constitucionales ya analizados, que los diferencian del tipo de gobierno presidencial de Estados Unidos y permiten su calificación de *presidencialistas*, la diversidad de desarrollo socioeconómico, de desarrollo de la cultura política, de desarrollo científico-técnico, como de experiencias políticas y variedad de ideologías y de sistemas de partidos políticos, no se puede dar una visión unitaria del régimen presidencialista latinoamericano más allá de los aspectos generales reseñados anteriormente, ya que dentro de

ellos es posible distinguir distintas modalidades de presidencialismo democrático[29] algunas de las cuales son atenuaciones del presidencialismo[30].

El profesor Sánchez Agesta distingue cinco tipos de presidencialismos en América Latina: el presidencialismo puro; el presidencialismo atenuado; el presidencialismo en aproximación al parlamentarismo; el gobierno colegial de Uruguay desde 1952 hasta 1966; el régimen socialista cubano[31].

El profesor Cumplido distingue entre los presidencialismos latinoaméricanos la siguiente tipología: el gobierno presidencial de Ejecutivo vigorizado; el gobierno presidencial parlamentario; el gobierno presidencial controlado, y el gobierno semipresidencial, sin perjuicio del régimen presidencial autoritario[32].

El profesor español Antonio Colomer en su análisis del presidencialismo iberoamericano, asumiendo una perspectiva sociológica, distingue entre dictaduras oligárquicas, dictaduras militares, regímenes populistas y regímenes democráticos; luego, constituye una clasificación basada en la relación interna entre competencias constitucionales y comportamientos institucionales y la relación externa entre la presidencia con los otros poderes y el conjunto social. Esta clasificación comprende el Presidencialismo hegemónico de excepción, el presidencialismo hegemónico constitucional democrático, el presidencialismo con sujección parlamentaria y el presidencialismo autónomo de equilibrio de poderes[33].

Dentro de la clasificación de Colomer, el Presidencialismo hegemónico de excepción, constituye en la realidad un régimen autoritario que no cabe dentro de los presidencialismos democráticos. El presidencialismo hegemónico constitucional democrático equivale al presidencialismo dirigido. El presidencialismo autónomo corresponde al presidencialismo puro y el presidencialismo con sujección parlamentaria al presidencialismo atenuado o parlamentario.

Por nuestra parte, consideramos necesario hacer una tipología que clasifica a los tipos de gobierno latinoamericanos, debiendo distinguir los regímenes autoritarios con fórmulas presidencialistas y los presidencialismo democráticos. A su vez, los tipos de gobiernos democráticos con fórmulas más o menos presidencialistas podemos clasificarlos en presidencialismos puros, presidencialismos dirigidos y presidencialismo atenuados o parlamentarizados[34].

1. Los rasgos fundamentales de los diferentes tipos de presidencialismos democráticos

A. El presidencialismo puro

Se caracteriza por dar al Presidente de la República la función de órgano central del régimen político, con un carácter preponderante, el cual tiene como funciones esencia-

29. LOEWENSTEIN, Karl, *Êtude de droit compraré sur la présidence de la République*. *op. cit.*
30. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 248.
31. SANCHEZ AGESTA, Luis, *op. cit.*, p. 248.
32. CUMPLIDO, Francisco, *El sistema democrático en América Latina*. *op. cit.*, pp. 10 a 25.
33. COLOMER VIDAL, Antonio, "El presidencialismo Iberoamericano" en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. Universidad Autónoma de México. México 1992, p. 139 y ss.
34. *V.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los regímenes presidencialistas de América Latina" en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, op. cit.*, pp. 455-494.

les el gobierno y la administración del Estado, con facultades colegisladoras e influencia en la designación de los miembros del Poder Judicial. En este tipo de presidencialismo, los ministros de Estado son designados y removidos libremente por el Presidente de la República. El Congreso es un órgano colegislador, con facultades fiscalizadoras, que pueden llegar por medio de la acusación constitucional a destituir al Presidente de la República y sus ministros. Es el caso de Chile y de Argentina (hasta 1994), entre otros.

B. El presidencialismo parlamentario o atenuado[35]

Tiene como rasgos fundamentales el que el Parlamento hace contrapeso al Jefe de Estado, quién debe tener en consideración la composición del Parlamento para definir las orientaciones de la política gubernamental. El Parlamento está dotado de amplias facultades fiscalizadoras reales y tiene atribuciones para realizar interpelaciones, remover ministros por los votos de censura o rechazo de las mociones de confianza. A su vez, el Presidente de la República está limitado por la necesidad de la participación efectiva de los ministros en las decisiones del Ejecutivo.

Entre estos regímenes presidencialistas atenuados o parlamentarios pueden señalarse en el pasado, como ejemplos, la Constitución cubana de 1940, la Constitución boliviana de 1945, la Constitución venezolana de 1947, entre otras[36]. En la actualidad pueden señalarse como ejemplos la Constitución de Costa Rica de 1948; la Constitución Argentina de 1994; la Constitución de Uruguay de 1967; la Constitución Peruana de 1993; la Constitución de Guatemala de 1985; para citar sólo algunos ejemplos.

La Constitución uruguaya de 1967. La Constitución uruguaya señalada pone fin a un período de gobierno colegiado de tipo directorial que rigió al país desde 1952, restableciendo en sus aspectos esenciales la normativa constitucional de 1942.

En efecto, la Constitución de 1967 restablece la Presidencia de la República y el Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros interviene en los casos planteados por el Presidente, por los ministros respectivos y en los que determina la Constitución (artículo 160).

El Poder Ejecutivo en Uruguay se ejerce así por el Presidente actuando en acuerdo con el Consejo de Ministros, el ministro o ministros respectivos. Los ministros son responsables de los decretos que refrendan (artículo 149, 175 y 179); sin la firma de los ministros no hay obligación de obedecer las resoluciones del Presidente (artículo 168).

Los ministros necesitan para mantenerse en su cargo, del respaldo de las Cámaras (artículo 174), ya que ellos pueden ser objeto de interpelaciones que pueden concluir en declaraciones políticas de las Cámaras (artículo 118 a 121); pueden, además, ser censurados y obligados a renunciar por la Asamblea General (artículo 148). Así, el Parlamento puede hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros, al igual que en Venezuela, sin perjuicio de la acusación constitucional en caso de ilícitos constitucionales (artículo 93).

A su vez, la Constitución de 1967 restablece la posibilidad de disolver el Parlamento (artículo 148), contemplado en la antigua Constitución de 1942; ella es posible si el Parlamento mantiene, por menos de tres quintos de los votos, la censura a los ministros observada por el Presidente de la República. En dicho caso, el Jefe de Estado "debe llamar a nuevas elecciones parlamentarias, de modo que el pueblo es erigido en árbitro

35. LOEWENSTEIN, Karl, *Etude de droit comparé sur la présidence de la République, op. cit.,* pp. 160 y ss., CONAC, Gérard, *Pour une Théorie du présdientialisme. op. cit.,* p. 145.

36. LOEWENSTEIN, Karl, *Ètude de droit comparè sur la présidence de la République. op. cit.,* p. 163

de la discrepancia entre los poderes políticos, tal como es tradicional en los regímenes parlamentarios"[37].

En el mismo sentido, Cassinelli señala que para que el gobierno sea la expresión de la orientación política reflejando la mayoría parlamentaria la Constitución establece tres instituciones: "La obligación para el Jefe de Estado de designar ministros salidos de la mayoría parlamentaria, la moción de censura y la cuestión de confianza. La posibilidad para el Poder Ejecutivo de ser asumido en todos los casos en Consejo de Ministros, de tal manera que el Presidente de la República pueda actuar como jefe de gobierno si tiene la mayoría en la Asamblea General o que pueda dejar la dirección política al Consejo de Ministros en el caso contrario, asumiendo un rol moderador, admitiendo incluso que pueda surgir entre los ministros un líder del gobierno" [38].

La Constitución de Costa Rica. La Carta Fundamental de Costa Rica de 1949 también establece la facultad de la Asamblea Legislativa de formular interpelaciones a los ministros de gobierno e incluso de censurar a los ministros cuando a juicio de la Asamblea sean culpables de actos ilegales o inconstitucionales, o incluso de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos. Esta censura, que significa la destitución del o de los ministros afectados, debe adoptarse sólo por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa (artículo 121, Nº 24).

Como se ha señalado, la consideración de la culpabilidad de los ministros *según su opinión*, es decir, la de la Asamblea Legislativa, da un carácter altamente subjetivo a las causales de acusación, las cuales son de por sí bastante ambiguas, como la de "errores graves que han causado o podrían causar serios daños e interés público". Ello hace que se facilite la censura de los ministros por motivos políticos, lo que equivale a sancionar la responsabilidad política, ya que, según los autores clásicos, ella implica la pérdida del poder.

La Constitución de 1949 integró casi completamente en el nuevo texto las disposiciones de la Constitución de 1871, haciéndose sólo algunos cambios considerados positivos para el desarrollo nacional; entre ellos, la exclusión del Congreso de toda actividad electoral, ya que había sido una de las causas de los hechos bélicos de 1948, así como una "reducción de los poderes del Ejecutivo, porque la historia demostraba en demasía las funestas consecuencias que había traído para el país un excesivo poder del Presidente[39].

Como señalará el constituyente, licenciado Jiménez, "el Ejecutivo ya no es el único que gobierna, a su lado se yerguen las instituciones autónomas y el Poder Legislativo puede también, si lo quiere, influir en el gobierno. A su vez, dentro del Ejecutivo mis-

37. REAL, Alberto-Ramón, "Primeras perspectivas de la Constitución uruguaya de 1967" en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, obra en *Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Tomo III, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España 1969, p. 197.

38. CASSINELLI M., Horacio, *Alcances y aplicación de la nueva Constitución uruguaya*, Montevideo 1967. *V.*, asimismo, BABAGELALA, Anibal Luis, *La competencia del Consejo de Ministros en la Constitución uruguaya de 1967*; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La jefatura del Estado en la Constitución uruguaya*; AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo, "La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional de 1967"; todos ellos en *Temas de Derecho Constitucional*, nº 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay noviembre de 1985, 86 pp. SEMINO, Miguel Angel, "El parlamentarismo en el Uruguay (Teoría y realidad)" en *Vox Juris, Revista de Derecho* Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú 1993, pp. 235-242.

39. "Asamblea Nacional Constituyente de 1949", Tomo I, pp. 476-479. *cit.* en la *Constitución de 1949. Antecedentes y proyecciones*. Ed. costa Rica, San José, Costa Rica 1979, pp. 83-84

mo, el Presidente ya no puede decir, yo soy el Ejecutivo. Hoy el ejecutivo es el Presidente y sus ministros[40].

De esta forma, no sólo se introduce un mayor control del Parlamento sobre el Ejecutivo, con la interpelación y la censura a los ministros, sino que también el Ejecutivo mismo deja de ser unipersonal y pasa a ser compartido con los ministros.

En tal sentido, el licenciado Ismael Antonio Vargas ha sostenido que el concepto de Poder Ejecutivo compartido es el que cabe aplicar al sistema costarricense, pues empeñado en debilitar el personalismo presidencialista que vivía el país, no supo encontrar el mejor sistema, ya que mantuvo algunos elementos del presidencialismo e introdujo algunos elementos del parlamentarismo[41].

La Constitución Argentina de 1994, en su artículo 100, establece la institución de un Jefe de Gabinete ministerial responsable políticamente ante el Congreso de la Nación desarrollando un conjunto de atribuciones relacionas con los proyectos de ley[42]. El Congreso Argentino tiene diversos mecanismos de control político del gobierno, fuera de las atribuciones clásicas de fiscalización de la administración. Dispone de la atribución de formular interpelaciones que pueden ser planteados en cualquiera de ambos Cámaras (art. 71) de censura aprobado por la mayoría absoluta de la mayoría de las dos ramas del Congreso (artículo 101).

La Constitución Venezolana de 1999establece un Vicepresidente Ejecutivo[43], el cual colabora con el Presidente en la dirección de la acción del gobierno; coordina la administración pública; propone al Presidente el nombramiento y remoción de los Ministros, preside, previa autorización presidencial el Consejo de Ministros, coordina las relaciones del gobierno con la Asamblea Nacional (artículo 239).

El Vicepresidente Ejecutivo puede ser censurado por la Asamblea Nacional, por una votación no inferior a dos terceras partes de sus integrantes lo que determina su remoción y la imposibilidad de ser miembro del ministerio o Vicepresidente Ejecutivo durante el resto del periodo presidencial (artículo 240). A su vez, el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura (artículo 240 y 236 Nº 21).

El Presidente de la República debe necesariamente ejercer en Consejo de Ministros diversas competencias, desde la declaración de Estados de Excepción y restricción del ejercicio de derechos constitucionales; la dictación de decretos con fuerza de ley, previa habilitación legislativa, la determinación del llamado a referendum popular y la disolución de la Asamblea Nacional.

Los Ministros son responsables de sus actos de acuerdo con la Constitución y la ley, debiendo presentar ante la Asamblea Nacional, anualmente, una memoria razonada sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior (artículo 244). Los ministros pueden hacer uso de la palabra en las Cámaras y sus comisiones (artículo 245). Los Ministros pueden ser destituidos por una moción de censura votada por las tres quintas

40. JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Obras completas*, Costa Rica 1962, pp. 257-258.

41. Citado por AGUILAR BULGARELLI, Oscar. *La Constitución de 1949*. Ed. Costa Rica, San José, Costa Rica 1979, pp. 140-141

42. *V.*, Varios autores, *La reforma constitucional Argentina*. Asociación Argentina de 1994. Buenos Aires, Argentina 1994; NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina 1995; SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José, *La Constitución de los Argentinos*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Argentina 1997.

43. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, 2ª edición, Caracas, Venezuela 2000, 505 pp.

partes de los miembros de la Asamblea Nacional, lo que determina su remoción, sin poder volver a optar al cargo de Ministro o Vicepresidente Ejecutivo el resto del periodo presidencial.

Estos tipos de presidencialismos atenuados, parlamentarizados o de sujección parlamentaria, siguen siendo presidencialismos, por el hecho de que el Presidente de la República sigue siendo Jefe de Estado, del gobierno y de la administración, siendo los jefes de gobierno, Vicepresidentes ejecutivos o Presidentes del Consejo de Ministros o los Ministros, una especie de fusible, que permite al Congreso llamar la atención del Presidente, el cual a través del nuevo ministerio podrá rectificar o insistir en las líneas políticas de su gestión presidencial. Este tipo de presidencialismo tiende a constituirse en la corriente principal del presidencialismo de fines del siglo XX.

C. Los presidencialismo dirigidos

Tales presidencialismos tienen todas las características del presidencialismo puro, pero existen limitaciones que pueden ser voluntarias o impuestas a la libertad y a la participación de las fuerzas políticas en el gobierno del país.

Entre éstos puede señalarse como ejemplo el caso de Colombia bajo el régimen bipartidista o de Frente Nacional iniciado en 1958, en que los partidos tradicionales. Liberal y Conservador, gobernaron, exclusiva y conjuntamente, mediante el reparto paritario de las posiciones en las distintas ramas del poder público y su alternancia en la Presidencia de la República durante 16 años.

La filosofía del pacto bipartista en Colombia se encuentra establecida en el artículo 4º del Acto Plebiscitario votado el 1º de diciembre de 1957, que introdujo tal reforma constitucional es el de que los partidos, el Conservador y el Liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del gobierno, y que éste se ejerza en nombre de los dos". Ello implicó durante la vigencia de dicha reforma constitucional un régimen que institucionaliza un régimen bipartista que excluye la influencia y participación efectivas en el ejercicio del poder de las demás fuerzas políticas, estableciendo un cierto monopolio formal de la titularidad del poder [44].

Este *arreglo institucional* buscó quebrar la tensión amigo-enemigo que se vivía hasta entonces en Colombia entre liberales y conservadores, que llevaba habitualmente, a la violencia y a hechos de sangre.

Como dice Sachica, "hay aquí una confesión tácita de la incapacidad de nuestro pueblo para la práctica racional de la democracia, de su falta de madurez política para la aceptación de las concesiones y efectos naturales de la opinión enteramente libre, en un clima de sensatez y de fairplay que aún no hemos adquirido. Estamos en un paréntesis, un receso o cura de reposo, en obligada reclusión, mientras se aprende el difícil oficio de ser libres" [45].

Sostiene el mismo autor que el sistema político fue la resultante de un acuerdo entre liberales y conservadores, ratificado en un referéndum, para la práctica transitoria de una forma de democracia restringida, "en busca de la eliminación de la violencia en la

44. SACHICA, Luis Carlos, "Un ensayo audaz. El gobierno bipartista", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España 1969. p. 162.

45. SACHICA, Luis Carlos, "Un ensayo audaz. El gobierno bipartidista". *op. cit.*, p. 165.

lucha por el poder y su monopolio por un solo partido, así como la creación de las condiciones indispensables para el desarrollo económico del que el país está urgido, sistemas sustentado en la alianza de una política bipartista"[46].

Este pacto constitucional que dio lugar al *frente nacional* que establecía la alternativa de liberales y conservadores en la Presidencia de la República, compartiendo en forma igualitaria el Ministerio y el Parlamento, se pensaba que podría haber limitado el presidencialismo colombiano, lo cual no se produjo; la práctica del sistema mostró que el Presidente, aun respetando la norma de paridad en el Gabinete, pudo nombrar ministros a representantes de ambos partidos, que por su identidad con la política o la persona del Presidente no se abstienen de refrendar los actos del gobierno, con excepciones que no alteraron ni la colaboración política del Gabinete ni el respaldo parlamentario al gobierno. Así, el *frente nacional* o pacto bipartista no mermó el poder presidencial ni se produjo la evolución hacia el parlamentarismo; la *colegialidad* del poder fue puramente formal[47].

Esta práctica constitucional colombiana, ya superada por un régimen de democracia auténticamente pluralista, permitió como efecto positivo pacificar y racionalizar la vida política colombiana, aún cuando todavía exisen fuertes áreas de violencia en las relaciones políticas, sobre todo, teniendo presente la fuerza de los actuales movimientos guerrilleros que el Presidente Belisario Betancourt trató de superar a través de la negociación y una política de pacificación del país.

El presidencialismo mexicano hasta la década de los noventa, podría ser clasificado en este grupo, producto de la hegemonía institucional y fáctica del Partido Revolucionario Institucionalizado. El liderazgo jugado por el Presidente de la República y su influencia en los demás órganos, además de la falta de un control o fiscalización parlamentaria efectiva y los límites que establecía a la representación parlamentaria el sistema electoral vigente apoyado en disposiciones constitucionales. Esta situación ha comenzado a varias con diversas reformas constitucionales, en especial con las reformas constitucionales de 1996. Ellos fortalecen la garantía de los derechos fundamentales y el pluralismo político; regula el financiamiento de campañas electorales y de los partidos; se introducen modificaciones al Instituto Federal Electoral; introduce elementos de representación proporcional en la Cámara de Diputados y el Senado, entre otras[48], dicho cambio institucional se refuerza, por la primera alternancia política en la presidencia, que se concreta el año 2000, saliendo del gobierno el PRI y entrando al PAN.

46. SACHICA, Luis Carlos, "Un ensayo audaz. El gobierno bipartidissta". *op. cit.,* p. 166.

47. CASTRO CASTRO, Juan, "La presidencia de la República en Colombia", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Tomo III, Madrid, España 1969, p. 496.

48. *V.,* AYALA CORAO, Carlos, "Las reformas constitucionales mexicanas de 1996", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Dike-Ciedla, Medellín, Colombia 1997, pp. 513-558

VI. EL TIPO DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SUS VARIANTES

1. El Desarrollo del tipo de gobierno parlamentario

El tipo de gobierno parlamentario cuyo desarrollo se inició en Gran Bretaña en la primera mitad del siglo XVII, se desborda del cuadro británico a fines de dicho siglo en tres direcciones.

La primera dirección es la de las colonias británicas que van adquiriendo autonomía e independencia y se mantienen en la Comunidad Británica de Naciones (*Commonwealth*), tales como Australia, Canadá, India y Nueva Zelandia [49].

Una segunda dirección de desplazamiento del régimen parlamentario es el continente europeo en olas sucesivas. La primera de ellas se produce en el siglo XIX y comienzos del siglo XX en países que se sitúan en Europa Occidental y Septentrional (España, Grecia, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Suecia), donde el parlamentarismo fue un instrumento de la democratización progresiva de los regímenes políticos, sin perjuicio del mantenimiento de la monarquía. Una segunda oleada se desarrolla en Europa después de la Primera Guerra Mundial, afectando a los países de Europa Central, Meridional y Oriental (Alemania, Austria, Checoslovaquia, Finlandia, Estonia, Irlanda, Hungría, Lituania, Polonia, Rumania, Yugoslavia), países que pudieron entrar en un régimen constitucional liberal y democrático, luego de la destrucción de los imperios centrales, regímenes que en algunos casos se fueron desnaturalizando y varios de ellos fueron eliminarlos durante la Segunda Guerra Mundial. La tercera oleada europea se produce después de 1945, la que tiene un carácter más limitado, teniendo por objeto la reintroducción del parlamentarismo bajo modalidades nuevas en países europeos que lo habían tenido con anterioridad; entre ellos puede señalarse a Italia, Alemania Federal, Francia, Grecia, España.

La tercera dirección de expansión del parlamentarismo fue su introducción en ciertos países de Asia, que occidentalizaron sus instituciones, tales como Japón, Israel, Irán, Líbano, Jordania, Sudán, y luego, después de 1960, lo encontramos en algunos países africanos que accedieron a la independencia[50].

Una cuarta y última dirección de expansión del tipo de gobierno parlamentario constituye su desarrollo en Europa Oriental en la década de los años ochenta y noventa, al concluir el siglo XX.

2. Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario

Estos caracteres para efectos pedagógicos los podemos calificar en caracteres orgánicos y caracteres funcionales.

Existe una clara distinción entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (Asamblea o Cámara legislativa). A ello debe agregarse un dualismo interno en el Poder Ejecutivo, separando la dirección jurídica y nominal del Estado, de la función gubernamental efectiva. La relación recíproca entre jefe de Estado, gobierno y Asamblea determina los caracteres específicos del régimen parlamentarios.

---

49. *V.*, BRADY, *Democracy in the dominions*, 2º Ed. Toronto, Cánada 1952. LAING, "The Transplantation of the Britihs Parliament", en *Parliamentary*. Affairs XI, Londres 1958.

50. GOOSENS, Charles, *op. cit.*, pp. 660 y ss. y pp. 669 y ss.

El Jefe de Estado está dotado de independencia funcional que proviene de la intangibilidad de su estatuto y de la situación de irresponsabilidad política. Este Jefe de Estado está investido de una función de representación del Estado, a lo cual se agrega eventualmente un rol de árbitro o de regulador del funcionamiento del régimen. Generalmente los poderes que posee no puede ejercerlos autónomamente, ellos deben ser refrendados por uno o más ministros de gobierno, los que asumen la responsabilidad de esos actos.

El gobierno es un órgano constituido por los ministros, designados generalmente por el jefe de Estado y que son solidariamente responsables ante el Parlamento. El gobierno ejerce teóricamente sus funciones bajo la égida del jefe de Estado, pero en la práctica el gobierno ejerce con autonomía amplia la función gubernamental, la que no se limita a la ejecución de las decisiones del Parlamento, desbordando dicho cuadro, en la medida que en la actualidad el gobierno se transforma en el centro principal de impulsión y de acción política por regla general.

El Parlamento es depositario de la función normativa superior, que consiste en la emisión de reglas según las cuales debe ordenarse la vida del cuerpo político. El Parlamento tiene la función de control político de la acción gubernamental, siendo el lugar de reconocimiento de una mayoría como elemento de referencia en relación al cual el gobierno se conduce.

La oposición en el seno del Parlamento se presenta como freno, control y alternativa frente al gobierno en funciones en que es mantenido por la mayoría parlamentaria.

3. Los caracteres funcionales

Entre los órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo se establecen relaciones caracterizadas esencialmente por la existencia de medios de acción recíprocos de los cuales dichos órganos disponen; ellos son principalmente dos[51], la responsabilidad gubernamental ante el Parlamento, y el derecho de disolución del Parlamento por el Poder Ejecutivo.

A. La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento

El rasgo fundamental del régimen parlamentario es la responsabilidad política colectiva del gobierno ante el Parlamento.

Los ministros que conforman el Consejo o Gabinete Ministerial asumen en el plano político la responsabilidad de todos los actos que ellos desarrollen o en los cuales participan, especialmente a través del refrendo ministerial. De todos estos actos deben dar cuenta al Parlamento, someterse a las críticas de éste y pueden ser obligados a abandonar sus cargos cuando el Parlamento, a través de una moción de censura o voto de desconfianza, manifiesta su hostilidad o rechazo al gobierno.

---

51. *V.*, BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, *op. cit.*, p. 201.
DUVERGER, Maurice, *Intitutions politiques et Droit Constitutionel*, *op. cit.*, Tomo I, p. 172; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*. *op. cit.*, p. 104; VON BEYME, Klaus, *Díe Partamentaiischen Regíerumgsysteme in Europa* Ed. R. Piper & Cia., Munich, RFA 1970.

La responsabilidad política del gobierno tiene por finalidad mantener el acuerdo entre la política ministerial y la política de la mayoría del Parlamento; ella entra en juego desde que el desacuerdo se manifiesta. El retiro ante el voto de censura o de desconfianza tiene por objeto conformarse a la regla de la armonía que debe existir entre el gobierno y la mayoría parlamentaria; no es por lo tanto la manera de hacer efectiva una pena o de prevenirla.

La remoción del gobierno por el Parlamento es retenida como criterio central del régimen parlamentario, en la medida en que precisemos que lo determinante es la posibilidad de remover y no la remoción efectiva, la que en el parlamentarismo contemporáneo es una cosa rara[52].

La dimisión del Gabinete ante el voto de censura y su no sometimiento a la voluntad política del Parlamento se debe a la distinción de poderes; los actos desarrollados por el gobierno, dentro de los límites de su competencia, forman parte de la función gubernamental y no de la tarea de la Asamblea parlamentaria. Es por ello que la Cámara legislativa no puede revocar los actos desarrollados por el gobierno, ni tampoco puede darle órdenes respecto del desarrollo de la misión gubernamental, la cual el gobierno ejerce con independencia, sobre el hecho de asumir la responsabilidad política de sus actos. Ello es precisamente lo que diferencia al régimen parlamentario del régimen de asamblea; en esta última la Cámara legislativa puede substituirse al *Comité Ejecutivo* que forman los ministros.

Esta responsabilidad gubernamental está temperada y equilibrada a su vez por el derecho del Ejecutivo de disolver el Parlamento o una de sus Cámaras.

B. El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo

Esta institución, de carácter costumbrista, ha tenido una importante evolución y variadas aplicaciones en condiciones diversas.

La disolución del Parlamento por el Ejecutivo es la contrapartida, el contrapeso, al poder de censurar al gobierno por el Parlamento. Esta disolución se practica sólo respecto de las Cámaras que tienen la posibilidad de destituir al gobierno. Así, en el sistema de bicameralismo igualitario -ambas Cámaras pueden destituir al gobierno- las dos Cámaras pueden ser disueltas por el Ejecutivo; ejemplos de ello son Bélgica, Italia y Países Bajos. En el sistema de bicameralismo desigual, donde sólo una de las Cámaras ejerce el control político del gobierno, ésta es la única Cámara que es disuelta por el Ejecutivo; un ejemplo es el caso de la República Federal Alemana, donde sólo puede disolverse la Cámara política (Bundestag), de acuerdo a los artículos 63, inciso 41, y 68, inciso 19 de la Ley Fundamental de Bonn.

En tal sentido, puede sostenerse que si bien el poder de disolución del Parlamento por el Ejecutivo continúa siendo un elemento importante del equilibrio político del régimen parlamentario, éste tiene un carácter menos fundamental que la responsabilidad ministerial para la definición del régimen[53].

---

52. *V.*, en *Melanges offerts a Georges Burdeau: El Poder*, Ed. L.G.DJ., París, Francia 1977, p. 87 y ss., CAPITANT, René, "Régimes Parlementaires", *op. cit.*, p. 40; PRELOT, Marcel y BOULOUIS, Jean, *op. cit.*, pp. 102 a 104; CADART, Jacques, *op. cit.*, Tomo II, pp. 632 y ss.

53. Hay autores, como CADART, Jacques que sostienen que el derecho de disolución no puede ser condicionado en un régimen parlamentario, ya que él permite volver a dar en todo momento la palabra al pueblo, a fin de estable-

Es por ello que algunos autores llegan a sostener que la disolución no es un elemento irreemplazable del régimen parlamentario. La disolución es considerada por dichos autores como un arma preventiva de carácter disuasivo, un medio de presión entre otros, respecto de la Asamblea parlamentaria.

Estos elementos son aquellos que sin ser esenciales o indispensables a su existencia, contribuyen a asegurar su funcionamiento normal, facilitando el juego de los elementos fundamentales del sistema o reforzando su acción[54].

En tal sentido, Goosens distingue entre los elementos que tienden a acrecentar la intensidad de las relaciones entre el Parlamento y el gobierno y aquéllos que tienden a consolidar el equilibrio entre poderes.

Entre los primeros están aquellos elementos que tienden a consolidar sus medios de acción recíprocos, como son el derecho del gobierno de convocar las Cámaras y de clausurar los períodos de sesiones; el derecho de los ministros de asistir a las sesiones de las Cámaras y hacer uso de la palabra; el derecho del Parlamento de proceder a realizar investigaciones; de hacer preguntas a los ministros o de dirigirles interpelaciones, etcétera. También estos elementos pueden tender a reforzar su colaboración funcional; entre ellos pueden mencionarse: la participación del gobierno en la función legislativa mediante el derecho de iniciativa legislativa, de enmienda, de veto o de sanción; la participación del Parlamento en ciertos actos importantes de la función gubernamental administrativa, tales como la aprobación de tratados, los actos de alta tutela, aprobación de presupuestos.

Entre los elementos que tratan de consolidar el equilibrio de poderes, están aquéllos que buscan crear nuevos contrapesos; ejemplo de ello es la técnica del Parlamento bicameral.

4. Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario

El tipo de gobierno parlamentario es así aquel que combina los medios de acción recíprocos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, fundando una asociación de poderes y buscando el desarrollo de una colaboración equilibrada entre ellos. Ambos poderes están afectados de una dependencia orgánica recíproca, estando obligados a colaborar por efectos de las necesidades de la acción gubernamental y los elementos auxiliares que tienen por objeto reforzar esta colaboración.

En el tipo de gobierno parlamentario, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo gozan de una posición sólida y de competencias y atribuciones amplias que deben permitir a cada poder impedir al otro poder que adquiera una preponderancia excesiva.

El tipo de gobierno parlamentario no sólo institucionaliza el diálogo entre el gobierno y el parlamento, sino también entre las corrientes políticas de la sociedad, asegurándoles su expresión a nivel parlamentario, entregándoles la posibilidad de influenciar el gobierno mediante el diálogo entre la mayoría parlamentaria que sostiene al gobierno y la oposición que representa las tendencias minoritarias que pueden acceder a ser mayoritarias por el respeto, en el parlamentarismo, de las reglas o principios democráticos del pluralismo ideológico y político y la alternancia en el poder.

---

cer la armonía entre Ejecutivo y Legislativo. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. *cit.*, Tomo II, pp. 639-640.

54. GOOSENS, Charles, *op. cit.*, p. 674.

El régimen parlamentario se encuentra a medio camino entre el régimen presidencial, que establece una separación absoluta de poderes, y el régimen de asamblea, que constituye una confusión de poderes. El régimen parlamentario se esfuerza en lograr una colaboración de poderes.

5. Las dos concepciones diferentes de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica

Una de las concepciones de gobierno de tipo parlamentario ve en la aplicación del principio de separación de poderes, en su versión de flexibilidad y colaboración, el criterio central del mismo, en oposición a la separación rígida de poderes establecida por el régimen presidencial. Esta concepción, sustentada, entre otros, por M. Hauriou, Redsbob, A. Esmein, Joseph Bertlélemy y Duez, sostiene que el favorecimiento de los contactos mutuos y la colaboración entre los poderes hacen del régimen parlamentario un régimen de equilibrio de poderes.

La segunda concepción, expuesta por Bagehot, siendo clásica en Gran Bretaña y en la cual se inspiró R. Carré de Maiberg en Francia, considera que el elemento más significativo del gobierno parlamentario es la subordinación del Ejecutivo al Legislativo. Es la Asamblea parlamentaria la que se encuentra investido del poder de hacer las leyes y de controlar el gobierno, o más bien de gobernar por intermedio de una comisión ejecutiva o gabinete[55].

A. La concepción dualista del tipo de gobierno parlamentario

Esta concepción, como ya lo hemos señalado, sostiene que el régimen parlamentario es un régimen de separación de poderes y de colaboración de ellos, lo cual otorga al régimen una fisonomía de equilibrio de poderes. En tal sentido, Adhémer Esmein: "Si el titular del Poder Ejecutivo gobierna, necesariamente, por el órgano de un ministerio responsable, cuya existencia está a merced de la Cámara de Diputados, él no es menos personalmente irresponsable y legalmente libre de elegir sus ministros" [56].

En la misma línea, Maurice Hauriou expresaba: "El Poder Ejecutivo es confiado a un monarca hereditario o a un Presidente de la República elegido, al lado del cual están los ministros nombrados por el jefe de Estado y responsables ante él, pero responsables también y sobre todo ante el Parlamento[57].

Esta concepción describe la realidad de un régimen parlamentario dualista donde aún el jefe de Estado cuenta con ciertas prerrogativas reales y no sólo formales; este tipo de parlamentarismo es sólo uno de los tipos posibles de régimen parlamentario, frente al cual se sitúa, con mayor realidad hoy día, el parlamentarismo monista, el cual se caracteriza por el hecho de que el jefe de Estado ha sido vaciado de toda prerrogativa o atribuciones políticas reales, detentándolas sólo en sentido formal o nominal.

Por ello puede sostenerse que el régimen parlamentario no tiene un sentido unívoco, ya que es capaz de recubrir diferentes realidades políticas, y el equilibrio de poderes

55. CAPITANT, René, "Régimes parlementaire", *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, ver CHANTEBOUT, Bernard, "Le régime pariementaire moniste. Governement d'Assemblée", en *Mélanges offerts a Georges Burdeau: El Poder*, Ed. L.G.DJ., París, Francia 1977, pp. 43-61.

56. ESMEIN, Adhémer, "Deux formes de gouvemement", publicada en la *Revue de Droit Public*, nº 21, 1894, p. 33.

57. HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París 1929, p. 359.

que pretende establecer adquiere, según los distintos casos, una fisonomía diferenciada, toda vez que sus componentes -que ya hemos analizado- pueden variar en proporciones considerables, dando a uno u otro elemento una preponderancia más o menos marcada; así pueden encontrarse regímenes parlamentarios con una preponderancia del jefe de Estado, con una hegemonía de la Asamblea parlamentaria o con un equilibrio entre ambos elementos.

Esta forma de parlamentarismo, como la definen Esmein, Duguit o M. Hauriou, es un régimen dualista, donde el jefe de Estado, titular del Poder Ejecutivo, continúa oponiéndose al Parlamento y le hace contrapeso.

Existe una separación de poderes flexibilizada y perfeccionada por la innovación del Gabinete responsable, el cual es concebido como un órgano de enlace, colaboración y arbitraje político. Se mantiene así la idea cara a Montesquieu de la separación de poderes.

El parlamentarismo de tipo orleanista se caracteriza por el derecho que posee el jefe de Estado de revocar o hacer dimitar a sus ministros. Esta prerrogativa permite al jefe de Estado ejercer un poderoso medio de acción sobre gobierno o Gabinete responsable. El jefe de Estado deja gobernar al Consejo de Ministros, pero lo controla más si pierde su confianza, lo aleja del gobierno, encargando éste a un nuevo equipo, con un programa más acorde a su punto de vista personal[58].

Así, el gobierno debe realizar su labor bajo la doble confianza: la del jefe de Estado y la del Parlamento. El gobierno debe realizar su acción política con el acuerdo, tanto del jefe de Estado como del Parlamento.

El derecho de destituir los ministros se acompaña habitualmente del derecho de disolver la Asamblea parlamentaria.

La disolución en parlamentario dualista u orleanista es una disolución realizada por el jefe de Estado, sea Rey o Presidente de la República, y no una disolución gubernamental. En este régimen es el jefe de Estado quien llama al pueblo, es la política personal del jefe de Estado la que se encuentra en conflicto con la mayoría parlamentaria.

Por ello cabe concluir que en régimen parlamentario dualista u orleanista, la revocación de los ministros y la disolución de la Cámara son prerrogativas del jefe de Estado.

Este parlamentarismo dualista clásico lo encontramos en Gran Bretaña en el siglo XVIII, el cual es adoptado también en Francia, bajo el régimen de Luis Felipe de Orleáns -de allí el calificativo de *orleanista*-. Este tenía una doble finalidad:

a) En una época donde el poder se consideraba como el enemigo principal de las libertades individuales, este régimen ofrecía la garantía de la separación de poderes contra los abusos de la autoridad.

b) En dicha época aún la legitimidad política se encontraba disputada; una parte del cuerpo político se había sumado a las nuevas ideas en el sentido que la legitimidad política residía en el pueblo o la nación, mientras que otro sector importante del cuerpo político continuaba sosteniendo la concepción de la legitimidad política del monarca basada en el derecho divino. Esta situación hacía que el poder político tuviera una doble legitimidad: una Cámara elegida, expresión de la soberanía del pueblo, y un monarca hereditario, expresión de la legitimidad tradicional, los cuales coexisten en el Estado. Entre ambos se situaba el Consejo de Ministros o Gabinete, nombrado por el rey, pero go-

58. El jefe de Estado puede hacer dimitir a sus ministros también a través de medios indirectos, rechazando refrendar los actos del Gabinete y con ello impidiéndole gobernar.

zando de la confianza del Parlamento, el cual podía hacerse obedecer tanto de los tradicionalistas, ya que hablaba en nombre del rey, y por los liberales, en la medida que el trabajo del Gabinete era ejecutado bajo el control de las Cámaras elegidas por el pueblo[59].

Pero no sólo el régimen parlamentario dualista se dio bajo la forma monárquica, también se encuentra bajo la forma republicana. Así, por ejemplo, la Constitución de la III República francesa, de acuerdo a la voluntad de los constituyentes de 1875, otorgaba al Presidente de la República un rol similar al que había tenido Luis Felipe de Orleáns. En efecto, el Presidente Mac-Mahon hizo uso de sus prerrogativas revocando al Ministerio Jules Simon y pronunciando la disolución de la Asamblea parlamentaria poco después. Sin embargo, esta práctica duró poco, ya que el Presidente Mac-Mahon fue derrotado en las elecciones parlamentarias de 1877. A su vez, otro Presidente de la República, Jules Grévy, consideraba la elección de los ministros como un derecho presidencial[60].

B. Del tipo de gobierno parlamentario dualista al régimen parlamentario monista

El paso del parlamentarismo clásico dualista al parlamentarismo monista se debe, entre otros factores, a la declinación de las concepciones que situaban la fuente del poder legítimo en la investidura divina de los monarcas, sustrayéndoles todo sustento de legitimidad política y, por tanto, toda posibilidad de acción política directa y reconocida; por otra parte, el desarrollo de la concepción del sufragio universal bajo la concepción de la soberanía popular y el advenimiento de los partidos de masas, contribuyeron también a hacer del monarca una institución accesoria con un rol cada vez más disminuido a medida que evoluciona el régimen.

Esto hace que uno de los factores constitucionales, el Parlamento, adquiera un rol central en desmedro del jefe del Estado, el cual juega un rol meramente formal sin atribuciones políticas reales, sino solamente nominales.

C. La teoría monista del tipo de gobierno parlamentario

R. Carré de Malberg sistematizó para Francia las consideraciones expuestas por Bagehot en su obra La Constitución inglesa.

Ellos consideran que el parlamentarismo no es un sistema de dualismo de poderes[61]; en tal sentido Carré de Malberg expresa:

> No solamente el régimen parlamentario excluye la igualdad de los órganos, porque tiene por fin directo asegurar la preponderancia del Parlamento.... además no deja subsistir, entre los dos órganos legislativo y Ejecutivo, dualismo verdadero... Toda la acción ejecutiva depende, en definitiva, de la voluntad directiva del Parlamento; nada se hace, en el orden ejecutivo, sino sólo bajo el imperio de esta voluntad. Si las Cámaras no son el Ejecutivo, al menos ellas lo dominan plenamente.

Así, la unidad del poder político se produce en el parlamentarismo monista en provecho del Parlamento. El jefe de Estado, como lo constató Bagehot a mediados del siglo

59. *V.*, CHANTEBOUT, Bernard, *op. cit.*, p. 43-44.
60. *V.*, LOVANOVITCH, Slovodan, *op. cit.*, pp. 152 a 157.
61. CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la theorie générale de l'Etat. op. cit. V.*, Tomo II, pp. 68-80 y 104-107.

XIX, había perdido el derecho de revocar los ministros, como el de disolver el Parlamento, lo cual le había permitido hasta entonces intervenir en la política gubernamental por los mismos medios y con tanta fuerza como la Asamblea misma.

La declinación de la institución monárquica priva al régimen parlamentario de uno de los dos pilares sobre los cuales él se había construido. El poder reposa todo entero en la concepción de la soberanía popular, la que es encarnada por el Parlamento. El Gabinete ya no se puede apoyar sobre la autoridad del monarca para resistir la presión política de la Cámara de elección popular, ya no tiene otro fundamento de su derecho a mandar que el que le confiere la confianza del Parlamento. De esta forma, el Gabinete cae bajo la dominación absoluta de la Asamblea parlamentaria.

Burdeau llegó a sostener en su Tratado de Ciencia Política que el borramiento del principio monárquico ha puesto término a la dualidad de poderes y, por ello, al parlamentarismo. Si se suprime el dualismo de poderes, no hay más parlamentarismo posible[62]. El mismo autor, en su trabajo Le régime pariementarie dans les constitutions européens d'aprés-guerre (París, 1932, p. 141), sostiene que "la mayor parte de las Constituciones europeas, tales como ellas fueron establecidas después de la guerra, consideran la preponderancia de la asamblea representativa sobre los órganos del Estado".

La substitución del principio del dualismo por el de la unidad del poder, modificó profundamente el equilibrio de poderes del régimen parlamentario dualista en beneficio del Parlamento. Ello incide fuertemente en la situación del Gabinete Ministerial. Los ministros ya no son más los ministros de Su Majestad o del Presidente, según sea el caso; aún cuando conserven dicho título, ellos han pasado a ser realmente los ministros del Parlamento; como sostiene Bagehot, son "un comité del cuerpo legislativo elegido para ser el cuerpo ejecutivo". En la misma perspectiva, Carré de Malberg señalaba: "El ministerio debe ser considerando como siendo una comisión gubernamental de las Asambleas. Es en esta calidad que él es el agente de ejercicio efectivo, sea del derecho de iniciativa legislativa, sea del Poder Ejecutivo, que son atribuidos por la Constitución al gobierno. El (gobierno) actúa en este doble dominio, bajo el control inmediato y bajo la autoridad superior del Parlamento, quien resuelve sobre los proyectos de reforma legislativa de su comité ministerial y que aprueba o reprueba sus actos ejecutivos"[63].

En régimen parlamentario monista, el jefe de Estado continúa firmando todos los actos del Poder Ejecutivo, pero no puede concluirse que el ejerce el poder; su firma, que sigue siendo necesaria para la validez de los decretos del gobierno, está ligada por las proposiciones ministeriales y el jefe de Estado no puede rechazarlos. La irresponsabilidad del jefe de Estado es el complemento natural de la responsabilidad política del gobierno, que es el otro brazo del Ejecutivo.

El jefe de Estado en régimen parlamentario monista tiene fundamentalmente un rol de representación de la unidad nacional, personifica al Estado, es el símbolo de la unidad del pueblo. Con su firma autentifica los actos desarrollados por el Gabinete como realizados en nombre del Estado.

En términos políticos, el jefe de Estado no es más que un moderador, un consejero del gobierno donde existe un sistema bipartidista; si éste es multipartidista, si el jefe de Estado tiene habilidad, puede orientar la crisis de gabinete hacia el desenlace deseado por

62. BURDEAU, George, *Traité de science politique*, *op. cit.*, Tomo IX, pp. 240 y ss.

63. Algunos autores, como CHANTEBOUT, llegan a sostener que el régimen parlamentario monista es un régimen de asamblea, ya que la Asamblea elige de su propio seno un comité encargado bajo su superagilancia de la ejecución de una política definida por ella.

él, al preparar una mayoría parlamentaria de reemplazo, proponiéndole a ella un jefe, contribuyendo así a la formación de un nuevo Gabinete; de esta manera. el jefe de Estado se convierte en el lazo entre los partidos, el intermediario en la resolución de las crisis de gobierno, función que desarrolla por su posición de encontrarse por sobre las querellas partidarias y parlamentarias.

Sin embargo, en el caso de algunas monarquías parlamentarias el Rey se descarga de dicha responsabilidad nombrando *formadores* o negociadores investidos por la Corona de *misiones exploratorias* para la formación del nuevo gobierno, como ocurre por ejemplo en Bélgica y Holanda. En otros países, como en el caso de Suecia, de acuerdo a la reforma constitucional de 1974, se reduce incluso dicha función del jefe de Estado, al establecer que es el Presidente del Riksdag -Cámara legislativa- y no el Rey el que propone un Primer Ministro a la investidura del Parlamento. De la misma forma, la Constitución Griega de 1975, que en otros aspectos refuerza considerablemente las prerrogativas del jefe de Estado, en materia de constitución del gobierno, el Presidente de la República debe solicitarle, en primer lugar al jefe del partido que dispone de mayor cantidad de asientos en el Parlamento, la formación del gobierno.

Entre otras Constituciones, la de Alemania Federal -Ley Fundamental de Bonn, artículo 63 establece que el jefe de gobierno (Canciller Federal) es elegido sin debate por el Bundestag sobre proposición del Presidente Federal, pero la Cámara legislativa aludida puede descartar el candidato propuesto por el Presidente y elegir otro candidato.

A su vez, la Constitución de Japón de 1946, en su artículo sexto, señala que "el Emperador nombra al Primer Ministro designado por la Dieta; en este caso, ni siquiera existe el derecho de proposición del jefe del Estado.

En tal sentido, el jefe de Estado en régimen parlamentario monista tiende a transformarse en un registro de las decisiones tomadas en el seno del Consejo de Gabinete presidido por el jefe real del Ejecutivo, que es el jefe de gobierno (Primer Ministro, Canciller Federal o el nombre que utilice según los diferentes países), aún en el evento de que el jefe de Estado no haya sido excluido de la presidencia del Consejo de Ministros, como ocurre en los casos de Gran Bretaña, Alemania Federal, Suecia y Japón.

El jefe de Estado tiene así en régimen parlamentario monista un nivel muy reducido de intervención política; sólo se concibe ésta en casos de crisis mayor que las instituciones parlamentarias normales no pueden resolver, como es, a manera de ejemplo, el *Estado de necesidad legislativa* considerado por la Constitución de Alemania Federal -Ley Fundamental de Bonn-, el cual permite al jefe de Estado mantener al gobierno en funciones pese al voto de censura de la Asamblea Legislativa (Bundestag).

En régimen parlamentario monista, el Gabinete Ministerial es elegido directamente por la Asamblea parlamentaria, y sus miembros salen por regla general del seno del Parlamento, aunque algunos países hacen excepción a esta regla consuetudinaria, como son los casos de Noruega y los Países Bajos, en los cuales algunos altos funcionarios pueden ser nombrados ministros.

El Gabinete, generalmente investido por el Parlamento, somete su programa de acción a la Asamblea para su aprobación, realizando de esta forma la política del Parlamento.

Este Gabinete es controlado por el Parlamento a través de las preguntas, interpelaciones, examen del presupuesto, los votos de confianza y las mociones de censura, herramientas que permiten supervigilar en forma permamente la realización del programa de gobierno.

La Asamblea parlamentaria puede así destituir a su voluntad al gobierno si éste desarrolla acciones políticas fuera del programa gubernamental.

En los gabinetes de los gobiernos de coalición, cada ministro representa fundamentalmente a su partido y dentro del Gabinete asegura que la política, efectivamente realizada por el gobierno, esté de acuerdo con los compromisos adquiridos al momento de formar el Gabinete. De esta forma, el régimen parlamentario monista ignora en la práctica la solidaridad ministerial, ya que los ministros buscan hacer prevalecer las opiniones de sus respectivos partidos y velan por el mantenimiento de los compromisos; en tales casos, si el interés del partido lo exige, los ministros deben renunciar al gobierno. Ello hace que en ciertos países, el modo más frecuente de caída de un gobierno no es el voto de censura, sino el establecido interno del Gabinete por renuncia provocada de los ministros de uno o varios partidos que formaban parte del gobierno; a modo de ejemplo, pueden citarse los casos de los gobiernos de Bélgica, de Francia bajo la IV República, de Italia y de los Países Bajos.

El mecanismo de la disolución parlamentaria ya no tiene el mismo sentido bajo el cual habría sido concebido y practicado por el parlamentarismo dualista, en el cual era una prerrogativa del jefe de Estado para poner fin a una Asamblea de la cual éste tenía dudas sobre su representatividad. P. Lalumiére y A. Demichel llegan a considerar que el derecho de disolución no forma parte de los mecanismos jurídicos fundamentales del parlamentarismo[64], señalando como ejemplo que éste ya no es considerado en la Carta Fundamental de Noruega e Israel, y donde este mecanismo es mantenido, él ha sido racionalizado, como veremos más adelante.

La factibilidad de disolución del Parlamento en régimen parlamentario monista, ya no es de carácter real o presidencial, sino que es una facultad gubernamental. El acto de disolución, aún cuando sea firmado por el jefe de Estado, depende de la sola decisión del gobierno.

En los países con gobiernos estables, la disolución ya no es un arma utilizada por el gobierno contra el Parlamento, sino que constituye un mecanismo que permite al gobierno elegir él mismo, por medio de la disolución, el momento más adecuado para ser reconducido en la dirección del Estado; la disolución es así más bien una prima o beneficio al partido o a la coalición gubernamental que se encuentra en el poder. En este sentido se aplica la disolución en los países anglosajones, como el Reino Unido, Canadá, Nueva Zelandia.

A su vez, en los países con gobiernos inestables, las crisis ministeriales forman parte del funcionamiento normal de las instituciones, no pudiendo ser imputadas a una falta de los parlamentarios.

Podemos concluir, así, que el mecanismo de disolución parlamentaria en la actualidad tiene por objeto, tal como lo señala Burdeau, permitir la solución de los desacuerdos entre los partidos[65].

El desarrollo de la institución gubernamental. El hecho de la concentración del poder en la Asamblea parlamentaria que ocurre con el desplazamiento del parlamentarismo dualista y el advenimiento del parlamentarismo monista, quebrando el equilibrio de poderes que estaba establecido bajo el parlamentarismo clásico, también sufre una evo-

64. LALUMIERE, P. y DEMICHEL, A., *Les régimes parlamentaires européns*. Ed. PUF. París, Francia 1966, p. 55
65. BURDEAU, Georges, *Traité de science politique, op. cit.*, Tomo IX, pp. 398-400.

lución en el sentido de la concentración del poder, ya no en el Parlamento, sino en el gobierno.

Esto hace que en nuestra época la unidad del poder, generalmente, ya no se da en provecho del Parlamento, sino en provecho del gobierno, pudiendo darse por algunos autores la noción del Parlamento como el legislativo del gabinete[66].

En Reino Unido, Ramsay Muir en su obra *How Britain is Governed* (Londres, 1930), había constatado en el primer tercio de nuestro siglo esta evolución de traspaso de poder en beneficio del Gabinete al señalar: "La verdad es que el Gabinete controla absolutamente al Parlamento". En el mismo sentido la evolución fue resumida en la Cámara de los Comunes por Sir Donald Maclean: "El poder ha pasado del Rey a los Comunes, de los Comunes al Gabinete, y del Gabinete al Primer Ministro".

Es posible constatar así un fortalecimiento del gobierno en detrimento del parlamento y un Fortalecimiento del jefe del gobierno en detrimento del órgano colegiado gubernamental[67].

Esta evolución está marcada, entre otros factores, por el advenimiento de los partidos de masas y el mecanismo de la disciplina partidaria, como del sistema de partidos que se va estructurando en los respectivos países.

En efecto, el lazo de unión que liga al parlamentario con su partido político se ha transformado, de flexible en el siglo XIX, en rígido en el siglo XX, por efecto de la disciplina partidaria.

En régimen bipartidista, como en el caso de Gran Bretaña, el jefe de gobierno -Primer Ministro- es el jefe del partido victorioso en las elecciones que llega al poder y se transforma por su condición de líder del partido en jefe de la mayoría parlamentaria.

El Gabinete y la mayoría parlamentaria no se oponen como dos órganos distintos, ellos están unidos por una solidaridad estrecha.

Asegurado de su mayoría parlamentaria, el gobierno puede olvidar la libertad de juzgamiento de la Cámara. El Gabinete ya no está subordinado a la Asamblea parlamentaria, es él quien la dirige. El gobierno asume el rol de impulsión y de iniciativa.

Incluso, en los casos que el gobierno no cuenta con una mayoría sólida, posee todavía el arma de la disolución del Parlamento, que puede hacer meditar a los parlamentarios frente a la amenaza de los cuantiosos gastos que significa una nueva campaña electoral y los riesgos de no ser reelegidos. Este impacto disminuye cuando existen métodos de representación proporcional.

Todo ello permite concordar con Georges Burdeau, quien sostiene que en el régimen parlamentario de hoy el Ejecutivo y el Legislativo cesan de ser centros de autoridad: su situación es en función de las relaciones que los ligan a los partidos y, por consecuencia, sus relaciones recíprocas son liberadas por la estructura y el número de las fuerzas partidarias[68].

En el mismo sentido, A. Mathiot afirma que en el régimen parlamentario la fisonomía general del régimen no depende de ninguna manera de la anacrónica separación de poderes, sino más bien preferentemente del sistema de partidos políticos y del grado al

66. COLLIARD, Jean-Claude, *Les régimes pariamentaires contemporains. op. cit.*, p. 275

67. ZILEMENOS, Constantin, *Naissance et evolution de la fonction de Premier Ministre dans le régime parlamentaire*; Ed. LGDJ, París, Francia 1976.

68. BURDEAU, Georges, *Traité de science politique, op. cit.*, Tomo VI, 2, p. 440.

cual el sistema de partidos políticos permite llevar la colaboración entre el Legislativo y el Ejecutivo.

Es en esta perspectiva que se sostiene, centrando el análisis en el aspecto político del funcionamiento de las instituciones, que el gobierno británico es antes que nada un régimen de partido, en cuanto el pueblo pone a un partido en el poder político en su conjunto: le otorga mayoría parlamentaria y gobierno. Otros autores denominan a este fenómeno gobierna de opinión ya que "por la orientación de las elecciones, el país está llamado a determinar él mismo las grandes direcciones de la política nacional", toda vez que al votar por determinado candidato de un partido, está votando por un programa y por quién encabezará dicho gobierno, que es el líder del partido por el que el ciudadano vota, y que estará compuesto del *estado mayor* del partido que tiene la mayoría en el seno de la Cámara, como ocurre en el Reino Unido.

Es así el bipartidismo el que permite este gobierno de opinión, régimen de partido o gobierno de gabinete, de acuerdo con la denominación que le dan los diferentes autores, como asimismo, el liderazgo del Primer Ministro y del Gabinete está determinado por la situación de dichos miembros en el seno del partido.

El parlamentarismo *racionalizado* se fue estableciendo en Europa continental en el período de entre guerras o después de terminada la Segunda Guerra Mundial. Esta forma de parlamentarismo ha establecido reglas jurídicas precisas a fin de evitar la inestabilidad gubernamental y la ineficacia del funcionamiento de las instituciones parlamentarias; dicho en términos positivos, en vista a asegurar el funcionamiento eficaz y correcto del régimen parlamentario, intentando acercarlo al modelo del Reino Unido.

6. Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios según la distribución de competencia

A. El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva

En este régimen existe un amplio equilibrio de competencias entre el jefe de Estado y el gobierno, dándose como ejemplo el caso de Italia hasta la década de los ochenta.

B. El tipo de gobierno parlamentario de gabinete

En este tipo de parlamentarismo hay un desplazamiento unilateral de competencias en favor del jefe de gobierno; es el caso de la R.F.A., Reino Unido, Suecia, Noruega, España. El gobierno se transforma en el centro de impulsión de la vida política.

C. El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo

En este tipo de parlamentarismo se produce un desplazamiento unilateral de competencias hacia el jefe de Estado, lo que se da en regímenes dualistas republicanos como Grecia, Austria, Islandia e Irlanda. En todos esos casos, salvo el primero, el jefe de Estado, que es un Presidente de la República, es elegido por sufragio universal.

Los autores que estiman que dichos regímenes son aún parlamentarios consideran que constituyen un nuevo tipo de parlamentarismo dualista u orieanista, que pone al Presidente de la República en estado de ejercer una acción efectiva sobre los miembros del gobierno, exigiendo que éstos tengan la confianza del Presidente al mismo título que la del Parlamento. En estos regímenes, en ciertos ámbitos de acción se ha suprimirlo el refrendo ministerial, lo que confiere al Presidente de la República el poderse gobernar solo, en ciertos dominios más o menos extendidos, lo cual desnaturaliza el carácter parlamentario del régimen.

Esta situación es reconocida por Jean-Claude Colliard, pero sostiene que si bien el hecho de ser elegido por sufragio universal le confiere un peso propio al jefe de Estado que le permite el ejercicio de un poder efectivo, es necesario además señalar -lo cual compartimos con dicho autor- que este poder no podrá ser realmente ejercido si el sistema de partidos introduce una rigidez tal que el poder es de nuevo confiscado por el Primer Ministro y su mayoría parlamentaria[69], como es el caso de Grecia, Austria, Irlanda e Islandia.

VII. LOS TIPOS DE GOBIERNO SEMIPRESIDENCIALES

Una vez establecidos los rasgos característicos esenciales y la concepción de régimen presidencial y parlamentario, es necesario reflexionar sobre el hecho de la existencia o no de otro tipo de forma de gobierno, fuera de las formas o tipos clásicas ya señalados.

La constitución de un nuevo tipo de gobierno implica el nacimiento o formulación de una categoría jurídica y política particular, este debe diferenciarse claramente de los tipos clásicos establecidos y, por tanto, que no sean sólo variantes menores de uno de ellos.

Para hacer este análisis, retendremos la definición creada por Duverger de *régimen semipresidencial*. Tal régimen constituiría una forma de gobierno original, ni presidencial ni parlamentario, y que reuniría elementos de ambos.

Duverger reconoce que, a simple vista, "el régimen semipresidencial reúne más de régimen parlamentario que de régimen presidencial. Se pueden encontrar los elementos fundamentales del parlamentarismo. El Ejecutivo está dividido entre un jefe de Estado y un Gabinete que tiene a su cabeza un jefe de gobierno. El Gabinete es responsable políticamente frente al Parlamento, es decir, éste puede obligar al jefe de gobierno a dimitir por un voto de censura, conjuntamente con todos sus ministros. El Ejecutivo tiene el derecho de disolver el Parlamento, lo que le da una influencia sobre él". Así, se puede apreciar que existen muchos aspectos compartidos por el parlamentarismo y el tipo de gobierno semipresidencial diseñado por Duverger; frente a ello, debemos discernir cuáles son los aspectos originales que permiten constituir al régimen semipresidencial en un tipo de gobierno distinto del régimen parlamentario.

La originalidad del régimen semipresidencial, concierne a la elección del jefe de Estado, "se trata de un Presidente elegido por sufragio universal" señalará Duverger.

Sin embargo, esta diferencia es sólo uno de los aspectos jurídicos constitucionales que caracterizarían el tipo de gobierno en análisis. Duverger, en una más reciente caracteri-

69. COLLIARD, Jean Claude, *La designation du Premier Ministre en régime pariamentaire*. *op. cit.*, p. 113.

zación del nuevo tipo de gobierno constitucional, sostiene que éste es efectivamente semipresidencial sólo si *combina tres elementos*, ellos son los siguientes:

a) El Presidente de la República es elegido por sufragio universal;

b) El Presidente tiene considerables poderes;

c) Se oponen a él, sin embargo, un Primer Ministro y ministros, quienes ejercen funciones ejecutivas y gubernamentales y pueden estar en actividad sólo si el Parlamento no muestra oposición a ellos[70].

Estas tres características jurídicas son las que permiten otorgar su originalidad al tipo semipresidencial considerando sólo su normatividad constitucional, independientemente de la práctica política que ellas generan o hayan generado.

Una vez obtenidas esta noción y características del régimen semipresidencial, ellas las adoptaremos con el objeto de hacer el análisis de las normas constitucionales que regulan la forma de gobierno en los países, cuya Carta Fundamental puede encuadrarse, por sus características, en este tipo de forma de gobierno.

1. El análisis de los regímenes con forma de gobierno semipresidencial en Europa

Tanto en Europa como en Africa -en algunas ex colonias francesas- se han desarrollado ordenamientos jurídico-políticos con las características esenciales correspondientes al régimen semipresidencial.

Aquí señalaremos como ejemplos de tipos de gobierno semipresidenciales, los casos de Finlandia y Francia, para remitirnos sólo a Europa Occidental, en el cual dichos regímenes se han desarrollado en forma estable y con algunas décadas de vigencia, lo que permite emitir también algunos juicios fundados sobre su práctica política[71], más recientemente, se han concretado tipos de gobierno semipresidencial en algunos países de Europa Central y Oriental, entre ellos, Polonia, Moldavia, Rumania.

A. El estatuto del Presidente de la República

Los elementos esenciales que caracterizan el estatuto del Presidente de la República en los tipos de gobierno semipresidencial son su investidura popular y el rol y competencias que le otorga la Constitución.

(a) La elección del Presidente de la República y la duración del mandato

Los Presidentes de la República en régimen semipresidencial se caracterizan por su investidura popular. Ello les permite ejercer los poderes que les otorga la Constitución

70. DUVERGER, Maurice, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Ed. PUF, Tomo I, Paris, Francia 1978. Del mismo autor, *Echec Au Roi*. Ed. Albin-Michel, Paris, Francia 1978.

71. Para un análisis más completo de los regímenes semipresidenciales ver NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El régimen semipresidencial ¿una nueva forma de gobierno democráticos, op. cit.* En francés, consultar la obra de DUVERGER, Maurice, *Echec au Roi*, *op. cit.*, y en inglés, consultar el trabajo del mismo autor, "A new polítical system: semipresidential government", en *European journal of political Relearch*, vol. 8, NL 8, 1980.

con autoridad y legitimidad democrática, lo que les diferencia de los Presidentes de la República de los regímenes parlamentarios republicanos. Al ser el elegido del pueblo convierte al Presidente de la República en el igual del Parlamento, ejerciendo ambos sus poderes en nombre del pueblo que los ha elegido.

La forma de elección del Presidente de la República no es idéntica en los diferentes regímenes semipresidenciales; así puede verse en los casos de Francia y Finlandia .

En Finlandia, el Presidente de la República es elegido por un colegio de grandes electores, según un procedimiento que se asemeja al sistema norteamericano. En efecto, los partidos designan sus candidatos, los cuales desarrollan su campaña electoral. El cuerpo electoral elige a los *grandes electores*, quienes son levantados por los partidos para sostener sus candidatos. Sin embargo, estos *grandes electores* no se comprometen formalmente a sostener, al momento de su voto por los candidatos presidenciales, al candidato bajo cuyo nombre ellos fueron elegidos, después de la primera vuelta electoral. Ello se produce debido al multipartidismo que caracteriza a Finlandia. Luego de producida la primera vuelta de votación sin que ningún candidato presidencial sea elegido por mayoría absoluta, los electores que han votado por los candidatos presidenciales que han obtenido menor cantidad de votos, aportan sus votos a las figuras de los candidatos que tienen posibilidades de ser elegidos en una segunda vuelta electoral; si en ella tampoco se produce la mayoría absoluta, se realiza una tercera vuelta electoral, sólo entre los dos, candidatos que en el escrutinio de la segunda vuelta hayan obtenido el más alto número de votos. En el caso que los dos candidatos lleguen a tener el mismo número de votos en el tercer escrutinio, el desempate se realiza por un tirado a la suerte entre ellos.

En Francia, el Presidente de la República es elegido por sufragio universal, secreto y directo, por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos, no considerándose como tales los votos en blanco. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se realiza una segunda votación, en la que concurren sólo los dos candidatos más votados que no hayan retirado su candidatura.

El mandato presidencial tiene una duración de cinco años en Francia [72] y de seis años en Finlandia. Las dos constituciones no establecen ningún límite para la reelección.

En el caso de impedimento temporal, la V República francesa entrega la dirección del Estado al presidente del Senado; en el caso de Finlandia, el artículo 25 de la Constitución establece que el jefe de Estado es reemplazado por el presidente del Consejo de Ministros.

En los casos de impedimento absoluto, las dos constituciones establecen la elección de un nuevo Presidente de la República.

(b) Las competencias del Presidente de la República

En el régimen parlamentario, el jefe de Estado tiene sólo un rol de moderador y de mediador. Marcel Prelot nos expresa que el jefe de Estado en su rol "no puede sobrepasar ciertos límites bastante sutiles a discernir", pero indicados claramente por W. Bagehot bajo estos tres puntos: derecho de saber, derecho de estimular y derecho de advertir. El derecho de saber es el de estar al corriente de la Marcha de los asuntos; el derecho de estimular es el de sostener los ministros en la línea política elegida; el derecho de adver-

72. En referendum de refoma cosntitucional de septiembre de 2000, redujo de siete a cinco años el mandato presidencial en Francia.

tir es, a la inversa, el de indicar al jefe de gobierno que él se equivoca y conduce al país en una dirección desgracia[73].

En principio, el Presidente de la República en régimen semipresidencial, se diferencia del jefe de Estado parlamentario en la medida que el primero posee constitucionalmente poderes de regulación, de presión e incluso de sustitución del gobierno, esto último en casos particulares por tiempo determinado.

El rol de Moderador del Presidente de la República ha sido tomado de la teoría de B. Constant llamada del poder moderador, donde el Presidente de la República es considerado como el supremo moderador, sin embargo, como lo recuerda P. Bastid, en esta teoría el jefe de Estado es "un personaje esencialmente neutro que interviene para hacer cesar los desacuerdos entre los otros poderes, pero nunca para substituirse a ellos".

Según algunos autores, "la presidencia se presenta en la Constitución como una primera magistratura, una magistratura que no pertenece a ningún poder, pero participa en cada uno de ellos a títulos diversos. En tanto que tal, ella también los depasa y se superpone a la vez para garantizar la existencia y coordinar la acción", agregando que la situación no sería, en sí, incompatible con la concepción de un motor neutro regulador"[74].

Así, el jefe de Estado sería un árbitro, tomando la expresión en el sentido del ejercicio de una función por una autoridad exterior a las autoridades susceptible de entrar en conflicto, como un poder neutro habilitado para deshacer estos conflictos.

Sin embargo, esta perspectiva no está claramente consignada en las Constituciones, lo que hace que el equilibrio a establecer entre la función de árbitro y la participación activa del jefe de Estado en el Poder Ejecutivo, sea muy difícil de señalar, por cuanto también puede entenderse la función de arbitraje en una segunda perspectiva, como un verdadero poder de decisión autónomo, "la autoridad que, en caso de una situación particularmente grave, toma sola la responsabilidad de definir la política que debe ser seguida"[75].

De esta manera, sólo será posible precisar la noción de arbitraje del Presidente de la República en las Constituciones de carácter semipresidencial, en el análisis de los poderes y atribuciones que les otorga su estatuto constitucional, sobre todo en los casos de la V República francesa y de Finlandia.

Sin perjuicio de establecer el carácter de la función de arbitraje del Presidente de la República, éste ejerce también las funciones tradicionales de salvaguarda y de representación.

Para delimitar el ámbito de los poderes atribuidos por las Constituciones a los Presidentes en los países en consideración, es necesario determinar las características de dichos poderes, precisando el mayor ámbito de los mismos respecto de los Jefes de Estado de los tipos de gobierno parlamentarios y de los tipos de gobierno presidencial y presidencialistas.

(c) Las Competencias del Presidente de la República en Francia

73. BASTÍAS, Paúl Benjamín, *Constanst et sa doctrina*. Tomo 2, París, Francia p. 1099.
74. PRELOT, y BOULOUIS, J. *op. cit.*, p. 608.
75. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique, op. cit.*, Tomo IX, p. 68.

El Presidente de la República francés tiene atribuciones que le corresponden a título de poderes propios y las atribuciones que requieren refrendo ministerial[76]. En el primer caso, tales poderes puede ejercerlos en forma autónoma; en el segundo caso, solo dispone del poder de bloquear o impedir la decisión del gobierno.

Las atribuciones autónomas del Presidente de la República evocan la función reguladora que, según precisa Jean Petot[77], debe ser ejercida dentro del espirítu del artículo 5º de la Constitución, el cual determina que "El Presidente de la República vela por el respeto de la Constitución. El asegura, por su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos como la continuidad del Estado.

El garantiza la independencia nacional, la integridad del territorio, el respeto de los acuerdos de comunidad y los tratados".

A su vez, el artículo 64 de la Constitución precisa que el Presidente de la República "es el garante de la independencia de la autoridad judicial".

Las atribuciones autónomas del Presidente de Francia son:

1. La designación del Primer Ministro. Esta atribución la ejerce en plenitud el Presidente cuando la mayoría parlamentaria corresponde a la misma orientación del Presidente de la República y le reconoce a este último el liderazgo de ella. Dicha atribución se reduce cuando la mayoría parlamentaria de la Asamblea Nacional es de orientación política opositora al Presidente, en cuyo caso, el Jefe de Estado debe designar un Primer Ministro aceptable para la mayoría parlamentaria, de lo contrario, podría destituirlo por un voto de censura. Esta atribución está precisada en el artículo 8 inciso 1 de la Constitución.

2. El Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, según establece el artículo 12 de la Constitución. Esta es una facultad autónoma del Presidente, aún cuando formalmente debe consultar la opinión del Primer Ministro y los presidentes de la Asamblea Nacional y el Senado. La Constitución establece algunas restricciones al ejercicio de esta atribución presidencial, señalando que no puede ejercerla dentro del año que sigue al de las elecciones producidas por una anterior disolución de la Asamblea Nacional. El Presidente no puede ejercer esta atribución en el caso de una Estado de Excepción constitucional, vale dercir, cuando está investido de los poderes de crisis establecidos en el artículo 16 de la Constitución.

3. El Presidente dispone de la atribución de solicitar un nuevo debate sobre un proyecto de ley previamente aprobado por el parlamento, el que debe concretarse en forma obligatoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 inciso 2º de la Constitución, lo que constituye una especie de veto suspensivo. Esta prerrogativa presidencial debe ser ejercicia dentro del plazo de quince días que siguen a la transmisión del proyecto respectivo por el parlamento al gobierno para su promulgación. Esta atribución tiene mayor fuerza cuando el Presidente la ejerce en los últimos días de una legislatura ya que puede significar la muerte del proyecto de ley vetado.

4. El Presidente de la República, de acuerdo al artículo 18 de la Constitución, ejerce el derecho de mensaje, pudiendo dirigir mensajes a la opinión pública dando a conocer su posición frente a cualquier materia que considere relevante en el ámbito político o legislativo.

---

76. DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et droit constitutionnel*, 2 volumenes. Ed. P.U.F. Francia 1978.

77. PETOT, Jean, "La notion du regime mixte", En *Homenage a Ch. Eisenmann.* Ed. Cujas, París, Francia, p. 119.

5. El Presidente designa a tres miembros del Consejo Constitucional Francés y designa a su Presidente, de entre los miembros del mismo, todo ello de acuerdo al artículo 56 de la Constitución.

6. El Presidente de la República puede requerir el pronunciamiento del Consejo Constitucional sobre un proyecto de ley o un tratado internacional, de acuerdo con los artículos 54 y 61 de la Constitución.

Además, el Presidente de la República tiene el poder de comprometer la fuerza nuclear y preside el conjunto de Consejos de Defensa, aún cuando el artículo 21 de la Constitución le otorga la responsabilidad de la defensa nacional al Primer Ministro.

El Presidente tiene un conjunto de atribuciones que si bien no requieren refrendo ministerial, ellas necesitan de la concurrencia de otro organismo que formule la proposición al Jefe de Estado, el que carece de iniciativa en la materia. En efecto, ello ocurre con la convocación a referendum de decisión presidencial a proposición del gobierno o de una proposición conjunta de ambas ramas del Parlamento, todo ello de acuerdo al artículo 11º de la Constitución.

El Presidente puede asumir los poderes de crisis del artículo 16, que le otorgan potestades excepcionales, después de haber consultado con el Primer Ministro y los presidentes de ambas ramas del parlamento. De acuerdo con estos poderes, el Presidente de la República puede ejercer competencias de gobierno propias del Primer Ministro y del gobierno en tiempos de normalidad.

Finalmente, estan las atribuciones que ejerce el Presidente de la República con refrendo ministerial, que como ya hemos señalado le permiten bloquear la toma de decisiones del gobierno en dichas materias, si las decisiones las considera inconvenientes. En este ámbito se encuentran:

1. El nombramiento de los Ministros de Estado. El Presidente, generalmente, se reserva con más atención, las nombramientos de los ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa, donde tiene un mayor ámbito de atribuciones, lo que ha sido normalmente consentido por el gobierno.

2. Firma las ordenanzas y decretos emitidos en Consejo de Ministros (art.13 de la Constitución);

3. El nombramientos de funcionarios civiles y militares, de acuerdo al artículo 13 inciso 2º de la Constitución

4. Acredita los embajadores, de acuerdo al artículo 14 de la Constitución.

Con el conjunto de estos poderes el Presidente de la República de Francia, si cuenta con el respaldo de una mayoría parlamentaria que le reconoce liderazgo, transforma al Primer Ministro en si jefe de Estado Mayor, ya que el Presidente determina las líneas estratégicas de la acción gubernamental dejando al Primer Ministro y su gabinete los aspectos contingentes y las peripecias coyunturales de la tarea de gobierno.

Por el contrario, si la mayoría parlamentaria es de oposición al Presidente de la República, el Jefe de Estado estará obligado a cohabitar en la dirección política del Estado con un Primer Ministro y un gabinete con orientación programática política propia, quedando sólo con un poder regulador y arbitro del juego político[78].

78. PARODI, Jean Luc, "Les carrefours de la cohabitación" en *Revue Politique et parlamentaire* nº 919, París, Francia 1985, p. 19 y ss.

2. Las atribuciones del Presidente de Finlandia

La Constitución finlandesa otorga al Presidente de la República atribuciones de cogobierno con el Jefe de Gobierno, en la medida que las atribuciones se encuentren compartidas[79], ya que el Presidente de la República debe adoptar las decisiones en Consejo de Ministros, siendo este último el que prepara las decisiones en sesión preliminar.

Existen algunos ámbitos de competencias autónoma del Presidente de la República[80], así éste nombra al gabinete de acuerdo al artículo 36 de la Ley de Forma de Gobierno (F.G.) y tiene la potestad de disolver la Asamblea, de acuerdo al artículo 20 de la Ley Orgánica del Parlamento (L.O.P.), recurriendo así al arbitraje del pueblo cuando existen diferencias sustanciales con la mayoría parlamentaria o el gobierno que goza de su confianza.

El Presidente de Finlandia en materia legislativa dispone de iniciativa llegislativa (art. 2 F.G.) y de veto suspensivo (art. 84 L.O.P.), el cual puede tener un carácter tácito si una ley presentada al Jefe de Estado para su sanción, ella no es concretada dentro del plazo de tres meses. Para superar un veto presidencial es necesario esperar el próximo parlamento electo, el que debe aprobar el proyecto vetado, por la mayoría absoluta de los votos emitidos, de lo contrario el proyecto de ley muere. Este veto como sostiene Fusilier, tiene la "mayor parte del tiempo, pero no siempre, el mismo resultado que si se tratara de un derecho de veto absoluto: la entrada en vigor de la ley es contrariada"[81].

En el ámbito de las competencias administrativas el Presidente de Finlandia dispone de una potestad reglamentaria autónoma, pudiendo regular diversas materias por decreto, como asimismo, por la misma via, poner en aplicación leyes en diversos ámbitos (art. 28 F.G,) los que deben ser firmados por el ministro del área respectiva. El Presidente designa los agentes del cuerpo diplomático, el canciller de justicia y su adjunto, los presidentes de la Corte Suprema y de Apelaciones, el Canciller de la Universidad, los profesores universitarios y los Jefes de Administración Central, entre otros. Le corresponde al Presidente de la República la competencia de supervigilar la administración del Estado (art. 32 F.G.)

El ámbito más importante en que juega su potestad el Presidente de Finlandía es en el dominio de la política exterior (art.33 F.G), dirigiendo las relaciones con las potencias extranjeras.

El Presidente Finladés constituye el motor de un ejecutivo fuerte que goza de amplias atribuciones gubernamentales, mayores en el ámbito normativo que el Presidente de Francia.

3. Consideraciones finales

El tipo de gobierno semipresidencial en las últimas décadas ha tenido un efecto irradiador y con diversos matices ha sido asumido por países de Europa Central y Oriental, entre ellos puede citarse los casos de Polonia, Croacia, Rumania y Moldavia.

79. THIBAUT, Francaise, *La Finlandia*, Ed. L.G.D.H.. París, Francia 1979.
80. KASTARI, Paavo, "La chef de l'Etat dans les institutions finlandaises", *Revue de Droit Public* nº 5, Tomo 83, París, Francia p. 56 y ss.
81. FUSILIER, Raymond, *Les pays nordiques* Ed. L.G.D.J. París, Francia 1965, p. 288.

VIII. EL TIPO DE GOBIERNO SEMIPARLAMENTARIO

Este tipo de gobierno se estructura en Israel con su ley Fundamental de Gobierno que ha entró en vigencia en 1996, donde se combinan las potencialidades de un liderazgo de un Jefe de Gobierno que es un Primer Ministro elegido por sufragio universal a través de un sistema electoral mayoritario a dos vueltas (*ballotage*), que se elige simultáneamente con los parlamentarios que integran el Knesset, Parlamento unicameral debiendo encabezar la lista parlamentaria de su partido, todo ello sin perjuicio del mantenimiento de un ejecutivo dual, por la existencia de un Jefe de Estado que es Presidente de la República[82].

Este sistema de interrelación entre el Jefe de Gobierno y el Parlamento busca la conformación de un gobierno apoyado siempre por una mayoría parlamentaria. Pero puede darse el caso de un gobierno tolerado por el Knesset pero sin tener el apoyo necesario para desarrollar su programa de gobierno, el cual no disuelve el parlamento ya que implica su propia caída, en cuyo caso estamos ante un sistema bloqueado que dura cuatro años en dicha situación por la rigidez del mandato, lo que podría producir una crisis, al igual que en el sistema presidencial de separación rígida de Ejecutivo y parlamento con periodos fijos de sus cargos, especialmente si es un gobierno incompetente y sin apoyo ciudadano por deslegitimación.

IX. EL TIPO DE GOBIERNO DIRECTORIAL SUIZO

El tipo de gobierno directorial suizo, muchas veces mal denominado como gobierno de asamblea es único y original, el cual fue imitado por Uruguay en América Latina a mediados del siglo XX, sin éxito (1951-1967).

Aquí presentaremos sus rasgos básicos [83].

La Constitución de laa Confederación de 1848 y la de 1874 distinguen las siguientes autoridades: La Asamblea Federal (art.71 a 94), el Consejo Federal (Art. 95 a 104) y el Tribunal Federal (art. 106 a 144 bis). Ella ha sido recientemente modificada en el año 2000.

Las relaciones entre los órganos mencionados se estructuran de manera que "la Asamblea Federal parece dominar el Consejo Federal y el Tribunal Federal"[84].

---

82. Sobre este tipo de gobierno ver: VIRZOLA F. Eduardo, "La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y parlamentaria", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 89, Madrid España, julio-septiembre de 1995, pp. 119-165; SPRINZAK, Ehud y DIAMOND, Larry (comp.) *Israeli Democracy Zunder Stress*; Lyvinia Riemer, Bouder, Colorado EE.UU. 1993; OTHOLENGHI, Enmanuele, "L'elezione diretta del Primer Ministro: il caso d'lsrael", en *Cuaderni Constituzionali* nº l, Italia 1994, pp. 95-108.

83. PAPADOULUPUS, Jasmin, *Les processus de décision féderaux en Suisse*, Editorial L'Harmattan, París, Francia 1997; GERMANN, R.E. y WEIBEL, E., *Manuel du système politique de la Suisse*. Ed. Haupt, Berna, Suiza 1986.

84. KREISE, Hanspeter, *Le système politique suisse*, 2da. edición. Editorial Económica. París, Francia 1998, p. 183.

1. El parlamento suizo

El artículo 71 de la Constitución determina que la Asamblea Federal constituye la autoridad suprema de la confederación.

La Asamblea Federal se compone de dos Consejos con iguales poderes: el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados.

El Consejo Nacional se compone de doscientos diputados. Los cargos de diputados se reparten entre los cantones proporcionalmente a su población residente, cada cantón o medio cantón dispone de al menos un diputado. Cada cantón o medio cantón compone una circunscripción donde los diputados son elegidos mediante un sistema o método de escrutinio proporcional.

El Consejo de los Estados está compuesto de cuarenta y seis diputados provenientes de los cantones. Cada cantón nombra dos diputados; en los cantones divididos, cada medio cantón elige un diputado.

El bicameralismo es igualitario como en Estados Unidos y otros países, teniendo las dos Cámaras las mismas potestades en el proceso legislativo.

La Asamblea Federal elige los consejeros federales, el Canciller de la Confederación, los jueces federales, los jueces del Tribunal Federal de seguros, y el general del ejército en caso de guerra.

Esta función electiva del Parlamento se encuentra restringida por las limitaciones vinculadas al sistema de gobierno por prácticas impuestas por criterios de selección formales y rígidos [85].

En materia legislativa, los miembros de ambas Cámaras (Consejos) tienen iniciativa de ley al tenor del artículo 93 de la Constitución, que se concreta mediante mociones, postulados e iniciativas parlamentarias.

En el sistema suizo existe también iniciativa popular de ley e iniciativa de ley de los cantones, de acuerdo al artículo 93 de la Constitución.

Una investigación de Poitry indicaba que, en la década de los setenta, la Asamblea federal tenía el 46% de la iniciativa de ley, un 26% era del gobierno federal, un 15% era de iniciativa popular de ley y un 13% se producía como resultado de convenciones internacionales o tratados bilaterales[86]. En todo caso, las mociones parlamentarias a fines de la década de los ochenta e inicio de los noventa tenía éxito sólo en un 8% de los casos.

El parlamento cumple también una función de control, al ejercer la alta supervigilancia de la administración y la justicia federales, de acuerdo con el artículo 85.11 de la Constitución. Este control se concreta a través de las comisiones de gestión y de finanzas; la posible constitución de comisiones investigadoras; y del cumplimiento por parte del gobierno de su programa denominado líneas directrices de la política del Consejo Federal (*lignes directrices de la politique du Conseil Féderal*). Los observadores del proceso político suizo coinciden en que el poder de control del parlamento suizo es débil y difícil por la participación en el gobierno de todos los partidos más grandes y por

85. *V.*, GERMANN, R., "Administration publique en Suisse". Volumen 1, *L'Appareil étatique et le gouvernement*. Ed. Haupt, Berna, Suiza 1996, p. 228.

86. POITRY, Alain-Valéry, *La fonction d'ordre de l'Etat. Analyse des mécanismes et des déterminants sélectifs dans le processus legislatif suisse*. Ed. Lang, Berna, Suiza 1989.

la participación de un gran número de organizaciones sociales y económicas en la etapa de preparación del proyecto de ley antes de su debate parlamentario.

2. Las relaciones parlamento - gobierno

En Suiza al igual que en el resto de los países democráticos occidentales la complejidad creciente de los problemas tiende a fortalecer la posición y poder del gobierno en relación al parlamento.

Por otra parte, si bien el parlamento nombra al gobierno (Consejo Federal) este último no puede ser destituido por una moción de censura parlamentaria, como asimismo, el gobierno tampoco puede disolver el parlamento, todo lo cual ha ido produciendo un debilitamiento paulatino y creciente de la posición del parlamento (Asamblea Federal). Contribuye a este debilitamiento que los parlamentarios ejercen dicha función como una actividad secundaria, ya que deben desarrollar sus actividades laborales normales, aún cuando ellos tienden en el tiempo a profesionalizarse cada vez más. Por último, forma parte de esta realidad la debilidad de la institucionalidad de apoyo y escasa cantidad de funcionarios del Parlamento, los cuales son sólo alrededor de 50, a diferencia de Bélgica y Austria que tiene 700, el de Alemania con 1.700 funcionarios y el de Estados Unidos con 20.000 funcionarios[87].

3. El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación

El sistema de gobierno federal suizo es de tipo directorial[88], distinto de los tipos de gobierno presidencial, semipresidencial y parlamentario.

La Constitución Suiza señala en su artículo 95 que la autoridad directorial y ejecutiva superior de la Confederación es ejercida por un Consejo Federal compuesto de siete miembros.

Dicho Consejo Federal es un ejecutivo colegiado, donde sus siete consejeros federales tiene el mismo rango y poder formal, no existe una jerarquización al interior del gobierno como en los tipos de gobierno parlamentario con un Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros. Los miembros del Consejo federal participan de las decisiones adoptadas por el gobierno colegiado y, a su vez, dirigen un ministerio (Departamento).

Dicho gobierno colegiado, a diferencia de los tipos de gobierno parlamentario, semipresidencial y algunos presidencialismos parlamentarizados, no es responsable políticamente ante el Parlamento o Asamblea Federal (Consejo Nacional y Consejo de los Estados).

El Consejo Federal ejerce colegiadamente las funciones de Jefe de Estado, gabinete, Primer Ministro y Consejo de Estado, ya que también es la última instancia para juzgar los recursos administrativos, como señala Fleiner Gerster[89].

---

87. *V.*, KRIESI, Phillipe, *op. cit.*, p. 211 (Traducción nuestra).

88. LAUVEAUX, Philipe, *Les grandes democráties contemporains*. Ed. PUF París, Francia 1990; FLEINER-GENSTER, Thomas, "Le Conseil Féderal: Directoire de la Confederación", *Revista Pouvoirs*, nº 143, París, Francia 1987, pp. 49-64.

89. FLEINER GERSTER, Thomas, "El Consejo Federal: Directorio de la Confederación", *Revista Pouvoirs*, nº 43, París, Francia 1987, p. 52.

La importancia e independencia del Consejo Federal se acrecienta en relación al Parlamento, al no poder ser objeto de un voto de censura, siendo elegidos por la Asamblea federal por toda la legislatura, como los gobiernos de los regimenes presidenciales, durando cuatro años en sus funciones. La práctica muestra que desde 1948, vale decir, desde hace más de medio siglo, sólo dos Consejeros federales no han sido reelegidos por el Parlamento (Asamblea Federal). Los Consejeros federales se retiran por razón de edad, salud o razones personales. A su vez, solo cuatro consejeros federales han debido abandonar el cargo desde 1959 por presión de sus partidos al haber participado en escándalos financieros o situaciones de corrupción (el asunto de los aviones Mirage en 1964, el asunto del túnel de ferrocarril de la Furka en 1971, el asunto Kopp en 1989. Ello muestra una continuidad y estabilidad de la política gubernamental, ya que nunca se ha reemplazado el Consejo Federal en su conjunro, lo que contribuye a reforzar su posición central en el sistema político suizo.

Cada Consejero federal dirige autónomamente su Departamento o ministerio, sin ingerencia de los otros consejeros, las reuniones semanales del Consejo Federal constituyen reuniones donde se toma conocimiento de los proyectos y trabajo de cada departamento, sin que en la práctica se de un control interorgano entre los Consejeros en las tareas de cada área.

Los Consejeros federales en el término del periodo gubernamental de cuatro años se turnan por un lapso de un año en la Presidencia y Vicepresidencia de la Confederación que tiene un rol formal de presidencia de ceremonias, y presentación y acreditación de embajadores, entre otras materias.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Las instituciones de democracia directa limitan el poder tanto del parlamento como del gobierno suizo, jugando como un contrapeso de ambos. El gobierno suizo perdió el referendum de adhesión de Suiza a la EEE en 1992; la iniciativa sobre Los Alpes en 1994 y un conjunto de proyectos fiscales. A su vez, el parlamento puede y de hecho ejerce la potestad de rechazar iniciativas legislativas del gobierno. Aún cuando puede sostenerse que el límite más importante del Consejo Federal, es la gran cantidad de instituciones y administraciones que dependen de cada Departamento, la complejidad de los problemas que debe abordar en su Departamento cada Consejero Federal, la defensa de sus proyectos ante las comisiones y cámaras del parlamento (Consejo Nacional y Consejo de los Estados), la representación de su departamento en las relaciones con otros Estados y en los organismos internacionales, la negociación de acuerdos y tratados internacionales bi o multilaterales, entre otras materias.

En definitiva, en el regimen directorial suizo se produce un sistema de compromiso o concordancia como estrategia dominante en política, buscando alcanzar el máximo de consensos, sin los cuales el sistema institucional se bloquearía, por otra parte, el referendum es una poderosa arma que poseen los partidos opositores sobre la acción y las estrategias gubernamentales.

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?

Jorge Reinaldo Vanossi
Profesor de la Universidad Buenos Aires
Argentina

Voy a partir de un presupuesto lógico, que relativiza todos mis dichos, pero coloca el tema fuera de todo dogmatismo. Sostenía el gran Karl Popper: *No es posible persuadir con el razonamiento a quien no se ha formado una opinión a través del razonamiento.* Y es así, porque si no, no aparecerían tantos talibanes y fundamentalistas de toda laya.

Creo que los latinoamericanos en general y los argentinos corremos el riesgo de llenar bibliotecas. Recuerdo que en alguna muy importante del mundo pude observar que el mayor kilaje estaba dado por el problema del estudio del subdesarrollo en un determinado país.

Ese país, no obstante esta anécdota de hace veinticinco o treinta años, sigue siendo escasamente desarrollado y el que más bibliotecas llena. Tenemos que evitar que ocurra algo parecido respecto del tema electoral, porque no vamos a descubrir la pólvora.

Debates sobre el tema electoral, sobre la *reforma política*, si se quiere hablar en un sentido más amplio, los ha habido para todos los gustos y todos los paladares. De modo que dentro del gran relativismo que rodea esta temática, tal como lo vienen observando los autores de derecho comparado de todas las democracias, sólo se puede abordar sabiendo que no hay verdades absolutas, no hay grandes certezas; y menos, en la actualidad cuando los psicólogos, con mucha gracia y precisión, definen al nuestro como el tiempo de *la quiebra de las certidumbres*. No podemos pretender certidumbre en materia de régimen electoral o de partidos políticos; lo que sí podemos pretender es no reiterar o repetir errores que ya hemos experimentado. Con una palabra voy a remarcar el sentido que se debe tomar como faro orientador: *experiencia*; el valor de la experiencia en materia electoral. Ya Platón, el sabio, nos llamaba la atención. *Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros.* ¡Y así debe ser!.

Nosotros añadimos: Es bueno que nos ocupemos de la materia electoral, porque no está de más reflexionar acerca de que el acto electoral es el único momento -desgraciadamente- en el cual en países como los nuestros *todos somos iguales*. En el momento en que se vota no hay diferencias; hasta un minuto antes de votar y a partir del minuto posterior resurgen las diferencias, porque lamentablemente hay grandes desigualdades que quiebran la libertad de acceso y disminuyen la igualdad de oportunidades como una nota esencial de las democracias sociales contemporáneas y del futuro. Entonces, ese instante de igualdad total en que vale lo mismo el voto de un multimillonario que el del ciruja que no tiene dónde dormir y qué comer, ese momento sagrado, hay que custodiarlo para que el axioma básico que es: *un hombre o una mujer igual a un voto*, se cumpla, se respete y esté efectivamente garantizado.

En este sentido, creo que la cuestión no pasa exclusivamente por el régimen electoral, sino además por el sistema de partidos políticos, del cual hasta hoy poco se ha hecho o

cambiado. No creo que sea el tema de esta introducción, pero tengo el deber de incluirlo como una parte fundamental. Es obvio que por más que alcancemos el máximo ideal en materia electoral y de controles electorales, si no perfeccionamos el sistema de las estructuras necesarias e imprescindibles de intermediación, que son los partidos políticos -máxime cuando las reformas constitucionales prácticamente les dan el monopolio de la intermediación-, si no mejoramos la herramienta, el producto va a seguir ofreciendo muchas críticas o lamentaciones.

Recuerdo que fue Churchill, no en su frase tan remanida respecto de la democracia, sino a propósito de los partidos, quien decía que el sitio donde menos se practica la democracia suele ser aquél que corresponde al espacio ocupado por las herramientas imprescindibles para ejercerla, es decir, los partidos políticos. Si partimos de la premisa de Schumpeter, según el cual *la democracia es un sistema institucional para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo*; pues entonces comprenderemos la trascendencia de la cuestión.

El problema está en los partidos políticos y no en el sistema electoral. Podemos tener el mejor sistema electoral, pero con ello no vamos a mejorar la calidad del Parlamento. Vamos a mejorar la calidad del Congreso o de la legislatura cuando mejoremos la calidad de los partidos políticos. El error en este punto radica en que en nuestros países se ha creído siempre en un criterio puramente cuantitativo de los partidos políticos, relativo a su conformación; mientras que si observamos el desenvolvimiento de la partidocracia en aquellos países donde la calidad de vida política ha crecido considerablemente con el transcurso de los años, veremos que el criterio ha sido más *cualitativo* que cuantitativo.

Aquí nos llenamos la boca de orgullo diciendo que en el partido tal tenemos tres millones de afiliados, que en el partido cual tenemos otros tres millones, que fulano o zutano tienen medio millón o un millón y medio y sabemos que todo eso es *trucho*, es macaneo, es para los ingenuos, porque los padrones se hicieron hace muchos años, por ejemplo en la Argentina en 1982, después de la guerra de las Malvinas: los muertos siguen figurando, hay algunos vivos que se hacen demasiado los vivos y hay otros vivos que no pueden actuar ni participar porque hábilmente se los proscribe o no tienen posibilidad de intervenir bajo las reglas de juego vigentes.

Respecto de los grandes partidos políticos de las democracias, puedo decir que muchos de ellos no llegan a los cien mil afiliados y gobiernan potencias mundiales. Me gustaría que alguien -que tenga una gran experiencia en derecho comparado- dijera si en Francia existe algún partido político que haya excedido en su membresía formal esa cantidad. Lo mismo puede comprobarse con los partidos políticos de Italia, España, Alemania; etc. Distinto era el caso del Laborista inglés, pero en tiempos en que su afiliación era solamente indirecta, o sea, a través de los sindicatos. Por su parte, en USA, las estructuras partidarias están acotadas por el régimen de las llamadas elecciones primarias abiertas.

Entonces, tenemos que sincerar las cosas. En *primer lugar*, está claro que no existe un sistema electoral neutral. Esto ya ha sido dicho, de modo que no busquemos la pureza total. Todo sistema beneficia a algunos y perjudica a otros.

En *segundo lugar*, podemos decir que no hay sistema electoral infalible, porque se puede proponer un objetivo y también se ha dicho que luego se obtiene lo opuesto. Por ejemplo, la ley Sáenz Peña se sancionó -además de brindar representación a las minorías-

con el propósito de institucionalizar el bipartidismo. Nuestro país, desde hace muchos años, no es bipartidista o tiene un bipartidismo tan relativizado que se acerca más al pluripartidismo. Esto puede gustar o no, pero es un dato fotográfico de la realidad. Cuando la ley Sáenz Peña fue derogada en los años sesenta, ya se había perdido el bipartidismo absoluto o total.

Además, debemos destacar que lo electoral es coyuntural. Por eso digo que todo esto es relativo, porque si se trata de un tema donde está permitido cambiar de opiniones, rectificarse, reconocer errores, recapacitar e intentar nuevas formulaciones, dentro del derecho constitucional o derecho público, lo que importa es el derecho electoral. Se trata de la experiencia viva y depende del estado de evolución, desarrollo y humor de la sociedad en un momento determinado.

Asimismo, quiero insistir respecto de la extremada precaución que debemos tener para adoptar las cosas que nos predican ciertos analistas y politólogos que por lo general están al servicio del *establishment* y no tienen en cuenta la necesidad de que el cuadro parlamentario sea el fiel reflejo de la voluntad popular.

Estoy totalmente en contra -y en esto somos muchos los que coincidimos- del voto uninominal por circunscripción, aunque la primera experiencia argentina, que fue muy breve, tuvo un rasgo positivo, porque posibilitó la llegada del gran maestro, doctor Alfredo Palacios, como primer diputado socialista de América. Al poco tiempo los propios conservadores se asustaron y borraron el sistema.

La segunda experiencia, la recuerdo bien porque en esa época era adolescente y militante: se prestó al trazado caprichoso de las circunscripciones electorales (el *gerrymandering*) con la finalidad de *licuar* a la oposición que, con el mismo caudal de votos, bajó de 44 diputados a 12, y eso no fue bueno para el sistema, pues creó una sensación de asfixia. Los propios autores del sistema nunca más volvieron a insistir. Por ello, me place mucho escuchar las serenas opiniones de los grandes partidos respecto de que si bien podría beneficiarse cierto sector, ni siquiera dicho sector lo recomienda.

Considero que, por razones de psicología política, hay que mantener el sistema proporcional vigente, porque siempre está latente la tentación hegemónica. También podemos considerar que en algunos países está latente la tentación a la perpetuidad: el que está quiere quedarse, el que se fue quiere volver y el que tiene un espacio político lo quiere agrandar. Está en la naturaleza del político acrecentar su espacio imaginario, pero el país no soporta más de ciertos límites. Las hegemonías han sido nefastas y las hemos pagado no con sudor y lágrimas sino con sangre, que es mucho peor, más costoso y nadie quiere volver a ese tipo de experiencias.

Lo que sí hay que hacer es romper la contradicción fundamental que encierra diabólicamente al sistema, que es la *lista bloqueada*, bien llamada técnicamente de esa forma, aunque con frecuencia se la denomina erróneamente lista *sábana*.

La lista bloqueada no da más. Todas las encuestas de opinión pública y todas las formas de captar el humor de la sociedad indican que el sistema está agotado; pero el sistema no se va a cambiar tan fácilmente, por la sencilla razón de que los que hacen las listas no quieren que el pueblo tenga la osadía y el atrevimiento de modificar en el cuarto oscuro esa oferta cerrada como un *closet*, como un *container*, que se le presenta en el momento de la votación. Y aquí viene la contradicción fundamental a la cual yo aludía: por un lado, nos llenamos la boca y agotamos la garganta predicando las formas de participación, el *participacionismo*. Se escribe, se ensaya y se pronuncian discursos sobre las propuestas más avanzadas; pero en el acto básico y fundamental de participación, el

sufragio, donde todos somos iguales, cuando hay que entrar al cuarto oscuro tomar una boleta, ponerla tal como está, cerrarla en un sobre y colocarla en una urna: ese es un menú fijo, que no permite elegir platos diferentes. ¡Tómala o déjala!.

¿Saben cuántos países del mundo que tienen el sistema de representación proporcional D'Hondt -que insisto hay que mantener en países como la Argentina- conservan la lista bloqueada? Sólo dos. Todos los demás países han flexibilizado el sistema D'Hondt y algunos han llegado a extremos que no podemos ni soñar. Por ejemplo, en un par de países de origen anglosajón el votante entra al cuarto oscuro, encuentra una sola boleta donde están todos los candidatos por orden alfabético con la sigla y el emblema del partido respectivo, y marca con una cruz los que quiere; por lo general lleva la boleta preparada con las marcas que ha hecho luego de una meditación previa. Por otra razón importante creo que no debemos irnos del sistema D'Hondt, a fin de que nadie pueda tener una mayoría tan absoluta como para cambiar el sistema constitucional del país o los reglamentos de las Cámaras, que suelen ser tan importantes como las leyes supremas del Estado.

La reforma constitucional argentina de 1994, toma dos precauciones al respecto: el inciso 3º del artículo 99 prohíbe modificar el sistema electoral por decreto de necesidad y urgencia. Como ya estamos tan habituados a esto, se ha perdido el pudor y tenemos un porcentaje mucho mayor al que se reprochó a anteriores presidentes; *ergo* hay que tener cuidado con que vaya a aparecer algún *edecán mental* que sugiera modificaciones por decreto de necesidad y urgencia, porque no se puede.

La segunda precaución está reflejada en el artículo 77, recogido por la ley 24.430 -*el olvidado* que se les cayó el último día-, que exige una mayoría especial de votos en ambas cámaras para poder modificar el sistema electoral. Esto significa que hay que conseguir un gran consenso, hay que buscar el acuerdo sobre las reglas del juego, el *agreement on fundamentals* de los *yankees*, el acuerdo sobre las reglas del juego.

Considero que el pueblo está maduro, los que no estamos maduros somos los dirigentes; en esto discrepo parcialmente con algunos recalcitrantes. El pueblo de la Ciudad de Buenos Aires lo demostró en la primera elección de 1912, cuando la lista no era bloqueada -porque en la Argentina hubo lista desbloqueada desde 1912 hasta 1951- eligiendo a Luis María Drago, que pertenecía a un partido que resultó cuarto. Pero Drago era nada menos que el gran Canciller, bueno es recordarlo cuando se va a cumplir el centenario de su doctrina. Ahora estamos acogotados, resignados y rendidos ante la deuda externa, pero él no se rindió. Él señaló ante la faz del del mundo que no podía haber cobro compulsivo de la deuda pública externa: el pueblo lo votó y resultó uno de los dos diputados más votados, junto con Vicente Gallo y el luego presidente Alvear.

En 1930 se llevó a cabo una elección entre los partidarios de Antonio Di Tomaso (PSI) y el yrigoyenismo, que ya estaba en crisis. Nicolás Repetto (PS) por su gran prestigio como hombre público, probo, transparente, fuera de toda sospecha, fue electo por la preferencia. Santiago Carlos Fassi, uno de los pocos diputados que apoyaban al presidente Ortiz para que volviera la pureza electoral al país y se interviniera a las provincias fraudulentas y violentas que manejaban los conservadores de aquella época, fue votado y electo diputado en 1938 no obstante que su partido (el Antipersonalista) estaba tercero o cuarto. Entonces si el pueblo estuvo maduro en los años 1912, 1930 y 1938, ¿cómo no va a estar maduro hoy?

Rechazamos, pues, categóricamente, la oposición al desbloqueo de las listas sobre la base de los argumentos que dicen que el pueblo no está preparado, que se va a confundir o que es complicado; la gente ya no es tonta y no traga vidrios.

La gente conversa, la televisión y la radio llegan, y ni hablar de aquellos que tienen acceso a Internet o a otras cosas. A la gente en este momento no se le puede vender buzones de colores: quiere *elegir*, *seleccionar*, *participar* y ser *protagonista*. No podemos negar esto, porque si lo hacemos vamos a tener más indiferencia de la ya existente, más alejamiento del que ya hay, y más pérdida de *identidad* de la que ya tienen los partidos políticos. Debemos tener mucho cuidado con esto, ya que la pérdida de *identidad* trae aparejado el alejamiento de la *pertenencia*, constituyendo un gran vacío favorable a las situaciones de *anomia*, que creo que ninguno de nosotros quiere provocar. Nótese que en las últimas elecciones presidenciales de mi país, la sumatoria de los votos en blanco con los votos anulados y las abstenciones por inconcurrencia, arrojan un total de un hipotético tercer partido político argentino (sic). Esta grave situación de deslegitimación se ha acentuado notablemente con las elecciones legislativas del año 2001 (octubre).

En los párrafos finales, quiero expresar que no me convencen los sistemas electorales mixtos. No los veo fáciles de aplicar, al menos, en la Argentina, desde que tenemos algunas provincias superpobladas y otras infrapobladas, lo cual forma parte de otro tema a tratar en otra oportunidad, que es el reemplazo de la *ley del equilibrio* por la *ley de las equivalencias* en el federalismo argentino, donde por vía de la regionalización tendremos que procurar, como quería Dorrego, -y cito a un federal y no a un unitario- unidades equivalentes entre sí, ya que si no el federalismo argentino es un *engaña pichanga*, como alguna vez expresara Félix Luna. La concepción folklórica del federalismo me trae a colación la severa advertencia de Edgar Allan Poe: *Si se mira demasiado fijo una estrella, se pierde de vista el firmamento.*

El sistema mixto que predican también los politólogos del *establishment* se refiere al de Alemania, pero claro que este país tiene una Cámara de Diputados de más de 650 miembros y 90 millones de habitantes. Si en mi país habláramos de duplicar el número de integrantes de la Cámara de Diputados nos ahorcarían al salir a la ventana, ya que toda la sociedad -no sé si con o sin razón- clama por la disminución del llamado *gasto político*. Como bien se sabe por todos, el verdadero gasto político es la corrupción y no el gasto de la política, ya que ésta es necesaria. De otro modo vamos a volver a la *delegación gerencial* que hizo la Argentina durante muchas décadas -y así le fue-, cuando se decía que la clase dirigente no se mete en política porque lleva mucho tiempo, hay reuniones de noche y trasnoche, es puerca, etcétera; y por eso entonces delegó en los militares, en los tecnócratas, en los empresarios y en todas las entidades cuya finalidad no es gobernar, sino en todo caso influir, gravitar o defender sus intereses; pero no ocupar el poder. Por culpa de la desidia de la *clase dirigente*, -o mal llamada dirigente- entregó el paquete del poder a quienes no tenían que ejercerlo, sino en todo caso controlar o gravitar respecto de él. Y si los cargos políticos no están retribuidos, pues entonces solamente los muy ricos, o los *esponsoreados* o los corruptos podrán acceder a ellos.

De modo entonces que no creo que sea fácil dividir al país en dos partes: por un lado, provincias grandes con un sistema electoral más perfeccionado y, por el otro, provincias chicas con un sistema electoral más primario. No me gusta, pero si se quiere probar, que se pruebe. Ya verán los *aprendices de brujo* las consecuencias.

Por otra parte, tengo mis serias reservas y dudas respecto de las llamadas elecciones primarias abiertas -que es otra aparente panacea- que presenta algunos pequeños inconvenientes que deseo señalar. Por lo pronto, hay que leer en profundidad la opinión de los autores americanos que tienen muchas experiencias para analizar y que llegan al convencimiento de que, para los cargos legislativos, -tanto del orden federal como estadual- ese tipo de sistema no ha servido para mejorar la calidad de las listas. Sí, en cam-

bio, puede ser útil para la selección de los candidatos presidenciales, que sería un ensayo a realizar, pero siempre y cuando la elección primaria abierta sea en serio y no a la criolla, es decir, debe realizarse el mismo día y para todos los partidos, con el mismo padrón y con las mismas autoridades. No sea que los de un partido vayan a votar por el peor precandidato del otro partido para *reventarlo*, cosa que ya ha ocurrido. Y hay otros partidos -no voy a dar nombres- que ni siquiera han podido dar las cifras finales veraces del escrutinio de sus primarias abiertas porque tuvieron menos votantes que afiliados. O sea que lo de *primarias y abiertas* parece un eufemismo. Pero el argumento de fondo es de actualidad. Si practicáramos la elección primaria abierta para todos los cargos significaría lisa y llanamente la duplicación del gasto político; y ello es así porque hay que hacer dos elecciones completas ante todo el electorado: el doble en publicidad, televisión, radio, afiches, viajes, hoteles, mesas redondas, alquiler de locales, movilizaciones de dirigentes; todo el doble, y el país no está en condiciones de soportar eso. Entonces, creo que lo mejor es empezar por el ABC: tenemos que mejorar nuestros partidos, o de lo contrario pueden seguir siendo *más de lo mismo*. Entre el gatopardismo del Príncipe de Lampedusa y la sentencia de Lavoisier, opto por el mayor margen que nos concede la segunda: *nada se pierde, todo se transforma*. ¿Con los partidos acontecerá lo mismo? ¿O caerá sobre ellos la maldición que Charles Peguy dirigió a las civilizaciones?: *También son mortales...*.

Debo confesarles mi experiencia: desde mi edad más temprana he estado actuando internamente en distintos movimientos de mi partido político (UCR). He ido cambiando, según el curso de los acontecimientos históricos y las nuevas generaciones que venían empujando formábamos nuevas corrientes internas. Todos nuestros partidos están en lo que los italianos llamaban la *corriente-cracía*, es decir, más que una *democracía* una *corriente-cracía*, como era el Uruguay con la ley de lemas. En definitiva, ¿saben qué descubrí? Cada vez que me ilusionaba con algo, -porque hay que tener lo que Ortega y Gasset llaman la *idea de futuridad*, es decir que hay que tener una ilusión y avizorar un país, lo que ahora y bajo la crisis casi terminal, ningún argentino vivencia; pero hay que hacerlo para poder vivir, si no es un suicidio colectivo-, al cabo de los años me encontraba con que estaba metido no en más de lo mismo sino en *peor de lo mismo*. Y eso lleva al desánimo y a la confusión, pues bien advertía el escritor Saúl Bellow que *cuando la necesidad de ilusión es profunda, una gran cantidad de inteligencia puede ser empleada en no comprender nada*[1].

De modo que el pueblo hace el siguiente cálculo: los partidos políticos, del ciento por ciento de su energía política vuelcan el 80 por ciento a *la política agonal* del internismo, que se transforma en un autismo o masturbación; y el ya fatigado 20 por ciento restante queda para la *política arquitectónica* que es lo que Santo Tomás hace muchos siglos llamó *procurar el bien común*, el interés general o el bienestar general del que habla nuestro sabio preámbulo de la Constitución Nacional. Entonces, pues, creo que hay que empezar a tomar el toro por las astas, y reconocer que el mal lo tenemos dentro de los partidos; esa perversión o desviación del sistema que no está tanto en las normas sino en los comportamientos y en las conductas.

En este sentido, recuerdo una anécdota de un ex presidente al que le llevaron un elaboradísimo dictamen -sobre todos estos temas, preparado por una muy sabia comisión, y él señaló: "¿pero señores, con el trabajo que nos cuesta hacer *la trenza* y armar la lista y que *la camándula* quede perfeccionada vamos a permitir que se deshaga, y se evapore en el acto del comicio?" Fue sincero, pero esa *sinceridad* es muy depresiva.

1. Gerusalemme, andata e ritorno.

No nos alarme entonces que la juventud se vaya a la búsqueda de otros ámbitos y de otras voces, (como diría Truman Capote) y así, coincidiendo con sus propuestas, los jóvenes ingresan a las ONG o a Cáritas, porque ahí no se roba, a la Liga Argentina de Lucha contra el Cáncer, porque ahí no se trampea; es decir, a las mil entidades religiosas y laicas que tienen un mínimo de transparencia asegurada.

No se trata sólo de crear nuevos órganos de hipertrofia de mecanismos de control -ya hay muchos-; y la Constitución reformada ha constitucionalizado algunos y ha creado otros; hay casi una exageración de órganos de control y nadie sabe *quién controla al control*, porque también hay corrupción en los órganos de control. Los supuestos controlantes son *más de lo mismo* que los pretendidos controlados. No hay diferencia entre ellos. No busquemos otras causas en nuestros fracasos. Es tan claro, que lo marcó el poeta Fernando Pessoa: *porque el único sentido oculto de las cosas, es que no tienen ningún sentido oculto.*

Lo que falla en algunos de nuestros países es el principio republicano de *la responsabilidad*. La gente quiere ver culpables sancionados y también responsables inhabilitados. En este tema los norteamericanos, a la larga, lo consiguieron: por eso es que en Estados Unidos los juicios contra el Estado no están caratulados en abstracto, por ejemplo García contra el Estado nacional o García contra Arizona, sino con el nombre del funcionario que cometió la *barrabasada*. ¿Qué es lo que sucede aquí? Diez años después la Corte Suprema resuelve que hay que condenar al Estado a pagar diez millones de dólares por una medida o resolución mal hecha emanada de un órgano gubernamental, y nadie sabe quién fue diez años antes el presidente del Banco Central que fue culpable de eso; y lo pagamos todos con las contribuciones, porque la plata sale del presupuesto que es aprobado por los representantes del pueblo y pagado por el pueblo.

Entonces, Montesquieu tenía razón: el problema no está en la levedad de las penas -los que quieren garrote- sino en que ellas no se aplican, y lo que la sociedad reclama es ejemplaridad; es decir, comportamientos y conductas a la altura de las circunstancias. Nada mejor que lo expresado hace unos meses por los obispos -lo suscribo enteramente-: “Los argentinos esperan algo inédito”. Y hace algunos días, más enérgica fue la requisitoria, cuando se dolieron por la falta de renunciamientos entre las dirigencias anquilosadas.

Bien advertía, mucho tiempo antes, Francis Bacon: *el que quiere no pensar es un fanático; el que no puede pensar es un idiota; y el que no osa pensar, es un cobarde.* Recordatorio final: esto lo expresó Bacon, para quien no cabía duda de que *el pensamiento es poder*.

Sepamos aplicar ese poder, pues nos estamos acercando al instante en que, traspuesto ese momento, después será demasiado tarde. ¡Evitemos la frustración! Hay que afrontar el desafío, no hay que evadirse; pues bien advierte un autor: *Quien dice que la ausencia causa olvido, merece ser por todos olvidado.* (Juan Boscan).

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

Jesús Orozco Henríquez
Magistrado del Tribunal Electoral del
Poder Judicial de la Federación
México

Constituye un gran honor para quien esto escribe participar en el libro de homenaje al destacado iuscomparatista Allan R. Brewer-Carías, con motivo de sus cuarenta años de vida profesional, quien no sólo ha dejado profunda huella en la cultura jurídica venezolana sino en la ciencia del derecho público latinoamericano. Al efecto, me he permitido seleccionar el tema relativo al régimen federal mexicano de nulidades en materia electoral, con diversas referencias al derecho electoral comparado latinoamericano, teniendo en cuenta que, entre muchas de las significativas contribuciones del profesor Brewer-Carías al derecho público, se encuentra un trabajo pionero denominado "La nulidad de los actos electorales: Una perspectiva constitucional comparada", el cual fue publicado por el Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en *Transición democrática en América Latina; reflexiones sobre el debate actual*, *Memoria del III Curso Anual Interamericano de Elecciones* (San José, Costa Rica 1990, pp. 92-106).

Con el propósito de garantizar la constitucionalidad y legalidad de los resultados electorales, el derecho electoral federal mexicano, de manera similar a lo que ocurre en otros países, establece diversas causas de nulidad (como una *sanción* a la violación de la normativa comicial), pudiéndose distinguir, según ha puesto de relieve el propio profesor Brewer-Carías en el trabajo mencionado en el párrafo anterior, entre la nulidad de un voto, la nulidad de una votación y la nulidad de una elección,[1] en el entendido de que en materia electoral, como en cualquier otro campo del derecho público, no toda violación de una norma legal electoral produce los mismos efectos sino que, para determinar el grado de éstos, habrá que atender a las consecuencias previstas constitucional y/o legalmente respecto de los actos irregulares susceptibles de ser anulados.

---

1. Cabe advertir que en algunos países se prevé también la posibilidad de que se declare la nulidad general de las elecciones, por ejemplo, cuando las mismas se llevaron a cabo sin previa convocatoria del órgano competente (Panamá y Venezuela) o en un día distinto (El Salvador), o bien, cuando hayan ocurrido actos de violencia o coacción suficientes para alterar el resultado de las elecciones o éstas se hayan realizado sin las garantías debidas (Panamá); al respecto, *Cf.*, OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, "Las causas de nulidad electoral en América Latina", en *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Tomo III, OROZCO HENRÍQUEZ (comp.), México 1999, TEPJF, IFE, UNAM, UQR y PNUD, p. 1193. En México, por el contrario, el artículo 71, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) establece: "Los efectos de las nulidades decretadas por el Tribunal Electoral respecto de la votación emitida en una o varias casillas o de una elección en un distrito electoral uninominal o en una entidad federativa, se contraen exclusivamente a la votación o elección para la que expresamente se haya hecho valer el juicio de inconformidad". Sin embargo, como una peculiaridad, cabe mencionar el caso de la Ley Electoral del Estado de Nayarit, cuyo artículo 241 contempla como causas de nulidad de la elección de gobernador del Estado cuando se hubiere decretado la nulidad en, cuando menos, la mitad más uno de las elecciones de ayuntamientos o de las elecciones de diputados por el principio de mayoría relativa.

En el régimen electoral mexicano, por nulidad de un voto se entiende la invalidez de un voto individualmente considerado; por su parte, la nulidad de una votación implica invalidar todos los votos emitidos en una determinada casilla; finalmente, la nulidad de una elección equivale a dejar sin validez jurídica los resultados electorales, esto es, todos los votos emitidos en el universo de casillas que corresponden, por ejemplo, a un municipio, distrito o entidad federativa, según se trate, respectivamente, de la elección de un ayuntamiento, un diputado, o bien, un senador o gobernador, así como revocar el otorgamiento de las constancias correspondientes a los presuntos candidatos ganadores.

I. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN MEXICANO DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

Antes de abordar las diversas causas de nulidad previstas en el régimen electoral federal mexicano, se estima conveniente señalar algunas de las características básicas que el mismo establece.

1. Sólo puede declararse la nulidad de una votación o elección por las causas previstas en la ley

Las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con el principio de legalidad electoral constitucionalmente previsto y según la jurisprudencia que ha establecido, sólo pueden declarar la nulidad de la votación recibida en una o varias casillas o la nulidad de alguna elección, previa instancia de parte[2] y cuando se hayan acreditado plenamente los extremos o supuestos de alguna causa de nulidad limitativamente contemplada en las disposiciones constitucionales y legales aplicables, ya sea en forma específica, genérica o, según se verá más adelante, abstracta[3].

2. Lo señalado es así con independencia de que, según lo previsto en el artículo 57, párrafo 2, de la LGSMIME, cuando en la sección de ejecución, por efecto de la acumulación de las sentencias recaídas en los medios de impugnación, se actualicen los supuestos de nulidad de elección previstos en la ley, la sala competente del Tribunal Electoral decretará lo conducente, aun cuando no se haya solicitado expresamente en ninguno de los juicios resueltos individualmente. Vinculado con lo apuntado, conviene también aludir aquí a la atribución del propio Tribunal Electoral para suplir en algunos medios de impugnación la deficiencia u omisión en los agravios cuando los mismos puedan deducirse claramente de los hechos expuestos (artículo 23 de la LGSMIME). No obstante lo apuntado, la regla es que las resoluciones jurisdiccionales sean congruentes con las cuestiones debatidas, sin que puedan abordar nulidades distintas a las demandadas, de acuerdo con los principios generales de derecho de que el juez no puede proceder de oficio (*Ne procedat judex ex officio*) y de que la intervención judicial requiere de un actor que ponga en movimiento la administración de justicia (*Nemo judex sine actore*), así como los que establecen que la intervención del juez y la definición del material relativo a cada juicio está limitada por los planteamientos de las partes (*Ne eat judex ultra petita partium y Sentencia debet ese conforms libellum)*; *V.*, CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, Madrid 1977, pp. 185 y ss., citado por DE LA PEZA, José Luis, "Justicia y jurisprudencia en materia electoral", en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Federal Electoral*, vol. II, nº 2, 1989, p. 9. Finalmente, es pertinente señalar que si bien en la gran mayoría de los ordenamientos electorales de Latinoamérica se establece (en forma explícita, como en Costa Rica, o implícita) el carácter público y gratuito de la acción de nulidad, por lo que no se obliga a quien la interpone al rendimiento de depósito o fianza alguna, es el caso de que en Perú, para ser admitido el recurso respectivo, se exige que éste se acompañe de un certificado de depósito del Banco de la Nación (por cien mil nuevos soles), mismo que se devolverá si es declarada fundada la nulidad planteada o, de lo contrario, incrementará los fondos electorales.

3. En diversos ordenamientos latinoamericanos se prevé en forma explícita que la nulidad sólo puede ser decretada por las causales expresamente previstas en la ley (por ejemplo, Bolivia y El Salvador), si bien hay algunos

2. Definitividad de los resultados electorales no impugnados oportunamente

En concordancia con el mencionado principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales previsto en el artículo 41, fracción IV, constitucional, y por razones de seguridad jurídica, el artículo 72 de la LGSMIME establece que las elecciones cuyos cómputos, constancias de validez y mayoría o de asignación no sean impugnadas en tiempo y forma, se consideran válidas, definitivas e inatacables, en el entendido de que la eventual interposición de la impugnación no suspende los efectos (así sean provisionales) de la resolución o acto impugnado relacionado con determinado resultado electoral.

3. Imposibilidad de invocar nulidades provocadas por los propios denunciantes

La nulidad no puede ser invocada por quien haya dado causa a la misma, según otro principio general de derecho que establece que nadie puede alegar en su beneficio los actos de su propia torpeza, plasmado en el brocardo latino *nemo admittitur aut auditur propriam turpitudinem allegans*, en tanto que el artículo 74 de la LGSMIME establece que los partidos políticos y los candidatos no podrán invocar en su favor, en medio de impugnación alguno, causas de nulidad, hechos o circunstancias que ellos mismos hayan provocado.

4. Votaciones y elecciones federales susceptibles de anularse

Como se advierte de lo previsto en los artículos 73 y 75 a 78 de la LGSMIME, las elecciones y votaciones susceptibles de anularse son:

i) La votación recibida en casilla, para cualquier tipo de elección de diputado federal, senadores o Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. En este caso, el efecto de la nulidad será que se modifique el cómputo de la votación al reducirle la votación recibida en la casilla respectiva y, si no se altera el lugar que hubieren alcanzado los candidatos de cada uno de los partidos políticos (particularmente el de los ganadores), se confirmará el triunfo y sólo se recompondrá el cómputo; en caso contrario, también se revocará el otorgamiento de la constancia de mayoría para otorgársela a quien hubiere ganado como consecuencia de la modificación del cómputo. El hecho de que se llegue a verificar la nulidad de la votación recibida en casilla en un porcentaje equivalente al veinte por ciento de las casillas instaladas en el distrito, tratándose de la elección de diputados, o bien, de la entidad federativa, tratándose de la elección de senadores, puede dar lugar a la nulidad de la elección por el principio de mayoría relativa de que se trate.

---

regímenes que otorgan cierto arbitrio al correspondiente órgano jurisdiccional electoral para decretar alguna nulidad, en tanto que se permite, por ejemplo, "protestar una elección y solicitar su anulación por actos que la hubieren viciado", siempre y cuando los "hechos, defectos o irregularidades ... influyan en los resultados generales de la elección" (Uruguay), o bien, después de regular en forma enunciativa diversas causales de nulidad de votación en alguna mesa, junta o casilla, entre éstas se incluye "cualquier otro acto que razonablemente pueda haber alterado el resultado de la votación" (Guatemala). Este mayor arbitrio judicial en México se aprecia, por ejemplo, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 75, párrafo 1. inciso k), y 78 de la LGSMIME, referidos, respectivamente, a los supuestos de nulidad de la votación recibida en casilla y de nulidad de elección.

ii) Cualquier elección de diputados por el principio de mayoría relativa, por inelegibilidad de los dos candidatos integrantes de la fórmula electoral ganadora. En la elección de senadores por el principio de mayoría relativa, si fueren inelegibles los dos candidatos integrantes de una fórmula, la nulidad afectará sólo a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles (en el caso de la elección de diputados o senadores por el principio de representación proporcional, si un candidato resultare inelegible éste será sustituido por otro de la misma lista registrada por el partido político, sin que dicha inelegibilidad sea causa de nulidad de la elección).

iii) Cualquier elección de diputados y de senadores por el principio de mayoría relativa. La nulidad de la elección puede decretarse respecto de cualquiera de las 300 elecciones (una por distrito) de diputados de mayoría relativa, o de las 32 elecciones (una por entidad federativa) de senadores de mayoría relativa (incluida la correlativa asignación de senador de primera minoría), por las causas de nulidad que se analizan más adelante.

iv) En el caso de la elección de diputados o senadores de representación proporcional, así como de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, no está prevista en forma explícita la posibilidad de declarar la nulidad de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, como tampoco la de las correspondientes cinco circunscripciones plurinominales de la República en cada una de las cuales se elige a 40 diputados de representación proporcional, hasta completar un total de 200, ni la de declarar la nulidad de la elección que en todo el territorio del país se celebra para elegir a los 32 senadores de representación proporcional. Hasta la fecha no se ha presentado caso alguno con motivo del cual la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación haya debido pronunciarse respecto de si una interpretación sistemática y/o funcional del orden comicial mexicano puede fundamentar una nulidad de elección en estos casos.

5. Sólo irregularidades determinantes pueden causar la nulidad de la votación o de la elección

Las elecciones convocan a todos los ciudadanos para realizar concertadamente, en un solo día y con apego estricto a la ley, diversas conductas -ya sean como elector, funcionario de casilla, representante de partido político, observador o autoridad-, todas las cuales deben desembocar en la expresión de la auténtica y libre voluntad general que habrá de trascender y constituirse en gobierno representativo. Esto es, las votaciones y elecciones son actos colectivos y complejos, de trascendencia pública, y por esta razón en el derecho positivo de diversos países del mundo se establece que la nulidad de los citados actos jurídicos electorales podrá ser declarada, no cuando se incumpla cualquiera de las muy diversas normas jurídicas que inciden en la realización de los comicios, sino sólo cuando se incumplan determinadas normas electorales cuya inobservancia vulnere de manera determinante aspectos esenciales de la votación o la elección.

En España[4], por ejemplo, en la ley electoral, se establece en términos genéricos que la nulidad de votación y de elección deberá ser declarada, no cuando ocurra cualquier irregularidad, sino sólo cuando ocurran *irregularidades invalidantes*. México también recoge el principio de que la nulidad de votaciones y elecciones sólo puede declararse

4. *V.*, artículo 113, párrafo 2, de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General de España. Por lo general, como se explica más adelante, la nulidad sólo puede ser declarada cuando la misma sea determinante para el resultado de la elección o cause perjuicio evidente (Chile, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

por irregularidades determinantes para el resultado respectivo, sin embargo, en nuestro país la ley establece no sólo una fórmula genérica, como en España, sino una lista de irregularidades que al ocurrir en determinados casos, son consideradas por el legislador como determinantes para el resultado electoral.

Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de la tesis de jurisprudencia JD.1/98, emitida bajo el rubro *Principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados. Su aplicación en la determinación de la nulidad de cierta votación, cómputo o elección*[5], declaró obligatorio el respectivo criterio que ya había sido establecido por la Sala Central del entonces Tribunal Federal Electoral y que gira en torno al principio general de derecho de conservación de los actos de derecho público válidamente celebrados, recogido en el aforismo latino *utile per inutile non vitiatur* (*lo útil no debe ser viciado por lo inútil*), el cual tiene especial relevancia en el derecho electoral mexicano, de manera similar a lo que ocurre en otros sistemas jurídicos (como Costa Rica y España, donde también lo han reconocido jurisprudencialmente), caracterizándose por los siguientes aspectos fundamentales:

i) La nulidad de la votación recibida en alguna casilla y/o de determinado cómputo y, en su caso, de cierta elección, sólo puede actualizarse cuando se hayan acreditado plenamente los extremos o supuestos de alguna causal prevista taxativamente en las disposiciones constitucionales y legales aplicables (ya sea de manera específica o genérica), siempre y cuando los errores, inconsistencias, vicios de procedimiento o irregularidades detectados sean determinantes para el resultado de la votación o elección.

ii) La nulidad respectiva no debe extender sus efectos más allá de la votación, cómputo o elección en que se actualice la causal[6], a fin de evitar que se dañen los derechos de terceros, en este caso, el ejercicio del derecho de voto activo de la mayoría de los electores que expresaron válidamente su voto, el cual no debe ser viciado por las irregularidades e imperfecciones menores ordinariamente cometidas por los funcionarios integrantes de la mesa directiva de casilla (la cual es un órgano electoral no especializado ni profesional, conformado por ciudadanos escogidos al azar y que, después de ser capacitados, son seleccionados como funcionarios a través de una nueva insaculación), máxime cuando tales irregularidades o imperfecciones menores, al no ser determinantes para el resultado de la votación o elección, efectivamente son insuficientes para acarrear la sanción anulatoria correspondiente.

En efecto, pretender que cualquier infracción de la normativa jurídico-electoral diera lugar a la nulidad de la votación o elección, haría nugatorio el ejercicio de la prerrogativa ciudadana de votar en las elecciones populares y propiciaría la comisión de todo tipo de faltas a la ley, dirigidas a impedir la participación efectiva del pueblo en la vida democrática, la integración de la representación nacional y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público.

Asimismo, en cuanto al carácter de *determinante* que debe tener cierta irregularidad como requisito para anular una votación o elección, es importante formular algunas precisiones:

En cada uno de los incisos f), g), i), j), k) del artículo 75 de la LGSMIME, se describe una conducta irregular que será causa de nulidad de la votación recibida en la casilla respectiva, siempre y cuando además "sea determinante para el resultado de la vota-

5. El texto de la Jurisprudencia JD.1/98, puede verse en el suplemento nº 2 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 19-20.

6. Como se prevé en el artículo 71, párrafo 2, de la LGSMIME.

ción". En cambio, en los incisos a), b), c), d), e) y h) no se menciona expresamente lo *determinante* como requisito para que las específicas irregularidades descritas en tales incisos puedan derivar en nulidad de la votación[7]. Del mismo modo, en cuanto a las causas de nulidad de la elección de diputados y senadores, mientras que los artículos 76 y 77 de la propia ley no hacen referencia expresa al carácter "determinante para el resultado de la elección", el 78 del mismo ordenamiento sí lo contempla[8].

Sobre este particular, cabe tener presente que, con fundamento en la antes citada tesis de jurisprudencia JD.1/98 y en la jurisprudencia S3ELJ 13/2000 del TEPJF[9], ninguno de los vicios o irregularidades previstos en los artículos 75 al 78 de la LGSMIME podrá motivar la nulidad de una votación o elección, a menos que sea determinante para el resultado de la respectiva votación o elección. Esto es, la interpretación sistemática de las disposiciones aplicables lleva a la conclusión de que todas las causas de nulidad exigen, en forma explícita o implícita, que la irregularidad correspondiente sea *determinante* para el resultado electoral respectivo y, por lo tanto, debe entenderse que la diferencia entre las causas de nulidad que omiten el texto relativo al carácter *determinante* y

7. El artículo 75, párrafo 1, de la LGSMIME establece: "La votación recibida en una casilla será nula cuando se acredite cualesquiera de las siguientes causales: a) Instalar la casilla, sin causa justificada, en lugar distinto al señalado por el Consejo Distrital correspondiente; b) Entregar, sin causa justificada, el paquete que contenga los expedientes electorales al Consejo Distrital, fuera de los plazos que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales señale; c) Realizar, sin causa justificada, el escrutinio y cómputo en local diferente al determinado por el Consejo respectivo; d) Recibir la votación en fecha distinta a la señalada para la celebración de la elección; e) Recibir la votación personas u órganos distintos a los facultados por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; f) Haber mediado dolo o error en la computación de los votos y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación; g) Permitir a ciudadanos sufragar sin Credencial para Votar o cuyo nombre no aparezca en la lista nominal de electores y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación, salvo los casos de excepción señalados en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y en el artículo 85 de esta ley; h) Haber impedido el acceso a los representantes de los partidos políticos o haberlos expulsados, sin causa justificada; i) Ejercer violencia física o presión sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o sobre los electores y siempre que esos hechos sean determinantes para el resultado de la votación; j) Impedir, sin causa justificada, el ejercicio del derecho de voto a los ciudadanos y esto sea determinante para el resultado de la votación; k) Existir irregularidades graves, plenamente acreditadas y no reparables durante la jornada electoral o en las actas de escrutinio y cómputo que, en forma evidente, pongan en duda la certeza de la votación y sean determinantes para el resultado de la misma".

8. El artículo 76 de la LGSMIME prevé que "Son causales de nulidad de una elección de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral uninominal, cualesquiera de las siguientes: a) Cuando alguna o algunas de las causales de nulidad de la votación recibida en casilla se acrediten en por lo menos el veinte por ciento de las casillas en el distrito de que se trate, o b) Cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en el distrito de que se trate y consecuentemente la votación no hubiere sido recibida, o c) Cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría sean inelegibles". Por su parte, el artículo 77 establece que "Son causales de nulidad de una elección de senadores en una entidad federativa, cualquiera de las siguientes: a) Cuando alguna o algunas de las causales de nulidad previstas en el párrafo 1 del artículo 75 de la ley, se acrediten en por lo menos el veinte por ciento de las secciones en la entidad de que se trate, o b) Cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en la entidad de que se trate y consecuentemente la votación no hubiere sido recibida, o c) Cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría fueren inelegibles. En este caso, la nulidad afectará a la elección únicamente por lo que hace a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles". Finalmente, el artículo 78 dispone que "Las Salas del Tribunal Electoral podrán decretar la nulidad de una elección de diputados o senadores cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, en el distrito o entidad de que se trate, se encuentren plenamente acreditadas y se demuestre que las mismas fueron determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables a los partidos promoventes o sus candidatos".

9. Respecto de la Jurisprudencia JD.1/98. *V., supra*, nota 343. La jurisprudencia S3ELJ 13/2000, bajo el rubro *"Nulidad de sufragios recibidos en una casilla. la irregularidad en que se sustente siempre debe ser determinante para el resultado de la votación, aun cuando en la hipótesis respectiva, tal elemento no se mencione expresamente (legislación del estado de méxico y similares"*, puede verse en el suplemento nº 4 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 21-22.

las que expresamente hacen referencia a tal elemento, repercute únicamente en la carga de la prueba. En este sentido, cuando el supuesto legal cita en forma expresa dicho elemento, quien invoque la causa de nulidad debe demostrar, además del vicio o irregularidad previsto en la hipótesis normativa, que ese vicio o irregularidad es determinante para el resultado de la votación o elección. En cambio, cuando la ley omite mencionar el requisito, la omisión significa que, dada la magnitud del vicio o irregularidad, o la dificultad de su prueba, existe la presunción *iuris tantum* de que tal vicio o irregularidad es determinante para el resultado; sin embargo, si en el expediente se encuentran elementos que acreditan que el vicio o irregularidad alegados no son determinantes para el resultado de la votación o elección, no podrá declararse la nulidad correspondiente.

Otra precisión relevante sobre el carácter de *determinante para el resultado* es que el mismo puede establecerse de manera *cuantitativa*, a través de operaciones aritméticas, o bien, *cualitativa*, cuando se aprecia en qué medida un específico vicio o irregularidad vulnera la percepción de autenticidad, integridad y vigencia que debe tenerse respecto de los valores electorales tutelados por la norma jurídica quebrantada.

El carácter *determinante*, atendiendo al criterio *cuantitativo*, se establece, por ejemplo, cuando el número de votos irregularmente producidos, omitidos o computados, constituye una cifra mayor que la diferencia de votos que exista entre los partidos que obtuvieron el primero y segundo lugares de votación en la respectiva casilla. Así, por ejemplo, si los votos irregulares son veinte y entre el primero y segundo lugares de votación en la casilla hay una diferencia de diez votos, entonces, la referida irregularidad sí será determinante en este caso, pero no lo sería si la diferencia de votos entre los partidos indicados hubiera sido de treinta votos.

Aun cuando el Tribunal Electoral federal, generalmente, utiliza los criterios de carácter aritmético para establecer o deducir cuándo cierta irregularidad es determinante o no para el resultado de la votación recibida en una casilla o de una elección, es necesario advertir que esos no son los únicos viables sino que se puede válidamente acudir también a otros criterios, como en efecto lo ha hecho así en otras ocasiones; por ejemplo, cuando analiza si se han conculcado o no de manera significativa, por los propios funcionarios electorales, uno o más de los principios constitucionales rectores de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, o bien, atendiendo a la finalidad de la norma, la gravedad de la falta, el vicio o la irregularidad y las circunstancias en que los mismos se cometieron, particularmente cuando éstos se realizaron por servidores públicos con el objeto de favorecer al partido político que, en buena medida, por tales irregularidades, resultó vencedor en una específica casilla o determinada elección[10].

II. NULIDAD DE UN VOTO

En México, como en prácticamente todos los países, se establecen legalmente los supuestos conforme con los cuales el voto, individualmente considerado, se estima nulo.

10. *V.*, tesis S3 EL 032/99, bajo el rubro *"Nulidad de elección o de la votación recibida en una casilla. criterios para establecer cuándo una irregularidad es determinante para su resultado"*, suplemento nº 3 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 56.

En términos generales, se considera nulo cualquier voto emitido en forma distinta a la prevista legalmente[11]. Esto es, el artículo 230, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece que "Se contará un voto válido por la marca que haga el elector en un solo cuadro en el que se contenga el emblema de un partido político, el de una coalición o el de los emblemas de los partidos coaligados" y "Se contará como nulo cualquier otro voto emitido en forma distinta a la señalada"; por su parte, el artículo 227, párrafo 2, del propio ordenamiento prevé que "Se entiende por voto nulo aquel expresado por un elector en una boleta que depositó en la urna, pero que no marcó en un solo cuadro en el que se contenga el emblema de un partido político, el de una coalición o el de los emblemas de los partidos coaligados".

En este sentido, de acuerdo con el derecho electoral federal mexicano, se considera voto nulo tanto el llamado voto en blanco como aquel en que no pueda establecerse de manera inequívoca en favor de qué opción política registrada sufragó el elector[12]. En principio, la nulidad bajo estudio sólo se aplica al voto individual de un elector particular, por lo que no afecta a la votación recibida en la mesa directiva de casilla, ni a la elección que resulte de dicha votación[13].

En general, se reserva a las correspondientes mesas directivas de casilla la competencia para apreciar y determinar la nulidad de un voto individual, lo cual se decide durante el acto de escrutinio y cómputo de la votación recibida en la casilla respectiva[14].

Es conveniente mencionar que mientras en varios países, de acuerdo con el principio de preclusión, el escrutinio llevado a cabo en la mesa, junta, jurado o casilla es un acto irrepetible, por lo que no cabe realizar algún recuento (Bolivia y Perú), en algunos es posible llevarlo a cabo bajo ciertos parámetros legales; por ejemplo, en México, durante el cómputo distrital, si los resultados del acta de escrutinio contenida en el expediente de casilla no coincide con los del acta en poder del presidente del Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral, hubieren errores o alteraciones evidentes en las actas que generen duda fundada sobre el resultado de la votación en casilla, o bien, no existiere el

11. Al respecto, varios países enuncian las distintas hipótesis de nulidad de un voto que pueden presentarse, por ejemplo, utilización de boletas o papeletas no oficializadas, no entregadas o, en su caso, no firmadas por la mesa (o su presidente), junta, jurado o casilla de votación respectiva (Argentina, Bolivia, Perú y Venezuela); destrucción parcial, mutilación, alteración o tachaduras en las boletas (Argentina, Bolivia y Venezuela); marcaciones para más de un candidato o lista (Bolivia, Chile, Perú y Venezuela), o bien, la existencia de más de dos boletas de distinto partido para un mismo cargo (Argentina) o la pretensión de depositar en el sobre dos o más papeletas para un mismo cargo (Colombia) o una papeleta distinta a la entregada (Bolivia); marcaciones distintas en las boletas, al agregar o repetir nombres (Argentina y Perú), que la misma sea ilegible (Colombia) o incluir la palabra nulo (Bolivia); asimismo, por muerte o falta de reemplazo oportuno del candidato (Chile) o falta de aceptación oportuna del candidato (Colombia) y cuando el elector exhiba su voto o haga alguna manifestación que viole la secrecía (Bolivia), como el firmar las boletas o incluir algún dato que permita identificar al elector (Perú).

12. En algunos países se diferencia entre los votos nulos y los casos en que no se marcan las boletas, los cuales se consideran como votos en blanco (distinción que puede tener relevancia en aquellos sistemas que prevén algún umbral para que los partidos políticos conserven su registro, o bien, tengan acceso a la representación proporcional o al financiamiento público).

13. Sin embargo, algunos ordenamientos vinculan de manera expresa el número elevado de votos nulos con la posibilidad de nulidad de una votación o, incluso, una elección; por ejemplo, si hay más votos nulos que votos válidos en determinada mesa o casilla electoral (El Salvador) o si el número de los votos nulos afecta a más de la mitad de los votos de la respectiva elección (Brasil, requiriéndose de una nueva elección, y El Salvador) o si dos terceras partes de los votos emitidos son nulos o en blanco (Perú).

14. En algunos países se presentan los llamados votos impugnados, recurridos u observados para referirse a los casos en que existe duda sobre la calidad o identidad del sufragante (poniéndose en un sobre el voto correspondiente), resolviendo el órgano electoral superior jerárquico (Argentina y Uruguay).

acta de escrutinio y cómputo de la casilla, se procederá a realizar un nuevo escrutinio y cómputo (artículo 247 del COFIPE).

Al respecto, cabe advertir que el recuento no está previsto expresamente que puedan llevarlo a cabo las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, si bien en casos excepcionales las mismas, en ejercicio de las atribuciones para ordenar diligencias para mejor proveer, han dispuesto que se *verifique* o compruebe si el escrutinio y cómputo llevado a cabo en determinada casilla fue correcto, particularmente cuando se aduce error aritmético en el cómputo (distrital) correspondiente, al haberse rehusado indebidamente el consejo (distrital) respectivo a realizar el nuevo escrutinio y cómputo en los supuestos legales previstos. En los anteriores casos, tanto la realización del nuevo escrutinio y cómputo por parte del órgano electoral administrativo como la verificación o comprobación del mismo por el órgano jurisdiccional competente, puede conducir a una modificación de la determinación sobre la validez o nulidad de los votos realizada originalmente por la mesa directiva de casilla y, por tanto, a la sustitución del acta de escrutinio y cómputo de la votación recibida en la casilla respectiva y, como consecuencia, la modificación o recomposición del cómputo (distrital) de la elección, lo cual eventualmente podría conducir también a un cambio de ganador[15].

Los casos mencionados parecieran diferenciarse de aquellos otros en los que el órgano jurisdiccional competente también realiza alguna diligencia judicial extraordinaria de apertura de paquete electoral de casilla, ante la impugnación de los resultados consignados en alguna acta de cómputo distrital por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas (mas no por error aritmético en dicho cómputo), en cuya hipótesis, si como resultado de la referida diligencia se acredita que hubo un error en el cómputo y escrutinio de los votos y que el mismo fue determinante para el resultado de la votación en tal casilla, debe decretarse la nulidad de la votación respectiva, en congruencia con la pretensión del actor, procediéndose a la modificación de los resultados consignados en el acta de cómputo distrital (excluyendo del mismo la votación anulada) y las demás consecuencias que ello acarree; sin embargo, en el supuesto en que el error en el cómputo de los votos no fuese determinante en el resultado de la votación recibida en la casilla, cabría sostener que no se actualiza la causa de nulidad alegada y, por tanto, debe confirmarse el resultado que consta en el acta correspondiente.

III. NULIDAD DE UNA VOTACIÓN

El presente supuesto se refiere a la nulidad de la votación recibida en una mesa o casilla electoral, cuyas causales se encuentran previstas en el artículo 75 de la LGSMIME. Al respecto, es posible clasificar las diversas causas de nulidad de votación en mesa o casilla en los siguientes tres grupos: Irregularidades en la constitución de la mesa o casi-

15. Así ocurrió, por ejemplo, tratándose de elecciones locales, en el caso de la elección municipal de 2000 en Papalotla, Estado de México, donde en la sentencia recaída en el juicio de revisión constitucional electoral (expediente SUP-JRC-221/2000) la Sala Superior del TEPJF revocó la nulidad de la elección decretada por el órgano jurisdiccional responsable y, sustituyéndose al mismo que, a su vez, debió sustituir al consejo municipal en la realización de un nuevo escrutinio y cómputo, como resultado de la diligencia judicial extraordinaria de apertura del paquete electoral respectivo por parte de la propia Sala Superior, modificó los resultados consignados en el acta de escrutinio y cómputo de casilla y, como consecuencia, modificó el cómputo municipal y, en virtud de que ello dio lugar a un cambio de ganador, revocó la constancia de mayoría y validez originalmente expedida y ordenó otorgársela al efectivamente triunfador.

lla electoral; irregularidades en el desarrollo de la votación, o bien, irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales[16].

1. Irregularidades en la constitución de la mesa o casilla electoral[17]

Por lo que se refiere al derecho electoral federal mexicano, cabe incluir aquí las siguientes causas de nulidad:

i) *Instalar la casilla, sin causa justificada, en lugar distinto al señalado por el consejo distrital correspondiente* [inciso a) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Esta causal se actualiza cuando se acreditan los dos elementos que la misma contiene: a) Que la casilla se instale en un lugar distinto al señalado por el consejo distrital, y b) Que el cambio de ubicación se realice sin justificación.

En relación con el lugar de ubicación de las casillas, como ya se apuntó en el capítulo anterior, los consejos distritales aprueban los lugares en donde el día de la elección los funcionarios integrantes de las mesas directivas deben instalar las casillas. Estos lugares deben reunir los siguientes requisitos que se exigen en los artículos 194 y 195 del COFIPE: Ser de fácil acceso para los electores; propiciar la instalación de canceles o elementos modulares que garanticen el secreto en la emisión del voto; no ser casas habitadas por servidores públicos de confianza o candidatos de la elección de que se trate; no ser establecimientos fabriles, templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos, ni ser locales ocupados por cantinas, centros de vicio o similares.

Son causas justificadas para variar el lugar de instalación de una casilla, las precisadas en el numeral 215 del COFIPE, esto es: Que no exista el local indicado en las publicaciones respectivas; que el local se encuentre cerrado o clausurado y no se pueda realizar la instalación; que se advierta, al momento de la instalación de la casilla, que ésta se pretende realizar en lugar prohibido en la ley; que las condiciones del local no permitan asegurar la libertad o el secreto del voto o el fácil y libre acceso de los electores, o bien, no garanticen la realización de las operaciones electorales en forma normal. En este caso, es necesario que los funcionarios y representantes de partidos políticos presentes tomen la determinación de común acuerdo, y que el consejo distrital así lo disponga por causa de fuerza mayor o caso fortuito y se lo notifique al presidente de la casilla.

Siempre que una casilla cambie justificadamente el lugar de su ubicación, debe quedar instalada en la misma sección y en el lugar adecuado más próximo, debiéndose dejar aviso de la nueva ubicación en el exterior del lugar original que no reunió los requisitos.

Cabe mencionar que no es extraño que esta causal sea invocada para solicitar se anule la votación recibida en una casilla, cuando en las actas llenadas en la respectiva casilla se hubiere asentado un domicilio que no coincide exactamente con el que el consejo distrital respectivo aprobó y ordenó publicar en los periódicos de mayor circulación (a

16. Así las clasifica BREWER-CARÍAS, *op. cit., supra*, primer párrafo de este trabajo, pp. 92-106.

17. En general, en los países de América Latina es causa de nulidad la constitución ilegal de la mesa o junta receptora de votos (Brasil, Chile, Panamá y Venezuela). Al respecto, se puede distinguir también entre la indebida integración de la junta (Costa Rica, si bien legalmente es válida la votación recibida por una junta aunque alguno de sus miembros no reúna los requisitos), y aquellos casos en que la mesa se ha instalado en lugar distinto al autorizado, sin causa justificada (Brasil, Costa Rica, Perú y Venezuela).

esta publicación se le suele denominar *encarte*); no obstante lo anterior, la nulidad no es decretada por el Tribunal Electoral cuando de las constancias que obran en el juicio se desprende que, en realidad, el lugar de instalación de casilla no varió, sino que en todo caso la dirección o datos de identificación del local fueron asentados de manera equivocada o incompleta.

Debe destacarse que la intención de fijar un lugar para la ubicación de las casillas, responde al cumplimiento del principio de certeza respecto del lugar al que deben acudir no sólo los ciudadanos para votar, sino también los funcionarios de casilla para instalar debidamente la mesa directiva y recibir la votación, así como los representantes de los partidos políticos para realizar sus funciones de vigilancia de los comicios.

Considerando lo anterior, así como el antes referido principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados, cabe decir que "si una casilla electoral se instala sin causa justificada en lugar distinto al autorizado por el referido Consejo (Distrital), pero del análisis de las constancias que obran en autos se advierte que la mesa directiva de casilla se integró debidamente con los funcionarios designados por la propia autoridad electoral administrativa, estando presentes los representantes de los partidos políticos y coaliciones y, además, fue considerable la participación de los electores inscritos en la lista nominal, puede concluirse que no se actualiza la causal de nulidad antes referida, en virtud de que no existió desorientación o confusión en los electores, funcionarios electorales y representantes de los partidos políticos y coaliciones, respecto del lugar donde debían ejercer sus respectivas funciones, por lo que no se vulnera el bien jurídico de certeza, tutelado por el artículo 75, párrafo 1, inciso a) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral"[18].

ii) *Recibir la votación personas u órganos distintos a los facultados por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* [inciso e) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Aun cuando el tipo hace referencia a *recibir la votación* se estima pertinente incluir la citada causal en el presente apartado pues está íntimamente vinculada con la constitución de la mesa directiva de casilla. Conforme con los artículos 118, 119 y 120 del COFIPE, las mesas directivas de casilla, que son los órganos electorales encargados de recibir la votación, se conforman con un presidente, un secretario, dos escrutadores y tres suplentes generales; todos ellos ciudadanos, designados conforme con el procedimiento previsto en el artículo 193 del propio COFIPE, quienes deben satisfacer los siguientes requisitos: a) Ser ciudadano residente en la sección electoral que comprenda a la casilla; b) Estar inscrito en el Registro Federal de Electores; c) Contar con credencial para votar; d) Estar en ejercicio de sus derechos políticos; e) Tener un modo honesto de vivir; f) Haber participado en el curso de capacitación electoral impartido por la junta distrital ejecutiva correspondiente; g) No ser servidor público de confianza con mando superior, ni tener cargo de dirección partidista de cualquier jerarquía, y h) Saber leer y escribir, y no tener más de 70 años al día de la elección[19].

---

18. *V.*, tesis II3EL 001/2000 de la Sala Regional Monterrey del TEPJF, bajo el rubro *Casilla. cuándo su instalación sin causa justificada en lugar distinto al señalado por el consejo distrital no actualiza la causal de nulidad de votación recibida en ella*, en *Jurisprudencia y Tesis relevantes, Compilación de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial*, TEPJF, México 2000, p. c.SR.4

19. Como una peculiaridad de los requisitos previstos en algunas entidades federativas para ser funcionario de casilla, cabe mencionar que en el Distrito Federal, el Estado de México y Puebla se exige no tener parentesco en línea directa (segundo grado) con los candidatos a elegir, en tanto que en Baja California se prevé como requisito no haber sido ministro de culto religioso tres años antes.

La presente causa de nulidad se actualiza cuando la votación en una casilla es recibida por algún órgano o personas diversos a los ciudadanos funcionarios de casilla previamente designados por el IFE en los términos del párrafo anterior, o bien, distintos a los que el COFIPE autoriza para intervenir en la recepción de la votación, en aquellos casos en que no se presenten los ciudadanos previamente designados.

Al respecto, el artículo 213 del COFIPE establece que si para las 8:15 del día de la jornada electoral no se han presentado todos los ciudadanos designados como funcionarios propietarios de la respectiva mesa directiva de casilla, entonces, se estará a lo siguiente: a) Si se encuentra en la casilla el presidente, designará a los funcionarios necesarios para su integración, recorriendo, en primer término y en su caso, el orden para ocupar los cargos de los funcionarios ausentes con los propietarios presentes y habilitando a los suplentes presentes para los faltantes y, en ausencia de los funcionarios designados, de entre los electores que se encuentren en la casilla; b) Si no estuviera el presidente, pero sí el secretario, éste asumirá las funciones de aquél y procederá a integrar la casilla en los términos anteriores; c) Si no estuviera funcionario alguno de los dos mencionados, pero sí alguno de los escrutadores, éste asumirá las funciones de presidente y procederá de acuerdo con lo preestablecido; d) Si sólo estuvieran los suplentes, uno asumirá las funciones de presidente, los otros las de secretario y primer escrutador, en tanto que el primero nombrará de entre los electores a los funcionarios necesarios y se procederá a instalar la casilla; e) Si no asistiera funcionario de casilla alguno, el consejo distrital tomará las medidas requeridas para la instalación de la casilla. En este último caso, cuando por razones de distancia o de dificultad de las comunicaciones, den las 10:00 sin que haya intervenido el personal del Instituto Federal Electoral, entonces, los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas de casilla designarán, por mayoría, de entre los electores presentes, a los funcionarios necesarios para integrarlas, en presencia de un juez o notario público, y a falta de éstos, los representantes designarán, de común acuerdo, a los miembros de la mesa directiva. Los nombramientos que se hagan deberán recaer en electores que se encuentren en la casilla para emitir su voto y en ningún caso podrán recaer en los representantes de los partidos políticos.

En relación con esta causa de nulidad, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha establecido diversos criterios que, en general, podrían resumirse de la siguiente manera:

Esta causal quedará acreditada: a) Cuando la mesa directiva de casilla se instale incluyendo a personas diversas a los funcionarios propietarios y suplentes publicados en el encarte, y cualquiera de esas personas sea representante o funcionario partidista; servidor público de confianza con mando superior, o ciudadano que no sea elector inscrito en el listado nominal de la sección a la que corresponde la respectiva casilla, y b) Cuando la mesa directiva de casilla sea instalada incompleta, faltándole el presidente, el secretario o ambos escrutadores.

Esta causal no se acreditará: a) Cuando la mesa directiva de casilla se instale incompleta, faltándole sólo un escrutador; b) Cuando la mesa directiva de casilla se instale exclusivamente con los propietarios y suplentes generales, no obstante que las vacantes de funcionarios ausentes hubieran sido cubiertas en orden diverso al previsto en el artículo 213 del COFIPE, ya que en todo caso los funcionarios que reciban la votación serán precisamente los designados y capacitados por la autoridad con la vigilancia de los partidos políticos; c) Cuando la mesa directiva de casilla se instale incluyendo a ciudadanos electores de la respectiva sección, excepto cuando con tal sustitución se hubiere

excluido a algún funcionario de la casilla que se hubiere presentado en tiempo y que no hubiere renunciado al desempeño de su encargo, y d) Cuando alguno de los funcionarios de casilla omita firmar el acta de la jornada electoral en alguno de sus apartados.

iii) *Haber impedido el acceso de los representantes de los partidos políticos o haberlos expulsado, sin causa justificada* [inciso h) del artículo 75 de la LGSMIME]:

De conformidad con el inciso b) del párrafo 3 del numeral 219 del COFIPE, tienen derecho de acceso a las casillas los representantes de los partidos políticos acreditados en los términos de la propia ley, los que también tienen derecho a realizar las diversas funciones de vigilancia que la ley les encomienda.

El artículo 198 del propio código precisa que los partidos políticos, una vez registrados sus candidatos, fórmulas y listas, a más tardar trece días antes del día de la elección, tienen derecho a nombrar dos representantes propietarios y un suplente ante cada mesa directiva de casilla, y en cada uno de los distritos electorales uninominales, representantes generales propietarios, uno por cada diez casillas electorales ubicadas en zonas urbanas y uno por cada cinco casillas rurales.

Los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas de casilla tienen los siguientes derechos: Participar en la instalación de la casilla y contribuir al buen desarrollo de sus actividades hasta su clausura; observar y vigilar el desarrollo de la elección; recibir copia legible de las actas de instalación, cierre de votación y final de escrutinio elaboradas en la casilla; presentar escritos relacionados con incidentes ocurridos durante la votación; presentar al término del escrutinio y del cómputo escritos de protesta, así como acompañar al presidente de la mesa directiva de casilla al consejo distrital correspondiente, para hacer entrega de la documentación y el expediente electoral (artículo 200 del COFIPE).

Los representantes generales, por su parte, deben sujetar su actuación a las normas siguientes: Ejercer su cargo exclusivamente ante las mesas directivas de casillas instaladas en el distrito electoral para el que fueron acreditados; actuar individualmente y, en ningún caso, presentarse al mismo tiempo en las casillas más de un representante general de un mismo partido político; abstenerse de sustituir en sus funciones a los representantes de los partidos políticos ante las mesas directivas de casilla, sin embargo, pueden coadyuvar en sus funciones y en el ejercicio de los derechos de éstos ante las propias mesas directivas de casilla; abstenerse de ejercer o asumir las funciones de los integrantes de las mesas directivas de casillas; abstenerse de obstaculizar el desarrollo normal de la votación en las casillas en las que se presenten; en cualquier tiempo, presentar escritos de incidentes que se susciten durante el desarrollo de la jornada electoral y, sólo al término del escrutinio y cómputo cuando el representante de su partido político ante la mesa directiva de casilla estuviere ausente, presentar escritos de protesta; asimismo, comprobar la presencia de los representantes de su partido político en las mesas directivas de casilla y recibir de ellos los informes relativos a su desempeño (artículo 199 del COFIPE).

El acceso de los representantes de los partidos a las casillas podrá ser negado por el presidente de la respectiva casilla, cuando aquéllos no se identifiquen o se presenten intoxicados, bajo el influjo de enervantes, embozados o armados. Asimismo, el presidente, en ejercicio de la autoridad que le corresponde para preservar el orden, a fin de asegurar el libre acceso de los electores, garantizar en todo tiempo el secreto del voto y mantener la estricta observancia del código electoral, podrá conminar al orden e, incluso, expulsar a los representantes que pretendan asumir las funciones propias de los integrantes de la mesa directiva, dejen de cumplir su función, coaccionen a los electores o

en cualquier forma afecten el desarrollo normal de la votación (artículos 219 y 220 del COFIPE).

2. Irregularidades en el desarrollo de la votación

En el presente apartado, cabe incluir las siguientes causas de nulidad previstas en el régimen electoral federal mexicano:[20]

i) *Recibir la votación en fecha distinta a la señalada para la celebración de la elección* [inciso d) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Conforme con el artículo 174, párrafo 4, del código sustantivo, la jornada electoral se inicia a las 8:00 horas del primer domingo de julio y concluye con la clausura de casilla. Asimismo, el numeral 224, párrafo 1, dispone que la votación se cerrará a las 18:00 horas, aunque podría cerrarse antes cuando el presidente y el secretario certifiquen que hubieren votado todos los electores incluidos en la lista nominal correspondiente, o bien, la casilla debería permanecer abierta después de esa hora sólo cuando aún se encuentren electores formados para votar, cerrándose una vez que éstos hubiesen emitido su sufragio.

Cabe advertir que la hora de instalación de la casilla asentada en la respectiva acta no debe asimilarse con la hora en que inició la recepción de los votos. De conformidad con el artículo 216, párrafo 1, del COFIPE, la recepción de los votos inicia con el anuncio que al respecto hace el presidente de la mesa directiva de casilla, una vez que ha sido llenada y firmada el acta de la jornada electoral en el apartado correspondiente, de tal manera que la recepción de la votación necesariamente inicia después de haber concluido la instalación de la casilla.

---

20. Entre las causas de nulidad previstas en otros ordenamientos latinoamericanos por irregularidades durante la votación, cabe destacar las siguientes: Cuando el registro electoral de la mesa resulte falso, apócrifo o alterado (Colombia y Ecuador); existan errores en las boletas con relación a los nombres de los candidatos (Colombia) o los emblemas de los partidos (El Salvador y Chile, si bien en este último sólo si se confundió al electorado o influyó en el resultado); se haya impedido votar a quien tiene derecho (Perú); se haya permitido votar a quien no aparece en el padrón (Paraguay) o sin verificar la identidad del elector (Brasil), o bien, se haya admitido el sufragio múltiple (Paraguay) o se haya impedido la fiscalización a los representantes de los partidos políticos (Brasil, sólo si se protestó en ese momento, y Paraguay). Además, cuando se hubieren ejercido por la mesa actos de coacción contra los electores de manera que los hubiesen obligado a abstenerse de votar o a votar en contra de su voluntad o sin las garantías legales (Venezuela); violencia sobre los miembros de la mesa o casilla durante la votación (Colombia, Guatemala, Panamá y Paraguay, así como Venezuela cuando ello altere el resultado de la votación); violencia, coacción o amenaza contra los electores (Bolivia, Brasil, Guatemala y Paraguay, así como El Salvador cuando ello sea determinante para el resultado de la votación); fraude, cohecho, soborno, intimidación o violencia en favor de algún candidato (Chile y Perú); violencia generalizada que impida la libre y pacífica emisión del voto (Paraguay); violación de la secrecía del voto (Brasil y Paraguay); vicios por falsedad, fraude o coacción (Brasil y Chile); realización de propaganda o captación de sufragios vedados legalmente (Brasil); interferencia económica o abuso de poder de la autoridad contra la libertad del voto (Brasil); cualquier otro acto que razonablemente pueda haber alterado el resultado de la votación (Guatemala). Asimismo, cuando la votación se hubiere realizado en fecha distinta a la señalada por los órganos electorales competentes (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay y Venezuela), o bien, antes de las siete de la mañana o después de las cinco de la tarde (Ecuador) o en horas distintas a las previstas salvo caso fortuito o fuerza mayor (El Salvador); cuando se hubiere producido una apertura tardía o una clausura anticipada de la votación de la mesa, privándose maliciosamente a los electores del derecho de votar (Argentina); cuando se hubiere iniciado la votación después de las trece horas sin causa justificada o habiendo impedido el libre ejercicio del sufragio (Perú), después de las catorce horas y hubiere votado menos del 50% del electorado (Panamá), o bien, cerrado la votación antes de las diecisiete horas (Brasil); cuando la votación se hubiere practicado en lugar distinto al autorizado (Brasil, Colombia, Costa Rica, Paraguay y Venezuela). Igualmente, cuando la votación se hubiere recibido por personas no autorizadas (Paraguay y Perú).

ii) *Permitir a ciudadanos sufragar sin credencial para votar o cuyo nombre no aparezca en la lista nominal de electores y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación, salvo los casos de excepción señalados en el COFIPE y en el artículo 85 de la LGSMIME, o bien, impedir, sin causa justificada, el ejercicio del derecho de voto a los ciudadanos y esto sea determinante para el resultado de la votación* [incisos g) y j) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Todo ciudadano que satisfaga tanto los requisitos constitucionales como legales tiene derecho a emitir su sufragio el día de la elección; por tanto, los funcionarios integrantes de las mesas directivas de casilla no podrán obstaculizar o impedir ese ejercicio. Al propio tiempo, no se debe permitir que sufrague cualquier persona que no sea ciudadano y cumpla los demás requisitos para votar.

Para tener derecho a votar se requiere ser ciudadano, además de presentar la credencial para votar con fotografía y que los datos de ésta correspondan con los inscritos en la lista nominal de electores correspondiente a la sección del domicilio del elector. También se permite que los representantes de los partidos políticos puedan sufragar en la casilla en que están debidamente acreditados, debiendo anotar al final de la lista nominal respectiva el nombre completo y la clave de la credencial para votar de los representantes que votaron. De igual manera, el artículo 223 del código prevé la situación de los electores que se encuentren transitoriamente fuera de su sección, los que podrán votar en las casillas especiales, las cuales no cuentan con lista nominal de electores sino con acta de electores en tránsito y, por ello, el presidente de la casilla sólo requerirá al ciudadano que exhiba su credencial para votar con fotografía y que muestre su pulgar derecho para constatar que no ha votado en otra casilla. Además, a estos supuestos de excepción debe agregarse el caso de los ciudadanos que en lugar de credencial para votar cuenten con resoluciones favorables del Tribunal Electoral, en los términos del artículo 85 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Podrá impedírsele votar a quienes no sean ciudadanos o, siéndolo, no cumplan con los demás requisitos anteriormente señalados, así como a las personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, embozadas o armadas.

Cerrar anticipadamente una casilla electoral antes de que hubieren votado todos los ciudadanos inscritos en la lista nominal de la misma, se equipara a haber impedido el ejercicio del voto a quien tiene derecho a ejercerlo[21].

Para que la nulidad pueda ser decretada, no es suficiente que se acredite que se impidió votar a un determinado número de ciudadanos con derecho, o que se permitió votar a un determinado número de personas que no lo tenían, sino que además es requisito indispensable que tal irregularidad sea determinante para el resultado de la votación.

iii) *Ejercer violencia física o presión sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o sobre los electores y siempre que esos hechos sean determinantes para el resultado de la votación* [inciso i) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Tres son los elementos que requiere esta causal para su comprobación: a) Que se ejerció violencia física o presión; b) Sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o sobre los electores, y c) Que tal violencia física o presión sea determinante para el resultado de la votación.

---

21. *V.*, tesis S3EL 016/97, bajo el rubro *"Presión sobre el electorado. la interrupción de la recepción de la votación sin causa justificada podría equivaler (legislación de querétaro)"*, suplemento nº 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 56-57.

De acuerdo con el criterio que se ha sostenido en materia electoral, por *violencia física* se entienden aquellos actos materiales que afectan la integridad física de las personas y la *presión* implica ejercer apremio o coacción moral sobre las personas, siendo la finalidad en ambos casos el producir determinada conducta que se vea reflejada de manera decisiva en los resultados obtenidos en la votación[22].

Para que se acredite la causal no es suficiente que se aleguen hechos que guarden relación con actos de violencia o presión sobre el electorado o los integrantes de la mesa directiva de casilla sino que, además, es necesario precisar circunstancias de modo, lugar y tiempo que permitan deducir y, en su caso, comprobar, si los actos de violencia o presión aducidos son determinantes para el resultado de la votación.

En relación con este último concepto, un criterio orientador es el sustentado por la Sala Central del entonces Tribunal Federal Electoral, en la jurisprudencia Nº 87, cuyo rubro y texto establecen: *presión sobre los electores. cuando es determinante para el resultado de la votación.* A fin de que se pueda evaluar de manera objetiva que de no haberse ejercido presión sobre los electores, otro partido podría haber alcanzado la votación más alta, es necesario que se acredite que la presión se haya ejercido sobre determinado número de electores, o bien, durante la mayor parte de la jornada electoral, ya que en el primer caso, al conocerse el número de electores que votó bajo presión a favor de determinado partido que alcanzó la votación más alta, y deducidos a dicho partido el número de votos correspondiente, otro ocuparía el primer lugar de la votación, en cuyo caso resultaría evidente que dicha irregularidad fue determinante para el resultado de la votación; y en el segundo caso, al comprobarse que durante la mayor parte de la jornada electoral se ejerció presión sobre los electores para que votaran en favor de algún partido y en caso de que éste obtenga la votación más alta, existiría la presunción de que dicha presión se ejerció sobre la mayoría de los electores y consecuentemente se inferiría que ello fue determinante para el resultado de la votación".

iv) *Existir irregularidades graves, plenamente acreditadas y no reparables durante la jornada electoral o en las actas de escrutinio y cómputo que, en forma evidente, pongan en duda la certeza de la votación y sean determinantes para el resultado de la misma* [inciso k) del artículo 75 de la LGSMIME]:

Esta causa de nulidad es la más reciente de todas las previstas en la ley, ya que fue incorporada a partir de la reforma electoral de noviembre de 1996.

Dicho supuesto abre la posibilidad de invocar como causa de nulidad de la votación en casilla, a cualquier otra irregularidad *invalidante* (por usar la terminología española), diversa a las contempladas en las restantes causas de nulidad, pero que debido a su gravedad fue recogida en esta hipótesis, ya que puede afectar igual o más el resultado y certeza de una votación.

No se descarta que, a partir de su desarrollo jurisprudencial, esta causa de nulidad gradualmente reoriente todo el sistema de nulidades electorales de votación, para pasar de uno de conductas taxativamente dispuestas, a otro en donde el juzgador tenga un mayor margen de arbitrio para calificar como determinante para el resultado de la votación a cualquier irregularidad grave.

---

22. *V.*, tesis S3ELJD 01/2000, bajo el rubro "*Violencia física o presión sobre los miembros de la mesa directiva de casilla o los electores como causal de nulidad. Concepto de (legislación de guerrero y las que contengan disposiciones similares)*", suplemento nº 4 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 31-32.

3. Irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales

Por lo que se refiere al escrutinio de la votación[23] y la entrega de los paquetes electorales, cabe mencionar las siguientes causas de nulidad previstas en el ámbito federal:

i) *Realizar, sin causa justificada, el escrutinio y cómputo en local diferente al determinado por el consejo respectivo* [inciso c) del artículo 75 de la LGSMIME]:

El artículo 226, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dispone que, una vez cerrada la votación y llenado y firmado el apartado correspondiente del acta de la jornada electoral, los integrantes de la mesa directiva procederán al escrutinio y cómputo de los votos emitidos en la casilla.

La ley electoral no determina expresamente en qué lugar debe practicarse el escrutinio y cómputo, sin embargo, de la anterior disposición se puede colegir que dicho procedimiento debe realizarse en el mismo en que se recibió la votación, dado que se trata de dos operaciones efectuadas por el mismo órgano electoral (funcionarios de la mesa directiva de casilla), en la misma etapa del proceso electoral federal (la jornada electoral).

El COFIPE tampoco contiene disposición alguna que prevea las causas justificadas por las que los integrantes de las mesas directivas de casilla puedan realizar el escrutinio y cómputo en local diferente al determinado por el consejo distrital respectivo para instalar la casilla, sin embargo, respecto de este punto el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha considerado que en este caso resultan analógicamente aplicables las causas justificadas que la ley prevé para variar el lugar de instalación de una casilla. Tanto la instalación de la casilla como el escrutinio y cómputo son "operaciones que realiza el mismo órgano electoral, y las realiza en la misma etapa de proceso electoral, son tareas que deben realizarse en el local señalado por el Consejo Distrital y sólo cuando exista causa justificada podrá en su caso instalarse la casilla en lugar distinto al legalmente señalado, o podrá realizarse el escrutinio y cómputo en otro local. Al existir situaciones jurídicas análogas, se deben aplicar las causas de justificación que contiene el artículo 215 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Así,

23. Los demás ordenamientos electorales latinoamericanos prevén las siguientes tipos de causas de nulidad sobre el particular: La realización de escrutinios en lugar distinto al autorizado (Bolivia, Ecuador, Panamá y Paraguay, en tanto que en Colombia se admite que el cambio haya sido por alguna causa justificada, y en Chile tal situación sólo genera presunción de fraude); cuando se hubiere ejercido violencia sobre los miembros de la mesa en la realización del escrutinio, al extremo de haberse afectado el resultado de la votación (Venezuela); diferencia de cinco o más entre número de sufragantes y número de sobres utilizados (Argentina), un número de sufragantes mayor que número de electores (Colombia), más votos nulos que votos válidos (El Salvador) o si el número de boletas utilizadas supera ostensiblemente al padrón de la junta (El Salvador); error en la aplicación de la fórmula electoral (Colombia y Perú); vicios en el escrutinio (Chile), así como errores (aritméticos) o alteraciones en el cómputo (Colombia, México y Panamá). Cabe advertir que, en algunos países, cuando aparece mayor número de votos que electores, en la propia mesa receptora de votos al momento del escrutinio se escogen al azar los sobrantes y se destruyen (por ejemplo, en Perú). Asimismo, son causas de nulidad la elaboración o firma de actas por personas no autorizadas (Bolivia y Panamá) o la utilización de formularios no autorizados (Bolivia y Ecuador), así como la alteración o falsedad de las actas (Panamá y Paraguay); la ausencia, destrucción o desaparición de documentación electoral (Brasil, Colombia y Paraguay); la falta de firma de por lo menos tres jurados o la del presidente y del secretario (Bolivia, admitiéndose huella digital, y Ecuador), o bien, la falta de firma del presidente (Argentina), así como la violación de la llamada bolsa electoral (Guatemala). De igual modo, la entrega extemporánea de los paquetes, pliegos o bolsas electorales (Colombia, salvo caso fortuito, violencia o fuerza mayor), en tanto que el depósito extemporáneo del acta de escrutinio en el correo hace presumir que sea fraudulenta (Chile).

este artículo, en su párrafo 1, inciso d), permite el cambio cuando las condiciones del mismo no permitan la realización de las operaciones en forma normal"[24].

ii) *Haber mediado dolo o error en la computación de los votos y siempre que ello sea determinante para el resultado de la votación* [inciso f) del artículo 75 de la LGSMIME]:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del COFIPE, "la ley establece que el cómputo de los votos no sólo se circunscriba a contar los votos emitidos a favor de cada contendiente político, sino que además en el procedimiento del escrutinio y cómputo que se lleva a cabo en la casilla, deberán también establecerse y asentarse en el acta de escrutinio y cómputo de casilla, las cifras correspondientes a los ciudadanos que votaron, los votos nulos y las boletas sobrantes; además de que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 212, establece que en el acta de la jornada electoral correspondiente a la respectiva casilla, también se asiente el número de boletas recibidas para cada elección. Lo anterior, evidentemente, con el propósito de que los cómputos electorales desemboquen no sólo en una cifra de votos con fundamento en la cual se declare el triunfo de los candidatos ganadores, sino que además también precisen otras diversas cifras que en conjunto consolidan la certeza, objetividad y transparencia en torno al resultado de la votación en cada casilla, así como el resultado final de la elección"[25].

Esta causa de nulidad de la votación recibida en casilla debe considerarse actualizada cuando se cumplan los siguientes supuestos: a) Que haya error o dolo en la computación de los votos; b) Que ello sea determinante para el resultado de la votación.

Por *error* debe entenderse cualquier idea o expresión no conforme con la verdad o que tenga diferencia con el valor exacto que corresponda; sin embargo, para los efectos de esta causal sólo se considerará como error en el cómputo la inconsistencia aritmética no subsanable, entre las siguientes cifras: a) Votación emitida; b) Ciudadanos que votaron conforme con la lista nominal; c) Votos encontrados en la urna, y d) Boletas recibidas menos boletas sobrantes e inutilizadas.

El error será determinante para el resultado de la votación, cuando sea aritméticamente igual o mayor a la diferencia numérica de los votos obtenidos por los partidos políticos que ocuparon el primero y segundo lugares de la votación en la respectiva casilla. Sin embargo, el criterio numérico, como ya se mencionó anteriormente, no es el único posible, pues también el carácter *determinante para el resultado de la votación* puede actualizarse a partir de otras valoraciones (como podría estimarse, por ejemplo, ante un *desaseo generalizado*).

En relación con esta causa de nulidad, es importante tener presente la jurisprudencia J.08/97 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyo rubro es el siguiente: *error en la computación de los votos. el hecho de que determinados rubros del acta de escrutinio y cómputo aparezcan en blanco o ilegibles, o el número consignado*

---

24. *V*, tesis S3EL 022/97 del TEPJF, bajo el rubro *"escrutinio y cómputo. cuando justifica su realización en local diferente, al autorizado"*, suplemento nº 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 40-41.

25. *V.*, tesis II3EL 006/2000 de la Sala Regional Monterrey del TEPJF, bajo el rubro *"error en la computación de los votos. tutela la certeza no sólo de la cifra de votos con fundamento en la cual se declara el triunfo de los candidatos ganadores, sino la consistencia entre las diversas cifras que arroja el escrutinio y cómputo"*, en *Jurisprudencia y Tesis relevantes, Compilación de la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial*, TEPJF, México 2000, p. e.SR.6

en un apartado no coincida con otros de similar naturaleza, no es causa suficiente para anular la votación[26].

iii) *Entregar, sin causa justificada, el paquete que contenga los expedientes electorales al consejo distrital, fuera de los plazos que el COFIPE señale* [inciso b) del artículo 75 de la LGSMIME]:

En el artículo 238, párrafo 1, del COFIPE, se dispone que una vez que sea clausurada la casilla, el presidente de la mesa directiva, bajo su responsabilidad, hará llegar al consejo distrital respectivo el paquete y los expedientes de casilla dentro de los siguientes plazos, contados a partir de la hora de clausura: a) Inmediatamente cuando se trate de casillas ubicadas en la cabecera del distrito; b) Hasta 12 horas cuando se trate de casi-

26. "Al advertir el órgano jurisdiccional en las actas de escrutinio y cómputo la existencia de datos en blanco, ilegibles o discordancia entre apartados que deberían consignar las mismas cantidades, en aras de privilegiar la recepción de la votación emitida y la conservación de los actos de las autoridades electorales válidamente celebrados, se imponen las siguientes soluciones: a) En principio, cabe revisar el contenido de las demás actas y documentación que obra en el expediente, a fin de obtener o subsanar el dato faltante o ilegible, o bien, si del análisis que se realice de los datos obtenidos se deduce que no existe error o que él no es determinante para el resultado de la votación, en razón de que determinados rubros, como son *"total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal"*, *"total de boletas extraídas de la urna» y «votación emitida y depositada en la urna"*, están estrechamente vinculados, debiendo existir congruencia y racionalidad entre ellos, porque en condiciones normales el número de electores que acuden a sufragar en determinada casilla debe ser la misma cantidad de votos que aparezcan en ella; por tanto, las variables mencionadas deben tener un valor idéntico o equivalente. Por ejemplo: si el apartado *"total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal"* aparece en blanco o es ilegible, él puede ser subsanado con el total de boletas extraídas de la urna o votación total emitida (ésta concebida como la suma de la votación obtenida por los partidos políticos y de los votos nulos, incluidos, en su caso, los votos de los candidatos no registrados), entre otros, y si de su comparación no se aprecian errores o éstos no son determinantes, debe conservarse la validez de la votación recibida; b) Sin embargo, en determinados casos lo precisado en el inciso anterior en sí mismo no es criterio suficiente para concluir que no existe error en los correspondientes escrutinios y cómputos, en razón de que, a fin de determinar que no hubo irregularidades en los votos depositados en las urnas, resulta necesario relacionar los rubros de *"total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal"*, *"total de boletas extraídas de la urna», «votación emitida y depositada en la urna"*, según corresponda, con el de *"número de boletas sobrantes"*, para confrontar su resultado final con el número de boletas entregadas y, consecuentemente, concluir si se acredita que el error sea determinante para el resultado de la votación. Ello es así, porque la simple omisión del llenado de un apartado del acta del escrutinio y cómputo, no obstante que constituye un indicio, no es prueba suficiente para acreditar fehacientemente los extremos del supuesto contenido en el artículo 75, párrafo 1, inciso f), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; c) Por las razones señaladas en el inciso a), en el acta de escrutinio y cómputo los rubros de total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal, total de boletas extraídas de la urna y votación emitida y depositada en la urna, deben consignar valores idénticos o equivalentes, por lo que, al plasmarse en uno de ellos una cantidad de cero o inmensamente inferior a los valores consignados u obtenidos en los otros dos apartados, sin que medie ninguna explicación racional, el dato no congruente debe estimarse que no deriva propiamente de un error en el cómputo de los votos, sino como un error involuntario e independiente de aquél, que no afecta la validez de la votación recibida, teniendo como consecuencia la simple rectificación del dato. Máxime cuando se aprecia una identidad entre las demás variables, o bien, la diferencia entre ellas no es determinante para actualizar los extremos de la causal prevista en el artículo mencionado. Inclusive, el criterio anterior se puede reforzar llevando a cabo la diligencia para mejor proveer, en los términos del inciso siguiente; d) Cuando de las constancias que obren en autos no sea posible conocer los valores de los datos faltantes o controvertidos, es conveniente acudir, mediante diligencia para mejor proveer y siempre que los plazos electorales lo permitan, a las fuentes originales de donde se obtuvieron las cifras correspondientes, con la finalidad de que la impartición de justicia electoral tome en cuenta los mayores elementos para conocer la verdad material, ya que, como órgano jurisdiccional garante de los principios de constitucionalidad y legalidad, ante el cuestionamiento de irregularidades derivadas de la omisión de asentamiento de un dato o de la discrepancia entre los valores de diversos apartados, debe determinarse indubitablemente si existen o no las irregularidades invocadas. Por ejemplo: si la controversia es respecto al rubro *"total de ciudadanos que votaron conforme a la lista nominal"* deben requerirse las listas nominales de electores correspondientes utilizadas el día de la jornada electoral, en que conste el número de electores que sufragaron, o bien, si el dato alude a los votos extraídos de la urna, puede ordenarse el recuento de la votación en las casillas conducentes, entre otros supuestos", suplemento nº 1 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 22-24.

llas urbanas ubicadas fuera de la cabecera de distrito; y c) Hasta 24 horas cuando se trate de casillas rurales.

En el caso del inciso a) anterior, la expresión *inmediatamente* debe entenderse en el sentido de que, entre la clausura de la casilla y la entrega de los paquetes y expedientes, sólo transcurra el tiempo suficiente para trasladarse del lugar en que se instaló la casilla al domicilio del consejo distrital correspondiente, considerando las características de la localidad, los medios de transporte y las condiciones particulares del momento y del lugar. Igualmente, en los demás casos debe entenderse que el transporte de los paquetes debe hacerse con una continuidad sin interrupciones injustificadas que pongan en riesgo la integridad física del paquete, de tal manera que, por ejemplo, no está autorizado que el presidente de la casilla se retire a dormir para luego entregar el paquete a la mañana siguiente, aunque esto lo pueda hacer dentro del plazo establecido en la ley.

Relativo al supuesto de causa justificada que refiere la causal, en el mismo artículo 238, párrafo 5, se prevé al caso fortuito o fuerza mayor. Para acreditar esta causa justificada, no basta con afirmar de una manera abstracta que la misma ocurrió sino que es menester que se describa y acredite el hecho real al que se atribuye la calificación de caso fortuito o fuerza mayor; en caso contrario, procederá a declarar la nulidad de la votación recibida en la casilla.

Finalmente, resulta especialmente importante referirse a los efectos que puede tener la nulidad de una votación. En principio, los casos de nulidad de la votación recibida en una mesa o casilla electoral sólo afecta la votación respectiva y, por tanto, no necesariamente afecta la elección o el proceso electoral; el efecto inmediato de la nulidad de una votación es que deben excluirse los votos de esa mesa o casilla del cómputo general de los votos emitidos en la elección de que se trate, siendo frecuente que la recomposición del cómputo no dé lugar siquiera a un cambio de ganador. Sin embargo, puede darse el supuesto de que la nulidad de la votación en una o varias mesas o casillas tenga influencia en la elección[27], ya sea por actualizarse la causa de nulidad de la elección respectiva (por ejemplo, al acreditarse la nulidad de la votación en el porcentaje de casillas o secciones previsto legalmente como causa de nulidad de la elección de diputados o senadores por mayoría relativa, como se analiza en seguida, en cuyo caso, además de declararse la nulidad de la elección, se revoca la constancia de mayoría y validez originalmente otorgada y, en su oportunidad, se convoca a una elección extraordinaria), o porque la recomposición del cómputo da lugar a un cambio de candidato o fórmula de candidatos ganadora o a un cambio en el número de asignaciones por representación proporcional (en cuyo supuesto procede, por ejemplo, la revocación de la constancia

27. Algunos ordenamientos latinoamericanos establecen el principio en forma negativa, al prescribir que no habrá lugar a nuevas elecciones si se evidencia que la nueva votación (en la mesa en concreto) no tendría influencia sobre el resultado general de la elección (Uruguay y Venezuela), en tanto que otras lo formulan en sentido positivo, al establecer que debe haber una nueva elección si las votaciones anuladas pueden alterar o ser determinantes para el resultado de la elección (Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua y Panamá), o bien, suficientes para decidir la subsistencia legal de un partido (Panamá). En estos supuestos, es frecuente que en los ordenamientos (o jurisprudencialmente) se prevean presunciones para definir cuándo debe considerarse determinante la nulidad de la votación en una mesa o casilla respecto de una elección, en cuyo caso se requiere convocar a una nueva elección: Si la nulidad de las votaciones afecta a más de la mitad de las mesas o casillas (Argentina y Guatemala), o bien, si las nulidades de votación afectan a más de la mitad de los votos (Brasil) o representan un tercio de la votación nacional válida (Perú). Al respecto, es conveniente señalar que mientras varios países admiten la posibilidad de que la nueva elección se realice únicamente en las mesas cuya votación haya sido anulada (o, incluso, cuando en alguna mesa no se haya celebrado la elección), dando lugar a elecciones parciales (Chile, Panamá, Uruguay y Venezuela), algunos establecen que deberán llevarse a cabo nuevas elecciones, según el caso, en todo el distrito o entidad (como en México).

expedida en favor de la respectiva fórmula de candidatos a diputado o senador, así como el otorgamiento de tal constancia a la fórmula de candidatos que efectivamente resultó ganadora como consecuencia de la recomposición del cómputo por la anulación de la votación emitida en una o varias casillas)[28].

IV. NULIDAD DE UNA ELECCIÓN

Conforme con el derecho electoral federal mexicano, es posible distinguir tres tipos de causas de nulidad de una elección: Como consecuencia de la nulidad de la votación recibida en diversas mesas o casillas, o bien, por la no instalación de cierto número de éstas; por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos, y cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias.

1. Como consecuencia de la nulidad de votación en diversas mesas o casillas

Es el caso a que se hacía referencia al final de la sección anterior, con relación al cual los artículos 76, párrafo 1, inciso a), y 77, párrafo 1, inciso a), de la LGSMIME establecen como causa de nulidad de una elección de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral uninominal cuando alguna o algunas de las causas de nulidad de la votación recibida en casilla se acrediten en, por lo menos, el veinte por ciento de las casillas en el correspondiente distrito y, tratándose de la elección de senadores en una entidad federativa, cuando tales causales se acrediten, al menos, en el veinte por ciento de las secciones en la entidad respectiva[29].

---

28. Al respecto, es conveniente señalar que mientras varios países admiten la posibilidad de que la nueva elección se realice únicamente en las mesas cuya votación haya sido anulada (o, incluso, cuando en alguna mesa no se haya celebrado la elección), dando lugar a elecciones parciales (Chile, Panamá, Uruguay y Venezuela), algunos establecen que deberán llevarse a cabo nuevas elecciones, según el caso, en todo el distrito o entidad (como en México). Igualmente, deben diferenciarse los casos de nulidad de votación que anteceden del supuesto previsto en Colombia con respecto a que participen cónyuges o parientes de los candidatos hasta el segundo grado en los jurados de votación o las comisiones escrutadoras, en cuyo supuesto no se anula toda la votación de la mesa o jurado sino tan sólo los votos emitidos en favor del candidato respectivo. Por último, conviene advertir que algunos países contemplan expresamente la posibilidad de que oficiosamente, por parte del órgano electoral competente, bajo ciertos parámetros legales, se hagan valer algunas causales de nulidad de votación recibida en alguna mesa, casilla o junta, o bien, de determinada elección [Argentina, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana; la razón de tal atribución es el interés público (superior al de las partes procesales) inherente a los procedimientos electorales, del cual es garante el órgano electoral competente (también conocido como interés en beneficio de la ley, esto es, asegurar que los actos y procedimientos electorales se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y/o legalidad].

29. En otros países latinoamericanos se prevén como causas de nulidad de elección, por ejemplo, cuando la nulidad de las votaciones afecta a más de la mitad de las mesas o casillas (Argentina y Guatemala), más de la mitad de los votos (Brasil) o un tercio de la votación nacional válida (Perú), o bien, el 20% de las casillas (Paraguay). Cabe mencionar que en el Estado de Oaxaca, el porcentaje requerido varía según la dimensión demográfica electoral: Así, por ejemplo, si se conforma sólo hasta con 5 secciones, se exige el 50% de las casillas; hasta con 10 secciones, se exige el 40%; hasta con 30 secciones, se exige el 30%, y si se conforma con más de 30 secciones, se exige el 20% de las casillas. Por otra parte, la Sala Superior del TEPJF ha sostenido que al decretarse la nulidad de la votación recibida en el 50% de las secciones del ámbito de la elección de ayuntamiento, se surte, por sí sola, la calidad de determinante para el resultado de dicha elección (*V.*, tesis S3EL 037/97, bajo el rubro "*nulidad de elec-*

Asimismo, los correspondientes incisos b) de los párrafos 1 de los preceptos invocados prevén como causa de nulidad, por lo que se refiere a la elección de diputados por mayoría relativa, cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en el distrito de que se trate y, en cuanto a la elección de senadores en una entidad federativa, cuando no se instalen las casillas en el veinte por ciento de las secciones en la entidad respectiva, sin que en las mismas, por lo tanto, la votación hubiere sido recibida.

2. Por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos

Los incisos c) de los párrafos 1 de los artículos 76 y 77 de la LGSMIME prevén como causa de nulidad tanto de una elección de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral uninominal como de una elección de senadores en una entidad federativa, cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría fueren inelegibles, en el entendido de que tratándose de la elección de senadores la nulidad afectará a la elección únicamente por lo que hace a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles[30]. En cuanto a los efectos de la nulidad de la elección de diputados por mayoría relativa en un distrito uninominal, resulta aplicable lo expresado al final de la sección anterior, en tanto que (además de la revocación de la constancia expedida en favor de la fórmula de candidatos originalmente ganadora) procede la expedición de una convocatoria y la celebración de una elección extraordinaria.

Es conveniente mencionar que, según criterio reiterado de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los requisitos de elegibilidad no sólo cabe examinarlos al momento del registro de candidatos (aun cuando el registro hubiere quedado firme por no haberse impugnado, el alcance de tal circunstancia es que a los candidatos registrados ya no se les puede privar de su carácter de candidatos para contender en la elección) sino al efectuar la calificación de la elección, esto es, al momento de realizar el cómputo final y declarar la validez de la elección (donde se analizan las cualidades que debe reunir una persona para el ejercicio mismo del cargo)[31]. Asimismo, por lo que se refiere a la causa de inelegibilidad por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, prevista en el artículo 38, fracción V, constitucional, la propia sala del TEPJF ha sostenido que si no se encuentra demostrado que el candidato indiciado o procesado haya intentado huir, fugarse o sustraerse de la justicia, cabe considerar que coloquial y jurídicamente no se encuentra *prófugo de la justicia* y,

---

ción. violación determinante para actualizar la causal (legislación de sonora)", suplemento nº 1 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 51).

30. Prácticamente todos los ordenamientos latinoamericanos prevén como causa de nulidad de elección que el candidato o, en su caso, los integrantes de la fórmula de candidatos no reúnan los requisitos de elegibilidad o las cualidades que exija la ley (Colombia, Costa Rica, Honduras y Venezuela), o bien, el candidato respectivo hubiere falseado los requisitos legales (Nicaragua y Venezuela). En cuanto a las entidades federativas de México, en Nuevo León y Tlaxcala se prevé como causa de nulidad de elección si el candidato era ministro de culto religioso; asimismo, por lo que se refiere a las elecciones municipales de ayuntamientos, se establece como causa de nulidad de elección cuando la mayoría de la planilla es inelegible (por ejemplo, en Baja California Sur, Durango y Tamaulipas); finalmente, como una peculiaridad, en Zacatecas se prevé que si el candidato a gobernador que obtuvo el triunfo es inelegible, no se decreta la nulidad de la elección sino que ocupará su lugar quien le siga en orden decreciente.

31. *V.*, tesis S3EL 012/97, bajo el rubro *"elegibilidad. su examen puede hacerse en el momento en que se efectúe el cómputo final y se declare la validez de la elección de gobernador (legislación de colima)"*, suplemento nº 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 38-39.

por tanto, no se actualiza la referida causa de inelegibilidad, aunque se acredite que un juez libró la orden de aprehensión en su contra y la acción penal se encuentre viva[32].

3. Cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias

Finalmente, el artículo 78 contempla la llamada *causa genérica de nulidad de elección* al disponer que "Las Salas del Tribunal Electoral podrán decretar la nulidad de una elección de diputados o senadores cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, en el distrito o entidad de que se trate, se encuentren plenamente acreditadas y se demuestre que las mismas fueron determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables a los partidos promoventes o sus candidatos"[33].

Como advierte Brewer-Carías, los anteriores supuestos contemplan diversos conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, *en forma generalizada*, *violaciones sustanciales*, *determinantes para el resultado de la elección*), que no dan origen a la discrecionalidad (en cuanto a la potestad de decidir libre y prudencialmente) sino al arbitrio del órgano jurisdiccional electoral (entendido como la apreciación circunstancial dentro del parámetro legal), lo cual requiere la aplicación técnica de los llamados conceptos jurídicos indeterminados que exigen precisión del supuesto previsto en la norma, por parte del órgano decisorio, con su respectiva calificación jurídica, la prueba para tomar una decisión y su adecuación al fin perseguido en la norma[34].

Así, por ejemplo, la Sala Superior del TEPJF, en la sentencia recaída en el expediente SUP-REC-057/97, relativa a la elección de diputados por el principio de mayoría relativa celebrada en 1997 en el distrito electoral federal con sede en Ocosingo, Estado de Chiapas, resolvió, por mayoría de votos, que para tener por acreditada la "causa genérica de nulidad de elección" no es posible aplicar indistintamente el umbral del veinte por ciento respecto de la acreditación de las causas nulidad de la votación recibida en casillas y sobre la no instalación de las mismas en las secciones de un distrito electoral, que

32. *V.*, tesis S3ELJ 06/97, bajo el rubro *"prófugo de la justicia. elementos del concepto, como causa de inelegibilidad"*, suplemento nº 1 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 29-30. Por otra parte, la misma sala aprobó la tesis relevante S3EL 042/98 bajo el rubro *"inelegibilidad. el perdón de la pena otorgado por el ejecutivo, es insuficiente para dejar sin efecto la causa de (legislación de chiapas)"*, suplemento nº 2 de Justicia Electoral, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, pp. 52-53.

33. Por lo que se refiere a otros países latinoamericanos, es causa de nulidad de la elección cuando hayan ocurrido actos de violencia o coacción suficientes para alterar el resultado, así como la celebración de ellas sin las garantías requeridas (Panamá); la realización de actos que hubieren viciado la elección, siempre y cuando influyan en los resultados generales (Uruguay); la distorsión generalizada de los escrutinios por error, dolo o violencia (Paraguay); error o fraude en el cómputo de los votos, si ello decidiere el resultado de la elección (Honduras); fraude, cohecho, soborno o violencia en las inscripciones, votaciones o escrutinios, y dichos vicios alteren el resultado de la elección (Venezuela), o bien, cuando se comprueben graves irregularidades que, a juicio del órgano jurisdiccional competente, hubiesen modificado los resultados de la votación (Perú). En cuanto a las entidades federativas de México, es causa de nulidad de elección, por ejemplo, la violencia generalizada (Coahuila, Colima, Jalisco y Sonora); las violaciones sustanciales (Chiapas, Jalisco, Puebla, Sonora y Tlaxcala); cuando un candidato hubiese sido objeto de propaganda por agrupaciones o instituciones religiosas (Tlaxcala), y cuando el partido político que obtenga la mayoría de votos sobrepase los topes de gastos de campaña (Distrito federal), lo cual fue considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ajustado al principio de legalidad electoral previsto constitucionalmente, según la ejecutoria recaída a la acción de inconstitucionalidad 5/99, *V., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo IX, marzo de 199, pp. 469-857).

34. *Cf.*, BREWER-CARÍAS, *op. cit., supra*, primer párrafo del presente trabajo, p. 103.

son categorías o supuestos jurídicos independientes previstos en diversos incisos del artículo 76 de la LGSMIME, a una hipótesis normativa distinta como lo es la del artículo 78 del propio ordenamiento, para tener por acreditado, por ese solo aspecto, el elemento de que ciertas irregularidades fueron determinantes para el resultado de la elección en un distrito, pues implicaría confundir sus diversos y muy específicos ámbitos personales, espaciales, materiales y temporales de validez, además de que conduciría indebidamente a inutilizar en la práctica los supuestos jurídicos contemplados en el primero de los preceptos; esto es, si conforme con el artículo 78 supuestamente bastara acreditar que en el veinte por ciento de las casillas o secciones de un distrito electoral no se hubieran instalado aquéllas o en las mismas se hubiera decretado la nulidad de la votación recibida en casilla para declarar la nulidad de la elección, entonces, carecería de sentido y posibilidad fáctica de aplicación lo previsto en los incisos a) y b) del artículo 76, los cuales exigen, por separado, que se cubra el umbral del veinte por ciento en cada una de las hipótesis[35].

Por otra parte, cabe mencionar en este apartado, aun cuando no haya precedente alguno en el ámbito federal, la llamada *causa abstracta de nulidad de elección*, misma que se actualiza cuando determinada elección no se ajusta a ciertos principios fundamentales previstos constitucionalmente para garantizar la libertad de sufragio y la celebración de una elección libre y auténtica, en relación con lo dispuesto también en otras disposiciones legales electorales, según lo resuelto por la mayoría de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia recaída a los expedientes SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, con motivo de la elección de gobernador del Estado de Tabasco[36].

35. Por otra parte, la propia Sala Superior del TEPJF ha sostenido que "la locución 'preparación y desarrollo de la elección', contenida en el artículo 181, fracción II, en relación con los diversos dispositivos sobre el proceso electoral establecidos en la Ley Electoral del Estado de San Luis Potosí, no equivale a "jornada electoral" sino, más bien, a todos los actos, actividades, tareas y resoluciones que tienen lugar a lo largo del proceso electoral y, por ende, la sesión de cómputo municipal y las posibles violaciones que ocurran en ella se dan durante la preparación y desarrollo de la elección, pudiendo, según sus características, convertirse en violaciones sustanciales que motiven la nulidad de la elección" (tesis S3EL 072/98, publicada en el suplemento nº 2 de Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 65).

36. La mayoría de la Sala Superior del TEPJF consideró que, con base en la interpretación sistemática y funcional de lo dispuesto, entre otros preceptos, en los artículos 41 y 116, fracción IV, constitucionales, en relación con el 278 y 329, fracción IV, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco, se encontraba prevista la nulidad de la elección de gobernador y, a fin de establecer si ciertas irregularidades podrían ser determinantes para el resultado de la elección, cabría contemplar actos realizados durante la etapa de preparación de la elección que afecten los elementos fundamentales de las elecciones democráticas, como es la libertad del sufragio, y que puedan producir su nulidad, siempre y cuando tales actos no sean imputables a las autoridades electorales (y, por tanto, no hayan sido susceptibles de ser combatidos a través del sistema de medios de impugnación en materia electoral), sin que ello sea contrario del principio de definitividad de las etapas del proceso electoral, toda vez que este principio sólo opera con relación a los actos emitidos por las autoridades electorales, mas no con respecto de actos de personas o entidades distintas, como pueden ser los de los ciudadanos, los partidos políticos y otras autoridades distintas a las que organizan y llevan a cabo los comicios (sentencia recaída a los expedientes SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000).

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

Dieter Nohlen
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

En los últimos decenios, tanto en la política como en la ciencia política, se hicieron notorias dos necesidades íntimamente relacionadas entre sí: una necesidad socialtecnológica y otra evaluativa. La primera hace referencia a la aplicación del conocimiento sobre sistemas electorales mediante el diseño de sistemas electorales capaces de cumplir en la teoría y en la práctica con los objetivos del buen gobierno. La segunda está vinculada a la medición de la capacidad funcional de un sistema electoral existente y/o de los que se consideran como alternativas.

Dar respuesta a estas necesidades no es tarea sencilla como se ha sostenido, por ejemplo, en el marco del enfoque normativo y en tiempos en que el contexto sociopolítico estaba prácticamente limitado al de las sociedades occidentales industrializadas. Las consideraciones socialtecnológicas hoy en día tienen que incluir un ambito de paises mucho más extendido y heterogeneo, lo que hace necesario reflexionar sobre la importancia de las instituciones y su vinculo con el contexto, con la cultura política. Este vinculo es importante pues su consideración ilumina el significado de las instituciones respecto a las cuestiones candentes como la de promover la gobernabilidad democrática y el desempeno de los gobiernos en el campo de las políticas públicas.

¿Cuál es la importancia relativa que poseen las instituciones? Ya es clásico el carácter dual de las respuestas a este interrogante, consistente en contrastar las instituciones con los hombres, con la cultura política. Las respuestas, tan importantes para los cientistas sociales que se dedican al diseno institucional, varían en el tiempo.

El institucionalismo que a menudo se vincula con el enfoque normativista, enfatiza la incidencia de las instituciones por sobre la cultura en el desarrollo político. La gobernabilidad democrática, condición esencial para el desarrollo económico y social, es percibida como dependiente del factor institucional. Sin embargo, la convicción o la premisa central del neo-institucionalismo, adoptado por el enfoque histórico-empírico, es que aunque las instituciones cuentan, su real importancia y el desempeno de cada institucionaliudad dependen de la contigencia política, o sea de estructuras sociales, de la memoria histórica, de la cultura política.

Ahora bien: En América Latina, al iniciarse el proceso de redemocratización, se insistió mucho en el problema de la institucionalidad política existente. Se propuso cambiar la institucionalidad en términos -por ejemplo- de sustituir el presidencialismo por otra forma democrática de gobierno y de reformar el sistema electoral vigente. La tesis que probablemente mejor refleje este pensamiento institucional sostiene que en política las instituciones tienen mayor incidencia que los hombres.

Recién desde mediados de los años ‘90, con la permanencia de la democracia en la gran mayoría de los países latinoamericanos, se observa un giro cultural, una revaloración del *factor hombre*. Con *cultura* se hace referencia fundamentalmente a los valores y las normas que inciden en el comportamiento colectivo de una sociedad. Actualmente

se habla mucho del capital social, medible mediante el grado de confianza al interior de las sociedades, como clave esencial *para hacer funcionar la democracia* (Putnam, 1993: 185). Se percibe la crisis de gobernabilidad como resultado de la erosión de los valores culturales.

Sin lugar a duda, la institucionalidad política influye en los recursos del gobierno democrático (poder, consenso, legitimidad, etc.) y en las capacidades funcionales del sistema político (*governance*) de responder a las expectativas y demandas de la economía y de la sociedad. Sin embargo, el politólogo / la politóloga que se dedica al diseño institucional, debe saber que las instituciones cuentan, pero que su peso es relativo. Por lo demás hay factores políticos que determinan su estructura en la práctica. Y estos mismos factores influyen mucho en los efectos de las instituciones. El estudio de las instituciones y la alternativa entre opciones institucionales deben tomar en cuenta los contextos sociopolíticos. Del contexto depende la importancia que puedan alcanzar las instituciones. La tesis que tal vez refleje mejor este pensamiento es que en política la cultura política tiene mayor incidencia que las instituciones políticas.

En lo que sigue vamos a estudiar la interrelación de los factores institucionales con otros factores, en especial el sistema de partidos. Consideramos brevemente la relación entre el campo teórico y el campo operativo de la política, lo que nos conduce primero a pensar nuestrto objeto de estudio conforme al grado de compejidad real y segundo de desarrollar un concepto de diseno institucional particular acorde con el contexto específico al cuál se dirige. Es en el campo operativo y concreto que se debe comprobar la capacidad de diseno institucional de la ciencia política. Seguiremos considerando mis cinco criterios de evaluación, base de un esquema de evaluación de los sistemas electorales que quiero presentar y aplicar a los sistemas electorales y sus reformas en América Latina desde la transición. Finalmente interconectaremos la evaluación esquemática con el tema de la gobernabilidad.

I. LA INTERRELACIÓN DE LAS VARIABLES INSTITUCIONALES: LA VARIABLE SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS

En el estudio de la interrelación de las variables institucionales con otros factores, nos interesa por sobre todo la variable sistema de partidos que a menudo es considerada exclusivamente como una función de las opciones tomadas respecto a las opciones institucionales, como dependente en su conformación de las variables institucionales.

Sin embargo, el sistema de partidos es un factor decisivo respecto a los resultados que exhiben y las apreciaciones valorativas que merecen los elementos institucionales. Es cierto que el sistema de partidos es una variable dependiente, pero vale enfatizar dos afirmaciones:

a) Respecto a su carácter de variable dependiente, el sistema de partidos no sólo es dependiente de factores institucionales, sino en la misma o aún mayor medida de factores socioestructurales e históricos; dado esto, el sistema de partidos es el nexo entre historia y estructuras sociales, por un lado, y lo institucional, por el otro.

b) El sistema de partidos juega asimismo el rol de una variable independiente y como tal es una variable de decisiva importancia en tres sentidos: en la opción, en el comportamiento y en los efectos de las instituciones políticas.

Así, la particularidad del sistema de partidos como institución consiste en su vínculo con un margen restringido de opciones -pero no por ello menos decisivo. Pues justamente su carácter doble de variable dependiente (del sistema electoral, de aspectos socioestructurales, del sistema de gobierno, etc.) e independiente (afectando el funcionamiento de otras instituciones políticas como la forma de gobierno y los efectos generados por el sistema electoral, por ej.) lo convierte en institución clave y punto neurálgico en el que convergen influencias de distintos orígenes y en diferentes direcciones.

Indigando un poco más en el carácter del sistema de partidos como variable independiente, vale considerar que los efectos de los sistemas electorales dependen mucho del grado de su estructuración. A modo de ilustración: En la elección del parlamento ruso en 1995, donde se aplicó el sistema segmentado similar al mexicano, la fragmentación del sistema de partidos fue mayor en la parte mayoritaria que en la proporcional. Este resultado contraddice la sabiduría convencional sobre sistemas electorales. Así observamos que la contingencia interviene decisivamente en los efectos de los sistemas electorales (Nohlen, 2000, p. 350 y sig.).

De este modo, el / la analista con orientaciones socialtecnológicas tiene que tomar en cuenta la diversidad de los contextos en que los sistemas electorales actúan. Junto con la mayor diversificación de contextos que podemos constatar a partir de las transiciones, aumentan las diferencias en los efectos de los sistemas electorales. Vale añadir que la propia institucionalidad en su mismo origen no puede desligarse del sistema de partidos políticos preexistente. Se pone en evidencia la importancia que estos fenómenos tienen en el desempeño de las instituciones.

II. DISEÑO INSTITUCIONAL Y NIVEL OPERATIVO

Ahora conviene introducir una distinción respecto al nivel del diseno institucional. Diferenciamos entre el nivel teórico y el nivel práctico, mejor dicho operativo. El nivel operativo, comparado con el teórico, exhibe características propias altamente significativas para el diseno institucional. Para bien comprender esto, es necesario tener en cuenta una de las diferencias fundamentales entre política y ciencia política: La política es mucho más compleja que como suele ser tratada en la ciencia política. En el proceso científico, es conveniente manejar o preparar el objeto de estudio de forma tal que sea posible llegar a resultados científicos. Esto se puede lograr mediante la consideración de parcialidades, porciones o cortes de una compleja realidad, mirando por ejemplo sólo lo institucional, o aspectos de un problema más integral, por ejemplo la participación política como aspecto del desarrollo político, o bien comprendiendo sólo una dimensión de una relación causal, por ejemplo la relación supuestamente lineal entre sistema electoral y sistema de partidos políticos.

Por otra parte, cuando aplicamos el método comparativo, se trabaja a menudo con el supuesto de que las variables de contexto son similares y/o constantes y nuestras afirmaciones se basan en la premisa *ceteris paribus*. Así, muchos de los hallazgos en ciencia política, practicamente todas nuestras generalizaciones, están basados en esta técnica de reducir la complejidad. En el campo operativo, sin embargo, la ciencia política experimenta el reencuentro con la complejidad de la política, dado que el *consulting* político se dirige a realidades complejas y específicas.

Ahora bien: En primer lugar, el enfoque normativo establece que sus recetas son universalmente válidas, mientras que el enfoque histórico-empírico contradice esta postura y exige, a partir de las realidades específicas de cada caso, un examen crítico del conocimiento teórico sistemático en función de una receta específica para el caso concreto.

En segundo lugar, quisiéramos diferenciar dentro del enfoque analítico entre un pensamiento socialtecnológico cuyo referente principal es la reflexión teórica y, en términos operativos, el diseño institucional racional por un lado, y por el otro un pensamiento de ingeniería política que percibe lo institucional como resultado de un proceso histórico y el *consulting* político como parte de este proceso. El primer pensamiento hace hincapié en las capacidades científicas de encontrar soluciones institucionales que por su mera excelencia teórica tendrían que ser implementadas. Este pensamiento rechaza las consideraciones científicas, incluso las justificadas, que parecen poner en cuestión la propia capacidad de la ciencia política de ofrecer este tipo de soluciones. Sin embargo, la creación de instituciones políticas y también su reforma constituyen un proceso histórico contingente, influido por experiencias históricas, intereses, relaciones de poder, expectativas sobre el futuro de estas relaciones, estrategias de los actores políticos, etc. Las reformas no resultan del tablero de dibujo, sino del proceso histórico (Krennerich / Lauga, 1996).

III. TIPOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL

Sin embargo, la ingeniería constitucional ha ido acompañada de un nuevo auge del enfoque normativo.

Nuevamente vale distinguir, dentro del diseño institucional, dos posturas, una normativo-abstracta y otra histórico-empírica, diferencia que se expresa en varias dimensiones.

La primera dimensión se refiere a la génesis de las instituciones políticas. La postura normativa-abstracta está asociada a un pensamiento socialtecnológico que entiende a las instituciones como el resultado de un diseño racional, materializado a través de una intervención más artificial o *ad hoc*. La postura histórica-empírica está relacionada a un entendimiento más evolucionista de la génesis y el desarrollo institucional, influenciados ambos procesos por un sinnúmero de factores (experiencias históricas, intereses, relaciones de poder, etc.) que imponen resistencias y limitaciones a la implementación de diseños científicos por más excelentes y recomendables que éstos sean.

La segunda dimensión se refiere al tipo de argumento. La postura normativo-abstracta intenta crear el escenario de alternativas institucionales a grandes rasgos, sistematizando las preferencias de forma dicotómica. Esta postura involucra una confrontación axiológica a nivel lógico-racional de las opciones institucionales que suele desembocar en la conclusión de una supuesta superioridad en principio de una alternativa sobre la otra, por ejemplo del parlamentarismo sobre el presidencialismo o del sistema proporcional sobre el sistema mayoritario o al revés. La postura histórico-empírica se contrapone y destaca las siguientes ideas básicas:

Primero: No existe ningún sistema ideal. Como dijo una vez Giovanni Sartori: el mejor sistema es aquél que mejor se adecua / adapta.

Segundo: Por lo tanto no hay ninguna solución institucional general. Como afirmó Robert A. Dahl (1996): "Toda solución tiene que ser confeccionada conforme a las características de cada país".

Tercero: Aún cuando existiera un sistema ideal, no hay forma de imponer una solución institucional. Pues las instituciones son el resultado de procesos de toma de decisión en los que intervienen valores en conflicto. Las instituciones son el resultado de estos conflictos, de negociación y acuerdo entre actores políticos.

La diferencia entre las posturas se pueden resumir de manera que corresponden a dos niveles de diseño institucional: uno general y otro particular. Observando el debate internacional, se desprende que se ha llevado a cabo por sobre todo a nivel general. Vale considerar los aportes de Juan J. Linz y Arend Lijphart (entre otros en Linz / Valenzuela, 1994) respecto a las grandes opciones institucionales que se refieren precisamente a la forma de gobierno y al sistema electoral. A ese nivel de las grandes alternativas, el diseño institucional se maneja con categorías demasiado amplias y, por ende, de gran heterogeneidad interna. Por lo demás, el diseño institucional abstracto se basa en el supuesto de *ceteris paribus*. Un buen ejemplo de esta tendencia es el artículo de Arend Lijphart sobre *Institutional Choices for New Democracies* (1991) que resume las experiencias en gobierno comparado, tomando como base empírica democracias consolidadas del mundo, excluyendo explícitamente de su muestra de casos a las democracias jóvenes, pero dirigiendo su mensaje, sus recomendaciones institucionales precisamente a ellas. No se toma en cuenta la gran heterogeneidad contextual, incluso creciente en la medida en que surgen nuevas democracias en África y Asia, lo que impide pensar en que las instituciones tengan los mismos efectos viajando de un país (desarrollado) a otro (en vías de desarrollo).

Desde mi perspectiva histórico-empírica, todo diseño tiene que considerarse más bién a nivel particular. El diseño comienza con los problemas de representación o de gobierno concretos que se presentan en contextos sociopolíticos determinados. No me parece acertado el supuesto de que la lógica de una institucionalidad que se introduce imprimiría la realidad de las democracias jóvenes con su sello, por ejemplo que el parlamentarismo crearía el sistema de partidos que funcionalmente necesita, o que el sistema de pluralidad crearía un sistema bipartidista. En este sentido vale ser escéptico y advertir oportunamente el riesgo que corre un país cuando se lo expone a determinadas reformas institucionales cuyos resultados no son de ninguna forma previsibles. Insisto: El contexto es una co-variable independiente a menudo decisiva respecto a los efectos que tengan las instituciones.

La pregunta clave en el diseño institucional a nivel particular es, cuál de los elementos institucionales resulta ser la opción más recomendable para el caso concreto. El institucionalismo contextualizado presupone, junto a grandes experiencias en cuestiones institucionales, un gran conocimiento del medio en que las institutiones deben funcionar. A fin de poder realizar recomendaciones institucionales adecuadas se debe conocer bien el país o el grupo de países en cuestión. Las preguntas son las siguientes: ¿Cuál es el problema? ¿Qué soluciones alternativas hay? ¿Cuáles serían adecuadas en el caso concreto? ¿Qué factores condicionan qué variables? ¿Qué recursos propios existen en el país? ¿Qué solución es viable, políticamente realizable?

IV. EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

Buena parte del debate sobre sistemas electorales ha sido dedicada a su evaluación. En la actualidad, la evaluación ha cobrado mucha importancia en las democracias recién establecidas no solamente por parte de investigadores y actores políticos, sino incluso -sobre todo en América Latina- por parte de actores y entes económicos. El interés de estos agentes en instituciones políticas aumentó en la medida en que creció la conciencia de que los problemas de desarrollo económico y social dependen de la gobernabilidad. El término *gobernabilidad* ha cobrado enorme importancia en el discurso político, sin que existiera una definición clara de su contenido. En relación con los sistemas electorales, el concepto puede ser entendido en relación con la estabilidad del gobierno, en el sentido de un gobierno que se apoya en una mayoría institutional, capaz de garantizar una política eficiente para dar soluciones a las demandas de mayor desarrollo económico y social.

A partir de esta interrogante, existe la tentación de avanzar en el estudio de los sistemas electorales según parámetros de los recién interesados en el tema, o sea de los economistas, partiendo de unas premisas que caracterizan su propia labor científica en economía. El propósito aquí es reducir los problemas a conceptos más sencillos y evaluar los casos en forma de valores numéricos. Es bello y hasta brillante, saber extraer la esencia de un problema y explicarlo en términos que lo hacen aparecer sencillo. Sin embargo, no toda materia se presta a esta capacidad intelectual. Al contrario, en el campo de la política, pensado como campo de la ética de la responsabilidad (Max Weber), no hay mayor peligro intelectual que la explicación de un fenómeno complicado de forma simple. Es por ello que para la ciencia política como ciencia histórica, la economía -que trata de imitar las ciencias exactas- no puede servir de modelo. La economía pudo establecer el vocabulario de un tratamiento cuantitativo y matemático de sus datos a partir del homo oeconomicus, es decir, de un criterio identificado y constante, como dice Sartori (1979, p. 62). Los objetos de estudio de la ciencia política, sin embargo, son definitivamente más complejos, entre otras razones por el simple hecho de que involucran a actores guiados por múltiples valores que no pueden reducirse a un solo principio de conducta que supuestamente gobierna la actitud de todos los actores. Nuestro objeto de estudio requiere un análisis conforme al grado de su complejidad.

Por otra parte, existe el reto de desarrollar procedimientos comparativos, que pueden facilitar la evaluación sistemática de los sistemas electorales y sus reformas. Las consideraciones subsiguientes asumen este reto, primero en señalando los criterios de evaluación, y segundo elaborando un esquema de evaluación empírica de los sistemas electorales.

V. CINCO CRITERIOS DE EVALUACIÓN

Contrariamente a décadas anteriores, cuando el debate sobre sistemas electorales se basaba en concepciones normativas del buen gobierno o de teorías de formas de gobierno parlamentarias, más bien caracterizadas por su unidimensionalidad, hoy en día determinadas funciones pluridimensionales y las experiencias empíricas con los sistemas electorales en su respectivo contexto constituyen instancias de control irrenunciables en el proceso de su evaluación.

Como probablemente buena parte del auditorio ya sabe, he propuesto medir la capacidad funcional de los sistemas electorales en base a cinco criterios:

1. *Representación*. Aquí se trata de reflejar adecuadamente los intereses sociales y opiniones políticas en los órganos representativos. Este criterio se entiende en un doble sentido: por un lado, representación para todos, de manera que se vean representados los distintos grupos de personas, fundamentalmente las minorías y las mujeres; por otro, representación justa, es decir, una representación más o menos proporcional de las fuerzas sociales y políticas, equivalente a una relación equilibrada entre votos y escaños. Los parámetros de medición empírica son obvios: la falta de representación de minorías y mujeres, así como desviaciones demasiado grandes de la proporcionalidad, que frecuentemente se entienden como problemáticas.

2. *Concentración o efectividad.* Aquí se trata de la agregación de intereses sociales y opiniones políticas de tal manera que de ellas resulten decisiones políticas y que la comunidad adquiera capacidad de acción política. Las elecciones se comprenden como un acto de formación de la voluntad política, mas no como una forma de copiar o medir las opiniones dominantes en la población.

Los parámetros de la adecuada capacidad de concentración de un sistema electoral son: *a)* el número o la reducción del número de partidos que obtienen mandatos en el parlamento, y *b)* la formación de una mayoría partidaria o de una coalición que tengan carácter estable en el parlamento. Los sistemas multipartidistas que sólo permiten la formación de relaciones de gobiernos inestables son vistos normalmente como problemáticos. Por ende, este criterio comprende, asimismo, la cuestión de la efectividad del sistema electoral, cuyo parámetro es si contribuye a generar estabilidad en el funcionamiento del sistema político, dado que el sistema electoral influye en el perfil de instituciones como el parlamento y el poder ejecutivo, así como en el proceso político. No todo gobierno estable es un buen gobierno, pero resulta altamente improbable que la inestabilidad política genere un buen gobierno.

3. *Participación.* Aquí no se trata de la participación en el sentido común del término -pues las elecciones son en si un acto de participación política, sino de la mayor o menor posibilidad de expresar la voluntad política por parte del elector y en el marco de la alternativa voto personalizado *versus* voto de partido o de lista. Esta alternativa se asocia con un mayor o menor grado de relación, de conocimiento, de responsabilidad y de identificación entre electores y elegidos. El parámetro para medir una adecuada participación (en el sentido restringido) permitida por un sistema electoral es la forma de votación personalizada. Si ésta se halla totalmente descartada (por ejemplo: bajo la forma de la lista bloqueada), ello es considerado un déficit participativo.

4. *Simplicidad.* Esta demanda constituye un requisito orientador, pues todo intento de cumplir de forma simultánea con los criterios de representación, efectividad y participación conduce inevitablemente a un sistema electoral más complicado que aquél que resultaría si se tratara de satisfacer solo uno de los criterios. Sin embargo, es válida la aspiración de que el electorado pueda comprender cómo opera el sistema electoral y, hasta cierto punto, que estén dadas las condiciones para que pueda prever cuáles serán los efectos de su voto.

5. *Legitimidad.* Este último criterio engloba a todos los demás, en el sentido de que se refiere a la aceptación de los resultados de las elecciones, del sistema político como un todo -en otras palabras, de la democracia- y del sistema electoral, es decir, de las reglas del juego de la democracia.

VI. UN ESQUEMA DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

De haber establecido las funciones de los sistemas electorales, podemos ahora proceder a desarrollar un esquema general de evaluación de los sistemas electorales. Se trata de medir la capacidad funcional de los sistemas electorales, de sus reformas y propuestas de reforma. Se observa cómo los sistemas electorales cumplen con cada una de las funciones.

De antemano, se descarta que exista una solución que garantice el cumplimiento máximo de cada una de ellas. Vale señalar que las tres funciones básicas están inversamente interrelacionadas, de modo que aumentar una función puede significar bajar el grado de cumplimiento de una o ambas funciones restantes. Se trata entonces de que todas y cada una alcancen un cierto grado de realización. Eso conlleva a que la evaluación se desarrolle con un criterio relativo, difícil de cuantificar, y que se excluya la posibilidad de expresar razonablemente el resultado de la medición por medio de una única cifra. Se prescinde, por ejemplo, de la media, pues esta cifra no permite diferenciar la variación entre los extremos, entre situaciones muy diversas que justamente hacen la diferencia. Me refiero a un cumplimiento máximo de una función y mínimo de otra, lo cual tiene la misma expresión cuantitativa que un cumplimiento mediano de ambas funciones. El criterio de mayor alcance es entonces el de un cierto equilibrio en el cumplimiento de las funciones por parte de los sistemas electorales. Este criterio tampoco es absoluto, pues el grado aconsejable equivalente al equilibro depende de factores contextuales. Nuestro esfuerzo entonces está dirigido a la medición cuantitativa de lo que -en principio- es una cuestión cualitativa.

A fin de comprender mejor lo expuesto, comencemos con la dicotomía entre los principios de representación que se perciben tambien como tipos básicos de sistemas electorales: representación por mayoría y representación proporcional. En el cuadro 1 se observa que estos dos principios se diferencian por perseguir funciones precisamente opuestas. El plus (+) significa que la función se cumple, el menos (-) lo contrario, que no se cumple (e incluso no es el objetivo mismo del principio de representación).

CUADRO 1:

Comparación evaluativa a nivel de los principios básicos de la representación

Tipo básico de Sistemas Electorales	Representación	Concentración	Participación
Representación proporcional	+	-	-
Representación mayoritaria	-	+	+

Los principios de representación, sin embargo, constituyen categorías demasiado gruesas para el análisis pues integran sistemas electorales que tienen efectos muy diferentes. Cuadro 2 demuestra, cómo algunos tipos de sistemas electorales que integran una u otra de las categorías básicas, cumplen de forma diferente con las funciones claves. Por otra parte, se observa que dos tipos de sistemas electorales colocados en categorias antagónicas, la representación proporcional personalizada y el sistema segmentado, cumplen en grado similar con las funciones observadas. Se percibe asimismo que lo hacen de forma simultánea y equilibrada. Así se impone la idea de diferenciar entre los tipos de sistemas electorales según su capacidad de llegar a un cierto equilibrio entre las funciones a cumplir.

CUADRO 2:

Comparación evaluativa entre tipos de sistemas electorales

Tipos básicos	Tipos	Representación	Concentración	Participación
Representación proporcional	Proporcional puro	+	-	-
	Proporcional personalizado	+	+	+
Representación mayoritaria	Mayoría relativa	-	+	+
	Sistema segmentado	+	+	+

Continuando con el desarrollo del esquema evaluativo, el cuadro 3 demuestra que los sistemas electorales que llamamos clásicos -entre ellos el sistema de mayoría relativa y la representación proporcional pura- no llegan ni aspiran a un equilibrio, pues han sido pensados en función de una o a lo mejor dos de las tres funciones -esto se confirma en todo el debate bicentenario sobre sistemas electorales- mientras que los sistemas combinados -comúnmente llamados mixtos- son capaces de lograrlo.

CUADRO 3:

La forma de cumplimiento de las tres funciones: Equilibrio o desequilibrio

Cumplimiento de las tres funciones	Grupo de sistemas Electorales	Tipos de sistemas Electorales
	Clásicos	Mayoría absoluta
		Mayoría relativa
Desequilibrio		Proporcional puro
		Proporcional en distritos plurinominales grandes
	Combinados	Proporcional personalizado
Equilibrio		Sistema segmentado
		Sistema compensatorio

Esta evaluación nos lleva a sostener que existen tipos de sistemas electorales superiores a otros siempre que la comparación se base en los argumentos de multifuncionalidad y equilibrio. Entonces, un primer ejercicio de evaluación de los sistemas electorales, de los vigentes y de las reformas propuestas, existiría en determinar a qué tipo de sistema electoral corresponden o conducirían. Definiendo bien el sistema electoral según la tipología a nuestra disposición, se determina en el mismo instante su calidad funcional.

En el siguiente cuadro, el cuadro 4, hemos desglozado a modo de ejemplo ocho sistemas electorales actualmente vigentes en América Latina para la elección de una representación nacional (en caso de unicameralismo) o bien de la cámara de diputados. Como puede observarse, los valores asociados al cumplimento de las tres funciones por parte de los sistemas electorales varían del extremo superior hacia el inferior de los tipos de sistemas electorales: de un estado de desequilibrio en favor de la representación, pasando por el del equilibrio hasta llegar a un nuevo estado de desequilibrio que prioriza la participación. En este cuadro, los dos *más* (++) pretenden enfatizar el extremo en el cumplimiento de la función, mientras que los *más* acompañados por el signo *menos* (+ -) indican que el efecto del sistema respecto a la función en cuestión es ambivalente.

CUADRO 4:
Tipos de sistemas electorales empíricos y el cumplimiento de las tres funciones básicas*

Tipo de sistema Electoral		Funciones		
	Casos	Representación	Concentración	Participación
Proporcional puro	2	+ +	-	-
Plurinominal grandes districtos	1	+	-	-
Plurinominal no bloqueado	2	+ -	-	-
Proporcional personalizado	2	+	+	+
Personalizado segmentado	1	+	+	+
Binominal	1	-	+ -	+
Plurinominal pequeños districtos	1	-	+	+ -
Plurinominal voto múltiple	1	-	-	+ +

* Argentina, Colombia, Chile, Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay, Venezuela, México

Una vez más, vale diferenciar debido a que los efectos establecidos en el cuadro 4 son efectos teóricos, de modo que en la empiria pueden ser alterados por la ingerencia de factores estructurales o coyunturales particulares. Por ejemplo, en el caso del binominalismo, en Chile se consigue una proporcionalidad bastante alta entre votos y escaños para los partidos que saben formar alianzas electorales. Entonces, con respecto a este país, en el rubro *representación*, tendría que aparecer en vez de un - un +. Así se podría objetar la evaluación propuesta. Sin embargo, abstraer el modelo de evaluación sólo a partir de una única experiencia no parece conveniente. Vale recordar que la clasificación de los sistemas electorales no se establece en base a sus resultados empíricos, pues ellos cambian según los contextos en que operan. El procedimiento analítico que proponemos es el de estudiar la diferencia entre el efecto hipotético del sistema electoral y su efecto real y averiguar las razones de esta diferencia.

Con relación a la ingeniería política, no nos interesa sólo la evaluación de los sistemas electorales, sino también la de los elementos técnicos que contribuyen a que los sistemas electorales tengan este u otro efecto e impacto en el cumplimiento de las funciones de representación, efectividad y participación.

En el cuadro 5 se indican los efectos que tienen algunos elementos técnicos y su variación. Empezamos con un dispositivo legal o constitucional, la simultaneidad o no de las elecciones parlamentarias con las presidenciales. En otra oportunidad (Nohlen, en Nohlen / Picado / Zovatto 1998, p. 179 y sig.) hemos establecido tres grados de simultaneidad de los dos tipos de elecciones: su celebración en el mismo día, con la misma boleta o con el mismo voto. Aquí nos referimos sólo a la conexión menos estrecha, la celebración de las elecciones el mismo día. Esta simultaneidad de las elecciones aumenta la concentración o efectividad del voto. Otra variable más allá de lo que por lo general se incluye en el ámbito de los sistemas electorales es el tamaño del parlamento (una excepción es Lijphart 1994). A mayor número de escaños, mejora la función de representación. El formato del distrito es la variable más importante dentro del orbito del sistema electoral propiamente tal. Cuando aumenta la dimensión de las circunscripcio-

nes, se favorece la función de representación. Obvio que un cambio de tamaño en dirección inversa produce mayor concentración y efectividad. El ejercicio práctico consiste en recordar nuestros conocimientos sobre los efectos de los elementos técnicos de los sistemas electorales (véase Nohlen, 1998, p. 52 y sig.) y relacionarlos con los tres criterios de evaluación.

CUADRO 5:

Evaluación de los elementos técnicos

Elementos individuales	Representación	Efectividad	Participación
Simultaneidad	-	+	0
Mayor número de escaños	+	0	0
Mayor tamaño de distritos	+	-	0
Personalización del voto	0	0	+
Listas semi-abiertas	0	0	+
Barreras legales	-	+	0
Formula d'Hondt en lugar de Hare	-	+	0

Esta evaluación es muy esquemática y por ende tiene sus limitaciones. Es importante tomar en cuenta también la intensidad o el alcance del efecto, fenómeno gradual que no se presta a una sencilla evaluación clasificatoria.

De todos modos, para los interesados en reformas electorales, es imperioso manejar el tema de manera de poder pronosticar los efectos grosso modo. A esto sigue el análisis empírico-operativo destinado a estudiar los efectos reales que tendrían los elementos técnicos, considerando las circunstancias concretas del campo.

Con este instrumento analítico a mano, es posible detectar tendencias generales en el desarrollo de los sistemas electorales en relación con los criterios de evaluación. A modo de ejemplo, observamos las reformas electorales en América Latina en la década de los noventa. Notificamos reformas del tipo de sistema electoral en cinco países que evaluamos en el cuadro 6.

CUADRO 6:

Reformas electorales en cinco países de América del Sur

Reformas electorales en América Latina	Representación	Efectividad	Participación
Bolivia	=	=	+
Venezuela	=	=	+
Ecuador	+	- -	+
Perú	+	- +	- -
Uruguay	=	=	+ -

En los demás países latinoamericanos se produjeron cambios en algunos elementos técnicos, en la cantidad de escaños, en la distritación, en el grado de simultaneidad de las elecciones, características que no caben ser desglosadas aquí.

Considerando la totalidad de las reformas que tuvieron lugar en la década de los noventa, se podría decir que la legislación electoral en América Latina estuvo orientada hacia la profundización de la función de representación. Se observa también una mayor atención al criterio de la participación. Sin embargo, no se mejoró de forma significativa la función de la efectividad del sistema electoral.

VII. SISTEMAS ELECTORALES Y GOBERNABILIDAD

Hasta ahora hemos expuesto:

1. Que las instituciones poseen un peso relativo,

2. Que la cultura política tiene mucha incidencia en el desempeño de las instituciones,

3. Que el factor sistema de partidos como variable independiente juega un rol importantísimo en los efectos de los sistemas electorales,

4. Que la política como campo operativo no permite el reduccionismo propio de la ciencia política,

5. Que estas observaciones tienen que ser tomadas en cuenta por los cientistas políticos con vocación de ingeniería política,

6. Que el diseño institucional tiene que ser singular y contextual,

7. Que la evaluación de los sistemas electorales tampoco permite un enfoque reduccionista orientada a expresar por un dato único y cuantitativamente conmensurable una relación que en la realidad es muy compleja,

8. Que esta evaluación tiene estar regida por más de un solo criterio,

9. Que algunos tipos de sistemas electorales cumplen con más de una o de dos funciones y que lo hacen de forma balanceada,

10. Que el equilibrio de las funciones no es una ambición hacia la uniformidad, sino una adecuación dinámica y cambiante de acuerdo a las necesidades de tiempo y lugar.

Esta serie de observaciones antecedió nuestro esquema de evaluación y junto a él constituye la obertura del tema de la relación entre sistemas electorales y gobernabilidad. No es una realción causal unilineal. Precisamente por su complejidad, su contingencia, esta relación no es determinable fácilmente, tampoco se la puede invertir a traves de recetas universales, efectivas o no en otras circunstancias. Arend Lijphart propone la representación proporcional, Giovanni Sartori el sistema de mayoría absoluta. Aquí nos abstenemos de indicar un sistema electoral como receta específica para todo el universo de diversas contingencias. No enseñamos el sistema electoral que sería mejor para resolver los problemas de gobernabilidad sin mencionar lugar y tiempo. La respuesta tiene que ser individual, dirigida a casos concretos.

Lo que sí resulta evidente es que se sugiere aplicar una determinada metodología en el proceso de análisis de las alternativas en juego y de sus respectivas viabilidades, siempre teniendo en cuenta que las reformas propuestas consideren los efectos que probablemente tendrán sobre la gobernabilidad democrática. Esta consideración ya significaría un avance en el discurso político en América Latina, pues son los partidos políticos los que se manifiestan a menudo por una mayor representación, son las organizaciones de la sociedad civil las que demandan mayor participación, mientras que

la función de concentración o efectividad queda sin respaldo -con excepción tal vez del mundo empresarial y de las organizaciones internacionales que apoyan el desarrollo electoral- como CAPEL, IFES o International IDEA -o el desarrollo económico y social de las democracias en los países en vías de desarrollo- como el Banco Interamericano de Desarrollo.

La sugerencia de procedimiento en el proceso de elaboración o reforma de un sistema electoral de acuerdo a la demanda por mayor gobernabilidad democrática sería entonces el siguiente:

Primero: Se trata de diseñar y consensuar un sistema electoral que atienda los tres criterios básicos de evaluación. En este quehacer, corresponde tener en cuenta que hay *trade offs* entre las diferentes funciones, de modo que no es posible maximar una función sin que se generen repercusiones sobre las demás, error que se comete a menudo en el debate político e incluso científico sobre sistemas electorales. El objetivo consiste entonces en lograr un sistema electoral capaz de cumplir en un cierto grado con cada una de las funciones y de llegar a un cierto equilibrio entre ellas. A este propósito se suma el desafío relacionado con el cuarto criterio, el de la sencillez o transparencia. La manipulación potencialmente irrestricta de elementos técnicos tendiente a buscar determinados efectos y a atenuar o evitar otros se ve restringida sin embargo por el imperativo de mantener hasta cierto punto la sencillez, la simplicidad del sistema electoral. Hay que respetar el factor humano. El sistema electoral debe ser inteligible, humanamente viable. Este aspecto constituye una de las fuentes de legitimidad del sistema electoral, recurso que necesita para el ejercicio de su función global en un sistema político.

Segundo: Vale distinguir entre un diseño abstracto-general y otro concreto-específico, alternativa que distancia el enfoque normativo del enfoque histórico-empírico en sistemas electorales. Para este último, importa decididamente el contexto no solamente como un conjunto de factores que influye en la relación entre sistemas electorales y sus efectos, sino también para el diseño de los sistemas electorales. Más allá del realismo que profesa esta escuela de pensamiento institucional respecto a la capacidad del / la cientista social en ejercer un *constitucional engingeering*, dado que percibe el *institution building* como un proceso político altamente dependiente de los actores políticos mismos, el diseño concreto-específico toma en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo. Esto conduce a la búsqueda, respecto a las tres funciones básicas, no del equilibrio perfecto sino del equilibrio específico vinculado a las peculiaridades del caso. Así, en sociedades homogéneas, el supuesto equilibrio podría inclinarse más hacia la concentración y la efectividad del voto, mientras que en sociedades marcadas por alta heterogeneidad tendría que enfatizarse la función de la representación. Se trata entonces de equilibrios con gravitaciones específicas variables. En resúmen, se trata de un ejercicio de sabiduría técnica, de experiencia histórico-comparativa y de sentido común, mucho sentido común.

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

Manuel Feo La Cruz
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y
Administrativos de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Carabobo
Venezuela

En la presente investigación partimos del análisis de lo establecido en la Constitución venezolana (1999) en lo que respecta a la participación de la sociedad en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública (art. 62) consagrado dentro de los derechos políticos. Sin embargo mis reflexiones no se limitan a una interpretación exegética del texto normativo, más bien lo tomo como punto de partida para proceder a desarrollar un conjunto de reflexiones que se refieren a las dificultades de materialización de lo contemplado en dicho dispositivo, si se toma en consideración el contexto social y político en el que debe inscribirse.

Para hablar con propiedad de una democracia participativa no podemos circunscribirnos a su consagración en textos normativos sea cual sea su rango. La participación no se decreta, especialmente en sociedades que han sido envueltas por la atmósfera de sistemas políticos de corte paternalista. En ellos lejos de fomentarse la inclusión de nuevos actores en la toma de decisiones dentro del ámbito estatal, se frustra cualquier intento por democratizar los procesos propios de la gestión pública. La cultura política que predomina en relaciones Estado-Sociedad signadas por el contexto de un sistema populista, es difícil de ser sustituida por los valores esenciales requeridos para constituir una sociedad verdaderamente participativa.

Por ello el postulado establecido en el art. 62 de la Constitución venezolana constituye un ambicioso desafío que sólo puede materializarse partiendo de un esfuerzo sostenido, consciente y conjunto de un amplio espectro de actores sociales comprometidos con ese cambio profundo de paradigma político. En el presente trabajo intentaré establecer algunos escenarios en los que tal propuesta podría dar frutos, pero igualmente señalaré aquellos en los que dicha ambiciosa pretensión pudiera quedarse en una frustración más, divorciándose el texto normativo de la realidad.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión actual sobre el papel social del Estado se ha planteado partiendo de la crisis del Estado de Bienestar (EB) y sus consecuencias sobre las relaciones Estado-Sociedad. En este sentido el análisis teórico se ha centrado en la crisis de eficacia y eficiencia que ha afectado a este modelo de Estado y al modelo elitista democrático que le acompaña. La ilusión generada por el funcionamiento del EB sustentaba igualmente la aceptación del modelo burocrático.

Frente a estos modelos ha surgido con mayor fuerza la necesidad de buscar alternativas y de la transferencia de responsabilidades a otros actores marginados de todo poder de decisión y ejecución.

En este contexto se plantea con fuerza la sustitución de los modelos antes mencionados por un esquema de democracia participativa que implica un giro esencial en la asignación de los roles atribuidos al Estado, al mercado y a la sociedad civil. En este marco de reflexiones se inscribe esta aproximación a un tema que se ha convertido, por fuerza de las circunstancias sociales, económicas y políticas, en el terreno prioritario para sustentar el futuro de nuestra experiencia democrática.

II. ESTADO DE BIENESTAR Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LA BUROCRACIA

En el marco del EB la confianza en la burocracia estatal derivaba de su capacidad para dar respuestas. Así que se consideraba autosuficiente, estableciéndose una orientación vertical en la que la sociedad tenía un rol pasivo, recipiendaria de las medidas adoptadas desde la estructura estatal. El espacio de lo público se entendía como exclusivo del Estado, por lo que se justificaba el intervencionismo sin requerir de ningún tipo de justificaciones para la toma de las medidas de políticas públicas, ni la participación del mercado o de otros actores sociales. Este modelo burocrático fundado en el desarrollo teórico weberiano le daba a la estructura organizativa de la Administración Pública una rigidez y un distanciamiento con respecto a la sociedad. Esta organización administrativa del Estado, desarrollaba su actividad partiendo de conceptos jurídicos elaborados en el contexto del derecho administrativo, como el relativo a la finalidad de interés público que se atribuye a la función administrativa del Estado, que se convierte en un instrumento ideológico que pretende ocultar la función política y cambiante que se realiza en ese marco de actuación.

> ....la administración tradicionalmente se ha escondido detrás de este ficticio "interés general", concepto elaborado doctrinalmente desde el derecho administrativo, convirtiéndose en una organización autista y encerrada en sí misma que no ha desarrollado mecanismos suficientes de comunicación con su entorno, y que ha sido incapaz de amoldarse a una realidad político-social cambiante.
>
> Por un lado, la idea del "interés público o general" avalaba la autosuficiencia de la organización, que no necesitaba por tanto "rendir cuentas" de sus actuaciones a la sociedad. Por otro lado, esa idea aseguraba una aparente unidad y coherencia de la dirección pública, confiriendo así un sentido homogéneo a sus acciones[1].

Esta estructura se consideraba un mecanismo autosuficiente en cuanto era capaz de producir las respuestas requeridas por la sociedad sin necesidad de basar sus decisiones en consensos o negociaciones con otros actores sociales. Pero, como se expresó antes, esta eficacia y eficiencia del Estado, basado en su exclusiva capacidad de acción partía de una ilusión, que escondía el proceso complejo político-social que se suscitaba constantemente en la relaciones Estado-Sociedad, que obligaba a un continua generación de ofertas y contraofertas para lograr satisfacer las exigencias provenientes de diversos actores con fuerza para presionar sobre las instancias estatales. De manera que el verdadero escenario que vincula al Estado con la sociedad, dista mucho de esa relación ar-

1. SANZ, Ana, "La Administración Pública". *Manual de Ciencia Política*. Tecnos. Madrid, España 1999, p. 451.

mónica y pacífica en que dada una demanda social percibida por la estructura administrativa se emitiría una respuesta que resolviera la situación. Lo que está subyacente es una situación conflictiva que sirve de fuerza impulsora a la acción de la estructura administrativa.

> Esto ha hecho que desde perspectivas politológicas se reconozca que la administración, al igual que cualquier otra institución política, es un lugar de confluencia de múltiples intereses particulares, una instancia en donde la interiorización del conflicto político-social se resuelve de manera selectiva a partir de actuaciones y políticas públicas que, desde distintas instancias administrativas, intentan gestionar simultáneamente múltiples conflictos que generan actuaciones públicas con frecuencia contradictorias e incoherentes entre sí[2].

La evidencia de la crisis del EB ha generado el inicio de un tránsito de ese modelo burocrático hacia otros rumbos que impliquen la superación de las fallas que le afectan. Sin embargo, a las estructuras organizacionales del Estado les cuesta superar esa cultura en la cual se han desarrollado. Uno de esos rumbos se ha denominado el *modelo de la gerencia pública* que implica un cambio de paradigma que comienza a ser puesto en práctica en Latinoamérica.

> La organización burocrática de la administración pública expresa un paradigma cuestionado desde enfoques que enfatizan la responsabilidad, la transparencia, la rendición de cuentas y los intereses de la sociedad, y aquel modelo que había encontrado legitimidad como la forma racional de organización, en función de su competencia técnica, objetividad y arreglo a normas, resalta como continente de desviaciones objetables. La burocracia representa el status quo, la resistencia al cambio, los intereses corporativos, el poder de los funcionarios y, si bien sus dimensiones más apreciadas pocas veces se han destacado en la práctica cotidiana de la experiencia en América Latina, una nueva generación de demandas hacia el Estado pone en camino la necesidad de construir un nuevo paradigma o, como mínimo, una revisión de los valores y sistemas predominantes para la prestación del servicio público[3].

III. ESTADO DE BIENESTAR Y EL MODELO ELITISTA DEMOCRÁTICO

Otro elemento que conviene analizar es el referido al modelo elitista democrático[4] que acompañaba al EB, y justificaba igualmente la separación o distanciamiento del Estado y la Sociedad, dándole razones filosóficas y prácticas. Según este modelo se requieren una serie de elementos indispensables para el sostenimiento de la democracia. Entre otros, la élite política dominante se mantiene, por definición, a distancia de la sociedad. Se considera riesgoso darle poder de decisión en el proceso de la gestión pública. De no proceder de esta forma las demandas sociales serían infinitas y el manejo del gobierno se imposibilitaría restándole eficacia. Por ello se le asigna a la sociedad un rol muy limitado y pasivo.

"Una evaluación realista de las sociedades democráticas debe aceptar que el impulsor del sistema político es el poder, así como la impulsora de la economía es la ganancia"[5].

---

2. SANZ, Ana, *op. cit.*, Madrid, España 1999, p. 451.
3. BONIFACIO, José Alberto y LÓPEZ SEGRERA, Francisco, *Presentación. El Tránsito de la Cultura Burocrática al Modelo de la Gerencia Pública. Perspectivas, posibilidades y limitaciones*. UNESCO. CLAD. Caracas, Venezuela 1998, pp. 5-6.
4. *V.*, COHEN, Jean y ARATO, Andrew, *Sociedad Civil y Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica, México 2000.
5. COHEN y ARATO, *op. cit.*, México 2000, p. 24.

Esta afirmación inicial sustenta un conjunto de máximas que integran la formulación de la teoría elitista y que constituyen elementos necesarios para garantizar la estabilidad democrática.

Entre otras se puede hacer una breve enumeración de las mismas:

-Los ciudadanos no establecen la agenda pública, ni se le asigna un papel activo en la toma de decisiones políticas. Esto corresponde a los líderes.

-La función del ciudadano es ejercer el voto para elegir entre las diferentes élites políticas que aspiran al poder. Los votantes son consumidores. Los partidos son los empresarios.

-La competencia en la lucha por el poder político constituye el elemento clave del modelo. La competencia es la fuente propulsora del sistema político, que desarrolla la creatividad, la productividad, la responsabilidad ante la sociedad.

-Se preconiza una cultura política elitista que niega el rol activo del ciudadano y de la sociedad organizada. Por el contrario se considera un rasgo negativo para la eficacia del sistema político una excesiva e indiscriminada participación de los ciudadanos. Se debe aceptar una suerte de división de trabajo, por un lado, los votantes y, por otro lado, los políticos que son elegidos[6].

IV. LA CRISIS DEL EB Y SUS EFECTOS SOBRE EL MODELO BUROCRÁTICO Y EL MODELO ELITISTA

Evidentemente mientras el EB funcionara adecuadamente y se lograra un clima tolerable de gobernabilidad y legitimidad del Sistema Político, ambos modelos subyacentes para explicar las actividades estatales tanto la política, correspondientes a la élite, como la técnica correspondiente al burócrata, permanecerían intocables de acuerdo a los lineamientos de los modelos antes referidos.

La organización burocrática se mantendría de acuerdo a los cánones ya mencionados. Sería autosuficiente, autista, frente a un ciudadano con disminuida autoestima, incapaz de ejercer acciones importantes ante los órganos públicos[7].

En este contexto a nadie se le ocurría poner en duda las bondades del sistema, por lo que resultaba implanteable una modificación que significara pasar del modelo organizacional burocrático y del modelo elitista democrático, hacia un esquema que admitiera la creación de amplios espacios participativos, tanto en el ámbito de la gestión desarrollada por la administración pública, como en el propio esquema de poder fundado en el modelo de élite, que suponen una reducción al mínimo del potencial societal.

Sin embargo, el aparentemente inquebrantable y perfecto EB, entró en crisis desde los años setenta, agravándose hasta generar una profunda revisión de todo el esquema antes mencionado y de toda la sustentación teórica y el andamiaje conceptual que le servía de apoyo argumental. En este sentido, el modelo burocrático se vió afectado fuertemente, obligando a una reconsideración que produce una modificación de sus aspectos esenciales. Igualmente el modelo elitista, antes descrito, entra en un proceso necesario de revi-

6. *Cf.*, COHEN y ARATO, *op. cit.*, México 2000, pp. 23-27.

7. *V.*, UVALLE, Ricardo, "El fortalecimiento de la vida democrática: la nueva relación de la sociedad y el Estado. *Revista del Clad*, nº 20, Caracas-Venezuela 2001, pp. 141 y ss.

sión. Entre ellas la formulación de un modelo pluralista que intenta superar sus deficiencias. Aunque éste ha seguido sometido a revisiones.

Con el modelo del EB en pleno desarrollo, se había generado la idea de que toda intervención del Estado era positiva, controlando los fallos del mercado y abriendo las perspectivas de producir satisfacción y prosperidad en la sociedad, superando de manera equitativa las crisis en la asignación de los beneficios y cargas sociales.

Sin embargo con la crisis del modelo a la que ya se hizo referencia, se mostró palmariamente algo que se había querido ignorar: El Estado no es una organización perfecta, tiene fallas que afectan su funcionamiento, su eficacia y eficiencia. Al producirse estas fallas su misión esencial vinculada al bienestar social se ve visiblemente debilitada.

Por supuesto, que el principal aspecto de esta revisión se enmarcó hacia la reorientación de las relaciones Estado-Sociedad, como tema general que implicaría la sustitución de los modelos. Esta reorientación implica el renacimiento del concepto *sociedad civil*, ahora escrito con mayúsculas[8].

El modelo elitista con todas sus implicaciones se ve visiblemente sumergido por la crisis del estatismo. En principio, se pretendió que la sociedad podría ser representada por los actores económicos en el contexto del mercado. Con la crisis del modelo, surge la posición extrema de reducir al mínimo la intervención del Estado en la sociedad y se cree en la necesidad de transferir al mercado el rol de asignador de recursos. Ello implicaba la desestatización de áreas tradicionalmente en manos estatales, la desregulación y eliminación de controles, lo cual se cumplía con procesos de privatización, desmantelando empresas públicas para transferir sus funciones a empresas privadas.

Tales medidas drásticas se justificaban por las fallas del Estado, evidenciadas por la crisis de gobernabilidad al no producir las respuestas a las exigencias de la sociedad. Por la vía del mercado se prometía la superación del estancamiento económico y de la inflación, con lo cual, como una consecuencia lógica, se lograría las mejoras de los problemas de desempleo, pobreza, ineficiencia en los servicios públicos.

> La visión del Estado como solucionador de todos los problemas, el "Estado omnipotente" demostró ser errada. El Estado solo no puede hacer el desarrollo, y en América Latina la acción estatal ha presentado agudos problemas de burocratización, ineficiencia y corrupción. Sin embargo, el proceso de eliminación de numerosas funciones del Estado, de reducción a niveles mínimos en muchos casos de sus capacidades de acción, como sucedió con frecuencia en las áreas sociales, el debilitamiento en general del rol de las políticas públicas, y la entrega de las funciones al mercado, no llevó al reino ideal supuesto[9].

En efecto, el tiempo ha transcurrido desde que se inicia la aplicación del modelo neoliberal sin que se vean resultados positivos en la superación de tales problemas. Por el contrario lo que se ha producido es mayor concentración de la riqueza y aumento de la injusta distribución del ingreso. Ante esta realidad, se observa con preocupación el panorama, ya que ni el Estado ni el Mercado pueden dar respuestas adecuadas. Además era un craso error equiparar a la sociedad civil con el mercado.

> La elección entre mercado y Estado y, dentro de éste, entre criterios alternativos de Gestión Pública, queda así convertida en *la elección entre formas organizativas imperfectas*[10].

8. *V.*, COHEN y ARATO, *op. cit.*, 2000, pp. 34 y ss.
9. KLIKSBERG, Bernardo 2001, p. 145.
10. ALBI, Emilio y otros, *op. cit.*, Barcelona, España 2000, p. 55.

Lo que se plantea es la necesidad de superar el péndulo Estado-mercado, mediante la incorporación de otros actores sociales que no han sido tomados en consideración, con anterioridad. Superar el falso dilema lleva a plantearse el nudo del problema: la participación de la sociedad debe implicar la apertura múltiples y variados espacios que amplíen la presencia de la sociedad tanto en las decisiones políticas como en la gestión de la administración pública. Tales espacios no podrían quedarse en expresiones meramente electorales. La participación política no podría verse limitada a la sola escogencia de los líderes cada cierto tiempo. Debería incluir la consulta electoral en la toma de decisiones fundamentales en materia de reforma constitucional, reformas legislativas a traves de referendos. Incluso debería admitir la participación social en el proceso judicial y, lo que más interesa en el tema abordado en este trabajo, la participación social en el proceso administrativo.

Dentro de estas perspectivas se ha planteado la reorientación de las relaciones Estado-Sociedad, considerando que el espacio de lo público no es exclusivo del Estado, sino que hay que abrir espacios públicos sociales. La sociedad comparte con el Estado las responsabilidades que eran consideradas terrenos propios de éste. La sociedad pasa de un papel pasivo, a un papel activo, y las relaciones Estado-sociedad dejan de ser verticales para tener una orientación horizontal[11].

Del complejo de superioridad de la Burocracia del Estado y la baja autoestima ciudadana, se pasa, en el contexto de la crisis del Estado Providencia, al resurgimiento del concepto de sociedad civil y a la recuperación de territorios y responsabilidades en la solución de sus propios problemas. Esto por supuesto, comporta una crítica fuerte al modelo elitista que justificaba la asignación de roles entre el Estado y la sociedad. Esta última no podía asumir un papel activo y su misión era la de aceptadora pasiva de las directrices tomadas desde la cúpula.

El tercer sector, como ha sido denominado, integrado por organizaciones no gubernamentales, asociaciones vecinales, va adquiriendo peso y conciencia de su papel protagónico en el nuevo esquema. Su surgimiento no ha sido una concesión graciosa del ente estatal, sino un posicionamiento necesario ante la realidad de su ineficacia e ineficiencia

Pero evidentemente, un cambio como el planteado no puede considerarse materializado homogéneamente en los distintos países y zonas del globo. La presión por aplicar medidas neoliberales puras o las que impliquen el mantenimiento de la sobreestatización, a pesar de sus evidentes fallas, se mantienen como constantes y, en algunos casos, han adquirido fuerza renovada en el contexto de procesos políticos recientes. En ese marco estrecho los cambios mencionados resultan difíciles de aplicar. Lo que ocurre es que la reorientación de las relaciones Estado-sociedad en el sentido indicado, supone un cambio cultural importante que no es de fácil asimilación. Las organizaciones públicas inmersas en una cultura organizacional que le asigna un rol autoritario y una enorme autosuficiencia para la toma de decisiones, les cuesta aceptar unas relaciones horizontales con sus clientes o administrados.

11. *V.*, CUNNILL, Nuria, *Repensando lo público a través de la sociedad*. Clad. Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela 1997.

V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La gestión pública se ha intentado definir de muy diversas formas. Una de estos intentos recientes la concibe como "conjunto de decisiones de coordinación y motivación de las personas para alcanzar los fines de la organización estatal (eficiencia y equidad) dentro de las restricciones del marco jurídico-político"[12].

Siendo considerada gestión en tanto y en cuanto involucra "un conjunto de decisiones dirigidas a motivar y coordinar a las personas para alcanzar metas individuales y coletivas"[13] y pública "por la naturaleza de sus fines y el marco jurídico político en el que se desenvuelve"[14].

Ahora bien, la manifestación de la gestión pública que se relaciona directamente con la problemática social es la relativa a la producción de políticas públicas. En el modelo elitista y el burocrático tantas veces mencionados, el proceso de la toma de decisiones estatales en procura del bienestar social, transcurría en el marco cerrado de la estructura organizativa formal. La separación con respecto a la sociedad y a sus organizaciones representativas era dogma de fe. La autosuficiencia del Estado no permitía la menor brecha que le contaminara sus procesos.

En cuanto a la producción de las políticas públicas se refiere se podría observar esta situación a lo largo de todo el trayecto que va desde la formulación, ejecución y posterior evaluación de las medidas.

En este punto, cabe una interrogante que se debe considerar esencial…

¿Se puede reproducir todo este proceso de producción de políticas destinadas a generar bienestar social en áreas, como seguridad, educación, servicios públicos, etc. sin necesidad de consultar a los ciudadanos a quienes van dirigidas?

Lo que hoy se considera una respuesta negativa sin el menor resquicio de duda, en otra época más idílica con el Estado, ni siquiera se hubiera planteado. Pero sí desbrozamos todo el proceso de producción de las medidas y se analiza brevemente cada una de las fases del mismo, se puede observar lo indispensable de que existan formal y continuamente, múltiples puentes entre la estructura estatal y la sociedad civil.

En efecto, en el contexto del funcionamiento de un estado benefactor con una burocracia entrenada para desarrollar sus funciones, como se da en los países desarrollados, las fases de formulación, ejecución y control de las políticas públicas se encontraba limitada a los círculos cerrados de la propia estructura burocrática.

Con la crisis del estado benefactor se plantea algo que podría verse en los esquemas sistémicos. El sistema político funciona como un productor de respuestas según las exigencias de la sociedad. La gobernabilidad se asocia a esa capacidad de respuesta. Gracias a ella se obtienen los apoyos específicos, que conjuntamente con los apoyos difusos (Easton) constituyen el sustento de la viabilidad de los sistemas políticos. Por supuesto que el esquema sistémico deja encerrado en una caja negra el proceso de la toma de decisiones. Al abrir ese proceso lo que obtenemos en la manera como se formulan las políticas públicas.

---

12. ALBI, Emilio y otros, *Op, cit.*, Barcelona, España 2000. pp. 20-21.
13. ALBI, Emilio y otros, *op. cit.*, Barcelona, España 2000, p. 20.
14. ALBI, Emilio y otros, *op. cit.*, Barcelona, España 2000, p. 21.

En el marco del Estado de Bienestar estas medidas son exclusivas de la burocracia estatal. Con la crisis de gobernabilidad del sistema político, el punto central de la reorientación se basa en la forma de producir esas medidas. Si como se acaba de mencionar la gobernabilidad depende de la capacidad de respuesta a la sociedad, parece lógico que si se incorporan actores sociales en ese proceso de toma de decisiones, en su ejecución y en su control y evaluación, deben aumentar las posibilidades de que dichas medidas estén en consonancia y en sintonía con los requerimientos sociales. La participación del tercer sector se convierte en un elemento necesario para la recuperación de la eficacia y eficiencia del sistema político y del modelo de Estado, ahora orientado en un esquema participativo y, por ende, la superación de la crisis de gobernabilidad y de legitimidad consecuencialmente.

Si desarrollamos una apretada síntesis de las distintas fases de las políticas públicas podemos visualizar e imaginar los alcances, los desafíos y los posibles obstáculos para aplicar el esquema de democracia participativa en el propio proceso de la gestión pública.

La primera fase es la denominada *entrada en agenda del problema*. Es decir cuando el problema pasa de pertenecer a la esfera privada para ocupar un lugar en el ámbito público. "Para que una situación trascienda sus límites iniciales de asunto privado, es necesario que se produzcan determinadas condiciones, que no siempre se alcanzan"[15].

Para que se produzca este paso y el problema en cuestión ingrese en la agenda pública, se mencionan algunas cualidades que le hacen merecer esa atención. Entre otros:

-Se convierte en crisis

-Toca aspectos emotivos

-Tiene amplio impacto

-Se convierte en tema de moda

-Afecta el poder y la legitimidad[16].

De esta breve enumeración se puede concluir que la objetividad del problema es sólo aparente en la mayoría de las situaciones. Su entrada en agenda y la necesidad de producir respuestas concretas que busquen una solución, depende de cuestiones emotivas que son tomadas en consideración por el gobernante en la medida en que puede afectar su legitimidad, o generar síntomas de ingobernabilidad. Una situación podría variar según la percepción de la élite gobernante de turno. Lo que es un problema a ser resuelto prioritariamente, puede no serlo para otro equipo de gobierno, por lo cual su consideración en agenda en un momento político determinado, no garantiza que seguirá siendo considerado como tal, al producirse un cambio de gobierno. Esto se menciona para plantear de manera realista el proceso.

Una vez que el problema es incorporado a la agenda pública se inicia la fase de la producción de soluciones al mismo, para lo cual se pasa a la formulación de planes o métodos para actuar sobre el asunto planteado. Se desarrollan alternativas, se analizan las posibles de la aplicación de cada una.

> Durante esta fase adquiere una particular relevancia el papel de los expertos, asesores, funcionarios con altas cualificaciones técnicas y analistas de empresas e instituciones de investigación,

15. FERNÁNDEZ, Antoni, "Las Políticas Públicas". *Manual de Ciencia Política*. Tecnos. Madrid, España 1999, p. 471.

16. *V.*, FERNÁNDEZ, Antoni, *op. cit.*, Madrid, España 1999, p. 471.

que se esfuerzan en la tarea, siempre difícil, de proyectar sobre el futuro las consecuencias de los actos presentes[17].

Otro momento de especial interés es el de la *toma de decisión*, ya que el estudio de este momento no es de la exclusividad de autoridades legales formalmente reconocidas. Por supuesto que se puede considerar que desde el punto de vista jurídico formal, sólo actúan aquellos entes públicos a los que se le ha atribuido la competencia para hacerlo. Sin embargo, la experiencia real descrita por los científicos sociales, politólogos, apuntan hacia la desmitificación del proceso, mostrando la decisiva participación de otros actores no reconocidos formalmente, sin los cuales no se hubiera concretado una decisión determinada.

La fase de la *ejecución o implementación*, se refiere al momento en que la política pública es puesta en práctica. Este aspecto tiene relevancia, aunque quizás es sólo en la última década en la que se le ha asignado su verdadero valor. Los modelos tradicionales como el weberiano tienden a centrar este proceso en el ámbito administrativo. Es decir, mientras que la toma de decisión desacansa en actores políticos, la ejecución queda en manos de una burocracia técnico-administrativa.

Sin embargo, un estudio más realista da cuenta de la necesaria intervención de actores distintos a los formales, constituidos por grupos e instituciones que se vinculan en este proceso de ejecución. A tal punto se da en realidad esta intervención, que los resultados de la implementación son afectados positiva o negativamente por la acción de esos grupos sociales.

Igualmente hay que tomar en cuenta aquellos niveles gubernamentales que deben actuar en la fase de la ejecución de la política. Su identificación con la medida puede favorecer o, al contrario, desfavorecer la ejecución exitosa, haciendo mucho más compleja esta fase del proceso.

La fase de *evaluación*, se puede entender como el proceso en el cual se efectúan juicios valorativos acerca de una determinada política pública. Allí intervienen una multiplicidad de actores desde los burócratas, los políticos, periodistas, organizaciones de la sociedad civil, hasta llegar a estudios orientados por metodologías científicas provenientes de profesionales de las ciencias sociales que utilizan las herramientas de investigación propias de estas disciplinas. Estas últimas se desarrollan desde las diversas ópticas científicas, tales como la Economía, Sociología o la Ciencia Política.

Un tema importante de reflexión acerca de esta fase es el referido al perfil del evaluador, en cuanto a si debe ser imparcial o neutral frente al gobierno que desarrolla la política o sí debe ser un actor identificado con el mismo.

Evidentemente la calidad del estudio dependerá de esta neutralidad, aun cuando resulta difícil generar estudios *químicamente puros* de las influencias políticas. Tanto el juicio favorable como el desfavorable podrían ser atacados y desvirtuados en función de esa contaminación. Pero, al mismo tiempo, no hay que negar lo difícil de trabajar en terrenos que se encuentran inmersos en la polémica política cotidiana. Por ello la decisión final acerca del signo positivo o negativo del juicio evaluador de una determinada política pública queda en manos de la sociedad, que será determinará su aceptación o su rechazo.

De este breve repaso por las etapas del proceso de producción de las políticas públicas se puede extraer como conclusión la importancia de superar modelos rígidos como

17. FERNÁNDEZ, Antoni, *op. cit.*, Madrid, España 1999, p. 473.

el que restinge a la élite política dominante y a la burocracia el papel protagónico sobre la producción de las medidas requeridas para resolver los problemas sociales. Mucho más restrictivo si, además, funciona en el contexto de un Estado centralizado, en el que los niveles gubernamentales se encuentran sometidos o subordinados a un poder central que concentra la mayor parte de la toma de decisiones, limitando excesivamente a los niveles de gobierno más cercanos al ciudadano.

Por ello, se debe fomentar la participación de actores sociales, así como la descentralización política y administrativa, como elementos claves para desarrollar un proceso mucho más flexible y dinámico que permita alcanzar niveles óptimos de eficiencia y eficacia de la gestión pública, rescatando al Estado de sus defectos, fallas y debilidades, para aproximarlo a la sociedad a la que representa y sirve.

En este contexto surgen ya importantes posiciones que redefinen a las políticas públicas en el contexto de la ampliación de los actores que deben intervenir en su proceso formativo.

> Las políticas públicas no se restringen a lo gubernamental ni a lo estatal, sino que su ámbito de operación son las instituciones que conjugan lo privado y lo público. Situarlas únicamente en lo gubernamental, limita su esencia al considerarlas como instrumentos de la racionalidad formal, no de la racionalidad pública. En la definición de los espacios públicos, las políticas articulan las esferas del mercado y el Estado; de los ciudadanos y el gobierno; de lo público y lo privado; de las instituciones y la institucionalidad[18].

VI. EL CASO VENEZOLANO. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

En la experiencia política que está viviendo Venezuela, se podría pensar que se han creado las bases sustentadoras para desarrollar una democracia participativa. En diversas disposiciones constitucionales se deja plasmada la orientación que hemos desarrollado que implica una modificación del concepto de lo público, admitiendo espacios públicos transferidos a la sociedad.

En primer lugar cabe mencionar los Artículos 5 y 6 del texto fundamental. En el Artículo 5 se establece el principio de que la soberanía reside en el pueblo, permitiendo el ejercicio directo de la misma en los casos previstos en la Constitución y las leyes y de manera indirecta, mediante el sufragio. En el Artículo 6 se establece los rasgos del Gobierno: democrático, *participativo,* descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Por otro lado, dentro de los derechos políticos se consagra en el Artículo 62 de la Constitución un amplio derecho de participación en los asuntos públicos a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil. Esta participación abarca todo el proceso de la gestión pública: Formulación, ejecución y control. Este artículo expresa lo siguiente al respecto:

> Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

18. UVALLE, Ricardo, *op. cit.*, Caracas, Venezuela 2001, p. 156.

> La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

El contenido de este dispositivo constitucional que constituye el centro de atención de este trabajo, implica una ampliación considerable si lo comparamos con los rasgos consagrados en la Constitución de 1961, en la que se establecía un Sistema Partidocrático Representativo que sólo permitía participar en la vida democrática organizándose en Partidos Políticos.

En el primer aparte del artículo citado, se plasma un esquema muy amplio de participación que abarca las distintas fases de la gestión pública. En el proceso de producción de las políticas públicas que se analice con anterioridad, este dispositivo le atribuye a la sociedad el derecho a participar desde el inicio de dicho proceso hasta su culminación. Es decir, desde que se formula la política, pasando por la aplicación práctica y concreta de la misma, hasta su evaluación. Se establece, además, la obligación general del Estado, que abarca los diversos niveles de gobierno, de facilitar el desarrollo práctico de este principio constitucional. Para la Sociedad no es meramente un derecho o una facultad, sino que se plantea como una obligación, en concordancia con el principio de corresponsabilidad Estado-Sociedad, consagrado en el Artículo 4 de la Constitución vigente.

> La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y *corresponsabilidad*.

En el Artículo 66 del texto constitucional, se atribuye a los electores el derecho a exigir de sus representantes la rendición de cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre la gestión pública desarrollada, pudiendo contrastarla con las promesas electorales desarrolladas en los programas de gobierno. Tal disposición plantea un cambio de orientación de las relaciones Estado-Sociedad y puede servir de motor para la estructuración de organizaciones sociales que se dediquen a desarrollar a plenitud el derecho establecido en este dispositivo. Por otra parte, la rendición de cuentas como obligación del representante, encuadra en el esquema participativo en el proceso de la gestión pública, en la fase de la evaluación o control de que se mencionó antes.

Sin pretender haber agotado todo el análisis del nuevo modelo de relaciones Estado-Sociedad consagrados en la Constitución de 1999, no hay que olvidar que los mismos implican cambios que tocan la cultura política que se estableció en nuestro país, a lo largo de mucho tiempo, no circunscrito a la experiencia democrática. Las relaciones con el Estado, ayudados por la renta petrolera se basaron en una base utilitaria, que fundamentó la gobernabilidad y la legitimidad del sistema político en esa amplia posibilidad de satisfacción desordenada y carente de visión de futuro. De manera que para ver cambios materializados según el principio constitucional consagrado en el Artículo anteriormente mencionado, se deben concretar, en primer término, los dispositivos legales requeridos para el más pleno desarrollo de los mecanismos participativos y luego evaluar la medida en que se llevan a la práctica en la experiencia cotidiana de la democracia.

Los organismos creados constitucionalmente que deben ser desarrollados por vía legislativa como el Consejo Federal de Gobierno (art. 185 C.N.), Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 166 C.N.) y Consejos Locales de Planificación Pública (art. 182 C.N.), todos admiten representación de la sociedad organizada. Actualmente los proyectos legislativos contemplan la selección de estos

representantes del seno de las comunidades organizadas. Con la sanción y promulgación de estas leyes, así como de la Ley sobre Participación Ciudadana, se habrán sentado las bases para poner en ejecución el nuevo modelo destinado a aproximar íntimamente a la Sociedad con el Estado, y a establecer relaciones de corresponsabilidad entre ambos. Como se puede ver las cartas están echadas para que se ponga en marcha ese proceso de modernización del Estado.

En la regulación de la Administración Pública (art. 141 al 143 de la Constitución) se consagran principios que facilitan el desarrollo de una gerencia pública moderna, reiterando que la misma está al servicio de los ciudadanos y debe orientarse por los siguientes principios: honestidad, *participación*, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad (art. 141). En este punto se sientan bases sólidas para sustentar la modificación del modelo burocrático y su orientación hacia principios de la gerencia pública. En el art. 143 se establece el derecho del ciudadano a recibir información oportuna y veraz de parte de la administración pública.

Sin embargo, hay ciertos elementos de la realidad socio-política nacional que parecieran entorpecer ese camino.

VII. LOS OBSTÁCULOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA CULTURA POLÍTICA

Cabe mencionar la persistencia, al menos en la práctica política más que en las normas constitucionales, de un Estado Populista, versión latinoamericana del Estado Benefactor, que más que producir resultados positivos en favor de la población sólo ha dejado un sentimiento de malestar y de frustración que aún no se ha revertido[19].

Los rasgos fundamentales del Populismo, tropiezan con una verdadera democracia participativa, como lo he sostenido reiteradamente. Esto se debe a que el Estado en ese contexto establece relaciones verticales con la sociedad. La élite política dominante pretende someter a la sociedad, restándole su espontaneidad e independencia, en su búsqueda por el control político absoluto. Los proyectos o programas que se plantean no surgen de una consulta con la ciudadanía, sino que vienen pre-establecidos, desde la cúpula que dirige el o los movimientos políticos con mayor fuerza. De manera que no se trata de construir un modelo flexible de relaciones sociedad-Estado, de lo que se trata es de plantar en las raíces de la sociedad, el proyecto político que ha sido diseñado previamente por los dirigentes fundamentales de las organizaciones políticas que copan la escena.

El Populismo, que sigue vigente como cultura política en Venezuela, tanto en la élite gobernante como en los gobernados, asigna un rol pasivo a la sociedad y un rol activo y predominante al Estado. La sociedad para poder ser considerada debe probar su sumisión con el proyecto político, sin agregar ni quitar, ni corregirlo. La participación, en este sentido, está limitada por tal esquema, ya que pasa por ese filtro excluyente. Todo sector o grupo u organización de la sociedad civil que no comulgue con las líneas del proyecto político predominante no son consideradas a la hora de conformar los equipos

19. *V.*, MARÍÑEZ NAVARRO, Freddy, *Estado, Bienestar y Sociedad. La Globalización y lo social*. Editorial Trillas, México 2000, pp. 44-51.

que deberán concretar y ejecutar las acciones dentro del marco de una democracia participativa.

De tal manera que lo que se plantea en el panorama que se observa es que si se trata de exigir la aplicación del esquema participativo amplio, que a mi entender está consagrado en nuestra norma fundamental, con una sociedad civil autodeterminada e independiente de las instituciones estatales, se va a entrar en una situación conflictiva con la élite política dominante que pretende implantar su proyecto político hegemónico sometiendo a toda fuerza política o social que se le oponga.

Por supuesto, que esta es una interpretación de la realidad que podría modificarse en la medida en que se desarrolle por vía legal los principios constitucionales. Desde el momento en que se le dote de sentido al esquema participativo y se creen los organismos que en los diferentes niveles del poder público van a estructurar, contando con una representación de la sociedad civil organizada, se verá con claridad cuál es la voluntad política y cuál es el sentido u orientación que seguirá. Si se respeta un concepto independiente de la sociedad civil no sometido al Estado, o si se desvirtúa esta noción sustituyéndola, en aras del proceso revolucionario, por una sociedad civil comprometida con el proyecto de cambio. De cualquier manera, por más restringido que sea el espacio para que se desarrollen las organizaciones societales, no hay duda que la presión por pasar de la representación a la participación va a estar latente. Esta presión cobra vida en la medida que queda demostrado que el Estado no es autosuficiente para producir soluciones y respuestas ante los problemas sociales y deberá acudir, inevitablemente a la sociedad para obtener apoyo y legitimación.

Lo que auguro es un esquema de conflictos que puede resolverse en negociaciones que contribuyan a llevar la balanza hacia la consolidación de un verdadero esquema participativo no supeditado a las directrices de las élites políticas ni a la burocracia estatal. Esta inclinación se produciría por cuanto el modelo elitista democrático y el modelo burocrático, se encuentran comprobadamente debilitados por fallas insuperables que no le permiten cumplir con las enormes y crecientes exigencias sociales.

Sobre estas bases se podría predecir, con cierta precisión, el fracaso de aquellos proyectos políticos que desconozcan lo que ha sido la causa esencial del mismo: El divorcio Estado-sociedad y el mantenimiento en el marco del poder de una élite y de una burocracia autista, incapaz de superar su enorme resistencia a cualquier cambio profundo. En el caso venezolano, existen cuestiones que pueden alargar este aprendizaje, ya que se tiende a atribuir el fracaso del sistema político basado en el pacto de Punto Fijo, a desviaciones clientelares, que no tienen porque afectar al nuevo modelo de Estado populista, interventor y centralizado. Mientras se den cuenta que el problema real está en la incapacidad innata de este modelo de Estado para generar progreso y crecimiento, será la propia sociedad civil la que deberá encargarse de luchar por exigir los espacios participativos que seguramente se le querrán limitar o condicionar.

Otros obstáculos a la instauración del modelo de democracia participativa, tienen que ver con la falta de voluntad política para proceder a desarrollar más la descentralización del aparato estatal. Persiste una tendencia a concentrar poder en el centro, sin dotar de mayor poder de decisión a los niveles estadal y municipal de gobierno. Ello no contribuye a acelerar la instauración de un esquema participativo.

En lo que respecta a la democratización interna de las organizaciones políticas, igualmente se puede observar una clara resistencia al cambio, que hace que tantos las nuevas organizaciones políticas como las viejas, conserven el modelo del centralismo

democrático. Es decir, los cogollos sigue moviendo los hilos de las organizaciones políticas. En este sentido, ¿cómo hablar del desarrollo de una cultura participativa, cuando en las organizaciones políticas no se lleva a la práctica?

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La breve revisión de algunos obstáculos que se pueden observar en la experiencia democrática venezolana, no se deben tomar como argumentos para fomentar la desidia y la apatía ciudadana, así como su pérdida de autoestima. La Venezuela hoy día, no es la misma que en períodos anteriores de su historia, y ya existe en número creciente de sectores de la sociedad civil que han desarrollado una cultura y unos valores que no pueden ser subyugados fácilmente. Poseen la autonomía y convicción de que su labor es necesaria para el progreso de la sociedad. Antes fueron los partidos políticos, a los que se les considerara como males necesarios, que había que soportar estoicamente. Pero hoy hay que añadir a estos grupos de presión que vienen a contribuir con la debida canalización de las demandas que provienen de la sociedad.

De manera que el intento por reimplantar modelos que han sido puesto en duda y criticados fuertemente, como el burocrático y el elitista, se van a ver enfrentados con estos nuevos actores sociales que, por definición, no persiguen el poder político, sino que deben su existencia y su supervivencia a su autenticidad como representantes del colectivo y, por ende, actuar como tales.

La puesta en práctica de un escenario participativo, que no sea interpretado según los intereses de la élite política dominante, dependerá, en buena medida, de la capacidad de esta diversidad de actores sociales de generar un ambiente propicio para oponerse a cualquien intento de sometimiento o de adormecimiento de las exigencias sociales.

Por ello, se debe reiterar que el éxito de una experiencia democrática participativa depende de superar los fantasmas de las culturas políticas que nos mantienen sumidos en la falsa idolatría del Estado autosuficiente, capaz de producir las grandes soluciones sin requerir de la participación de la sociedad. Igualmente se debe evitar caer en las manos de otros ídolos como el mercado.

Una reflexión esclarecedora en torno a la superación del péndulo Estado-mercado, plantea la necesidad de producir el reencuentro entre el mercado y el Estado con la sociedad, pero eso sí, redefiniendo los papeles asignados a cada uno[20]. En su esquema a la mano invisible del mercado, hay que ayudarla con la mano promotora del Estado y la mano solidaria de la sociedad, todos interactuando en una Economía Participativa de Mercado.

20. *V.*, VILLARREAL, René 1997.

BIBLIOGRAFÍA

ALBI, Emilio y otros, *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos,* Ariel, Barcelona, España 2000.

BONIFACIO, José Alberto y LÓPEZ SEGRERA, Francisco, *Presentación. El Tránsito de la Cultura Burocrática al Modelo de la Gerencia Pública. Perspectivas, posibilidades y limitaciones*, UNESCO, CLAD, Caracas, Venezuela 1998.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos y CUNNILL GRAU, Nuria, *Entre El Estado y el Mercado: Lo público no estatal*, Paidós, CLAD, Buenos Aires, Argentina 1998.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, Venezuela 2000.

COHEN, Jean L., y ARATO, Andrew, *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.

CUNNILL GRAU, Nuria, *Repensando lo público a través de la sociedad*, CLAD, Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela 1997.

FEO LA CRUZ, Manuel, "La reformulación del Rol del Estado y la apertura de nuevos espacios para la participación ciudadana", *Memoria Política* n° 6, CEPA, UC.,Valencia, Venezuela 1999.

FERNÁNDEZ, Antoni, "Las Políticas Públicas", *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, España 1999.

KLIKSBERG, Bernardo, "Repensando el Estado para el desarrollo social; más alla de convencionalismos y dogmas", *Revista del CLAD* nº 8, Caracas, Venezuela 1997.

KLIKSBERG, Bernardo, "Diez falacias sobre los problemas sociales de América Latina", *Revista del CLAD* nº 19, Caracas, Venezuela 2001.

MARIÑEZ N., Freddy, *Estado, Bienestar y Sociedad. La Globalización y lo social*, Editorial Trillas, México 2000.

SANZ, Ana, "La Administración Pública", *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, España 1999.

UVALLE, Ricardo, "El fortalecimiento de la vida democrática: la nueva relación de la sociedad y el Estado, *Revista del CLAD* nº 20, Caracas, Venezuela 2001.

VILLARREAL, René, "El reencuentro del mercado y el Estado con la Sociedad: Hacia una economía participativa de mercado", *Revista del CLAD* n° 8, Caracas, Venezuela 1997.

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)

Yusby S. Méndez-Apolinar
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Venezuela

I. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS

Mayoritariamente, la participación política de los ciudadanos ha sido estudiada profusamente desde la óptica unilateral de un *derecho*: esa facultad que nos asiste a todos aquéllos que compartimos un lugar común de la geografía universal, signado por esos genuinos caracteres que nos identifican y nos unen a un mismo suelo, haciéndonos acreedores de la cualidad de *ciudadanos*, de intervenir, de tomar parte en los asuntos públicos que nos atañen como integrantes de un colectivo y, por tanto, partícipes de una misma realidad, donde se comparten las mismas vivencias y se padecen las mismas penas.

Ese reconocimiento de *la participación política como derecho* de los ciudadanos es una conquista de la lucha democrática y de la evolución del pensamiento político. En el mundo contemporáneo se encuentra así consagrado en múltiples instrumentos normativos tanto nacionales como internacionales.

En el ámbito internacional valga mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) y la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001 (artículo 6).

En los ordenamientos jurídicos internos, específicamente en el contexto latinoamericano, las Constituciones de los países como Colombia (artículo 40), Guatemala (artículo 136 literal e), Nicaragua (artículo 50), Paraguay (artículo 117), Perú (artículo 31) y nuestro país Venezuela (artículo 62), expresa y formalmente consagran el derecho de los ciudadanos a la participación política, mientras que el resto de países latinos establecen, en mayor o menor grado, la articulación de este derecho mediante distintas formas de participación**.**

Esa consagración expresa y clara de la participación política como derecho en la Constitución de Venezuela de 1999, con ocasión de la Asamblea Nacional Constituyente, obedeció en gran medida a la insistente e infatigable propuesta de una de sus Comisiones: la Comisión de Nacionalidad y Ciudadanía, presidida por el doctor Allan R. Brewer-Carías[1]. En aquel entonces, ni el Informe Final presentado por la Comisión de

1. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999). Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 119-137.

Régimen Político de la misma Asamblea Nacional Constituyente[2], ni con anterioridad a éste, el Proyecto de Constitución del Presidente Chávez[3], erigía a la categoría de derecho, diáfana y formalmente consagrado, la participación política de los ciudadanos; no obstante, poder presumirse su declaratoria, sobre todo por la prolijidad de *medios de participación y protagonismo del pueblo* que enunciaba el primero de los documentos aludidos. Y es que la mención, en el Informe de la Comisión prenombrada, de la *democracia participativa y protagónica* resultaba indiscriminada y el uso del término *participación* referida a los ciudadanos, abusivo; al extremo de percibirse infausto tanto protagonismo y tanta participación -quizás por la inevitable sensación de desgaste que produce el uso desmesurado de palabras tan llenas de contenido-, además de resultar paradójico, luego de la aseveración anterior, la consagración ambigua de ese derecho, un poco entremezclado entre lo mucho que se quería decir.

En todo caso, es innegable que una de las innovaciones importantes de la vigente Constitución, sea precisamente la declaratoria directa, expresa y formal de *la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, como uno de los derechos políticos*; lo cual representa un avance considerable dentro del constitucionalismo moderno, más aún, cuando la derogada *Constitución de 1961*, texto de alto calibre político-jurídico en su generalidad pero de insuficiente literatura en este punto, sólo concebía en su artículo 114 la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos únicamente a través de los partidos políticos, por lo que la forma de participar políticamente estaba condicionada exclusivamente al derecho de asociarse en partidos políticos, lo cual se mantuvo incólume en el Proyecto de Constitución propuesto por el Presidente Chávez; sin embargo, a tenor de lo que establecía su *artículo 50*: *La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*, el derecho a la participación política era fácilmente deducible y plenamente tutelado bajo la égida de la referida Constitución de 1961. En cuanto a los medios de participación directa, estos estaban limitados al referéndum para el caso exclusivo de la reforma constitucional (artículo 246 ordinal 4º) y a la iniciativa legislativa popular (artículo 165 ordinal 5º); mientras que la *Constitución vigente de 1999* en su *artículo 70* abunda en el enunciado de vías de participación del pueblo en lo político, y en este sentido establece: *"…la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros…"*; de igual manera, hay aproximadamente más de 30 artículos del texto permeados por la participación ciudadana, además del preámbulo y la exposición de motivos, por supuesto.

De todo esto no puedo sino enfatizar en palabras de Ronald Dworkin: "…Si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de los ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa…"[4].

---

2. Este documento debe reposar en el archivo histórico de la Asamblea Nacional, en su defecto consúltese en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

3. *V.*, CHÁVEZ FRÍAS, Hugo, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, contiene Partes I y II, Producido por La Piedra, Caracas, 5 de agosto de 1999, p. 24.

4. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpresión, Barcelona, marzo 1999, p. 278.

II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO OBLIGACIÓN CIUDADANA

Las palabras adquieren verdadero sentido cuando se llenan de contenidos fácticos, de realizaciones tangibles en el quehacer cotidiano del hombre.

El término *ciudadano* refleja indefectiblemente el sentido de pertenencia a un Estado, concebido como organización política de la sociedad, de sus habitantes, en un marco territorial y dentro de un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, la cualidad de serlo implica la adquisición de la ciudadanía: ese vínculo político entre el hombre y el Estado, que como toda relación engendra derechos y obligaciones, pero que adquiere una dimensión especial por su alcance y significado. En efecto, siguiendo a Brewer-Carías, "…la ciudadanía venezolana no es más que la condición jurídica en cuya virtud un individuo interviene en el ejercicio de la potestad política del Estado venezolano..."[5].

De manera que esa especial relación entre el hombre y el Estado (ciudadanía) da lugar a una singular forma de participar (participación política) y a una determinada manera de entender sus consecuencias (derechos y obligaciones ciudadanas). En lo adelante, la participación política de los ciudadanos no seguirá el enfoque tradicional de un *derecho*, no obstante haberse tratado como punto previo, sino que su concepción atenderá a una óptica distinta: cuál es el sentido de participar en los asuntos públicos y ejercer la ciudadanía, en momentos -como los actuales-, en donde hacerlo es necesario y de una imperiosidad galopante.

No nos referimos precisamente a la consagración o no de esta inexcusable conducta en normas jurídicas, pues la realidad se impone y con esa misma fuerza hay que interpretarla, y desafortunadamente para nosotros, hoy vivimos inmersos en algo que hemos denominado: *El surrealismo normativo*[6]; se trata más bien de ahondar en eso que nos pertenece a cada uno y que habita simplemente en los espacios de nuestro ser (deber ser) con mayor fuerza que la de las normas escritas (la conciencia). En este sentido, hacemos enteramente nuestras las palabras de González Vicen: "…la conciencia nos revela nuestra última realidad en forma de exigencia. No hay *conciencia errónea*, como ha querido sostenerse, porque el mismo concepto de *conciencia errónea* presupone la existencia de un orden supraindividual que la conciencia refleja y que constituye la medida de esta"[7].

---

5. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, "La Distribución Horizontal del Poder Publico y el Sistema de Gobierno". 3º Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Tachira, Caracas - San Cristóbal 1996, p. 410.

6. MÉNDEZ-APOLINAR, Yusby S. *El Surrealismo Normativo*, (hasta ahora inédito): RIMBAUD, APOLLINAIRE y KAFKA entre otros, no imaginaron nunca la trascendencia de su doctrina y el ejercicio cotidiano de sus postulados en el mundo jurídico. En nuestra orbe, el derecho es más una elaboración imaginaria, que una regla de conducta útil, eficaz y funcional. La norma se desdibuja cuando al aplicarla, su dimensión sobrepasa los límites de la realidad nuestra, esos genuinos caracteres que nos identifican. Pues bien, el derecho es algo que convive con nosotros pero que paradójicamente, nunca lo sentimos cerca. A veces parece tan surrealista, imaginario e inasible, que dudamos de su existencia en el plano de los hechos, más allá de los textos donde vive muriendo cada día. El Estado de Derecho nos impone así una forma de ser y de actuar, nuestras vidas se regulan a través de normas cuya máxima expresión confluye en el Principio de Legalidad, esa sumisión al derecho como único medio en el que la libertad de todos tiene armonioso lugar y fecundidad plena. Pero ese derecho solo es vívido si sus intérpretes así lo quieren, de lo contrario sólo será letra muerta…

7. GONZÁLEZ VICEN, Felipe, "La obediencia al Derecho", en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje del Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*, Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1983, p. 449. *Cit.* por DE ASIS ROIG, Rafael, *Deberes*

Pues bien, intervenir hoy en los asuntos públicos de nuestro país es la contraprestación que tenemos al formar parte de un Estado Social y Democrático de Derecho, es una exigencia del comportamiento cívico, coherente con nuestra manera de ser y sentir. De allí que la mayoría de los autores estén contestes con la aseveración: la Democracia se revitaliza en su esencia mientras ésta sea más participativa y más representativa.

Por ello es necesario hacer uso constante de los distintos mecanismos de participación articulados en las normas, convencidos de que los derechos se ganan realmente cuando cumplimos con nuestras obligaciones, y en este particular, con nuestras obligaciones ciudadanas, más aun cuando se trata de defender lo más digno y noble del ser humano, lo que atinadamente denominó José Guillermo Andueza en un artículo publicado hace algún tiempo en el Diario El Nacional, *El Derecho a la Esperanza*; derecho que sólo puede concebirse en los espacios de libertad. Libertad que en la actualidad está siendo fuertemente amenazada ante un gobernante de mentalidad y actitud autoritaria, caracterizado por un penoso desprecio por el ser humano, quien hace de la violación sistemática de los derechos de los ciudadanos venezolanos a quienes se debe, una *apología* constante en su verbo y en su comportamiento -sin ser generosa en el uso del término-, razón por la cual no existe en su haber el más mínimo respeto a los espacios democráticos, esos que le permitieron llegar a la presidencia; cargo desde el cual, haciendo un uso indebido del poder que detenta y pretende omnímodo, desconoce los derechos de los ciudadanos en tanto implica reducción de posibilidades para su ejercicio arbitrario.

Especialmente, en lo que tiene que ver con la participación ciudadana en los asuntos públicos, múltiples son las manifestaciones de desprecio por su parte. Valga señalar sólo como ejemplo, la manera inconsulta como fueron dictados 48 Decretos-Leyes en materias de primer orden para el país, violando inconcusamente los artículos 62, 70, 206 y 211 de la Constitución[8]; además del nombramiento discrecional de los titulares de los órganos de los Poderes Públicos Nacionales (Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República) en ausencia de los Comités de Postulaciones que debían estar exclusivamente integrados *por representantes de los diversos sectores de la sociedad* tal como lo prevé la norma constitucional, pero que fueron sustituidos por una Comisión Parlamentaria creada por una Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitu-

---

y Obligaciones en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, Colección El Derecho y La Justicia (22), p. 108

8. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*G.O.* nº 36.860 de 30-12-99). Reimpresión por errores materiales (*G.O. Extra.* nº 5.453 de 24-03-2000).

Artículo 62: "Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el *derecho de participar libremente en los asuntos públicos*, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión publica es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones mas favorables para su práctica" (cursivas nuestras).

Artículo 70: "Son *medios de participación y protagonismo del pueblo* en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, *la consulta popular*, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros…" (Cursivas nuestras).

Artículo 206: "…Los Estados *serán consultados* por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos…" (Cursivas nuestras).

Artículo 211: "…La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, *consultarán* a los otros órganos del Estado, *a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos*…" (Cursivas nuestras).

cional de noviembre de 2000. De igual forma, la *apresurada discusión* para la aprobación del nuevo texto Constitucional en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, de casi un mes solamente, lo cual imposibilitó cualquier intento real de participación efectiva de los ciudadanos, mediante propuestas u observaciones críticas, así como la aprobación del mismo, a través de un referéndum, luego de la divulgación del proyecto con sólo tres semanas de anticipación[9].

Dentro de los acontecimientos más recientes tenemos, entre otros muchos, el intento frustrado de los ciudadanos de someter a referéndum consultivo la actuación presidencial, cuestión que fue vilmente torpedeada desde el gobierno. Con esto no estamos evaluando la pertinencia o no de ese mecanismo de participación desde el punto de vista jurídico, pues ese sería un punto para ser tratado a profundidad y por lo tanto en un estudio aparte; simplemente, cuestionamos la lectura errada y maniquea que hace el gobierno de todo acto de expresión popular que se oponga legítimamente a sus caprichosas querencias dictatoriales. El mencionado referéndum estaba pautado para el 02 de febrero del corriente; sin embargo, tuvo que ser sustituido por *El Firmazo*, organizado logísticamente por la Asociación Civil Súmate y donde de manera contundente y con una participación masiva, se recogieron un total de cuatro millones cuatrocientas veintiseis mil trescientas veintiuna firmas (4.426.321 firmas) en contra de la actuación presidencial y de su equipo[10]. Cifra que supera la cantidad de votos que llevaron al presidente Hugo R. Chávez Frías, a ocupar la primera magistratura, en 1998: tres millones seiscientos setenta y tres mil seiscientos ochenta y cinco votos (3.673.685 votos)[11].

Todo esto nos lleva a afirmar con vigorosa convicción que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos clama hoy por su vigencia efectiva y real; pero para ello es necesario hacerlo valer, ejercerlo; asumiendo con sentido de responsabilidad la *obligación* que como ciudadanos tenemos de defenderlo a toda costa, condición esta indispensable para la pervivencia del Estado Social y Democrático de Derecho. Así lo concibe, además, la Carta Democrática Interamericana, adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el Vigésimo Octavo período extraordinario de sesiones celebradas el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, cuando en su artículo 6º declara como un *derecho* y una *responsabilidad* la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, considerándola también como una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia, el cual se robustece con la promoción y fomento de las diversas formas de participación.

En este sentido, la Encíclica *Laetitiae sanctae*, de León XIII, nos enseña: "…el cumplimiento de los deberes sencillos de la vida cotidiana y todos los demás, tan pronto como arraigan en los espíritus, harán surgir poco a poco, con toda seguridad, el anhelado cambio en la manera de pensar y en las costumbres. Entonces las obligaciones propias de cada cual, lejos de resultar aborrecibles y molestas, se harán gratas y atrayentes…"[12].

---

9. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002.* Editorial CEC, S.A., Los Libros de El Nacional, Caracas, Colección Ares 44, pp. 149-155 y 238-242.

10. *V.*, Firmas recogidas (El Firmazo) [en línea]. <http: //www.carelia.org/home/default.asp> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

11. *V.*, Resultado de la elecciones presidenciales (Venezuela 1998) [en línea]. <http: //www.fortunecity.de/olympia/beckenbauer/30/venez98.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

12. León XIII, "Laetitiae sanctae", en *Doctrina Pontificia*, t. III, BAC, Madrid 1959, p. 377. *cit.* por DE ASIS ROIG, Rafael, *Deberes y Obligaciones en la Constitución, ob. cit.*, p. 83

III. LA CULTURA DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DELINEADOR DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN

A partir de octubre del año 1958, después de 10 años de dictadura, cuando se firma el Pacto de Punto Fijo por los partidos políticos AD, Copei y URD, con la venia de grupos importantes pertenecientes al poder militar, sindical, empresarial y eclesiástico del país, nace en Venezuela un modelo democrático producto de la alianza y el consenso de las élites. Pacto en el cual se acuerda que las divergencias entre esos partidos políticos, así como los intereses políticos, económicos y sociales comunes, se encauzarían dentro de pautas de conciliación y consenso, a los fines de asegurar la supervivencia, aceptación y legitimación del régimen democrático.

Salidos de un régimen autoritario, la libertad se convirtió entonces en el valor fundamental, especialmente en la esfera de los derechos individuales, sociales y políticos. Al lado de la igualdad y la justicia, fue el valor mejor desarrollado en los años sucesivos y en distintos predios, v.gr. libertad de expresión, libertad política, libertad de movilización dentro de la geografía nacional e internacional, entre otras. Hubo un desarrollo importante del pluralismo, no sólo entendido en su sentido político primario (existencia de una sociedad conformada por diversos grupos políticos y centros de poder), sino como actitud cívica de respeto a la diversidad de ideas y posiciones, de tolerancia, moderación y diálogo; indispensables todos estos para el buen manejo de las diferencias, divergencias y antagonismos entre los actores. No obstante, los espacios de participación de la sociedad civil en lo público habían sido copados, casi en su totalidad, por los partidos políticos como únicas organizaciones de intermediación entre el Estado y la Sociedad Civil, de manera que la participación política se había limitado realmente a la participación partidista y electoral.

Los partidos políticos jugaron entonces un papel predominante y protagónico en la instauración del sistema democrático, tanto así que la gente no se percataba de la necesidad de participar en política, porque sencillamente no tenían necesidad de hacerlo, se sentían en su mayoría representados en un contexto donde no estaba en riesgo la libertad, la igualdad, la justicia; muy por el contrario, se estaban llenando de contenido todas esas expresiones, como valores del nuevo sistema político ganado: la democracia. Por ello, era común escuchar -como cuentan nuestros padres- expresiones como: *La política es para los políticos.*

Con el transcurrir del tiempo, esa gran obra creada fue incomprendida por sus mismos autores, es lo que denomina Brewer-Carías: *Incomprensión del liderazgo*. Los representantes de los partidos políticos no entendieron cuál era su papel posterior y fueron perdiendo el sentido de realidad ante el cambio de necesidades y expectativas del pueblo venezolano, anquilosados en un pasado. Y es que el modelo de democracia partidista, populista y pactada fue agotándose en la medida que entraba en crisis el modelo de desarrollo económico rentista y estatista, y en la medida que colapsaba el esquema clientelar adoptado por esos partidos políticos. Esto trajo como consecuencia la crisis de la década de los años 80, reflejo de un sentimiento generalizado de frustración de los ciudadanos al no sentir que sus problemas eran efectivamente resueltos y que por tanto, esas demandas sociales no obtenían las respuestas deseadas. La gente fue imbuyéndose entonces en un clima de anomia y apatía social, que se hacía más fuerte a medida que pasaba el tiempo y la crisis se agudizaba.

Producto de la crisis, se requería de nuevos actores políticos que interpretaran el verdadero sentir del pueblo, es entonces cuando Hugo R. Chávez Frías, con su gran caris-

ma y poder de seducción, aprovechando el sentimiento de frustración reinante en la población venezolana, logra la identificación de la mayoría con su discurso y con ello la silla presidencial.

Antes, sin embargo, un proceso silente de 40 años, se había arraigado en nuestras vidas casi sin darnos cuenta. Es que nos acostumbramos a tener libertad, a sentirnos iguales, a luchar por la justicia porque teníamos a dónde acudir para hacerla valer. Con todas sus imperfecciones, los valores de libertad, igualdad, justicia, solidaridad, compañerismo, cordialidad, entre otros, se habían clavado en nosotros y así lo sentíamos. Todo ello, gracias a la democracia.

Por ello, Brewer-Carías señala: "...El patrimonio histórico-político-cultural más importante que tiene Venezuela en estos comienzos del Siglo XXI, sin duda, es el de la democracia como régimen político y como forma de vida... La verdad es que los venezolanos nos habituamos a la democracia...a vivir en libertad; y en esa situación, el pueblo no acepta ni tolera el autoritarismo, y rechaza la violencia..."[13].

Hoy, esa *cultura democrática* adquirida, ese conjunto de valores, creencias y actitudes concebibles sólo en un sistema democrático heredado de las tradiciones políticas, es la fina línea que demarca nuestros *derechos y obligaciones* como ciudadanos en el contexto político reinante, cuando lo que está en juego no es otra cosa sino nuestra *democracia*.

Finalmente, no puedo sino expresar mi más profundo agradecimiento al Maestro que me abrió las puertas cuando, llena de incertidumbre pero con imperiosas ganas, tan sólo terminaba mi carrera de derecho.

Ese Maestro, a quien tengo el privilegio de dedicar estas palabras en tan merecido homenaje, no es otro sino el doctor Allan R. Brewer-Carías; para quien, desde la exigüidad de mis méritos, obsequio esta breve reflexión.

Como dijera Richard Bach en su bello libro *Ningún lugar está lejos* "...los mejores regalos que puede el hombre recibir en la vida, no son los que están envueltos en oro, en cristal o en plata, sino aquéllos que están llenos de verdad, de alegría y de amistad...".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUTISTA URBANEJA, Diego, NJAIM Humberto y STAMBOULI, Andrés, "Las Reformas Políticas" en *Reformas para el cambio político: Las transformaciones que la democracia reclama.* Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), vol. 3, Caracas 1994.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana: La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*. Editorial CEC, SA. Los Libros de El Nacional, Colección Ares 44, Caracas.

"Reflexiones sobre El Constitucionalismo en América" en *Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó: Historia del Derecho de Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, nº 2, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas 2001.

13. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002, op. cit.*, p.139.

La Constitución de 1999 (con el texto oficial de la Constitución). Editorial Arte, Caracas 2000.

Debate Constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999). Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I: "El régimen histórico-constitucional del Estado", 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo III: "La Distribución horizontal del poder público y el sistema de gobierno", 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo IV: "Los derechos y garantías constitucionales", 3ª Edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

Problemas del Estado de Partidos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

El Estado: Crisis y Reforma, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Series Estudios, Nº 4, Caracas 1982.

"La participación política en la nueva Ley Orgánica del Régimen Municipal" (*separata del Libro-Homenaje al Doctor Rafael Pizani*). Universidad Central de Venezuela – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1979.

CHÁVEZ FRÍAS, Hugo, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, contiene Partes I y II, Producido por La Piedra, Caracas 1999.

COMBELLAS, Ricardo, "La Reforma general de la Constitución y sus aspectos más resaltantes" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nº 84, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1992.

CONTRERAS, José Gregorio, "La Descentralización y la Democracia Participativa" en *Memoria Política*, nº 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección El Derecho y La Justicia (22), Madrid 1991.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpresión, Barcelona, marzo 1999.

FEO LA CRUZ P., Manuel, "La reformulación del rol del Estado y la apertura de nuevos espacios para la participación ciudadana" en *Memoria Política*, nº 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

FERNÁNDEZ TORO, Julio César, "Representación y Participación la Reforma Constitucional: Una propuesta para mejorar la democracia" en *Politeia*, nº 19, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1996.

"De la Democracia Insuficiente a la Democracia Plena" en *Una Constitución para el ciudadano*. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas 1994.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Estado y Sociedad*. Obras completas III. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe. "La obediencia al Derecho" en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje del Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*. Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1983.

HALUANI, Makram, "De la Aflicción Individual a la Participación Pública Colectiva: Modelo Analítico-Cualitativo de la Movilización Política" en *Memoria Política,* Nº 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A. y LEJARZA A. Jacqueline, *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

MEIER ECHEVERRÍA, Henrique, *¿Qué es el Derecho?*, Editorial Panapo, Caracas 2001.

MOLINA, José Enrique, "Democracia Representativa y Participación Política en Venezuela" en *Cuadernos de CAPEL*, nº 10, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), 1996.

RIVAS QUINTERO, Alfonso, "Democracia Representativa y Participación popular" en *Una Constitución para el ciudadano,* Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas 1994.

URDANETA, Argenis, "Opciones participativas y Gobernabilidad Democrática" en *Memoria Política*, nº 6, Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia 1999.

Constitución Política de Colombia [en línea]. <http://www.georgetown. edu/pdba/Constitutions/Colombia/col/91.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución Política de la República de Guatemala [en línea]. <http://www. Infoguat.guatemala.org/Constitution.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución de la República de Nicaragua [en línea]. <http://www. georgetown.edu/pdba/Constitutions/Nica/nicarefs.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución de la República de Paraguay [en línea]. <http://www. georgetown.edu/pdba/Constitutions/Paraguay/paraguay.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Constitución de la República de Perú [en línea]. <http://www.angelfire. com/va/-derecho/cnperu.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Firmas recogidas (El Firmazo) [en línea]. <http://www.carelia.org/home/default.asp> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

Resultados de las elecciones presidenciales (Venezuela 1998) [en línea]. <http://www.fortunecity.de/olympia/beckenbauer/30/venez98.html> [Consulta: 17 de marzo de 2003].

§ 19 UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Cosimina G. Pellegrino Pacera
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Esta presentación comprende un breve estudio sobre la institución del referendo como mecanismo de participación ciudadana, que consagra expresamente nuestra actual Constitución, como un derecho político inherente a toda persona.

La consagración de este mecanismo en nuestro sistema constitucional implica que el ciudadano pueda participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

El referendo como mecanismo de participación democrática comporta una revaloración y un redimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. Es por ello, que ha sido uno de los temas centrales del que hacer político y jurídico del Estado y de la sociedad civil venezolana en los últimos tiempos, y probablemente lo siga siendo próximamente.

Sobre esta institución, como veremos, se cierran muchas sombras y existen múltiples vacíos normativos lo cual podría dificultar su adecuada comprensión por la gente, que es, precisamente, la llamada a darle vida a ese instrumento de participación ciudadana.

No hay duda sobre la perplejidad que envuelve esta figura de participación plena popular en el destino del país. Si bien resulta plausible que el texto constitucional venezolano permita al ciudadano tomar decisiones en la gestión pública, y por ende, le reconozca *un poder constitucional significativo*, no es menos cierto, que esto a su vez, podría acarrear efectos paralizantes sobre la gobernabilidad del país.

En todo caso, uno de los avances más importantes introducidos en la Constitución de 1999 es, la consagración de una serie de instrumentos participativos que permiten una mayor y más directa vinculación entre los órganos del Poder Público y el ciudadano.

Por último, queremos advertir que no aspiramos, en el presente ensayo, desarrollar un análisis en forma exhaustiva de la institución del referendo ni agotar su estudio, sólo pretendemos esbozar algunas ideas, enfatizando algunos aspectos fundamentales que en la actualidad resultan de gran interés.

II. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La participación política es un derecho que ha alcanzado incluso el rango de derecho humano, aún antes de ser consagrado expresamente en muchas Constituciones escritas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, consagró como un derecho esencial del hombre, el derecho de toda persona, a *"tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes"*.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), el 10 de diciembre de 1948, consagró el derecho de toda persona a *"participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos"*. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, consagró como un derecho humano, el derecho de todo ciudadano a *"participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos"*.

En idénticos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, consagró entre los derechos humanos políticos, el derecho de todo ciudadano a *"participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos"*.

El derecho a la participación política consagrado en el ámbito internacional, es a su vez recogido por varios textos constitucionales. Tal es el caso de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referendo el día 15 de diciembre de 1999.

En efecto, uno de los avances más importantes introducidos en la Constitución venezolana ha sido la consagración de una serie de instrumentos participativos que permiten una mayor y más directa vinculación entre los órganos del Poder Público y el ciudadano.

Y, es desde esta perspectiva, que podamos afirmar que la participación política o ciudadana, intrínsecamente ligada a la forma de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, deviene como derecho fundamental de los ciudadanos.

III. EL SISTEMA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA

La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución derogada de 1961 que apenas estableció dos instituciones de democracia participativa: la iniciativa popular y el referendo en caso de reforma constitucional, estipula un sistema directo y atento de control de la gestión pública, en otras palabras, un *sistema de democracia participativa*, que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la actual Constitución se concibe, en los términos siguientes:

> En materia de Derechos Políticos se incluyen modificaciones sustanciales en relación con la Democracia Representativa y de Partidos establecida en la Constitución anterior.
>
> Se inicia el Capítulo con la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercido de manera directa, semidirecta o indirecta. Este derecho no queda circunscrito al derecho al sufragio, ya que es entendido en un sentido

> amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública. Como contrapartida el Estado y la sociedad deben facilitar la apertura de estos espacios para que la participación ciudadana así concebida se pueda materializar.
>
> Esta regulación responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la cultura política generada por tantas décadas de paternalismo estatal y del dominio de las cúpulas partidistas que mediatizaron el desarrollo de los valores democráticos. De esta manera, la participación no queda limitada a los procesos electorales, ya que se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de las políticas públicas, lo cual redundaría en la superación de los déficits de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de sintonía entre el Estado y la sociedad.
>
> Concebir la gestión pública como un proceso en el cual se establece una comunicación fluida entre gobernantes y pueblo, implica modificar la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, para devolver a esta última su legítimo protagonismo. Es precisamente este principio consagrado como derecho, el que orienta este Capítulo referido a los derechos políticos ….

El principio general del sistema participativo está estipulado en los artículos 5 y 6 de la Constitución de 1999, los cuales establecen, respectivamente, que:

> *La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce "directamente" en la forma prevista en esta Constitución y en la ley*, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público *(destacado nuestro).*
>
> El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, *participativo,* electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y *de mandatos revocables (destacado nuestro).*

Asimismo, el artículo 62, *eiusdem*, consagra expresamente el derecho a la participación política, en los términos siguientes:

> Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

Por otro lado, el Capítulo IV, del Título III de la Constitución de 1999 consagra cuatro (4) tipos o modalidades de referendos: consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio, como formas de acercamiento en la toma de decisiones y como forma de intervención ciudadana, capaz de sancionar la indebida gestión de los intereses generales.

Lo cierto es que a lo largo del texto constitucional venezolano, son varios los dispositivos que se dedican a regular la participación del ciudadano en el gobierno y en la gestión de los asuntos públicos.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que la participación ciudadana es una de las características fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se ha abierto al soberano la posibilidad de intervenir en forma mucho más directa y constante en los asuntos de gestión y gobierno[1].

De hecho, la Constitución de 1999 introduce una nueva teoría acerca de las relaciones entre el Estado y la sociedad, creando unas posibilidades de participación inexistentes en la Constitución de 1961[2].

---

1. CHAVERO GAZDIK, Rafael, "La Forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un Canto de Sirena?)", *Revista de Derecho Público* n° 81/2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 29-39.
2. SALAMANCA, Luis, "La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana", *Revista de Derecho Público* n° 82/2000. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 85-105.

La participación ciudadana se convierte en un reto que debe encarar la sociedad organizada, ya que ante el incipiente proceso de transformación que vive la sociedad venezolana y que se promueve constitucionalmente, se abren oportunidades nunca vistas para los ciudadanos, de incidir en los cambios sociales, proponiendo leyes, estableciendo mecanismos de seguimiento, control y evaluación de la gestión pública que están por definirse. De esta manera, la democracia se hace directa y más cercana al individuo y a sus diferentes formas de organizarse socialmente[3].

Para el profesor Ricardo Combellas, la democracia participativa, a la luz del texto constitucional venezolano, se caracteriza, por los siguientes aspectos:

1. Concibe al pueblo como un sujeto activo de la política, es decir los ciudadanos se hacen presentes, son protagonistas de la formación y ejecución de las políticas públicas;

2. La democracia participativa implica un espíritu cívico, una base valorativa en la educación ciudadana, proclive a la participación;

3. La democracia participativa permite a los seres humanos desplegarse libremente en las dimensiones política, social, económica y cultural de su entorno vital; y,

4. La democracia participativa no es un concepto restrictivo y unidimensional, sino comprensivo y pluridimensional, totalizante, no-atomista ni reduccionista, pues abarca en una relación de permanente interdependencia, las diversas dimensiones del espacio público[4].

Por otra parte, la profesora Hildegard Rondón de Sansó, enseña que hay materias con respecto a las cuales el pueblo no necesita representantes para actuar en el ejercicio del Poder Público, sino que puede hacerlo por sí mismo, como sucede con las que son objeto del referendo, como mecanismo de actuación popular[5].

Igualmente, el constitucionalista Néstor Pedro Sagüés sostiene que la actuación del Poder Electoral es hoy refrendada por una seria presunción de legitimidad, al afianzarse el concepto de participación popular como recaudo del sistema democrático.

En tal sentido, el referido autor afirma, que:

> La tesis a mayor participación, mayor legitimidad democrática acentúa, pues, la presencia del poder electoral como algo justo y valioso[6].

Así pues, de todo lo antes expuesto, se puede colegir, que la *democracia participativa* permite al ciudadano formar parte en la toma de decisiones del gobierno, sin que en las deliberaciones haya intermediarios. Es lo que también se ha denominado democracia de identidad o democracia roussoniana, esto es, por la influencia que en su formulación moderna ejerció el filósofo de Ginebra[7].

La participación ciudadana es un fenómeno nuevo en la vida de la democracia venezolana, por lo tanto, debe estar acompañada del desarrollo de una conciencia cívica, de una educación para el desarrollo de la cultura política, además de una renovación de los

---

3. BARRIOS ORTIZ, Fermín, "La Constitución y la participación ciudadana en la gestión municipal", *Elecciones y Poder Local en la Nueva Gestión Municipal*. Consejo Nacional Electoral, Caracas 2001, p. 21.

4. COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* Mc Graw Hill Interamericana de Venezuela, S.A., Caracas 2000, pp. 33-34.

5. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Ad imis fundamentis.* Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte Orgánica y sistemas). Caracas 2000, pp. 53-54.

6. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional.* Tomo I, 3ª Edición, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires 1999, p. 411.

7. CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*. Cedecs Editorial, Estudios Constitucionales y Políticas, Barcelona, España 2001, p. 62.

tradicionales, pero necesarios partidos políticos, hoy día, denominados asociaciones u organizaciones con fines políticos (artículos 67 y 293.6 de la Constitución de 1999).

Por otra parte, es indispensable para el efectivo ejercicio del derecho a la participación ciudadana, que la sociedad esté preparada y debidamente formada para poder intervenir directamente en la toma de decisiones gubernamentales.

De hecho, esta democracia sólo podrá ser efectiva si se organizan múltiples estructuras de participación, donde se permita la presencia activa del ciudadano. Por supuesto, que todo esto significa una reestructuración, recomposición y reorganización de las instituciones del Estado, adaptándolas a esta nueva forma de convivencia política[8].

Además, para que sea posible la participación ciudadana, es necesario delimitarla, es decir en qué, cómo y cuándo se debe participar, ya que lo que se busca no es intervenir en todos y cada uno de los asuntos públicos. No creemos en una participación en todas las instancias y en cada momento. Tampoco creemos que existan las condiciones técnicas, ni la disposición humana para lograr una satisfacción entera o total de la exigencia popular.

A través de la participación ciudadana se pretende perseguir la eficacia y no el entorpecimiento de sus funciones, pues como señala el politólogo José Gregorio Contreras, lo que termina destruyendo a la participación es la *sobreparticipación*, aunado al hecho que los ciudadanos no siempre están dispuestos a intervenir en todos los asuntos de la vida pública, sino sólo en aquellos que realmente les interesa.

Igualmente, creemos conveniente subrayar que la participación ciudadana será posible si el legislador patrio delimita en forma precisa sus contenidos, alcances y radio de acción de sus resultados, esto es, a los fines de garantizar el efectivo ejercicio de dicho derecho político.

También resulta importante destacar que para lograr una democracia participativa es necesario que existan las asociaciones u organizaciones con fines políticos, tal como lo hemos indicado *ut supra*, pero las mismas deberán estar adaptadas a las nuevas exigencias y al nuevo sistema democrático previsto en el texto constitucional venezolano.

La principal función de dichas asociaciones u organizaciones deberá consistir en *"aglutinar la voluntad popular para transformarla en voluntad del Estado"*, es decir convertir una voluntad heterogénea y dispersa, como es la de la masa desorganizada de los ciudadanos, en voluntad única, identificada y dirigida hacia el Estado.

Además, deberá garantizarse que esos entes no se limiten a reproducir sólo los planteamientos de un grupo dirigente más o menos numeroso, sino del conjunto de la militancia y de su electorado.

Estas asociaciones u organizaciones, como instrumento fundamental para la participación política, deberán ejercer funciones de trascendental importancia en el Estado actual, principalmente deberán concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular[9]. En otras palabras, deberán convertirse en garantes de los derechos de los electores, es decir *"tratar de llevar los clamores de la sociedad a las instituciones del Esta-*

8. CONTRERAS, José Gregorio, "La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano" en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*. Volumen I, Caracas 1996, pp. 252-253.

9. NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, "Partidos Políticos y "democracia interna". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Cuadernos y Debates* n° 85, Madrid 1999, pp. 233-238.

do y que éstas a su vez den respuestas satisfactorias en donde se refleje el clamor del ciudadano"[10].

1. El Referendo en el sistema jurídico venezolano

A. Reseña histórica: algunas consideraciones

Una de las formas de expresión de la democracia participativa, es el *referendo*, cuyo origen se remonta antes del siglo XVI en el antiguo derecho helvético.

En efecto, para la mayoría de la doctrina constitucionalista el referendo es un instrumento de participación ciudadana que encuentra sus raíces en las dietas medievales, donde los representantes de los estados confederados, una vez tomadas las decisiones, debían refrendarlas (ad referéndum) ante ellos, para que tuvieran validez[11].

Sin embargo, para otros este instrumento de carácter participativo encuentra su génesis en el Derecho Romano, específicamente en la época republicana, a través de la institución política que era conocida con el nombre de *asambleas populares (comitia)*, en donde los ciudadanos romanos eran llamados a expresar su opinión. Se trataba pues, de la participación del *populus* en la gestión política romana.

En todo caso, la figura del referendo era concebida como una consulta dirigida al pueblo para que decidiera la conveniencia de adoptar o no una determinada decisión. De manera que, a través de este medio podía darse la oportunidad a los ciudadanos de expresarse directamente y de manifestar su voluntad.

Ahora bien, hoy día, este medio de participación es concebido como un elemento de la democracia participativa, que se ha venido introduciendo en varias Constituciones del mundo, tratando así de superar la crisis que vive la democracia representativa, y Venezuela no ha escapado de esta corriente de cambio, particularmente con el texto constitucional de 1999.

En efecto, podríamos afirmar que el referendo vendría a fortalecer el principio democrático, pues, la democracia participativa viene a ser el correctivo de la democracia representativa, concebida esta última como aquella forma de ejercicio de la soberanía a través de representantes escogidos por el cuerpo electoral en elecciones periódicas.

Por ende, no creemos en la sustitución de la democracia representativa por la participativa, sino en la complementación de ambas. Las dos pueden coexistir logrando así tener un ciudadano con mayor sentido de responsabilidad y de compromiso político, de manera de alcanzar el control del poder político, para evitar las desviaciones negativas que muchas veces se dan en él.

Por otro lado, la democracia participativa obliga a una mayor preocupación de los gobernantes por las demandas de la sociedad. Sobre este aspecto, el politólogo venezolano Luis Salamanca sostiene lo siguiente:

> La tentativa de crear una democracia participativa en los términos de la Constitución del 99 es, quizás, única en el mundo y, exige, estar conscientes de sus implicaciones institucionales. Hasta ahora ningún sistema democrático ha tenido que prescindir de su carácter representativo pa-

10. CONTRERAS, José Gregorio, *ob. cit.*, p. 255.

11. *V.*, QUESADA RADA, Francisco Miró, *Democracia Directa y Derecho Constitucional.* Artes y Ciencias, Editores, Lima 1990, p. 98.

> ra hacerse más participativo. Y, por otra parte, ninguno ha llegado a constituir una democracia participativa total.
>
> La nueva Carta Magna busca dar el salto desde la representación, es decir, desde la democracia indirecta hasta la democracia directa con diversas modalidades, pero sin erradicar la representación. No se conoce en la historia política de la humanidad, ni siquiera en Atenas, un régimen político total y exclusivamente participativo y en los que no haya sido necesario recurrir a diversas formas de representación (…)[12].

Al respecto, resulta ineludible mencionar lo estipulado en el artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando se refiere a que el *"gobierno de Venezuela es y será siempre … de mandatos revocables"*, que alude a la posibilidad cierta de que la voluntad popular, manifestada mediante un referendo, produzca la cesación del desempeño de un cargo de elección popular, tanto por motivos de legitimidad, como por resultar inconveniente o inoportuna la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular.

De ahí que, la implementación de mecanismos de democracia participativa como mecanismo correctivo de los males que confronta la democracia representativa, es la tendencia que se impone mundialmente en los actuales momentos.

B. Antecedentes legislativos

El sistema constitucional venezolano hasta 1999 era formalmente representativo, únicamente se contemplaba el referendo previsto para el supuesto de la reforma general de la Constitución (artículo 246.4° de la Constitución de la República de Venezuela de 1961).

En efecto, la Constitución promulgada en 1961 era formalmente representativa, *exclusivamente representativa*. Así, en el artículo 3 de la Constitución, el gobierno se definía como representativo, mas no como participativo. Igualmente, el artículo 4, *eiusdem*, se estipulaba que, si bien la soberanía reside en el pueblo, ésta la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.

Frente a estas disposiciones, señalaba el profesor Ricardo Combellas, que:

> La Constitución fue promulgada en 1961, es decir, habían pasado trece años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. No obstante éste singular documento de la historia del género humano es más avanzado que nuestra Constitución, al consagrar en su artículo 21.1 el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente (…) o por medio de representante libremente escogidos. Ello revela, una vez más, que el derecho interno, en materia de derechos humanos, va a la zaga del derecho internacional[13].

No en vano el preámbulo de la Constitución de 1999, cuyo texto se encuentran plasmados, junto con la invocación del poder que el Constituyente ejerció, los valores y principios del ordenamiento constitucional puesto en vigencia, y las finalidades que la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 pretendió obtener con la promulgación de la nueva Carta Fundamental, declara expresamente *"…refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica…"*. Por esto, podemos

12. SALAMANCA, Luis, *ob. cit.*, pp. 85-105.

13. COMBELLAS, Ricardo, "Crisis de la representación política. Poder popular y poder moral. La ilustración del caso venezolano" en *Costituzionalismo Latino*, Tomo II, Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti IX. Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia - América Latina. Sassari, s/f, p. 137.

sostener que el principio democrático participativo constituye uno de los fines que la Constitución de 1999 aspira a realizar.

Por otra parte, no podemos olvidar las deliberaciones que surgieron en el país durante el año de 1989, cuando se designó una Comisión Bicameral de Revisión de la Constitución de 1961, que presidió el doctor Rafael Caldera.

Esa Comisión presentó al Congreso de la República, en 1992, su Informe, contentivo de una propuesta de Reforma Constitucional, el cual destacaba entre otros aspectos, la inclusión del referendo y otras instituciones de participación popular en el ordenamiento jurídico constitucional, el cual marcaba su evidente propósito de instituir un sistema democrático participativo, que superaba las carencias del sistema representativo de la Carta venezolana de 1961.

En efecto, el proyecto de Reforma Constitucional proponía la institución del referendo en cuatro aspectos:

1. El *referendo aprobatorio*, para pronunciarse sobre proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando así lo decida la mayoría de los miembros de una de las Cámaras, o sobre decisiones de especial trascendencia del Ejecutivo Nacional, por iniciativa del propio Presidente de la República en Consejo de Ministros o por acuerdo del Congreso por los votos de la mayoría absoluta de una de las Cámaras.

Igualmente, según el Proyecto, podrán someterse a referendo aprobatorio, los tratados, convenios o acuerdos internacionales antes de su ratificación, por iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros, por acuerdo del Congreso por voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara, o por iniciativa del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral.

2. *El referendo abrogatorio*, al cual se someterían las leyes cuya derogación total o parcial fuese solicitado por el cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral, o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Asimismo, los decretos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de poderes extraordinarios autorizados por el Congreso de la República.

3. El *referendo consultivo*, para pronunciarse el país acerca de aquellas materias de trascendencia, ya sea en el ámbito nacional, ya sea en el ámbito regional o municipal.

Al respecto, el redactor del proyecto de Reforma Constitucional, el doctor Rafael Caldera,[14] en Conferencia dictada en Roma, el 18 de diciembre de 1992, señaló que este mecanismo de participación se inspiró en la disposición contenida en el artículo 92 de la Constitución española de 1978, que prevé:

> a) Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.
>
> b) El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de Diputados.
>
> c) Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

4. El *referendo revocatorio*. Se proponía que transcurrido más de la tercera parte del período del Presidente de la República, de los Senadores y Diputados al Congreso, de

14. CALDERA, Rafael, "Poder popular y poder moral" en *Costituzionalismo Latino*, Tomo II, Ricerche Giuridiche e Politiche, Rendiconti IX, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia - América Latina. Sassari, s/f, pp. XXXIV-XXXV.

los Gobernadores de Estado y otros funcionarios de elección popular, podría solicitarse la convocatoria de un referendo para evaluar la gestión de estos funcionarios, cuando un número no menor del quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el registro electoral respectivo los pidiere. Establecía, además, que para la validez del referendo revocatorio era necesario el voto de más del cincuenta por ciento (50%) de los electores.

5. El *referendo constituyente*, es decir aquel que aprueba la convocatoria de una Asamblea Constituyente y ratifica la nueva Constitución aprobada por ese órgano representativo.

Lo cierto es, que el Proyecto de Reforma de la Constitución de 1961 ofrecía diversas modalidades de referendo, destacándose, además, el valor decisorio que éste mecanismo asume.

(a) Ley Orgánica de Régimen Municipal

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la Ley Orgánica de Régimen Municipal[15] (1989) prevé un referendo para la revocatoria del mandato de los alcaldes, cuando éstos hubieren sido suspendidos en el ejercicio de su cargo al improbarse la Memoria y Cuenta de su gestión (artículo 69).

En efecto, la citada disposición, reza:

> El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada y con el voto de las tres (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su gestión anual. En este mismo acto, el Concejo o Cabildo convocará a un referéndum que se realizará en un plazo máximo de treinta (30) días, para que el cuerpo electoral local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejal que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la revocatoria del mandato, se aplicará lo previsto en el Artículo 54 de esta Ley sobre falta absoluta; caso contrario, el Alcalde reasumirá sus funciones.

Igualmente, la Ley Orgánica de Régimen Municipal regula, en forma general, el referendo municipal "*a los fines de la consulta de las ordenanzas u otros asuntos de interés colectivo*" (artículo 175).

Al respecto, cabría preguntarse si ambas disposiciones quedaron derogadas con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, de conformidad con lo previsto en la Disposición Derogatoria Unica, *eiusdem*, o por el contrario resultan cónsonas con lo dispuesto en los artículos 71 (referendo consultivo) y 72 (referendo revocatorio) del texto constitucional, respectivamente.

Ante estos planteamientos, especialmente con relación a la vigencia o no del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante sentencia del 22 de marzo de 2002, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando (Expediente N° 02-0278), con ocasión de la solicitud de revisión del fallo n° 73 dictada el 23 de enero de 2002, por la Sala Político-Administrativa de nuestro Máximo Tribunal (caso: Alcalde del Municipio Antolín del Campo, Estado Nueva Esparta).

El fallo cuya revisión fuera solicitada había considerado que lo dispuesto en el artículo 69 de la prenombrada Ley, estaba sólo referido a una suspensión del ejercicio del

15. *V., G.O.* n° 4.409 Extraordinario de fecha 15 de junio de 1989.

cargo de Alcalde hasta tanto se realizara el referendo revocatorio, mientras que el artículo 72 del texto constitucional, se refiere sólo a la revocatoria de los cargos de elección popular.

De manera que, según la decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, lo dispuesto en la norma legal no contravenía lo establecido en el artículo 72 constitucional, habida consideración que la mencionada norma legal alude a un supuesto distinto al contemplado en el referido precepto constitucional.

Ante este conflicto normativo, la Sala Constitucional, asentó, que:

> En cuanto al alegado conflicto entre el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala observa que la iniciativa para el referendo revocatorio no es competencia del Concejo Municipal, a quien sólo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en 'materias de especial trascendencia municipal y parroquial', a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 eiusdem. Tratándose, por tanto, de un referendo revocatorio, cuya iniciativa corresponde a un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras según el artículo 72 de la misma Constitución, es claro que la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo en caso de no aprobación de la Memoria y Cuenta del Alcalde) *colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.*
>
> *Por los fundamentos expuestos, la Sala Constitucional, a los fines de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara que ha lugar a la revisión solicitada y, en consecuencia, anula la sentencia n° 73 dictada el 23 de enero de 2001 (sic) por la Sala Político-Administrativa, por ser incompatible con lo dispuesto por el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por haber sido dictada en contravención de la competencia prevista por el artículo 336.9 eiusdem. La Sala, por tanto, desaplica el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio por ser opuesto a lo previsto en el artículo 72 ya mencionado.*
>
> Sin embargo, la Sala considera, por lo demás, que el control político previsto por el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal debe cumplirse, cuando se considere la aprobación o no de la Memoria y Cuenta del Alcalde, en los términos exigidos por la ley, a fin de hacer efectiva su responsabilidad civil, administrativa o penal si a ello hubiere lugar.
>
> La Sala considera, también, que la desaplicación del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, respecto de la convocatoria al referendo revocatorio, implica la nulidad de la suspensión del Alcalde accionante, en vista de que no es posible tal convocatoria conforme al referido artículo, y de que dicha suspensión está prevista, en el artículo desaplicado, como consecuencia de la convocatoria en cuestión (destacado nuestro).

Como puede verse, lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, dictada bajo el imperio de la Constitución de 1961, no atiende a los nuevos preceptos constitucionales, especialmente, no resulta cónsono con lo dispuesto en el artículo 72 constitucional, y por consiguiente, de conformidad con la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999, la prenombrada norma legal, según nuestro parecer, ha quedado derogada tácitamente.

En efecto, consideramos que se ha producido la denominada *inconstitucionalidad sobrevenida*, que consiste en que el contenido normativo de una disposición, legal en este caso, deviene incompatible con el de otra disposición posterior de rango constitucional.

(b) Ley Orgánica de la Justicia de Paz

Bajo la vigencia de la Constitución derogada de 1961, encontramos, también la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz del 20 de septiembre de 1993, reformada parcialmente el 23 de junio de 1994,[16] la cual disponía en su artículo 32 que el Juez de Paz *"podrá ser controlado a través de los vecinos de la respectiva Parroquia o Circunscripción Intraparroquial, utilizando el referendo revocatorio con iniciativa popular del veinte por ciento (20%) de su población"*.

Con posterioridad, el Congreso de la República de Venezuela deroga el cuerpo legal anteriormente señalado al dictar la Ley Orgánica de la Justicia de Paz[17]. En el Capítulo IV del Título II de esta última Ley Orgánica se establece un procedimiento para la revocatoria del mandato del Juez de Paz, a través de un referendo revocatorio, cuya iniciativa popular le corresponde a un veinticinco por ciento (25%) de la población electoral de la respectiva circunscripción intramunicipal.

En efecto, dispone el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz:

> El mandato del Juez de Paz podrá ser controlado y revocado por los vecinos de la respectiva circunscripción intramunicipal, utilizando el Referendo Revocatorio con iniciativa popular del veinticinco por ciento (25%) de su población electoral. Convocado el referendo, el Juez de Paz quedará suspendido en el ejercicio del cargo, debiendo asumir el suplente o Conjuez a quien corresponda cubrir las faltas temporales del mismo.

Asimismo, en su artículo 27 dispone las causales en que debe estar incurso el Juez de Paz para la procedencia del referendo revocatorio, a saber:

> a. Observar una conducta censurable que comprometa la dignidad de su cargo.
>
> b. Irrespetar los derechos de los miembros de la comunidad o los derechos humanos.
>
> c. Observar conductas contrarias a la Ley.

Sobre los dispositivos legales antes mencionados, cabría igualmente plantearse si se ha producido o no la inconstitucionalidad sobrevenida, más aún, cuando el artículo 72 de la Constitución venezolana no exige, como veremos en su oportunidad, que medie alguna causal para solicitar dicho referendo revocatorio del mandato de aquellas autoridades que hayan sido electas popularmente.

La referida norma establece claramente que la solicitud de la convocatoria de un referendo para revocar el mandato de una autoridad electa popularmente, sólo puede tener su origen en una iniciativa popular, cuya solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas. Asimismo, la solicitud de revocación del mandato debe expresar con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo, tal como lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 05 de junio de 2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García, a propósito del recurso de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fuera interpuesto por los ciudadanos Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios.

Al contrario de lo dispuesto en el artículo 72 constitucional, la legislación colombiana dirigida a regular los mecanismos de participación ciudadana (Ley 134, del 31 de mayo

16. *V., G.O.* n° 4.741 Extraordinario de fecha 30 de junio de 1994.
17. *V., G.O.* n° 4.817 de fecha 21 de diciembre de 1994.

de 1994, publicada en el Diario Oficial 41.373 del 31 de mayo de 1994), sí exige que la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio esté debidamente motivado.

Así, el artículo 64 de la citada ley, expresamente, prevé:

> El formulario de solicitud de convocatoria a la votación para la revocatoria, deberá contener las razones que la fundamentan, por la *insatisfacción general de la ciudadanía o por el incumplimiento del programa de gobierno* (destacado nuestro).

(c) Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política[18] (1998), consagra varias normas destinadas a regular los referendos *"con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional"* (artículo 181). Igualmente, establece los requisitos que deben cumplirse a los fines de solicitar la convocatoria de esta modalidad de referendo.

En este sentido, el artículo 182, *eiusdem*, dispone que la convocatoria deberá contener las siguientes exigencias:

1. Formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un "sí" o un "no"; y,
2. Exposición breve de los motivos, acerca de la justificación y propósito de la consulta.

En este caso, si el Consejo Nacional Electoral encontrare que la justificación y propósitos de la convocatoria no son suficientemente claros, o si determinare que la formulación de la o las preguntas no se ajustan a las exigencias constitucionales o legales, o contienen contradicciones, hará las observaciones correspondientes a los solicitantes del referendo, para que efectúen las correcciones pertinentes (Parágrafo Segundo, del artículo 10, del Reglamento de Referendos, publicado en la Gaceta Electoral de la República de Venezuela N° 22 del 14 de abril de 1999).

Además, en concordancia con lo previsto en el artículo 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Consejo Nacional Electoral *"… verificará el cumplimiento de los requisitos de Ley, y se pronunciará fijando el día, en el cual deberá celebrarse el Referendo, señalando claramente la pregunta o preguntas propuestas que ha de responder el Cuerpo electoral convocado …"* (destacado nuestro).

Igualmente, aquellas solicitudes de referendo consultivo que sean contrarias al ordenamiento jurídico, y pretendan de esta manera desnaturalizar la esencia misma de este medio de participación ciudadana, consideramos que el Órgano Comicial, en cumplimiento de sus atribuciones, y en virtud del carácter supremo e imperativo de las normas constitucionales (artículo 7 de la Constitución), deberá pronunciarse acerca de la improcedencia de las mismas.

Por otra parte, cabe decir, que fue con base en el artículo 4 de la Constitución de 1961, en concordancia con el artículo 181 de la prenombrada ley electoral, las disposiciones que sirvieron de fundamento para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente en el año 1999.

Al respecto, resulta oportuno advertir que para ese momento la tesis predominante consideraba que no existía la posibilidad de convocar al pueblo a un referendo consulti-

18. *V., G.O.* n° 5.233 Extraordinario de fecha 28 de mayo de 1998.

vo para la adopción de un nuevo texto constitucional que fuera elaborada por una Asamblea Nacional Constituyente, porque tal llamamiento popular sólo era posible para la situación expresamente prevista en el ordinal 4° del artículo 246 de la Constitución de 1961 (referendo constitucional para la aprobación de la reforma constitucional)[19].

No obstante, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, a través de dos fallos dictados el día 19 de enero de 1999, estableció la posibilidad de celebrar un proceso de referendo consultivo sobre una materia no prevista expresamente por la Constitución derogada de 1961.

En efecto, la sentencia con ponencia del Magistrado Humberto José La Roche, asentó, lo siguiente:

> El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. *Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce.*
>
> De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. *La Constitución* ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, *no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.*
>
> Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, *la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo.*
>
> *(Omissis)* …
>
> El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución" *(destacado nuestro).*

De tal manera que la Sala Político-Administrativa declaró que sí era procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, además de seguir el procedimiento contemplado en di-

19. *La tesis restrictiva positivista, exaltaba como eje central, la necesidad imperativa del respeto del hilo constitucional, ya que el régimen constitucional vigente para ese entonces, sólo podría modificarse a través de las unívocas fórmulas previstas en la redacción de su propio texto, es decir, mediante el uso de las llamadas Enmiendas o de la Reforma Total o General de la Constitución; mecanismos establecidos en sus preceptos 245 y 246, concebidos como imperativos insoslayables para que los legisladores adapten dicho instrumento jurídico a las nuevas realidades o necesidades de la población, lo cual era un camino de necesario tránsito, ya que esa Carta Fundamental de 1961 presentaba cierta rigidez, al detentar una disposición sin precedentes en nuestra historia normativa constitucional venezolana, como lo es su precepto 250, referido a la 'Inviolabilidad de la Constitución', especie de blindaje en contra cualquier acto o actuación contraria al contenido de la ley fundamental. V.,* CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, "Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela (Análisis histórico jurídico)", *Revista de Derecho Constitucional* n° 2, enero-junio 2000. Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 183-214.

cha Ley, para consultar la opinión del pueblo, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de elaborar un nuevo texto constitucional.

Al respecto, no podemos olvidar en este punto las palabras pronunciadas por el doctor Rafael Caldera, en la ciudad de Roma, el 18 de diciembre de 1992:

> Pienso que el poder popular está cada vez más inconforme con los límites que se le imponen en los textos constitucionales. Y de allí la peligrosa situación de ruptura del orden establecido, hecho que ha venido ocurriendo recientemente en América Latina, y que es fruto de una tendencia que se hace sentir cada vez más en Europa y en el mundo entero. En Colombia se ha dictado una nueva Constitución en 1991, por una Asamblea Constituyente que no fue convocada de acuerdo con las previsiones de la Constitución anterior. En el Perú, el Presidente Fujimori ha convocado un Congreso Constituyente, saltando las prohibiciones y condiciones contenidas en la Constitución de 1979. Todas las previsiones y amenazas de graves sanciones contenidas en las respectivas Cartas, fueron burladas. Se ignora todavía cuáles serán las consecuencias. Pero los especialistas en derecho constitucional son proclives a aceptar una serie de figuras nuevas, no previstas por las normas constitucionales y legales vigentes, en obsequio al reconocimiento del poder popular. Por esto, la concurrencia del pueblo a una consulta convocada en forma irregular se acepta como legitimación de lo que sus electos determinen. Ésa ha sido, al menos, la posición de la Organización de Estados Americanos para regularizar sus vinculaciones con el Gobierno del Perú.
>
> Personalmente creo, que la mejor solución para la situación planteada es la de prever en la Carta Fundamental y en sus derivaciones, la necesaria flexibilidad para que pueda ser modificada en cualquier situación de necesidad. He hablado de que la Constitución debe tener una estabilidad dinámica, y no una estabilidad [e]stática. Ésa fue la orientación de la Constitución de 1961, y hemos sostenido esta tesis y queremos que sea a través de las previsiones de la propia Carta Fundamental, cómo se puedan enfrentar todas las modificaciones y reformas que el país requiera, y que no manifiestan una insatisfacción de su texto constitucional, que es realmente muy bueno, sino que expresan la necesidad de complementarlo y aún de corregirlo de acuerdo con las circunstancias que ocurren en un tiempo tan cambiante como el tiempo que vivimos.
>
> El poder popular debe seguir siendo la base fundamental de la institucionalidad democrática (…).[20]

(d) Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles

La Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles[21] (1997) y su Reglamento[22] (1998), establecen la celebración de un referendo consultivo en la parroquia respectiva, mediante el cual sus habitantes se pronuncien acerca de sí están o no de acuerdo con la ubicación de tales instalaciones en su ámbito territorial, cuyo resultado será vinculante cuando sea negativo.

En efecto, el artículo 25, *eiusdem*, dispone, que:

> Las instalaciones donde funcionen Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles deberán estar ubicadas en zonas geográficas previamente declaradas turísticas y aptas para el funcionamiento de estos establecimientos, aprobadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a solicitud del organismo rector del Turismo.
>
> Para la autorización correspondiente el Ejecutivo Nacional solicitará al Consejo Supremo Electoral -hoy día el Consejo Nacional Electoral- la realización de un referéndum consultivo en la parroquia respectiva, mediante el cual sus habitantes se pronuncien acerca de si están o no de

20. CALDERA, Rafael, *ob. cit.*, p. XXXVI.
21. *V.*, *G.O.* n° 36.254 de fecha 23 de julio de 1997.
22. *V.*, *G.O.* n° 36.523 de fecha 24 de agosto de 1998.

> acuerdo con la ubicación de tales instalaciones en su ámbito territorial. El resultado de este referéndum será vinculante cuando sea negativo.

Al respecto, es preciso acotar, que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el referendo, tal como lo hemos descrito *ut supra*, se ha convertido en un instrumento o mecanismo de participación ciudadana mediante el cual se pueden someter a la consulta del soberano, las materias de especial trascendencia nacional, estadal, municipal o parroquial, que según sea el caso, corresponderá la iniciativa para su convocatoria, a los representantes del Poder Ejecutivo Nacional, Estadal o Municipal, al Poder Legislativo Nacional, Estadal o Municipal, a la Junta Parroquial, o bien a un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores de la circunscripción correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 constitucional, con lo cual se amplía la atribución de la competencia para la iniciativa referendaria a que alude el artículo 25 antes transcrito, de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, convirtiéndose así en una competencia concurrente, a ser ejercida tanto por el Ejecutivo Nacional, como por el Alcalde, por el Concejo Municipal, o por la Junta Parroquial, por acuerdo de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, o un número no menor del diez por ciento (10%) de inscritos en la circunscripción correspondiente, tal como lo dejó sentado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión del 22 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado Octavio Sisco Ricciardi, (caso: *Club Social Layalina vs. Consejo Nacional Electoral)*:

> *(Omissis)* … observa esta Sala que si bien el artículo 25 eiusdem establece en el régimen de referendo para la obtención de la autorización correspondiente que sea el Ejecutivo Nacional quien solicite '…al Consejo Supremo Electoral la realización de un referéndum consultivo en la parroquia respectiva …', en una interpretación armónica del contenido del mismo con la Constitución que considere la supremacía de esta última, no resulta contradictorio a lo dispuesto en el artículo 71 constitucional, puesto que éste apenas si amplía la atribución de la referida competencia a otros niveles geopolíticos o locales, sin modificar en nada la naturaleza de la competencia misma y por tanto es este artículo de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, en armonía con la Constitución de 1999, la base legal correspondiente a la Resolución impugnada, y en consecuencia de ello esta Sala desecha el alegato planteado …
>
> *(Omissis)* …
>
> Bajo el soporte antes planteado, observa la Sala que, ciertamente de la literalidad del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, se evidencia una limitada iniciativa para la convocatoria de referendos al Ejecutivo Nacional, a quien corresponde plantear la respectiva solicitud al Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo en la Parroquia respectiva. Sin embargo, este órgano judicial, para ser consecuente con el marco orientador antes esbozado, *sobre la base de los principios constitucionales antes expuestos y en una interpretación progresiva del texto constitucional, estima que esa iniciativa para la convocatoria de referendos consultivos reguladas en el mencionado artículo 25, corresponde en el ámbito parroquial (o municipal en el presente caso, dado que el ámbito territorial de la Parroquia Chacao coincide con el del Municipio homónimo), al Alcalde, al Concejo Municipal, a la Junta Parroquial o a un número no menor del diez por ciento (10%) del total de electores inscritos en dicha circunscripción electoral, cuando las materias objeto del Referendo revistan especial importancia en la esfera local y municipal.*
>
> Finalmente, conviene mencionar que la República se constituye en estado federal y descentralizado atribuido por la Carta Fundamental, así como el delineamiento de competencias exclusivas y concurrentes para poder perfeccionar ese tipo de Estado, siendo –como se indicó- la convocatoria a referendos consultivos, una competencia concurrente" (destacado de la Sala).

De esta manera, la Sala Electoral de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, reconoció la vigencia del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y

Máquinas Traganíqueles, y por ende, su consonancia y armonía con lo estipulado en el artículo 71 de la Constitución de 1999.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 13 de noviembre de 2001, a propósito de la acción de nulidad interpuesta por los abogados Pedro Alid Zoppi, José Gregorio Suárez y Marina Pineda Duque, contra las disposiciones contenidas en los artículos 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 25, 26, 29, 44, 53, 54 y 56 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

En cuanto al requisito del referendo, en la referida sentencia, la Sala Constitucional, afirmó, que:

> Seguidamente, los accionantes adujeron la nulidad del aparte único del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles en contravención al Principio de Soberanía, establecido en el artículo 4 de la Constitución de 1961, cuyo artículo ulterior es el 5° de la Constitución de la República Bolivariana de 1999.
>
> Fundamentan los accionantes sus alegatos, indicando que el aparte único del artículo 25 de esta Ley '(…) ordena un referéndum consultivo, para que los habitantes de las Parroquias 'decidan' si están de acuerdo o no con las instalaciones de casinos y salas de bingo en el territorio parroquial, lo que viola el artículo 4° porque se pone en manos directas de los ciudadanos la decisión al respecto, atando las facultades del Poder Público y coartando sus funciones (…) un referéndum para que el Ejecutivo Nacional pueda ejercer sus atribuciones es violar el artículo 4° de la Constitución, pues el pueblo directamente no ejerce la soberanía, sino que lo hace a través de los órganos del Poder Público'.
>
> En razón de ello, consideran los denunciantes, que dicha figura del referéndum viola por vía de consecuencia, los artículos 117 y 218 de la Constitución ulteriores artículos 136 y 156 de la Constitución de 1999, atinentes a las atribuciones del Poder Público.
>
> Respecto al alegato arriba transcrito, esta Sala considera necesario reiterar la decisión proferida el 13 de agosto de 2001 (Caso *Promociones 21212*), *en el cual se indicó que el artículo 25 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles no se contrapone de forma alguna con nuestro texto constitucional, señalándose de esa manera la validez del mismo:*
>
> *(…) Además, es completamente inconexo en cuanto a su relevancia en el cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma legal sub examine, el alegato según el cual habría contradicción entre el artículo 25 de la mencionada ley especial y el artículo 71 constitucional, con el argumento de que en esa ley el juego es una actividad regulada por órganos con competencia nacional y sería contradictorio un referéndum de carácter parroquial. Tal aseveración no toca, ni siquiera tangencialmente, el tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del referido artículo 25, ni la recurrente explica en qué consiste esa inconstitucionalidad que denuncia con ese argumento. Tal señalamiento de la recurrente no constituye, desde ningún punto de vista, trasgresión o principios de rango constitucional. Ninguna inconstitucionalidad puede apreciarse por el hecho que un asunto de la competencia de órganos nacionales, sea sometido a un referéndum consultivo parroquial, pues el texto del artículo in comento no establece prohibición de someter a esa consulta popular parroquial, las materias que sean competencia de órganos del Poder Público Nacional. De acuerdo con la norma constitucional comentada, basta que el asunto sea de especial trascendencia parroquial, para que quede habilitada la posibilidad de someterlo al referendo consultivo de la parroquia correspondiente, independientemente de que dicho asunto sea competencia de la Administración Pública nacional, estadal o municipal.*
>
> *Por tanto, la norma contenida en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, no puede considerarse como atentatoria del Principio de Soberanía, dado que la misma más bien constituye la plena representación del ejercicio del*

poder popular. El artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, que la Soberanía se ejerce de forma indirecta a través del sufragio por los órganos del Poder Público, siendo una de las manifestaciones del ejercicio de la voluntad popular, la celebración de referendos en los cuales la ciudadanía ejerza, de manera concreta, su poder de opinión en relación a asuntos que tengan incidencia directa con su acontecer diario, por lo que mal podría decirse que la consulta prevista para que las parroquias manifiesten su conformidad o inconformidad sobre la instalación de las salas de juegos que prevé la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles atente contra el principio de soberanía, tal como lo han querido hacer ver los denunciantes, sino que más bien constituye una de las modalidades propias de su ejercicio por parte de la colectividad, razón por la cual, se desestima lo alegado por los accionantes y, así se declara (destacado nuestro).

De todo lo antes expuesto se puede colegir, que durante la vigencia de la Constitución de 1961 ya existían algunos medios de participación ciudadana, tales como, el referendo constitucional para la aprobación de la reforma constitucional, el referendo revocatorio del mandato del alcalde y el referendo consultivo.

Sin embargo, no es sino a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que podemos afirmar que se consagra en nuestro sistema constitucional una democracia fundamentalmente participativa, que se ejerce, entre otros medios, a través del referendo, instrumento moderno que es concebido como un medio de control de las instancias representativas del sistema democrático.

En este sentido, dispone el artículo 70 de la Constitución de 1999, que:

> Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, *el referendo*, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucionales y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas *cuyas decisiones serán de carácter vinculante*, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.
>
> *La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo* (destacado nuestro).

La lectura del dispositivo constitucional transcrito permite afirmar que son varios los medios de participación ciudadana que reconoce la Carta Fundamental venezolana, distinguiéndose en lo político, *el referendo, cuyas decisiones serán de carácter vinculante*, habida consideración que se trata de un mecanismo democrático fundado en el principio de participación, por lo que su decisión es de carácter *soberano*, y por consiguiente constituirá un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, esto es, a tenor de lo previsto en el artículo 5 constitucional, tal como lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2000, con ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, a propósito de la acción de amparo interpuesta contra la Resolución n° 001115-1979 del Consejo Nacional Electoral, de fecha 15 de noviembre de 2000, mediante la cual convocó al cuerpo electoral para que participara en el proceso referendario sindical que fuera celebrado el día 03 de diciembre de 2000.

En efecto, la Sala Constitucional, aseveró:

> (…) que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por si mismos los problemas importantes y evitar que “sus representantes acaparen

todo el poder político" (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; *todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohibe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional* (destacado nuestro).

No obstante lo antes expuesto, resulta oportuno señalar, que mediante sentencia del 22 de enero de 2003, con ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, con ocasión de un recurso de interpretación constitucional respecto al contenido y alcance del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, asentó que los efectos de los referendos, especialmente, los referendos de carácter consultivo, no son de carácter vinculantes, *"ya que consiste, únicamente, en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia"*.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional, consideró, que:

(…) el mandato del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un *mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias* (destacado nuestro).

Al respecto, creemos que mediante esta última sentencia, la Sala Constitucional desconoce el principio democrático y participativo, ambos valores constitucionales. En todo caso, excede de nuestro objetivo abordar esta problemática, que surge con ocasión de dicho fallo, de forma exhaustiva, sólo pretendemos resaltar este tópico, que a nuestro entender, resulta cuestionable.

Frente a tal cuestionamiento, consideramos conveniente recordar lo expuesto por nosotros, a propósito de la creación del recurso de interpretación constitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León Briceño*), sobre la base del precepto contenido en nuestra Carta Magna que atribuye a esa Sala el carácter de primer intérprete de la Constitución:

(…) la tesis de la "Constitución viviente" puede crear -y está creando en el caso de nuestro sistema- un estado de incertidumbre o de inseguridad jurídica, dado que las interpretaciones constitucionales estarían fundadas en los deseos del gobierno y de la sociedad, lo que traería consigo un proceso de cambio constante e interminable. Es decir, que de acuerdo con las variaciones en los humores del gobierno o de la sociedad, cambiaría entonces el contenido de la Constitución.[23]

Es lo cierto, que el referendo es una institución política mediante la cual el pueblo o el cuerpo electoral opina, aprueba o rechaza una decisión del Estado. Es un medio a través del cual el pueblo participa en la actividad constitucional, legislativa o administrativa

23. PELLEGRINO PACERA, Cosimina G., "La Interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ¿Existe un Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional? (A raíz de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000)", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*. Temas sobre la Constitución de 1999. Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2001, p. 304.

del Estado, colaborando directamente por medio del sufragio, en la formulación o reforma de la norma constitucional o legislativa, o en la formación de un acto administrativo o de cualquier otra decisión pública[24].

Desde el punto de vista constitucional, el referendo forma parte del principio de la participación o de la democracia participativa, que es erigido como un derecho fundamental, no sólo por el rango constitucional anunciado, sino por el sistema internacional de los derechos humanos, cuyo entorno normativo hace parte del denominado *bloque de constitucionalidad*[25].

Para el autor italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia, el referendo se concreta en una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo[26]. Por su parte, Jorge Domínguez Nassar, expresa que el referendo viene a ser una consulta de tipo popular por la cual el pueblo opina sobre un proyecto de ley, o una ley ya aprobada por el órgano legislativo del Estado, con el objeto de cumplir un requisito sin el cual no puede someterse a consideración o no puede entrar en vigencia[27].

El reconocido constitucionalista Manuel García Pelayo dice, que por referendo se entiende el derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias[28].

Para el jurista argentino Juan Carlos Casas, el referendo tiene por objetivo que sea el pueblo quien decida en definitiva sobre la adopción de la legislación que se le somete[29].

De las opiniones y definiciones antes expuestas se pueden desprender las siguientes características del referendo, como medio en virtud del cual se ejerce el derecho a la participación ciudadana:

1. Es un derecho del cuerpo electoral, es decir de aquellos ciudadanos con capacidad de manifestar su voluntad por medio del voto.

2. Los ciudadanos pueden ser consultados por los órganos del Poder Público -Poder Ejecutivo o Legislativo- para que se pronuncien, aprobando o rechazando, sobre sus decisiones.

3. Igualmente, los ciudadanos pueden pronunciarse sobre proyectos de ley elaborados por el órgano legislativo -nacional, estadal o municipal-[30].

---

24. BIBLIOGRÁFICA OMEBA, "Enciclopedia Jurídica Omeba". Tomo XXIV. Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires 1987, p. 190.

25. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, "El principio de la Participación en la Carta Política de 1991: Análisis y Contexto" en *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002, pp. 11-65.

26. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*. Traducción de la 3ª Edición por Pablo Lucas Verdú. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1987, p. 423.

27. DOMÍNGUEZ NASSAR, Jorge, *El Estado y sus instituciones*, Repromul, S.R.L., Valencia 1979, p. 275.

28. GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", 5ª Edición. Ed. *Revista de Occidente*, Madrid 1959, p. 553. Referencia bibliográfica citada por: QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 104.

29. CASAS, Juan Carlos, "El Referéndum y la Iniciativa", Ed. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 1957, p. 111. Referencia bibliográfica citada por: QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 104.

30. QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 105.

IV. MODALIDADES DE REFERENDO PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución de 1961, le dedica varias disposiciones relativas al referendo:

1. El artículo 16, primer aparte, que exige la realización de un *referendo aprobatorio* para la creación de territorios federales en áreas de los Estados.

En efecto, estipula la citada norma, que:

> Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.
>
> La división políticoterritorial será regulada por ley orgánica que garantice la autonomía municipal y la descentralización políticoadministrativa. *Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva.* Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo (destacado nuestro).

Al respecto, resulta pertinente advertir, que la citada norma debe ser interpretada sistemáticamente con las demás disposiciones establecidas en el texto constitucional que regulan el referendo. En tal sentido, resalta lo estipulado en el encabezado del artículo 73, *eiusdem*, según el cual, si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral, el proyecto de ley, correspondiente en este caso para la creación de territorios federales, será sancionado como ley.

2. El artículo 71, del texto constitucional venezolano, que consagra el *referendo consultivo nacional, cuando se trata de materias de trascendencia nacional*, el cual puede ser solicitado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Cabe señalar que las decisiones que se adopten en estos procesos de referendo serán, a nuestro juicio, de *carácter vinculante*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 constitucional.

Ahora bien, respecto a esta forma de referendo emergen algunas dudas, particularmente ¿quién califica que una materia sea de trascendencia nacional? ¿el soberano? ¿la Asamblea Nacional? ¿el Ejecutivo Nacional? ¿el Tribunal Supremo de Justicia? ¿cuáles serían los parámetros para calificar a una materia como de trascendencia nacional?

Consideramos que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. Los conceptos jurídicos indeterminados en el campo del Derecho Público resultan difíciles delimitar con precisión en sus enunciados, cuya aplicación no admiten sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma[31].

---

31. *V.*, Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, del 27 de abril de 1989, con ponencia del Magistrado José Luis Albornoz, caso: *Cervecería de Oriente* en BREWER-CARÍAS, Allan R., y ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Colección Jurisprudencia n° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 603.

Al respecto, el profesor Allan Brewer-Carías, ha señalado, que:

> Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública, o no la hay; o se da, en efecto una perturbación del Orden Público, o no se da (…) No hay una tercera posibilidad[32].

Es por ello, que consideramos corresponderá a la Asamblea Nacional, a través de la ley que regulará los aspectos fundamentales de este mecanismo de participación, determinar o precisar la referida noción, como área de actividad pública no discrecional del Consejo Nacional Electoral, órgano comicial encargado de verificar el cumplimiento de los extremos constitucionales o legales de la solicitud de convocatoria.

Debe señalarse aquí que, en el mes de noviembre de 2002, la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión el *Proyecto de Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, y en cuanto a las *"materias de especial trascendencia nacional"*, establece, que serán *"aquellas que por su índole o naturaleza afecten a toda la nación o una parte significante de ella; aquellas que por su repercusión puedan afectar el futuro del país; y todas aquellas que por su contenido correspondan a las materias de la competencia del poder público nacional* (artículo 42).

A nuestro juicio, la norma antes mencionada resulta ambigua e imprecisa. De ahí que consideremos que el legislador deberá clarificar aún más qué se entiende por *"materias de especial trascendencia nacional"*, esto es, a los fines de brindar certeza y garantizar la seguridad jurídica.

Recordemos que el legislador debe procurar ofrecer una mayor precisión terminológica, de forma que resulten "menos variables las interpretaciones de un mismo enunciado y más seguras las expectativas por lo que a futuras aplicaciones se refiere[33].

En otro orden de ideas, resulta menester reseñar brevemente lo acontecido en nuestro país a finales del año 2000. Nos referimos al referendo consultivo sindical convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional, celebrado el día 03 de diciembre de 2000.

De conformidad con el artículo 71 de nuestro Texto Fundamental, la Asamblea Nacional mediante Acuerdo[34] del 10 de octubre de 2000, aprobado por la mayoría de sus integrantes, acordó convocar a un referendo sindical, por ser tema de especial trascendencia nacional.

El Consejo Nacional Electoral, vista la solicitud de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de sus atribuciones previstas en el artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Octava, *eiusdem*, fijó la fecha de celebración del referendo acordado por la Asamblea Nacional para el día 03 de diciembre de 2000. Asimismo, recomendó reformular la pregunta a ser sometida a referendo consultivo.

---

32. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*. Colección Estudios Jurídicos n° 16. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 462.

33. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje Legal y Sistema Jurídico. Cuestiones Relativas a la Aplicación de la Ley*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1989, p. 50.

34. *V., G.O.* n° 37.057 de fecha 16 de octubre de 2000.

Seguidamente, el día 13 de noviembre de 2000, la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo[35] modificó parcialmente la redacción de la pregunta que se formularía a los electores en el referendo consultivo sindical, en los términos siguientes:

> ¿Está usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspendan durante ese lapso en sus funciones los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país?.

El 15 de noviembre de 2000, el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución N° 001115-1979[36] convocó a los electores del país para que participaran en el proceso referendario sindical, celebrado el día 03 de diciembre de 2000, *cuyos resultados dieron como ganadora la opción del SÍ.*

Contra esa Resolución varios representantes de algunas organizaciones sindicales del país interpusieron oralmente una acción de amparo que conoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual fue declarada improcedente mediante fallo de fecha 28 de noviembre de 2000, con ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, tal como fuera expuesto en párrafos anteriores.

En esta oportunidad, resalta la conveniencia de traer a colación otros aspectos asentados por la Sala Constitucional, en la referida decisión, particularmente en cuanto a la expresión *materia de especial trascendencia nacional*:

> El Referendo versa sobre una materia de especial trascendencia nacional, dado que el trabajo es un hecho social que goza de la protección del Estado conforme lo dispone el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las normas imperativas que regulan dicha relación. Siendo el hecho social trabajo la base de la vida económica de la nación, y del cual dependen el desarrollo integral, el bienestar y la dignidad misma de la persona, así como la estabilidad del núcleo familiar y el progreso de la nación; siendo, además, las bases democráticas de su organización y ejercicio, el fundamento del Estado Social de Derecho y de Justicia, lo atinente a esta materia no puede estar reservado exclusivamente a los trabajadores, y 'todos los venezolanos tienen derecho a expresar su opinión sobre un punto fundamental para la vida del país'. Los argumentos de los accionantes, al ponderar en su justo valor, los intereses de las organizaciones sindicales, para los cuales invocan la tutela internacional, muestra que el destino del Referendo no puede estar limitado al universo de personas directamente ligado al hecho social trabajo.
>
> *(Omissis)* …
>
> *La Sala observa además, que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que 'sus representantes acaparen todo el poder político' (Duverger, Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohibe el artículo 95 de la Constitución de la República Bo-*

35. *V., G.O.* n° 37.078 de fecha 15 de noviembre de 2000.
36. *V., G.O.* n° 37.081 de fecha 20 de noviembre de 2000.

livariana de Venezuela, aparte que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional …" (destacado nuestro)[37].

3. El único aparte del artículo 71 de la Constitución de 1999 que consagra el *referendo consultivo parroquial, municipal, y estadal*, cuando se trata de materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estadal, cuya iniciativa, según sea el caso, le corresponde a la Junta Parroquial; al Concejo Municipal, por acuerdo de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes; al Alcalde; al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes; al Gobernador de Estado; o a un número no menor del diez por ciento (10%) del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten.

Al respecto, cabe advertir que las decisiones que se adopten en estos procesos de referendo serán de *carácter vinculante*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 constitucional.

---

37. Al respecto, resulta insoslayable mencionar, que el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, en virtud del mandato soberano expresado en el pasado proceso de referendo consultivo sindical celebrado el día 03 de diciembre de 2000, en sentido afirmativo, se avocó a la elaboración del Estatuto Especial, que tiene por objeto establecer los principios y las bases que regirán los procesos electorales para la elección de las autoridades de los sindicatos.

Ahora bien, durante la elaboración del mencionado Estatuto, se planteó la duda jurídica respecto al alcance del mandato constitucional de la voluntad del pueblo, particularmente si el lapso de los ciento ochenta (180) días a los que aludía la pregunta que fue sometida a referendo se computaba en días hábiles o días continuos.

Asimismo, resultó confuso para el Consejo Nacional Electoral, a los efectos de la elaboración del Estatuto Especial, si el lapso de los ciento ochenta (180) días se contaban a partir del mismo día de la celebración del referendo consultivo sindical (03 de diciembre de 2000); o a partir del día siguiente a la celebración del referendo consultivo sindical (04 de diciembre de 2000); o a partir del día en que tuvo lugar la publicación de los votos escrutados del proceso referendario y, por ende, el Consejo Nacional Electoral dio por aprobada la pregunta objeto del Referendo Sindical Nacional, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.102 del 19 de diciembre de 2000; o a partir del día siguiente de aquel en tuvo lugar esa publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (20 de diciembre de 2000).

En tal sentido, ante la falta de precisión del mandato constitucional del pueblo, el Consejo Nacional Electoral interpuso en fecha 19 de febrero de 2001 un recurso de interpretación constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de determinar el alcance e inteligencia de la voluntad del soberano, designándose como Magistrado Ponente al doctor DELGADO OCANDO, José M.

Ahora bien, mediante fallo del 23 de marzo de 2001, la Sala Constitucional declaró INADMISIBLE el recurso de interpretación constitucional interpuesto por el Consejo Nacional Electoral, por las razones siguientes:

"Es notorio, pues, el equívoco en que incurre el recurrente cuando, tras aceptar su propia competencia para elaborar el instrumento necesario a la realización del mandato constitucional contenido en el referéndum consultivo del 3 de diciembre de 2000, y ante la necesidad de darle un contenido en un sentido u otro al enunciado según el cual, en un lapso de ciento ochenta (180) días deberá procederse a la renovación de la dirigencia sindical bajo estatuto especial, estima que se trata de una "duda" que amerite la consulta a este Supremo Intérprete de la Constitución. La "duda" referida no es tal; al contrario, ha ocurrido lo que a todo aplicador de derecho le ocurre, esto es, la posibilidad de escoger entre varias opciones. Ello es lo normal cuando el instrumento cultural con que se trabaja es el lenguaje. Sin duda que la problemática de esta circunstancia se acrecienta cuando el instrumento lingüístico es la Constitución o un instrumento de rango constitucional, como es el caso; pero ello no obsta para que el que deba realizarla, ya sea legislador, administrador o juez, en cumplimiento de su específica función, tome partido racional y jurídico por alguno de los sentidos o significados que pueda justamente atribuírsele al término en cuestión. La interpretación que cumple hacer a esta Sala a raíz del recurso homónimo, se da en otros supuestos, en particular, cuando de la circunstancia en que surja no se ha atribuido su procesamiento a otra autoridad. En el caso que nos ocupa, tal circunstancia, esto es, la elaboración del instrumento normativo de rango infraconstitucional (Estatuto Especial), le está atribuida a un órgano distinto a esta Sala.

Así pues, debe dejarse claro que la Sala no tiene competencia mediante este recurso para suplir las potestades de los órganos del Poder Público, incluido el Consejo Nacional Electoral, u ordenar la manera en que se desempeñarán en el ejercicio de sus actividades propias, pues a todos ellos cabe actuar según sus competencias y de acuerdo con el derecho" (énfasis de la Sala).

En cuanto a las *"materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estadal"*, el *Proyecto de Ley Orgánica de Participación Ciudadana,* dispone en la parte *in fine* del artículo 42, que las leyes estadales, así como las ordenanzas municipales y metropolitanas serán las que establezcan los *"parámetros para la identificación de las materias de especial trascendencia en su jurisdicción"*.

4. El artículo 73 de la Constitución estipula el *referendo aprobatorio* que se aplica en el supuesto de proyectos de leyes en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decidan por lo menos las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de ese órgano legislativo. Sin embargo, para la validez de este referendo se requiere la concurrencia del veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Dentro de esta modalidad, destaca igualmente, lo previsto en el artículo 205, *eiusdem*, que reza, así:

> La discusión de los proyectos de ley presentados por los electores y electoras conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se iniciará a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. *Si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se someterá a referendo aprobatorio* de conformidad con la ley (destacado nuestro).

En este caso, para la validez del referendo al que alude el dispositivo constitucional antes transcrito deben cumplirse los extremos exigidos en el encabezado del artículo73 constitucional, indicado en este título.

Por otra parte, el artículo 73 de la Constitución regula el *referendo aprobatorio de tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieran comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales.*

La iniciativa corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Nacional; o, al quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Para el profesor Ricardo Combellas este tipo de referendo tiene su razón de ser en la existencia de temas altamente polémicos que dividen la opinión pública nacional, por lo que el órgano del Poder Público consulta al pueblo, antes del perfeccionamiento del acto, gracias a su sanción o ratificación[38].

5. El artículo 74 constitucional consagra el *referendo abrogatorio de las leyes*, derogatoria que puede ser total o parcial. En este caso, la iniciativa corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros o a un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

A través de esta disposición se establece otra modalidad de derogatoria de las leyes, es decir que el pueblo es quien decide sobre la vigencia o no de una ley. En tal sentido, dispone el artículo 218 de la Constitución de 1999, que:

> Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Por otra parte, nuestro texto constitucional establece que para la validez del mismo se requiere la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento (40%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

---

38. COMBELLAS, Ricardo, *Una Constitución para el futuro. El debate constitucional en Venezuela.* Fundación Konrad Adenauer, Caracas 1994, p. 24.

Asimismo, el artículo 75 del Texto Fundamental venezolano establece que podrán ser sometidos a *referendo abrogatorio los decretos-leyes* que dicte el Presidente de la República en virtud de una Ley Habilitante dictada por la Asamblea Nacional. En este caso, la iniciativa corresponde a un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Al respecto, podemos observar que en este caso se exige un porcentaje bastante menor, el cinco por ciento (5%) de electores para solicitar ante el Consejo Nacional Electoral -*órgano que tiene la competencia de convocar los procesos de referendo previstos en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 293.5, en concordancia con la Disposición Transitoria Octava*- la convocatoria de un referendo de esta naturaleza, a diferencia de los otros referendos anteriormente indicados, los cuales exigen porcentajes que resultan ser mayores (10%, 15% ó 20%). Desconocemos los motivos que impulsaron al Constituyente venezolano establecer ese quórum muy por debajo de lo que realmente se exige para solicitar un referendo. Lo cierto es, que así previsto no hace otra cosa que facilitar el ejercicio de este medio de participación.

Para la validez de esta modalidad de referendo, el dispositivo constitucional exige la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento (40%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Ahora bien, el artículo 74 de la Constitución venezolana, al igual que la Constitución Política colombiana (artículo 170), dispone que no procede el referendo abrogatorio para las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

Al respecto, es oportuno señalar que la prohibición de someter a referendo las leyes antes mencionadas no es nueva su consagración en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto que el artículo 185 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al regular el referendo consultivo, estipula expresamente la prohibición de someter a referendo, las siguientes materias:

a. Presupuestarias, fiscales o tributarias;
b. Concesión de amnistía o indultos;
c. Suspensión o restricción de garantías constitucionales, supresión o disminución de los derechos humanos;
d. Conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales;
e. Revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes;[39] y,
f. Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios.

Igualmente tal prohibición la encontramos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal cuando indica que las ordenanzas municipales en materia de presupuesto y de tributos no podrán ser sometidas a referendo consultivo (artículo 175).

En opinión del constitucionalista colombiano Luis Carlos Sáchica, las excepciones respecto al referendo abrogatorio son fundadas, pero envuelven una contradicción. *Acaso, ¿el pueblo no es el soberano?*[40].

39. Ha quedado derogado, a nuestro juicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 constitucional, en concordancia con la Disposición Derogatoria Unica de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

40. SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución Política de Colombia comentada.* 2ª Edición. Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1998, p. 77.

Finalmente, el citado artículo estipula que no podrá realizarse sobre la misma materia más de un referendo abrogatorio en un período constitucional. Al respecto, cabe preguntarse ¿a cuál período constitucional se refiere el dispositivo? ¿Al legislativo? ¿Al presidencial o ejecutivo?

Estas interrogantes surgen habida cuenta que nuestro Texto Fundamental no consagra un período constitucional uniforme para los poderes públicos del Estado.

Como podemos apreciar, nuestro texto constitucional establece una serie de requisitos para la solicitud de la convocatoria de un proceso de referendo, así como el cumplimiento de determinadas condiciones para la validez de ese proceso que se haya convocado, según sea su modalidad.

No obstante ello, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, establece otros requisitos que igualmente deberán ser cumplidos para el momento de la presentación de la respectiva solicitud de la convocatoria de un proceso de referendo.

En tal sentido, disponen los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respectivamente, que:

> La convocatoria de los referendos, deberá contener los siguientes requisitos:
>
> 1. Formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un 'sí' o un 'no'.
> 2. Exposición de los motivos, acerca de la justificación y propósito de la consulta.
>
> Las convocatorias de los referendos formulados por iniciativa popular deberán contener, además de los requisitos establecidos en el artículo anterior, la identificación de los electores que la suscriben, con indicación de su nombre y apellido, número de cédula de identidad, Entidad Federal en la que están inscritos para votar y la firma autógrafa o huellas digitales correspondientes.
>
> *Parágrafo Unico*.- Recibida la convocatoria de un referendo, la autoridad electoral verificará la autenticidad de las firmas y expedirá la constancia a que haya lugar.

Ahora bien, existe el dispositivo contenido en el artículo 186, *eiusdem*, que estipula que no podrá celebrarse ningún proceso de referendo durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción, en todo o en parte del territorio nacional, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, cabe decir que la citada disposición legal resulta contraria a los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.

En efecto, los derechos políticos, dentro los cuales destaca, el derecho a la participación ciudadana, son derechos inherentes a las personas humanas, y por ende, no pueden ser restringidos ni suspendidos por ningún acto estatal, ni aún en caso de guerra, de peligro público u otra situación de emergencia similar que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Al respecto, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra:

> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
>
> 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la

Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derecho del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y *23 (Derechos Políticos)*, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión" (destacado nuestro).

La norma antes citada, ha sido igualmente recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción,[41] que reza:

No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículo 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:

1. La vida.
2. El reconocimiento a la personalidad jurídica.
3. La protección de la familia.
4. La igualdad ante la ley.
5. La nacionalidad.
6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas.
7. La integridad personal física, psíquica y moral.
8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre.
9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales.
11. El debido proceso.
12. El amparo constitucional.
13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública.
14. La información.

Resulta evidente, que la disposición antes mencionada de la ley electoral es contraria al principio del reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales, base fundamental de todo Estado de Derecho, así como a la esencia misma de la democracia participativa y representativa, prevista en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental.

6. El artículo 341.3 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela estipula el *referendo constitucional para las enmiendas de la Constitución*, y el artículo 344, *eiusdem* consagra el *referendo constitucional para la reforma de la Constitución*.

Uno de los procedimientos democráticos para la reforma de la Constitución es el mecanismo del referendo constitucional. Este mecanismo tiene por finalidad la participación del pueblo en la formación de las Constituciones.

Al respecto, señala el autor Karl Loewenstein[42] que en el referendo constitucional existe una auténtica participación plebiscitaria del electorado en el procedimiento de

41. *V., G.O.* n° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

42. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*. 2ª Edición. Traducción y estudio sobre la obra por GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Ediciones Ariel, Barcelona, España 1970, p. 180.

reforma constitucional. Puede existir bien en forma de votación popular sobre la enmienda constitucional efectuada por el parlamento -es el caso más frecuente-, o también en forma de participación del electorado a través de la iniciativa popular y, consiguiente votación final, tras haber expresado el parlamento su actitud positiva o negativa al respecto.

Afirma el citado autor, que el referendo constitucional se ha puesto hoy más de moda que nunca y, comprensiblemente, goza de especial preferencia en las dictaduras, ya que su resultado puede ser *dirigido* con más facilidad que las decisiones parlamentarias, en las cuales no puede ser excluida completamente una cierta honradez pública con el fin de mantener las apariencias.

En efecto, sostiene que a pesar de su intrínseco carácter democrático, el referendo goza de crédito en gobiernos conservadores y dictatoriales, porque el procedimiento es fácilmente distorsionable a través de propaganda y manipulación electoral.

En este tal sentido, Loewenstein expresa, textualmente, lo siguiente:

> *Tras las experiencias acumuladas a lo largo del tiempo hay razón para dudar, sin embargo, sobre si el referéndum constitucional es una institución útil o peligrosa, por muy inatacable que sea teóricamente su valor de auténtica proclamación de la voluntad popular. La cuestión es: ¿puede el elector medio emitir realmente un juicio razonable sobre un documento tan complicado como es una moderna constitución o su criterio en el referéndum estará tan determinado emocionalmente que sea imposible una decisión auténtica de la voluntad?* Las más recientes experiencias francesas ofrecen a este respecto un interesante e instructivo material. Desde la última guerra, los franceses se vieron obligados nada menos que cuatro veces (1945, dos veces en 1946 y 1958) a votar sobre una nueva constitución. ¿Cómo ha superado esta prueba de inteligencia el elector francés que pertenece a uno de los más agudos de nuestro tiempo? La votación de 21 de octubre de 1945, extraordinariamente complicada por una doble pregunta, produjo una abrumadora mayoría que expresó su deseo de separarse de la III República. La capacidad del elector francés quedó también patente al rechazar el primer proyecto constitucional el 5 de mayo de 1946. Por primera vez en la historia constitucional francesa, y también universal, el pueblo rechazó un proyecto adoptado por una Asamblea Nacional elegida poco antes. En cambio, en la votación sobre el segundo proyecto constitucional, el 13 de octubre de 1946, la confusión de los partidos y de los electores fue de tal orden que la Constitución fue sólo adoptada por una minoría, dado que la proporción entre los votos negativos y las abstenciones fue de 2 a 1 en relación con los votos favorables. La votación de 28 de septiembre de 1958 sobre la Constitución de De Gaulle, en cuya elaboración quedó completamente excluido el Parlamento, trajo consigo una mayoría de 2 a 1 (comprendidas aquí las abstenciones) a favor de la Constitución. *Pero lo mismo que los franceses habían votado el año 1799 por el carismático Bonaparte, volvieron a votar por el De Gaulle, ya que no les quedaba ninguna otra elección. La Constitución era el mal menor en comparación con la amenazante dictadura militar; la Constitución misma le fue al pueblo completamente indiferente. Y si esto ocurre en ese tapiz especial que es el mundo político de los franceses, habrá razón para preguntarse cuál es el valor real del referéndum constitucional celebrado en otros lugares* (destacado nuestro)[43].

Por su parte, afirma el autor Pedro de Vega "que lo que importa es poner de manifiesto que cuando se piensa que el referéndum es un instrumento a través del cual se perfecciona un acto que sin la intervención popular no existiría como acto jurídico, *lo que en realidad se está haciendo es integrar la voluntad del pueblo*, junto con la de otros órganos constituidos, como voluntad del Estado"[44].

---

43. *Ibid*, pp. 181-182.

44. DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 1988, p. 114.

Además, señala, parafraseando al profesor italiano Galeotti, que el acto del referendo constitucional es ante todo, un instrumento político de control.

De esta manera, al ser las Constituciones producto de las fuerzas económicas, políticas e ideológicas existentes en la sociedad, deben modificarse al cambiar aquellas, dado que una Constitución es un organismo vivo, sujeto a permanentes cambios.

Nuestra Carta Fundamental no escapa a esta tendencia. En efecto, establece tres (3) mecanismos institucionales para la modificación constitucional que se distinguen según la intensidad de las transformaciones que se proponen, y que son, las enmiendas constitucionales, las reformas constitucionales y la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

El artículo 341 de nuestro Texto Fundamental, establece el procedimiento para la enmienda constitucional:

> Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:
>
> 1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos o ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.
> 2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.
> 3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
> 4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley respecto al referendo aprobatorio.
> 5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

Al respecto, puede apreciarse que la iniciativa de enmienda constitucional, que se traduce en la presentación de un proyecto de enmienda, podrá iniciarse por:

1. Iniciativa popular que corresponde al quince por ciento (15%) de los inscritos en el registro civil y electoral.
2. Iniciativa de la Asamblea Nacional que deberá efectuarse por un treinta por ciento (30%) de sus integrantes.
3. Iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en la Constitución de 1999 para la formación de las leyes (artículo 341.2).

Ahora bien, es lo cierto que la norma antes transcrita, no prevé expresamente la forma de tramitación de las enmiendas constitucionales cuando parta su iniciativa del quince por ciento (15%) de los electores y del Presidente de la República en Consejo de Ministros, así como tampoco determina quiénes estarían legitimados para presentar ante el Poder Electoral, a través de su órgano rector, vale decir, el Consejo Nacional Electoral, el texto de la modificación o inserción de los artículos constitucionales.

Al respecto, sostiene el profesor Allan Brewer-Carías,[45] que:

> … la discusión legislativa de las enmiendas sólo se produce cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional. *Por tanto, si la enmienda parte de una iniciativa popular o del Presidente de la República, no se somete a discusión ni a aprobación por la Asamblea Nacional, sino que directamente se debe someter a referéndum aprobatorio* (destacado nuestro).

Es decir, que de acuerdo con el citado autor, en el supuesto que la propuesta de enmienda constitucional parta de la iniciativa popular, la misma deberá ser sometida directamente a referendo aprobatorio, por cuanto que la discusión y aprobación del órgano legislativo sólo será exigible cuando la propuesta de enmienda constitucional parta de la Asamblea Nacional[46].

Al respecto, ¿sería posible sostener este mismo criterio para el caso que la iniciativa parta del Presidente de la República en Consejo de Ministros?

Por su parte, la profesora Hildegard Rondón de Sansó, sostiene:

> Por lo que atañe al proceso subsiguiente a la iniciativa, el mismo es el de su presentación ante la Asamblea Nacional. El procedimiento se realizará según el establecido para la formación de las leyes, por lo cual se efectuarán dos discusiones en días diferentes (…).
>
> El referendo, deberá ser organizado por el Poder Electoral a los treinta días siguientes de la recepción formal del texto aprobado por la Asamblea Nacional[47].

De la lectura del extracto antes transcrito, nos induce a pensar, que si la enmienda parte una iniciativa popular o del Presidente de la República, la misma deberá ser sometida a la Asamblea Nacional para su discusión y aprobación, y una vez que sea aprobada la enmienda constitucional por la Asamblea Nacional, sería éste el órgano legitimado para solicitar ante el Consejo Nacional Electoral la organización del proceso de referendo aprobatorio, dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la recepción formal de ese texto, para que el pueblo soberano se pronuncie a favor o en contra de la modificación o inserción de determinados artículos en el Texto Fundamental.

De lo antes expuesto, se puede apreciar, que el Texto Fundamental venezolano de 1999 no establece con claridad el procedimiento para la tramitación de la enmienda constitucional, particularmente cuando la iniciativa parta de los electores inscritos en el registro civil y electoral, y del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

De este modo, en vista de no existir una previsión expresa que regule esta laguna constitucional, consideramos que corresponderá a la instancia judicial, vale decir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el órgano judicial encargado de llenar este vacío dejado por el Constituyente.

Por otra parte, visto que las normas deben ser interpretadas como un todo, es decir, como un conjunto armónico y sistemático, consideramos que en esta modalidad de referendo, necesario para la aprobación de una enmienda constitucional, resultaría aplicable lo previsto en el encabezado del artículo 73, *eiusdem*, relativo a los referendos aprobatorios de las leyes, *es decir, que para la validez de ese proceso referendario constitucional debería concurrir al menos el veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral.*

---

45. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 238.

46. En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor LINARES BENZO, Gustavo, Artículo de opinión "Contarnos o Matarnos", publicado en el diario *El Universal*, el 16 de diciembre de 2002.

47. RONDON DE SANSO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 372.

Asimismo, la decisión que se tome en ese proceso de referendo para la enmienda constitucional será de carácter vinculante. En tal sentido, si el pueblo se pronuncia a favor o en contra de la enmienda constitucional ésta quedará o no aprobada.

Sobre esto último, cabe decir, que la enmienda se considerará aprobada cuando el número de votos afirmativos sea superior al número de los votos negativos (mayoría relativa), por interpretación analógica del artículo 345 constitucional.

En efecto, establece la citada norma, que:

> Se declarará aprobada la reforma constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada *no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional* (destacado nuestro).

Asimismo, en virtud de esa interpretación analógica, nos conduce a afirmar que, si la iniciativa de la enmienda constitucional fuera rechazada, ésta no podrá presentarse de nuevo en el mismo período constitucional ¿de la Asamblea Nacional? ¿del Presidente de la República?

Ahora bien, como indicáramos en páginas anteriores, nuestra Carta también consagra el *referendo constitucional para la reforma de la Constitución* (artículo 344 de la Constitución de 1999). En este caso, una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional se someterá a referendo aprobatorio dentro de los treinta (30) días siguientes a su sanción, el cual será organizado por el Poder Electoral, a través del Consejo Nacional Electoral.

Al respecto, dispone la citada norma que el referendo se pronunciará en conjunto sobre la reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte (1/3) de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera (1/3) de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de la reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Para la validez de este referendo se requerirá, igualmente, la concurrencia del veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 constitucional.

La decisión que se tome en el proceso de referendo para la reforma constitucional será de carácter vinculante. Si el pueblo se pronuncia a favor o en contra de la reforma constitucional, ésta quedará o no aprobada.

En el supuesto que la iniciativa de reforma constitucional fuera rechazada, ésta no podrá presentarse de nuevo en el mismo *período constitucional*. En este punto, cabe igualmente plantear las mismas interrogantes que nos formuláramos a propósito del estudio de la enmienda constitucional.

Es significativo resaltar otro aspecto, que a nuestro entender, tampoco fue regulado por el Constituyente. Es el caso de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, que si bien el texto constitucional no exige la celebración de un referendo para su aprobación, creemos, vista su magnitud e importancia, y esgrimiendo el argumento *a fortiori* o de mayor razón, que para la convocatoria de esa Asamblea Constituyente sí sería necesario la celebración de un referendo para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra.

Sería absurdo pensar que si para la enmienda y la reforma es necesario la celebración de un referendo, no lo sea en el caso de una Asamblea Nacional Constituyente, que será

el órgano encargado de *transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución* (artículo 347)[48].

Y, es precisamente, este el sentido que ha reconocido el legislador patrio, por lo menos, en el *Proyecto de Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, aprobado en primera discusión en el mes de noviembre de 2002, en los artículos 77 al 79, los cuales, expresamente, disponen, que:

> *Artículo 77*. Contenido de la iniciativa. La iniciativa para la convocatoria del *referendo constituyente* deberá presentarse ante el Consejo Nacional Electoral, conjuntamente con las bases comiciales que serán sometidas a la aprobación de los electores y electoras.
>
> *Artículo 78. Aprobación del referendo constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente quedará convocada si el número de votos afirmativos emitidos en el referendo es superior al número de votos negativos, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento (255) de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral*.
>
> *Artículo 79*. Convocatoria a las elecciones de constituyentes. *Una vez aprobada la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*, el Consejo Nacional Electoral procederá dentro de los treinta (30) días siguientes a convocar las elecciones de los constituyentes, *conforme a las bases comiciales aprobadas en el referendo* (destacado nuestro).

Es de destacar, que además de las modalidades de referendo antes mencionadas, existe otra, que por su naturaleza hemos querido dejar su estudio en la última parte de este ensayo. Nos referimos al referendo revocatorio de mandato, que es aquel mecanismo mediante el cual el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario.

V. EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATO

Esta modalidad de referendo es el mecanismo de participación popular más directo de la democracia.

Para el autor Francisco Miró Quesada Rada, se trata de la institución más temida por aquellas elites políticas que se aferran al poder creyendo que son propietarios del mismo[49]. Constituye una sanción para quien se aparta de la voluntad de quien lo invistió[50].

Este referendo consiste en la facultad que tiene el pueblo o el cuerpo electoral para destituir a los representantes o para revocar el mandato de aquellos funcionarios de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria.

Esta modalidad de referendo, al igual que las anteriores, deriva del principio de la soberanía popular. En efecto, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder de remover a una autoridad pública elegida por el propio pueblo. Corresponde a un atributo esencial del poder soberano del pueblo y a uno de los derechos políticos de mayor relevancia en atención al ejercicio de la participación ciudadana, por medio del cual los electores conservan el poder de control sobre la conducta de sus representantes.

Este control que ejercen los ciudadanos, a su vez se fundamenta en el principio por el cual todo mandato supone la responsabilidad del mandatario frente al elector (mandan-

48. LINARES BENZO, Gustavo, *No más constituyentes.* Publicado en la página web: http://www.eud.com
49. QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 159.
50. DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 6ª Edición. Editorial Ariel, Barcelona, España 1980, p. 76.

te). Por consiguiente, quien manda es quien puede llamar a cuentas a su representante para que responda de sus actuaciones, las cuales deben estar conformes a sus demandas y solicitudes[51].

Ahora bien, la Constitución venezolana de 1999, en su artículo 72, reconoce que los electores, en cuanto mandantes con poder, pueden decidir remover de sus cargos a los mandatarios que son elegidos para gobernar y legislar -incluso para administrar justicia, como es el caso de los jueces de paz-, antes de que expire el término para el que fueron elegidos.

Al respecto, es resulta conveniente recordar que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las bases del sistema político y del ordenamiento jurídico venezolano se han modificado sustancialmente, transformando las instituciones que integran el Poder Público en sus diversas ramas.

Es así como siguiendo esa línea transformadora, a la clásica trilogía de las ramas del Poder Público Nacional, esto es, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, *se adicionó* el Poder Ciudadano y *el Poder Electoral* (artículo 136). Esta modificación ha obedecido a la nueva concepción del Estado venezolano, y ello explica que se hayan consagrado sendos Capítulos del Título referido a la organización del Poder Público Nacional con el propósito de regular los dos (2) nuevos Poderes, regulación constitucional que en el caso del Poder Electoral, expresa coherente y sistemáticamente la nueva concepción, pues supera la tesis de la Constitución de 1961, que aludía genéricamente a unos órganos electorales, que debían ser contemplados en la Ley, con la finalidad exclusiva de permitir el ejercicio periódico del derecho al sufragio activo y pasivo.

En efecto, el Texto Fundamental de 1999 consagra una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, cuyo órgano rector es el Consejo Nacional Electoral, con la asignación de nuevas funciones dirigidas fundamentalmente a hacer realidad la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político, tal como lo estipula el artículo 70 constitucional, que contempla como medios para lograr el referido propósito, el referendo, entre otros mecanismos.

En este orden de ideas, como una de las principales reformas está la referida a la regulación de los derechos políticos, tanto en lo que se refiere a la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante diversas modalidades como las recogidas en el artículo 70 constitucional, como respecto a la conformación orgánica de las instituciones encargadas de instrumentar dicha participación (el Poder Electoral),

Representa una innovación la creación del Poder Electoral, cuya concepción *"está asociada a la idea del poder de los electores, ejercido a través del voto para escoger a sus representantes y gobernantes en los poderes públicos (…) El Poder Electoral (…) es garante de la soberanía que reside en el pueblo, quien lo ejerce a través del voto, lo acredita a través de los órganos electorales y cuya esencia es el ciudadano"* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Electoral).

Y, es precisamente, dentro de esta nueva concepción democrática, que el Constituyente consagra expresamente en el artículo 72 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6, *eiusdem*, la modalidad de referendo revocatorio de mandato, a tenor de los cuales, *todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.*

---

51. ALVAREZ B. DE BOZO, Miriam, "El control popular del poder político: el referéndum revocatorio del mandato del Alcalde", *Revista Cuestiones Políticas* n° 25, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia, Maracaibo 2000, pp. 134-135.

Ambas disposiciones aluden la posibilidad cierta de que la voluntad popular, manifestada mediante un referendo, produzca la cesación del desempeño de un cargo de elección popular, tanto por motivos de legitimidad, como por resultar inconveniente o inoportuna la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular. En otras palabras, el referendo revocatorio de mandato no se hace porque la autoridad haya cometido actos delictivos, sino por su ineficacia política que genera un desencanto popular, es decir que tiene por finalidad cuestionar la conducta política de la autoridad[52].

Es así como por primera vez se consagra constitucionalmente este medio de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía, estableciendo para ello, los extremos bajo los cuales opera tal modalidad de participación.

De esta manera, al prever la Constitución de 1999 el referendo revocatorio le está dando poder al pueblo soberano para que pueda revocarle el mandato a cualquier funcionario electo por elección popular que no cumpla con su programa de gestión o que no rinda cuentas públicas transparentes y periódicas de su gestión.

Sin embargo, cabe decir, que en nuestro sistema no es necesario explicar las razones por las cuales se solicita la convocatoria de esta modalidad de referendo. Sólo se requiere cumplir con los extremos previstos en el artículo 72 constitucional. A diferencia del sistema colombiano, que como indicáramos *ut supra*, sí exige que la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio de mandato esté debidamente motivado.

Sobre este particular, resulta menester resaltar lo expresado por el Constituyente Reinaldo Rojas durante la primera discusión del Anteproyecto de Constitución de 1999:

> … la revocatoria del mandato viene a ser uno de los aspectos fundamentales de esta nueva Constitución. Se trata de la posibilidad que le vamos a dar en esta Constitución al Pueblo de Venezuela, de evaluar la acción pública de sus funcionarios y de tener la posibilidad real de revocar el mandato en determinados momentos[53].

En este mismo sentido se expresó el Constituyente William Lara:

> … Vemos que allí el espíritu del constituyente es brindar el sistema político garantizando con ello la estabilidad, sin negar el derecho democrático de los ciudadanos y de las ciudadanas de ejercer su voluntad soberana respecto de la evaluación que hagan del desempeño de la gestión de un funcionario público en la estructura del Estado venezolano[54].

De todo lo antes expuesto se colige que la inclusión del referendo revocatorio en nuestro Texto Fundamental, constituye un avance significativo en el proceso de participación y de control que tiene el pueblo soberano sobre la gestión de sus gobernantes.

Por otra parte, consideramos que el referendo revocatorio de mandato consagrado en nuestro texto constitucional, es de carácter *directo* y *particular o individual*. En efecto, es directo en virtud que es el cuerpo electoral o el pueblo quien tiene el derecho de solicitar y participar en el proceso de referendo para revocar el mandato a las autoridades públicas electas por voluntad popular, excluyéndose la posibilidad de su ejercicio a instancia gubernamental. Y, es particular o individual dado que tiene por objeto la revocación de un funcionario público o representante[55].

---

52. *Id.*, p. 160.
53. *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente*. Material suministrado por el Servicio Autónomo de Información Legislativa (S.A.I.L.) de la Asamblea Nacional.
54. *Id.*
55. QUESADA RADA, Francisco Miró, *ob. cit.*, p. 162.

Por otra parte, cabe decir, que el referendo revocatorio de mandato se aplica a las autoridades elegidas por el pueblo. En efecto, esta modalidad de referendo debe ser entendida única y exclusivamente para los cargos de elección popular de los distintos órganos del Poder Público.

Los supuestos que consagra la Constitución venezolana para la realización del referendo venezolano, son:

1. Que haya transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario.

2. Que sea solicitado por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la circunscripción correspondiente.

3. Para que sea considerado válido el referendo revocatorio se requiere que igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos.

Cumplidos los requisitos antes expuestos la decisión que se obtenga en el proceso de referendo tendrá valor decisorio, la cual si fuera en sentido afirmativo, se considerará revocado el mandato del funcionario público y se deberá proceder de manera inmediata a cubrir la falta absoluta conforme al ordenamiento jurídico. Si es en sentido negativo, el funcionario público continuará en el ejercicio de sus funciones, y el cuerpo electoral no podrá solicitar un nuevo referendo revocatorio del mandato de ese funcionario público durante el resto del período para el cual fue elegido.

Al respecto, puede apreciarse que la Constitución venezolana es particularmente exigente con el quórum de participación o asistencia, habida cuenta que el número concurrente a la consulta popular debe ser por lo menos de veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Sin embargo, para que sea considerado revocado el mandato del funcionario público, se requiere igualmente, que igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubiere votado a favor de la revocación.

Sobre este punto, es oportuno recordar las palabras pronunciadas por el Constituyente Isaías Rodríguez, durante su intervención en la discusión de este artículo en la Asamblea Nacional Constituyente:

> … Este artículo marca entre otros, la diferencia substancial entre la Constitución de 1961 y la que nosotros en este momento estamos debatiendo. Si hay algún punto nodal, importante en donde hay realmente participación de los ciudadanos, para tomar decisiones fundamentales de la democracia, es a partir de estos referendos revocatorios, consultivos, constituyentes, constitucionales, con los cuales va a haber definitivamente una manifestación de las decisiones populares en torno a la gestión del funcionario correspondiente. Este artículo plantea cuatro supuestos.
>
> El primer supuesto es que todos los cargos y magistraturas son revocables, el segundo supuesto es que debe haber un porcentaje para solicitar esa revocatoria, que el artículo lo sitúa en el 15 por ciento. El tercer supuesto es que quienes asistan, convocados a ese referendo, deben reunir por lo menos el mismo número de electores con el cual fue electo el funcionario y el cuarto supuesto es el que señala que no podrá hacerse más de una revocación del mandato.
>
> *Cuando se discutió este asunto en el seno de la Comisión Constitucional, fui uno de los que participó para que se estableciera efectivamente que haya un número de electores igual o superior al del acto de votación en el cual fue elegido el funcionario. ¿por qué'. Porque de no ser así sería muy fácil producir la inestabilidad política en el país. Si hay alguna manera de producir inestabilidad política es que cualquier número de ciudadanos congregados por este mandato revocatorio tomara la decisión de destituir al funcionario, y recuerden que estamos hablando no so-*

lamente de gobernadores, de presidentes de la República, de defensor del pueblo. Estamos hablando de todos los alcaldes del país … [56] (destacado nuestro).

Ahora bien, la norma contenida en el artículo 72 constitucional sólo refiere que, el cumplimiento concurrente de los requisitos antes mencionados significará la revocatoria de mandato, sin hacer mención alguna a aquellos electores que quieran manifestarse sobre la no-revocatoria de dicho mandato, situación ésta que podría conducir a pensar que si un número de electores manifestaren que no fuera revocado el mandato de determinado funcionario público electo popularmente, el cual resultare ser mayor al porcentaje de electores que hubieren votado a favor de la revocatoria, el mandato sería igualmente revocado, habida cuenta que se cumplieron los extremos previstos en la citada norma constitucional.

Ante esta problemática se abre la necesidad de recurrir al principio democrático como elemento de interpretación del ordenamiento jurídico constitucional venezolano, por cuanto constituye uno de los valores superiores del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En efecto, el artículo 72 constitucional debe ser interpretado sistemáticamente con las demás normas constitucionales y principios recogidos en el Texto Fundamental. De ahí que, la interpretación a realizarse deba llevarse a cabo de acuerdo con los preceptos constitucionales vigentes. De esta forma, su interpretación no debe colidir con los valores superiores a los que alude el artículo 2 de la Carta venezolana.

Precisamente, la citada disposición, proclama, que:

> Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, *que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación*, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, *la democracia*, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político" (destacado nuestro).

Del contenido del artículo antes transcrito, se puede deducir que la legitimación política del Estado venezolano descansa en el sistema democrático, y por ende, del *principio democrático*, el cual igualmente aparece recogido en las disposiciones 5 y 6 de nuestro texto constitucional.

Lo antes dicho, nos lleva a pensar que siempre un proceso electoral o de naturaleza referendaria *supone el reflejo de la voluntad mayoritaria de la población electoral, por cuanto es la auténtica voluntad popular, manifestación del principio democrático, lo que implicaría el respeto a la decisión tomada por los electores.*

Es por ello, que consideramos, si cumplidos los requisitos expuestos en el artículo 72 de la Constitución venezolana, pero un número mayor de electores rechazaran la revocatoria de mandato del funcionario público, dicho funcionario público continuará en el ejercicio de sus funciones, y el cuerpo electoral no podrá solicitar un nuevo referendo revocatorio del mandato de ese funcionario público durante el resto del período constitucional para el cual fue elegido, esto es, en virtud del respeto al principio democrático que *obliga a hacer prevalecer la voluntad de las mayorías.*

Sostener lo contrario, creemos, podría implicar la violación del principio democrático contemplado en los artículos 2, 5 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por ende, la posible ruptura del Estado constitucional de Derecho (artículo 2).

---

56. *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, Material suministrado por el Servicio Autónomo de Información Legislativa (S.A.I.L.) de la Asamblea Nacional.

En otro orden de ideas, el texto constitucional prevé expresamente en el artículo 198 que el diputado a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuera revocado, *no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período***.** De manera que, el Constituyente prevé expresamente una inhabilitación política, para el caso de los diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuera revocado mediante referendo. Inhabilitación que sólo se extendería para un período constitucional, es decir, por un lapso de cinco (5) años, que es el período de la Asamblea Nacional, a tenor de lo previsto en el artículo 192 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, esgrimiendo el argumento a contrario, podría interpretarse, que los demás funcionarios públicos cuyos mandatos fueran revocados (Presidente de la República, gobernadores de Estado, alcaldes, integrantes de los consejos legislativos, integrantes de los concejos municipales, etc.) sí podrían optar a cargos de elección popular -incluso aquel cargo que ocuparon, pero cuyo mandato fue revocado-, en el siguiente período constitucional, habida consideración que el Constituyente sólo prevé expresamente la mencionada inhabilitación para el supuesto de los diputados a la Asamblea Nacional.

Es lo cierto que sobre este aspecto existe un vacío normativo, que en todo caso, deberá ser resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Es evidente que esta solución deberá considerar el principio según el cual, las normas constitucionales no deben ser interpretadas en el sentido que menoscaben o contradigan los propósitos y principios de la Carta Fundamental venezolana.

Por otra parte, surgen otras interrogantes con relación a esta modalidad de referendo ¿convocado el referendo revocatorio, el funcionario cuestionado quedará suspendido en el ejercicio del cargo? ¿deberá separarse? ¿podrá permanecer en el ejercicio del cargo durante el proceso de referendo?[57]

Al respecto, es oportuno recordar el dispositivo contenido en el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente:[58]

> El Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los alcaldes de los municipios que sean postulados al mismo cargo y los funcionarios públicos de menor rango *podrán permanecer en sus cargos durante el lapso de la campaña electoral***.** El lapso de campaña electoral será un máximo de veinticinco días (destacado nuestro).

Desde esta perspectiva, ¿podría sostenerse el principio de continuidad en el ejercicio del Poder Público recogido en la norma antes transcrita para el caso de la convocatoria de un referendo revocatorio de mandato de un funcionario electo popularmente?

Estas consideraciones fueran obviadas por el Constituyente, y no creemos, en principio, que deba ser regulada por el legislador. Ahora, si bien hemos manifestado, nuestra disensión con respecto a la creación del recurso de interpretación constitucional, no es menos cierto que a través de la interposición de este medio procesal ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, podría alcanzarse una salida más expedita, más aún cuando la finalidad de ese recurso *"sería una declaración de certeza sobre los alcances y contenidos de una norma Constitucional"* (sentencia n° 1077, del 22 de septiembre de 2000, Caso: *Servio Tulio León Briceño*).

Además, cabe decir que el artículo 72 sólo reserva al legislador la regulación del referendo revocatorio de mandato para los integrantes de cuerpos colegiados, entiéndase los

57. Al respecto, resulta oportuno recordar lo previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz.
58. *V., G.O.* n° 36.884 de fecha 3 de febrero de 2000.

diputados a la Asamblea Nacional, los integrantes a los Consejos Legislativos y Concejos Municipales, etc.

Ahora bien, como hemos sostenido *ut supra*, el referendo revocatorio de mandato consagrado en la Constitución de 1999 tiene como principal antecedente jurídico el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal,[59] dictada bajo el imperio de la Constitución de 1961, el cual establece:

> El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada con el voto de las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su gestión anual. En este mismo acto, el Concejo o Cabildo convocará a un referéndum que se realizará en un plazo máximo de treinta (30) días, para que el cuerpo electoral local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejal que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la revocatoria del mandato, se aplicará lo previsto en el artículo 54 de esta Ley sobre faltas absolutas, caso contrario, el Alcalde reasumirá sus funciones.

Dentro de este contexto, cabe advertir que en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el 30 de diciembre de 1999, la Ley Orgánica de Régimen Municipal mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a la Constitución de 1999, de conformidad con lo consagrado en la Disposición Derogatoria Unica del Texto Fundamental venezolano.

De esta manera, en nuestra opinión, lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cuanto a la consagración del referendo revocatorio del mandato del Alcalde, convocado por el Concejo Municipal no atiende a los nuevos preceptos constitucionales y, por consiguiente, de conformidad con la Disposición Derogatoria Unica de la Constitución de 1999, la norma ha quedado derogada tácitamente, tal como lo expusimos en páginas anteriores.

En efecto, consideramos que, se ha producido la llamada inconstitucionalidad sobrevenida que consiste en que el contenido normativo de una disposición legal deviene incompatible con el de otra disposición posterior de rango constitucional.

Ello así en virtud de las consideraciones siguientes:

1. Con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ha trasladado directamente al pueblo soberano la competencia de solicitar la revocatoria del mandato de los cargos de elección popular. En efecto, la solicitud debe ser efectuada por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la circunscripción correspondiente (artículo 72, *eiusdem*).

Por ende, mal podría sostenerse que tal competencia, a la luz de la nueva Constitución, en el caso particular de los municipios, corresponda a los concejos municipales, cuando a su vez estos cuerpos colegiados se encuentran igualmente sometidos a la soberanía popular (artículo 5, *eiusdem*).

---

59. En el año 1991 se realizaron tres procesos referendarios, cuyos resultados favorecieron a los alcaldes -quienes habían sido electos en las elecciones municipales celebradas en el año 1989- en dos casos, Maneiro (Nueva Esparta) y Bolívar (Falcón). En el año 1992 se celebraron igual número de consultas revocatorias, con resultado semejante. Sólo fue revocado el mandato al Alcalde del Municipio Panamericano - Coloncito, en el Estado Táchira. Durante el segundo período de Gobierno Municipal, correspondiente a los años 1993-1995, se realizaron siete consultas referendarias, cuyo resultado en el cien por ciento (100%) de los casos fue desfavorable a los siete alcaldes, entre los cuales destaca el caso del Municipio Insular Padilla, en el Estado Zulia (*Caso: Alciro Pereira*). En el último período 1996-1998, sólo dos procesos de referendo revocatorio fueron convocados y en ambos casos los alcaldes fueron ratificados en sus cargos. *Cf.*, ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, *ob. cit.*, p. 142.

2. Para que se ejerza el referendo revocatorio del mandato debe haber transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario público y no cada vez que el Concejo Municipal impruebe la Memoria y Cuenta del Alcalde, ya que de ser así quedaría inoperante lo dispuesto en la parte in fine del artículo 72 constitucional, que estipula:

> Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

3. El artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal resulta incompatible con el texto constitucional de 1999, ya que existe un órgano del Poder Público, a saber, el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, que tiene asignada expresamente la competencia, entre otras, de *convocar* los procesos electorales, *entre los cuales se incluye los procesos referendarios*. En consecuencia, a los representantes de los órganos públicos, tantos los ejecutivos como deliberativos, y a los propios electores, sólo les corresponde la iniciativa, esto es, hacer la respectiva solicitud por ante el Consejo Nacional Electoral para que éste convoque cualquiera de los referendos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Electoral, del 22 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado Octavio Sisco Ricciardi, Caso: *Club Social Layalina, C.A. vs. Consejo Nacional Electoral)*.

Ahora bien, la inclusión o no de esta modalidad de referendo ha sido objeto de controversias en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En tal sentido, la doctrina[60] ha sostenido como algunos argumentos principales en apoyo a la inclusión de esta institución, los siguientes:

1. Sirve a los votantes destituir a los funcionarios públicos corruptos o incompetentes, o que han dejado de reflejar los puntos de vista de su electorado sobre asuntos importantes.

2. Permite recordarle a las autoridades que la ineficacia puede ser sancionada por medio de la remoción.

3. Aumenta el interés ciudadano en los asuntos públicos, porque les permite participar lo más directamente posible en la toma de decisiones políticas, es decir que reduce la indiferencia del ciudadano puesto que éstos poseen un instrumento para destituir a los funcionarios en quienes han perdido ya la confianza.

4. Constituye un límite al abuso del poder que pueda hacer cualquier autoridad, en virtud del carácter sancionador de la institución.

Entre los argumentos en contra del referendo revocatorio de mandato,[61] podemos destacar, entre otros:

1. Restringirá indebidamente los funcionarios públicos enérgicos y creativos. Esta institución propicia que los funcionarios electos sean timoratos.

2. Muchos hombres y mujeres altamente calificados no aspirarán a ocupar cargos públicos mientras exista el referendo revocatorio de mandato por temor a que sea empleado en su contra, en caso de que, con respecto a un problema específico, tomen una posición que resulte impopular para un grupo de votantes.

3. Se puede usar con propósitos partidistas. Se puede usar para amedrentar a los funcionarios públicos y desanimarlos de buscar la reelección.

---

60. ZIMMERMAN, Joseph F., *Democracia Participativa. El resurgimiento del populismo,* Editorial Limusa, S.A., México 1992, pp. 132-134.

61. *Id.*, pp. 134-136.

4. Organizaciones bien financiadas y bien organizadas pueden abusar del uso de esta modalidad de referendo a favor de sus propios intereses.

5. Las razones que de hecho promueven un referendo revocatorio de mandato pueden no ser tan importantes como para destituir a un funcionario público[62].

Independientemente de las razones en pro o en contra del referendo revocatorio de mandato, es importante tener en cuenta, que a pesar de su consagración expresa en nuestro texto constitucional, la rigurosidad en el cumplimiento de sus requisitos, prácticamente harían imposible su ejercicio eficaz.

De hecho, como hemos visto, sólo puede convocarlo un *número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores* de la circunscripción respectiva (requisito de iniciativa). A este requisito se le *agrega el quórum de asistencia a las urnas que no puede ser menor al veinticinco por ciento (25%) de los electores* inscritos en la circunscripción respectiva. Sin embargo, *para que el mandato se considere revocado debe votar un número igual o mayor de los electores que eligieron al funcionario cuestionado (requisito de revocación).*

Este último requisito, en combinación con los anteriores, en opinión del profesor Luis Salamanca,[63] termina creando unas barreras de entrada jurídica y políticas excesivamente altas, que pueden hacer nugatorio el derecho a la revocación.

Por ello, a pesar de la consagración de esta modalidad de referendo en el Texto Fundamental venezolano, el Constituyente estableció de manera rigurosa el cumplimiento de determinados requisitos que constituyen un freno para su ejercicio, en lugar de establecer límites flexibles que permitan su funcionamiento, y sobre todo, que permitan un equilibrio entre los representantes y los representados, más aún cuando se trata de un mecanismo de control sobre la legitimidad política de los representantes-mandatarios, cuyos cargos provienen de la voluntad popular.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Del estudio que hemos expuesto en el presente trabajo de investigación hemos destacado la importancia del referendo como manifestación de la democracia participativa, que tiene como razón última permitir al pueblo expresar su voluntad, a través de un *sí* o un *no*.

Una nota característica del principio de participación en la Constitución de 1999 es el referendo, el cual viene a ser uno de los correctivos de la democracia representativa. En tal sentido, creemos errada la afirmación según la cual el principio de la democracia representativa consagrada en la Constitución de 1961 ha sido sustituido por el principio

62. Sobre este punto, es oportuno destacar que la profesora ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, afirma:

"No prescribe la norma constitucional venezolana, la necesidad de fundamentar la solicitud de revocatoria; lo que pudiera justificarse si se atiende a la naturaleza de esta institución, prevista precisamente por el constituyente como un medio de participación ciudadana, cuya identidad está dada por ser un mecanismo para la construcción de una decisión política, basada en el conocimiento práctico aportado por el pueblo, más que en el conocimiento experto, propio de los recursos de carácter administrativo o jurisdiccional, los cuales deben fundarse en razones de derecho.

En este entendimiento, la solicitud se funda en razones de mérito, conveniencia social o insatisfacción general, expresada en el respaldo comunitario exigido de un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción". V., ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, *ob. cit.,* p. 148.

63. SALAMANCA, Luis, *ob. cit.,* p. 99.

de la democracia participativa. Por el contrario, consideramos que con la actual Constitución existe más bien una complementación de ambos principios.

Por otra parte, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en diciembre de 1999, se hace necesario revisar el marco legal venezolano para adecuarlo a las nuevas normas constitucionales. En efecto, se hace necesario crear los nuevos instrumentos que la Constitución trae consigo para garantizar efectivamente la participación ciudadana en la toma de decisiones. No obstante, creemos que no es recomendable el abuso del ejercicio de la institución del referendo en cualquiera de sus modalidades, porque como lo hemos señalado en este breve estudio, y parafraseando al constitucionalista Loewenstein, *hay razón para dudar … sobre si el referéndum … es una institución útil o peligrosa*, más aún si consideramos que lo que *termina destruyendo a la participación es la sobreparticipación.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ B. DE BOZO, Miriam, "El control popular del poder político: el referéndum revocatorio del mandato del Alcalde", *Revista Cuestiones Políticas* n° 25, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia, Maracaibo 2000.

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, "El principio de la Participación en la Carta Política de 1991: Análisis y Contexto" en *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

BARRIOS ORTIZ, Fermín. "La Constitución y la participación ciudadana en la gestión municipal", *Elecciones y Poder Local en la Nueva Gestión Municipal*, Consejo Nacional Electoral, Caracas 2001.

BIBLIOGRÁFICA OMEBA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XXIV, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires 1987.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Traducción de la 3ª Edición por Pablo Lucas Verdú. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1987.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph y ORTÍZ ÁLVAREZ, Luis, "Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)", *Colección Jurisprudencia* n° 4. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

"Principios del Procedimiento Administrativo", *Colección Estudios Jurídicos* n° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

CALDERA, Rafael. "Poder popular y poder moral" en *Costituzionalismo Latino.* Tomo II. Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti IX. Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia - América Latina. Sassari, s/f.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. "Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela (Análisis histórico jurídico)", *Revista de Derecho Constitucional* n° 2, enero-junio 2000. Editorial Sherwood, Caracas 2000.

CASAS, Juan Carlos, "El Referéndum y la Iniciativa". Ed. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 1957.

CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública,* Cedecs Editorial, Estudios Constitucionales y Políticas, Barcelona, España 2001.

COMBELLAS, Ricardo, "Crisis de la representación política. Poder popular y poder moral. La ilustración del caso venezolano" en *Costituzionalismo Latino,* Tomo II, Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti IX, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-América Latina. Sassari, s/f.

Una Constitución para el futuro. El debate constitucional en Venezuela, Fundación Konrad Adenauer, Caracas 1994.

Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Mc Graw Hill Interamericana de Venezuela, S.A., Caracas 2000.

CONTRERAS, José Gregorio, "La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano" en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional,* Volumen I, Caracas 1996.

CHAVERO GAZDIK, Rafael, "La Forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un Canto de Sirena?)", *Revista de Derecho Público* n° 81/2000. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid 1988.

DOMÍNGUEZ NASSAR, Jorge, *El Estado y sus instituciones,* Repromul, S.R.L., Valencia 1979.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional,* 6ª Edición. Editorial Ariel, Barcelona, España 1980.

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público,* Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires 1981.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado,* 5ª Edición, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1959.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje Legal y Sistema Jurídico. Cuestiones Relativas a la Aplicación de la Ley,* Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1989.

LINARES BENZO, Gustavo, *No más constituyentes,* Publicado en la página web: http://www.eud.com

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución,* 2ª Edición, Traducción y estudio sobre la obra por GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Ediciones Ariel, Barcelona, España 1970.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, "Partidos Políticos y "democracia interna", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Cuadernos y Debates* n° 85, Madrid 1999.

PELLEGRINO PACERA, Cosimina G., "La Interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ¿Existe un Recurso Autónomo de Interpretación Constitucional? (A raíz de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000)", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París,* Temas sobre la Constitución de 1999, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2001.

QUESADA RADA, Francisco Miró, *Democracia Directa y Derecho Constitucional,* Artes y Ciencias, Editores, Lima 1990.

RONDON DE SANSÓ, Hildegard, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte Orgánica y sistemas)*, Caracas 2000.

SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución Política de Colombia comentada*, 2ª Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires 1999.

SALAMANCA, Luis, "La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana", *Revista de Derecho Público* n° 82/2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

ZIMMERMAN, Joseph F., *Democracia Participativa. El resurgimiento del populismo*, Editorial Limusa, S.A., México 1992.

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA*

Manrique Jiménez Meza
Profesor de la Universidad de Costa Rica

I. LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

1. Algunas consideraciones previas de la democracia y de sus elementos constitutivos

La nueva dimensión constitucional de la democracia está ligada al eficaz derecho ciudadano de participación en asuntos de interés público, con técnicas instrumentales para su ejecución y defensa, al amparo de los ordenamientos jurídicos compuestos del derecho escrito y no escrito. Queda así el ciudadano adherido al ejercicio de los derechos, por lo que es un concepto dinámico que en modo alguno se reduce a un sólo ámbito del contexto social[1]. Ciertamente, la *ciudadanía* es parte del nuevo eco que resuena en todo el espectro político y jurídico[2]. Es un nuevo fantasma que ronda sobre el planeta.

Bien se ha insistido, en diferentes ángulos doctrinarios, que la democracia no es tanto un mecanismo como un organismo que se hace en el hacer diario desde la esfera individual hasta lo social, donde la libertad propia encuentra límites en la libertad ajena. Es así la democracia un organismo que se vive y convive en la organización y actividad del Estado o de alguna estructura política y social, en actividades públicas, privadas o mixtas. Por ello es de suma importancia que ese organismo se proteja y vigorice con la par-

---

* A un gran jurista, intelectual y ciudadano. A un heroico pueblo sumido en el dolor y en la esperanza de su renacer en la libertad y dignidad democráticas.

1. La clásica obra de MARSHALL, Thomas H. *Citizenship and the Social Class*, Cambridge, University Press, 1950, tiró líneas hacia el futuro en la historia de Occidente, para lo cual definió al ciudadano como el status que ostenta, por virtud de sus derechos y deberes, como sujeto integrante de una sociedad, con trascendencia de los vaivenes del mercado y de su eventual capacidad de contribución económica, siendo así que el concepto es incondicional. Por ello, a manera de ejemplo, un ciudadano en el ejercicio de sus deberes contributivos pagaría determinados impuestos, pero los derechos políticos -y otros- no dependen de ese pago. Sin embargo, la postura de Marshall ha sido criticada con suma agudeza por HELD David quien acusa al esquema de MARSHALL, anclado al concepto de clase, de restrictivo. Dice: "el esquema con que MARSHALL y GIDDENS examinan la relación entre clase y ciudadanía es parcial y limitado". Del autor, *V.*, "Citizenship and Autonomy", en *Political Theory and the Modern State*, Stanford University Press, Stanford 1989, p. 189. En lo relativo a GIDDENS, quien encuentra en las luchas políticas de las clases subordinadas la esencia misma de los derechos de la ciudadanía, no deja de implicar un análisis restrictivo el cual, aunque distinto al dado por MARSHALL, tienen en esto un claro punto de coincidencia analítica. De GIDDENS, A., *V.*, las siguientes obras: "Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights", en *Profiles and Critiques in Social Theory*, Macmillan, Londres 1982, pp. 171-173, 176; también, A *Contemporacy Critique of Historical Materialism*, Macmillan, Londres 1981, pp. 226-229.

2. Desde la perspectiva política como nueva modalidad histórica, *V.*, HEATER, Dereck, *Citizenship: The Civic Ideal in World History, Politics, and Education*, Longman, Londres 1990; también VOGEL, Ursula y MORAN, Michael, *The Frontiers of Citizenship*, St. Martin´s Press, 1991.

ticipación ciudadana, en tanto esencia y fin de la democracia activa para la confirmación de la soberanía popular, como soporte subjetivo e ideal de la soberanía que presupone la existencia de un Estado constituido. Esta participación ciudadana se incardina en la denominada democracia política, sin perjuicio de la democracia económica y social[3]. Incluso, en la actualidad, asistimos al arribo de las economías de mercado ecológicas y sociales, donde el beneficio de capital se entremezcla con el desarrollo social y el equilibrio ecológico.

El ciudadano ya no es paciente sino agente de la democracia, a tal grado que podemos visualizar en las jurisprudencias constitucionales al *homo democraticus*, a favor de quien se levantan, entre otros, los principios doctrinarios y jurisprudenciales del *indubio pro libertate* y el *indubio pro homine* en caso de duda para la certera aplicación e interpretación de los derechos humanos. Y es esa dimensión democrática la que posibilita el amplio tejido institucional y organizacional de los Estados, con prevalencia de la razón antes que la pasión y de la tolerancia sobre dogmas trasnochados. De lo contrario, estaríamos ante formas de Estados autoritarios o totalitarios, teniéndose para éstos, desde el mismo Estado la absorción total de la persona, sea a lo interno y externo de su comportamiento, posibilitado por el desarrollo de la tecnología en aras de la imposición oficial de su verdad o mentira (da lo mismo) para la sobrevivencia del sistema y de los privilegios de la casta gobernante y sus allegados. Destaquemos las características de la ideología totalitaria:[4] 1) se comprende toda fase de pensamiento, acción y sentimiento humanos; 2) No se admite la tolerancia y diferencia de criterio; 3) Se simplifica en extremo los problemas y las soluciones al modo de la *raza* en el nacional socialismo o de la *clase social* en el marxismo; 4) Es fanático e impone la adhesión total, incondicional y sin reserva de los súbditos, para lo cual media el asesinato o moderna esclavización de individuos, grupos o colectividades mayores de la sociedad.

Por esto en el totalitarismo están los súbditos o los nuevos esclavos al servicio del Estado y sus detentadores, no así el ciudadano como núcleo duro y expansivo de los derechos fundamentales en la democracia[5], la cual se ha visto robustecida por él y no ya por el simple administrado. Tampoco en el autoritarismo habría democracia ni ciudadanía como soporte y fin de la organización social y política. Si partimos de que un Estado puede no tener Constitución pero no puede dejar de tener Administración -diría Otto Mayer-, en los regímenes totalitarios o autoritarios existen administrados-súbditos, a diferencia de la democracia donde hay administrados-ciudadanos.

Dándose un sucinto repaso histórico, los antiguos griegos caracterizaron a la democracia por tres elementos constitutivos: la *isonomia*, la *isotimia* y la *isegoria*. La prime-

3. Dice el profesor BREWER-CARÍAS: "Bajo esta idea democrática, por tanto, el Estado, en primer lugar, debe conformar el sistema político, para hacerlo participativo, organizando al pueblo de manera que el hombre en sociedad supere la categoría de masa, es decir debe democratizar la *democracia política*. En segundo lugar, el Estado debe conformar la economía, para permitir la participación de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y para fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre, es decir, deberá hacer efectiva la *democracia económica*. Y, en tercer lugar, el Estado debe conformar la Sociedad, con el objeto de que, respetando y amparando la dignidad humana, no sólo satisfaga las necesidades vitales y existenciales de la población, aumentando su nivel de ingreso y asegurando a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad, sino que promueva la misma sociedad, a través de la organización del pueblo; es decir, instaurar un sistema de *democracia social*". Del autor, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, pp. 179.

4. EBENSTEIN, William, *El Totalitarismo*, Paidós, Buenos Aires 1965, p. 99.

5. Con acierto se dice: "la esclavitud pasa por ser irreconciliable con el derecho del hombre a la libertad personal y, sin embargo, la civilización moderna nos ha aportado también los campos de trabajo forzado para hombres libres". *V.*, POHLENZ, M, *La liberté grecque*, Paris 1956, p. 7.

ra está relacionada con el derecho compartido de igualdad ante la ley; la segunda con la igualdad para el ejercicio de todas las funciones y, la última, con la igualdad para el derecho de expresión sea oral o escrito. De aquí, pues, parto para elevar otro principio de la actual democracia: el derecho de participación directa o indirectamente, el cual no es más que una derivación consecuente de la *isegoria*. Efectivamente, tal derecho de participación es prueba del exigido diálogo y de la actividad compartida entre gobernantes y gobernados, hacia el encuentro de administraciones públicas transparentes o de ventanas abiertas. Para esto, se impone la realidad: el Estado ejerce el poder a través de sus órganos y entes con apoderamiento legal y el ciudadano con sometimiento en libertad ante el Estado y por el Estado. El poder estatal y la libertad son dos dimensiones distintas, como lo son el Estado y el ciudadano, para lo que sobresale el principio de cooperación sin identidad entre ambos. Y en esta dimensión participativa intersectorial dentro de cada Estado y fuera de éste para realidades interestatales, en unidades superiores para fines comunes, o a partir de los Estados para la aceptación del derecho Comunitario (que en sentido estricto no es derecho nacional ni internacional, sino supranacional o de integración)[6] se hace posible la nueva dinámica del *Estado interaccional* sin imposiciones arbitrarias o de hecho[7].

También el derecho de participación se hace más evidente en organizaciones internacionales con sus estructuras jurídicas y organizacionales, en las que no faltan declaraciones de derechos humanos de una u otra generación que guardan un mismo status de importancia.

Sin adentrarnos al análisis riguroso y detallado del desarrollo histórico de la democracia, de lo que se ha escrito y meditado en exceso, al sumo grado de darse una conciencia universal hacia su adhesión, ha recalcado con fina ironía un autor francés: "La democracia es un régimen en el que los aristócratas han llegado a ser demasiado numerosos para ser notados y demasiado parecidos a los demás para sentirse orgullosos. Es aquél en que la élite se siente en su casa, en la calle"[8].

Tal humildad civil, sin ser humillación, se ha convertido en el dorado sueño de los pueblos constructores o reconstructores de libertades, para lo que podría pensarse en el renacimiento de las libertades individuales y sociales a partir de la Segunda Guerra Mundial. Por esa conciencia colectiva es que la UNESCO, en 1949, señaló en un detallado informe: "Probablemente por primera vez en la historia, la democracia ha sido señalada como la más ideal descripción de todas las organizaciones políticas y sociales por las que abogan los proponentes de más influencia"[9].

---

6. *V.*, STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1987, pp. 898-899. Dice el autor: "Si las Comunidades son ciertamente algo creado por los Estados, pero con propia existencia a partir de su constitución, así también el *derecho* por ellas establecido es igualmente *autónomo* en el sentido original de la palabra. No es ni derecho nacional ni derecho internacional, sino *derecho supranacional*, derecho de integración (Integrationsrecht) que viene a situarse junto a otras categorías; pues entre el ordenamiento nacional ciertamente existen vínculos en el momento de la creación del primero; pero con la entrada en vigor de los Tratados éstos sufren una mutación que los eleva a rango de normas fundamentales (normas constitucionales) de un ordenamiento jurídico de existencia autónoma, el derecho comunitario secundario, que trae su origen exclusivamente de aquéllos. El derecho comunitario secundario tiene una nueva autoridad, otra fuente de derecho; ha tenido lugar una interpositio auctoritatis. Entre el derecho comunitario y el derecho nacional ha dejado de existir "vínculo alguno de derivación o dependencia".

7. Ver en tal sentido mi artículo "Perfiles del Estado moderno y la nueva dinámica del Estado Interaccional", en *Revista de Derecho Público*, Universidad Autónoma de Centro América, 1996, pp. 35-51. Asimismo, en mi obra: *Derecho Público*, Editorial Continental, San José 2002, pp. 63-71.

8. DELAUNAY, *Les feuillets du temps vole*, París, p. 167.

9. LIPSET, M., "Some social requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy", en: *American Political Science Review*, LIII; 1959, p. 71

Tres son, en esencia, los pilares básicos de la democracia, cuya formulación distintiva quedó consagrada por el iluminismo secular o el racionalismo individualista francés: libertad, igualdad y fraternidad, sin demérito del alcance de la Revolución norteamericana en la que se gestó el expreso reconocimiento de los derechos naturales y las bases para la soberanía popular. Si los ordenamientos jurídicos carecen de aquél espíritu compuesto y complementario, que aún en tres siempre es uno, la democracia sería simple declaración semántica, sin contenido práctico-existencial. Analicemos, pues, el contexto de la libertad que presupone su pluralidad.

En la democracia el hombre y la mujer se les reconoce como seres libres. Y la libertad compartida exige la tolerancia y, dentro de esta visión, el relativismo. Nada hay absoluto, a no ser el propio ciudadano como valor en sí mismo. Ya lo dijo mejor Kant cuando identificó al ser humano como un fin y nunca como un medio. Pero el valor absoluto de la persona impone el respeto por el valor absoluto ajeno, en el equilibrio de los derechos y deberes compartidos. Es comprensible, pues, la famosa frase de Kelsen al caracterizar a la democracia como un *Estado de partidos*[10] con imperio del relativismo político y cultural, sin que exista la superposición ideológica sino la coexistencia pacífica de perspectivas distintas. La suma de todos los absolutos que son los seres humanos, da como resultado la relatividad de criterios. La libertad queda así unida a la pluralidad con sustento en el valor absoluto de la persona y sus derechos incluso antes de nacer y después de morir, a partir del texto constitucional, o desde la sustancia material de los Estados constitucionales basados en la dignidad humana. Como dice Häberle: "La teoría de la Constitución es la ciencia de las Constituciones de los Estados constitucionales. Éstas se apoyan sobre la dignidad humana como premisa antropológico-cultural y conducen a la democracia como *consecuencia orgánica*; constituyen una *república* con la Constitución como ordenamiento marco, que vive de que todos los ciudadanos y grupos intenten cada vez y siempre de nuevo comportarse de modo adecuado y soportarse mutuamente y que de ese modo se desarrolla"[11].

Por su parte ha sostenido nuestra jurisprudencia constitucional: "Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana... No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse..." (SVC 2000-02306).

Sin embargo la libertad no es absoluta, toda vez que se da en el contexto de la dialéctica social que, en sentido hegeliano y marxista, es tanto lucha como progreso. Sostiene Jaspers desde el enfoque filosófico con alcance para la disciplina jurídico-política, que "la libertad absoluta no es una verdadera libertad, en cuanto que en ella la *existencia* queda suprimida en favor de algo general y total, no sólo desaparecen sujeto y objeto, sino que al desvanecerse todas las contraposiciones, la *existencia* se evapora de la na-

10. Del autor: *Esencia y Valor de la Democracia*, Biblioteca de Iniciación Cultural, Barcelona 1934, p. 37.

11. HÄBERLE, P. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Mínima Trotta, Madrid 1998, p. 45.

da... por último, la libertad absoluta es absurda: la libertad se queda vacía donde no encuentra oposición: la libertad existe en lo contradictorio como proceso"[12].

En la democracia se asume el valor absoluto de la persona, incluso antes de la formación estatal, la cual una vez constituida queda aceptado como principio irrenunciable y reforzado desde la Constitución escrita o no escrita, o desde los textos y contextos de los Derechos humanos constitucionalizados, con la necesaria incorporación del conjunto de técnicas ágiles y simples para su disfrute y protección. Por ello cualquier otro absoluto como valor o principio queda relativizado en el devenir de la democracia, por el ejercicio de la tolerancia y las libertades a través del ciudadano en confirmación de la diferencia y la oposición, en cuyo constante juego adquiere sentido el conjunto de libertades y derechos. Y todas estas libertades encuentran limites externos e internos en las personas físicas que las realizan. Condicionamientos que obedecen a leyes naturales y fisiológicas; a leyes sociales, religiosas y jurídicas, como a leyes que inciden o determinan la voluntad o motivación de cada conciencia, acción o pensamiento. También las personas jurídicas tienen sus límites, como sujetos de libertad y en libertad.

Cabe destacar aquí la pormenorizada -quizás excesiva- división conceptual de la *libertad* dada por un autor norteamericano: a) libre de (from); b) libre para (to); c) libre *para* (for); d) libre con (with)[13]. En efecto, se da la libertad *de* coerciones, lo que es la libertad negativa; está la libertad *para* actuar, expresar y concretizar los deseos; también puede suponerse la libertad *para* el cometido de fines determinados y la libertad en relación *con* los demás, para su cumplimiento. Sin embargo la doctrina en general ha asumido una simple división que comprende la esencia de la libertad en su conjunto: la libertad negativa y la libertad positiva, es decir, la libertad de coerciones y la libertad creadora[14].

La democracia mantiene en su estructura el estado de transitoriedad en plena interacción cuantitativa y cualitativa con los procesos sociales de cambio. Por esto la democracia es un valor relativo en el tiempo y en el espacio, con perfiles diferentes a través de la historia política y económica. En el siglo XIX, por ejemplo, fue interpretada en función del uso y disfrute de las libertades políticas y civiles. En el siglo XX, sin hacer renuncia de lo otro, se complementa con la requerida intervención del Estado para la protección de los derechos y libertades sociales y económicas, con espíritu benefactor hacia la gran masa de escasos o medianos recursos. Fue la entrada del Estado distribuidor y redistribuidor de la riqueza en armonía con los fundamentos del Estado interventor claramente esbozados por Keynes, aun cuando ya su dimensionamiento de concreción quedó plasmada en la obra de Bertrand de Jouvenel: *Economía dirigida*, la cual fue publicada en 1928.

---

12. *V.*, del autor "Filosofía", *Revista de Occidente*, Madrid 1958, II, p. 45. Asimismo GUSDORF insiste en que la libertad como principio absoluto "representa hoy una de las formas del absurdo cuya exaltación representa desde hace más de un siglo, uno de los claros aspectos de la conciencia occidental" *V., La signification humaine de la liberté*. Payot, París 1962, p. 227.

13. WEISS, Paul: "Common Sense and Beyond", en S. Hook, Determinism and Freedom in the Age of Modern Science, Coliers, New York 1961, p. 233.

14. Bien señalan BIDART CAMPOS y HERRENDORF: "La Libertad *de* que necesita garantizarse a todos, suele denominarse libertad negativa y debe quedar exenta de impedimentos que coarten su ejercicio y desarrollo. La libertad *para* que necesita favorecerse en beneficio de algunos para que alcancen acceso disponible a ella, se llama libertad positiva y requiere no ya exención de impedimentos sino prestaciones concretas de dar o de hacer en favor de esos algunos que por sí solos y por sí mismos no consiguen dicho acceso por carencia de medios personales a su alcance (prestaciones de salud, de educación, de seguridad social, etc.)..." *V., Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ediar, Buenos Aires 1991, p. 176.

Para este siglo XXI, se impone la libertad individual y social, en el contexto de la democracia participativa con protección de los bienes ecológicos en la dimensión de los intereses colectivos y difusos, lo cual aumenta el potencial impugnatorio y fiscalizador ciudadano, con reconocimiento de técnicas procesales que hacen posible el ejercicio de la acción popular o el de la acción vecinal en el orden municipal, en lo cual el ordenamiento jurídico español resulta ser verdaderamente paradigmático[15]. Es en la hora actual que se vislumbra la libertad con la justicia, la participación con salud, cultura y medio ambiente protegidos; mercados desregulados en los que el Estado interviene para asegurar su libre desenvolvimiento para alcanzar economías imbuidas de lo social y ecológico. Incluso, en esta época de la posmodernidad -aun con su equívoco conceptual- asistimos a la *lucha por los derechos*[16], más allá de la lucha de clases o de cualquier interpretación determinista o reduccionista del fenómeno social, político o histórico. Los movimientos reivindicatorios y reconocedores de los distintos derechos son parte del nuevo fenómeno participativo con incidencia global por medio del uso de la telecomunicación y la informática (telemática).

La igualdad, en segundo término, como todo valor de pensamiento, tampoco ha de ser absoluta. Encuentra sentido aplicativo por la acción humana en la dialéctica social y política. La igualdad ante la ley no significa la igualación de todos los seres entre sí, sino la igualdad -como se adelantó- ante el ordenamiento jurídico y su aplicación, sin privilegios ni distinciones por su alcance *erga omnes*. Incluso, el famoso resabio constitucional de que nadie debe ignorar el contenido de las leyes vigentes, no lo es tanto en función de una memoria privilegiada sino en razón de la aplicación igualitaria de la ley[17].

Bien ha distinguido el Tribunal Constitucional español la igualdad ante la ley (vid. entre sentencias S TC 34/81 de 10 de noviembre) de la igualdad en la aplicación de la ley (vid. S TC 144/88 de 12 de julio) toda vez que la primera afecta a los acreedores de las normas y, la segunda, a los aplicadores de ella. Sutil diferencia que vincula a toda la amplia gama funcionarial pública, por lo que la norma creada adquiere vivencia propia y objetiva, incardinada en el sistema positivo y de valores normativos, cuyo espíritu y letra forman su cuerpo e identidad con efecto en los sujetos públicos, mixtos y privados.

La igualdad no debe ir en contra de la excelencia, por lo que debe aceptarse la diferencia, que es consecuencia de la libertad. La igualdad -se insiste- no es igualación. Si lo fuera la igualdad sería un absoluto donde el sujeto y el objeto desaparecerían fugaz-

15. Sobre la protección de los intereses colectivos y difusos *vid,* entre otros, GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, *La Defensa del Usuario y del Administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2000, Cuarta Edición, pp. II 1 a III 33; GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas,* Editorial Civitas, Madrid 1996, pp. 159-161; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Civitas, Madrid 1997, pp. 575-579; *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Civitas, Tercera. Edición, Madrid 1999, pp. 482-484; asimismo en mis obras, con amplia referencia bibliográfica, *La Legitimación Administrativa*, Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición, San José 2000, pp. 387-479; *Justicia Constitucional y Administrativa*, Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, San José 1999, pp. 213-244; PEÑA FREIRE, A. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho,* Editorial Trotta, Madrid 1997, pp. 176-189.

16. En este sentido se recomienza a FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza 1989, pp. 987-993; asimismo ZOLO, Danilo, "La ciudadanía en una era poscomunista", en *Revista La Política,* nº 3, Paidós, octubre, Barcelona 1997, pp. 117-131.

17. Dice en lo conducente el artículo 129 de la Constitución Política de Costa Rica: "Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice."

mente, por un supuesto valor ideal y metafísico alejado de la realidad práctica en pleno rompimiento con la dialéctica equilibrada de la normatividad-existencialidad[18].

Por ello en las democracias no se puede pedir que todos sean iguales *en sí mismos*, sino solamente en la relación fáctica *frente* al ordenamiento jurídico. Podría haber igualdad a falta de privilegio, pues tener privilegio en la desigualdad legal es antidemocrático. Como lo sería aplicar la igualdad para casos desiguales o la desigualdad para casos iguales. Este mismo binomio clásico -aristotélico- de la igualdad, como igualdad de aplicación en igualdad de condiciones, ha sido consumada jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Los seres humanos nacen y son libres e iguales no de hecho sino de derecho, siendo su motor causal el derecho natural: *Quod ad jus naturale attinet amnes homines aequales sunt,* (Dig. Lib. L, Tit .XVII, ley 32)

Al respecto ha dicho nuestra jurisprudencia constitucional: "El principio de la igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea substancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos". (SCV 7182-94)

"Este principio universal debe aplicarse rigurosamente ante situaciones jurídicas iguales…Ha dicho esta Sala que "toda distinción que sea injustificada perdería el contenido racional de la norma jurídica y afectaría el principio de igualdad como derecho fundamental (Voto 1225-91) Lo razonable es lo equitativo, lo correcto, lo lógico, en oposición a lo irracional, lo incorrecto, lo ilógico, lo arbitrario. La equidad es la recta razón congruente con la naturaleza de las cosas (Cicerón) Es de equidad aplicar criterios distintos ante situaciones de naturaleza distinta. Con discernimiento y buena intención *animi judicium*…" (SCV 478-94)

Esa interpretación aristotélica quedó consagrada en el numeral 57 de la Constitución Política de Costa Rica. "...El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia". En este sentido y ligando a lo anterior, dice la jurisprudencia nacional: " El principio constitucional que a trabajo igual salario igual, deriva sin lugar a dudas de un principio más amplio que es la garantía de igualdad, consistente en otorgar un trato igualitario a quienes se hallaren en una razonable igualdad de circunstancias, lo que implica que no es inconstitucional que frente a circunstancias disímiles se produzca también un trato diverso". (SCV 1725-94).

Sin embargo, tal principio sufre un revés de rigor, con una acusada contradicción lógica, aunque jurídicamente viable: "...En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense" (artículo 68 íbid), lo cual es desigualdad de aplicación aún existiendo igualdad de capacidad y de condición exigidas.

Existe otro principio regulador y fundamental de la democracia: la igualdad de oportunidades, no como si todos fuésemos iguales sino por ser precisamente desiguales. Esa igualdad de oportunidades permite, al final, parafraseando a Orwel, que unos sean más iguales que otros. Por ello la desigualdad es una verdad funcional del sistema democrático, pero también una realidad expuesta a la crítica jurídica, política y social.

18. Ver al respecto LEIBHOLZ G, "El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política", en *REP*, 1966, pp. 86 y ss.

La igualdad nace como reflexión de la razón en sí misma. Ya los estoicos encontraron la igualdad por la tendencia de la razón individual unida a la Razón universal. El cristianismo retomó la igualdad, pero más que por la razón lo fue por el espíritu. Y el padre del racionalismo moderno -Descartes- dijo que la razón o el sentido común (*bona mens*) era la sustancia mejor repartida del mundo (en ocasiones difícil de compartir)

También la igualdad tiende al proceso de socialización y universalización, al acercamiento entre las brechas sociales pues una cosa son las diferencias de hecho y otras las posibilitadas por el legislador a través del Derecho. Las sociedades democráticas no deben aspirar a la homogeneidad de conciencias ni de condiciones materiales o espirituales. Deben aspirar a la justicia en la aceptación de la diferencia en el pleno goce de la libertad individual y social, donde lo formal y lo material se unen en el sujeto humano para el desarrollo de cada personalidad, con pan y espíritu. La diferencia material nunca debe ser motivo para la explotación o para la enajenación ni la igualdad causa de la tiránica nivelación. La democracia, a través del principio de igualdad y de la participación social, debe posibilitar el denominado constitucionalismo social, para permitir la síntesis con el constitucionalismo individual. La democracia, por esto, es síntesis de la libertad y la igualdad, siendo cada una de ellas síntesis en su íntima dialéctica estructural y funcional.

Sin embargo encontramos el conducto que permite, sin lugar a dudas, esa síntesis entre la libertad y la igualdad: la fraternidad, que respeta al ser ajeno como propio y al ser propio como ajeno. Es cuando se reconoce en el otro ser, lo que el *yo* carece. Es la admisión de la libertad por el respeto ajeno y el amor por la igualdad hacia la concreción de la conciencia moral para la cooperación mutua. Es lo que posibilita que el individualismo de la libertad se fusione con el universalismo de la igualdad por el pensamiento y el sentimiento. Es, por decirlo así, el encuentro de dos mundos en principio antagónicos pero siempre conciliables.

La misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, expresa solemnemente en su numeral primero: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. “Lo anterior con vuelta al ideario enciclopedista francés no sólo por el énfasis en la racionalidad humana sino por su complemento con la fraternidad socialmente compartida, sin que tal enunciado categórico aparezca, de buenas a primeras, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

La Constitución Política de Costa Rica exalta el principio de fraternidad a través de la *solidaridad nacional*. Así, dice el artículo 74, en la dinámica del constitucionalismo social: “Los Derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de *solidaridad nacional*”.

Sostiene la Sala Constitucional: “La Sala ha manifestado en reiteradas ocasiones que los derechos laborales son irrenunciables, por tanto, imprescriptibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución Política, por lo que procede rechazar la excepción de prescripción opuesta por la autoridad accionada”. (SCV 1102-95).

> La seguridad social es un principio constitucional, a veces consagrado explícitamente (artículo 74) a veces perceptible aunque no expreso (artículo 89) (SCV 5312-93).

> …El artículo 74 cierra el mismo título invocando el *principio cristiano de justicia social* y el equilibrio entre los factores de la producción, lo cual hace de la justicia social un valor constitucional de primer orden. (SCV 2170-93)

2. La perspectiva de la nueva configuración del Estado democrático en el constitucionalismo comparado

Analizados sintéticamente los anteriores tres parámetros (libertad, igualdad, fraternidad), daremos nuestro punto de vista para el encuentro del derecho de participación ciudadano. Reservado en esta investigación un lugar preferente a la participación ciudadana en los asuntos de interés público, realicemos algunas apreciaciones de rigor. [19]

El concepto *Estado de Derecho* no aparece con frecuencia sino con una marcada timidez en los textos constitucionales comparados. No así su realidad dogmática y orgánica. Por ello el término *Estado Democrático* implica al Estado de Derecho. Sin embargo también se han dado regímenes de inspiración totalitaria que se auto proclamaron, bajo el abanderamiento constitucional, estados democráticos. Ejemplo de lo dicho podría citarse, entre otros, a la desaparecida *República democrática alemana* (ex - Constitución de 1949.)

La democracia, pues, se ha transformado en el salvoconducto de la legitimidad del poder, así resuelto con insistencia a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. Y aun con la triste apariencia de su confirmación, por distintos malabarismos de los autócratas en el poder, la democracia pasó a ser la llave maestra para abrir las puertas al entendimiento universal de los Estados, a tal grado que no falta su presencia en los distintos textos de los derechos humanos.

---

19. Excelentes estudios hay sobre el tema de la participación ciudadana en la Administración Pública o en asuntos de interés público, dentro de los cuales, podrían resaltarse, entre otros: ARIAS SENOSEIAIN, Manuel, *La Larga marcha desde la Constitución al ciudadano medio: vigencias*, Foro nº 100-102, enero-diciembre, 1983; ALPA, G. "Aspetti e problemi della participazione nel diritto urbanistico" en *Riv. Trim. Dir. Pub*. 1979, nº 1.; BETTINI, R: *La participazione amministrativa*, Milán 1973; BOULET y ROSELYNE: *La consultation dans l´ administration contemporaine*. Editorial Cujas, París 1972; BURDEAU, G: "Problemi e prospettiva della participazione" en *Società civile e participazione politica*, Milan 1974; CASETTA, *La participazione democratica nellordenamiento regionale* en Foro amministrativo, 1972 V. IV.; CHITI, M., *Participazione populare e pubblica amministrazione*, Pisa 1977; FERRIER, J.P., "La participation des administrés aux décisions de Administration" en *Rev. De Droit Pub*., nº 3, 1974; GARCÍA DE ENTERRIA, "La participación del administrado en las funciones administrativas" en *Tomo Homenaje a S. Royo Villanova*, Madrid 1977; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; *Curso de Derecho Administrativo*, vols. I y II, Madrid 1977, 1980; GÓMEZ-FERRER MORANT: "Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia" en *REDA* nº 14, julio-setiembre 1977; GONZÁLEZ PÉREZ: "Nuevos Sistemas de control de la Administración Pública", en *REDA*, nº 22 julio-setiembre 1979; GONZÁLEZ PÉREZ: "El proceso administrativo y la Constitución", en *REDA*, nº 14, 1977; HENRY-MEININGER, Marie, "Vers une administration de communication: perspectives et limites des reformes engagés dans les pays occidentaux" en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 2/1, 1984; MARTÍN REBOLLO, Luis, *Las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados en España: un presente para el futuro*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1984; MUÑOZ MACHADO, "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la administración" en *RAP* nº 84, 1977; NIETO, Alejandro: "La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo" en *RAP* nº 76, 1975; ORTIZ DÍAZ: *Las nuevas bases del Derecho de Organización Administrativa*, Málaga 1971, pp. 42 ss; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ DE PRADA, Valentín: "Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública-Administrados" en *Documentación Administrativa*, nº 186, abril-junio, 1980; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980; SÁNCHEZ MORON: "El principio de participación en la Constitución Española", en *RAP* nº 89, mayo-agosto, 1979; SIGUAN SOLER, "La administración y el público", en *RAP* nº 41; Siwek- POUYDESSAU, Jeanne: "La consultation dans la administration contemporaine, Edt. Cujas, París 1972; TRIMARCHI, F., "Poteri dei dirigenti e participazione", en *Riv. Trim. Dir. pub.*, n° 1, 1975; ZAMPETTI, P.L.: *Società civile e participazione politica*, Milán 1974.

Las constituciones ilusorias o engañosas florecieron sin que hayan podido suplantar el gran avance de las constituciones que podríamos denominar empíricas, las cuales han empezado a imponerse en el concierto universal, cargadas de valores social y políticamente aceptados y practicados.

El paso del dicho al hecho frente a esquemas formalistas superiores a contenidos práctico-materiales, que apenas encuentran acomodo social, están en la dimensión semi empírica, con incompleto o parcial grado de existencialidad y legitimidad.

Los Estados democráticos, en esa misma perspectiva de praxis (unidad de concepto y práctica) tienen en común un suelo y techo de inspiración humanista: el pueblo como detentador del poder y el ordenamiento jurídico como garantía de protección de los derechos y libertades fundamentales, para lo que el propio Estado queda sometido a su letra y espíritu.

El ordenamiento jurídico de valor trascendentalista, ubicado en el valor - persona, es el límite de actuación u omisión de las autoridades públicas, como la visible frontera entre la libertad y el libertinaje, o, si se quiere, entre el abuso de libertad contra la libertad ajena. Es la certeza de sumisión del Estado al Derecho, pero no a cualquier tipo de Derecho, sino a uno inspirado en el valor absoluto de la persona, física y jurídicamente, es decir, de contenido *dikelógico*[20]. Es el Estado Constitucional que da el poder y lo limita en función de los derechos humanos, siendo así que asistimos permanentemente al internamiento constitucional de tales derechos, para lo cual podríamos destacar la jurisprudencia constitucional de Costa Rica que ha elevado por encima del texto constitucional, para su interpretación y aplicación, a las distintas proclamas de derechos humanos. Esto hace traer a la memoria a la Constitución de Suiza que otorga rango constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos; debiéndose resaltar también al Tribunal de Justicia de Luxemburgo que ha puesto a los derechos humanos como principios generales del Derecho.

Así, entonces, en las democracias existe toda una amplia gama de derechos y libertades que están presente en los apartados dogmáticos de las Constituciones escritas y en la configuración jurídica escrita y no escrita del Derecho del Estado Constitucional, que hace la Constitución no escrita. Y, asimismo, hay celosas defensas instrumentales e institucionales para su protección, uso y disfrute. Y ello queda relacionado con las partes orgánicas de las Constituciones Políticas que distribuyen el poder del Estado que aun siendo uno se prolifera en múltiples átomos jurídico-políticos. La amplia constelación de entes y órganos fundamentales o de rango constitucional, con derivación en el ámbito administrativo, quedan en principio equilibrados en la ecuación del peso y contrapeso democráticos.

Así, pues, uno de los componentes materiales del Estado actual, amén de otros, es el ordenamiento jurídico constitucional del cual se derivan otros ordenamientos de rango inferior, en la tesitura kelseniana de la estructura decreciente normativa en función in-

20. Las constituciones ilusorias pueden aceptar en apariencia la carga ideológica del Estado de Derecho. Por ello, en el análisis de la igualdad ante la ley, se ha dicho, sintetizándose diferentes posturas: "2) Todo el mundo está protegido (igualmente) por algún conjunto de normas jurídicas imparcialmente aplicado, sin temor, favoritismo o similar por un poder judicial independiente. En este sentido Sudáfrica y Rodesia (fueron) Estados de Derecho, aunque parte del derecho en cuestión sea abominable en su contenido "(paréntesis y contenido de adaptación nuestro); MARSHALL, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid 1982, p. 181. Ello implica -decimos- la sujeción a un Derecho sin contenido humanista y antidemocrático, sin que la comprobación empírica del Estado de Derecho sea una realidad. A lo sumo asistimos a la presencia de otro estado moderno *con* Derecho, pero no así *de* derecho.

tercalada e interrelacionada. Sin embargo, a pesar de lo indicado, también es cierto que el positivismo llevado a extremos oportunistas, con traición de sus fundamentos científicos, ha constituido válvula de escape para políticas oprobiosas contra la humanidad que, luego del ayuno que hizo sacar a flote su mala conciencia, elevó como premisas universales a las Declaraciones de derechos humanos. Fue la vuelta al iusnaturalismo con sus propias variantes, para dar aplicación de vida a valores humanitarios sin que la norma valga por sí misma, como si fuese un producto *in vitro*, de química pura o la consecuencia de una elaboración lógica o matemática del pensamiento. Simplemente se dejó en claro que el Derecho por sí mismo no es puro como nunca lo es alguna ciencia social, intrínsecamente compleja y combinada de elementos y factores normativos, como supra o intra normativos, sin que por esto la ciencia jurídica deje de ser ciencia, sino que se constituye en una ciencia distinta a la ciencia exacta -ni tienen por qué ser iguales- con su propio método y objeto de estudio. Aceptar el Derecho como Derecho y no ya como simple Ley positiva, es un problema para el riguroso positivista y para la construcción de axiomas fundadores de edificaciones cuyas hipótesis iniciales, si resultan cuestionadas o invalidadas, lo serán también los sistemas en su conjunto. Por ello la ciencia jurídica aun siendo ciencia social, no por esto deja de ser ciencia, como la ciencia no deja de ser social[21].

Toda escogencia implica valoración: tanto el positivista como el iusnaturalista toman para sí sistemas de valores, sin que haya neutralidad axiológica tan acusada para la ciencia exacta, empírica o analítica. Lo llamado metajurídico, pues, en relación con la sustancia jurídica, ya no queda en la dimensión de lo *meta* sino que se le adhiere, en tanto manifestación social, todo un conjunto de elementos históricos, sociológicos, políticos, económicos, filosóficos e, incluso, el derecho no escrito que incluye a la costumbre y a los principios generales del Derecho, razón por la cual el ordenamiento jurídico trasciende e incorpora a la norma positiva. En efecto, el término *Derecho* es más amplio que el de *Ley*, lo cual fue claramente puntualizado por el entonces Tribunal Constitu-

21. Incluso, en la actualidad existen corrientes científicas que cuestionan la pureza de la denominada ciencia exacta o empírica. Puede escucharse la airada voz de NAES, "¿Porqué no ciencia también para anarquistas?", *Cuadernos Teorema*, n° 53, Valencia 1979, pp. 55-57, donde reclama que la ciencia no le dice la verdad al poder, sino que se trasforma en su instrumento para la creación de nuevos y terribles ingenios bélicos y antiecológicos. Asimismo enumera sus críticas, las cuales podrían sintetizarse así: a) La ciencia moderna no es políticamente neutral; b) Los científicos no atacan su propia posición de privilegio; c) Los científicos apoyan la ingienería social irresponsable; d) Hay crueldad para con los animales y los hombres, carencia de respeto a la dignidad personal, e) No es cierto que la ciencia por su propia naturaleza apoya la democracia y la libertad; f) es falsa la enseñanza de que la ciencia no requiere de filosofía o metafísica, toda vez que encierra en sí misma una base intelectual indiscutible; g) la llamada racionalidad científica en la mayoría de las veces es una absurda confianza en el intelecto, en detrimento del espíritu; h) "La ciencia es, por su propia metodología, apta para apoyar el "reduccionismo" y el positivismo, para destruir lo maravilloso..." i) Tiende la ciencia a favorecer el distanciamiento entre el hombre y la naturaleza. La critica de NAES no es tanto una crítica a la ciencia como al científico. Y es, a su vez, una visión tan reduccionista como el mismo reduccionismo criticado. Sin embargo, creemos, toca factores relacionados, con suma sinceridad, con nuestra "civilización tecnócrata". El propio BUNGE dice que la ciencia es un sistema de valores y fuente de valores. *V.*, *Etica y Ciencia*. Editorial Siglo Veinte, Buenos Aires 1972. O cuando POPPER indica que la "objetividad científica" y la "neutralidad valorativa" son ya los valores y no neutralidad. *V.*, *La Lógica de las Ciencias Sociales*, Grijalbo, Barcelona 1973, p. 112. Tampoco hay neutralidad en la ciencia, toda vez que la actividad científica se desarrolla sobre sistemas de valores, como son la verdad, el progreso, etc. Pretender tal neutralidad es decir que la ciencia no tiene relación social y es eminentemente abstracta, lo que no es cierto. *V.*, del autor: *Ideología y Ciencia*, Fernando Torres Editor, Valencia 1976, pp. 135-136. Para KUHN, T, todo cambio científico es un proceso histórico -psicológico- sociológico, dinámico, realmente complejo. *V.*, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1970. Lo anterior en relación con la teoría paradigmática, sin que la misma tenga un sentido unívoco y simple. En tal perspectiva *V.*, MASTERMAN, "The nature of a paradigm", en *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, 1074, pp. 59-89.

cional de Alemania Federal para definir el alcance, en apariencia contradictorio, entre los numerales 20,3 y el 97,1 de la Ley Fundamental de Bonn (Constitución de Alemania Federal).

Cierto, sobre la discusión de que los Jueces quedaban sujetos a la *Ley y al Derecho* (artículo 20) o solamente a la *ley* (artículo 97), la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron por la concepción compuesta de la *Ley y Derecho* equivalente a ordenamiento jurídico, más amplio y abarcador que la letra positiva de la Ley[22].

Es así entonces que en tiempos históricos diversos y con sus propias modalidades circunstanciales, salen a la luz diversos textos constitucionales que de una u otra forma plasman a la democracia como sistema de organización y actividad estatal y social. Entre ellas, a manera de ejemplo, cabrían citar a las constituciones de Alemania, Italia, Francia, España, y en América Latina a las de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Paraguay y Perú.

Dice al texto el numeral 20,1 de la Constitución de Alemania Federal: "La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social". Sin que exista en la actualidad la división de Alemania, se consagró para ella la fórmula *Estado democrático* que supone al Estado de Derecho, sin que sea a la inversa, con énfasis primigenio y originario en la forma política y social democrática. Y ello podría tener una explicación histórica. En efecto, también el Tercer Reich se abanderó como *Estado de Derecho*, para lo que sirvió en parte el material elaborado por Carl Schmitt, en estricta referencia a la unidad del Estado y el Derecho -su innovado Derecho- con divorcio de los altruistas valores democráticos[23]. No hay duda que para la nueva Alemania su sistema político queda regulado por los parámetros democráticos en la visión comprensiva que va desde la estructura del Estado en y para la libertad, hasta el derecho participativo del ciudadano con su zona jurídicamente protegida.

También la Constitución de Italia en su artículo 1 dice: "Italia es una República democrática basada en el trabajo". Ha sostenido un distinguido autor: "... bien puede decirse que la noción de *estado democrático* comprende hoy una extensa gama de soluciones, todas ellas caracterizadas por el reconocimiento, al menos teórico, de que corresponde al pueblo, es decir, a la generalidad de los ciudadanos considerados colectiva e igualitariamente, la competencia para adoptar las decisiones esenciales para la vida de la comunidad"[24]. Asimismo la fórmula del constituyente italiano fue la de *república democrática* que da por cierto y obtenido el Estado de Derecho, tanto a través del sistema republicano (cuya puntualización moderna fue anticipada por Maquiavelo y Montesquieu, con retomo de la *res publica* romana), como por la organización política democrática. Empero, quedó incorporado el derecho de participación popular para la

22. Esa misma dimensión englobadora de "Ordenamiento jurídico", queda consagrada en los numerales 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, donde las normas no escritas -costumbre, jurisprudencia y principios generales del Derecho- son parte integrante del Ordenamiento jurídico administrativo donde, a su vez, la normativa no escrita servirá para complementar, en su texto, el ordenamiento escrito en caso de suplencia no así por insuficiencia de la ley escrita.

23. SCHMITT, Carl: "Der Rechtsstaat", en *Nationalsocialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, editado por el Dr. Hans Frank, München 1935, pp. 3-10. También *V.*, mi estudio, con amplia referencia bibliográfica: "Legalidad y Legitimidad del Estado Constitucional", en *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, 1999, pp. 172-176. Asimismo GÓMEZ ORFANEL, G., *Excepción y Normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pp. 251-272.

24. PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales; Madrid 1984, T.I, p. 23. También CROSA E. "IL fattore politico e la constituzione" en *Scritti in onore di Raneletti*, Padua 1931, pp. 148 y ss.

eventual toma de decisiones políticas y jurídicas, lo que es posible por medio del referéndum popular (artículo 75) para otorgar la aprobación total o parcial de una ley o de un acto con valor de ley, según sea requerido por lo menos por quinientos mil electores o por cinco Consejos regionales.

Reza la Constitución de Francia en su artículo 2: "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social". Permanece, pues, el sentimiento republicano (la V República) propio de la concepción moderna del Estado que da por incluido al Estado de Derecho.

En América Latina existe semejante lineamiento constitucional europeo en favor del Estado social y democrático de Derecho. Así la Constitución de Colombia dice en su artículo 1: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista…". Dice la Constitución del Paraguay en su artículo 1: "La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho…La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa…"

Señala el artículo 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil: " La República Federativa de Brasil, formada por la unidad indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: …IV los valores sociales del trabajo y de libre iniciativa…"

Dice la Constitución de Perú en su artículo 43: "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana…". Por su parte la Constitución de Argentina, con su profunda reforma parcial de 1994, si bien no proclama al Estado como democrático, social y de Derecho, su contenido dogmático no deja de evidenciar la presencia de las libertades individuales, los derechos sociales y la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas fundamentales, tales como la iniciativa popular en la presentación de proyectos de ley al Parlamento, con exclusión de reformas constitucionales, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal (artículo 39); la consulta popular vinculante con rango de promulgación automática en caso de voto afirmativo; y por medio de la consulta popular no vinculante (artículo 40)

Sostiene la Constitución de Costa Rica en su numeral 1: "Costa Rica es una República Democrática, libre e independiente". El Estado de Derecho queda, pues, esbozado por la misma formula *República democrática* que a su vez, creemos, sobrepasa los límites clásicos del Estado de Derecho para incorporarse en la dinámica moderna de la participación popular o ciudadana. En análoga situación se perfila la Constitución francesa.

Si tomamos ahora la Constitución Política de Polonia (1997), en representación de la modalidad estatal ex - marxista bajo el otrora dominio militar y logístico de la ex Unión Soviética, resulta halagadora la lectura -amén de todo el texto- del artículo 2: "La República de Polonia es un Estado democrático de derecho con ejercicio de los principios de la justicia social."

Tal vez la más explícita de las anteriores Constituciones sea la de España (artículo 1,1): "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Sin duda alguna la Constitución de España mantiene una definición que sintetiza excelsamente la inquietud del actual constitucionalismo: el Estado social, democrático y de Derecho. Sin embargo también es cierto que la Constitución de España enumera inicialmente el Estado social, y luego el democrático, lo que le

ha valido cierta critica de la doctrina doméstica. En efecto, dice un autor en sus comentarios a la Constitución: "Creemos que la inversión no es correcta, debiendo ir en primer término la palabra *democrático*. Un Estado puede tener un carácter eminentemente *social* y no ser democrático, al menos en las definiciones constitucionales, y ello acontece frecuentemente con los sistemas autoritarios"[25].

Ahora bien, creemos que con la inclusión expresa del Estado democrático, aun siendo posterior al Estado social, no se invalida ni desnaturaliza el contexto global e irrenunciable de esa aparente dicotomía cuya solución se funde en la unidad constitucional. El orden no altera el producto y menos aún cuando deviene de una nítida norma cuya primacía originaria es incuestionable. Y en la unidad del texto constitucional tal trilogía del Estado democrático, social y de Derecho encuentra claro acomodo complementario sin exclusión ni contradicción entre sí.

En todos los textos citados la democracia ocupa un lugar preferente y esencial como *ratio* constitucional. Y ella queda incardinada al imperio de la ley como expresión de la voluntad popular y a la participación ciudadana en los asuntos de interés público. La dimensión democrática del Estado constitucional permite acercar dos ángulos extremos: el Estado y la sociedad, sin que la sociedad sacrifique al Estado ni el Estado a la sociedad. Debe ser la garantía para la efectiva integración -no confusión- de la sociedad en el Estado y por el Estado, en pleno goce del ejercicio soberano de su autorregulación normativa en estrecha relación con la voluntad popular mayoritaria y con respeto de la voluntad minoritaria, ambas como expresión legítima de la libertad. Así, entonces, el Estado democrático es un Estado *societario* integrado a la sociedad y ésta con el Estado.

Tal Estado imbuido de la participación ciudadana, en diálogo y acción, no se consume simplemente en la dimensión social del Estado benefactor. Es esto y todavía más, pues el Estado societario tiene relación directa y sustancial con la democracia participativa, sin que se agote en las políticas económicas y jurídicas de acercamiento entre las distintas esferas sociales. Ha señalado con precisión E. Forsthoff: "El Estado liberal de Derecho, es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza"[26].

La democracia queda pues identificada con el Estrado constitucional, y así debemos asistir a la participación en libertad y en proyección de apertura constante, donde los dados nunca están tirados de antemano ni el futuro preconcebido, a falta de disposiciones esotéricas y sin brujos ni hechiceros postrados en una simple concepción que pasa a ocupar el sacrosanto nivel de la verdad (mentira) oficial. De lo contrario, el dogma estaría sobre la razón, la imposición sobre la participación y la autoridad sobre la libertad.

---

25. BELMONTE, José: *La Constitución. Texto y Contexto*. Editorial Prensa española, 1979, p. 67. También existe otra crítica a la norma transcrita del artículo 1 de esa Constitución, la cual ya fue expuesta en el Senado de ese país por el profesor OLLERO GOMEZ: "la frase "España se constituye..." sólo tiene sentido si nos situamos en un momento previo a la aprobación y promulgación del texto Constitucional, pero a partir del día en que la constitución entre en vigor, España deja de constituirse para quedar constituida en la forma que la Constitución prescribe. Por consiguiente, propuso que la citada frase se sustituyese por "España es...". No se aceptó su enmienda, pero hay que reconocer que no le faltaron razones". *V.*, el análisis de GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, 1985, T.I, p. 24.

26. Del autor, "Problemas constitucionales del Estado Social" en *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p. 49.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El Derecho de participación ínsito en el texto de la Constitución Política

La Constitución de Costa Rica tiene algunos principios de participación ciudadana, con lo cual aumenta el espíritu proyectivo de su Preámbulo que exalta la *fe en la Democracia*, como la carga ideológica del artículo primero: "República democrática...".

Existen muchas formas de participación ciudadana desde la participación activa en un Colegio profesional como ente público no estatal, hasta el derecho-deber ciudadano en las elecciones populares. De esa manera encontramos diversos numerales que garantizan tal participación. Así el artículo 9 define al gobierno de la República como "popular, representativo, alternativo y responsable" en relación con la categoría cualificada de *ciudadano*, que es el costarricense mayor de edad que puede ejercitar "el conjunto de derechos y deberes políticos" (artículo 90), salvo por el régimen excepcional de interdicción o por sentencia penal dictada al efecto (artículo 91) El sufragio como actividad política constitucionalmente garantizada es una "función cívica primordial y obligatoria", ejercitada por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil ante las Juntas Electorales (artículo.93.) Compete al Tribunal Supremo de Elecciones, que mantiene el rango de un Poder del Estado (artículo 9), convocar a elecciones populares y ejercitar todas las técnicas formales y materiales para que los "procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas" (artículo 102). Cada cuatro años (artículo 134) se eligen los representantes del Poder Ejecutivo como órgano constitucional; los diputados de la Asamblea Legislativa, electos por provincias (artículo 106), los regidores municipales para la formación de esos Gobiernos locales (artículo 169).

También existen derechos procesales, conjuntamente con el derecho de acción procesal, en las diversas instancias jurisdiccionales y administrativas. El ciudadano se hace copartícipe, aunque sea de forma refleja, del control de los poderes públicos y del orden social, sea para la protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, o a través de la acción pública penal y en espera de la aceptación expresa jurisprudencial, por virtud de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (artículo.75), de la acción popular (interés legítimo objetivo) para la defensa de los intereses colectivos y los intereses difusos, aun cuando esté aceptada la legitimación objetiva, para la interposición de la acción de inconstitucionalidad directamente, sin que se requiera de un asunto previo judicial o administrativo, lo cual ha sido confirmado en materia de protección ambiental o para la defensa del patrimonio histórico o cultural, entre otros ejemplos.

En todo caso, para refuerzo de la tesis a favor de la acción popular, ya hemos entregado al Poder Judicial un proyecto del nuevo Código del Proceso Contencioso Administrativo donde, en materia de legitimación activa, se acepta la acción popular para la defensa de los intereses colectivos y los difusos, o cuando una así ley lo disponga. También ha quedado incorporado la acción vecinal en materia municipal amén de muchos otros institutos de vital importancia para el derecho interno y comparado.

Todo el conjunto de derechos procesales y materiales han de regularse por el principio de igualdad consagrado en el numeral 33 de la Constitución de Costa Rica, como parámetro sustancial en el ejercicio de los deberes y derechos democráticos. El artículo

39 *íbid* realza el debido proceso como derecho fundamental. El numeral 41 consagra el derecho de acción procesal para las acciones de inconstitucionalidad (artículo 10); hábeas corpus y amparo (artículo. 48); contencioso administrativa (artículo 49); laboral (artículo 70); penal (artículos 37 y concordantes) y, por derivación del mismo artículo 41, se hace extensible a cualesquiera de las acciones procedimentales y procesales requeridas para la satisfacción reparadora de los daños y perjuicios ocasionados, sean de incidencia material o inmaterial.

Asimismo, en el encuentro de los valores de libertad, se garantiza la libertad de asociación (artículo 25); también la libertad de reunión para la discusión de intereses públicos y el control de la conducta de los funcionarios públicos (artículo 26) Existe garantía para el ejercicio de la libertad de petición (artículo 27) la cual he subdividido en derecho de resolución y derecho de información[27]; la libertad de acceso a las oficinas públicas para información sobre asuntos de interés público, salvo secretos de Estado (artículo 30).

En lo que se refiere al pueblo como sujeto ideal subjetivo de la ordenación jurídico-política fundamental, y como fuente causal de la ubicación doctrinaria de las democracias, está la subordinación a tal voluntad para la potestad de legislar (artículo. 105), para la conformación del Gobierno (Poder Ejecutivo) (artículo 9) y para los procesos de elección popular a niveles nacional, provincial y regional.

El plebiscito, en cuanto consulta popular de grado provincial, lo impone la Constitución, para su reforma, ante el eventual cambio de la actual división territorial del Estado, en cuyo caso debe ser votado y aprobado el proyecto de creación de nuevas provincias, con desmembración de las afectadas (artículo 168) El plebiscito así, por mandado supremo, es vinculante y obligatorio para los congresistas, el cual siempre queda sujeto a la voluntad popular organizada.

2. El derecho de participación para la elaboración de las disposiciones reglamentarias de conformidad con el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública

A. Previa ubicación doctrinal y positiva de los reglamentos

La doctrina no es pacífica en la interpretación que hace de la naturaleza jurídica de las disposiciones reglamentarias. En términos simples y coincidentes bien podría caracterizarse al reglamento como una actuación administrativa de alcance general, de rango inferior a la Ley pero con inserción en el ordenamiento jurídico escrito. Es el reglamento, entonces, una disposición normativa dictada por la Administración Pública.

La Ley y el reglamento tendrían así algo en común, pero solamente eso: el rango de la normativa escrita. En lo restante son totalmente distintos, como que la ley es la manifestación de la voluntad popular siempre superior a la manifestación administrativa, en cuanto soporte sustancial de la estructura política. Por ello la Administración queda subordinada a la voluntad legal, a su letra y a su espíritu, sin que pueda contradecir, violentar, disminuir, sustituir o eliminar la voluntad legal que impone respeto y seguimiento, con límites y atribuciones para la ulterior regulación reglamentaria. En todo caso, los

27. *V.*, mi trabajo: "La Libertad constitucional de petición y su efectiva protección jurisdiccional en la vía de Amparo", *Revista Iustitia*, n° 53, mayo 1991, pp. 8 14.

reglamentos quedan sujetos a la voluntad popular expresada en la actividad legislativa (la ley), lo que a la postre convierte la voluntad administrativa en un efecto necesario de la otra voluntad superior, impulsora y guía de la subordinada.

Sin embargo también podría suponerse la competencia reglamentaria desde la normativa constitucional, lo que no invalida, en modo alguno, la presencia de la voluntad comunitaria. De una parte, por la vigencia de la norma constitucional en plena confirmación -implícita o expresa- de su contenido regulador que forma parte no sólo de la legalidad sino de la legitimidad (en principio). De otra parte, por devenir de la fuente primaria y originaria cuya configuración, generalmente, y en lenguaje democrático, es el resultado de la acción concertada entre todos y cada uno de los sectores políticos, económicos y sociales en el proceso constituyente o en la adaptación de la Constitución desde el poder constituyente constituido o acaso desde la perspectiva flexible.

A su vez encontramos en la actualidad dos sistemas jurídicos diferentes del común denominador, distanciados por sus posturas extremas: el francés y el anglosajón. El primero que, con la Constitución de 1958, se lanzó en favor de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, sin necesidad de la previa existencia legal ordinaria y a favor de la derivación automática de la Constitución Política. Por esto lo que es residual de la ley rige a favor del Ejecutivo y su potestad reglamentaria, no así la disposición legal cuyo contenido regulado está previamente tasado. Dice en lo conducente el artículo 37 de la Constitución francesa: “Todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario...”

El sistema inglés, en cambio, ha suplido el vacío constitucional de la potestad reglamentaria por delegaciones legislativas hacia el expreso reconocimiento de la potestad normativa del Ejecutivo. Entre ambos sistemas es éste el puritano que sigue el principio de la separación de poderes, hoy división orgánica de funciones.

En todo caso, los reglamentos siempre deben garantizar la continuidad de los sistemas políticos en libertad y para la libertad, pues en ellos nacen para garantizar una mayor agilidad administrativa en el cumplimiento de sus cometidos *ad intra* y *ad extra*, con plena sujeción al control judicial que garantice, aún con aplicación de la discrecionalidad, la subordinación al principio de legalidad entendido como principio de sujeción objetivo ordinamental.

En esa misma postura de judicialización del sistema, debemos resaltar el articulo 106 de la Constitución española que en lo conducente expresa: “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Desde la perspectiva positiva, en relación íntima con la doctrinaria, nuestro ordenamiento jurídico administrativo (artículos 120 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-LGAP) sostiene la equiparación del acto administrativo con el reglamento. Este, a su vez, es un decreto de alcance normativo, siendo los decretos actos administrativos de alcance general, a diferencia de los acuerdos que aún siendo actos administrativos, son de alcance concreto.

Hay en nuestro ordenamiento jurídico administrativo distintas caracterizaciones de los actos, sean o no de alcance normativo, sean de efectos generales o concretos (acuerdos) y sean internos o externos según su relación o no con los administrados (ciudadanos),

clientes o usuarios de los servicios públicos. En esta tesitura, todo reglamento es un decreto pero no todo decreto llega a ser siempre un reglamento[28].

Un acuerdo administrativo nunca podría ser decreto ni reglamento. Por lo anterior, los actos administrativos podrían ser internos y externos, generales o individuales, reglamentarios o no reglamentarios. Encontramos así dos grandes contextos de la actuación administrativa: los hechos administrativos y los actos administrativos, y dentro de éstos los actos reglamentarios que aún siendo normativos son también actos administrativos[29].

Al participar los reglamentos de la misma naturaleza que los actos administrativos con sus propias particularidades definidas y caracterizadas por ley, se hacen copartícipes de igual régimen de impugnación en sede administrativa, sea a través de los recursos ordinarios (revocatoria; reposición y apelación) o por el recurso extraordinario de revisión. Y, asimismo, coparticipa del contexto general de nulidades: la mera anulabilidad o la nulidad absoluta. Por consiguiente, un reglamento podría tener vicios que no sean necesariamente sustanciales sino simplemente formales, de manera parcial o totalmente. Y al ostentar la misma naturaleza de los actos administrativos, amén de lo indicado, cabe agregar la posibilidad de que un reglamento, a falta de impugnación en tiempo y forma, tanto en el procedimiento con vicios de plena nulidad (4 años) como en el proceso (4 años), se trasforme, desde su eficacia y ejecución, en el equivalente al acto válido aún adoleciendo de vicios de nulidad absoluta. El tiempo así mal aprovechado por la omisión de accionar de algún interesado, sumada a la inescrupulosa e ilegitima pasividad administrativa, permite al final que lo inválido sea ejecutado, girando a su favor el escudo de la inimpugnabilidad por parte interesada o para la anulación de oficio. De esa forma, a nivel administrativo (LGAP), topamos con una grave paradoja: los actos viciados de plena nulidad no tienen a su favor el principio de presunción de legitimidad de los actos ni puede ordenarse su ejecución; sin embargo, transcurridos los plazos fatales de impugnación y revisión oficiosa, se imposibilita la reversión *in radice* sin que por ello se conviertan en válidos pero eventualmente mantendrían su grado de ejecución. Quedarían dos vías, en principio para su revisión y eventual anulación: una procedimental a través de la denuncia que no obliga a la Administración y otra procesal por la acción de Amparo ante la Sala Constitucional, sin que pueda prescindirse del acto de aplicación individual, por reiterado criterio jurisprudencial, a no ser para una potencial acción de inconstitucionalidad por acción directa, de conformidad con el artículo 75

28. En ese mismo lineamiento ver, entre otros, en la doctrina italiana: GIANNINI, M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e rogolamenti ministeriali. Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo,* en Foro italiano, 1954, IV, p. 220.

29. Esta tesis es mantenida por GARRIDO FALLA "Los reglamentos son fuente para la Administración pero proceden de ella misma. Esto determina que ofrezcan una doble vertiente: por su procedencia son actos administrativos sometidos al principio de legalidad y susceptibles, en su caso, de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso administrativa; por su contenido son normas de Derecho objetivo (norma agendi), por lo que, según la conocida expresión de HAURIOU, vienen a integrarse en el llamado " bloque de la Legalidad", que se impone a la propia Administración en su actuación concreta". Del autor *Tratado de Derecho Administrativo,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, Novena Edición, T.I, p. 363. En semejante postura, con un análisis critico de la posición contraria mantenida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y otros autores que seguidamente destacaremos, está ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo,* Editorial Tecnos, Quinta Edición, Madrid 1976, pp. 90 a 108. En análoga posición *V.*, BENVENUTI F., "La impugnación de los reglamentos", en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo,* Colegio de Abogados de Costa Rica , 1981, pp. 550-551. Por su parte sostiene VEDEL G. en la perspectiva francesa: "El acto reglamentario no es más que una variedad de la decisión ejecutoria; es uno más entre los actos administrativos; no participa para nada de la soberanía ni de la infabilidad de la ley". *V., Derecho Administrativo,* Aguilar, Madrid 1980, p. 149-150. Los reglamentos son, en síntesis, decisiones ejecutivas generales e impersonales.

de la Ley de Jurisdicción Constitucional, para la defensa de los intereses colectivos y difusos.

En razón de lo anterior y con seguimiento de la lógica intrínseca para los actos viciados de plena nulidad, hemos propuesto en el referido proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo una vía intermedia que haga posible la impugnación con apertura de plazo, una vez vencido un plazo anual para que las partes o la Administración de oficio ataquen el acto viciado, con efectos *ex tunc*[30]. De esa forma, en la dinámica propuesta de *lege ferenda*, si se está ante actos con tal grado de patología extrema, y continúan surtiendo efectos, podrían ser objeto de impugnación con dimensionamiento *ex post* o *ex nunc* a partir de la declaratoria de la nulidad. De tal manera que se atiende una inquietud sobradamente fundada ante los actos viciados de nulidad absoluta: la imposibilidad de apertura impugnatoria o de revisión oficiosa, aun cuando su ejecución permanezca en el tiempo.

Por lo anteriormente indicado, si identificamos al acto administrativo con el reglamento, tendríamos que aceptar la posibilidad de que éste pueda ostentar vicios de mera anulabilidad o nulidad relativa, lo que podría dar paso al saneamiento, convalidación y conversión (aspecto éste extensible a los actos de nulidad absoluta según criterio de la LGAP.-Art. 189- lo cual es sentido estricto no debiera ser, porque una nulidad extrema no se convierte, simplemente debe desaparecer para dar nacimiento a un nuevo acto jurídico), lo que permite la corrección del acto viciado a pesar de ser normativo y estar incorporado al ordenamiento jurídico escrito.

Sin embargo hay otras puntualizaciones dignas de ser resaltadas en materia reglamentaria. En efecto, existen en la LGAP distintas disposiciones para la amplia gama de actos administrativos. Una de ellas se adentra en la teoría a favor de "las reglas y principios que regulan los actos administrativos" (artículo 6,3): para todo aquello que no esté regulado para los reglamentos, en cuanto actos generales de alcance normativo, se aplica el régimen común de los actos en general. También se dan claras puntualizaciones para los reglamentos, como la prohibición de dictarse reglamentos autónomos relacionados con los derechos constitucionales, a nos ser por los reglamentos ejecutivos con previa ley habilitante (artículo 19), o la imposibilidad de dictarse penas e imponer exacciones, tasas, multas o cargas similares (artículo 124), lo cual es extensible a todo acto administrativo de carácter general.

Tampoco puede darse las administraciones potestades reglamentarias de imperio que afecten los derechos de los particulares "extraños a la relación de servicio" (artículo 12,2) Sin embargo pudiera suponerse, *contrario sensu*, el advenimiento de esa potestad cuando afecten los derechos de los particulares en sus relaciones de servicio con la Administración. Empero tal dinámica sacada a relucir por exclusión interpretativa, tiene una exigida agudización legal. En primer término, debe distinguirse para efectos prácticos los derechos del ciudadano y, en segundo orden, los derechos de los ciudadanos en la relación funcionarial de servicio. La Administración no puede dictar ni ejecutar actos reglamentarios internos ni externos que afecten los derechos de los administrados (ciudadanos) (artículos 103,1 y 122) En caso de ejecución de tales actos cabría la responsabilidad del Estado o corresponsabilidad de éste con el o los funcionarios singularizados. Ahora bien, resulta ser posible la existencia de actos internos de relevancia externa, re-

30. Dice el artículo 175 de la LGAP: "Caducará en cuatro años la potestad del administrado para impugnar el acto absolutamente nulo en vía administrativa y jurisdiccional, sin que se apliquen al respecto los plazos normales de caducidad". Sostiene el artículo 173,4: "La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo caducará en cuatro años".

gulados por ley, por reglamento "u otra norma cualquiera del Estado", que no afecten los derechos del ciudadano. Como también sería viable la vía reglamentaria con afectación de los derechos de los funcionarios públicos en su relación de servicio con la Administración, los cuales son actos internos que adquieren rango de actos externos, sea frente a los ciudadanos o ante los tribunales comunes (artículo 123). Puede así haber potestad de imperio a nivel reglamentario, de cuyo cumplimiento se afectan los derechos de los servidores en su relación de servicio con la Administración, sin que ello sea válido ni eficaz para actos internos o externos contra los derechos de los ciudadanos.

Hay otro sector de la doctrina que sigue una traza distinta a la mantenida en la LGAP, hoy prevaleciente, que distingue el acto administrativo del reglamento, aún siendo esté un acto de la administración[31].

Seguidamente, bien haríamos en englobar los argumentos fundamentales de esta postura distanciada de la otra: A) El reglamento se incorpora al ordenamiento jurídico pues su carácter es normativo u ordinamental. B) Los reglamentos que tengan vicios, son siempre vicios de nulidad absoluta, con lo que se trasciende el vicio formal del sustancia, sea por violación del debido procedimiento tasado por ley, o por violación de un reglamento de rango superior. Así, pues, el régimen exclusivo de nulidad para el reglamento es el de la plena nulidad, mientras que para el acto administrativo el régimen normal es el de la mera anulabilidad, siendo excepcional el de la nulidad absoluta. C) El reglamento no puede derogarse de manera singular por su trascendencia jurídica, sin que pueda un acto administrativo contradecirlo o desaplicarlo aún cuando tal acto provenga de la misma autoridad o de una autoridad superior que dictó el mismo reglamento. El reglamento, por su contexto normativo adquiere naturaleza de aplicación abstracta y permanente. No se agota con su cumplimiento a diferencia del acto administrativo que así lo hace. D) La potestad reglamentaria recae en los órganos a los que las normas de producción atribuye específicamente. En cambio para el dictado de actos administrativos generales no se exige el pronunciamiento de las normas de producción. Sin embargo, esta postura también ha sido criticada parcialmente por un distinguido autor[32]. En efecto, entre sus fundadas críticas podrían destacarse las siguientes: A) La tajante distinción entre acto y reglamento no adquiere la transparencia acusada. B) Se debe admitir que los principios de la generalidad y la abstracción reglamentaria están en crisis. Sin embargo, en su criterio, en lo que coincide con la doctrina en general, no puede admitirse la singularidad normativa y de aplicación reglamentaria. Ahora bien, a pesar de lo anterior, existen reglamentos singulares en el único ámbito interno de la organización administrativa como unidad organizacional. También existen reglamentos *singularizables* cuyo número de destinatarios es determinado, pero no exclusivo, con grado de generalidad aplicativa para hipótesis semejantes hacia el futuro. Debe diferenciarse, pues, entre reglamento singular y reglamento singularizable. C) El criterio positivo aunado al principio de consunción o extinción del acto administrativo, cuando éste se cumple y aplica, a diferencia de la trascendencia reglamentaria, no explica la trascen-

31. En tal sentido se expresan GARCÍA DE ENTERRÍA en: "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", en *RAP* n° 29, p. 161, cuyas ideas son retomadas y ampliadas en: *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid 2da de 1981, *in totum*. Asimismo, en unidad con el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *V.*, Curso... *op.cit*. pp. 104-107. También de este último autor: Derecho Administrativo Económico. UNED, Madrid 1980, pp. 63-64. En este mismo encuadre doctrinal, entre otros, BOQUERA OLIVER, "La publicación de disposiciones generales", en *RAP* n° 31, MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid 1979, pp. 129-131.

32. Me refiero a SANTAMARIA PASTOR, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Madrid 1987, pp. 515-517.

dencia o permanencia habida en algunos actos administrativos singulares. A manera de ejemplo está el nombramiento de un funcionario público, cuyo acto no se extingue o consume por el nombramiento ni por la toma de funciones, antes bien por el contrario, el acto continúa siendo eficaz con el desempeño funcionarial o en otras hipótesis con la ejecución del régimen funcionarial. D) Entre el acto administrativo singular y el reglamento hay toda una escala progresiva de generalidad o acaso regresiva de singularidad, que no permite la nítida distinción fronteriza entre acto y reglamento, siendo imposible destacar los mojones separadores con criterio seguro e irrebatible. E) El problema de la distinción *es un falso problema* pues todo puede reducirse al tratamiento dado por el legislador -o por las leyes- en la aplicación de regímenes jurídicos diferentes para los reglamentos y para los actos administrativos.

Este último criterio se hace copartícipe, entonces, con sus propias matizaciones, de la universalidad de tratamiento entre acto administrativo y reglamento, con favorecimiento por la unidad legal para ambas dimensiones en una sola realidad jurídica. Pero con ello, creemos, no queda satisfecha el problema práctico de su fusión sustancial, la cual ha sido sobradamente rebatida por otro sector ya comentado de la doctrina. Y todo radica, en esencia, en una verdad incuestionable: el alcance normativo del reglamento y los elementos constitutivos y diferenciables de los típicos actos administrativos.

B. Distintos tipos de reglamentos

Suele hacer la doctrina elaboraciones abundantes de tipologías reglamentarias, con reducción al fin, bajo la perspectiva práctica, a tres tipos de reglamentos: los mal denominados ejecutivos, que en el fondo son reglamentos de complementación legal, toda vez que un reglamento válido siempre debe tener la fuerza ejecutiva; los reglamentos independientes, autónomos o de organización administrativa; por último, los reglamentos de necesidad, en la aplicación excepcional y temporal frente a situaciones sobrevenidas con calidad de emergencia.

Siguiéndose en parte con la trilogía expuesta a mediados del siglo XIX en la doctrina alemana por Lorenz Von Stein , en relación con los distintos tipos de costumbre, se elaboró una visión que en cierto modo ha perdurado hasta la actualidad: *extra* o *prater legem; secum legem* y *contra legem*. Maticemos con la brevedad del caso esa tipología reglamentaria.

(a) Los denominados reglamentos ejecutivos

Son los reglamentos ejecutivos aquellos que amparados al contenido de una ley anterior la complementan, con el desarrollo de regulaciones materiales y formales para la mayor flexibilidad y adaptación aplicativa de las decisiones administrativas. Esto ha permitido que se haya acusado a estos tipos de reglamentos de ser fuente derivada de Derecho en relación con la denominada fuente originaria que sería la ley. Es lo que Von Stein denominó, en referencia a la costumbre, *secundum legem*.

En el contexto positivo de nuestra Constitución, el artículo 140 inciso 3) otorga al Poder Ejecutivo en sentido estricto (Presidente y respectivo Ministro del ramo) la potestad de reglamentar las leyes.

En este tratamiento de la potestad reglamentaria, ha dicho la jurisprudencia constitucional patria, en relación con los principios rectores de una democracia activa: "La facultad reglamentaria está reducida a parámetros muy definidos que la condicionan y limitan, puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye, por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros, pues tal trasgresión viola flagrantemente el concepto mismo de la división de poderes que recogen de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) constitucionales". (SCV 0031-95, también 1130-90; 1635-90; 1876-90 y 243-93).

En lo que respecta a la jurisprudencia indicada en materia específica de la potestad reglamentaria ejecutiva, se ha dicho, entre mucho, lo siguiente: "Como tesis de principio, puede afirmarse que la potestad reglamentaria, esa competencia que se le asigna al Poder Ejecutivo de desarrollar la ley (reglamento ejecutivo) no es un poder-deber en sí mismo, puesto que dependerá del contenido de la propia ley, el que aquel se vea obligado a desarrollar algunos de sus principios, pues correspondiendo al Ejecutivo aplicar o velar por que la ley se aplique, en tanto sea necesario para ellos decidirá su reglamentación. Es decir, la reglamentación se otorga al Ejecutivo como un instrumento que facilita el ejercicio de administrar". (SCV 2934-93)

Asimismo: "Dentro de los reglamentos que puede dictar la Administración, se encuentra el que se denomina *Reglamento Ejecutivo*, mediante el cual ese Poder en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias, el cual se utiliza para hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, fines que nunca pueden ser alterados por esa vía. Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en legislador". (SCV 2934-93) "…sólo los reglamentos ejecutivos pueden desarrollar los preceptos de las leyes entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su *contenido esencial"*. (SCV 2934-93)

(b) Los reglamentos, independientes, autónomos o de organización

Son reglamentos independientes aquellas disposiciones autónomas para la organización interna de los entes y órganos administrativos; hasta de los órganos fundamentales del Estado y de rango constitucional.

La potestad reglamentaria de organización puede devenir expresamente del texto constitucional o acaso implícitamente, o por derivación de la potestad discrecional administrativa para la satisfacción de los intereses públicos, siempre cambiantes en el tiempo y el espacio. Se ha insistido, en parte, que los reglamentos independientes, autónomos o de organización ostentan el rango de norma primaria, no así secundaria por la no complementación necesaria de la ley anterior que autoriza y exige su desarrollo ulterior. Sin embargo, es cierto también que aún sin ley anterior no puede el reglamento autónomo contradecir ni derogar la ley por virtud de las fuentes materiales del ordenamiento, incluso aquella otra dictada en sustitución del reglamento para efectos entera-

mente de organización. La potestad reglamentaria en todo caso se deriva de una u otra manera de la Constitución Política, sea escrita o no, lo que al final de cuentas se traduce en la normativa autorizante y causal de forma expresa o implícitamente, de manera directa o reflejamente. Los principios del servicio público de la igualdad, continuidad, eficiencia y adaptabilidad a los cambios sobrevenidos de hecho y de derecho, en ocasiones están identificados en el texto Constitucional, aunque sólo sea parcialmente. En nuestro sistema positivo por virtud de la LGAP, tales principios quedan insertos en el conjunto de la actividad y organización administrativas, sobre los cuales descansa el ejercicio discrecional para satisfacer los intereses públicos nunca confundidos con los intereses de la Administración ni con los intereses egoístas del particular.

Por consiguiente los reglamentes autónomos o independientes son originarios en su materia reguladora a falta de ley anterior y de contenido apenas tímido y parcial. Pero nunca podrían ser originarios o primarios como si nacieran con absoluta independencia del ordenamiento jurídico, cuya discrecionalidad aplicativa, siempre, debe estar regulada por los parámetros prefijados de la legalidad en su dimensión escrita y no escrita, o si se quiere de la Ley y el Derecho (artículo 103 de la Constitución española) Aunque sean tales reglamentos independientes quedan siempre subordinados a los límites de la potestad reglamentaria, sin que puedan ubicarse por encima de la voluntad popular expresada en la ley -principio democrático- o de la comunidad políticamente organizada que la posibilita y protege, tanto en función de la legalidad como de su legitimidad.

Estos reglamentos autónomos o de servicio quedan adentrados en el ejercicio de la potestad organizacional de las administraciones públicas y de otros órganos que, en la creación y manifestación de tal potestad, expresan una función estrictamente administrativa aun cuando su regulación no quede incluida en la esfera típica de la organización administrativa del Estado. Y es precisamente a través de la manifestación de esta potestad auto-reguladora de los otros órganos fundamentales del Estado como el Legislativo, el Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, que se logra confirmar, entre otras realidades jurídicas, la división orgánica de funciones, cuando tales órganos ejercitan funciones que pertenecen al ámbito de competencia típico del Ejecutivo o de la Administración Pública institucional o territorialmente definidas.

(c) Los reglamentos de urgencia o necesidad

En situaciones excepcionales de emergencia no cabe la aplicación normal y ordinaria administrativas, pues ello iría en contra del interés público que impone la pronta solución, o medida cautelar necesaria, para hacer frente a una situación imprevisible e inevitable, o acaso previsible pero inevitable. Aplicar la normalidad procedimental y sustancial en situaciones anormales es tan grave como hacerlo anormal en situaciones normales, contra el clásico principio democrático: *salus populi suprema lex est*.

En sentido estricto, pues, y siguiéndose lo ya apuntado entre ley y Derecho, los reglamentos de necesidad no siempre son ni debieran ser *contra legem.* Simplemente son excepcionales conforme al texto y contexto valorativo del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, podrían contradecir tales reglamentos de manera eventual el texto riguroso de la ley, pero no así el espíritu equilibrado de la proporcionalidad, la razonabilidad, seguridad, la lógica, los criterios unívocos de la ciencia, la técnica, la buena fe y los restantes principios generales de derecho. Decir que son *contra legem* no es una verdad necesaria, y por lo tanto medianamente cierta: pueden existir reglamentos de necesidad

no opuestos a la letra de la ley, aunque en todo caso nunca deben estar disconformes con el ordenamiento jurídico y los principios que lo informan. Asumir lo contrario sería tan absurdo como convertir a la emergencia en la justificación administrativa para aumentarla o acaso ignorarla sin evitación de la crisis o de su necesaria corrección. La excepcionalidad jurídica debe serlo única y exclusivamente frente a la situación anormal, la cual, una vez consumada, no deja mérito alguno para que las administraciones puedan continuar con el ejercicio de esa potestad privilegiada sin el elemento fáctico justificante. En todo caso, y aún en emergencia, los funcionarios públicos son potencialmente responsables administrativa, civil y eventualmente penal de sus conductas (activas o pasivas). La Administración pública, por definición, debe ser agente de satisfacción de intereses superiores y públicos nunca el instrumento multiplicador o realizador de inseguridades colectivas e impulsoras de angustias por temores compartidos sin soluciones puntuales ni efectivas.

Así de esa forma, si bien es cierto que la discrecionalidad administrativa se hace evidente en el uso de la potestad reglamentaria para la organización interna, aún es mayor el grado de aplicación discrecional en situaciones de emergencia, donde en ocasiones incluso no existe normativa reguladora sino simples principios rectores de comportamiento claramente identificados para el ejercicio de esa potestad. No podríamos asumir que en tales situaciones de anormalidad fáctica y jurídica la Administración pueda dictar actos con rango de ley -al menos en nuestro sistema jurídico- ni actos que la contradigan o violen e, incluso, en caso de estarse ante una situación de vacío o laguna jurídica, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho quedarían elevados a rango de norma escrita -se insiste- en función supletoria del ordenamiento escrito, para la satisfacción de los intereses públicos. El círculo de la debida actuación administrativa se cierra a favor de los derechos y necesidades ciudadanas.

Dos son las dudas ante los reglamentos de urgencia: de una parte su posible extensión excepcional en el tiempo, haciéndose que su aplicación se transforme en situación regular o de larga data, siendo así que se llegaría a confundir gravemente la disposición general derivada de la urgencia con el reglamento ejecutivo, sin que exista, por lo general, leyes preestablecidas al efecto. De otra parte, podrían surgir reglamentos de emergencia en situaciones normales con el fin de regular potenciales realidades excepcionales a futuro, con el grave inconveniente de que se incumpla con la audiencia previa que impone el procedimiento especial para la elaboración de las disposiciones generales, según el Libro Segundo de la LGAP, respecto a los sectores virtualmente afectados con la regulación, lo que profundizaremos más adelante. Esta segunda hipótesis encuentra comprobación práctica en situaciones que generaron emergencia para la satisfacción de los intereses públicos, sin que hubiere reglamentación para regular la realidad sobrevenida. Un ejemplo en nuestro medio lo aclara: la huelga de los expendedores de combustible que, en calidad de adjudicatarios o permisionarios del Estado, no presten el servicio al público obligado, con el gravísimo perjuicio a la economía nacional. Por ello, a fin de evitar situaciones análogas a futuro, se dicta una reglamentación de urgencia, ya en situación normal (lo que evidentemente contraría la Constitución y la Ley ordinaria).

Así, pues, suele encontrarse en la legislación comparada límites claros y precisos para impedir que una regulación de urgencia se mantenga en el tiempo más allá de lo dispuesto en la ley que evita -o debe hacerlo- que lo excepcional se haga normal sin darse posibilidad para la ratificación del abuso de autoridad bajo excusas, muy propias del devenir latinoamericano, de situaciones de urgencia y necesidad muchas veces generadas desde el Estado para satisfacer los intereses de la cúpula gobernante y sus aliados.

En razón de lo anterior, debemos indicar que un reglamento de *urgencia* dictado en situación normal para potenciales realidades excepcionales, en modo alguno podría ignorar y violar el debido procedimiento para la elaboración de las disposiciones reglamentarias, más como si fuese un reglamento ejecutivo que uno de urgencia, por su nacimiento en la normalidad que impone también la normal satisfacción del ordenamiento jurídico, esta vez por actos reglados a favor de la transparencia y pluralidad participativas en su proceso de elaboración.

C. Análisis del mecanismo regulador para la elaboración de las disposiciones reglamentarias:

España y Costa Rica, además del idioma y cierta idiosincrasia costumbrista e institucional, tienen algo más en común: dos fechas coincidentes en un mismo año en el que se forjó un importante surco de justicia, seguridad y libertad. España con su Constitución concertada que marcó el derrumbe del *ancien régime* y la nueva construcción de la edificación social y política, económica y jurídica. Costa Rica con su LGAP que estructura y ordena el ejercicio del poder administrativo, para que el público satisfaga su interés y el ciudadano proteja su esfera existencial de libertades y derechos. Y para que la Administración sea agente de la democracia; aliada y no enemiga de sus valores y fines. Queda sin embargo mucho por recorrer, por cumplir y mejorar en la marcha de la práctica que impone observación cuidadosa de los errores para rectificarlos y superarlos. Ello es parte de la democracia en la vivencia dialéctica.

La LGAP ha creado sin duda paradigmas jurídicos en el devenir histórico nacional, hasta el grado de convertirse en una ley principista, por lo que debe ser analizada desde la doble razón práctica y teórica. Lo mismo, creo, se dirá en España de lo suyo cuando las construcciones normativas alcanzan cierto grado de patrimonio defendible, sin que sea intocable, dogmático o incuestionable.

Por su parte la LGAP incorporó, como lo hizo España, al igual que otros países de perfil occidental, procedimientos especiales para asegurar la participación ciudadana en el quehacer administrativo. Sin embargo España no se quedó en la regulación ordinaria sino que elevó la premisa democrática a rango constitucional. Dice en lo conducente -entre otros numerales dignos de encomio- el artículo 105: “La Ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que le afecten...”

Tenemos causalmente lo siguiente, a partir de la indicada disposición constitucional: 1) Es obligación de las administraciones públicas dar la audiencia de rigor a las personas físicas o jurídicas, en el procedimiento de elaboración de los reglamentos que potencialmente les afecte. 2) Existe el derecho de participación ciudadano de forma directa y no así sólo de manera indirecta ante la hipótesis de no estar incorporado a alguna organización o asociación reconocidas por ley. 3) En el evento de que se encuentre adscrito a alguna organización o asociación su derecho participativo podría filtrarse a través de tales estructuras jurídico-sociales y, finalmente, por medio de los representantes de ellas. La participación sería así indirecta o refleja. 4) Sólo las organizaciones y las asociaciones -que también lo son- tienen derecho participativo (al igual que el ciudadano), no así cualquier aglomeración subjetiva emergente en la sociedad sin unidad u organización, o que organizadas estén jurídicamente prohibidas. 5) No puede desconocer-

se el derecho de participación ciudadano en igualdad de condición para la participación en el procedimiento, bajo el mismo supuesto de potencial afectación por la regulación reglamentaria. 6) Podría suponerse que un ciudadano en su esfera vital de intereses y derechos sea potencialmente afectado de forma directa por la futura reglamentación y, asimismo, en su calidad de agremiado o asociado lo sea también de forma indirecta. Cabría pues suponer la correlación participativa si fuera materialmente posible. 7) Como el derecho de asociación es un derecho fundamental incorporado en el artículo 22 de la CE, no podría entonces exigírsele al ciudadano su previa incorporación asociativa para el posterior ejercicio del derecho participativo. 8) Sin embargo existen incorporaciones obligadas para el ejercicio de los derechos-deberes, tal y como sucede con algunos Colegios profesionales. El ciudadano puede hacer valer su derecho participativo a través de la corporación, sin que por ello se excluya el derecho de participación directa en calidad de ciudadano. 9) Tocaría a la ley regular la audiencia bajo los parámetros constitucionales de participación.

En razón de lo anterior, el artículo 130 inciso 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo español, el cual quedó vigente por expresa disposición no derogada de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RJAP-PCA), no tiene el mismo espíritu extensivo constitucional que satisface en esencia los parámetros de la igualdad, constitucionalmente garantizada (artículos 14 y 149 inciso 11). Este sentido se expresa claramente en la doctrina constitucional española[33].

La disposición de la LPA tendría entonces en principios tres graves inconvenientes (o acaso inconstitucionalidades): a) Se deja a la discrecionalidad administrativa (lo que ya despierta desconfianza) el dar o no la audiencia procedimental. Así, en primer lugar, dice la referida Ley: *Siempre que sea posible*; lo que permite que sea también imposible y, por ello, nunca necesario; en segundo lugar, cuando *la índole de la disposición lo aconseje*, lo que da paso, por lógica oponible, a que no lo aconseje, como si la potencial normativa por sí lo aconsejare o no. Simplemente la mecánica es preceptiva y deberá proceder la audiencia cuando la disposición vaya a producir afectación ciudadana en menor o mayor grado. Ha de darse audiencia cuando pueda existir afectación; o en términos de la ley, existe el *consejo* cuando la Constitución lo pide. Lo que implicaría, también, que la audiencia podría darse para cualquier ciudadano u organización según la disposición normativa. De esa forma, entonces, se viola el principio de igualdad y se produce un trato discriminatorio entre las personas físicas y las personas jurídicas, lo que también contradice valores de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, constitucionalmente garantizados (artículo 9,3 CE).

La LGAP de Costa Rica adolece de semejantes defectos, aunque no exista en nuestro país -lo que es penoso- un precepto constitucional análogo, sin que por ello dejen de darse algunos lineamientos normativos, siempre escasos y tímidos cuando existan.

---

33. *V.*, al respecto: Comentarios a la Constitución, *op. cit.* p. 1452. Dice, en lo que interesa, el artículo 130, incisos 4 y 5 de la LPA, hoy incorporado a la nueva legislación procedimental administrativa de España: " 4. Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. 5. Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale..."

(a) Subsiguiente análisis del artículo 361 de la LGAP

Dice al texto el artículo 361 LGAP: "1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto..."

De lo anterior destaquemos lo siguiente: 1) En Costa Rica el derecho de audiencia se hace extensible a los entes descentralizados, lo que supone la posible participación interadministrativa.

2) Sólo las entidades representativas de intereses generales o corporativos, además de los entes descentralizados, tienen derecho de audiencia en el plazo de Ley. Podría suponerse la actividad multiparticipativa y mixta tanto en la vertiente pública administrativa como en la pública no estatal, al igual que la propiamente privada. E incluso también podría darse el desdoblamiento administrativo para la confirmación participativa, sea en el ejercicio de su capacidad pública o en el de su capacidad privada según sea el ámbito de amenaza o afectación. Y en régimen confirmatorio de la igualdad, la audiencia a las administraciones deberá darse en el mismo plazo, esto es, *dentro de los diez días* los cuales deben entenderse siempre hábiles, por expresa disposición de la LGAP.

3) Se excluye por ende la participación ciudadana en su dimensión física y directa lo que contraría el principio de igualdad frente a las entidades, asociaciones y corporaciones, lo que supone violación del artículo 33 de la Constitución Política, con incidencia refleja y contraria a la letra y espíritu de su numeral 25 que regula y garantiza la libertad de asociación para fines lícitos. En otros términos: a nadie se le puede obligar a formar parte de asociación alguna, lo que la LGAP afecta de manera indirecta cuando imposibilita el derecho de audiencia para la elaboración de los reglamentos a las personas físicas, toda vez que deben estar asociadas para el ejercicio de su derecho participativo.

En modo alguno podríamos relacionar únicamente a las aplicaciones reglamentarias con las personas jurídicas, toda vez que es fácil comprobar su incidencia directa o bien indirecta en las esferas de derechos y libertades de los sujetos físicos, aún sin que medie un acto administrativo de aplicación individual. Ello también contraviene el artículo 49 de la Constitución costarricense que manda del legislador proteger al menos los intereses legítimos y los derechos subjetivos, lo cual debe tener resonancia necesaria para las disposiciones reglamentarias, sin que tal defensa quede supeditada o condicionada a la existencia del acto singular en tanto haya amenaza de violación o violación efectiva.

4) Podría prescindirse del trámite de audiencia si el interés público o la urgencia así lo imponen, previa justificación incorporada al anteproyecto reglamentario. Sin embargo es también de interés público el cumplimiento del procedimiento especial de elaboración, sobre todo cuando la misma LGAP categoriza ese interés "como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados" (artículo 113) Y ante la eventual afectación de intereses o derechos en el espacio de una mayor generalidad, por la naturaleza misma del reglamento, la posible suma de coincidencias individuales no constituye una labor de difícil o de imposible constatación adjetiva.

Tampoco la Administración puede sobreponer su interés -se insiste- a la categoría cualificada que del ciudadano hace la LGAP, en tanto debe tenerse a éste como representante de la colectividad (artículo 114, 1), en la tesitura de la valoración del interés

público bajo el alero de la seguridad y la justicia, en plano individual y comunitario, sin que pueda la simple conveniencia ocupar un lugar primigenio (íbid inciso 3) Este sería el mismo sentido que un autor con propiedad reclama: "El interés general abstracto y puro, que la Administración realiza como una organización compacta, es una ficción jurídica. El contenido de la actividad pública resulta de la combinación, distinta en cada caso, sujeta a las variaciones políticas, a los cambios en la relación de fuerzas, de los distintos intereses que emergen en un determinado momento y lugar. Las instituciones públicas realizan un papel de mediación de esos intereses. Pero, dada su trascendencia actual, tampoco son un simple árbitro que se limita a reflejar con exactitud las oscilaciones en la balanza de los intereses privados"[34].

De lo dicho, las administraciones públicas, a no ser por casos de urgencia, encuentran un estrechísimo margen de justificación para satisfacer el interés público con trascendencia del derecho participativo que se entrecruza con otro conjunto de derechos en apertura permanente de reconocimiento universal.

5) Al estar el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales tasado por ley, es obvio que su violación constituiría una alteración sustancial del ordenamiento, por lo que tal actuación estaría viciada de nulidad absoluta. No cabría oponer la tesis favorable para el simple vicio de forma, toda vez que es vicio sustancial y objetivo. El principio de legalidad (con inclusión del debido procedimiento) estaría quebrantando y su vicio deberá ser objeto de purga jurídica a gestión de parte o de oficio, siendo la nulidad, en todo caso, notoria o evidente a falta de audiencia obligada.

Ejecutar un reglamento en tal hipótesis, dentro del encuadre general de los actos administrativos, podría acarrear responsabilidad funcionarial, por expresa prohibición de presumirse legítimos y eficaces actos viciados de nulidad absoluta.

6) En la hipótesis excepcional de que no exista audiencia por interés público o por urgencia -lo que suele interrelacionarse- la Administración omisa deberá motivar las razones en el respectivo anteproyecto. Caso de no hacerlo sin que exista audiencia, hay vicio de plena nulidad, por la previa exigencia de su incorporación justificante.

7) Y en aplicación de la igualdad de trato, la falta de audiencia, en la hipótesis anterior, sería extensible a las administraciones públicas descentralizadas, lo que agudiza y reduce aun más la posible satisfacción del interés público sin la audiencia a tales las administraciones que en todo caso son agentes de ese mismo interés.

(b) Continuación del análisis del numeral 361, inciso 3) de la LGAP

Dice este apartado 3 del artículo 361 LGAP: "Cuando a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública durante el plazo que en cada caso se señale".

De forma análoga expresa el artículo 130 inciso 5) de la LPA española: "cuando a juicio del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale".

De lo trascrito, hemos de decir lo siguiente:

1. El contenido normativo de ambas disposiciones son análogos, no así semejantes respecto a la regulación contenida en la LGAP, pues en Costa Rica no sólo compete al

34. Me refiero a SÁNCHEZ MORÓN, La participación del ciudadano en la Administración..., *op. cit*. pp. 31 - 32.

Ministerio respectivo la aplicación discrecional y favorable para elevar un proyecto reglamentario a la información pública, sino además al Poder Ejecutivo (Presidente y respectivo Ministro del ramo o de los ramos).

2. En todo caso, en ambas legislaciones existe una amplia facultad discrecional pública, para determinar la procedencia o improcedencia del procedimiento público de información del proyecto reglamentario. En caso de hacerse, aunque no se diga, la información requiere del uso del lenguaje claro e identificable para la participación con amplio criterio de reacción pública.

3. En ambas legislaciones se dice que tal procedimiento procederá si la naturaleza de la disposición lo aconseja, lo cual nos lleva a pensar en la simple posibilidad de tratamiento unilateral administrativo en el uso de su potestad discrecional. Por lo tanto no sería el reglamento el que aconseja sino el Ministro o el Poder Ejecutivo quienes determinarían su concreción o no, de conformidad con su interpretación y conveniencia a veces más política que pública.

4. Aunque se crea que la trascendencia del proyecto reglamentario requiere de la información pública, puede ser que tal mecanismo no se ponga en práctica por criterio administrativo, lo cual no requiere de la motivación expresa, a diferencia del régimen normal aplicativo no adentrado en la consulta pública, cuando por interés público u urgencia no se da la audiencia de Ley en el plazo de diez días.

5. Existen, entonces, destacadas diferencias formales y sustanciales entre el procedimiento de audiencia con sujetos virtualmente identificables y el procedimiento popular de información: a) La discrecionalidad administrativa se aplica en ambas regulaciones, sea para obviar el procedimiento especial de audiencia en el plazo de diez días, por interés público o por urgencia, o para obviar el trámite de información pública del proyecto reglamentario; b) En el primer supuesto de omisión, deberá darse la expresa motivación justificativa; en el segundo la motivación no es exigida ante la información pública; c) En la eventualidad de que proceda la audiencia de ley, deberá ser otorgada dentro del plazo de diez días. En cambio, en el caso de la información pública, existe discrecionalidad para la determinación temporal, sea o no mayor a los diez días; d) En una hipótesis, la audiencia se dará para los destinatarios cuyo potencial reglamento vaya a afectar sus esferas de derechos, intereses o libertades. En el otro, se da la información pública con potencial participación popular con trascendencia de la afectación directa o simplemente indirecta. E) Por lo anterior es fácil concluir que en el caso de la información pública lo sería tanto para personas físicas como para las jurídicas, por lo cual no es procedente sólo para las personas jurídicas; f) Hay, pues, dos regímenes diferenciables y de excepción: en uno se da la *inaplicación* del procedimiento ordinario de audiencia, lo cual siempre es especial, y, en otro la *sustitución* del mismo por la información pública, cuya sustitución no es imperativa sino discrecional. G) En el caso de aplicarse el procedimiento de información pública, el término *sometimiento* utilizado por la LGAP hace pensar que no sólo es para efectos de mera información sino también para la discusión y recibo de propuestas o pareceres ante las administraciones activas; h) En la aplicación hipotética de uno u otro procedimiento, sea el normal o el excepcional, el resultado de las consultas, en principio, no sería vinculante para las administraciones sin que ellas deban justificar sus pareceres opuestos, a pesar de la existencia de excelentes puntualizaciones técnicas o de otra naturaleza; I) Por consiguiente, el resultado de la consulta o información puede ser engañoso, cuya verdad procedimental se transforma en una apariencia jurídica frente a administraciones con posturas predeterminadas e impuestas, a pesar de la posible existencia de criterios distintos y óptimos, sin que al

final queden insertos en la disposición general propiamente dicha, ni aún incluso en su motivación. La consulta -insisto- en principio se traduciría en una mampara que esconde la tenebrosa burla sin efecto sustancial, a pesar de que el proyecto reglamentario haya pedido -y no ya sólo aconseje- diversidad de criterios, sean de rango público, privado o mixto como efecto del ejercicio participativo en democracia. Sería en síntesis el choque frontal entre democracia participativa y la Administración autoritaria con su refuerzo burocrático, lo que lastimosamente es práctica usual en los sistemas democráticos y republicanos.

Frente a esta frustrante y comprobada realidad, a lo sumo nuestra LGAP dice en su artículo 362: "En la disposición general se han de consignar expresamente las (?) que quedan total o parcialmente reformadas o derogadas" (interrogante no es del original). Suponemos, con buena lógica, que hay referencia al resultado de los pareceres sectoriales o no sectoriales que deben consignarse en los reglamentos con posibilidad administrativa de reforma o derogación, total o parcialmente.

De ello bien podríamos valernos para discutir la mejor o peor aplicación de la discrecionalidad administrativa, siguiéndose el parámetro común de ésta y su control justiciero en debido cumplimiento con el ordenamiento jurídico administrativo, escrito y no escrito. Quedaría, pues, en manos del juez, si la determinación administrativa se ampara o no a los criterios de la técnica, la lógica, la ciencia, la justicia o la conveniencia, en estricta relación con la circunstancia objetiva del caso (artículos 15,2 y 160 LGAP).

La falta de la expresa incorporación de los distintos pareceres constituiría en principio vicio de la plena nulidad en una doble perspectiva: por la violación del ordenamiento cuya omisión podría cambiar el resultado final de la disposición reglamentaria, y por el ocultamiento de los criterios distintos a los de la Administración en perjuicio de la certeza contralora judicial frente al ejercicio de la potestad discrecional. Así, entonces, bien debiera exigírsele a la Administración la motivación completa para modificar, ignorar o derogar alguna parte del contenido reglamentario a fin de evitar administraciones autoritarias sumidas en el exceso de poder. Y para ello serviría en nuestro medio el artículo 136 inciso e) de la LGAP que exige de las administraciones, aunque en forma sucinta, la motivación de los fundamentos de los reglamentos y de los actos discrecionales de alcance general. Asimismo, se dice, toda motivación "podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia".

Si el reglamento es un acto administrativo general de alcance normativo, son válidos, por exigibles y legales todos y cada uno de los condicionamientos formales y esenciales del acto en sí, lo cual es una nota positiva de su equiparación jurídica.

El término *podrá*, utilizado en la LGAP, siguiéndose la jurisprudencia española para otros supuestos, no es tanto para identificar la potestad discrecional administrativa de aplicar o no aplicar la motivación en la disposición reglamentaria, sino en función de la potestad-imperatividad efectivas (poder). No habría entonces escapatoria para la Administración: la motivación es un imperativo, sea en relación con los motivos de las peticiones o (y) propuestas, dictámenes y resoluciones.

En todo caso y bajo la atmósfera discrecional, las administraciones quedan limitadas ante los derechos del particular frente a ellas, salvo texto legal en contrario (artículo 17 *íbid*). En otros términos: hay un derecho de audiencia ciudadano (personas jurídicas) y administrativo, salvo mejor criterio discrecional motivado por otro interés público pre-

valeciente o por urgencia sobrevenida, en el lineamiento de la misma ley que impone límites y atribuciones tasadas en el uso de la potestad discrecional administrativa. Contexto, también aplicable, una vez ejercitada esa discrecionalidad a la consulta pública, tanto en su causa como en su efecto para seguir, reformar o rechazar los criterios expuestos por los administrados, pudiendo serlo también de otras administraciones, que justifique en oportunidad y legalidad el resultado final con el dictado de la disposición reglamentaria, dentro de los parámetros de la discrecionalidad.

Un último aspecto debemos deslindar entre uno y otro procedimiento sea popular o restringido, relacionado con la información para que la audiencia sea efectiva, o que, si no lo fuera, ello no sea imputable a una Administración actuante de buena fe. En ambos supuestos debiera darse un llamado público con primacía del medio de comunicación escrito y con preferencia de los diarios de circulación nacional. No con esto debemos desechar el uso simultáneo de la comunicación verbal, sobre todo cuando el proyecto reglamentario pueda quedar sujeto a la valoración popular. Las administraciones deben ser agentes de comunicación efectiva para que el procedimiento también lo sea y no exista así un vicio ulterior de plena nulidad, a falta de audiencia debida a favor de algún potencial afectado.

En un supuesto la información pública se filtraría en la participación de las personas jurídicas (que debiera ser también para las físicas) públicas, mixtas o privadas, en relación de causa y efecto con el proyecto reglamentario. En la otra hipótesis no se requiere del ligamen de afectación directo o indirecto con el proyecto, aun cuando pueda existir tal afectación. Lo anterior no es un problema de legitimación sino de participación popular o sectorial relacionado con un proyecto reglamentario, el cual no debe tenerse como un acto final, mucho menos firme y definitivo.

(c) Análisis consecuente del artículo 363 de la LGAP

Dice tal artículo 363: "1. Los proyectos que deban someterse a la aprobación del Consejo de Gobierno, se remitirán con ocho días de antelación a los demás Ministros convocados, con el objeto que le formulen las observaciones pertinentes. 2. En casos de urgencia, apreciada por el Consejo, podrán abreviarse u omitirse el trámite del párrafo anterior".

Desdoblemos, como hemos venido haciendo, el cita numeral:

1. Existen proyectos reglamentarios que *deben* ser sometidos al Consejo de Gobierno: serían aquellos internos o de organización para su funcionamiento en el marco de la LGAP (artículo 46)

2. Consiguientemente el Consejo de Gobierno tiene la potestad de dictarse su reglamento de organización en el encuadre de la ley. Por esto encontramos una reglamentación que es autónoma, de organización o independiente que deberá regirse por los parámetros de una ley anterior, lo que llega a relacionarse con la naturaleza de los reglamentos ejecutivos.

3. Lo anterior nos conduce a la distinción entre reglamentos de organización y reglamentos ejecutivos en su doble vertiente: a)Tanto unos como otros participan del contenido legal, sin que puedan contradecirlo, parcial o totalmente. b) En ambos casos existen expresos señalamientos temporales para las audiencias relacionadas con los proyectos reglamentarios: en unos es de ocho días y en otros es de diez días. La Ley, deja a la discrecionalidad administrativa, salvo texto legal expreso, la determinación temporal

para la elaboración de los reglamentos de organización de los entes descentralizados y de aquellos proyectos de reglamentos ejecutivos de consulta popular.

4. Sin embargo el tratamiento que hace la LGAP en su artículo 6, en aplicación de la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo puede llevar a cierta confusión. En efecto, al ubicarse la jerarquía normativa reglamentaria, los incisos d) y e) del referido artículo 6 señalan: "d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los Supremos Poderes en la materia de su competencia; e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados..."

Por consiguiente, existe en la dinámica del Poder Ejecutivo dos grandes espacios reglamentarios: los reglamentos ejecutivos propiamente dichos y los demás reglamentos que, aún siendo de ese Poder, recaen por exclusión interpretativa en los reglamentos de organización, autónomos o de servicio.

En razón de lo anotado el concepto *Poder Ejecutivo* mantiene en sentido estricto una aplicación equívoca. Ciertamente, ese Poder está conformado por el Presidente y el respectivo Ministro del ramo (o los ramos) Tal sentido se adentra en la dimensión estrictamente administrativa, por lo que concluiríamos, a simple vistazo, que los reglamentos de organización de toda la Administración Central deben ser dictados por el Presidente y el respectivo Ministro del ramo, lo que acercaría en profundidad a los reglamentos de organización con los reglamentos ejecutivos en razón del elemento subjetivo. Y habría una cierta contradicción, por restrictiva, con otro numeral de la misma LGAP. En efecto, dice al texto su artículo 103 inciso 1): "El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo y el poder de organizar ésta mediante reglamentos autónomos de organización y de servicio internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado".

Por lo tanto se ha de suponer que el Ministro -jerarca supremo en su ámbito competencial- tiene potestad de reglamentar la organización interna de un órgano incardinado a la Administración Central, sin que sea, entonces, en sentido estricto, el Poder Ejecutivo. Así, pues, creemos que ha habido una cierta identificación, aunque no sea óptima, de la Administración Central con el *Poder Ejecutivo*, escollo que podría quedar superado ante la necesaria separación de ambos, es decir, si entendemos *Poder Ejecutivo* como órgano fundamental del Estado y no ya como órgano administrativo en sentido estricto (Presidente y Ministro del ramo)

5. Se regula legalmente la potestad reglamentaria de organización de los entes descentralizados, los cuales tienen rango inferior a los reglamentos ejecutivos que tienen su fuente originaria en la Constitución Política. Pero al igual que los reglamentos autónomos de la Administración Central, la potestad reglamentaria recae en los respectivos jerarcas, siendo así que los reglamentos autónomos de los entes descentralizados y los de la Administración Central ostentan el mismo rango en la pirámide normativa.

6. En términos generales, el derecho de audiencia procede frente a proyectos de reglamentos ejecutivos y no así de organización o servicio. Es factible, en todo caso, una cierta audiencia a los Ministros o Viceministros, en su defecto, para conocer del proyecto de los reglamentos de organización del Consejo de Gobierno. O bien, en situación extrema pero viable, podría el Presidente de la República conjuntamente con el respectivo Ministro avocarse al conocimiento de cualesquiera de las materias de su competencia (artículo 25 íbid), diríamos, también, reglamentaria.

Llegados a este punto de encuentro debemos agregar un nuevo elemento: el derecho de audiencia procede de la Administración hacia afuera, no así de la Administración hacia adentro. Sobre todo cuando ésta puede, mediante potestades de imperio reglamentario, dictar disposiciones que afecten los derechos de los funcionarios públicos en la relación de servicio con la Administración, salvo texto legal en contrario.

Empero, los funcionarios públicos, por serlo, no pierden el conjunto de derechos constitucionales en cuanto ciudadanos copartícipes en la función pública, en todo aquello que sea válido y legalmente aplicable. Ello sucede, a manera de ejemplo, con el derecho de asociación o el disfrute de libertades o derechos que no contradigan los lineamientos de la legalidad administrativa, lo que supone un tratamiento de justicia distributiva e, incluso, podrían adentrarse en el conjunto de derechos sociales que, por expresa disposición constitucional, son irrenunciables. Sin embargo compartimos la preocupación del profesor Parejo cuando expresa en su monografía sobre el Estado Social y la Administración Pública: "...la construcción de la Administración Pública sobre la base de la participación, no ya procedimental, sino orgánica, descansa en un análisis erróneo y supone una propuesta equivocada"[35].

Creemos, entonces, que si bien es cierta y necesaria la participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos ejecutivos, sería inconveniente la participación funcionarial en la elaboración de los reglamentos autónomos o de servicio, a no ser del reglamento de organización -para Costa Rica- del Consejo de Gobierno. La razón es simple: debe dejarse un cierto margen de aplicación discrecional a las administraciones para la auto organización conforme al ordenamiento jurídico y su dimensionamiento teleológico.

De lo contrario podría darse el nefasto efecto de la *democracia contra la democracia*, por la excesiva proliferación participativa que pudiera convertir a las administraciones, incluso para su régimen interno, en víctimas de intereses corporativos o asociativos con plena capacidad de paralizar total o parcialmente un servicio público, que podría incidir en servicios que son esenciales para los intereses ciudadanos, para su salud o para el desarrollo de la personalidad, entre otros.

Podrían desembocar las administraciones públicas, con desfiguración de su realidad querida o tenida, en la triste confirmación del Estado corporativo regulado por intereses opuestos al interés público, claramente singularizados en personas físicas o jurídicas con intereses egoístas y calculados. Se rompería, entonces, con el esquema de las administraciones como agentes de satisfacción de intereses superiores sin que, por ello, pueda violar los derechos y libertades ciudadanos. A falta de la previa participación de audiencia por parte de los funcionarios públicos, ante la eventual afectación a sus derechos por alguna disposición reglamentaria, lo cual es válido en la relación de servicio, no por esto se impide la debida aplicación del ordenamiento en lo que sea procedente. En efecto, un reglamento autónomo de servicio que afecte los derechos y libertades ciudadanos con extensión a los funcionarios en cuanto tales, puede ser objeto de impugnación jurisdiccional con énfasis especial en la vía de Amparo, sea como acción autónoma o en relación conexa con la acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional. Lo anterior, sin que la actuación sea, claro está, en calidad orgánica o en representación de alguna Administración, por expresa prohibición de la jurisprudencia constitucional (la cual no comparto, toda vez que existen algunos derechos fundamentales que, de forma refleja, inciden en la dinámica administrativa, sin que por ello la humanidad deje de ser el núcleo expansivo de su componente sustancial)

35. Del autor, *Estado Social y la Administración Pública*, Editorial Civitas, Madrid 1983, p. 110.

Tres realidades pues se imponen en esta perspectiva de participación procedimental en la dinámica de la nulidad absoluta: a) la nulidad de pleno derecho a falta de audiencia cuando el ordenamiento jurídico lo imponga para los proyectos de reglamentos ejecutivos; b) la plena nulidad de los reglamentos de organización por violación del ordenamiento jurídico, no por incumplimiento del procedimiento de audiencia, a falta de disposición expresa a su favor, sino por la violación o amenaza contra el mismo ordenamiento; c) la plena nulidad de los reglamentos ejecutivos que han cumplido con el trámite de audiencia en el plazo y forma legales, sin que su normativa se ajuste al ordenamiento jurídico.

III. A MANERA DE SIMPLE CONCLUSIÓN

Mucho se puede agregar al derecho de participación ciudadano cuando la democracia no es vana ni engañosa, sino organismo compartido en sociedad. Demasiados elementos quedan por comentar, sin que la temática esté agotada sino apenas iniciada con el lenguaje reformista y con la aplicación del método comparativo.

Efectivamente, nuestra Constitución Política debiera colocarse en esa renovación y agudización de su letra y espíritu tanto en razón de reformas sustanciales y puntuales, como por la permanente adaptación de su normativa por la jurisprudencia constitucional en favor de los valores del sistema democrático, social y de derecho. Hermosas contemplaciones jurídicas mantienen recientes constituciones merecedoras del reconocimiento universal. Entre ellas están la de España, Suecia, Portugal, Colombia, Paraguay y Argentina con su proceso de amplia reforma.

En efecto, la Constitución sueca posibilita que el Gobierno en la preparación de sus asuntos otorgue “oportunidad a cualesquiera asociaciones e individuos, en la medida en que sea preciso, para que puedan exponer su parecer” (artículo 2 del Capítulo 7); y se establece la reserva de ley para todas aquellas funciones administrativas en el ejercicio de la potestad de imperio, sin lo cual se puede encomendar funciones administrativas “a sociedades, asociaciones, comunidades o fundaciones” (artículos 6 y 2 de los Capítulos 11 y 7 respectivamente)

Consagra la Constitución de Portugal: “La administración Pública será estructurada de tal modo que se aproximen los servicios a la población, se asegure la participación de los administrados en la gestión efectiva de los mismos, especialmente a través de las organizaciones populares de base o de otras formas de representación democrática y se evite la burocratización” (artículo 228)

Quizás la de mayor avanzada sea la Constitución de Colombia, para lo cual destacaré algunos preceptos que inciden de forma expresa y directa en el trasfondo de la democracia participativa con la interacción del Estado y la sociedad; dice: “Son fines esenciales del Estado... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación...” (artículo 2); “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo ese derecho puede:... 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, y otras formas de participación democrática... 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley...” (artículo 40 incisos indicados.); “ Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará...” (artículo

103); “Un número de ciudadanos equivalentes a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley. La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral...” (artículo 170) Agrega: “ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...cumplirá las siguientes funciones:..3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización...” (artículo 241,3) “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, o por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo” (artículo 374).

No menos interesante es la Constitución de la República del Paraguay cuando incluye el referendo legislativo, decidido por ley, el cual podrá ser o no vinculante (artículo 121); la iniciativa popular para que los electores puedan proponer directamente al Congreso proyectos de ley (artículo 123); la expresa legitimación objetiva a toda persona para reclamar “a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo” (artículo 38).

La Constitución de Argentina incorpora el derecho de iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley en la Cámara de Diputados (artículo 38); también se da la consulta popular a instancia de la misma Cámara de Diputados, en relación con proyectos de ley que el Congreso someta a tal consulta, siendo así que el voto afirmativo lo convertiría en ley y su promulgación sería de efecto inmediato (artículo 40).

La Constitución de Costa Rica, como se ha insistido, es ayuna de regulaciones y habilitaciones expresas de participación popular. La LGAP incluyó la participación ciudadana, pero aún requiere de mayores alcances cualitativos e igualitarios. Entre los dichos, otro por señalar: la obligada procedencia de la consulta popular para reglamentos que desarrollen leyes cuyo contenido esté ligado a los derechos fundamentales ciudadanos. La complementación de esas disposiciones reglamentarias debiera ser sometida a la información pública, conjuntamente con otras materias que, en criterio discrecional administrativo, puedan ser objeto de confirmación participativa.

Sin duda alguna, el conocimiento es acumulativo con fundamento en la experiencia propia y ajena. Y sobre este suelo debemos zarpar en la conquista de distintas formas de participación popular. Efectivamente, los Tribunales Constitucionales u órganos encargados de dictar justicia constitucional (como el caso de la Sala Cuarta en nuestro medio) debieran tener la causa material de constituciones modernas con excelsos criterios técnicos y expresiones claras y precisas que en modo alguno sean de difícil comprensión ni memorización, todo lo contrario, constituyan textos de fácil acceso popular, en lo que el pragmatismo y utilitarismo tienen mucho que enseñar.

El Estado y la sociedad han dejado de ser en este siglo XXI dos realidades irreconciliables, enemigas o distanciadas en puntos extremos. El Estado como Leviatán al estilo de Hobbes o el monstruo frío de Nietzsche, no pueden tener cabida en la democracia que busca desempolvar sus instituciones a favor de los despachos soleados y ventilados. Comienzan a quedar en la lejanía las administraciones autoritarias, a las que todavía se les suele entonar, donde existan, el canto popular del réquiem de su fenecimiento.

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

Daniel Alberto Sabsay
Profesor de la Universidad de Buenos Aires
Argentina

I. INTRODUCCIÓN

El tránsito desde una democracia representativa hacia una de tipo participativo constituye uno de los fenómenos más característicos de la evolución del constitucionalismo. La primera etapa de este movimiento se caracterizó por una clara separación entre las esferas de los gobernantes y de los gobernados. En efecto, estos últimos sólo intervenían en el ámbito del poder público, a través del sufragio, a fin de instituir a quienes debían integrar los órganos políticos del Estado. De esta manera se concretaba uno de los momentos claves de la vida de un Estado de Derecho, cual es el pronunciamiento del electorado por medio del voto a fin de legitimar el acceso de sus autoridades a los cargos gubernamentales. El transcurso del tiempo iría poniendo de manifiesto que esta visión pecaba por defecto y de ahí en más se irían creando nuevos espacios para la participación de los gobernados en la gestión de intereses públicos.

La primera apertura se da ya en el siglo pasado y consiste en la institucionalización del sufragio para decidir que se concreta a través de distintos institutos, todos los cuales integran las denominadas forma de democracia semi-directa. Claro que para aquel entonces la vigencia de estas herramientas que hacen pensar en la democracia directa, sólo funcionaban en muy pocos lugares; destacándose el caso de Suiza en donde como recuerda Spota existían antecedentes desde hacia mucho tiempo. En todos los mecanismos de democracia semi-directa se solicita el pronunciamiento del electorado para que éste se pronuncie sobre cuestiones de diversa índole en sustitución de sus gobernantes. Estas situaciones en muchos sistemas pueden ser suscitadas directamente por los ciudadanos. Pero, con el tiempo a las formas semi-directas de democracia se le han ido agregando otras modalidades de participación.

Las nuevas modalidades a que estamos haciendo referencia, transforman a la participación popular, haciendo de ella una nota inserta en la rutina de la toma de las decisiones en el marco de la democracia. De esta manera la intervención directa de los gobernados cumple un importante papel en la gestación, en la toma, en la aplicación y en el control de las decisiones, como así también en la asunción de las responsabilidades que puedan surgir como consecuencia del comportamiento de los gobernantes.

El presente análisis comienza con una breve descripción de la participación como fenómeno jurídico-político, para luego analizar el marco constitucional nacional, poniendo particular énfasis en las modificaciones introducidas por la última reforma ocurrida en 1994. Más adelante se observa el derecho público provincial y municiapl ya que las normas existentes en estos niveles de gobierno prevén para la participación institucio-

nes más avanzadas que las nacionales. Una observación particular se le otorga al sistema participativo previsto en la reciente constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Por último, se expresan algunas conclusiones.

II. LA PARTICIPACIÓN

La gobernabilidad es la condición necesaria que debe imperar en el interior de una comunidad políticamente organizada para que las decisiones sean acatadas y a su vez se logre una administración eficaz de los intereses generales. Es decir que el cumplimiento por parte de la mayoría de los miembros de una comunidad de una regla de comportamiento socialmente aceptada, reposa en el convencimiento de quienes la observan de que ella es legítima, que obliga y que su aplicación redundará en algún tipo de beneficio para la sociedad. Ahora bien, para que todo esto sea posible deben organizarse canales institucionales aptos para que las personas puedan manifestarse, nos estamos refiriendo a la participación. La vida democrática moderna requiere de una intervención cada vez más activa de la población. Se necesita de la participación de los miembros de la comunidad. La idea de que los gobernados sólo actúan cuando se trata de elegir y luego valga la redundancia son gobernados por otros, sin que exista posibilidad alguna de interactuar con los gobernantes, ha quedado agotada. Ahora, al concepto de democracia representativa se le agrega la calificación de participativa.

La participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre gobernantes y gobernados. La actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor los problemas que aquejan a una sociedad y que se busquen de manera mancomunada las posibles soluciones. La participación permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones (Sabsay y Tarak, 1995:4)

El reconocimiento de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva ha traído aparejada la obligación por parte de sus titulares de velar por su protección y defensa. De esta manera queda en manos de todos los miembros de la comunidad el ciudado de tan trascedentes cuestiones. Así ocurre, por ejemplo en materia ambiental, campo que considerado desde la perspectiva del desarrollo sustentable, trasciende el ámbito de un área específica para transformarse en una cuestión de tipo *transversal*, es decir contenida en toda decisión que de alguna manera comprometa la calidad de vida de una comunidad. Este fenómeno que parece de fácil explicación y de rápida comprensión, sin embargo demanda enormes esfuerzos para poder ser puesto en práctica. Su aplicación obliga a un trabajo conjunto de los gobiernos y las sociedades y dentro de éstas de los distintos sectores que las componen, a efectos de corregir errores, cambiar actividades, ajustar procederes. Todo esto no surgirá por generación espontánea, sino que demandará concesiones y revisiones de parte de todos los sectores involucrados en los distintos procesos de producción, de creación, de educación, de consumo, etc.

En definitiva, para encontrar consensos se debe buscar el modo de compartir el tratamiento de estas cuestiones. Para poder hacerlo se deben concretar los canales de participación más adecuados a esos efectos. La materia ambiental y la gestión de los recur-

sos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales. Asimismo se ha producido a través de ciertos mecanismos como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios para la concreción de distintos tipos de participación.

La participación comprende distintos canales de actuación que las democracias consolidadas les reconocen a sus habitantes. Se puede participar de distintas maneras y con diferentes efectos jurídicos. Por una parte, existen las formas de democracia semidirecta -iniciativa popular, plebiscito, referéndum, revocatoria, etc- que son las primeras que aparecen en el tiempo y que tienen como característica común la sustitución del órgano o poder encargado normalmente de tomar la respectiva decisión. Por otra parte, encontramos modalidades que se ubican en las etapas de consulta, de ejecución y/o de control de las decisiones. A diferencia de las primeras no sustituyen a la institución gubernamental, pero acompañan al proceso de formación de su voluntad en alguno de los mencionados momentos.

1. Constitución Nacional

La constitución argentina sancionada en 1853, como típico exponente de ley fundamental decimonónica, o sea fiel a los postulados del constitucionalismo clásico, establecía una democracia -sin nombrarla pues utilizaba el término república- de corte exclusivamente representativo. Nuestra afirmación se ve confirmada con lo que expresa su artículo 22, el que determina que *el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución*. Esta disposición fue interpretada, por la doctrina y por la jurisprudencia como contraria a la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen sustituir a las autoridades en la toma de las decisiones gubernamentales. La misma actitud adoptó el legislador, ya que nunca intentó sancionar norma alguna orientada a dar cumplimiento a esa finalidad.

A fines de 1984, el Poder Ejecutivo convoca a la ciudadanía a una consulta popular no vinculante destinada a conocer su opinión sobre el Tratado de Paz y Amistad con Chile que ponía punto final a la disputa que se había sucitado entre los dos países en relación con la soberanía sobre el Canal de Beagle, situación que exigía una definición en materia de límites. La consulta antecedía el pronunciamiento del Congreso de la Nación en relación con la aprobación de dicho tratado que ya había sido firmado por el primer mandatario. Se trataba de una novedosa experiencia que generó divergencias sobre su constitucionalidad. Sin embargo, la tendencia mayoritaria la consideró viable, ya que por tratarse de un instrumento que no obligaba al decisor, lejos de oponerse al texto de la ley fundamental, constituía el ejercicio de un derecho implícito por aplicación del artículo 33 de la Constitución. Así la cosas, el acto tuvo lugar y hoy en día constituye un punto de referencia que lo coloca como el inicio de un proceso hacia la puesta en funcionamiento de una democracia participativa.

A. La reforma del 94

La reforma constitucional de 1994 marca una verdadera transformación en la evolución del derecho público nacional en la materia. En el fenómeno han incidido de manera preponderante el derecho público provincial, de conformidad con lo que se comenta en el próximo capítulo, y por supuesto, los modelos del derecho comparado. Entre ellos, las modalidades que contempla el derecho constitucional son siempre referencia ineludibles, al momento de elaborar los institutos jurídicos. Estas modificaciones integran un abanico de contenidos dogmáticos que giran, principalmente, en torno a la incorporación de un nuevo capítulo a la parte dogmática -*nuevos derecho y garantías*- y a la modificación del régimen de los tratados internacionales.

Una serie de artículos ingresados con la reforma, tienden básicamente a modificar y aumentar el plexo de derechos, libertades y garantías individuales. Este acrecimiento se visualiza no sólo a través de artículos que explicitan o expresan muchos de los que eran considerados *derechos implícitos* con base en el art. 33 de la Constitución nacional, sino también por la norma del art. 75, inc. 22, que otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia precisamente de derechos humanos (Alice, 1995:3). A lo apuntado es importante agregar que dentro del citado capítulo se institucionalizan, por primera vez en la Constitución nacional, las formas de democracia semidirectas.

Las nuevas cláusulas constitucionales receptan dos formas semidirectas de democracia, que producen modificaciones en el principio establecido en el artículo 22, ya que admiten la participación popular en la adopción de decisiones (Sabsay y Onaindia, 1996:142). Se introducen dos modalidades, la iniciativa popular para la presentación de proyectos legislativos ante el Congreso y la consulta popular, como instrumento con que cuenta en adelante la autoridad -el primer mandatario o el Congreso, vía la Cámara de Diputados- para compulsar el estado de la opinión pública en relación con cierto tipo de materias (arts. 39 y 40). El constituyente nacional ha sido mucho más tímido que el provincial en el tratamiento de esta cuestión, pero no se puede dejar de desconocer que en relación con la situación imperante con anterioridad, se ha producido un importante salto cualitativo. Hacemos esta afirmación en razón de que los textos constitucionales provinciales reconocen un amplio abanico de formas semidirectas, no sólo el plebiscito consultivo y la iniciativa popular.

La Constitución en su actual redacción presenta como canales de participación y control ciudadanos los institutos que acabamos de aludir y cuatro garantías, dos de las cuales ya existían con anterioridad -el amparo individual y el hábeas corpus- aunque ahora se les ha dado una extensión mayor, a las que se suman dos nuevos instrumentos: el hábeas data y el amparo *colectivo*. Estas dos últimas han sido tomadas del derecho provincial, pues la mayor parte de las constituciones de provincia, ya las habían adoptado tiempo atrás.

En consecuencia, tanto los institutos de los artículos 39 y 40 de la Constitución, como el amparo *colectivo* constituyen genuinas formas de participación. Las formas de democracia semidirectas, como espefica la Constitución en su respectivo texto requieren de la sanción de una ley del Congreso para ser operativas. Para la iniciativa popular el constituyente fijó un plazo a esos efectos, que no fue observado por el legislador, ya que sancionó esta ley reglamentaria casi diez meses después de vencido el plazo que establece la disposición transitoria tercera.

Se trata de la *ley constitucional* 24.747 que reglamenta el presente instituto. Las modalidades que presenta esta norma, si bien no transgreden el texto constitucional, nos parece que dificultan en gran medida la posibilidad de una participación ciudadana más o menos asidua. Así, la presentación de la iniciativa requiere de la firma de un número de ciudadanos que no sea inferior al 1,5% del padrón electoral de la última elección para diputados y a través de las mismas deberán estar representados por lo menos seis distritos electorales (art. 4). De conformidad con las cifras que hoy muestran los padrones electorales, esta exigencia redunda en alrededor de 332.000 firmas. El número puede llegar a ser inferior cuando la materia objeto de la iniciativa sea de alcance regional en cuyo caso sólo se tendrán en cuenta a las provincias que integran dicha región. A nuestro entender este requisito no será de fácil satisfacción, sobre todo si tenemos en cuenta que estamos frente a una modalidad *ante legem*, temperamento que de por sí le quita atractivo popular y que son los temas cuyo tratamiento la constitución excluye, aquellos que despiertan el mayor interés de la ciudadanía.

La Justicia Nacional Electoral es la encargada de verificar la autenticidad de las firmas en un muestreo no inferior al 0,5% de las que se hubieren presentado. El proyecto debe ser desestimado cuando se compruebe la falsedad de por lo menos el 5% de las firmas. También se exige que la iniciativa sea presentada por escrito y que sea redactada en forma de ley y en términos claros. Los promotores deben indicar su identidad y domicilio y dejar constancia de los gastos que insumirá la iniciativa y el orígen de los recursos destinados a hacer frente a los mismos. Estas nuevas exigencias si bien parecen razonables, en el marco de una modalidad tan tímida de participación no pueden sino dificultar aún más su utilización. Además, en lugar de exigir que se redacte un proyecto de norma se podría haber dado lugar a la presentación de un documento que contenga las líneas sustanciales de la ley cuya sanción se persigue. No olvidemos que de todas maneras la iniciativa será luego objeto del recorrido requerido por el correspondiente trámite parlamentario y que por lo tanto merecerá las consideraciones en materia de técnica legislativa que se impongan. Lo relativo a la determinación del monto de gastos y la indicación de la partida correspondiente de recursos también creemos que representa otra cortapisa difícil de efectuar para quienes no integran alguno de los poderes del Estado. Un trabajo serio al respecto requerirá de un conocimiento técnico que no todos los ciudadanos poseen, asimismo se impone contar con la información que no siempre es de fácil acceso en nuestro medio, por no decir que la mayoría de las veces se tornará ilusoria la posibilidad de tenerla. Se trata en todos los casos de requisitos que tornan dificultoso y oneroso el procedimiento encaminado a la presentación del proyecto. Por último, consideramos muy acertada la posibilidad que se les da a los promotores de *participar de las reuniones de comisión con voz de acuerdo con la reglamentación que fijen las mismas* (art. 5, inc. c). Este temperamento acrecienta las características participativas del instituto y asimismo le imprime el carácter de control alternativo e impulsor de cada iniciativa que quede radicada en la Cámara.

Al igual que el texto constitucional en que se apoya, la norma que se comenta incurre en una omisión al no precisar qué ocurre -o mejor dicho qué sanción cabe-, cuando el proyecto impulsado por la iniciativa no es tratado dentro de los doce meses a contar desde su presentación (art. 11). Con la experiencia ocurrida con los plazos contemplados en las disposiciones transitorias para la sanción de las *leyes constitucionales*, pocas esperanzas nos quedan que los términos creados por imperio de la ley, corran mejor suerte que los establecidos por el constituyente. Nos sorprende que ni el constituyente ni el legislador nacionales hayan observado el derecho público provincial en la materia,

entre cuyas disposiciones encontramos la siguiente cláusula de la const. riojana, art. 83, *in fine*: *La Cámara de Diputados está obligada a considerar el proyecto. Cuando lo rechace o lo reforme sustancialmente, la iniciativa deberá someterse a consulta popular. Si el proyecto no es tratado en el término de tres meses, el mismo quedará aprobado* (art. 83, *in fine*). Es cierto que la última parte del artículo se opone a lo establecido en el artículo 82 de la constitución nacional, pero de todas maneras las restantes prescripciones nos parecen muy útiles para impulsar la acción del Congreso en el tratamiento a tiempo de la iniciativa.

En relación con el término de 12 meses, nos parece importante observar el derecho comparado. Al respecto, la mayoría de las leyes fundamentales que han optado por consagrar este instituto han determinado lapsos de tiempo más abreviados. Tal el caso de la constitución peruana de 1993 (art. 31 y su ley reglamentaria 26.300, art. 11), la que establece que el proyecto debe ser votado por el Congreso en los 120 días calendarios siguientes. Por su parte la constitución de Chubut, dispone un plazo de 6 meses a partir de la presentación (art. 263).

El art. 40 de la Constitución, ya citado, contempla la figura de la consulta popular, la cual puede ser vinculante o no vinculante. En el primer caso es el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, el único poder habilitado para someter a consulta popular un proyecto de ley. Efectuada la consulta, si el voto resulta afirmativo el proyecto que ha sido objeto de ella se convierte automáticamente en ley. En realidad se trata de un clásico referéndum legislativo.

En el segundo caso -o sea de la consulta no vinculante- la facultad de convocatoria le cabe tanto al Congreso como al Presidente sin que se produzca luego la sustitución del primero para la sanción de la norma, tal como se ha visto que ocurre en el otro tipo de consulta. Estas modalidades requieren de un ley que debe ser sancionada con una mayoría calificada para su puesta en práctica. Sucesivos proyectos de reglamentación han tratado de sacar provecho de estas figuras para *insertarlas* -valga el término- en el proceso de reforma de la Constitución, de modo de lograr que ella suplante la declaración de la necesidad de la misma de acuerdo a lo que establece el art. 30. Allí se determina una mayoría de dos tercios de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso para ello. La utilización forzada del art. 40, en aras de desconocer el procedimiento especial que el constituyente ha ideado para la reforma, en realidad se sitúa en la tentación reeleccionista de los partidarios del actual titular del ejecutivo.

Estos intentos, lejos de facilitar una genuina participación ciudadana en los asuntos de gobierno, van desprestigiando la figura, como producto de una reglamentación inconstitucional e interesada, como así también por la introducción de una modalidad plebiscitaria que de ningún modo se concilia con los postulados del Estado de Derecho, derivado de una democracia de tipo participativo. La intervención del electorado en el proceso que contempla el citado art. 30 se deriva de los comicios que es necesario organizar, una vez que ya ha sido sancionada la norma declarativa de la necesidad de la reforma, a fin de proceder a la designación de quienes habrán de conformar la convención constituyente. En esa etapa los gobernados deberán optar entre diferentes propuestas modificatorias y al hacerlo, obviamente se inclinarán por una u otra postura. Por lo tanto, resulta absurda la persistencia en la aplicación de instrumentos diferentes que le quitan a la reforma constitucional la rigidez que ha querido concederle el constituyente.

2. Derecho Público Provincial y Municipal

Nos parece importante destacar que no obstante el panorama que presentaba el derecho constitucional nacional antes de la reforma de 1994 en materia de participación, la situación era bien distinta en el ámbito del derecho público provincial. En efecto, en las constituciones de los estados provinciales aparecieron desde tiempos tempranos formas de democracia semidirectas. La tendencia fue iniciada por la provincia de Santa Fe en su constitución de 1921, que luego fue seguida por las de Córdoba y de Entre Ríos. También se pueden señalar los casos de referéndum constitucional adoptados en Buenos Aires y Mendoza. De esta manera de a poco en la mayoría de las provincias argentinas se practicaron consultas, referéndums e inclusive revocatoria de mandatos desde hace varias décadas. Claro que su utilización no ha sido de ninguna manera frecuente y se registró casi exclusivamente en la esfera municipal.

Pero, esta evolución que experimenta el derecho de las provincias se ve acentuada a partir de 1986 con la concreción de una *nueva etapa del constitucionalismo provincial* que involucra la reforma de las leyes fundamentales de la mayoría de los estados provinciales y la sanción de las constituciones de la nueva provincia de Tierra del Fuego y de la ciudad de Buenos Aires. La edificación de una democracia de tipo participativo es uno de los rasgos más destacables de esta última etapa del constitucionalismo provincial, el que ha sido común a las 18 nuevas leyes fundamentales. Es así como a las formas semidirectas vienen a sumarse otros institutos de participación política no partidaria.

Inclusive, en los textos constitucionales la consagración de diversos canales institucionales de participación en las esferas sociales, profesionales, económicas etc., se ve precedida de la definición del régimen a través de expresiones como las siguientes, contenidas en los preámbulos, *consolidar un Estado democrático basado en la participación popular*... (La Rioja); *profundizar la democracia participativa en lo político, económico, social y cultural* (San Juan); *establecer una democracia pluralista y participativa* (Córdoba); entre muchos otros ejemplos (Calderón, 1990:530).

La afirmación de la autonomía de los municipios constituye, también, otro de los aspectos importantes del movimiento de reforma a que estamos haciendo referencia. Producto de este fenómeno se extiende la modalidad del municipio de *carta*, es decir de comunas dotadas de una suerte de poder constituyente de tercer grado. Ello, en tanto y cuanto, tienen la facultad de dictarse sus propias nomas fundamentales, de conformidad con los lineamientos contemplados en las respectivas constituciones proviciales. En la actualidad existen numerosísimas cartas municipales con interesantes innovaciones en el campo de los derechos y de la organización del poder. En lo que hace a la temática objeto del presente trabajo, es de destacar la variada gama de instrumentos de participación que en esos instrumentos se contemplan. Entre ellos, la audiencia pública constituye un instituto sumamente difundido en los más variados confines del territorio argentino. Por caso podemos citar a las cartas de San Salvador de Jujuy en la que se habla del derecho de audiencia pública del que son titulares todos sus habitantes y de Puerto Madryn, ciudad en la que este mecanismo se incorpora a un procedimiento muy novedoso de planeamiento estratégico participativo.

3. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, claro ejemplo de democracia participativa

La Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de la Ley Fundamental nacional adquiere un status institucional de plena autonomía, de conformidad con los lineamientos contenidos en su art. 129. Debido a ello este nuevo nivel de gobierno para su institucionalización plena requiere de un proceso, en cuyas etapas se prevé la sanción de sus normas furndamentales. Así, en octubre de 1996 es sancionada la Constitución porteña, la que reconoce un amplio abanico de instrumentos propios de una democracia participativa. En efecto, las formas semi-directas de democracia aparecen en los artículos 64 a 67 y con la audiencia pública del art. 63 se institucionaliza al principal instituto de tipo consultivo que no tiene efecto vinculante directo.

Como otra manifestación propia de la democracia participativa la constitución contempla a través de una suerte de acción popular tanto la defensa de los derechos de incidencia colectiva, como los derivados de las relaciones del trabajo y el combate contra la discriminación (artículo 14). Se trata de un acceso amplio a la justicia con independencia de la lesión de intereses legítimos o de derechos subjetivos. Asimismo, se reconoce el derecho de libre acceso a la información administrada por el Estado de manera explícita respecto de algunas materias (artículo 26), lo que permite, de todas maneras, su extensión a otras cuestiones no expresamente reconocidas. Esta afirmación se apoya en lo establecido en el artículo 1º respecto del carácter público de todos los actos de gobierno.

Es de destacar que el título en examen encuentra antecedentes en las constituciones europeas de posguerra, en la evolución del constitucionalismo provincial, en la letra de las cartas orgánicas de los municipios con autonomía plena y en la reforma de la Constitución nacional del 94 (art. 39 y 40). Claro que respecto de esta última es notoria la profundización de la participación ciudadana que importa el articulado de la constitución local respecto del de la nacional. Ello, surge tanto de una apreciación general como del análisis en particular de cada artículo. En tal sentido, luego de una visión a *vuelo de pájaro* podemos considerar que se multiplican las formas semi-directas y que a diferencia de la carta magna nacional, la de la ciudad le da expreso reconocimiento a las audiencias públicas.

La expresión audiencia pública designa a una institución a través de la cual se persigue que las personas se involucren de manera protagónica en aquellas decisiones susceptibles de afectarlas directa o indirectamente. Se trata de oportunidades de encuentro entre ciudadanos -individuos o grupos- y quienes tienen la responsabilidad de tomar las decisiones. Las decisiones pueden ser de tipo legislativo o administrativo, en función del órgano encargado de tomarlas. La audiencia pública intenta sacar a los gobernados de la pasividad a fin de obligarlos a asumir responsabilidades, a desempeñar un papel que les exige protagonismo y que ayuda a compatibilizar posiciones adversas y al mejor conocimiento recíproco entre distintos sectores de la sociedad.

Para ayudar a entender el modo como se viene incorporando la audiencia al derecho argentino, nos parece útil reproducir la siguiente definición contenida en la ley orgánica de Municipios de la provincia de Córdoba, cuyo art.175 expresa que *la audiencia pública es una forma de participación a través de la cual los ciudadanos proponen a la administración municipal la adopción de determinadas medidas para satisfacer sus necesidades vecinales o reciben de ésta información de las actuaciones político-administrativas que se realizan en forma verbal, en un solo acto, y a cuyo desarrollo*

pueden asistir los ciudadanos. La audiencia podrá ser solicitada por ciudadanos, por entidades representativas o a instancia del Intendente. De esta cláusula se desprenden los elementos de la institución.

El derecho público municipal argentino abunda en ejemplos de institucionalización de las audiencias públicas. Su desarrollo se ha visto favorecido con la aparición de los municipios de carta, en las cuales la encontramos casi sin excepción. Más allá del concepto de la institución nos parece importante que su reglamentación privilegie el rol de la comunidad en el tratamiento de cuestiones de interés común, concediéndole precisamente a la ciudadanía las mayores garantías de genuina participación. Al respecto resultan de particular importancia los aspectos que hacen a quiénes pueden participar, en relación con qué temas, cómo se debe realizar la convocatoria, de qué manera se deben desarrollar, entre muchas otras.

El art. 63 de la Constitución de la ciudad dispone en primer lugar quiénes pueden convocarlas. Se trata de los órganos políticos de la ciudad o de las comunas. Asimismo, se indica la obligatoriedad de la convocatoria cuando se trata de proyectos legislativos relativos a las materias que se enumeran expresamente. Asimismo, son obligatorias como una etapa necesaria del proceso de doble lectura legislativa que contempla el artículo 90; y, el artículo 120 obliga a la Legislatura, a través de la comisión pertinente a celebrar una audiencia pública para considerar los candidatos a magistrados de los tribunales de la ciudad. Por último, también será obligatoria su convocatoria, cuando la iniciativa cuente con la firma del porcentaje del electorado que el artículo establece. La ley Nº 6 reglamentda el instituto con claridad y suficiente amplitud como para posibilitar su efectiva celebración.

Los art. 64 a 67 incorporan la inciativa legislativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria. Las apreciaciones que vertiremos a continuación se limitan a observar el esquema general planteado en el articulado. Estos mecanismos deben ser luego objeto de reglamentación por parte de la Legislatura, tal como lo determina el artículo 80 en su inciso 4º. En oportunidad de emprender dicha tarea el legislador deberá precisar el perfil y el funcionamiento de estas herramientas participativas, lo que le permitirá mejorar o superar muchos de los interrogantes que en lo que hace a una efectiva participación, las normas plantean.

1. *Iniciativa legislativa*. El artículo 64 se ocupa de una especie de iniciativa popular que les permite a los ciudadanos presentar proyectos de ley ante la Legislatura, quien a su vez está obligada a tratarlos. Por este motivo el artículo 85 reconoce a la iniciativa popular como una de las modalidades susceptibles de dar orígen a las leyes en la Legislatura. “La iniciativa popular puede conceptualizarse como un derecho del pueblo tendiente a promover y proponer medidas de gobierno en general. La finalidad de esta forma semidirecta consiste en poner en marcha la actividad del órgano legislativo o administrador, según el caso, no constituyendo un acto de decisión en sí misma. La iniciativa acentúa la participación de los ciudadanos en la política, y además, posibilita que los órganos representativos del pueblo constituyan un fiel reflejo del mismo” (Losa. 1996: 142). La legislatura de la ciudad ya ha dictado la ley reglamentaria correspondiente a este instituto.

Las materias excluidas de la posibilidad de ser objeto de una iniciativa coinciden también con las de la Constitución nacional, a excepción de las del área penal campo que no ha quedado fuera del ámbito del instituto pues no es de competencia local. En este punto nos parece importante destacar que el constituyente ha querido evitar las interpretaciones forzadas a que ha dado lugar el artículo 40 de la Constitución nacional.

Recordemos que se han presentado proyectos que habilitan este procedimiento para iniciar la reforma constitucional y de este modo sustituir el primer paso establecido en el artículo 30 que obliga a la declaración de la necesidad de la reforma con mayoría calificada de miembros. Como veremos lo mismo sucede en el artículo siguiente. Nos parece loable el celo puesto por el redactor por evitar violaciones indirectas al texto de la ley fundamental. Es cierto que para quien desconoce la realidad institucional de nuestro país, estos reaseguros pueden parecer redundancias de redacción, ya que cuesta creer que se pueda invocar la aplicación de una cláusula para evitar la aplicación parcial de otra que precisamente ha previsto un procedimiento especial y excepcional para algo tan trascendente como es la reforma del texto constitucional.

Queremos hacernos eco de la opinión esperanzada de Mercado Luna quien luego de hablar de la institución del artículo 39 de la Constitución nacional, expresa que el desafío de la incorporación constitucional de la iniciativa popular consiste en dar todos los pasos posibles hacia adelante rellenando baches, eliminando obstáculos, limpiando de formalidades y formulismos el camino hacia la consagración efectiva y real de este mecanismo que es mucho más que una técnica electoral (Mercado Luna. 1997:65).

2. *Referéndum*. Es una de las formas de democracia semi-directa más conocidas. Se trata del acto a través del cual el electorado se pronuncia sobre un acto de contenido legislativo. El art. 65 con buen tino precisa que el procedimiento puede estar encaminado a la sanción de una nueva norma o a la modificación o derogación de una ya existente. A diferencia de la terminología utilizada por el constituyente nacional en el artículo 40, 1º párrafo -allí se habla de consulta popular- la presente constitución habla de referéndum que es el término adecuado. Las consultas populares son el género, en la medida que dicha voz alude a toda modalidad encaminada a posibilitar el pronunciamiento de la ciudadanía sobre un tema de naturaleza pública. Pero, como podemos apreciar peca de una excesiva generalidad. Tampoco se ha empleado el término plebiscito. En doctrina la diferencia entre los referéndums y los plebiscitos se ubica en la naturaleza de la cuestión sometida a la decisión popular. En el primer caso, como ya se ha visto debe ser de tipo legislativo o normativo, en el segundo se trata de una materia de naturaleza esencialmente política. Los plebiscitos no son reconocidos por el ideario democrático, pues su simple alusión nos remonta a episodios negativos del accionar de dictadores. Este tipo de institutos tiende a personalizar las cuestiones y a poner al electorado ante la necesidad de adherir al deseo del tirano sin que exista alternativa válida alguna al acto que él desea hacer legitimar apelando al pronunciamiento de la voluntad popular. Muchas veces los plebiscitos giran en torno a la aprobación del accionar del gobernante o a asegurarle una duración ilimitada en el ejercicio del poder.

Sin embargo, no nos engañamos sobre el carácter equívoco que tiene y ha tenido la utilización de estos dos términos. Por aproximación, se acostumbra afirmar que mientras el referéndum tiene un contenido predominantemente legislativo o normativo en general, el plebiscito asume un carácter netamente político. Sin embargo, salta a la vista que numerosas cuestiones políticas pueden estar revestidas de formas normativas, con lo que aquello que aparenta ser un referéndum se transforma en la imagen de un plebiscito (así ocurrió, por ejemplo, con la última consulta convocada por el presidente De Gaulle, que le fue adversa). Muchas veces la aprobación de una constitución (decisión jurídica) envuelve la decisión sobre la forma de gobierno (república o monarquía), y entonces se trata de un pronunciamiento popular sobre una decisión política fundamental (Vanossi, 1987:278).

En el caso que se analiza el redactor ha querido precisar que se está frente a un acto obligatorio y vinculante, caracteres propios y esenciales de la figura que estamos tratando. Es obligatorio y por ello el sufragio popular a través del cual se deberá materializar en los hechos, también lo será. Es vinculante pues el veredicto que surja de las urnas, luego de efectuado el correspondiente escrutinio, obliga a la Legislatura. Normalmente la Legislatura es el único órgano habilitado para convocar a la ciudadanía a referéndum, lo debe hacer por medio de una ley que no puede ser objeto de veto. Esta última particularidad da aún más coherencia a un régimen que como el que se analiza ha querido atribuir los plebiscitos a la exclusiva incumbencia del poder legislativo.

Sólo excepcionalmente interviene el ejecutivo y esto ocurre frente a la hipótesis de incumplimiento de la iniciativa popular por parte de la Legislatura que ya analizamos cuando nos ocupamos de la iniciativa. Es sólo este caso que como viéramos será de muy difícil ocurrencia, el que permitiría que un proyecto de ley con estado parlamentario por iniciativa popular, pueda convertirse en un referéndum y de este modo obviar la intervención del legislador. En lo relativo a las materias vedadas, a las previstas en el artículo anterior se suman los tratados interjurisdiccionales y los asuntos que requieran mayorías especiales. En esta última situación se encuentra un número muy elevado de cuestiones como se puede apreciar en el punto de nuestra introducción dedicado a las leyes reglamentarias de la constitución. En relación con los tratados con otras jurisdicciones, pensamos que se ha empleado por extensión el mismo criterio relativo a los tratados internacionales del artículo anterior. Es decir que se ha querido mantener en la esfera exclusiva de los órganos representativos el tratamiento de cuestiones que comprometen a más de una voluntad institucional. Creemos que esto se ha hecho con el objeto de impedir que las circunstancias que rodean a la coyuntura política -propias de una campaña electoral- sean capaces de comprometer las relaciones internacionales o intrafederales, cuyo manejo generalmente es el producto de delicadas gestiones que se encaminan a la construcción de importantes y delicados consensos regionales.

3. *Consulta popular*. La característica preponderante de esta modalidad se sitúa en el efecto no vinculante de la decisión tomada por el electorado en el marco de este tipo de forma de democracia semi-directa. Tal el carácter que la diferencia del referéndum del artículo anterior. Asimismo, el carácter no obligatorio que torna en facultativo el sufragio del electorado constituye otro rasgo diferenciador. En este caso se amplían los habilitados a realizar la convoctoria, la que puede ser efectuada por los dos poderes políticos e inclusive se organiza su realización en el interior de las futuras Comunas.

En lo que hace a materias se exceptúan las mismas que contempla el referéndum, salvo las cuestiones tributarias. Creemos que en la inclusión de esta temática debe haber pesado la decisión tomada en mayo del 96 por el Intendente de Mar del Plata de someter a consulta popular el aumento de los impuestos municipales. Contra lo que se podría pensar triunfó el voto afirmativo y la experiencia resultó muy aleccionadora sobre nuevas modalidades para la toma de decisiones respecto de las cuales es necesario el claro consenso de la ciudadanía.

4. *Revocatoria*. Es el procedimiento a través del cual un funcionario es removido de su cargo por decisión del electorado que lo ha designado antes de la finalización del término de su mandato. Haro nos recuerda que la revocatoria o *recall* -término sajón- se ha desarrollado fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica. Durante el siglo pasado notamos una ausencia de regulación legislativa sobre el *recall*, hasta que en 1903 en la ciudad de Los Angeles aparece incorporado a su carta municipal. Esta actitud es seguida luego por numerosas ciudades, principalmente en aquéllas en que se

establecieron formas de gobierno comunal con una acentuada concentración de poderes como eran los gobiernos por Comisión y por gerentes. Bien pronto el *recall* va conquistando apoyo y fervor, trascendiendo el plano municipal para incorporarse al estadual. Oregón es el primer estado que realiza esta promoción, incorporando el recall en su constitución de 1908. California lo establece en su constitución de 1911 y sucesivamente adoptan igual criterio Texas, Idaho, Kansas, Nevada, Colorado, Michigan, Luisiana y la mayoría de los estado del Oeste. Más adelante nuestro autor citando a Esmein expresa que los partidarios del *recall* lo fundamentan en la aplicación a las funciones públicas de los principios que rigen la buena marcha de un negocio. Es así, como el empleador puede en todo momento despedir a un empleado por razones de incapacidad o deshonestidad (Haro, 1987:66).

La institución no está contemplada en la Constitución nacional. En el derecho público provincial y municipal encontramos numerosísimos ejemplos; constituciones de Santiago del Estero, Córdoba, Salta, Catamarca, San Juan, Tierra del Fuego para sólo citar algunas. También ha sido muy amplia su incorporación en las cartas orgánicas municipales. La disposición que se comenta hace pasibles de revocatoria a todos los funcionarios electivos. Por lo tanto será aplicable al Gobernador, al Vicegobernador, a los legisladores y a los titulares por sufragio de los órganos que tendrán las Comunas. Luego establece como requisito para su admisibilidad que el funcionario haya cumplido un año en el ejercicio de sus funciones o que queden menos de seis meses para la expiración de su mandato. Por último, se exige la fundamentación de causa que tenga que ver con el desempeño del funcionario en cuestión y la presentación de la iniciativa por el mínimo de firmas que contempla el primer párrafo del artículo. El proceso culmina con la celebración de un referéndum en el que el electorado se pronunciará por la continuidad o no del afectado en el ejercicio de sus funciones. Dado el efecto vinculante de dicho procedimiento si el resultado fuere favorable a la destitución, el funcionario en cuestión quedará removido automáticamente de su cargo. La convocatoria la hace el Tribunal Superior en un plazo de noventa días de comprobada la concurrencia de los extremos mencionados. Este mecanismo se agrega a los procedimientos existentes para la remoción de los funcionarios pasibles de ser objeto del mismo.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La Argentina ha ingresado en un proceso que debiera incorporarla al concierto de países que poseen un democracia participativa. Esta nueva etapa del constitucionalismo que aparece con posterioridad a la democracia representativa, ha quedado consagrada, aunque con grandes limitaciones por el constituyente reformador de 1994. El camino a recorrer para su efectiva adecuación a nuestro medio, creemos que todavía será bien largo. Sin embargo, en su transcurso es preciso resistir a toda tentación propicia a confundir a una genuina participación con modalidades de tipo plebiscitario, que lejos de ensachar el arco de la democracia, seguramente nos conducirán a nuevas formas de personalismo, a las que nos tiene tan acostumbrados al realidad latinoamericana.

Es de destacar la diferente evolución ocurrida en los diferentes niveles de gobierno. En tal sentido, la situación en muchas provincias y municipios arroja una luz esperanzadora en relación con la profundización de la participación genuina en al Argentina. Consideramos que debe seguirse con atención lo que ocurre en esos ámbitos pues ellos

constituyen interesantísimos *casos pilotos* a tener en cuenta a la hora de reglamentar las herramientas para la participación ciudadana en otros medios.

El logro de objetivos de efectiva participación democrática recae en gran medida en la labor del legislador, quien de conformidad con los mandatos constitucionales le cabe la difícil tarea de legislar en la materia. Al respecto, nos parece fundamental que se organice un sistema de contralor que impida que en la práctica se desvirtúen los caracteres que hacen a la relación entre estas herramientas de participación y el sistema democrático.

Por último, nos parece fundamental recordar que los grandes actores de la participación son los propios interesados, sin cuya iniciativa y efectiva intervención, el sistema necesariamente habrá de naufragar. Por lo tanto, el modelo constituye un claro convite a la hoy tan invocada sociedad civil, la que para poder cumplir con un desempeño en tantos niveles diferentes, debe organizarse. De lograr hacerlo, seguramente se irá diseñando un sistema de gobernabilidad que asegurará mayor eficiencia, más amplia legitimidad y transparencia y una asunción mayor de responsabilidades de parte de gobernados y gobernantes. Es de esperar por el bien de nuestra jóven democracia que la *cita* no se demore en demasía.

BIBLIOGRAFÍA

ALICE, Beatriz, *Acrecimiento de la Dogmática Constitucional,* El Derecho, 7/12/95, Buenos Aires, Argentina 1995.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo VI, *La Reforma Constitucional de 1994,* EDIAR, Buenos Aires, Argentina 1995.

CALDERÓN, Raúl E., "Participación Política" en PÉREZ Guilhou, D. y otros: *Derecho Público Provincial,* Depalma, Buenos Aires, Argentina 1990.

HARO, Ricardo, *Constitución, Gobierno y Democracia,* Córdoba, Argentina.

LOSA, Néstor O., *Elementos de derecho público provincial y municipal,* GEEMA, Colección "De Iure", Buenos Aires, Argentina.

MERCADO LUNA, Ricardo, *Constitución, Política y Sociedad,* Editorial Canguro, La Rioja.

MORELLO, Augusto M., *Posibilidades y Limitaciones del Amparo,* El Derecho, 22/11/95, Buenos Aires, Argentina 1995.

RIVAS, Adolfo, *Pautas para el nuevo amparo constitucional,* El Derecho, 26/11/95, Buenos Aires, Argentina 1995.

SABSAY, D.A. y ONAINDIA, J.M., *La Constitución de los Argentinos,* Errepar, 3º edición 1997, *La Constitución de los Porteños,* Errepar, 1998, Buenos Aires, Argentina.

SABSAY, Daniel A., *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana,* El Derecho, 16/4/96, Buenos Aires, Argentina 1996.

SABSAY, Daniel y TARAK, Pedro, "La participación vecinal y la gestión del medio ambiente -Audiencias Públicas/Gobierno Local", Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires 1995.

SPOTA, Alberto A., *Democracia Directa y Semidirecta en Suiza*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina 1971.

VANOSSI, Jorge R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, EUDEBA, Buenos Aires, Argentina 1987.

4. *Desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA

Marie Picard de Orsini
Profesora de la Universidad de Carabobo
Venezuela

I. COMENTARIOS INICIALES

1. A través del tiempo el hombre ha trabajado para construir con afán y a veces con error, una comunidad que corresponda a la necesidad básica de conciliar el poder y la autoridad con la realización del individuo. Las diversas comunidades políticas, las diversas generaciones han encontrado soluciones distintas para este problema central del gobierno, sin embargo, fue común a ellas el deseo de limitar el arbitrio egoísta de los gobernantes en el interés de la seguridad, la preservación de la vida, de la libertad; el resultado de todos estos esfuerzos es el llamado Estado constitucional o el Estado de la democracia constitucional.

El Estado constitucional proviene del Estado de derecho y uno de los principios fundamentales del Estado de derecho, del Estado constitucional, es el de la supremacía constitucional. La Constitución es la instancia máxima para la convalidación del derecho positivo. A través de los siglos la formulación ha sido considerada como la garantía de que el gobierno constitucional no podía ser otra cosa que el constitucionalismo democrático a través de una Constitución escrita. Sin embargo, tenemos que hacer la siguiente observación: La existencia de una Constitución escrita no garantiza la permanencia de un gobierno constitucional. Si partimos de la realidad constitucional podemos decir que todo Estado tiene necesidad de un orden fundamental de sus funciones, presupone una Constitución pero no termina allí. Es una organización que tiene raíz en el cuerpo social que representa principios determinados, ideas, creencias, fines, intereses. La Constitución debe ser entendida como una Institución, una organización que penetra en la vida personal del hombre, que forma su ser y a la vez los miembros de la sociedad influyen decisivamente sobre ella y de allí derivan su legitimidad, su validez, su vigor.

2. La constante transformación del Estado de derecho implica un reto para el orden constitucional que en parte se ve rebasado en sus posibilidades. Muchas veces estos peligros surgen de las propias normas de la Constitución y es indispensable prestarle una especial consideración y una especial atención por cuanto estas normas representan un derecho, mucho más, un deber ciudadano, garantía de estabilidad de la democracia que va en beneficio de los gobernados, de toda la sociedad civil.

La concepción que tengan los ciudadanos de sus derechos es muy importante para la transformación de esos derechos en principios que desembocarán en una opinión pública que puede ser considerada valiosa y digna de protección jurídica en un Estado considerado como democrático.

La interpretación y la defensa de la Constitución dan cabida a los procesos de formación de participación y opinión pública que deben ser respetados.

3. Promover la vigencia del Estado de derecho como fundamento del orden político, es uno de los aspectos mas destacados para el desarrollo de una verdadera democracia. La vigencia de los derechos humanos debe ser centro del Estado de derecho, en un sistema democrático, aún en aquellos casos en los que sólo existen algunas de las estructuras democráticas y donde el consenso de la población en torno a la democracia es aún débil o más bien frágil.

La democracia es ante todo *una forma de vida*[1] y no se delinea como una teoría de la forma de gobierno, que se agota en la pretensión de justificar a los detentadores del poder sino como forma de Estado en cuanto justificación del régimen político en su contenido.

Es importante el modo y ejercicio de la función gubernativa. No interesa tanto quién es el titular del mando, quién tiene el poder, sino cómo lo ejercita. La democracia está comprometida en la forma de gobernar y no en la forma del gobierno[2].

4. El hombre en el Estado necesita usar de un ámbito de libertad para ejercitar sus derechos y comprometer sus obligaciones. La libertad personal es la condición ineludible y fundamental para el ejercicio de los derechos individuales.

El hombre es titular de derechos subjetivos, necesita de la libertad para su ejercicio. El derecho del hombre a la libertad de su persona y de sus actos es casi sinónimo de democracia y el libre juego de las ideas es una vigencia democrática y un síntoma de vitalidad. El orden democrático nace de la coincidencia de valores, ideas e instituciones, y a partir del consenso que pueda generarse. Democracia significa participación y no abstención.

5. Un Estado de derecho es un Estado democrático, cuya actividad se ve determinada y limitada por el derecho. Tiene por objetivo fundamental limitar el poder político en beneficio de la libertad individual. Estado de derecho es aquel Estado ubicado dentro del derecho y que cobra su legitimidad a partir de ese mismo derecho. En tal sentido, la noción del Estado de derecho supera el sistema jurídico formal para convertirse en principio ordenador de la democracia como sistema político.

Derecho, en estos términos, es el conjunto de reglas políticas institucionalizadas que guían la conducta humana e influyen en la misma. La primacía del derecho y la idea moral de la justicia son los principios esenciales del sistema jurídico práctico.

El Estado de derecho es aquel Estado que posibilita al hombre mostrarse tal como es y que a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos[3].

La intervención del Estado debe ser limitada, previsible y calculable y para realizarlo debe incorporar las garantías correspondientes: La primera de estas garantías es la ley. El problema es que puede haber leyes injustas aún cuando sean públicas.

Es necesario el sometimiento a la ley, de la administración y de la justicia. Este sometimiento a la ley trae consigo dos consecuencias: La primera, ninguna autoridad, ningún organismo del Estado puede apartarse de la ley, aún cuando el gobierno así lo reclama-

1. THESING, Josef, *Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung, 1997. p. 15
2. BIDART CAMPOS, Germán, *Doctrina del Estado democrático*, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires 1961, p. 15.
3. HERZOG, Román, *Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano. Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftug. p. 21.

ra. En segundo lugar, la observancia obligatoria por parte de la comunidad, ya que la política fundamental de un Estado de derecho, de una democracia, es el imperio de la ley como valor más importante de la vida social.

6. La observancia obligatoria de la ley y el reconocimiento de la misma puede sufrir un desconocimiento por parte de la comunidad que pueden ser valoradas como injustas aún cuando sean públicas y el surgimiento de si es lícito y legítimo desobedecer las leyes, valores o desconocer la autoridad, es un problema tradicional que ha sido objeto de reflexiones y discusiones de filósofos, moralistas, juristas, teólogos, sin embargo existe una desobediencia muy particular, cuya expresión *desobediencia civil* es en cambio moderna y entró en el uso corriente de escritores anglosajones, comenzando por Henry David Thoreau en su clásico *Ensayo Civil desobedience*. Posteriormente, fue mostrada a través de los casos llamados *desobedientes clásicos*: M. Gandhi y Martin Luther King. En su sentido propio, la denominada *desobediencia civil* es solamente una de las situaciones en que la violación de la ley es considerada, por quien la cumple o hace su propaganda, éticamente justificada.

7. Ubicaremos la *desobediencia civil* en un contexto de democracia representativa y participativa y por supuesto, en un Estado de derecho que sustenta una democracia que indisolublemente está enlazado, en la época actual, a sus cualidades social y democrático y como Estado social y democrático de derecho, tiene como uno de sus sustratos valorativos a la seguridad jurídica, gracias a la cual se protegen los derechos fundamentales, el derecho adquiere certeza y en definitiva se viabiliza un orden civilizado de convivencia.

8. Una vez ubicado el tema *desobediencia civil* en una democracia que soporta un Estado de derecho, que se debe desarrollar en una sociedad justa que tiene el elemento de seguridad jurídica, ¿Qué es lo que hace que este tema tan polémico, tome vigencia en los países democráticos y que en Venezuela, a raíz de los cambios constitucionales que se han materializado en un estado de crisis en el cual estamos inmersos, tengamos que justificar y aplicar este instrumento establecido en la Constitución de 1999 y que consideramos como un *instrumento propio de la democracia*, considerado como un *derecho constitucional, un derecho humano inalienable e irrenunciable?*

Siendo que la democracia venezolana según la Constitución de 1999 es proclamada más participativa que representativa, este hecho se ha traducido en acontecimientos acaecidos en nuestro país, donde la sociedad civil, a través de una conducta de resistencia, ante el régimen político existente, se está expresando de una manera contundente, conforme al artículo 350 constitucional.

9. Las consideraciones que presentamos en este trabajo, partirán del análisis somero que se pueda hacer de una manera doctrinaria teórica que nos llevará al análisis constitucional. Para poder llegar a este punto, presentaremos referencias históricas, conceptos emitidos según los diferentes puntos de vista y nuevos enfoques que nos ayudarán a justificar el uso de este instrumento en el ámbito constitucional venezolano.

II. CONDUCTA CIUDADANA Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE OBEDIENCIA A LA AUTORIDAD Y A LAS LEYES

1. Indudablemente que el principio de legalidad de toda actuación del Estado forma parte de la Doctrina del Estado de derecho. No obstante la ley formal puede convertirse

en instrumento de lo injusto y que el contenido material de la actuación estatal posee la misma importancia que su forma.

El Estado de derecho necesita que los ciudadanos respeten la ley y acaten las decisiones políticas. La vigencia de las mismas no puede depender de que todos sus ciudadanos, sin excepción, las juzguen legítimas. La ley reprime a la violencia y pacifica, por lo que debe ser respetada, aún siendo imperfecta.

En contrapartida, el Estado de derecho somete toda actuación de los órganos del Estado al derecho, fija límites legales al Poder Público y protege al ciudadano a través de adecuados mecanismos jurídicos frente a posibles situaciones de abuso en que pueda incurrir el Poder Público. Asimismo los derechos fundamentales, en su acepción clásica de libertades y garantías forman parte de estos mecanismos destinados a prevenir abusos de poder. Estos derechos se orientan a preservar la dignidad del hombre como valor supremo. Son la garantía constitucional que le reserva al ciudadano *un espacio privado*.

2. En el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue adoptada en 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, se estableció: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, con el fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

En el Preámbulo en cuestión se habla del supremo recurso de la rebelión, término que ha sido confundido con la desobediencia civil que como otros, deslindaremos de la figura que nos ocupa. Muchos de los autores radicales en sus conceptos, ven en este Preámbulo la manera de justificar la desobediencia civil cuando en realidad la desobediencia civil debe ser vista como una forma de resistencia y que ésta en ningún caso es rebelión.

3. Para poder entender lo que significa la desobediencia civil es necesario partir de la consideración de que el deber fundamental de cada persona sujeta a un ordenamiento jurídico es el deber de obedecer las leyes. La observancia de esa obligación de la obediencia a las leyes es al mismo tiempo, la condición y la prueba de la legitimidad del ordenamiento, si por poder legítimo, se entiende, el poder cuyos mandatos serán obedecidos.

El poder que pretende ser legítimo fomenta la obediencia, desalienta la desobediencia, mientras que la obediencia a las leyes y a la autoridad, es una obligación, la desobediencia ilegítima y como tal castigada.

¿Si la obediencia a las leyes y a la autoridad es una obligación cómo podemos hablar entonces de desobediencia civil?

Tenemos que expresar que en principio, la desobediencia civil es una forma particular de desobediencia, en cuanto que es llevada a cabo con el fin inmediato de demostrar públicamente la injusticia de la ley y con la meta de que el legislador la cambie a la autoridad.

La desobediencia civil se dice que es una forma particular de desobediencia por cuanto no participa de la desobediencia común que significa un acto que desintegra el ordenamiento, por lo que debe ser impedida para que el ordenamiento sea reintegrado. La desobediencia civil es un acto innovativo, no destructivo.

4. Quien cumple la desobediencia civil considera no cometer un acto de trasgresión de su propio deber de ciudadano sino que considera que se comporta como un buen ciudadano, en una circunstancia particular, más bien desobedeciendo que obedeciendo.

Se le suele caracterizar como una situación ilegal, pública y no violenta llevada a cabo con el objetivo de cambiar una ley o política gubernamental[4].

En sentido propio, la desobediencia civil es solamente una de las situaciones en que la violencia de la ley es considerada por quien la cumple o hace su propaganda, éticamente justificada y al tener un fin de publicidad, es lo que realmente la diferencia de la desobediencia común que cumple el acto de desobediencia con el máximo secreto.

Podríamos decir que su fundamento está en principios éticos, morales superiores al derecho para obtener un cambio de leyes o un cambio de valores. ¿Estará en este caso la justicia por encima del derecho?

5. La moral permite hacer un juicio de valor sobre el orden jurídico existente, y le califica, para determinar si el mismo supone y aplica un sistema de vida justa, o por el contrario, ha desmejorado la calidad de vida del ciudadano. Desde el punto de vista jurídico la desobediencia civil es fundamentalmente de orden constitucional y se le consigue en el ordenamiento constitucional como una forma de resistencia y se hace presente en los casos en que se va en contra del orden constitucional, el cual se pretende cambiar, y ante el cual el ciudadano puede resistirse y desconocer la validez del orden jurídico, y desconocer la eficacia de las autoridades, y asimismo los actos que se derivan de ese orden. Es una manifestación colectiva y pública, en la que la expresión de rechazo va mas allá de un acto del gobernante ya que busca impedir que persista la violación de principios, de derechos y garantías fundamentales. Es necesario admitir que vista desde este punto de vista, la desobediencia civil luce integrada a los derechos genéricos, inherentes a la condición del ser humano como se reconoce en gran parte de los textos constitucionales incluyendo el nuestro que establece en el artículo 22 de la Constitución de 1999, lo siguiente:

> La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

III. REFERENCIAS HISTÓRICAS

Una serie de acontecimientos y procesos sociales nos confirman la importancia de este tema que ha sido aceptado en la comunidad científico-social. El término desobediencia, como forma de organización social contra la dominación y el poder, fue utilizado por primera vez por Henry David Thoreau (1817-1862) cuando publicó en 1849 su libro *Del deber de la desobediencia civil* en donde proclama la necesidad de la *revolución pacífica* para lograr objetivos de las luchas civiles norteamericanas de ese entonces. El escritor norteamericano declara rechazar el pago de los impuestos al gobierno que los emplea en la realización de una guerra injusta como lo era la guerra contra México (1846-1848) y al respecto afirma que "La única obligación que tengo es el derecho de asumir, es la de hacer lo que considero justo" y frente al acto que lo puede llevar a la cárcel responde: "Bajo un gobierno que encarcela a cualquiera injustamente, el verdadero lugar para un hombre justo es en prisión".

4. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trota, Madrid 1994, p. 22.

Thoreau fue un defensor de la misma, como conciencia militante, constantemente crítica y activa. Aportó a la historia, la actitud desobediente como actuación ética.

El término desobediencia civil fue adoptado posteriormente por Mahatma Gandhi (1869-1948) al inicio de sus luchas en Suráfrica cuando organiza la resistencia *no violenta* contra el régimen surafricano. Posteriormente, en 1917, de regreso a la India, su tierra natal, su experiencia de desobediencia le permite iniciar sus luchas para lograr la organización para un programa de resistencia civil con el cual conseguirá el objetivo independentista.

Este programa de luchas de resistencia civil en la India se organizó en cuatro etapas: 1. La renuncia a los títulos nobiliarios por parte de los indios, así como a someterse a los tribunales británicos, no aceptar préstamos gubernamentales, no asistir a las escuelas ni fiestas oficiales; 2. Dimisión de los funcionarios a los cargos de gobierno; 3. Abandonar el ejército y las fuerzas del orden; y 4. No pagar impuestos. Esta actitud no eximió sin embargo, hechos de violencia.

Mahatma Karamchand Gandhi, tomó de Thoreau la noción *desobediencia civil* y le imprimió un sentido propio, el cual era la lucha no violenta, dentro de una estrategia de resistencia no violenta de lucha contra las injusticias y de búsqueda de la verdad, contraria a la resistencia pasiva. Para Gandhi la *desobediencia civil* es considerada como un derecho inherente a todo ciudadano. Las razones de justicia, búsqueda de la verdad exigen llevarlas a cabo una actitud desobediente que no debe ser arbitraria o indiscriminada, caprichosa o irreverente hacia el derecho.

De los dos anteriores precursores encontró Martin Luther King (1929-1968) las claves para organizar un movimiento de resistencia no violento contra la discriminación racial. Para Martin Luther King el desobediente civil auténtico se niega a pagar los impuestos o viola la ley a sabiendas de que legalmente está equivocado, si bien moralmente se cree con la razón de su parte. Consideró que sus pretensiones se amparaban no sólo en la justicia, sino también en la ley, en la Constitución Federal, de hecho múltiple fallos del Tribunal Supremo apoyaron sus acciones.

Estos precursores son actualmente denominados *los desobedientes clásicos* y partían de la concepción del carácter civil de la desobediencia contra la injusticia.

IV. CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL

1. Posteriormente a los llamados *desobedientes clásicos*, estudiosos de este tema se dirigieron a conocer situaciones en las cuales se considera razonable incurrir en la desobediencia civil. Entre estos estudiosos podemos mencionar a Garzón Valdés el cual considera las siguientes circunstancias para ejercer este derecho[5].

a) Se lleva a cabo en situaciones que los actores juzgan como excepcionales. b) Por imposibilidad de utilizar los medios ortodoxos de participación política y, c) Por la urgencia del caso.

5. Autor citado por HEREDIA DE GIRÓN, Belén, "La desobediencia civil. Su pertenencia en un régimen constitucional de derecho", *Anuario edición especial del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo, "La Constitución Nacional, 30 años después"*. Valencia, Venezuela 1992, p. 229.

Este autor considera que las condiciones de la desobediencia civil están dadas cuando una minoría o un grupo de intereses no tienen ninguna posibilidad de lograr sus objetivos, a través de los canales normales de la participación democrática.

El argumento de la urgencia, es una respuesta al argumento de paciencia que alegan quienes detentan el poder.

Otros argumentos serían la falta de eficacia de las disposiciones constitucionales. Cuando la Constitución no es aplicada con respecto a sus disposiciones y derechos fundamentales de los ciudadanos. La violación de disposiciones constitucionales por parte de las autoridades, violación de Tratados Internacionales, por violación de leyes vigentes por parte de las autoridades.

2. John Rawls[6], en su obra *Teoría de la Justicia* analiza tres condiciones en las cuales se puede justificar la desobediencia civil: La desobediencia debe limitarse a casos claramente injustos para el desarrollo de las instituciones justas; que se hayan hecho todos los intentos posibles por la vía normal, para que sea absolutamente necesario y el deber natural de la justicia puede exigir ciertas limitaciones.

Juan Ignacio Ugartemendia[7], autor español pertenece a las nuevas tendencias y en su obra titulada *La desobediencia civil en el Estado constitucional y democrático* llega a las siguientes conclusiones: 1) Lo realmente característico de la desobediencia civil, es que se trata de una manera de participación ciudadana en la cosa pública, que obedece a motivos de justicia, bien sea para denunciar o para remover algún tipo de injusticia. Por ello es que se trata de un tema de evidente actualidad, ya que en estos momentos las insuficiencias de los sistemas democráticos lesionan la legitimidad en el ejercicio del poder. 2) Es un modo de hacer *participativa* a la democracia. Funciona como una especie de perfectibilidad de la democracia. La desobediencia civil se corresponde con una actitud ciudadana comprometida con el sistema democrático, en su intento por perfeccionar y mejorar su funcionamiento. Es una actitud de compromiso con la justicia y por tanto una opción por la obediencia cualificada. 3) Funciona o se legitima en la medida en que propugna la aceptación del constitucionalismo democrático. Es una desobediencia en cuanto consiste en transgredir una norma jurídica concreta pero también es civil por cuanto se lleva a cabo apelando a los principios y valores de legitimación del sistema jurídico-político. 4) Con el surgimiento de la Constitución democrática, se consigue la jurisdicción del histórico derecho de resistencia contra las injusticias del poder público legitimo en ejercicio o en titulo, ya que en un Estado constitucional democrático, la función de garantía del derecho, así como el fundamento de la legitimidad para desarrollarla, residen en la Constitución. 5) La desobediencia civil es de alguna manera, indicativa del grado de madurez democrática de un Estado y su presencia se hace notar cada vez más en nuestra sociedad.

V. DIFERENCIAS CON OTRAS ACCIONES O FIGURAS QUE SE PUEDEN CONFUNDIR CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Es ineludible diferenciar la figura de la desobediencia civil de otras cuyas formas de acción se suelen confundir con instrumentos acciones y situaciones parecidas tratadas

6. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Edición Castellano, Madrid 1978, Título original *A theory of Justice*, Harvard 1971.

7. Autor y obra mencionada por NUÑEZ ALCÁNTARA, Edgar, "La desobediencia civil", *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Carabobo*, nº 1, Inquival Gráfica C.A., Valencia 2002, p. 109.

muchas veces por la doctrina de la misma manera. La desobediencia revolucionaria, la desobediencia social, la resistencia, la rebelión, la desobediencia pasiva, la objeción de conciencia.

Una vez diferenciadas estas acciones estableceremos las características de la desobediencia civil, su conceptualización y su cobertura legal y constitucional.

1. *La desobediencia revolucionaria*: Su máxima aspiración es derribar el orden legal existente y sustituirlo por otro mientras que la desobediencia civil lo único que persigue es la modificación de una medida normativa y su sustitución por otra que juzga más justo de acuerdo a la ideología moral o jurídica que generalmente coincide con el contenido o con el espíritu de la Constitución vigente.

2. *Desobediencia social:* En la concepción de la desobediencia social, encontrarnos la desobediencia civil quien no utiliza la violencia usual por parte de los desobedientes. Henry Thoreau, escribe en su Ensayo *La desobediencia civil* forma extraña de desobediencia, pues proscribe el uso de la fuerza, en tanto que en otras muchas formas de desobediencia social, el empleo de la violencia es usada por parte de los desobedientes[8].

3. *La resistencia:* El derecho de resistencia ha sido considerado como categoría general de la desobediencia civil e igualmente la objeción de conciencia y la resistencia pasiva o activa. Todas son consideradas como acciones no violentas. La resistencia debe ser considerada más como una reacción que una acción, de una defensa más que una ofensa, de una oposición más que de una revolución[9].

4. *La objeción de conciencia*: Consiste en una conducta individual, por medio de la cual, el ciudadano decide no hacer lo que se le ordena. Esta figura podría, desde el punto de vista del Dr. Allan Brewer-Carías[10], estar regulada, pero en forma deficiente, en el artículo 61 de la Constitución de 1999 cuando establece que: *No puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley, cuando debería señalar que no puede invocarse para eludir la aplicación de sanciones derivadas del incumplimiento de la ley.* La desobediencia civil es un acto colectivo y público, la expresión de rechazo va mucho más allá del acto de un gobernante ya que busca impedir que persista la violación de principios, derechos y garantías fundamentales.

5. *Resistencia pasiva*: Es aceptar la sanción que acarrea la desobediencia pero se manifiesta por la repugnancia a ejecutar algo como protesta pacífica.

6. *La rebelión o insurgencia:* Tiene una connotación de violencia que no se corresponde con la desobediencia civil o cualquiera de las figuras del derecho de resistencia.

En resumen, la desobediencia civil es una acción formalmente ilegal, pero legítima, colectiva, pública y pacífica.

VI. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

1. *Es un acto público:* La desobediencia civil es una forma particular de desobediencia, se lleva a cabo con el fin inmediato de demostrar públicamente la injusticia de la ley y con el fin mediato de inducir al legislador a cambiarla. Es un acto que apunta a

8. *Desobediencia social en Venezuela*. CARVALLO, Gastón, Colección José Agustín Silva Michelena, Caracas 1990, p. 12.
9. *Diccionario de Política*, Siglo veintiuno Editores, México 1986, p. 1443.
10. Declaraciones emitidas por el Dr. BREWER-CARÍAS, Allan, al diario *El Nacional*, 03-11-2002, p. D-4,

cambiar el ordenamiento, es un acto no destructivo sino innovativo. Este carácter de publicidad sirve para distinguir indudablemente la desobediencia civil de la desobediencia común: mientras que el desobediente civil se expone al público, y sólo exponiéndose al público puede lograr su objetivo, el desobediente común, debe cumplir su objetivo cumpliendo el acto en secreto.

¿Cuándo se considera para el desobediente, pasar de la obediencia a la desobediencia civil?: En el caso de la ley injusta, el caso de la ley ilegítima (es decir emanada de quien no tiene el poder de legislar) y el caso de la ley inválida (o inconstitucional).

2. *Es un acto no violento:* La no violencia, como principio, se basa en una consideración de que por muy convencido que uno esté de la justicia de su causa, eso no justifica que se ejerza violencia contra otros (casos de Gandhi y Luther King). Es la renuncia al uso de la violencia contra el otro incluso en el caso de agresión violenta por su parte. Es una de las características más importante de la desobediencia civil ya que la acción directa, no violenta, busca crear una crisis y establecer una tensión tal que una comunidad que se haya negado al consenso y a negociar se vea forzada a aceptarla.

3. *La aceptación voluntaria del castigo:* Algunos autores consideran que no es bastante que el desobediente esté dispuesto a someterse voluntariamente a juicio. Exigen además, la aceptación del castigo, entendida como renuncia a hacer uso de los mecanismos legales de defensa que el ordenamiento jurídico le proporciona. Es así como el desobediente civil para poder considerado como tal, no debería intentar conseguir su absolución o una atenuación de la pena, sino solamente renunciar a cualquier tipo de defensa legal. Esta aceptación voluntaria de la pena o el castigo es considerada como una señal de respeto al orden jurídico. El desobediente protesta contra una norma particular, pero dentro de un respeto general por el derecho que le lleva a aceptar las consecuencias legales de la acción.

4. *Es una acción en conciencia o consciente:*Expresa una convicción política profunda. Una actuación en conciencia es aquélla que alguien realiza exclusivamente sobre la base de lo que considera que es su deber y no sobre la base de sus intereses o de sus inclinaciones.

5. *Es un acto político:* Es un acto que va dirigido a los que detentan el poder político pero también es un acto justificado por principios políticos que corresponden a los principios de justicia que regulan la Constitución Nacional y en general, las instituciones sociales. La desobediencia civil invoca la concepción de la justicia comúnmente compartida que subyace bajo el orden político.

6. *Es un acto considerado contrario a la ley:* Este acto civilmente desobediente es considerado contrario a la ley, en el sentido de que aquellos implicados en el acto, no están presentando simplemente un cargo de prueba para una decisión constitucional, sino que están preparados para oponerse a la ley aún cuando ésta sea aceptada.

El acto expresa la desobediencia a la ley, dentro de los límites de la fidelidad a la ley, aunque está en el límite externo de la misma. Según John Rawls “la ley se rompe, pero la fidelidad a la ley viene expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta. Esta fidelidad a la ley ayuda a probar a la mayoría que el acto es políticamente consciente y sincero, y que va dirigido al sentido de la justicia de la colectividad”.

7. *Es un acto cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno*. El civilmente desobediente busca: 1) Frustrar alguna de las leyes políticas o decisiones del gobierno; 2) Redimir agravios; 3) Asegurar o prevenir un cambio político.

En resumen, los civilmente desobedientes desean persuadir a las autoridades competentes acerca de la necesidad de una reforma normativa o de un cambio político. Indudablemente que los resultados pueden ser felices o desgraciados según se logre o no lo deseado.

VII. JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Indudablemente que al justificar la llamada desobediencia civil entramos en el campo de la defensa de la Constitución. Es un punto polémico que ha suscitado diversas posiciones por la pertinencia o no de la desobediencia civil en una sociedad convulsionada, ávida de cambios que muchas veces escapan a la normalidad y que exigen de una manera urgente la participación de la sociedad civil y que se ve en la imperiosa necesidad de asumir un papel protagónico conforme a la democracia participativa.

Las justificaciones que se han materializado son de tipo político, jurídico y ético.

1. *La justificación política* ha sido objeto de numerosos estudios que han demostrado lo difícil que es justificar la desobediencia civil en una democracia liberal. En el caso de un sistema dictatorial es justificado fácilmente.

El problema radica que en los Estados liberales existen todas las posibilidades de participación legislativa para los ciudadanos y además se cuenta con procedimientos especiales para la modificación de las leyes. Una vez establecidos los respectivos procedimientos se ha establecido un compromiso para que opere en determinado sistema político; violarlo implicaría coacción y no dejará otro recurso que la violencia.

Como se puede observar, la idea del consenso es fundamento de legitimidad política que es el mismo usado en las democracias. El problema político se presenta realmente en la práctica cuando a muchos grupos se les niega la oportunidad de ser escuchados, en estos casos no existe el compromiso y el cumplimiento de la ley según la equidad, en este sentido, la desobediencia sería plenamente justificada por las mismas razones que fundamentan la obligación de obediencia en un sistema político democrático.

2. *La justificación jurídica* se tropieza con problemas de definición y posiblemente entra en el campo de contradicciones conceptuales. Cuando se quiere abordar el tema de la justificación jurídica de la desobediencia civil se suele argumentar que la desobediencia civil nunca puede estar legalmente justificada ya que ello llevaría a convalidar un acto de carácter ilegal, ya que si algo está prohibido por la ley no puede a la vez, estar permitido. Indudablemente, que si queremos estudiar el tema y justificarlo, el razonamiento anterior no puede ser definitivo. La desobediencia civil es ilegal en cuanto consiste en la realización de una conducta prohibida por una determinada norma jurídica o en la abstención de realizar una conducta obligatoria. Este carácter ilegal de la desobediencia civil solo lo es en principio, por cuanto, haciendo un examen mas detallado del problema nos puede llevar a la conclusión de que la conducta aparentemente ilegal, en realidad no lo era.

Según el autor español José Antonio Estévez Araujo[11], "La justificación legal de la conducta ilegal *Prima facie* puede venir por dos vías distintas. Por un lado, puede ocu-

11. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil, op. cit.,* p. 36.

rrir que existan normas que establezcan excepciones a la prescripción contenida en la ley violada. En este caso, el acto de desobediencia civil podría caer dentro del ámbito de aplicación de una de tales excepciones. Puede darse el caso también que la norma violada por el desobediente resulte a la postre ser ella misma ilegal, o en el caso de que se trate de una ley, inconstitucional. En este supuesto se habría desobedecido una norma efectivamente dictada y puesta en vigor, pero inválida, por lo que el acto ilegal a primera vista resultaría ser legal en última instancia".

Como ya hemos comentado anteriormente, al admitirse que una conducta determinada esta jurídicamente prohibida y quienes la desobedecen aceptan la suposición de una pena, sostener que la desobediencia civil es permitida legalmente indudablemente que en principio, nos parecerá contradictorio. Es necesaria la calificación de la justicia e injusticia con relación a lo que se admite como modelo de comparación.

Siendo la justificación jurídica de la desobediencia civil un problema álgido tenemos que demostrar que los actos de desobediencia civil en regímenes representativos, y más aún, participativos, deben considerarse que se realizan en ejercicio de un derecho fundamental que se considera limitado por una decisión de la autoridad, o bien una forma de cuestionar la constitucionalidad de una determinada ley. La justificación jurídica de estos actos de desobediencia dependerá de la proporcionalidad de la protesta aplicada por la proporcionalidad del medio empleado, por un lado, y los daños causados, por otro.

3. El tema de la justificación jurídica de la desobediencia civil debe enmarcarse en un contexto de crisis de legitimidad de los procedimientos de defensa de la Constitución. Según el autor español José Antonio Estévez Araujo[12] la desobediencia civil debe ser entendida como un mecanismo informal e indirecto de participación en un ámbito de toma de decisiones que no cuenta con suficientes canales participativos, aunque, en realidad, precisaría de ellos para poder presentarse como legítimo.

La desobediencia civil como ejercicio de un derecho tiene un carácter defensivo y constituye una defensa de los espacios de libertad que hacen posible la existencia de una opinión crítica.

Por otro lado, la desobediencia civil es una protesta que va dirigida contra el resultado de una determinada ponderación realizada por la autoridad. Es una protesta contra la ponderación realizada por la autoridad gubernativa o judicial. En realidad lo que quieren poner en evidencia el desobediente civil es que determina dos intereses, valores, puntos de vista o circunstancias no han sido tomados en cuenta o no se les ha dado la importancia relativa que merecían.

Generalmente la desobediencia civil tiene un carácter simbólico. No significa una obstrucción a la aplicación de una determinada norma, sino más bien de una llamada de atención que pretende generar un debate que se incluya en la agenda política y obligue a la reconsideración.

La imposibilidad de la justificación sólo sucede cuando las instituciones estatales detentan el monopolio de la interpretación de la Constitución.

12. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *Op. cit.*

4. La justificación mas interesante que podemos examinar es la expuesta por John Rawls al considerar la desobediencia civil como un recurso estabilizador del sistema democrático[13].

Nos refiere este autor que la desobediencia civil puede desempeñar un gran rol cuando se desarrolla en un sistema constitucional y en su conexión con una forma democrática de gobierno.

Considera este autor lo siguiente: *Como siempre supongo que la sociedad en cuestión es casi justa, y esto implica que tiene alguna forma de gobierno democrático, aunque puede que, no obstante, existan grandes injusticias. Supongo que en dicha sociedad, los principios de la justicia son públicamente reconocidos, en su mayor parte, como los términos fundamentales de la cooperación voluntaria entre personas libres e iguales. Al participar en la desobediencia civil, tratamos de dirigirnos al sentido de la justicia que tiene la mayoría, y a dar a conocer que según la propia opinión, sincera y meditada, las condiciones para la libre cooperación están siendo violadas. Tratamos de que los demás reconsideren, que se pongan en nuestro lugar, y reconozcan que no pueden esperar que consintamos indefinidamente en los términos que ellos nos imponen*.

Se deduce que este instrumento sólo puede enmarcarse en una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos son considerados libres e iguales, con una libertad de expresión total, en otro tipo de sociedad esta acción de protesta no tiene ningún espacio.

Si la sociedad es interpretada como un esquema de cooperación entre personas iguales y un Estado con una administración de justicia, aquellas personas dañadas por graves injusticias no tienen que someterse.

Según este autor, la desobediencia civil (lo mismo que la objeción de conciencia) es uno de los recursos estabilizadores del sistema constitucional, aunque sea, por definición un recurso ilegal.

5. *La justificación ética o moral* de la desobediencia civil forma parte del campo de la ética normativa. Entre los criterios esgrimidos está el utilitarismo. El hecho de que la desobediencia civil se dirija a la obtención de ciertas consecuencias casualmente vinculadas con ella y que podrían significar un aumento en la calidad moral de la que la vía utilitarista es válida.

Si la desobediencia civil es un acto de liberación, de complicidad con la injusticia, quienes desobedecen se sentirán aliviados desde el punto de vista de su conciencia. Sin embargo, la justificación utilitaria parece que no puede proporcionar una justificación universal de la desobediencia civil.

Si se piensa que la cadena causal de la justificación no se agota en la persuasión del destinatario, sino que además éste tiene que conseguir modificar la ley o política en cuestión. Luego, el éxito justificante de la desobediencia depende en última instancia de la honestidad moral del persuadido y de su posibilidad real de acción.

Quienes aspiran a una justificación absoluta de la desobediencia civil suelen recurrir a otras justificaciones que bien podrían ser de tipo religioso.

Existe una justificación profundamente religiosa, luego laicizada, en la doctrina del derecho natural, de una ley moral, que obliga a cada hombre en cuanto hombre, y como tal obliga independientemente de toda coacción, y por tanto con conciencia, distinta de la ley establecida por la autoridad política que obliga solo exteriormente y, si nunca en

13. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Edición Castellano, Madrid 1978. Título original *A theory of Justice*, Harvard 1971.

la conciencia, solamente en la medida en que está de acuerdo con la ley moral. Los grandes movimientos de desobediencia civil desde Gandhi hasta Luther King, han tenido una fuerte huella religiosa.

La doctrina *iusnaturalista* trata de justificar la desobediencia civil afirmando el predominio del individuo sobre el Estado, de donde deriva la doble afirmación de que el individuo tiene algunos derechos originarios e inalienables, y que el Estado es una asociación creada por los propios individuos, por común consenso, para proteger sus derechos individuales, asegurar sus derechos fundamentales y asegurar su libre y pacífica convivencia. John Locke, iusnaturalista, individualista contractualista y gran teórico del derecho a la resistencia considera al Estado como una asociación surgida del común consenso de los ciudadanos para la protección de sus derechos naturales. Así expresa su propio pensamiento "El fin del gobierno es el bien de los hombres; ¿y qué mejor para la humanidad: que el pueblo se encuentre siempre expuesto a la ilimitada voluntad de la tiranía o que los gobernantes se encuentren a veces expuestos a la oposición, cuando se vuelven excesivos en el uso de su poder y lo emplean para la destrucción y no para la conservación de las propiedades del pueblo?[14]

VIII. LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. El primer concepto surgido históricamente es el de Estado de derecho, que se desarrolla a través de una larga marcha que pasa por el Estado liberal de derecho, sigue con el concepto de Estado legal de derecho y concluye con el Estado constitucional de derecho que se resume en la protección de un núcleo de derechos fundamentales, una justicia eficaz e independiente, una administración respetuosa de las leyes, la división del Poder Público como instrumento de limitación y control del poder estatal. Sólo respetando estos elementos es posible un desarrollo democrático, económico y socialmente equilibrado. A esto sólo puede llegarse gracias a la seguridad jurídica a fin de llegar a la verdadera consolidación de un Estado de derecho.

2. Probablemente una de las características más importantes e innovación muy ambiciosa de la Constitución de 1999 es el concepto de Estado democrático y social de derecho y justicia, otro, la democracia participativa y el concepto de sociedad civil. El artículo 2 de la Constitución de 1999, al efecto, señala que:

> Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Considerado constitucionalmente el Estado venezolano como un Estado de justicia y de derecho enlazado a sus cualidades de social y democrático, tiene como uno de sus sustratos valorativos a la seguridad jurídica, gracias a lo cual se protegen los derechos fundamentales y así el Derecho adquiere certeza y en definitiva a se viabiliza un orden civilizado de convivencia.

14. Tomado de *Diccionario de Política, op. cit.,* p. 535.

Elías Díaz[15] expresa: Cuando el Estado desconoce y desprecia su propio derecho, surge la arbitrariedad y se instaura la total inseguridad para individuos y sociedad. La existencia de un coherente ordenamiento jurídico, tarea principal de poder legislativo, y su realización por los órganos ejecutivo y judicial competentes constituye en verdad el presupuesto de base para la seguridad jurídica.

3. Nuestra Constitución siendo la norma superior y pináculo del Estado de derecho establece en el artículo 7 lo siguiente:

> La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta Constitución.

El Estado de derecho tiene como norte alcanzar un Estado de Justicia y el concepto de Estado democrático, nos remite a su fuente de legitimidad. La soberanía popular, se expresa indirectamente mediante la elección de sus representantes, o directamente gracias al referéndum y otros medios de participación popular. En referencia al Estado social los cometidos sociales exigen de participación, corresponsabilidad y solidaridad o sea el concurso de la sociedad civil y la comunidad organizada.

El concepto de la sociedad civil hace su aparición en la Constitución de una manera relevante. Actualmente en la práctica aparece con pretensiones organizativas y funcionales que defienden y promueven causas e intereses diversas pero como no formando parte de los partidos políticos. La participación de la sociedad civil juega un rol sumamente importante y protagónico en el tema desobediencia civil considerada como un guardián de la legitimidad democrática.

4. Análisis constitucional. El artículo 131 de la Constitución de 1999 expresa que: "Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público". Este artículo se refiere al deber de obediencia a la autoridad constituida.

Este deber implica la obligación de cumplir y obedecer la Constitución y las leyes de la República, es decir, de acatar el ordenamiento jurídico-político establecido en la Constitución. Existen en la Constitución vigente previsiones contenidas en los artículos 333 y 350 que tratan de conducir al concepto del derecho de resistencia y no de manera específica a la desobediencia civil. En este sentido, el artículo 333 de la Constitución que obliga a cumplir dicha Constitución aún frente a su derogación por acto de fuerza, regulándose así el derecho-obligación de resistencia frente a los gobiernos ilegítimos. Al efecto, el artículo en cuestión establece lo siguiente: *Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o por que fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.* Agregando que: *En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia*. El deber establecido en la Constitución, también se refiere a los decretos, resoluciones y órdenes. Para que exista dicho deber tienen que ser actos dictados por los órganos legítimos que ejercen el Poder Público y además, estos actos deben ser dictados en ejercicio de sus atribuciones, es decir, según la competencia que legalmente se les ha asignado. En el caso de órdenes emanadas de autoridad ilegítima o usurpada, los mismos serán nulos (artículo 138), y frente a ellos existe el derecho de resistencia.

---

15. DÍAZ, Elias, Autor citado por COMBELLAS, Ricardo, *Sesión Inaugural del Seminario Intermacional Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*, Caracas mayo de 1996. p. 7.

Por otra parte, el artículo 350 de la Constitución establece lo siguiente;

> El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos.

Indudablemente que este artículo da rechazo a cualquier acto o autoridad que contraríe las garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos y está en concordancia con el artículo 333, que defiende los mismos principios.

En realidad, nosotros pensamos que la figura de la desobediencia civil no debe enmarcarse en el artículo 333 constitucional, en el cual se ha querido ver el derecho a la rebelión; por el contrario, la desobediencia civil la encuadramos en el artículo 350 constitucional que a pesar de no estar expresado de una manera taxativa se desprende su existencia, mucho más, cuando se está reafirmando la democracia y el respeto a los derechos humanos.

Tal parece que en múltiples oportunidades se confunden los conceptos de desobediencia civil y de derecho de rebelión que es indudablemente una desobediencia a la ley, a la autoridad legítima pero que tiene un sentido de levantamiento, de naturaleza política que cometen quienes se alzan en armas contra un régimen legítimo. En el caso de que no se usara la violencia de todas maneras las consecuencias serían violentas[16].

5**.** La Dra. Hildegard Rondón de Sansó[17] en su reciente obra sobre la Constitución de 1999 cuando se refiere a la protección de la Constitución, en el caso específico de la inviolabilidad de la Constitución, nos remite al artículo 333 y después de hacer un análisis del mismo y compararlo con el artículo 250 de la Constitución de 1961 nos expresa lo siguiente "No puede dejar de señalarse que, la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente para la modificación y protección de la Constitución, indicó que el informe final del trabajo que presentara que su enfoque del tema mismo le obligó a debatir el punto relativo a la desobediencia civil. Narran que en el texto presentado por el Presidente Hugo Chávez Frías (*Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la Quinta República*), aparecía una norma consagratoria del discutido derecho a la rebelión. Al efecto, la norma propuesta en el documento indicado señalaba: Se reconoce el derecho del pueblo a la desobediencia civil, con el objeto de restablecer el orden cuando exista trasgresión de las normas relativas al sistema de gobierno, al sistema político o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución, cuando dichas acciones son violentas y ajenas a la Asamblea Constitucional o Asamblea Constituyente y se ejercen contrariando la soberanía popular. Sigue expresando la autora que la desobediencia civil no sólo aparece en el Proyecto Chávez, sino que en la Asamblea Nacional Constituyente hubo otras proposiciones parecidas, pero que fueron rechazadas señalando que su admisión significaría consagrar la posibilidad de conductas anárquicas en el cuerpo social y político que ese derecho presupone que cada cual está autorizado para hacer justicia por su propia mano, circunstancia excluida en toda sociedad organizada que está sujeta a la juridicidad constitucional. Estimó la Comisión en su informe, que tutelar el derecho a la desobediencia civil o el derecho a la rebelión, sería lo mismo que consagrar el derecho individual al desconocimiento del orden jurídico sobre bases y criterios personales, fundados en meras opiniones. Incluso señaló que: "…Lo que en

16. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas.* Caracas 2001, p. 325.

17. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas.* Caracas 2001, p. 324 y 325.

definitiva tiende a demostrar algo elemental: que es más fácil hablar de derecho a la desobediencia y del derecho de rebelión en el plano filosófico o desde la visión del opositor, que desde las perspectivas del gobernante, es decir, desde la visual de cualquiera que ejerza el poder en términos reales, cualquiera que fuera su ideología o la orientación de esa ideología".

6. Alcances del artículo 350 de la Constitución de 1999. La desobediencia civil es de reciente conceptualización y realmente en nuestra Constitución no se contempla como un derecho específico. Sin embargo el artículo 350 nos expresa la reafirmación de la democracia y del respeto a los derechos humanos. Indudablemente que en este artículo encontramos ese derecho de desobediencia civil y considerarlo como un derecho humano que aún cuando no está enunciado taxativamente como tal, en la parte dogmática de nuestra Constitución, está inmerso en los ciudadanos y no necesita de mención expresa en la Constitución. Además la Constitución de 1999 en su artículo 22 expresa: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos". La desobediencia civil es un derecho humano que aunque no está señalado en la Constitución como tal, forma parte del bagaje jurídico de los ciudadanos y que por la falta de ley expresa pueda negársele como derecho humano inalienable e irrenunciable.

En análisis realizado por el Dr. Allan Brewer-Carías, refiriéndose a los alcances del artículo 350 declaró: Frente a leyes constitucionales, ilegítimas e injustas dictadas por los órganos del Pode Poder Público, en realidad no estamos en presencia del deber-derecho a la rebelión, sino del derecho a la resistencia y particularmente, a la desobediencia civil, que tiene que colocarse en la balanza de la conducta ciudadana junto con el deber constitucional de la obediencia a las leyes[18].

IX. CONCLUSIONES

1. En un Estado de derecho y en plena conexión con una forma democrática de gobierno se ubica la desobediencia civil como *guardián de la legitimidad democrática*, como instrumento de ayuda de la propia ley.

2. Una de las características de la desobediencia civil es su carácter público, por lo cual la toma de postura se hace pública e incorpora legitimidad al proceso de la opinión pública, a ello se agrega la no violencia que pone de manifiesto el respeto que se le tiene a las demás personas y es lo que el desobediente civil espera para sí, la desobediencia civil *es un mecanismo legítimo de participación.*

3. Es un *derecho ciudadano democrático,* de carácter pacífico y no violento que surge cuando el régimen, la legislación o la autoridad contraría valores, principios y garantías democráticas o menoscaba derechos humanos.

4. La desobediencia civil es una forma de resistencia civil contenida en el artículo 350 de la Constitución de 1999. *Es un derecho irrenunciable* que aunque no está establecido de una forma taxativa está en el espíritu por cuanto está garantizado ese derecho por la norma supra constitucional de respeto de los derechos del hombre y del ciudadano.

18. Declaraciones realizadas al Diario, *El Nacional,* 03-11-2002, p. D-4.

5. Es un derecho de tipo colectivo.

6. La democracia siendo para nosotros una forma de vida da índice de madurez democrática de un Estado y su presencia actualmente demuestra el rol que está desempeñando la sociedad civil. Las deficiencias de los sistemas democráticos producen dudas acerca de la legitimidad del poder.

7. En algunas Constituciones europeas como la española, la alemana y la portuguesa, así como en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas observan a la desobediencia civil pero no de manera específica y separada del derecho de resistencia.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán, *Doctrina del Estado Democrático,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961.

BREWER-CARÍAS, Allan, "La Constitución de 1961 y los problemas del Estado democrático y social del derecho" en *La Constitución Nacional, 30 años después,* Anuario Homenaje del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho al Centenario de la Universidad de Carabobo, Valencia 1992, pp. 193 a 216.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo IV, "Derechos y Garantías Constitucionales", Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996.

COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional. Una Introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* Mc Graw Hill Interamericana. Caracas 2000.

CARVALLO, Gastón, *Desobediencia social,* Colección A. Silva Michelena, Caracas 1990.

ESTÉVEZ ARAUJO, José A., *La Constitución como Proceso y la desobediencia civil,* Editorial Trota, Madrid 1994.

HEREDIA DE GIRÓN, Belén, *La desobediencia civil.* Anuario Especial, Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, Valencia 1992.

HERZOG, Román, *Elementos que definen un Estado de Derecho. El Estado servidor del ciudadano. Estado de Derecho y Democracia,* Konrad Adenauer Stiftung.

MARTÍN RETORTILLO y otro. *Derechos Fundamentales y Constitución,* Cuadernos Civitas, Madrid 1992.

NUÑEZ ALCÁNTARA, Edgar, "La desobediencia Civil", *Revista de la Facultad de Derecho,* Universidad de Carabobo, Inquival Gráfica C.A., Nueva Epoca N° 1, Valencia 2002.

THESING, Josef, *Estado de Derecho y Democracia,* Konrad Adenauer Stiftung, 1997

DICCIONARIO DE POLÍTICA, Siglo Veintiuno, Editores México, México 1986.

TEXTOS CONSTITUCIONALES COMENTADOS

La Constitución de 1999, Comentada por BREWER-CARÍAS, Allan, Editorial Arte. Caracas 2000.

Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas de RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, Caracas 2001.

ARTÍCULO DE PRENSA

El Nacional, Declaraciones del Dr. BREWER-CARIAS, Allan, 03-11-02, p. D-4.

§ 23. EL ARTÍCULO 350: ¿DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO A LA RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

Eloísa Avellaneda
Luis Salamanca
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación frente al uso abusivo del poder es una constante en el pensamiento político occidental y la filosofía política y jurídica la ha tratado bajo las siguientes preguntas: ¿qué actitud debe tenerse frente a un gobierno injusto, despótico e ilegal? ¿Se deben obedecer leyes contrarias a los pueblos? ¿Se debe obedecer a gobernantes abusivos y tiránicos? Las mismas interrogantes se la han hecho pueblos y pensadores, a lo largo de la historia, buscando una teoría que permita justificar la obediencia y la desobediencia políticas. De allí surgieron doctrinas como el derecho de rebelión, de resistencia y de desobediencia civil, así como la incorporación del derecho de resistencia a las primeras constituciones modernas.

Los conceptos de rebelión, resistencia y desobediencia civil que vamos a trabajar no se distinguen unos de otros de manera fácil y clara. Comparten rasgos comunes aunque no pocas diferencias, todo ello explicable en virtud de que son conceptos que aluden a un mismo problema: ¿en qué condiciones debe obediencia el gobernado frente al gobernante? En algunas situaciones se pueden diferenciar los actos de desobediencia de los actos de resistencia y éstos de los actos de rebelión, pero, en otras circunstancias, aparecen superpuestos, entremezclados o como eslabones de una misma cadena de acción colectiva. No pocas confusiones hay en el manejo doctrinario sobre estos conceptos ya que, muchas veces, son usados como sinónimos[1].

A estas dificultades hay que agregar que, muchos autores importantes y los primeros textos constitucionales manejan, indistintamente, estos conceptos generándose un uso solapado de los mismos que hace difícil, en la práctica, la interpretación acerca de cuándo existe desobediencia civil, derecho de resistencia o derecho a la rebelión. La experiencia venezolana de los últimos años, a raíz de la consagración del artículo 350 en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) no ha hecho más que agregar dificultades interpretativas por la manera como fue redactada la disposición.

La discusión sobre estos temas se ubica en el amplio problema de la obediencia política, cuáles son las razones para obedecer y cuáles para desobedecer. Lo que se espera -y lo usual- en un orden político, es que el individuo obedezca, acate a la autoridad, sea porque ésta es legítima o porque, en casos extremos, se impone por la fuerza. Un siste-

1. Un ejemplo de ello es la conferencia de THOREAU, Henry D., sobre la desobediencia civil, que le ha convertido en el padre de dicha idea, que ha sido titulada también: *Resistencia al Gobierno. V.*, THOREAU, Henry D., *Desobediencia Civil y otros Escritos*, Edit. Tecnos, Madrid 1999, p. 29.

ma político no podría funcionar, adecuadamente, sin la obediencia rutinaria de sus miembros a las autoridades existentes, a sus decisiones y a la legislación. Por ello, el gobierno y el Estado necesitan imperiosamente de los ciudadanos especialmente en un régimen democrático.

Sin embargo, a veces ocurre lo contrario. Los individuos no acatan el mandato de la autoridad desobedeciendo, resistiendo o rebelándose. La historia está llena de actos de rebelión, resistencia y desobediencia civil sin que exista una norma que los autorice.

En Venezuela el tema del deber de quebrantar la ley obedeciendo a la conciencia es una novedad -aunque la Constitución de 1811 consagró el derecho a la resistencia- pero, en otras latitudes, es tan viejo que se remonta a las tradiciones grecorromanas y judeocristianas[2]. Son muchos los autores que han tratado estos temas desde la antigüedad hasta nuestros días. Aquí no podemos referirnos a todos sino que haremos mención de los que consideramos los más importantes. En tal sentido, la doctrina hace referencia destacada a Santo Tomás de Aquino en materia del derecho de rebelión, quien lo concibió como el último recurso ante la tiranía del gobernante. En la Edad Moderna, el pensamiento de John Locke se puede considerar como la expresión más clara del derecho a la resistencia[3] y a partir del siglo XIX, se destaca a Henry D. Thoreau como el creador de la idea de desobediencia civil.

No obstante, estos tres autores usan los tres conceptos en sus obras. Santo Tomás -por ejemplo- parte de una reflexión sobre el deber de obediencia, para, posteriormente, establecer unas circunstancias en las cuales no hay razón para seguir obedeciendo, hasta llegar a sostener, la licitud de desobedecer al poder injusto y congratularse con quien mata al tirano por liberar a la patria.

No se puede entender el nacimiento del constitucionalismo moderno sin la doctrina del derecho de rebelión y de resistencia y éstos, a su vez, no se pueden entender sin el concepto de soberanía popular. La soberanía reside en el pueblo y es intransferible, el pueblo instituye gobierno para cumplir con un mandato de servicio a la comunidad, por tanto, cuando el gobernante no cumple con el mandato dado por el soberano, puede ser destituido y cambiado por otro, tal como lo señalara por primera vez Marsilio de Padua[4], a comienzos del siglo XIV.

Es este, pues, un tema controversial, apasionante y vital para la estabilidad de los gobiernos venezolanos del presente y del futuro. Precisamente, esta es la razón por la cual el objetivo del presente estudio es el análisis del artículo 350 de la CRBV, según el cual "el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos".

Esta disposición plantea dos tipos de problemas, al menos, a resolver. Por una parte, si su contenido otorga un derecho o si, por el contrario, impone una obligación político-constitucional. Por otra parte, aclarado lo anterior, qué tipo de derecho o de deber estaría planteado en la norma. El asunto clave del artículo gira en torno al verbo descono-

2. RANDLE, Michael, *Resistencia Civil*, Paidós, Barcelona 1994, p. 37.

3. Debemos indicar al lector que no trataremos a todos los pensadores que se han ocupado de la rebelión y de la resistencia, porque ello escapa al objeto de nuestro trabajo, aunque si nos detendremos en TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica*, Editorial Católica, Madrid 1959, y en LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid 1969.

4. FABAL, Gustavo, *Pensamiento social desde el medioevo hasta el siglo XIX*, Editorial Ayuso, Madrid 1973, p. 50.

cer. ¿Qué significa desconocer un régimen, legislación o autoridad?, ¿Desconocer es desobedecer, resistir o rebelarse? ¿O todo ello al mismo tiempo? Son muchos los problemas que este tema plantea y que, por razones de espacio, son de difícil tratamiento aquí. Por ello nos limitaremos a tratar de establecer las diferencias y semejanzas entre los tres conceptos, a la luz de la doctrina, que nos permitan una interpretación plausible del artículo 350.

Además, la redacción del artículo 350 plantea el problema de determinar cuándo se están violando los derechos humanos o los principios de la democracia, que justifiquen el desconocimiento del gobierno. Al respecto se ha producido, en la actualidad, un debate de tipo político y jurídico según el cual, para un sector de la población (la llamada oposición), el gobierno ha violado los derechos humanos y ha vulnerado los principios y valores del sistema democrático, por lo cual se justifica la aplicación del artículo 350; en cambio, para otro sector (el llamado oficialismo), este gobierno no ha violado la Constitución, ni los derechos humanos y es el gobierno más democrático que hemos tenido, en consecuencia, no sólo se oponen a su desconocimiento, sino que lo defienden por todos los medios posibles.

La interpretación del artículo 350 tiene una gran importancia en la actualidad, porque de ella dependerá la naturaleza y el alcance del derecho asignado al pueblo. Si se considera que el artículo otorga el derecho de rebelión, el pueblo puede tomar las armas y, por la fuerza, derrocar legítimamente al gobierno; si se considera, más bien, que el 350 contempla el derecho de resistencia, el pueblo no podrá alzarse en armas contra el gobierno sino que se limitará a oponerse pacíficamente, material y moralmente al mismo; sí, por último, el 350 establece la desobediencia civil, el pueblo deberá limitarse a no acatar las ordenes y/o mandatos del gobierno, pacíficamente. Pero también cabe la posibilidad de que el artículo 350 establezca, en realidad, las tres alternativas. Si llegamos a la conclusión que el 350 prevé el derecho de rebelión, se produciría un cambio radical en el ordenamiento jurídico de nuestro país donde tradicionalmente se ha considerado a la rebelión como un delito.

En tal sentido, el artículo 350 ha dado origen a distintas interpretaciones: para algunos allí está previsto el mecanismo que le permitiría al pueblo rebelarse contra el gobierno cuando éste atente contra los derechos humanos o contra la democracia; para otros contiene la vía para resistir, incluso por la fuerza, a los mandatos del gobierno; mientras que, para otros, implica sólo la posibilidad de desobedecer las leyes y las órdenes emanadas de las autoridades.

El trabajo está dividido en dos partes: la primera, dedicada a los conceptos de rebelión, resistencia y desobediencia civil y, la segunda, destinada a la interpretación del artículo 350, con la finalidad de determinar cuál es el derecho que se le ha otorgado al pueblo en el mismo.

II. NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESOBEDIENCIA CIVIL, RESISTENCIA CIVIL Y REBELIÓN

1. La desobediencia civil

A. Noción

No existe un criterio uniforme en el pensamiento político sobre qué se entiende por desobediencia civil, cuál es su naturaleza y la finalidad que persigue, incluso hay contradicciones entre las definiciones propuestas, y algunas llegan a atribuirle objetivos que exceden lo que la doctrina mayoritaria ha venido estableciendo. Un ejemplo de ello es la posición de Mark MacGuigan para quien la desobediencia civil ha tomado las formas de revolución, el tiranicidio, la resistencia clandestina, la sedición, la huelga, las negativas a obedecer órdenes superiores, los boicots, las huelgas de hambre, las marchas, las asambleas de protesta y la no obediencia[5]. Mientras que otros autores más en línea con el pensamiento clásico, como Carl Wellman, sostienen que sólo habrá desobediencia civil si los actos son no violentos, ilegales, públicos y de protesta[6].

De allí la importancia de hacer una nueva lectura de los clásicos. ¿De dónde surge la idea de que está justificado desobedecer al gobierno? La doctrina, generalmente, reconoce como el punto de partida de esta reflexión a Henry David Thoreau, para quien sí el gobierno es justo se le debe obedecer, si el gobierno origina abusos y perjuicios para el pueblo se plantea la opción de no obedecerlo. Sin embargo, ya Sócrates y luego Santo Tomás indicaron las condiciones en las que el pueblo podía y debía desobedecer.

Thoreau partía de la idea de que el gobierno es una maquinaria necesaria pero detestable: "un gobierno es, en el mejor de los casos, un mal recurso, pero la mayoría de los gobiernos son, a menudo, y todos, en cierta medida, un inconveniente (....). El gobierno por sí mismo, que no es más que el medio elegido por el pueblo para ejecutar su voluntad, es igualmente susceptible de originar abusos y perjuicios antes de que el pueblo pueda intervenir"[7]. Cuando el gobierno comete abusos, los hombres tienen el derecho a negar su lealtad y "el derecho a oponerse al gobierno cuando su tiranía o su ineficacia sean desmesurados e insoportables"[8] y una de las formas de hacer oposición es no pagar los impuestos: "si mil hombres dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Esta es la definición de una revolución pacífica, si tal es posible"[9].

También planteó Thoreau la existencia de leyes injustas e incluso, que la ley puede obligar al hombre a realizar actos injustos, actos contra su propia conciencia[10] y se preguntaba: ¿Nos contentaremos con obedecerlas o intentaremos corregirlas y las obedeceremos hasta conseguirlo? ¿O las transgrediremos desde ahora mismo? Su respuesta es

5. Citado por MALEM SEÑA, Jorge, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel Editores, Madrid 1988, p. 46.
6. *Ibid*, p. 46
7. THOREAU, Henry, *ob.cit.*, pp. 29-30.
8. *Ibid*, p. 34.
9. *Ibid*, p. 44
10. *Ibid*, pp. 32-33

muy clara: "quebrantad la ley..." si con su cumplimiento estamos siendo agentes de la injusticia[11].

Para Thoreau la desobediencia es un acto típicamente individual, el individuo puede desobedecer las leyes que considere injustas de acuerdo a su conciencia, aunque para la mayoría sean justas. En consecuencia, la desobediencia no se define según un criterio de justicia de la mayoría o de la minoría, sino de acuerdo con el criterio de la conciencia individual: lo que es justo para cada persona de acuerdo a su conciencia. Esta posición de Thoreau lo aproxima peligrosamente al anarquismo, pero el autor está consciente de ello y, por tanto, sostiene que, "a diferencia de los que se autodenominan contrarios a la existencia de un gobierno, solicito, no que desaparezca el gobierno inmediatamente sino un mejor gobierno de inmediato"[12].

De lo señalado por Thoreau se desprende que el alcance de la desobediencia civil, en cuanto a sus fines, no es cuestionar la legitimidad de un gobierno ni de derribarlo, sino el de cuestionar sus políticas y algunas leyes, con la finalidad de obligarlo a cambiar éstas y de lograr un mejor gobierno.

Otro autor y practicante fundamental es Mahatma Ghandi. La desobediencia civil es para Gandhi un derecho y un deber del ciudadano. En efecto, expone que "la desobediencia civil es un derecho inherente al ciudadano. No puede renunciar a él sin dejar de ser un hombre. .... La desobediencia civil, por consiguiente, se transforma en un deber sagrado cuando el Estado se ha vuelto ilegítimo o lo que es lo mismo, corrupto"[13]. Este derecho de violar la ley que es injusta o perniciosa, debe realizarse públicamente y sin violencia, con respeto hacia el gobernante de allí el nombre que dio Ghandi a su movimiento: el satyagraha que significa "fuerza de la verdad o fuerza del alma". El satyagraha imponía el "sufrimiento voluntario para tocar el alma de su adversario"[14].

Vistas las opiniones precedentes, definiremos la desobediencia civil como la negativa individual o colectiva, legítima, consciente y voluntaria de los ciudadanos, a cumplir las normas y las órdenes emanadas de autoridades competentes, con la intención de lograr objetivos limitados, tales como, modificar o rectificar una política, derogar o reformar una ley, etc. Está dirigida a violar la ley, a no acatar el mandato de una autoridad legítimamente constituida. Se trata de no cumplir los deberes que como ciudadanos nos imponen la Constitución y las leyes -por ejemplo la negativa a pagar impuestos, a prestar el servicio militar o civil obligatorio, ir a la guerra- con el fin de proteger una norma superior o proteger los derechos humanos y la democracia.

B. Características de la desobediencia civil

Los actos de desobediencia civil se caracterizan por tener una finalidad limitada[15], ser ilegales pero justificados, públicos, no violentos, conscientes, intencionales[16].

---

11. *Ibid*, pp. 40-41
12. *Ibib*, p. 31.
13. GANDHI, M., citado por MALEM, Jorge, *ob. cit*. p. 90.
14. RANDLE, Michael, *ob. cit*. p. 120.
15. BAY, Christian, "Civil Disobedience", en *Internacional Enciclopedia of the Social Sciences*, Mac Millan and Free Press, V.2, 1968, p. 473.
16. *V.*, MALEM, Jorge, *ob.cit*., p. 60.

(a) La desobediencia civil, a diferencia de la resistencia civil y la rebelión, tiene una finalidad limitada.

Que el gobierno derogue o modifique una ley o abandone una política con el fin de proteger una norma superior, proteger los derechos humanos y la democracia. No busca derrocar gobiernos. Pero puede devenir en determinadas circunstancias en resistencia civil y, eventualmente, en rebelión, afectando la legitimidad y estabilidad del gobierno. Esto significa que desobediencia, resistencia y rebelión pueden llegar a formar un continuo, porque poseen vasos comunicantes entre ellas mediante los cuales se alimentan una a otra. Por ello no es fácil distinguirlas claramente en la práctica.

(b) Son actos ilegales pero moralmente justificados por razones de conciencia.

La desobediencia nace fuera del derecho y se opone a él[17]. Es un ataque contra el ordenamiento jurídico por razones de conciencia, en cuanto a no hacer lo que se considera injusto en una ley o en un mandato o política gubernamental[18]. La violación de la ley se justifica porque se hace para proteger bienes jurídicos como la libertad, la justicia, la democracia.

(c) Son actos públicos

Deben ser actos conocidos y abiertos a toda la colectividad, no secretos como las conspiraciones. La violación en secreto de las normas no constituye desobediencia civil.

(d) Son actos pacíficos, no violentos

En la desobediencia civil no se recurre a la fuerza física, como en la rebelión, con lo cual quedan excluidos actos como el tiranicidio, los sabotajes, la insurrección armada, los golpes de estado, etc. Por tanto, si un acto que comienza como desobediencia civil adquiere características violentas, deja de ser desobediencia civil para convertirse en resistencia activa o en rebelión.

(e) Son actos conscientes

Hay voluntariedad y conciencia en la desobediencia civil, ya que los desobedientes están convencidos de lo justo y lo correcto de su actuación. Además están conscientes de estar violando la ley y de que pueden ser sancionados.

17. Sin embargo, se produce un giro radical cuando el ordenamiento jurídico consagra el derecho o el deber de desobediencia civil. En ese caso, la desobediencia no nace fuera del derecho sino en su interior.

18. Esta ha sido la inclinación tanto de los desobedientes como de los doctrinarios. Si llegara a convertirse en derecho, reconocido por el propio ordenamiento jurídico, ¿qué ocurriría? ¿continuaría siendo desobediencia civil o habría que cambiarle el nombre? que violan normas jurídicas, bien sea porque se incumplen obligaciones establecidas en las mismas o se violan prohibiciones legales a favor de mejores políticas, mejores leyes o mejores gobiernos. En relación a esto, hay una importante discusión que dar en cuanto a si desobedecer leyes u órdenes injustas, es un derecho o una ilegalidad fundamentada en motivos de conciencia. Si es un derecho positivo entonces la desobediencia no sería ilegal.

(f) Son actos intencionales

La desobediencia civil tiene una finalidad, se busca un objetivo determinado, que puede ser *frustrar una ley, un programa o una política gubernamental*[19] más no la intención de derribar un gobierno.

(g) La desobediencia civil debe ser un último recurso

Después de agotar otras vías políticas o jurídicas para lograr que el gobierno rectifique, mediante campañas de opinión, presión, cabildeo, etc.

La desobediencia civil no es sinónimo de desconocimiento del gobierno, pero de la desobediencia se puede pasar a no reconocer a un gobierno como legítimo. La desobediencia total y permanente de todas las normas jurídicas y de los mandatos gubernamentales puede llevar a que el gobierno tenga que renunciar, al perder su legitimidad y autoridad o a que el gobierno se defienda a través de la represión, convirtiéndose en una dictadura o gobierno de facto realimentando la desobediencia y, eventualmente, la rebelión en su contra.

2. La resistencia civil

A. Noción

Un concepto vecino con el de desobediencia civil es el de resistencia civil. Se entiende por resistencia civil el derecho del pueblo a oponerse a un gobierno que se excede en el uso del poder que le fue otorgado, atropellando a los ciudadanos. Correspondió al holandés Hugo Grocio (1583-1645) proponer la idea de un *jus resistentiae*, derecho de resistencia, contra el gobernante que abuse del poder[20].

La práctica de resistir a la violencia o a la injusticia, sea de un individuo o sea del Estado, fue una característica de los pueblos orientales antes de entrar a Occidente por la vía del cristianismo[21]. Era fundamentalmente resistencia pasiva y antes de convertirse en un arma política, tenía un carácter religioso y moral por el cual, el que resistía estaba consciente de que debía ser tolerante, paciente, aceptar el sufrimiento personal con el fin de lograr su objetivo. Por ejemplo, un hombre en la India que sufría una injusticia de un vecino, al no pagarle una deuda, se sentaba frente a la puerta de éste dispuesto a morir de hambre. La amenaza era suficientemente creíble porque si el acreedor moría su fantasma perturbaría permanentemente al deudor.

El acto típico de resistencia pasiva consiste en un rechazo tranquilo y no violento para hacer desistir a alguien de su propósito, a pesar de las órdenes o violencia de la autoridad[22].

---

19. BEDAU, Hugo Adam, citado por MALEM, Jorge, *ob. cit*, p. 72.
20. BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México 1997, p. 841.
21. BRAILSFORD, H. N., "Passive Resistance And Non-Cooperation", en *Enciclopedia of the Social Sciences*, Volumen XI-XII, Mac Millan, New York 1944, pp. 9-10.
22. *Ibíd*., p. 10.

Sin embargo, al entrar en Occidente la resistencia pasiva cobró un carácter más ofensivo por cuanto ya no fue sólo rechazo pasivo sino oposición a decisiones del Estado mediante boicots, huelgas, sabotajes, marchas, huelgas de hambre, etc. Desde entonces, la resistencia civil pasiva se convirtió en un método de lucha política de amplio espectro.

La formación de esta doctrina se arrastra a varios siglos atrás, incluso se señala que comenzó a elaborarse en la antigüedad[23]. Ejemplos notables en la historia de la humanidad son el de Sócrates, quien se preguntó si el hombre debía obedecer a las leyes injustas o realizar actos injustos obligado por el Estado; igualmente los cristianos primitivos desarrollaron una oposición no violenta contra Roma fundamentados en que Dios debe ser obedecido antes que el hombre[24].

B. Evolución de la teoría de la resistencia

La teoría de la resistencia evolucionó al calor de las luchas religiosas y políticas y no ha estado exenta de disputas entre sus partidarios. Se debate fundamentalmente sí es legítimo que el individuo use la fuerza para resistir al gobernante que se excede en la conducción del gobierno. De esta disputa surgió el llamado derecho a la resistencia que estableció "que la facultad de mandar de los gobernantes está condicionada a que respeten los derechos humanos y se mantengan dentro del marco de las leyes. Tan pronto como un gobernante se coloca fuera de la norma jurídica *rompe el pacto social* y, en ese caso, desaparece para los gobernados su deber de obediencia"[25].

Obsérvese que dentro del concepto de resistencia civil está inmerso el de desobediencia civil. Lo cual significa que esta última es una forma de la primera y, por tanto, pueden darse en forma conjunta. Algunas muestras del debate, en el siglo XVI, son las ideas expuestas por diversos autores como Johann Bugenhagen quien, en una carta enviada al elector de Sajonia en 1529, señalaba "que si el emperador rebasaba los límites de su cargo y actuaba *como un turco y un asesino* entonces podría argüirse que *ya no era señor* ni magistrado genuino"[26].

Lutero estableció igualmente que había que distinguir los actos genuinos del emperador, frente a los cuales cabe la obediencia y los actos de los tiranos, ante los cuales está justificada la resistencia armada[27], señalando "que era un derecho positivo imperial el que *en casos de notoria injusticia*, al gobierno se puede resistir por la fuerza"[28]. Otros autores estelares de la teoría de la resistencia fueron John Knox y Mornay.

El primero, en su defensa contra la sentencia de muerte que le impusieron los obispos católicos, titulada La Apelación, explicaba que se debe obedecer a los gobernantes siempre que promuevan "la verdadera religión y tengan el debido cuidado de sus súbditos, cumpliendo así con el cargo para el cual fueron ordenados. Pero ya no estamos

23. DE LOJENDIO, Ignacio María, "El derecho de revolución", Editorial, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1941, p. 84.

24. BAY, Christian, "Civil Disobedience", en *International Enciclopedia of the Social Sciences*, Mac Millan and Free Press**,** 1968, Tomo 2, p. 475.

25. BORJA, Rodrigo, "Resistencia", en *Enciclopedia de la Política,* FCE, México 1997, p. 841.

26. SKINNER, Quentin, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, Tomo II, Fondo de Cultura Económica, México 1986, p. 205.

27. *V.*, SKINNER, *ob. cit.*, pp. 205-206.

28. *Ibid*., p. 207.

obligados a obedecerlos si empiezan a desentenderse de estos deberes"[29]. Para Knox la resistencia era un derecho y un deber cuando los soberanos faltaban a su deber de defender la moralidad y la religión verdadera[30]. Mornay escribió un Tratado en apoyo al derecho de resistir conocido como La Vindiciae contra Tyrannos[31].

Un siglo después John Locke desarrolla su teoría del derecho a la resistencia frente a quien "ejerciendo autoridad se excede del poder que le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece"[32]. En este momento el gobernante deja de ser un magistrado y "se le puede ofrecer resistencia", lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro[33].

Locke sostiene que no en todos los casos se puede resistir a los mandatos de un monarca: "¿Se puede ofrecer esa resistencia en cuántas ocasiones cree uno haber sido perjudicado y también cuando supone que el monarca se ha conducido injustamente con él?"[34]. Su respuesta es que "únicamente debe oponerse la fuerza a la fuerza injusta e ilegal"[35] porque de lo contrario se desquiciarían y trastocarían todas las instituciones políticas prevaleciendo la anarquía y el desconcierto.

Cuando el gobernante se coloca "efectivamente en un estado de guerra con su pueblo, disolviendo el Parlamento", no les deja "otra defensa que la que poseen todos los hombres en el estado de naturaleza":[36] defenderse atacando.

Para Locke el derecho a la resistencia es, por una parte, un derecho natural a la legítima defensa del pueblo contra un gobernante tiránico y, por la otra, es una medida preventiva para evitar la pérdida de la libertad y caer en la tiranía, de ahí pues "que siempre que los legisladores intentan arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de éste a la esclavitud de un pueblo arbitrario, se colocan en estado de guerra con el pueblo y éste queda libre de seguir obedeciéndole, no quedándole entonces a ese pueblo sino el recurso común que Dios otorgo a todos los hombres contra la fuerza y la violencia"[37]. Lo mismo vale para el gobernante supremo.

C. Resistencia activa y resistencia pasiva

La doctrina ha distinguido entre resistencia activa y resistencia pasiva. La diferencia fundamental entre una y otra estaría en los métodos empleados más que en los fines: en la primera puede utilizarse la violencia, la fuerza, incluso hay autores que se refieren a resistir mediante la insurrección[38]. En la segunda las acciones son pacíficas, no se recurre a la violencia, sino más bien a la no cooperación. Aunque para algunos la resistencia pasiva se limita a la inobservancia de las normas y de las órdenes, o sea, a la desobe-

29. *Ibid,* p. 218-219.
30. RANDLE, Michael, *ob. cit*., p. 40.
31. *Ibid.,* p. 40.
32. LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil,* Aguilar Ediciones, Madrid 1973, p. 154.
33. *Ibid.*, p. 154.
34. *Ibid.,* p. 155.
35. *Ibid.*, p. 155.
36. *Ibid.*, p. 155.
37. *Ibid.*, p. 167-168.
38. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Editorial Heliasta, Montevideo 1986, p. 671.

diencia civil, en tanto que la activa comporta la oposición abierta, ya por medios legales o por resistencia armada[39].

D. La resistencia civil en la era contemporánea

En cuanto a la definición actual de lo qué es la resistencia, algunos la consideran como legítima defensa del pueblo contra la tiranía, en protección de su libertad[40]. Para otros es un método de lucha política colectiva, basada en la idea de que los gobiernos dependen de la colaboración o por lo menos de la obediencia de la mayoría de la población y de la lealtad de los militares y policías[41].

Entendemos, pues, por resistencia el derecho del pueblo a oponerse, por diferentes mecanismos, contra un gobierno que se excede en el uso del poder que le fue otorgado, atropellando a los ciudadanos. La resistencia supone desobedecer y rechazar las órdenes y mandatos del gobierno, pero va más allá, pues abarca, y esto es lo que la caracteriza, la no cooperación o no colaboración con el mismo. Todos los gobiernos requieren para funcionar "la lealtad de las instituciones claves -las fuerzas armadas, los funcionarios, las administraciones. Además de eso necesitan la colaboración, o por lo menos la conformidad, de la mayoría de la población que pretendan gobernar"[42].

La resistencia civil busca socavar las bases del poder del gobierno, "desafiar la autoridad y legitimidad del gobierno y privarlo de esa manera de su fuente de poder residente en la colaboración de las instituciones de la sociedad y del Estado. Cuando el objetivo es acabar con una injusticia específica -como la discriminación racial- se hace un desafío limitado a la autoridad del gobierno; por lo general no se discute su legitimidad, sino simplemente su derecho a aprobar o a hacer valer determinadas leyes (....). En una batalla más fundamental, la resistencia civil desafía el derecho del gobierno a mandar y puede poner incluso en entredicho el sistema entero político y social dentro del que se desenvuelve"[43]. Esto significa que los fines de la resistencia civil pueden ir desde acabar con decisiones del gobierno que sean injustas, que violen derechos humanos o que sean contrarias al orden jurídico o a los principios democráticos, hasta lograr que el gobierno renuncie.

Contemporáneamente el tratamiento del tema de la resistencia civil ha sufrido diversos cambios. Autores como Johan Galtung y Michael Randle señalan que la resistencia pasiva o no violenta puede ser vista como un modo positivo o negativo de concluir un conflicto[44]. El primero resuelve los conflictos a través de la persuasión y la conversión; se hace énfasis, al principio, en el diálogo y en la negociación hasta llegar a la no colaboración y la desobediencia civil. No se plantea la coerción sobre el oponente, sino llegar a un entendimiento a través de la sensibilidad moral del adversario. El segundo se basa en la coerción. Cuando hay choque de intereses profundos es más factible solucionarlo por medio de una lucha de poderes que tratando de convencer una parte a la otra de la justicia de su causa. "Entonces no se trata ya de convencer al oponente, sino que

39. SERRA ROJAS, Andrés, *Diccionario de Ciencia Política*, Tomo II, Facultad de Derecho-UNAM, Fondo de Cultura Económica, México 1999, p. 983.
40. SERRA ROJAS, Andrés, *ob. cit*., p. 983.
41. RANDLE, Michael, *ob. cit*, p. 25.
42. *Ibid*., p. 113.
43. *Ibid*., p. 114.
44. GALTUNG, Johan, "On the Meaning of Non-Violence", en el *Journal of Peace Research*, vol. 2, número 3, 1965, pp. 228-257. RANDLE, Michael, *ob. cit*, p. 199.

hay que minar su autoridad -ya sea en general o en relación con algún aspecto particular de su política"[45].

Los métodos de la resistencia no violenta, siguiendo a Gene Sharp, pueden ser clasificados en tres categorías: a) métodos de protesta y persuasión como las marchas y manifestaciones públicas; b) no colaboración en lo social, económico y político. La no colaboración social incluye los boicots a instituciones sociales; la no colaboración en lo económico supone las huelgas, las jornadas de trabajo ralentizadas, los boicots económicos; y, la no colaboración política abarca los boicots a las asambleas legislativas, a las organizaciones e instituciones del gobierno, etc.; c) intervención no violenta, donde se citan los ayunos, las huelgas de hambre, la obstrucción[46].

Con la resistencia civil se pueden obtener cuatro resultados distintos que Sharp denomina mecanismos sociológicos del cambio: la conversión, la acomodación, la coerción o la desintegración del oponente. Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

1. *La conversión*: situación en la cual los resistentes, gracias a soportar privaciones, encarcelamientos o incluso la muerte por sus convicciones, logran por medio del razonamiento que su oponente cambie.

2. *La acomodación*: situación en la cual el grupo opositor escoge la negociación y el arreglo, porque continuar con la lucha tiene un costo político elevado y hay posibilidades de una derrota final.

3. *La coerción*: situación en la cual la resistencia civil logra imponerse a la voluntad del oponente, porque aquella está tan extendida que no puede ser reprimida o porque se ha perdido la capacidad de represión por la no colaboración de la policía y de las fuerzas armadas. Además, una resistencia muy extendida puede paralizar la administración pública y la economía, hasta llegar a una paralización de un país.

4. *La desintegración*: situación en la cual por la presión de la resistencia la estructura de poder del oponente se desintegra[47].

E. Resistencia civil y resistencia militar

Hemos definido la resistencia civil como un derecho de los ciudadanos, pero también podemos hablar de resistencia militar, para referirnos a la oposición pacífica, sin violencia, de los militares a un gobierno que nació en forma ilegítima o qué, si bien fue electo por el voto de la mayoría de la población, se volvió ilegítimo en su desempeño. Esta oposición implica desobedecer las órdenes del gobierno y retirarle su apoyo y lealtad. Realmente parece bien difícil que un gobierno se pueda mantener por mucho tiempo sin la colaboración permanente de la ciudadanía, con continuos actos de oposición al mismo y sin la lealtad de las fuerzas armadas. La resistencia militar va a implicar que el gobierno pierde su fuerza para poder reprimir en un momento dado a la ciudadanía. La unión de los ciudadanos con los militares en un movimiento de resistencia puede garantizar la caída del gobierno.

45. RANDLE, Michael, *ob. cit*., p. 121.
46. SHARP, Gene, citado por RANDLE, Michael, *ob. cit*., p. 124.
47. SHARP, Gene, citado por RANDLE, Michael, *ob . cit*., pp. 117 a 119.

3. **La rebelión**

A diferencia de la desobediencia y la resistencia, la rebelión siempre tendrá un carácter armado y violento. No obstante, hay que distinguir entre diversos tipos de rebelión. Existen, al menos tres tipos de rebelión: la social, la religiosa y la político-militar. Aquí no vamos a tratar cada una de ellas ni de la rebelión en términos generales, pero sí es necesario comenzar por un concepto de rebelión, para luego entrar en la discusión de qué es o puede ser la rebelión en términos jurídicos, quienes son los sujetos de la misma y, en qué se diferencia de la desobediencia y la resistencia civiles, así cómo el tratamiento que le han dado al tema algunos autores fundamentales.

A. Noción general de rebelión

No existe unanimidad de criterios en relación a la definición de rebelión. Proviene inicialmente del latín rebellio que significa rebelión, que a su vez deriva del latín bellum que significa guerra. En distintas definiciones se pueden encontrar elementos comunes que son los que queremos destacar. En forma muy general se señala que el término hace referencia al enfrentamiento y oposición violento contra algo establecido[48].

La rebelión es un alzamiento de varias personas, con cierto grado de organización, que emplea algún tipo de violencia contra un objetivo considerado abusivo o enemigo político. Este alzamiento puede ocurrir por distintas razones: socio-económicas, religiosas y políticas.

Se diferencia de las revoluciones en su finalidad limitada por cuanto lo que busca la rebelión es corregir o detener el abuso que se comete por algún gobernante o por algún sector social, mientras que la revolución persigue cambiar el orden social e institucional[49]. Sin embargo, la revolución puede estar alimentada por rebeliones.

En esta definición se pueden destacar los siguientes elementos:

a) La rebelión se caracteriza por ser un alzamiento por reivindicaciones, contra un estado de cosas o contra un gobernante abusivo.

b) Es un alzamiento colectivo: aunque muchas rebeliones pueden ser iniciadas por una persona, sólo la incorporación de otras le da el carácter de rebelión.

c) Posee algún grado de organización: es una acción con niveles diversos de concertación, es decir, con algún tipo de acuerdo mínimo entre los participantes.

d) Es una acción violenta: porque busca imponer la voluntad propia sobre la voluntad de otro por la fuerza.

e) El objeto de la rebelión puede ir desde lograr alguna reivindicación socio-económica hasta el derrocamiento de un gobernante, pasando por el alzamiento contra abusos generalizados.

---

48. *Diccionario de Ciencias Sociales*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976, p. 693.

49. Sobre el concepto de revolución, TODD, Allan, *Las revoluciones 1789-1917*, Alianza Editorial, Madrid 2000, cap. 1; SKOCPOL, Theda, *Los Estados y las revoluciones sociales*, Fondo de Cultura Económica, México 1984; LENK, Kart, *Teorías de la revolución*, Editorial Anagrama, Barcelona 1978. Sobre el tema de la rebelión, LANDSBERGER, Henry A., ed., *Rebelión campesina y cambio social*, Editorial Crítica, Barcelona 1978.

B. Noción jurídico-política de rebelión

Desde el punto de vista jurídico-político, la rebelión es un alzamiento o levantamiento en armas con la finalidad de derrocar un gobierno y/o sustituir las instituciones de un país por otras. En la mayoría de las legislaciones contemporáneas se considera que la rebelión es un delito y, la doctrina discute si se trata de un delito político o un delito común. Sin embargo, en la antigüedad se planteó el tema de la rebelión no como delito, sino como un derecho de los pueblos de rebelarse contra gobiernos tiránicos.

En cuanto a los sujetos que pueden participar en una rebelión debemos indicar que puede haber rebeliones de ciudadanos, de militares o de ambos. Algunos autores opinan que la rebelión militar es más grave porque los militares se alzan haciendo uso de las armas que el Estado le entregó para la defensa de los poderes públicos,[50] y, además, por estar violando su deber de obediencia y su deber de proteger la Constitución y las instituciones del Estado.

Las preguntas que nos surgen son ¿puede considerarse la rebelión como un derecho cuando se trata de un alzamiento contra un gobierno ilegítimo o tirano?, ¿sólo es un delito cuando se utiliza para derrocar un gobierno legítimo y democrático? o, por el contrario, ¿siempre es un delito, independientemente de los fines que persiga?

Es importante señalar que el derecho o deber de rebelión ha sido establecido en dos situaciones: contra el gobernante usurpador, que carece de título para gobernar legítimamente y/o contra el gobernante que, teniendo título para el ejercicio del poder, actúa de modo injusto[51].

En el siglo XIII Santo Tomás de Aquino sostenía que el ejercicio injusto del poder justifica en el pueblo el derecho a la rebelión. Razonando acerca del mal y el buen gobierno planteó que la monarquía era la mejor forma de gobierno pero, cuando ésta deviene en tiranía, lo primero que hay que hacer es tener paciencia para evitar males mayores. Si la tiranía se hace insoportable el pueblo puede intervenir[52].

La tiranía para Santo Tomás se presenta en dos casos: cuando el gobernante se adueña del poder por la fuerza e instaura un gobierno tiránico y cuando el gobernante legítimo atiende sólo su interés personal, sin preocuparse por el interés de la sociedad, incurriendo en abuso de autoridad al ordenar mandatos "contrarios al fin mismo para el cual la autoridad ha sido constituida"[53] con lo cual se hace ilegítimo. En estas dos situaciones injustas el pueblo no está obligado a obedecer sino, por el contrario, obligado a desobedecer "como hicieron los santos mártires que sufrieron la muerte por no obedecer las impías órdenes de los tiranos"[54]. Se puede desobedecer "cuando el poder es ilegítimo o manda cosas injustas"[55]; más aún, "aquel que por liberar a la patria mata al tirano, es alabado e incluso premiado"[56]. Frente al príncipe tiránico -el que usurpa el poder- el

50. OSORIO, Manuel, *ob. cit.*, p. 640.
51. RUBIO LLORENTE, Francisco, "La Doctrina del Derecho de Resistencia frente al Poder Injusto y el Concepto de Constitución" en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Facultad de Derecho UCV, Caracas 1975, pp. 911-912.
52. GARRIGOU-LAGRANGE, P. Reginald, O.P., *La Síntesis Tomista*, Ediciones Desclée, Buenos Aires 1946, pp. 31-32
53. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Escritos Políticos*, Instituto de Estudios Políticos-UCV, Caracas 1962, pp. 124-125.
54. *Ibíd*., p. 125.
55. *Ibíd*., p. 122.
56. *Ibíd.*, p. 126.

súbdito no está obligado a la obediencia porque tiene "la potestad de rebelarse"[57]. Tomás era partidario del derecho a la rebelión y, algunos autores sostienen que no estaba de acuerdo con el tiranicidio[58].

Del mismo modo, ya vimos que Locke propone el derecho de resistir por la fuerza frente al gobernante que la utiliza en forma injusta e ilegal contra el pueblo. En tal situación, frente al *estado de guerra* en el que se sitúa el gobierno que usa la fuerza contra el pueblo ilegalmente, a éste no le queda otra opción que la del estado de naturaleza: ponerse en guerra contra el gobierno. Este planteamiento es sinónimo de rebelión del pueblo frente al gobierno abusivo.

De igual manera, las primeras Declaraciones Constitucionales usaron este lenguaje. Así encontramos en la Declaración de los Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 la idea de "que todo poder está investido en y, por consiguiente, deriva del pueblo; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo momento responsables ante él", por tanto, el "gobierno es o debe ser instituido para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; (…) y que cuando un gobierno fuera manifiestamente inadecuado o contrario a estos principios", y no produjera "el mayor grado de felicidad y seguridad", "una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible de reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que juzgue más conveniente al bienestar público"[59].

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793 consagró, en su artículo 35, la insurrección como un derecho y un deber del pueblo en los siguientes términos: "Cuando el Gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada parte de él el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes". Además los artículos 33 y 34 se refieren a la opresión y a la resistencia a la misma: hay opresión contra la sociedad cuando uno sólo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando la sociedad está oprimida (art. 34). La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre (art. 33)[60].

Obsérvese que en ambos textos, fundadores del constitucionalismo moderno, se otorga al pueblo el derecho y el deber de abolir el gobierno y/o de alzarse en insurrección contra el gobernante que viola los derechos del pueblo. Este derecho se conoce como el derecho de rebelión.

A su vez, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, estableció que es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"[61]. La Declaración señala que para impedir el uso de la rebelión deben protegerse los derechos humanos. Caso contrario, indirectamente, parece desprenderse que si no hay mecanismos institucionales que funcionen para resguardar los derechos humanos, el pueblo podría hacer uso como supremo recurso a la rebelión para luchar contra la tiranía y la opresión.

57. *Ibíd.*, p. 123.
58. FABAL, Gustavo, *ob.cit.*, p. 48.
59. "Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776" en ARTOLA, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza Editorial, Madrid 1986, p. 89-90.
60. "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793" en ARTOLA, Miguel, *ob. cit.*, p. 111.
61. *V.*, la "Declaración en Derechos Humanos Textos Internacionales", Tecnos, Madrid 2001, p. 51.

Podemos, entonces, decir con Artola que "la expresión doctrinal más característica fue, sin embargo, la *declaración del derecho a la resistencia* (cursivas del autor), fórmula que sólo se menciona en las Declaraciones de 1789 y en la fugaz Constitución jacobina de 1793. Se admite en ella la posibilidad de rechazar por la fuerza cualquier acción que atente contra la ley"[62].

C. Diferencias entre la desobediencia civil, la resistencia civil y la rebelión

Como mencionamos en la introducción entre estas tres figuras hay semejanzas y solapamientos y, en ocasiones, una puede abarcar a otra, como ocurre, por ejemplo, con la resistencia que puede incluir entre sus métodos a la desobediencia civil. También puede suceder que para enfrentar una situación determinada los ciudadanos escojan el mecanismo de la desobediencia civil y al final la misma se resuelva por la vía de una rebelión. A pesar de estas afirmaciones trataremos de establecer los elementos que las separan:

a) La primera diferencia está en los métodos: la desobediencia implica dejar de cumplir alguna ley u orden emanada del gobierno, es pacífica, no implica el uso de la fuerza ni la violencia; la resistencia incluye toda una serie de mecanismos como marchas, boicots, huelgas, paros cívicos; en general, formas de no colaboración, al igual que la desobediencia es pacífica pero, en algunas circunstancias, puede emplearse la violencia convirtiéndose en resistencia activa. A diferencia de estas dos, la rebelión es, siempre, un método violento y armado.

b) En cuanto a los fines: la desobediencia tiene unos fines limitados a la modificación o derogación de la ley o mandato desobedecido, no se busca derrocar un gobierno, sino tener un mejor gobierno. La resistencia puede tener fines diversos: cambiar decisiones o políticas del gobierno ilegales o injustas, reformar alguna institución del Estado o lograr que el gobierno renuncie por la falta de apoyo y colaboración de los ciudadanos y militares. La rebelión parece tener un fin más preciso: derribar o derrocar por la fuerza un gobierno.

c) *En cuanto a las consecuencias*: La desobediencia implica siempre violar la ley, es ilegal no cumplir con las leyes o con los mandatos del gobierno y esta ilegalidad puede acarrear la aplicación de sanciones por parte del Estado. La resistencia no siempre implica realizar actos que constituyan una violación de las leyes, porque realizar una marcha o una huelga no es ilegal si se cumplen los requisitos previstos en la legislación. En relación con la rebelión, cuando el ordenamiento jurídico la considera como delito, aquellos que incurran en la misma estarán sujetos a las penas previstas en los Códigos Penales.

62. ARTOLA, Miguel, *ob.cit.*, p. 74.

III. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN

1. El artículo 350 de la CRBV y sus posibles alcances

La discusión acerca de la desobediencia y la resistencia civiles así como el del derecho de rebelión es de muy reciente data en Venezuela. En realidad, se ha desencadenado como tema de opinión pública y de interpretación jurídico-política, gracias al artículo 350 de la CRBV. La única Constitución que consagró -casi en los mismos términos que la Declaración de Virginia de 1776- el derecho de abolir un gobierno cuando éste fuera incapaz de producir protección, seguridad y felicidad al pueblo, fue la de 1811. De allí en adelante, una disposición tal no volvió a establecerse en las Constituciones posteriores.

No obstante, el tema relativo a la rebelión ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico como delito pero no como derecho, tal como se establece en el Código Penal. La jurisprudencia del más alto Tribunal ha tratado el asunto bien como delito militar, por la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ)[63]; bien como delito político por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)[64].

La discusión actual en Venezuela se caracteriza por el uso indiscriminado e indistinto de los términos derecho a la rebelión y desobediencia civil. Poco o nada se ha dicho acerca del derecho a la resistencia pasiva o activa. Incluso se han usado nuevos conceptos como el de *desobediencia militar, desobediencia legítima*, lo que ha agregado aún más confusión y dificultad a la hora de interpretar el artículo 350. Cuando todavía la opinión pública y los académicos no han digerido conceptos como desobediencia, resistencia y rebelión, se agregan nuevas definiciones al calor de la lucha política. Esto tiene que ver con un efecto doctrinal puesto que, como ya lo pusimos en evidencia, la doctrina también muestra un manejo de los términos como si fueran unos sinónimos de otros. Igualmente el uso de estos términos y la interpretación del señalado artículo, tiende a estar influido por las posiciones políticas del momento lo que acentúa la necesidad de un mayor esfuerzo de interpretación.

2. Antecedentes constitucionales del artículo 350 de la Constitución de 1999

Existe un antecedente directo que encontramos en toda la historia constitucional venezolana sobre estos temas: es el artículo 191 de la Constitución de 1811, según el cual:

> Los Gobiernos se han constituido para la felicidad común, para la protección y seguridad de los pueblos que los componen, y no para benéfico honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia o de alguna clase de hombres en particular que sólo son una parte de la comunidad. El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad, y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración, y cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitablemente el derecho inajenable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue más propio para procurar el bien público.

63. DÍAZ CHACÓN, Freddy José, *Treinta Años de Casación Penal*, Livrosca, Caracas 1990.

64. Sentencia 869 del 10-12-2001, del Magistrado ponente ANGULO FONTIVEROS, Alejandro, en DÍAZ CHACÓN, Freddy José, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*, Livrosca, n° 6 Nov. Dic. Caracas 2001, pp. 186 y ss.

> Para obtener esta indispensable mayoría, sin daño de la justicia ni de la libertad general, la Constitución presenta y ordena los medios más razonables, justos y regulares en el capítulo de la revisión y las provincias adoptarán otros semejantes o equivalentes en sus respectivas Constituciones[65].

Este artículo está inspirado, como ya mencionamos, en la Declaración de Virginia de 1776, y consagra por una parte, el deber del gobierno de producir bienestar y felicidad para el pueblo y, por la otra, el derecho de éste a abolirlo, cambiarlo o reformarlo cuando no cumpla con estos fines.

También puede señalarse el artículo 250 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 como un antecedente del 350. En efecto, el 250 en su primer párrafo, establece que "esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia".

Se observa acá el deber de salir en el reestablecimiento de la vigencia de la Constitución cuando ésta fuera derogada por la fuerza o por medio distinto al que ella establece, lo cual supone una actitud de desobediencia, resistencia y, eventual rebelión, frente al agresor de la Constitución. Por ello creemos que puede considerarse un antecedente del 350 aunque no del mismo tipo directamente establecido por la Constitución de 1811.

3. Orígenes del artículo 350 en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente

Establecer la génesis del artículo 350, tal como quedó finalmente redactado en la CRBV, es una labor realmente difícil. Si nos atenemos a la fuente primaria de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente[66], donde se recoge la propuesta original de la Comisión Para la Modificación y Protección de la Constitución tenemos la siguiente redacción en la cual aparecen mezclados dos temas distintos: por un lado, el encabezamiento del artículo que terminó siendo el 350 y la segunda parte del mismo, relacionada con los efectos de las decisiones del Poder Constituyente en cuanto a que los poderes constituidos no podrían obstaculizar lo decidido por la Asamblea Constituyente, que terminó siendo el artículo 349 de la CRBV.

> *Artículo 393. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos* (*resaltado nuestro*). Una vez aprobada la nueva Constitución en referendo, el Presidente de la República estará obligado a promulgarla dentro de los dos días siguientes a su sanción. Los Poderes Constituidos no podrán objetar en forma alguna las decisiones de la Asamblea Constituyente. A los efectos de la promulgación de la nueva Constitución, cuando el Presidente no la promulgare o los Poderes Constituidos la obstaculizaran, el Presidente o Vicepresidente de la Asamblea Nacional procederán a su promulgación, sin perjuicio de las responsabilidades en que los Poderes Constituidos ocurran en su omisión o actuación. En este caso, el acto de promulgación podrá publicarse en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Constituyente, según fuera el caso.

---

65. Capítulo VIII Derechos del hombre que se reconocerán y respetarán en toda la extensión del Estado. Sección segunda: Derechos del hombre en sociedad.

66. *V.*, República de Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente, (Diario de Debates) Noviembre 1999-Enero 2000.* Imprenta del Congreso de la República, Caracas 2000, pp. 40-41.

Esta fue la propuesta de artículo recibida por la plenaria constituyente el 9 de noviembre de 1999. La misma fue sometida a discusión entre los asambleístas y, de lo recogido en el Diario de Debates de ese día, se desprende que la primera parte del artículo que da lugar al 350 fue, totalmente ignorado, centrándose la preocupación de los constituyentes en la segunda parte de la propuesta que trataba de otro asunto conexo, evidentemente, pero distinto. La discusión de la segunda parte del artículo fue enigmática como puede verse en un resumen de la misma.

El Constituyente Francisco Visconti comienza el debate señalando que "evidentemente que la redacción de ese artículo niega totalmente la voluntad general del soberano. Nosotros no podemos condicionar en un artículo como el que fue leído, la voluntad que un colectivo pueda tener dentro de 40, 50 o 100 (*sic*). Nosotros no podemos obligarlo a respetar aquellas cosas que nosotros estamos señalando en estos momentos como supuestos valores de esta sociedad, que va a ser una sociedad muy diferente a la que se esté (*sic*) en 50 o 100 años en el futuro"[67]. A continuación solicita que el artículo se elimine.

¿A qué se está refiriendo el Constituyente? ¿Está aludiendo a la primera parte del artículo 393 -luego 350- es decir, está previendo que la sociedad del futuro no tenga valores democráticos o irrespete los derechos humanos y esta Constitución no pueda imponer al pueblo tales valores? ¿O está reflexionando sobre la segunda parte del artículo, sobre la obligación que se le pretende imponer al Presidente de la República de promulgar la Constitución decidida por la Asamblea Constituyente del futuro? ¿Estaba preocupado por la imposición constitucional al Presidente de la República, Hugo Chávez de una eventual Asamblea Constituyente contraria y, por ello, propuso su eliminación? Ateniéndonos a lo recogido en el Diario de Debates de lo expuesto por éste y otros Constituyentes, no es posible responder a estas preguntas[68].

El Constituyente Elías Jaua, por su parte, respaldó los comentarios de Francisco Visconti, señalando que en el artículo "se intenta someter a los poderes constituidos la voluntad originaria de un pueblo (*sic*) al decir que es el Presidente el que promulga lo que la Asamblea Constituyente ha decidido o si no es la Asamblea Nacional, o si no un conjunto de poderes constituidos que nada tienen que ver porque son preexistentes, porque son posteriores a la voluntad originaria de un pueblo"[69]. Concluyó su intervención con la afirmación de que "los pueblos no se detienen ante las normas constitucionales, sino que avanzan y construyen hacia el futuro"[70].

Para el Constituyente Guillermo García Ponce, "es todo lo contrario. (…) Aquí lo que pasa es que la secretaria se comió (*sic*) lo de la Constituyente"[71]. García Ponce introduce una suerte de fe de errata: donde se dice Presidente o Vicepresidente de la Asamblea Nacional, debe decir Presidente o Vicepresidente de la Asamblea Nacional Constituyente.

El Presidente de la ANC, Luis Miquilena, interviene para aclarar "a los que han intervenido que se están refiriendo a la Asamblea Constituyente como institución, cualquiera sea la época -puede ser dentro de 100 años- y el concepto de Asamblea Constituyente

67. *Diario de Debates*, 9-11-99, p. 40.

68. La posibilidad de consultar otras fuentes como los *Informes de la Comisión para la Modificación y Protección de la Constitución* y las *Actas de la Comisión Constitucional*, se ha hecho sumamente difícil por la poca accesibilidad a las mismas. De manera que la única fuente disponible al investigador es el *Diario de Debates* con las características que tiene.

69. *Diario de Debates*, 9-11-99, p. 40.

70. *Idem.*

71. *Idem.*

tenga otro contenido. De tal manera que no se refiere a que nosotros estamos normando hacia el futuro lo que se debe hacerse (*sic*) dentro de 100 años"[72].

El Constituyente Luis Vallenilla interviene para señalar que tiene la impresión "de que no se aclara suficientemente, en primer lugar, en este capítulo la manera cómo el pueblo, que es la fuente fundamental originaria del poder constituyente, puede ejercer ese derecho"[73]. Propone a los miembros de la Comisión que se revisen los artículos consagrados en el capítulo. Jaua, en una segunda intervención, insiste en lo innecesario de reglamentar la forma cómo se convoca al poder constituyente y propone revisar el artículo y "recoger el espíritu señalado"[74]. Acto seguido se votó la proposición de devolverlo a la Comisión para que "lo adapte a las circunstancias y tome en cuenta la idea"[75].

Posteriormente el Constituyente Elías Jaua, en comunicación dirigida al Presidente de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente Dr. Hermann Escarrá, el 28 de octubre de 1999, planteó la reforma del capítulo III, denominado De la Asamblea Constituyente, del Título IX del proyecto constitucional discutido en plenaria[76].

En su comunicación propone una nueva redacción en los términos siguientes: "El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder puede convocar una Asamblea Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución democrática. Dicha convocatoria se considerará tema de especial trascendencia nacional. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición de lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríen nuestros valores y principios republicanos y menoscaben los derechos humanos y las garantías democráticas"[77].

La segunda discusión plenaria, realizada el 14 de noviembre de 1999, fue mucho más breve que la primera. En ella cobró cuerpo la redacción cuasi definitiva del artículo 350. Del artículo 393 nacieron tres artículos que formaron parte del anteproyecto: el 347, el 349 y el 354 que, luego, aparecerían en el Proyecto de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en diciembre de 1999, sometido a referendo aprobatorio el 15 de diciembre de 1999, convertidos en los artículos 347, 349 (antes 354) y 350 (antes 349).

Con posterioridad al referendo aprobatorio de la CRBV, se redacta y aprueba la Exposición de Motivos de la Constitución, el 30 de enero de 2000 y, en ella, no se hace ningún comentario sobre el artículo 350.

Como puede observarse de la reseña hecha de los debates de la ANC, los Constituyentes nunca abordaron el alcance del artículo 350. Por una parte, no tenemos ningún

72. *Idem.*
73. *Diario de Debates, cit.*, p. 41
74. *Idem.*
75. *Idem.*
76. JAUA sostiene que la carta fue enviada el 28-10-99, pero parecería que hubiera sido redactada después de la primera discusión del tema en plenaria el 9-11-99. Si no fuera así no se explica que el Constituyente no planteara la redacción del artículo en los términos señalados en su carta. Su intervención en plenaria revela que aún no parecía tener tan claro el asunto como lo expresa en la carta. Por ello, parece ilógico que la carta esté fechada antes de la discusión.
77. JAUA, Elías, "La Historia y el Espíritu del Artículo 350" remitido en *El Universal*, domingo 3-11-2002, cuerpo 4, p. 8.

criterio constituyente en cuanto al verbo rector del artículo que es *desconocer*. Por otra parte, nadie discutió si en la disposición comentada se establecía el derecho de rebelión, de resistencia civil, desobediencia civil o todas estas figuras en forma concurrente. Tampoco hay evidencias de que la motivación de los Constituyentes fuera celebrar algún hecho histórico como el artículo de la Constitución de 1811, que consagró el derecho de rebelión; o la apología del levantamiento militar del 4 de febrero de 1992 (4-F).

Esta falta de discusión sobre el artículo 350, tanto por el apresuramiento en las discusiones como por desconocimiento de sus eventuales alcances debido a la ausencia de experiencia histórica previa, no nos permiten descubrir la intención del constituyente respecto de tan crucial materia. Sin embargo, se ha desatado un gran debate que, si bien comienza a finales del 2001 es, después de los sucesos del 11 de abril de 2002, cuando adquiere grandes dimensiones, tal como veremos a continuación.

4. Debate jurídico y confrontación política en torno al artículo 350

El artículo 350 de la Constitución ha dado lugar a distintas interpretaciones y a encendidos debates jurídicos en la coyuntura actual de nuestro país. Tal debate es la manifestación de la confrontación política que se ha desatado entre adversarios y partidarios del gobierno. Por ello, no es fácil encontrar interpretaciones que no sean acomodaticias a los intereses políticos respectivos. Este sesgo de la opinión se potencia en virtud de la redacción del artículo 350 que permite múltiples interpretaciones alrededor del verbo *desconocer*.

En tal sentido, el sector que se opone al gobierno del Presidente Chávez si bien lo está invocando para tratar de lograr la salida del mismo, no obstante, no tiene una interpretación compartida acerca de la naturaleza y alcances del 350. Por su parte, el gobierno y sus seguidores tampoco tienen una posición común respecto del alcance del 350, pero en lo que si están contestes es en que no están dadas las condiciones para su aplicación, ya que el gobierno no ha vulnerado los principios democráticos ni los derechos humanos. Sin embargo, es importante destacar las diferencias entre la visión expresada por el Presidente de la República y las opiniones de algunos de sus seguidores. De esto se puede deducir que en cuanto al uso político del artículo 350 ambos sectores están claros de que para la oposición están dadas las condiciones para su aplicación y para el gobierno de que no las hay.

Más allá de estas posiciones encontramos igualmente otras posturas que ubicadas o no en una preferencia política, han criticado la inclusión del artículo porque genera crisis e inestabilidad políticas. A continuación describiremos someramente algunas expresiones de estas posturas sin pretender abarcarlas todas, debido al poco espacio con que contamos.

A. Las interpretaciones de la oposición civil

Dentro del amplio y variopinto mundo de lo que se ha venido llamando oposición, se pueden distinguir tres posiciones: una que sostiene que el 350 consagra el derecho a la rebelión; otra que señala que el 350 sólo recoge la desobediencia y la resistencia civiles y una tercera, para la cual lo que se dispone en el 350 es únicamente la desobediencia civil.

(a) El 350 como derecho a la rebelión

En esta línea se encuentra el ex constituyente Jorge Olavarría para quien se consagra el derecho a la rebelión, que al igual que el derecho a la legítima defensa, "sólo puede ejercerse válidamente cuando un cúmulo de hechos constituyen un estado de necesidad por una inminente amenaza de extrema peligrosidad para la preservación de la libertad, la vida y los bienes de las personas"[78]. Las condiciones en las cuales procede el ejercicio del derecho a la rebelión es cuando "la ciudadanía se encuentra en estado de indefensión, pues las agresiones a sus derechos más sagrados se agravan por la deliberada omisión del Estado de cumplir su función de ampararlos, o porque el Estado es el origen de la agresión"[79].

El ex constituyente Ricardo Combellas sostiene que el artículo 350 establece tanto el derecho a la rebelión como la desobediencia civil: "recoge una rica tradición que se enmarca dentro del derecho de rebelión, la resistencia a la opresión y más actualmente, la manifestación de resistencia activa y no violenta denominada como desobediencia civil. Se trata de un derecho esencial (natural e imprescriptible, de acuerdo con la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), el medio más extremado de defensa, inalienable, pero también inorganizable, en certeras palabras de Carl Schmitt". Para Combellas son expresiones de la rebelión constitucional las marchas cívicas, cacerolazos, paros y huelgas que rechazan la autoridad gubernamental[80].

(b) El 350 como derecho a la desobediencia y resistencia civiles

En un documento titulado "La democracia venezolana a la luz de la Carta Interamericana Democrática" el ex constituyente Allan Brewer-Carías sostiene que el 350 establece no el derecho a la rebelión sino el derecho a la desobediencia y resistencia civiles: "frente a leyes inconstitucionales, ilegítimas e injustas dictadas por los órganos del Poder Público, en realidad, no estamos en presencia del deber-derecho a la rebelión, sino del derecho a la resistencia y, particularmente, a la desobediencia civil, que tiene que colocarse en la balanza de la conducta ciudadana junto con el deber constitucional de la obediencia a las leyes"[81].

(c) El 350 como desobediencia civil

Para otros, como el Diputado José Luis Farías y el experto tributario José Rafael Bermúdez, el 350 lo que establece es la posibilidad de la desobediencia civil. Mientras que el primero no aclara las razones por las que, a su juicio, hay desobediencia civil, el segundo está preocupado por las condiciones de aplicabilidad del artículo: "El verdade-

78. OLAVARRÍA, Jorge, "Lo que no ha sucedido" en *El Nacional*, martes 29 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 5
79. *Idem.*
80. COMBELLAS, Ricardo, "Alcance del artículo 350 de la Constitución bolivariana" en *El Nacional*, martes 2 de julio de 2002.
81. BREWER-CARÍAS, Allan, "La democracia venezolana a la luz de la Carta Democrática" en *El Nacional*, domingo 3 de noviembre de 2002, cuerpo D, p. 4.

ro problema en la aplicación de este artículo está en predecir qué pasaría en Venezuela después de que se instrumente la desobediencia para desconocer un gobierno"[82].

B. Las interpretaciones de la oposición militar

A raíz de los sucesos del 11 de abril de 2002 ha surgido claramente una oposición militar al gobierno del Presidente Hugo Chávez, la cual ha justificado toda su actuación, tanto la del 11 de abril como la *toma* de la Plaza Francia en Altamira, el 22 de octubre de 2002, en el artículo 350.

En efecto, un grupo de quince militares activos de la Fuerza Armada Nacional han expresado en un Comunicado a la comunidad internacional que "en todos los países del mundo existe la potestad de los pueblos a desconocer los gobiernos que violen los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es la resistencia a la opresión a la que alude el artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789"[83]. Esta potestad está recogida, a su entender, en el artículo 350 que plantea la desobediencia civil y la resistencia pacífica y pasiva a la opresión.

Hasta ahora los militares son los únicos que se han aproximado a una interpretación del verbo rector del 350: desconocer un régimen, legislación o autoridad implica no aceptar la autoridad, rechazarla, oponerse a ella, considerarla ilegítima[84]. El desconocimiento de la autoridad opresora es un principio ético aplicable a los ciudadanos de todo el mundo.

C. Las interpretaciones del gobierno en torno al 350

Hay que destacar las diferencias de enfoque entre el Presidente de la República, Hugo Chávez, y algunos de sus seguidores que han fijado posición respecto del artículo 350. Para el Primer Mandatario el 350 es un instrumento utilizable por el pueblo para defender a un gobierno legítimo y democrático, incluso por la fuerza. En efecto, en declaraciones dadas el 26 de octubre de 2002, el Presidente señaló:

Es mentira la invocación del artículo 350 de la Constitución por parte de los militares alzados. "¡Mentira!, artículo 350 fue el que el pueblo ejerció el 13 y el 14 de abril. Vamos a decirnos las cosas como son. Vamos a amarrarnos los pantalones y las faldas las mujeres, a ponernos los zapatos y a defender nuestra patria, nuestra verdad. No podemos permitir que un grupo de fascistas y golpistas manipule a una parte de la población a la que han inyectado odio y pongan en marcha un proyecto perverso apoyado por una campaña mediática a través de diversas vías"[85].

Como puede observarse para el Presidente el artículo 350 permitiría al pueblo salir a la calle, tomar todas las calles y las plazas del país, a defender la democracia venezolana y la Constitución. Tal como lo hizo el pueblo, *a capa y espada* los días 13 y el 14 de

82. FARÍAS, José Luis, *El Nacional*, miércoles 23 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 3 y BERMÚDEZ, José Rafael, "La desobediencia tributaria no es válida porque implica un provecho", *El Nacional*, martes 8 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 4.

83. "Comunicado a la Comunidad Internacional", remitido en *El Nacional*, lunes 28 de octubre de 2002, cuerpo A, p. 11.

84. *Idem.*

85. *El Nacional*, sábado 26 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 1.

abril de 2002 para lograr su regreso al poder. Es decir, el pueblo tendría el derecho a levantarse, alzarse contra un gobierno ilegítimo lo cual está en la onda doctrinaria del derecho a la rebelión aunque el Presidente Chávez no se manifiesta expresamente en este sentido.

En otras palabras, lo que Chávez está afirmando es que el pueblo tenía derecho a alzarse contra el gobierno de Carmona porque éste era un gobierno dictatorial; en cambio, la oposición no tiene derecho a alzarse en contra de él porque su gobierno es democrático y legítimo. De su razonamiento se deriva lógicamente que, entonces, el pueblo tiene la posibilidad de alzarse contra un gobierno que nazca como autoritario o se convierta en autoritario; y es justamente esta segunda posibilidad la que están utilizando los adversarios del gobierno.

A diferencia de la posición del Presidente de la República, algunos de sus colaboradores, han afirmado que en el 350 lo que se establece es la desobediencia civil. En tal sentido, la Procuradora General de la República Marisol Plaza, afirmó que "el artículo 350 de la Constitución no es para ser utilizado con fines golpistas. Están muy claras las situaciones en que se puede invocar el derecho a la desobediencia civil"[86].

El Alcalde del Municipio Libertador Freddy Bernal señaló "ahora el artículo 350 sirve para todo y cada quien lo aplica a su conveniencia; hay una minoría de venezolanos que está empeñada en gobernar el país y apela a este artículo, pero se olvida de que no es aplicable porque aquí no hay un gobierno dictatorial no deslegitimado (…)"[87].

Para el ex constituyente Elías Jaua "en el artículo 350 se colocan frenos, apelando a referentes políticos e históricos de nuestra formación como nación, al desarrollo de tendencias políticas y sociales retrógradas en la normativa constitucional y legal de nuestra sociedad"[88].

Para el General Raúl Baduel, Jefe de la IV División Blindada de la Fuerza Armada Nacional (FAN), "si uno revisa la Constitución, puede darse cuenta que el artículo 350 no plantea, en ninguno de sus títulos o subtítulos, el derecho a rebelión (…) Tiene que haber una instancia que determine si se ha dado la violación a algunos de los presupuestos enumerados en el 350. No puede ser que un grupo de personas por muy respetables que sean digan aquí ya no queremos a este gobierno: eso sería un juicio sumario"[89].

D. El 350 como fuente de inestabilidad política

Algunos analistas han criticado la inclusión de este artículo en la Constitución porque favorecería la inestabilidad del sistema político. Así, José E. Molina explica que este artículo "fue puesto allí para justificar la acción golpista de 1992. Según esa norma, un grupo de ciudadanos puede desconocer a un gobierno cuando ellos crean que contraría los principios democráticos. Esto es absolutamente inaceptable en cualquier democracia. Es la tesis del chavismo golpista: si nosotros creemos que un gobierno no es democrático lo podemos cambiar por cualquier vía e instaurar un gobierno al margen de la voluntad popular". Termina afirmando "la promoción del militarismo cívico-militar y la

86. *El Nacional*, lunes 28 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 2.
87. *El Nacional*, viernes 25 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 2.
88. JAUA Elías, "La historia y el espíritu del artículo 350" en *El Universal*, domingo 3 de noviembre de 2002, cuerpo 4, p. 7.
89. General BADUEL, Raúl, "Un referendo consultivo será respetado por el Ejército", en *El Universal*, jueves 24 de octubre de 2002, cuerpo 1, p. 8.

exaltación del golpismo (artículo 350) son dos de los peores y más antidemocráticos aportes del chavismo a la vida nacional. Valerse de ellos, sólo porque ahora parecen favorecernos, es hacerle un flaco servicio a la democracia venezolana, y como el aprendiz de brujo desatar fuerzas que luego no se van a poder controlar"[90].

En esta misma línea encontramos la posición del ex Fiscal General de la República y ex Procurador General de la República Javier Elechiguerra, para quien el artículo 350 es "absolutamente inconveniente e inútil para este sistema democrático. El origen de todos nuestros males. Es tan impreciso, tan genérico, tan amplio, que da para cualquier cosa. Por eso es que unos lo invocan para tumbar al gobierno y otros para hacer exactamente lo contrario. Lo peor de todo es que no tenemos árbitros confiables, y mientras no tengamos Tribunal Supremo de Justicia ni Ministerio Público confiables nadie podrá poner orden aquí y aclarar cuál es la interpretación correcta"[91].

Por último hay que señalar que, en los actuales momentos, han sido introducidos tres recursos de interpretación del artículo 350 en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En ellos se solicita aclaración en relación a las condiciones de aplicabilidad de la comentada disposición. Tales recursos aún no han sido decididos.

5. Nuestra interpretación del artículo 350

El artículo 350 de la Constitución establece que el pueblo de Venezuela *desconocerá* cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos. El tema de interpretación fundamental del artículo es la clarificación del verbo rector. Para proceder con nuestra interpretación proponemos un esquema de análisis que enfrente tres tipos de problemas: primero, qué se entiende por pueblo, es decir, el sujeto destinatario de la norma; segundo, qué significa desconocer un régimen, legislación o autoridad; tercero, en qué tipo de circunstancias se puede aplicar esta norma, es decir, que significa contrariar valores, principios y garantías democráticas así como menoscabar los derechos humanos.

A. ¿Qué se entiende por pueblo de Venezuela?

El 350 señala al pueblo de Venezuela como el sujeto actuante de la conducta exigida por la norma. El concepto pueblo ha generado no pocas controversias por las dificultades que ha habido en definir un sujeto colectivo tan complejo, cuyos límites son imprecisos por la rica variedad de referentes a los que alude. Sin embargo, no se concibe que Constitución democrática alguna pueda establecer el sujeto pueblo a partir de exclusiones de algún sector del mismo. Puede haber pueblo sin Estado, varios pueblos en un mismo Estado. Pero lo que no puede existir es un Estado sin pueblo.

Por ello la teoría constitucional al uso, ha señalado reiteradamente que el Estado tiene tres elementos fundamentales, como son el gobierno, el territorio y el pueblo. En este caso el pueblo se define como noción jurídica, es decir, uno de los tres elementos fundamentales del Estado. Así lo define Biscaretti: El pueblo está formado por el conjunto de personas que, debido a su pertenencia al Estado, están sometidas de modo permanente e institucional a la autoridad del gobierno, pero no considerándolas individualmente

90. MOLINA, José E., "Militarismo hoy y mañana?" en *El Nacional*, miércoles 30 de octubre de 2002.
91. *El Nacional*, jueves 24 de octubre de 2002, cuerpo D, p. 2

en un momento determinado sino estimándolas como una compleja unidad[92]. El pueblo se compone de una pluralidad de individuos, mas no se identifica con la suma de los mismos, sino que constituye una entidad superior y concreta[93].

Por tanto, el artículo 350 cuando se refiere al pueblo de Venezuela está abarcando a todos aquellos que estamos sometidos de modo permanente e institucional a la autoridad del gobierno. Es decir, incluye a todos sin ninguna excepción; a civiles y militares, pobres y ricos, negros y blancos, partidarios o adversarios del gobierno, etc.

B. ¿Qué significa "fiel a su tradición"…?

El pueblo de Venezuela fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, significa que en respeto a su propia historia, a su ser nacional, a sus valores políticos fundamentales, a la trayectoria de sus libertadores y luchadores a lo largo de su existencia como pueblo, no debe permitir cualquier régimen, legislación o autoridad que violen los principios y garantías democráticas y los derechos humanos. Este componente de la norma refuerza en ella la obligación político-constitucional que configura en su conjunto. Esta convocatoria al respeto de si misma como nación nos lleva a la conjugación verbal que rige a la norma.

C. ¿Qué significa que el pueblo "desconocerá"?

El 350 exige al pueblo de Venezuela una determinada conducta en ciertas circunstancias. Esa conducta exigida le imprime carácter imperativo a la norma a partir del verbo desconocer. El constituyente optó por establecer un mandato: ordena al pueblo desconocer a un régimen, autoridad o legislación que viole las garantías democráticas y los derechos humanos. Si el constituyente hubiese querido consagrar una norma facultativa hubiera empleado un verbo permisivo como por ejemplo el pueblo podrá desconocer, permitiéndole al pueblo decidir libremente sobre el uso del desconocimiento. Este no es el caso. Más que un derecho, el 350 impone, pues, un deber. Estamos, en realidad, en presencia de la obligación constitucional de defender la democracia y los derechos humanos frente a cualquier violación.

¿Qué significa desconocer un régimen, autoridad o legislación? Según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), el verbo desconocer tiene varias acepciones, de las cuales podemos utilizar dos para tratar de explicar el artículo 350: desconocer es no conocer; es darse por desentendido de una cosa. En principio, desconocer sería no reconocer, desentenderse del régimen, legislación o autoridad y, al no reconocer a un régimen o a una autoridad, dejar de tener relación con él, no obedecer sus leyes, ni sus órdenes y mandatos, no aceptar la autoridad llegando hasta oponerse a ella.

Para el derecho internacional público el no reconocimiento de un Estado por parte de otro Estado, implica que no habrá relaciones de cooperación, ni relaciones diplomáticas entre ellos[94]. En nuestra historia podemos mencionar, como ejemplo, la doctrina Betan-

92. *V.*, BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid 1982, p. 102

93. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas 2002, p. 178.

94. *V.*, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid 1999, p. 47.

court que consistía en no reconocer diplomáticamente a aquellos gobiernos que no provinieran de elecciones libres[95]. Si esto lo llevamos al plano nacional, además de no obedecer, al no reconocer a un régimen o a una autoridad estoy dejando de cooperar con ella, no colaboro, lo cual conlleva, en términos políticos, quitarle el apoyo y la lealtad. Y ya sabemos lo que significa para los gobiernos la pérdida de la colaboración y la lealtad por parte de los ciudadanos: el colapso de su legitimidad, de su autoridad moral para gobernar. Por esta vía al gobierno se le desintegra su base de sustentación.

Para captar mejor los efectos posibles del verbo desconocer, habría que ver el desconocimiento en dos planos: cuando es el pueblo el que desconoce y cuando es otra autoridad la que lo hace. Esta segunda posibilidad no parece estar recogida en el artículo 350, pero dado que algunas autoridades militares han hecho uso de él como fundamento de su acción de desconocimiento de la orden del Presidente de la República ordenando la activación del Plan Avila, el 11 de abril de 2002, luce pertinente una reflexión al respecto.

El efecto más radical del desconocimiento de un régimen o autoridad es, en general, el desafío a la autoridad formal ya sea por parte del pueblo (o una parte de él); ya sea por parte de otra autoridad. En ambos casos, las consecuencias político-jurídicas son severas por cuanto puede conducir a una crisis de autoridad (gobierno incapaz de imponer su autoridad); o a un vacío de poder; o, peor aún, a una dualidad de poderes -uno formal y el otro de facto- que se disputarán el control de la situación y, eventualmente, la toma del poder por el gobierno de facto y/o la consolidación del gobierno formal aplastando cualquier desconocimiento a su existencia. En política los vacíos de poder se *llenan* rápidamente y una posible consecuencia del desconocimiento es que estemos en presencia de dos *gobiernos*: el gobierno formal, legal; y el *gobierno* paralelo que podrían crear aquellos que no reconocen al gobierno formalmente establecido. Esta suerte de dos poderes que aspiran a imponerse ha sido observada en situaciones revolucionarias, en las cuales, pueden aparecer focos de poder que desafían al poder establecido. Finalmente la solución a este problema de dualidad de poderes se logrará según la fuerza militar de cada sector.

Cuando el pueblo es quien desconoce a alguien como Presidente de la República, Alcalde o Gobernador, o jefe de la policía, están implicadas varias posibilidades de acción. Por una parte, la desobediencia civil; por otra parte, la resistencia civil pasiva, como no colaboración y, por último, la rebelión.

D. ¿En qué tipo de circunstancias puede aplicarse el artículo 350?

El artículo 350 dispone que el pueblo desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. Una de las cuestiones fundamentales a dilucidar es qué significa *contrariar* los principios y garantías democráticas y en qué consiste *menoscabar* los derechos humanos. Según el DRAE, contrariar significa contradecir, procurar que no se cumpla. Es lo opuesto a cumplir, es impedir que algo se realice. Por tanto, contrariar los principios democráticos es procurar que no se cumplan los mismos.

95. *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar, Editorial Ex Libris, Caracas 1988, p. 1086.

Entre los principios democráticos fundamentales podemos mencionar los siguientes:

1. Elecciones libres, iguales, periódicas e imparciales;

2. El respeto a la decisión de la mayoría;

3. El derecho de las minorías a ocupar un espacio en la vida política sin temor a ser desconocida por la mayoría;

4. El principio pluralista por el cual pueden existir distintos partidos y organizaciones de intereses con derecho a que sus exigencias sean oídas y canalizadas institucionalmente;

5. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;

6. Acceso y ejercicio del poder con sujeción al estado de derecho;

7. El principio de representación por el cual las decisiones competen a los elegidos por el ciudadano;

8. Principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos;

9. Libertad de asociación de los ciudadano para lograr sus derechos;

10. Libertad de expresión como ausencia de restricciones a la difusión del pensamiento y de sanciones por adversar al gobierno;

11. Acceso a fuentes alternativas de información que no están bajo el control del gobierno ni de cualquier grupo político individual;

12. La división y autonomía de los poderes públicos[96].

Por otra parte, la CRBV define en su artículo 2 cuales son los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado democrático y social de derecho y de justicia: "la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

Menoscabar los derechos humanos significa la disminución o amputación, de los mismos e impedir su libre ejercicio, violándolos o afectándolos en cualquier medida. Los derechos humanos son valores superiores para el Estado venezolano y cualquier gobierno que con sus actos, leyes, mandatos, decisiones, atente contra los mismos debe ser desconocido por el pueblo, de acuerdo con el deber que se establece en el artículo 350.

Por tanto, para aplicar esta disposición es necesario que se estén contrariando los principios, valores y garantías de la democracia o que se estén violando o menoscabando los derechos humanos, por medio de leyes injustas o inconstitucionales, por órdenes o actos de la autoridad injustos, ilegítimos, inconstitucionales o ilegales.

El objeto del 350 es la defensa de la Constitución, de la democracia y de los derechos humanos ante la posibilidad de que cualquier régimen, legislación o autoridad intenten vulnerarlos. Pero el problema se presenta cuando no hay acuerdo en el pueblo sobre si se está atentando o no contra la democracia o los derechos humanos. Y este es el gran dilema que se presenta en los actuales momentos donde, una parte del pueblo, considera que el gobierno de Presidente Hugo Chávez está incurso en los supuestos del artículo 350, por violar los derechos humanos y realizar acciones que contrarían la democracia y, otro sector del pueblo, defiende al gobierno y opina que es el más democrático que hemos tenido desde hace más de cuarenta años. Al margen de la actuación de los órga-

96. *V.*, *Carta Democrática Interamericana*, 11-9-2001, *Resolución de la Asamblea General de Estados Americanos* y DAHL, Robert, *La Democracia una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid 1999.

nos jurisdiccionales en la dilucidación de las violaciones a los derechos humanos y el irrespeto a los principios y valores democráticos, el artículo 350 otorga al pueblo, en cualquiera de sus sectores, un amplio poder o discrecionalidad en la valoración de las circunstancias que permiten su aplicación.

E. ¿Qué obligaciones impone el artículo 350 de la Constitución?

El artículo 350 atribuye un mandato amplísimo al pueblo -por no tener límites-, a través de varias obligaciones que pueden ejercerse cada una por separado o formar parte de un continuo. En efecto, esta norma recoge -a nuestro juicio- la desobediencia civil, la resistencia pasiva y activa, y en última instancia, frente a un gobierno tiránico, la rebelión.

(a) La desobediencia civil

Se establece, en primer lugar, la desobediencia civil cuando el artículo impone el desconocimiento de actos y legislación de un régimen o autoridad que atenten contra la democracia y/o los derechos humanos. Se trata de no cumplir con los mandatos de la autoridad, en forma pacífica, sin emplear por ninguna razón la violencia. El desconocimiento de la autoridad o del régimen debería comenzar con la desobediencia civil, pero si ella no es suficiente para que el gobierno cambie sus políticas o sus leyes antidemocráticas, el pueblo se verá forzado a emplear otros medios que van más allá de la desobediencia.

(b) La resistencia pasiva y activa

El artículo 350 abarca también la obligación de resistencia cuando impone el desconocimiento de un régimen que viole los derechos humanos y/o los valores y garantías democráticas. Este desconocimiento se plantea como no colaboración, el retiro del apoyo y de la lealtad al gobierno, no reconocerlo como legítimo, cuestionar su autoridad y buscar socavar sus bases. Aquí nuevamente se plantean acciones no violentas como huelgas, paros cívicos, marchas, boicots.

Como hemos señalado el desconocimiento puede ir por fases, de menor a mayor, comenzando por la desobediencia civil y, si ésta no es suficiente, continuar con la resistencia pasiva mediante métodos pacíficos. Cuando los medios pacíficos se hacen insuficientes para lograr los fines de los que resisten, se abre la posibilidad de pasar a la resistencia civil activa, que implica el uso de algún grado de fuerza, sin llegar a la rebelión, por ejemplo, las trancas de carreteras o autopistas, el enfrentamiento con las fuerzas policiales con objetos contundentes, repeler la agresión armada del gobierno por el mismo medio, etc.

F. La rebelión

Ningún régimen sensato y responsable frente a la ciudadanía puede establecer, en una norma constitucional, la obligación o el derecho del pueblo a rebelarse en su contra derrocándolo, porque se parte del supuesto de que existen mecanismos para la defensa de los derechos humanos y de los principios y garantías democráticos, tal como lo refleja

el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. "Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"[97].

Se observa una tendencia en el constitucionalismo comparado a desincorporar normas que autoricen u obliguen al pueblo a rebelarse derrocando gobiernos tiránicos, por cuanto éstos, han venido extinguiéndose o los sistemas políticos democráticos ofrecen otras vías para canalizar las exigencias y preferencias de los ciudadanos.

Pese a ello, la CRBV incorporó una disposición afín con la doctrina del derecho a la resistencia y/o el derecho a la rebelión dejando en manos del intérprete la tarea de determinar el alcance de del artículo 350. El verbo desconocer, tal como está establecido en el artículo, puede conducir a una manifestación radical por parte del pueblo. Si el artículo permite la desobediencia civil a una ley y la resistencia civil pasiva y activa a un régimen ilegal o violador de la Constitución, probablemente autoriza o exige al propio pueblo defenderse por medios más fuertes, cuando es atacado por la fuerza por dicho régimen o autoridad, o cuando éste es tiránico o deviene en tiránico.

¿Se abre, entonces, la posibilidad del alzamiento en armas en contra del gobierno para derribarlo, como forma de autodefensa y sobre vivencia del propio pueblo? Llamamos la atención acerca de que la norma no establece límite alguno a la acción de desconocimiento de un régimen. Porque si no ¿Qué significa desconocer un régimen sino quitarle el consentimiento y, por tanto, no obedecerle, oponérsele, resistírsele? ¿Y si el gobierno arremete contra el pueblo, qué alternativa le queda a éste: aguantar, resistir o rebelarse? Son todas preguntas pertinentes a la luz del artículo 350, pero cuyas respuestas son, indudablemente, difíciles. Nuestra hipótesis es que, en casos extremos, en los cuales estén en peligro nuestras vidas y, en general nuestros derechos humanos así como el sistema democrático, puede utilizarse el 350 como fundamento de una acción de derrocamiento de un gobierno, haciendo uso del derecho a la legítima defensa colectiva. Tal como lo afirmara el Presidente de la República al justificar la salida del pueblo a la calle, para defender y restituir su gobierno *a capa y espada*.

Se trataría del derecho a la rebelión del pueblo para defenderse contra un gobierno o régimen tiránico, o que se convierte en tiránico, de la misma manera que los ciudadanos, individualmente considerados, poseen el derecho a la legítima defensa.

IV. CONCLUSIONES

1. No hay acuerdo en la doctrina sobre los conceptos de desobediencia civil, resistencia civil y rebelión. Autores importantes manejan estos términos indistintamente, lo cual hace difícil saber, en la práctica, cuándo existe desobediencia, derecho a la resistencia o rebelión.

2. A esta dificultad se suma que estos conceptos tienen rasgos comunes, explicable en virtud de que aluden a la misma problemática: la justificación de la obediencia del gobernado frente al gobernante.

97. Resolución 217ª (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, "Declaración Universal de los Derechos Humanos", de 10 de diciembre de 1948 en *Derechos Humanos textos internacionales, ob. cit.* p. 51.

3. En algunos casos se pueden distinguir claramente los actos de desobediencia civil de los actos de resistencia y éstos de los actos de rebelión, pero en otras ocasiones aparecen mezclados, solapados y como eslabones de una misma cadena de acción colectiva.

4. La desobediencia civil es la negativa individual o colectiva, legítima, consciente y voluntaria, de los ciudadanos a acatar las normas y mandatos dictados por las autoridades competentes, con la finalidad de que esa normas o políticas sean cambiadas por considerarse que son inconstitucionales, ilegales o injustas. La desobediencia es una violación de la ley, se trata de no cumplir con los deberes que nos imponen la Constitución o las leyes. Se caracteriza por ser pacífica y por tener objetivos limitados.

5. La resistencia civil es el derecho del pueblo a oponerse a un gobierno que atropella a los ciudadanos, al excederse en el uso del poder que le fue otorgado. La resistencia supone desobedecer y no colaborar con el gobierno hasta socavar las bases de su poder. En cuanto a los métodos, en principio es pacífica, pero algunos autores sostienen que en determinadas situaciones puede utilizarse la violencia (en el caso de la resistencia activa) para defenderse del gobierno.

6. La rebelión es, desde el punto de vista jurídico, un levantamiento o un alzamiento en armas para derrocar a un gobierno y/o cambiar las instituciones de un país. Siempre es violenta y parecería que la tendencia actual de las legislaciones es a no consagrar un derecho a la rebelión sino a considerarla como un delito, sin distinguir si se trata de derrocar a un gobierno legítimo o a uno ilegítimo o injusto.

7. El artículo 350 de la CRBV ha planteado la discusión acerca de la desobediencia civil, de la resistencia y de la rebelión, pues al utilizar el constituyente la expresión *desconocerá* se ha consagrado un mandato amplísimo al pueblo lo cual ha creado una gran confusión, contribuyendo a que se le dé un uso indiscriminado a estos términos y a que cada quien lo interprete de acuerdo a su posición política.

8. El artículo 350 no consagra, como se ha venido diciendo, un derecho a la desobediencia, resistencia o rebelión, sino una verdadera obligación política de actuar, por parte del pueblo, frente a violaciones de los derechos humanos y los principios y garantías democráticas.

9. El artículo 350 al disponer que "el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, por la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos", está consagrando la obligación a la desobediencia civil y a la resistencia y, en casos extremos de agresión armada del gobierno contra el pueblo, o de un gobierno tiránico, la rebelión.

10. El desconocimiento del régimen, legislación o autoridad comienza con la desobediencia civil, es decir, no acatar las leyes ni órdenes del gobierno, pero además, contempla la resistencia, entendida como retirar el apoyo y la lealtad al gobierno, no reconocerlo como un gobierno legítimo y en este sentido, negarle por medios pacíficos y, eventualmente, violentos, la colaboración que él necesita para mantenerse vigente.

11. La obligación de rebelarse sólo estaría presente si el régimen o la autoridad que viola la democracia o los derechos humanos, se convierte en tiránico, empleando la fuerza contra el pueblo y atentando contra sus vidas y libertades. Sólo en una situación así el pueblo podría alzarse contra el tirano.

BIBLIOGRAFÍA

AQUINO, Tomás de, *Escritos Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1962.

ARENDT, Hannah, "Sobre la Revolución", *Revista de Occidente*, Madrid 1967.

ARTOLA, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza Editorial, Madrid 1986.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid 1982.

BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México 1977.

CALLEJA, Hernando, *Diccionario Político-Social*, Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona.

CARTA DEMOCRATICA INTERAMERICANA

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

CASARES, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua española*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona 1990.

COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional*, MacGraw-Hill, Bogotá 2000.

DAHL, Robert, *La Democracia una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid 1999.

DE LOJENDIO, Ignacio María, *El Derecho de Revolución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941.

DÍAZ CHACÓN, Freddy José, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*, año 2-número 6, noviembre-diciembre 2001, Livrosca, Caracas 2001.

5 Años de Casación Penal (1989-1993), Livrosca, Caracas 1995.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona 1970.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio***,** Editorial Ariel, Barcelona 1999.

FABAL, Gustavo, *Pensamiento social desde el medioevo hasta el siglo XIX*, Editorial Ayuso, Madrid 1973.

FUNDACIÓN POLAR, *Diccionario de Historia de Venezuela*, Editorial Ex Libris, Caracas 1988.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas 2002.

LANDSBERGER, Henry ed., *Rebelión campesina y cambio social*, Editorial Crítica, Barcelona 1978.

LENK, Kart, *Teorías de la Revolución*, Editorial Anagrama, Barcelona 1978.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Editorial Aguilar, Madrid 1973.

MALEM SEÑA, Jorge, *Concepto y Justificación de la Desobediencia Civil*, Editorial Ariel, Barcelona 1988.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales***,** Editorial Obra Grande, Montevideo 1986.

RANDLE, Michael, *Resistencia Civil*, Editorial Paidós, Barcelona 1998.

RUBIO LLORENTE, Francisco: "La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución" en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y GONZÁLEZ VEGA, Javier, *Derechos Humanos. Textos internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid 2001.

SERRA ROJAS, Andrés, *Diccionario de Ciencia Política***,** Facultad de Derecho-UNAM, Fondo de Cultura Económica, México 1999.

SKINNER, Quentin, *Los fundadores del pensamiento político moderno*, Tomo II La reforma, Fondo de Cultura Económica, México 1986.

SKOCPOL, Theda, *Los Estados y las revoluciones sociales*, Fondo de Cultura Económica, México 1984.

SELIGMAN, Edwin ed., *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1944.

SILLS, David ed., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan and Free Press, Estados Unidos 1968.

THOREAU, Henry, *Desobediencia Civil y otros escritos*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

TODD, Allan, *Las revoluciones 1789-1917*, Alianza Editorial, Madrid 2000.

LEGISLACIÓN, *Constitución Federal Para los Estados de Venezuela* (1811). En MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Venezuela***,** Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid 1965.

Constitución de la República de Venezuela de 1961 en MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid 1965.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* nº 5.453 *Extra.* de 24 de marzo de 2000.

ARTÍCULOS PUBLICADOS EN PERIÓDICOS:

BREWER-CARÍAS, Allan, "La democracia venezolana a la luz de la Carta Democrática" en *El Nacional*, 3 de noviembre de 2002.

COMBELLAS, Ricardo, "Alcance del artículo 350 de la Constitución bolivariana" en *El Nacional*, 2 de julio de 2002.

JAUA, Elías, "La historia y el espíritu del artículo 350" en *El Universal*, 3 de noviembre de 2002.

MOLINA, José Enrique, "Militarismo hoy y mañana?" en *El Nacional*, 30 de octubre de 2002.

OLAVARRÍA, Jorge, "Lo que no ha sucedido" en *El Nacional*, 29 de octubre de 2002.

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

Francisco Fernández Segado
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela
España

I. INTRODUCCIÓN
LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES

1. El Estado federal, como acertadamente escribiera Scheuner[1], es, gracias a su complicada construcción y a su estrecha vinculación con las cambiantes situaciones históricas, una formación estatal cuya esencia y peculiaridad debe siempre captarse, realmente, en el caso concreto. Su imagen debe ser construida más bien desde una consideración histórico-pragmática, antes que desde una teoría abstracta. La estructura móvil y delicada del Estado federal requiere ser comprendida y vivida antes que ser construida teóricamente.

Precisamente porque el federalismo debe ser contemplado como un proceso dinámico y no como un proyecto estático, cualquier designio o modelo de competencias o jurisdicciones será meramente, como bien significa Friedrich[2], una fase, un ensayo de cierta realidad política en constante evolución.

Quizá por este permanente dinamismo de la realidad federal, resulta harto dificultoso, si no imposible, formular una definición universal y abstracta del federalismo, cuando se pretende utilizarla para sustentar las bases de una cierta tipología. Y es que no hay un modelo acabado de Estado federal que pueda ser universalmente utilizado. Como al efecto dice Rosenn[3], no hay fórmula mágica para el federalismo.

Ello no significa que no puedan vertebrarse determinadas tipologías en base a ciertos elementos configuradores del Estado federal. Así, por poner un ejemplo relativo al Continente americano, en América Latina es clásica la tipología formulada por Sánchez

---

1. SCHEUNER, Ulrich: "Struktur und Aufgabe des Bundesstates in der Gegenwart. Zur Lehre vom Bundesstaat", en *Die öffentliche Verwaltung*, 1962, p. 641. *Cit*. por SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", en *Documentación Administrativa*, nº 193. enero-marzo 1982, pp. 77 y ss., en particular, p. 80.

2. *Cf.*, al efecto, FRIEDRICH, Carl J., "Trends of federalism in theory and practice", *The Mall Pall Press*, Londres 1968, "Federalism -dirá Friedrich (p. 7)- is also and perhaps primarily the process of federalizing a political community, that is so say, the process by which a number of separate political communities enter into arrangements for working out solutions, adopting joint policies, and making joint decisions on joint problems, and, conversely, also the process by which a unitary political community becomes differenciated into a federally organized whole".

3. ROSENN, Keith S., "El federalismo en las Américas, una comparación perspectiva", en el colectivo, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México 1988, p. 791 y ss., en concreto, p. 809.

Viamonte, que agrupa los Estados federales en un tríptico, según la intervención que los Estados miembros tengan en la reforma de la Constitución federal[4]. Sin embargo, este tipo de clasificaciones, que en el fondo son tributarias de la continua propensión formal de los análisis del federalismo, sobre la que previniera Wheare[5], no son, *per se*, reveladoras de una caracterización común de los Estados agrupados en cada tipo, más allá del rasgo puramente formal que sirve de criterio clasificador.

La realidad de cada Estado federal es muy dispar y se halla en permanente evolución. Ello propicia una multiplicidad de fórmulas federales. Wright[6] ha llegado a diferenciar cuarenta y cuatro tipos distintos. Esta pluralidad llega al extremo de que algunos Estados federales se hallen muy próximos al Estado unitario, como puede sostenerse en relación con algún Estado federal iberoamericano. Por otro lado, el ideal simétrico del sistema federal no siempre se corresponde con la realidad de muchas Federaciones, caracterizadas por la existencia de rasgos asimétricos, como ya señalara en la década de los sesenta Tarlton[7].

2. La muy notable diferencia que en la realidad presentan los Estados federales no impide tratar de individualizar aquellos elementos que podrían ser considerados como característicos del Estado federal. Su análisis particularizado es necesario, en un estudio comparado como el que pretendemos realizar, para tratar de discernir si los Estados federales de América Latina, esto es, Argentina, Brasil, México y Venezuela, responden a un modelo no digamos -en sintonía con lo anteriormente expuesto- común, pero sí mínimamente homogéneo, que pueda propiciar hablar de un *federalismo latinoamericano* con algunos rasgos peculiares, o si, por el contrario, se nos presentan como Estados federales en los que priman las divergencias sobre las posibles similitudes.

Los rasgos que, de forma general, identifican al Estado federal, y a los que vamos a atender, son los siguientes:

a) La existencia de una Constitución, rígida normalmente, en cuya reforma han de participar, como regla general, los entes territoriales constitutivos de la Federación.

b) El reconocimiento a los Estados miembros de la Federación del principio de autonomía política, cuya manifestación primigenia es la elaboración o reforma de su propia Constitución, siempre dentro del marco delimitado por la Constitución federal.

c) La existencia de un órgano, normalmente jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros, así como de salvaguardar la primacía de la Constitución federal.

d) El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal, cauce que suele encontrar su manifestación peculiar en la estructura bicameral del poder legislativo federal con la subsiguiente existencia de una Cámara de los Estados.

---

4. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires 1967, p. 79.

5. *Cf.*, al efecto, KENNETH C., Wheare: "Federal Government", Oxford University Press, 4a. ed., Londres 1963.

6. WRIGHT, Deil S., "Del Federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: Una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 6 (nueva época), noviembre-diciembre, Madrid 1978, pp. 5 y ss. *Cf.*, asimismo, WRIGHT, Deil S., "Understanding intergovernmental relations", Brooks/Cole Publishing Co., 2a. ed., Monterrey 1982.

7. TARLTON, Charles D., "Symmetry and Asymmetry, as elements of Federalism: a theoretical speculation", en The Journal of Politics, vol. 27, n° 4, 1965, pp. 861 y ss. Entre la doctrina española, *Cf.*, SEIJAS VILLADANGOS, Esther, "Un nuevo estadio en el discurso federal: el federalismo asimétrico", en Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 7, Lima 2000, p. 343 y ss.

e) El reparto constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros.

f) La compensación financiera, que se manifiesta en un conjunto de reglas ordenadoras de la división de competencias tributarias entre la Federación y los Estados miembros.

g) La intervención federal, que es una técnica específica encaminada, como dice Machado Horta, a mantener, caso de violación, la integridad territorial, política y constitucional del Estado federal[8], mecanismo que ha revestido una excepcional importancia en el funcionamiento del federalismo de algunos países del área, por lo menos en determinados momentos históricos.

3. El federalismo no puede ser interpretado en clave de relaciones jerárquicas o estratificadas. Bien al contrario, el espíritu inicial del Estado federal, dar cabida tanto a las tendencias particularistas como a las unionistas, asegurar su coexistencia, temperar las unas mediante las otras y provocar transacciones entre ellas[9], sigue hallándose plenamente vigente.

Esa dualidad de aspectos de difícil ensamblaje a que ya aludiera en los años treinta del pasado siglo Mouskheli[10], quizá sea una de las razones que explique que el federalismo siga siendo una vía institucional perfectamente válida o, como afirma Ribeiro[11], que se nos presente todavía en nuestros días como un principio rector que encuentra gran receptividad y resonancia en la vida de muchos países, posiblemente porque el principio federal, lejos de desactualizarse, ha sabido encontrar nuevos fundamentos más allá de aquellos en los que halló su origen.

II. EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMÉRICA

Latinoamérica nos ofrece algunos rasgos peculiares que han de ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo un análisis de los cuatro sistemas federales existentes en el área[12].

Ante todo, parece obligado destacar el fuerte influjo que en América Latina ha ejercido el constitucionalismo norteamericano en general y, en lo que ahora interesa, el sistema federal estadounidense. De la Cueva[13] se haría eco de la atracción ejercida por el

8. MACHADO HORTA, Raúl, "Problemas do Federalismo", en *Perspectivas do Federalismo Brasileiro* (Estudos sociais e políticos), Ediçoes da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte 1958, pp. 14-15.

9. DURAND, Charles, "El Estado federal en el Derecho positivo", en BERGER, G., CHEVALLIER, J.J. y otros: *Federalismo y Federalismo Europeo*, Tecnos, Madrid 1965, p. 171 y ss., en concreto, p. 209.

10. MOUSKHELI, M., "La théorie juridique de 1'Etat Fédéral", A. Pedone, Editeur, París 1931, p. 125. Traducción española de LÁZARO, A., y ROS, publicada por Edit. Aguilar, Madrid 1931.

11. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., Editora Saraiva, Sao Paulo 1992, p. 246.

12. En el pasado existieron algunas otras experiencias federales en el área. Así, los Estados centroamericanos, al independizarse de México en 1821 crearon la República Federal de Centroamérica. Chile adoptó el sistema federal en 1826, dividiéndose el país en ocho provincias, pero un año más tarde la Asamblea Nacional dejó en suspenso dicha forma de Estado, bien que en Chile ha subsistido en alguna medida un cierto espíritu federal que hoy tiene su reflejo en una limitada autonomía regional. También en Colombia la Constitución de 1853 optó por la fórmula federal, que perduraría hasta la Constitución de 1886 que la abolió.

13. DE LA CUEVA, Mario, "La Constitución de 5 de febrero de 1857", en el colectivo, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, UNAM, publicaciones de la Facultad de Derecho, México 1957, p. 1224.

modelo norteamericano sobre México y los demás pueblos de la América española que, escarmentados del centralismo ejercido durante siglos desde Madrid, contemplaban con aprensión el nuevo centralismo que se pretendía ejercer sobre los hombres y los pueblos desde las ciudades de México o Buenos Aires. Tan fuerte ha sido esa influencia que, con bastante frecuencia, el federalismo iberoamericano se ha medido por su aproximación o alejamiento del modelo federal norteamericano.

Sin embargo, no puede olvidarse ni minusvalorarse la fuerte influencia de la estructura territorial implantada por España en América, a través de los Municipios, Cabildos, Intendencias y Diputaciones Provinciales, en la implantación del sistema federal por algunos países tras la Independencia, Argentina y México muy particularmente. Quiere ello decir que la adopción del modelo federal no responde a una mera mimesis del modelo norteamericano. Todo ello al margen ya de que entre los sistemas federales latinoamericanos existen diferencias notables.

Una serie de circunstancias de dispar naturaleza, social, cultural, política e incluso jurídicas, han incidido de modo muy notable en ocasiones sobre el asentamiento del federalismo en Latinoamérica, impidiendo, como significa Wheare[14], o por lo menos dificultando seriamente, su firme establecimiento, su consolidación:

La endémica inestabilidad constitucional de algunos países, como es el caso de Venezuela, ha lastrado el arraigo de la forma de organización federal del Estado.

Otro factor peculiar ha sido el hiperpresidencialismo latinoamericano. La tradicional concentración de poder en el Gobierno federal y, dentro de éste, en el Presidente, de lo que constituye ejemplo paradigmático el presidencialismo mexicano, ha contribuido fuertemente a la *desfederalización*, en tanto que el federalismo, como lúcidos estudiosos del mismo (entre ellos, Georges Scelle y Michel Mouskhely) han subrayado, se asienta en una ley no escrita, la ley de la colaboración y del equilibrio.

Las frecuentes quiebras del sistema constitucional no han dejado de impactar sobre el sistema federal. Así, como recuerda Rosenn[15], la militarización del régimen político brasileño entre 1964 y 1985 se tradujo en una fuerte centralización del poder en detrimento de los Estados miembros de la Unión, lo que en buena medida fue la resultante de la concentración de las facultades tributarias en el Gobierno federal. El retorno a la democracia constitucional no alteraría esta situación; bien al contrario, como ha subrayado Pinto Ferreira[16], el poder creciente de la Unión sobre los Estados miembros en el ámbito financiero cada día se ha acentuado más.

El funcionamiento del sistema federal se ha visto asimismo afectado por condicionamientos de carácter cultural, tal y como ha puesto de relieve Valadés[17] en relación a México, aunque su reflexión, a nuestro juicio, puede extrapolarse a otros países latinoamericanos.

Como circunstancia sociológica de relevancia habría que recordar la inhibición de amplios sectores ciudadanos ante unos sistemas que en la realidad práctica ignoran los postulados a los que teóricamente deben responder, lo que, por ejemplo, ha conducido

14. KENNETH C., Wheare, "Federal Government", *op. cit*., p. 22.
15. KEITH S., Rosenn, "El federalismo en las Américas...", *op. cit.*, p. 808.
16. PINTO FERREIRA, Luíz, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., Editora Saraiva, Sao Paulo 1991, p. 553.
17. VALADÉS, Diego, "Presupuestos históricos del federalismo mexicano", en VALADÉS, Diego y CARPIZO, Jorge, *Problemas del federalismo mexicano*, en TRUJILLO, Gumersindo (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, CEC, Madrid 1979, p. 197 y ss., en concreto, p. 206.

en Venezuela a que el federalismo carezca de los necesarios cimientos sociopolíticos que su instauración real, que no puramente formal, requiere[18].

Una nueva circunstancia la encontramos en el sistema de partidos. La ausencia de partidos de ámbito estatal (o regional o provincial, si así se les prefiere tildar), de un lado, y, por encima de todo, el arraigado centralismo y falta de sensibilidad hacia la idea federal de los partidos de ámbito nacional, de otro, incidirían aún más si cabe en la desvirtuación del sistema federal. Se ha dicho[19] que la verdadera garantía del federalismo residiría en la existencia de partidos estrictamente regionales o estatales. No compartimos esta opinión, que la realidad política de bastantes Estados federales se encarga por lo demás de desvirtuar. Pero lo que sí nos parece irrefutable es que las fuerzas políticas de los cuatro países cuyo régimen federal analizamos han carecido históricamente de la necesaria sensibilidad requerida por el principio federal.

Si la estructura federal, como es opinión doctrinal comúnmente compartida[20], se encuentra en íntima conexión con la democracia, que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión, a la vista de todo lo expuesto, se comprende que el déficit democrático de estos países, especialmente patente en algunos de ellos y en determinadas etapas históricas, haya ido estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte Schambeck[21].

Para tratar de delimitar el cúmulo de circunstancias que han dificultado la consolidación del federalismo en América Latina hemos de recordar una que aunque no forma parte del contexto, pues se trata, sin más de un empleo desviado de un instrumento característico del sistema federal, bien podríamos considerar que se ha contextualizado por su empleo frecuente y desnaturalizado. Nos referimos al exagerado y abusivo recurso a la técnica de la intervención federal. Loewenstein[22] ha considerado que el recurso a la práctica de la intervención federal de forma constante y frecuentemente por razones mínimas, ha hecho del federalismo iberoamericano una ficción y ha eliminado ampliamente la verticalidad recíproca de la estructura federal.

III. FEDERALISMO DUAL, CENTRALIZADO Y COOPERATIVO EN AMÉRICA LATINA

1. En un momento anterior ya nos referimos al dinamismo del sistema federal y a la multiplicidad de sistemas federales o, si así se prefiere, de los rasgos peculiares de los distintos Estados que han adoptado esta forma de organización, no siempre reconduci-

18. Así lo entiende RIVAS QUINTERO, Alfonso, "Análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino", en COMBELLAS, Ricardo, (coord.), *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. I, Konrad Adenauer Stiftung (y otras Editoriales), Caracas 1996, pp. 367 y ss., en concreto, p. 372.

19. SIGMANN, Jean, "Las aplicaciones del federalismo en Alemania, especialmente desde 1945", en BERGER, G., CHEVALLIER, J.J. y otros, *Federalismo y Federalismo Europeo*, *op. cit.*, pp. 281 y ss., en particular, p. 297.

20. Así, por ejemplo, VOGEL, Juan Joaquín en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Capítulo XII, "El régimen federal de la Ley Fundamental", IVAP-Marcial Pons, Madrid 1996, p. 622.

21. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", *op. cit.*, p. 87.

22. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2da. Edición, Ediciones Ariel, Barcelona 1970, p. 380.

ble a un modelo. Ello, sin embargo, no ha impedido que la doctrina trate de reconducir los sistemas federales, o un mismo sistema en su devenir histórico, a un conjunto de modelos[23].

Por nuestra parte, nos referiremos, sucesivamente, al federalismo dual, al centralizado y al cooperativo, en cuanto que, en mayor o menor grado y en uno u otro momento histórico, estos modelos identifican, a veces en una versión distorsionada, los distintos sistemas federales latinoamericanos en su trayectoria histórica.

2. El concepto de *federalismo dual* (*dual federalism*) empezó a ser popularizado por Corwin en 1934[24], remitiendo su origen a las tesis de Hamilton, plasmadas en los artículos 39 y 46 de *El Federalista*[25]. El *federalismo dual* se asienta en la concepción de la Constitución federal de 1787 como un convenio o acuerdo entre los Estados, de acuerdo con el cual éstos mantendrían su soberanía sobre una serie de cuestiones. Fruto de ello sería la existencia de dos ámbitos de poder, mutuamente exclusivos y recíprocamente limitados, con unos respectivos gobiernos situados en un plano de absoluta igualdad en cuanto igualmente soberanos.

La doctrina del *dual federalism* sería expresada por el celebérrimo texto de la Décima Enmienda[26], que venía a establecer una esfera reservada a la Unión frente a otra privativa de los Estados miembros, propiciando que en 1835 Tocqueville interpretara esta cláusula en el sentido de que el gobierno de los Estados era el derecho común y el gobierno federal la excepción[27].

La doctrina del *federalismo dual*, como señala Matioth[28], no estaba exenta de segundas intenciones políticas que le iban a dar una vida más dilatada de lo que se hubiera sospechado. La doctrina se iba a presentar como la resultante lógica de la desconfianza inicial de unos Estados que acababan de renunciar a su independencia con respecto a la Unión que acababa de nacer.

El Tribunal Supremo, ya en el siglo XIX, adoptó esta doctrina, considerando que los dos niveles de gobierno, federal y estatal, eran igualmente cosoberanos y cada uno de ellos supremo dentro de su propia esfera. La teoría del *federalismo dual* recibió su más clara enunciación en el caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), como bien recuerda Pritchett[29]. Por una votación muy ajustada (de cinco contra cuatro), el Tribunal invalidó una ley del Congreso que limitaba la circulación, en el comercio interestatal, de mercancías producidas por el trabajo de los menores. Por la mayoría, el Juez Day expresaba que nunca podía olvidarse que "los poderes no expresamente delegados al gobierno nacional" son reservados a los Estados y al pueblo, por la Décima Enmienda.

---

23. Entre la doctrina española, LÓPEZ ARANGUREN diferencia los siguientes modelos: el federalismo dual, el federalismo cooperativo, con sus variaciones conceptuales del federalismo creativo y del nuevo federalismo, y el federalismo centralizado. LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo, *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en Estados Unidos*, IEAL, Madrid 1987, pp. 33 y ss.

24. CORWIN, Edward S., "The twilight of the Supreme Court. A history of our constitutional theory", Yale University Press, New Haven 1934.

25. MADISON, Hamilton, y JAY., *El Federalista*, 2ª ed., la reimpr., FCE, México 1974, pp. 158-163 y 199-204.

26. Según la Décima Enmienda: "Los poderes no delegados a los Estados Unidos y no expresamente negados a los Estados son reservados a los Estados respectivamente o al pueblo".

27. DE TOCQUEVILLE, Alexis, "La Democracia en América", Alianza, 2ª reimpr. de la 1ª ed., en *El Libro de Bolsillo*, vol. 1, Madrid 1989, p. 107.

28. MATHIOT, André, "El federalismo en Estados Unidos", en BERGER, G., y CHEVALLIER, J.J., y otros, *Federalismo...*, *op. cit.*, pp. 216 y ss., en particular, p. 229.

29. PRITCHETT C. Herman, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1965, p. 94.

La citada jurisprudencia perduraría hasta que el fallo dictado en el caso *United States v. Darby Lumber Co.* (1941). La crisis económica, las necesidades derivadas de la guerra y las transformaciones de las colectividades públicas contribuirían notablemente al abandono del modelo del *federalismo dual*, que respondía a unas finalidades opuestas a las que inspiraron el *New Deal* y a las nuevas exigencias del intervencionismo económico y social. Bien es cierto que, doctrinalmente, habrían aún de pasar unos lustros hasta que dicho modelo fuera objeto de un enjuiciamiento crítico[30].

3. El modelo del *dual federalism* sería, formalmente al menos, seguido de cerca por los primeros sistemas federales latinoamericanos, dejando su impronta en ellos. Como recuerda Carpizo[31], los cuatro países siguen el llamado sistema norteamericano de acuerdo con el cual, todo aquello que no está expresamente concedido a la Federación ha de ser entendido como facultades reservadas a las entidades federativas. Bien es verdad que aunque la regla parecía clara, en la práctica, la cuestión no iba a ser de tan fácil solución. Pero al margen ya de la formalización de este sistema distributivo de competencias, por lo menos en las primeras etapas del federalismo de algunos países del área, el rasgo peculiar del *federalismo dual*, esto es, la concepción de dos ámbitos de poder mutuamente exclusivos y recíprocamente limitados, se iba a manifestar con claridad.

En Argentina, la unión de provincias preexistentes que fragua la Constitución de 1853-1860 se lleva a cabo, según Linares Quintana[32], sobre la base de la transformación de la soberanía originaria de las provincias en autonomía, delegando una medida definida de poderes originarios en el gobierno federal que se crea por dicha unión, y reservándose el remanente de tales poderes en una medida indefinida. En esta dirección, el art. 121 de la Constitución Argentina seguía el modelo de la Décima Enmienda.

También en México el art. 40 de la Constitución de 1917 se sustenta en el principio de la cosoberanía. De acuerdo con esa norma, México es un Estado federal por voluntad del pueblo, hallándose constituido por Estados libres y soberanos, pero unidos en una Federación. Sin embargo, como advierte Carpizo[33], siguiendo al maestro Mario de la Cueva, el concepto de la cosoberanía está asentado en una contradicción, pues el art. 39 declara que: "La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo". Entonces, ¿cómo es que los Estados miembros son cosoberanos, si el único soberano es el pueblo mexicano?.

En Brasil, la doctrina que ha examinado el federalismo clásico no olvida destacar, como uno de sus rasgos más significativos, la coexistencia dentro de la Unión, que goza de soberanía, de Estados y Municipios, que gozan de autonomía, o sea, de la capacidad decisoria en todo aquello que les es propio. No obstante no poder sostener el principio de cosoberanía en la Constitución de 1891, ni siquiera formalmente, lo cierto es que se

30. La tarea de demolición crítica del modelo del *federalismo dual* en la vida académica, como advierte LÓPEZ ARANGUREN en *El federalismo americano...*, *op. cit.*, p. 43, se debe sobre todo a GRODZINS, formulador de la hipótesis de las "funciones compartidas" (en el sistema federal, todos los niveles de poder participan significativamente en todas las actividades de gobierno) e inspirador fundamental de un modelo alternativo en cuya base se encuentra el concepto de "cooperación". *Cf.*, al respecto, MORTON GRODZINS, "The American system. A new view of government in the United States", Rand Mac Nally, Chicago 1966. Añadamos que ya en 1957 el mismo CORWIN había reformulado sus tesis iniciales en torno al *dual federalism*. *Cf.*, al efecto, CORWIN, Edward S., "The passing of dual federalism", en MCCLOSKEY, Robert G., (ed.,), "Essays in constitutional law", KNOPF, Alfred A., New York 1957.

31. CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica*, UNAM, México 1973, p. 35.

32. LINARES QUINTANA, Segundo V., "La garantía del principio federal en la Constitución Argentina", en el colectivo *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, Tomo I (Derecho Constitucional), México 1988, pp. 403 y ss., en concreto, p. 404.

33. CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 11ª ed., Editorial Porrúa, México 1998, p. 228.

seguirá muy de cerca el modelo federal norteamericano, entre otras razones, por el gran influjo del insigne jurista Rui Barbosa, uno de los principales autores de la Carta republicana de 1891. Por lo demás es opinión compartida de la doctrina[34] que los Estados, durante la Primera República (1889-1930), gozaron de una más que notable autonomía. Por todo ello, en alguna medida, también el modelo del *federalismo dual* puede ser válido para identificar la primera etapa de la evolución de su régimen federal.

En Venezuela, la Constitución de 1864, primera que proclama el sistema federal, reunió a veinte provincias que se declaraban independientes y reconocían recíprocamente su autonomía, pero la Federación venezolana, como escribe Oropeza[35], no fue un producto espontáneo de la historia, sino una creación artificial, lo que se tradujo en que la Federación no pudo funcionar en los términos establecidos por la Carta, porque la soberanía de los Estados no era originaria sino concedida por la ley, circunstancia que podría contribuir a explicar el porqué las poblaciones de los Estados nunca protestaron por las continuas vulneraciones a su independencia de parte del poder nacional. Formalmente, también en Venezuela fue notorio el influjo del modelo federal norteamericano, pero en la realidad de los acontecimientos difícilmente puede recurrirse al modelo del *dual federalism* para identificar el federalismo venezolano ni tan siquiera de la primera época.

En definitiva, aunque el primer federalismo de algunos de los países que examinamos pudiera acomodarse al *dual federalism*, la realidad federal iberoamericana sería bien pronto muy diferente de la estadounidense, pues ya desde los primeros momentos aparecería una pauta tendencial centralizadora del poder político en la Federación y, particularmente, en el Ejecutivo federal, alejándose con rapidez estos sistemas federales de los presupuestos encarnados por el federalismo dual.

4. Al *federalismo dual* se ha querido oponer al *neofederalismo*, en el que los Estados miembros no tendrían prácticamente más que lo que el legislador federal quisiera darles. En tales casos, como dice Durand[36], lo que se está produciendo más bien es un deslizamiento del federalismo hacia la noción bien distinta de la descentralización administrativa. Dicho de otro modo, el marco jurídico del Estado federal subsiste, pero apenas se corresponde con su contenido propiamente dicho ni con el espíritu que anima la vida política.

De alguna manera, el federalismo en Venezuela respondería a esta situación. Como de modo rotundo afirma Rivas Quintero[37], nunca en Venezuela pudo hablarse de una verdadera Federación; la importación del clásico modelo norteamericano no se ajustó a la realidad sociopolítica de la nación venezolana a la hora de erigirse en Estado compuesto, pues faltaron los factores determinantes para catalogar a las provincias como centros de poder perfectamente diferenciados entre sí.

La catalogación como *sistema neofederal* no parece, sin embargo, adecuada en relación a los demás Estados compuestos del área, siendo más ajustada la etiqueta de modelos de *federalismo centralizado*, cuyos supuestos esenciales son: el inequívoco predominio del poder nacional o central, la naturaleza jerárquica del poder y de la autoridad y la existencia de una relación de dependencia de unos poderes respecto de otros[38].

34. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., Editora Saraiva, Sao Paulo 1992, p. 257.
35. OROPEZA, Ambrosio, *La nueva Constitución Venezolana, 1961*, Editorial Panapo, Caracas 1992, p. 200.
36. DURAND, Charles, "El Estado federal en el Derecho positivo", *op. cit.*, pp. 212-213.
37. RIVAS QUINTERO, Alfonso, "Análisis crítico del proceso federativo venezolano…", *op. cit.*, p. 375.
38. LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo, *El federalismo americano…*, *op. cit.*, p. 57.

Ciertamente, el fuerte incremento de las funciones del Estado, fruto de la transformación experimentada por el mismo, que de ser un Estado guardián del orden se ha convertido en un Estado de actuación e intervención en la vida social y económica, ha incidido en el federalismo. Al referirse a este proceso, Friedrich[39] ha llegado a la conclusión de que es una nueva forma de democracia la que ha modificado el concepto americano del federalismo. Y Konrad Hesse concluye[40] que las nuevas circunstancias, expuestas con anterioridad, nos conducen a lo que gráficamente denomina la *Unitarisierung* del Estado, esto es, al *Estado federal unitario*. Por su parte, Vogel[41], refiriéndose a la Alemania de Bonn, subraya que aunque desde que entró en vigor la *Bonner Grundgesetz* no se ha cuestionado el federalismo, como principio jurídico-político, se ha lamentado, sin embargo, un desplazamiento de la balanza hacia el lado de la Federación y un paulatino vaciamiento de las competencias de los *Länder*.

En definitiva, es denominador común de todos los sistemas federales de nuestro tiempo, y ello viene de lejos, la tendencia al fortalecimiento del poder federal más allá incluso de las previsiones constitucionales y el subsiguiente debilitamiento de los Estados miembros, rasgo que es casi consustancial al siglo XX, pues en los Estados Unidos comenzó a manifestarse patentemente a través de la interpretación cada vez más extensiva de los *implied powers* de la Administración federal, desde el momento de la aprobación de la Enmienda XVI (1913), que facultaba al Congreso para imponer y recaudar contribuciones sobre la renta, sea cual fuere su origen, sin necesidad de distribución proporcional entre los varios Estados. Análoga sería la evolución en Alemania, como recuerda Pule[42], por el progresivo crecimiento de la Administración federal en la vía administrativa cotidiana de la República de Weimar.

Es claro, pues, por todo lo expuesto, la existencia de un proceso que podríamos llamar *centralizador* en el seno de los Estados federales, proceso que se retrotrae a las primeras décadas del pasado siglo XX. Sin embargo, el modelo del *federalismo centralizado* no pretende identificar esta evolución generalizada de los sistemas federales, sino, por el contrario, pretende visualizar un federalismo diferente, en el que los poderes estatales, provinciales o regionales y los locales dependen totalmente de decisiones de alcance nacional adoptadas por el poder central, siendo al unísono insignificante el impacto de los centros de poder estatal, provincial o regional y local en las decisiones políticas de mayor relevancia.

5. El modelo del *federalismo centralizado*, tal y como acaba de delinearse, bien puede servirnos para identificar los Estados federales de Latinoamérica, con la ya expuesta salvedad de Venezuela, donde es más propio hablar de una suerte de *neofederalismo*.

En Argentina, la garantía federal de la autonomía política y económica de las provincias ha sido quebrantada hasta en sus mismos cimientos por el paulatino, pero firme e ininterrumpido, avance del poder central sobre el ámbito de gobierno propio reservado a las provincias, y ello, como sostiene Linares Quintana[43], a través de un completo proceso sociológico-político-económico de centralización, que ha ido acelerando su ritmo,

39. FRIEDRICH, Carl J., "Origin and development of the concept of federalism in the United States", en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tomo 9, Tübingen 1960, pp. 36-37.

40. *Cit*. por DE LOJENDIO E IRURE, Ignacio Ma., "Autonomía y consenso", en TRUJILLO, Gumersindo, (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, *op. cit*, pp. 51 y ss., en particular, p. 63.

41. VOGEL, Juan Joaquín, "El régimen federal de la Ley Fundamental", *op. cit.*, p. 619.

42. HANS-JÜRGEN PUHLE: "Problemas del federalismo alemán", en TRUJILLO, Gumersindo, (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, *op. cit.*, pp. 87 y ss., en concreto, p. 103.

43. LINARES QUINTANA, Segundo V., "La garantía del principio federal en la Constitución Argentina", *op. cit.*, p. 408.

favorecido aún más todavía por los frecuentes y prolongados interregnos *de facto* soportados por el país, siendo un ejemplo ilustrativo de semejante involución institucional el sistema de coparticipación nacional/provincial de impuestos, a través de leyes-contratos nacionales que establecen el régimen al que se adhieren sin reserva alguna las provincias.

En Brasil, aunque la Primera República (que abarca hasta el año 1930), como antes se dijo, va a posibilitar una notable autonomía de los Estados, lo cierto es que ya desde la primera Constitución republicana y federal, la de 1891, se iniciará un proceso de declive del orden federal, como fruto de la acción cada vez mayor del poder central[44]. Aunque con alguna salvedad, como la de la Constitución de 1946, en la que, como constata Afonso da Silva[45], hubo un período de práctica real del federalismo, con un razonable ajuste entre la norma y la realidad, lo cierto es que el proceso de centralización no ha hecho sino avanzar con el siglo XX, hasta culminar en la Carta constitucional de 1988, respecto de la cual se han formulado juicios verdaderamente demoledores acerca de la virtualidad del sistema federal que formalmente reconoce[46].

No muy diferente ha sido la situación de México, por lo menos hasta hace muy pocos años. En 1983, Moreno[47] constataba que el federalismo mexicano se había ido deslizando cada vez más hacia el centralismo. Y Carpizo[48], con mayor contundencia, afirmaba que desde 1828 a la última década del siglo XX, el *Anáhuac*[49] había vivido realmente, no el sistema federal, sino un centralismo atemperado en ocasiones y recrudecido en otras. A modo de verificación empírica de tal hecho, Carpizo trae al recuerdo una peculiar situación política relativa a las autoridades estatales. Los gobernadores de los Estados, por lo general, eran designados por la voluntad del Presidente de la República o por la oligarquía en el poder, nombrando a su vez los gobernadores, a su libre arbitrio, a los diputados estatales, y no existiendo la autonomía de los poderes judiciales locales, *ya que los gobernadores son verdaderos reyecitos en sus Estados*.

6. El *neofederalismo*, como se ha dicho, vendría a caracterizar certeramente al sistema federal venezolano. A juicio de uno de los mejores conocedores de ese sistema, Brewer-Carías[50], la configuración del Estado venezolano como una Federación parecería indicar que el mismo es el resultado de un pacto entre entidades territoriales autónomas y que,

---

44. En tal sentido, DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, *Teoría Geral do Federalismo*, Editora Forense, Río de Janeiro 1986, p. 187.

45. DA SILVA, José Afonso, "Constitucionalismo federal no Brasil nos últimos 70 anos", en el colectivo, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, Tomo III, UNAM, México 1988, pp. 407 y ss., en particular, p. 442.

46. Así, RIBEIRO BASTOS cree que con la Constitución de 1988 el Estado brasileño alcanza niveles de centralización superiores a la mayoría de los Estados que se consideran unitarios y que, por la vía de la descentralización regional o provincial, consiguen un nivel de transferencias competenciales muy superior al alcanzado en Brasil. La conclusión del citado autor es que Brasil no sólo continúa con una Constitución eminentemente centralizadora, sino que si alguna diferencia presenta la misma respecto de anteriores códigos constitucionales, es el agravamiento sensible del rango de la centralización. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso …*, *op. cit.*, p. 258.

47. MORENO, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano*, 7ª ed., Editorial Pax, México 1983, p. 365.

48. CARPIZO, Jorge, *La constitución Mexicana de 1917*, *op. cit.*, p. 238.

49. Se hace referencia con esta mención al "Pacto Federal del Anáhuac", un documento de especial interés, obra de *Prisciliano Sánchez*, fechado el 28 de junio de 1823, en el que Sánchez partió de la idea de que la nación, reiteradamente, se había pronunciado por el sistema federal. Este documento tuvo un influjo muy notable sobre los primeros federalistas mexicanos. *Cf.*, al respecto, SÁNCHEZ, Prisciliano, "El pacto federal en el Anáhuac", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, nº 56, México 1964.

50. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, "El poder público nacional, estadal y municipal", 3ª ed., Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 340-341.

por tanto, son el centro de un esquema descentralizador, político y administrativo. Sin embargo, la realidad es por entero diferente. El Estado venezolano, desde el punto de vista institucional, se ha caracterizado por su excesiva centralización, es decir, por la excesiva concentración del poder político, administrativo y jurídico en los niveles nacionales o de la *rama* nacional del poder público, que no ha sido compartido sino muy parcialmente por los Estados y las municipalidades. Bien es verdad que esta situación no ha sido siempre idéntica; según el mismo autor[51], es más realmente un producto del siglo XX, siendo, por ejemplo, un hito significativo del proceso centralizador venezolano la *nacionalización* de la justicia en 1945, con la subsiguiente pérdida por parte de los Estados de toda competencia en materia judicial.

De esta forma, la autonomía estatal se ha ido convirtiendo en Venezuela en una autonomía dependiente del poder nacional, en el sentido de que su ámbito e importancia, en cierta forma, dependía de lo que los órganos nacionales determinaran, lo que es tanto como negar o desnaturalizar esa misma autonomía que se convierte en una entelequia, en una ficción.

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público de 1989, pareció iniciar un cambio de sesgo que, como es obvio, ha quedado paralizado por el sistema cesarista implantado por el *chavismo*.

7. La última etapa de la evolución del federalismo la encontramos en el modelo del llamado *federalismo cooperativo*. Ya en 1938, Clark se refería a la absoluta necesidad de superar la rivalidad en las relaciones entre el poder central y los entes territoriales autónomos[52]. Poco más de veinte años después, en 1960, Grodzins sentaba las bases del *federalismo cooperativo*, utilizando una metáfora culinaria que viene a plasmar una imagen alternativa de la distribución del poder y de la autoridad entre los niveles nacional o federal, regional o estatal y local. Según Grodzins, la distribución de poderes y funciones en el sistema federal norteamericano no correspondería en absoluto a la distribución que se encuentra en una tarta de tres estratos (en la que las instituciones y funciones de los poderes nacional, estatal y local se hallan perfectamente separadas), sino a la que se encuentra en una tarta jaspeada (*marbre cake*) o lo que los ingleses llaman tarta de arco iris (*rainbow cake*), que se caracteriza por una mezcla inseparable de ingredientes de diferente color. Finalmente, en 1966, Grodzins publicaba la que, como se ha señalado[53], ha sido considerada la biblia del *federalismo cooperativo*[54].

En definitiva, este nuevo modelo de federalismo presupone la coparticipación de poderes y funciones entre las distintas entidades de gobierno, básicamente las federales y las estatales. El federalismo excluye aquí toda rigidez. Admite y fomenta diversas formas de cooperación de carácter esencialmente práctico. Se nos presenta, pues, como un diálogo cooperativo, como lo ha definido Walter Leisner. Y esta cooperación no se circunscribe a la elaboración de leyes sino que se proyecta a otros ámbitos muy dispares, como la dirección de programas, la planificación de actividades… etc. En síntesis, la competición cede el paso a la cooperación lo que, por lo demás, casa a la perfección con las exigencias y presupuestos del Estado social y democrático de Derecho.

---

51. *Ibídem*, pp. 345-349.

52. *Cf.*, a este respecto, PERRY CLARK, Jane, *The rise of a new federalism*, Federal-state cooperation in the United States, Columbia University Press, New York 1938.

53. LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo, *El federalismo americano…*, *op. cit.*, p. 44.

54. MORTON GRODZINS, *The American system. A new view of government in the United States*, Rand Mac Nally, Chicago 1966.

En Alemania, la expresión más clara de la idea de cooperación entre el *Bund* y los *Länder* son las tareas comunitarias y las ayudas a la inversión, conforme al art. 104 a. de la *Grundgesetz*, introducidas en 1969. Como recuerda Vogel[55], el concepto de *federalismo cooperativo* fue acuñado en el contexto del debate sobre dichas tareas comunitarias y sobre los límites genéricos a las formas de cooperación admisibles en un Estado federal. Hoy cabe entenderlo como una fórmula general para una mejor cooperación entre la Federación, los *Lánder* y los Municipios[56].

También en Austria se introdujo el *federalismo cooperativo* a través de la *Bundesgesetzblatt*, Ley complementaria de la Constitución Federal núm. 444/1974, que posibilitaba los llamados contratos de los Estados miembros, habilitando a la Federación y a los *Lánder* y a éstos entre sí para concertar acuerdos sobre los asuntos de sus respectivas esferas de acción.

8. Latinoamérica no ha permanecido de espaldas a esta nueva visión del sistema federal. Ciertos sectores doctrinales reivindicaron ya en los años setenta el *federalismo cooperativo*. Es de destacar especialmente a Paulo Bonavides, quien, frente a la abusiva intervención económica de la Unión, incluso institucionalizada, que a su juicio acabó con la autonomía ya muy mermada de los Estados brasileños, reivindicaría un *federalismo de las Regiones* de naturaleza esencialmente cooperativa[57].

Sin embargo, no ha sido sino en un período relativamente reciente cuando pueden encontrarse los primeros atisbos de este modelo de federalismo. Según Quiroga Lavié[58], la avanzada orgánica en el tema la ha efectuado Brasil en su nueva Constitución de 1988. Ello no obstante, no faltan autores que retrotraen a un momento mucho más lejano, en el propio Brasil, la aparición de la técnica propia del *federalismo cooperativo*. Es el caso, por ejemplo, de Afonso Da Silva, para quien esta técnica fue implantada en la Constitución de 1934 y desarrollada en la Carta de 1946[59], de lo que sería una buena prueba el sistema de reparto de ingresos tributarios entre la Unión, los Estados y los Municipios, o también el destino de cierto número de recursos a las Regiones, fruto de lo cual sería la creación de Superintendencias regionales de desarrollo[60]. Aún admitiendo la existencia en el Texto de 1946 de algún elemento característico de este tipo de federalismo, habría que precisar que se trató de una experiencia fugaz y que no tuvo mucha continuidad, pues el movimiento político-militar del 1º de abril de 1964 puso punto final a la Constitución de 1946 y, con ella, a la etapa del federalismo quizá más equilibrado de la historia político-constitucional brasileña.

La Constitución brasileña de 1988, en una dirección que puede aproximarse a la del *federalismo cooperativo*, atribuye en su art. 23 a la competencia común de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, una serie de materias que, como dice Schambeck[61], por su propia naturaleza, constituyen tareas que hoy son significativas para una consideración cooperadora-federalista, tales como: la protección del medio

55. VOGEL, Juan Joaquín, *El régimen federal de la Ley Fundamental*, *op. cit.*, pp. 666-667.

56. *Cf.*, al respecto, ROVIRA, Enoch Alberti, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid 1988, en especial, pp. 343 y ss.

57. BONAVIDES, Paulo, "O Federalismo e a revisão da forma de Estado", en *Revista de Informaçao Legislativa, Senado General*, nº 37, Brasilia, enero-marzo 1973, p. 397.

58. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México 1991, p. 397.

59. DA SILVA, José Afonso, "Constitucionalismo federal no Brasil…", *op. cit.*, pp. 438-439.

60. *Cf.*, a este respecto, MACHADO HORTA, Raúl, "Tendencias do Federalismo Brasileiro", en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 28 (número especial sobre "As novas perspectivas do Federalismo Brasileiro"), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, enero 1970.

61. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites…", *op. cit.*, p. 82.

ambiente, la preservación de la fauna y la flora, la mejora de las condiciones de habitabilidad, la protección del patrimonio artístico, la promoción de la integración social de los sectores más desfavorecidos… etc.

En Argentina, existe una cierta opinión compartida en el sentido de que la importante reforma constitucional de 1994 perfila algunos rasgos propios de un *federalismo de concertación o cooperación*, especialmente en materia económica[62], algo que, por lo demás, se ha considerado como el único camino posible para lograr una Federación moderna que dé una respuesta inteligente a los conflictos generados[63]. Bien es cierto que ya antes de la reforma se podían apreciar síntomas de una cesión del anterior y devaluado modelo federal hacia un nuevo federalismo de negociación y concertación[64].

En México, la doctrina ha venido reclamando un nuevo federalismo, que identifica con el *federalismo cooperativo*[65]. Aunque no falta quien, en los inicios de la década de los noventa, ya consideraba que algunas normas constitucionales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (como los arts. 116. VI y 123) implicaban un virtual federalismo cooperativo al contemplar la necesaria convergencia estatal y federal en la ordenación normativa de algunas materias, como por ejemplo las relaciones laborales[66], lo cierto es que los atisbos más nítidos de un cambio de orientación en el modelo federal mexicano hay que verlos en el *Programa para un nuevo federalismo. 1995-2000*, aprobado por el Gobierno federal a través del Decreto de 6 de agosto de 1997[67], que, entre otras finalidades, pretende "impulsar diversos procesos de descentralización cuya naturaleza trasciende la esfera meramente administrativa para incidir en una redistribución del poder público, tarea que está considerada como fase necesaria y previa en el proceso de devolución de facultades a las entidades federativas".

En Venezuela, ha sido a partir de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, de 28 de diciembre de 1989, cuando se han empezado a sentar las bases de un nuevo federalismo, estableciendo, entre otras novedades, la progresiva transferencia a los Estados de competencias concurrentes que el poder nacional había asumido en materias tales como: educación, cultura, deporte, empleo, salud, protección del medio ambiente, ordenación del territorio, protección al consumidor, obras públicas… etc. En desarrollo de la citada Ley se generaron un conjunto de relaciones intergubernamentales entre los niveles de gobierno estatal, municipal y nacional, que vinieron a presuponer la creación de una instancia institucional de diálogo y cooperación intergubernamental de carácter permanente como fue el Consejo Territorial de Gobierno, revitalizándose a la par órganos de coordinación y concer-

62. CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, "El régimen federal y la reforma constitucional", en PÉREZ GUILHOU, DARDO y otros, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, vol. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Mendoza 1995, pp. 337 y ss., en particular, p. 365.

63. HERNÁNDEZ, Antonio Ma., "El fortalecimiento federal", en EKMEKDJIÁN, Miguel Angel y otros, "Reforma constitucional", Ciudad Argentina, Buenos Aires 1994, p. 121.

64. *Cf.*, al efecto, BIDART CAMPOS, Germán J., "El Federalismo argentino desde 1830 hasta la actualidad", en el colectivo, *Federalismos latinoamericanos: México-Brasil-Argentina*, El Colegio de México-FCE, México 1993, pp. 352 y ss.

65. VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo*, Editorial Porrúa-UNAM, México 1995, pp. 298-301.

66. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, *op. cit.*, pp. 397-398.

67. *Cf.*, al efecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa-UNAM, México 1999, pp. 940-942.

tación de políticas públicas entre los distintos niveles territoriales antes adormecidos, como es el caso de la Convención de Gobernadores[68].

La Constitución venezolana de 1999, pese a definir la forma de Estado como un *Estado federal descentralizado* (art. 4) y prever la descentralización política de la federación como una política nacional de carácter estratégico (art. 158), no ha entrañado, como con evidente razón advierte Brewer[69], avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se venía desarrollando desde 1989; más bien, en muchos aspectos, significa un retroceso institucional. Y otro tanto cabe decir respecto de los tímidos pasos dados en la dirección del federalismo de concertación en los estertores de la Constitución de 1961, aunque no quepa olvidar la creación por la Constitución de algunos órganos de concertación, como sería el caso del Consejo Federal de Gobierno (art. 185) y de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación (art. 166). Habrá que esperar aún un tiempo hasta ver la aplicación real de los mecanismos constitucionales citados para constatar si son algo más que un mero *desideratum*, como Brewer considera la forma del Estado federal descentralizado constitucionalmente recepcionada, hacia el que, desde luego, se puede ir, pero que no resulta consolidado ni garantizado en el nuevo Código constitucional.

9. A modo de balance final, bien puede decirse que el modelo del *federalismo dual*, aunque presente formalmente en los textos constitucionales latinoamericanos por influjo de la Constitución estadounidense, nunca ha tenido virtualidad práctica en los sistemas federales del área, regidos por un principio centralista que desvirtuaba profundamente aquel modelo, cuando no convertía el propio régimen federal en algo puramente nominal, conduciendo a una suerte de *neofederalismo*, como aconteciera en Venezuela durante la mayor parte de su existencia como Estado formalmente federal.

En los últimos lustros, el federalismo centralizado ha entrado en crisis, crisis que, como advierte Carmagnani[70], pone en tela de juicio no tanto el pacto federal, sino el funcionamiento del mismo, lo que nos está indicando que posiblemente estemos en presencia de una nueva reformulación del principio federal, que parece evidente en las últimas reformas constitucionales y legales y que también se manifiesta en la propia dinámica federal de los últimos años, que se dirige por los caminos trazados por el federalismo cooperativo.

En definitiva, en los últimos años, no sin ciertos matices e incluso contradicciones, los sistemas federales iberoamericanos han iniciado, o así lo parece, un proceso de reversión de su tendencia centralizadora que da la impresión de tener como meta un modelo de cooperación en las relaciones entre los poderes de los distintos niveles territoriales, en sintonía con la que puede ser considerada como pauta tendencial dominante del federalismo de nuestro tiempo. En todo caso, el proceso iniciado, no sin patentes contradicciones en algunos casos, marcha a un ritmo en exceso lento y su futuro suscita aún numerosas incógnitas.

68. *Cf.*, al efecto, DELFINO, María de los Ángeles, *La descentralización en Venezuela (Parámetros constitucionales y legales)*, COPRE, Caracas 1996, pp. 126 y ss.

69. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 155.

70. CARMAGNANI, Marcelo, "Conclusión: el federalismo, historia de una nueva forma de gobierno", en el colectivo, *Federalismos latinoamericanos: México-Brasil-Argentina*, *op. cit.*, p. 416.

IV. LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En sintonía con los rasgos que más atrás consideramos como más característicos del Estado federal, vamos a pasar a analizar el perfil que cada uno de ellos presenta en los cuatro sistemas federales latinoamericanos.

1. La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma

A) El Estado federal no descansa, a diferencia de la Confederación, en un contrato de Derecho internacional, sino en una Constitución, acto de Derecho interno, aún cuando su texto haya sido fijado en forma contractual, con el acuerdo de todos los Estados que ingresan en la Federación, cuya voluntad constituyente y, por lo mismo, su participación en el acto constituyente definitivo que dará origen a la Constitución federal, tendrá una gran relevancia.

El pacto federal, *pactum foederis*, tiene implicaciones que no pueden ser ignoradas por el poder constituyente. Es preciso que la reforma de la Constitución federal sea difícil, y de ahí la rigidez de las Constituciones federales. Y ello, frente a la opinión de algún sector doctrinal minoritario que constata que no hay ninguna razón que impida que un Estado federal tenga una Constitución flexible[71], responde, al menos, a dos exigencias concretas:

a) En primer término, la rigidez constitucional se traduce, por lo general, en la intervención de los Estados miembros en la reforma[72], lo que sin significar en modo alguno que se requiera el acuerdo de todos para que pueda prosperar una reforma constitucional, ni menos aún amparar el derecho de secesión de los Estados disidentes, o el derecho a anular por su sola voluntad las decisiones tomadas por los órganos federales, como defendiera Calhoun en su conocida teoría de la *nullification*[73], presupone una cierta garantía de los derechos de los Estados en la Federación, pues de esta forma se garantiza desde su existencia hasta la más pequeña de sus competencias constitucionales.

b) En segundo término, y en estrechísima sintonía con lo anterior, pese a sus inconvenientes, la rigidez constitucional, como sostiene Lojendio[74], proporciona a la autonomía de los Estados miembros su principal protección jurídica.

B) En América Latina, la intervención de los entes territoriales integrantes de la Federación en la reforma constitucional es muy dispar según el país de que se trate, pudiendo apreciarse además una cierta tendencia a disminuir esa participación de los Estados miembros, de lo que constituye ejemplo paradigmático la reciente Constitución de Venezuela de 1999.

Sólo Brasil y México incluyen en el proceso de reforma constitucional a los entes territoriales federales. En Brasil, la participación de las entidades federativas se produce

71. LIVINGSTON, William S., *Federalism and constitutional change*, Clarendon Press, Oxford 1956, p. 296.

72. FRIEDRICH ha subrayado que en todos los sistemas federales de gobierno por él estudiados se halla prevista la participación de las "unidades locales" en el poder de enmienda. FRIEDRICH, Carl J., *Gobierno constitucional y Democracia (Teoría y práctica en Europa y América)*, IEP, Tomo I, Madrid 1975, p. 408.

73. *Cf.*, al efecto, C. PRITCHETT, Herman, *La Constitución Americana*, *op. cit.*, p. 89.

74. DE LOJENDIO E IRURE, Ignacio Ma., *Autonomía y concenso*, *op. cit.*, p. 77.

en la fase de iniciativa de la reforma. En México, por el contrario, en la ratificación de las reformas o adiciones constitucionales ya aprobadas por el Congreso de la Unión.

En Argentina, las provincias, aún no interviniendo directamente, podría entenderse que disponen de una intervención indirecta por intermedio del Senado, cuando el Congreso proceda a declarar la necesidad de la reforma con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros (art. 30 de la Constitución tras la reforma de 1994), ya que la reforma, tras esa declaración por el Congreso acerca e su conveniencia, se ha de efectuar no por el Congreso, sino por una Convención convocada al efecto. No obstante, tras la reforma de 1994, quizá haya de relativizarse un tanto esta participación indirecta a la vista del cambio estructural que se ha operado en el Senado, que puede llegar a afectar a la naturaleza de su representación territorial.

En Venezuela, la Constitución de 1999 ha acabado con lo que, paradójicamente, a la vista de la realidad federal venezolana, era el sistema más receptivo de todos los sistemas federales latinoamericanos en lo que hace a la participación de los Estados miembros en el procedimiento de reforma de la Constitución federal.

2. El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía

A) La esencia del federalismo quizá resida, como sostiene Elazar[75], en un particular conjunto de relaciones entre los participantes en un sistema político, unas relaciones que han de combinar el autogobierno y el gobierno compartido. Aparece así el principio o capacidad de autonomía que se nos presenta, en términos de Lojendio[76], como el concierto entre los actos de aquellas voluntades, la particular o local y la común, balance interno de dos fuerzas, de lo que Ulrich Scheuner llama "dualismo de centros de decisión".

La autonomía del Estado integrante de la Federación se traduce en una capacidad de auto-organización que se manifiesta en la facultad de elaborar su propia Constitución y fijar en ella el régimen de sus órganos superiores y el de las colectividades públicas internas, pero que también se traduce en su vertiente más propia, esto es, en la que Massimo Severo Giannini calificara de autonomía normativa.

Ya la Constitución estadounidense de 1787 dejó a los Estados miembros, con la simple reserva de adoptar una forma de gobierno republicana, la mayor libertad política, bien que haya habido deformaciones de este principio, pues el Congreso, con ocasión de la admisión de nuevos Estados en la Unión, ha impuesto a veces algunas condiciones políticas a la admisión de tales nuevos miembros. Por ejemplo, cuando entró UTAH en 1887 se le impuso la condición de prohibir la poligamia.

La capacidad auto-organizativa, que como ya se ha dicho es uno de los contenidos de la autonomía, no se agota en el puro ejercicio formal de la potestad constituyente por el Estado miembro, mediante el que dicho Estado se da su propia Constitución. Siendo esto inexcusable, la autonomía organizativa requiere de una capacidad de decisión real sobre la propia organización de los poderes del Estado. Esta capacidad decisoria puede sujetarse a algún límite general, pero no a unas restricciones tan amplias que el constituyente estatal se vea convertido en mero ejecutor de los dictados que establece la

75. ELAZAR, D., *Federal Systems of the World*, 2ª ed., Longman, Londres 1994, p. XV.
76. DE LOJENDIO E IRURE, Ignacio Ma., Autonomía y consenso", *op. cit.*, p. 66.

Constitución federal. La doctrina constitucional alemana ha sido muy elocuente y clara en este punto.

En la República Federal Alemana, para expresar plásticamente lo que en la práctica supone la condición estatal de los *Länder*, el Tribunal Constitucional Federal ha acudido al concepto de Hausgut (literalmente *ajuar*). Conforme a esta doctrina, la condición estatal de los *Länder* implica, esencialmente, la existencia de un determinado núcleo de funciones privativas, que les corresponden a título de Hausgut y de las que no pueden ser despojados. Cualesquiera que sean en particular tales funciones privativas, lo cierto es que, como señala Vogel[77], el *Land* debe retener en todo caso la libre decisión acerca de su organización, incluidas las decisiones organizativas fundamentales contenidas en la Constitución de *Land*.

B) La autonomía de los Estados miembros es formalmente recepcionada por los Códigos constitucionales de los Estados federales iberoamericanos (entre otros, arts. 123 de la Carta argentina, 25 de la Constitución brasileña de 1988…). Sin embargo, esta capacidad de libre decisión acerca de la propia organización estatal se halla, en bastantes casos, parcialmente sustraída, o por lo menos muy condicionada.

Los Estados, ciertamente, disponen de su propia potestad constituyente (aunque incluso en ello no han faltado excepciones, como fue el caso de la Constitución venezolana de 1961, que suprimió toda referencia a la potestad constituyente estatal), pero su organización, en determinados aspectos, aparece predeterminada por la propia Constitución federal. Argentina se nos presenta como la única excepción frente a la regla general. Aquí, los Estados o Provincias tienen una capacidad auto-organizativa digna de tal nombre, pero ello quiebra o se relativiza, en una escala gradual de menor a mayor condicionamiento de la autonomía organizativa, en Brasil, México y Venezuela, pudiéndose afirmar en el caso de este último país, a la vista de las previsiones de la Carta de 1999, que la autonomía estatal es un concepto vacío de contenido.

Desde luego, no puede obviarse el hecho de que en todos los Estados federales la autonomía estatal, esto es, de los Estados miembros de la Federación, encuentra una serie de limitaciones que hallan su razón de ser en la necesidad de garantizar que las estructuras políticas existentes en la Federación y los Estados sean mínimamente homogéneas, y que también lo sean tales Estados entre sí. En esta dirección, el art. 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn vincula a los *Länder* a los principios constitucionales allí mencionados. Ello responde a la conveniencia de generar una cierta homogeneidad, como antes se dijo; sin embargo, no se exige ni la adecuación plena ni la uniformidad.

En Latinoamérica, de nuevo con la sola excepción de Argentina, las Constituciones federales incorporan normas que van mucho más allá de lo que el principio de homogeneidad debe suponer y exigir en un Estado federal, incidiendo sobre aspectos muy puntuales de la organización de los poderes públicos estatales que, por mor de la vertiente auto-organizativa que, entre otros contenidos, entraña el principio de autonomía, debieran de quedar sujetos a la propia capacidad decisoria del constituyente estatal, con lo que ello entraña de muy seria devaluación del principio de autonomía.

77. VOGEL, Juan Joaquín, *El régimen federal de la Ley Fundamental*, *op. cit.*, p. 626.

3. La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal

A) Es un rasgo común de los sistemas federales la existencia de un órgano, normalmente jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos que puedan surgir entre la Federación y los Estados miembros, e igualmente, de salvaguardar la primacía de la Constitución federal. Un federalismo verdadero, escribe Durand[78], exige que la Constitución se imponga no sólo a los Estados miembros, sino también a los órganos federales. Por lo mismo, es necesario que se ejerza un control imparcial, que dé la interpretación definitiva de la Constitución federal. No se puede admitir que deforme su verdadero rol con un control de oportunidad.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos es posiblemente el máximo exponente de esta labor de arbitraje en la distribución constitucional de poderes y competencias entre la Unión y los Estados; por lo mismo, se le considera el árbitro del sistema federal norteamericano. Más aún, se ha llegado a afirmar[79] que sin su interpretación de la Constitución en el caso *Mc Culloch v. Maryland* (1819) se habría producido un retorno a la Confederación.

En la República Federal Alemana, el Tribunal Constitucional Federal *Bundesverfassungsgericht*, contemplado por la *Grundgesetz* y regulado en detalle por la Ley de 12 de marzo de 1951[80], no sólo es el garante de las instituciones democráticas y de los derechos y libertades constitucionales, sino también quien salvaguarda, en último término, el principio federal.

B) En América Latina, aunque no ha faltado quien ha considerado[81] que por la histórica debilidad de los jueces y tribunales, éstos no han sido el último árbitro del equilibrio entre los Estados y la Federación, función generalmente asumida por el poder ejecutivo o por el poder legislativo, lo cierto es que, a nuestro juicio, tal afirmación no puede sustentarse si no es como meramente expresiva de algunas situaciones *de facto* acontecidas en algunos momentos históricos concretos.

En Brasil, en México y en Venezuela existen instrumentos procesales encaminados a salvaguardar la primacía de la Constitución federal, cuyo conocimiento compete al órgano jurisdiccional supremo. En Argentina, la primacía de la Constitución está asegurada por intermedio de un sistema de control de constitucionalidad difuso, análogo al norteamericano de la *judicial review*, pudiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervenir por apelación de acuerdo con lo previsto en las normas procesales.

Las Constituciones federales iberoamericanas, como regla general, no han ignorado la posibilidad de que se susciten conflictos entre los órganos federales y los estatales, como tampoco la inexcusabilidad de que en tales supuestos se atribuya el conocimiento de dichos conflictos a un determinado órgano normalmente jurisdiccional. Especial relevancia ha tenido en esta materia la reforma constitucional mexicana de 31 de diciembre

78. DURAND, Charles, *El Estado federal en el derecho positivo*, *op. cit.*, p. 207.
79. MATHIOT, André, *El federalismo en Estados Unidos*, *op. cit.*, p. 236.
80. Posteriormente, la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz ubre das Bundesverfassungsgericht*) de 3 de febrero de 1971, modificada en varias oportunidades.
81. ROSENN, Keith S., *El federalismo en las Américas…*, *op. cit.*, p. 798.

de 1994, que modifica de modo sustancial el texto del art. 105.I, ampliando de manera considerable el ámbito de las llamadas *controversias constitucionales*[82].

En definitiva, la ciertamente histórica debilidad del poder judicial en buena parte de Latinoamérica, que parece tiende a superarse en nuestros días, no ha impedido que hayan sido los órganos jurisdiccionales federales, y muy particularmente la Suprema Corte de Justicia, los encargados de dirimir los conflictos constitucionales entre órganos de distintos entes territoriales, convirtiéndose así, formalmente al menos, en los árbitros del equilibrio entre la Federación y los Estados miembros. Cómo se ejerza esa función arbitral en la realidad dependerá ya de una normativa procesal que garantice realmente la independencia de aquellos órganos, además ya de que esa independencia de criterio rija la actuación de cada juez. Con todo, no puede soslayarse el hecho de que esa independencia judicial resulta harto difícil de alcanzar en regímenes necesaristas como el que representa hoy el *chavismo* venezolano, sistema mucho más cercano a la autocracia que a la democracia. Quizá a ese tipo de situaciones políticas apuntara Rosen cuando transfería el rol de árbitro, del poder judicial al ejecutivo, pues, además, es sobradamente conocido el sobrepeso de los ejecutivos presidenciales en América Latina, bien que tal rasgo parezca encontrarse en recesión.

4. El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados

A) Un rasgo característico de los Estados federales es la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal, lo que, como regla general, se realiza por intermedio de la segunda Cámara de los Parlamentos federales, la llamada Cámara de los Estados, que puede revestir dos modalidades en función, como se ha señalado[83], de que los miembros de esa Cámara sean delegados de los gobiernos de los Estados miembros, que siguen, pues, las instrucciones de esos ejecutivos estatales, actuando directamente sobre los asuntos federales, les trasmiten (Cámara tipo Consejo, como el *Bundesrät* alemán), o de que los miembros de la Cámara tengan carácter electivo, con independencia ya del sistema de elección: por sufragio popular directo o por la Asamblea Legislativa del Estado (Cámara tipo Senado, como el Senado estadounidense).

Una Cámara de esta naturaleza, como advierte Burdeau[84], viene requerida no como Cámara de segunda lectura, ni como Cámara de reflexión o ponderación, ni menos aún como órgano de solución de posibles crisis gubernamentales, sino, por las propias necesidades dimanantes del federalismo, como Cámara canalizadora de una cierta participación de los Estados miembros en las decisiones federales y, particularmente, en la formación de las leyes de la Federación. Schambeck[85], quien fuera presidente del Bundesrät austríaco, afirma convincentemente que el federalismo, mediante una Cámara de los *Länder*, puede contribuir a unificar el panorama político, y esto incluso cuando en ambas Cámaras estén representados los mismos partidos políticos, pero las elecciones han sido en distintas épocas y con distintos criterios para cada una de las Cámaras parlamentarias.

---

82. *Cf.*, al efecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, UNAM, México 1999, pp. 833 y ss.
83. BOWIE, R., y FRIEDRICH, Carl J., *Etudes sur le féderalisme*, LGDJ, París 1960, pp. 20-23.
84. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, Tomo II, LGDJ, París 1949, pp. 426-427.
85. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", *op. cit.*, p. 84.

B) En América Latina, como recuerda Carpizo[86], tradicionalmente, se ha considerado que las entidades federativas en cuanto tales intervienen en la integración de la voluntad central a través del Senado donde están representadas. Y en términos similares, Quiroga Lavié[87] significa que en los cuatro países federales (hoy, como veremos de inmediato, ya no es así, pues Venezuela ha dejado de tener un Congreso bicameral tras la Carta de 1999) la participación estatal en la formación de la voluntad federal se traduce en la integración de la Cámara de Senadores en el Congreso, como cuerpo de reflexión, idea esta última algo equívoca.

En síntesis, Argentina, Brasil y México siguen la pauta general de todos los sistemas federales de canalizar la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal a través de una segunda Cámara parlamentaria tipo Senado que se acomoda a los rasgos siguientes:

a) El principio de igualdad en la representación de cada Estado miembro, con independencia del tamaño de su territorio, de su importancia económica o política o de su población, inspira la composición del Senado en los tres Estados federales que cuentan con una Cámara de esta naturaleza.

b) La elección senatorial se acomoda hoy en los tres países al sistema de sufragio universal directo. La elección popular de los senadores no ha sido siempre la regla general en estos Estados federales. Bien al contrario, en una primera etapa, se impuso como preponderante al sistema de elección indirecta, por las Legislaturas de los Estados, adoptado por la Constitución estadounidense de 1787 en un primer momento. A este respecto, conviene recordar la importante modificación introducida en la reforma constitucional argentina de 1994, que elevó de dos a tres el número de senadores por provincia y por la capital federal, decantándose por la elección popular de los mismos, esto es, por sufragio universal directo, otorgando dos senadores a la mayoría y uno a la primera minoría, reforma que ha desencadenado una ardua discusión doctrinal[88].

Nos resta efectuar una última referencia a la desaparición del Senado en la Constitución venezolana de 1999. Pocas reflexiones se requieren para poner de relieve la inmensa contradicción institucional que tal innovación entraña en un régimen que se autodefine (art. 4 de la Carta de 1999) como un Estado federal descentralizado. Ignorancia constitucional, nominalismo en las formulaciones constitucionales y autocracia revestida de populismo son algunas de las explicaciones que pueden coadyuvar a la comprensión de tal sinsentido.

Como dice Brewer[89], con la desaparición del Senado quiebra la garantía que el principio de igualdad de los Estados daba la representación igualitaria en el Senado y se establece una contradicción con la forma federal del Estado, suponiendo un atentado contra la descentralización política efectiva, todo ello al margen ya de quebrar, sin razón alguna (pues no se puede considerar como tal la desconfianza en las instituciones representativas propia de todos los autócratas), una tradición constitucional que en Venezuela se remonta a 1811. Desde otra perspectiva crítica, mucho más tamizada, Com-

86. CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica, op. cit.*, p. 60.

87. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano, op. cit.*, p. 406.

88. *Cf.*, al efecto las posiciones de CASTORINA DE TARQUNI, María Celia, "El régimen federal y la reforma constitucional", *op. cit.*, p. 367, y de HERNÁNDEZ, Antonio Ma., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires 1997, pp. 36-42.

89. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999…, op. cit.*, pp. 148 y 155-156.

bellas[90] advierte acerca del peligro de crisis de gobernabilidad, mucho más real en el unicameralismo, cuando la mayoría sea desafecta al Presidente.

En resumen, omisión hecha de Venezuela, los Senados federales de Argentina, Brasil y México han seguido un caminar muy semejante al que ha caracterizado la vida del Senado estadounidense, por lo menos desde una perspectiva orgánica. No parece, sin embargo, que desde la óptica funcional pueda apreciarse en estas segundas Cámaras una evolución política análoga a la que capta Burdeau[91] en relación al Senado norteamericano, a evolución que le ha conducido a atenuar su carácter de órgano protector de los derechos de los Estados miembros de la Unión para acentuar, por el contrario, su función moderadora de la voluntad popular, esto es, de la Cámara baja del Congreso que es la que con más propiedad parece reflejar la soberanía popular.

5. La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros

A) El Estado federal entraña, como elemento imprescindible, un reparto de poder político y administrativo entre la Federación y los Estados miembros, lo que a su vez se traduce en la articulación de un sistema de distribución de competencias entre la primera y los segundos, con el que trata de rellenarse de contenido la autonomía de estos últimos.

Muy diversas son las técnicas con las que los Estados federales han tratado de responder a la siempre compleja problemática de la distribución de competencias entre las distintas entidades territoriales. La técnica del llamado *sistema de lista* es la más característica del Estado federal. Como dice Pizzorusso[92], cuando existe un reparto de competencias administrativas o legislativas entre el centro y los entes autónomos, generalmente se produce sobre la base de una enumeración de materias que pueden atribuirse al uno o al otro con asignación de las competencias no enumeradas al titular de los poderes residuales. Bien es verdad que el recurso a los listados de materias ha experimentado a lo largo del tiempo una gran evolución.

En el primer federalismo, lo común es la existencia de una única lista en la que se recogen las competencias que asume la Federación. Este es el caso de la Constitución norteamericana de 1787, cuyo art. 1, en su sección octava, enumera las facultades del Congreso de los Estados Unidos que, lógicamente, se consideran competencias de la Unión. Será asimismo la pauta seguida por la Constitución suiza de 1874.

Las atribuciones que se encomiendan a los poderes federales son más bien pocas, lo que se explica porque, originariamente, la competencia federal era la excepción, pero bien pronto se modularía esta regla por intermedio de los llamados *implied powers*, doctrina que corroboraría al Tribunal Supremo estadounidense a raíz de los litigios de que tuvo que conocer por virtud de la creación de un Banco nacional, auspiciada por Hamilton, pero con la oposición de Jefferson. En los casos *U.S. v. Fisher* (1809) y, sobre todo, el muy conocido de *Mc Culloch v. Maryland* (1819), el Tribunal Supremo fijó la doctrina de que las competencias específicamente otorgadas a los órganos federales también incluyen los poderes que están razonablemente implícitos en ellas, por lo que el Con-

90. COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional (Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)*, McGraw Hill Interamericana, Caracas 2001, p. 140.

91. BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, Tomo VI, 2ª ed., LGDJ, París 1971, p. 314.

92. PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona 1987, p. 109.

greso dispone de la facultad de elaborar todas las leyes necesarias para poner en ejecución los poderes que le son conferidos.

En cuanto a las competencias de los Estados miembros, al no hallarse expresamente contempladas por la Constitución norteamericana, había que inferir que, como titulares del poder residual, les habían de corresponder todas aquellas no expresamente encomendadas a la Federación. Sin embargo, prefiriendo que esto no se infiriese, se incorporó a la Constitución por mor de la presión de los Estados la Décima Enmienda, a cuyo tenor: "Las facultades que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservadas a los Estados respectivamente, o al pueblo". Aunque, como señala Pritchett[93], la intención y el efecto de esta Enmienda ha sido objeto de gran disputa, lo cierto es que, en la práctica, la Décima Enmienda se considera protectora del control estatal sobre las funciones *de incumbencia local* tales como: la educación pública o la regulación del matrimonio y el divorcio.

La notabilísima evolución que han sufrido las normas constitucionales ordenadoras de la distribución competencial en Norteamérica ejemplifica paradigmáticamente una regla o pauta que ha de ser tenida muy presente: que la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar y, cuando ella sea preciso, debe seguir siendo desarrollada.

B) En América Latina, el modelo distributivo competencial seguido ha sido el norteamericano, de *federalismo residual o remanente*, como lo ha llamado Quiroga Lavié[94], a favor de los Estados, y no *taxativo*, como se podría denominar el modelo canadiense[95]. Bien es cierto que en el caso de Brasil habría que acoger esta pauta con notables puntualizaciones, por el impacto que en dicho país ha ejercido la evolución del *sistema de lista* en los federalismos europeos.

Normas que corroboran este diseño propio del *federalismo residual* a favor de los Estados o Provincias las encontramos en las Constituciones de los cuatro países. Así, por ejemplo, en Argentina, el art. 121 de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispone: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal". Similares previsiones hallamos en el art. 25.1 de la Carta brasileña de 1988, el art. 124 de la Constitución de Querétaro o el art. 164.11 de la Constitución venezolana de 1999.

Las citadas cláusulas constitucionales son tributarias de la Décima Enmienda, no obstante lo cual en algunas de ellas pueden apreciarse matices de interés. El caso más sintomático es el del art. 25.1 de la Constitución del Brasil, cuya dicción (reserva a los Estados de las competencias que no les prohíbe la propia Norma Suprema, no de aquellas que no asuman los poderes federales) parece coherente con el hecho de que, al menos formalmente, la Carta brasileña parece inclinarse por un reparto no estrictamente ajustado al *federalismo residual* a favor de los Estados, pues en ese reparto competencial la

93. C. PRITCHETT, Herman, *La Constitución Americana*, *op. cit.*, p. 90.

94. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, *op. cit.*, p. 387.

95. Canadá constituiría el contrapunto del diseño norteamericano de distribución competencial. La Constitución canadiense, basada en la *British North American Act* de 1867, optó por delimitar tanto las materias de la competencia federal como las de competencia provincial, bien que precisando que el Gobierno federal disponía de la facultad de legislar para "la paz, el orden y el buen gobierno de Canadá" en todas las materias que no fueran asignadas exclusivamente a las provincias. Una cláusula tan abierta entrañaba, de hecho, otorgar un amplísimo poder residual al Gobierno federal.

Unión, los Estados y el Distrito Federal (y los Municipios en algunos supuestos) convergen en la ordenación normativa de determinadas materias, bien mediante el ejercicio de competencias concurrentes (art. 24) -que por nuestra parte denominaremos compartidas-, bien mediante el ejercicio de competencias que llamaremos indistintas, que son aquellas que se dan cuando sobre una misma materia disponen de idénticas facultades, indistintamente, dos instancias diferentes (art. 23 de la Carta de 1988). Este sistema constitucional de reparto de competencias recuerda, en alguna medida, algún rasgo del sistema distributivo competencial acuñado por la *Bonner Grundgesetz*.

C) En los sistemas federales iberoamericanos el seguimiento inicial del modelo estadounidense se manifestó no sólo en el ya mencionado principio del *federalismo residual* a favor de los Estados, sino asimismo en la opción a favor de una distribución horizontal de competencias, de acuerdo con la cual la competencia sobre una determinada materia abarca la totalidad de funciones sobre la misma, no produciéndose por lo general un reparto vertical que posibilite la diferenciación de materias y funciones en el reparto competencial.

Entre los distintos sistemas de prestación de servicios y, más ampliamente, de ejercicio de la función ejecutiva por las entidades integrantes de un Estado federal, en los regímenes federales latinoamericanos, al igual que en el estadounidense, rige un sistema de acuerdo con el cual la Unión y los Estados mantienen su propia administración con funcionarios propios, independientes uno de otros y subordinados a sus respectivos ejecutivos, correspondiendo a cada administración la ejecución inmediata de la legislación sobre aquellos ámbitos materiales respecto de los que es competentes.

Lejos, pues, de la necesaria intervención de los Estados miembros en la ejecución de la legislación federal, a través de una Administración básicamente descentralizada y, por lo mismo, preponderantemente estatal, se asiste en algunos de estos países, como es el caso de México, al crecimiento descontrolado de una administración pública federal que, como señalan Fix-Zamudio y Valencia Carmona,[96] viene interviniendo de manera principalísima en los problemas que atañen a los Estados de la República, suponiendo un verdadero lastre para el federalismo.

Iberoamérica camina de esta forma en una dirección muy alejada del llamado *federalismo de ejecución* (*Vollzugsföderalismus*) que ha tenido un enorme arraigo en Alemania y que ejemplifica paradigmáticamente el art. 83 de la *Grundgesetz* que, con carácter general, dispone: "los *Länder* ejecutarán las leyes federales como asunto propio de cada uno, en cuanto la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa". De este modo, la función ejecutiva se atribuye en su conjunto a los *Länder*, llevándose el modelo hasta sus últimas consecuencias, ya que la Ley de Bonn se encarga de precisar unas materias específicas a las que ha de limitarse la gestión en régimen de administración federal directa, con una organización administrativa propia (entre ellas, el servicio diplomático, la hacienda federal, los ferrocarriles federales, los correos federales...).

La mayor eficacia y funcionalidad del federalismo de ejecución se halla, a nuestro juicio, fuera de toda duda. En el ámbito de la ejecución del derecho federal se impone el abandono de añejos postulados propios del *dual federalism*, del que trae su causa esta opción en favor de la distribución horizontal de competencias.

D) La distribución de competencias legislativas en los cuatro Estados federales objeto de análisis exige diferenciar, de un lado, el modelo argentino y mexicano, de lista única

96. FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, *op. cit.*, pp. 936-937.

de competencias federales; de otro, el sistema híbrido venezolano de lista única de competencias asimismo federales; finalmente, el sistema brasileño de listas múltiples.

Las Constituciones argentina y mexicana siguen muy de cerca la pauta de la Constitución norteamericana, que contempla las competencias de la Unión en la sección octava de su art. 1, al enumerar las facultades del Congreso de la Unión.

No se trata, en rigor, de un listado de materias como el que, por ejemplo, establece el art. 73 de la *Grundgesetz*, sino que tanto el art. 75 de la Carta argentina (en sus treinta y un primeros apartados) como el art. 73 de la mexicana (en sus veintinueve primeros apartados), enuncian un conjunto de potestades y facultades de dispar naturaleza respecto de las cuales, en todo caso, el apartado trigésimo segundo del art. 75 argentino y trigésimo del art. 73 mexicano, reconocen la facultad del Congreso para expedir todas las leyes que se entiendan necesarias "para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina" (art. 75.32) o "a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los poderes de la Unión" (art. 73.XXX de la Constitución mexicana de 1917).

La competencia legislativa de los Congresos federales de Argentina y México no se circunscribe a los poderes, facultades o materias específicamente enumeradas por los citados preceptos, sino que se amplía a cualquier otra facultad o poder propio de otro órgano federal y que haya de ser objeto de una norma legal, pues la gran masa de competencias del orden federal se encuentra en el conjunto de atribuciones de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial federales, y asimismo a cualquier otra materia que constitucionalmente se atribuya a la competencia legislativa del Congreso de la Unión, como por ejemplo, sucede con el art. 123 de la Constitución de México, que atribuye al Congreso de la Unión una amplia potestad legislativa en materia laboral.

Más allá incluso de la competencia legislativa que los respectivos Congresos asumen para poner en ejercicio cualquier poder constitucionalmente concedido al Gobierno federal, de acuerdo con el art. 75.32 argentino y 73.XXX mexicano, tales órganos legislativos asumen los llamados *poderes implícitos*, que tienen su correlato normativo en el apartado 18 de la sección octava del art. 1 de la Constitución estadounidense.

No admite la más mínima duda que las citadas cláusulas constitucionales consagran, en Argentina y México, dichos *implied powers*, que son aquellas facultades legislativas necesarias para poder ejercitar alguno de los poderes expresos. Como advierte Carpizo[97], refiriéndose a la fracción (apartado según la terminología que venimos empleando) XXX del art. 73 constitucional mexicano, la misma no autoriza facultades nuevas, sino facultades explicativas, es decir, facultades que hagan efectivas las atribuciones consignadas en las veintinueve fracciones anteriores y otras funciones ya expresadas en el Código Supremo. En síntesis, lo que el Congreso puede realizar, según la fracción XXX, es vivificar las otras veintinueve fracciones, pero lo que no puede es crear ninguna facultad autónoma respecto de las enunciadas.

Aunque el federalismo residual en favor de las entidades federativas debiera de excluir la existencia de otras listas diferentes a aquella que enumera las competencias que asume la Federación, no siempre sucede así. Tanto en Argentina como en México encontramos enumeradas algunas potestades específicas en favor de los Estados.

97. CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, *op. cit.*, p. 239.

E) La Constitución venezolana de 1999 contempla las competencias de los poderes de la Nación no en una norma enumerativa de las atribuciones del Congreso, sino en un artículo *ad hoc*, el art. 156, que a través de un largo listado de atribuciones, poderes y materias (que abarca treinta y tres apartados) enuncia las competencias del poder público nacional, que habrán consiguientemente de ejercer los cinco poderes que lo integran (recordemos que a los tres clásicos poderes del Estado, la Carta de 1999, con afán de originalidad, que si algo revela es la burda demagogia populista del *chavismo*, añade el *poder ciudadano* y el *poder electoral*).

No quedan, sin embargo, agotadas todas las competencias asumidas por la Nación en la enumeración del referido art. 156, ya que a lo largo y ancho del articulado constitucional pueden detectarse otras competencias de titularidad nacional; es por lo mismo por lo que el apartado trigésimo tercero del mismo art. 156, norma de cierre de tal precepto, alude a "toda otra materia que la presente Constitución atribuya el Poder público nacional".

El art. 156 sigue muy de cerca los pasos del art. 136 de la Constitución venezolana anterior, esto es, la Carta de 1961, reproduciendo en sus propios términos el apartado vigésimo quinto del citado art. 136, ahora equivalente al apartado trigésimo tercero del art. 156.

En él, particularmente en el segundo de sus incisos, con mucha más amplitud que en Argentina o en México, se acoge la cláusula de los *poderes implícitos*, atribuyéndose al poder político nacional no sólo, como antes decíamos, toda otra materia que la Constitución le encomiende, sino cualquier otra "que le corresponda por su índole o naturaleza". Una cláusula de este tenor posibilita una ilimitada absorción competencial por el poder beneficiario de la misma, esto es, por el poder nacional. Como diría Fernández Toro[98], en referencia a la cláusula análoga de la Carta de 1961, opinión que, dado el mimetismo de ambas normas, sigue siendo perfectamente válida y actual, es difícil argumentar que alguna materia pueda no ser claramente de competencia nacional. El acaparamiento de competencias legislativas por el Poder Legislativo nacional no es sólo la consecuencia de esta cláusula, pero parece indudable que la misma ha incidido también en ello, contribuyendo en alguna medida a la desnaturalización del federalismo venezolano:

Señalaremos finalmente que la Constitución venezolana, a diferencia de la argentina y de la mexicana, acoge en su articulado (art. 164) una norma que enumera las supuestas competencias exclusivas de los Estados. Ante todo, digamos que difícilmente puede hablarse de exclusividad competencial cuando en buen numero de los once apartados que integran dicho precepto, tras mencionarse la competencia asumida, se lleva a cabo una remisión a las disposiciones de la ley nacional. Habrá que atender, pues, a cada materia en particular para poder dilucidar la exacta naturaleza de la competencia estatal, si bien es obvio, a la vista del art. 164, que la exclusividad, entendiendo por tal la integridad de la competencia, será lo excepcional.

F) La Constitución brasileña de 1988 ha intentado, frente a la inmediata anterior de 1967, reformada en 1969, rescatar el principio federal que había quedado en 1967 prácticamente convertido en un principio semántico, y a tal efecto articuló un sistema de

98. FERNÁNDEZ TORO, Julio César, "Federalismo y descentralización en el constitucionalismo latinoamericano, Estudio preliminar de las tendencias de cambio", en COMBELLAS, Ricardo, (coord.), *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano, op. cit.*, vol. I, pp. 331 y ss., en concreto, p. 346.

reparto de competencias que, a juicio de la doctrina[99], intenta rehacer el equilibrio de relaciones entre el poder central y los poderes estatales y municipales.

La Norma fundamental recurre a un sistema de listas múltiples que, no obstante, sigue teniendo un referente importante en la técnica de origen norteamericano de enumeración de los poderes de la Unión (arts. 21 y 22) con la subsiguiente atribución de los poderes residuales a los Estados (art. 25.1), a lo que se une, en línea con el trascendental rol constitucional que asumen los Municipios, la atribución a los mismos de otro núcleo competencial propio (art. 3).

La reserva de ámbitos competenciales específicos, no siempre exclusivos, se combina con la enumeración de un conjunto de materias cuya competencia legislativa se atribuye, concurrentemente, a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal (art. 24). Anticipemos que más que de competencias concurrentes se trata, de acuerdo con la tipología que nos parece más correcta, de competencias compartidas. El esquema se completa con un nuevo listado de materias (art. 23) que se atribuye a la competencia común de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios. Se trata, en este último caso, de un listado de materias de competencia indistinta.

El sistema de reparto se cierra con lo que podríamos considerar una cláusula descentralizadora, que se contiene en el parágrafo único del art. 22, que habilita a los poderes federales para, por intermedio de una ley complementaria -categoría normativa que, según Ribeiro[100], se caracteriza por su específico ámbito material, aunque, formalmente, requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de los votos de los miembros de las dos Cámaras del Congreso Nacional-, autorizar a los Estados para legislar sobre cuestiones específicas de materias de la originaria competencia legislativa de la Unión.

Este sistema de reparto competencial, en alguna medida, creemos que muestra ciertas influencias del sistema germano-federal, que inciden sobre el modelo federal de origen norteamericano que se halla en la base del sistema distributivo de competencias.

6. La compensación financiera

A) La Federación y los Estados miembros necesitan cobrar impuestos a fin de poder hacer frente a la prestación de los servicios públicos a que cada ente viene obligado. Consecuentemente, en todo Estado federal, como resultante ineludible de la división de competencias, se ha de llevar a cabo a su vez una división de las rentas o ingresos públicos, particularmente de los ingresos tributarios. El conjunto de reglas jurídicas que establecen la distribución de tributos o impuestos entre el poder federal y los poderes estatales es lo que ha recibido en la doctrina alemana la denominación de *compensación financiera* (*Finanzausgleich*).

En la *compensación financiera*, como afirma Schambeck[101], es donde se pone de manifiesto con la máxima claridad la relación entre *Bund* y *Länder,* pues la Federación sólo puede disponer de los ingresos por impuestos que se han generado en sus *Länder* y, viceversa, los *Länder* necesitan de la Federación para poder realizar financieramente sus funciones. De aquí derivan posiciones contrapuestas en la realidad política: cuánto puede ir desde un *Land* al *Bund* y cuánto puede regresar de nuevo en el marco de la

99. DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, *op. cit.*, p. 93.
100. RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso...*, *op. cit.*, p. 309.
101. SCHAMBECK, Herbert, "Posibilidades y límites del federalismo", *op. cit.*, p. 84.

compensación financiera. Quizá por lo mismo Puhle ha podido afirmar[102] que la forma concreta del ajuste financiero interno es la que determina en detalle el carácter de un Estado federal y la que, a la larga, le da su propio acento.

Un repaso superficial de la correlación financiera entre Estados y Federación en los sistemas federales más característicos nos pone de relieve la tendencia el crecimiento de la dependencia financiera de los Estados respecto de la Unión o Federación, pauta tendencial ininterrumpida a lo largo del siglo XX.

B) En los sistemas federales latinoamericanos también encontramos, notablemente acentuada, esta misma evolución.

En Argentina, con la Constitución de 1853-1860, las provincias iban lógicamente a renunciar a una parte importante de sus recursos propios, sacrificio que tendría en contrapartida en la ineludible obligación constitucional del Ejecutivo nacional de garantizar la autonomía económica de las provincias. De ahí que, como recuerda Linares Quintana[103], en forma paralela a la garantía federal de la autonomía política, los constituyentes crearon la garantía federal de la autonomía económica. En coherencia con ello, la Constitución estableció una separación de fuentes tributarias entre la Federación y las provincias. Básicamente, los impuestos directos correspondían a las provincias y sólo excepcionalmente, bajo las estrictas condiciones fijadas por el apartado segundo del art. 67 (que el Congreso declare su imposición por tiempo determinado en razón de que así lo exija la defensa, seguridad común y bien general del Estado), podía imponerlos la Nación. En cuanto a los impuestos indirectos, nada señalaba la Constitución, por lo que, conforme el principio del federalismo residual, había de entenderse que también correspondían a las provincias.

En 1897, la creación por el Gobierno federal de impuestos al consumo comenzó a alterar el sistema tributario inicialmente diseñado al producirse una concurrencia de hecho de fuentes tributarias. En 1932, al amparo del art. 67.2 de la Constitución, el Congreso procedió a establecer impuestos directos.

Con todo, el verdadero hito de la violación de las normas constitucionales se encuentra en la Ley núm. 12.139, de 1935, por la que se unificaron los impuestos internos, surgiendo el sistema de coparticipación impositiva entre la Nación y las provincias. A partir de ese momento, el abandono de las previsiones constitucionales fue constante, tergiversándose su interpretación hasta el punto de que los impuestos indirectos fueron considerados concurrentes (y hoy, constitucionalmente, así lo son a tenor del texto del art. 75.2 de la Constitución reformada en 1994) y la excepcionalidad de la creación de impuestos directos por la Nación se convirtió en normalidad, con inequívoca trasgresión de la letra y del espíritu del texto originario del art. 67.2 del Código constitucional[104].

El régimen de coparticipación impositiva entraña que la Nación legisle, recaude y reparta en virtud de un convenio con las provincias y éstas, a su vez, redistribuyan con sus propios Municipios. Si bien este sistema parece acomodarse a las exigencias de la siempre conveniente simplificación de los ordenamientos impositivos, como señala Frí-

102. JÜRGEN PUHLE, Hans, "Problemas del federalismo alemán", *op. cit.*, p. 95.

103. LINARES QUINTANA, Segundo V., "La garantía del principio federal..", *op. cit.*, p. 408.

104. FRÍAS ha destacado el histórico abuso que la Nación ha hecho de su facultad excepcional de establecer contribuciones directas en forma inconstitucional. FRÍAS, Pedro José, "Constitucionalidad de la coparticipación impositiva federal", en *Cuadernos de Federalismo*, nº II, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba 1988, p. 16.

as[105], la constitucionalidad de tal sistema no ha dejado de ser cuestionada, al menos hasta la reforma de 1994.

Los efectos prácticos del sistema han sido la total dependencia económico-financiera de las provincias respecto de la Nación, factor que ha sido comúnmente considerado como determinante en la desvirtuación del federalismo argentino.

La reforma constitucional de 1994 ha intentado racionalizar la cuestión, introduciendo, entre otras varias, estas modificaciones:

1ª) Clarifica el sistema de distribución impositiva entre la Nación y las provincias (art. 75.2). A la primera, como facultad concurrente con las provincias, compete la imposición de contribuciones indirectas y la de contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común o el bienestar general del Estado lo exijan.

2ª) Define como coparticipables las contribuciones indirectas y las directas que excepcionalmente recaude el Gobierno nacional, salvo la parte o el total de ellas que tengan asignaciones especificas. Y

3ª) Eleva al máximo rango normativo la figura de la ley-convenio. Este instrumento normativo, ya preexistente aunque no reconocido constitucionalmente, era una ley federal que tenía condicionada su validez a la participación o aprobación de las provincias. En rigor, sostiene Quiroga Lavié[106], se trataba de acuerdos de concertación que implicaban un cierto ejercicio de poder constituyente derivado por cuanto que, a través de ellos, se modificaba el cuadro de competencias constitucionales de la estructura federal. Tras la reforma de 1994, la ley-convenio ha sido estrictamente regulada por la Constitución, que la sujeta a un conjunto de condiciones que, en síntesis, son los que siguen: 1) el Senado es la Cámara de origen; 2) la *sanción* requiere de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara del Congreso; 3) se veda su modificación unilateral; 4) no puede ser reglamentada; 5) se exige su aprobación por las provincias; 6) se precisa el factor al que habrá que atender a los efectos de la distribución entre la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires: las competencias, servicios y funciones de cada uno de esos entes; 7) finalmente, se concretan los criterios objetivos en función de los cuales se llevará a cabo el reparto: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Los juicios suscitados por la reforma constitucional llevada a cabo en este punto han sido radicalmente contrapuestos. Mientras hay quien cree que la reforma eleva a la normatividad constitucional la inversión del sistema impositivo consagrado en la Constitución de 1853-1860 y la incapacidad imponible provincial que sobrevino a las leyes de coparticipación, con los graves perjuicios subsiguientes para el federalismo argentino[107], hay quien, por contra, considera[108] que la incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre la Nación y las Provincias. En cualquier caso, desde una

105. FRÍAS, Pedro José, y otros, *Derecho Público Provincial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1987, p. 351.
106. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires 1993, p. 651.
107. CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, "El régimen federal…", *op. cit.*, p. 357.
108. HERNÁNDEZ, Antonio Mª, *Federalismo...*, *op. cit.*, p. 57.

visión realista, como es la de Pérez Hualde[109], parece bastante evidente que en 1994 era difícil pensar en otros métodos distintos a éste, que se venía aplicando desde 1935, y que, en términos del propio autor, ha sido *blanqueado* por la reforma constitucional.

C) En Brasil, ya desde la misma Constitución de 1891, que se decantó por vez primera por el modelo federal, los Estados dispusieron de un amplio margen de autonomía en materia financiera. El régimen autoritario de Getulio Vargas (1930-1945) y, particularmente, la dictadura militar que gobernó Brasil desde 1964 a 1985, centralizaron fuertemente el poder, lo que, entre otros mecanismos, se logró por intermedio de la concentración de las facultades tributarias en el Gobierno federal. Aunque la Constitución de 1988, que formalizó el retorno al régimen democrático, llevó a cabo una reasignación de los ingresos provenientes de los impuestos establecidos por los poderes federales a los estatales y municipales, lo cierto es que la misma no propició la autonomía financiera de que los entes estatales dispusieron en el primer federalismo.

Los Estados miembros de la Unión y el Distrito Federal son competentes para establecer los impuestos que enumera el art. 155 de la Carta constitucional. A estos ingresos impositivos estatales la Constitución adiciona otros ingresos provenientes del reparto de ingresos tributarios (arts. 157 y 159 de la Constitución).

En suma, aunque la Carta de 1988 ha fortalecido la posición financiera de los Estados y de los Municipios, ello no ha impedido, como constata Pinto Ferreira[110], que la supremacía financiera de la Unión sobre los Estados se acentúe cada día más.

D) La delimitación de competencias tributarias en México ha venido condicionada por la doctrina que en el siglo XIX fijó la Suprema Corte de Justicia, que hizo suya la llamaba *tesis Hamilton* que, en lo que ahora interesa, suponía que en materia impositiva la Federación disponía de facultades expresas, y sólo ella podía fijar tributos sobre determinadas materias, pudiendo en todo lo demás ejercer la facultad tributaria tanto la Federación como las entidades federativas. Como advierte Carpizo[111], esta doctrina creó en México una anarquía fiscal de graves consecuencias al suscitar el problema de la doble tributación.

La Constitución de Querétaro mantuvo formalmente el sistema que tan graves perjuicios había causado en el siglo anterior. En su art. 73, apartado XXIX-A, a modo de facultad del Congreso de la Unión, establece la competencia impositiva exclusiva de la Federación para el establecimiento de una serie de contribuciones (sobre el comercio exterior, sobre el aprovechamiento y explotación de ciertos recursos naturales...). Si a esa enumeración se aplica el principio del federalismo residual en favor de los Estados, recogido, como ya vimos por el art. 124, habría que concluir que todos los demás impuestos y contribuciones eran de competencia de las entidades federativas.

No lo entendería así la Corte Suprema que en una conocida Sentencia del año 1965[112] fijaría una doctrina que ha perdurado con el devenir del tiempo. A juicio de la Corte, la Constitución no opta por una delimitación de la competencia federal y estatal para el establecimiento de impuestos, sino que sigue un sistema complejo cuyas premisas fundamentales son las siguientes:

---

109. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Coparticipación de impuestos: hacia un federalismo concertado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1998, p. 17.

110. PINTO FERREIRA, Luíz, *Curso..., op. cit.*, p. 553.

111. CARPIZO, Jorge, "El federalismo mexicano en la actualidad", en VALADÉS, Diego y CARPIZO, Jorge, *Problemas del federalismo mexicano, op. cit.*, pp. 210-211.

112. Parte de la Sentencia de la Corte Suprema puede verse en VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo, op. cit.*, p. 296.

1ª) Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos.

2ª) Limitaciones a la facultad impositiva de los Estados mediante la reserva expresa y concreta de determinadas materias al Congreso de la Unión (art. 73. XXIX-A).

3ª) Restricciones *impresas* (esto es, expresamente previstas en el articulado constitucional: así, arts. 117.V, VI y VII y 118) a la potestad tributaria de los Estados.

Los efectos de esta jurisprudencia iban a incidir aún más en el ya notable desequilibrio financiero entre la Federación y los Estados.

A hacer frente a tal situación ha respondido el llamado *sistema nacional de coordinación fiscal*, aprobado por una Ley de diciembre de 1978, que a juicio de Valencia Carmona[113] representa un plausible esfuerzo en orden al robustecimiento de las finanzas locales (esto es, estatales) y municipales.

El objeto de este sistema es establecer una cierta congruencia entre los ordenamientos tributarios de la Federación y de los entes locales (Estados, Distrito Federal y Municipios), concretando la participación que corresponde a tales entidades territoriales respecto de los ingresos federales. La coordinación se instrumenta por intermedio de un convenio de adhesión de la entidad de que se trate, abonándose las cantidades que procedan a través de un fondo general. El acuerdo previo entre entidades federativas y Federación se asienta en el postulado de que es la Federación quien cobra el impuesto de que se trate, entregando posteriormente a los entes locales un determinado porcentaje.

El Programa para un nuevo federalismo, aprobado por Decreto de 6 de agosto de 1997, del que ya nos hicimos eco, incluía como uno de sus subprogramas el que se denominaba *federalismo hacendario*, lo que revelaba la conciencia de la necesidad de modificar las reglas que regían la compensación financiera en el federalismo mexicano.

E) La Constitución venezolana de 1864 dejó a los Estados la libre administración de sus productos naturales, y como eran las minas y las salinas las fuentes impositivas de mayor rendimiento, los Estados que disponían de tales fuentes de riqueza se obligaron a reservar, de lo recibido procedente de rentas nacionales en beneficio de los Estados, una determinada suma en favor de aquellos otros Estados que carecían de las mencionadas riquezas naturales.

La Constitución de 1881 inició un proceso de centralización tributaria que se acentuaría con la Carta de 1925. A partir de este momento los Estados pierden casi la totalidad de sus competencias en materia tributaria, pasando sus ingresos a nutrirse casi en exclusiva de una partida que había de incluirse anualmente en el presupuesto nacional y que se habría de conocer con la denominación de *situado constitucional*.

La Constitución de 1961, inmediata anterior a la hoy vigente, conservaría las normas centralizadoras antes referidas, agravando incluso el sentido intervencionista de los poderes centrales en este ámbito. En desarrollo de la misma, la Ley Orgánica de Coordinación del *Situado* de 1974 dispuso que las entidades federales podían disponer libremente tan sólo del 50 por 100 del *situado*, quedando la otra mitad sujeta a programas de inversión previstos en convenios obligatorios de los Estados con los organismos nacionales correspondientes.

La situación empezaría a cambiar ligeramente tras la aprobación de la Ley Orgánica de Descentralización de 1989 que elevaba en una pequeña medida el *situado* (que en el

113. VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano…*, *op. cit.*, p. 296.

presupuesto de 1990 se elevaba al 16 por 100 de los ingresos ordinarios estimados presupuestariamente, incrementándose cada año un 1 por 100 hasta alcanzar el nivel del 20 por 100) y contemplaba nuevas fuentes de ingresos para los Estados (como los impuestos específicos al consumo). Finalmente, en 1993, la creación federal del impuesto del valor agregado iba a permitir la financiación de un recién creado *Fondo Intergubernamental para la Descentralización*.

En este marco contextual se ha llegado a la Constitución de 1999, que en materia de competencias tributarias de los Estados sigue muy de cerca las líneas trazadas en 1961, pese a que en cierto momento del debate constituyente, como recuerda Brewer,[114] pareció avanzarse en favor de una mayor autonomía económica de los Estados, avance que fue finalmente bloqueado, siguiendo los Estados absolutamente dependientes del *situado constitucional* que puede incluso disminuirse, y al que se fijó un tope máximo del 20 por 100 que en la Carta de 1961 no tenía, pues el único límite que en ella se fijaba era de mínimos.

F) Una consideración final de conjunto de las reglas que rigen la compensación financiera en los federalismos latinoamericanos nos revela, con la única salvedad quizá de Brasil, la existencia de un proceso histórico análogo, que ha conducido a la progresiva pérdida de potestades tributarias por parte de los Estados en beneficio de la Federación, proceso que se manifiesta de modo bien perceptible en Argentina y Venezuela. En México, más que de despojo de potestades tributarias estatales puede hablarse de una anarquía fiscal causada por la no delimitación rigurosa de las respectivas competencias en este ámbito de la Unión y de las entidades federativas, que ha terminado desembocando además en un análogo desequilibrio financiero entre la Federación y los Estados miembros, rasgo también presente en Brasil, si bien la Constitución de 1988 ha establecido unas reglas de compensación financiera que denotan una mayor sensibilidad hacia las competencias tributarias de los Estados miembros de la Federación.

Para enfrentar el grave desequilibrio financiero entre la Federación y los entes territoriales que la integran, rasgo que aun siendo común a casi todos los sistemas federales de nuestro tiempo, se nos presenta con perfiles más acentuados en los federalismos de Iberoamérica, y que, innecesario es decirlo, incide muy negativamente en la autonomía de los Estados miembros, parece caminarse en una dirección semejante: el establecimiento de cauces y órganos de coparticipación que posibiliten la participación de las entidades federativas en el proceso que ha de conducir a una mayor financiación de las mismas, primero mediante un más amplio trasvase de fondos impositivos recaudados por la Federación, y segundo mediante la búsqueda de soluciones más eficaces con vistas a un más efectivo, equilibrado y solidario desarrollo social y regional.

Siendo importantes estos avances, no creemos que sean suficientes. Habrá que ir a reformas constitucionales o legales que posibiliten una mayor capacidad financiera de los Estados para, por intermedio de la misma, poder acceder a una más amplia autonomía política.

7. La intervención federal

A) La intervención federal es el procedimiento a través del cual el Ejecutivo federal trata de restablecer el orden jurídico vulnerado, hay que presuponer que gravemente, en

114. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999, op. cit.,* p. 156.

un Estado miembro en los supuestos específicamente predeterminados por la Constitución federal.

Esta institución no es en modo alguno exclusiva del federalismo latinoamericano, aunque en algún país del área, como es el caso de Argentina, se haya dado en tan abusiva medida que algún autor la ha considerado[115] el lamento clásico del federalismo argentino, esto es, una de las más graves fallas del sistema federal.

La institución remonta su origen a la Constitución norteamericana en cuyo art. 1 (sección octava, apartado decimoquinto) se faculta al Congreso "para dictar disposiciones para llamar a las armas a la milicia, a fin de que haga cumplir las leyes de la Unión, sofoque insurrecciones y repela invasiones". Esta previsión fue desarrollada por una Ley de 1792, reformada tres años más tarde, norma que tendría ocasión de ser aplicada por el Presidente Washington en 1794 para sofocar la llamada *Whisky Insurrection*.

El Tribunal Supremo consolidó la institución en una Sentencia de 1895 en la que avaló la intervención ordenada por el Presidente Cleveland en 1894, decidiendo el envío de tropas a Chicago para reprimir un alzamiento interno.

La institución fue recepcionada en Europa por la Constitución federal suiza de 1874 y con posterioridad, entre otras, por las Constituciones de Weimar, de la República Federal Austríaca y, tras la segunda guerra mundial, por la *Bonner Grundgesetz*. Anschütz, en un trabajo clásico sobre *die Reichsexecution*, definió este instituto como el conjunto de medidas que permitían a la Federación obligar a sus Estados miembros al cumplimiento de sus deberes.

B) El común denominador de esta institución en Argentina y Brasil ha sido, por lo menos en una primera etapa político-constitucional, la imprecisión concreción constitucional del instituto y el desaforado e imparable recurso al mismo.

En Argentina, los datos ofrecidos sobre el recurso a la intervención federal oscilan entre 150 y 200 intervenciones desde 1853 hasta nuestros días, es decir, un promedio de una intervención al año. En Brasil se ha constatado que el abuso en el recurso a la misma fue uno de los baldones de la Primera República, teniendo como efecto principal, el favorecimiento del caudillismo[116].

En Argentina, sólo con la reforma constitucional de 1994 se ha precisado el órgano facultado para decidir la intervención: el Congreso, salvo el supuesto de receso del mismo en que el Presidente podrá decretarla, debiendo convocarlo simultáneamente para que el Congreso se pronuncie (aprobándola o revocándola) sobre la misma.

En Brasil, tras el abuso en el recurso a este instituto en las décadas anteriores, la Constitución de 1946 procederá a regularla con gran casuismo, y la Carta de 1967 ampliará los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, incrementados aún más en la reforma de 1969 y reconducidos a un ámbito más razonable en la Carta de 1988.

En México, *stricto sensu*, no existe el instituto de la intervención federal, sustituido sin embargo con ventaja en su operatividad intervencionista por la denominada "declaración de que han desaparecido los poderes de una entidad federativa". La llamada *desaparición de poderes* fue prevista por el art. 76.V de la Constitución de 1917, como facultad exclusiva del Senado que, sin embargo, ha propiciado una abusiva intervención del Presidente de la República sobre los Gobernadores de los Estados. La falta de desa-

115. FRÍAS, Pedro José, *La provincia argentina*, Córdoba 1976, p. 15.
116. PINTO FERREIRA, Luíz, *Curso...*, *op. cit.*, p. 325.

rrollo constitucional de aquella norma, y particularmente de las causas jurídicas conducentes a la apreciación por el Senado de la *desaparición de poderes* en un Estado, encontró su culminación el 5 de noviembre de 1970, cuando tras treinta años de tener *aparcado* un proyecto de ley reglamentaria de los apartados V y VI del art. 76 constitucional aprobado por el Senado en 1939, la Cámara de Diputados dictaminó el archivo del proyecto, en un lapso de diez minutos, al entender que este asunto "contiene más un fondo político que un problema esencialmente jurídico"[117].

En Venezuela no existe este instituto, lo que se explica por el hecho de que desde 1925, por decisión del general Gómez, y hasta 1989, ha sido el poder nacional quien ha designado y cesado a los gobernadores estatales. En tal contexto normativo, para nada se requería de la intervención federal, pues el gobernador podía ser libremente removido y nombrado por el Presidente de la República. La Constitución de 1999 ha mantenido el sistema electivo de los gobernadores que ya se estableciera por una Ley de 1988 (que vino a desarrollar con más de un cuarto de siglo de retraso una previsión de la Constitución de 1961), reformada en abril de 1989 y aplicada por vez primera en 1990. Ello no obstante, la Carta constitucional hoy vigente no ha previsto nada en relación con el instituto de la intervención federal. Parece claro que los constituyentes no debieron considerar necesaria esta institución ante la escasísima autonomía de los Estados.

V. LA REALIDAD FEDERAL EN LATINOAMÉRICA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Desfederalización, desnaturalización, conculcación, deformación, desvirtuamiento, debilitamiento, quebrantamiento, nominalismo… etc., son algunas de las expresiones que han sido utilizadas por amplios sectores de la doctrina de los cuatro países (y, desde luego, de otros lugares) para tratar de reflejar con realismo la situación del federalismo en los distintos Estados con tal forma de organización territorial. Y ello, al margen ya de que otros sectores doctrinales, lisa y llanamente, hayan certificado el óbito del sistema federal en países que, formalmente al menos, adoptan en sus Constituciones esa forma de Estado[118].

Desde luego, pocos principios de organización del Estado se han visto tan sometidos a un proceso tan fuerte de degradación como el que en América Latina ha sufrido el principio federal. Es lugar común hablar de la crisis del federalismo desde hace, al menos, medio siglo[119]. Sin embargo, no puede ignorarse que la estructura federal es fundamentalmente dinámica. El federalismo, en su esencia, entraña un equilibrio dinámico entre la unidad y la diversidad, entre las tendencias centralizadoras y las descentralizadoras, y por ello mismo, con el devenir del tiempo, su acomodo progresivo a las nuevas realidades y exigencias sociales, culturales, económicas y políticas, le ha hecho experi-

117. *Cf.*, al efecto**,** CARPIZO, Jorge, *Federalismo en Latinoamérica, op. cit.*, p. 75.

118. México, que en teoría es un Estado federal, en realidad no lo ha sido, significa CÁRDENAS, aportando a continuación las razones en que se sustenta su juicio. CÁRDENAS, Jaime, "Comentario al artículo 116 de la Constitución", en el colectivo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1997, pp. 1184 y ss., en particular, p. 1199. Y BREWER-CARÍAS en *Instituciones Políticas y Constitucionales, op. cit.*, Tomo II, p. 369, refiriéndose a Venezuela, constata que la Federación venezolana ha encubierto durante muchos años a un Estado centralizado.

119. Recuérdese al respecto la clásica obra de PINTO, Roger, *La crise de l'Etat aux Etats-Unis*, LGSJ, París 1951.

mentar continuos ajustes. De ello ilustra a la perfección la evolución del *federalismo dual* al *federalismo cooperativo*.

En América Latina, ciertamente, la tensión a que ha estado sometida la relación entre los distintos poderes ha sido mayor, más acusada que en otros sistemas federales, desequilibrándose en favor del poder notablemente más fuerte, el poder federal o nacional. El contexto histórico en que se genera el federalismo en el área puede aportar explicaciones consistentes del por qué de esta mayor tensión y subsiguiente mayor desequilibrio.

El fenómeno no es nuevo, aunque se haya ido acentuando con el paso del tiempo. Recordemos que en su informe al Congreso Constituyente de Querétaro Venustiano Carranza, con notable realismo, razonaba del siguiente modo acerca del federalismo[120]:

> Ha sido hasta hoy una promesa vana el precepto que consagra la Federación de los Estados que forman la República Mexicana, estableciendo que ellos deben ser libres y soberanos en cuento a su régimen interior, ya que la historia del país demuestra que, por regla general, salvo raras ocasiones, esa soberanía no ha sido más que nominal, porque ha sido el poder central el que siempre ha impuesto su voluntad, limitándose las autoridades de cada Estado a ser los instrumentos ejecutores de las órdenes emanadas de aquél.

El proceso de expansión de la órbita federal ha sido común a los cuatro sistemas federales latinoamericanos, impulsado galopantemente, como dijera Frías[121], por el incremento incesante del predominio de los ejecutivos centrales. Desde otra perspectiva, como advierte Bidart Campos refiriéndose a Argentina, aun cuando su reflexión pueda extrapolarse a los restantes Estados federales del área, los problemas económicos han agravado la situación de las Provincias y, en general, de los Estados miembros[122], al debilitarlos financieramente hasta el extremo de dejarlos en una situación de precariedad y de extrema dependencia financiera del poder central, convirtiendo la autonomía política en una frase vacía de toda significación. A esa degradación del federalismo ha contribuido también el abusivo recurso a la intervención federal, especialmente en Argentina y en el Brasil.

Esta tendencia centrípeta del federalismo latinoamericano, siendo, como decimos, una constante histórica, con escasas salvedades, se ha acentuado en el siglo XX[123].

Las reformas constitucionales y las nuevas Constituciones finiseculares no han contribuido, por lo menos en la medida necesaria, a paliar o aminorar significativamente el problema. Ello no obsta pera reconocer que se han dado pasos, tímidos en unos casos, más decididos en otros, hacia un federalismo de corte cooperativo en el que los entes territoriales integrantes de la Federación tengan un muy superior protagonismo en la vida de la Federación, en sintonía por lo demás con la corriente dominante en el federalismo de nuestro tiempo.

El futuro del federalismo sigue desde luego siendo incierto, si bien en América Latina parece asistirse, con distintos niveles de intensidad y fiabilidad, a un proceso de reversión de esa tendencia centralizadora prácticamente bisecular. Al éxito final de este pro-

---

120. CARRANZA, Venustiano, *Informe ante el Congreso Constituyente de 1916-1917. Cit.*, por MORENO, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano*, 7ª ed., Editorial Pax, México 1983, p. 372.

121. FRÍAS, Pedro José, *Introducción al Derecho Público Provincial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980, p. 62.

122. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires 1968, pp. 523-524. En análogo sentido se pronuncia DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, *Teoría Geral do Federalismo*, *op. cit.*, pp. 193-194.

123. Así lo subrayan BREWER-CARÍAS en *Instituciones Políticas y Constitucionales*, *op. cit.*, Tomo II, p. 341 en relación a Venezuela y RIBEIRO BASTOS en *Curso...*, *op. cit.*, p. 274 en referencia a Brasil.

ceso, apenas recién iniciado, puede contribuir de modo notable el hecho de que el federalismo, como ha subrayado Valencia Carmona[124] en referencia a México, que creemos puede proyectarse también a Argentina y Brasil, sigue conservando, pese a sus penosos avatares, el rango de dogma político-constitucional, en cuanto se le considera, con toda razón, garantía de libertad, de desarrollo democrático y de eficacia en la gestión administrativa de territorios tan enormemente extensos como los de los Estados federales del área.

Quizá el éxito de la misión exija reinventar el federalismo, como ha dicho Frías[125], afirmación que debe entenderse no sólo en un sentido de búsqueda de nuevos instrumentos de mayor idoneidad en orden a lograr el adecuado equilibrio entre los niveles de gobierno federal y estatal (sin olvidar el municipal), dotando a estos últimos de una real autonomía política, lo que presupone una previa autonomía económico-financiera, sino también en el de potenciar una recíproca cooperación entre los distintos entes territoriales, caminando por la senda del federalismo de concertación y redistribuyendo las competencias con la vista puesta en la mayor eficacia en la prestación de servicios al ciudadano, lo que, a nuestro entender, exige tener siempre presente el principio de subsidiariedad.

Reinventar el federalismo debe presuponer asimismo sensibilizar el sistema federal hacia nuevas colectividades territoriales como las regiones. La región debe ser tenida en cuenta no tanto como un nuevo nivel de gobierno, pero sí como un elemento sociogeográfico relevante con vistas al desarrollo económico y social[126].

124. VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano...*, *op. cit.*, p. 293.

125. FRÍAS, Pedro José, en el diario *Los Andes* de la ciudad de Mendoza, edición del 13 de marzo de 1994. *Cit*. por CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, "El régimen federal...", *op. cit.* p. 348.

126. Esa es, en alguna pequeña medida, la dirección seguida por el constituyente argentino en la reforma de 1994. El art. 124 de la Constitución reformada habilita a las Provincias para la creación de regiones para el desarrollo económico y social. En Brasil, de modo insistente, ciertos sectores doctrinales encabezados por BONAVIDES, Paulo vienen reclamando desde tiempo atrás un "federalismo de las regiones". *Cf.*, al efecto, BONAVIDES, Paulo, "Reflexões: Política e Direito", Forense, 2ª ed., Río de Janeiro 1978. Del propio autor, "O caminho para um federalismo das regioes", en *Revista de Informação Legislativa*, nº 65, Senado Federal, Brasília, enero-marzo 1980.

§ 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO

Jorge Londoño
Vicerector Académico de la
Fundación Universitaria de Boyacá
Colombia

Tuve la oportunidad de conocer en el año 1999, por gracia y amabilidad de mi profesor Eduardo Rozo Acuña, al Dr. Allan Brewer-Carías, en razón de la invitación que le cursamos para que nos acompañará como ponente en el Seminario Sociedad Civil, Justicia Constitucional y Administrativa, de nuestra Universidad, Fundación Universitaria de Boyacá, en Tunja. Recuerdo el espléndido viaje que tuvimos de Bogotá a nuestra Alma Mater, no sólo por la belleza de los paisajes boyacenses, los cuales no me canso de admirar y gozar, sino por la amena conversación con el profesor Brewer-Carías. Desde el primer momento, desde su saludo quizá, percibí esa gran sapiencia y sensibilidad frente a los diversos temas jurídicos, históricos, y sociales de nuestro país, su conocimiento de nuestro pasado colombiano, sin duda hermanado con el venezolano. Confieso que me ruborizó al comentarme datos y temas no recordados por mi. Conocer a quien en nuestros textos jurídicos es continuamente citado y, lo que es más, haber compartido esos días de ejercicio académico, fueron una experiencia y un motivo de enriquecimiento intelectual inconmensurable. De ahí que para mi constituya un inmenso honor participar, con un modesto artículo, en un homenaje que se le rinde a un ilustre hombre universal, pero ante todo Colombo-Venezolano, como lo es el Profesor Brewer-Carías.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, Colombia es uno de los países de la América Latina, quizá el único, en donde el fenómeno de la guerrilla no ha podido resolverse debido a la falta de estrategias claras para solucionar dicho conflicto y a las particulares circunstancias que han rodeado la lucha armada, como: el narcotráfico, la falta de una política seria y coherente de paz, la incidencia que han tenido la guerrilla y los paramilitares en los procesos electorales, la situación geográfica del país, el poder financiero que ha acribillado a sus usuarios con altísimos intereses y con el único fin de obtener jugosas ganancias, sin importar la situación cada vez mas deteriorada de sus usuarios, amén de que la clase que ha concentrado en sus manos la mayor parte de la riqueza del país no ha querido adquirir conciencia de que es necesario desprenderse de algunos de sus recursos para lograr una mejor justicia social y así poder solucionar el complejo problema de violencia. Todo lo anterior, porque no han existido propuestas atrevidas y de un alto grado y contenido de imaginación que sean atractivas para las partes negociantes. En efecto, de una parte, la guerrilla espera que el Estado colombiano de un momento a otro se convierta en un Estado marxista que socialice los medios de producción y, de otra, el Esta-

do colombiano espera que la guerrilla se rinda sin mayores prebendas con la única aspiración de que ello implicaría un mejoramiento de la democracia. Todo lo anterior se complica, aún más, con la suprema reverencia que se le rinde a conceptos jurídicos como soberanía, imperio de la ley, estado de derecho, en contra de hechos sociales evidentes que hacen necesario que se replanteen ciertas circunstancias que podrían posibilitar un salida al conflicto armado.

No estamos planteando, ni más faltaba, que dichas acepciones no sean importantes para la organización democrática de cualquier Estado, lo que estamos insinuando es que ellos deben analizarse dentro de un contexto que se adecue a la realidad y no lo contrario.

Los procesos de reordenamiento territorial han sido una herramienta para solucionar conflictos de violencia. Experiencias como las de Italia o España, por mencionar algunas, son bastante ilustrativas. Es necesario, en consecuencia, analizar si la experiencia federalista es una posibilidad que puede contribuir a que diferentes sectores en conflicto, bajo ciertas reglas predeterminadas, con compromisos adquiridos y través de un proceso que legitime tales decisiones, pueden llegar a un acuerdo. Pero para ello es necesario despojarse de prejuicios históricos, por cierto mal interpretados, de egoístas intereses y, sobre todo, de la costumbre de concebir al estado como un ente paternalista poseedor de todos los poderes que en esencia corresponden a las comunidades. Ahora bien, no es del caso copiar al pie de la letra algún o algunos de los modelos federalistas que existen o que han existido, es menester tener una alta dosis de imaginación para tratar de elaborar un modelo de federalismo a la colombiana que interprete nuestra idiosincrasia, nuestra forma de ser y concebir el estado, nuestra manera de autogestionarnos y, en fin, nuestra propia forma de resolver los problemas. La salida violenta del conflicto es una locura, por muchas razones, porque el estado desperdiciaría grandes recursos no sólo económicos sino de vidas humanas, por que después de una guerra la conciencia colectiva y la moral de sus habitantes es un problema difícil de resolver por cuanto es necesario demasiado tiempo para que se restablezcan las secuelas que dejan los conflictos armados y, finalmente, porque a pesar de lo que se diga siempre se terminará dialogando.

En este espacio pretendemos dar una macromirada al fenómeno de la violencia colombiana y propondremos la posibilidad de un nuevo ordenamiento territorial, el federalismo, como probable fuente de solución de conflictos.

II. UNA LEVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA

En realidad el fenómeno de la violencia en Colombia es demasiado antiguo, se remonta quizá a la conquista, cuando los Españoles de una manera desalmada y cruel iniciaron el proceso de colonización en nuestras primigenias tierras, de ahí en adelante nuestra historia ha sido un laberinto en el cual se ha debatido la inconsciencia nacional y del que no ha sido posible encontrar la salida. Este fenómeno ha irradiado a la sociedad toda, produciendo indiferencia ante realidades cotidianas como la muerte diaria de tantos y tantos ciudadanos colombianos, a tal punto que pareciera que nos hubiéramos acostumbrado al asesinato, al secuestro, a la tortura, a los genocidios, a las desapariciones. En un ejercicio de locura colectiva la sociedad colombiana se encuentra hipnotiza-

da ante la realidad que no alcanza a entender y, sobre todo, a afrontar, tanto que a raíz de innumerables investigaciones sobre el tema de la violencia, a quienes las han realizado se les ha denominado *violentólogos*; La guerra en Colombia se podría dividir en tres etapas: la primera hace referencia a la que tuvo lugar como consecuencia de los conflictos entre liberales y conservadores durante gran parte del siglo XIX, a ese periodo se le ha denominado comúnmente como la violencia bipartidista. Existe otra etapa a la que se le ha denominado, simplemente, como *la violencia*; tuvo ocurrencia a mediados del siglo XX y se desató con el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán, por la época el más firme candidato a ocupar la Presidencia de la República, y quien con sus ideas socialistas había desafiado durante varios años al estamento institucional de los partidos. Su tinte de corte caudillista y de gran arraigo en la población popular habían hecho que las clases más humildes fijaran todas sus esperanzas en el líder inmolado. Por último, y como consecuencia de la anterior etapa, se puede identificar la violencia actual, la cual se caracteriza por la aparición de la guerrilla, de los paramilitares y del narcotráfico.

A mediados de los años cincuenta y como respuesta a la persecución de los gobiernos conservadores, se concentran en zonas rurales guerrillas de tinte liberal que empezaron a oponerse a la consolidación del sistema latifundista de tenencia de la tierra.

Como resultado de la cruenta violencia, los partidos tradicionales llegan a un amigable arreglo y después de la caída del General Rojas Pinilla, el 10 de mayo de 1957, se firma lo que se denominó el Frente Nacional, que duro 16 años, y el cual consistía en la alternancia en el gobierno por parte de los partidos tradicionales liberal y conservador, a cada uno le correspondía un periodo de cuatro años y era obligatorio darle participación en el poder al partido contrario. Ha hecho carrera, el achacarle la mayoría de los males presentes a este sistema. Se ha planteado que ello contribuyó a que los partidos perdieran sus fronteras ideológicas, a que el bipartidismo se adueñara del poder en Colombia y a que ante la falta de posibilidades para los partidos extraños a ellos, se reforzara y se revitalizaran la guerrilla y las fuerzas de izquierda, ya que tuvieron que hacer uso de la fuerza para ganar lo que el estado les negaba. Altamente influenciados por la experiencia cubana y por los sistemas de gobierno Soviético y en menor medida de la China, en los años sesenta surgieron diferentes y diversos movimientos guerrilleros pertenecientes a muy variadas ideologías de izquierda, tales como: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes tienen su origen inmediato en los años cuarenta cuando se organizaron como grupo opositor al gobierno de Mariano Ospina Perez; el Ejercito de Liberación Nacional (ELN); posteriormente y del seno de los anteriores surgieron otros movimientos como: el movimiento 19 de abril (M-19); el Ejercito Popular de Liberación (EPL); el Grupo Ricardo Franco; el Quintín Lame y otros de menor incidencia. Hacia los años setenta comienza a surgir el fenómeno del narcotráfico especialmente en la Costa Atlántica con la marihuana y con posterioridad la cocaína. La aparición de este nuevo factor de violencia y de personajes de los diferentes Carteles, como Carlos Leder, Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha, los hermanos Rodríguez Orejuela y otros más, introdujo un nuevo elemento en la violencia del país, amen de que contribuyó, a principios de los años ochenta, a la creación de los denominados grupos paramilitares, los cuales surgieron con la idea de enfrentar a la guerrilla, pero ante la falta de dinero para financiar sus actividades decidieron entrar a percibir dineros del narcotráfico. Después de un cruel periodo de violencia por parte de los diferentes actores armados y a principios de los años noventa se firma la paz con el M-19, el Quintín Lame y el EPL, el primero de los cuales se constituiría en un importante movimiento

político que a la postre fracasaría quizá debido a su participación burocrática en gobiernos sucesivos. Hoy aún permanecen en la palestra política ex combatientes de ese grupo que han logrado escalar en las esferas del poder legislativo, como: Antonio Navarro Wolf, quien se desempeño como Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la Constitución Política de 1991 y en la actualidad obtuvo una de las más altas votaciones para el Senado de la República, Vera Grabe, candidata a la Vice Presidencia de la República por el movimiento Polo Democrático, y otros de igual importancia.

La anterior experiencia demostró que es posible incursionar en las esferas de poder a través de los mecanismos democráticos establecidos en la Constitución Política o en las diversas leyes y que es necesario tener propuestas imaginativas que interesen a las partes para llegar al fin sustancial de cualquier sociedad civilizada: vivir en Paz.

1. Situación actual de la violencia en Colombia

Hoy podríamos plantear que los movimientos que más desestabilizan las instituciones y la tranquilidad ciudadana de Colombia son las FARC, el ELN y las Autodefensas, quienes controlan grandes zonas del territorio nacional dentro de los que ejercen los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y cuya cantidad de integrantes asciende a la suma aproximada de 32.000, lo cual representa tan sólo el 0.07 de la población[1]. Dichos grupos han cometido, desde 1995 al 2001, 25.729 casos de violación de derechos humanos[2], en los cuales se ha utilizado el secuestro en su más escalofriante modalidad de *pescas milagrosas*; o secuestros colectivos indiscriminados, como el fatalmente famoso en la *iglesia la María* en la ciudad de Cali, y los cuales han incluido a extranjeros, asesinatos de niños, de mujeres indefensas, masacres, lo que ha producido el fenómeno de los desplazamientos a las grandes urbes y que hasta el 27 de diciembre de 2001 han involucrado a 191.885 personas[3]. Si bien es cierto dicha conducta fue tipificada como delito en el nuevo Código Penal[4], ella no ha producido una disminución en su frecuencia. Es otra muestra palpable de cómo el remedio a los grandes problemas sociales, en no pocas ocasiones, no se encuentra en la simple expedición de normas sino en realidades que deben ser asumidas desde otras perspectivas mucho más coherentes con la realidad.

Dentro de este dantesco panorama es importante resaltar la situación triste y desgarradora de los menores de edad a los cuales se les entrena para el uso de todo tipo de armas, para el asesinato, para el espionaje y en fin, para cometer labores delictivas. A pesar de que dicha conducta también ha sido regulada en el nuevo Código Penal, la situación continua siendo la misma[5]. Como si lo anterior fuera poco, la situación de los aborígenes Colombianos no es la mejor. En efecto, Colombia es uno de los países con menor población indígena de Latinoamérica, 716.419, pero la que más ha protegido la

1. República de Colombia, Ministerio de Defensa, Informe Anual Derechos Humanos y DIH 2001, p. 11.
2. *Ibidem*, p. 12.
3. *Ibidem*, p. 26
4. El artículo del texto expresa: "El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de 15 a 30 años, en multa de 50 a 200 salarios mínimos legales y en interdicción de derechos y funciones públicas de 5 a 10 años".
5. En el artículo 162 el texto regula: "El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirán en prisión de seis a diez años y multa de seiscientos a mil salarios mínimos mensuales vigentes".

cultura y la autonomía de esas culturas. Diversas sentencias de la Corte Constitucional han reconocido su jurisdicción y sus derechos como comunidades, y a lo largo de la Carta Política se encuentran regulados diversos artículos que protegen su identidad[6]. A pesar de toda la regulación legal y de la protección efectiva que el estado les ha prestado a través de sus instituciones, durante el periodo 2000- 2001 el Gobierno ha tenido que enfrentar aproximadamente 100 casos de atentados criminales perpetrados contra los indígenas y sus comunidades, por parte de las organizaciones subversivas y de las autodefensas ilegales. Actos delictivos que van desde amenazas y señalamientos hasta agresiones físicas, desapariciones forzosas y asesinatos[7].

Pero existe una luz de esperanza que ha sido jalonada por la sociedad civil y la cual empieza a tener una acción incipiente dentro de todo este desolador panorama. Se ha empezado a organizar la resistencia civil y pacífica; los casos más conocidos son los habitantes de Caldono y Bolívar, en el Departamento del Cauca, en donde la población frustró sendos intentos de ataques de las FARC. Estas acciones si bien es cierto, insisto, son hechos aislados, no lo es menos que ellas comienzan a divulgarse y a tener un efecto multiplicador. Sería menester que el estado o alguna Entidad Internacional acudiera en procura de defender a esos habitantes y esos territorios que haciendo gala de valentía, arrojo y convicción en los valores humanos, optaron por la vía pacífica.

2. Breve conclusión

Como se puede observar, la institucionalidad en nuestro país se encuentra seriamente amenazada, por no decir que absolutamente destruida. Se cuenta con un gran cúmulo de normas de gran calidad y una jurisprudencia que ha desarrollado de una manera impresionante todo el concepto antropocéntrico que se encuentra establecido en la Constitución. Podría decirse que la idea de Estado Social de Derecho, hoy es más eficaz y efectiva que antes, pero todo ello no es suficiente para solucionar el conflicto armado, político[8] y social[9] que enreda, aún más, la situación colombiana. En Colombia, así como en

6. La sentencia de tutela- que equivale a la comúnmente denominada acción de amparo- T-523 de 1.997, cuyo Magistrado ponente fue el hoy Senador de la república GAVIRIA DÍAZ, Carlos ilustra el gran avance de la jurisprudencia colombiana en el tema del pluralismo jurídico, allí se reconoce el derecho que tienen las comunidades indígenas a regirse por su propia jurisdicción y por sus particular normatividad. De otra parte en la Constitución Política se encuentran regulados, entre otros, en los artículos 246, 329,330 diversos aspectos que tienen que ver con la posibilidad de autonomía de los territorios indígenas.

7. *Ibidem*, p. 54.

8. En las elecciones llevadas a cabo el 10 de marzo del presente año se identificó un importante fraude en los comicios para Senado y Cámara de representantes, lo cual dejó establecido que el sistema electoral de cuociente es necesario repensarlo, así como la conformación de gran cantidad de listas y de los requisitos para crear movimientos y partidos políticos.

9. Es claro que la situación de violencia por la cual atraviesa el país no es, ni mas faltaba, achacable en su totalidad al fenómeno de la guerrilla, del paramilitarismo y del narcotráfico, existen unas causas mucho mas coyunturales que es necesario abordar y que hacen relación a la justicia social. En Colombia de acuerdo a las cifras del banco Mundial para 1.991, el 10% de la población de menores recursos recibe el 1.3% del ingreso nacional y en otras cifras de 1.992 se señala que el 10% mas rico percibe 41,7 veces lo que percibe el 10% mas pobre de la población. Estas cifras sin lugar a dudas se deben haber incrementado si se tiene en cuenta el desmejoramiento de la economía Colombiana. Así mismo el poder financiero y las clases económicas mas favorecidas no se han concientizado de la necesidad de ceder un poco de sus innumerables ganancias para la inversión social ya que si no se remedia, al menos en un buen porcentaje, el problema de la desigualdad social, será bastante difícil que los problemas de violencia terminen. Sin lugar a dudas la falta de educación, de salud, de oportunidades para acceder a un trabajo digo, de recreación, de vivienda y en fin de tantos servicios públicos esenciales que hacen que los coasociados puedan vivir una vida digna, producen violencia.

la mayoría de países de Latinoamérica, no es posible hacer referencia al concepto de soberanía. Él se encuentra reformulado por factores internos como los que acabamos de plantear y por fenómenos externos como las exigencias del FMI o del Banco Mundial, que condicionan gran parte de las acciones públicas del Estado. Así las cosas, es poco probable que las partes involucradas en el conflicto sedan a sus pretensiones sin que exista de por medio una propuesta coherente y sensata que satisfaga los intereses de todos y cada uno de quienes son actores del conflicto armado. Finalmente, lo que cada uno pretende es satisfacer sus aspiraciones y las de las comunidades que los conforman.

III. MINÚSCULA APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL ESTADO[10]

1. Concepto clásico de soberanía

La soberanía[11] fue entendida dentro de la teoría clásica o moderna como el poder estatal, único y exclusivo sujeto de la política y como la posibilidad de ser la titular del monopolio de la fuerza en determinado territorio, y sobre una población con el fin de lograr un grado de cohesión política. El concepto de soberanía siempre estuvo ligado a aquéllos de la política, la paz y la guerra tanto interna[12] como externa. El soberano debía, en consecuencia, suplir todo lo necesario con el fin de mantener a su pueblo en una paz que hiciera posible la armonía de la sociedad. Los Estados, por lo tanto, son autónomos y ninguno otro puede intervenir en sus asuntos internos. Desde esta perspectiva el Estado soberano a nivel externo no se encuentra entre desiguales sino que los otros agentes estatales son sus iguales y a nivel interno el Estado encuentra una situación de supremacía, por cuanto los ciudadanos le deben obediencia. Pero la pregunta esencial es: ¿Cuál es la sustancia de la soberanía? A ello se responde desde varios puntos de vista: para Bodino, la esencia se encuentra en la posibilidad de hacer y de derogar el derecho, ya que es la fuerza de cohesión la que une a la sociedad y ella se logra a través del derecho; por el contrario, para Hobbes lo importante es el momento de ejecución, es decir, el poder coactivo que es capaz de imponer ciertos comportamientos y que es el medio mas adecuado para hacerse obedecer. Para el primero, en consecuencia, el soberano tiene el monopolio del derecho para hacerse obedecer, y por lo tanto, la soberanía es un poder originario que no depende de otros; es absoluta puesto que no esta limitada por las leyes, pues no tiene razón de ser por cuanto no existe una autoridad superior que las haga exigibles; es perpetua por que es un atributo consustancial al poder de la organización política y no coincide con las personas físicas que la ejercitan; y es imprescriptible e inalienable, ya que el poder político es una función pública y por lo tanto no se puede transferir a ningún titulo; para el segundo, por el contrario, es la fuerza y la coacción física. Cualquiera de las anteriores teorías interpretada de una forma unilateral podrían llevar a un derecho sin fuerza o a una fuerza sin el derecho, que son los elementos

10. Haremos relación, únicamente, a dos elementos del Estado: La soberanía y el territorio, ya que por razones de espacio y en atención a centrarnos en el problema que nos ocupa, no es procedente extendernos en la reflexión de todos ellos.

11. Al respecto es importante aclarar que la teoría de la soberanía ha sufrido diversos cambios de acuerdo al momento histórico en que se ha planteado, se podrían identificar por lo menos estas: a) Las teorías teocráticas b) las de la soberanía popular c) las de la soberanía nacional elaboradas en Francia d) la teoría del nacionalsocialismo.

12. Es lo que BODINO denominó: "summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas".

básicos que expresan los teóricos de la soberanía[13]. De estas definiciones se deducen las posiciones de quienes entienden la soberanía como la más alta expresión del derecho basada en la justicia y de los que la conciben como la expresión de la fuerza.

2. Crisis de la idea clásica de Soberanía

Antes que todo, es necesario hacer claridad en que la discutibilidad del concepto clásico de soberanía se puede esquematizar desde dos puntos: el primero hace referencia a aquella soberanía interna que puede transferir el estado a entes territoriales, como sería el caso de los sistemas regionales, provinciales, federales, etc., de acuerdo a leyes preestablecidas legitimadas, bien sea por la Constitución o por leyes que autoricen dicha posibilidad. Es una creación que se enmarca dentro de los términos del estado de derecho que rige para determinado estado y que goza de una característica muy especial cual es la de que esa soberanía se encuentra sujeta a la del estado, es lo que se ha denominado *potestad de imperio* en cuanto que no es una soberanía originaria sino derivada de un ordenamiento superior. Pero mas allá de esta forma de relativización[14] de la soberanía se encuentra otra que es igualmente válida, si se tiene en cuenta que aunque no la regula alguna norma si se da en la realidad. Hacemos referencia a hechos que traspasan la normatividad y que la convierten en normalidad por fuera de ella, es por denominarlo de alguna manera el límite de hecho a la soberanía de un país[15]. Pero a nivel externo existe, igualmente, una limitación y por lo tanto una reconsideración del concepto de soberanía, y es lo que hace referencia a la formación de grandes bloques de diversos países que unen esfuerzos para lograr fines comunes bien sea económicos, sociales o políticos, como es el caso de la Comunidad Europea. Es indudable que esos procesos influencian la absoluta autodeterminación de los países integrantes, los cuales deben adecuar su normatividad no tanto a sus intereses internos sino a los de la Comunidad. A pesar de que es una libre opción, formar o no parte de dichas construcciones, no es menos cierto que ella condiciona y revalúa el antiguo concepto de soberanía[16]. Así como un estado puede ejercitar su soberanía interna y no ser reconocido como soberano en el ordenamiento internacional, puede ocurrir lo contrario, es decir: que sea reconocido en

13. BOBBIO, Norberto y otros, *Dizionario di politica*, UTET, Torino 1990, p. 1.080.

14. Es pertinente aclarar que el término de relativización se usa no en el sentido que se le ha dado doctrinariamente sino en su sentido mas o menos literal.

15. Es aquí en donde es necesario estudiar uno de los elementos importantes que se dan en la realidad Colombiana en donde las fuerzas violentas de derecha e izquierda han creado verdaderos estados que se rigen por una normatividad propia, por poderes establecidos que regulan derechos y libertades, ejecutan y producen sentencias con fuerza de cosa juzgada, todo lo anterior en una especie de contubernio complaciente por parte de los gobiernos, que ante su impotencia o ante el desgarrador impacto de los hechos han guardado silencio.

16. Antes de la segunda guerra mundial era el derecho Internacional quien regulaba la relación entre los estados y, los sujetos eran ellos y no los individuos. Hoy, con el nuevo derecho de los pactos, las comunidades crean un nuevo tipo de derecho, de ordenamiento que no solo es obligatorio para los estados, sino que se aplica directamente a los ciudadanos de los estados partes, tal y como se observa, sobre todo, desde el tratado de Roma hasta el de Mastricht. Recordemos como en el caso del Derecho Comunitario de la Unión Europea, la aplicación de los reglamentos y directivas- a lo que se le denomina-exequatur- es directa y automática es decir nisiquiera requieren de un acto del parlamento para su adaptación y recepción, entran directamente al ordenamiento interno de los países que conforman la comunidad. La Corte Europea de Justicia ha entendido que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y el de los Estados miembros forman uno solo, esto conduce, obviamente, a que las normas comunitarias sean superiores a las de cualquier ordenamiento interno, aunque esta es una posición que no ha sido compartida por naciones como Alemania o España. Comienza a hacer carrera dicha teoría monista y estados como Italia aceptan tal prerrogativa.

el ordenamiento internacional como soberano, pero que en el ordenamiento interior no lo ejerza. Es esta la dicotomía que podría encontrarse al interior de nuestro estado.

Un ordenamiento, y por consiguiente un estado, son supremos en cuanto tengan la fuerza coactiva y la capacidad de mediar los intereses en conflicto y para hacer cumplir la observancia de los actos de autoridad. Se entendería que un ordenamiento es supremo por cuanto al interior no existen otros que tengan la capacidad de desplegar actos coactivos dotados de un aparato autoritario que haga cumplir sus mandatos.

3. A manera de reflexión parcial

Ya no existe una única y verdadera acepción de soberanía, ella se ha relativizado de acuerdo con las nuevas realidades sociales. de ahí que la defensa de la soberanía no puede llegar, incluso, al punto de desconocer otros valores fundamentales- como el de la vida- en pro de un concepto que, quizá, ya no existe más y que se trata de redefinir para dar legitimidad a metarealidades que traspasan lo jurídico. La legitimidad viene entendida ya no en referencia a un sistema fijo o ideal de valores, de reglas de tipo metajurídico, tendientes a justificar la soberanía. Ella viene concebida, tal y como lo expresa N.Luhmann, como un proceso justificativo que tiene valor no en sí mismo, sino respecto a las exigencias de la práctica política y jurídicas en acción. Por esta vía se ha hecho coincidir el sistema justificativo con la pura y simple exigencia práctica de justificar como tal.

4. El territorio

El término territorio puede observarse desde diferentes perspectivas, bien como el espacio en donde se puede desarrollar una actividad física o como aquél en el cual un sujeto puede ejercitar el poder jurídico que se le confiera y que forma la esfera de su competencia[17]. El territorio tiene su razón de ser en cuanto que el estado no se conforme con el simple hecho de ser el titular de dicho bien sino, lo que es más importante, de asegurar que él cumpla una función en pro de la dignidad y de las necesidades de quienes son sus verdaderos destinatarios, los habitantes, o mejor el ser humano, objeto y sujeto de este elemento que conforma la noción de estado.

El anterior elemento se concreta, por lo tanto, en la capacidad que tenga el estado de disponer de el, excluyendo a cualquier otro que lo quiera hacer valer. El territorio es de esta forma, insistimos, un elemento constitutivo del estado que no se agota en la simple pertenencia de el, sino que debe trascender en su esencialidad, es decir, en la pregunta de para qué ese territorio, de tal forma que cuando él es ocupado por vías de hecho es obligación del estado defender y hacer valer su derecho sobre el territorio no por la simple razón de ser su propietario, sino por la premisa de que el cumple una función que trasciende a la sociedad. De tal manera, que es importante agotar todos los medios para que él se convierta en un elemento de cohesión antes que en una excusa para el enfrentamiento y la confrontación. Ahora bien, es necesario diferenciar la intención de apropiación por parte de un agente extranjero o interno. En el primer caso, se trata de defender la soberanía de toda la Nación frente a la agresión de un agente extraño a la

17. Es pertinente recordar que el estado, aun hoy, puede ser titular de poderes que se den aun fuera de él, es el caso de las colonias, en vía de extinción, pero aun existentes.

sociedad como tal; en el segundo caso se trata, en cambio, de un agente que forma parte del cuerpo social al cual se le debe diferenciar y para cuyo problema se debe buscar una solución que no siempre implique el uso de la fuerza por parte del estado, máxime si se coloca en peligro la vida de agentes extraños al conflicto interno. Para eso se debe hacer uso de soluciones jurídicas que reordenen el territorio, -máxime si se tiene en cuenta que esos agentes internos o factores reales de poder[18] ejercen una verdadera soberanía, de hecho, al interior de él,- tales como: la adopción de formas de organización estatal federales, regionales, o de cualquier otra índole.

5. Reflexión

El Territorio y la Soberanía del Estado tienen su razón de ser siempre y cuando ella cumpla la función sustancial de proteger la dignidad humana, tal y como lo expresa Hermann Heller en la cita que hace de Jellinek, cuando éste plantea "Sin sujetos humanos no hay territorio, sino solo partes de la superficie terrestre"[19]. No es dable, so pretexto de defender la propiedad, desconocer la tranquilidad y la felicidad de los ciudadanos al interior de un estado. La tierra no es un *factor* político, sino una condición, aunque ciertamente importante, de la actividad política de la población que sigue sus leyes propias y puede influir sobre su territorio, a la vez que, de acuerdo con sus fines políticos, puede transformarlo en gran medida; "la situación geográfica ofrece posibilidades y la situación geopolítica, realizaciones de tales posibilidades que se manifiestan como incrementos o como obstáculos" (Vogel, p. 55).

De esta manera, el Estado no es, en manera alguna, un *esclavo* de su territorio, como dice Kjellén, ni el territorio puede considerarse como *cuerpo* del Estado[20].

IV. ALGUNAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

Como lo hemos sugerido a lo largo de las anteriores consideraciones, la reflexión sobre la forma de organizar el territorio es una herramienta que puede contribuir a la solución de conflictos al interior de los Estados, bien sea por que a través de él se puede repartir el poder político, o quizá por cuanto es un reconocimiento a las particularidades propias de cada población.

Por razones de la naturaleza del presente trabajo únicamente haremos referencia a algunas formas de organización autónomas, en las cuales se han reconocido ciertos grados de verdadera autonomía a las partes integrantes de esos Estados.

18. Es un término utilizado por LASALLE, Ferdinand, en su excelente obra "Qué es una Constitución", allí hace referencia a los grupos que tienen la posibilidad de plasmar sus intereses en la Constitución. En nuestro caso lo utilizamos como aquellos grupos que tienen la capacidad e ejercer una verdadera soberanía en sus respectivos ámbitos territoriales.

19. HERMANN, Heller, Fondo de Cultura Económica, México 1971, p. 160.

20. Séller, *ibidem*, p. 159.

1. Modelo Regional

El país en donde más se ha desarrollado esta forma de organización es, quizá, Italia, en donde histórica e inicialmente se utilizó con el fin de evitar la *piemontisizzazione* de Italia, o por lo menos con el fin de asegurar una gradual reducción de uno de los varios ordenamientos de los Estados anexos al Reino de Cerdeña; posteriormente se trató de darle a la autonomía territorial el espacio necesario con el fin de contrarrestar la asfixiante presencia del Estado-persona.

Pero se puede afirmar que a la base del regionalismo Italiano se encuentra el continuo esfuerzo por adecuar la estructura administrativa a la multiplicidad de las condiciones del país, sobre todo en lo que tenía que ver con el denominado *Mezzogiorno* de Italia y el temor del separatismo debido, por poner algún ejemplo, al carácter bilingüe de la población del Valle d'aosta, amén de sus particulares condiciones económicas.

El diseño constitucional proyecta una modalidad de relación entre el Estado y la Región basada en la repartición de competencias según el criterio de la materia. De tal forma que en las materias atribuidas a la región el Estado puede intervenir únicamente fijando principios fundamentales, lo cual significa que el sistema de relaciones entre los dos niveles se basa en la coordinación legislativa entre leyes cuadro y leyes regionales, es una expresión de la denominada *competencia compartida*. Desde el punto de vista de las relaciones financieras, en la Constitución, se denota un modelo de coordinación e integración entre sistemas sustancialmente autónomos en lo que tiene que ver con este aspecto. A las Regiones se les concede una autonomía no sólo desde el punto de vista de los gastos sino de la posibilidad de percibir recursos a través del recaudo de impuestos.

De esta manera, el modelo constitucional se caracteriza por una retroalimentación autónoma entre, el centro y la periferia, de tipo vertical, en donde por cada materia de competencia regional se presupone la existencia de principios generales y de directivas estatales[21]. En lo que tiene que ver con la participación de las regiones en la formación y en la actividad de los órganos centrales del Estado la Constitución prevé, en su artículo 57, que cada región debe tener, al menos, siete Senadores, a excepción del Valle d'Aosta y Molise[22]. De esta forma y según el art. 83 de la misma Carta Política, las regiones, a través de los delegados de los Consejos Regionales, participan en la Plenaria del Parlamento en la cual se lleva a cabo la elección del Presidente de la República. Así mismo, se establece que las regiones a través de los Consejos Regionales tengan:

Iniciativa legislativa, la cual comprende las leyes constitucionales o de revisión constitucional[23] (arts. 71 y 121).

Poder para solicitar el referendo abrogativo de leyes o actos Estatales que tengan fuerza de ley (art. 75).

Poder para solicitar el referendo confirmativo en el procedimiento de revisión constitucional cuando se dé el caso previsto en el inciso segundo del art. 138 de la C.P.[24].

---

21. Como se podrá observar posteriormente, si bien es cierto dentro del marco jurídico se encuentra establecido esta autonomía en la realidad las relaciones entre Estado y Región han sido complejas y no exentas de problemas por falta de un verdadero respeto de competencias.

22. FABIETTI, Renato, *La Costituzione Italiana*, Ugo Mursia Editore, 1998.

23. Estas leyes corresponden en nuestro sistema constitucional a las denominados Actos Legislativos, y deben ser Aprobadas Por la mayoría de los miembros de las Cámaras y pueden ser sometidas a referendo cuando lo solicite una quinta parte de los integrantes de cualquiera de las cámaras, cincuentamil electores o cinco Consejos Regionales.

Aparentemente, y desde la perspectiva anterior, podríamos aseverar que en Italia existe un regionalismo fuerte. Sin embargo, y debido a la falta de identidad regional y de una verdadera conciencia de la función que ellas pudieran cumplir, dicha premisa no se ha desarrollado de la manera y en la forma esperada por el constituyente[25].

En lo que tiene que ver con el poder normativo de las regiones que se ha definido como el poder de *darse la propia Constitución*, se ha establecido que en las Regiones con Estatuto Especial (art. 116 C.P.)[26], es ley constitucional y por lo tanto debe ser aprobada por el Parlamento Nacional. En lo que tiene que ver con las Regiones ordinarias, el Estatuto es una fuente normativa limitada en cuanto a su competencia, ya que debe ser aprobado no solo en el Consejo Regional sino mediante ley de la República. Sin embargo, en la aplicación de estas normas ha prevalecido la interpretación favorable a las Regiones, ampliándose su competencia estatutaria y controlando fuertemente el poder del Parlamento. A pesar de esto el poder estatutario de las Regiones es bastante restrictivo en la Constitución Italiana[27].

La forma de gobierno establecida en la Constitución (art.121) es igual para todas las regiones y allí se ha previsto que los órganos son: el Consejo Regional, la Junta y el Presidente, estos dos últimos elegidos por el Consejo regional (art. 122, inciso 4). Es del caso anotar que para ser Presidente o asesor Regional es necesario ser Consejero. En cuanto al sistema de elección es regulado por una ley estatal.

En lo que tiene que ver con la competencia legislativa, las regiones ordinarias la tienen garantizada en la Constitución para un determinado número de materias. De esta forma es el legislador quien tiene la competencia general a través de una especie de leyes marco o cuadro que establecen los parámetros dentro de las cuales deben desarrollar su propia normatividad. La norma común es que en cuanto a las competencias administrativas se aplica la misma materia de las legislativa (art. 118), las regiones, a su vez, pueden delegar esas competencias a las provincias y a los municipios.

En cuanto al sistema financiero, existe una ambigüedad, ya que la norma constitucional (art. 119) de un parte establece que la ley estatal define la autonomía financiera no solo de las regiones sino de los municipios y de las provincias[28] y de otra, expresa que a las regiones se les debe atribuir recursos y atributos propios, de acuerdo a sus necesidades, para los gastos necesarios que impliquen el cumplimiento de sus funciones normales; de todas formas, paulatinamente, y desde hace muchos años se ha dado una centralización del poder fiscal que le ha impreso a las finanzas locales la característica de unas *finanzas derivadas*[29].

En cuanto a la organización judicial, se establece que las Regiones pueden recurrir a la Corte Constitucional con el fin de demandar leyes estatales que invadan su competencia (art 134)[30].

---

24. Se hace referencia a lo precitado en la nota anterior.

25. COMBA M. y otros, *Federalismo, Regionalismo e riforma dello Stato*, G. Giappichelli editore, 1998.

26. En Italia se encuentran reguladas, Constitucionalmente, dos tipos de Regiones las de Estatuto especial y las de Estatuto ordinario. Las primeras son: Valle d'Aosta; Trentino-Alto Adige; Friuli- Venecia Giulia; Sicilia; Sardegna. Las segundas son: Piemonte; Lombardia; Veneto; Liguria; Emilia Romagna; Toscana; Umbria; Marche; Lazio; Abruzzi; Molise; Campania; Puglia; Basilicata; Calabria

27. *Ibidem*, p. 59.

28. Con lo cual se limita la autonomía financiera, mas que la legislativa o la administrativa.

29. Sobre el tema se puede ver. BUGLIONE R., PERANTONI I., I raporti finanziari tra stato e región dai decreti delegati dal 1.972 al d.p.r. 616 dal 1.972, Milano 1980.

30. Es pertinente acotar el avance que países como Colombia o Venezuela tienen respecto al control de constitucionalidad y en donde la acción pública de constitucionalidad establece que cualquier ciudadano puede acudir

En lo que tiene que ver con el territorio, la Constitución establece el número de regiones y su denominación (art. 131), amen de que no pueden ser creadas nuevas regiones con menos de un millón de habitantes y, mediante norma constitucional, se regula que la fusión o creación de nuevas regiones puede hacerse con la solicitud de los concejos municipales que representen al menos un tercio de la población interesada y la propuesta debe ser aprobada por referendo de la mayoría de sus habitantes. Cuando se trate de la anexión de un municipio o una provincia a una región, diferente a la cual pertenece, debe hacerse mediante solicitud y referendo, se puede llevar a cabo mediante ley ordinaria (art.132). Se podría decir que la Constitución le reconoce a la comunidad aquello que no le reconoce al ente territorial, nada más ni nada menos que la disponibilidad del territorio, lo cual es un elemento constitutivo[31].

A manera de conclusión tal y como lo expresa el autor precitado a pie de página, el regionalismo Italiano es una mixtura de un regionalismo fuerte y de un regionalismo débil, en el cual se coloca como centro de articulación territorial la autonomía local, es decir, en un plano de igualdad a la región, a la provincia y al municipio, en donde se da la posibilidad de que a través de leyes estatales se dicten normas *uniformantes* para los entes territoriales. De otra parte, a los entes territoriales se les ha disminuido paulatinamente la autonomía financiera la cual, sin duda, es el elemento vital para el desarrollo de una verdadera autonomía.

2. El modelo de las comunidades autónomas

Este modelo se ha desarrollado con mayor énfasis en España. Uno de los fundamentos que inspira su Estado Social de Derecho es el llamado principio de la autonomía territorial de las nacionalidades y regiones que integran ese país.

El anterior principio se constituye a partir del siglo XV y del reconocimiento de los reinos de Castilla, Aragón y Navarra. En el siglo XVIII, se instaura con los Decretos de la Nueva Planta de Felipe V, un modelo de organización centralizada que se desarrolla como consecuencia de la guerra de Sucesión que se llevó a cabo durante los años de 1700 a 1714; durante el periodo de 1839 a 1878 se vive un periodo de centralismo exacerbado que se vera interrumpido por las Constituciones Republicanas de 1873 y 1931; la primera de corte federal pero que no se llegó a promulgar y la segunda en la cual se crean las regiones autónomas a las cuales se les da la posibilidad de dotarse de sus propios estatutos autonómicos. Solo hasta antes de la guerra civil (1936-1939) se aprobó el estatuto de Cataluña, del País Vasco y el de Galicia, el cual no fue sometido a las Cortes y por lo tanto debió ser aprobado por referendo. Durante el régimen autoritario instaurado por Franco (1939-1975) se suspendió cualquier posibilidad de autonomía. A partir del RD-Ley 41/1977 y una vez superado el trago amargo de la dictadura se comienza el reestablecimiento de la autonomía territorial[32].

La Constitución Española de 1978 le reconoce tanto a las Comunidades Autónomas como a los Municipios y a las Provincias, un gran margen de autonomía para la gestión de sus intereses, quebrándose de esta forma la dependencia con el poder central del es-

directamente ante las respectivas instancias judiciales con el fin de demandar una ley cuando esta es contraria a la Constitución. Es un patrimonio democrático propio del derecho latinoamericano.

31. *Ibidem*, p. 69.

32. MERINO, José Fernando y otros, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid 1995, p. 282.

tado. Cuestión que se discutió ampliamente en la Asamblea constituyente y que junto al tema de la educación fue uno de los debates mas importantes al seno de esa institución. Sin embargo, era de esperarse que dicha autonomía se asegurara en el texto constitucional, ya que el concepto de autonomía para la gestión de sus propios intereses formaba, por decirlo de alguna forma, parte de la cultura política de los españoles a pesar del ostracismo en que se encontraban las regiones debido al régimen autoritario de Franco.

Desde el punto de vista de su organización territorial podríamos plantear que la Constitución Española reconoce como entidades territoriales a las Comunidades Autónomas, a las provincias y a los municipios, las cuales, como se señaló, gozan de plena autonomía para la gestión de sus respectivos asuntos[33]. Estos últimos tienen personería jurídica propia y su gobierno esta en cabeza de los respectivos ayuntamientos que están integrados por Alcaldes elegidos por los concejos o por los vecinos y Concejales elegidos popularmente (art. 140).

En cuanto a la provincia, podría plantearse que es una herencia y creación del legislador, fruto de una concepción uniformadora del estado español, la cual vendría a ser una invención del poder central hecha a imagen y semejanza del sistema francés, el país centralista por antonomasia. Sin embargo, no ha sido el estado el único creador de la provincia, ella es un producto histórico de los municipios de la época medieval y el resultado del sistema de ciudades como consecuencia de un país que desde la época romana poseía una red urbana que equilibraba y daba consistencia a su territorio. A nivel constitucional, la concepción de la provincia se encuentra regulada en los artículos: 141, numeral 1, 68 y 69, 143, 144,150, de los cuales se deduce que es parte importante de la organización territorial española. De ahí que cualquier alteración a su territorio deberá ser aprobado por las Cortes Generales[34] mediante una ley orgánica (art.141). Así mismo, ella es una verdadera circunscripción electoral en los términos señalados a pie de página.

En lo que tiene que ver con las Comunidades Autónomas podríamos decir que son entidades territoriales constituidas por provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, propicias a acceder a un autogobierno con arreglo a lo previsto en la Constitución y a sus respectivos estatutos[35]. La Constitución permite en sus arts. 143 y 144 asumir la condición de Comunidades Autónomas a ciertas provincias. *Si la historia o el interés nacional lo reclama una sola de ellas podrá erigirse como tal*. La constitución, sustancialmente, plantea la idea de que los territorios menores forman parte de un nivel espacial más amplio[36].

---

33. En efecto, el artículo 137 de la C.E. expresa: "El estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias, y en las Comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

34. La provincia es una circunscripción electoral para la composición de las Cortes Generales de acuerdo a lo establecido en el art. 68: " 1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. 2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla están representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de diputados.....3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional" y en lo que se refiere al Senado se expresa que: " 1. El Senado es la Cámara de representación territorial. 2. En cada provincia se elegirán cuatro senadores por sufragio universal, libre, igual directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale la ley orgánica....."

35. *Ibidem*, p. 284.

36. En la Sentencia del 28 de junio de 1981, el Tribunal profundizó sobre el tema en los siguientes términos: "Es necesario, distinguir, sin embargo, de acuerdo con la constitución y desde la perspectiva territorial, entre las Comunidades cuyo ámbito comprenda varias provincias y aquellas otras de carácter uniprovincial que pueda cons-

En resumen, podemos decir[37] que en lo referente a las Comunidades Autónomas existe una flexibilidad del marco constitucional; una diversidad de cauces procedimentales para el acceso a la autonomía; una pluralidad territorial dentro de la unidad de la Nación española; una cláusula de la lealtad constitucional; una supremacía estatal y unos principios informantes del estado autonómico, como son: el de constitucionalidad, de autonomía, de igualdad, de solidaridad, de equilibrio, de suficiencia financiera, de interdicción de federalización de las Comunidades Autónomas.

En cuanto al *primer principio* Informante del Estado Autonómico, hace relación al valor superior de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable a todos los poderes públicos y a que no se establecieron, siquiera, unos principios mínimos para su creación, no se impuso como obligatoria su creación no se predeterminó la estructura interna de su organización y por exclusión determinó las competencias del estado; las restantes podrían ser asumidas por las comunidades.

El *segundo principio* Informante tiene que ver con la autonomía como derecho y como principio de organización y funcionamiento del Estado, lo cual se refleja en la constitución de unos entes territoriales dotados de poderes y competencias. Se establecieron varios sistemas de acceso constitucional a la autonomía: una vía de acceso a la autonomía plena con un acuerdo de su órgano preautonómico superior, la redacción de un estatuto por una asamblea de sus parlamentarios, un acuerdo con la Comisión Constitucional del Congreso, referéndum de las provincias que conformarían el ente territorial y ratificación de los plenos de las dos Cámaras de las Cortes; una vía establecida en el art. 151 de la C.E.; la vía del proceso mixto de autonomía complementado con ley Orgánica; la denominada gradual que permite, pasados cinco años, alcanzar la autonomía plena y cuya iniciativa se condiciona: a la aprobación de las Diputaciones interesadas y a la de las dos terceras partes de los municipios, a la elaboración de un proyecto de Estatuto y la aprobación de las Cortes como proyecto de ley y una última vía denominada Amejoramiento del Fuero, que prevé la actualización de los derechos históricos de los territorios forales.

El *tercer principio* implica la regulación de una igualdad por vía negativa, es decir, que las diferencias entre los diversos Estatutos de las Comunidades Autónomas no implican privilegios económicos o sociales y en caso de que esto ocurra las Cortes Generales -vía positiva-, pueden impedir esas situaciones discriminatorias mediante las denominadas leyes de armonización del artículo 150 numeral 3, obviamente, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos ya que ellos en todo el territorio tienen los mismos derechos y obligaciones. Se establece, así mismo, que la pluralidad de ordenamientos jurídicos, resultado de la configuración del Estado compuesto, no puede olvidar que existe un límite jurídico cual es la Constitución.

El *cuarto principio*, en sentido positivo, implica la participación de las Comunidades Autónomas en la voluntad estatal. En sentido negativo, el principio de solidaridad se

---

tituirse cuando se den los supuestos previstos en los artículos 143 y 144 de la Constitución. En el primer caso, de acuerdo con las ideas antes expuestas, parte de las competencias que hasta ese momento fueron de las provincias pasarán a ser funciones de la comunidad a la que habrá también que atribuir, en consecuencia, la parte correspondiente de los recursos provinciales, y, lógicamente, de los servicios de esa naturaleza, reduciendo, en consecuencia, por así decir, el ámbito de competencias de la entidad provincial. Esta resultará, por el contrario, potenciada en aquellos otros casos en que, bien por tener la provincia caracteres propios de región histórica (art. 143), bien en virtud de una autorización especial de las Cortes (art. 144-a) una sola provincia se erija en Comunidad Autónoma, asumiendo así un superior nivel de autonomía, y estando en este caso confiados su gobierno y administración a la Comunidad, tal y como permite el artículo 141-2 de la Constitución".

37. *Ibidem*, pp. 284 y ss.

traduce en la limitación -material, territorial, a los principios constitucionales o valores superiores y específicos-, a la actuación de las Comunidades Autónomas como resultado de su integración en la unidad del Estado, cuyos fines deben ser respetados. La Constitución establece la supremacía del derecho estatal en todas las materias que no sean de competencia de las Comunidades Autónomas en virtud de la cual corresponden al estado ciertas facultades a través de la ley de control y coordinación de las Comunidades Autónomas.

El *quinto principio* lo regula la C.E. en su artículo 138 numeral 1, cuando faculta al estado para que vele "por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular".

El *sexto principio* se relaciona con la autonomía financiera, es decir, con los recursos que deben contar estos entes territoriales y que se encuentran establecidos en el art. 157 numeral 1 y que están constituidos por: a) impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado. b) Por sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales c) Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del estado. d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado. e) El producto de las operaciones de crédito.

El *séptimo y último principio* hace referencia a que se permite la cooperación entre Comunidades Autónomas, pero en ningún caso es posible su federalización.

A manera de conclusión, y parodiando lo que expresa el profesor Retortillo,[38] podríamos decir que el sistema autonómico responde a dos principios fundamentales: de una parte, se posibilita su establecimiento, pero no se impone con carácter general y de otra, las competencias de las Comunidades Autónomas no aparecen predeterminadas en la Constitución sino que las remite a sus propios Estatutos, cuya elaboración tiene un marcado sentido pactista. El primer principio condujo al oportunismo político de todos los colores y a la generalización del planteamiento autonómico y el segundo determinó la heterogeneidad de las competencias de las distintas Comunidades Autónomas, el *plato de queso* según una gráfica expresión y el efecto de *imitación* presente en el proceso de elaboración de los Estatutos. Todo lo anterior hace necesaria, según el autor, "una homogeneización de las competencias de las Comunidades Autónomas, superando la manifiesta desigualdad con que unas y otras nacieron y que se ha acentuado considerablemente en los últimos siete años".

3. Sistema Federal

El sistema federal es quizá una de las formas de organización más discutibles y discutidas pero al mismo tiempo uno de las más interesantes por la ideología y praxis de la tolerancia que lleva implícita en su formación y funcionamiento. No es gratuito que sus más remotos orígenes se remonten a textos bíblicos en donde, sin lugar a dudas, se comenzó a difundir la idea de igualdad y libertad. En efecto, mucho antes de que se hablara del federalismo existieron sistemas políticos que encerraban elementos propios a él. Quizá el primer ejemplo fue el israelita, que practicó un sistema identificado por una unión de identidades políticas basada en la conciencia de una nacionalidad común, unas

38. RETORTILLO, Martín Sebastián, *Pasado, presente y futuro de las Comunidades autónomas*, Instituto de estudios económicos, Madrid 1989.

instituciones políticas tribales y nacionales y una división de sus funciones formalizadas en una Constitución escrita. Su principal texto, la Biblia, es el primer libro que trata sobre los problemas federales. Algunos de los grandes imperios de la Antigüedad, sobre todo el Persa, el Helénico y el Romano, estructuraron sus sistemas políticos en torno al principio de la autonomía cultural local. Recordemos que en el mundo antiguo la vida política era prácticamente inseparable de los asuntos religiosos y culturales de la sociedad, lo que suponía que el reconocimiento imperial de las constituciones locales fuese una transferencia de poder político, las cuales, obviamente, podían ser revocadas por parte de los gobernantes imperiales. De ahí que el derecho y la aparición de las constituciones en el sentido moderno de la palabra hayan sido una de las conquistas mas importantes de la humanidad, no en vana tantas sociedades arriesgaron su integridad luchando para que el Estado de Derecho fuera la frontera entre los poderes omnímodos del soberano y el referente obligado tanto para los gobernantes como para los gobernados, amén de un límite entre lo religioso y lo político. Pero en la época medieval también se dieron experimentos a partir de las relaciones contractuales inmutables que se establecieron y que creaban vínculos permanentes entre los contratantes que garantizaban sus derechos. Un movimiento que requiere darle toda la importancia y atención es el que nació con ocasión de las ciudades comerciales medievales de la Europa central que formaron ligas para la defensa y la asistencia recíprocas, al estilo de los griegos. Su mayor expresión fue la primera confederación de los cantones suizos, en 1921, para la ayuda mutua en la defensa de su independencia. En el entretanto la discusión se daba por parte de diferentes entidades políticas en el Sacro Imperio Romano. Lo anterior permite establecer que la fusión de los elementos contractuales del feudalismo con los mecanismos políticos de las confederaciones comerciales dio origen a los antecedentes inmediatos del federalismo moderno. De otra parte, es importante recordar que los Estados cristianos de la Península Ibérica crearon un sistema político que en sus estadios más avanzados estuvo muy cerca de un federalismo auténtico. Durante los años de la reconquista, la mayor parte de ese territorio fue reorganizada según el sistema de los fueros que establecían gobiernos locales, con instituciones políticas relativamente liberales, para fomentar la repoblación del territorio. Bajo este esquema surgieron nuevos Estados, los cuales se unieron en un sistema cuasi federal bajo la Corona de Aragón. Los anteriores antecedentes, quizá, explican la gran vocación autonómica de la España de hoy. Con posterioridad y con la aparición del Estado Nacional en los siglos XVI y XVII, se estimuló la *adopción de soluciones federales para los problemas de unificación nacional.* En la época moderna se destaca el federalismo Norteamericano que transformó y organizó los principios del federalismo en un sistema práctico.

Decir que es el federalismo ha sido bastante complicado, se ha usado para describir una teoría del estado federal o para plantear un visión global de la sociedad. Sin embargo y debido a la complejidad del tema se ha optado por encontrar su esencia a partir de lo que no es, es decir, desde el punto de vista de lo que refuta, de allí que se defina históricamente como la negación del Estado Nacional[39], cuestión que ha sido criticada por algunos autores nacionales, ya que metodológicamente no es conveniente definir, opinan, a partir de lo que no es[40]. De ahí que el federalismo se determina mas por sus elementos que por su contenido. De todas formas algo es claro, opina el profesor Augusto Hernández, y es que el Estado Federal o la doctrina del estado federal puede estar en

39. BOBBIO y otros, *op. cit.*, p. 375.

40. Autores varios, *El Federalismo en Colombia, pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997, pp. 141 y ss.

crisis, pero no el principio federal[41]. Algunos autores, como el profesor Jaime Vidal Perdomo, han ensayado definiciones en donde propone la acepción del maestro Maurice Croisat: "es una forma de gobierno que reposa sobre la autonomía de los estados federados y su participación en las instituciones federales, y sobre una cooperación intergubernamental para alcanzar los fines comunes por medio de los programas y de los financiamientos comunes"[42]. Independientemente de la validez que pueda tener el definir el Federalismo a partir de lo que es o no es, cuestión que no discutiremos en esta oportunidad, ya que el tema que nos ocupa es diverso, es pertinente plantear que el federalismo como hecho social, como organización política y económica y como una expresión de tolerancia, es una realidad que transfiere autonomía y posibilidades de autogestión a los entes territoriales permitiéndoles adecuar su propia idiosincrasia a la búsqueda de su desarrollo regional basado, sustancialmente, en la convicción de que sólo a través de su propia iniciativa, de sus recursos y de su organización será posible encontrar su identidad. Es la posibilidad de entender que el establecimiento de los "centros de poder dispersos son una forma de salvaguardar las libertades individuales y locales". Para entender de una manera más profunda y sencilla lo que es el Federalismo se hace necesario, en consecuencia, definir sus formantes.

Es necesario, en primer lugar, que exista una *Constitución escrita*, como una expresión del pacto de Unión, que establezca las condiciones y la forma de distribución del poder político. Dicho de otra manera, las competencias que deberá desarrollar el Estado Federal y los Estados Federados en el entendimiento de que lo que no se establezca como prerrogativa para el Estado Federal corresponderá a los Estados Federados y que cada uno de éstos podrá elaborar su propia Constitución como expresión real de su autonomía.

Como consecuencia de lo anterior se deduce que debe entenderse la imposibilidad absoluta de una centralización o lo que se ha denominado la *no centralización* y que difiera de la descentralización, ya que no es una distribución de poderes por parte del órgano central a entes territoriales subordinados, sino la delegación de autonomía constitucional a entes paritarios. Lo anterior garantiza que los derechos de ambas partes, Estado Federal y Estados Federados, no puedan privarse de sus derechos sin el consentimiento mutuo y consensual.

Se hace necesario, así mismo, una *división espacial del poder*, es decir, por denominarlo de una manera pedagógica, delimitar la propiedad del territorio. Es una forma de delinear materialmente el espacio en donde los Estados Federados podrán establecer sus competencias, ya que no ha existido ningún Estado federal auténtico que no haya utilizado el territorio como base de la división Federal. Cuando el "federalismo se ha basado en la distribución funcional ha sido sustituido por el pluralismo".

Se hace necesario, y de manera primordial, el *mantenimiento de la Unión*, ya que tanto el estado federal como los estados federados pertenecen a una nacionalidad común como elemento primordial que los une, pero que al mismo tiempo y en aplicación de los principios de alteridad, de otredad, los diferencia. Es, por decirlo de laguna manera, la identidad de fines a partir del reconocimiento de las diferencias.

41. *Ibidem*, p. 148.
42. VIDAL PERDOMO, Jaime, *El Federalismo*, ediciones rosaristas, Santa Fe de Bogotá 1999, p. 44.

4. El Federalismo en Colombia

El Federalismo no ha sido extraño a nuestra tradición, ha formado parte de nuestra historia política y de no pocas intestinas y tontas disputas por parte de los protagonistas de nuestro pasado. Cuestión que ha sido esgrimida como uno de los principales obstáculos para su implementación, olvidando que las circunstancias políticas, religiosas, sociales y económicas, son diametralmente diversas, diferentes y diferenciables. Hoy la violencia no es la misma, ni la influencia de la religión es siquiera parecida; la sociedad ha cambiado y la economía, así siempre haya sido algo extraño a las clases menos favorecidas, es producto de un nuevo orden mundial, al cual por más que se quiera no escapa ningún país; la globalización es un fenómeno que ha permeado todas las sociedades y las disciplinas del saber, incluso al derecho, que a través de mecanismos como la Corte Penal Internacional buscan proteger a la humanidad toda de delitos atroces que atenten contra ella. Las comunicaciones se han desarrollado a una velocidad vertiginosa y el conocimiento del mundo se hace más fácil y accesible, si bien es cierto no a todas las clases sociales, si a un mayor número de personas que hace unos pocos años. El mundo se ha convertido en esa aldea global de la que hablara Mac Luhan. Hoy una carta a Europa dura fracciones de segundos o minutos vía internet, a diferencia de los tres o cuatro meses que duraba en la época de la independencia. Todo lo anterior, indudablemente, ha cambiado la mentalidad del hombre colombiano, quien ha incursionado en campos internacionales de la ciencia, el deporte y la cultura, que antes hubiera sido poco probable. En resumen: si bien es cierto la historia es importante para la explicación del presente, no lo es menos que ella es una herramienta para el desarrollo y la solución de conflictos, no una talanquera o un obstáculo para resolver problemas; mucho menos puede concebirse como un elemento referencial para renovar el temor a los grandes cambios. Por todo lo anterior, es necesario echar una hojeada a nuestra historia Federalista y a algunas propuestas que se vienen dando como objeto de estudio para su implementación.

Las viejas luchas entre federalistas y centralistas son problema del pasado y hoy, quizá, después de tantos años de centralismo es necesario repensar el Estado, ya que ese antiguo modelo, máxima expresión de la intolerancia y de temores superados, no responde a las necesidades de unas comunidades que se caracterizan, ante todo, por una diversidad de costumbres, de culturas y de formas de concebir la vida. Hoy, en nuestro país, se comienzan a dar procesos de autonomía interesantes, como el de la convocatoria a una constituyente en el departamento del Tolima, como el de la unión de los gobernadores del sur del país para solicitar atención y para gritar que ellos también existen y que son parte de este adolorido territorio. Quizá, hoy, así mismo, no son suficientes los importantes procesos de descentralización que tuvieron su inicio en los años ochenta, de pronto se hacen necesarios fenómenos de autonomía que mas allá de una simple autarquía lea den la capacidad a las regiones de decidir y planear su propio futuro. Será esta una cuestión que analizaremos con mayor profundidad en el capitulo de conclusiones.

Como bien lo expresa el ilustre profesor Carlos Restrepo Piedrahita, la idea federalista en Colombia se remonta al Acta de Independencia acordada en Cabildo Extraordinario de Santafé el 20 de julio de 1810, en donde se designó una Junta interina en la cual se depositó el Gobierno Supremo y la cual debía afianzar una Constitución con la obligación de establecer una serie de principios. Dicho documento, expresa el docente, contenía cinco gérmenes que prefiguraban una hipótesis de Estado: el pueblo, a quien se le

investía de la función de soberano; la elección de un Congreso; la implementación de un improvisado órgano de Gobierno; un mandato para *formar* la Constitución, y una *forma federativa* modelada por aquélla[43]. Es indudable que dicha declaración se encontraba influenciada por el sistema federal estadounidense, pero así mismo por el afán de preservar los intereses de todos y cada uno de los sectores que participaban en el inicio de la causa emancipadora. Mientras que en Venezuela la controversia federalismo- centralismo quedó superada al aprobarse la Constitución federal de 1811, en la Nueva Granada a la postre degeneraría en una lamentable reyerta civil armada, tal y como nos lo recuerda el académico precitado. De otra parte, continua el profesor Restrepo, varias provincias como Cundinamarca, en uso de su espíritu autonomista y federativo, prefirieron no mandar delegatarios al Acta de Independencia, declarando su propia personalidad política. Recuerda la historia cómo Antonio Nariño, santafareño, proclamó el centralismo, y Camilo Torres[44], payanés, fue el que defendió el federalismo. En la Constitución de 1821, no obstante la oposición de algunos de los lideres mas connotados, se estableció el sistema centralista y se adoptó a Bogotá, provisionalmente, como capital de Colombia. Pero, como era de esperarse, esta Constitución hizo crisis y el Congreso en 1827 autorizó la convención de Ocaña, en donde debía darse paso a una nueva Constitución. Primero Venezuela y después Ecuador proclamaron su separación de Colombia. En 1830 se sanciona una nueva Constitución, posteriormente, en 1832, la Nueva Granada aprobó la Constitución que la eregía en República independiente. Se conservó el régimen central con algunos cambios, los cuales se mantuvieron hasta 1853 cuando se ensayó la Constitución centralista con visos de federalismo, la cual tuvo una exigua existencia que culminaría con las Constituciones de 1858 -Confederación Granadina- y 1863 -Estados Unidos de Colombia-, que terminó con la batalla de la Humareda. Dicho régimen sería reemplazado por la Constitución de 1886, de carácter centralista y la cual duraría hasta el año de 1991.

Si algo identifica la Historia Constitucional Colombiana es la marcada crisis de sus periodos, debido a las luchas intestinas y a la ambición de poder que se sobrepuso a los intereses de la patria. Veamos, muy de paso, algunos de los sucesos durante la vigencia de cada una de estas Constituciones:

La Constitución de 1821, que se expidió en la Villa del Rosario de Cúcuta, no fue ajena a las ideas federalistas. Se planteó, incluso, por parte de Don Antonio Nariño, que una vez pasada la guerra se podría instaurar el sistema federal, se refirió en los siguientes términos: "No pudiendo por ahora establecer la federación, por el estado de guerra en que nos hallamos, por falta de recursos, por multiplicar gastos, por multiplicar soberanías, por no estar deslindados los territorios que la deberían componer, y la experiencia nos ha enseñado cuán peligroso es ese paso, cuando se decide entre partes que ya se

43. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993, p. 23-24.

44. Se ha planteado que Camilo TORRES imbuido por las ideas federalistas de los estados Unidos, defendió ese sistema. Sin embargo, quizá, desde aquella época el comprendió el carácter autónomo que se encontraba arraigado en la mentalidad de las provincias de la Nueva Granada y el hecho de que sus dirigentes no se resignarían al mandato de Santafe. Era una especie de rechazo al centralismo. Tal y como lo demostrarían los hechos sucesivos, el prócer tenía toda la razón. Quizá esa excesiva tendencia centralista fue la que acabó con la Gran Colombia creyendo que era necesaria para mantener la unión y rechazar al enemigo que se cernía sobre el territorio. El federalismo había elaborado estrategias que a pesar de conservar la autonomía del territorio aseguraban la unión en torno al manejo militar de la situación. Recordemos como el Acta que escribiera Camilo TORRES y que daba nacimiento a la Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, fue ratificada por la mayoría de ellas con excepción de Cundinamarca, quizá por la influencia de don Antonio Nariño, y de Chocó. El sistema federal contaba con el amplio respaldo de los Granadinos.

suponen con derecho, y finalmente, por la falta de luces suficientes para formar en todos los Estados, Legislaturas y Magistrados correspondientes a su soberanía; no debemos sancionarla ni para ahora ni para lo venidero, sin dejar la puerta abierta para que la adopten cuando crean conveniente los legisladores que nos sucedan". En el mismo sentido opinó Fernando Peñalver cuando planteó un sistema centralista como "camino a la federación, y Colombia llegará al rango de un pueblo ilustrado en la plenitud de sus derechos". Al interior de la Convención, decididos federalistas como José Ignacio de Márquez defendieron ese sistema con el argumento de que era: "imposible formar un todo de territorios tan vastos como el de Venezuela y Nueva Granada, la naturaleza ha fijado sus límites; a proporción que el cuerpo político se extiende, tanto más se debilita. El gobierno carece de energías para hacer ejecutar las leyes y, ocupado en los principios y más generales asuntos del Estado, no tiene tiempo ni proporción para atender a los intereses de sus partes, de donde nace el desafecto de los súbditos para con sus gobernantes, y la ninguna relación entre estos y sus gobernados. En una democracia son muy lentas las operaciones y a medida que aquélla se extiende, más lentas se hacen éstas". Es de anotar que la legislación de este periodo fue de importante relevancia, en un lapso de seis meses, y en las condiciones incomodas en que se encontraban dejó organizada la República en diversos aspectos como: las libertades públicas, la educación, la libertad de partos, abolición del tráfico de esclavos, reguló la libertad y la responsabilidad de la prensa y extinguió el tribunal de la inquisición, se adoptó el proteccionismo industrial, se prohibió la importación de diferentes productos como: añil, azúcar, melazas, café, cacao y otros, en fin, se ocupó de diferentes e importantes temas que contribuyeron a la organización del naciente Estado. No pocos fueron los desafortunados sucesos que ocurrieron a lo largo de los años que transcurrieron mientras dio a luz la nueva Constitución, sucesos, sobre todo, entre, quizá, los dos mas grandes hombres de nuestra historia, Bolívar y Santander, atizados por amigos de ambos bandos y celosos del poder que tanto el uno como el otro, por razón de su inherente naturaleza, poseían. En un ambiente de hostilidad y distanciamiento entre los dos próceres se reuniría en abril de 1828 la Convención de Ocaña la cual, como se preveía desde el comienzo, no tuvo un buen final ya que terminó disolviéndose por el retiro de algunos de sus integrantes muy a pesar de los esfuerzos que hiciera el general Santander. Tampoco fue extraño a este pasaje histórico el tema del centralismo y del federalismo, el cual fue agitado por Bolívar y Santander. El 20 de enero de 1830 se instala una nueva constituyente con 47 diputados de las más importantes provincias de Nueva Granada, Ecuador y Venezuela que daría como resultado la Constitución de 1830 del 5 de mayo. La Constitución ratifica el centralismo y a ella se sigue un periodo de inestabilidad institucional, hasta 1832 en que se erige la República de la Nueva Granada que dividió su territorio en quince provincias: Antioquia, Barbacoas, Bogotá, Cartagena; Cauca, Magdalena, Neiva, Panamá, Pasto, Pamplona, Popayán, Socorro, Tunja, Vélez, Veraguas a las cuales se les daba la posibilidad de proponer al Poder Ejecutivo una lista de seis individuos para que de ellos se escogiera el respectivo gobernador. Era una formula que "intentaba armonizar la tendencia centralista con la federalista". En 1843 se restablece en su plenitud el sistema centralista.

A partir de 1858 se inicia un periodo de federalización con la Constitución de 1858 la cual en su artículo 1° expresaba: "Los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander se confederan a perpetuidad, forman una nación soberana, libre e independiente, bajo la denominación de Confederación Granadina, y se someten a las decisiones del Gobierno general, en los términos que se establecen en esta Constitución".

El sistema federal fue aprobado tanto por conservadores como por liberales quienes, incluso, lo habían establecido en su programa. El gobierno era popular, representativo, alternativo, electivo y responsable. Todas las funciones que no fueran atribuidas por la Constitución a la Confederación eran competencias de los Estados. En el artículo 11 se encontraban numeradas todas las funciones que le eran prohibidas a los Gobiernos de los estados federados. Durante aquel periodo se desató una guerra civil, promovida por Mosquera, que a la postre daría como vencedor al primero y quien como Presidente Provisorio expediría el famoso decreto de tuición que sometía a la Iglesia a la autorización del gobierno para el desarrollo de sus actividades. Llevó a cabo emisiones de billetes con el fin de saldar las deudas de guerra; realizó la desamortización de bienes de manos muertas, que condujo a la expropiación de inmuebles propiedad de la Iglesia, grandes latifundios, que no eran propiedad únicamente de las diferentes comunidades religiosas, como producto de donaciones de personas piadosas, sino de grandes señores a los cuales se habían visto obligados los indígenas a vender a exiguos precios. Aunque Mosquera había defendido la Constitución vigente, convocó a una Convención Nacional con el fin de expedir una nueva Constitución en la ciudad de Rionegro, en el estado de Antioquía, que dio origen al Gobierno de Estados Unidos de Colombia. Cabe resaltar de esta Constitución su preocupación por los derechos fundamentales y el alto grado de federalización. El artículo 36 regulaba: "El Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia será, por naturaleza de los principios constitutivos, republicano, federal, efectivo, alternativo y responsable; dividiéndose para su ejercicio en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial". El legislativo se dividía en dos Cámaras el Senado y la Cámara de Representantes. La primera representaba a los Estados y la integraban tres Senadores por cada Estado en tanto que la primera representaba al pueblo, directamente, y estaba conformada por representantes a razón de uno por cada cincuenta mil habitantes. Existía una Corte Suprema Federal que se elegía por el Congreso de una lista presentada por la Legislatura de cada Estado, en número igual al de plazas que debían proveerse, de los cinco que reunieran más votos se escogían los dignatarios. El ejecutivo era ejercido por un Magistrado que se denominaba Presidente de los estados Unidos de Colombia.

A pesar de que esta Constitución fue criticada por su excesivo federalismo, es quizá la que mayor reconocimiento le dio al ciudadano. De todas formas es importante destacar que durante aquel periodo los estados se desarrollaron y se observó un progreso importante fruto de su autonomía y autogestión[45]. A pesar de todo ello no existió una verdadera federalización al interior de los estados Federados tal y como puede comprobarse en el hecho de que, por ejemplo, los Alcaldes eran nombrados por el Poder Central. Una clara muestra del espíritu centralista que se vivía, aun, en los Estados federados[46].

Pasado este periodo federalista y por convocatoria del presidente Rafael Nuñez se instaura la Constitución centralista de 1886, la cual tuvo vigencia hasta la actual Constitución de 1991, y la que sufrió innumerables reformas producto de la adecuación que era obvia y necesaria a las vivencias presentes. La Constitución de 1991 se erige como un sistema unitario, descentralizado, con autonomía de sus regiones, producto de las más diversas tendencias políticas, sociales, económicas, culturales y culturales. Es, sin duda,

45. *V., Federalismo en Colombia pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, *Un Ejemplo del Federalismo en Antioquia: La Presidencia de Pedro Justo Berio*, MEJIA VELILLA, David, pp. 197 y ss.

46. *Ibidem*., *La Égida del Centralismo en Colombia*, MORELLI Sandra, edit., Externado de Colombia, Bogotá 1997, pp. 113 ss. En un juicioso estudio, la articulista hace un análisis de las diferentes constituciones federales y demuestra como al interior de los Estados federados se reprodujo el esquema centralista.

la más pluralista de la historia colombiana y en la cual tuvieron asiento guerrilleros amnistiados, diversas tendencias religiosas, indígenas y en fin toda la gama representativa de la sociedad Colombiana. Fue el producto de un sentimiento nacional que, a diferencia de las anteriores constituciones, no buscaba elaborarla después de la guerra, sino, por el contrario, evitar a través de ese mecanismo jurídico la confrontación.

5. Breve conclusión histórica

Como se puede observar, a lo largo de la historia de Colombia, la paz ha sido, salvo en cortos periodos, un elemento extraño a nuestro desarrollo institucional, esquiva a los intereses de los Colombianos, no tanto por efecto de las formas de organización territorial y política que se hayan implementado sino en virtud de problemas sociales mucho más complejos que no fueron resueltos desde el inicio de nuestra independencia y que produjeron la injusticia social que hoy vivimos. No es del caso achacarle un determinado periodo de violencia al sistema federalista, ello no es exacto, la calentura no está en las sábanas sino en las cobijas, dice un dicho nuestro. Insisto, el caos es producto de un Estado que aún hoy no ha sido capaz de eregirse como Nación, que no encuentra su identidad y que se ha acostumbrado a vivir en medio de la violencia. Se trata, en consecuencia, de aprovechar el potencial creativo que se haya inmerso en cada uno de los Colombianos con el fin de proyectar un Estado Nación a muchos años, dejando de lado el afán inmediatista que también nos identifica.

6. Propuestas federalistas para Colombia

A lo largo de muchos años y especialmente en los últimos tiempos se viene dando en Colombia una reflexión, sobre todo doctrinaria y académica, respecto a la urgente necesidad de cambiar nuestro sistema territorial, dándole mucha más capacidad de verdadera decisión a las entidades territoriales y, sobre todo, planteando que el proceso que se inició con la elección popular de alcaldes y que culmina con la Constitución de 1991 ha madurado nuestro espíritu autonómico y ha demostrado que él sigue latente en gran parte de la población. Diversas reflexiones y proyectos se han presentado, las cuales plantearemos, muy brevemente, con el fin de dar una idea de lo que se esta pensando a nivel del tema que nos ocupa.

En principio, se ha expresado que la Constitución de 1991 estableció lo que se ha denominado por parte del Dr. Carlos Restrepo Piedrahita, *un germen de federalismo*. A lo largo de muchos de sus artículos, se regula una especie de autonomía la cual se refleja en la asignación de competencias legislativas a las entidades territoriales para regular funciones propias tanto a los municipios como a los departamentos, a las regiones y a las comunidades indígenas y que según el comentario del Dr. Augusto Hernández Becerra[47] podrían sintetizarse en los siguientes artículos constitucionales:

> *Artículo 151*. Se le asigna al Congreso la obligación de expedir leyes orgánicas, entre otras, para lo que tiene que ver con lo relativo a la asignación de competencias normativas de las entidades territoriales.

47. *Ibidem*. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *El Fermento Federalista en la Constitución de Colombia*, pp. 160 y ss.

Artículo 288. Le asignaba a la ley orgánica de ordenamiento territorial el establecimiento de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Artículo 298. Establece que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y que ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios.

Artículo 305. Se faculta a los gobernadores para revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y, por motivos de constitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para decidir sobre su validez.

En materia de naturaleza política la Constitución estableció la elección popular de las comunidades locales y seccionales: asambleas departamentales, gobernadores, concejos municipales, alcaldes, ediles para integrar las juntas administradoras locales (arts.299, 303, 312, 314 y 318, respectivamente).

Estableció, así mismo, garantías de naturaleza económica en el titulo XII en los arts. 294, 356, 362, 317, 356, 357.

En materia normativa hizo lo propio en los artículos 300, 313 numerales 7 y 9.

Igualmente, le reconoce la Constitución una serie de derechos a las entidades territoriales en el art. 287.

Así mismo, expresa el Dr. Hernández, a través de los mecanismos de participación ciudadana regulados en los arts. 40, 103 y siguientes y desarrollados por la ley 134 de 1994 se le da una verdadera garantía institucional a la autonomía local. Si bien es cierto es una ley timorata e insípida, ya que fue tacaña en la posibilidad de haber regulado mecanismos muchos más acordes con la realidad municipal del país[48].

A manera de conclusión, plantea el autor precitado, "La descentralización territorial en Colombia ya no es un concepto de naturaleza estrictamente administrativa, es decir, no se mantiene dentro de la órbita del Estado unitario, porque presenta algunas características que son propias del principio federal: el tipo de descentralización que plantea la Carta Política de 1991 ha quebrantado el principio de jerarquía entre los distintos niveles territoriales; la autonomía de las entidades territoriales, a más de haber adquirido un carácter político y contar con sustentación financiera apreciable, está acompañada de significativas garantías institucionales. Todo ello indica que la descentralización ha saltado la barrera del Estado unitario para ingresar al área de influencia del federal".

Está presenta un fermento federal en la Constitución política de 1991. Ese fermento o "cuerpo orgánico susceptible de actuar sobre el medio que lo produce y capaz de transformar ciertas sustancias en determinadas condiciones de temperatura y de presión", como rezan los textos de bioquímica, está constituido por unos residuos del principio federal dispersos en el organismo constitucional. Algunos de estos residuos son pervivencia de periodos constitucionales anteriores. Otros fueron inoculados en la reforma constitucional de 1991.

Como ocurre con todos los fermentos, para que actúen adecuadamente existe un nivel mínimo de energía de activación. Sus efectos catalizadores pueden ser estimulados por ciertos elementos y, aún cuando son muy activos inclusive en pequeñas dosis, son muy vulnerables a condiciones ambientales adversas, y pueden por tanto ser inhibidos, limitados, revertidos o incluso anulados.

48. *V.*, LONDOÑO Jorge y otros, *Constitucionalismo Participación y Democracia*, Uniboyacá, edit Ethos, Tunja 1997, pp. 131 y ss.

De otra parte, es del caso comentar los proyectos mas interesantes de Constitución federal que se han diseñado por parte del Dr. Rodrigo Rivera, del ex Constituyente Jaime Castro y del centro de estudios Quirama del departamento de Antioquia. Sustancialmente, todas y cada una de las precitadas propuestas coinciden en que el modelo de organización territorial centralista y unitario se agotó y que por lo tanto se hace necesario buscar nuevas opciones que hagan posible una forma de organización territorial más acorde con los requerimientos de la sociedad Colombiana contemporánea.

En cuanto al *primer proyecto*, se propone una estructura federal que se concibe *como visión a largo plazo* y el cual admite la existencia de un gobierno central fuerte pero pequeño, que cumpla las funciones estrictamente necesarias para desarrollar la función de asegurar la unidad de la nación, para ello el gobierno nacional deberá ocuparse de competencias como: la defensa nacional, el manejo macroeconómico, las relaciones internacionales, la responsabilidad de enfrentar el crimen organizado, el apoyo a los departamentos mas atrasados sin menoscabo de su libertad y la defensa de los valores básicos de la Constitución, tales como la democracia, el respeto por los derechos fundamentales del hombre y la preservación del medio ambiente. Por su parte, continua el autor, los departamentos gozaran de la cláusula general de competencia. Es decir, tendrán la libertad de ocuparse de cualquier otro asunto con la condición de que respeten las funciones que taxativamente le asigne la Constitución al gobierno central. De esta forma cada uno de ellos podrá tener soberanía fiscal y funcional. El éxito de la anterior propuesta radicaría en la clase y cantidad de funciones, que se le reserven al poder central y en las prohibiciones expresas que se le impongan a los departamentos, los cuales se convertirían en estados soberanos y en vez de tener un solo centro de poder se tendrían 34.

El gobierno central solo tendrá para el financiamiento de sus funciones determinados y precisos tributos, en tanto que los departamentos podrán vivir de los que correspondan a las fortalezas de su economía, de tal forma que se evitaría la imposición que se ha diseñado de que todos y cada uno de los departamentos deben vivir de los impuestos que una ley estableció para todos y cada uno de ellos sin tener en cuenta las diversas y precisas circunstancias que los rodean. Los gobernadores deben dedicarse a gobernar y no a suplicar al gobierno central para que solucionen los problemas que los aquejan.

Colombia es un país rico y, por lo tanto, todas y cada una de las regiones tendrá la capacidad de subsistir de acuerdo a su ingenio y a la ubicación de sus fortalezas, tal y como ha sucedido en el esquema Norteamericano. Lo que realmente define la condición centralista o federal de un estado, opina el autor, es la precisión de la órbita de competencia y las responsabilidades de cada nivel territorial. El modelo federal consiste en un pacto político entre personas y no entre estados y por eso, lejos de desintegrar la unidad nacional, lo que hace es reafirmarla reconociendo jurídicamente las diferencias que cualquier conjunto posee.

Al final de su propuesta el Dr. Rodrigo Rivera hace una breve descripción del sistema autonómico español[49].

El *segundo proyecto* se enmarca dentro de la propuesta del ex-constituyente Jaime Castro, quien lideró el proceso de descentralización en Colombia que llevó a los municipios a adquirir una verdadera autonomía política y una autarquía en diferentes temas de la administración de esos entes. Sustancialmente, se plantea que somos un país de regiones desde el punto de vista cultural, económico y social. Se trata, en consecuencia,

49. RIVERA Rodrigo, *Hacia un Nuevo Federalismo para Colombia*, edit. Oveja negra, Bogotá 2001.

de aprovechar esta realidad con el fin de hacer de ellas entidades territoriales autónomas que tengan derecho a un espacio en la organización político- institucional del país.

Según el autor, los elementos básicos de ese sistema de organización serían los siguientes: El sociológico, que expresa la *geografía política* del respectivo país y que se deriva de una identidad social y cultural que crea lazos de pertenencia y solidaridad en la comunidad. Al anterior debe agregarse uno de carácter geográfico, es decir, el elemento territorial en donde tiene asiento la comunidad. Las atribuciones mas importantes de las regiones, continua el profesor Castro, serían: *participar en el ejercicio de la función constituyente*, excepcionalmente, cuando el Congreso reforme la Constitución en lo que tenga que ver con el reparto de competencias y recursos, entre el Estado Central y las entidades territoriales. La mayoría de las dos terceras partes de las regiones tendrían que aprobarla, de acuerdo al pacto constitucional que se debe celebrar entre esas dos instancias. *Ejercer funciones legislativas*, al igual que la anterior, sería una función de carácter normativo en cuanto que se les permitiría que en determinadas y precisas materias, expidieran leyes y reformaran las que hubiera dictado el Congreso. Formalmente, las regiones no expedirían leyes sino normas con fuerza de ley, es decir textos que tendrían sustancia legislativa. Así mismo, las regiones tendrían iniciativa legislativa para los asuntos relacionados con su organización y funcionamiento la de los municipios. *Funciones reglamentarias* de las leyes marco o cuadro cuya aplicación llegare a exigir la presencia de textos que deban precisar su contenido y alcance con el fin de facilitar su ejecución. Como ejemplo, bastante novedoso y creativo por cierto, cita el Dr. Castro el caso de los horarios de jornadas de trabajo dependiendo de la región. De otra parte, las regiones deberán *promover el crecimiento económico* procurando estimular la inversión privada y regionalizando los planes de desarrollo. Igualmente deberán *proteger y conservar los recursos naturales*, en virtud de lo cual se podría pensar en la desaparición de algunas de las Corporaciones Autónomas Regionales para que pasaran a ser competencias de las regiones. Como *Agentes del desarrollo local* las regiones deberán promover el fortalecimiento de sus entidades territoriales a través de apoyo técnico, administrativo y financiero. El Dr. Jaime Castro le asigna otras funciones a las regiones de carácter policivo y de destinatarias de funciones nacionales. Finalmente, las regiones no deben ejecutar obras ni prestar servicios, únicamente son entidades normativas y promotoras de grandes proyectos -entidades planeadoras-, ya que la primera función estaría a cargo de los municipios, asociaciones de municipios, ciudades, organizaciones sociales y comunidades organizadas. Y no debe ser de otra manera, ya que si se le otorga esa posibilidad a las Regiones se estaría regresando al viejo esquema centralista departamental.

En cuanto a cuál sería la capital, el tratadista plantea que esto no genera ningún inconveniente, ya que ella se desplazaría a los diferentes centros que podrían ser administrativos, económicos e incluso universitarios es decir, quien ostente la capital no es un problema insalvable, pues existirían tantos centros de diverso poder que el burocrático sería el menos importante. Para terminar este atrevido resumen, se propone que las fuentes de financiación sean: el producto de los impuestos que se recauden, que son los mismos que hoy cobran los departamentos y los nuevos que se establezcan en el Congreso; los recursos que les asigne el Fondo nacional de Regalías (artículo. 307 C.P) y el valor de las transferencias que se reciban del poder central, cuyo monto se hará de acuerdo al reparto que se haga entre la Nación, las Regiones y las Entidades Locales[50].

50. CASTRO, Jaime, *La Cuestión Territorial*, edit. Oveja Negra, Bogotá 2002.

El *tercer proyecto* se elaboró por parte del *Grupo de Estudios Constitucionales de Quirama.* Su propuesta es sustancialmente federalista y de entrada le da capacidad legislativa a los entes territoriales federados, es decir, se traslada la cláusula general de competencia legislativa a los estados partes de la federación. En el prólogo se hace una defensa histórica del sistema federal y se trae a colación el gobierno del General Pedro Justo Berrío en Antioquia. De otra parte, se insiste en el hecho de que la Constitución de 1863 no instauró un verdadero régimen federalista sino mas bien una especie de confederación. Así mismo, se plantea que el unitarismo en Colombia es sinónimo de centralismo no sólo de la capital de Colombia sino de los departamentos en relación con los municipios y de estos con las cabeceras municipales y estas a su vez con los corregimientos y veredas. Se reflexiona respecto al hecho de que nada contribuye más a la unidad que el hecho de poder obrar en forma concordante con las identidades sin que ello implique la separación del todo unitario. Es mejor que los gobiernos actúen de acuerdo con sus particulares criterios que tratar de forzarlos a adoptar las formulas no concordantes con sus idiosincrasias. El Grupo de Estudios plantea que la forma federal que se propone es la moderna no radical y a la *colombiana*.

En lo que tiene que ver con el número de estados existen dos posiciones; la primera propone que los estados región serán en un número no superior a 10 que serán determinados por una Comisión Especial Art. 74 del proyecto). Para el Dr. Jorge Rodríguez Arbeláez- Rector del Colegio de Altos estudios de Quirama y Coordinador Grupo de Estudios Constitucionales- deberían existir 22 Estados más el Orinoco y el Amazonas para un total de 24.

Los fundamentos básicos de la organización territorial, sustancialmente, serían los siguientes: *ponderación de la soberanía y poder de decisión.* Cada una de las personas es titular de una Soberanía Ponderada. Es decir, el estado es uno solo, pero todas las entidades territoriales que lo conforman poseen una soberanía ponderada que se traduce en competencias, funciones y recursos propios. Esa ponderación, continúan los proponentes, es lo que hace que el Estado siendo uno solo, el Gobierno Municipal sea personero del Estado y así también los gobiernos departamentales, distritales, de las entidades indígenas y de los futuros Gobiernos Regionales y Provinciales, al proceder todos ellos, a la par con el Gobierno Nacional, del mismo linaje político. *Autonomía territorial.* Bajo la propuesta que se presenta de Estado- Nación no se circunscribiría al Gobierno central, sino que existiría un Estado- Departamento, o un Estado- Distrito, o un Estado-Municipio; así no se podría hablar de vacío o ausencia del estado en el gobierno seccional o en el gobierno local.

El proyecto de Constitución federal pretende asegurar el equitativo y equilibrado reparto del poder entre las entidades territoriales y el Estado-Nación Federal. La persona humana, como sujeto de valores éticos y estéticos, es centro y base de toda la construcción federal del poder público; la primera encarnación del pueblo. Este, dotado de autonomía, identidad, dignidad y poder a su vez, conforma comunidades, la primera de las cuales es la familia, y en orden ascendente las veredas y los corregimientos, los barrios y las comunas, el municipio y los estados- región. Todos ellos como personeras de la voluntad popular ejercen el poder del Estado por medio de los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y de Control, cada uno asistido de soberanía ponderada y con autonomía. La primera de ellas se expresaría en la significación que se le da al vocablo ley, al insistir en que ella comprenderá la ley estadual y la ley municipal.

En lo que tiene que ver con los ingresos, corresponderían a los Municipios: Todos los impuestos que gravaren la propiedad inmueble; un porcentaje del valor agregado, dis-

tribuido proporcionalmente de acuerdo con la población de cada municipio; los provenientes de bienes, obras y servicios del Municipio; un porcentaje de los ingresos fiscales que graven la explotación del subsuelo dentro de su jurisdicción; las rentas contractuales y la plusvalía, que será reglamentada por ley estatal estutaria. A los Estados- Región correspondería: un porcentaje del impuesto al valor agregado, en proporción a la población de cada Estado región; todos los ingresos o contribuciones provenientes de bienes, obras y servicios del Estado-región y un porcentaje de los ingresos fiscales que graven la explotación del subsuelo dentro de su jurisdicción. Al Estado- Nación Federal corresponderían los ingresos provenientes de los impuestos de renta y complementarios, aduanas, timbre, donaciones, petróleo y sus derivados y los demás que la ley estadual les asigne, sin perjuicio de las rentas y bienes de los municipios y de los estados región. De igual manera se establece que exista un Fondo de Compensación, el cual estaría compuesto por: un porcentaje de los impuestos al valor agregado, de renta y complementarios, de los ingresos fiscales provenientes de la explotación del subsuelo, los baldíos, minas y salinas y de los ingresos por impuestos de los estados federados. Con un porcentaje de ese capital, se organizaría un Fondo Acumulativo que prestaría ayuda a las Zonas afectadas por calamidades públicas.

La competencia general para legislar pertenece a los estados región en la medida en que la Constitución no confiera poderes legislativos a los Municipios y al Estado Nación Federal, el cual tendría competencia sobre las siguientes materias:

-La regulación del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución.

-Lo relativo a la nacionalidad, inmigración, emigración y derecho de asilo.

-La regulación de la administración de justicia.

-La defensa nacional.

-Las relaciones internacionales, salvo las que en la Constitución, se le asignen al Estado región.

-La dirección general de la economía.

-La hacienda pública.

-El régimen monetario.

-Pesas y medidas, así como las divisiones del tiempo.

-El comercio exterior, salvo la competencia del Estado región.

-La estructura del estado Nación Federal.

-El régimen electoral.

-Los ferrocarriles, la navegación aérea y marítima y el transporte interestatal.

-La ejecución de obras públicas de interés nacional.

-El régimen de correos, telecomunicaciones, ondas eléctricas y el espectro electromagnético.

-La regulación de los bienes de uso público y fiscales, del estado Nación Federal.

-La de expedir códigos en todas las ramas de la legislación y los principios básicos de protección del medio ambiente y salud pública y la regulación, por ley estatutaria federal, de la Educación.

Finalmente, a lo largo de los 263 artículos que se establecen en el proyecto de Constitución se habla, entre otros temas: de los deberes y derechos, de los derechos de la persona como sujeto de derecho público y de sus mecanismos de protección, de la vereda,

del corregimiento y de la comuna, del municipio en el cual se establece el Alcalde y el Vicealcalde, de los estados región en donde se crea la figura del Vicegobernador, de la finalidad social del estado y de los servicios públicos, del Congreso Federal, el cual estaría integrado por tres senadores por cada Región y una Cámara que se compondría de dos Representantes por cada Estado región y uno más por cada quinientos mil habitantes o fracción no inferior a doscientos cincuenta mil, que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil; del Presidente de la República; del Vicepresidente; de la función pública y de la función administrativa; de los estados de excepción, los cuales pueden ser promovidos por el presidente o por los gobernadores; del poder electoral; del poder de control; del régimen económico y de la hacienda pública; de la Banca central y de la Reforma Constitucional[51].

V. UN BREVE ESPACIO PARA UN TEMA FUNDAMENTAL -LA TOLERANCIA-

Concepto. La tolerancia constituye un grado preparatorio del principio de libertad, un ámbito de permisibilidad o por lo menos de inmunidad frente a las escogencias personales. Históricamente se entendió como una gracia que era concedida por quien ostentaba el poder a sus súbditos, hoy no cabe la menor duda que se trata de un derecho. Ella hace necesario que el estado le asegure a sus habitantes la posibilidad de practicar la religión, la ideología política y las creencias que a bien tenga, de tal forma que asegure el desarrollo libre y armonioso de cada una de las personas que la conforman. El principio de tolerancia se afirmó plenamente en el siglo XVIII con el iluminismo y el racionalismo y en el siglo siguiente fue un componente esencial de la teoría liberal. Contemporáneamente es una de las virtudes de las democracias pluralistas y por lo tanto debe concretarse con una práctica liberante que tenga en cuenta al individuo como fin esencial y parte fundante del estado. Desde el ámbito de la tolerancia netamente política se podría plantear la definición de Trutz Rendtorff, citada por Iring Fetscher[52], y el cual expresa que: "la Tolerancia política es la expresión de la responsabilidad en lo referente a la autonomía política del ciudadano, en una democracia, con respecto a las mayorías y a las minorías. Por eso la tolerancia es un criterio ético para determinar la capacidad de tradición de la actividad política".

Es importante, en todo caso, entender que dentro de un estado viven y deben convivir diversas tendencias culturales, religiosas, políticas, geográficas, que debe protegerse y respetarse. Las diferentes concepciones de la vida son una necesidad para el desarrollo, solo en la contradicción de conceptos se puede desarrollar. De ahí, que en a nivel territorial debe ser una obligación darle protección a todas y cada una de las anteriores expresiones con el fin de procurarles todo lo que sea posible para su crecimiento. Los entes territoriales son como las personas, necesitan de su libre desarrollo, de encontrar su camino y de vivir auténticamente de acuerdo a sus principios, sus valores, a su manera de ser, en consecuencia, existen dos caminos: o el poder central los dirige, fija sus reglas, sus maneras de ser y pensar, su actuación y los límites que según ese centro no

51. Quirama, Colegio Altos Estudios, Grupo de Estudios Constitucionales, Anteproyecto Constitución Federal para Colombia, edit. Cámara de Representantes- Imprenta Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá 1999.

52. FETSCHER Iring, *La Tolerancia -una pequeña virtud imprescindible para la democracia-*, edit., Gedisa, Barcelona 1994, p. 137.

debe traspasar o, por el contrario, les da la posibilidad de que encuentren su futuro a su manera. No olvidemos que las entidades territoriales están conformadas y formadas por seres humanos, por hombres y mujeres de carne y hueso que son quienes le dan su identidad y su razón de ser. Con razón el autor precitado[53] cita al historiador suizo Werner Kaeggi quien describe el federalismo como forma de tolerancia de las minorías, ya que él *posibilita la convivencia de las minorías en libertad*. El federalismo, suizo y en el fondo todo estado de estructura federalista, "se basa en la tolerancia de la mayoría con respecto a las minorías diferentes y en el mutuo respeto de las distintas minorías entre sí". No se trata sólo de la yuxtaposición de la coexistencia, sino de la colaboración de la comunidad federada. Además, la minoría no está protegida por un estatuto especial, sino por el derecho general del orden federativo. Por eso, pudo decir Philipp Von Segesser (un político suizo e historiador del derecho) que: "en realidad, somos una multitud de minorías que encuentran en el principio federativo la garantía contra la opresión". Al ofrecer la tolerancia para con las minorías y proteger sus derechos, el orden federativo modera, de sana manera, el absolutismo democrático del principio de la mayoría.

La protección de las minorías en el federalismo suizo, continua el autor, se pone de manifiesto como peculiar claridad en el principio de la democracia de concordancia, es decir, en que, en lo posible, todos los partidos forman parte del gobierno y, sobre todo, en que sus miembros se turnan (en un procedimiento de rotación) para desempeñar la presidencia. Esto trae como resultado un marcado impulso al compromiso, que permite tener en cuenta los intereses de las minorías, que en otras acciones son derrotadas en las urnas. Por supuesto, esta forma de democracia también tiene sus puntos débiles. Se presta de modo excelente para evitar que una minoría étnica- o, como ocurre en Suiza, una de las pequeñas comunidades culturales e idiomáticas- se mantenga apartada de la responsabilidad política; pero- aplicada a los partidos políticos- evita la alternancia de mayoría y minoría, con lo cual reduce la influencia de los votantes sobre la marcha de la política.

VI. CONCLUSIONES

Primera:

El mundo de hoy es, obviamente, muy diferente al de hace pocos años diversos, e importantes fenómenos se han producido y han llegado a influenciar a todas y cada una de las partes del planeta; de ahí que no puedan ser desconocidos para la toma de cualquier decisión. Es lo que el Dr. Alvaro Orlando Pérez[54], Magistrado de nuestra Corte Suprema de Justicia, ha denominado *los problemas y perplejidades del mundo actual* y los cuales hacen que hoy por hoy no pueda actuarse de la manera en que lo venimos haciendo, pensando únicamente en el entorno mediato, es necesario proyectar regiones que se expandan por todo el mundo y que adquieran una conciencia universal, dejando de lado la cultura parroquial que hoy permea a la mayoría de departamentos. Si bien es cierto el autor circunscribe dicha reflexión al ámbito del derecho penal, no lo es menos

53. *Ibidem*, p. 141-142.

54. PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando, *Introducción al Derecho Penal*, Edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002, p. 21 y ss.

que es aplicable a otras ramas, todas diría yo, de la ciencia jurídica. Dichos problemas y perplejidades del mundo actual, más destacados, serían:

A) *La globalización*. Dicha expresión, plantea el Magistrado, hace relación a la generalización, mundialización y universalización. A propósito trae a colación la noción de Daniel Bell, según el cual la nación se hace demasiado pequeña para solucionar los grandes problemas y demasiado grande para arreglar los pequeños. Irónicamente el proceso de globalización ha producido el despertar de procesos locales que buscan afirmar su identidad y autonomía con el fin de conservar dentro de ese macromundo su realidad particular, regional. Lo íntimo, lo propio, es lo que se ha denominado los procesos de globalización y a los cuales nos referimos en otro escrito[55].

B) *El caos*. A propósito se recuerda que el universo nació de una explosión y que al comienzo era el caos, no se discute en la actualidad, plantea el Dr. Pérez que el mundo es caótico y no ordenado, tanto que inclusive se habla de la disciplina que estudia las leyes del caos y que se denomina *caología*, la que se podría denominar como la que estudia la confusión, el desconcierto, el desorden, la desorganización, el enredo, la perturbación, la incoherencia. A partir de los anteriores planteamientos construye sus leyes: Dicha perplejidad es vital, ya que a allí se encuentran soluciones que de una forma dialéctica producen cambios.

C) *La Posmodernidad*. Nace, en principio, como oposición a la modernidad. En mi opinión es un complemento a ella, ya que trata de desconstruir para construir, como lo diría Lyotard. Es una revisión a los planteamientos cartesianos que inscriben dentro de una absoluta rigidez el mundo, es un replanteamiento a los postulados eurocentristas que procuran hacernos ver la realidad desde su propia óptica, desde sus particulares circunstancias; es una revisión al intento de universalización del conocimiento con el fin de dar cabida a diversas e interesantes concepciones particulares de la vida, no es la relativización del pensamiento, es el reconocimiento de los diversos pensamientos. A propósito es importante transcribir la cita de André Jean Arnaud, que trae a colación el Profesor Pérez: "Al abogar por un paradigma de la posmodernidad, hacen hincapié en el debilitamiento del Estado, en el retorno de la sociedad civil, en la atención que se presta a los movimientos sociales, en la necesidad de pensar el derecho mas allá de la dicotomía Estado/sociedad-civil, -todos rasgos específicos del proceso de globalización-. Insisten en el vínculo dialéctico necesario entre el pensamiento jurídico y la práctica, y rechazan las categorías disciplinares tradicionales". El federalismo es, de esta manera, una forma reconstrucción de las particulares realidades a partir del reconocimiento de microrealidades.

D) *La Razonabilidad*. Entendida como criterio tiene que ver con la prevalencia de la objetividad sobre la subjetividad; con las finalidades legítimas, mas allá de las puramente lógicas, formales o legales; con la coherencia externa, es decir, entre los principios constitucionales y los hechos; con la lógica de lo humano.

E) *El riesgo*. El autor trae a colación el pensamiento de Jacobo López: "Se afirma que nos encontramos en una *sociedad de riesgos* y, por tanto, es preciso globalizarlos buscando vías de respuesta que se refieran al fenómeno con una mayor eficacia, pero siempre utilizando una óptica muy general".

F) *La anomia*. Concebida como ausencia de leyes, es importante y positiva pues se cumple cuando caen las reglas que se han perpetuado por la imposición de cualquier

55. LONDOÑO, Jorge y otros, *La Globalización del Derecho y su Incidencia en la Sociedad Contemporánea*, Edit. Uniboyacá, CIPADE, Tunja 2001, pp. 161 ss.

clase de dogmatismo. En este sentido no sería descabellado referirnos a la anomia centralista.

G) *La complejidad.* Al decir de Morin, traído a cuento por el Profesor del Externado: "...el pensamiento complejo no es el pensamiento omnisciente. Por el contrario, es el pensamiento que sabe que siempre es local, ubicado en un tiempo y en un momento. El pensamiento complejo no es el pensamiento completo; por el contrario, sabe de antemano que siempre hay incertidumbre. Por eso mismo escapa al dogmatismo arrogante que reina en los pensamientos no complejos.... Debemos aprender a vivir con la incertidumbre y no, como nos han querido enseñar desde hace milenios, a hacer cualquier cosa para evitar la incertidumbre. Por su puesto que es bueno tener certeza, pero si es una falsa certeza eso es muy malo".

H) *Crisis*. En Teoría del poder es la incapacidad de un orden político para generar entre sus ciudadanos el nivel de implicación y compromiso suficiente para que pueda gobernar de forma adecuada (crisis de legitimación).

I) *La Ecosofía*. El medio ambiente social implica la utilización de prácticas dirigidas a modificar o a reinventar formas de ser, en los terrenos de la pareja, la familia, del urbanismo, del trabajo etc.

J) *El Azar*. Entendido en el sentido que lo planteó Nietzsche, en cuanto que es indudable que desde el momento de la concepción somos producto del quizá. Sin embargo, "...La tendencia actual, entonces, es la desdibujar el concepto azar en pro de la probabilística para concluir que el conocimiento de lo real es siempre aproximado".

K) *La Hermenéutica*. En palabras de E. Betti., citado por el autor, lo trascendental de ella es el carácter general, objetivo y pasible de controlabilidad del proceso de interpretación, así como la autonomía del texto interpretado, desprendida de toda connotación subjetivista.

L) *La Desconstrucción*. "... se refiere a la lectura que apunta a la descentralización, es decir, a desenmascarar la naturaleza controvertible de todo centro, entendido por tal una Idea, un Origen, una Verdad, una Forma Ideal, un Punto Fijo, un Móvil Inmóvil, una Esencia, un Dios, una Presencia, etc, voces que suelen ser escritas con *mayúscula y que garantiza todo significado*". En el mismo sentido se refiere Jean Francois Lyotar, cuando plantea que la precitada perplejidad es necesaria para construir.

M) *Pluriculturalismo.* "..en la actualidad la mayoría de los países son culturalmente diversos, que los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5000 grupos étnicos y que, al contrario de lo que se suele suponer, son bien escasos los países cuyos ciudadanos comparten el mismo lenguaje o pertenecen al mismo grupo étnico nacional". Lo anterior presupone la existencia de un elemento que sea capaz de catalizar las diferentes y diversas formas de existencia, una herramienta que evite la xenofobia y la exclusión, que entienda la posibilidad de la diversidad dentro de un mundo en el que se pueda vivir y convivir, ella, sin duda, es la Tolerancia.

Todos los problemas y perplejidades traídos a colación por el Magistrado Alvaro Pérez, hacen necesario que pensemos y desarrollemos una nueva forma de organización territorial que tenga en cuenta los anteriores aspectos; que reivindique el reconocimiento de las diversas realidades sociales, culturales y aún geográficas; que entienda la actualidad de un mundo globalizado en el cual se reconozca la globalización con el fin de afrontar el nuevo paradigma de la internacionalización y sobre todo, que sea capaz de crear una mentalidad más universal con el fin de involucrarnos en el mundo; que aban-

dere la tolerancia y, sobre todo, que haga gala de la libertad como expresión fundamental de los diferentes entes territoriales.

Segunda:

Es Importante retomar lo establecido en los proyectos federalistas, los cuales son unánimes al plantear que el federalismo más que una forma determinada preestablecida y definida de organización territorial es una opción, una asignación de competencias, es un concepto de autonomía que se inscribe dentro de unos principios federales, tal y como lo plantea el profesor Augusto Hernández. No se trata de copiar un modelo preestablecido sino de crear un sistema federal a la Colombiana, tal y como se expresará por parte del proyecto Quirama y como se aprecia en el proyecto del Dr. Castro, no sin olvidar, insisto, en que lo primordial es dotar a los entes territoriales del país de una verdadera autonomía que les de la posibilidad de desarrollar sus propias fortalezas y que acabe con el excesivo centralismo, político, administrativo, judicial y cultural que hoy existe.

Tercera:

En Colombia no ha existido un verdadero estado federal, lo que sucedió durante la vigencia de la constitución de 1863 fue una especie de confederación[56]. Es más, tal y como lo demuestra la Dra. Sandra Morelli, al interior de los estados se verificó una especie de resistencia en relación con los principios del *home rule y self governmen.* Lo que se prolongó, en cambio, fue la idea centralista,[57] tanto así que los alcaldes siempre fueron designados por los estados federados, hecho que niega en toda su extensión la idea federalista, que se basa en la autonomía de todos y cada uno de los entes territoriales. No es del caso, por lo tanto, alegar razones históricas para amedrentarse frente a cualquier proposición federalista, entre otras causas porque la sociedad y los conflictos de esa época no son los mismos de hoy, las causas socio-político-económico-religiosas, son diversas y diferenciables. En lo que tiene que ver con el desarrollo de los estados soberanos de 1863 ocurrió el fenómeno que se presentó en España con el desarrollo de las Comunidades Autónomas y que hace relación a la tendencia de copiar la forma de organización de uno de los entes soberanos, de tal manera que no se desarrolló la particular situación local sino que se copió la de una, por lo general de la mas importante. Cosa parecida ha ocurrido con los estatutos de policía en nuestro país, la mayoría han sido copiados del de Antioquia.

---

56. Las diferencias entre federalismo y confederación podrían resumirse en: el sustento jurídico de la confederación es el pacto entre entidades soberanas en tanto que el estado federal se basa en una Constitución producto de la voluntad nacional; b) la confederación no extingue la personalidad y la independencia de los estados miembros por lo que no crea un estado nuevo, en tanto que en el estado federal desaparece o no se concibe la soberanía de los estados miembros; c) en la confederación el gobierno confederado carece de imperium para imponer jurídicamente sus decisiones en tanto que en el estado federal los estados miembros están sujetos a la Constitución; d) en la confederación los estados tienen los derechos de secesión- pueden separarse en cualquier momento-, y nulificación- son dueños de aplicar o no las medidas del gobierno central en su territorio, en el estado federal no existen esas prerrogativas. Sobre el tema de la Comunidad Europea, *V.*, LÓPEZ, Alejandro, *Manual de Derecho Comunitario*, Edit. Ábaco, Universidad Austral, Buenos Aires 1996, p. 47.

57. *Ibidem*, p. 128. La tratadista analiza los casos de los estados de: Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander, Tolima y llega a la conclusión que los elementos estructurales fueron los de: generalidad y uniformidad del régimen territorial, división de todo el territorio en municipios; origen electoral de las entidades territoriales; el dualismo entre funciones municipales propias y funciones municipales delegadas; el departamento como circunscripción para la administración del Estado y colectividad local. El Prefecto: representante del poder central y órgano ejecutivo del departamento; y el sistema de controles.

Así mismo, es pertinente destacar la administración del General Pedro Justo Berrio, durante el periodo de 1864-1873, como ejemplo de un gobierno federal bien gestionado a través de la tolerancia, la convocatoria de las diversas fuerzas políticas y sociales y, sobre todo, de una alta dosis de imaginación y de manejo autónomo de los asuntos territoriales. Ese hecho es demostrativo de que ese sistema funciona si se concibe en la forma y con la sustancialidad que él lleva implícito. Al decir de Lucio Levi: "El federalismo es entendido como una doctrina de carácter social global, al igual que el liberalismo o el socialismo, que no se reduce por lo tanto al aspecto institucional sino que lleva consigo una postura autónoma, hacia los valores, la sociedad, el transcurso de la historia....".

Cuarta

Estamos de acuerdo con lo planteado por los doctores Jaime Castro, Augusto Hernández y el proyecto de Quirama, en lo que tiene que ver con la definición de federalismo. No es posible elaborar una acepción clara de lo que el término significa, cada proceso federalista en las diversas experiencias corresponde a un momento histórico, social, económico, político y aun religioso particular, lo cual hace complicado una definición universal, pero ahí radica la fortaleza del término en que no es globalizante sino que, por el contrario, permite, a través del principio federal, que cada estado elabore su propia teoría federalista. Lo que puede ser benéfico para el desarrollo federalista de un estado puede no serlo para otro, de ahí que es necesario identificar las propias realidades, anhelos, esperanzas, fortalezas y debilidades de cada país para crear, insisto, a partir de unos principios, su propia forma federal. Lo importante es que este principio se desarrolle, se plasme, se aprehenda en cada uno de los habitantes del respectivo estado.

Quinta

Estamos de acuerdo con que la conformación de regiones sea de libre escogencia por parte de los departamentos que se quieran acoger a ella, pero es importante pensar en la repartición de funciones con el fin de evitar el fenómeno que se dio en España durante el periodo de conformación de las Comunidades Autónomas y que el profesor Martín Retortillo[58] denomina el *efecto imitación* en los siguientes términos: Un sistema establecido en la Constitución, que trato de explicarse, de forma gráfica por demás, señalando que, en definitiva, la autonomía era como *el plato de quesos*: cada uno podía servirse lo que quisiera. Planteamiento manifiestamente disfuncional, cuyas consecuencias, no obstante, habrían de quedar paliadas, en cierto modo, como resultado del efecto imitación que de modo tan notable jugó en el tratamiento competencial a lo largo de todo el proceso de elaboración de los Estatutos. Cada texto, cada proyecto, trataría de recoger *siempre*, además de las que se consideraban como peculiares, todas las funciones y competencias que referían los que habían sido elaborados o presentados con anterioridad. Efecto imitación manifiesto que, en ocasiones, conduciría a propuestas que cabe calificar de grotescas[59]. En cualquier caso, supondría una cierta homogeneización de las competencias de las Comunidades Autonómicas, según los dos grandes grupos de las mismas, aunque las diferencias entre ellas hayan continuado siendo muy notables.

58. *Ibidem*, p. 33.

59. El autor cita el ejemplo del Estatuto de una Comunidad Autónoma que atribuyó la competencia exclusiva en materia de "pesca lacustre" cuando en su territorio no existía ni un lago, o el caso de otras que se establecían competencias marítimas a sabiendas de que ellas no lindaban con el mar, simplemente por que otras Comunidades lo habían establecido.

Sexta

Se debe tener en cuenta la autonomía legislativa como elemento esencial de la nueva organización territorial. Dejar a las regiones la posibilidad de expedir normas condicionadas a leyes de la República es peligroso, si se tiene en cuenta lo que ha ocurrido históricamente con los procesos de descentralización municipal, los cuales se han venido desdibujando a través de recortes de sus ingresos y del desconocimiento, aun por parte de los jueces del contencioso administrativo, de sus derechos[60]. Al contrario, no sería inconveniente para la unidad nacional dejar que las regiones pudieran darse su propia normatividad, máxime si se tiene en cuenta la amplia experiencia que se tiene en cuanto al tema del control constitucional y la arraigada costumbre ciudadana de defensa de la constitución a través de instituciones como la acción pública de nulidad, la excepción de inconstitucionalidad, o de principialidad, las cuales asegurarían una defensa de los principios y compromisos que se establecieran en la Carta Fundamental. A lo largo de la historia de nuestro control constitucional se ha demostrado que este funciona, sobre todo, de una manera democrática y participativa, ya que su carácter es integral, modelo para el desarrollo dogmático de este tema en varios países del mundo. Este aseguraría, insisto, que la unidad nacional establecida en la Constitución se mantuviera incólume. La verdadera autonomía viene de la posibilidad que tienen los entes territoriales de darse su propia ley, lo otro se enmarca, más bien, dentro de un concepto autárquico que limita la verdadera soberanía de la cual habla el proyecto de Quirama.

De otra parte, es necesario discutir con más profundidad el tema de cómo se conformarían las regiones, ya que es de vital importancia. El problema de cuál sería la capital no es sencillo de resolver, pues los centros administrativos departamentales que hoy existen tienen un arraigo no solo histórico sino cultural, que sería difícil de solucionar para departamentos pequeños que quisieran conformar regiones. En este caso se estaría defendiendo la idiosincrasia de los grandes departamentos. No creo que Antioquia, Valle, Santander, Cauca, Boyacá, Tolima o muchos otros departamentos, estuvieran dispuestos a *ceder* su capital a un nuevo ente territorial. Son pequeñeces, estoy de acuerdo, pero a la hora de concretarlas se convierten en grandes obstáculos que pueden dar al traste con la genial idea de federalizar. Por eso me parece que sería interesante estudiar la posibilidad que plantea el Dr. Jorge Rodríguez Arbeláez en el proyecto Quirama, en cuanto que las regiones se conformaran con los actuales departamentos junto con el Orinoco y Amazonas, los cuales no tienen los mismos problemas de historia y regionalismo que los restantes, o que se estudiará la posibilidad de mutar la norma establecida en la Constitución Española (arts. 143-144), y según la cual si la historia o el interés nacional lo reclama, una sola provincia puede erigirse como comunidad autónoma. Podría pensarse en que se hiciera lo propio con los departamentos existentes.

Séptima

Así mismo, es necesario profundizar sobre el régimen de participación. la posibilidad de una existencia no centralizada de partidos es uno de los elementos vitales para el

60. Es bastante ilustrativo el caso de las comunidades de Chiquisa y San Pedro de Iguaque, en el departamento de Boyacá, en donde a pesar de las consultas populares para se ubicara la cabecera municipal en la primera de ellas, por razones de ubicación, de mejores instalaciones locativas para la sede administrativa, y en fin por circunstancias particulares, el Tribunal de lo contencioso Administrativo, en una decisión exegética y radicalmente normativista desconoció la voluntad popular. O mas nefasta aún la suspensión del Gobernador electo de ese departamento en donde el Consejo de Estado, para confrontar, simplemente, dos normas gastó año y medio, en desmedro y franco desconocimiento del artículo constitucional que establece el derecho de los entes territoriales para gobernarse por autoridades propias.

mantenimiento de la no centralización federal. En la actualidad, la política en las pequeñas regiones depende del aval que le puedan dar los partidos y movimientos que se crean en las grandes ciudades coartando, de esta manera, el derecho fundamental a la participación. No es posible exigir una serie de requisitos para la creación de partidos y movimientos como si todos los municipios tuvieran las mismas características.

La ley 134 de 1994 dio al traste con la norma constitucional que buscaba crear una cultura ciudadana a través de los diferentes mecanismos de participación[61] y, por el contrario, produjo un efecto nefasto, ya que lo que se ha dado en el país es una cultura de la no participación, y no es para menos, ya que cuando la ciudadanía participa y no obtiene resultados concretos el efecto es la incredulidad.

Como lo dejábamos ver, el federalismo sólo puede existir cuando hay una considerable tolerancia por la diversidad y una voluntad de utilizar como vía de la acción política la conciliación, aun cuando se disponga de poderes para actuar unilateralmente. El requisito usual de la acción en los sistemas federales es la capacidad para conseguir el consenso mas que el poder de emplear la coerción.

De otra parte, es indudable que de nada servirán las diversas reformas al estado sin la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. La constitución de una verdadera sociedad civil parte de la costumbre participativa, es allí en donde se comienza a construir el verdadero concepto de Nación, a partir de actividad concreta de los habitantes de un territorio. No olvidemos que la aparición del Estado Nacional en los siglos XVI y XVII estimuló la adopción de soluciones federales para los problemas de la unificación nacional.

Octava

Para el buen funcionamiento del sistema federal es necesario un tipo particular de entorno político que sea propicio al gobierno popular y posea las poderosas tradiciones de cooperación política y de autolimitación, ya que ellas mantienen el sistema en donde se minimiza el poder de la coerción. Es importante tener en cuenta que los sistemas federales se desarrollan mejor en aquellas sociedades políticas que poseen recursos humanos para cubrir muchos cargos públicos con personas competentes y recursos naturales en abundancia para permitirse un *cierto despilfarro económico en pago del lujo de la libertad*. En otras palabras, es vital fortalecer las instituciones educativas del estado que se ocupan de los temas de administración del estado (la ESAP en el caso colombiano), para que ellas cumplan con el verdadero fin para la cual fueron creadas, procurando de paso que la politiquería no intervenga en su gestión. Así mismo, es evidente que en el caso colombiano la riqueza natural es inmensa, quizá lo que no es abundante es la ayuda del estado para optimizar los procesos de aprovechamiento y mercadeo de los bienes, de ahí la importancia de la autonomía que se le pueda transferir a las regiones para la gestión de sus asuntos económicos.

61. *Ibidem*, pp. 131 ss. Allí se hace un análisis de la excesiva concepción centralista que tuvo el legislador al expedir la ley que contiene los diferentes mecanismos de participación. Por citar un ejemplo, se regula el cabildo abierto, de tradición histórica en las costumbres políticas Colombianas, y a pesar de que el constituyente no había establecido límites para su capacidad decisoria, se la incluyó el legislador. Además de lo anterior se exigen una serie de requisitos de manera general y uniforme como si todos los municipios fueran iguales. Se plantea, por ejemplo, que para quienes no son promotores de la iniciativa deben presentar con 5 días de anticipación, por escrito, ante la secretaría del Concejo Municipal, sus inquietudes. Imaginémonos, por un instante, a un campesino de una región apartada del país, que no sepa leer ni escribir, cumpliendo ese requerimiento.

Novena

Es importante analizar la repartición de competencias jurisdiccionales entre Estado y Regiones. En el caso Regional Italiano dicha asignación se ha reconocido a través de lo que la doctrina italiana ha denominado normas de actuación de los estatutos especiales, es decir, mediante una fuente normativa emanada formalmente del Gobierno[62] como Decreto Legislativo, y debatida en la Comisión en donde paritariamente tienen asiento representantes del Estado y de las Regiones especiales que puedan tener algún interés. Ni el proyecto Quirama ni en el Dr. Jaime Castro se menciona algo al respecto. No se trata de desvertebrar la organización judicial del país sino de darle mayor eficiencia y eficacia a la justicia la cual, la verdad sea dicha, se ha convertido en un instrumento de violencia, bastante politizado y al servicio de intereses ajenos al verdadero fin de la justicia. El caso que se dio en el Departamento de Boyacá es quizá el más disiente de la situación por la cual atraviesa la justicia colombiana y hace referencia a que el Gobernador elegido popularmente fue denunciado por haber incurrido en una inhabilidad establecida en la Constitución. Sólo se trataba de realizar una confrontación normativa, por parte del Consejo de Estado. Pues bien, en ese simple ejercicio se ha demorado alrededor de año y medio, con las consecuencias nefastas que ha debido vivir el departamento: tres gobernadores en año y medio, cinco secretarios de educación, inestabilidad administrativa y estancamiento financiero y económico, ya que la calidad de encargado de los gobernadores lo único que ha producido es que ellos deban plegarse a los caprichos de los políticos de turno con el fin de que sean mantenidos en su cargo.

Se podría pensar, a manera de ejemplo, en asignarles competencias, para resolver los asuntos administrativos de las Regiones a los jueces administrativos, con una segunda instancia de los respectivos Tribunales Administrativos. No se entiende por qué una simple definición de una inhabilidad deba resolverla el Consejo de estado, cuando es un cuestión que fundamentalmente les interesa a los Departamentos, máxime si se tiene en cuenta que la Constitución establece[63] que los entes territoriales deberán regirse por autoridades propias.

Décimo

Las fórmulas federales han sido utilizadas para conciliar las diversas expresiones minoritarias en lugar de la fuerza. En consecuencia, ellas pueden ser una herramienta eficaz para las posibles negociaciones de paz que tarde o temprano tendrán que darse en Colombia. Como lo hemos observado en reiteradas ocasiones, el territorio, elemento vital del Estado, es una característica sustancial que debe acudir a la solución de conflictos que genere algún perjuicio sobre sus habitantes, no al contrario. La nefasta concepción de que el hombre era un elemento secundario del territorio ha sido superada por los horrorosos hechos que identificaron la modernidad.

La guerra, en términos Kantianos, es el mas grande obstáculo de la moralidad, la eterna enemiga del progreso. Este filosofo es, quizá, el primer gran pensador federalista y su aporte teórico consiste en haber fundado el federalismo sobre una visión autónoma de los valores y del transcurrir histórico. Si, en gracia de discusión, *en el pasado, el federalismo fue motivo de violencia, hoy puede ser un instrumento de paz*. Él define este valor en términos radicalmente nuevos, como expresión de la exigencia de unificar los

62. Dicho decreto es emanado del Presidente, previa deliberación en el Consejo de Ministros.
63. *V.*, artículo de la C.P.

pueblos, que entraron en la escena de la historia con la revolución francesa, creando un gobierno supranacional[64].

Es indudable, que en la actualidad el concepto de soberanía ha cambiado sustancialmente hasta el punto de que ha adquirido un significado relativo por el condicionamiento de circunstancias no solo externas sino, lo que es mas importante, internas. El proceso de globalización y la imposición de sistemas financieros internacionales le han restado en gran medida autonomía a los países, sobre todo del tercer mundo, y fenómenos de violencia de diferente expresión y naturaleza al interior de nuestro país han condicionado la soberanía de la nación. De otra parte, el territorio, como elemento esencial del Estado, no cumple la misma función que se le asignara en los siglos pasados. Si bien es cierto es una expresión fundamental de aquél, no lo es menos que él debe encontrarse al servicio de sus habitantes y antes que ser objeto de violencia debe contribuir a la construcción de la felicidad de sus habitantes.

En la época medieval y a finales de la modernidad los hombres vivieron grandes guerras tratando de anexar o defender porciones de tierra, la cual era el elemento principal y por el cual se segaron muchas vidas, en otras palabras, el hombre estaba al servicio del territorio. Hoy se hace necesario revisar ese concepto y entender que es lo contrario: el territorio debe estar al servicio del hombre, y así debe ser dentro de los marcos de una Constitución que reivindica el Estado Social de Derecho de acuerdo con una definición antropocéntrica de sus postulados. Si ello es así, la organización federal es el instrumento mas poderoso para *negociar* el conflicto armado que hoy nos corroe. Él puede repartir competencias, reconocer formas particulares de concebir el estado, adjudicar autonomía para que se administre el territorio de acuerdo con precisas concepciones, a cambio de que el monopolio de las armas, por ejemplo, se encuentre en cabeza del Estado Federal.

No creo que exista una más poderosa y eficiente *arma* de negociación que la propuesta federal, en donde a los violentos se les ofrezca, dentro de circunstancias específicas, la probabilidad de gestionar una porción de territorio según su concepción de lo público, dentro de los parámetros de la defensa de los derechos fundamentales, de los principios democráticos y del respeto a las normas que conformarían y formarían el Pacto Constitucional que daría origen a esa forma de organización territorial.

"El federalismo sólo puede existir cuando hay una considerable tolerancia a la diversidad y una voluntad de utilizar como vía de la acción política la conciliación, aun cuando se disponga de poderes para actuar unilateralmente. El requisito usual de la acción en los sistemas federales es la capacidad para conseguir el consenso más que el poder de emplear la coerción". (Elazar, 1974).

Doce

Como Reflexión final: Si en el pasado el federalismo pudo haber sido la fuente de violencia, hoy, dentro de la inexorable pero dúctil historia, puede y debe ser un eficaz instrumento de paz.

64. *Ibidem*, p. 378.

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL'AMERICA LATINA[1]

Eduardo Rozo Acuña
Profesor de la Universitá degli studi di Urbino
Italia

I. REPUBBLICHE FEDERALI E UNITARIE IN AMERICA LATINA

1. Il problema dell'organizzazione e della forma dello Stato si presenta per le colonie ispanoamericane immediatamente dopo l'indipendenza dalla Spagna, agli inizi dell'Ottocento. Per il Brasile e per Cuba il problema si pone molto più tardi per la diversa evoluzione politica che i due paesi hanno avuto. Per gli altri paesi dell'America Latina, si trattava di optare per il modello di organizzazione e la forma di Stato federale, consacrato nella Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787, o per il modello di Stato unitario e accentrato praticato, in quell'epoca, dalla maggior parte degli Stati europei, a cominciare dalla Spagna, dall'Inghilterra e dalla Francia[2].

Riguardo alla polemica e agli antagonismi fra i difensori e i critici dei due modelli, si possono menzionare due tra i più importanti politici ed ideologi della costruzione dello Stato nazionale in America Latina. Uno dei padri fondatori delle nuove repubbliche sudamericane, Simón Bolívar, spiega, nei suoi scritti politici e costituzionali, il dilemma della scelta e difende la soluzione dello Stato unitario accentrato. Dovendosi costruire i nuovi Stati nazionali, il modello non poteva essere quello federale, che per popoli non abituati alla libertà sarebbe stato il cammino verso la disintegrazione e la perdita definitiva della libertà[3]. Un altro importante ideologo del nuovo Stato federale dell'Argentina, J. B. Alberdi, in un suo libro, che ha avuto una grande influenza nel subcontinente americano[4], raccomandava la soluzione federale considerandola inevitabile affinchè i fattori che portano all'unità e quelli che conducono alla diversità potessero diventare compatibili, così come la libertà delle province e le prerogative di tutta la nazione.

Nel corso dell'Ottocento, molti capi politici latinoamericani, ricercando soluzioni, furono attratti dal modello nordamericano e si sforzarono per strutturare lo Stato in forma federale, considerandola come l'ordine naturale dei governi civili. Allo stesso tempo, comunque, molti altri leaders politici si opposero a quel modello, considerandolo contrario alla tradizione, alla cultura politica ispano-portoghese, alla stessa religione catto-

1. Relazione presentata al convegno internazionale *Stato e Autonomie. Le regioni nel nuovo titolo V della Costituzione. L'esperienza italiana a confronto con altri paesi*. Università di Urbino, Facoltà di Giurisprudenza, 11-12 aprile 2002.

2. FRIEDRICH, C.J., *The impact of american constitutionalism abroad*, Boston University Press, Boston 1967, p. 55.

3. BOLÍVAR, S., "Discurso de Angostura" in ROZO ACUÑA, E. *Bolívar: pensamiento constitucional*, Uniexternado de Colombia, Bogotá 1983, pp. 108 ss.

4. ALBERDI, J.B., *Las bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires 1852.

lica ma, soprattutto, opposto agli ideali di unità del governo nazionale, dei territori e delle popolazioni appena uscite dal colonialismo europeo[5].

In tutta l'America Latina, la soluzione del dilemma, Stato federale o Stato unitario, non si ottenne per le vie pacifiche degli accordi politici o secondo la volontà popolare, espressa nelle ulne, ma con la lotta armata e la guerra civile. Al riguardo, per menzionare alcune fra le più importanti esperienze, si devono ricordare le lunghe e sanguinose lotte intestine del Venezuela, dell'Argentina e del Messico. In questi paesi la forma repubblicana federale è stata imposta dai federalisti dopo avere vinto sul campo di battaglia la guerra contro i *centralisti*[6]. Allo stesso modo s'impone il modello unitario accentrato in paesi come la Colombia, il Perú e l' America Centrale[7].

II. EVOLUZIONE DELLO STATO FEDERALE IN AMERICA LATINA

2.- In America Latina i paesi con una forma di Stato federale sono solo quattro: l'Argentina, il Brasile, il Messico e il Venezuela. Nel primo paese, l'Argentina, il federalismo è stato consacrato in forma definitiva con la costituzione del 1853, che ancora oggi è in vigore, sebbene con le diverse riforme avute nel tempo[8]. Il federalismo brasiliano nasce con la Prima Repubblica che promulga la sua prima costituzione nel 1891[9]. Nel Messico la prima costituzione federale è del 1824. Dopo quasi un secolo di guerre le cui conseguenze influivano direttamente sulla forma della Repubblica, sempre pendolare fra la forma accentrata e quella federale, con la costituzione del 1917 si adotta il nuovo e moderno federalismo in forma definitiva[10]. Il Venezuela adotta la forma repubblicana federale per la prima volta nel 1811 con la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela.* Questa soluzione è rimasta in vigore solo fino al 1819, giacché la Spagna recupera, dopo la fine dell'impero napoleonico (1815), i territori coloniali. Sotto la direzione di Bolívar, si crea il nuovo Stato della Gran Colombia che adotterà la forma unitaria accentrata fino al suo scioglimento nel 1830. Dopo questa data e fino al 1863, il Venezuela avrà la forma di Stato mista o *central-federalista* che con alcune variazioni rimarrà in vigore fino all'inizio del moderno federalismo che si ha con la costituzione

5. Le lotte fra "centralisti" o "unitaristi" e federalisti nell'Argentina di Juan Mauel ROSAS (1829-1853) e le confrontazioni dello stesso segno, che sono state la causa del fallimento del progetto bolivariano della Gran Colombia (1819-1830), sono due esempi per tutti. *V.,* HARRING, H. *Evolución histórica en América Latina,* Buenos Aires 1972, II, pp. 841 ss.

6. GUIDI, G., *I sistemi a preponderanza presidenziale -Argentina, Messico, Venezuela-*, Rimini, Maggioli, 2000.

7. ROZO ACUÑA, E., "Problemi attuali del ordinamento costituzionale colombiano", in *Diritto e Società,* nº 3-4- 1984, pp. 429 ss.; AA.VV., *Le costituzioni del Centro-America*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 3 ss.

8. ROZO ACUÑA, E., "L'evoluzione politico-costituzionale della Repubblica Argentina", in ROZO ACUÑA, E., e DONATI, G. *Le costituzioni dell'America Latina,* V. I, I Paesi dell'area Mercosur, Senato della Repubblica, Roma 2000, pp. 25 ss.

9. Quando il Portogallo subì l'invasione napoleonica (1807), il principe reggente Giovanni fuggì con la sua corte in Brasile dove rimase fino al 1821; lasciò come reggente il figlio Pietro, che dichiarò l'indipendenza dal Portogallo nel 1822, facendosi incoronare imperatore. Il Brasile rimane come Impero, vale a dire monarchia ereditaria, ma con avanzate forme costituzionali e rappresentative, fino al 1889. *V.,* ROZO ACUÑA, E. e DONATI, G., *Le Costituzioni dell'America Latina*, Senato della Repubblica, Roma 2000, 83 ss.

10. BARRAGAN BARRAGAN, J., *Introducción al federalismo (la formación de los poderes en 1824)* Universidad de Guadalajara, México 1994, pp. 135 y ss.

del 1961[11]. Alla fine del 1999 il Venezuela promulga una costituzione che contiene profonde riforme politiche e istituzionali, che riguardano principalmente l'organizzazione e la distribuzione dei poteri dello Stato, confermando, però, la sua forma federale[12].

III. EVOLUZIONE DELLO STATO UNITARIO IN AMERICA LATINA

3.- Le Repubbliche unitarie in America Latina rappresentano la gran maggioranza poiché solo quattro Stati hanno scelto la forma federale. L'evoluzione politico-costituzionale dello Stato unitario accentrato in America Latina è segnata dalle stesse caratteristiche di quella dello Stato federale, con la differenza che a vincere le guerre in questo caso sono state le forze a favore dello Stato unitario e accentrato. Un esempio per tutti è dato dall'evoluzione politica della Colombia, che dopo il 1811 e fino al 1886 ha avuto cambiamenti sempre pendolari fra forme di Stato unitarie e forme di Stato accentrate, forme federali e addirittura forme confederali. Infatti, dal 1811 al 1815 la costituzione consacra la Confederazione delle Province Unite della Nuova Granada secondo la quale l'unico obbligo delle Province nei confronti del poteri centrale era quello di mantenere un governo popolare, rappresentativo e analogo al governo generale dell'Unione. Dal 1819 al 1830, insieme al Venezuela e con la presidenza di Bolívar, si crea la Repubblica della Gran Colombia, caratterizzata , come già detto, dalla forma di Stato unitario-accentrato.

Nel periodo dal 1830 al 1843, dopo lo scioglimento della Gran Colombia, il nuovo Stato della Nuova Granada passa alla forma federale. Nel periodo dal 1843 al 1858 si organizza una forma mista *central-federale* per passare, poi, alla Confederazione Granadina, che si protrae fino al 1863, quando dopo una sanguinosa guerra civile le forze federali s'impongono e creano gli Stati Uniti della Colombia. Questo Stato federale ha la sua fine dopo la cruenta guerra civile dei *mille giorni*, che porta alla Costituzione del 1886, con cui si stabilisce definitivamente lo Stato unitario accentrato della Repubblica di Colombia, ancora oggi in vigore[13]. Nel 1991 la Colombia ha cambiato completamente la costituzione unitaria e *centralista*, in vigore dal 1886, consacrando nella nuova Costituzione un ampio decentramento e la possibilità di creare lo Stato regionale[14].

IV. IL NUOVO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E AUTONOMIE LOCALI IN ALCUNE ESPERIENZE LATINOAMERICANE

4.- In tutta l'America Latina ci sono solo quattro repubbliche federali, avendo il resto dei paesi adottato la forma unitaria. Negli ultimi vent'anni, gli stati federali e gli stati unitari hanno realizzato grandi riforme politiche, cercando formule costituzionali più

11. BREWER-CARÍAS, A., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, "Evolución histórica del Estado", Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 2ª edición corregida y aumentada, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 270 y ss.

12. ROZO ACUÑA, E., "La nuova costituzione del Venezuela del 2000", in *Temi di Diritto Pubblico Comparato (dispensa) L'Asterisco*, Urbino 2001, pp. 297-326.

13. ROZO ACUÑA, E. *Sistema costituzionale colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1982, pp. 24 y ss.

14. ROZO ACUÑA, E., "La nuova costituzione della Colombia", in *Temi di Diritto…*, *cit.*, pp. 327-351.

democratiche di distribuzione di poteri e funzioni tra organi centrali e locali. Si sono create, così, nuove forme di federalismo[15], di Stati unitari decentrati e regionali[16].

In Italia, con le leggi costituzionali n. 1/1999 e n. 3/2001, si è chiuso un lungo e tormentato iter di riforma dello Stato unitario regionale. E'interessante, oltre che utile agli studi comparati, mettere a confronto, seppure soltanto nel testo costituzionale, l'esperienza italiana con altre simili dell'America Latina. A questo scopo, è necessario precisare il contenuto delle riforme in Italia, per rilevare in che modo sono cambiate le autonomie regionali e degli altri enti locali nel nuovo titolo V della parte II della Costituzione.

Gli aspetti della riforma italiana, da considerare nella comparazione, possono essere i seguenti: 1) La nuova suddivisione dell'ordinamento. 2) Regioni con autonomia speciale e ordinaria. 3) La distribuzione di poteri fra Stato, regioni ed enti locali. 4) La distribuzione delle funzioni amministrative. 5) L'autonomia fiscale e le norme finanziarie. 6) I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo. 7) Autonomie locali ed obblighi internazionali. 8) Il contenzioso Stato, regioni ed enti locali.

I temi della riforma italiana sono analizzati parallelamente con le esperienze costituzionali di alcuni paesi dell'America Latina: Colombia (1991), Nicaragua (1995) e Paraguay (1992), che sono repubbliche unitarie con marcato decentramento e maggiori autonomie; Perú (1993), repubblica unitaria con alcuni elementi di decentramento; Cile (1980), repubblica unitaria marcatamente accentrata.

1. La suddivisione dell'ordinamento in Italia

Prima della riforma, secondo l'art. 114 della costituzione, era prevista la ripartizione della Repubblica italiana in Regioni, Province e Comuni. Con la riforma, il nuovo art. 114 riconosce che la Repubblica non *si riparte* ma è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. Ancora più importante, lo stesso articolo consacra l'autonomia, i poteri e le funzioni delle prime quattro categorie di enti, secondo i propri statuti ed i principi costituzionali. Inoltre, istituzionalizza la città di Roma come capitale della Repubblica e dispone che il suo ordinamento sarà disciplinato con legge dello Stato.

E' da rilevare l'ordine degli enti territoriali costitutivi della Repubblica, che comincia con i Comuni, a conferma dell'importanza dell'ente naturale, più vicino al cittadino. L'ordine precedente era, invece, Regioni, Province e Comuni.

A.- La suddivisione dell'ordinamento in Colombia, secondo la vigente Costituzione, dispone l'organizzazione in forma di Repubblica unitaria ma decentrata e con autonomia dei suoi enti territoriali[17], che sono i Dipartimenti, i Distretti, i Comuni ed i Territo-

15. *V.*, COLOMER VIADEL, A., *El Federalismo y la reforma del Estado en América Latina*; RIVAS QUINTERO, A., "Análisis crítico del proceso federativo venezolano y diferencias con el sistema federal argentino", tutti in COMBELLAS, R. cur., *El nuevo Derecho constitucional latinoamericano*, Ed. Panapo, Caracas 1996, I-273 ss. e I-367 ss. rispettivamente.

16. FERNÁNDEZ, J.C., *Federalismo y descentralización en el constitucionalismo latinoamericano*; LEÓN ÁLVAREZ, M.E., *Federalismo y descentralización*; AA.VV., *Venezuela y Colombia: La descentralización, un transito hacia la transformación de la sustentación del Estado*; PICARD DE ORSINI, M., "Consideraciones sobre los problemas de la descentralización en Venezuela y Perú", tutti in COMBELLAS, R. cur., *El nuevo constitucionalismo..., cit.*, I-311 ss.

17. Art. 1.

ri degli indigeni[18]. Allo stesso tempo la carta prevede la creazione delle regioni, con legge organica e referendum dei cittadini interessati[19], come enti territoriali autonomi. Secondo la Costituzione, le regioni possono essere create ad iniziativa di due o più dipartimenti; hanno il carattere di enti amministrativi e di programmazione, con personalità giuridica, autonomia e patrimonio proprio ai fini dello sviluppo economico e sociale della rispettiva popolazione e del territorio[20]. È previsto anche che la città di Bogotà, capitale della Repubblica, abbia un proprio statuto, come Distretto Capitale e come Area Metropolitana, e possa diventare regione insieme ad altri enti territoriali a carattere dipartimentale[21].

B.- La Repubblica del Nicaragua dopo i lunghi anni di guerra civile, affronta la costruzione dello Stato democratico e di diritto con grande sforzo politico e giuridico. Lo dimostra la nuova Costituzione[22], aggiornata nel 1995, ed il processo elettorale democratico che ha permesso negli ultimi quinquenni la libera alternanza dei partiti al potere, evitando il ricorso alle armi. Il Nicaragua è uno Stato unitario[23], territorialmente e amministrativamente suddiviso in Dipartimenti, Regioni autonome della Costa Atlantica e Comuni[24]. Il Comune -Municipio- è dichiarato l'unità base della divisione politico-amministrativa del paese. Si prevede anche un regime speciale per i popoli indigeni, onde garantire la conservazione delle proprie culture e lingue, religioni e costumi[25].

C.- La vigente Costituzione della Repubblica del Paraguay del 1972 adotta la forma di Stato unitario e decentrato. La suddivisione del suo ordinamento prevede i Dipartimenti, i Comuni e i Distretti. La Città di Asunción è dichiarata Capitale della Repubblica con il carattere di Municipio, indipendente da ogni Dipartimento. Le Regioni sono previste come l'unione di due o più Dipartimenti per lo sviluppo delle loro rispettive comunità, secondo legge dello Stato.

La Costituzione riconosce anche l'esistenza dei popoli indigeni come gruppi di culture anteriori alla formazione ed organizzazione dello Stato, con diritto ad applicare liberamente i loro sistemi di organizzazione politica, giuridica, sociale, economica, culturale e religiosa, nel rispetto dei diritti costituzionali fondamentali. Nei conflitti di giurisdizione prevale il diritto consuetudinario indigeno[26].

D.- Alla fine del 1993 la Repubblica del Perú ha promulgato una nuova costituzione che consacra il tradizionale Stato unitario con governo decentrato[27]. L'ordinamento è

18. Distretti e Territori indigeni sono dei regimi politico-amministrativi speciali dell'organizzazione territoriale, come risposta a peculiari circostanze di spazio e tempo nonché culturali. I primi si applicano particolarmente alle grandi città latinoamericane. Bogotá, come capitale della Repubblica e sede dei poteri nazionali, ha diritto ad una condizione e ad una qualità diverse da quelle delle altre città, anche se per la loro importanza o le caratteristiche socio-economiche sono anch'esse distretti, come nei casi dei distretti turistici e culturali di Cartagena e Santa Marta. I secondi sono la più recente risposta, della maggior parte delle costituzioni latinoamericane, ai diritti, per molto tempo dimenticati e violati, delle comunità indigene. Con quest'organizzazione, i popoli indigeni hanno un trattamento politico, amministrativo e giuridico speciale, che tiene conto delle loro culture, tradizioni, norme, autorità e riconosce le proprie forme di governo.

19. Art. 307. La stessa legge stabilisce le attribuzioni, gli organi e le risorse delle regioni e la loro partecipazione nella gestione delle entrate che provengono dal fondo nazionale delle royalties, nonché i principi per l'adozione dello statuto speciale d'ogni regione.

20. Artt. 286 e 306.

21. Artt. 322 e 325.

22. *Le Costituzioni del Centro-America*, Giuffrè, Milano 2001, 231 ss.

23. Art. 6.

24. Art. 175.

25. Artt.176 e 181.

26. Artt. 1, 156-57 e 62-63.

27. Art. 43.

suddiviso in Regioni, Dipartimenti, Province, Distretti e Municipi, enti territoriali che secondo la forma costituzionale devono esercitare il "governo unitario in maniera decentrata e deconcentrata"[28]. Seguendo la comune esperienza latinoamericana, le regioni sono costituite, con lo strumento del referendum, su iniziativa e mandato dei cittadini, che appartengono ad uno o più dipartimenti limitrofi, potendo le province ed i distretti vicini integrarsi o cambiare di circoscrizione. Anche se Lima è dichiarata la capitale della Repubblica, mentre la città del Cusco la sua capitale storica, la costituzione non le riconosce uno statuto speciale. I Municipi delle province e dei distretti sono considerati costituzionalmente gli organi di governo locale, con autonomia politica, economica e amministrativa negli affari di loro competenza[29].

E.- Lo Stato del Cile è unitario e politicamente accentrato, come più avanti si dimostrerà. La sua amministrazione è definita decentrata o deconcentrata, per funzioni e territorialmente, conformamente alla legge. Per il governo e l'amministrazione interna, si prevede la suddivisione dell'ordinamento in Regioni, Province e Comuni. A differenza delle altre esperienze del subcontinente il Presidente della Repubblica ha il potere d'iniziativa per la modifica dei limiti delle regioni e per la creazione, modifica e soppressione delle province e comuni, da farsi con legge speciale a quorum qualificato[30].

2. Regioni con autonomia ordinaria e speciale

L'ordinamento italiano prevede Regioni ordinarie e Regioni speciali. La riforma non cambia tale distinzione, ma sancisce il bilinguismo per il Trentino/Sud Tirol e la Valle/Vallée e prevede ulteriori forme di autonomia a tutte le regioni in materia di giudice di pace, livelli di prestazioni per assicurare i diritti sociali, ambiente e beni culturali[31].

A.- Nessuna costituzione dei paesi latinoamericani in studio prevede la differenza fra Regioni ordinarie e Regioni speciali. Considerando l'allargamento delle autonomie anche alle regioni ordinarie, realizzato con la riforma, il regionalismo differenziato italiano appare in via di superamento, almeno nella carta materiale, considerandosi *intangibile* il principio costituzionale della specialità regionale[32]. A questo proposito bisogna ricordare che da più di vent'anni[33] si è stabilito che la totalità delle funzioni amministrative, con eccezione di quelle tassativamente dello Stato, spettano a tutte le regioni ed agli enti locali.

Il riconoscimento di più lingue nel territorio dello stato, a parte il castigliano, è una norma comune delle costituzioni latinoamericane. In Colombia si riconoscono le lingue dei popoli indigeni, così come in Nicaragua, in Paraguay e in Perú[34].

28. Art. 189.
29. Artt. 190-91.
30. Costituzione del 1980, artt. 3 e 99, secondo gli emendamenti del 1989 e 1991, rispettivamente.
31. Nuovo art. Cost. 116.
32. PALERMO, F., "Il regionalismo differenziato", in GROPPI, T. e OLIVETTI, M., cur., *La Repubblica delle Autonomie*, Giuffrè, Milano 2001, 54.
33. Legge delega 57/1997 e D. Lgs. 112/1998
34. Il Castigliano è la lingua ufficiale del paese, le lingue e i dialetti dei gruppi etnici sono anche essi ufficiali nei loro territori, vedi art. 10 Cost. colombiana; art. 11 Cost. Nicaragua; art. 140 Cost. Paraguay; artt. 2 n. 19 e 48 Cost. Perù.

3. La distribuzione dei poteri fra Stato, regioni ed enti locali

La riforma in Italia ha comportato innovazioni importanti in materia di distribuzione di poteri fra Stato e Regioni. Per la prima volta si stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La legislazione esclusiva dello Stato compete in materia di politica estera, immigrazione, difesa, moneta, risparmio e fiscalità erariale, leggi elettorali statali, comunali, provinciali ed europee, ordine pubblico e sicurezza, cittadinanza, stato civile, giustizia, istruzione generale, previdenza sociale, dogane, pesi, misure e informatica, ambiente e beni culturali. Si stabilisce un regime di legislazione concorrente Stato-Regione in materia di rapporti internazionali, commercio estero, istruzione, professioni, ricerca scientifica, sicurezza sul lavoro, sostegno all'innovazione, tutela della salute, protezione civile, grandi infrastrutture, comunicazione, previdenza integrativa, finanza pubblica, casse di risparmio e aziende di credito a carattere locale e credito fondiario e agrario. Per ultimo, la riforma stabilisce la competenza cosiddetta *residuale*, nel senso che, secondo la nuova disciplina, spetta alle Regioni la potestà legislativa su ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato[35].

Nella cornice della competenza legislativa *residuale* rivestono particolare importanza alcune materie, perché riguardano, specialmente, l'industria, i trasporti, la viabilità, la formazione professionale, il turismo, l'agricoltura, l'artigianato, l'assistenza, per menzionarne solo alcune. Ancora più importante è la forma con cui è stata redatta questa parte della norma, che impedisce l'eventualità di usare lo strumento dell'interpretazione dei poteri impliciti a favore dello Stato[36]. Un'altra materia da rilevare è rappresentata dai cosiddetti poteri esteri, che riguardano i trattati internazionali ed il diritto comunitario. Secondo i trattati internazionali, le Regioni possono concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad un altro Stato in materie di loro competenza, nonché provvedere all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali. In base al diritto comunitario, invece, le Regioni dovranno avere dallo Stato le forme per la loro partecipazione diretta e indiretta alla formazione degli atti normativi comunitari.

A.- La Costituzione colombiana, in materia di distribuzione di poteri tra lo Stato e gli enti territoriali, prevede che questi ultimi hanno autonomia per la gestione dei loro interessi, nei limiti della costituzione e della legge, e conseguentemente hanno il diritto all'autogoverno con proprie autorità; ad esercitare le rispettive competenze; ad amministrare le risorse e a stabilire i tributi necessari all'adempimento delle loro funzioni, nonché a partecipare alle entrate nazionali. Nell'esercizio delle competenze territoriali, la costituzione impone il rispetto dei principi di coordinamento, concorrenza e sussidiarietà[37]. Inoltre, il testo non ha previsto la norma sulle competenze residuali per gli enti locali. Sono determinate in forma generale le competenze proprie e quelle concorrenti, nell'intesa che le competenze residuali appartengono allo Stato, rimanendo così un elemento del vecchio Stato accentrato.

Non sono previsti poteri esteri dei dipartimenti e delle regioni. Si stabilisce, soltanto, che i dipartimenti e i comuni di zone di frontiera possono concordare e portare avanti, direttamente con l'ente limitrofe dello Stato vicino di pari livello, programmi d'integrazione

35. Nuovo art. 117 Cost.
36. ELIA, L., "Introduzione" a GROPPI, T. e OLIVETTI, M. cur., *La repubblica delle autonomie, cit.* 12.
37. Art. 287-88.

e cooperazione, diretti ad incrementare lo sviluppo comunitario, la prestazione dei servizi pubblici e la difesa dell'ambiente[38].

La legislazione esclusiva dello Stato comprende tutte le materie menzionate nell'esperienza italiana, rimanendo la competenza residuale a favore dello stesso, come già detto.

Le competenze[39] proprie dei Dipartimenti sono le seguenti: la disciplina dell'esercizio delle funzioni e la prestazione dei servizi a carico del Dipartimento; il potere di creare tributi e contributi necessari all'adempimento delle funzioni dipartimentali; il potere di adottare le norme organiche del bilancio del Dipartimento e di quello annuale delle entrate e delle spese. Inoltre, rispetto dei requisiti di legge, i Dipartimenti hanno il potere di creare e sopprimere i Comuni, di dividere ed integrare i territori municipali, di organizzare le Province e di determinare la struttura dell'amministrazione dipartimentale, le funzioni delle sue dipendenze e la scala di remunerazione corrispondente ad ogni categoria di impiego. Infine, i Dipartimenti hanno il potere di creare gli stabilimenti pubblici e le imprese industriali e commerciali del dipartimento, nonchè il potere di autorizzare la formazione di società ad economia mista.

Alcune materie concorrenti con lo Stato sono la regolamentazione delle materie riguardanti la programmazione, lo sviluppo economico e sociale, l'appoggio finanziario e creditizio ai comuni, il turismo, il trasporto, l'ambiente, le opere pubbliche, le vie di comunicazione e lo sviluppo delle zone di frontiera, le norme in materia di polizia, anche se in quest'ultimo caso la competenza è residuale.

Un altro aspetto interessante da considerare è la previsione costituzionale del potere che ha il legislativo nazionale di stabilire un'autonomia differenziata, giacché con legge dello Stato si possono concedere ad uno o più Dipartimenti diverse capacità e competenze di gestione amministrativa e fiscale, distinte da quelle segnalate nella Costituzione, con attenzione alla necessità di migliorare l'amministrazione e la prestazione dei servizi pubblici secondo la popolazione, le risorse economiche, naturali e le condizioni sociali, culturali ed ecologiche[40].

Anche se le Regioni sono state previste nella Costituzione del 1991, seguendo il modello della Costituzione spagnola del 1978 e l'esperienza francese dal 1972 al 1982, fino ad oggi non sono state ancora create. Restano sulla carta come possibilità di diventare enti politici territoriali con autonomia, statuti e potere legislativo propri[41]. Comunque, già prima del 1991, ci sono stati alcuni tentativi di *regionalizzazione* attraverso le esperienze delle Corporazioni Autonome Regionali (CAR) che, seguendo il modello dell'Autority della Valle del Tennessee, sono state create per lo sviluppo economico di territori che rappresentavano unità geografiche ed economiche[42], e delle Corporazioni regionali per la programmazione economico e sociale (CORPES).

B.- La Costituzione del Nicaragua, come già detto, prevede la suddivisione politica e territoriale in Dipartimenti, Regioni autonome della Costa Atlantica e municipi. Questi ultimi sono definiti l'unità base della divisione politico-amministrativa del paese, con autonomia politica, amministrativa e finanziaria, da esercitarsi per mezzo di autorità

38. Art. 289.
39. Per l'elenco delle competenze generali, art. 300.
40. Art. 302.
41. Artt. 287 e 307.
42. *V.*, VIDAL PERDOMO, J. *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá 1994, 32 ss, e YOUNES MORENO, D., *Derecho constitucional colombiano*, Legis, Bogotá 1998, pp. 249 ss.

(sindaci, vicesindaci, consigli) direttamente elette dal popolo a suffragio universale[43]. I dipartimenti non hanno l'importanza dei comuni e delle regioni al punto da essere soltanto menzionati nella carta.

Le Comunità autonome della Costa Atlantica, invece, hanno diritto di vivere e svilupparsi secondo forme di organizzazione sociale che corrispondono alle proprie tradizioni storiche e culturali. Lo Stato garantisce l'uso delle loro risorse naturali, l'efficacia delle proprie forme di proprietà comunitaria e la libera elezione delle proprie autorità e dei propri rappresentanti. Egualmente garantisce la conservazione delle proprie culture e lingue, delle religioni e dei costumi[44].

Si tratta certamente di un decentramento in embrione, poiché il Paese soltanto recentemente è uscito dalla guerra civile e lotta per la creazione dello stato nazionale di diritto.

C.- Il testo costituzionale del Paraguay ha previsto la divisione politico-amministrativa in Dipartimenti, Comuni e Distretti, i quali, entro i limiti costituzionali e legali, godono di autonomia politica, amministrativa e normativa per la gestione dei loro interessi, e di autogoverno nella riscossione e nell'investimento delle loro risorse[45]. Come nell'esperienza colombiana, sono previste le Regioni, come unioni dei dipartimenti per il miglior sviluppo delle rispettive comunità. La loro costituzione e il loro funzionamento saranno regolati dalla legge[46]. Quanto alle competenze dei Dipartimenti spiccano in primo piano: l'organizzazione dei servizi dipartimentali comuni, come lavori pubblici, fornitura d'energia, di acqua potabile e di servizi riguardanti contemporaneamente più di un Comune; la preparazione del programma di sviluppo dipartimentale e la redazione del bilancio annuale, da tenere in considerazione nel Bilancio nazionale; il coordinamento dell'azione dipartimentale con quella del governo centrale, specialmente nell'ambito della sanità e dell'istruzione; la creazione dei Consigli di Sviluppo Dipartimentale[47].

In questo contesto di decentramento, appare esorbitante il carattere accentrato del sistema del Paraguay, senza riscontro nella costituzione colombiana, né in quelle del Nicaragua e del Perú. Infatti il potere esecutivo centrale può intervenire sui dipartimenti e sui comuni , intervento che può arrivare fino allo scioglimento della giunta e dei consigli. Inoltre, la Camera dei Deputati, a maggioranza assoluta, con il parere del Controllore Generale della Repubblica, può destituire il governatore, l'intendente, la giunta dipartimentale e quella comunale, per gravi irregolarità riscontrate nell'attuazione della legge finanziaria e nell'amministrazione dei loro beni. Il Tribunale Superiore di giustizia elettorale dovrà convocare nuove elezioni per eleggere le autorità destituite[48].

Il menzionato carattere di Stato accentrato del Paraguay sembra trovare riscontro nel nuovo testo costituzionale italiano[49]. Innanzitutto, la Carta italiana conferisce poteri al Governo per sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città Metropolitane, delle Province e dei Comuni, nel caso di mancato rispetto delle norme e dei trattati internazionali, della normativa comunitaria, oppure nel caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti

43. Art. 177.
44. Artt. 180-81.
45. Art. 156.
46. Art. 160.
47. Art.163.
48. Art. 165.
49. La Costituzione paraguaina è del 1992, quindi precede la riforma italiana.

civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali[50]. La *sostituzione*, ad opera del governo centrale, di organi degli enti locali, eletti direttamente dal popolo, non è certamente usuale, soprattutto se si considerano le cause *politiche* praticamente senza limite Si è di fronte ad una caratteristica dello Stato unitario accentrato in contraddizione non solo con l'idea federale, ma anche con quella di sussidiarietà. Inoltre la Carta italiana prevede che il Presidente della Repubblica possa disporre lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta, nel caso in cui abbiano compiuto atti contrari alla costituzione o gravi violazioni di legge. Ancora di più, si prevede che lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale[51]. Vale la pena ricordare che la normativa precedente prevedeva soltanto lo scioglimento del Consiglio regionale, ma non la destituzione o rimozione diretta del Presidente della Giunta[52]. In teoria si potrebbe in questo modo presentare l'annullamento straordinario dell'attività delle Regioni e degli altri enti locali per opera dell'intervento diretto del potere centrale.

D.- Nella Repubblica del Perú la politica istituzionale concepisce il decentramento come un obiettivo di sviluppo integrale del paese. A questo fine si prevedono Regioni, Dipartimenti, Province e Distretti, nei cui territori i poteri dello Stato devono essere esercitati in forma decentrata e deconcentrata. Alle Regioni la costituzione concede autonomia politica, economica ed amministrativa negli affari di loro competenza. In virtù dell'autonomia politica, il Presidente della Regione ed il Consiglio di Coordinamento Regionale sono eletti e rieletti direttamente dal popolo. Occorre ricordare che i sindaci e *regidores*, capi dell'esecutivo municipale e provinciale, nonché i rispettivi Consigli, massimi organi locali della funzione normativa e di controllo, sono eletti direttamente dal popolo[53]. In virtù dell'autonomia economica ed amministrativa, il Presidente della Regione e il Consiglio di Coordinamento Regionale hanno il potere di coordinamento e di implementazione dei piani e programmi socioeconomici regionali, così come la gestione delle attività e la prestazione dei servizi inerenti allo Stato. Le Regioni non possono sostituire né duplicare l'azione dei governi locali, ma solo appoggiarla[54].

E.- Come già detto, lo Stato del Cile è unitario con marcati elementi di accentramento politico, anche se con amministrazione funzionalmente e territorialmente decentrata. Per il governo e l'amministrazione interna dello Stato, il territorio si divide in Regioni e queste in Province; per l'amministrazione locale, le province si dividono in comuni. L'autonomia politica non esiste se si pensa che il Presidente della Repubblica nomina e rimuove l'Intendente, capo del governo regionale, nonché il governatore, titolare del governatorato, che è un organo territorialmente decentrato dell'Intendente[55]. Non poteva essere diversamente, se si considera che la Carta cilena è stata fatta e adottata dal regime dittatoriale di Pinochet (1980)[56]. L'Intendente è un funzionario di esclusiva fiducia del Presidente della Repubblica ed esercita le funzioni secondo la legge e dietro gli ordini e le istruzioni del Presidente, del quale è il rappresentante naturale e immediato nel territorio di sua giurisdizione. L'amministrazione superiore della Regione risiede in un governo, costituito dall'Intendente e dal Consiglio Regionale, con personalità giuridica di diritto pubblico e patrimonio proprio, ed ha per scopo lo sviluppo sociale, cul-

50. Art. 6, legge cost. N. 3/2001, che corrisponde all'attuale art. 120 della Cost..
51. Art 126 della Cost.
52. Vecchio art. 120 Cost.
53. Art. 191.
54. Artt. 197-199.
55. Artt. 99, 100,
56. ROZO ACUÑA, E. e DONATI, G., *Le Costituzioni…, cit.*, 263-64.

turale ed economico. L'Intendente presiede il Consiglio regionale e gli spettano la coordinazione, la sovrintendenza ed il controllo dei servizi pubblici creati dalla legge per l'adempimento delle funzioni amministrative nella regione. Il Consiglio Regionale, organo normativo, decisionale e di controllo, ha il compito di rendere effettiva la partecipazione alla cittadinanza regionale, di approvare i piani di sviluppo della regione e il progetto di legge finanziaria del governo regionale, adattati alla politica nazionale di sviluppo e al bilancio della Nazione. Inoltre, il Consiglio Regionale decide l'investimento delle risorse conferite alla regione dal Fondo Nazionale di Sviluppo Regionale, sulla base della proposta formulata dall'Intendente[57].

Per l'attuazione dell'autonomia economica lo Stato deve finanziare il menzionato Fondo di Sviluppo e la legge finanziaria nazionale deve provvedere all'assegnazione alle Regioni, e agli altri enti locali, di risorse che corrispondano ai tributi che gravano su attività o beni con una chiara identificazione regionale o locale[58]. Inoltre, su iniziativa dei governi regionali o di uno o più ministeri -qui appare di nuovo l'elemento politico accentrato-, le regioni si possono associare e stipulare accordi annuali o pluriennali di programmazione d'investimento pubblico. Inoltre, le regioni possono, con autorizzazione della legge -ancora una mostra di centralismo-, associarsi con persone fisiche o giuridiche e seconde norme di diritto privato, al fine di propiziare attività ed iniziative senza animo di lucro che contribuiscono allo sviluppo regionale[59].

Lo Stato regionale cileno, forse quello con più tradizione e chiaramente istituito costituzionalmente, è ben lontano dal modello italiano. Ha più elementi del modello unitario accentrato che di quello decentrato, diffuso ormai nell'America Latina. La transizione democratica in Cile, in corso dal 1990 dopo 17 anni di dittatura, ancora non è riuscita a democratizzare completamente le istituzioni pubbliche. In questo caso, i rapporti tra i poteri dello Stato e i rapporti degli enti locali, più specificamente quelli delle regioni, rimangono secondo il classico tipo verticale, personalista, autoritario.

4. La distribuzione delle funzioni amministrative

La distribuzione delle funzioni amministrative nella riforma costituzionale italiana privilegia formalmente i Comuni, come deve essere, se si considera il rapporto centrale, naturale che esiste fra cittadino e amministrazione municipale. In questo senso, tutte le funzioni amministrative sono assegnate ai Comuni oppure, in base al principio di sussidarietà, differenziazione e adeguatezza, possono essere assegnate a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato. La stessa riforma dispone che i Comuni, le Province e le Città Metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze[60]. Questa differenziazione delle funzioni amministrative locali è ancora oggi teorica, mancando la titolarità funzionale effettiva, considerando che non esiste la legge statale o regionale di conferimento. Con le menzionate leggi, in sostanza, la via scelta sarà quella di lasciare lo Stato, in materia di funzioni amministrative, come tutore delle Regioni e degli altri enti locali nei confronti di queste ultime. Di fronte ad eventuali controversie di legittimità

57. Artt. 100-103 che comprendo gli emendamenti costituzionali del 1989 e 1991.
58. Art. 19 comma 20 secondo la riforma costituzionale del 1991.
59. Art. 104, commi 4 e 5, secondo l'emendamento costituzionale del 1991.
60. Nuovo art. Cost. 118, commi 1 e 2.

costituzionale, sarà la Corte Costituzionale a decidere, diventando conseguentemente il *garante* della riforma costituzionale[61].

A.- La distribuzione delle funzioni amministrative in Colombia parte dai Dipartimenti, per continuare con i Comuni e le Province, costituite queste ultime dai comuni o dai territori indigeni vicini che appartengono ad uno stesso Dipartimento. Per i Dipartimenti, la norma costituzionale prevede l'autonomia per l'amministrazione degli affari sezionali, per la programmazione e la promozione dello sviluppo economico e sociale nel loro territorio. I Dipartimenti devono esercitare le funzioni amministrative, di coordinazione, di complementarietà dell'azione dei Comuni, d'intermediazione fra lo Stato e i Comuni e di prestazione dei servizi previsti dalla Costituzione e dalle leggi. Inoltre, devono incentivare l'appoggio finanziario e creditizio ai Comuni, il turismo, il trasporto, l'ambiente, le vie di comunicazione e lo sviluppo delle zone di confine[62].

Al Comune, ente fondamentale della divisione politico-amministrativa dello Stato, spetta principalmente il compito di prestare i servizi pubblici determinati dalla legge, di realizzare i lavori necessari al progresso locale, di ordinare lo sviluppo del suo territorio, di promuovere la partecipazione comunitaria e di migliorare le condizioni sociali e culturali degli abitanti. Inoltre, se due o più Comuni hanno relazioni economiche, sociali, fisiche, che danno all'insieme il carattere di area metropolitana, possono, in base alla consulta popolare, organizzarsi come ente amministrativo incaricato di programmare e coordinare lo sviluppo armonico ed integrato del territorio, di razionalizzare la prestazione dei servizi pubblici a loro carico e, se del caso, di prestare in comune alcuni di essi e di realizzare le opere d'interesse metropolitano[63].

Il principio repubblicano unitario è stato aggiornato adattandolo e le più moderne formule di decentramento politico e amministrativo sono state elaborate dalla tecnica costituzionale-amministrativa. Purtroppo la formalità normativa deve affrontare la grave realtà di un paese che vive in guerra civile, non dichiarata, ma non per questo meno violenta e distruttiva.

B.- La distribuzione di funzioni amministrative nella Repubblica del Nicaragua si centra sui Comuni, come ha voluto fare anche la riforma in Italia. Infatti, il Comune è considerato dalla Costituzione l'unità di base della divisione politico-amministrativa del paese e gode pertanto di autonomia politica, amministrativa e finanziaria. L'amministrazione e il governo spettano alle autorità municipali, liberamente elette dai loro cittadini. I governi comunali hanno competenza nelle materie che incidono sul proprio sviluppo socio-economico. La Costituzione rinvia alla legge statale sui municipi - approvata a maggioranza assoluta dei voti dei deputati dell'Assemblea Nazionale-, che deve includere, anche, la disciplina dell'autonomia comunale, le competenze municipali, le relazioni con il governo centrale, con i popoli indigeni del paese e con tutti i poteri dello Stato ed, infine, il coordinamento interistituzionale[64]. Allo stesso modo, la costituzione prevede l'organizzazione, il regime di autonomia per i popoli indigeni e le comunità etniche della Costa Atlantica, le funzioni dei loro organi di governo, la loro relazione con i poteri dello Stato e con i comuni e l'esercizio dei loro diritti[65].

---

61. Per un'analisi più approfondita, *V.*, CELLOTTO, A., "Le Funzioni amministrative regionali", in GROPPI e OLIVETTI, cur., *La Repubblica delle autonomie, cit.*, 141 ss.
62. Artt. 298 e 300.
63. Artt. 311 e 319
64. Artt. 176 e 177.
65. Artt. 180 e 181.

C.- L'ordinamento costituzionale del Paraguay ha previsto che i Dipartimenti, i Comuni e i Distretti godono, entro i limiti della Costituzione e delle leggi, di autonomia politica, amministrativa e normativa per la gestione dei loro interessi e di autogoverno nella riscossione e nell'investimento delle loro risorse[66]. La costituzione paraguaina, come la maggior parte dei testi latinoamericani, non fa distinzione tra i poteri e le funzioni amministrative degli enti locali, determinando in generale le loro competenze. Nel punto 3.3 della Costituzione del Paraguay si elencano le funzioni amministrative e le competenze dei Dipartimenti. Per quanto riguarda i Comuni, hanno come principali attribuzioni, la libera gestione in materia di urbanistica, ambiente, approvvigionamento, istruzione, cultura, sport, turismo, assistenza sanitaria e sociale, istituzioni di credito, corpi d'ispezione e di polizia. Spetta loro anche l'amministrazione e la distribuzione dei beni; l'elaborazione del bilancio di entrate e di uscite; la partecipazione alle rendite nazionali; la regolamentazione dell'importo delle tasse retributive di servizi effettivamente prestati, non potendosi superare il costo degli stessi, l'emanazione di ordinanze, regolamenti e risoluzioni; l'accesso al credito privato e al credito pubblico, nazionale e internazionale; la regolamentazione e il controllo del transito, del trasporto pubblico e di altre materie relative alla circolazione di veicoli[67]. Si può costatare che, a differenza del testo costituzionale italiano, quello paraguaino, come in genere in America Latina, indica le attribuzioni e le funzioni amministrative degli enti locali, in questo caso dei Comuni. In questo modo non solo si facilita il lavoro legislativo del Congresso ma, soprattutto, si evita che lo Stato o l'ente locale superiore eserciti funzioni o poteri che sono stati già aggiudicati in forma precisa ad un ente locale. Purtroppo, con questa metodologia, la costituzione diventa un testo eccessivamente lungo e pesante.

D.- Nella Repubblica del Perú la Costituzione concede alle regioni autonomia politica, con elezione popolare diretta dei suoi organi di governo, autonomia economica, con approvazione, esecuzione e coordinamento dei piani e programmi socioeconomici, ed autonomia amministrativa, con gestione delle attività e dei servizi inerenti alla comunità. Il testo definisce i Comuni o Municipalità, le Province e i Distretti, quali organi di governo locale e concede loro autonomia politica, economica ed amministrativa. I Comuni esercitano queste autonomie per mezzo dell'autogoverno e delle competenze per approvare la loro organizzazione e i bilanci, per amministrare i loro beni ed entrate, per organizzare, regolamentare ed amministrare i servizi pubblici locali, per pianificare lo sviluppo urbano e rurale, per realizzare i rispettivi piani e programmi, per creare, modificare e sopprimere contributi, tasse, licenze e diritti municipali[68].

E.- La Repubblica del Cile, come già detto, rappresenta un tipo di Stato unitario accentrato. La suddivisione territoriale in Regioni, Province e Comuni non è caratterizzata da autonomia, considerando che gli organi di governo dei suddetti enti locali dipendono direttamente dal potere centrale, più precisamente dal Presidente della Repubblica. Inoltre, le loro attribuzioni non sono previste dalla costituzione, ma dalla legge e, pertanto, domina il centralismo del Congresso, solitamente rappresentato dal Presidente[69]. La costituzione prevede che l'amministrazione superiore di ognuna delle 13 regioni cilene radica in un governo regionale che ha come oggetto lo sviluppo sociale, culturale ed economico della regione. Il governo regionale è costituito dall'Intendente e dal Consi-

66. Art. 156.
67. Art. 168.
68. Artt. 191-92 e 197.
69. Per esempio, il Senato è composto non solo da candidati eletti a livello regionale, ma anche da un numero considerevole di ex alti funzionari pubblici, compresi gli ex presidenti, vedi art. 45.

glio Regionale. Il primo, secondo legge nazionale, coordina, controlla e vigila sulla prestazione dei servizi pubblici creati dalla legge per l'adempimento delle funzioni amministrative della regione. Il secondo, definito dalla costituzione come un organo normativo, risolutivo e controllore, è incaricato di rendere effettiva la partecipazione cittadina regionale e di applicare la legge organica in materia di sviluppo della regione, bilancio, investimenti delle risorse[70].

La Costituzione ha previsto per le Province un governatorato, come organo territorialmente decentrato dall'Intendente, costituito da un governatore, dipendente direttamente dal Presidente della Repubblica. Esercita, d'accordo con le istruzioni dell'Intendente, la supervigilanza dei servizi pubblici della provincia. Le competenze che possono essergli delegate dall'Intendente, come le altre, sono fissate dalla legge. Inoltre, in ogni provincia esiste un Consiglio economico e sociale di carattere consultivo, la cui composizione, la forma di nomina dei suoi membri, i compiti e il funzionamento sono stabiliti con legge organica[71].

Per quanto riguarda l'amministrazione comunale, la Costituzione prevede come organi il Sindaco e il Consiglio e definisce i comuni, corporazioni di diritto pubblico, con personalità giuridica e patrimonio proprio, la cui finalità è di soddisfare le necessità della comunità locale ed assicurare la partecipazione al progresso economico, sociale e culturale. La Carta delega alla legge organica il compito di stabilire le funzioni e le competenze dei Sindaci e dei Consigli e, alla legge ordinaria, la forma e il modo in cui i ministeri, i servizi pubblici e i governi regionali possono trasferire competenze ai comuni, nonché il carattere provvisorio o definitivo del trasferimento. I Comuni, secondo la Costituzione, hanno autonomia per creare o sopprimere impieghi, per fissare remunerazioni, come pure per istituire gli organi e le unità permessi dalla legge organica[72]. Queste facoltà, ad ogni modo, possono essere esercitate solo nei limiti e alle condizioni stabilite, su iniziativa esclusiva del Presidente della Repubblica, dalla legge organica. Come si può costatare, spicca il carattere accentrato dell'ordinamento locale cileno.

5. L'autonomia fiscale e le norme finanziarie

Una parte interessante della riforma costituzionale italiana del titolo V, riguarda il tema del cosiddetto federalismo fiscale e le norme finanziarie[73]. Secondo le nuove norme, Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa. Regioni ed enti locali possono stabilire e applicare propri tributi ed avere compartecipazione ai tributi erariali. Ugualmente si crea un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante e si prevedono risorse statali aggiuntive per interventi speciali in favore di determinati comuni, città, province e regioni. Inoltre, gli stessi enti hanno un proprio patrimonio secondo legge dello Stato; possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare investimenti, ma senza garanzia dello Stato.

Tutti sono d'accordo che, senza autonomia finanziaria, non esiste autonomia politica. Su questo nesso si radica l'importanza della nuova normativa regionale, anche se molti concordano nell' affermare che i cambiamenti dell'art. 119 sono soltanto nel numero di

70. Artt. 100-102.
71. Artt. 105-06.
72. Artt. 107-110.
73. Nuovo art. 119.

commi, perché nel contenuto essi non rappresentano grandi innovazioni[74]. Senza entrare nel merito della discussione è da concordare sugli aspetti positivi della riforma nella materia: la proclamazione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti locali; la creazione del fondo perequativo senza vincoli di destinazione che, almeno teoricamente, permette agli enti locali maggiore libertà nell'individuare le priorità nell'utilizzazione delle risorse fornite dallo Stato; la messa a disposizione di risorse aggiuntive per la promozione dello sviluppo economico e, per ultimo, la solidarietà sociale per rimuovere le disuguaglianze economiche e sociali e favorire un effettivo esercizio dei diritti fondamentali. Sono tutti cambiamenti plausibili e già esistenti in alcuni ordinamenti latinoamericani, come si potrà a seguito costatare.

A.- L'autonomia finanziaria degli enti locali in Colombia è prevista nella Costituzione del 1991 in modo chiaro. I Dipartimenti, i Comuni e il Distretto Capitale hanno autonomia di entrata e di spesa e conseguentemente adottano conformamente alla legge i piani e i programmi di sviluppo economico, sociale e dei lavori pubblici, con la determinazione degli investimenti e delle misure che considerino necessarie alla loro esecuzione e al loro adempimento. Conseguentemente, possono decretare, secondo la legge, i tributi e i contributi necessari all'adempimento delle loro funzioni e promulgare annualmente il bilancio di entrata e di spesa. Solo i comuni possono gravare la proprietà immobile, ma gli altri enti locali possono imporre contributi di valorizzazione[75].

Un aspetto importante dell'autonomia finanziaria in Colombia è quello della compartecipazione ai tributi erariali, introdotto con la riforma costituzionale del 1968 e confermato nella Costituzione del '91. Si tratta del cosiddetto *situado fiscal*, secondo il quale i Dipartimenti, il Distretto Capitale e i distretti speciali di Cartagena, di Santa Marta e di Barranquilla hanno il diritto a ricevere una percentuale progressiva -oggi circa del 25%- delle entrate ordinarie della Nazione per l'attenzione diretta, o per mezzo dei comuni, ai servizi assegnati dallo Stato ai menzionati enti, e più precisamente al servizio dell'istruzione -prescolare, elementare, media e superiore non universitaria- e al servizio della sanità, con speciale attenzione a quella dei bambini. L'aumento si prevede progressivo in modo da garantire la migliore prestazione dei servizi. Il 15 % del *situado fiscal* è distribuito in parti uguali tra i suddetti enti territoriali. Il resto in proporzione agli utenti reali e potenziali dei menzionati servizi, tenendo conto dello sforzo fiscale ponderato e della efficienza amministrativa del rispettivo ente territoriale[76].

Nel 1995 è stata fatta una riforma costituzionale per istituire la compartecipazione dei Comuni ai tributi erariali. Secondo la nuova norma, la percentuale progressiva di compartecipazione dei Comuni alle entrate ordinarie della Nazione doveva essere nel 2001 minimamente del 22%.

La legge, per iniziativa del Governo, determina la percentuale e le aree prioritarie d'investimento sociale da finanziare con le menzionate risorse. Le risorse sono distribuite, in diretta proporzione alla popolazione e ai suoi bisogni, nella misura del 60%, e il resto in funzione della popolazione, dell'efficienza fiscale e amministrativa e del progresso dimostrato nella qualità della vita, assegnando in forma esclusiva una percentuale di questa parte ai comuni con meno di 50.000 abitanti[77].

---

74. COVINO, F., "L'autonomia finanziaria", in GROPPI, T. e OLIVETTI, M. cur., *La Repubblica.… cit.*, 189 ss.
75. Artt. 300, commi 2 . 3 e 5; 313 commi 2, 4, 5; 322 e 317.
76. DÍAZ ARENAS, P.A., *Constitución politica de Colombia (1991)*, Temis, Bogotá 1993, 457-58. *V.*, anche art. 356 dell'emendamento costituzionale del 1993.
77. Legge costituzionale 01/95, art. 1.

Inoltre, le royalties, o diritti che spettano allo Stato per lo sfruttamento delle risorse naturali non rinnovabili, sono distribuite fra i Dipartimenti, i Comuni dove le risorse sono locate, i porti utilizzati per il trasporto e il Fondo Nazionale delle Royalties, le cui risorse sono destinate agli enti locali per la promozione delle industrie estrattive, la preservazione dell'ambiente e gli investimenti prioritari secondo i piani di sviluppo dei rispettivi ente locali[78].

L'autonomia finanziaria si completa con la dichiarazione costituzionale dei beni e delle rendite, tributarie o provenienti dallo sfruttamento dei monopoli degli enti locali, per esempio dalla produzione di liquori, come proprietà esclusiva con le stesse garanzie della proprietà e delle rendite dei privati. Le imposte e tributi dei Dipartimenti e dei Comuni godono di protezione costituzionale e, conseguentemente, la legge non può trasferirli allo Stato, ma solo temporaneamente in caso di guerra esterna. Per ultimo, gli enti territoriali possono emettere titoli e buoni di debito pubblico, alle condizioni del mercato finanziario e possono ricorrere all'indebitamento estero, in conformità con la legge che disciplina la materia. In tutti i casi, gli enti locali non possono superare la loro capacità di pagamento[79].

Nel 2001 è stata approvata una riforma costituzionale che ha creato il Sistema Generale di Compartecipazione dei Dipartimenti, dei Distretti e dei Comuni, sistema nel quale si concretizza il diritto degli enti territoriali di partecipare alle rendite nazionali. Il nuovo sistema abroga il precedente (Situado Fiscal, Partecipazione Municipale e Trasferimenti Complementari di risorse).

I beneficiari sono, a parte i menzionati enti locali, i territori indigeni -resguardos- e gli Enti Territoriali Indigeni, che sono sulla carta della riforma, ma ancora non sono stati istituiti. L'oggetto del nuovo sistema non cambia: finanziare i servizi a carico degli enti beneficiari, in particolare la sanità e l'istruzione non universitaria. La riforma determina un totale di risorse da distribuire, cominciando nel 2002, secondo una cifra che dovrà aumentare, fino al 2008, del 2% ogni anno più la tassa annuale d'inflazione[80].

In conclusione, si può affermare che l'ordinamento colombiano ha previsto formalmente i più moderni e funzionali strumenti per realizzare l'autonomia finanziaria e, pertanto, la politica degli enti locali.

B.- La Costituzione del Nicaragua definisce i Comuni l'unità base della divisione politico-amministrativa del paese, dotati di autonomia politica, amministrativa e finanziaria. Per l'attuazione di quest'ultima, è stabilito l'obbligo costituzionale di destinare una percentuale *sufficiente* del bilancio generale della Repubblica ai comuni, percentuale da distribuire dando priorità a quelli con meno entrate. Inoltre, i governi municipali hanno competenza nelle materie che incidono sullo sviluppo socio-economico della propria circoscrizione. Nei contratti di sfruttamento delle risorse naturali situate nei rispettivi comuni, lo Stato è obbligato a sentire l'opinione dei governi comunali prima di autorizzarli. Anche se la costituzione dispone che la potestà di creare, approvare, modificare o sopprimere tributi spetta esclusivamente e in maniera indelegabile all'Assemblea Nazionale, i comuni, per affrontare i problemi del proprio sviluppo, possono avvalersi di questa potestà. In ogni caso, tutto ciò che riguarda l'autonomia comunale è disciplinato dalla legge sui municipi, che richiede per la sua approvazione e riforma la maggioranza

78. Artt. 360-61.
79. Artt. 362, 295 e 364 rispettivamente.
80. Arrt. 2 e 3 Leg. Cost. 01/2001, che riforma gli artt. 356 e 357 cost.

assoluta dei voti dell'Assemblea Nazionale[81]. Un confronto dell'autonomia finanziaria in Nicaragua con l'Italia o con la Colombia porta a concludere che nel paese centroamericano essa è molto limitata, spiccando nella materia ancora oggi l'elemento accentrato.

C.- L'ordinamento del Paraguay prevede che, entro i limiti della costituzione e delle leggi, i Dipartimenti, i Comuni e i Distretti hanno autonomia politica, amministrativa e normativa per la gestione dei loro interessi, e poteri di autogoverno nella riscossione e nell'investimento delle loro risorse. Le risorse dei Dipartimenti sono: la parte spettante di imposte, tasse e contributi, fissati e regolati dalla Costituzione e dalla legge; le assegnazioni o sovvenzioni destinate dal Governo centrale; le rendite proprie determinate dalla legge, così come le donazioni, i lasciti e le altre risorse che la legge potrà stabilire. In questo senso, i Dipartimenti non hanno potestà tributaria nelle loro circoscrizioni e tutto dipende dalla legge nazionale. I Comuni in virtù dell'autonomia finanziaria hanno *autarchia* nella riscossione e negli investimenti delle loro risorse, diritto di compartecipazione alle rendite nazionali e attribuzione per la regolamentazione dell'importo delle tasse retributive di servizi effettivamente prestati. Inoltre hanno diritto di accesso al credito privato e al credito pubblico, nazionale e internazionale. Per quanto riguarda l'Imposta immobiliare, spetta ai Comuni, nonché ai Dipartimenti, la totalità dei tributi che gravano direttamente sugli immobili. La loro riscossione è di competenza dei comuni. Il 70% di quanto raccolto da ogni comune rimane di sua proprietà, il 15% è del relativo dipartimento e il restante 15% è distribuito tra i comuni con minori risorse. Le entrate o rendite degli enti locali hanno protezione costituzionale. Lo Stato o gli enti parastatali non possono appropriarsi di esse[82]. Come nel caso della Colombia, il Paraguay ha strumenti idonei all'autonomia finanziaria degli enti locali, anche se costituzionalmente meno decentrati e meno puntuali. Da ricordare, inoltre, che la Costituzione prevede l'istituzione delle Regioni[83], ma fino ad oggi non sono state create, come succede anche in Colombia.

D.- Come già menzionato, il Perú è suddiviso in regioni, dipartimenti, province e distretti, ma sono i comuni gli organi del governo locale e godono di autonomia politica, economica e amministrativa. Elemento basico dell'autonomia municipale è l'attribuzione costituzionale del potere di creare, modificare e sopprimere contributi, tasse, arbitri, licenze e diritti nella propria circoscrizione. Di conseguenza, i comuni hanno autonomia per la gestione delle proprie risorse, cioè dei beni e delle entrate; delle imposte o tributi creati dalla legge; dei contributi, diritti, licenze e tasse create dai consigli comunali; delle risorse assegnate dal Fondo di risorse municipali, creato dalla legge, secondo i tributi municipali e la compartecipazione al bilancio nazionale; dei canoni e royalties[84].

La Costituzione prevede anche le regioni con autonomia politica, amministrativa, finanziaria o economica, e con il compito di coordinare e eseguire i piani e programmi socioeconomici regionali. Sono previsti, altresì, compiti di gestione di attività e servizi inerenti allo Stato, in appoggio ai comuni, senza sostituirli, né duplicare la loro azione, né le loro attribuzioni. I beni e le rendite delle regioni sono stabiliti dalla legge.

La precedente costituzione peruviana del 1979 garantiva un maggior decentramento e determinava più puntualmente l'autonomia amministrativa e finanziaria dei comuni e

81. Artt. 114 e 177.
82. Artt.156, 164, 166, 168-70.
83. Art. 160.
84. Artt. 189, 192-93 e 197.

delle regioni[85]. La vigente costituzione del 1993, frutto del *golpe blanco* del presidente Fijimori, ha voluto rinforzare i poteri centrali sugli enti locali, lasciando alla legge la maggior parte della disciplina del decentramento regionale e municipale. Ciò nonostante, lo Stato unitario peruviano rimane caratterizzato da un'apprezzabile tendenza al decentramento politico, amministrativo e finanziario.

E.- Per l'attuazione dell'autonomia finanziaria, la legge organica sui bilanci della Nazione ha previsto l'assegnazione di risorse alle regioni per il loro funzionamento. La stessa legge contempla a favore delle regioni una porzione del totale stabilito per gli investimenti pubblici, raccolta nel Fondo Nazionale di sviluppo regionale. La stessa legge dei bilanci, inoltre, contempla altre risorse per gli investimenti settoriali regionali, la cui distribuzione deve essere fatta, secondo criteri di equità ed efficienza, in considerazione dei relativi programmi nazionali d'investimento. L'assegnazione di tali risorse all'interno d'ogni regione spetta autonomamente ai governi regionali. Su iniziativa dei governi regionali o di uno o più ministeri, possono essere stipulati accordi annuali o pluriennali di programmazione d'investimento pubblico nelle regioni[86].

I comuni godono di autonomia nell'amministrazione delle loro finanze. La legge dei bilanci nazionali può assegnare risorse per il loro funzionamento, senza pregiudizio delle entrate direttamente assegnate dalla legge o concesse dai rispettivi governi regionali. La legge organica contempla la ridistribuzione solidale delle entrate proprie tra le municipalità del paese, per mezzo del Fondo comune comunale[87].

Anche nell'ordinamento costituzionale cileno manca la previsione precisa delle percentuali del bilancio nazionale d'assegnare ai comuni e tutto è rimesso alla volontà del Congresso, potendosi costatare che formalmente esiste più autonomia amministrativa che politica e finanziaria.

6. I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo

I Limiti dell'autonomia nella riforma italiana rimangono gli stessi del vecchio articolo 120 della Costituzione. In questo senso, le Regioni non possono istituire dazi di importazione o esportazione o transito tre le regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale[88].

I limiti sono ineccepibili se si considera che gli stessi divieti esistono anche negli stati federati.

A.- Per quanto riguarda i paesi in studio, si può affermare che tutti hanno previsto in forma esplicita o tacita i limiti previsti nella normativa italiana. Non esiste un solo testo costituzionale che consenta agli enti locali di esercitare qualche autonomia sulle suddette materie senza limiti. I divieti o limiti all'autonomia locale nei paesi latinoamericani studiati sono ancora più marcati considerando che in nessuno di essi esiste la competenza esclusiva degli enti locali collegata alla residualità, come prevista nel 4 comma del nuovo art. 117, secondo il quale spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. Essendo gli

85. GUIDI, G. e ROZO ACUÑA, E., *Costituzioni straniere contemporanee -I paesi andini-*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 198 e 250 ss.

86. Art. 7 della legge costituzionale n. 19.097 del 12 novembre 1991, art. 104 della Cost. vigente.

87. Art. 12 della legge costituzionale del 1991, art. 114 della Cost. vigente.

88. Nuovo art. 120 cost.

stati latinoamericani in studio unitari, senza tendenza al federalismo, come nel caso italiano, la cosiddetta clausola della residualità non è prevista in alcun modo. Al contrario, la residualità si deve interpretare a favore dello Stato e più precisamente secondo la formula dei suoi poteri impliciti. Le attribuzioni, le funzioni amministrative, le competenze e i poteri degli enti locali dei paesi latinoamericani studiati sono esclusivamente quelli tassativamente previsti dalla costituzione o dalle leggi. Tutto il resto appartiene ai poteri sovrani dello Stato.

7. Autonomie locali ed obblighi internazionali

In materia di autonomia locale e di obblighi internazionali, la riforma regionale in Italia ha fatto un passo considerevole che potrebbe essere considerato più verso il federalismo. In effetti, la nuova normativa dispone che tra le materie di legislazione concorrente ci sia quella relativa ai rapporti internazionali e con l'unione Europea. Per la prima volta si costituzionalizza la supremazia dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali, stabilendo che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione e degli obblighi internazionali. Alle Regioni spetta l'attuazione e l'esecuzione degli accordi internazionali, nonché il potere di concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad un altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato e nelle materie di propria competenza. Quanto alla partecipazione regionale, diretta e indiretta, alla formazione delle norme comunitarie, la nuova disciplina costituzionale crea un vero e proprio obbligo per lo Stato di precisare le forme e i modi concreti di realizzare la partecipazione regionale. La Costituzione prevede poteri statali repressivi e sostitutivi in caso di inadempienze regionali[89].

Il *potere estero* delle regioni è una delle parti più interessanti e di maggiore controversia della riforma; non tanto per ciò che riguarda la costituzionalizzazione degli obblighi internazionali, ormai norma comune alla maggior parte degli ordinamenti, neanche per la partecipazione delle Regioni alla formazione degli atti normativi comunitari, né per l'obbligo di esecuzione degli obblighi internazionali nelle materie di propria competenza, ma per il potere di politica estera, addirittura non comune agli stati federali, di concludere accordi internazionali con gli altri Stati. È vero che il potere estero delle regioni rimane sotto il controllo dello Stato, dal momento che spetta alle leggi statali di determinare i casi e le forme di esercizio di codesto potere regionale, in modo da evitare non solo le contraddizioni in politica estera, ma anche la mancanza di contenuti integrali e coordinati, a causa della diversità degli interventi regionali che potrebbe presentarsi.

8. Il contenzioso Stato, Regioni ed enti locali

In materia di contenzioso tra Stato e Regioni, prima della riforma in Italia era previsto un Commissario del governo centrale con il compito principale di sovrintendere alle funzioni amministrative esercitate dallo Stato e coordinarle con quelle delle regioni. Inoltre, controllava la funzione legislativa regionale, giacché ogni legge approvata dal Consiglio regionale, prima di essere promulgata, doveva essere comunicata al Commissario che, salvo il caso di opposizione da parte del Governo, doveva vistarla. La riforma

89. Art. 117 Cost.

ha abrogato i commissari di governo e, in forma definitiva, i controlli sugli atti amministrativi delle regioni e degli enti locali. La riforma prevede, comunque, che il Governo e le Regioni possono ricorrere alla Corte costituzionale per dirimere le controversie sulla legittimità costituzionale dei propri atti, entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione[90]. In questa materia s'intravede anche la tendenza federalista dello Stato regionale.

A.- L'istituzione del Commissario del Governo non è stata prevista nelle costituzioni latinoamericane in studio. Gli organi degli enti locali sono eletti democraticamente in base all'autonomia politica e possono essere revocati per responsabilità politica solo dagli stessi elettori, come succede nei casi della Colombia e del Perù[91]. Per gravi violazioni alla costituzione o alla legge, costatate processualmente, i Governatori dei Dipartimenti possono essere sospesi o destituiti dal Presidente della Repubblica e i Sindaci dallo stesso Presidente o dai Governatori, come previsto nell'ordinamento colombiano[92]. Solo nel caso del Cile è stato costatato il carattere molto accentrato dello Stato unitario, considerando che gli intendenti, capi dell'esecutivo regionale, ed i governatori, capi dell'esecutivo provinciale, sono nominati e possono essere rimossi direttamente dal Presidente della Repubblica[93].

Nessuno dei paesi latinoamericani ha previsto che gli enti locali e le regioni abbiano poteri legislativi. Si tratta di atti amministrativi e come tali sono controllati nella loro legittimità dal potere giudiziario, generalmente dai giudici amministrativi. In Colombia, per esempio, sono previsti i Tribunali del contenzioso amministrativo ed il Consiglio di Stato[94]. La questione di legittimità costituzionale degli atti amministrativi può essere sollevata direttamente dai singoli cittadini, dagli enti locali o dal Governo[95]. La soluzione dei conflitti di attribuzioni o di competenze tra gli enti locali e tra questi e lo Stato spetta alla giustizia contenzioso-amministrativa.

Nel Nicaragua, l'organo competente è la Sezione Amministrativa della Corte Suprema, ma le questioni di legittimità costituzionale ed i conflitti di competenza fra i municipi o fra questi e gli organi del governo centrale, nonché l'esame dei conflitti di costituzionalità fra governo centrale e governi municipali e quelli delle regioni autonome della Costa Atlantica spettano alla plenaria della Corte Suprema[96]. I cittadini non hanno il ricorso diretto d'incostituzionalità, ma solo quello indiretto per mezzo del giudizio di amparo[97].

Nel Paraguay, la Costituzione ha previsto che la soluzione dei conflitti di competenza fra il Potere Esecutivo e i governi dipartimentali e fra questi e i governi municipali spettano alla Corte Suprema. Lo stesso vale in materia di legittimità costituzionale[98]. I cittadini possono controllare la costituzionalità degli atti amministrativi e delle leggi, ma soltanto attraverso il ricorso di amparo, cioè quando gli atti e le leggi minacciano o violano un loro diritto[99].

90. Nuovo art. 127 Cost.
91. Artt. 40 comma 4, 103 e 133 Cost. colombiana; artt. 31 e 191 comma 3 Cost. peruviana
92. Artt. 304 e 314 Cost.
93. Artt. 100 e 105 Cost.
94. I tribunali amministrativi in Colombia sono creazione della legge; il Consiglio di Stato, organo costituzionale, è il Tribunale Supremo del contenzioso amministrativo, art. 236.
95. Artt. 237 comma 2 e 238 Cost.
96. Artt. 163 e164 commi 11, 12 e 13.
97. Art. 45.
98. Artt. 258 comma 9 e 260 commi 1-3.
99. Art. 134.

Nel Perú, i conflitti di competenza o di attribuzione spettano al Tribunale Costituzionale e le questioni di legittimità costituzionale sono sottoposte all'esame dello stesso Tribunale dal Presidente della Repubblica, dal Fiscal, dal Difensore del Popolo, dal 25% del numero di membri dell'Assemblea legislativa, dai Presidenti delle regioni d'accordo con il Consiglio di coordinamento regionale, dai sindaci provinciali d'accordo con il rispettivo Consiglio, o da cinquemila cittadini.

Se la norma in questione è municipale, il numero è 1% dei cittadini della circoscrizione senza che ecceda il numero di firme precedentemente citato[100].

Nel Cile, la Costituzione ha delegato alla legge di stabilire la forma per risolvere i conflitti di competenza che eventualmente sorgano tra le autorità nazionali, regionali, provinciali e comunali, nonché il modo di dirimere le controversie nate tra gli intendenti e i consigli regionali, così come tra i sindaci e i consigli. Le questioni di legittimità costituzionale spettano al Tribunale Costituzionale, ma i cittadini non hanno il ricorso diretto dinnanzi a codesto tribunale[101]. Soltanto per via del diritto di protezione o amparo,i cittadini possono controllare la costituzionalità degli atti delle pubbliche autorità[102].

V. CONCLUSIONI: DECENTRAMENTO, REGIONALIZZAZIONE E FEDERALISMO IN AMERICA LATINA

Dallo studio che precede si possono trarre alcune conclusioni generali che, nell'insieme, illustrano lo sforzo che i paesi dell'America Latina fanno per modernizzare lo Stato. Nella materia di studio, e cioè i rapporti tra lo Stato e gli Enti locali, i paesi, costantemente, si adoperano per adottare le più moderne tecniche costituzionali e le più funzionali istituzioni della democrazia di partecipazione.

1. Le Repubbliche unitarie dell'America Latina, dopo più di un secolo e mezzo, hanno optato per la forma di Stato unitario e non sembrano, per nessun motivo, voler tornare in dietro, cambiandola per la forma di Stato federale.

2. Lo Stato unitario accentrato in America latina, almeno nelle costituzioni formali, sembra essere stato superato. Solo in paesi come il Cile e il Paraguay, per motivi di ordine pubblico e a causa del tipo di governo esistente al momento della redazione della Costituzioni, conservano elementi di *centralismo*, di accentramento e di supremazia del potere esecutivo.

3. La distribuzione di poteri e di funzioni amministrative, nei paesi studiati, permette di concludere che essa si basa sull'accettazione dell'autonomia politica degli enti locali. Tale autonomia si esplica nel potere di autogoverno, cioè nel potere dei popoli degli enti locali di eleggere i loro organi di governo, con eccezione del ramo esecutivo del potere locale nel Cile, che rimane in diretta e stretta dipendenza del capo del governo. Ugualmente si verifica nel caso dell'intervento del potere esecutivo centrale sugli organi di governo locale del Paraguay, con grande somiglianza alla forma italiana. E'interessante notare il potere degli elettori di revocare i funzionari eletti, per inadempimento del programma previo all'elezione (Colombia e Perú).

100. Artt. 202 comma 3 e 203.
101. Artt.115 e 82.
102. Art. 20.

4. Le autonomie politiche o amministrative non hanno nessuna realtà e non sono accompagnate dall'autonomia fiscale e finanziaria. In questa materia, gli ordinamenti costituzionali evidenziano un grande sforzo per dotare gli enti locali di fonti di risorse, proprie e sicure.

I Situados Fiscales, i Fondi locali di finanziamenti, le norme organiche del bilancio e delle leggi finanziarie, sono tutte istituzioni che tendono ad assicurare la libertà economica e l'autonomia finanziaria.

5. I limiti dell'autonomia locale nei paesi studiati sono sempre rappresentati dalla Costituzione, dalle leggi e dagli obblighi internazionali. Nell'America Latina la teoria del *blocco costituzionale*, cioè dell'insieme di norme di massima gerarchia delle fonti del diritto e dei doveri, e del quale fanno parte i trattati e gli accordi internazionali ratificati dagli stati, è stata pienamente adottata. Conseguentemente, tutti gli atti delle pubbliche autorità, la condotta dei pubblici funzionari e dei privati, devono rispettare il blocco di costituzionalità. Per l'attuazione di questi principi i cittadini hanno, in alcuni paesi, l'azione diretta d'incostituzionalità e, in tutti, il diritto o azione di amparo.

6. Il potere di firmare accordi o intese internazionali non è previsto, considerando che questo potere va addirittura oltre i poteri che hanno gli stati federati in molti paesi federali. Solo nel caso della Colombia gli enti locali possono firmare intese con enti omologhi dei paesi confinanti al fine di attuare programmi comuni di sviluppo economico.

7. I conflitti di attribuzioni o di poteri fra lo Stato e gli enti locali sono di competenza dei giudici amministrativi o della Corte Suprema. Le questioni di legittimità costituzionale spettano al Tribunale Costituzionale nei casi del Cile e del Perú, alla Corte Suprema nei casi del Paraguay e del Nicaragua, al Consiglio di Stato nel caso della Colombia.

8. Gli unici stati, tra quelli analizzati, che hanno già in attuazione la forma dello Stato regionale sono il Cile, il più marcatamente regionale, seguono il Perù e il Nicaragua. La Colombia ha previsto costituzionalmente le regioni, ma ancora non sono istitute. In Paraguay, invece, non sono previstie.

9. Gli stati federali dell'America Latina, anche loro, dopo più di 150 anni di pratica federalista, non torneranno più allo stato unitario. Al contrario, il federalismo si afferma, come è successo nel Brasile con il referendum del 1993; nell'Argentina con la riforma costituzionale del 1994 e nel Messico con le riforme politiche degli ultimi dieci anni. Il Venezuela, dopo la nuova Costituzione del 2000, apparentemente ha limitato il suo federalismo, se si considera che è stato abolito il Senato diventando il Congresso unicamerale. Analizzando, comunque, la composizione dell'Assemblea Nazionale venezuelana, le attribuzioni e i poteri degli stati federati, l'organizzazione e il funzionamento del loro autogoverno, si può concludere che il federalismo con la nuova Costituzione esce rafforzato.

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA

Christian Pielow
Profesor de la Universidad de Ruhr
Bochum, Alemania

En la voluminosa y bajo muchísimos aspectos orientadora, hasta *normativa* obra del profesor Allan R. Brewer-Carías figuran en un primer rango las aportaciones acerca de la *descentralización política*, descrita más detalladamente según los tres fenómenos de la descentralización territorial, la autonomía territorial y la regionalización política, y entendida en su conjunto como *técnica de perfeccionamiento de la democracia, al hacerla más participativa y representativa*[1].

Forman elementos de primer interés en este contexto, y bajo el punto de vista de la efectividad de cualquier tipo de Estado descentralizado, las estructuras de la distribución de competencias estatales (no sólo legislativas y ejecutivas sino también, quizás en primer lugar, financieras) así como, en general, el sistema institucional de la organización administrativa a nivel nacional, regional y municipal.

Ante este trasfondo siento un especial orgullo y honor al poder participar en este libro homenaje con una síntesis sobre el estado actual del sistema federativo alemán, que se ve enfrentado, debido a la dinámica de las condiciones marco de la política y del Derecho nacional e internacional, a muchos y nuevos desafíos. Rendir honor al homenajeado puede resultar así en contribuir al debate *global* sobre el concepto del Estado descentralizado, un debate que ha alcanzado -en vista de la más general cuestión acerca el papel del *Estado (nacional)* en los tiempos de la globalización- un nuevo enfoque y que requiere, por eso mismo y más que nunca, el diálogo del Derecho comparado y el intercambio entre los distintos regímenes nacionales de ordenamiento estatal y administrativo. Participar en aquella discusión transnacional con motivo del homenaje a un prestigioso colega venezolano me alegra de manera especial, dado que mantengo unos recuerdos ricos e impresionantes de mi estancia en este país y del encuentro con A.R. Brewer-Carías y su *team* en Caracas, por los cuales le doy nuevamente mi sincero agradecimiento.

I. EL ESTADO FEDERAL *EVOLUTIVO*

Hablar de la *descentralización política* y, al mismo tiempo, del *federalismo*, requiere en primer lugar precisar la terminología. Si salimos de un concepto *clásico* del Estado federal, tal y como sigue persistiendo en el orden jurídico-constitucional de la Repúbli-

1. *V.*, al respecto sobre todo el capítulo "La democracia, el cambio político y la descentralización territorial", en: BREWER-CARÍAS, A.R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, El poder público: Nacional, Estatal y Municipal, 1996, pp. 567 y ss.; el citado está en la pp. 584.

ca Federal Alemana, estamos ante dos conceptos bien opuestos. El *clásico* Estado federal está compuesto por *Estados* (federados) en el propio sentido de la palabra (según el derecho público internacional), los que disponen por eso de una originaria *soberanía,* en un principio *ilimitada,* legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. Bajo *descentralización política* se entiende, en cambio y al menos y tradicionalmente en la ciencia iuspublicista alemana, el mero otorgamiento, dentro de la arquitectura *vertical* del Estado, de determinados márgenes de *autonomía* o *auto-gobierno* (*Selbstverwaltung*) desde un principio *limitados,* a entes administrativos inferiores del Estado central (la *Federación* o el *Bund*) o bien de los Estados Federados (los *Länder*)[2].

No obstante, habrá que subrayar, en un segundo lugar, la perogrullada de que no existe un concepto fijo o predeterminado de lo que es precisamente un Estado federal ni una teoría unánimemente aceptada del *federalismo* por la doctrina socio-política o jurídica, sino que cada sistema federativo y también, de manera más general, cada sistema de un Estado *descentralizado* o (y en terminología española) *compuesto* es en primer lugar fruto de las específicas condiciones socio-económicos y políticas y, por supuesto, jurídico-constitucionales en cada país[3], de manera que pueden oscilar hasta confundirse las líneas separadoras entre sistemas *federativos* y meramente *descentralizados.* Al mismo tiempo resulta obvio también el carácter enormemente dinámico o bien *evolutivo* de cada sistema descentralizado, cuyo desarrollo depende en gran medida de la persistencia o no de las mencionadas condiciones marcos. Semejantes evoluciones se pueden imaginar en el sentido de una aún mayor diversi-ficación o incluso descentralización de las estructuras organizativas y administrativas, por ejemplo a través de una mayor transferencia de competencias estatales y de las respectivas fuentes de financiación a los niveles inferiores (sean los *Länder,* Comunidades Autónomas, otro tipo de *regiones,* o bien las corporaciones locales).

Por el otro lado, los cambios se pueden producir también en el sentido de una mayor armonización o *unificación* en favor del conjunto estatal, especialmente mediante una mayor dosis de coordinación (unilateral) por parte del poder central o a través de la intensificación de los mecanismos de cooperación (bi o multilateral) entre los entes territoriales así como entre ellos y el Estado central[4]. Está claro además que la orientación y el alcance de las modificaciones de cado Estado *compuesto* dependen en gran medida también de sus respectivos rasgos históricos: Así, y para poner un ejemplo, las modificaciones estructurales pueden o suelen tomar un rumbo bien distinto, dependiendo de si se trata, como en el caso de la República alemana, de un ordena-miento federal, que está caracterizado por la tendencia, ya histórica, de todos sus entes territoriales hacia la unidad o armonía del todo[5], o si contemplamos el caso del *Estado autonómico* español, donde la mayor diversidad de sus *naciones* y *regiones* suele traer consigo cada vez nuevas tensiones pluralistas o incluso *centrifugales.*

2. Especialmente en el caso de las corporaciones locales (municipios, comarcas, mancomunidades), cámaras profesionales (p.ej. cámaras de comercio o de abogados), universidades, emisoras públicas de radio y televisión así como de las iglesias católica y protestante, constituidos en Alemania tradicionalmente como *corporaciones de Derecho público*.

3. *V.*, por todos STERN, K., *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2a. ed., 1984, especialmente pp. 644 y ss.; también: KIMMINICH, O. en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Isensee/Kirchhof (eds.), vol. I, 2a. ed., 1995, pp. 1114 y ss., que destaca, como elemento más característico del federalismo su *indefinitiva pluralidad* (*ibid.*, pp. 1115).

4. *V.*, otra vez y sobre ambos fenómenos BREWER-CARÍAS, A.R. *op. cit.*, especialmente pp. 573 y ss.

5. Aquel carácter significativo puede ser contemplado, sin duda ninguna, como un *leitmotiv* no sólo de la historia del Estado (no tuvo lugar ninguna, y verdadera, *revolución*) alemán sino también de la cultura (romanticismo) e incluso del *alma* (mentalidad) alemana.

Visto todo esto habrá que destacar unas alteraciones actuales y específicas de las condiciones de ser del Estado, que llevan consigo considerables necesidades de adaptación y de evolución, tal vez para cada sociedad moderna, pero que constituyen unos desafíos significativos especialmente desde la perspectiva de los ordenamientos federativos o descentralizados. En el caso del Estado federal alemán se trata ante todo de los siguientes *movimientos*, que muestran fuerte interdependencia entre sí y que producen una cierta presión hacia un reajuste del sistema en su conjunto:

1. La crisis económica del Estado prestador

Figuran en primer lugar los fuertes cambios económicos, motivados ante todo por una cierta crisis del Estado social o bien del Estado *prestador* (*Leistungsstaat*). Considerando a la vez el fuerte aumento y el agravado estado de los servicios de la mano pública y sobre todo de sus prestaciones sociales (seguridad social, seguridad de desempleo y de rentas, bajo la impresión, entre otros, de los datos demográficos poco favorables en Alemania) así como el crecimiento de cada vez nuevas tareas de prestación (especialmente: infraestructuras públicas de transporte y de comunicación; protección del medio ambiente) durante los más de cincuenta años de la posguerra, resulta obvio que el tradicional Estado social está llegando a los límites de sus recursos financieros, y con esto, de sus capacidades prestadoras. La crisis del *Etat providence* o, en palabras alemanas (del iuspublicista *Ernst Forsthoff*), del Estado de la "*öffentliche Daseinsvorsorge*" deja sus huellas también en las estructuras federativas del país, de manera que las instituciones y relaciones federales se encuentran más que nunca en el banco de prueba, sobre todo en lo referido a su rentabilidad y su financiación. En el caso alemán habrá que añadir un dato especial que es el proyecto de la reunificación del año 1990 con el *todavía* no del todo terminado y altamente costoso proceso de la equiparación de las condiciones de vida en los Estados federados entre la Alemania Oriental y Occidental.

2. Liberalización y privatización

Las reclamaciones hacía una *retirada* del Estado prestador, emanadas de las mencionadas preocupaciones económicas, pero también de unas dudas cada vez más corrientes acerca de la incapacidad de dirección (*Steuerungsfähigkeit*) del antiguo Estado nacional en un entorno internacionalizado y caracterizado por el complicado paralelismo de nuevos y múltiples centros de decisión[6] en la sociedad abierta y *multipolar*[7] provocan cambios fundamentales. Esto vale especialmente en lo referido a la prestación y el control de lo que eran anteriormente los llamados *servicios públicos*: Bajo las fórmulas de la *liberalización* y *privatización*[8] y muchas veces a consecuencia de respectivos requeri-

6. Por ejemplo: Empresas multinacionales, organizaciones no-gubernamentales. En general debemos decir que el proceso de globalización pone en duda no sólo la soberanía estatal sino también la capacidad de decisión *autónoma* de sus entes descentralizados o federativos.

7. *V.*, sobre estos fenómenos (se habla también de la *democracia de malla* o de *varios niveles de decisión*, *Netzwerk* o *Mehrebenendemokratie*): ELLWEIN/HESSE, *Der überforderte Staat*, 1994; LUHMANN, N. "Staat und Politik", en LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 4*, 1987, pp. 74 y ss.; JÄNICKE, M. *Staatsversagen – Die Ohnmacht der Politik in der Industriegesellschaft*, 1986; GRIMM, D. (ed.,), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990.

8. En la doctrina alemana se suele distinguir entre la privatización *formal* u *organizativa* (= mera transformación de una empresa pública en persona jurídica-privada), la privatización *funcional* (= encargo o

mientos del derecho económico internacional o europeo ya se ha dejado buena parte de las tradicionales prestaciones puramente *estatales* a la iniciativa *concurrente* entre operadores privados, públicos o públicos-privados (*Public Private Partnership*). La tendencia hacia una mayor transferencia de antiguos servicios estatales a terceros se ve vivificada, además y esta vez debido al alarmante estado de los presupuestos públicos, por los lemas de la modernización y del adelgazamiento de la Administración pública (*lean administration* en el marco del *New Public Management*).

Con el nuevo reparto o bien desplazamiento de las tareas y cargas públicas, el Estado se retira cada vez más al mero control del cumplimiento de los asuntos públicos por los particulares; se habla de la metamorfosis del *Estado prestador* al *Estado de garantía* (*Gewährleistungsstaat;* lema: *timonear en lugar de remar*[9]), entra en el juego el tema de la *regulación*, y esto con claras repercusiones en el ordenamiento federativo: El problema radica en que en no pocas ocasiones la dirección y el control sobre los nuevos operadores de servicios públicos, originalmente cumplidos exclusivamente por los entes administrativos regionales o locales, se trasladan bien a niveles administrativos superiores o bien a nuevas instituciones de la llamada *auto-regulación* (*Selbstregulierung)* por propios entes de la sociedad (o industria)[10]. Así, los anteriores titulares públicos se ven privados de sus esferas de influencia, pero también de sus fuentes de ingreso, como sucede en el caso de las corporaciones locales en Alemania, cuyos hasta ahora monopolizados servicios públicos (suministro de energía, transporte público, depósito y tratamiento de residuos etc.) se ven obligados a competir con los nuevos operadores privados[11] (ver también *infra* III).

3. *Internacionalización,* especialmente *europeización*

Los movimientos antes descritos emanan, como ya se aludió, en gran parte del fenómeno de la sucesiva apertura de los mercados nacionales (*globalización*), que por su parte es motivado por el disparado desarrollo de las técnicas de transporte y de la comunicación. Aquel proceso favorece sin duda, y como es de observar claramente en el caso de la Unión Europea, las tendencias hacia una mayor integración de las economías y políticas nacionales en zonas de libre comercio o bien de mercados comunes. El suce-

---

concesión de un privado -con o sin adjudicación de concretas potestades públicas- para llevar a cabo un servicio de orígen público o estatal), la privatización *material* (= propia apertura de antiguos monopolios administrativos, p.ej. telecomunicaciones, para la actividad económica-privada) y finalmente la privatización *financiera* (= realización de proyectos infraestructurales, p.ej. carreteras, aeropuertos, mediante el apoyo financiero de terceros). Para más detalles, p.ej. acerca de la combinación de aquellos modelos, *V.*, p.ej.: *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, pp. 71 y ss.

9. *Steer instead of row*, según OSBORNE/GABLER, *Reinventing Gonvernment, How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, 1992. Sobre el concepto del "Estado de garantía (de los servicios públicos)" desde una perspectiva alemana básicamente: SCHUPPERT, G.F. (ed.,), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat – Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999; véase tambien y con más referencias PIELOW, J.-Ch. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, pp. 344 y ss.

10. Sobre el tema (y la problemática) de la *auto-regulación* por entes privados véanse recientemente las contribuciones a la obra colectiva "Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates", edición especial (Beiheft 4) de la revista *Die Verwaltung*, 2001.

11. Sobre las relaciones y tensiones entre la liberalización de los servicios públicos y la posición de los Estados federados y corporaciones locales en Alemania véase PIELOW, J.Ch. "Öffentliche Daseinsvorsorge als Herausforderung für die deutschen Länder und Kommunen - Stand und Perspektiven" en *Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung* (ed.,), *Jahrbuch des Föderalismus* 2001, 2002, pp. 163 y ss.

sivo fortalecimiento competencial de las respectivas organizaciones inter o supranacionales, sin embargo, lleva consigo el correspondiente vaciamiento de la soberanía nacional. Esto significa al mismo tiempo, y como es de mostrar con más detalle más adelante, la sucesiva pérdida de las posibilidades de participación o cooperación de los entes federativos o descentralizados, todo según el lema: Donde ya no hay competencia del Estado, tampoco queda espacio para la influencia por parte de sus organismos inferiores.

4. Necesidades -y oportunidades- de reflexión: ¿Modernización o modificación del federalismo?

Mucho se ha hablado, y se sigue hablando, ante este panorama de los continuos cambios profundos y paradigmáticos, de la *crisis del Estado nacional* y especialmente de la *crisis del Estado federal*[12], con las consiguientes reclamaciones hacia unas modernizaciones profundas, si no: modificaciones sustanciales del sistema federativo en vigor. Cierto que las evoluciones actuales requieren una nueva e intensa reflexión sobre la adecuación y adaptabilidad de las estructuras existentes. Pero y a pesar de todo: La necesidad de reflexionar implica también, si no ante todo, la oportunidad para estabilizar y profundizar el ordenamiento estatal, todo en el sentido de una considerable mejora de la efectividad de sus instituciones y procedimientos de decisión según los postulados del Estado social y democrático de Derecho así como de la rentabilidad de sus instituciones y procedimientos de actuación. Buena muestra de esa cara *constructiva* de la moneda es la coyuntura aparentemente alta que poseen, justamente en estos momentos difíciles, las ideas descentralizadoras y hasta federalistas en los países con mayor tradición centralista, como por ejemplo en Italia[13] y últimamente también y nuevamente en Francia[14], por no hablar del ímpetu del concepto federativo como *leitmotiv* en las actuales deliberaciones sobre *El futuro de la Unión Europea* cuyo reto consiste en preparar un futuro Tratado Constitucional.

El actual debate político-federativo en Alemania se lleva a cabo, desde una perspectiva meramente jurídico-constitucional, entre dos polos bien opuestos: Por un lado, la necesidad de crear, como dice el art. 72 párr. 2 de la Ley Fundamental (en adelante: LF), "condiciones de vida equivalentes en (todo) el territorio federal" así como del "mantenimiento de la unidad jurídica y económica en interés de la totalidad del Estado". Del otro lado están los postulados que visan en la dirección inversa, es decir: hacia una mayor individualización, descentralización y, palabra clave, *auto-responsabilidad* de los Estados federados así como del allí incorporado escalón de la administración lo-

12. En este último sentido por ejemplo: VOLKMANN, U., "Föderalismus in der Krise?", en: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1998, pp. 613 y ss.; también las contribuciones a la obra colectiva de MÄNNLE, Ursula (ed), *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz*, 1998 (especialmente ARNDT, H.-W., *Erneuerter Föderalismus*, *ibid*., pp. 31 y ss.); últimamente: BAUER, H., "Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland", en: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2002, pp. 837 y ss. Acerca de la situación en Austria: BUßJÄGER, P., "Der sklerotische Bundesstaat – Modernisierungsprobleme im österreichischen föderalen System", en: *Zeitschrift für Politik (ZfP)* 2002, pp. 149 y ss.

13. *V.*, p. ej. LUTHER, J., "Die Verfassung in Zeiten des Übergangs: italienische Beobachtungen", en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, 2002, pp. 331 y ss.

14. *V.*, p. ej., BERNARD, P. La décentralisation à la francaise, en *Actualité juridique – Droit Administratif (AJDA)*, 2002, pp. 1253 y ss.

cal[15], todo en el sentido de las propias razones de ser de una arquitectura federativa, a decir, y en síntesis:

(1) la necesaria consideración de las diversas tradiciones e identidades geográficas, políticas y socio-culturales, históricamente desarrolladas, en los diferentes *Länder* (en España se suele hablar del *pluralismo político*);

(2) la contribución a una mayor separación (*vertical*) y el control de los poderes públicos a través el reparto de las tareas legislativas, ejecutivas y jurídicas (así como de su financiación) entre el Estado (*Bund*) y los Estados Federados (*Länder*), con el consiguiente descargo del poder central, la mayor cercanía al ciudadano (con las inmanentes posibilidades de su participación en los asuntos públicos) así como el gran potencial de flexibilidad y de disposición para experimentar y competir con los demás centros de decisión en el desarrollo de las resoluciones políticas;

(3) finalmente el plusvalor que emana de todas estas ventajas para la capacidad del conjunto sistema estatal para resolver los conflictos políticos y, por consiguiente, para el refuerzo de la libertad individual, de la seguridad jurídica y de la democracia.

A. Quiebras del anterior consenso sobre el federalismo *unitario* y *cooperativo*

El sistema federativo alemán evolucionó, en las cinco décadas de la posguerra, sobre todo y en el interés de llevar a cabo el finalmente exitoso modelo del *Estado social* en la dirección de una mayor armonización y equiparación de las estructuras y procedimientos políticos con el fin de crear la mayor igualdad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional, todo según el conocido lema del *Estado federal-unitario* (*Konrad Hesse*, 1962). En un principio estaba previsto además, como ya dijimos (vid. *supra* con nota al pie 15), la estricta separación de las distintas esferas de responsabilidades y potestades públicas entre el centro (*Bund*) y los *Länder*, mientras que el panorama actual está caracterizado (bajo el eslogan, en un principio pragmático-positivo, del *federalismo cooperativo*) más bien por una multitud de competencias y mecanismos de decisión *mixtos;* en pocas palabras: una pluralidad de *interconexiones* (muchas veces solamente informales) entre los centros políticos que tienden a entorpecer considerablemente el llevar a cabo unas políticas independientes o auto-responsables en los Estados federados.

A esta problemática se suma un fenómeno típico de las condiciones políticas en Alemania, el llamado *entrelazamiento de la política* (*Politikverflechtung)*: Significa el preocupante hecho de que las decisiones tomadas en el curso de los distintos mecanismos de cooperación entre la Federación y los Estados Federados (así como entre ellos mismos) obedecen en cada vez mayor medida no tanto a los propios intereses de los distintos *Länder* sino a los intereses de los partidos políticos, dado que los representantes de los *Länder* suelen pertenecer a la vez a uno de los grandes partidos (especialmente: cristiano-demócratas, CDU y social-demócratas, SPD) con organi-zación en el ámbito *na-*

15. Son cruciales en este contexto los propios principios centrales del federalismo alemán (subsidiaridad), descritos especialmente en el art. 30 LF ("El ejercicio de la competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita otra cosa", así como –para la Administración local– en el art. 28 párr. 2 LF: "Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad *todos los asuntos de la comunidad local"*; sobre el principio de la *autonomía local* véase sobre todo la sentencia del Tribunal Constitucional Federal en: BVerfGE 79, pp. 127 y ss.

cional y que no existen, como sucede por ejemplo en Suiza o también en España, partidos políticos con propia programática y correspondientes intereses en el ámbito puramente *regional.* Esto puede llevar a lo que se llama *trampa del entrelazamiento de la política -Politikverflechtungsfalle* (*Fritz Scharpf),* en la medida en que los crecientes conflictos objetivos entre la Federación y los Estados Federados (resultado de crecientes desigualdades económicas) y el consiguientemente decreciente consenso sobre lo que era el *federalismo cooperativo* por un lado y los propios intereses de los partidos políticos por el otro lado tienden a perjudicar la propia capacidad de actuar del Estado en su conjunto.

B. ¿Federalismo *competitivo* como resolución? Preguntas claves

Ante estas tendencias, todavía amplificadas por el proceso de la reunificación alemana con la tensión entre alarmantes desigualdades en los *Länder* del Oeste (por ejemplo en lo referido a las cuotas del desempleo) y el necesario apoyo *solidario* por parte del Estado y los demás *Länder*, no debe extrañar que los conceptos tradicionales del Estado federal-unitario y del federalismo cooperativo se ven enfrentados con cada vez mayor frecuencia a nuevas reclamaciones de reforma: Domina en este contexto especialmente el nuevo, y radical, reto del denominado *federalismo de competición* (*Wettbewerbsföderalismus*). Sus defensores, entre ellos los portavoces de los económicamente más poderosos *Länder* (como Baviera y Baden-Württemberg) así como expertos (*modernistas*) de las ciencias administrativas y económicas, optan, aparentemente inspirados por la *invisible hand* de la competencia en la economía de mercado, en primer lugar por una mayor independización o nueva *autonomización* de los entes territoriales en el sistema federal. Entre las propuestas de reforma destaca la vuelta a la antigua separación estricta de las competencias estatales y regionales, mediante una considerable reducción de los mecanismos *cooperativos* o bien *solidarios* entre los *Länder* así como entre ellos y el Estado central. Voces más moderadas critican la estrecha relación con el tema modernista de la *economización* del Estado y del Derecho público y administrativo. Habrá que considerar, que una estructuración del Estado según los criterios meramente *económicos* y de *rentabilidad* resulta difícil si no imposible, si se considera la amplia vinculación de todos los sectores públicos a los fines del *interés general* y *bien público*[16].

Estamos entonces en el medio de un amplio debate no tanto acerca del ¿si? sino más bien sobre el cómo de una modernización del sistema federal alemán en el curso del cual ya se han presentados varias e importantes propuestas de reforma[17]. No pocas de

16. *Cf., H. Bauer, op. cit.*, pp. 843, con más referencias.

17. Entre las propuestas más importantes habrá que destacar un documento consultivo del 23 de mayo del 2000 sobre *Stärkung des Federalismus* (El refuerzo del Federalismo) de los Presidentes en los Parlamentos de los *Länder*, publicado en una edición especial de la "Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)", 2000; además: "*Modernisierung des Föderalismus – Stärkung der Eigenverantwortung der Länder*" (Modernización del Federalismo - Refuerzo de la autoresponabilidad de los *Lände*), posición común de los *Länder* Baden-Württemberg, Baviera y Hessen sobre la necesaria reforma del federalismo (Bonn, julio de 1999). De la esfera económica: Dictamen anual 1997/98 del Consejo de Expertos para el examen del desarrollo económico (*Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*), en: Impresos del Parlamento Federal (*Bundestags-Drucksache)* 13/9090, pp. 185 y ss.; también los Informes Económicos de la OECD 1997-1998 (*Bundesrepublik Deutschland*). 1998, pp. 80 y ss., así como *E. Wurzel*, Towards more efficient government: Reforming federal fiscal relations in Germany (OECD-Economic Department Working Paper nº 209 (ECO/WKP[99]1), 1999; finalmente: *Entlfechtung 2005, Zehn Vorschläge zur Optimierung der Regierungsfähigkeit im deutschen Föderalismus* (Desconcentración 2005 - Diez propuestas para optimizar la capacidad de gobernar

ellas requieren incluso unas sustanciales enmiendas constitucionales, si bien la realización de semejantes opciones parece, en vista de las necesarias mayorías calificadas (un 2/3 de los votos) en el Parlamento Federal (*Bundestag*) así como en la Cámara para la representación de los intereses de los *Länder* (*Bundesrat*), a corto plazo poco probable.

Para ilustrar los ejes principales de aquellas propuestas y de algunos proyectos de reforma ya introducidos en la República Alemana, podemos distinguir entre aspectos que conciernen las propias *instituciones* del ordenamiento federativo (II), los aspectos en lo relativo al reparto de las competencias legislativas y ejecutivas (III) y finalmente los aspectos *financieros* (IV).

II. ASPECTOS INSTITUCIONALES

En lo referente a las instituciones del ordenamiento federativo habrá que aludir a los debates sobre posibles modificaciones del propio mapa geográfico de los distintos entes territoriales (1) así como a las relaciones y procedimientos de cooperación y de coordinación entre ellos (2).

1. Número y dimensión de los entes territoriales

La Alemania reunificada cuenta con un total de 16 Estados federados, entre ellos los cinco *nuevos Länder* en el Este del país[18]. Considerando la fuerte y persistente heterogeneidad de las condiciones económicas especialmente entre los *Länder* de la antigua República Federal y los nuevos territorios en el Este, no asombra que, como fruto de la reunificación, hayan resucitado también los debates acerca de la reorganización del número y del ámbito de los Estados federados, y esto no sólo en la parte oriental del país. Con las mismas razones, a decir: las muchas veces decreciente capacidad económica y presupuestaria así como la consiguiente insuficiente capacidad administrativa especialmente en los pequeños *Länder*, se reclaman también fusiones entre los *antiguos* Estados Federados, sobre todo en el caso de los Estados-Ciudades de Berlín, Bremen y Hamburgo así como del *Land* de la Sarre (*Saarland*), cuya economía sufrió mucho debido a la crisis de su industria minera y de acero, y de *Schleswig-Holstein* en el extremo Norte, un *Land* de corte rural y con poca importancia industrial.

A los ya mencionados motivos para un reajuste del *mapa federal* se suman otras, no menos convincentes razones: Se trata de llegar a unas circunscripciones políticas y administrativas[19] equiparables (las respectivas propuestas prevén unos siete u ocho en vez de los 16 Estados Federados actuales) sin necesidad del apoyo cooperativo o solidario, en primer lugar de manera financiera, por los demás *Länder* y la Federación. Además, el mantenimiento del cuerpo político-administrativo de los pequeños *Länder* suele con-

---

en el federalismo alemán), Informe de la comisión "Política constitucional y capacidad de gobernar" de la Fundación *Bertelsmann*, 2000; para más referencias véase también: *G.F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, pp. 943 y ss., y BAUER, H. *op. cit.*

18. Brandenburgo, Mecklemburgo-Antepomerania, Sajonia, Sajonia-Anhaltina y Thuringia.

19. Según el art. 29 párr. 1 LF "el territorio federal puede ser reorganizado para garantizar que los Länder, por su tamaño y su capacidad económica, estén en condiciones de cumplir eficazmente las tareas que les incumbe". A tal efecto "deberán tenerse en cuenta las afinidades regionales, los contextos históricos y culturales, la conveniencia económica, así como las exigencias de la ordenación territorial y planificación regional".

sumir, en comparación con los demás Estados, unos costos *per cápita* considerablemente elevados. Finalmente, los Estados-Ciudades de Berlín, Bremen y Hamburgo forman el centro de unas áreas metropolitanas que superan su propio territorio estatal, lo que requiere una mayor coordinación y cooperación entre aquellos Estados-ciudades y su entorno, que pertenece al respectivo *Land* vecino (i.e: Bajo-Sajonia resp. Brandenburgo). Mediante la fusión se pretende fomentar la competitividad económica de estas áreas en su conjunto así como su representación a nivel nacional y europeo[20].

El llevar a cabo la debida refundición del mapa federal se ve dificultado, sin embargo, por el obvio riesgo de perder, con sus instituciones parlamentarias y gubernamentales, la identidad y la representación *propia* en el concierto político-democrático, pero también por la aparente falta de incentivos para la aprobación[21] de las respectivas fusiones por parte de los pequeños *Länder*. Así, el sistema de la financiación de los Estados federados alemanes sigue conteniendo unos mecanismos específicos para la compensación de los insuficientes presupuestos en los *Länder* más pequeños, especialmente mediante las *asignaciones especiales* (*Sonderzuweisungen*) por parte de la Federación (para el mantenimiento de las instituciones políticas o para la realización de determinados proyectos infraestructurales) o bien a través de la compensación financiera *horizontal* entre los Estados federados *ricos* y *pobres*, un sistema que lleva más bien a la paralización que a la estimulación de la propia iniciativa política-económica en los respectivos *Länder* y que ha provocado, por esta misma razón y especialmente por parte de los Estados *donantes* (*Geberländer*), un intenso debate político-jurídico sobre su debida reforma (véase *infra* IV). Por otro lado consta que las propias reservas *regionalistas* frente a una armonización del mapa federal no existen de tal manera que podrían imaginarse en el caso de las regiones (o *nacionalidades*) españolas, debido sobre todo a la hoy en día mayor movilidad de los ciudadanos en el territorio alemán. Desde luego, el actual reparto del territorio nacional alemán obedeció (al menos en el caso de la Alemania occidental) no tanto a tradiciones histórico-culturales o *folclóricas* sino en primer lugar (y especialmente en el caso de los meramente artificiales *Länder con guión* como *Baden-Württemberg*, *Norte del Rhenania-Westfalia* o *Schleswig-Holstein* a la voluntad de las fuerzas de ocupación en la inmediata posguerra. En la parte oriental del país, sin embargo, el reestablecimiento de los cinco *nuevos* Estados Federados recogió, tras la abolición de aquellos *Länder* durante el régimen de la ex-RDA, la tradición de los antiguos territorios durante el *Reich* alemán. Quizá es este un motivo por el cual fracasó el último intento de fusión entre dos Estados Federados, concretamente entre el *Land* de *Brandenburgo* y el Estado-ciudad de Berlín, en el mes de mayo del 2001[22].

20. El hecho de que mucha gente suele trabajar en Berlín, Bremen o Hamburgo mientras que sus viviendas se encuentran en las afueras, lleva consigo también fuertes desigualdades en los ingresos tributarios de estos Estados-Ciudades que al mismo tiempo tienen que mantener y financiar las especiales infraestructuras céntricas (universidades y escuelas superiores, hospitales, instituciones culturales etc.) para el disfrute de todos los ciudadanos de la zona entera.

21. Según el artículo 29 LF, las medidas de reorganización del territorio federal deberán adoptarse mediante ley federal que requiere la ratificación por referéndum en cada uno de los *Länder* afectados.

22. *V.*, al respecto, por ejemplo, KEUNECKE, U., *Die gescheiterte Neugliederung Berlin-Brandenburg*, 2001. Por otra parte y ante el hecho de que el correspondiente referéndum encontró un considerable apoyo por los ciudadanos berlineses mientras que la mayoría de los electores de Brandenburgo votó en contra del proyecto, aparece más probable, que el fracaso de la fusión (que se pretende repetir, según sus protagonistas, en un futuro próximo) se debió a fuertes reservas, por parte de los Brandenburgeses, frente a una mayor preponderancia política y económica de la capital alemana en la región. Por lo demás, los Gobiernos regionales en la Alemania Oriental están optando actualmente más bien por la *cooperación* de sus cuerpos administrativos (en lugar de la fusión que llevaría también a una reducción de los votos del "Este" en la Cámara de la representación de los *Länder*, el *Bundesrat*), por ejem-

2. El papel de los Parlamentos regionales y los mecanismos del federalismo cooperativo

Reajustes del sistema federal se reclaman también en vista de otro dato significativo, a decir: La progresiva pérdida de influencia de los Parlamentos regionales. Aquel fenómeno se debe a varias razones:

A. El predominio de la legislación federal

Por un lado, se observa, ya desde hace mucho tiempo y en virtud del propio concepto del Estado federal *unitario*, el sucesivo traslado de la labor legislativa al Parlamento federal (*Bundestag*). Esto vale sobre todo para las materias de la llamada legislación *concurrente* entre el *Bund* y los *Länder* (art. 74 LF), donde la Federación posee, según el ya citado artículo 72 párr. 2 LF, el derecho de legislar

> siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.

Este precepto ha sido, durante las cuatro décadas pasadas, objeto de una generosa interpretación extensiva por la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional Federal aceptó especialmente un amplio margen de apreciación en favor del legislador federal, con lo cual este último absorbió sucesivamente la totalidad de las materias de la legislación concurrente sin que los *Länder* pudieran oponerse por la vía jurídica.[23] Tuvo lugar, además, un considerable aumento de la *legislación-marco* de la Federación, de manera que muchas políticas, en un principio *autónomas* de los *Länder* como por ejemplo en materia de formación universitaria, se veían, otra vez con el fin de crear, condiciones de vida equivalentes o de mantener la unidad jurídica y económica del país condicionadas por las disposiciones-marco del legislador federal. Un significativo mejoramiento de la situación legislativa de los *Länder* es de lograr sobre todo a través de un reajuste del propio reparto de las competencias por el orden jurídico-constitucional que voy a esbozar más adelante (III).

B. La expansión de la legislación *administrativa*

Por otra parte, la pérdida de influencia de los Parlamentos no sólo regionales sino también del propio Parlamento federal (*Bundestag*) es fruto de un considerable avance de la legislación *administrativa*, es decir, del aumento especialmente de los decretos legislativos (*Rechtsverordnungen*) de los distintos Ministerios federales. Considerando la progresiva complejidad de muchas materias legislativas (especialmente en los campos del Derecho técnico y medioambiental) por un lado así como la debida flexibilidad y adaptabilidad del proceso normativo por otro lado, el propio legislador federal suele ceder cada vez mayores márgenes de operación al Gobierno Federal, un proceso que en

---

plo mediante instituciones comunes en materias de infraestructura y de obras públicas o en el campo de la radiodifusión, *Cf., Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 21 de enero 2003, pp. 4 ("Gegen die Kleinstaaterei – Zusamamenarbeit statt Fusion im Osten").

23. *V.*, al respecto p.ej. CALLIESS, Chr. "Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus", en *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1997, pp. 889 y ss.

cierta medida choca con la propia tradición jurídico-constitucional alemana[24] y que todavía se ve vivificado por el hecho de que la necesaria transformación de las (múltiples) Directivas de la Unión Europea en el Derecho de los países miembros no exige, como expresó reiteradamente el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, una ley parlamentaria sino que se admite también (y se aplica cada vez con mayor frecuencia) la vía reglamentaria.

C. ¿Compensación mediante cooperación?

En el caso de los Parlamentos regionales el vaciamiento del poder legislativo se ve sólo parcialmente compensado por los específicos mecanismos del federalismo *cooperativo*, sobre todo cuando se requiere el consentimiento positivo a las leyes parlamentarias (y tal vez, según el art. 80 párr. 2 LF, de los decretos legislativos de un Ministerio federal) por la Cámara federal de la representación de los *Länder*, el *Bundesrat*[25]. Cuando se trata, en cambio, de la transformación de las Directivas europeas, habrá que aludir a los procedimientos específicos de coordinación entre Federación y los *Länder* en los asuntos europeos: El artículo 23 (párr. 2 a 7) LF prevé, si bien con una cierta vaguedad, la participación del *Bundesrat* o bien de los respectivos *Länder* en las decisiones de la Federación acerca de la legislación europea (en el Consejo de la UE), cada vez cuando su posterior transformación a nivel nacional afecte a materias de la legislación de los Estados Federados[26]. Al lado de estos mecanismos existen múltiples técnicas de la cooperación *informal* entre la Federación y los *Länder*, que se llevan a cabo sobre todo mediante las diversas Conferencias de Ministros (*Ministerkonferenzen*) según la respectiva materia en cuestión (p.ej. política interior, régimen escolar y universitario etc.), así como la posibilidad de contraer Tratados o Convenios entre los Estados federados *(Staatsverträge,* p.ej. en materias de la radiodifusión pública).

No obstante, son justamente aquellos instrumentos del federalismo cooperativo que traen consigo otro motivo para la sucesiva debilitación de la política de los *Länder* y especialmente de sus Parlamentos. Resulta obvio, en primer lugar, que por ejemplo los Tratados y Convenios entre los *Länder* a nivel *nacional* socavan la libre decisión parlamentaria en cada *Land*. Otra amenaza para la política *autónoma* a nivel de los *Länder* lo constituye el ya mencionado fenómeno del *entrelazamiento* entre los intereses puramente regionales y aquéllos de los grandes partidos políticos a nivel nacional (*Politikverflechtung*, véase *supra* I 4 a*)*. Surge así la tendencia, por parte de los representantes de los *Länder* en los procesos de cooperación, a *abusar* de aquellos procedimientos para conseguir en primer lugar los objetivos del propio partido político, si bien se puede oponer, que un posible predominio de los intereses meramente partido-políticos se ve debilitado por el hecho de que ningún Gobierno regional podrá permitirse a lo largo (y

24. Así y al contrario de lo que sucede en otros países, por ejemplo en Francia, la Ley Fundamental (artículo 80) admite la legislación *ejecutiva* únicamente, y como resultado de las malas experiencias tenidas durante el régimen nacionalsocialista, cuando los *Decretos de emergencia* (*Notverordnungen*) abrieron el camino hacia la dictadura – bajo unos requisitos bien restringidos.

25. El consentimiento del *Bundesrat* se requiere según lo prescrito en disposiciones singulares de la Ley Fundamental y generalmente (conforme al art. 84 párr. 1 LF) cada vez, cuando la ejecución de una Ley federal afecte la organización de los autoridades y el procedimiento administrativo en los *Länder*.

26. Para más detalles véanse también la Ley sobre la cooperación entre la Federación y los *Länder* en los asuntos de la Unión Europea (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*) del 12 de marzo de 1993 (BGBl. I p. 313).

con respecto al electorado en el respectivo *Land*) de desatender demasiado los propios intereses económicos y políticos de su región[27].

De todas maneras observamos que la injerencia de los intereses político-partidistas suele llevar a situaciones poco constructivas especialmente en la ya tradicional situación en la que la mayoría política a nivel federal difiera considerablemente de las condiciones de poder en la mayor parte de los Gobiernos regionales (como fue el caso durante la segunda parte de la legislatura bajo el canciller *Helmut Kohl* y que también es así, bajo relaciones políticas inversas, en la actualidad: mayoría socialdemócrata a nivel federal; predominio *conservador* en la mayor parte de los *Länder*). Esto lleva al fenómeno que en Francia se llama *cohabitation*, en la medida en que la mayoría política en el *Bundesrat* se opone a las propuestas legislativas de la Federación con el consiguiente *bloqueo* de la labor del Gobierno federal; una postura especialmente frustrante cuando se trata, como en la actualidad y en vista de la crisis económica que está sufriendo la República alemana, de llevar a cabo debidas reformas por ejemplo en materia de política tributaria, de seguridad social o del Derecho laboral. Recientemente, incluso el Tribunal Constitucional Federal *(Bundesverfassungsgericht)* tuvo que articularse con respecto a semejantes tácticas políticas. Fue en el contexto de la polémica reforma del régimen legislativo sobre la inmigración, cuando el correspondiente proyecto-ley del Gobierno social-demócrata, ya aprobado por el Parlamento federal (*Bundestag*), corrió el riesgo de no encontrar, debido a la divergente mayoría política en el *Bundesrat*, el en este caso necesario consentimiento por esta Cámara alta. El comportamiento equivocado bajo muchos aspectos de algunos delegados en el *Bundesrat*, que pretendían forzar la aprobación en favor de la ley a toda costa, finalmente no provocó (a pesar de algunos temores en la prensa) una *crisis constitucional*, pero sí que llevó a una sentencia del Alto Tribunal que contempló la ilegalidad del procedimiento en cuestión, no obstante el resultado práctico que se debió reabrir el proceso legislativo. De todas maneras, el juicio podía ser interpretado en el sentido de un considerable fortalecimiento de las políticas regionales, y en contra de las maniobras político-partidistas en el *Bundesrat*[28].

Con el fin de limitar la posibilidad de *bloqueo* de la legislación federal por parte de la Cámara Alta se reclaman además, y en interés de poder llevar a cabo los actualmente debidos proyectos para una sostenible restauración del Estado social alemán propias enmiendas constitucionales que visan a una diferenciada ponderación de los votos en el *Bundesrat*[29] o bien a una considerable reducción de la necesidad del consentimiento positivo de aquel órgano de los proyectos-leyes del Parlamento federal.

27. *V.*, en este sentido (el ex-Presidente de la República Federal) *Roman Herzog*, en Isensee/Kirchhof, *op. cit.*, vol. 2, 2a. ed., 1998, § 44 pp. 474 y ss.; habrá que destacar además que especialmente el *Bundesrat* como órgano de los *Gobiernos* de los Estados federados, que determinan libremente sus representantes, no ha sido diseñado según el modelo del Senado en los EE.UU., donde la elección *directa* de los senadores lleva a una preponderancia todavía mayor de la influencia de los partidos políticos.

28. *V.*, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 18 de diciembre de 2002 (2 BvF 1 / 02), publicada bajo www.bverfg.de/entscheidungen; sobre anteriores conflictos políticos en el *Bundesrat* desde una perspectiva jurídico-constitucional: Hans Meyer (ed.,), *Abstimmungskonflikte im Bundesrat im Spiegel der Staatsrechtslehre*, 2003.

29. Generalmente se requiere la mayoría absoluta de los votos (art. 52 párr. 3 LF), con lo cual las abstenciones (p.ej. por parte de los *Länder* con coaliciones mixtas de Gobierno) pueden impedir la toma de decisiones.

III. AJUSTE DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS

La sucesiva debilitación de los Parlamentos regionales se debe, como ya se aludió, sobre todo y a consecuencia del emblemático lema del *Estado federal unitario* al progresivo traslado de cada vez más competencias legislativas al nivel de la Federación.

1. Progresos ya alcanzados

Entre los intentos jurídico-políticos hacia una considerable revivificación de las fuerzas legislativas propiamente regionales destacan dos enmiendas constitucionales, ya realizadas en el curso del proceso de refundición del Derecho constitucional alemán tras las reunificación alemana[30]. Conciernen las técnicas del reparto de competencias legislativas en lo referente a la legislación *concurrente* y la legislación *marco*: En este contexto es decisivo el ya citado artículo 72 LF que ha sido complementado por el reforzado concepto de la *necesidad* de una ley federal, todo en el sentido de la debida *proporcionalidad* de una regulación a nivel nacional. Se añadió además un tercer párrafo con un *derecho de readquisición*. Así, se podrá determinar "por ley federal que una regulación legislativa federal que *ya no es necesaria* será reemplazada por la legislación de los *Länder*"[31].

Se ha criticado frente a estas enmiendas que no iban a cambiar demasiado la tradicional preponderancia de la legislación federal, ya que el *derecho de readquisición* requiere en todo caso una anterior ley del *Bundestag* y que existe el riesgo de un Derecho federal *parcial*, cuando sólo unos pocos *Länder* deciden hacer uso de la *readquisición* de su capacidad legislativa mientras que en los demás Estados federados sigue en vigor la legislación de la Federación[32].

No obstante, una reciente sentencia del Tribunal constitucional federal demuestra ya los primeros síntomas hacia un cuidadoso giro de la anterior jurisdicción en favor del legislador federal: Con ocasión del reparto de las competencias legislativas sobre los servicios de asistencia a los ancianos, el Tribunal desarrolló unos criterios considerablemente agudizados en lo que se refiere precisamente a la *necesidad* de la legislación *concurrente* o *marco* por parte de la Federación. Se recortó especialmente el hasta ahora sostenido amplio margen de apreciación del legislador federal al hacer uso de sus títulos de competencia, con lo cual la iniciativa legislativa del *Bund* se encontrará en el futuro bajo un mayor control judicial. Además, una regulación legislativa federal únicamente se debe, según sigue la sentencia, contemplar como *necesaria* cuando exista un "interés *especial* en lo referido a la integración en el Estado federal" (*besonderes bundesstaatliches Integrationsinteresse)*. El mero interés en una regulación *unitaria* a nivel nacional

30. Por ley federal del 27-10-1994 (BGBl. I p. 3146) responden a una *recomendación* de los Gobiernos de las anteriores dos Repúblicas alemanas frente a los poderes legislativos de la Alemania reunificada de examinar las dudas acerca de la interpretación y posibles modificaciones y refundiciones de la Ley Fundamental, y esto especialmente en lo que se refiere, "a las relaciones entre la Federación y los Estados federados" (según el artículo 5 del Tratado sobre la Unidad Alemana -*Vertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands*- del 31 de agosto de 1990).

31. Regulaciones acerca de la legislación federal ya existente con anterioridad a la enmienda contiene el nuevo artículo 125a LF.

32. *V.*, p.ej. STETTNER, R., en Dreier (ed.,), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 72 nº 30, con más referencias. De hecho, hasta ahora no se ha hecho uso de las nuevas posibilidades para referderalizar competencias legislativas, como las establecen los artículos 72 párr. 3 y 125a LF.

entonces ya no es suficiente; más bien hay que requerir que la diversidad de las regulaciones a nivel de los *Länder* lleve consigo *considerables desventajas* o *desventajas severas* que embarazan de ninguna manera aceptable el *conjunto social del Estado federal* o la *función de la economía nacional de la República Federal*[33]. Semejantes consideraciones del juez constitucional pueden sin duda contribuir a convertir el antiguo esquema de la legislación *concurrente* o *marco* de una regla en favor del Estado *unitario* en un régimen nuevamente *subsidiario,* en el cual sólo excepcionalmente se da la competencia legislativa de la Federación, con el fin de asegurar una mayor variedad, flexibilidad y también competitividad de las resoluciones políticas desarrolladas a nivel de los *Länder*.

2. Cláusulas de experimentación y legislación básica

Otro instrumento para fortalecer la labor legislativa de los Estados federados, del que se hace uso con cada vez mayor frecuencia, lo constituyen las llamadas *cláusulas de apertura* o *de experimentación* (*Öffnungs, Experimentierklauseln*): Cuando la Federación regula de manera legítima y exhaustiva una determinada materia, les puede permitir a los *Länder* desviarse, dentro de un margen detallado, de lo prescrito en la ley federal con el fin de desarrollar o bien de experimentar propias resoluciones políticas. Como ejemplo se puede aludir a la actualmente discutida flexibilización de la retribución de los funcionarios públicos, hasta ahora regulada, y también en lo referente a los funcionarios de los *Länder,* exaustivamente por ley federal. Un mecanismo similiar se da con la nueva potestad de los legisladores regionales, realizada en el curso de la reforma del régimen universitario en el verano del 2002, de diseñar, según sus propios criterios de mérito y/o de rendimiento y dentro del margen establecido por ley federal, el sueldo de los profesores y catedráticos en los centros universitarios de cada *Land*[34].

Más generalmente se está pensando además -y al lado de una masiva retransferencia de competencias legislativas a los *Länder*- en la creación, otra vez mediante enmienda constitucional, de un nuevo título de la competencia legislativa en forma de la *legislación básica* (*Grundlagengesetzgebung*). Muy similar al correspondiente instrumento según los artículos 82 párr. 4 y 83 de la Constitución española[35] se deberá permitir a la Federación legislar sólo sobre los objetivos generales así como sobre el posible alcance de la posterior legislación de los *Länder,* postulando además los principios y criterios básicos de la materia en cuestión. La ventaja de una *ley de las bases* sería otra vez y comparada especialmente con la legislación *de marco,* que lleva a un fuerte entrelazamiento entre la política del *Bund* y los *Länder,* un considerablemente alargado margen de experimentación y de flexibilidad para llevar a cabo opciones individuales y conforme a las condiciones y necesidades específícas en cada *Land*[36].

33. *V.,* la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* del 24 de octubre de 2002, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2003, pp. 41 y ss, así como el primer comentario al respecto de JOCHUM, H. *ibid.,* pp. 28 y ss.

34. *V.,* la Ley sobre la reforma de la retribución de los profesores (*Gesetz zur Reform der Professorenbesoldung)* del 16 de febrero de 2002 (BGBl. 2002 I pp. 686 y ss.).

35. Y también a la *Directiva* en el Derecho europeo, *Cf.,* artículo 249 párr. 3 del Tratado sobre la Comunidad Europea.

36. Más detalladamente al respecto: *Informe de la Comisión Política constitucional y capacidad de gobernar* de la Fundación Bertelsmann, *op. cit.,* pp. 20 y ss.

3. Reajuste de las competencias ejecutivas de los *Länder*

Al contrario de lo que sucede en el campo de las competencias legislativas, la propia ejecución de las leyes federales sigue siendo, conforme a las respectivas normas constitucionales (arts. 83 y ss. LF), en su mayor parte un asunto propio de los *Länder*, con lo cual los Estados federados deben decidir en un principio libremente sobre el procedimiento y la organización administrativa. Aquel concepto del *federalismo ejecutivo* se ve, sin embargo, también y por su parte menoscabo por las actuales tendencias centralistas. Baste señalar aquí la ya (II 2 b) mencionada superposición de la política ejecutiva de los *Länder* por la creciente labor reglamentaria del Gobierno federal, con un alcance significativo en el campo por ejemplo del Derecho medioambiental[37] y especialmente cuando se trata de la transformación de Directivas europeas en el Derecho nacional[38]. Otro motivo para debilitar el poder ejecutivo de los *Länder* lo constituyen los procesos de liberalización y privatización de los antiguos servicios públicos, como es de observar en el campo del suministro energético: En la medida que este sector se ve dominado cada vez más por el Derecho (civil) de la *competencia*[39], desaparece la influencia directiva por parte de la Administración ministerial en cada *Land*, que hasta entonces era competente para la ejecución del antiguo Derecho (administrativo) de la energía. En su lugar actúa entonces, también porque los conflictos entre las empresas en el mercado energético liberalizado superan regularmente el territorio de un sólo *Land*, la Oficina *Federal* para la Defensa de la Competencia (*Bundeskartellamt*)[40].

Para hacer frente a estas nuevas tendencias centralizadoras se recomienda nuevamente la compensación por una intensificada *cooperación* entre la Federación y los *Länder*, especialmente mediante una mayor consideración de los intereses regionales y locales en la toma de decisión de las nuevas administraciones regulativas a nivel nacional. Habrá que añadir, por otra parte, que el proceso de la liberalización también ha llevado a fuertes re-federalizaciones, como en el campo de transporte público de cercanía (*Öffentlicher Personennahverkehr*) que se vio, en el curso de la reforma del anteriormente centralizado régimen ferroviario (*Bahnreform*) en Alemania, trasladado, si bien flanqueado por masivas garantías financieras por parte de la Federación, a la exclusiva responsabilidad de los Estados federados[41].

---

37. Acerca de los problemas del reparto de competencias legislativas y ejecutivas en materias del medio ambiente más recientemente: PEINE, F.J., "Probleme der Umweltschutzgesetzgebung im Bundesstaat" en *Natur und Recht* (NuR) 2001, pp. 421 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, H., *Immissionsschutzrecht als Feld bundesstaatlichen Wettbewerbs?*, NuR 2002, pp. 1 y ss.; más generalmente: KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, 2a ed., 1998, pp. 147 y ss.

38. Por otro lado hay que considerar que la obligación de transformación se dirige exclusivamente a los Estados Miembros. Así, la Federación se puede ver enfrentada a sanciones por el incumplimiento o mal cumplimiento de esta obligación mientras que la corrección de los fallos compete, debido al reparto de las competencias legislativas y ejecutivas, a los *Länder*. Sobre los mecanismos de reacción por parte del *Bund* en este contexto véase FISAHN, A., "Probleme der Umsetzung von EU-Richtlinien im Bundesstaat" en *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2002, pp. 239 y ss.

39. Sobre todo en lo referente al acceso de terceros a las redes de suministro de gas y de electricidad (*Third Party Access)* así como al demás control de posibles abusos de posiciones dominantes en el mercado y de las fusiones entre grandes operadores.

40. *V.*, en este contexto MÖSCHEL,W., "Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden", en: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2002*, pp. 683 y ss., HERMES, G., "Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR)*, 2002, pp. 433 y ss.

41. Más detalladamente: PIELOW, J.Ch., "El transporte en Alemania en el contexto de la Unión Europea" en *Noticias de la Unión Europea*, nº 206, 2003, pp. 93 y ss. Semejantes medidas se están discutiendo en el sector de las telecomunicaciones, en lo que se refiere a la responsabilidad para asegurar los llamados *servicios universales*.

Finalmente, la problemática de una mayor influencia de la Federación en la labor ejecutiva de los *Länder* se da también en un sentido inverso, es decir: en la sucesiva y creciente transferencia por parte de la Federación de nuevas tareas *obligatorias* de la prestación administrativa como pueden ser los servicios de ayuda social o bien obligaciones para crear y mantener guarderías infantiles y otras infraestructuras públicas. Es sobre todo el escalón inferior de la Administración de los *Länder*, el nivel de las corporaciones locales, el que sufre considerablemente bajo estos fenómenos. Dado que la mayor parte de las prestaciones administrativas se llevan a cabo por los municipios y comarcas y que las transferencias de prestaciones obligatorias se realiza frecuentemente sin ninguna compensación financiera, resulta que muchas corporaciones locales están luchando ya con unos presupuestos crónicamente deficitarios que lógicamente disminuye considerablemente el margen operativo para llevar a cabo los propios asuntos de la autonomía local (por ejemplo, el mantenimiento de las instalaciones escolares, de cultura o de deporte). Esto provoca vehementes debates sobre una sostenible reforma del régimen de financiación de los entes locales, con lo cual llegamos finalmente a la bajo muchos aspectos problemática cuestión de

IV. LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE ESTADO Y ESTADOS FEDERADOS

Como es fácil de constatar, la discusión sobre la modernización del federalismo alemán culmina en las cuestiones del reparto de los remedios financieros entre la Federación y los *Länder* así como entre estos últimos. Para terminar este *tour d'horizon* quisiera poner de manifiesto sólo los ejes principales de los debates actuales[42], por lo cual habrá que diferenciar entre las ayudas unilaterales por parte de la Federación (1) y la propia compensación financiera entre el *Bund* y los *Länder* así como entre estos últimos (2).

1. Las polémicas asignaciones unilaterales por parte de la Federación

Al contrario de lo que sucede en el caso del antes expuesto traslado (sin ninguna compensación financiera) de unas prestaciones administrativas obligatorias a los *Länder* y sus corporaciones locales, la Federación, mejor: el Gobierno federal suele llevar a cabo determinados asuntos públicos ya tradicionalmente a través de específicas ayudas financieras a los Estados federados. Estamos de nuevo ante un mecanismo que provoca cada vez mayores polémicas, dada la inherente quiebra del propio principio constitucional de la *conexidad* entre las competencias administrativas y financieras (*Konnexitätsprinzip*) y, una vez más, el riesgo de la pérdida de la auto-responsabilidad de los Estados federados:

Según el artículo 104 a párr. 1 LF, la Federación y los *Länder* asumen "por separado los gastos que resultan del cumplimiento de sus tareas, siempre que la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa". Aquel lema de la conexidad entre competencia administrativa y deber de su financiación sirve para evitar cualquier tipo de la adminis-

42. Con más detalle he descrito las evoluciones actuales recientemente (y en castellano) en Instituto de Derecho Público (ed.,), *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Barcelona 2002, pp. 749 y ss., especialmente pp. 755 y ss.

tración o financiación *mixta* (*Mischverwaltung*); brevemente y en un principio: Los gastos administrativos no se deben pagar por entes que no han motivado los costos (*Verursacherprinzip*). El propio texto constitucional cuenta, sin embargo, con algunas fricciones de esta idea básica: Se trata en primer lugar de las llamadas *tareas comunes* (*Gemeinschaftsaufagben*) según el artículo 91a LF. En base de la respectiva legislación especial, la Federación puede participar en la realización de determinados asuntos administrativos de los *Länder*[43] así como en su financiación "cuando estas tareas fueren importantes para la colectividad y se requiera la participación de la Federación para mejorar las condiciones de vida". En el artículo 104a LF se prevén además aportaciones financieras de la Federación cuando las leyes federales, a ejecutar por los *Länder*, otorguen prestaciones pecuniarias (párr. 3) o "ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los *Länder* siempre que dichas inversiones sean necesarias para contrarrestar una perturbación del equilibrio global de la economía, para compensar las desigualdades de desarrollo económico existentes dentro del territorio federal o para promover el crecimiento económico".

A pesar de que estas normas, resultado de enmiendas constitucionales en el curso de la *gran* reforma financiera en los años 1969 y 1970, ayudaban a poner más racional la antes existente *salvajería* de las múltiples fuentes de financiación y fondos entre el *Bund* y los *Länder*, su gran problemática bajo la perspectiva federalista salta a la vista: En la medida en que la Federación hace uso de aquellas ayudas financieras unilaterales, puede llevar de la rienda (*de oro*) -hasta paralizar- la propia política administrativa de los Estados federados; en lugar de una separación de las competencias administrativas y financieras entre Federación se llega nuevamente al entrelazamiento de las políticas.[44] La multitud de los conceptos jurídicos indeterminados en las previsiones citadas ha contribuido además a que el Tribunal Constitucional Federal ha dejado, también en este contexto, un amplio margen de apreciación en favor del legislador federal, si bien los jueces subrayaron tempranamente, que las ayudas financieras según el artículo 104 a párr. 4 LF "no deben servir para la realización de la política general de la Federación en los *Länder*"[45]. La consiguiente pérdida de autonomía de los *Länder* se ha observado especialmente en el campo de la construcción o ampliación de las instituciones universitarias. Momentáneamente se discuten estos mecanismos sobre todo en lo referido al fomento, por parte del *Bund*, de las guarderías infantiles, pero también de las instituciones culturales en los *Länder*[46]. Se está reclamando, en interés de una verdadera política regional *propia*, el drástico recorte de aquellas maniobras de la financiación *mixta* y la compensación de estos recortes por un reajuste de los ingresos tributarios de los *Länder*.

Llegamos así al segundo pilar de las relaciones financieras entre el *Bund* y los *Länder* que son los

43. Especialmente la creación, ampliación y el mantenimiento de los establecimientos de la enseñanza superior, incluyendo las clínicas universitarias, el fomento de la estructura económica general, así como el fomento de las estructuras agrarias y la protección de las costas.

44. *V.*, también SCHARPF, F. *Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, 1994, pp. 593.

45. BVerfGE 39, 96 (111).

46. *Cf.*, SIEKMANN, H. "Finanzzuweisungen des Bundes an die Länder auf unklarer Kompetenzgrundlage", en: *Die öffentliche Verwaltung 2002*, pp. 629 y ss.; sobre las competencias de la Federación en materias de la cultura (normalmente contempladas como asuntos propios de los *Länder*, *Kulturhoheit*) *V.*, p.ej. MAHRENHOLZ, E.G. "Die Kultur und der Bund", en: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2002*, pp. 857 y ss.

2. Mecanismos de la compensación financiera

El sistema de la compensación financiera en la República Federal alemana, más detalladamente diseñada por los artículos 106 y ss. de la Ley Fundamental, sigue siendo objeto de continuas polémicas, no obstante de si se trata de la compensación *vertical* de las finanzas, que comprende el reparto de los ingresos tributarios entre el Estado y los Estados Federados, o si estamos ante la compensación *horizontal* que sirve fundamentalmente para la equiparación de aquellos ingresos entre los *Länder*. En ambas materias contamos con importantes propuestas de reforma, visando a una mayor independencia político-financiera de los *Länder* así como a una elevada competencia entre ellos, todo esto sin embargo bajo debida consideración de los principios de la solidaridad y de la cooperación en el Estado Federal.

Si bien en el primer contexto el sistema dio resultados satisfactorios, en las últimas décadas se reclama actualmente, en vista de la debida *refederalización* del sistema en su conjunto así como del creciente traslado de tareas ejecutivas a los *Länder* y *sus* corporaciones locales, un reajuste de la financiación tributaria, especialmente en favor de los crónicamente deficitarios presupuestos a nivel de la Administración local. Por lo demás, se postula una mayor *competitividad* entre los Estados federados, pidiendo especialmente mayores márgenes para el diseño de la política tributaria en cada *Land*. En lo referido al sistema de la compensación *horizontal* se pretende llegar al abandono de un concepto equivocado o exagerado de la solidaridad financiera, del cual resultó en el pasado más bien la unitarización de los presupuestos regionales (en lugar de la mera armonización) y sobre todo el ahogo de cualquier iniciativa económica propia en los *Länder* perceptores (*Nehmer-Länder*) que podían cómodamente confiar en recibir abundantes transferencias financieras por parte de los *Länder* con mayor éxito económico (*Geber-Länder*). La necesidad de profundas reformas se dio especialmente en el curso del proceso de la reunificación alemana, debido a las entonces aún mayor discrepancias económicas y presupuestarias entre Estados federados donantes y perceptores.

Sin poder entrar, por falta de espacio, con mayor detalle en estas discusiones, habrá que aludir a un paso decisivo, realizado tras un pleito jurídico-constitucional por parte de los *Länder* económicamente más poderosos, que se quejaron de las obligatorias transferencias en el marco de la compensación financiera horizontal que al fin y al cabo amenazaban incluso su propio éxito económico-financiero. Con el fin de consolidar las relaciones financieras entre el *Bund* y los *Länder* y de evitar, de una vez por todas, las reiteradas polémicas sobre los detalles de aquel sistema, el Tribunal constitucional federal obligó al legislador federal a dictar una ley sobre los principios generales de la compensación financiera, indicando a la vez unos elementos materiales obligatorios, entre ellos, y en síntesis,

1. la creación de *mecanismos incentivos* en favor de la propia iniciativa político-económica de cada *Land*; deben ayudar a evitar la a menudo criticada postura, de que un Estado Federal con poca capacidad financiera confía simplemente en recibir prestaciones adicionales y anuales en el curso de la compensación financiera en lugar de preocuparse por sí mismo de la mejora de los datos económicos;

2. estrechamente vinculado con el primer aspecto, la creación de un *sistema de primas* para aquellos *Länder* (donantes), cuya política económica y presupuestaria alcanza éxitos superiores al promedio de todos los Estados Federados (para evitar la impresión de que no valen la pena los esfuerzos político-económicos, si al final deben servir para nutrir la compensación financiera en favor de los Estados perceptores);

3. al lado de aquellos nuevos elementos *competitivos*, se mantiene el objetivo del federalismo *cooperativo*, y esto especialmente en favor de la Alemania oriental, de manera que el sistema *solidario* para financiar las ulteriores, y todavía necesarias, obras infraestructurales en los *nuevos Länder* se ve afirmado y prolongado al menos hasta el año 2020[47].

El acto legislativo que debe servir para la auto-vinculación del legislador federal cuando se trata de diseñar con más detalle el régimen de la compensación financiera fue aprobada el día 9 de septiembre de 2001 como "Ley sobre los baremos genéricos para la concretización de la Constitución acerca del reparto de la recaudación del impuesto sobre la venta, la compensación financiera entre los *Länder* y acerca de las asignaciones financieras-complementarias de la Federación"[48]. Se ve flanqueado por la "Ley sobre la continuación del Pacto de Solidaridad, la reorganización de la compensación financiera del Estado Federal y sobre el desarrollo del Fondo 'Unidad Alemana'" (*Solidarpaktfortführungsgesetz*) del 20 de diciembre de 2001[49]. Mientras que la Ley de baremos sirve en primer lugar para la concretización y suplementación de la propia normativa jurídico-constitucional (artículos 104a y ss. de la Ley Fundamental), realizando además los imperativos establecidos por el Tribunal Constitucional, la "Ley sobre la continuación del pacto solidario" esboza un esquema detallado para el reparto de los ingresos tributarios entre la Federación y los Estados Federados así como entre estos últimos, para la compensación financiera (horizontal) entre los *Länder* y para las asignaciones complementarias de la Federación (*Bundesergänzungszuweisungen*).

V. CONCLUSIÓN

Hemos visto que el actual debate sobre la arquitectura del Estado alemán está caracterizado por fuertes tendencias hacia la *refederalización* del antiguo concepto del Estado federal unitario, especialmente a través de un considerable reajuste del reparto de las competencias legislativas y ejecutivas en favor de los *Länder*, de la reestructuración de las instituciones y procedimientos de cooperación (con el fin de evitar demasiados entrelazamientos entre *la política* y los propios intereses regionales) así como mediante una mayor racionalización de las relaciones financieras entre el Estado y los *Länder*, introduciendo además elementos que deben estimular la *competencia* entre los Estados federados.

Sin embargo, los proyectos de reforma realizados hasta ahora se limitan en medidas más bien singulares. En qué medida el sistema federal en su conjunto será sometido a ulteriores cambios sustanciales, por ejemplo en forma de la reorganización territorial de los *Länder* o bien de fundamentales enmiendas constitucionales, depende principalmente de la voluntad política de todos los interesados, que se encuentra ciertamente, en vista del actual estado alarmante de la economía en Alemania y de la debida modernización -eficaz- del *Estado social*, bajo una fuerte presión para actuar.

47. *V.*, la sentencia del Tribunal constitucional federal del 11 de noviembre de 1999, BVerfGE 101, pp. 158 y ss.

48. *Gesetz über verfassungskonkretisierende Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen*, Bundesgesetzblatt (BGBl. = Boletín Oficial de la Federación) I, 2001, pp. 2302.

49. *Gesetz zur Fortführung des Solidarpaktes, zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Abwicklung des Fonds Deutsche Einheit (Solidarpaktfortführungsgesetz, SFG)*, BGBl. I, pp. 3955 y ss.

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS

Gustavo José Linares Benzo
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

De acuerdo con el artículo 4° de la Constitución, Venezuela es un Estado Federal *en los términos consagrados por la Constitución*[1]. La lectura ortodoxa de la norma simétrica de la Constitución de 1961 había entendido, con base incluso en la propia exposición de motivos de ese Texto Fundamental, que el adjetivo era poco más que semántico, hasta el punto que Brewer catalogó al nuestro como *un Estado en forma federal pero con contenido centralista*[2].

Tan desalentadora conclusión exige reexaminar hoy el texto constitucional, a fin de determinar hasta que grado Venezuela es un Estado federal, y sobre esa base, indagar sobre el reparto de competencias legislativas entre el centro y la periferia. Antes, hay que ensayar una definición de Estado Federal. Dejando a un lado las infinitas disquisiciones doctrinales[3], parece pacífico aceptar que un Estado es Federal si conviven en él varias entidades con poderes *políticos.* Por tales deben entenderse, básicamente, la potestad *legislativa*, es decir, la capacidad de dictar actos normativos superiores, directamente ordenados a la Constitución y eficaces sin necesidad de homologación de otra autoridad. La potestad legislativa, como se entiende inmediatamente, es el requisito esencial para poder estructurar políticas propias con la máxima amplitud. Esta pluralidad de centros políticos es, en mi opinión, el núcleo de lo federal y lo que hace imprescindible acudir al bagaje doctrinal necesario para resolver los conflictos que se producen en esta convivencia. Los demás datos que la doctrina ofrece (pacto federal como origen del Estado, cámara federal en el Congreso) son más decorativos que otra cosa y, sobre todo, no plantean los problemas jurídicos que se resuelven con ese *ius cogens* federal al que pretendemos apelar con este trabajo y que quedó perfilado en la breve panorámica de derecho comparado inicial.

Que un Estado sea federal en tanto coexistan en él entes de sustancia política -*id est,* capaces de legislar- permite concluir desde luego *que Venezuela lo es en la plena acepción de la palabra.* En efecto, la potestad legislativa es concedida por la Constitución al Poder Nacional (art. 156, ordinal 13), a los Estados (art. 162, ordinal 2°) e incluso a los Municipios, desde la autonomía política que se les concede (art. 168)[4]. Es indiscutible la capacidad de dictar leyes del Poder Nacional, atribuida a la Asamblea Nacional expresamente (art. 187, ord. 1°), y también lo es una competencia simétrica de los Conse-

---

1. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*. Caracas 2000, pp. 124-130. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, Caracas 2000, pp. 79 y ss.
2. BREWER-CARÍAS, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venzolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, p. 597.
3. *Idem.*
4. Expresamente la Corte Suprema ha establecido que las ordenanzas municipales son "leyes locales" (*Cf.,* Sent. de la CFC de 14-11-43 en *G.F.* N° 2, la etapa, pp. 174-5).

jos Legislativos (art. 162, ord. 1°). Tales leyes son supremas dentro de su rango de competencia, como se verá, lo que significa que no requieren de homologación por ninguna otra autoridad, entre ellas el Poder Nacional. Además, el ámbito de eficacia de las leyes estadales es pleno: alcanza a todos los habitantes y a todo el territorio de la respectiva circunscripción. Y, en fin, las relaciones entre las leyes nacionales y las estadales *nunca es de jerarquía* -es decir, no se derogan unas a otras- sino de competencia, lo que se verá más en detalle y es el modo clásico de resolución de conflictos en los federalismos comparados.

La existencia en Venezuela de varias entidades con potestades legislativas es así la confirmación de que se trata de un Estado Federal *tout court*. La idea doctrinal de que esa sustancia federal es mera forma que encubre una realidad centralizada se basa en un dato menos decisivo, aunque políticamente muy importante: el progresivo vaciamiento de la competencias estadales en aras del Poder Nacional, lo que ha implicado paralelamente la sustracción de los objetos sobre los que podían ejercerse las potestades legislativas de los respectivos Consejos. Pero esa mengua de sectores regulables es meramente *cuantitativa: la calidad* de los poderes legislativos se ha mantenido incólume a lo largo de nuestra historia constitucional, permaneciendo tales sin duda alguna. Aunque la disminución ha sido notable, los Estados conservan poderes políticos y por lo tanto sigue siendo útil la indagación por las relaciones entre la legislación nacional y la estadal porque, como se vió, ambas son verdaderas leyes y ello hace inútil la sencilla regla de la jerarquía.

Además, y como ya comenzó a intentar Brewer[5] la subsistencia de potestades legislativas en los Estados permite hallar objetos hasta ahora inimaginados para ejercerlas, sobre la base de la cláusula residual estadal que se mantiene en nuestro sistema, además de las cláusulas de descentralización del artículo 157 y de la ausencia de una lista exclusiva de poderes nacionales. Esa tarea se intentará de seguidas.

I. RELACIÓN PRIMARIA ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTADALES

La clave para entender el principio federal es la *separación* inicial de las entidades federales y la Federación, como principio general. Esa *separación* es el elemento fundamental de la autonomía, que expresamente es reconocida a los Estados en el artículo 159C. Desde el punto de vista jurídico, la autonomía de los Estados como entidades políticas se resuelve *en un propio sistema de fuentes del Derecho*, de modo que será la norma originada de esas fuentes y no de otras la que regulará los objetos competencia de los Estados. Como ya se vió, en su ámbito la norma estadal es suprema, y excluye cualesquiera otras que pretendan esa superioridad.

Por ello, la relación básica entre las leyes y demás normas nacionales y la normativa estadal no es de jerarquía. Si así lo fuera, la norma de mayor rango derogaría a la de menor y, en el entendido de que la jerarquía superior correspondiese a la norma nacional, su aparición sencillamente derogaría a la estadal. El principio que gobierna las relaciones entre ambas categorías de leyes es el de competencia. La Constitución reparte los objetos sobre los cuales puede recaer la potestad legislativa entre el Poder Nacional y

5. *Op. cit.*, pp. 632. y ss.

los Estados; determinados esos objetos y atribuidos bien al centro o bien a las regiones, la norma emanada del nivel competente es máxima y tiene garantizado por la Constitución su ámbito de autonomía. De allí que el principal problema federal en este aspecto es la delimitación de áreas de competencia de cada uno de los niveles. La delimitación en lo que toca a la potestad legislativa es lo que se analizará de seguidas.

Efectivamente, cada nivel tiene atribuido en la Constitución una esfera propia de materias sobre la que ejerce su competencia. El Poder Nacional se ve habilitado para actuar sobre la larga lista de materias del artículo 156, materias sobre la cual puede legislar de acuerdo con el ordinal 13 de ese mismo artículo. Por su parte, las competencias exclusivas estadales se listan en el artículo 164, sobre la cual la posibilidad de legislar se encuentra expresamente atribuida a los Consejos Legislativos. La separación inicial se aprecia así nítidamente: sobre lo nacional los Estados no pueden pretender títulos para actuar ni, recíprocamente, el Poder Nacional puede ingresar válidamente en la esfera de los Estados. No hay ninguna relación de jerarquía entre una y otra normativa: la nacional que penetre en el sector estadal será nula y viceversa.

Sin embargo, la explicación entera del sistema de relaciones entre ambos niveles se complica notablemente con las interferencias positivas y no de mera separación que articula de seguidas la Constitución. En otras palabras, el principio de separación no es el único que gobierna estas relaciones, pues si así fuera sería cierto la ausencia prácticamente absoluta de materias sobre las que legislar de los Estados. Obran en nuestra Federación relaciones mutuas entre ambos niveles, expresas previsiones sobre las competencias residuales y sobre la naturaleza nacional de los asuntos y mecanismos de delegación de competencia que deben analizarse para comprender a cabalidad el sistema federal venezolano.

II. LA COMPETENCIA RESIDUAL EN EL MODELO FEDERAL VENEZOLANO

El artículo 164 de la Constitución declara:

> Es de la competencia exclusiva de cada Estado:
>
> 11. Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal.

La Constitución recoge la típica cláusula residual en favor de los Estados, común a casi todos los federalismos. La poca atención prestada a esta previsión por nuestros constitucionalistas se debe sin duda a la marcada tendencia centralizadora del sistema político hasta fecha reciente, pero en un entorno más federalizante su estudio puede contribuir a perfilar la verdadera sustancia del sistema venezolano, mucho más federal de lo que parece en la práctica.

La cláusula residual implica, en primer lugar, que todo lo que no corresponda al Poder Nacional o a los municipios es de la competencia estadal. Esta es la afirmación textual de la norma, y es su primer significado: listados los poderes nacionales y municipales, todo lo que no se registre en esos catálogos es estadal. Hasta aquí ha llegado nuestra doctrina.

Pero hay más. Que la competencia residual sea de los Estados exige, al contrario, *que todas las competencias nacionales y municipales estén previstas en la Constitución*. Sin

habilitación constitucional el Poder Nacional y los Municipios no tienen poderes. Ante esta afirmación derivada de la cláusula residual cabe una indagación posterior: ¿tiene que ser expresa esa habilitación? La pregunta es muy semejante a la que resolvió *Mc Culloch* con la teoría de los poderes implícitos. Desde que es necesario un título constitucional para apoderar al Poder Nacional o a los Municipios, y a fin de desmontar la presunción de competencia estadal que se deriva de la cláusula residual, ¿ese título tiene que ser expreso o puede descubrirse por vías de interpretación constitucional? En otros sistemas han dado las respuestas de *Mc Culloch*: la existencia de poderes implícitos, aquellos necesarios para ejercer las potestades explícitamente concedidas por el texto; y del Tribunal Constitucional alemán, sobre la base de la naturaleza de las cosas, la conexión objetiva y las competencias anejas. Aunque más adelante se analizará nuestra cláusula de la naturaleza nacional de las materias (art. 156 ord. 33 de la Constitución), el problema de si los poderes nacionales o municipales tienen que estar expresos en la Constitución debe resolverse igualmente. Y es precisamente la existencia de la cláusula de la naturaleza nacional de los asuntos la clave para ello. Como se verá, esta disposición permite integrar coherentemente los poderes federales en Venezuela, atribuyendo al Poder Nacional los complementos necesarios para ejecutar las potestades expresamente conferidas y aquellos otros necesariamente federales en un Estado moderno. La consagración de esa cláusula -que no tiene paralelo en los modelos alemán y norteamericano- hace innecesarias en nuestro sistema las tesis de los poderes implícitos o las técnicas alemanas de expansión de las competencias federales.

Por lo tanto, la habilitación competencial del Poder Nacional o de los Municipios *debe ser expresa* en la Constitución si quiere superarse la presunción de titularidad estadal que establece la cláusula residual del artículo 164, ord. 11 de la Constitución. Ello es consecuencia del mismo juego de esa cláusula, pues sencillamente se vaciaría de contenido si frente a ella pudiera construirse competencias implícitas; construcción que de hecho ha representado una verdadera centralización en otros sistemas. Además, la doctrina tradicional siempre ha entendido que las competencias deben ser expresas, y al imperio de ese principio no escapan tampoco las constitucionales.

III. AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD EXPRESA EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIONALES

Otra característica muy propia del sistema federal venezolano es que en ninguna parte del texto constitucional se califican de exclusivas las competencias nacionales: el artículo 156C jamás usa esa palabra. En esto se diferencia el sistema del alemán, cuyo artículo 73 califica de exclusivas las competencias de la Federación.

La existencia de una exclusividad expresa en las competencias federales simplifica notablemente la interpretación de un texto constitucional, pues en ellas no cabrá ninguna intervención estadal desde que se consagran con esa calidad. En cambio, que falte esa calificación exige, en primer lugar, determinar si puede llegarse a ella por la vía de la interpretación y, en caso negativo, establecer si los Estados podrían intervenir en aquello que no fuera nacional de esas materias.

Un análisis del artículo 156 abona la tesis de que esas competencias no necesariamente son de la exclusiva reserva nacional, al punto de que se enumeran allí materias sobre las que indudablemente los Estados tiene competencia. Así, la conservación y fomento

de la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal (ord. 25) y las políticas sobre vivienda (ord. 23), además de lo relativo al transporte (ord. 26) sobre el cual no hay duda de que los Municipios tienen atribuciones. En efecto, de acuerdo con la tesis de las competencias concurrentes que se expondrá más adelante, los Estados tienen atribuciones sobre el fomento de la producción, en general (arts. 299 y 112) y sobre la vivienda cómoda e higiénica con servicios básicos esenciales (art. 182, primera parte). Por tanto, y por este solo hecho, puede concluirse que no todas las materias del artículo 156 son exclusivamente federales, lo que exige su interpretación para determinar si esa exclusividad existe en algún caso. Por lo pronto, en los casos en que pueda demostrarse que alguna competencia no es exclusiva, los Estados estarán habilitados a actuar en ella en virtud de la cláusula residual, pues existirán sectores de esa materia que no serían competencia nacional al no haber exclusividad.

Las anteriores reflexiones permiten concluir que la inclusión de una materia en la lista del artículo 156, si bien apodera al Poder Nacional de competencia sobre ella, no implica necesariamente la extinción de los poderes que le corresponderían a los Estados en virtud de la cláusula residual. Tal conclusión exige por tanto un delicado ejercicio de interpretación del artículo 156, para determinar en primer lugar aquellas competencias nacionales exclusivas que allí se prevén y luego para establecer el grado de intervención de los Estados en las competencias que no presentaran la exclusividad, en virtud de los poderes residuales y demás títulos competenciales de los Estados.

IV. LA CLÁUSULA DE LA NATURALEZA NACIONAL DE LAS MATERIAS COMO TÍTULO COMPETENCIAL FEDERAL

Todo el panorama anterior del reparto competencial entre el Poder Nacional y los Estados -la cláusula residual y la no exclusividad expresa de las competencias nacionales- se termina de presentar con lo expresado en el artículo 156, ordinal 33, de la Constitución:

> Es de la competencia del Poder Nacional:
>
> 33° Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional *o que le corresponda por su índole o naturaleza.*

La Constitución termina de construir el sistema de repartición de competencias con una cláusula general que amplía sustancialmente las atribuciones del sector central. Como se ve, es una disposición que viene a cumplir un papel semejante a la cláusula de necesidad alemana, concentrando a nivel nacional las principales competencias del Estado moderno y siendo la base de una centralización que parece ser la tendencia moderna en materia de reparto de competencias en el Estado Federal[6].

La cláusula de la naturaleza nacional de las materias ha tenido una gran fecundidad. Normalmente se ha empleado implícitamente, pues, hasta donde sé, el Congreso nunca ha expresado al legislar materias no expresamente atribuidas al Poder Nacional que lo hace en virtud de su naturaleza nacional. Así, el Congreso de la República nacionalizó la recolección de basura en el Distrito Federal, creando mediante ley al Instituto Muni-

6. Sobre el estado actual de la teoría federal y las competencias del Estado moderno, *Cf.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La revisión del sistema de Autonomías Territoriales: reforma de los Estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo,* Editorial Civitas, Madrid 1988, pássim.

cipal de Aseo Urbano[7] desde que esa era una competencia indudablemente municipal; asignó al Poder Nacional la competencia principal en materia de ambiente con la Ley Orgánica de la materia (LOAm)[8], a pesar de que esa es una materia no está atribuida a ningún sector en la Constitución por lo que en virtud de la cláusula residual correspondía a los Estados; y así muchos otros casos.

Sin embargo, y como se aprecia palmariamente del caso de la LOAM, la existencia de la cláusula de la naturaleza nacional de la materia plantea *eo ipso* el problema de su integración con la cláusula residual. En efecto, la cláusula del artículo 156,33 sólo tiene cabida cuando la materia que pretende atribuirse al Poder Nacional por su índole o naturaleza *no le está expresamente asignada por la Constitución;* de lo contrario sería inútil recurrir a esa disposición pues bastaría señalar la competencia constitucional expresa que distribuye la materia al sector central. Pero recíprocamente, la ausencia de asignación expresa de una competencia al Poder Nacional o a los Municipios es el supuesto de operación de la cláusula residual: si una materia no está expresamente atribuida a uno de estos dos niveles, el artículo 164, 11° de la Constitución lo envía a la esfera estadal de atribuciones. Por lo tanto, se trata de dos cláusulas -la residual y la de la naturaleza nacional de las materias- que actúan sobre supuestos semejantes: la aplicación de una necesariamente implica la exclusión de otra ¿Cuál debe prevalecer?

El problema debe resolverse determinando que una de las dos cláusulas sea el principio general y la otra la excepción, de modo que en igualdad de circunstancias una sea prevalente y sólo en determinados casos la otra pueda entrar en acción. En mi opinión, *la cláusula residual tiene que ser necesariamente la prevalente,* pues de lo contrario la residualidad de las atribuciones estadales dejaría de existir. Si una materia no atribuida en la Constitución al Poder Nacional o a los Municipios en principio estaría atribuida a aquél en virtud del artículo 156, 33°, sencillamente la declaración del poder residual de los Estados del artículo 164, 11° sería ineficaz: todo lo no previsto sería nacional, no estadal. Para que se respeten la letra y el espíritu de la Constitución es imprescindible concluir que el principio general es el poder residual estadal y la cláusula de la naturaleza nacional de la materia sólo puede invocarse como excepción y en determinadas circunstancias.

Se presenta entonces una cuestión ulterior: la determinación de los casos en que una materia es de naturaleza nacional. Como se ha dicho, que el Congreso haya empleado esa posibilidad sólo se conoce *ex post facto,* y nunca ha elaborado razonamiento alguno que permita indagar sobre el punto. Tampoco la doctrina nacional la ha explorado. Queda, por tanto, el recurso al derecho comparado. Y, como se vió en la primera parte de este trabajo, allí sí hay normas y doctrinas sobre el punto, desde la teoría de los poderes implícitos de *Mc Culloch* hasta la normativa alemana de la necesidad de la legislación concurrente federal. Recurriendo a esos tópicos es posible hilvanar una teoría sobre cuándo puede emplearse la cláusula de la naturaleza nacional de las materias.

En ese intento, debe comenzar por afirmarse que los supuestos en que una materia sea de tal índole que deba corresponde al Poder Nacional son de tres categorías. En primer lugar, y sobre la herencia de *Mc Culloch*, aquellas materias que deben regularse necesariamente para que sea eficaz la regulación de otras que expresamente la Constitución otorga al Poder Nacional. Así, y tal como se dijo anteriormente, el artículo 156 de la Constitución es la base en Venezuela de una teoría de poderes implícitos, -o de las

7. Ley de Nacionalización y Coordinación de los Servicios de Recolección y Tratamiento para Residuos, Desechos y Desperdicios en el Area Metropolitana de Caracas de 17-08-76 en *G.O.* 31.047 de 17-8-76.

8. Ley Orgánica del Ambiente de 15-6-76 en *G.O.* N° 31.004 de 16-6-76.

competencias anejas-, en términos alemanes. No es este el lugar para desarrollarla, aún cuando el material a examinar es muy escaso, ante el poco interés práctico que tenía esa cláusula en un escenario político máximamente centralizado, como era el venezolano hasta 1989.

El segundo grupo de supuestos en que puede invocarse la naturaleza nacional de los asuntos es aquel relativo a las materias que escapan a las posibilidades estadales de realizar una regulación y control eficaces. Sería el caso que dio base a la nacionali-zación de los servicios de recolección de desperdicios en Caracas.

En tercer lugar, sería una materia de naturaleza nacional aquella que, de ser regulada por una ley estadal, afectaría los intereses de otros estados o de toda la Nación, tal como plantea el artículo 72,2 de la Ley Fundamental de Alemania. Este supuesto viene autorizado además por la adjudicación al Poder Nacional de la tutela de los intereses generales de la República (art. 156, 2°), adjudicación que obraría aquí para autorizar el empleo de la cláusula del 156, 33°. Además, y también como inspiración del 72,2 de la Constitución de Alemania, el principio de la unidad del Estado, muy particularmente en materia de unidad del mercado (garantizada en Venezuela en el artículo 183 de la Constitución, entre otros lugares), sería fuente particularmente feraz de supuestos de materia nacionales por naturaleza.

V. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES

De acuerdo con el profesor Brewer y con el afán expreso de expandir las muy reducidas competencias estadales previstas en la Constitución, cada vez que ésta atribuye potestades al *Estado*, está consagrando facultades a sus tres niveles: Nacional, Estadal y Municipal, y construyendo entonces competencias concurrentes sobre las respectivas materias.

Así, cuando la Constitución en su artículo 75 asigna al *Estado* la protección de la familia, está otorgando competencias en la materia tanto al Poder Nacional como al Estadal y a los Municipios, siendo por ello la protección de la familia materia de competencias *concurrentes* de esos tres niveles.

La tesis del profesor Brewer ha tenido una extraordinaria fortuna, ya que se convirtió, con pocos añadidos, en la lista del artículo 4° LOD. En efecto, puede verse que varios de los dieciocho ordinales de esa norma son un clarísimo reflejo de artículos de la Constitución que otorgan funciones al *Estado*: ordinal 2° (protección de la familia), artículo 75; ordinal 3° (población campesina), artículo 306; ordinal 4° (comunidades indígenas), artículo 119; ordinal 5° (educación), artículos 102 y 103; ordinal 6° (cultura), artículo 99; ordinal 7° (deporte), artículo 111; ordinal 8° (servicios de empleo), artículo 87; ordinal 10 (fomento), artículo 112; ordinal 11º (recursos naturales), artículo 127.

Como se ve, prácticamente todas las materias enumeradas por el artículo 4° son objeto de materias concurrentes según la tesis del profesor Brewer.

Esa tesis, que por demás compartimos, es un modo adecuado de expandir las competencias estadales, muy restringidas por el artículo 164 de la Constitución, y que además puede encontrar base en el empleo de términos distintos cuando la Ley Fundamental se refiere a competencias que sin duda son exclusivas del Poder Nacional, como favorecer la integración latinoamericana, que siendo actuación internacional correspondería exclusi-

vamente al Poder Nacional (artículo 156, 10) allí se usa la expresión *República.* De igual modo, es la *República,* no Estado, la que reconoce el derecho de asilo, la que dirige las Fuerzas Armadas y a la cual pasará la propiedad de las armas de guerra que entren al país, casos todos de competencias exclusivas del Poder Nacional.

El resto de la lista del artículo 4° se refiere a materias concurrentes bien porque esa competencia tiene base expresa en la Constitución -el caso de las obras de interés estadal, por argumento a contrario del artículo 156, y de la salud, artículo 156- o por causa del poder residual de los Estados, en vista de que se trata de materias previstas expresamente en el texto fundamental: ordenación del territorio, protección de los consumidores, investigación científica y defensa civil.

En todo caso, es de suma importancia constatar que todas las materias listadas en el artículo 4º *son concurrentes en virtud de la propia Constitución, y* no por estar incluidas en el artículo 4º LOD. Sólo el texto fundamental puede repartir competencias entre los niveles del Estado, y cualquier reparto indebido efectuado en la ley sería inconstitucional. Así, el artículo 4° LOD, en lo que respecta a declarar como concurrentes una serie de materias, es precisamente eso: *meramente declarativo.*

Ello así, debe resolverse ahora un problema fundamental que plantea la concurrencia: *qué sector de la materia sobre la que recaen competencias concurrentes corresponde al Poder Nacional y qué sector a los Estados.* Evidentemente, no es posible que sobre el mismo objeto recaigan competencias idénticas de distintos poderes públicos, porque ello sólo conduciría a la anarquía: jurídicamente hablando, dos poderes iguales tienen capacidad derogatoria mutua; es decir, lo que uno realice puede ser cancelado por el otro, y así *ad nauseam,* poniendo en peligro la unidad misma del país.

El problema de la delimitación de las competencias concurrentes del Poder Central y de los Estados está muy trabajado en otros sistemas. Sobre toda materia pueden recaer competencias de legislación y competencias de ejecución; las primeras se refieren, obviamente, a la capacidad de dictar actos normativos sobre el objeto de la concurrencia, con rango suficiente -legal- para establecer cargas a los particulares y organizar los entes públicos encargados de gestionarlo. Las competencias de ejecución, administrativas por naturaleza, se refieren a la gestión de la materia.

Así, una clásica repartición de materias concurrentes ha sido dejar al Poder Central -en nuestro caso al Poder Nacional- las competencias de legislación y a los Estados las competencias de ejecución. Es el caso de *los federalismos de ejecución* como el alemán federal, en los cuales el Poder Central prácticamente no tiene funciones ejecutorias y se dedica a legislar y coordinar el funcionamiento del Estado, correspondiendo a los Estados o Regiones la ejecución de toda la legislación, tanto nacional como la que ellos mismos dicten.

Sin embargo, es muy común que sobre la misma materia recaigan competencias concurrentes *de legislación:* tanto el Poder Central como los Estados poseen facultades legislativas sobre la misma materia. Para resolver este conflicto se ha elaborado una hilvanada teoría que tiene como base el par de conceptos *legislación básica y legislación de desarrollo.* Tratándose de materias sobre las cuales varios niveles del Poder Público tienen competencias legislativas, corresponderá al nivel superior, que siempre es el nivel central -el Poder Nacional en nuestro caso- la legislación básica, es decir, la de los extremos fundamentales de la respectiva materia, aquellos en que está involucrado el interés general y que es necesario regular de modo uniforme para asegurar tanto la unidad del Estado como la igualdad de los ciudadanos.

Por su parte, corresponderá a los Estados la legislación de desarrollo de esa legislación básica, poniendo en juego en esa legislación políticas propias, dentro del espacio que necesariamente deben dejar las leyes de base que dicte el Poder Central.

En nuestro sistema esta tesis de la repartición de legislación básica legislación de desarrollo tiene expreso fundamento constitucional, el artículo 165 como se verá. El uso de esa técnica es la solución que el Texto Fundamental da a las competencias concurrentes.

Se cierra así el sistema constitucional de reparto de competencias: separación de sectores; competencia residual de los Estados; no exclusividad, en todos los casos, de las competencias nacionales; cláusula de naturaleza nacional de las materias, frente a la cual prevalece la cláusula residual; competencias concurrentes. Con el juego de estos principios es posible asignar de modo global los sectores a la competencias de los distintos núcleos del Poder Público en Venezuela. Como es evidente, se aplican también a la totalidad de las funciones públicas, incluyendo la legislación. Ahora, indagaré como se reparten, conforme a estos principios, las potestades legislativas.

VI. REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN

Resolver los conflictos entre competencia legislativas sólo es posible recurriendo a los criterios generales esbozados anteriormente. Antes hemos de establecer cuales son las posibles relaciones entre la legislación nacional y la estadal, para determinar cuales son los eventos en que ese conflicto se produce, y apuntar para ello algunas líneas de solución.

Los conflictos de competencia legislativa sólo se producen cuando una misma materia cae bajo títulos competenciales tanto nacionales como estadales. Que un determinado sector sea competencia nacional o estadal se determina comparándolo con la descripción de esos títulos que hace la Constitución, bien expresamente o bien por las cláusulas generales como la residualidad o la naturaleza nacional de las materias[9]. Hecha esta operación de subsunción, puede concluirse que la materia a regular sea inequívoca y *exclusivamente* nacional (Fuerza Armada, p. ej.), o estadal (organización territorial del Estado de que se trate). Debe insistirse que esa certeza de adjudicación nacional o estadal no necesariamente ocurre solo en el caso de que la Constitución lo establezca expresamente: también por la vía de la cláusula residual o de la naturaleza nacional de las materias es posible arribar a que la materia es de la exclusiva competencia de un nivel. Allí, obviamente, no habrá ningún conflicto y el ente político competente tiene absoluta libertad de regular la materia, dentro de la Constitución.

Pero la subsunción puede resolverse también en que ambos niveles, el Poder Nacional y los Estados, tengan competencia sobre el sector a regular: es el caso de la concurrencia de competencias. Como ya se dijo, la concurrencia se produce cuando sobre una misma materia inciden competencias de más de un sector del Poder Público. Cuando esa concurrencia se produce en el campo de la *legislación*, es imprescindible arbitrar un

9. La subsunción de una determinada materia en alguno de los títulos competenciales es particularmente compleja, ya que en la mayoría de los casos el deslinde no es claro y varios títulos tienen relación con la materia de que se trata. Sobre el problema en España, *Cf.*, AJA, Eliseo y otros. *Manual de Jurisprudencia Constitucional*. Editorial Civitas, Madrid 1980, pp. 482-493.

sistema de reparto que deslinde ambas potestades claramente, porque el carácter supremo de la ley hace imposible que entes distintos legislen sobre la misma materia: las disposiciones emanadas de uno y otro se derogarían mutuamente, produciéndose una anarquía que el sistema jurídico no puede permitir y haciendo que en realidad ninguna de las dos potestades sea suprema. No cabe, pues, la concurrencia de potestades legislativas sobre el mismo objeto.

Para resolver este conflicto el Derecho comparado arbitra dos soluciones distintas. Una es el desplazamiento, de acuerdo con el cual la legislación federal priva sobre la estadal cuando hay concurrencia, derogándola o sustituyéndola, según se acoja o no la teoría de la preempción, cosa que veremos más adelante. De ese modo, nunca habría conflicto: apenas se dicte la legislación nacional en una materia concurrente regulada hasta entonces por normas estadales, éstas se ven desplazadas y el estado pierde la competencia para dictarlas en adelante y todo el sector se ve regido por las disposiciones nacionales.

La otra solución es la técnica de las leyes de base y de desarrollo, ya sintetizada más arriba: la regulación de los aspectos esenciales, tocantes al interés general, básicos, en una palabra, del sector corresponde a la Federación; y los estados desarrollan esas bases de acuerdo con políticas propias.

La Constitución de 1999 recurre a la técnica de las leyes de base y leyes de desarrollo (art. 165) a diferencia de la Constitución de 1961, la cual recurría a ambas técnicas y ante el silencio de la Constitución en caso de concurrencias legislativas, se recurría a la técnica de leyes de base y leyes de desarrollo. Pues bien, a tenor del artículo 165, esta problemática ha sido solucionada al establecer expresamente:

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

Así la interrogante que antes se planteaba bajo la Constitución de 1961 ha sido superada por el contenido del artículo 165.

VII. LEYES DE BASE Y LEYES DE DESARROLLO

Dedicaremos a continuación, el análisis a esta técnica, ya que del artículo 156 se pueden deducir ciertos supuestos de conflictos de poderes legislativos que podrían resolverse con la técnica de las leyes de base y leyes de desarrollo. En efecto, el ordinal 19 reserva al Poder Nacional

> ...el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística,

materia en la cual no hay duda alguna de la existencia de competencias municipales legislativas (art. 178, ord. 1°), por lo que cabe pensar que esas *normas* urbanísticas tienen que ser básicas para que quede espacio para la correspondiente regulación municipal.

De igual modo,

> Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud (art. 156, ord. 24),

corresponden al Poder Nacional, y la atención de la educación y la salud es una competencia concurrente para éste y los Estados a tenor de los artículos 102 y 84 de la Constitución. Por iguales razones, cabría aquí entender que esas políticas nacionales tienen que ser básicas para que puedan coexistir con las estadales.

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

No existe en nuestro medio, hasta ahora, ningún ejemplo práctico en que se haya empleado esta técnica. Las características profundamente centralizadas de nuestro sistema político hicieron inviable legislación estadal en materias concurrentes. Desde 1989, en cambio, las Asambleas Legislativas comenzaron a producir normativa y se hace necesario perfilar los modos de articularla con la legislación nacional. Por estas razones, es necesario acudir al Derecho comparado para ello.

Siguiendo a García de Enterría[10], la esencia de la concurrencia normativa en lo básico y en el desarrollo se articula sobre cinco nociones básicas:

1° Corresponde a la normativa básica el establecimiento de la política nacional del sector, en tutela del interés general que corresponde al Poder Nacional de acuerdo con el artículo 156,2° de la Constitución, logrando un régimen unitario. Esa unidad, sin embargo, debe permitir la actuación de las potestades estadales en procura de políticas propias, incluso divergentes de estado a estado. El juego característico de bases-desarrollo es, pues, el establecimiento por las primeras de la política global del sector y de las políticas propias de los Estados por las segundas

2° La técnica de las bases pretende construir un común denominador normativo del sector de que se trate en todo el territorio nacional, sobre el cual los Estados podrán desarrollar las peculiaridades que les convengan. Es la unidad de regulación el fin de la técnica en estudio, unidad que no sea uniformidad sino que permita la estructuración de políticas propias por los Estados.

3° Esta unidad, que no uniformidad, impide que el Poder Nacional, al establecer las bases de un sector, lo regule pormenorizadamente. Es necesario que se reserve a los Estados un sector sustancial, de modo que allí puedan emplear su potestad legislativa y no meramente reglamentar. Una ley de bases que regule totalmente la materia respectiva sería inconstitucional.

4° La conjunción de ambas normas debe producir un mismo sistema normativo, en el cual la regulación por cada nivel del Poder Público no sea contradictorio con la del otro. Para ello, como se verá, la estructura técnica de la ley de bases prevé el encuadramiento de la legislación estadal.

5° La norma de desarrollo no es un reglamento de la ley de bases, porque si así fuera no permitiera en realidad políticas que deban ejecutarse mediante ley. Que la normativa de desarrollo sea -pueda ser- de rango legal se resuelve en que el Estado goza de esa libertad política propia de los legisladores -mucho más intensa que la mera discrecionalidad administrativa.

10. *Ibidem*, Tomo I, pp. 293 y ss.

1. El concepto material de las bases

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

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

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

2. Estructura de la Ley de Bases

Tocará al Poder Nacional la regulación de todo lo referente al interés general. ¿Quién es el competente para determinar que es de ese interés en una determinada materia? No puede ser otro que el mismo legislador nacional. Tal conclusión deriva en nuestro medio no sólo del mismo principio que radica la tutela del interés general del Estado en el Poder Nacional, sino también de la competencia de éste para legislar en lo relativo a *todas las materias de la competencia nacional* (art. 156, ord. 32°) una del las cuales es esa tutela del interés general (art. 156, ord. 2°). Dos observaciones deben incluirse aquí: la calificación de una materia como del interés general que haga el legislador no puede ir en contra de calificaciones constitucionales. En segundo lugar, no puede el Estado

mediante este conducto absorber la regulación íntegra de una materia que corresponda también a los Estados: debe dejar en todo caso un espacio suficiente para que éste gestione libremente, incluso en uso de su potestad legislativa.

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

A. Círculo material de interés general

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

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

B. Círculo de encuadramiento

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

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

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

Por otro lado, debe siempre respetarse la autonomía estadal, aún en el desarrollo de estos círculos de encuadramiento. Por ello, la estrategia que se diseñe debe permitir, en todo caso, un sustancial ámbito de libertad para los estados, dentro del cual éstos puedan llevar a la práctica políticas propias.

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

José Luis Villegas Moreno
Profesor de la Universidad del Táchira
Venezuela

PRESENTACIÓN

La participación en esta obra colectiva en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, con diversos autores de sólida vocación y formación iuspublicista, es un honor, a la vez que un serio compromiso. Compromiso respecto de los participantes y del homenajeado en esta la obra, el maestro Allan R. Brewer-Carías, a quien guardamos vivo afecto y profunda gratitud. Su labor científica se proyecta e influye ya sobre varias generaciones de juristas. También por ser ejemplo de una permanente disponibilidad para la atención académica y personal de quien se la ha solicitado en el curso de su formación.

I. INTRODUCCIÓN

La población venezolana ha ido desarrollando solidaridades locales desde tiempos inmemoriales, mucho antes que las que luego manifestaría en el siglo XIX. Antes de la llegada de los españoles a estas tierras, existían pueblos con una identidad inequívoca; naciones, podría decirse sin exagerar, porque vivían en un territorio determinado, hablaban una lengua diferenciada, tenían costumbres y valores propios. Con la llegada de los conquistadores se desdibujaron esas particularidades y se impuso una misma lengua, una misma religión y unas costumbres y valores estandarizados; pero en modo alguno significó esa labor homogeneizante la desaparición de los caracterismos locales[1]. Las formas seculares se transformaron, muchas de ellas subsisten de forma sincrética confundidas con las españolas. Las raíces, el aislamiento, la fuerza centrípeta de las ciudades líderes, las instituciones, los símbolos, el arraigo son componentes de un proceso de lugarización que continúa y se fortalece, con una dinámica que lo enriquece y le imprime variantes y modalidades. Hoy existe un país integrado y una realidad espacial heterogénea que debe encontrar expresión en sus instituciones jurídico-políticas.

Estamos convencidos de que los procesos de cambio político y administrativo que requiere Venezuela en estos difíciles momentos de encrucijada de ideologías y de confusión, deben generarse desde los gobiernos locales, desde los municipios. En efecto, el local es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés

1. GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato, "El régimen municipal en la Constitución venezolana de l999", *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 5.

político, ya que son las instituciones encargadas de velar por los intereses y los problemas del entorno más inmediato de los ciudadanos al igual que son las instituciones que el ciudadano conoce más directamente. El nivel local es el que enraíza, de modo cuantitativamente más importante, las instituciones con el tejido social.

Venezuela tiene una larga tradición municipalista que se remonta a los cabildos coloniales y que aparece posteriormente reflejada en todas las Constituciones desde l811. En el devenir histórico constitucional el municipio ha pasado por diversas vicisitudes, especialmente desde que el Cabildo de Caracas inició el proceso independentista republicano hasta el advenimiento de la democracia en el siglo pasado. El municipio en Venezuela ha trajinado por variadas y diferentes modulaciones y ha aglutinado las mayores experiencias.

La Constitución de 1999 recoge esta dilatada tradición municipalista venezolana y la refleja en su articulado, patentando una vez más que el régimen local está indisolublemente unido a la noción de autonomía, a pesar de la indeterminación y ambigüedad del concepto a lo largo del tiempo y bajo las más diversas circunstancias políticas. La autonomía local no puede entenderse de forma unidimensional desde el puro objetivismo localista, sino que requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado.

El trabajo que hemos elaborado está hecho desde la Constitución de l999 con sus condicionantes y motivaciones, a la espera de una nueva legislación municipal que se adecúe a sus lineamientos, presentando el Poder Municipal en su genuina expresión constitucional cuya potencialidad corresponderá desarrollar al legislador ordinario.

II. CONFIGURACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL

1. Principios fundamentales

El mayor problema que plantea el reconocimiento constitucional de los entes locales y de su autonomía es determinar cuál sea el contenido de ésta. Se trata, como se sabe, de una tarea de la mayor dificultad.

Qué debemos entender por autonomía local en el marco de la Constitución, es tarea prioritaria. Una primera aproximación es, como siempre, gramatical. Para la Real Academia Española de la Lengua autonomía es una expresión polisémica: tiene hasta cinco significados diferentes, uno de ellos cabalmente adecuado a la situación que ahora nos ocupa; autonomía, dice, es *la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios.* Pero es evidente que esta definición nada aclara, pues lo que aquí importa es, precisamente, determinar cuáles son esos intereses y hasta donde llega esa capacidad de regirlos.

Una primera cosa sí queda, con todo, establecida: tanto desde la perspectiva gramatical como desde la constitucional, la consagración de la autonomía implica, en primer lugar, el reconocimiento de un ámbito de intereses propios y, en segundo lugar, el reconocimiento de que esos intereses propios han de ser normados y regidos por entes específicos y autónomos. Autonomía significa, pues, consagración de un ámbito de actuación y libre disposición propio, en el que se incluye al menos un mínimo de discrecio-

nalidad y, consecuentemente, una cierta capacidad de resistencia frente a las órdenes o instrucciones que pretendan invadir dicho ámbito[2].

Como acertadamente expresa Miguel Molina[3] los principios básicos inherentes a la autonomía plena pueden resumirse en los siguientes:

1. Autogobierno, entendido como la aptitud del municipio para dotarse a sí mismo de sus gobernantes, reconociendo en el pueblo el derecho a elegirlos libre y democráticamente.

2. Titularidad de atribuciones locales, esto es, disponer de competencias propias, reconocidas por la Constitución y que no puedan ser anuladas por actos de autoridades superiores.

3. Capacidad para programar, dirigir y ejecutar sus propias atribuciones sin tutela alguna.

4. Autosuficiencia económico-financiera, es decir, reconocer al municipio la competencia para crear y aplicar los recursos necesarios que le permitan desarrollar sus actividades; asimismo, el derecho a recibir de las instancias nacionales y autonómicas otros ingresos provenientes de su coparticipación tributaria en esos niveles. La potestad tributaria local debe entenderse como un hecho fundamental de cualquier concepción autónoma.

5. Facultad de dotarse de Cartas locales, o autonormatividad de tercer grado. Se trata de una concesión que ciertas Constituciones otorgan a determinados municipios, generalmente los de más elevada población.

Cuando concurren todos estos principios puede hablarse de autonomía plena.

En septiembre de 1985, la Unión Internacional de Administraciones Locales, IULA, con motivo de su XXVII Congreso Mundial celebrado en Río de Janeiro, presentó la *Declaración Universal de la Autonomía Local*. Partiendo de la consideración de que el municipio es el nivel de gobierno más próximo a los ciudadanos y el que mejores posibilidades reúne para implicarlos en el proceso de toma de decisiones relativas a sus condiciones de vida, esta Declaración aborda la cuestión de la autonomía municipal desde múltiples frentes. En primer lugar, la define como *la atribución de los derechos y responsabilidades de los gobiernos locales para regular y administrar los asuntos públicos bajo su responsabilidad y en interés de la población local* (art. 2º), lo que debe ser reconocido constitucionalmente.

Así mismo, el Consejo de Europa ratificó en octubre de l985 la *Carta Europea de la Autonomía Local*, con planteamientos similares a la declaración anterior del IULA, pero referida especialmente al ámbito europeo. El literal 3 de la Primera parte de la Carta señala que por autonomía local *se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.*

La Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal(OICI), con motivo de su XX Congreso Interamericano de Municipios, celebrado en Caracas en noviembre de 1990, dejó constancia también de su posición con respecto a este tema en la llamada *Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana.* Sobre la autonomía local, el punto

2. GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La Configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid l998.

3. MOLINA MARTÍNEZ, Miguel, *El Municipio en América. Aproximación a su desarrollo histórico*, CEMCI, Granada l996.

segundo sostiene que *debe superar los planos teóricos y el universo de las grandes declaraciones para materializarse en una realidad permanente y auténtica.* Hace un llamamiento para que *desaparezcan los intervencionismos y controles gubernamentales sobre las municipalidades* (Punto cuarto), junto al deseo de que *a las medidas democratizadoras y autonomistas locales se incorporen criterios descentralizadores auténticos.* (Punto quinto). Además incentiva la participación ciudadana a través del asociacionismo, considerándolo como factor clave de la recuperación del movimiento municipalista (Punto séptimo y octavo).

Por su parte, en 1993 la Unión Iberoamericana de Municipalistas, asumiendo las referidas Cartas de Autonomía Local, incidió y profundizó en esos mismos aspectos dándoles forma en el documento que tituló *Declaración de Cartagena de Indias sobre la Autonomía Local*. Ordenada en 12 puntos, comienza señalando que *la autonomía local es un derecho que se sitúa en la base misma de una estructura democrática del poder*, añadiendo que *la descentralización y la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos son condiciones básicas de la democracia de nuestros días.* Pensando en el municipio como un ámbito de gobierno, demanda que la autonomía local, un derecho colectivo de los ciudadanos, sea recogida en la Constitución de cada país (Punto tercero).

Como puede observarse, la coincidencia de todos los textos internacionales en la materia es absoluta a la hora de resaltar que el verdadero potencial del municipio como institución de la cosa pública y entidad representativa, además de órgano de democracia política y social, se expresa con plenitud en el marco de una descentralización política e institucional y sobre la base de unos principios de autonomía.

Todo lo cual debe redundar, sin ningún género de dudas, en el acrecentamiento del papel del municipio como instancia generadora de actividades que contribuye al desarrollo de la vida humana, más cercana y segura para el ciudadano y menos expuesta a la presión de las élites económicas y burocráticas. Son cada día más quienes se convencen de que la verdadera meta de vida democrática de un país pasa por la existencia y desarrollo de municipios dotados de autonomía plena. De ahí la urgencia de avanzar hacia la revalorización de una institución municipal más representativa y participativa.

La autonomía contribuye a la cohesión social, en tanto en cuanto revaloriza la participación ciudadana e incentiva la captación de los individuos para colaborar en el planteamiento y desarrollo de las tareas públicas. Así entendida, la autonomía trata de reafirmar la defensa de los intereses de los ciudadanos y contrarrestar las carencias de la democracia formal.

Todos estos principios generalmente aceptados aparecen recibidos en la Constitución de l999.

2. Configuración constitucional

El artículo 168 constitucional no sólo define el municipio como "... la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley...". Además en dicho artículo se determina que la autonomía municipal comprende: la elección de sus autoridades, la gestión de las materias de su competencia, y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Así las cosas, se plantea el problema relacionado con el significado polivalente, al que se hacía referencia anteriormente, que la Constitución de 1999, en concreto, asigna a la palabra autonomía. En efecto, dicha palabra sustantiva se encuentra relacionada -adjetivada- con varios órganos o entes distintos, asignándoles en cada caso un sentido peculiar[4].

-En primer lugar, con los Estados cuya autonomía es reconocida en su artículo 159: *Los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político...,*

-En segundo lugar, con respecto a los Municipios en el artículo 168, arriba transcrito.

-En tercer lugar, con respecto a la Contraloría General de la República en su artículo 287 al señalar que ésta... *Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa...,*

-En cuarto lugar, en relación con los órganos del Poder Ciudadano - Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo y consejo Nacional Electoral - los cuales según señala el artículo 273 ejusdem, *...gozan de autonomía funcional financiera y administrativa...*

-Finalmente, con relación a la autonomía que se confiere a la administración tributaria nacional, el Constituyente del 99 señala: *artículo 317. (...) La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera...*

El alcance constitucional del término autonomía utilizado por la Constitución en relación con varios órganos, es evidente: es bien heterogéneo, por lo menos desde un enfoque técnico, ya que se observa una notoria distinción entre la autonomía del Municipio y la autonomía encomendada a la Contraloría General de la República (funcional, administrativa y organizativa), a la administración tributaria nacional (técnica funcional y financiera) y a los órganos del Poder Ciudadano (funcional, financiera y administrativa).

Pero de todas formas, la enumeración contenida en la norma constitucional citada, sin duda, le da a la autonomía local en Venezuela una amplitud considerable que abarca una autonomía política, normativa, tributaria y administrativa[5]. Según la exposición de motivos de la Constitución, se ha querido incluir en el texto constitucional el reconocimiento expreso de la autonomía municipal con la definición del contenido mínimo que corresponde a esa cualidad esencial, así como la garantía jurisdiccional de la misma.

Creemos que el Constituyente ha recibido la mejor doctrina municipalista en relación a este polémico tema de la autonomía local, contenida en las diferentes declaraciones o cartas internacionales sobre tan debatido tema. En efecto, creemos que la *Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana* que proclama la existencia de estructuras locales democráticas, autonomía municipal y descentralización, la incorporación de los ciudadanos a los procesos de gobierno y a la gestión municipal, facilitando las vías y cauces para una participación ciudadana efectiva, ha influido notablemente en la Constitución de l999[6].

El artículo 168 constitucional establece que los municipios gozan de autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley. Por tanto, la autonomía no es absoluta y además el legislador ordinario puede establecer límites a esa autonomía. En la Constitución de l961 la limitación de la autonomía por vía legal no estaba prevista. Cabe preguntarnos hasta dónde el legislador ordinario puede limitar la autonomía local consa-

4. *V.,* ARAGÓN CORTÉS, Irene Belén, "Configuración jurídica de la autonomía tributaria de los municipios venezolanos", *Revista Tributum* nº 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 2001.
5. BREWER-CARÍAS, *ob. cit.*
6. Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana, OICI, Madrid 1998

grada en la Constitución, es decir cuál es el núcleo esencial indisponible por el legislador. Para Brewer-Carías la autonomía local aparece así interferida, minimizada, al poder intervenir en ella el legislador ordinario[7]. ¿Podría pensarse que asistimos a un silencioso vaciamiento de la autonomía local, en palabras de Knemeyer?[8]. Es un asunto delicado ya que el legislador ordinario puede intervenir la autonomía local, creemos que desdibujando la configuración del municipio en la tradición venezolana. Es factible que se tienda nuevamente al centralismo al limitar el escenario de la vida local. Es una amenaza latente que sólo el trajinar próximo nos aclarará. Pero el municipio puede y debe defenderse de injerencias indebidas dada la construcción que la propia Constitución hacer de su escenario vital. Estamos convencidos que el legislador ordinario no le puede escamotear al municipio ningún asunto propio o que concierna a la vida local, a menos que exista para ello una situación excepcional directamente relacionada con el interés público general.

Sin duda que la autonomía municipal aparece configurada como un principio fundamental que regula la organización del Estado y que, por tanto, como principio orientador de la estructura territorial, goza de eficacia trascendente.

3. Contenido mínimo

A. Autonomía política

En primer lugar, está la autonomía política que es la que da origen al autogobierno, y que implica la elección de sus autoridades a través de mecanismos que la Constitución exige que sean siempre de carácter democrático (art. 174)

Por eso, en la Constitución venezolana no se concibe el Municipio sin su autonomía, políticamente hablando, es decir, sin su carácter democrático representativo, lo que conduce a que sus autoridades o representantes, los concejales y alcaldes, sean electos por votación universal, directa y secreta.

B. Autonomía normativa

En segundo lugar, los Municipios tienen autonomía normativa, es decir, se dictan su propio ordenamiento en las materias de su competencia. Por ello, las ordenanzas municipales en Venezuela tienen carácter de leyes locales y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia desde hace ya varias décadas[9]. Es decir, las normas que los Concejos Municipales producen, tienen carácter de ley en relación, por supuesto, con las materias propias de la competencia municipal. De lo contrario no se entendería, por ejemplo, cómo mediante ellas se pueden establecer impuestos, lo cual está reservado a la ley (art. 317 de la Constitución). Esta competencia normativa, además, se ejerce con entera autonomía, en el sentido de que no está sujeta a la ley nacional

7. *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de l999*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas 2001.

8. Citado por SOSA WAGNER, Francisco, "La autonomía local", en el *libro Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Civitas, Madrid l991.

9. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1939-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Caracas 1976, pp. 278 y ss.

o estadal en las materias que sean propiamente municipales y donde no haya concurrencia, y sólo está sujeta al control jurisdiccional conforme lo dispone el artículo 168 de la Constitución.

Ahora bien, la Constitución en algunos casos establece materias en las cuales hay concurrencia de competencias entre los diversos niveles y en estos casos, corresponde a la Ley Nacional establecer el ámbito que corresponde a cada nivel. Sin embargo, en las materias propias de la vida local, donde no hay concurrencia, el Municipio es enteramente autónomo y las ordenanzas son dictadas sin sujeción a la normativa nacional, porque ésta no puede invadir las competencias municipales. Ha sido muy frecuente la participación de la extinta Corte Suprema de Justicia en el conocimiento de conflictos entre ordenanzas municipales y leyes nacionales, denunciadas tanto por los Municipios como por el Poder Nacional, en el sentido de que se considera que hay invasión de competencias de un órgano del Poder Nacional y viceversa. La extinta Corte Suprema de Justicia tiene una extensa jurisprudencia donde delimita las competencias en los casos de conflicto[10].

C. Autonomía tributaria

Pero además de la autonomía política y normativa, el Municipio tiene autonomía tributaria, en el sentido de que en la Constitución se prevén sus tributos propios. Por tanto, podemos señalar que así como los órganos del Poder Nacional tienen una potestad tributaria originaria, también los Municipios tienen una potestad tributaria originaria. Es la Constitución la que establece cuáles tributos son nacionales y cuáles son municipales, y éstos son desarrollados por los propios municipios en sus propias ordenanzas.

En esta forma, el artículo 179 del texto fundamental, establece como ingresos municipales por vía tributaria, las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades, generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística; el impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estadales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.

Estos tributos propios, asignados directamente por la Constitución, son regulados con autonomía, en cada Municipio, en sus respectivas Ordenanzas.

Hay que observar que es de la competencia del Poder Nacional lo relativo a la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial (art. 156.11). Según esto, la autonomía de los municipios en materia tributaria debe armonizarse con esta especial injerencia del Poder Nacional.

10. *Idem.*, pp. 246 y ss.

Este tema de la autonomía tributaria municipal ha sido y sigue siendo controvertido dada la voracidad fiscal de los municipios, que muchas veces provoca interferencia con las competencias del Poder Nacional. En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, según reciente sentencia de 08-11-2000 ha establecido:

> ...la Constitución atribuye autonomía financiera y tributaria a los municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en el artículo 168… por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho....

D. Autonomía Administrativa

Además de la autonomía política, normativa y tributaria, los Municipios también, tienen, por supuesto, una autonomía administrativa. El artículo 168 de la Constitución habla de la gestión de las materias de su competencia, lo que implica no sólo autonormación, sino también autoadministración y, por lo tanto, la posibilidad de invertir los ingresos municipales en la forma como lo juzguen conveniente, sin intervención alguna del Poder Nacional o del Poder Estadal.

Podríamos señalar, sin embargo, que una limitación a esta libre gestión sólo se podría deducir del sistema del Situado Constitucional, en cuanto a los ingresos del Municipio provenientes del Situado que se asigna a los Estados y que éstos, a su vez, deben transferir, en un porcentaje, a los Municipios.

4. Garantía de la Autonomía

La autonomía de los Municipios, tal como se ha señalado, es un principio constitucional fundamental derivado de la distribución vertical del Poder Público que caracteriza nuestra forma de Estado. Por ello, la propia Constitución establece la garantía de dicha autonomía al prescribir, que *los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes de conformidad con la Constitución y la ley (*art. 168) .

En consecuencia, en Venezuela no existe ninguna forma de control de tutela de carácter administrativo o político, por parte de la República o de los Estados sobre los Municipios, siendo sólo posible la intervención de la Contraloría General de la República sobre las administraciones municipales, *sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la Constitución* (art. 289).

Por otra parte, la garantía de la autonomía municipal también se configura como una garantía objetiva de orden constitucional, en el sentido de que las invasiones de competencias y lesiones a la autonomía por parte de los órganos de la República y de los Estados, se consideran usurpación de funciones y autoridad, cuyos actos son nulos (art. 138 Constitucional) y pueden ser anulados por el Tribunal Supremo de Justicia (art. 266 Constitucional) y los tribunales contencioso-administrativos.

Ello no obsta, sin embargo, para que la Administración Nacional o la del Estado puedan ejecutar obras o prestar servicios de carácter local, o mejorarlos cuando al Municipio al cual competen, no las construya o preste, o lo haga de manera deficiente, pero siempre en conformidad con los planes y programas del respectivo Municipio.

No hay, pues, apoyo constitucional alguno para conceptuar la autonomía local como un derecho constitucionalmente reconocido. En estas condiciones, la determinación de la naturaleza jurídica de la autonomía local podría derivar, lógicamente, como señalara Parejo[11], hacia la figura de la garantía constitucional elaborada por Schmitt. La definición de la garantía institucional que el propio Schmitt nos suministra es la de *un reducto en el que es posible ciertamente la acción del legislador, pero éste carece de una facultad de disposición total e inmediata*[12]. Para proseguir el análisis que nos ocupa, conviene sintetizar las características de esta figura que incorpora *una eficacia específica (más fuerte que la derivada de cualquier otra norma constitucional "ordinaria") de la decisión del poder constituyente respecto de la capacidad de configuración social reconocida al poder constituido, consistente justamente en el aseguramiento frente a éste de la presencia y actuación permanentes de la institución en el seno del ordenamiento del Estado, en términos de impedimento de la supresión, así como también de la alteración o desviación ilegítimas de ésta*[13].

Pero el principal problema que plantea la técnica de la garantía institucional es que, en sí misma, no garantiza nada mucho más allá de la existencia del ente o concepto amparado por la garantía: no asegura, por sí sola, ningún contenido mínimo o normal, ningún haz de potestades, ningún ámbito de actuación exclusiva o preferente. Porque la garantía institucional es, exclusivamente, un límite que se impone al legislador: se asegura la existencia de un ente o un concepto y, en consecuencia, se reduce el ámbito de libre disponibilidad del legislador, que podrá regular el objeto protegido por la garantía institucional, pero no podrá hacerlo de tal forma que desaparezca ese objeto que resulta garantizado, o de manera tal que, aunque subsista, lo haga en condiciones tales que equivalgan a su inexistencia práctica. Es, por tanto, un mecanismo reactivo frente a la actuación legislativa y, si se quiere, un parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la actuación legislativa, pero en modo alguno resulta un elemento garantizador de una posición determinada - potestades, competencias, etc.- en el esquema institucional.

Porque lo relevante no es el carácter político - innegable además, como se ha visto- de la autonomía local, sino su relación con la Constitución y la ley o, dicho en otros términos, la determinación de hasta qué punto está amparada en su contenido y límites por la propia Constitución y la delimitación de en qué medida está expuesta a la libre disponibilidad por parte del legislador.

Siguiendo a Sánchez Morón[14] creemos que la autonomía local no aparece regulada en la Constitución como un derecho fundamental. El constituyente en Venezuela no ha incluido la garantía de la autonomía local entre los *Deberes, Derechos Humanos y Garantías*, sino en la denominada parte orgánica o constitución política, y específicamente en el capítulo referido al Poder Público.

Así, el municipio tiene una situación jurídica protegida que le confiere un derecho reaccional a que se respete su autonomía, configurada por la ley de acuerdo con la Constitución.

Hay que plantearse entonces la naturaleza jurídica de la autonomía, constitucionalmente reconocida al Municipio, vista la posición asumida por el Constituyente. Consi-

11. *Ob. cit.*
12. Citado por PAREJO ALFONSO, en *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid 1981.
13. *V.*, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid 1981.
14. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La autonomía local:antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, Madrid 1990.

deramos que este problema es difícil aunque algunos sectores de la doctrina han tratado de clarificar[15] con acierto.

Con respecto a este asunto existen, pues, tres corrientes, a saber:

-La que enfoca que constitucionalmente se tiene un *derecho* a la autonomía;

-La que enfoca a la autonomía como una garantía *institucional*, y

-La que enfoca como una garantía *constitucional.*

Siguiendo la mejor doctrina, creemos que considerar, de entrada, que la Constitución de l999 pretende otorgar a los entes locales un derecho a la autonomía es hacer una afirmación errada, pues sería considerar, como se mencionó anteriormente, que al Municipio le corresponde un derecho natural, por ser anterior al Estado -según la teoría sociológica- obviando que el Municipio es *Municipio* -jurídicamente hablando- gracias al reconocimientos que hace el Constituyente y por el cual lo impregna de un lugar dentro de la distribución político-territorial del Estado; después de la emancipación de España, los entes locales asumieron que su figuración dentro del ámbito de la República es debido a un Poder Supremo, es decir, a un mandato constitucional.

Ahora bien, esto presenta un gran margen de duda, como señala García[16] con un enfoque muy práctico, en relación a las afirmaciones contenidas en las dos últimas posiciones: ¿Será la autonomía que se reconoce a los entes locales dentro de la Constitución venezolana una garantía *institucional* o más bien una garantía *constitucional*? Lo que marca la diferencia entre una garantía y la otra es que la una- la institucional - simplemente asegura la existencia del ente, mientras que la otra - la constitucional - incluye a la primera pero, a la vez, sienta las bases para su organización, es decir, fija límites para el poder legislador el cual será el que, finalmente, determine sus competencias y potestades. Al respecto el citado autor con claridad expone que:

> La garantía institucional en estado puro no va más allá de la mera mención del ente u órgano cuya existencia quiere el Constituyente proteger frente a la posible actividad legislativa, fijando por ende, un límite a la opción del legislador; ahora bien, en lo que a la autonomía local se refiere, la constitución no se limita a mencionar la figura, para así garantizarla: la rodea, además de otras muchas características y de características que ocupan un elevado plano en la escala axiológica constitucional[17].

Tal y como la Constitución ha definido al *ente local,* ello lleva a admitir que el Constituyente no sólo pretendió reconocer la existencia del Municipio sino que, además, ha impregnado a estos órganos con un poder influyente dentro de la estructura política y territorial de la República; es decir, los ha definido como entes integrantes de la división política territorial, de la misma manera que lo ha hecho con los otros dos entes que forman parte de la división política del estado, es decir, la República y los Estados. En efecto, no es que solamente esté garantizada la existencia, la perpetuidad o la continuidad de los Municipios, o que esta subsistencia sea tal gracias a la seguridad de una garantía institucional, sino que está porque la Carta Magna los admite dentro de la estructura del Estado como entes integrantes de una división político territorial. Estas afirmaciones se comprueban cuando el Constituyente dedica un capítulo entero, como se señaló anteriormente, a disponer los lineamientos por los que debe regirse esta entidad y la

15. *V.*, BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. y AGUIAR DE LUQUE, Luis, "La Garantía institucional: Crítica y verdadera operatividad de esa técnica", en *Configuración Constitucional de la Autonomía Local*. GARCÍA M. J., Marcial Pons, Madrid 1998.

16. *Ob. cit*.

17. *Ob. cit.*

manera cómo estos límites deben detener la acción incorrecta del legislador. Incluso por ese motivo, el Constituyente exige ley orgánica para alterar los límites municipales e incluso dota a los municipios de un principio democrático al exigir que sus representantes sean elegidos por votación universal, directa y secreta.

Parece lógico admitir, entonces, que la Constitución no sólo pretende que se asegure la existencia de un determinado ente territorial sino que, además, pretende que cumplan unas funciones determinadas -muy importantes a nuestro parecer- y que se elijan sus representantes dentro de un requerimiento democrático.

La Constitución ha diseñado un ente -político territorial- al que le asegura su existencia, pero a la vez le delimita unas determinadas características y competencias, dejando a la intervención del legislador su regulación, pero sin poder en ningún caso invadirlas; es decir, el legislador respetará los mínimos impuestos por ella y a favor del Municipio.

Hay opiniones opuestas en cuanto a la importancia de ubicar a las autonomías locales dentro de una posición u otra, pues puede ser tildada de innecesaria, pero cuando García[18] aborda este tema, fija su posición dentro de la garantía constitucional -difiriendo de la posición asumida por el Tribunal Constitucional español, que la ubica como garantía institucional- pero admite que la posición asumida por el Tribunal Constitucional de España, tiene un trasfondo basado en un criterio interpretativo, que crea un efecto cuya razón sería la interpretación del contenido de la autonomía local en función de parámetros configuradores de instituciones y cuya consecuencia es la exigencia de un contenido indispensable para el despliegue de las funciones que la institución tiene constitucionalmente asignadas.

La garantía institucional -posición que asume el Tribunal anteriormente mencionado- es, exclusivamente, una limitación al poder del legislador, un aseguramiento de la perpetuidad del ente en el ordenamiento y disminución de la capacidad de disponibilidad del legislador.

Nuestra posición: La posición que asumimos -con base en todas las argumentaciones anteriores- es que el atributo de autonomía municipal en Venezuela, está configurado dentro de la Constitución de 1999 como una *garantía constitucional*.

Así las cosas, no compartimos la doctrina jurisprudencial sentada en relación a este caso por la Corte en Pleno de la Extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de julio de l997,en el caso de la Ley Orgánica sobre emolumentos y jubilaciones de altos funcionarios de las entidades federales y municipales, que parece ser hasta ahora la última palabra de nuestro máximo Tribunal. En efecto, dicha decisión se desarrolla en torno a precisar si la autonomía municipal se configura o no como un objeto tutelable por la vía de amparo, dependiendo de su naturaleza específica, sea ésta una competencia, facultad, potestad o garantía y por ello, entra a considerar como punto fundamental si los derechos y las garantías son términos equivalentes o si por el contrario, se trata de conceptos diferentes que podrían invocarse mediante el amparo de manera independiente.

La sentencia referida establece que "...los apoderados actores solicitan amparo constitucional para la autonomía municipal que la Constitución consagra. Estima esta Corte que tal alegato se contradice con el sentido antes expresado de las garantías constitucionales, vistas en la forma en que fueron expuestas como los medios, mecanismos, instrumentos y vías previstas para la tutela de un derecho constitucionalmente consagrado.

18. *Ob. cit.*

Se plantea así la necesidad de discernir entre una garantía y una facultad pública, como lo es la autonomía....La autonomía conforma uno de los poderes públicos que el sistema jurídico acuerda a determinados entes públicos para el eficaz cumplimiento de sus fines...”[19].

Al referirse la sentencia citada a la autonomía y su conceptualización, la considera como una figura organizativa dentro del Estado, acercándose más a la noción de potestades públicas difiriendo entonces de las garantías. Es decir, es una forma de organización que le permite al ente descentralizado realizar válidamente una serie de actuaciones, ejercida a través de poderes públicos que son acordados para su eficiente desempeño. Las potestades constituyen así, la esencia misma de la actuación de los entes públicos y especialmente de los de naturaleza territorial como los Municipios. Así las cosas, señala la sentencia, no puede subsumirse la autonomía en la noción de garantía.

También se establece en la sentencia que los entes territoriales pueden ser sujetos activos de la acción de amparo, pero sólo respecto a la tutela de los derechos y garantías constitucionales, entendidos estos últimos en su sentido estricto. Por ello, quedan excluidos la tutela de las potestades y competencias y de los conflictos entre los entes territoriales.

Llama la atención que la ponente reconozca todo un fenómeno en la doctrina comparada y nacional dirigido a tutelar por vía de amparo los poderes, competencias y facultades de los organismos públicos; todo ello después de negar tal situación en su ponencia. En efecto, así se expresa: ...*no puede ignorarse que hay una tendencia dirigida a tutelar las facultades, competencias y poderes de los organismos públicos, mediante el amparo que, en tales casos asume la designación de amparo organizativo. En algunos sistemas, inclusive, está expresamente reconocido por vía legislativa. Es indudable que tal figura significa la ampliación del amparo a nuevas funciones y objetivos.*

Compartimos plenamente el magnífico voto salvado emitido por el extinto maestro de Derecho Constitucional en Venezuela Humberto La Roche, que es el que da verdadera luz al problema debatido en la sentencia. En efecto, analiza las nociones de derecho y de garantías, aclarando las confusiones que constantemente se presentan al respecto.

El disidente señala expresamente que la autonomía es dentro del Municipio uno de los aspectos esenciales. Por tanto no comparte la idea de la mayoría sentenciadora que restringe a la autonomía como figura organizativa; esto es, como una forma de organización que le permite a un ente descentralizado realizar válidamente sus actuaciones. Para el disidente, la autonomía municipal como la autonomía de los estados y la autonomía universitaria es un derecho fundamental o una garantía institucional que la ley debe garantizar.

Para el disidente, en opinión que compartimos, si es posible tutelar la autonomía municipal por vía de amparo constitucional. En igual sentido se pronuncia *Lejarza*[20] al sostener que la garantía de autonomía municipal, tiene plena vigencia y procedencia dentro de nuestro sistema ya que puede hacerse efectiva mediante el ejercicio de la acción de amparo constitucional.

---

19. PIERRE TAPIA, Tomo 10, pp. 119-146.

20. LEJARZA, Jacqueline, “Las Garantías institucionales y el amparo constitucional (a propósito de la sentencia de la Corte en Pleno de 29 de julio de 1997, en el caso de la Ley Orgánica sobre emolumentos y jubilaciones de altos funcionarios de las entidades federales y municipales)”, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 4, 1998.

III. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Las funciones constitucionales de la autonomía y, por tanto, de la Administración local según el espíritu de la Constitución de l999, siguiendo para ello la orientación de Parejo Alfonso[21], son las siguientes:

1. Político-democrática

Las manifestaciones de la democracia son múltiples y dependen de la *constitución* de cada Estado. Y la interpretación de ésta ha de hacerse sobre el modelo asumido por la norma fundamental en cada caso y en modo alguno desde y sobre la base de un modelo teórico.

La Constitución de l999 ha optado por un sistema democrático que contempla la descentralización y la autonomía local. De ello se sigue, como resulta por demás de los arts. 2 y 4 de la Constitución, que a la unidad del sistema democrático es inmanente la autonomía local y la descentralización, de suerte que aquél se ofrece enteramente impregnado por ésta.

En consecuencia, la autonomía local sirve, en la escala local, a la efectividad y el reforzamiento de la construcción y el funcionamiento democráticos del Estado. La opción organizativa del art. 16 encuentra su fundamento en el valor de la autonomía local para la realización del principio democrático consagrado en el art. 2, cabalmente en el sentido precisado por el art. 70 (facilitación de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social).

La autonomía local cumple, en efecto, diversas funciones de fomento de la vida democrática en el contexto de la Constitución de l999, tales como las siguientes:

-Proporcionar un ámbito determinado por la afección de las colectividades de convivencia en el territorio, para la participación del ciudadano en los asuntos públicos. Y así incrementar el grado de posibilidades de intervención en la formación de la voluntad colectiva, que constituye criterio de medida para la realización -en sociedad- de los valores de libertad e igualdad que tienen el rango de superiores del ordenamiento jurídico (art. 2).

-Ampliar el círculo, al multiplicar las instancias y los procesos de decisión política y pública, de los ciudadanos activos y comprometidos políticamente. Y ello, lo que es decisivo, aunado a los factores más importantes de la legitimación democrática: la representación (cuando no la intervención directa) y la participación. En esta combinación radica justamente la cualidad distintiva de la autonomía local dentro de la estructura territorial del Estado, y más concretamente dentro del sistema de Administración pública de este.

La gestión bajo la propia responsabilidad de los asuntos que afectan a la colectividad de convivencia amplifica, en efecto, las posibilidades de todos y cada uno de influir en la confirmación de las condiciones de vida social en su dimensión local, que son las que le atañen y conciernen más directamente.

---

21. PAREJO ALFONSO, Luciano, "La garantía institucional: crítica y verdadera operatividad de esta técnica". Comunicación presentada en *La Configuración constitucional de la Autonomía Local*, Marcial Pons, Madrid 1998.

De esta suerte, la instancia local y su desarrollo y funcionamiento plenos no son ajenos al derecho fundamental consagrado en el art. 70. La efectividad de éste depende de dichos desarrollo y funcionamiento.

-Proporcionar un escenario más para la resolución democrática de conflictos sociales y para la articulación y ejecución de la voluntad política. Ello quiere decir que al propio tiempo que suministra la base para la intervención y participación ciudadana, sirve de lugar de encuentro de las fuerzas políticas organizadas a escalas superior por el ciudadano, convirtiéndose por ello en un importante nivel funcional del sistema democrático.

-Potenciar las condiciones requeridas para la legitimación por aceptación del sistema democrático, al incrementar -por su inmediatez a los problemas y los ciudadanos- el grado de acierto y corrección de las decisiones públicas y de su ejecución.

-La autonomía local supone, en efecto, una instancia de *transposición*, bajo la propia responsabilidad y en términos de política local propia (dotada de legitimación democrática), de las decisiones de las instancias superiores, prestando una importante contribución a la adecuación de las políticas públicas a los problemas y necesidades reales. Y ello precisamente en el decisivo plan administrativo.

Debe tenerse en cuenta, además, que la instancia local ofrece condiciones idóneas para el fluido intercambio de información e, incluso, de la directa comunicación entre Administración y ciudadano. Ello hace de la instancia local lugar privilegiado para la innovación en las políticas públicas, como la propia historia local acredita. Dada la conexión, a su vez, entre dicha instancia y la superiores del Estado, tales características hacen de ella un lugar privilegiado para la retroalimentación del entero sistema democrático.

Desde este punto de vista, pues, adquiere todo su sentido el principio de la descentralización de la administración pública con un todo consignado en el art. 4 de la Constitución.

-Compensar, en una sociedad-Estado de gran complejidad y a una escala aún dominable, la enorme y creciente distancia entre el ciudadano y los centros de decisión política y pública.

Sirve así la autonomía local de antídoto al proceso de indiferencia, alienación y apartamiento del Estado que generan el alejamiento de los centros de decisión y la incomprensibilidad, por su complejidad, de las decisiones.

-Integrar al ciudadano en el sistema democrático mediante la agrupación de los ciudadanos en una unidad política local de base y la intermediación, de su acercamiento al Estado como un todo, es decir, su identificación con éste como tal.

-Construir, por sus características, el lugar más idóneo para la interiorización y la práctica de las pautas y los comportamientos propios del sistema democrático.

Estas funciones de la instancia local, relevantes para el principio y, por tanto, para el sistema democrático definido por la Constitución de l999, inciden además en la efectividad de otros principios estructurales del Estado. Así:

-El control democrático del poder que comporta a su escala favorece también, desde luego, el principio del Estado de Derecho y el valor superior de la libertad a él conectado.

La autonomía local es parte de un Estado con división territorial del poder (contribuye, pues, a esta división horizontal) y sirve además, también y en su seno, a la división vertical del poder (art.1).

Y las características mismas de la autonomía local que hacen que ésta abra espacios para la realización, en colectividad, del libre desarrollo de la personalidad (la libertad).

-La conexión de la autonomía local con un elenco de competencias hace de ella instrumento para el establecimiento autónomo (bajo la propia responsabilidad) de prestaciones propias del Estado social y la realización, por tanto, del valor superior de la igualdad que es propio de éste.

Sobre la base de las consideraciones precedentes puede concluirse, pues, que la Constitución de 1999 ha optado claramente por un concreto sistema democrático, caracterizado por su escalonamiento y diversificación territoriales, y construido sobre una instancia basal local dotada de un autogobierno específico por agotarse en la Administración y combinar, no obstante, la doble legitimación democrática procedente de los mecanismos de representación (carácter electivo) y participación (gestión por los propios destinatarios). La autonomía local es, así, una pieza del entero Estado democrático constituído, sin cuyo desarrollo y funcionamiento plenos, dicho Estado no se realiza plenamente.

2. Inherentes al Estado de Derecho

En este terreno, la principal conexión entre autonomía local y el principio de Estado de Derecho (art. 2) radica en la contribución de aquélla a la división del poder, tanto horizontal como vertical. A dicho principio, en los términos en que es proclamado por la Constitución, es inherente, además de la división funcional o vertical clásica, la división territorial u horizontal. La autonomía local supone: una diferenciación de espacios de responsabilidad (por círculos de interés imputados a colectividades locales: art. 69) y, por tanto, de tareas y competencias, que discrimina por razón de la diversidad local e impide una total centralización de la gestión de los asuntos públicos en las dos instancias superiores del Estado. De esta suerte, puede y debe decirse que la autonomía local es un elemento esencial del sistema constitucional total de división/distribución y equilibrio recíproco de poderes.

Además, la multiplicación de niveles de decisión que implica favorece el respeto de la minorías, toda vez que aquélla amplía las posibilidades de mayorías de gobierno y con ello disminuye el número de las minorías vencidas en contienda electoral.

Lo dicho anteriormente demuestra que la autonomía local contribuye, además y a través de la limitación de poder, a la protección del individuo y al aseguramiento de la libertad.

En consecuencia, tampoco existe contradicción y ni siquiera tensión alguna entre autonomía local y Estado de Derecho. Como resulta de las consideraciones precedentes, dicha autonomía cumple fines constitucionales afines al Estado de Derecho (que al propio tiempo guardan relación con otros principios del Estado, tales como el democrático y el social), resultando ser por ello también un instrumento para la realización de los principios en que se desagrega el Estado de Derecho (art.2)

3. Inherente a la realización del Estado Social

En contra de lo que en principio pudiera parecer, la autonomía local guarda también estrechas relaciones con el principio del Estado social y el valor superior de la igualdad

(art. 2). Y ello porque dada la construcción territorial del Estado constituido, la acción pública dirigida a la producción de igualdad social y mejora de la vida colectiva no presume centralización alguna; ha de cumplirse precisamente a través de la estructura descentralizada diseñada por el constituyente. La organización territorial dispuesta por el art. 16 significa que el principio de Estado social y los mandatos de acción que de él derivan (art. 3) no se agotan en las instancias superiores de aquella organización, alcanzando también a la local y distribuyéndose, por tanto, entre todas ellas. En otras palabras, el principio de Estado social debe entenderse necesariamente referido al Estado organizado precisamente en municipios y estados: la Constitución se sirve también, pues, de la instancia local para la realización de dicho principio.

Cabalmente, los entes locales son especialmente idóneos para afrontar objetivos del Estado social. Las necesidades básicas se hacen visibles primariamente en la comunidad local, permitiendo así su pronta y correcta detección y su adecuada satisfacción en ella. Y el Estado social debe entenderse también en términos de atención de necesidades concretas e individuales según la diversidad de las situaciones. Así resulta, desde luego, del art. 3, que refiere los mandatos de acción positiva estatal ,siendo la comunidad local el grupo social primario, en tanto que determinado por la convivencia sobre el territorio. Sus mismas características prefiguran la vocación de la autonomía local de procura existencial diferenciada e individualizada, siendo así- para ciertas necesidades -mejor instrumento del Estado social que las instancias superiores. De hecho, el cometido ordinario de los entes locales aparece referido a la cobertura de bienes y prestaciones básicas y esenciales para asegurar el mínimo de calidad de vida.

En conclusión, pues, la autonomía local consagrada en la Constitución de 1999 es una institución no sólo del Estado democrático de Derecho, sino también del Estado social, cumpliendo en éste específicas y relevantes funciones.

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

Argenis Urdaneta
Directivo de la Asociación Venezolana
de Derecho Constitucional

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos presentar, sin mayores desarrollos y dentro de los límites que impone la obra con la queremos colaborar, los aspectos que consideramos fundamentales para el entendimiento del municipio en el contexto de la Constitución de 1999, y los cuales deberán ser desarrollados como objeto de trabajos posteriores.

A efectos del estudio del municipio venezolano debemos tomar en consideración dos ejes que se convierten en fundamentales en la Constitución venezolana, ellos son: la democracia participativa y el Estado federal descentralizado, por lo que los destacamos en este trabajo sobre el poder municipal.

II. FUNDAMENTOS DE UN MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA

La Constitución de 1961 no favorecía expresamente, aunque tampoco negaba, el desarrollo de mecanismos de participación. Pero siendo el Municipio el escenario ideal para el desarrollo de la cultura de la participación, por ser la entidad estatal más cercana al ciudadano, el legislador, desde la primera ley de régimen municipal (LORM 1978), incorpora un título especialmente dedicado a la participación ciudadana, reconociendo a las asociaciones de vecinos, convirtiéndolas en asociaciones de derecho privado con actuación pública reconocida, y estableciendo como medios de participación, las sesiones abiertas, iniciativa legislativa popular, reconsideración de ordenanzas, referéndum de consulta y cooperación vecinal; y en su última reforma se incorpora el referéndum revocatorio.

Partimos de la premisa de que ha existido una amplia base para el desarrollo e implantación de un modelo participativo de democracia, y ello incluye los desarrollos legislativos producidos en las dos (2) últimas décadas del siglo pasado, la propuesta de Reforma General de la Constitución de 1961, presentada por la Comisión Bicameral en marzo de 1992; las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Constituyente en 1999, y el nuevo texto constitucional. No obstante, y a efectos de tratar la base institucional del desarrollo inmediato de la legislación requerida para la implantación de diversos medios o formas de participación, hemos creído conveniente, en esta oportunidad sólo referirnos a lo contenido en la nueva Constitución. (Allan R. Brewer-Carías; 2000. Ricardo Combellas; 2001).

1. Exposicion de motivos

En la Exposición de Motivos (*G.O.* N° 5.453, Extraord. 24-03-00) se explica la inclusión de modificaciones sustanciales en relación con el sistema democrático establecido en la Constitución anterior, en los siguientes términos:

> ... consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercido de manera directa o indirecta ... no queda circunscrito al sufragio, ... abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública.

2. Preámbulo

En el Preámbulo, texto orientador de la Constitución, se expresa claramente la intencionalidad del constituyente de emprender la construcción de una democracia participativa, al establecer que:

> *El pueblo de Venezuela ... con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica ...; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente* … (Subrayado Nuestro).

3. Principios fundamentales

Entre los fines del Estado se destaca en la Constitución: "... el ejercicio democrático de la voluntad popular ..." (art. 3).

La soberanía reside en el pueblo, y se ejerce:

Directamente: en la forma prevista en la Constitución y las leyes.

Indirectamente: mediante el sufragio por los órganos que ejercen el Poder Público (art. 5).

4. Preceptos constitucionales de democracia participativa

En la Constitución de 1999 se consagra el gobierno democrático, participativo y de mandatos revocables se describe ampliamente los derechos políticos, entre los que se destacan los referendos, y se establecen diversos mecanismos para permitir y favorecer la participación ciudadana en la actividad de los órganos del poder público y de la administración pública. A continuación los señalamos someramente.

A. Gobierno democrático (art. 6)

En los tres niveles del Poder Público, el Gobierno venezolano es *democrático, participativo,* electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de *mandatos revocables.*

B. En lo que respecta a los derechos políticos

Se establece el derecho que tiene todo ciudadano a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes electos (art. 62).

Se considera el sufragio sólo como un derecho, a diferencia de la Constitución derogada, que también lo consideraba un deber (art. 63).

Se consagra el derecho de todo ciudadano a exigir a sus representantes, rendición de cuentas (art. 66).

Se mantiene el derecho a asociarse con fines políticos. En el nuevo texto se sustituye la expresión *partidos políticos* por *asociaciones con fines políticos*. No hay monopolio del partido político, en cuanto a la actividad política, como sucedía en la Constitución de 1961. Se establece la participación electoral por iniciativa propia, y no sólo por las organizaciones políticas (art. 67).

También se mantiene el derecho a manifestar pacíficamente y sin armas (art. 68).

Medios de participación: Se establece entre otros, la elección de cargos públicos, los referendos, la consulta popular, la iniciativa legislativa, la iniciativa constitucional, y el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos (art. 70).

Los referendos: la Constitución dedica cuatro (4) artículos a los referendos (art. 71-74).

(a) Consultivo (art. 71)

Contenido de la consulta: materias de especial trascendencia nacional (también estadal, municipal y parroquial).

Se establece la iniciativa popular por parte del 10% de los electores inscritos en el REP.

(b) Revocatorio (art. 72)

Se establece el principio según el cual todo cargo por elección es revocable.

Para su realización debe haber transcurrido la mitad del periodo correspondiente.

Sólo se establece la iniciativa por parte del 20% de los electores inscritos en el REP.

Condiciones:

Participación en el referendo: 25% de los inscritos en el REP.

El efecto revocatorio se produce si el voto favorable a la revocación se da en número igual o mayor al obtenido por el funcionario en su elección.

Sólo se puede solicitar un referendo revocatorio por período.

(c) Aprobatorio (art. 73)

Para aprobar proyectos de ley en discusión. Por decisión de 2/3 de los miembros de la Asamblea Nacional.

En caso de tratados, convenios, acuerdos internacionales que comprometan la soberanía o transfieran competencia a órganos supranacionales, la iniciativa corresponde al

Presidente en Consejo de Ministros, a 2/3 de los miembros de la Asamblea Nacional, y al 15% de los electores inscritos en el REP.

(d) Abrogatorio (art. 74)

Para derogar leyes. La iniciativa corresponde al Presidente en Consejo de Ministros y al 10% de los electores inscritos en el REP.

En caso de decretos con fuerza de ley (por Ley Habilitante), la iniciativa sólo corresponde al 5% de los electores inscritos en el REP.

Se establece como requisito de validez, la participación del 40% de los electores inscritos en el REP.

Excepción: no podrán ser sometidos a referendo abrogatorio las leyes relativas a presupuesto, impuestos, crédito público, amnistía, derechos humanos, aprobación de tratados internacionales.

No podrá realizarse más de un referendo abrogatorio, para la misma materia, en el mismo período.

C. En cuanto a la organización del Poder Público

Se ha producido la incorporación de diversos mecanismos para favorecer la participación ciudadana, así tenemos que:

(a) Administración Pública

Se establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, entre otros, en el principio de la participación (art. 141).

Los ciudadanos tienen el derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública; y al acceso a archivos y registros administrativos; no se permite censura a funcionario que informa sobre asuntos bajo su responsabilidad (art. 143).

(b) Poder Público Estadal

Se prevé la creación del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, con representación de las comunidades organizadas, así como de Alcaldes y concejales (art. 166).

(c) Poder Público Municipal

Incorpora la participación ciudadana a las actuaciones del Municipio (art. 168).

Se prevé la descentralización y transferencia a comunidades y grupos familiares organizados (art. 184).

(d) Consejo Federal de Gobierno

Es el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Público Nacional a los Estados y Municipios, y en su integración incluye representantes de la sociedad organizada (art. 185).

(e) Poder Judicial y Sistema de Justicia

El Sistema de Justicia está constituido, entre otros, por los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la Ley (art. 253).

La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces (art. 255). Esto obliga a una necesaria reforma legislativa.

Se establece la Justicia de Paz, como parte del sistema. Los jueces de paz serán elegidos (art. 258).

III. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Nos referiremos en esta ocasión, de manera esquemática, al marco orgánico Constitucional dentro del cual deberá desarrollarse la organización del Poder Municipal.

1. Organización del territorio

El territorio venezolano se *organiza* en municipios, no se divide en municipios. Esto podría contribuir a superar la errónea interpretación que hasta ahora ha influido en la creación de municipios y parroquias (art. 16).

2. División política

Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales (art. 16, encabezamiento).

Una ley especial establecerá una unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre un sistema de gobierno municipal de dos niveles ... (art. 18, segundo aparte). Esos dos niveles incluye el Distrito Metropolitano (Distrito Capital), los municipios del Estado Miranda, que constituyen una sola realidad urbana integrada a la ciudad de Caracas, y el Municipio Libertador, herencia de la anterior organización del Estado venezolano (Distrito Federal); este último, atendiendo a las realidades urbana, económica, social y comunitaria, podría dar origen a nuevos municipios.

3. Organización del Poder Público Nacional

Distribución vertical del Poder Público: Municipal, Estadal y Nacional.

División horizontal del Poder nacional: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, *Ciudadano y Electoral*. Aunque manifestamos tener serias dudas de la rigurosidad jurídica de las expresiones *Poder Ciudadano* y *Poder Electoral*, consideramos conveniente e importante la autonomía de los correspondientes órganos (tema que requiere tratamiento aparte).

A. Legislativo

Asamblea Nacional (parlamento unicameral), número de integrantes según base poblacional de 1,1%; cada Estado elegirá tres (3) diputados, aparte de esa proporción. Representación indígena: 3 diputados designados respetando tradiciones y costumbres. Cada diputado tendrá un suplente. Periodo de 5 años, reelección por dos periodos consecutivos máximo (art. 186, 192). Función de control: interpelaciones, investigaciones, prguntas, autorizaciones, aprobaciones; pueden declarar responsabilidad política y solicitar acciones al Poder Ciudadano (art. 222).

B. Ejecutivo

Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y Ministros (art. 225).

Presidente: Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional (dirige acción de gobierno). Período de 6 años, reelección inmediata por una sola vez (art. 226 y 230).

Vicepresidente Ejecutivo: órgano inmediato y colaborador directo del Presidente como Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 238).

Ministros: órganos directos del Presidente, reunidos con él y con el Vicepresidente Ejecutivo, integran el Consejo de Ministros (art. 242).

Procuraduría General de la República: asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República (art. 247).

Consejo de Estado: órgano superior de consulta, recomienda políticas de interés nacional en aquellos asuntos que el Presidente requiera su opinión (art. 251).

C. Sistema de Justicia

La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos ... (art. 253).

Sistema constituido por: El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y demás Tribunales, Ministerio Público (lo que contribuye a dudar de la expresión *Poder Ciudadano*), Defensoría Pública, órganos de investigación penal, auxiliares y funcionarios de justicia, sistema penitenciario, sistema alternativo de justicia, *ciudadanos* que participan en la administración de justicia, *abogados* (art. 253, aparte único).

Autonomía funcional, financiera y administrativa (art. 254).

Ingreso por concurso público de oposición (art. 255).

Prohibido activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante; así como actividades privadas lucrativas incompatibles con su función. Los jueces no podrán asociarse entre sí (art. 256).

Simplificación, uniformidad y eficacia de trámites, procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (art. 257).

Se establece la Justicia de Paz y la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos (art. 258).

Se permite a pueblos indígenas aplicar, en su hábitat, instancias de justicia acordes con sus tradiciones ancestrales (art. 260).

Jurisdicción Penal Militar es parte integrante del Poder Judicial (art. 261).

TSJ: Sala Plena, y Salas Constitucional, Políticoadministrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social (art. 262).

Gobierno y Administración del Poder Judicial: TSJ - Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

D. Poder Ciudadano

Consejo Moral Republicano. Órganos: Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República. Con autonomía funcional, financiera y administrativa (art. 273).

Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano: representantes de diversos sectores de la sociedad (art. 279).

Defensoría del Pueblo: promoción, defensa y vigilancia de derechos y garantías. Unico periodo de 7 años. (art. 280). El Defensor goza de inmunidad en ejercicio de sus funciones (art. 282). Su actividad se rige por los principios de gratuidad , accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio (art. 283).

Ministerio Público: bajo dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República. Periodo de 7 años (art. 284).

Contraloría General de la República: órgano de control, vigilancia y fiscalización; goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa; funciones de inspección a organismo y entidades (art. 287). Periodo de 7 años (art. 288). Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional (FAN) es parte integrante del Sistema Nacional de Control (art. 291).

E. Poder Electoral

Consejo Nacional Electoral (CNE): ente rector (art. 292); integrado, para un periodo de 7 años, por 5 personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos, designados por votación de 2/3 partes de la Asamblea Nacional, 3 de ellos postulados por la sociedad civil (designados al inicio de cada periodo), 1 postulado por la Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidades Nacionales y 1 por el Poder Ciudadano, ambos designados a mitad de periodo (art. 296).

Organismos subordinados: Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral, Comisión de Participación Política y Financiamiento (art. 292).

Se rige por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana, descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinio (art. 294).

Comité de Postulaciones Electorales: integrado por representantes de diferentes sectores de la sociedad (art. 295).

4. Poder Público Estadal

Estados: entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena ... obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional (art. 159).

Constitución Estadal: competencia exclusiva de los Estados (art. 164).

Gobierno y administración: Gobernador, periodo de 4 años, reelección inmediata y por una sola vez, rinde cuenta de su gestión ante Contralor (art. 160 y 161).

Legislativo: Consejo Legislativo (entre 7 y 15 integrantes), periodo de 4 años, reelección por dos periodos máximo. La Ley nacional delimitará el régimen de organización y el funcionamiento (art. 162).

Contraloría: autonomía orgánica y funcional; designación por concurso público (art. 163).

Competencias concurrentes: (art. 165, encabezamiento) leyes de desarrollo (estadales), leyes de base (nacionales).

Transferencia a municipios: ordenamiento estadal regula los mecanismos (art. 165, único aparte).

Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 166).

En este esquema hemos excluido el municipio, al que se le da un trato aparte en este trabajo.

IV. VENEZUELA: ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

Además de la democracia participativa, el otro eje fundamental contenido en la Constitución de 1999, para entender el municipio venezolano en un nuevo contexto, es el Estado federal descentralizado.

1. Exposición de Motivos de la Constitución

El estado federal descentralizado es justificado en la exposición de motivos en clara oposición a la experiencia del desarrollo de la Constitución de 1961.

> *... el diseño constitucional consagra un Estado Federal que se define como descentralizado, para así expresar la voluntad de transformar el anterior Estado centralizado en un verdadero modelo federal con la especificidades que requiere nuestra realidad*

2. Preámbulo constitucional

Se identifica el Estado social de derecho y de justicia, pero también federal y descentralizado:

> *... con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica ... en un Estado de justicia, federal y descentralizado ...*

3. Principios fundamentales de la Constitución

Conforme al nuevo texto constitucional Venezuela es un Estado Federal, y a esos efectos dispone, en su artículo 4 que se trata de un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, texto semejante al contenido en la Constitución de 1961, lo que implicaría otra renovación del pacto federal.

Esto nos lleva a la necesidad de observar las peculiaridades de cada Federación, y entender que se trata de *nuestra Federación,* la cual está regida, de acuerdo con la Constitución (art. 4) por los siguientes principios:

Integridad territorial (Unidad Federal).

Cooperación (Federación Cooperativa).

Solidaridad (Federación Cooperativa).

Concurrencia (Competencias de diferentes entes sobre iguales materias).

Corresponsabilidad (No sólo de los entes territoriales sino de la sociedad).

4. Descentralización

No obstante la declaración del Estado federal descentralizado, en el texto constitucional encontramos algunos avances con respecto a la Constitución anterior, pero acompañados de importantes contradicciones, que pueden convertirse en concesiones al centralismo.

Competencia del Poder nacional: La nueva Constitución mantiene una muy amplia lista de competencias exclusivas del Poder Nacional (art. 156), que supera la del artículo 136 de la Constitución de 1961, lo que contrasta con la intencionalidad de lo contenido en el artículo 4 constitucional y el espíritu constituyente expresado en la Exposición de Motivos.

Se mantiene la cláusula descentralizadora (art. 157). Resulta significativo observar que se haya mantenido en la nueva Constitución el equivalente al artículo 137 de la Constitución de 1961. La Asamblea Nacional por mayoría de sus miembros puede atribuir materia de competencia nacional a estados o municipios, con el fin de promover la descentralización. De nuevo se deja en manos del legislador la posible decisión futura que permita desarrollar y profundizar el proceso de descentralización iniciado con la legislación aprobada en 1989. Pareciera que, aunque el nuevo texto se refiere a un federalismo descentralizado, la concreción del desarrollo del Estado federal venezolano será consecuencia de la voluntad concertada de los actores representantes de los diferentes niveles del Poder Público. La federación de nuevo se difiere.

Se concibe la descentralización como *una política nacional* (art. 158):

> Constituye un principio orientador del proceso de descentralización, cuya dinámica estará determinada por la actuación de los gobernantes regionales y locales, así como por la voluntad política descentralizadora del Poder Nacional.
>
> El objetivo es *profundizar la democracia* acercando el poder al ciudadano (la población, según el texto constitucional).
>
> Se persigue mejorar el ejercicio de la democracia y la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

La Constitución incorpora una nueva modalidad de descentralización: la *transferencia*, por parte de Estados y Municipios, de servicios *a comunidades* y grupos vecinales organizados, previa demostración de su capacidad para prestarlo; (art. 184). Esto podría constituir el ámbito más favorable para el desarrollo de las prácticas participativas, lo que implica vincular conceptualmente los términos descentralización y participación.

Consejo Federal de Gobierno (art. 185):

> Órgano de *planificación y coordinación de políticas y acciones* para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.
>
> Integrado por: Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, Gobernadores, un Alcalde por Estado, representantes de la sociedad organizada, los cuales se designarán de acuerdo a la ley.
>
> Tiene una Secretaría integrada por: Vicepresidente Ejecutivo, dos ministros, tres gobernadores, tres alcaldes.

Legislación de base y de desarrollo (art. 165).

Se distingue, a los efectos del tratamiento de las materias de competencia concurrente el carácter de las leyes nacionales, consideradas como leyes de base, mientras que las aprobadas por los estados son consideradas como leyes de desarrollo; legislación que estará orientada por los principios de:

> Interdependencia (Unidad e integridad territorial de la Federación).
>
> Coordinación (Federación Cooperativa - Descentralización como política de Estado, política nacional = art. 158. Es interés de todos).
>
> Cooperación (Federación Cooperativa).
>
> Corresponsabilidad (De entes territoriales y de la sociedad).
>
> Subsidiariedad (La actividad debe desarrollarla el ente más cercano al problema, los entes mayores intervienen subsidiariamente. Esto incluye a la sociedad como primera instancia).

Consulta: los estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos (art. 206).

De esta manera, la Constitución vigente define, mejor que la anterior, el marco general del Estado Federal, lo que contribuye a darle bases normativas más sólidas a la implantación de un sistema federal que habrá de ser el producto de la dinámica política y del desarrollo legislativo posterior, que no excluye las dificultades de la tensión que produce la contradicción con la tradicional tendencia centralista.

V. PERSPECTIVAS DE NUEVO MUNICIPIO Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES

1. Nuevo municipio

Para 1998 ya se había avanzado importantemente en el diseño de la normativa que reformaría el régimen municipal, la coyuntura electoral no permitió que se le diera continuidad a aquella discusión que venía realizándose de manera participativa por parte de la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados del extinto Congreso de la República. El debate constituyente de 1999 incluyó, en buena parte, los criterios que se venían manejando en aquella discusión, y de alguna manera han sido recogidos en el texto de la nueva Constitución. Corresponderá a la Asamblea Nacional darle el marco legal a ese nuevo régimen municipal, con una nueva Ley que habrá de ser una ley marco no uniformista como la aún vigente; asimismo corresponderá a los Estados atender a la organización de sus municipios, conforme a ese nuevo marco, y a los órganos y autoridades municipales crear la normativa local que permita el desarrollo de las municipalidades. Será una tarea de gran importancia para los municipios venezolanos.

A los efectos de los objetivos de este trabajo, nos referiremos, a manera de esquema, a los parámetros que nos fija la Constitución vigente para hacer realidad ese nuevo régimen municipal (Alan Brewer-Carías, 2000; Ricardo Combellas, 2001; Alirio Naime y Ana Dinizi, 2000).

A. Territorio

Municipio: unidad política primaria de la organización nacional, goza de personalidad jurídica y autonomía, dentro de los limites de la Constitución y la Ley (art. 168, encabezamiento). La Ley deberá establecer criterios flexibles para el régimen de creación, pero deberá ser rigurosa a los efectos del necesario cumplimiento de los requisitos que establezca.

Distrito metropolitano: conformado por dos o más Municipios de una misma entidad federal (áreas metropolitanas). Tal como se planteó en la propuesta de reforma de 1998, esta materia debería ser regulada por ley especial, la que de acuerdo con la Constitución, podrá establecer diferentes regímenes distritales. La creación y organización le corresponde al Consejo Legislativo, previa consulta popular. En el caso de municipios de distintas entidades federales, le corresponde la decisión a la Asamblea Nacional (art. 171 y 172).

Parroquia. El Municipio *podrá* crear parroquias, por iniciativa vecinal o comunitaria, pero ellas *nunca serán asumidas como divisiones exhaustivas* del territorio del Municipio (art. 173). Sólo deberá haber parroquias en las realidades municipales que lo requieran. La Ley deberá ototorgarle funciones definidas, a fin de hacer efectiva la existencia de estas entidades.

B. Organización

Se rige por la Constitución, leyes orgánicas nacionales, Constitución estadal y leyes estadales (art. 169, encabezamiento).

La ley deberá establecer diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración. La Constitución niega el uniformismo de la actual Ley (art. 169, único aparte).

Mancomunidad y modalidades asociativas intergubernamentales. La mancomunidad no es una entidad territorial; es el producto de la voluntad asociativa de entes territoriales. En principio se trata de la asociación de entidades de carácter local, pero la nueva Constitución prevé la asociación intergubernamental, lo que nos hace pensar en la posibilidad de acuerdos asociativos Estado - Municipio (art. 170)

Alcalde: (art. 174).

Órgano de gobierno y administración. La nueva Ley deberá atender a la definitiva separación defunciones previendo la designación del presidente de la Cámara Municipal.

Primera autoridad civil. Esto obliga a atender el problema del registro civil, materia en la que la ley deberá prever mecanismos que eviten las confrontaciones que se han presentado.

Venezolano, mayor de 25 años (se aumenta la edad).

Período: 4 años; elegido por mayoría; tal como estaba previsto en la propuesta de reforma de 1998.

Reelección inmediata por un periodo más, por una sola vez.

Concejo: (art. 175).

Órgano que cumple la función legislativa.

Los concejales serán elegidos en la forma prevista por la Constitución. La ley establecerá número y condiciones de elegibilidad.

Contraloría: (art. 176).

Órgano contralor, de vigilancia y fiscalización.

Dirigida por Contralor Municipal, designado por el Concejo, mediante concurso público.

Goza de autonomía. No es órgano auxiliar del legislativo municipal.

C. Autonomía

Permite al Municipio:

La elección de sus autoridades (art. 168, num. 1).

La libre gestión de las materias de su competencia (art. 168, num. 2).

La creación, recaudación e inversión de sus ingresos (art. 168, num. 3).

Y sus actos sólo pueden ser impugnados ante los tribunales competentes (art. 168, segundo aparte).

Participación:

Se incorpora el concepto de *participación ciudadana* al desarrollo de la gestión municipal ... sus competencias se cumplirán *incorporando la participación ciudadana* al

proceso de *definición y ejecución de la gestión pública* y al *control y evaluación* de sus resultados ... (art. 168, primer aparte).

Competencia:

En su contenido, la nueva Constitución resulta más generosa que la anterior en materia de competencia municipal, al establecerlas de una manera amplia, destacándose en su artículo 178 las siguientes:

Ordenación territorial y urbanística.

Vialidad urbana.

Ambiente.

Salubridad y atención primaria en salud.

Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico.

Justicia de paz y policía municipal.

Debemos entre ellas destacar la importancia de la incorporación de la Justicia de Paz como materia competencia de los municipios. Aunque también es un tema a ser tratado en un trabajo aparte, consideramos conveniente señalar que deberá ser reformada la Ley Orgánica de Justicia de Paz, a efectos de ser adaptada a la nueva fundamentación constitucional (art. 178 y 258), y hacer las correcciones requeridas según el examen de la experiencia vivida, y a los fines de animar el desarrollo de esta modalidad alterna para la solución de conflictos.

Finalmente, vale la pena compartir la preocupación que genera los comentarios expresados por Alirio Naime y Ana Denizi (2000; 149 - 150), también conocidos en los foros que con motivo de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) se realizaron en 1997 y 1998, en el sentido de atender a las posibilidades reales o limitaciones que tiene el municipio para enfrenar la respectiva prestación del servicio, en casos como el de la electricidad, acueductos y cloacas. La Ley deberá delimitar lo que corresponde al Municipio en estas competencias concurrentes.

2. Propuesta de nueva Ley Municipal

Existe un Proyecto de Ley Orgánica del Poder Público Municipal presentado por la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional creada para su elaboración y se está desarrollando la respectiva consulta, retardada por los inconvenientes producidos por la tensión vivida en el parlamento como consecuencia de la elección de su Directiva a comienzos de este año, en un ambiente dominado por la incertidumbre sobre los votos que garantizarían la mayoría requerida, luego por las consecuencias del debate sobre lo ocurrido en abril, y es probable que sufra un nuevo retardo como efecto de la tensión política vivida por el país. Ese Proyecto es producto del trabajo realizado desde mayo hasta finales de 2001, iniciado por el equipo de diputados y asesores de la Comisión Permanente de Política Interior, Justicia, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, con una amplia consulta desarrollada en diversos escenarios del territorio nacional, con la activa participación de diversas expresiones del sector público y privado, comunidades organizadas, autoridades y funcionarios municipales y estadales, universidades, diputados regionales y nacionales y numerosos ciudadanos. Posteriormente se constituyó una Comisión Mixta para la elaboración del Proyecto de Ley, entre las Comisiones permanentes de Política Interior, que había iniciado el trabajo, la de Participación ciudadana y

la de Administración y Servicios, fueron constituidos nuevos equipos, y se continuó el análisis de las propuestas que habían sido presentadas con aportes de los nuevos actores del proceso. En la confección del proyecto se animó la conformación plural de espacios de análisis y discusión, que permitió recoger "la diversidad de opiniones de todos los factores involucrados en ese largo, complejo e integral proceso de consulta y elaboración", lo que permite apostar a un buen texto legal. (Exposición de Motivos).

En cuanto a la nueva denominación, el proyectista considera que "el uso del adjetivo *Régimen Municipal* ... se convierte en insuficiente e inapropiado...", lo cual se fundamenta en las siguientes razones:

1. La calificación de poder Público que otorga la nueva Constitución.

2. La condición inferior del campo de aplicación de la normativa que ese adjetivo ampara.

3. El rango superior del objeto de la ley que ordenan las nuevas disposiciones constitucionales.

4. El carácter de innovación en el cuerpo doctrinario que implica los principios y preceptos relativos al ámbito del Poder Municipal y la amplia transformación en el orden de las relaciones administrativas, políticas y sociales instituida para el marco de la vida local a partir del mandato constitucional.

De acuerdo con el proyectista el resultado de esta "creación legislativa debe ser el de un Poder Público Municipal modesto pero capaz de constituir el orgullo de una ciudadanía transformadora" que atienda a los retos de desarrollo social y económico en el marco de la democracia participativa y la disciplina de la gestión expresada en principios de transparencia, servicio público, sostenibilidad, solvencia fiscal, efectividad y eficiencia, rendición de cuentas y evaluación de desempeño. Y concibe *la esperanza del Municipio posible* como una entidad político territorial que pueda ser un escenario eficiente de la democracia local, con instituciones de gobierno y administración comprometidas con el más estricto cumplimiento del principio de legalidad, apropiadamente dotada de medios financieros y de gerencia y sometida a evaluación de gestión; un espacio y un instrumento institucional para el ejercicio del derecho de los ciudadanos a ser protagonistas efectivos en la formulación, ejecución y control de la gestión pública; una instancia de gestión planificada y ordenada del territorio. (Exposición de Motivos).

Asimismo, en el articulado del proyecto se puede observar la continuidad del debate abierto y participativo que se había iniciado en los años finales del extinto Congreso (1997 y 1998), cuando se aspiraba reformar la todavía vigente LORM, espíritu que también formó parte del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente y que se ha expresado con semejante coherencia en el contenido del texto constitucional en esta materia; por lo que abrigamos esperanzas en un texto legislativo superior a la LORM de 1989 y con menos desatinos y contradicciones que las leyes para la descentralización hasta hoy creadas. La revisión de aspectos particulares acerca del contenido de ese articulado, será tratada en otra oportunidad, como objeto de un trabajo aparte.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999,* Editorial Arte, Caracas 2000.

-*Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999,* Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas 2001.

COMBELLAS L., Ricardo, Derecho Constitucional, *Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 2001.

ESCALONA, Juan Jacobo, "Descentralización, municipio y participación, nuevas oportunidades para el desarrollo institucional en Venezuela" en *Cuestiones Locales* N° 2, Centro de Estudios Políticos y Administrativos UC.

HENAO HIDRON, Javier, *El Poder Municipal*. Editorial Temis, Bogotá 1998

NAIME, Alirio y DINIZI, Ana P., *Estados y Municipios en la Constitución de 1999,* Paredes Editores, Caracas 2000.

OROPEZA MARTÍNEZ, Humberto, *Administración Pública Municipal. Estudio preliminar del municipio libre,* Editorial Trillas, México 2001.

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Enrique Orduña Rebollo
Secretario General de la Organización Iberoamericana
Cooperación Intermunicipal (OICI)
España

I. LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS

Una invitación a participar en el Homenaje al ilustre profesor Allan R. Brewer-Carías, muy admirado maestro y amigo desde los ya lejanos tiempos del Instituto de Estudios de Administración Local de España, me permite volver a comparecer ante los ámbitos doctrinales Iberoamericanos, muy especialmente el tan querido de Venezuela.

Dicha invitación me facilita la ocasión para realizar algunas reflexiones sobre la organización del Estado y la distribución territorial del poder en España, realizados desde una doble perspectiva institucional e historicista, al poner en práctica lo que se ha venido en denominar *Historia del Tiempo Presente*, concepto ampliamente utilizado por la historiografía contemporánea.

En un foro internacional como el que hoy nos acoge, después de la reforma constitucional de 1999 en Venezuela y veintitrés años, día a día que se aprobase la Constitución Española, resulta en extremo oportuno realizar algunas reflexiones sobre ésta, su vigencia y, en especial, la articulación entre el Estado y sus instituciones territoriales: Comunidades Autónomas y Municipios.

1. Vigencia de la Constitución de 1978

Este planteamiento nos obliga a analizar en primer lugar las previsiones territoriales de la Constitución Española de 1978 (En lo sucesivo CE), deteniéndonos en las instituciones y entidades de tal índole que disfrutan de la garantía constitucional reconocida en el Título VIII.

Aunque se apunta la posible revisión de algunos temas constitucionales, después de 23 años de vigencia[1], en algunas Comunidades Autónomas surgen movimientos de opinión política que postulan una reforma del texto Fundamental aprobado en 1978. Esta reforma, para unos supondría la transformación del Estado de las Autonomías en un Estado Federal, mientras que otros, entre ellos un sector de los ciudadanos vascos, plan-

1. Al tiempo de redactar las presentes líneas ha venido a terciar en este debate el profesor JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, nuevo Presidente del Tribunal Constitucional, quien en su toma de posesión vino a señalar que la tarea del Alto Tribunal *ha de centrarse en contribuir a la buena vertebración del Estado*, debiendo contar ineludiblemente cualquier iniciativa de reforma o de *reelectura* constitucional, con el consenso entre las diferentes fuerzas políticas y sociales de hace veintitrés años. *V.*, *El País*, 16 de noviembre de 2001.

tean la necesidad de un proceso de autodeterminación de complejo, cuando no irrealizable, ajuste constitucional.

Al margen de consideraciones teóricas sobre el concepto de autodeterminación, propio de los procesos descolonizadores de la segunda mitad del siglo XX, los sectores radicales del separatismo vasco propugnan una nuevo Estado independiente formado por las tres provincias Vascongadas, Navarra y el País Vasco francés. Lo que entra en el terreno de las utopías y merecería el desdén por su planteamiento, sí la aventura separatista no se hubiese convertido en un terrorismo irracional, que ha ocasionado más de 850 víctimas mortales, multitud de heridos con sus secuelas y miles de ciudadanos que viven atemorizados bajo la amenaza real de principios y comportamientos de naturaleza fascista.

Sin embargo la fortaleza del Estado se manifiesta permanentemente, las instituciones resisten estos embates y la ciudadanía apuesta firmemente por la democracia, la libertad y la paz, en un sistema político que los ha conquistado desde 1978 y al que nos está dispuesto a renunciar.

Respecto a la transformación del Estado de las Autonomías hacia un modelo federal, existe una corriente de opinión mantenida por sectores que entienden el camino hacia el federalismo como una derivación natural del Estado Autonómico, proceso en el que los factores históricos juegan un papel de gran relieve, junto a la consideración de España como una nación de naciones[2].

De momento y salvo alguna propuesta política, cuestionada incluso por sectores del nacionalismo, no supera la fase del debate pausado y doctrinal, centrado principalmente en los dos conceptos: federalismo simétrico y federalismo asimétrico[3]. Pues nadie puede ignorar que las Comunidades Autónomas españolas, no tienen un carácter homogéneo, sino que existen múltiples asimetrías, lo que ofrece mayores dificultades al encontrarse con diversas realidades histórico-jurídicas distintas entre unos territorios y otros, lo que se denomina hechos diferenciales, cuya relación aproximada sería:

-Existencia de una lengua cooficializada (gallego, catalán y vasco).

-Derechos forales civiles en diversas Comunidades Autónomas, los Derechos históricos en otras (País Vasco y Navarra),

---

2. Entre otros ACOSTA SÁNCHEZ, José, entre otros: ACOSTA SÁNCHEZ, José, "Federalismo y Confederalismo en las fuentes y horizonte del Estado Autonómico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. nº 21, Madrid 1999, pp. 61-106. AGRANOFF, Robert, "Federal Evolution in Spain", *International Political Science Review*. nº 4, Bevery Hills 1996, pp. 385-401. AJA, Eliseo, *El Estado Autonómico: Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza Editorial, Madrid 1999, 293 pp. BALDI, Brunetta, "La Spagna fra Regionalismo e Federalismo", *Instituzioni del Federalismo*, nº 5, Rimini 1998, pp. 917-936. BÖRZEL, Tanja R., "From competitive regionalism to cooperative Federalisme: The Europeanization of the Spanish State of the autonomies", Dentos Publius: *The Journal of Federalism* 30-02-2000, pp. 17-42. GARCÍA ROCA, Javier, *España Asimétrica: (Descentralización territorial y Asimetrías Autonómicas: Una especulación teórica)*, en "Jornadas sobre el estado Autonómico", INAP, Madrid 1997. pp. 51-75. LÓPEZ AGUILAR, J.F., "Hechos diferenciales y Federalismo competitivo", *Revista de Derecho Político*, nº 48-49, Madrid, 2000, pp. 13-29. MORENO, Luis, *La federalización de España. Poder político y territorio*, Siglo XXI. Madrid 1997, 195 pp. PÉREZ VILLALOBOS, M. Concepción, "El Desarrollo del Estado autonómico: las Técnicas del federalismo cooperativo", en *Estudios de Derecho Público Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Tecnos, vol. II, Madrid 1997, pp. 1305-1316.

3. GARCÍA ROCA, Javier, "¿A que llamamos en Derecho hechos diferenciales?", *Cuadernos de Derecho Público* nº 11, Madrid Septiembre-diciembre 2000. pp. 75 y ss. AJA, Eliseo, *El Estado autonómico. Op.cit.*. Alianza Editorial, Madrid 1999. Sostiene que el Estado autonómico es un sistema federal con *hechos diferenciales* y *Estas diferencias estructurales de algunas Comunidades Autónomas dan lugar a diferencias de status respecto del resto y alejan el modelo de los Estados Federales más consolidados, basados en la plena igualdad de sus entidades territoriales.*

-El régimen financiero foral mantenido a través de los Conciertos Económicos, (Navarra, Alava, Guipúzcoa y Vizcaya).

-La organización político administrativa diferente en los territorios insulares con los Cabildos y Consejos Insulares

-Las Comunidades Autónomas uniprovinciales,

-El caso de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla,

Estos son algunos de los hechos diferenciales y no los únicos, que complican considerablemente una definición simétrica y homogénea del sistema autonómico español[4].

De ello se deduce que si bien el Estado de las Autonomías permite diferenciación entre Comunidades Autónomas, por otro lado reconoce el derecho a la igualdad entre todos los españoles, tanto en los deberes como en los derechos, De manera que aquél sólo puede funcionar con un ejercicio permanente de solidaridad entre las Comunidades Autónomas, configurándose esta solidaridad como principio jurídico de rango constitucional es multilateral, por lo que debe existir comportamientos leales y favorables a todo el ordenamiento por todas las partes: Estado y Comunidades Autónomas[5].

Por tanto las propuestas reformistas constitucionales se refieren principalmente al contenido del Título VIII, que durante estos años ha servido, junto al artículo 2 y la Disposición Adicional 1ª, para transformar la organización del Estado, desde un modelo unitario y fuertemente centralista hacia otro autonómico y descentralizado[6], pero que además ha sido válido durante estos años. Quizá por ello la fórmula reformista, sin modificar prácticamente el título VIII de CE, puede encontrar un camino indirecto sobre el que existe un acuerdo mucho más amplio y que se refiere a la conversión del Senado en cámara territorial de representación de las Comunidades Autónomas, que sirva de cauce para la integración de los poderes territoriales[7].

Por lo general las propuestas de reforma se refieren a la composición y forma de elección de los Senadores, que salvo variables se realizarían por los órganos legislativos de las CC.AA. (procedimiento que se sigue actualmente para designar un senador por cada provincia) y el resto serían elegidos directamente por los ciudadanos de las respectivas CC.AA. No obstante, en otras propuestas se plantea la posibilidad de que podrían participar en los grandes debates los Presidentes de las CC.AA[8].

La mayoritaria coincidencia en la oportunidad de tal reforma, no es óbice para que también deba ser tomada con precauciones, ya que según López Aguilar se trataría de ampliar los cauces de participación de las CC. AA. en la formación de la voluntad del

4. GARCÍA ROCA, Javier, "España asimétrica (Descentralización territorial y asimetrías autonómicas: Una especulación teórica)" en *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*. INAP, Madrid 1997, pp. 49-76. LÓPEZ GUERRA; Luis, "Modelo abierto y modelo cerrado del Estado de las Autonomías" en *Asimetría.... op. cit.*, pp. 33-48. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Estado autonómico y hechos diferenciales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

5. GARCÍA ROCA, J., ¿A que llamamos…, *op. cit*. p. 106.

6. Sobre la posible reforma de CE, ALAEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, 433 pp.

7. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *Estado y Sociedad una visión desde Navarra*, Sahats, Pamplona 1997, p. 98. El autor, siendo presidente de la Comunidad Foral de Navarra, planteó en un debate en el Senado el año 1994 una serie de propuestas tendentes a reforzar el nivel autonómico partiendo de la reforma del Senado.

8. AJA, Eliseo, "El Senado", en *La Experiencia Constitucional 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 363 y ss. *La reforma constitucional del Senado sigue siendo necesaria para dotar a las CC.AA. de un foro de participación en el estado autonómico que evite la multiplicación de conflictos de competencias, que reduzca los excesos del Estado en la legislación básica, que promueva la colaboración de las CC.AA.* ….

Estado y en la definición de sus políticas básicas[9]. Cautelas reiteradas, como hemos visto, por el reciente elegido presidente del Tribunal Constitucional, profesor Jiménez de Parga, que no se muestra partidario de una reforma constitucional, y en caso de hacerse *debe contar ineludiblemente con el consenso de hace 23 años*.

2. Una reflexión sobre la Nación española

Aunque en la literatura científica y divulgativa de carácter político el tema ha sido de frecuente análisis y referencia , no podemos pasar por alto una reflexión sobre ello. Nuestra Constitución es tajante en su artículo primero cuando afirma que España se constituye en Estado social y democrático de Derecho. No hay pues ninguna vaguedad política o semántica en el principio territorial objeto de la Constitución: España. Aspecto que se olvida consciente o inconscientemente con demasiada frecuencia por determinados sectores políticos, que eluden pronunciar la palabra España y la sustituyen por el Estado Español[10].

Dicho concepto aparece en el artículo 3º de la Constitución de 1931, en una cuestión accidental para el tema que nos ocupa, como la ausencia de religión oficial, o en otras de mayor incidencia y calado político como los artículos 14 y 15 sobre las competencias exclusivas y el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, en el 21 sobre la prevalencia del Derecho estatal sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no estuviese atribuido a su exclusiva competencia por los Estatutos respectivos; o en el artículo 24.1º al referirse a la pérdida de la condición de español, etc. Pero donde adquiere un carácter fundamental es, precisamente, en el Decreto de la Junta de Defensa Nacional promulgado en Burgos (30-9-1936), cuando se nombró Jefe del Gobierno del Estado Español al general de división Francisco Franco[11].

La denominación Estado español sería repetida una y otra vez hasta la saciedad durante cuarenta años, indentificándose de forma interesada con otro concepto mucho más amplio y superior. Por eso la Constitución de 1978 vino a aclarar esta confusión, cuando en el mismo artículo 1º, párrafo 3º se refería la Monarquía Parlamentaria como la forma política del Estado español, y en el 56º que atribuye al rey la más alta representación en las relaciones internacionales. A lo largo de su articulado las múltiples referencias se hacen al Estado a secas, sin adjetivos calificativos, pues resultaría una obviedad insistir sobre su condición territorial o sobre su carácter de social y democrático de Derecho.

Por su parte, la palabra España aparece en el Título Preliminar y en el correspondiente a los Derechos y deberes fundamentales de forma reiterada, por ejemplo: al referirse a la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas (art. 3º. 3), a la bandera (art. 4º), a la misión de las fuerzas armadas para garantizar la soberanía e independencia de España,

9. LÓPEZ AGUILAR J.F., *Estado… op. cit.,* p. 112. Se refiere a proceder con todas las cautelas advertidas desde un principio por la doctrina.

10. Muy oportuna y recientemente, entre otros, AZURMENDI, Mikel, *La herida patriótica,* Taurus, Madrid 1998, p. 99: *"ETA ha logrado borrar radicalmente entre los nacionalistas vascos el término España, que ya nadie pronuncia aquí "...." España, ese país con su paisaje y paisanaje se pronuncia aquí el Estado español", esto es, "el epíteto del supuesto antagonista del pueblo que se ansía con Estado propio"*.

11. Entre otros: CABANELLAS, Guillermo, *La guerra de los mil días,* Grijalbo, vol. I, México 1973, pp. 656-657. PRESTON, Paul, *Franco Caudillo de España*. Grijalbo, Barcelona 1994. pp. 234-235. Al parecer el texto inicial fue redactado por el catedrático de Derecho Internacional D. José YANGUAS MESSÍA y la manipulación se produjo al considerarse Franco como Jefe de Estado.

defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8º.1), en los casos de doble nacionalidad (art. 11º.3), los derechos de los extranjeros (art. 13.1º y 4), en el derecho y deber de los españoles a su defensa (art. 30º). En el Título III referido a la Corona aparece reiteradamente (arts. 56.2º, 57.1, 2 y 3), el derecho al sufragio (art. 68º.5), los Tratados internacionales (art. 96º.1), la jurisdicción del Tribunal Supremo (art. 123º.1), las obligaciones de las Comunidades Autónomas y el interés general (art. 155º.1).

Las referencias a los españoles o al pueblo español, en el que reside la soberanía nacional y del que emanan los poderes del Estado, son constantes disipando cualquier duda que pudiera surgir al respecto. No se quiera ver en lo anterior que premeditadamente adoptamos una postura españolista o nos encuadramos en un trasnochado nacionalismo español. Conceptos, por otra parte, usados reiteradamente de forma despectiva en los últimos tiempos, y que pueden encubrir un deseo de enfrentamiento, para referirse a los que siguiendo un orden general y común de los ciudadanos y de la cultura llamamos a las instituciones por su nombre, sin subterfugios o ambigüedades. Bastante lamentable es que durante mucho años el autoritarismo manipulase y utilizase conceptos superiores que en ningún momento eran de su patrimonio y mucho más en nuestros días identificar a los que los usan, ejerciendo su derecho, con lo que resultó periclitado en diciembre de 1978[12].

Coincidiendo con la opinión del profesor García de Cortázar de que el conocimiento de la Historia nos protege de las fabulaciones y los mitos de las elaboraciones nacionalistas[13], no podemos menos de hacer una sucinta referencia a los orígenes del concepto España en nuestra historia. Al referirnos a los hechos que de alguna manera condicionaron nuestro panorama territorial, se deben incluir los motivados por conquistas, acciones militares, matrimonios, herencias y otras cuestiones que afectaron a la existencia, división, fusión o separación de los diversos reinos que constituían la Hispania medieval, nombre con el que se conocían desde el siglo VIII los dominios musulmanes peninsulares y desde mediados del XI el territorio cristiano de la Península Ibérica, como se recoge en los documentos, textos y crónicas, palabra tardolatina que pasando los años se expresaría en la versión romance de España, como recientemente y con su acostumbrada brillantez expuso el profesor Valdeón Baruque, en su discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia[14].

Por ejemplo, Sancho el Mayor de Navarra (1005-1035), tomado como modelo en algunos textos de corte nacionalista, que dominó el norte peninsular desde Santiago de Compostela a Barcelona, en los últimos años de su reinado se le conocía como Rex Hispaniarum. Las Españas o la Monarquía Hispana, como manifestación de poder de los siglos XVI en adelante eran conceptos al uso y que todos entendían: los peninsulares y los extranjeros, por lo que ya en el siglo XVII las referencias a España eran usuales en los textos y en los documentos públicos o privados, entendiendo como tal el espacio peninsular e insular, reservando la enumeración de reinos, condados y señoríos en los

12. De gran interés el trabajo de MORALES MOYA, Antonio,"En torno al nacionalismo español actual" en *Las claves de la España del Siglo XX. Nacionalismos e imagen de España,* Sociedad Estatal Nuevo Milenio. Madrid 2001. pp. 187 a 196.

13. GARCÍA DE CORTAZAR, Fernando, "A la búsqueda de España", *Diario El Mundo,* Madrid, Marte 17 de noviembre de 1998. p. 57.

14. VALDEON BARUQUE, Julio, *Las raíces medievales de España,* Discurso leído el día 9 de junio de 2001, en el acto de recepción pública por el Excmo. Sr…., Real Academia de la Historia, Madrid 2002, 88 p.

que el rey actuaba como cabeza visible de aquella unidad territorial, que no política, convertida en realidad desde 1512 con la incorporación del reino de Navarra.

Las manipulaciones de un pasado inmediato, pero cada vez más lejano, acuñaron conceptos como *Unidad nacional* atribuyéndosela a los Reyes Católicos. Nada más lejos de la realidad, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón lograron merced a su matrimonio, y a la muerte de Juan II de Aragón en 1479, la unidad territorial de las dos Coronas de Aragón y Castilla, en 1492 conquistaron Granada, Melilla e incorporaron Canarias y sobre todo los extenso territorios de las Indias Occidentales. Después de muerta la reina se produjo la integración de Navarra. Pero esta unidad territorial vinculada a las personas no supuso la integración política, pues incluso Fernando el Católico tuvo que salir de Castilla a la muerte de la reina y contrajo matrimonio con el propósito de dividir de nuevo el reino dual si hubiese tenido descendencia.

Superado este paréntesis, la configuración de la Monarquía Hispana en los albores del siglo XVI tenía diversos componentes, junto a una Castilla más unitaria, pero que incluía la presencia de unas provincias auténticamente autónomas, como sería el caso de las tierras americanas, estaba la Confederación aragonesa, como la definió Sánchez Albornoz al referirse a las relaciones entre los tres reinos de Aragón, Valencia, Mallorca y el Condado de Cataluña, sin que la hegemonía de uno primase sobre la de otro, e insistió en considerar la cualidad autónoma de la Cataluña medieval dentro de la confederación catalano-aragonesa[15].

Por estas causas, Von Ranke vislumbró hace más de un siglo que la larga lista de títulos de los Habsburgos era algo más que una ostentación y respondía a una realidad política, pues su monarquía no era igual en Castilla que en Aragón y en Guipúzcoa su poder emanaba del hecho de ser barones y señores hereditarios de aquellas tierras[16].

Además el concepto nación es producto de expresiones políticas formuladas casi tres siglos después, por lo que la idea de unidad nacional afectó a la Italia de Cavour o a la Alemania Bismarquiana, pero en el caso de España tal cuestión no se planteó, por el contrario, existió a partir del segundo tercio del siglo XIX una corriente reivindicativa de los derechos y la peculiaridades históricas de aquellos territorios que eran poseedores de ellas y que desde el siglo XVIII hasta aquel momento habían sido reducidos al centralismo, primero del absolutismo y después del Estado liberal, al final de guerras en las que se mezclaban las cuestiones de las autonomías territoriales con otras de diversa índole política y económica[17].

3. El proceso descentralizador iniciado en 1978

Cuando en la España decimonónica se instauró el Estado Constitucional, se optó por un sistema centralista, sin concesiones a las autonomías territoriales. Se realizó a fines de 1833 una división del territorio nacional en provincias, cuya dependencia guberna-

15. SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, *Del ayer de España. Tres problemas en el hacer de España. Cataluña en España*, Madrid 1973, pp. 272-276.

16. RANKE, Leopold Von, *Pueblos y Estados en la Historia Moderna*, FCE, México 1979, p. 275. No olvidemos que los territorios americanos se integraron institucionalmente en la Corona de Castilla y de forma exclusiva.

17. Una aproximación bibliográfica con los antecedentes de una administración autónoma vasca en ORDUÑA, E., "Ensayo sobre fuentes bibliográficas del Estatuto de Autonomía del País vasco", en *I Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del Vasco*, IVEAP, Oñate 1983, pp. 1652 y ss. Con anterioridad nuestro *Estudio Preliminar al Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1979, 37 p.

mental era su característica más notable y en el escalón inferior los Municipios, sujetos a un intervencionismo superior en los más mínimos detalles de su funcionamiento. Aunque tal modelo de organización centralista fue exclusivo entre 1836 y 1978, con algún paréntesis en los años treinta del siglo pasado, no podemos ignorar la tradición española en materia de descentralización, referido principalmente al caso americano, como muy bien ha señalado en diversas ocasiones el profesor Brewer-Carías[18].

Hemos de hacer una pausa retrospectiva, pues en estos años las Comunidades Autónomas se constituyeron de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, instrumentos normativos no otorgados por ningún poder foráneo a su ámbito, sino elaborados y aprobados por los representantes democráticamente elegidos por ellos. Tramitados parlamentariamente, su aprobación definitiva correspondería en los casos de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía a referéndum entre sus ciudadanos, (Art. 151), para el resto de las Comunidades Autónomas serían ratificados posteriormente por las Cortes Españolas, y promulgados todos ellos mediante Ley Orgánica.

En muchas ocasiones hemos caído en el tópico del amplio camino recorrido desde diciembre de 1978, aunque también hemos señalado no sólo algunas deficiencias de la distribución de competencias y la asignación de recursos a las Administraciones locales, sino la conveniencia de alcanzar el cierre del proceso autonómico español. Pero una imprescindible visión historicista, nos obliga desde una perspectiva, aún corta, a hacer un intento de reflexión retrospectiva.

A principios de 1983 se habían aprobado todos los Estatutos de Autonomía en la España peninsular e insular, proceso concluido en 1995 con la aprobación de los Estatutos de las ciudades de Ceuta y Melilla. Durante aquellos cinco años, 1978-1983, los más tensos y complejos del período, se consiguió, como ya hemos señalado y pese a la oposición decidida de algunos sectores de la sociedad, transformar un Estado de corte centralista y unitario en otro descentralizado y autonómico.

La oposición a este cambio que afectaba principalmente a la organización territorial de España, no provenía sólo de sectores ultramontanos, sino que podía apreciarse también, y esto era lo más grave, la existencia de una cultura centralista que calaba profundamente en la sociedad española, inmersa en ella no sólo durante los 40 años anteriores, sino desde el siglo XIX, con el tímido y frustrado paréntesis de la experiencia republicana de 1931-1936.

Frente a esta actitud se situaba una opinión distinta, localizada mayoritariamente en determinados territorios de la periferia, -Cataluña, País Vasco, Galicia- aunque comenzaba a ser notable en otros lugares de España, -Andalucía, Valencia, Baleares, Canarias, las dos Castillas, Extremadura, etc. En definitiva una situación compleja resuelta poco a poco, salvando escollos, evitando estridencias que agraviasen a cualquiera de las partes, haciendo un ejercicio de contraste de pareceres, debates más o menos serenos y por encima de todo la observancia del principio democrático, dentro del espíritu de *Consenso*, que también tendría sus detractores anclados en el radicalismo.

Para muchas personas poco avisadas de nuestro pasado histórico, era sorprendente que conceptos como autonomía y descentralización, banderas en otro tiempo asignadas, con más ligereza que efectividad, a las opciones políticas de la izquierda ideológica, apareciesen asumidas por el centrismo gubernamental y más que toleradas por la derecha democrática. En consecuencia la dinámica social esta vez, como había sido habi-

18. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la revolución americana (1776) y la revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 102 y ss.

tual, no fue por delante de la realidad política, defecto perceptible en muchas ocasiones de la historia española, con las consecuencias negativas que ya conocemos.

Sin embargo hoy debemos plantearnos algunas preguntas a la vista de lo acaecido en los años pasados: ¿e llegó tarde para la solución de problemas seculares?, ¿estuvo la clase política a la altura de las circunstancias para conseguir el delicado y necesario equilibrio ante una reforma tan profunda?.

La primera pregunta tiene una respuesta negativa, pues las reformas políticas son el resultado de una demanda en un momento determinado y sí durante los veintitrés años siguientes no se rompe el modelo adoptado, éste merece una interpretación favorable.

La segunda respuesta entendemos que es positiva por razones análogas. Ahora bien, hemos de tener presente que en la práctica, ningún Texto Fundamental es cerrado, por lo que pueden hacerse interpretaciones ponderadas del mismo, siempre menos arriesgadas que cualquier reforma, aunque sea prudente, por las tensiones y recelos que provoca. De cualquier forma, nunca debe excluirse una u otra posibilidad.

Las dificultades salvadas por los constituyentes de 1978 comenzaban por cuestiones filológicas y semánticas: no podía definirse literalmente un modelo de Estado Federal (temor a la experiencia republicana de 1873)[19], el concepto región era rechazado por unos, que consideraban superados los modelos regionales clásicos experimentados en el período de 1931-1936, por cuya razón, precisamente, contaban con la oposición de otros. Finalmente se optaría, como todos sabemos, por el término nacionalidades y regiones, que de alguna manera podía condicionar la existencia de dos categorías territoriales, aunque para alejar dudas e interpretaciones parciales se reiteraban una y otra vez los principios de igualdad y solidaridad.

Durante cuarenta años quedó desterrado de la terminología habitual el vocablo región y su exclusión afectaba no sólo a los medios de comunicación, rígidamente censurados y controlados, sino a cualquier publicación, aunque fuese de carácter científico, salvo correr el grave riesgo de ser acusado de separatista. Sólo a fines de los cuarenta se hablaría de geografía regional; en la perspectiva económica, los estudios de los Consejos Económicos Sindicales del verticalismo, de clara connotación con la economía regional, se realizaban a escala provincial, primando el análisis económico provincial frente al regional, ignorando la existencia de una economía vasca, catalana, castellana, etc.[20].

En contadas ocasiones se hacían estudios de las Cuencas a través de las Confederaciones Hidrográficas. Incluso en el orden urbanístico, que superaba el marco exclusivamente territorial, para entrar en los ámbitos jurídicos, el profesor Martín Mateo creaba un concepto nuevo: *el regio urbanismo*, que enmascaraba una interpretación regionalista de la ordenación urbana.

Sin embargo las limitaciones, las censuras y las sanciones eran ni más ni menos que la manifestación de la incapacidad y la impotencia para eliminar principios de autoafirmación y recuperación de las raíces, que calaron profundamente en la sociedad, mani-

19. Había y hay, personas que atribuían con exclusividad al modelo federal la condición republicana de la Jefatura del Estado. Por el contrario otros, entre ellos: MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Autonómico*, IEAL, Madrid 1984. pp. 62 y 63 admite que los dictados de nuestra Constitución hace posible *una andadura autonómica estatutaria que desemboque en el Estado Federal*. Recientemente AJA, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid 1999, mantiene que el Estado autonómico es un sistema federal con hechos diferenciales.

20. SUÁREZ SUÁREZ, Andrés y ORDUÑA REBOLLO, Enrique, *Bibliografía española de Economía Regional*, Academia, León 1979.

festándose en un deseo generalizado de obtener una amplio grado de autonomía en los niveles territoriales y en el marco del ejercicio de las libertades públicas.

Por ello, la doctrina sobre descentralización y autonomía territorial, emanada de los ámbitos docentes del derecho público, tuvo un desarrollo notable en los últimos años del régimen autoritario, aunque en un marco estrictamente científico con múltiples referencias al derecho comparado con especial atención a los modelos italiano o alemán y en menor medida al americano[21].

Podemos indicar que no era muy abundante la dedicación a los planteamientos descentralizadores propios, aunque ahora se puede alegar que desde mucho antes de 1975 se había abordado el problema regional con referencia a España. Por ello, y salvando la exhaustividad de los repertorios, hemos de remitirnos a nuestros trabajos de recopilación bibliográfica sobre la temática regional, iniciado tempranamente en la revista Ciudad y Territorio y ampliada en 1977 a Documentación Jurídica del Ministerio de Justicia, donde se puede apreciar con bastante aproximación la producción bibliográfica sobre la cuestión regional española desde la perspectiva del derecho público[22].

4. El desarrollo autonómico

El proceso descentralizador iniciado en 1978 ha mantenido una dinámica permanente traducida en los múltiples decretos de transferencias de competencias, asignación de recursos y medios previstos en la legislación sobre financiación[23]. Indudablemente el muy aceptable funcionamiento de todo el modelo autonómico tiene en estos principios su razón.

Por ejemplo, es generalmente reconocido que los contenidos autonómicos de Cataluña, País Vasco, Galicia o Andalucía y el resto de las CC.AA. desde hace cinco años, han adquirido unos niveles superiores a los que disfrutan los länder alemanes o las regiones italianas. En los esquemas que con frecuencia aparecen en libros, documentos y otras publicaciones, se observa que todas las Comunidades Autónomas están dotadas de órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, que reciben variados nombres en función de las denominaciones de sus Estatutos[24].

---

21. Por nuestra experiencia en el ámbito documental, nos consta que un clásico norteamericano como la obra de HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, 2ª ed., México 1958, era prácticamente desconocido por aquellos años fuera del entorno docente del derecho público

22. ORDUÑA ORDUÑA REBOLLO, E., "Ensayo de Bibliografía y Fuentes sobre temática regional española", *Ciudad y Territorio*, nº 3, Madrid 1971, pp. 80-93, nº 1, 1973. pp. 87-90, "Fuentes bibliográficas históricas, jurídicas y políticas para el concepto de Región en España", *Documentación Jurídica*, nº 13, Madrid enero-marzo 1977, pp. 73-155. Cerraríamos este ciclo de aportaciones bibliográficas con nuestra colaboración a la obra dirigida por los profesores L., AGUIAR DE LUQUE y R., BLANCO CANALES, *Constitución Española 1978-1988*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

23. Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas. Ley 14/1996 de 30 de diciembre de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas. Ley 29/1990 de 26 de diciembre del Fondo de Compensación Interterritorial. El Método para la aplicación del sistema de financiación de las CCAA para el quinquenio 1997-2001 se aprobó por Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 23 de septiembre de 1996. En la actualidad se anuncia un nuevo cambio en la legislación, basado mayoritariamente en la experiencia del quinquenio aún en vigor.

24. Es significativa la anécdota de que después de los acuerdos del Viernes Santo, visitó la Comunidad Autónoma del País Vasco en el año 2000, uno de los líderes del IRA, que fue recibido como un heroe, pero que quedó asombrado al conocer el grado de autonomía contenido en el Estatuto Vasco, la organización de la CCAA y las competencias ejercidas, cuestiones de las que en Irlanda estaban muy lejos de alcanzar, aún con las interpretaciones más favorables del proceso de paz.

Al principio del proceso autonómico la diferencia competencial entre unas Comunidades Autónomas y otras las podíamos encontrar en las de carácter exclusivo asumidas en los respectivos Estatutos, previstas en el artículo 148 de CE, así como el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de sus respectivos territorios de la legislación básica del Estado en una larga relación de funciones. Ahora bien, después de las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía, de acuerdo con el art. 148.2 de CE, tales diferencias pueden sintetizarse en una pocas materias, entre las que citaremos la Educación, prácticamente transferida en el momento actual, la existencia de Policías Autonómicas y poco más [25], haciendo salvedad claro es, de los mencionados hechos diferenciales que confieren a todo el proceso el carácter de asimétrico.

Merced a sucesivos acuerdos entre las fuerzas políticas se ha conseguido el desarrollo de los Estatutos de Autonomía, alcanzando las elevadas cotas de autogobierno que ostenta en la actualidad. Este proceso se inició con el Informe sobre Autonomías Territoriales, redactado por la Comisión de Expertos bajo la presidencia del profesor García de Enterría, del que se dedujeron los Pactos Autonómicos de 1981, cuando aún no se habían aprobado la totalidad de los Estatutos de Autonomía, lo que supondría la culminación legal del proceso de organización en 1983 con la Ley Orgánica 5/1983[26].

Los Pactos Autonómicos de 1981 permitieron el cierre de la organización territorial del Estado que se concretó en 17 CC.AA, once pluriprovinciales y seis uniprovinciales, frenando los intentos de fragmentación y proliferación que hubiese supuesto la aparición de otras Comunidades de estas últimas características; además se acordaron otros extremos referentes a la mecánica de transferencias, régimen local y la elaboración de un proyecto de ley de armonización del proceso autonómico, que se conoció como la LOAPA.

Llevadas a buen términos las previsiones acordadas y aprobados los Estatutos de Autonomía de las 17 CCAA, se falló la Sentencia 76/1983 de 5 de agosto del Tribunal Constitucional, que además de marcar el fin de lo que podemos considerar como el primer período autonómico, introdujo una garantía fundamental para la competencia autonómica que se conocerá como *Reserva de Constitución.* De ello se deducía que el legislador estatal no estaba facultado para armonizar ni homogeneizar el contendido o la distribución de competencias, pues éstas se encontraban limitadas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, únicos elementos que diseñaban el reparto competencial y los legisladores estatales no podían incidir en dicho reparto, bajo la disculpa de su interpretación[27].

Esta Sentencia es una de las manifestaciones jurisprudenciales más importantes pronunciadas por el Alto Tribunal en interpretación de la CE. Pero la jurisprudencia del

25. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas elaborados de acuerdo con el artículo 143 de CE, tuvieron sucesivas reformas en los años 1994 y 1997. Como es sabido las CC.AA. acogidas al art. 151 de CE son: Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía.

26. Esta Ley supuso la incorporación de la provincia de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuyo Estatuto de Autonomía había sido el último en aprobarse (Ley Orgánica 4/1983 de 25 de febrero)

27. Sobre la STC 76/ 1983, entro otros CRUZ VILLALÓN, Pedro, "¿Reserva de Constitución? (Comentarios al Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983 de 5 de agosto sobre la LOAPA)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, Madrid septbre. dic. 1983, pp. 185-208. LÓPEZ GUERRA, Luis, "La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías (1983-1993)", Oñate *Revista Vasca de Administración Pública* nº 36. Mayo-Agosto 1993. p. 71. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones", *REDC* nº 9, Madrid 1983, pp. 117-145. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Algunas reflexiones sobre la STC de 5 de agosto de 1983, relativa al proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico", *REDC* nº 9, Madrid 1983, pp. 147-184.

Tribunal Constitucional en materia de organización territorial del Estado, ni comenzó ni concluyó con la referida STC 76/1983, es más no resulta exagerado admitir que en los tres años anteriores se produjo una importante intervención del TC que fue interpretando y ordenando determinados puntos obscuros y a veces contradictorios del Título VIII de CE, por lo que se habló de *Estado jurisprudencial autonómico*[28].

Recordemos a tales efectos la STC 84/82 sobre el principio de autonomía, al asumir las CC.AA. sin excepción competencias legislativas. En las materias asumidas con carácter de exclusividad por las Comunidades, desaparece el principio de jerarquía para ser sustituido por el de competencia. También las Sentencias 32/81 de las Diputaciones provinciales catalanas y la 1/82 de Coeficientes de Cajas de Ahorros, por lo que el legislador estatal sólo fija los tratamientos comunes derivados de un interés general supraautonómico, pero además en tanto no se elaborasen las bases estatales, los legisladores autonómicos podían llevar a cabo su legislación de desarrollo, acorde con los principios constitucionales[29].

En esta segunda fase del proceso autonómico, comprendida entre la STC de la LOAPA y los Acuerdos Autonómicos de 1992, se fue consolidando paulatinamente el Estado de las Autonomías, desarrollando la actividad legislativa, administrativa y jurisprudencial, como vimos anteriormente. Pocos de los que diseñaron en 1978 el modelo autonómico, o los que creímos en él sospechaban que poco a poco se fueron venciendo dificultades, extendiéndose el sistema y sobre todo poniendo orden y racionalidad en una aparente confusión.

Fueron años de articulación y de rodaje para las CCAA del artículo 143 y de consolidación y perfeccionamiento para las del 151. Una revisión de los repertorios legislativos españoles del período nos facilitan una idea exacta de las numerosas normas de transferencias de competencias del Estado a las CCAA. Como era de esperar, al tiempo que avanzaba la construcción autonómica y se perfeccionaba el sistema surgían otras demandas, como la equiparación competencial entre todas las CCAA o la elevación de su techo. Fue una labor delicada, muy lenta para unos, muy veloz para otros, que desembocaría después de casi diez años de experiencia del sistema autonómico en el siguiente paso.

Los Acuerdos Autonómicos de 1992, supusieron la ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas constituidas por la vía del art. 143 de CE, una mayor homogeneización del modelo después de diez años de funcionamiento, respondiendo a la racionalización funcional del Estado y el desarrollo del principio de Cooperación ya formulado teóricamente para su aplicación al caso español por el profesor García de Enterría. En dichos Acuerdos se determinaron las técnicas y mecanismos para materializar las relaciones de cooperación por medio de las Conferencias Sectoriales, programas, convenios, etc.

El último paso dado hasta la fecha fueron los Acuerdos para la nueva reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 (1996-1998), lo que supuso la equiparación de competencias entre todas las Comunidades Autónomas iniciada en 1992[30]. Así, por ejemplo en estos tres últimos años fueron transferidas a

28. LÓPEZ GUERRA, L., *La segunda… op. cit*. p. 70.

29. *Ibidem*. Téngase en cuenta también GARCÍA ROCA, J., "El Tribunal Constitucional como Trbunal de Conflictos: Los Conflictos Constitucionales" en *La Experiencia Constitucional. 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 489-531.

30. FERNÁNDEZ DIEZ, Jorge, "El Desarrollo del Título VIII y el modelo autonómico español" en *Administraciones Públicas y Constitución*. INAP, Madrid 1998, p. 780.

la práctica totalidad de las CC.AA las competencias de Enseñanza no universitaria, que suponen el mayor conjunto de funcionarios de las Administraciones Públicas Españolas.

Aquí podríamos detener nuestra exposición para pasar al orden territorial siguiente: el local, pero por afectar a todo el conjunto, a propósito del reparto de competencias y su correspondencia con el gasto público entre los niveles territoriales españoles: Administración del Estado, CC.AA y Corporaciones Locales, es conveniente detallar esta evolución según los datos oficiales, pues sí en 1980 la Administración del Estado asumía el 90% del gasto Público, en 1999 ha disminuido al 61%, mientras que las CC.AA alcanzaron al 25,4% y las Corporaciones Locales se mantenían en el 13,6 %:

EVOLUCIÓN DEL REPARTO DEL GASTO PÚBLICO ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS[31]

Año	Admón. Estado %	CC.AA. %	Corporaciones locales %
1980	90,00	---	10,00
1981	87,33	2,95	9,72
1982	84,57	6,08	9,35
1983	80,22	7,92	11,86
1984	75,65	12,20	12,15
1985	73,15	14,12	12,73
1986	72,62	14,60	12,78
1987	71,28	16,13	12,59
1988	67,29	19,34	13,37
1989	66,44	19,75	13,81
1990	65,78	20,21	14,01
1991	64,78	21,51	13,71
1992	64,27	22,35	13,38
1993	64,18	22,76	13,05
1994	64,53	23,14	12,33
1995	65,01	23,12	11,87
1996	62,58	24,73	12,68
1997	61,23	25,72	13,05
1998	60,71	25,20	13,37
1999	61,00	25,40	13,60
2000	---	27,30	---

Se sabe que en el año 2000 las CCAA. Del artículo 143, al haber asumido las competencias de la Enseñanza no universitaria, gestionaron el 27,3 % del Gasto, datos que se alejan del modelo óptimo de distribución del Gasto territorial fijado en el 50, 25 y 25, en lo que se refiere a las Corporaciones Locales, pues las CC.AA. lo superaron en 1997,

31. FUENTE: *Informe económico Financiero de las Administraciones Territoriales. 1997*, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 1998, pp. 286-287. Para 1998 y 1999 los datos tomados de los Informes correspondientes a dichos años**.** Elaboración propia.

mientras que los Ayuntamientos y Diputaciones se mantienen en un porcentaje alrededor del 13 % y según todos los pronósticos les resultará imposible llegar al 25%.

II. LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL ESPAÑOLA

El largo camino recorrido entró, desde 1977, en una recta que permitía albergar fundadas esperanzas en el futuro democrático de los Municipios españoles, pues derogada la Ley 41/1975 de Bases del estatuto de Régimen Local, el 7 de octubre de 1978 (Ley 47/1978) y suprimido el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales el 1 de diciembre de 1978, se estaban dando los pasos preconstitucionales más importantes para el desmantelamiento del entramado legal del régimen franquista[32].

La Administración local española formada por 8.040 municipios y 50 provincias obtuvo con CE el objetivo por el que había pugnado el municipalismo español desde los orígenes del Estado Constitucional y que se plasmó en el reconocimiento y la garantía institucional de la autonomía de municipios y provincias (arts. 137, 140 y 141 de CE). Simultáneamente se reconocía la necesidad de una financiación adecuada que pudiese rescatar de la ruina económica permanente a los Ayuntamientos de España [33]

También la CE reconoció a las CC.AA. las competencias en materia de Régimen local que pudieran asumir en sus Estatutos de Autonomía (art. 148.1.20), como la alteración de términos municipales, comprendidos en su territorio[34], pero también *las funciones que corresponden a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen local*, de lo que se deducía que sólo determinadas materias de titularidad estatal podían ser transferidas a las CC.AA., concretamente aquellas que autorizase la legislación sobre Régimen Local, concepto que aparece por primera y única vez en la Constitución.

La cuestión fue interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que las CC AA podían legislar en las materias locales de su competencia, aunque la legislación básica no se hubiese promulgado. En aplicación del principio constitucional, Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que legisló sobre Régimen Local, promulgando la Ley 6/1980 de 17 de diciembre, sobre *Transferencia urgente y plena de la Diputaciones catalanas a la Generalidad*, recurrida por el gobierno ante el Tribunal Constitucional, éste anuló la mayor parte de su articulado en la sentencia 32/1981, que recogía la doctrina alemana de la garantía institucional de las entidades locales, por lo

32. ORDUÑA REBOLLO, E., "Estudio Preliminar" en COSCULLUELA, L., y ORDUÑA, E., *Legislación de Administración Local. 1975-1987*, INAP, Madrid 1990, XIX-XLV.

33. Con carácter general téngase en cuenta: MORELL OCAÑA, Luis, *El régimen local español*, Civitas, Madrid 1988, 844 p. LLISET BORREL, Francisco, *Manual de Derecho Local. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.* Madrid 1985, 485 p. GARCÍA ESCUDERO, Piedad y PENDAS, Benigno, *El nuevo régimen local español. Estudio sistemático de la Ley 7/1985 de 2 de abril*, Praxis, Barcelona 1985, 564 p. SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, Tecnos, Madrid 1987, 275 p. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho básico de Administración Local*, Artiel, Barcelona 1988, 436 p. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Angel, *Manual de Administración Local*, 3ª ed., Comares, Granada 1994, 980 p. RIVERO ISERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, 2ª ed., Civitas, Madrid 1993, 493 p. MIR BAGÓ, Josep, *Manual de Govern Local*, Federació de Municipiis de Catalunya, Barcelona 2000. 529 p.

34. SOSA WAGNER, F., y MIGUEL GARCÍA, P. de, *Creación, supresión y alteración de términos municipales*, IEAL, Madrid 1987, 142 p. CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *El Término municipal. Extensión y alteraciones*, CC.AA. de Madrid, Madrid 1991. 297 p.

que consideró inconstitucional el vaciamiento competencial de las Diputaciones por medio de una Ley autonómica. Posteriormente la Generalidad creó por el decreto 354/1983 las Comisiones de Coordinación con las Diputaciones catalanas.

También aquel año Andalucía aprobó su Ley de Organización Territorial, el País Vasco la Ley 27/1983 de relaciones entre las instituciones comunitarias de la Comunidad Autónoma y los Órganos forales de sus Territorios Históricos y Navarra aprobó la Ley Foral 31/1983 sobre constitución de los Concejos Abiertos y elección de las Juntas de Oncena, Quincena y Veintena, La Generalidad Valenciana promulgó su propia ley atribuyendo competencias de coordinación, dirección y control sobre las Diputaciones, con el propósito de organizar su espacio provincial, y que también sería objeto de recurso de inconstitucionalidad, fallado por la STC 27/1987 de 28 de febrero, que declaró nulas algunas disposiciones y reinterpretó otras. Finalmente Murcia, aunque no tenía competencias, excepto en las modificaciones de términos municipales, aprobó la Ley 7/1983, limitándose a establecer un régimen descentralizado de funciones autonómicas a favor de las entidades locales por la vía de delegación, convenios, etc. aunque sin mermar las competencias de dichas entidades[35].

Ello suponía una urgente y reconocida necesidad de elaborar por el Estado un nuevo texto de Régimen Local a partir del artículo 149.1.18ª que comprende las *bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* que afectaría a la Administración local con carácter básico, pues a la legislación estatal de régimen local es a la que corresponde directamente el desarrollo de la garantía constitucional para el establecimiento de un régimen único para todo el territorio nacional[36].

1. El proceso democratizador de las estructuras locales

Aprobada la Constitución y definidos los principios de autonomía local[37], había llegado el fin del intervencionismo gubernamental, pues CE, además de garantizar la autonomía de Municipios y Provincias, hacía un reconocimiento de su personalidad jurídica plena, alejando los riesgos intervencionistas o de control estatal y configurando el papel del Municipio en el Estado de las Autonomías como una pieza clave. En lo sucesivo los controles serían ejercidos por los Tribunales de Justicia y el Tribunal de Cuentas en las cuestiones financieras[38].

A principios de 1979 sólo quedaba convertir en realidad la existencia de Corporaciones democráticas, pues las sucesivas derogaciones legales, la urgencia en resolver pro-

35. ORDUÑA REBOLLO, E., "La Administración local española en el siglo XX" en *La Organización del Estado.* Congreso Las claves de la España del Siglo XX, Sociedad Estatal España Nuevo Milenio, Madrid 2001, p. 91.

36. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona 1988, p. 125. Que lo define como *El denominador común normativo (STC. 1/1982 de 28 de enero), de la pieza organizativa local de la construcción territorial del Estado.*

37. Sobre la Autonomía local en aquellos momentos: EMBID IRUJO, A., "Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal", *Revista Española de Derecho Administrativo*. nº 30, Madrid, pp. 437 y ss. LEGUINA VILLA, J., "La autonomía de Municipios y Provincias en la nueva Ley básica de Régimen local", *REALA* nº 227, Madrid, pp. 437 y ss. MARTIN MATEO, R., "La garantía institucional de la autonomía local", *REALA* nº 208, Madrid 1980, pp. 609-626. PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid 1981; SÁNCHEZ MORÓN, M., *La autonomía local.* Civitas, Madrid 1989, 356 p. SOSA WAGNER, F., "La autonomía local" en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991. pp. 3210-3237.

38. CAZORLA PRIETO, Luis María, *El control de las Corporaciones Locales por el Tribunal de Cuentas*, IEAL, Madrid 1982, 135 p.

blemas prioritarios de la misma estructura del sistema democrático y autonómico habían impedido proceder a una convocatoria de elecciones municipales por sufragio universal, que respondiesen al espíritu animador de la Constitución que define a España como un Estado social y democrático de Derecho[39].

Las elecciones locales se celebraron el 3 de abril de 1979, con el significado histórico de que no se habían realizado desde el 14 de abril de 1931, casi medio siglo de la historia de España, salpicada de conflictos, represiones y autoritarismos. La participación ciudadana fue notable, pues de un censo electoral de 26.727.920 ciudadanos, ejercieron su derecho al voto 16.740.436, casi el 70% del censo (Téngase en cuenta que en España el ejercicio del voto es un derecho, no una obligación legal). En cuanto a los porcentajes de votos obtenidos por los partidos más votados se distribuyeron así:

Unión de Centro Democrático	31,3 %
Partido Socialista Obrero Español	27,9 %
Partido Comunista de España	12,7 %
Coalición Democrática	3,0 %
Convergencia i Unió	3,0 %
Partido Nacionalista Vasco	2,1 %
Partido Socialista de Andalucía	1,4 %

Distribuyéndose el resto en porcentajes inferiores al 1% entre cuatro formaciones políticas. El número de concejales y alcaldes electos según los principales partidos fue:

Partidos	*Concejales*	*Alcaldes*
Unión de Centro Democrático	30.192	3.974
Partido Socialista Obrero Español	12.211	1.130
Partido Comunista de España	3.753	236
Coalición Democrática	2.431	203
Convergencia i Unió	1.759	216
Partido Nacionalista Vasco	1.090	137
Partido Socialista de Andalucía	262	17
Herri Batasuna	276	8
Esquerda Republicana de Cataluña	207	22
Euskadiko Esquerra	86	2
Partido Aragonés Regionalista	289	39
Partido Socialista de Mallorca	19	1[40]

Aunque los resultados fueron mayoritariamente favorables al partido del Gobierno, la Unión de Centro Democrático, tanto en el número de concejales como en el de alcaldes, se fijó una tónica que no se rompería hasta las elecciones municipales de 1995, de acuerdo con ella el Partido Socialista Obrero Español, cuyos votos se agruparon con los

39. Con anterioridad se promulgó la Ley 39/1978 de 30 de julio sobre Elecciones locales. Téngase en cuenta COSCULLUELA MONTANER, L., y MUÑOZ MACHADO, S., *Las elecciones locales*, Abella, Madrid 1979.

40. Todos los datos proceden de Ministerio del Interior. *Elecciones Locales 1979-1983-1987*. Dirección General de Procesos Electorales, Madrid 1989, p. 1. Elaboración propia.

del Partido Comunista de España, obtuvo una mayoría considerable lo que permitió a los Socialistas lograr la alcaldía de la mayoría de las capitales de provincia y ciudades importantes españolas, como Albacete, Alicante, Almería, Barcelona, Cádiz, Castellón, La Coruña, Gerona, Gijón, Granada, Guadalajara, Huedlva, Jaén, León, Lérfida, Madrid, Málaga, Murcia, Pama de Mallorca, Pamplona, Salamanca, Tarragona, Valencia, Valladolid, Vigo y Zaragoza. La UCD obtuvo las alcaldías de Avila, Badajoz, Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Cuenca, Huesca, Logroño, Lugo, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Orense, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Segovia, Soria, Teruel, Toledo, Zamora y Melilla. En el resto de las capitales de provincia se repartieron las alcaldías del siguiente modo: la de Córdoba para el Partido Comunista, Sevilla el Partido Andalucista, las tres capitales vascas para el Partido Nacionalista Vasco y Las Palmas para la Unión del Pueblo canario[41].

Con ello se consiguió el gran triunfo de la democracia, aceptado por toda la ciudadanía al comprobar en los meses siguientes que no se producían, como en el pasado, alteraciones del orden ciudadano (el gran temor de las generaciones mayores de 40 años), y que las Corporaciones locales iniciaban su andadura, al principio lentamente, para adquirir el ritmo normal de actividad democrática poco tiempo después. De cualquier forma, el compromiso democratizador se generalizó en los municipios sin distinción de color o adscripción partidista de sus electos, ratificando el acierto de la clase política española al realizar la consulta electoral en el momento oportuno, abriendo unas perspectivas nuevas e ilusionadas a la solución de los problemas municipales[42].

Hemos de recordar además, que el Gobierno era de diferente signo, por lo que hacía necesario un ejercicio permanente de entendimiento entre las dos administraciones, y de consenso, palabra muy utilizada entonces, pero a la que se deben los grandes y pequeños acuerdos que hicieron posible la reconstrucción de España en el marco de las libertades públicas, la democracia, la autonomía y la descentralización.

2. Los primeros pasos del Municipio democrático español

Vimos anteriormente que en 1981 se produjo el denominado Informe García de Enterría sobre las Autonomías y los consiguientes pactos sobre la configuración del Estado Autonómico, negociándose posteriormente otro acuerdo en materia de Administración Local que comprendía diversos extremos, entre ellos la aprobación de un proyecto de Ley de Bases de Administración Local, por entonces ya presentado, elaboración de un proyecto de Ley del Sistema tributario español y otro de financiación del transporte colectivo urbano de superficie, así como transferencias de servicios de la Administración del Estado a los municipios, determinadas previsiones en materia de gestión de tributos, reforma de la Mutualidad Nacional de Administración Local, actuación en Planes Provinciales y acuerdos de cooperación entre la Administración del Estado y las Corporaciones locales.

En virtud de tales acuerdos se aprobó el RD 1672/1981 que estableció la composición y funciones de la Comisión Nacional de Colaboración del Estado con las Corporaciones

41. Téngase en cuenta el número 103 correspondiente a abril de 1999, de la *Revista Carta Local* editada por la FEMP, dedicado monográficamente al "XX Aniversario de las Elecciones Municipales del 3 de abril de 1979".

42. ORDUÑA REBOLLO, E., "Municipios democráticos" en *Anuario de Castilla y León*, Valladolid 1994; Ambito. 1995, pp. 98 y ss.

locales, mientras que el RD 1673/1981, de 3 de julio reguló el Régimen de los Planes Provinciales de Obras y Servicios.

Las demandas asociativas de las nuevas Corporaciones locales democráticas y las consecuencias de dichos acuerdos, supusieron la creación el 8 de enero de 1981 en Madrid, de la Federación Española de Municipios y Provincias, heredera histórica de la Unión de Municipios Españoles [43]. Su carácter asociativo, se convirtió de hecho en una entidad política representativa de las Corporaciones locales españolas, tanto en el orden internacional, como en las relaciones con la Administración del Estado, alcanzando cada vez un protagonista más creciente, relegando, según Cosculluela a un plano meramente administrativo a la referida Comisión Nacional de Colaboración del Estado con las Corporaciones Locales[44].

La manifiesta necesidad de elaborar una nueva Ley de Régimen Local fue asumida por el gobierno minoritario de la UCD, aunque hemos de tener en cuenta, no solo su carácter de mayoría minoritaria, sino la más importante de coincidir temporalmente con los diversos procesos estatutarios, que en definitiva suponían la institucionalización del Estado de las Autonomías, por lo que en mayo de 1981, aprobados los Estatutos del artículo 151 y algunos del 143, el gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley de Bases de Régimen Local, que no fue aprobado, primando una vez más la tramitación de los Estatutos de Autonomía, frente al Régimen local, que no podemos ignorar, ocupaba en aquel momento un segundo plano en la organización territorial del Estado, al ser prioritaria la construcción del Estado de las Autonomías. Una vez más hubo que esperar algún tiempo para que se dotase a los municipios españoles del necesario ordenamiento legal, acorde con el sistema de libertades públicas, autonomía y descentralización.

Si en algunos casos han surgido dudas sobre la existencia de un vacío legal en materia de Régimen local durante los años 1978-1985, hemos de entender que la respuesta ha de ser negativa, pues si bien hasta la última fecha no se promulgó un texto normativo al efecto, existieron diversas normas transitorias, supletorias y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que resolvieron dificultades, formando un verdadero corpus legal aunque fuese complejo y prolijo.

La perspectiva, veintitrés años después, nos permite hacer la siguiente síntesis: advertida la posible inconstitucionalidad de numerosos preceptos de la Ley de Régimen Local de 1955 y del texto articulado parcial de la de 1975, fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad, estimado por el alto Tribunal por la sentencia de 2 de febrero de 1981 que consideró derogados diez artículos de la primera norma y uno de la segunda, aunque con acierto y oportunidad, pocos días antes, el gobierno había aprobado el RDL 3/1981 de 16 de enero, que sustituía a los preceptos de dudosa constitucionalidad, transformado posteriormente en la Ley 40/1981 de 28 de octubre sobre Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que amplió el contenido autonómico del propio fallo del TC, quien también por sentencia de 29 de abril de 1981 declaró inconstitucional otro artículo de LRL de 1955.

La grave insuficiencia de las Haciendas Locales, otro de los pilares constitucionales de la autonomía local, exigió la adopción de medidas urgentes de financiación, llevadas

43. Para conocer la trayectoria de la FEMP ver las sucesivas *Resoluciones de sus Asambleas Generales*, las *Memorias de Actividades* y la ya centenaria *Revista Carta Local.*

44. COSCULLUELA, L., "Estudio Preliminar" en *Legislación sobre Régimen Local* nº 1975-1987… *op. cit.,* p. LIX.

a cabo por medio del RDL 11/1979 de 10 de julio, complementado por la Ley 24/1983 de 21 de diciembre sobre saneamiento de las Haciendas Locales [45].

3. La Ley de Bases de Régimen Local de 1985

El nuevo gobierno surgido de las urnas del 28 de octubre de 1982, que dio la victoria al Partido Socialista, emprendió, después de aprobado el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, la elaboración de un proyecto de ley presentado a las Cortes el 14 de marzo de 1984. Su texto era una respuesta realista a la situación de la Administración local española, adaptado al modelo constitucional y al nuevo Estado de las Autonomías. En su texto se observaba una evidente influencia alemana en el tratamiento de la autonomía local, pero la estructura general de la ley seguía algunas pautas del proyecto de 1981, asumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[46].

Una vez más el preámbulo de la Ley constituía una pieza jurídica de gran calidad científica y doctrinal. Consta de dos partes, una histórica, redactada por el profesor Benjamín González Alonso, y otra en la que se resumía la filosofía del proyecto, al que se incorporaba la doctrina alemana sobre la autonomía municipal y el contendido de las competencias de las entidades locales en el marco de un Estado constitucionalmente descentralizado, que corrió a cargo del profesor Luciano Parejo Alfonso. El texto se aprobó como Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local el 2 de abril de 1985. (En lo sucesivo LRBRL)

La Ley, de acuerdo con la nueva concepción de la organización territorial, supuso una aportación novedosa al ordenamiento, en la que no se agota la materia ni cumple plenamente la actuación legislativa para todo el Estado, limitándose a la regulación de los aspectos básicos, estableciendo un nuevo sistema para todo el territorio nacional que permitió los desarrollos particulares en las Comunidades Autónomas con capacidad para ello. Pero en tanto ese desarrollo no concluyese alcanzando a todo el territorio nacional, a través del real decreto legislativo 781/1986 de 18 de abril, (Texto Refundido de las Disposiciones Locales Vigentes en materia de Régimen Local) se ponía en marcha la actualización del resto del régimen local no innovado por la ley.

En la Ley 7/1985 de 2 de abril, se evitó la definición completa del sistema desde una sola clave, en favor de cualquiera de los componentes de la organización territorial del Estado: interés nacional, autonómico o local, por lo que se aceptó la diversidad propia de dicho ordenamiento erigido como un criterio de solución legal[47].

La estructura y tipología de las Entidades locales quedó definida en el artículo 3º de LRBRL, que distingue entre Entidades locales territoriales y Entidades locales. Entre las primeras están: El Municipio, la Provincia y las islas en los archipiélagos balear y canario. Gozan de la condición de Entidades locales: Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las CC.AA. Las Comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, instituidas también por las CCAA, de acuerdo en el primer caso con el art. 45 de LRBRL y en el segundo con dicha norma y los Esta-

45. MORAL RUÍZ, Joaquín del, *Hacienda Central y Haciendas Locales*, IEAL, Madrid 1984, 387 p.

46. Previamente a su tramitación parlamentaria fue ampliamente analizado por la doctrina en *Organización Territorial del Estado*, Administración Local, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1985, 3 vols.

47. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho... op.cit.* p. 187.

tutos de Autonomía respectivos. Por último disfrutan de la misma condición las Areas Metropolitanas y las Mancomunidades de Municipios[48].

A propósito de esta ordenación hemos de tener en cuenta que las provincias en el caso de Navarra, Cantabria, La Rioja, Madrid, Asturias y Murcia, constituidas como Comunidades Autónomas Uniprovinciales, mantienen su territorio y límites, así como su consideración de circunscripción electoral, pero la Diputación provincial su órgano de gobierno ha sido sustituido por las instituciones de las CC.AA. estos es legislativo y ejecutivo, además del Tribunal Superior de Justicia con sus funciones judiciales.

El ejercicio de las competencias, corresponde a un modelo de Estado Autonómico. Inicialmente el art. 2 de LRBRL atribuye a las Entidades locales las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de cada Entidad local, pero se remite a las Leyes básicas del Estado, previstas constitucionalmente, la determinación de las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en la materia que regulen. Por tanto lo primero es la atribución expresa de las competencias, pues sólo en defecto de la misma, entrará en juego, dice Parejo, el título competencial residual de la Administración autonómica [49].

El modelo de competencias compartidas característico del Estado Autonómico se determina en el artículo 7, que las califica como propias, que sólo podrán ser determinadas por la Ley, ejercidas en régimen de autonomía y bajo su responsabilidad, atendiendo a la debida coordinación con las demás Administraciones públicas, o como competencias atribuidas, que se ejercen en los términos de delegación y en las que puede aparecer técnicas de dirección o control, respetando la potestad de autoorganización de la Entidad local. De nuevo en el artículo 10 se vuelve a hablar de coordinación de las competencias con las restantes Administraciones públicas, salvaguardando la autonomía de las Entidades locales.

Por último en el capítulo III (art. 25 y sgts.) se detallan las competencias municipales que podrán ser ejercidas en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en una relación de quince epígrafes, teniendo en cuenta que sólo la Ley determinará las competencias municipales en las materias enunciadas, de acuerdo con los principios fijados en el artículo 2 [50].

Promulgada la Ley 7/1985 se aprobaron diversas normas que afectaban parcialmente al Régimen local, principalmente las relacionadas con las CCAA. Las Diputaciones y los Municipios, la regulación de las entidades inframunicipales o aspectos de las com-

48. MARTÍN MATEO, R., *Entes Locales complejos*, Editorial Trivium, Madrid 1987, 264 p.

49. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho… op. cit.* p. 205. ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid 1988.

50. Las materias son: A) Seguridad en lugares públicos. B) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. C) Protección civil, prevención y extinción de incendios. D) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas, parques y jardines; pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales. E) Patrimonio histórico-artístico. F) Protección del medio ambiente. G) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de consumidores y usuarios. H) Protección de la salubridad pública. I) Participación en la gestión la atención primaria de la salud. J) Cementerios y servicios funerarios. K) Prestación de los servicios sociales y de promoción y de reinserción social. L) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. LL) Transporte público de viajeros. M) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo. N) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

petencias contenidas en el artículo 148.1.2 de CE. El desarrollo general de la LRBRL ha sido muy amplio, por lo que nos limitaremos a mencionar la normativa general o aquellos casos de cierta transcendencia, así la Ley 8/1986 de 18 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, la Ley 6/1986 de 4 de abril de la Organización Comarcal de Cataluña, complementada con la Ley 7/1987 de 4 de abril que supuso la desaparición de la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona y pocos días más tarde la Ley 8/1987 de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que incluía el régimen municipal de Barcelona, aunque éste se ha visto regulado específicamente por la Ley 22/1998 de 30 de diciembre que aprueba la Carta Municipal de Barcelona.

En cuanto a las también normas autonómicas que afectan la generalidad del Régimen Local tenemos la Ley 6/1988 de 25 de agosto de Régimen Local de Murcia; Ley Foral 6 /1990 de 2 de julio de Administración Local de Navarra; Ley 3/1991 de 14 de marzo de Entidades Locales de Castilla La Mancha; Ley 3/1993 de 22 de septiembre de Régimen Local de La Rioja; Ley 5/1997 de 22 de julio de Administración Local de Galicia; Ley 1/1998 de 4 de junio de Régimen Local de Castilla y León; Ley /1999 de 9 de abril de Administración Local de Aragón.

Además del Texto Refundido de las Disposiciones Locales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, hemos de mencionar que entre ese año y 1994, el Estado aprobó los siguientes Reglamentos de Régimen Local: Población y Demarcación Territorial (RD 1690/1986 de 11 de julio); Registro de Entidades Locales (RD 382/1986 de 10 de febrero); Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico (RD 2586/1986 de 28 de noviembre); Bienes (RD 1372/1986 de 13 de junio); Funcionarios con habilitación de carácter nacional (RD 1174/1987 de 18 de septiembre); Provisión de puestos de trabajo a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (RD 1732/1994 de 29 de julio).

4. Las Haciendas Locales

Como es notorio, la necesidad de una Hacienda local suficiente ha sido una de las preocupaciones del municipalismo español de nuestros días, heredada de anteriores generaciones que lucharon infructuosamente por mejorar una situación endémicamente ruinosa. En esta ocasión han concurrido, además de la garantía constitucional, el principio de efectividad de la autonomía local y la complejidad, extensión y proliferación de servicios que deben ser atendidos por los Ayuntamientos y Diputaciones al ser la Administración más próxima al ciudadano. La búsqueda de este equilibrio ha sido uno de los desafíos más serios que ha tenido y tiene la Administración local española encauzados, que no resueltos, por medio de la Ley 39/1988 Reguladora de las Haciendas Locales, que en virtud de los Conciertos Económicos, no afecta a los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra.

La Hacienda local está constituida por los siguientes recursos: Ingresos de su patrimonio y de Derecho privado; Tributos; Participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas; Subvenciones; Precios Públicos y Operaciones de Crédito. El capítulo de Tributos propios se desglosa en: Tasas, Contribuciones especiales e Impuestos, y éstos a su vez comprenden: el Impuesto de Bienes Inmuebles, Impuestos so-

bre Actividades Económicas -que va a ser suprimido-[51]. Impuestos sobre Vehículos de Tracción Mecánica e Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En la actualidad se ha recurrido a un sistema basado en la previsión de acuerdos quinquenales de Financiación Local, el último aprobado en 1998 está referido a los años 1999-2003, estableció las bases sobre la Participación en los ingresos del Estado (PIE), la Participación de las Entidades Locales en los Fondos Europeos y las propuestas de modificación de la Ley de Haciendas Locales, que afectaban a los tributos locales [52]

Sobre este último aspecto el acuerdo alcanzó a las normas generales de gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos y demás ingresos de Derecho Público de las Corporaciones Locales, como a la regulación específica de los impuestos municipales. El acuerdo alcanzado en una reunión de la Subcomisión de Régimen Económico, Financiero y Fiscal de la Comisión Nacional de Administración Local, fue aprobado por la Comisión Ejecutiva de la FEMP el 16 de octubre de 1998.

5. La normativa supranacional

Lo que a nosotros pueda parecernos normal actualmente en el orden al reconocimiento constitucional de la autonomía local, contenida en CE[53], no es común en todos los países democráticos, principalmente en algunos de los Iberoamericanos, más próximos a nuestro entorno y cultura, por lo que muy oportunamente los poderes locales europeos, a través de los Órganos Comunitarios promulgaron en defensa y perfeccionamiento del principio de la autonomía local un textos de primer rango, que tuvo y tiene una gran importancia e influencia en el ordenamiento local español. Nos referimos sucintamente, a la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante CEAL)[54].

Casi contemporánea con la LRBRL, fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (15-10-1985) y ratificada por España el 20 de enero de 1988, entró en vigor el 1 de marzo de 1989. Esta Carta no es una mera declaración de buenas inten-

---

51. Esta supresión corresponde a una promesa electoral, que al parecer se cumplirá en breve. Afecta principalmente a la pequeña y media empresa. Las previsiones para enjugar la diferencia recaudatoria se prevé un impuesto sobre las Telecomunicaciones a cargo de las propias empresas (antenas, telefonía móvil, etc.)

52. *Carta Local*, nº 98, noviembre 1998, pp. 8 a 11. Se tomó como base el año 1999, el PIE supuso 1.389.429 millones de pesetas. Los Fondos Europeos 72.000 millones. ZORNOZA PÉREZ, Juan José, "La financiación de las Corporaciones Locales durante el quinquenio 1999-2003" en *El desarrollo del Gobierno Local (Una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid 1999, pp. 175-198.

53. Una visión actual de la Autonomía local en GARCÍA MORILLO, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*. Marcial Pons, Madrid 1988. GARCÍA ROCA, J., "La garantía constitucional de la autonomía de las Corporaciones locales frente a la Ley: El conflicto local" en *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid 1998,. pp. 801-830. *Ibidem*. "El concepto actual de Autonomía local según el bloque de constitucionalidad", *REALA* nº 280, Madrid 1999.

54. Sobre la Carta Europea de la Autonomía Local en PAREJO ALFONSO, L., "La Carta Europea de Autonomía Local en el ordenamiento jurídico español" en *Estudios sobre la Carta Europea de Autonomía Local*, Ajuntament. Barcelona 1994, pp. 81-98. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, "Interpretación jurisdiccional de la Autonomía Local en la Jurisprudencia española", *Ibidem*. pp. 151-159. TORNOS MAS, Joaquín, "Por un mejor sistema de control de la Carta Europea de la Autonomía Local", *Ibidem*. pp. 231-236. FONT I LLOVET, Tomás, "Las Competencias municipales en España ante la Carta Europea de Autonomía Local", *Ibidem*. pp. 245-250. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel, *La Carta Europea de la Autonomía Local. Su significación en el ordenamiento jurídico español*, Bayer, Barcelona 1996, 202 p. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Estudios de Derecho Local*. Montecorvo, Madrid 1997, pp. 60 y ss. Recientemente: VILLEGAS MORENO, José Luis, "Administración Local, autonomía y participación en Venezuela: Una reflexión desde la Constitución de 1999", *RIAP* nº 8 inédito. En publicación. Madrid.

ciones, sino que estamos ante una expresión política del Consejo de Europa, que obliga a la interpretación de los preceptos constitucionales que reconocen la autonomía local en armonía con su contenido, por lo que junto a todas las normas anteriormente referenciadas, debemos incluir a la CEAL, en el bloque de la constitucionalidad local.

Su contenido se desarrolla en un preámbulo y tres partes, siendo la primera la que expresa de una forma más explícita sus fines, expuestos en los siguientes epígrafes: Fundamento constitucional y legal de la autonomía local; Concepto de la autonomía local; Alcance de la autonomía local; Protección de los límites territoriales de las entidades locales; Condiciones del ejercicio de las responsabilidades a nivel local; Control administrativo de los actos de las entidades locales; Los recursos financieros de las entidades locales; el derecho de asociación de las entidades locales y la Protección legal de la autonomía local.

Si bien los principios inspiradores del mencionado bloque de la constitucionalidad local, hacen manifestación expresa, reconociendo y garantizando la autonomía local, debemos entender que la CEAL, no sólo los ha ratificado y respaldado, sino que las ha reforzado y ampliado, como lo demuestra la posibilidad de acceso de las Corporaciones locales al Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local, enmarcada en el artículo 11. En el caso español, al suscribir la CEAL, no se consideró vinculado al apartado 2 del artículo 3: *En la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de las mismas*, las razones de tal exclusión no se deben a ninguna reserva sobre el principio democrático de la elección directa, sino que en el caso específico de las Diputaciones provinciales, órgano de gobierno de la provincia como Entidad local territorial, éste se elige por un procedimiento indirecto entre los concejales electos de los Municipios de la provincia respectiva.

Hemos de mencionar que, como consecuencia de esta adaptación de la CEAL al ordenamiento español, en 1990, con motivo del XX Congreso Iberoamericano de Municipios celebrado en la ciudad de Caracas, por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal se aprobó la Carta de la Autonomía Local Iberoamericana, ratificada en el XXI Congreso que se celebró en Valladolid en 1992. Su texto responde a los principios inspiradores de la democracia, la descentralización y defensa de la autonomía local.

La adhesión de España al Tratado de Maestrich también tuvo su repercusión en el ordenamiento constitucional español, pues fue necesario modificar el artículo 13.2 de CE, adecuándose al art. 8.B.1 del TCCE, por el que se fijan las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales[55].

6. El Pacto Local

En un Estado altamente descentralizado, como es el caso español, resulta inherente la necesidad de un reparto equilibrado del poder en la organización territorial del mismo. Una vez más, la organización local fue pospuesta ante la del escalón superior: la autonómica, pues la LRBRL fue aprobada dos años después de que todas las Comunidades Autónomas se institucionalizasen por medio de sus Estatutos de autonomía. Si a ello

55. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Estudios….op. cit*. pp. 70 y ss.

unimos lo conciso de la regulación constitucional de la Administración local española y el contenido de la CEAL, entenderemos la necesidad que existía de superar las insuficiencias y regular las competencias locales de acuerdo con su consideración de verdadero poder del Estado, al tiempo que tercer nivel de Administración en la organización territorial del mismo[56].

La clave de esta insuficiencia hemos de buscarla en la regulación de las competencias municipales que deben ser ejercidas en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 25.2 de LRBRL), aunque en el artículo siguiente se especifica la obligación municipal de prestar una serie de servicios básicos para todos los municipios, de acuerdo con su jerarquía demográfica. Asimismo, en el orden económico tampoco la Ley de Haciendas Locales resolvía la cuestión de fondo.

Las peticiones e inquietudes de los municipios y provincias se canalizaron a través de la Federación Española de Municipios y Provincias, asociación que ha desempeñado un papel decisivo en estos años y es de esperar lo siga desempeñando en el futuro. La lista de *agravios* del municipalismo era muy amplia, de los que mencionaremos algunos de los argumentos más significativos: El ciudadano no distingue entre el Estado y las otras Administraciones para formular sus demandas; por principio se dirige al Ayuntamiento, por ser la Administración más próxima; los Ayuntamientos atienden competencias que no son exclusivamente de su cometido y para las que no tienen recursos, las otras Administraciones, a veces encomiendan a los Ayuntamientos la gestión de competencias no previstas, tampoco acompañadas de las dotaciones presupuestarias correspondientes, o la expresión muy difundida de que *nadie que llama a la puerta de un Ayuntamiento se le cierra ésta*. La realidad es que les asistía toda la razón en sus quejas, pues oculto en un sentido coloquial se guardaba una palpable realidad, como lo demuestra la tabla de la evolución del reparto del Gasto Público entre las Administraciones españolas, ya que mientras que las Corporaciones locales manejaban sólo el 11,90% de dicho Gasto, cifra escasamente variada en veinte años, el Estado, que en 1979 administraba el 88 %, en 1996 era del 62,85% y las CC.AA. habían pasado a disponer del 24,73%, rompiéndose, como hemos indicado, el equilibrio formulado en los modelos de federalismo fiscal de 50, 25 y 25. Comparando esta situación con la de dos Estados descentralizados, Alemania y Estados Unidos, a los que recurrimos como ejemplo a seguir, encontramos que si el porcentaje de las Comunidades Autónomas españolas es análogo al de los Länder y Estados, por el contrario los entes locales asumen en Alemania el 17,24 % y en Estados Unidos el 24,4%.

Estas preocupaciones y demandas se manifestaron en la Asamblea General Extraordinaria de la FEMP celebrada en La Coruña los días 5 y 6 de noviembre de 1993, con el lema *La Administración más cercana*, tomando como punto de partida un documento elaborado por la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, ratificado y ampliado por las resoluciones de la Asamblea, que tenían la pretensión de:

> …suscitar el consenso que permita alcanzar un verdadero Pacto Local entre las Corporaciones Locales, las Comunidades Autónomas y el Gobierno central, que comprometa a todos los grupos políticos con representación parlamentaria en la vida local, exigiendo la redistribución de recursos entre los distintos niveles de gobierno, valorando justamente las competencias y responsabilidades que asume cada uno de ellos.

56. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Administración única y Pacto Local", *REALA*, nº 271-271, Madrid, julio-diciembre 1996, pp. 567-580.

La ampliación de mayores competencias que reclamaban se referían a las siguientes materias: tráfico, seguridad vial, transportes, consumo, deportes, educación, empleo, juventud, medio ambiente, seguridad ciudadana, servicios sociales, urbanismo y vivienda. Comenzaba así un largo camino cuyo segundo hito fue la aprobación de una moción por el Pleno del Congreso de los Diputados, el 23 de noviembre, respaldada por la práctica totalidad de los grupos políticos, en la que se instaba al gobierno a iniciar un diálogo entre las diversas fuerzas políticas y las Administraciones correspondientes, para realizar la definición del marco competencial, basado en el principio de subsidiariedad y dotado de financiación correspondiente. En definitiva, una gran acuerdo político a tres bandas con el propósito de equilibrar y conseguir el cierre del proceso de organización territorial del Estado.

Ahora bien este consenso no podía limitarse a las dos grandes fuerzas políticas mayoritarias, pues al ser las CC.AA. una de las tres piezas claves, había que ampliar el marco del acuerdo a otros grupos políticos. En este sentido, debemos hacer notar que la opción adoptada tuvo como consecuencia la bifurcación de la negociación del Pacto Local. Así el Estado se comprometía a adoptar las medidas necesarias para impulsar aquellas que incidiesen en la esfera de sus competencias, mientras que se postergaba para un momento posterior el desarrollo de las competencias autonómicas en materia de régimen local, atribuyendo la facultad negociadora a los partidos políticos, las instituciones autonómicas y los responsables políticos locales.

Lo anterior ha tenido como consecuencia que, si bien se han cumplido las reivindicaciones planteadas por la FEMP en relación a las facultades y competencias de régimen local atribuidas al Estado, a fines del siglo XX se abrieron diecisiete procesos de negociación de Pactos Locales entre CC.AA. y municipios (poderes locales); con lo cual la aspiración de concluir un Pacto de Estado en esta materia no ha tenido los resultados esperados. De hecho, ya son numerosas las CC.AA. que han sentados los bases para llegar a Pactos Locales de ámbito autonómico, como Galicia, La Rioja, Aragón o Castilla y León.

A partir de la Resolución aprobada en La Coruña en 1993, se elaboró un nuevo documento que recogía la opinión y las aportaciones de Profesores universitarios, Alcaldes, Presidentes de Diputación, miembros de las Comisiones de Trabajo y técnicos de la FEMP. El documento incidía en las demandas presentadas anteriormente, ampliando considerablemente los contenidos e introduciendo otros nuevos orientados a reforzar la autoridad de los Alcaldes en todos los ámbitos de la gestión municipal, destacando los aspectos referentes a la ordenación del tráfico urbano, seguridad ciudadana y en la actuación urbanística municipal, reclamando para los Ayuntamientos de las capitales de provincia y para los municipios mayores de 50.000 habitantes la capacidad para aprobar definitivamente los Planes Generales de Ordenación Urbana [57] .

Las anteriores propuestas fueron aprobadas el 24 de septiembre de 1996 por la Comisión Ejecutiva de la FEMP en un documento sobre el Pacto Local, contenía la relación de competencias transferibles o delegables a la Administración local española y que fue remitido al Gobierno para su estudio y posterior decisión [58].

Las reformas propuestas por el Pacto Local, cuyo contenido estaba inicialmente concretado en el documento denominado *Medidas para el desarrollo del Gobierno Local*,

57. *Carta Local* nº 75, octubre de 1996, pp. 18 y 19.

58. Las relaciones de la Administración única en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Administración única y Pacto Local", *REALA*, nº 271-282, Madrid, julio-diciembre 1996, pp. 567-580

fue presentado por el Gobierno y aprobado por la Comisión Ejecutiva de la FEMP el 22 de abril de 1998[59], previo informe favorable de la Comisión nacional de Administración Local, fueron aprobados posteriormente por el Consejo de Ministros el 17 de julio de 1998, quien remitió los correspondientes proyectos de ley al Congreso de los Diputados, conteniendo las reformas necesarias y que entrarían definitivamente en vigor el 22 de abril de 1999.

El conjunto de medidas legislativas y administrativas inciden en una pléyade de materias directamente conectadas con el interés local. Entre ellas podemos citar la reforma y modificación de las siguientes leyes orgánicas: Tribunal Constitucional, Régimen Electoral General, Derecho a la Educación, Protección de la Seguridad Ciudadana, Derecho de Reunión y la LRBRL. Por su parte las medidas administrativas incidían en materia de Interior, Sanidad, Medio Ambiente, Justicia Economía y Hacienda[60].

Para cerrar la presente exposición, vamos a referirnos brevemente a uno de los aspectos, en nuestra opinión, más importantes introducidos por el Pacto Local, como es la posibilidad de acceso de las Corporaciones Locales al Tribunal Constitucional, no sólo por ser una reivindicación de la doctrina desde la aprobación de la Constitución y la consagración de los municipios democráticos, sino también por ser uno de los principios garantizadores contenidos en la CEAL. A tales efectos hemos de recordar que desde 1996 se había abierto un intenso debate doctrinal protagonizado por diversos especialista, Parejo, García Roca, Morell, Pérez Tremps, Font i Llovet., etc.[61] en el que se manifiestan las distintas posibilidades de acceso al TC, por considerar insuficiente el mecanismo contemplado en los arts. 63 y 119 de la LRBRL para la protección de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Fruto de estos trabajos fue la elaboración de dos anteproyectos de Ley de reforma de la LOTC, uno que consagraba un conflicto indirecto frente a las Leyes del Estado y de las CC.AA. y otro, que preveía un conflicto directo contra normas básicas del Estado con rango de Ley o de Leyes de las Comunidades Autónomas que lesionaran la autonomía local. Después de ser sometidos ambos anteproyectos a dictamen del Consejo de

59. *Carta Local* nº 93, mayo de 1998, pp. 6 a 9. *La FEMP aprueba la tramitación de las reformas legislativas propuestas por el Gobierno.*

60. Además de la información sobre el desarrollo y vicisitudes del Pacto Local recogidas puntualmente en la *Revista de la FEMP*, *Carta Local*, y en *PACTO*. *El Pacto Local. Medidas para el desarrollo del Gobierno local.* Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid 1999, 294 p. con anexos. Además téngase en cuenta con carácter general: ARENILLA SAEZ, M., y CANALES ALIENDE, J.M., *Gobierno y Pacto Local*. MAP, Madrid 1999, 799 p. CALONGE, Antonio, ALLUE, Alfredo y GONZÁLEZ, Teodosio, *El Pacto Local de 1999. Medidas para el desarrollo del Gobierno Local*, Comares, Granada 2000.

61. GARCÍA ROCA, J., "Sobre las posibilidades de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional ¿Es factible un conflicto local e indirecto contra leyes?" en *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid. 1997, pp. 15 a 54. PÉREZ TREMPS, Pablo, "Autonomía Local y Procesos constitucionales" en *Defensa… op. cit*. pp. 55-76. MORELL OCAÑA, Luis, "La autonomía local: cualidad de una colectividad o de una institución" en *Defensa… op. cit.* pp. 77-88. FONT I LLOVET, Tomás, "El recurso de protección constitucional de la autonomía local" en *Defensa… op. cit.*, pp. 89-122. PAREJO ALFONSO, L., "La protección jurídica de la autonomía local en el Derecho español" en *Defensa… op. cit.* pp. 123-139. Tempranamente SALAS, Javier, *La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, *REALA*, nº 245, Madrid, enero marzo 1990, pp. 9 a 22. GALOFRE, Jaume, "Notas sobre el acceso de los Municipios al Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997. pp. 8 a 14. PARICIO, Eduard, "El acceso de las administraciones locales a la jurisdicción constitucional en el derecho español: especial consideración al recurso de amparo", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 31 a 42. BANDRÉS, J.M., "Las cuestiones de inconstitucionalidad en defensa del principio de Autonomía Local instadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 57-66. FERNÁNDEZ CORONADO, Myriam, LEAL, Isaura y BRUN, Gonzalo, "El acceso de las Corporaciones Locales al Tribunal Constitucional: La propuesta de la FEMP", *Documents Pi i Sunyer*, nº 3, Barcelona 1997, pp. 67-72.

Estado de 18 de junio de 1998, el gobierno optó por la fórmula del conflicto directo, cristalizado en la Ley Orgánica 7/1999 de 21 de abril de reforma de la LO 2/1979 del TC.

Una ultima cuestión, que ha corroborado el buen camino que están recorriendo los procesos del municipalismo español, se ha producido al aprobar el Pleno del Senado el 11 de octubre de 2000 una Reforma del Reglamento de la Cámara para constituir una comisión permanente, con carácter no legislativa, de Entidades Locales.

La iniciativa partió, una vez más, de la Federación Española de Municipios y Provincias, que acordó en su Comisión Ejecutiva, con el apoyo del Consejo Federal, elevar una petición a los grupos parlamentarias para que la Comisión de Entidades Locales tuviera la misma jerarquía y dimensión que la Comisión General de Comunidades Autónomas y no estuviese supeditada a ella. Esta nueva Comisión senatorial, será el marco para debatir los temas que afecten a las cuestiones básicas y generales relacionadas con la Administración local y estarán representados todos los Alcaldes y electos de Entidades locales[62].

Estas reflexiones tocan a su fin y aunque la Administración local española aún tiene por delante un largo camino que recorrer, en los años transcurridos, se ha pasado de la negación e ignorancia de los principios de la descentralización y la autonomía local, a su reconocimiento constitucional y a la articulación de diversas medidas que faciliten su garantía. Por ello hemos de contemplar con moderado optimismo el futuro de la Administración local en España, que pasa en la actualidad por la efectividad del Pacto Local con las CC.AA en todo su contenido. Una vez más en la observación puntual de los principios de solidaridad y subsidiariedad está la clave para conseguir el objetivo finalista de la Administración local de nuestros días: satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

---

62. La propuesta se aprobó incluyendo una enmienda transaccional formulada por la Entesa Catalana de Progrés en los siguientes términos: *Las Comisiones Permanentes legislativas y no legislativas realizarán sus funciones sin perjuicio de las competencias asignadas a la Comisión General de Comunidades Autónomas*, *Carta Local*, nº 120, noviembre 2000, pp. 12 y 13.

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Profesor de la Universidad de la Coruña
España

I. INTRODUCCIÓN

Los Estados compuestos como el español se caracterizan, entre otras cosas, por la existencia de determinados espacios territoriales que disfrutan de autogobierno y autoadministración en un marco de integración, cooperación y lealtad institucional. El Gobierno de España, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, y los gobiernos de los diferentes Entes locales son gobiernos democráticos, elegidos por los ciudadanos, que se caracterizan por su autonomía para la realización de políticas públicas propias en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los gobiernos se legitiman, podríamos decir, en la medida en que asumen efectivamente un compromiso creciente con los problemas reales de la gente. Siendo esto así, como lo es, no es menos cierto que cada vez, según la común opinión de politólogos y administrativistas, los Gobiernos nacionales, y en cierta medida también los regionales o autonómicos, cada vez deben circunscribir sus políticas a la orientación general, a la planificación estratégica o, si se quiere, al establecimiento de las bases, o el común denominador, que hagan posible la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos humanos por todos los españoles, con independencia del lugar de España en que residan.

Por otra parte, si bien, las Comunidades Autónomas están llamadas, por su inserción en el esquema descentralizador, a elaborar igualmente políticas públicas de ámbito supramunicipal, no debemos olvidar que deben, y así ocurre afortunadamente, dedicar una parte sustancial de sus recursos materiales y medios humanos a actividades de pura gestión o ejecución. Pero es, sin embargo, el espacio local el espacio de la gestión por autonomasia. Además, por su cercanía a la gente, el espacio local se nos presenta también como un espacio muy adecuado para las experiencias participativas, así como para las reformas e innovaciones de determinadas políticas públicas. En este sentido, hasta podría decirse sin exageración alguna, que el espacio local es un permanente laboratorio democrático en el que el pluralismo y la participación, si hay voluntad política, resplandecerán permanentemente. Y no digamos la posibilidad de hacer buena esa reflexión tan atinada de que la Administración pública, en una democracia, es de la gente, de los vecinos.

Quizás por éstas, entre otras razones, en todo el mundo hay una vuelta a lo local. Una vuelta a lo local, me parece, desde posiciones moderadas y equilibradas. Es decir, desde el pensamiento compatible y dinámico, desde la aceptación de la realidad y, si se quiere, desde postulados reformistas.

En los últimos tiempos es relativamente frecuente encontrarse con una pluralidad de iniciativas, aproximaciones, reflexiones y propuestas encaminadas todas ellas, en su

conjunto, a replantear las relaciones que deben regir la posición respectiva de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales y aún quizás a replantear la posición del sistema local en el conjunto del ordenamiento autonómico del Estado. Se trata, en definitiva de cuestiones muy relacionadas con el llamado, en España, Pacto Local.

A ello ayuda también la revalorización operativa de la vida local en el espacio europeo, en el cual se comprueba el paulatino aumento de la actuación externa de los entes locales, dirigida a los más diversos sectores materiales, con el objetivo de mejorar la calidad de vida. Las funciones que, en el ámbito europeo, son realizadas por los Entes locales afectan a materias tales como la seguridad pública, la prestación de nuevos servicios asistenciales, funciones de ordenación y planificación urbanística, de promoción y dinamización social, fijación de programas de medio ambiente, promoción económica del territorio y fomento de la ocupación. De lo que se trata, en definitiva, como ha señalado el Presidente del Gobierno José María Aznar, es de la necesidad de que, en un país tan descentralizado como España en favor de Autonomías y Ayuntamientos, se alcancen mejores equilibrios territoriales, para lo que se considera razonable y conveniente la consecución del pacto local, una vez que, como es fácilmente comprobable, el Estado Autonómico ha entrado en fase de consolidación.

Después de la importante descentralización operada por el Estado a las Comunidades Autónomas podemos considerar que ha llegado el momento de la Administración local, ya que, el proceso de descentralización que trae consigo la puesta en marcha de la llamada Administración Común no debe detenerse en el escalón autonómico, sino que debe plasmarse en el ámbito local, para así conseguir una efectiva realización del principio de subsidiariedad.

La potenciación de los entes locales va ligada al principio de subsidiariedad, en virtud del cual la prestación de los servicios públicos debe llevarse a cabo por la Administración pública que se encuentre en mejores condiciones para ello y sea más próxima al ciudadano, de manera que el nivel político-administrativo superior actuará solo cuando la acción del inferior resulte insatisfactoria o ineficaz. Todo ello determina la necesidad de abordar de un modo global la redefinición del papel de las entidades locales en un Estado compuesto pues, si bien debe profundizarse en el principio descentralizador hacia las Comunidades Autónomas, es igualmente necesario el desarrollo de este principio respecto a las entidades locales en la medida en que el equilibrio y la lealtad al sistema así nos lo demanda.

Ahora bien, no debe olvidarse que el pacto local no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para lograr de un modo definitivo situar en su lugar adecuado el nivel local. Además es preciso recalcar que el pacto local debe tener una dimensión finalista, es decir, debe estar dirigido a una mayor proximidad y mejor gobernabilidad en favor de los ciudadanos. El pacto local debe ser también un instrumento para modificar la cultura político administrativo local, reforzar de los valores añadidos de la eficacia, eficacia, legitimación, trasparencia, responsabilidad y participación democráticas, así como para la mejora de la gestión y de las políticas públicas locales.

Lo cierto es que ya llegó el momento de que se posibilite que los Entes Locales ocupen un lugar en el contexto organizativo, institucional y competencial acorde con sus capacidades y en función de esa cercanía al ciudadano, origen y destino de toda mejora territorial. Por eso, el pacto local beneficiará al conjunto del Estado, que contará con unas entidades locales ágiles y eficaces, incardinadas plenamente en el contexto estatal y de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

Con el título, desde el inicio de la década de los ochenta el sector público español ha experimentado un fuerte proceso descentralizador motivado, fundamentalmente, por el establecimiento de las Comunidades Autónomas.

Esto es especialmente relevante si se compara el peso relativo del nivel de gasto de los tres niveles territoriales -Estado, comunidades Autónomas y Corporaciones Locales- en 1981, año en el que la proporción era 87,3%, 2,9% y 9,7% respectivamente, y en 1996, en el que el reparto es 59,48%, 26,91% y 13,61%.

Sin embargo, es fácilmente comprobable que el nivel local de gobierno no ha incrementado prácticamente su peso en los últimos años, lo que ha provocado que la importancia relativa de nuestros gobiernos locales esté todavía lejos de los niveles alcanzados en otros países con tres niveles de gobierno y de larga tradición federal como Alemania, Canadá, Austria, USA o Suiza. En estos países la media del gasto público local respecto al total del gasto público se sitúa en cotas superiores al 20%, por lo que parece necesario, si se quiere sentar las bases para el desarrollo del nivel local y dada la situación descrita, impulsar una descentralización de gastos desde el nivel autonómico al local.

Así pues, la mayor proximidad de los Municipios a los intereses ciudadanos tendría que proyectarse en una descentralización de funciones y competencias en favor de las Entidades Locales, extrayendo en su plenitud las posibilidades de delegación de competencias estatales o autonómicas en su favor y abordando, si ello fuera preciso, las reformas legales necesarias para alcanzar ese objetivo. El objetivo general en este ámbito es pues, el reforzamiento de los Entes Locales, de forma que puedan asumir el protagonismo que les corresponda en todas las materias susceptibles de gestión en el orden local. Ello plantea la necesidad de seguir trabajando en el Pacto local, Pacto de carácter político y territorial, que permite abordar de un modo lógico, claro y de forma conjunta el futuro, las competencias y la posición de las Entidades Locales y que ha de basarse en una serie de principios, entre los que pueden citarse: la autonomía en la gestión de los intereses propios, la subsidiariedad, la descentralización y el acercamiento de la gestión, la eficacia en el desempeño de la función, la eliminación de duplicidades y la cooperación y coordinación ejecutivas.

Asimismo es de gran interés, al tratar del principio de subsidariedad y su relación con las Entidades Locales, hacer referencia a la Carta Europea de la Autonomía Local.

Elaborada en el marco del Consejo de Europa, y ratificada por nuestro país el 20 de enero de 1988, su trascendencia es innegable, puesto que se trata de un texto normativo incorporado a nuestro derecho interno y por tanto, plenamente invocable ante los Tribunales de Justicia españoles. Esta invocabilidad es, precisamente, una de las características que le otorga mayor actualidad y justifica que le dediquemos nuestra atención.

Entre los principios que la Carta Europea de la Autonomía Local consagra, destacan la suficiencia de recursos, la autonomía para el gasto y el ingreso, el derecho a ser oído cuando se dicten medidas y criterios de redistribución de los recursos, la preferencia de subvenciones y el libre acceso al mercado para concretar operaciones de crédito destinadas a gastos de inversión.

Pero, en definitiva, lo que la Carta nos viene a decir es que las Entidades Locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes y, que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Ello viene a suponer, en definitiva, la asunción de competencias propias sobre la parte importante de los asuntos públicos y la financiación suficiente para ejercitarlos.

En la carta se parte directamente de dos principios: uno, que ya ha sido mencionado anteriormente, el de subsidiariedad y otro, el de proximidad, la cercanía a los ciudadanos como criterio de atribución competencial. Así se expresa en el punto primero del apartado tercero del artículo cuarto de la Carta, al establecer que:

> El ejercicio de las responsabilidades públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos.

Al mismo tiempo, el mismo apartado tercero en su punto segundo exige que:

> La atribución de una responsabilidad a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

A lo anterior se añaden otros tres elementos normativos. De una parte, la potestad reglamentaria se realiza según el artículo 3 de la Carta *en el marco de la Ley*. De otra, la libertad de los Entes Locales para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Finalmente, se establece una reserva reglamentaria en materia de organización local.

La Carta afirma el principio de autogobierno, al establecer el ya citado artículo 3 que la gestión de los asuntos públicos la realizará el ente local bajo su propia responsabilidad. Este principio de autogobierno es, sin duda, un instrumento interpretativo fundamental con relación al régimen de las competencias de los entes locales.

Hay otro aspecto de la Carta Europea que no podemos dejar de destacar por la conexión que se está produciendo últimamente entre el principio de subsidiariedad y el problema del déficit democrático de las Instituciones de la Unión Europea. Me refiero a la conexión de la autonomía local con el principio democrático. En efecto, el Preámbulo de la carta señala a los entes locales como un ámbito privilegiado de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos como cuna de la democracia: “La defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización”.

Esta reflexión parte esencialmente del principio democrático, desde la perspectiva de posibilitar que los ciudadanos se sientan representados con la máxima intensidad posible en las decisiones que les afectan. De aquí la preferencia por la autoridad representativa más próxima, que sólo debe quedar desplazada cuando los efectos benéficos de una autoridad superior compense la pérdida de integración democrática.

II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN

El local es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés político, lo cual no es extraño si se piensa que son las instituciones encargadas de velar por los intereses y los problemas del entorno más inmediato de los ciudadanos y aquellas que el ciudadano conoce más directamente. Además, esto responde seguramente a varios factores, entre los que destacan tanto la capacidad de gestión y respuesta innovadora a las demandas sociales como la receptividad y el trato cercano a los ciudadanos.

El nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social; de ahí la importancia de fomentar mecanismos de participa-

ción, la mejora de la información, la eficacia de la actuación pública y la atención a los criterios de los usuarios de los servicios públicos.

A este respecto, se trata de que los ayuntamientos se configuren como abiertos a la participación, ya que en el diseño institucional de los gobiernos locales cobra creciente importancia la institucionalización de mecanismos de participación y concertación ciudadanas, una de las funciones mediáticas más importantes para el gobierno local.

Ha de significarse además que la participación ciudadana no solamente se produce a través del voto, sino también a través de la presentación de candidatos, la provisión de numerosos cargos públicos de representación, la participación en un variado tipo de comisiones..etc. En definitiva, el nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social, ya que en este nivel, se fomentan los mecanismos dirigidos a la mejor información de la Administración, a la eficacia de una actuación pública sensible a las demandas populares y a los criterios de los usuarios de los servicios públicos.

Los municipios han de servir para incorporar fórmulas innovadoras de refuerzo de la participación política, a través de mecanismos consultivos, del derecho de petición, de consejos de participación, mecanismos todos ellos que acercan la administración y el gobierno a los ciudadanos.

Esto es así porque lo local constituye el contrapeso político necesario a la globalización a la que estemos asistiendo hoy en día. La conservación de la identidad local es una necesidad esencial en este mundo globalizado como contrapeso a los procesos de pérdida de identidad y de alejamiento de las instancias de decisión económicas y políticas de los ciudadanos.

Por otro lado, la participación ha de ser una forma de lograr una mayor integración y cohesión sociales y servir como escuela de ciudadanía, profundizando la democracia para hacerla no sólo formal y representativa, sino también real y participativa, evitando la apatía y el individualismo.

El objetivo en este terreno ha de ser doble: acercar los poderes locales a los ciudadanos y utilizar la participación como vía para su legitimación, ya que, la legitimación de los gobiernos locales presenta hoy la necesidad de eficiencia y eficacia en su actuación así como evaluación participativa. La democracia representativa consiste no sólo, como acabo de mencionar, en participar en las elecciones a través del voto sino también en los procesos de deliberación y en la implementación, evaluación y gestión de las políticas públicas. La democracia, y más en el ámbito local, no es sólo votar, sino deliberar, discutir, valorar.

Este conjunto de realidades ha de conducirnos hacia un nuevo modo de funcionamiento de los gobiernos locales que podría ser caracterizado por las notas siguientes: posburocrático, descentralizado y desconcentrado, de calidad, flexible, responsable, eficaz, eficiente, orientado hacia los resultados y al servicio del público, considerado como ciudadano.

Esta potenciación de la vida local ha permitir entre otras cosas una mayor participación y representación sobre todo a través de nuevos cauces, destacándose especialmente que la participación es un estilo de gobernar diferente y que implica un desarrollo de la tarea educadora de la ciudadanía local y de su cultura cívica.

Del mismo modo, y vinculado con lo anterior, tampoco podemos olvidar que los Ayuntamientos son las organizaciones prestacionales de base territorial más próximas a

los ciudadanos y al mismo tiempo se encuentran en una situación privilegiada para detectar y actuar sobre sus necesidades.

También, hay que tener presente la revalorización operativa de la vida local en el espacio europeo, en el cual se comprueba el paulatino aumento de la actuación externa de los entes locales, dirigida a los más diversos sectores materiales, con el objetivo de mejorar la calidad de vida. Las funciones que, en el ámbito europeo, son realizadas por los entes locales de base afectan a materias tales como la seguridad pública, la prestación de nuevos servicios asistenciales, funciones de ordenación y planificación urbanística, de promoción y dinamización social, fijación de programas de medio ambiente, promoción económica del territorio y fomento de la ocupación. Estos servicios se prestan en la ciudad, donde concurren servicios prestados, por cada una de las Administraciones públicas y en donde los ciudadanos han de exigir que los llamados mínimos esenciales se presten sin ningún tipo de excusa

Por eso, las Administraciones locales han ido aumentando su esfera de actuación en un proceso paralelo, aunque no proporcional, al aumento del sector público en las sociedades avanzadas. Se observa, con diferencias importantes según países, la combinación de diversas funciones o roles, entre los que destacan la función de seguridad -policía local, bomberos,- la provisión de servicios -transporte, servicios sociales, salud, limpieza, etc.,- la función de ordenación y planificación -urbanística, de redes de servicios de suministro de agua, gas, electricidad, residuos, etc y una función de promoción y dinamización social. Los programas relacionados con el medio ambiente, con la promoción económica del territorio o de fomento de la ocupación están creciendo en el marco de la acción social.

En la actualidad, se entiende en primer lugar no tanto a la sola prestación de bienes y servicios públicos, sino a un papel más directo, impulsor, y coordinador con la iniciativa privada, a la primacía de la consideración del entorno y de la realidad de las prestaciones buscando para ello los medios de gestión más eficaces y eficientes; y, en segundo término, hacia políticas socioculturales, con la finalidad de lograr la integración social, además del desarrollo económico y social.

En nuestro país, el articulo 2 de la Ley de Bases del Régimen Local consagra ya la idea de la necesaria organización de los poderes públicos en base al principio de proximidad al ciudadano, cuando señala que se deberá atribuir competencias a los entes locales en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del ente local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

Debe buscarse la permanente conexión con el ciudadano con el objetivo de por un lado, tener el permanente conocimiento de lo que demandan los ciudadanos en cada momento y por otro, operar como un canal permanente de información al ciudadano, cara a aproximar al mismo la Administración local e incrementar la calidad de los servicios que prestan los entes locales.

III. SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El entorno del gobierno local se ha modificado notablemente en estos últimos años. Han surgido nuevos fenómenos que demandan respuestas creativas e innovadoras ya que existen numerosos factores que presionan para que las Administraciones públicas

cambien. Quisiera destacar algunos factores que evidencian esta necesidad de cambio en el modelo de Administración pública y de gobierno municipal.

En primer lugar, la influencia de los factores económicos, ya que actualmente pide a todas las Administraciones públicas y no a las locales que trabajen mejor y cuesten menos; asimismo, el impacto de las investigaciones tecnológicas, ya que la ciudadanía confía en que éstas ayuden a resolver algunos de los problemas endémicos del sector público. En concreto, en materia de Administración pública se trata de iniciar un proceso de simplificación de los trámites administrativos y de simplificación de las estructuras caracterizado por la reducción de la burocracia, la atención rápida y profesional y el incremento de la calidad y la cantidad de información que se proporciona a los ciudadanos. Se apuesta por la calidad en el servicio, a través de las Cartas de Servicios Públicos y de la profesionalización de los empleados públicos así como de la plena utilización de las posibilidades que ofrecen estas nuevas tecnologías (ventanilla única, Internet, proyecto CERES, etc.).

Asimismo, como ya he señalado antes, a pesar de los fenómenos globalizadores a los que estamos asistiendo, el escalón local se convierte en una instancia clave para el desarrollo de la actividad económica, el bienestar social o para crear un nuevo consenso político y promover la aparición de una nueva dimensión de la política, ya que se trata del ámbito donde mejor puede garantizarse la calidad de vida de los ciudadanos y donde también se dilucidan importantes inversiones económicas que resultan trascendentes para el desarrollo del municipio.

Por otra parte, tampoco ha de olvidarse que la percepción que la ciudadanía tiene de sus Administraciones públicas no es todo lo buena que sería deseable. Hay una creciente desconfianza de los ciudadanos con su Administración aunque la gente realmente no deja de valorar como misión fundamental de las Administraciones Públicas la de servir a los ciudadanos de la manera más eficaz y con el uso más eficiente posible de los recursos.

Así pues, a mi juicio, los tres retos principales que las Administraciones locales habrán de abordar son los siguientes: proximidad a los ciudadanos, consecución de la igualdad y la solidaridad e innovación dentro de la cooperación y la colaboración con otras entidades públicas y privadas.

En esta línea hay que reconocer que el gobierno local, por encima de competencias reguladoras aún relevantes como la urbanística (ampliamente discutida por las instancias regionales), se caracteriza por la prestación de servicios. Servicios que, como hemos ya mencionado, son de carácter diario, directo y de base local. Son, por tanto, servicios que se prestan cotidianamente a tal o cual persona específica. Recordemos asimismo que se trata de servicios muy divisibles y que presentan grandes variaciones en la demanda. Variaciones que pueden ser de carácter personal, o pueden ser de calle, barrio o núcleo de población.

Otra característica igualmente importante es el fuerte nivel de relación directa que existe a nivel local entre el ente prestador del servicio y el usuario. Esta circunstancia plantea la necesidad de individualizar el servicio, alejándose de los ámbitos más universales e indiferentes de prestación centralizada. Las Administraciones locales difícilmente pueden mantener en vigor los esquemas weberianos de anonimato, indiferencia y despersonalización que se asumen, en ocasiones, en servicios centrales. Al mismo tiempo, y debido a esos factores, la misma periferia del gobierno local, los distintos servicios, tienen tendencias centrífugas, dejándose llevar más por la lógica del servicio en-

comendado, o del territorio o clientela a servir que por la lógica central que postula la coherencia de sus decisiones y su transitoriedad territorial y de servicio a servicio.

Por otro lado, el gobierno local aparece como aquella instancia de gobierno que asume el trabajo menos brillante del sistema en el sentido de que su labor es menos relevante, aparentemente, que la del Ejecutivo central (política exterior, etc.,..), o la de los Gobiernos autonómicos (política universitaria, etc.,), sino que su preocupación está en las aceras, en el tráfico de las calles o en la recogida de basuras. Se hace directamente responsable al gobierno local de esos cometidos, mientras en tareas *macro* de otros niveles de gobierno, la responsabilidad es más difusa o no existe.

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. El principio de subsidiariedad

La Administración Única, implica, es claro, una aplicación del principio de subsidiariedad, principio del que se ha dicho que no es más que una palabra larga para resumir dos ideas simples: que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas de que se trate; y que el Gobierno, de cualquier clase, debe completar, no sustituir, la acción de los individuos y de los cuerpos intermedios.

El principio de subsidiariedad, pues, está en la entraña del Estado Social y Democrático de Derecho y confirma la idea de que el Estado, los Poderes Públicos, existen para servir al ciudadano y no el ciudadano para el Estado. Además y ello es importante, ese servicio debe prestarse de la forma más eficaz y por quien sea más eficaz, precisamente para conseguir calidad en el servicio a los ciudadanos.

La subsidiariedad postula que, en principio, la ordenación política administrativa y los correspondientes ordenamientos jurídicos se construyan de abajo arriba, resolviendo en cada nivel cuanto sea posible, lo más cerca de la base y de los legítimos intereses correspondientes.

En el fondo, como es sabido, el fundamento del principio de subsidiariedad es la satisfacción del bien común, la consecución de las necesidades colectivas, lo que justifica que su tutela, gestión y promoción se encuentre en las instancias más próximas a los ciudadanos.

En especial, vamos a centrar nuestra atención en esa segunda dimensión de la subsidiariedad que se refiere a que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas de que se trate.

2. La subsidiariedad en el derecho local

Nuestro ordenamiento jurídico contiene principios aplicables al régimen jurídico de los entes locales que contienen rasgos comunes con el principio de subsidiariedad. Así, en el artículo 137 de la Constitución, aparece la idea de un estado descentralizado, que reserva a cada instancia territorial un ámbito judicial delimitado por el respectivo interés. El artículo 140 incide en la misma idea reseñada asignando el gobierno y la admi-

nistración municipal a los Ayuntamientos. En el art. 2 LRBRL aparece ya la idea de la necesaria organización de los poderes públicos en base al principio de proximidad al ciudadano, cuando señala que se deberá atribuir competencias a los entes locales "en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del ente local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos". Por su parte, el art. 28, donde se regulan las actividades complementarias de los municipios, concibe determinadas materias como áreas en donde siempre cabe un desarrollo más detallado en el ámbito local.

Otro caso de aplicación clara de la subsidiariedad como reserva de un espacio competencial a la instancia inferior, pese a la aparición de entes superiores, lo encontramos en el art. 43.4 LRBRL cuando impide que la creación de comarcas pueda suponer la pérdida de las competencias municipales para prestar los servicios esenciales señalados en el art. 26 o la privación de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el art. 25.2

Asimismo es de gran interés, al tratar del principio de subsidiariedad y su relación con las Entidades Locales, hacer referencia a la Carta Europea de la Autonomía Local.

Elaborada en el marco del Consejo de Europa, y ratificada por nuestro país el 20 de enero de 1988, su trascendencia es innegable, puesto que se trata de un texto normativo incorporado a nuestro derecho interno y por tanto, plenamente invocable ante los Tribunales de Justicia españoles. Esta invocabilidad es, precisamente, una de las características que le otorga mayor actualidad y justifica que le dediquemos nuestra atención.

Entre los principios que la Carta Europea de la Autonomía Local consagra, destacan la suficiencia de recursos, la autonomía para el gasto y el ingreso, el derecho a ser oído cuando se dicten medidas y criterios de redistribución de los recursos, la preferencia de subvenciones y el libre acceso al mercado para concretar operaciones de crédito destinadas a gastos de inversión.

Pero, en definitiva, lo que la Carta nos viene a decir es que las Entidades Locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes y, que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Ello viene a suponer, en definitiva, la asunción de competencias propias sobre la parte importante de los asuntos públicos y la financiación suficiente para ejercitarlos.

En la carta se parte directamente de dos principios: uno, que ya ha sido mencionado anteriormente, el de subsidariedad y otro, el de proximidad, la cercanía a los ciudadanos como criterio de atribución competencial. Así se expresa en el punto primero del apartado tercero del artículo cuarto de la Carta, al establecer que:

> El ejercicio de las responsabilidades públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos.

Al mismo tiempo, el mismo apartado tercero en su punto segundo exige que:

> La atribución de una responsabilidad a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

A lo anterior se añaden otros tres elementos normativos. De una parte, la potestad reglamentaria se realiza según el artículo 3 de la Carta *en el marco de la Ley*. De otra, la libertad de los Entes Locales para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Finalmente, se establece una reserva reglamentaria en materia de organización local.

La Carta afirma el principio de autogobierno, al establecer el ya citado artículo 3 que la gestión de los asuntos públicos la realizará el ente local bajo su propia responsabilidad. Este principio de autogobierno es, sin duda, un instrumento interpretativo fundamental con relación al régimen de las competencias de los entes locales.

Hay otro aspecto de la Carta Europea que no podemos dejar de mencionar por la conexión que se está produciendo últimamente entre el principio de subsidiariedad y el problema del déficit democrático de las Instituciones de la Unión Europea. Me refiero a la conexión de la autonomía local con el principio democrático. En efecto, el Preámbulo de la carta señala a los entes locales como un ámbito privilegiado de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos como cuna de la democracia: "La defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización".

Esta reflexión parte esencialmente del principio democrático, desde la perspectiva de posibilitar que los ciudadanos se sientan representados con la máxima intensidad posible en las decisiones que les afectan. De aquí la preferencia por la autoridad representativa más próxima, que sólo debe quedar desplazada cuando los efectos benéficos de una autoridad superior compense la pérdida de integración democrática.

Asimismo, la propia Carta recoge, como no podía ser de otra forma, el principio de subsidiariedad al contemplar la proximidad a los ciudadanos como criterio de atribución competencial, estableciendo que el ejercicio de las competencias públicas debe de modo general incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. Se trata, así, de acercar la Administración al ciudadano. Algo que aquí, en España, se ha dado en llamar la Administración Única.

La Administración Única exige necesariamente que sean los Entes Locales los que presten un mayor número de servicios y operen una elevada carga administrativa. La doctrina de la Administración Única supone, pues, un claro reforzamiento del ente titular de competencias en su propia demarcación territorial, lo cual debe propiciar un mayor protagonismo de Ayuntamientos, Cabildos, Consejos y Diputaciones en el ejercicio de las competencias sobre su propio territorio.

De lo anterior se sigue que la Administración Única no es incompatible con la función que la Constitución asigna a las Corporaciones Locales. Muy al contrario, ya que el proceso de redistribución de competencias no se completaría si no se produjese un proceso paralelo de desconcentración de competencias de la Administración Autonómica hacia las Administraciones Locales, en todos aquellos servicios en que su prestación por estos entes redundara en un mejor servicio al ciudadano, que es en definitiva la pieza clave del sistema en función del cual debe reorientarse todo el aparato administrativo.

Es importante señalar, en este punto de la exposición, que la doctrina de la Administración Única parte de un dato capital: el mejor servicio al ciudadano. Es una propuesta que permite pensar en una nueva manera de administrar, más pendiente de la persona y de sus derechos fundamentales que de la propia problemática organizativa. Se trata, en definitiva, de dar un paso más en esa eterna lucha por hacer una Administración Pública más humana, más pendiente del hombre concreto; siempre teniendo presente que un sistema social es tanto más valioso cuanto más se valgan las autoridades centrales y regionales de las locales.

Siendo ello así, al haberse producido en España un proceso de distribución territorial del poder con el desarrollo del fenómeno autonómico, resulta necesario que se reconoz-

ca, en esta estructuración del reparto del poder político establecido por la Constitución, un lógico protagonismo de las Entidades Locales.

Sin embargo, durante mucho tiempo se ha prestado una atención más que prioritaria a la descentralización de competencias del Estado hacia las Comunidades Autónomas, con un cierto olvido de las Entidades Locales.

Es cierto, como es bien sabido, que la Constitución no ha establecido un listado de materias sobre las que los Entes Locales ejerzan sus competencias; pero también es posible -y deseable- que se ponga en marcha, una vez que el contenido propio de las autonomías este bien definido, una auténtica descentralización hacia los Entes Locales, habida cuenta que es habitualmente el legislador sectorial autonómico quien tiene la última palabra sobre la funcionalidad competencial de los Entes Locales.

Especial relevancia adquiere en este aspecto el papel del segundo escalón de la Administración Local, de la autonomía local. La Administración Única, no lo olvidemos, no se agota en el escalón autonómico, sino que debe continuar en el ámbito local.

V. CUESTIONES COMPETENCIALES

La realidad competencial de los entes locales es criticable por la existencia de un cierto descontrol en la realización de actuaciones, atendiéndose a auténticas *modas*. Así a comienzos de los años 90, ha sido muy frecuente la eclosión de patronatos y empresas municipales, mediante la utilización de distintas tipologías societarias, que se han realizado sin estudios serios económicos, de gestión y financieros, para poder desarrollar las actividades que se pretendían, lo que ha provocado que gran número de ellas sean prácticamente inoperativas, todo ello bajo la pretendida huida del Derecho Administrativo.

También podemos hablar de las tendencias de las Corporaciones Locales de asumir cada vez mayor nivel competencial en aras a la actividad positiva de generación de empleo, fomento de la economía, y desarrollo socio-económico de la población, lo que supone un salto cualitativo respecto a una visión tradicional y arcaica de los entes locales como embalses estancados de competencias no productivas. Sin duda, el desarrollo competencial de los entes locales debe pasar por el fenómeno del asociacionismo, como hemos visto con anterioridad, otorgando un papel importante a las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipio, reflexionando sobre el papel de la provincia como instancia garantizadora de los servicios en los pequeños municipios.

Hay que recordar que desde el propio Parlamento se ha instado a la redefinición del marco competencial en base al principio de subsidiariedad; en este sentido el significado del pacto local es, pues, dar respuesta a la insuficiencia de los instrumentos jurídicos para definir positivamente y hacer eficaz el contenido competencial concreto que la autonomía local reclama para la gestión de los intereses propios.

A este respecto, la situación actual de las competencias de los Entes Locales ha motivado que por diversos sectores se haya apuntado una progresiva pérdida del papel que deben desempeñar las Corporaciones Locales en el conjunto del Estado autonómico, con la consiguiente disminución de su poder de iniciativa y de respuesta, cuya causa puede encontrarse en una cierta cultura política imperante en las instituciones territoriales superiores, Comunidades Autónomas y Administración General del Estado, que no se han conducido con el dinamismo necesario para dar satisfacción al autogobierno de los intereses locales.

El Gobierno aprobó el 17 de julio de 1998 el conjunto del paquete de medidas conocido como Pacto Local. Este pacto fue el resultado de un amplio consenso con las fuerzas políticas con representación parlamentaria y con la FEMP. Este esfuerzo ha significado la reforma de tres Leyes orgánicas y cinco Leyes ordinarias.

El Pacto así establecido se compone de 4 grandes medidas: fortalecimiento de la democracia local, gobierno local, defensa de la autonomía local y las de carácter técnico, así como un pacto para evitar el transfuguismo en las Corporaciones Locales.

Las medidas destinadas al fortalecimiento de la democracia local, incluidas en la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, introducen el automatismo en la convocatoria de los plenos, en los que se presenta una moción de censura, así como la cuestión de confianza ligada a la aprobación de determinados acuerdos como los presupuestos, reglamento orgánico, planteamiento urbanístico u ordenanzas fiscales.

Las medidas para fortalecer el gobierno local, introducidas en la reforma de la Ley de Bases del Régimen Local, consagran una mayor racionalización en el funcionamiento de las corporaciones, atribuyendo al alcalde las funciones ejecutivas que tenía encomendadas el pleno, el cual ve fortalecidas sus funciones de control político.

En materia de defensa de la autonomía local, se articula, por primera vez, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el acceso directo de los Entes Locales al mismo en defensa de la autonomía que tiene constitucionalmente garantizada. Esta facilitará que el alto tribunal, a través de su jurisprudencia vaya dando concreto contenido al concepto de garantía institucional de autonomía local.

Asimismo, se incorpora la representación local en organismos de asesoramiento y planificación del Estado y su participación en procesos que les afecten directamente en cuestiones de su interés, al permitir que manifiesten su opinión en aspectos como las manifestaciones, el uso del dominio público o la elaboración de planes y programas de obras públicas de interés general.

Otro de los aspectos importantes del Pacto Local es el código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales. Estas reglas implican que los partidos firmantes del acuerdo renuncian a beneficiarse de iniciativas que provengan de tránsfugas y adoptarán medidas de carácter normativo que tiendan a potenciar la función de los grupos políticos anulando los beneficios para quienes alteren la representación política de manera poco ética.

VI. DESCENTRALIZACIÓN Y PODERES LOCALES

Respecto a la posición de los poderes locales, uno de los mayores problemas es la complejidad administrativa y la estructura competencial. El proceso de descentralización observado a nivel internacional -con la posible excepción actual del Reino Unido- ha supuesto la aparición o el reconocimiento de administraciones regionales. Este proceso positivo de descentralización y, por tanto de acercamiento de los poderes públicos al territorio y al ciudadano, supone problemas de competencias y funciones. El desarrollo regional pone en marcha a menudo mecanismos de centralización interna, con asunción de competencias locales y reducción, por tanto, del espacio del gobierno local. Pero la situación también es aquí diferente, por cuanto en algunos países las regiones o niveles de administración similares son considerados parte de la administración local (Francia, Reino Unido).

Los procesos de descentralización observados en la mayoría de los países, que convierten esta descentralización en una característica de nuestro tiempo, conllevan también problemas comunes de solapamiento de competencias, de duplicación a veces de los servicios y, lo que es más importante, de lagunas en la resolución de ciertos problemas.

La complejidad de las sociedades actuales hace lógica una relativa complejidad y una pluralidad de Administraciones públicas que operan en el territorio. Lo importante es saber convertir esta complejidad en un sistema eficaz de resolución de los problemas de los ciudadanos. Un reto del futuro inmediato será el de tratar mecanismos de cooperación que, mediante técnicas de negociación y contrato, permita una mayor eficacia y eficiencia pública, a la vez que garanticen el principio de responsabilidad. La complejidad no ha de impedir identificar claramente las administraciones responsables en cada caso, garantizando la seguridad jurídica y la transparencia frente a los ciudadanos.

La actuación de los poderes locales es incuestionable en su ámbito territorial, pero en dicha área intervienen también otras administraciones, bien directamente o bien de forma indirecta a través de decisiones normativas que afectan a los municipios. En el primer caso, la intervención directa, parece obvio reclamar la mejora de los mecanismos de coordinación operativa, que son todavía muy deficitarios. La administración del Estado y las administraciones regionales intervienen a menudo sobre el territorio sin la necesaria implicación del municipio.

Mientras que en el segundo caso, la de las decisiones que afectan indirectamente, sobre todo mediante leyes sectoriales, es necesario mejorar las posibilidades de participación del ámbito local en la toma de decisiones globales, en la planificación de los servicios y en la evaluación previa de sus consecuencias. No responde ya a la realidad actual de las Administraciones locales el hecho de ser consideradas como meras colaboradoras del Estado en la prestación de servicios de carácter menor. Los ayuntamientos tienen grandes ventajas para intervenir en los procesos de descentralización, ya que son el nivel más accesible y próximo a los ciudadanos, el más directamente vinculado a la vida cotidiana de las personas por lo que puede identificarse con mayor facilidad con las demandas colectivas. Además, las funciones de los ayuntamientos están asociadas a cuestiones básicas y es donde existe una posibilidad de ejercer un control más completo sobre los administradores públicos.

En el ámbito del Consejo de Europa, como ya se ha destacado, la Carta Europea de la Autonomía Local consagra el concepto de autonomía local, afirma el principio democrático que rige sus destinos, y reconoce la aplicación de la subsidiariedad o proximidad así como la autonomía y suficiencia financiera así como la protección legal de su autonomía.

Refiriéndonos al caso español, se ha planteado en los últimos años una revisión general de las competencias de las Entidades locales, incardinado en este proceso de fortalecimiento de poder local que encuentra su base en la Carta Europea de la Autonomía Local. Este proceso, como ya he señalado, ha de girar en torno a los siguientes principios.

-La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas únicamente deberán asumir aquellas competencias que no sea posible residenciar en la Administración Local.

-Debe permitirse a los Entes Locales la elaboración de políticas propias mediante el reconocimiento de potestad normativa. En este sentido, debe implantarse una interpretación flexible del principio constitucional de reserva de Ley aplicado a la Administración Local.

-La atribución de competencias no deben limitarse a funciones meramente ejecutivas. Además debe potenciarse la descentralización de funciones en perjuicio de la delegación y, en cualquier caso, deberán evitarse las restricciones que minoren la efectividad de la autonomía local.

-En aquellas Comunidades Autónomas donde no existan deberán constituirse Comisiones Autonómicas de Régimen Local, como mecanismo que permita a las Entidades Locales participar en los procesos de planificación y ordenación de los asuntos que les afecten.

Esta potenciación de los Entes locales va ligada a la idea de subsidariedad, ya que la mayor proximidad de los Municipios a los intereses ciudadanos tendría que proyectarse en una descentralización de funciones y competencias en favor de las Entidades Locales, extrayendo en su plenitud las posibilidades de delegación de competencias estatales o autonómicas en su favor y abordando, si ello fuera preciso, las reformas legales necesarias para alcanzar ese objetivo.

Para alcanzar estos fines se planteó la necesidad de suscribir un Pacto, de carácter político y territorial, que permitiese abordar de un modo lógico, claro y de forma conjunta el futuro, las competencias y la posición de las Entidades Locales y que debería basarse en una serie de principios, entre los que pueden citarse: la autonomía en la gestión de los intereses propios, la subsidariedad, la descentralización y el acercamiento de la gestión, la eficacia en el desempeño de la función, la eliminación de duplicidades y la cooperación y coordinación ejecutivas.

Bajo la rúbrica del Pacto Local se encuentra, realmente, un complejo proceso de redistribución territorial del poder, que afecta al conjunto de los Gobiernos públicos y de las Administraciones territoriales, complementario de la construcción del denominado Estado autonómico.

Un proceso de redistribución territorial que se guía por el principio de subsidariedad o, si se prefiere denominarlo así -dado el grafismo del término- por el de proximidad, entendiendo como la atribución preferente de las responsabilidades públicas a las autoridades más cercanas a los ciudadanos, debiendo atenderse solamente a la amplitud o a la naturaleza de la tarea, así como a las necesidades de eficacia o economía, para apartarse de tal criterio atribuyendolas a una autoridad de nivel territorial superior, como certeramente destaca la Carta Europea de la Autonomía Local.

Obviamente, el gran beneficiario de este segundo proceso descentralizador en la historia de la democracia española surgida de la transición política y de la Constitución de 1978 debe ser el poder local, que hasta ahora se había limitado a contemplar el surgimiento y la consolidación de ese novedoso y decisivo nivel de poder territorial constituido por las Comunidades Autónomas (que él mismo había contribuido a crear de forma también decisiva mediante el ejercicio de la iniciativa que a las Entidades locales confiere el título VIII de la Constitución), sin beneficiarse de forma significativa del proceso descentralizador que el Estado autonómico ha comportado. El objetivo es dotar a las corporaciones locales del marco legal de los medios y las competencias que les permitan ejercer un papel que es fundamental al servicio de la sociedad en su conjunto. Para ello, las entidades locales han de tener un papel clave el modelo de desarrollo territorial y han de ser capaces de explotar las potencialidades de las reformas legislativas recientemente aprobadas por el Parlamento.

Esta reforma encuentra su justificación en la previsión de un proceso de descentralización de funciones desde el Estado y, en su caso, desde las Comunidades Autónomas hacia las Entidades Locales obliga a mejorar previamente la capacidad de respuesta y efectividad de las instituciones locales, para asegurar el correcto desempeño de las nuevas competencias que se le confían. Con este fin, las Cortes Generales aprobaron el 21 de abril de 1999 el siguiente paquete de leyes:

-Ley Orgánica 7/1999, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

-Ley Orgánica 8/1999, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general.

-Ley Orgánica 9/1999, de modificación de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

-Ley Orgánica 10/1999, de modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la educación.

-Ley 10/1999, de modificación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

-Ley Orgánica 11/1999, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

En estas Leyes se acometía la reforma de diversos aspectos del régimen local, entre los que pueden citarse los siguientes: la defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional buscando fórmulas que, si bien en ningún caso supongan un acceso generalizado de las Corporaciones Locales al Tribunal Constitucional, permitan a una mayoría cualificada de Municipios y Provincias afectadas defender la garantía institucional de la autonomía local frente a disposiciones estatales o autonómicas que lesionen de modo directo las competencias locales o atenten contra su autonomía. La gobernabilidad, con una nueva regulación de las mociones de censura en el ámbito local, introduciendo la convocatoria automática del Pleno que debe discutirla. Y, por último, la revisión de determinados elementos que contribuyan a la mejora del gobierno local, como la introducción de la cuestión de confianza vinculada a un proyecto concreto, la revisión de procedimientos revestidos de un carácter específicamente local o la distribución de competencias entre los órganos de gobierno, señaladamente entre el Alcalde y el Pleno de la Corporación.

En cualquier caso, debe reseñarse que con las últimas competencias transferidas a las Entidades Locales el Estado ha cerrado sus posibilidades de continuar alimentando la demanda de funciones de las provincias y los municipios. La consecución del pleno desarrollo del gobierno local y la definitiva implantación de la Administración Común, exigen la puesta en marcha por cada Comunidad Autónoma de procesos de trasferencias o delegaciones de algunas de sus competencias en los entes locales. Son los llamados Pactos locales Autonómicas. No obstante, es notorio que las Comunidades Autónomas han adoptado, como regla general, una actitud de manifiesto recelo a la cesión de competencias a los Entes Locales.

Lo hasta aquí señalado viene a demostrar la relevancia de la labor efectuada por el Estado para materializar su cuota de responsabilidad en la puesta en práctica del denominado Pacto Local. No cabe duda de que las reformas realizadas son de un extraordinario calado, y que a corto plazo se reflejarán en cambios profundos en el gobierno de nuestras Entidades locales y en su posición en el sistema de relaciones intergubernamentales. Responden, además, no a un conjunto inconexo de impulsos o estímulos, sino a un verdadero sistema coherente de los que las diferentes reformas legislativas no son más que manifestaciones parciales y concretas. El telón de fondo de todas ellas es el reforzamiento de la autonomía local, y ante el laconismo de nuestra Constitución en esta materia, la Carta Europea de la Autonomía Local se ha convertido -y se convertirá más en el futuro inmediato- en el verdadero referente ideológico, político y jurídico el proceso.

Pero la vida de nuestro Gobiernos locales continúa, y con ella la necesidad de realizar cambios permanentes en su regulación, y de dimensionar continuamente su posición en el conjunto de los Gobiernos públicos, por lo que la tarea no puede darse nunca por finalizada. En este sentido, habrá que explorar a corto plazo los efectos de las reformas realizadas sobre la realidad de nuestros Gobiernos locales y, en su caso y momento, analizar la posibilidad de realizar otras reformas adicionales o profundizar en las ya acordadas (por ejemplo, podría estudiarse la posibilidad de extender a los Municipios entre 2.001 y 5.000 habitantes la necesidad de existencia de Comisiones informativas y de Gobierno, así como la frecuencia actualmente exigida para las sesiones plenarias ordinarias en los Municipios de 5.001 a 20.000 habitantes, en reconocimiento a la reciente importancia de aquel estrato de Municipios en nuestro país).

Pero sobre todo, debe recordarse el carácter de estrategia bifásica del denominado Pacto Local, debido a la distribución constitucional de competencias. Las exigencias de nuestro poder local se proyectan, en buena medida, sobre ámbitos competenciales de titularidad autonómica, con lo que se si las Comunidades Autónomas no abren un proceso subsiguiente de negociación con las Entidades locales de su territorio, las expectativas que éstas han depositado en el proceso del Pacto Local se verán parcialmente defraudadas. Debe señalarse, no obstante, que esos procesos ya se han abierto en numerosas Comunidades Autónomas españolas (Andalucía, Canarias -muy avanzada en lo que se refiere a los Cabildos insulares-, Galicia, La Rioja, Murcia,...). Y tampoco puede olvidarse el impulso fundamental que se puede realizar a esta segunda fase, tanto desde el Estado como desde las principales fuerzas políticas, que tienen responsabilidades de Gobierno o de oposición en todas las Comunidades Autónomas. Aquí también se impone el consenso, adecuado a las características singulares de la realidad de los Gobiernos locales en cada región o nacionalidad.

En el ámbito autonómico, debe destacarse no sólo la necesidad de una mayor transferencia de competencias y de recursos financieros a las Entidades locales, sino también la del cumplimiento del principio del carácter predominantemente no finalista de las transferencias y subvenciones de otras Administraciones públicas, exigido por el artículo 9.7 de la Carta Europea de la Autonomía Local, que si bien es respetado escrupulosamente por el Estado, no puede decirse lo mismo de todas las Comunidades Autónomas. La generalización de fondos municipales no finalistas en todas las Comunidades Autónomas, constituidos esencialmente por un porcentaje suficiente de sus ingresos impositivos, deviene una verdadera exigencia del Pacto Local, dando también cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 142 de nuestra Constitución.

Lo que me gustaría destacar es que, más allá de los concretos contenidos competenciales, el pacto local debería ser también un instrumento para modificar la cultura político administrativo local, reforzar de los valores añadidos de la eficacia, eficiencia, legitimación, trasparencia, responsabilidad y participación democráticas, así como para la mejora de la gestión y de las políticas públicas locales.

No obstante, el pacto no puede realizarse solo por la vía de la reivindicación, sino desde las ideas, la responsabilidad y la cooperación y teniendo presente que el pacto local o es un fin en sí mismo, sino un instrumento para lograr de un modo permanente situar en su lugar el nivel local. Además es preciso recalcar que el pacto local debe tener una dimensión servicial, es decir, debe estar dirigido a una mayor proximidad y mejor gobernabilidad en favor de los ciudadanos.

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL

Francisco González Cruz
Rector de la Universidad Valles del Momboy
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La gestión local ha sido una de las pasiones intelectuales de Allan Brewer-Carías. Por esa causa ha estudiado con la brillantez que le es característica los temas relacionados con el federalismo, el municipalismo, el desarrollo regional, la descentralización y demás asuntos conexos. Como esa también ha sido mi pasión, desde mis lugares andinos, particularmente en el Estado Trujillo, era difícil no conocer su obra y no acercarme a su persona, de tal manera que me une a Randy una particular amistad, un acendrado afecto y una relación profesional desde la perspectiva de sus preocupaciones por el desarrollo local.

Me he acercado al tema desde la perspectiva de un Geógrafo que se ha tratado de formar en Geografía Regional y muy particularmente en el tema del desarrollo regional y local. Cuando por obra y gracia de la accidentada política muy propia de Venezuela a Brewer le tocó ser por ocho meses, el tiempo del gobierno transitorio del Dr. Ramón J. Velázquez, Ministro de Estado para la Descentralización, me llamó para que lo acompañara en la grata y febril aventura de generar un proceso de descentralización y de fortalecimiento y articulación de las instituciones provinciales y locales. Allí conocí mejor al académico pero mucho más al político que busca que sus ideas fecunden en la práctica.

Ahora nuestra prédica que una Nación debe construirse desde abajo y desde arriba, desde lo nacional y desde lo local, que así como debe contar con instituciones centrales fuertes también debe tener instituciones locales pertinentes, ágiles y eficientes adquiere nuevas perspectivas. Ahora lo regional, lo provincial y particularmente lo local adquiere una nueva naturaleza, que viene dada por el ascenso y la expansión de una nueva revolución en el campo de las sociedades humanas: la revolución del conocimiento. *Este ensayo pretende ser una contribución al estudio de esta nueva naturaleza de los lugares y al despliegue allí de una serie de procesos vinculados al avance de la sociedad del conocimiento. Me he permitido llamar a este fenómeno: lugarización.*

II. LA REVOLUCIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LOS LUGARES

Las ciudades tienen su razón de ser en el desarrollo de las fuerzas productivas y nacieron cuando estas evolucionaron de tal naturaleza que permitieron la vida sedentaria y la división del trabajo. Con la Revolución Agrícola las ciudades adquirieron mucha importancia y de hecho buena parte de la historia de la humanidad,

por lo menos durante los primeros seis mil años, fue la historia de sus ciudades. Ellas recibieron la atención de los más importantes intelectuales y las estudiaron, las planificaron, les diseñaron distintas formas de gobierno, sus funciones, estructura, les cantaron y les escribieron hermosos poemas.

Con la Revolución Industrial las ciudades crecieron en tamaño, adquirieron población pero perdieron importancia desde el punto de vista geopolítico, pues el surgimiento de las naciones-estado modernas, consecuencia de la lógica concentradora y centralizadora del modelo productivo, les arrebató casi todas sus competencias políticas. La historia de los últimos tres siglos ha sido, fundamentalmente, la historia de las naciones y la de sus relaciones entre sí. Sin embargo las ciudades siempre merecieron la atención de los mejores pensadores y su adecuada planificación dio como resultado muchas ciudades hermosas y eficientes en todo el planeta.

Ahora cuando está en pleno desarrollo una nueva revolución, la del conocimiento, la de la ciencia y la tecnología, la de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones o como se la quisiera llamar, toca a las ciudades un nuevo papel, tanto o más protagónico que el de los primeros tiempos, pero de naturaleza diferente.

El desarrollo de las nuevas tecnologías que cambian las formas de producir, distribuir y consumir, y particularmente las tecnologías de la información y las comunicaciones, están alterando rápida y profundamente la organización de los espacios territoriales y las formas cómo se relacionan los seres humanos entre sí y con el territorio.

Seis nuevas tecnologías transforman al mundo: la microelectrónica, las computadoras y demás aparatos de procesamiento de datos, las telecomunicaciones, los nuevos materiales, la robótica y la biotecnología. Los impactos cambian todo el modelo de funcionamiento de la sociedad y la economía y entre los más importantes está la globalización, entendida como la creciente integración económica entre bloques en el ámbito planetario, la extensión mundial de la información, el conocimiento, los usos y costumbres, los modelos de desarrollo y la extensión de los ámbitos de libertad, democracia y de justicia.

En el orden territorial los nuevos sistemas productivos y los ágiles sistemas de comunicación y de transporte, permiten ahora el acceso de cualquier persona, desde cualquier lugar, al mundo global. Hoy, y cada día más y mejor, una persona que tenga un canal de comunicación, aún cuando esté en un remoto sitio, puede relacionarse con cualquiera otra, aún cuando esta también esté distante. Puede enviar y recibir información, comprar y vender, leer y escuchar, hacer un curso o dictarlo, ver un espectáculo o presentarlo, establecer relaciones, invertir y miles de posibilidades más.

Esta realidad cambia radicalmente la naturaleza de los lugares, puesto que ahora todos tenemos, potencialmente, la posibilidad real de acceso al resto del mundo. La tecnología nos ha colocado al alcance de todo y de todos. Abre a sus ciudadanos la posibilidad de entrar en el mundo y que este entre a sus espacios. Se han derrumbado las barreras de la naturaleza y las distancias. Ahora todo puede estar cerca.

Hasta hace poco tiempo existía el privilegio absoluto de unos lugares donde se concentraba todo: la información, la producción, el consumo, la educación, la diversión y el poder. Las grandes aglomeraciones urbanas atraían a la población, a los líderes, a las inversiones y como consecuencia de todo ello concentraban también las oportunidades.

Toda persona que deseaba prosperar, si estaba en un lugar distante de esos centros, debía abandonarlo para irse a la gran ciudad. La población se marchó de los campos y las aldeas, se fue a las ciudades, que crecieron y ahora más de la mitad de la población

mundial vive en ellas. En los países desarrollados más de las tres cuartas partes de la población es urbana y cerca de una cuarta parte de la población mundial vive en ciudades de más de 750.000 habitantes.

En ella misma, en la ciudad, no todos los sitios tenían la misma posibilidad de acceso y dentro de sí se desarrollaban espacios urbanos privilegiados a donde se tenía que ir en búsqueda de información, de trabajo, de bienes y servicios. Las grandes concentraciones urbanas desarrollaron a su vez sitios de mayor concentración. Determinadas áreas de la urbe concentraron todo y la densidad de ocupación del espacio se hizo enorme, subiendo los precios del suelo de manera exorbitante, así como los costes de los servicios.

De tal manera que un determinado espacio territorial presenta enormes territorios desocupados, mientras pequeños sitios concentran población y actividades. Muchas veces esos sitios no son los que precisamente ofrecen las mejores condiciones desde el punto de vista ambiental, de disponibilidad de recursos naturales u otras ventajas. Crecieron por diversas circunstancias, la mayoría asociadas a las economías que la propia aglomeración producía.

Esta situación está cambiando rápida y profundamente. Cada día crecen cuantitativa y cualitativamente las posibilidades de acceso de todos a todos y a todo desde cualquier sitio, independientemente de su localización. Las posibilidades se distribuyen cada día más por los distintos espacios territoriales. El desarrollo tecnológico lo está haciendo posible.

Son infinitas las posibilidades que ahora tienen los lugares para ampliar y diversificar las alternativas para que la gente prospere. Por ejemplo una de las causas más importante de la pobreza es la ignorancia, y esta está asociada al aislamiento tradicional de muchos lugares. Pues bien, estas nuevas tecnologías de las comunicaciones y de la información abren insospechados caminos para el aprendizaje de una enorme cantidad de conocimientos y destrezas, que representan posibilidades de empleo.

También el uso adecuado de estas tecnologías puede mejorar el desempeño de las organizaciones locales, que ahora pueden conocer otras experiencias, comentarlas con sus pares, recibir información, enviarla y abrirse a todo un mundo de posibilidades.

El gobierno local y regional puede ser también más eficaz al poder ofrecer a los ciudadanos mejores canales de comunicación y de consulta. Puede poner sus planes en la red, rendir sus cuentas, establecer enlaces con otros gobiernos, poner en línea sus formularios y otros papeles para el trámite de diversos asuntos.

Estas nuevas circunstancias, creadas por el desarrollo de estas nuevas tecnologías, están cambiando radicalmente la naturaleza de los lugares y por ello se hace necesario ir al estudio de estas nuevas realidades.

III. LUGARIZACIÓN

Quisiera introducir el concepto de la *lugarización*.

En las ciencias geográficas la palabra lugar encierra una concepción muy especial. No sólo es un sitio, barrio, pueblo o comarca. Es, además, su paisaje propio que le da singularidad. Es una síntesis de sus componentes físicos y humanos. Es el resultado de

su historia en ese marco natural específico. El lugar es una síntesis geohistórica concreta.

Se le dice *lugareño* a lo peculiar de sitios o poblaciones pequeñas o a los naturales de esos lugares. Es entonces el lugar, bajo esta acepción, un determinado espacio geográfico delimitado por un territorio relativamente pequeño, donde la gente vive en comunidad, con su clima particular, su topografía, sus tradiciones y sus retos. Se diría que cada lugar tiene su propio ambiente y su propia cultura.

Frente a la globalización, que tiende a desdibujar la singularidad de las personas, la puesta en valor de los lugares tiene que ver con la satisfacción de la necesidad de identidad, personal y comunitaria. La gente busca reencontrar su propia singularidad y la de los que con ellos viven. Reconocerse como únicos en esta *aldea global*, en este mundo donde todos se parecen en su estilo de vida. Es la vuelta al individuo o, mejor dicho, a la persona.

Esta idea de la *lugarización* también tiene que ver con esta especie de *vuelta a las manos* que representa el despertar del interés por la artesanía, por las comidas típicas, por el turismo de posadas y por la naturaleza. Pareciera que el hombre busca en lo pequeño, en lo manual, en lo íntimo y en lo natural la identidad perdida por la estandarización de los estilos de vida. Muchas veces la gente abandona la bien programada comodidad de los grandes hoteles y va en búsqueda del calor natural de una posada, administrada un tanto empíricamente por una familia que le gusta atender forasteros.

Esta búsqueda de identidad personal tiene entonces en el orden económico la consecuencia del planteamiento de una economía *a escala humana* más o menos en el camino ya anunciado por E.F. Schumacher (1984) en su famoso libro: *Lo Pequeño es Hermoso*.

Esta búsqueda de singularidad hace que la gente empiece a valorar lo que la identifica y la separa de lo demás. En las ciudades, barrios y en los pueblos la arquitectura típica es resguardada o restaurada, su folklore es de nuevo puesto en vigencia, se aprecian de nuevo los viejos platos de la culinaria tradicional, se rescatan los recuerdos que hicieron hito en el desarrollo del lugar, se cuida la calidad de vida comunitaria y se muestra con orgullo el resultado de ese proceso.

Muchas comunidades han rescatado su propio lenguaje, planifican y administran sus sistemas educativos para mejorar la calidad e introducir estos elementos locales o regionales, crean sus sistemas de seguridad y se organizan para enfrentar con éxito sus propósitos.

Johann Gottfried Herder, poeta y filósofo del siglo dieciocho, citado por Isaiah Berlin (1999) decía: "…así como la gente necesita comer y beber, tener seguridad y libertad de movimiento, así también necesitan pertenecer a un grupo". Y afirmaba que el ser humano significa ser capaz de sentirse en casa en algún lugar. Herder consideraba que únicamente lo singular poseía valor genuino. Para él, dice Berlin, había pocas verdades eternas: el tiempo y el lugar y la vida social, lo que llegó a ser llamado sociedad civil, lo eran todo.

Lo cierto es que las necesidades existenciales de identidad y de participación, presentes desde el nacimiento mismo de la humanidad, encuentran sus mejores satisfactores desde el lugar concreto e íntimo que cada cual ocupa.

Lugarización, entonces, se refiere a los lugares como globalización al globo terrestre. Si la palabra globalización quiere significar todos los procesos que hacen de todo el

planeta un solo espacio, la palabra lugarización quiere significar todos los procesos que revalorizan a lo local.

Una palabra que se usa mucho para referirse a este proceso de revalorización de lo local es *localismo o localización*. En este sentido son sinónimos de lugarización, aunque pareciera que se refieren más al proceso administrativo de transferencia de competencias, funciones o actividades a los niveles locales, sea de una empresa o del gobierno.

La palabra *lugarización*, en cambio, evoca mejor un proceso que va mucho más allá del ámbito administrativo y que envuelve una nueva dimensión de lo local, una revalorización de la naturaleza de la localidad, un cambio cualitativo en el ecosistema o hábitat comunitario. Son procesos múltiples en donde lo administrativo es solo una dimensión dentro de un complejo juego de relaciones que hacen de lo local algo mucho más importante y sustantivo de lo que era antes.

¿Cómo se define un lugar?. Es el espacio territorial íntimo y cercano donde se desenvuelven la mayor parte de las actividades del ser humano. Generalmente, es el sitio donde una persona nació y creció, donde se educó, labró su personalidad, están sus familiares, cultivó sus amistades y con el cual estableció un vínculo afectivo. En una comunidad definida en términos territoriales y de relaciones humanas, con la cual la persona siente vínculos de pertenencia. Puede ser una aldea, un pueblo, un barrio o un condominio. Siempre será, necesariamente, un espacio geográfico limitado en su tamaño, de tal manera que la gente pueda establecer relaciones interpersonales.

El lugar es el territorio, en términos ecológicos, de una persona. Es la zona donde se establece su comunidad y donde está su historia, sus referencias topográficas, sus definiciones culturales, sus afectos, donde se gana la vida y donde pasa la mayoría de su tiempo.

Mucha gente tuvo que abandonar su lugar natural, donde nació y se crió, porque no le ofrecía oportunidades de prosperar, estudiar, trabajar o divertirse. Sin embargo, está demostrado que la mayoría de la gente no quería irse, lo hizo porque desde su lugar no tenía acceso a las oportunidades de ascenso. Incluso existen estadísticas que demuestran que la enorme mayoría de la gente en todo el planeta vive cerca del lugar donde nació. Por más que tenga que irse, la mayoría se va a un sitio cercano a lo que considera *su lugar*.

Este sitio íntimo tenía que ser abandonado si no coincidía con esos pocos espacios territoriales que concentraban el acceso a las oportunidades. Y la gente tenía que vivir en un nuevo sitio y desarrollar allí nuevos vínculos, nuevas relaciones, pero no se abandonaba del todo aquella querencia de origen. Se volvía a la tierra natal o se reproducían los recuerdos de alguna manera en los nuevos lugares, con el estilo de las construcciones, el nombre de los establecimientos, en la nomenclatura urbana, o en los clubes de paisanos, o en las mil distintas expresiones de la nostalgia.

Pero ahora todo comienza a cambiar. Las posibilidades que la ciencia y la tecnología ponen a disposición del hombre para relacionarse a escala planetaria están modificando la geografía humana, en particular la de los asentamientos humanos.

Si ahora la gente tiene posibilidades de acceso desde *su lugar*, este tiene un nuevo valor. Ya la gente no está estructuralmente bloqueada si no vive en un lugar que no sean aquellos pocos privilegiados por los procesos de concentración previos a la revolución tecnológica. Ahora puede relacionarse desde cualquier parte.

Entonces la calidad de la vida local tiene una nueva e inusitada dimensión. La gente tiene derecho no solo a una aceptable calidad de vida local, sino que esta le dé la posibilidad de acceso a lo global. Ya no cuenta que la localidad le ofrezca solamente aceptables servicios públicos y alguna que otra ventaja. Ahora cuenta mucho que la localidad garantice a la gente, además, posibilidades reales de competitividad a escala planetaria

La competitividad global de una localidad significa muy buenas posibilidades de acceso a la información y a las telecomunicaciones, pero también una excelente educación, servicios de salud eficientes, seguridad personal e institucional, espacios de calidad para el disfrute del tiempo libre, buena vialidad y servicios domiciliarios eficaces.

La competitividad local tiene mucho que ver con la calidad de la gestión pública, tanto provincial como municipal. También con la calidad de las redes organizacionales de la comunidad cívica, o sociedad civil. Por ello la descentralización y el federalismo tienen ahora una nueva e importante connotación.

Las consideraciones relativas a la *lugarización* tiene varias consecuencias, tanto en el orden social como en el político-administrativo. La gente se convence que su calidad de vida y su prosperidad dependen fundamentalmente de su propio esfuerzo y entonces se organiza para hacer las cosas que considera necesario. No espera que las autoridades resuelvan los problemas. La gente toma conciencia, se organiza y actúa. Es la vuelta a la comunidad y a la sociedad pluralista. Ya lo afirmaba el líder Sudafricano Nelson Mandela: “las comunidades están tratando de encontrar nuevas formas de conducir la política”.

Por su parte el gobierno también toma conciencia de esta realidad y se convence que desde estructuras altamente burocratizadas y centralistas, lentas y costosas, nada puede hacer en un mundo que demanda soluciones rápidas y localizadas. Los grandes sistemas públicos empiezan, a veces a su pesar, a descentralizarse y a introducir criterios de administración más ágiles y creativos, que toman en cuenta a la demanda real y sentida de la gente.

La reforma del Estado es una de las respuestas a las nuevas realidades, tanto las referidas a la globalización como a la descentralización. Las transformaciones de los sistemas políticos apuntan en dos direcciones: a la integración de grandes espacios geoeconómicos, transfiriendo poder hacia arriba, hacia estructuras internacionales; y a la descentralización, mediante el fortalecimiento de los espacios territoriales locales, transfiriendo poder hacia los estados y municipios.

Son entonces los entes territoriales menores los apropiados para estas nuevas exigencias que se le hacen a la administración pública. Ya no es desde el gobierno central desde donde es posible adelantar las respuestas adecuadas. Es desde los gobiernos provinciales y locales. Y desde las propias comunidades organizadas.

Las consecuencias más importantes de este proceso en el orden político son: a) la vuelta desde el Estado hacia la sociedad civil y, b) desde las estructuras centrales hacia la descentralización.

No parece entonces necesariamente contradictoria la idea de conciliar las ventajas de las nuevas tecnologías y sus consecuencias globalizadoras, con la existencia de lugares singulares llenos de personalidad. Una cultura planetaria conviviendo con muchas y variadas culturas locales. De hecho, los países más desarrollados son justamente los

mejores ejemplos de esta convivencia. Allí se cultivan con esmero las tradiciones locales y sus sociedades son vanguardia en el uso de las modernas tecnologías.

IV. LUGARIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO

Estos procesos de globalización y de *lugarización* tienen enormes consecuencias en las formas de administración de los asuntos públicos y también de los asuntos privados. Ya las organizaciones centralizadas, verticales, autoritarias, enormes y pesadas no responden con eficacia a los desafíos de las nuevas realidades.

Para poder ser exitosas las organizaciones están cambiando rápidamente en varias direcciones. Por ejemplo ahora toma mucha importancia la capacitación de la gente, la desconcentración de funciones y la descentralización de competencias. Las organizaciones ahora tienden a ser descentralizadas, horizontales, democráticas, pequeñas y ágiles.

En referencia a los asuntos político-territoriales, ahora adquiere mayor importancia el gobierno local y provincial, tanto como la comunidad cívica, pues son sustantivos para los procesos de lugarización, pues toca a estas organizaciones liderizar el crecimiento de la calidad de la vida local y su adecuada inserción en lo global.

Ya no es tan importante a estos efectos la presencia de los gobiernos nacionales, generalmente pesados, lentos y remotos, desconectados con las múltiples realidades locales. A esas estructuras corresponden las grandes políticas que orientan la vida de toda la Nación y la administración de las competencias propias de los gobiernos centrales. Pero la mayoría de los asuntos públicos atinentes al ciudadano, a la familia, a las organizaciones civiles y a las empresas, son asuntos que deben atender los gobiernos provinciales y locales.

La rapidez y la profundidad de los cambios, las expectativas de la gente, las necesidades de una alta interconexión en el ámbito planetario, exigen de las organizaciones respuestas rápidas y eficientes que los aparatos centralizados no están en capacidad de ofrecer. La eficiencia en las decisiones exige que estas se sitúen cerca de donde se ejecutan, por ello la descentralización y el federalismo ganan espacio rápidamente.

La centralización es una forma de administrar cuando no se confía en los niveles menores, cuando se quiere desestimular la participación, para imponer un *orden* establecido por la alta jerarquía, para homogeneizar un colectivo o, como afirmaba Alexis de Toqueville, para impedir, no para hacer. La centralización limita la creatividad, la agilidad, la transparencia, el pluralismo, la diversidad y la democracia. El centralismo desprecia la capacidad de las comunidades para gobernarse. El centralismo tiende al autoritarismo y a la homogeneidad.

Además, la concentración en la alta jerarquía de procesos que perfectamente se pueden ejecutar en los niveles más bajos, congestiona con asuntos que no le son propios a la dirección superior, distrayéndola de los asuntos estratégicos y políticos generales, que sí lo son.

La descentralización es la administración de la mayoría de los asuntos desde los entes territoriales autónomos provinciales y locales. Es hacer de estos niveles políticos entes autónomos poderosos, eficaces y eficientes para que atiendan a la mayoría de los

servicios que requiere la gente para vivir bien y para prosperar. Es hacer de estos territorios subnacionales los instrumentos eficaces para promover el desarrollo humano sustentable.

La descentralización no es sólo la transferencia de determinados niveles de decisión a la base de la pirámide de mando. No. La descentralización es transferencia de poder. Es el desprendimiento de determinados asuntos sustantivos de los niveles superiores o nacionales y traspasarlos hacia los niveles inferiores o locales, con todas las condiciones para que puedan ejercer con eficacia esos asuntos.

Descentralización es trasladar competencias desde el poder nacional hacia los poderes locales, con todos los atributos necesarios para que estos niveles locales puedan ser eficaces en el ejercicio de esos asuntos, es decir con autoridad, con buenas bases legales, con capacitación, con entrenamiento, con financiamiento y con confianza.

Descentralización es la dotación de los entes político territoriales intermedios y menores de capacidad real para atender bien los asuntos que le son propios en estas nuevas realidades. Que las provincias y los municipios cuenten con la gente capaz, los recursos financieros suficientes, las estructuras organizativas adecuadas y flexibles, los marcos para la negociación intergubernamental ágiles y, en general, el poder suficiente para que en un clima de autonomía, ejerzan plenamente su ejercicio en el marco normativo nacional

Antes de la actual revolución del conocimiento era optativa la administración centralizada o la descentralizada, aún cuando es necesario reconocer que aquellas naciones que experimentaron la descentralización desde temprano, también lograron mejores niveles de desarrollo. Pero ahora es imperativa. Las empresas y los gobiernos se descentralizan, adoptan mecanismos federales de administración, delegan poder a los estratos que están en la ancha base de la organización e incluso transfieren a otros entes diversos asuntos que no les son sustantivos, porque de otra manera pierden competitividad y eficiencia.

La descentralización y la forma federal de gobierno tiene muchas exigencias. Al desencadenar el potencial creativo de los diferentes niveles territoriales, también debe sentar las bases para la coherencia de la organización o de la nación. Si se trata de una empresa o de una organización sin fines de lucro, esa coherencia la da el plan general estratégico de largo y mediano plazo, la visión de la organización, sus valores, imagen institucional, el espíritu de cuerpo y demás mecanismos. Lo que se llama *filosofía de la organización.*

Para el caso de una nación el *espíritu de cuerpo* equivale a la Constitución Nacional de amplio consenso. Es el *proyecto de país* que debe estar en la Constitución, pero también en los planes estratégicos y en numerosos actos que tienen que ver con la patria, con sus símbolos, su historia, sus valores, sus arquetipos humanos, su cultura y sus tradiciones.

En un gobierno federal descentralizado el poder central tiene que ser fuerte para establecer el destino general de la nación, los planes estratégicos, las grandes políticas públicas y para evaluar la marcha general del país. También para coordinar con los distintos gobiernos estadales y municipales los planes y proyectos de alcance supra estadal. Y para fomentar el clima favorable a la descentralización, al fortalecimiento de los gobiernos provinciales y locales, y para la promoción de la organización de la sociedad civil y de sus redes de solidaridad.

V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

En un sistema de gobierno federal, el poder central no debe ocuparse de nada que pueda ser atendido en los estados y los municipios, o por la comunidad cívica. Una orientación para definir qué corresponde a cada nivel político-territorial es aplicar el *principio de subsidiaridad* que establece que todo aquello que pueda se hecho por un ente inferior, no lo debe hacer uno superior, y en caso de dificultades, el ente superior puede cooperar, pero siempre procurando que el ente inferior desarrolle sus competencias naturales.

Este principio involucra también que el Estado tiene unos límites y si la sociedad o el individuo puede ocuparse de un asunto, no tiene por qué hacerlo el sector público. El poder nacional y los poderes regionales y locales deben promover el fortalecimiento de toda la trama social, las organizaciones intermedias, las empresas, las comunidades organizadas y toda suerte de asociaciones y redes que desarrollen la comunidad cívica.

El término *federal* se refiere a la existencia de entes políticos territoriales intermedios autónomos, como las provincias, estados o departamentos y municipios, con alto grado de autonomía. En las empresas significa que una organiza sus actividades en la forma de negocios autónomos, con su propio mercado y su propio producto, así como su propia responsabilidad por las ganancias y las pérdidas (Drucker, 1999).

De esta manera, los países y las organizaciones modernas se adaptan a las nuevas realidades y confían en las comunidades provinciales y locales más y más competencias, descargando a los gobiernos centrales de muchos asuntos y concentrándose en el monitoreo de las grandes estrategias.

También los gobiernos transfieren más y más asuntos a entes no gubernamentales, empresas u organizaciones no-gubernamentales, confiando en la comunidad cívica la ejecución de obras y la prestación de servicios antes reservados al sector público. También las empresas transfieren a otros el desempeño de muchas tareas que no forman parte sustantiva de sus objetos, concentrándose en lo que le es propio.

Toda esta revolución en la manera de administrar los asuntos tiene una dirección: reforzar a lo local y a las organizaciones locales. Aprovechar las ventajas que tienen las organizaciones pequeñas, ágiles, eficientes, pero conectadas a lo global de una manera muy eficaz.

Esta es una nueva realidad en plena expansión. Las localidades, sus organizaciones y sus ciudadanos, tendrán cada día más y más asuntos de que ocuparse y las posibilidades de influir en sus propios asuntos, en los de la Nación y del planeta crecerán en la medida que sean competitivos, eficientes y se preparen adecuadamente. Por ello el *lugar* se hace importante.

En la revolución del conocimiento y de las nuevas tecnologías de las comunicaciones, el hombre se hace planetario desde *su lugar*. Toca entonces a los lugares una nueva e importante responsabilidad: ofrecer a sus habitantes un espacio muy agradable y eficiente para vivir.

La globalización se expresa fundamentalmente en flujos de información, de bienes y servicios, en cambio la lugarización se expresa en la calidad de la vida local y su competitividad global. Lo local es el ámbito de gestión de lo global, de allí la nueva importancia estratégica del lugar, de la ciudad.

VI. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN URBANA

En este contexto, la expresión más acabada del lugar, es la ciudad, por ello la gestión urbana cobra una categoría particular y la cual debe verse ahora en tres perspectivas:

a. La productividad y competitividad de la ciudad y de sus empresas, es decir la capacidad del lugar de generar un proceso productivo dinámico que genere empleo e ingresos adecuados a sus habitantes;

b. La integración sociocultural de sus habitantes de manera que todos se sientan que pertenecen al lugar y

c. La gestión política, su representatividad y su eficacia., es decir el gobierno local, la gobernabilidad del lugar.

La competitividad de las empresas, de las organizaciones, de las familias, de la gente, es decir de la ciudad depende hoy fundamentalmente de tres condiciones:

1. De la infraestructura tecnológica con que se cuente y la calidad de acceso a redes globales. La conectividad y la innovación urbana.

2. La existencia de recursos humanos de vanguardia.

3. Unas condiciones de vida satisfactorias.

La gestión del hábitat urbano o local está en la base de la productividad y la competitividad y esto es básicamente responsabilidad de los gobiernos locales, en articulación con las empresas y los entes cívicos.

Cuando se habla de conectividad urbana se refiere al vínculo de la ciudad con las redes de comunicación y sistemas de información regional, nacional y mundial, empresas, con otras ciudades, con organismos multilaterales de apoyo al desarrollo local, etc.

Cuando hablamos de innovación urbana nos referimos a la capacidad instalada de una ciudad para generar nuevos conocimientos, nuevas actividades económicas, nuevos productos, nuevos servicios. Nos referimos a la gestión del conocimiento aplicado a la ciudad, sus centros de investigación y desarrollo (I+D), su espíritu emprendedor.

La calidad de vida se refiere no solo al bienestar que debe ofrecer la ciudad a sus habitantes, sino a su capacidad de ofrecer una calidad urbana que atraiga o retenga a los grupos humanos de vanguardia. También la consideración de los nuevos actores urbanos: las mujeres, los niños y los ancianos, no solo como usuarios de la ciudad sino como participantes en la toma de decisiones. Las ciudades son también la base para la diversidad y la pluralidad, para el reforzamiento del particularismo histórico y territorial. Son las ciudades las que están tomado la vanguardia para reforzar la identidad, asunto que está tomando lugar primordial en sus planes.

En síntesis entre los más importantes desafíos de la gestión local en la globalización se pueden anotar los siguientes:

1. Desarrollo de la economía urbana. Crear las condiciones para insertar sus sectores productivos en la nueva economía. Promoción de la competitividad y la productividad, atracción de inversiones, emprendimiento tecnológico.

2. Desarrollar una nueva infraestructura urbana con serio acento en la conectividad con las redes de información, con la puesta al día de la vialidad con su región y con la infraestructura adecuada para la cabal prestación de sus servicios (centros cívicos, edificaciones oficiales). El urbanismo, la vivienda y el medio ambiente (los espacios

públicos) son prioridades a resolver. La estética urbana hay que atenderla (en una ciudad el camino más corto entre dos puntos es el más hermoso).

3. Ofrecer una alta calidad de vida, fundamentalmente con mejores servicios. Seguridad ciudadana y justicia. La educación y la salud de calidad. Los derechos urbanos (de las mujeres, de los niños, de los ciudadanos) El derecho del peatón a las aceras, a la iniciativa económica, a los servicios, a la convivencia. A la *Identidad*. Desarrollo de una cultura urbana o mejor de *Patriotismo Urbano*. El desarrollo de una libertad plena.

4. Resolver el problema de la integración social. Esta es una tarea enorme, gigantesca. Se trata de la incorporación de los más pobres a la economía formal y a la ciudad formal. Erradicar la exclusión social y territorial.

5. Enfrentar da gobernabilidad y la sustentabilidad de la ciudad. Se trata de organizar el gobierno de la ciudad para que sea capaz de asumir estos desafíos. Con estructuras lentas, clientelares, sin adecuada preparación técnica, sin creatividad y carentes de entusiasmo no se tendrá una localidad exitosa. El tema de la sustentabilidad financiera de la ciudad es necesario enfrentarla para que la ciudad cuente con los recursos para atender estos desafíos.

6. Es necesario considerar la dimensión regional, nacional e internacional. El desafío es desarrollar mejor la centralidad que ya tiene la ciudad por su vocación geohistórica. Establecer una adecuada relación política con los niveles regionales y nacionales, así como asumir la actuación internacional de la ciudad.

Estos desafíos exigen un proyecto de ciudad. La experiencia demuestra su utilidad. La diferencia entre una ciudad fracasada y una exitosa casi reside en esto. Los éxitos han obedecido a un proceso de transformación que se basa en la toma de conciencia del desafío dada la crisis que se enfrenta, la concertación entre los actores urbanos en torno a un proyecto de ciudad y la generación de un liderazgo local proactivo.

Es fundamental la determinación conjunta y el consenso ciudadano para que la ciudad de un salto adelante, desde todo punto de vista. *El Proyecto de Ciudad* es fundamental, si moviliza a los actores públicos y privados y se ejecuta desde el principio. Debe despertar o construir el *Patriotismo Urbano*. Es un proyecto de movilización ciudadana y de promoción interna y externa. Es un proyecto de autoestima ciudadana. Exige un cuestionamiento de la manera de gobernar la ciudad, de comportamiento de las organizaciones y plantea una reforma política y una nueva articulación gobierno-ciudadanía. La excusa para dar el salto adelante puede ser la propia crisis, un evento, una fecha importante.

El Gobierno local debe cambiar cualitativamente: pasar a ser promotor, líder, emprendedor, innovador, audaz, integrador de todas las energías presentes en la ciudad, un innovador democrático. Muchos de los éxitos se deben a la fuerte personalidad de los alcaldes que han asumido el liderazgo de la ciudad. A veces el liderazgo local lo puede asumir inicialmente otros actores, pero debe estar muy bien articulado y sin la participación de la autoridad política es muy difícil.

VII. CONCLUSIÓN

En la sociedad del conocimiento la naturaleza de lo local cambia respecto a las cualidades que tenía en la sociedad industrial. La lógica de la concentración y del centralismo consustancial del viejo orden se mueve a otra lógica, la de la globalización y la de la *lugarización*, propia de la sociedad del conocimeinto. Es parte de grandes cambios en la sociedad que también se mueve de lo vertical hacia la horizontalidad, de lo mecánico a lo sistémico, de lo cartesiano a lo holístico, de lo burocrático a lo participativo.

Hoy y cada día más es importante el lugar, como es importante la persona. La capacidad de interconexión desde lo local, que crece exponencialmente día a día, hace importante en esa misma medida al lugar donde una persona se realiza. Por ello la calidad de la vida del lugar es más y más importante. Su gobernabilidad, sus redes cívicas, la competitividad de su economía, su calidad de vida. Por ello en esta nueva etapa de la humanidad es tan importante el proceso de globalización como el proceso de lugarización

BIBLIOGRAFÍA

BERLIN, Isaiah, *Árbol que nace torcido*, Edit. Vuelta, 1992.

BORJA, Jordi y CASSTEL, Manuel, *Local y global*, Taurus 1997.

BRICEÑO-IRAGORRY, Mario, "Meditación en el IV Centenario de Barquisimeto", *El Nacional*, Caracas, 14-09-1952, p. 4 en *Obras Completas*, Tomo 17, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1993.

DRUCKER, Peter, *Las Nuevas Realidades*, Grupo Editorial Norma, Bogotá 1999.

GONZÁLEZ C., Francisco, *Lugarización y globalización*, ULA-UVM 2001.

SCHUMACHER, E.F., *Lo pequeño es hermoso*, H. Blume Editores, Madrid 1984, FGC/4 de Junio de 2002.

§ 34. BREWER Y CARACAS

Dolores Aguerrevere Valero
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Los invitados a participar en un libro homenaje a Allan Brewer-Carías nos encontramos ante un sin fin de temas relacionados con el Derecho Público. Es tan extensa y variada la obra de Brewer, que con el desarrollo de cualquier tema jurídico nos sentiríamos rindiendo homenaje a su encomiable labor en la consolidación y evolución del estudio del Derecho Administrativo en Venezuela.

Sin embargo, hay un tema al cual ha dedicado importantes momentos de su vida académica. Un tema recurrente en su obra, como muchos otros, pero en el cual hemos tenido la oportunidad de apreciar no sólo al Brewer jurista, sino también al Brewer historiador apasionado y hasta al Brewer urbanista y arquitecto. Nos referimos al tema de Caracas, a Caracas como ciudad latinoamericana, como Capital de la República, como área metropolitana, como área urbana y, en fin, a Caracas como laboratorio infinito de temas jurídicos, históricos y urbanísticos que siguen apasionándolo.

En Caracas confluyen para Brewer dos temas de su particular interés: el tema institucional en cuanto a su forma de organización y gobierno, y el tema netamente urbanístico. A los problemas institucionales dedicó muchos estudios que perseguían la creación de una figura jurídica que convirtiera a Caracas en una ciudad gobernable[1]. Veremos

1. En la extensa obra de BREWER encontramos estudios y conferencias sobre el tema: *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas y del Desarrollo Regional y Urbano*, Ediciones de la Comisión de Administración Pública, (multigrafiado), Caracas 1971, 60 pp.; b) "Algunas soluciones institucionales parta el Área Metropolitana de Caracas", en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, nº 2, Caracas 1977, pp. 17 a 39; c) *La Transformación total de la Estructura Jurídica y Administrativa de Caracas* (en colaboración con PÁEZ PUMAR, Álvaro; MORALES TUCKER, Alberto; POGGIOLI, Odoardo y ROJAS B., Luis), Caracas 1982, 12 pp.; d) *Propuesta para una Reforma Institucional de Caracas y de la Región Capital. 1982*. Publicaciones del Concejo Municipal del Distrito Federal; e) Exposición sobre los *Problemas institucionales de la Ciudad de Caracas*, Gerencia de la Electricidad de Caracas, Caracas, 24 de mayo de 1988; f) Conferencia sobre "Caracas: una ciudad multigobernada, sin gobierno", en la *Reunión Internacional sobre Gestión Urbana y Tierra, Facultad de Arquitectura, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 05 de julio de 1990; g) Exposición sobre los *Problemas del Área Metropolitana de Caracas*, en la Reunión preparatoria del Consejo de Gobiernos del Área Metropolitana de Caracas, Caracas, 03 de septiembre de 1993; h) "Sistema Jurídico Administrativo de la Ciudad", en *Caracas, Presente y Futuro. Ideas para transformar una ciudad*, Alcaldía de Caracas, 1995, pp. 65 a 73; i) Exposición sobre "El Gobierno de Caracas", en el *Foro sobre La Gobernación de Caracas ¿Alcaldía Mayor o Gobernación?*, Fracción Causa R, Concejo Municipal del Municipio Libertador, Parque Central, 29 de mayo de 1997; j) Exposición sobre "La Organización del Distrito Metropolitano de Caracas", en el *Foro sobre Alcaldía Metropolitana, Propuesta para la Ciudad*, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Sector Estudios Urbanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 28 de abril de 2000; k) Ponencia sobre "Descentralización Política y Municipalización de Caracas", en *Caracas se divide: Propuesta para la división político-territorial del Distrito Capital*, Cabildo Metropolitano de Caracas, Comisión de Juventud, Deporte, Recreación y Turismo, Caracas, 20 de julio de 2001; l) Conferencia "Municipalismo y organización de Caracas", Asociación Pro Calidad de

cómo algunas de sus propuestas fueron tomadas en cuenta en la creación posterior del Distrito Metropolitano de Caracas en enero de 2000, aun cuando otras quedaron lamentablemente olvidadas.

Por su parte, el tema urbanístico de Caracas en la obra de Brewer ha sido abordado tanto en sus estudios generales sobre el urbanismo en Venezuela, como en sus estudios sobre el poblamiento en América y las ciudades latinoamericanas. Un vistazo sobre la extensa obra de Brewer nos muestra fácilmente cómo el urbanístico ha sido un tema presente en importantes momentos de su vida académica.

En efecto, en primer lugar, su Discurso de Incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (3 de noviembre de 1978) trató sobre el tema *El Urbanismo en Venezuela y la Cuestión Jurídico-Institucional*[2], presentando como Trabajo de Incorporación, el que luego se convirtió por mucho tiempo en el único libro venezolano de derecho urbanístico: *Urbanismo y Propiedad Privada*[3]. Dicho trabajo fue presentado asimismo como Trabajo de Ascenso a Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, 8 de abril de 1981). Para esa fecha, la poca legislación urbanística existente eran las ordenanzas caraqueñas y por lo tanto, hablar de Urbanismo en Venezuela era hablar de Caracas.

En 1980 dirigió la organización del Primer -y único- Seminario Internacional sobre Derecho Urbanístico organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela y el Ministerio de Desarrollo Urbano, y al cual asistieron destacados profesores españoles de la escuela del Profesor Eduardo García de Enterría[4]. Más de veinte años después es urgente la realización de un segundo seminario, más aún cuando está siendo estudiado en la Asamblea Nacional un proyecto sobre Ley Orgánica de Ordenación Territorial y Urbanística[5].

El tema del desarrollo urbano de la ciudad está incluido además en la investigación sobre el poblamiento de América y el diseño de la ciudad latinoamericana; investigación que ya ha sido inicialmente expuesta por Brewer en el Libro *La Ciudad Ordenada*[6], y en cuya conclusión está trabajando en estos momentos por invitación de la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Preservación Histórica de la Universidad de Columbia, Nueva York.

Finalmente, en otro importante momento de su vida académica, cual fue el acto de su nombramiento como Doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III de Madrid, Brewer desarrolló el tema de *Carlos III y la Organización Territorial del Poblamiento en América*[7], cuyo contenido demuestra una vez más nuestra tesis sobre su especial pa-

---

Vida por Caracas, Caracas, 3 de septiembre de 2001; m) "Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 alcance de una reforma insuficiente y regresiva", *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público*. Universidad Católica del Táchira nº 7, Caracas 2001. El listado que se presenta se realizó a partir de la *biblio verbi grafía* de Allan R. Brewer-Carías realizada por Arelis Torres Amaro y publicada en el libro *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 289 y ss.

2. Consultado en original.

3. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980.

4. Las ponencias del Seminario fueron publicadas en *Derecho Urbanístico*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, vol. V, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982.

5. *V.*, en www.asambleanacional.gov.ve

6. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada (Estudio sobre El orden que se ha tener en descubrir y poblar o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular de las ciudades de Venezuela).* Universidad Carlos III, Madrid. 1997.

7. Consultada en original.

sión por estos temas, al presentarnos un Brewer jurista, unido a un Brewer historiador y a un Brewer urbanista y arquitecto. Los abogados interesados en estos temas sabemos que el tema del desarrollo urbano de una ciudad no puede ser un tema netamente jurídico, y por eso lo interesante de la forma como Brewer se desdobla y los estudia, acercando el derecho al urbanismo y a la arquitectura. Sobre este necesario acercamiento señala el arquitecto Federico Vegas a propósito de la obra de Brewer: *"Lo más importante no son las enseñanzas que Allan Brewer estudia, organiza y nos ofrece. Lo más importante es que nos abre la posibilidad de un nuevo diálogo entre el derecho y la arquitectura, un diálogo que nos ayude a comprender el origen y el destino de nuestras ciudades, un diálogo que permita al arquitecto participar en las razones fundamentales, en lo acostumbrado y en lo escrito, en las leyes y en esas consecuencias que definen la esencia de lo urbano. Podemos decir con alegría y entusiasmo: Allan Brewer-Carías, entre arquitectos estás y por muchas y muy buenas razones"* [8].

En el presente estudio se esquematizan y exponen, según nuestro criterio, las opiniones de Brewer sobre la evolución del régimen legal de Caracas, donde confluyen a la vez el tema institucional y el tema urbanístico, tomando como referencia las discusiones anteriores y posteriores a la promulgación de la Constitución venezolana de 1999. Este intento es necesario profundizarlo a los fines de contribuir con la consolidación del régimen legal y urbanístico del Distrito Metropolitano de Caracas creado a partir de la Constitución de 1999, y cuyo régimen legal ha quedado sólo enunciado en la Ley que rige su funcionamiento[9].

II. BREWER Y LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE CARACAS

1. Planteamientos anteriores a la Constitución de 1999

La Constitución de 1961 señalaba a Caracas como capital de la República, dejando a una ley especial la posibilidad de "coordinar las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal" (artículo 11). La indeterminación de los límites de la ciudad de Caracas, y la existencia de varias jurisdicciones (Distrito Federal, Distrito Sucre del Estado Miranda y posteriormente los Municipios Libertador, Sucre, Baruta, Chacao y el Hatillo), hacían que fuese urgente la escogencia de un mecanismo legal que permitiese la coordinación de las competencias de las diferentes autoridades involucradas. Muchos planteamientos fueron expuestos sin que se llegase jamás a dictar la ley especial que por mandato constitucional debía regir la tan anhelada coordinación.

Por muchos años, se hicieron variadas propuestas sobre la forma jurídica idónea para lograr la gobernabilidad de la ciudad. Desde la asunción de las competencias por el Poder Nacional, hasta la creación de un gobierno municipal a dos niveles, muchas fueron las propuestas que nunca se llegaron a concretar en una ley especial, aún cuando se lograron esfuerzos importantes previos concretados en convenios de mancomunidad.

8. VEGAS, Federico, ensayo sobre *La Ciudad Ordenada*, consultado en original.
9. *G.O.* nº 36.906 de fecha 8-3-2000.

El primer trabajo que encontramos en la obra de Brewer sobre los problemas institucionales de Caracas se refiere a la necesidad de integración en materia de transporte urbano[10]. Seguidamente se inclina al estudio de la cooperación intermunicipal en materia de urbanismo[11], en el cual publica además el Proyecto de Convenio de Mancomunidad Urbanística presentado por la Comisión Reorganizadora de la Oficina Municipal de Planeamiento Urbano del Distrito Federal, a la Comisión Especial para la Integración del Área Metropolitana de Caracas y posteriormente a las administraciones municipales de Caracas en agosto de 1967[12]. Sin embargo, no es sino en una publicación posterior donde plantea concretamente algunas soluciones institucionales para el área metropolitana de Caracas, y en la cual comienza a destacar la propuesta de un sistema de gobierno municipal a dos niveles[13].

En estos estudios iniciales Brewer recurre a la doctrina y práctica internacional para hacer referencia a los distintos tipos de regímenes de áreas metropolitanas en el mundo, las cuales resume para distinguir, desde el punto de vista administrativo, las siguientes soluciones:

a. La asunción de los servicios metropolitanos por el Poder Nacional: mecanismo utilizado en algunos países ante la incapacidad de las autoridades locales en asumir sus competencias. Desde un principio, esta solución fue desechada para Caracas por alejar del ciudadano los mecanismos de participación tan necesarios para el desarrollo. Expresamente señalaba Brewer en su oportunidad: "…*esta solución impide el crecimiento y desarrollo de las instituciones locales, que por otra parte, desde el punto de vista político, son indispensables, no como autonomías inútiles, sino como reales mecanismos de participación de la población dentro del proceso de decisión urbana"*. Al respecto concluía enfáticamente en que "*en todo caso, insisto, estimo que la asunción por parte del Poder Nacional de las funciones metropolitanas no es la solución adecuada a los problemas metropolitanos*"[14].

b. Los Distritos Especiales para los Servicios Metropolitanos, es decir, la creación de "*entes con competencia global para una determinada área urbana en funciones concretas de carácter urbano, para su realización uniformemente en el área*". Es el ejemplo que imperó por muchos años de la Administración del Acueducto de la Zona Metropolitana (AAZM), de la Mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Área Metropolitana de Caracas creada en 1972, o del Convenio sobre la Policía Metropolitana suscrito en 1969. Sin embargo, estas soluciones "*no implican una solución global a los problemas administrativos del área*"[15].

c. La estructuración de un Gobierno Metropolitano: Esta solución implica la estructuración de un gobierno para el área, lo cual puede lograrse a través de dos mecanismos: *"la creación de un gobierno único para toda el área metropolitana o la creación de un*

10. BREWER-CARÍAS, Allan, "La integración del Área Metropolitana de Caracas y la coordinación de los servicios de transporte urbano", en *Revista Talle*, Facultad de Arquitectura, Universidad Central de Venezuela, nº 20, Caracas 1966, pp. 23 a 27.

11. BREWER-CARÍAS, Allan, "El Área Metropolitana de Caracas y la Cooperación Intermunicipal en materia de Urbanismo", en *Revista de la Facultad de Derecho* nº 35, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967, pp. 49 a 76.

12. Sobre la integración de dichas comisiones y el proyecto de Convenio ver *idem* 11, pp. 62 a 76.

13. BREWER-CARÍAS, Allan, "Algunas soluciones institucionales para el área metropolitana de Caracas"; en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, nº 2, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, junio 1977, pp. 17 a 39.

14. *Idem* 13, pp. 20 y 21

15. *Idem* 13, pp. 21 y 22

gobierno a dos niveles para la misma"[16]. Aún cuando Brewer señala que la solución menos problemática desde el punto de vista organizativo sería la de la anexión, es decir, el establecimiento de una única jurisdicción político territorial, reconoce, asimismo, que la autonomía municipal imperante en Venezuela desde sus inicios harían muy difícil, políticamente, la escogencia de dicho mecanismo. En tal virtud señala la modalidad de la creación del gobierno a dos niveles como el mecanismo más acorde con la realidad caraqueña, y la mayormente aplicada en las áreas metropolitanas de otros países. *"La característica fundamental de esta fórmula de gobierno metropolitano a dos niveles está en que los gobiernos locales no desaparecen con la estructuración del gobierno metropolitano, sino que permanecen intactos o no sufren sino modificaciones parciales. La fórmula implica entonces la creación de un nuevo escalón o nivel de gobierno de ámbito metropolitano, para la organización y coordinación de los grandes servicios que abarcan toda el área metropolitana"*[17].

En un estudio realizado en 1982, Brewer insistió en la modalidad de creación de un sistema de gobierno metropolitano independiente para toda la Región Capital. Sobre este estudio es importantísimo distinguir su observación sobre la necesaria inclusión de otras áreas que ya formaban parte de la realidad metropolitana de Caracas. Expresamente señalaba Brewer: *"No debemos olvidar que Caracas, ya no sólo es el casco central de la capital al oeste del valle del Ávila. Caracas, en efecto, no sólo está formada por el Departamento Libertador del Distrito Federal y por el Distrito Sucre del Estado Miranda, sino que también forma parte de ella, el Distrito Guaicaipuro de dicho Estado. La vida de la capital. Además, está íntimamente vinculada al Litoral Central, es decir al departamento Vargas del Distrito Federal; a los Distritos de los Valles del Tuy; a los Distrito del Valle Guarenas-Guatire y a los Distrito de Barlovento, en el Estado Miranda. Esas cinco áreas territoriales forman la Región Capital, y deben, en un futuro, formar una sola unidad político territorial, para lo cual debe establecerse un sistema único de gobierno"*[18].

Vale la pena resaltar aquí que una de las principales críticas al Distrito Metropolitano de Caracas creado en cumplimiento del artículo 18 de la Constitución de 1999, ha sido precisamente el no haber previsto la inclusión de otras áreas territoriales que forman parte de la realidad metropolitana de Caracas. Este planteamiento fue hecho por los diferentes estudios de la ciudad pero no encontraron eco en el debate Constituyente, omisión que ha dejado a Caracas sin una organización verdaderamente metropolitana.

La búsqueda de un sistema de gobierno para Caracas continuó, paralela a la insistencia de otros sectores por el reordenamiento urbanístico de la ciudad (Ej. Plan Estratégico de Caracas, etc.). Especial referencia merece la creación del Consejo de Gobierno

16. *Idem* 13, p. 26.

17. A solicitud del Gobernador del Distrito Federal, BREWER preparó un estudio sobre *Mecanismos para la Integración del Distrito Sucre del Estado Miranda al Distrito Federal* (1976), publicado en BREWER-CARÍAS, Allan e IZQUIERDO COSER, Norma, *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas 1977, pp. 315 a 318.

18. Este estudio fue presentado por BREWER en fecha 25 de julio de 1982 a la Comisión Bicameral Especial que tenía a su cargo los estudios sobre la posible creación del Estado Vargas, la Reforma de la Ley Orgánica del Distrito Federal y la elaboración del Proyecto de Ley de Coordinación de las jurisdicciones que actúan en el área de Caracas. En este estudio BREWER presenta concretamente las reformas a largo y a corto plazo que debía "*darle un tratamiento global e integral al problema institucional de Caracas y la Región Capital*. BREWER-CARÍAS, Allan*; Propuesta para una Reforma Institucional de Caracas y de la Región Capital*, editado por la Dirección de Relaciones Públicas del Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1982.

del Área Metropolitana de Caracas[19], el cual tenía como finalidad la coordinación de las actividades municipales, estadales y nacionales en el área metropolitana. Dicho Consejo formó parte del importántisimo esfuerzo de Brewer como Ministro de Estado para la Descentralización durante el gobierno del Presidente Ramón J. Velázquez (junio 1993–febrero 1994)[20]. Las soluciones de cooperación, conciliación y coordinación consagradas en este instrumento jurídico pueden servir de base para el funcionamiento del Distrito Metropolitano, cuyo régimen jurídico está aún por concretarse en las Ordenanzas que el Cabildo Metropolitano está llamado a promulgar.

Entre estas soluciones vale la pena resaltar que el ámbito metropolitano considerado en este Reglamento incluía, además del Municipio Libertador y los Municipios Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo, a los Municipios Vargas, Los Salias y Carrizal. Dicho ámbito era, sin lugar a dudas, más "metropolitano" que el que finalmente fue acogido en el Distrito Metropolitano de Caracas. Si bien el Municipio Vargas del Distrito Federal fue convertido en Estado Vargas, los Municipios Los Salias y Carrizales del Estado Miranda podrían haber sido incluidos en el Distrito Metropolitano dada su interrelación necesaria con la ciudad. Asimismo vale la pena resaltar que el Reglamento de Creación del Consejo de Gobiernos no dejaba lugar a dudas en cuanto a que el Plan de Ordenación Urbanística (POU) del Área Metropolitana debía ser aprobado por dicho Consejo (artículo 5, lateral b), antes de su aprobación conforme a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Con la consagración actual de dicha competencia en el artículo 19 de la Ley del Distrito Metropolitano, no se tiene claro si el POU debe ser dictado por el Gobierno Metropolitano o si el Cabildo debe aprobar otro tipo de plan intermedio entre el POU y el Plan de Desarrollo Urbano Local. Como este, muchos ejemplos de coordinación pueden ser tomados en cuenta en las actuales circunstancias en las cuales el régimen del Distrito Metropolitano aún no ha sido desarrollado en las Ordenanzas Metropolitanas correspondientes.

Para el año 1995, el Concejo Municipal de Caracas organizó un movimiento para estudiar las diferentes ideas para transformar la ciudad y hacerla más gobernable. En su participación en dichos Foros, Brewer insistió en la necesidad de arreglar, en primer lugar, el problema institucional, único mecanismo para comprometer verdaderamente a todas la autoridades involucradas en los problemas de la ciudad. Al respecto señaló que "*… el principal problema de Caracas, el problema que ha tenido de siempre, es carecer de estructuras institucionales que permitan que esta ciudad sea gobernada, sea gobernada como una sola ciudad y no en parcelitas como la situación que tenemos en la actualidad*" [21]. La discusión del Plan Estratégico para Caracas, requería, en su criterio, del establecimiento previo de una estructura institucional que le diese a la ciudad un tratamiento de gobierno único. Por ello era enfático al señalar: "*No existe en ninguna parte del universo, es decir, del mundo actual, ninguna gran ciudad que no haya resuelto su problema institucional, de manera que las enseñanzas de las ciudades europeas están allí. Madrid, es una comunidad autónoma; París es un Departamento Especial de la ciudad de París; el gran Londres es parte de una organización que depende del Consejo del Gran Londres; las ciudades americanas y canadienses se han estructu-*

19. Creado mediante Decreto nº 3309 de fecha 22 de diciembre de 1993 mediante el cual se dictó el Reglamento Parcial nº 6 de la Ley Orgánica de Descentralización, Determinación y Transferencia de competencias del Poder Público sobre el Consejo de Gobierno del Área Metropolitana de Caracas (*G.O.* nº 35.301 del 21-9-93).

20. BREWER-CARÍAS, Allan, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Editorial Arte, Caracas 1994.

21. Ponencias publicadas en *Caracas, Presente y Futuro. Ideas para una Ciudad*, Alcaldía de Caracas, 1995, pp. 67 a 73.

rado a base de Municipios, pero luego con una federación de Municipios han establecido autoridades metropolitanas, pero en definitiva no existe en ninguna parte una gran ciudad que no tenga un gobierno a dos niveles, una autoridad metropolitana con todas las características de autoridad electa y con poder necesario para gobernar la ciudad en su globalidad y en los asuntos que son de carácter metropolitano y por la otra unas autoridades locales para los asuntos estrictamente locales en la multitud de Municipios que puedan estar y que existen normalmente en una ciudad"[22]. Resalta una vez más la propuesta sobre la modalidad del gobierno a dos niveles como única respuesta a los problemas institucionales de las áreas metropolitanas.

2. Debate Constituyente

A pesar de los múltiples esfuerzos por promulgar la ley especial ordenada por el artículo 11 de la Constitución, y de la existencia de variados proyectos de reforma institucional y urbanística de Caracas, lo cierto es que la ciudad se fue desarrollando sin la unidad anhelada. El Distrito Sucre se dividió en cuatro Municipios, y al Distrito Federal le fue sustraído el territorio del Municipio Vargas para la creación del Estado Vargas. Todo esto sin la necesaria coordinación institucional y con la sola existencia de mancomunidades en algunas actividades (tránsito, agua, etc.). Estas soluciones intermedias eran necesarias, pero sólo como el inicio de una verdadera reforma institucional que proporcionara a la ciudad un gobierno metropolitano de unidad.

La oportunidad real de dicha reforma se presentó con la Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1999 para otorgar al país un nuevo contrato social que respondiera a las necesidades de cambio que el país desde hace tiempo reclamaba. Brewer fue uno de los cuatro Constituyentes independientes elegidos y por lo tanto participó en el debate para la creación del nuevo régimen institucional de la ciudad, en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, que abarcara a los municipios del Distrito Federal y del Estado Miranda en los cuales está ubicada Caracas.

La propuesta original era la de crear un Distrito Capital que abarcara tanto el Municipio Libertador como los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y el Hatillo del Estado Miranda, lo cual significaba separar dichos Municipios del Estado Miranda. Sin embargo, razones políticas lo impidieron quedando como mandato constitucional la imposibilidad de vulnerar el territorio del Estado Miranda.

La segunda discusión del artículo 17 (finalmente 18), fundamentalmente giró en torno a si la ley especial debía establecer la unidad político territorial de la ciudad o sólo su forma de gobierno, y en torno al necesario respeto a la integridad territorial del Estado Miranda. En opinión del Constituyente Brewer, una misma ley orgánica debía establecer "*el régimen de gobierno y administración del Distrito Capital, así como su organización y funcionamiento"*, y además, debía "*organizar un sistema de gobierno municipal, a dos niveles, metropolitano y local*," que abarcara los municipios del Distritos Capital, y del Estado Miranda en los cuales está ubicada la ciudad de Caracas, con la determinación de las respectivas competencias y recursos[23]. En su criterio, la norma no debía hacer referencia a la creación de la unidad político territorial puesto que traería confusión en cuanto a la integración o no de los Municipios Sucre, Baruta, El Hatillo y

22. *Idem* 21, pp. 69 y 70.
23. *V.*, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, septiembre-octubre 1999, p. 14.

Chacao al Estado Miranda. Al respecto señaló: *"Pero, de ahí a decir que la ciudad de Caracas es una unidad política territorial que abarca el Distrito Capital y los municipios del Estado Miranda es ponernos de nuevo en el conflicto, de si están o no estos municipios del Estado Miranda integrados a otra cosa"*[24]. Su proposición sobre una nueva redacción no fue acogida y de ahí que el artículo 18 de la Constitución vigente señale que la ley establecerá la unidad políticoterritorial de la ciudad, con las confusiones que ello puede acarrear al no ser Caracas una entidad político territorial, en los términos del artículo 16 de la Constitución.

La confusa redacción del proyecto se manifestó asimismo en la redacción de la Disposición Transitoria Primera. En dicha disposición transitoria se confunde la ley orgánica a que hace referencia el artículo 18 con la ley orgánica que debe dictarse para organizar el Distrito Capital (artículos 156, 10 y 187 de La Constitución). En efecto, la misma señala que la Asamblea Constituyente debía promulgar "*la ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18*", cuando la ley que prevé el artículo 18 es la ley que debía organizar la ciudad de Caracas, conformada tanto por el Distrito Capital como por los correspondientes Municipios del Estado Miranda. Así finalmente lo entendió la Asamblea Nacional Constituyente, razón por la cual, antes de finalizar su gestión y de una forma por demás improvisada y superficial, sancionó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas. Pero ya la confusión reinaba y de ahí pueden haber partido las inconsistencias y las omisiones en el régimen jurídico del Distrito Metropolitano de Caracas creado en enero de 2000.

En efecto, siendo la única Ley que debía dictar la Asamblea Nacional Constituyente antes de cesar en sus funciones, en fecha 25 de enero de 2000, se procedió a dar lectura y discusión al proyecto de ley que debía dictarse en ejecución de la Disposición Transitoria Primera[25]. Este primer proyecto presentado por el Constituyente José Vicente Rangel tenía el nombre de "*Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital*", confundiendo el Distrito Capital con la ciudad de Caracas, aún cuando expresamente señalaba que el proyecto se presentaba en ejecución del artículo 18 de la Constitución.

Así fue puesto de manifiesto por el Constituyente Brewer haciendo énfasis además en la necesidad de delimitar con claridad las competencias de ambos niveles, metropolitano y municipal: "*para eso, el elemento clave son las competencias. No ganamos absolutamente nada con montar un aparato de órganos, de consejo metropolitano, de alcaldes, sin decir cuales son las competencias; la clave en la organización de un área metropolitana es la distribución de las competencias entre el nivel metropolitano y el nivel local. Hay que pensar en la planificación urbana, en el tránsito y transporte, en la seguridad y policía urbana, en el aseo urbano, en los acueductos, en el sistema de alcantarillado, en salud pública….Por ejemplo, en materia de planificación urbana hay que decir: la planificación de toda la ciudad de Caracas es metropolitana, pero el control urbanístico corresponde a cada municipio con sus ingeniería municipales. Abastecimiento de agua, es metropolitano absolutamente…*" [26]. En su opinión, el proyecto presentado no hacía esta distinción, convirtiendo al alcalde metropolitano en un simple coordinador de mancomunidades. Suponemos que habiendo esperado y hecho innumerables estudios sobre la ley especial a la que hacía referencia el artículo 11 de la Constitución de 1961, Brewer quiso evitar que se repitiera la historia y emplazó a los Consti-

24. *Idem* 21, p. 15.

25. *V.*, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, noviembre 1999 – Enero 2000, pp. 2 y ss.

26. *Idem* 25, p. 8.

tuyentes a que se establecieran con claridad las competencias de cada nivel directamente en la ley, evitando dejar la discusión a acuerdos futuros de mancomunidades voluntarias.

Con apuro, apenas tres días después, el 28 de enero de 2000, se llevó a cabo la segunda discusión del proyecto dejando aclarado que se trataba del régimen jurídico de Caracas y no del régimen del Distrito Capital. Tal como quedó establecido en la ley que rige su funcionamiento, para la organización administrativa de Caracas se escogió finalmente el sistema de gobierno municipal a dos niveles con elección universal directa y secreta del Alcalde y Concejales Metropolitanos, y dejando incólume la integridad territorial del Estado Miranda. Sin embargo, muchos temas fueron dejados por fuera o fueron insuficientemente regulados, entre otros el de las zonas de influencia de Caracas (Los Teques, Guarenas, Guatire, etc.) que debían estar incluidos en esa realidad metropolitana. Por otra parte, no fue clara la regulación de otros problemas básicos para la viabilidad real del Distrito Metropolitano de Caracas, como lo eran su potestad tributaria, el régimen de sus bienes y las demás competencias específicas. Esto motivó que a pocos meses de su promulgación, la ley fuese objeto de un recurso de interpretación decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en diciembre de 2000[27].

3. Planteamientos posteriores a la Constitución 1999

No hay duda que el artículo 18 de la Constitución de 1999 significa un avance con respecto al artículo 11 de la Constitución de 1961. Con la nueva consagración constitucional se estableció directamente un sistema de gobierno para la ciudad, superando así el sistema de la delegación a una Ley especial que regulara la coordinación de las distintas jurisdicciones que conviven en Caracas. Se conseguía así la tan anhelada organización administrativa necesaria para llevar adelante los proyectos metropolitanos que guiarían el crecimiento de la ciudad como un todo.

En su obra posterior a la promulgación de la Constitución de 1999, Brewer muestra su disconformidad con dicha organización administrativa en razón de no haber desmembrado al Estado Miranda e integrado los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y El Hatillo al Distrito Capital. Al respecto señala: "*En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue cambiarle de nombre al Distrito Federal, sino crear un "Distrito Capital" en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de este, el de los territorios de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Miranda esos Municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución territorial definitiva para Caracas, y el debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal, con la mención expresa de que debía preservarse la integridad territorial del Estado Miranda*"[28].

27. *V.*, en www.tsj.gov.ve, Sala Constitucional, 13 de diciembre de 2000, con Ponencia de Jesús Eduardo Cabrera..

28. BREWER-CARÍAS, Allan, "Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)", *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público*. Universidad Católica del Táchira nº 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 109.

Con esta afirmación, Brewer se acerca a las conclusiones del estudio que realizara para el Congreso en 1982, en el cual proponía un cambio radical en la estructura del régimen del Distrito Federal y del Estado Miranda a fin de lograr una entidad política territorial nueva[29]. Tal como lo dispuso en esa oportunidad, dicha propuesta implicaba una enmienda a la Constitución y con la Constituyente el momento había llegado. Sin embargo, la realidad política imperante durante la Asamblea Nacional Constituyente hicieron imposible la puesta en práctica de esta solución radical. Si bien facilitaba la organización institucional de la Ciudad al conformarla por Municipios de una misma entidad Federal (el Distrito Capital), dejaba al Gobierno de Miranda desprovisto de los Municipios más prósperos de dicho Estado[30].

Aún así, lo cierto es que Caracas quedó convertida en una unidad, conformada por Municipios de distintas entidades territoriales, con un régimen de gobierno municipal a dos niveles, con el único inconveniente de que los Municipios que lo conforman pertenecían a entidades federales distintas.

Dicha unidad fue convertida en Distrito Metropolitano con la promulgación de la Ley Especial que rige su funcionamiento. No encontramos en la obra posterior de Brewer crítica alguna a la escogencia de la figura del Distrito Metropolitano para organizar administrativamente Caracas.

Sin embargo, en materia de asignación de competencias a ambos niveles, encontramos duras críticas no necesariamente relativas a la ley especial sino a la interpretación que la Sala Constitucional expuso mediante sentencia de fecha 13-12-00. Tal como hemos establecido anteriormente, los estudios anteriores a 1999 revelaban la importancia de la asignación clara de competencias a los niveles metropolitano y municipal, en caso de escoger dicha figura como forma de organización administrativa de un área metropolitana. Tal como fue redactado el artículo 19 de la ley especial, se presentaban numerosas dudas sobre la extensión de las competencias metropolitanas con respecto a las competencias locales. La enumeración consagrada en dicho artículo fue entendida por la Sala Constitucional como competencias exclusivas del nivel metropolitano, lo cual es enfáticamente cuestionado por Brewer: *"En consecuencia, es totalmente equivocada la operación de "sustracción" o "resta" que arbitrariamente hizo la Sala Constitucional, de "quitarle" a los Municipios del Área Metropolitana de Caracas parte de sus competencias constitucionales (art. 178) y pretender crear una exclusión y una "materia" de competencias municipales exclusivas del nivel distrital metropolitano. La Sala debió sólo interpretar en las mismas competencias municipales un informe a la enumeración del artículo 19 que ámbito "macro" correspondía al nivel distrital metropolitano y que ámbito "micro" correspondía al nivel municipal"*[31].

29. *Idem* 18

30. Durante las discusiones, comenzó por los medios de comunicación una campaña para afianzar la pertenencia al Estado Miranda. Comenzó a oírse la frase "Somos mirandinos", término nunca usado hasta ese momento y el cual quedó en el olvido una vez promulgada la Constitución.

31. *Idem* 28, pp. 128 y 129.

III. BREWER Y EL URBANISMO EN CARACAS

1. Sobre la planificación y ordenación urbanística de Caracas

Uno de los primeros aspectos del régimen jurídico de Caracas que llamó la atención de Brewer fue precisamente el tema de la necesidad de lograr una cooperación en materia de urbanismo[32]. En los años 1966 y 1967 formó parte de la Comisión Municipal de Planeamiento Urbano del Distrito Federal[33] y posteriormente de la Comisión Especial para la Integración del Área Metropolitana de Caracas[34], las cuales tuvieron como objetivo presentar a las Municipalidades de Caracas (Distritos Sucre y Federal), el proyecto de Convenio de Mancomunidad en materia de ordenación urbanística del Área metropolitana de Caracas[35]. Las bases de dicho proyecto pueden resumirse en los siguientes términos:

a. En ausencia de la Ley especial del artículo 11 de la Constitución de 1961 era necesario que las Municipalidades suscriban un convenio de mancomunidad.

b. Era necesario que todas las Municipalidades sancionaran la misma Ordenanza sobre planeamiento urbanístico de la Ciudad creando órganos comunes de dirección, asesoría y ejecución.

c. Toda construcción en Caracas debía contar con la aprobación de esos órganos comunes.

d. El Plan General a dictarse debía ser obligatorio para todos los organismos públicos y privados correspondiendo su elaboración y ejecución a ese organismo común[36].

En el año 1972 se suscribió el Convenio de Mancomunidad fundamentado entre otros considerandos en "que el Valle de Caracas constituye una unidad topográfica y que el incremento demográfico y urbano del Departamento Libertador del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, unido a la interinfluencia de sus actividades y servicios ha provocado la ruptura real de los límites político-territoriales establecidos en esta zona"[37]. Tal como lo preveía dicho Convenio, ambas Municipalidades promulgaron además la misma Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas y su Zona de Influencia, con lo cual se avanzaba bastante en el objetivo de lograr un desarrollo armónico de la ciudad[38].

Esta Ordenanza de Ordenación Urbana es de obligatoria referencia en los actuales momentos en los cuales la ciudad está esperando del Cabildo Metropolitano la Ordenanza respectiva. En aquella Ordenanza fueron creadas la Comisión Metropolitana de Urbanismo y la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano, como máximos organismos asesor y planificador, respectivamente, de la ciudad. Además, en ella se regula-

32. *Idem* 11.

33. Conformada por los arquitectos: FOSSI, Víctor; SANABRIA, Tomás; BORGES, Bernardo; OLBRICH, Hasso; LARES, Omer y PIMENTEL, Francisco; los ingenieros: MORASSO, Luis E.; YABER, José; DÍAZ CHÁVEZ, Francisco y SANANEZ, Juan. *V.*, en BREWER-CARÍAS, Allan, *Idem* 11, p. 62.

34. Designada por los Presidentes de los Concejos Municipales del Distrito Federal y del Estado Miranda en fecha 5-4-1967, conformada por los Dres. CASTRO, Julio y BREWER, Allan, por el Distrito Federal y ARREAZA, Frank y MARTE SOSA, Joaquín, por el Distrito Sucre. *Idem* 11 p. 63.

35. *V.*, texto del proyecto en *Idem* 11, pp. 63 a 76

36. *Idem* 11, p. 62.

37. Suscrito el 27 de enero de 1972 por el Gobernador del Distrito Federal y por el Presidente del Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda. Consultado en original.

38. El Distrito Sucre la sancionó en fecha 26 de julio de 1972 y el Distrito Federal en fecha 19 de julio de 1972.

ba la actividad planificadora en detalle, la cual estaba fundamentada en el crecimiento armónico de toda la ciudad y no en el crecimiento aislado sólo regulado en ordenanzas de zonificación, como finalmente sucedió.

Es importante destacar la insistencia de Brewer en cuanto a que la suscripción de dicha Mancomunidad era necesaria, pero sólo como "*el primer paso hacia el mecanismo de integración completa entre las jurisdicciones que actúan en dicha área*"[39], lo cual, como señalamos anteriormente, nunca se materializó en la ley especial que ordenaba el artículo 11 de la Constitución de 1961.

La Comisión Metropolitana de Urbanismo y la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano (OMPU) fueron instaladas, pero aún así no se logró dictar el Plan General de Desarrollo Urbano del Área Metropolitana de Caracas y su zona de influencia. Este Plan debía ser elaborado por la Comisión Metropolitana de Urbanismo, para su posterior revisión por la OMPU, y su consecuente aprobación por cada uno de los Concejos Municipales. Los lineamientos establecidos en dicho Plan servirían de base para los planes especiales y las ordenanzas de zonificación que debían ejecutar el planeamiento general. La historia nos dice cómo la ciudad siguió zonificándose sin que previamente se planificara.

Paralelamente, el Poder Nacional dictó múltiples normas que incidían sobre el desarrollo urbanístico de la ciudad, sin contar con la debida participación de los organismos municipales involucrados[40]. Al respecto Brewer concluía: "*En todo caso, un análisis institucional de las competencias urbanísticas relativas a la antigua Región Capital, evidencia que la ordenación urbanística de esta importante área, en primer lugar es dispersa e incoherente, y en segundo lugar, está ahogada en Comisiones, por lo que no puede ser más inoperante. No sólo se han venido atribuyendo facultades paralelas a los más variados organismos, lo que hace confusa la determinación de las competencias en cada zona, sino que materialmente resulta imposible que algunos puedan realmente participar en tantas y tantas comisiones, respondiendo a alguna política más o menos uniforme. Se impone, por tanto, la realización de un gran esfuerzo por reordenar la situación existente, de manera que se superen las interferencias y superposición de competencias*"[41] y [42].

En 1983 Brewer dirigió la organización del Primer Seminario Internacional de Derecho Urbanístico, en el cual expuso su preocupación sobre estos temas, reiterando las opiniones emitidas en su Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1978) y que es necesario recordar para entender el desarrollo urbano de Caracas: "*hemos sufrido un proceso de urbanización acelerado, pero hemos carecido de urbanismo; hemos tenido urbanizadores pero, también hemos carecido de urbanistas…*". *"El urbanismo presupone, ante todo, una ordenación y una planificación del desarrollo urbano y del crecimiento de las ciudades, para garantizar una adecuada vida de los hombres; presupone, por tanto, ordenación y previsión, teniendo en cuenta no sólo los derechos particulares, sino los intereses colectivos del hombre en su rela-*

39. BREWER-CARÍAS, Allan; *Urbanismo y Propiedad Privada, ob. cit.*, p. 263.

40. Un resumen de dichas normas puede encontrarse en BREWER-CARÍAS, Allan, *Urbanismo y Propiedad Privada, ob. cit.*, pp. 267 a 289 y BREWER-CARÍAS, Allan, "Comentarios sobre las recientes regulaciones urbanísticas relativas a la Región Capital", en *Revista de la Facultad de Derecho* nº 54, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 109 a 153.

41. BREWER-CARÍAS, Allan, *Urbanismo y Propiedad Privada, ob. cit.*, p. 288.

42. *V.*, también, BREWER-CARÍAS, Allan, "Comentarios a las Normas para el desarrollo y control de Urbanizaciones" dictada por Decreto nº 668 de 3 de julio de 1980, en *Revista de Derecho Público* nº 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 77 a 88.

ción con el entorno urbano. La urbanización representa lo contrario. Cuando la expansión de áreas urbanas y la ocupación de áreas rurales por asentamientos humanos no obedecen a una orientación global del desarrollo de la ciudad, integrada al territorio del país, hay urbanización, no hay urbanismo; cuando las grandes ciudades comienzan a ser ocupadas por asentimientos poblacionales de origen rural incontrolados, produciéndose ese proceso de ruralización de las ciudades tan característico de nuestro tiempo, hay urbanización y no hay urbanismo; en fin, cuando no es el interés colectivo el que guía el proceso de crecimiento urbano, sino los intereses particulares, hay urbanización y no hay urbanismo"[43]. Esas reflexiones siguen vigentes más de veinte años después.

La ausencia de planificación general y la dispersión de las normas urbanísticas para Caracas, motivaron el interés de Brewer en coordinar la elaboración del Manual de Zonificación para los Municipios Baruta y El Hatillo, a los fines de centralizar toda la información sobre la zonificación de gran parte del este y del sureste de la ciudad[44]. En la presentación a este Manual, comenzamos a evidenciar en la obra de Brewer su interés por el origen de las ciudades latinoamericanas y su lamento por el método de zonificación que lamentablemente se impuso a partir de los años cincuenta en Caracas, como copia de modelos extranjeros.

Al respecto señalaba en esa oportunidad: "*Contrariamente a la situación contemporánea, hasta las primeras décadas del presente Siglo, la regulación de los usos del suelo urbano estaba guiada, más por razones de estética y policía urbana que por criterios de discriminación de usos concretos y aislados en zonas. La ciudad era un todo de vida urbana, donde se mezclaban todos los usos posibles. Las ciudades eran, así, ciudades: un conjunto de asentamiento surbanos, donde se residía, se trabajaba, se comerciaba, se producía, se estudiaba, y donde había espacios de recreación y circulación. Los usos eran entremezclados y los inmuebles se caracterizaban por criterios de multiuso*.

Lamentablemente, la modernidad urbanística importada en la mitad de este Siglo, de nuevas corrientes de arquitectura urbana ideadas para otras realidad, y que coincidió con la transformación económica del país y el comienzo de su urbanización, condujo al abandono del esquema de ciudad que nuestro país había desarrollado en los siglos precedentes y que incluso, en su forma reticular, todavía existía en la década de los treinta"[45].

Tal como señaláramos, la Ordenanza de Ordenación Urbana promulgada por los Distritos Sucre y Federal debía producir la posterior aprobación del Plan General de Desarrollo Urbano que nunca se dictó. Por su parte, las Ordenanzas de Zonificación de ambos Municipios siguieron estando vigentes, reformándose en varias oportunidades y cumpliendo la labor planificadora que el Plan estaba llamado a cumplir. Este hecho trajo como consecuencia, que la ciudad no estuviese planificada como un todo sino dividida en dos amplias Ordenanzas de Zonificación. Así, en el este de la ciudad (gran parte de lo que era el Distrito Sucre), el proceso de urbanización se llevó a cabo de una forma aún más descoordinada. Tal como lo resume Brewer en la presentación del Manual, el único Plano de Zonificación aprobado globalmente para el este de la ciudad fue el fa-

43. BREWER-CARÍAS, Allan, "La Urbanización en Venezuela y la Ausencia de un Derecho Urbanístico", en *Derecho Urbanístico. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. V, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 16.

44. *Manual de Zonificación de los Municipios Baruta y El Hatillo*. Fundación de Derecho Público, Editorial Arte, Caracas 1994.

45. *Manual de Zonificación… ob. cit.*, pp. 9.

moso Plano del Acuerdo Nº 25 sancionado por el Concejo Municipal del Distrito Sucre en fecha 15 de septiembre de 1966. *"Si se observa dicho plano, en el mismo se asignó todo lo que es hoy el Municipio Baruta y el Municipio El Hatillo, la zonificación RE, o Zonas con reglamentación Especial…". "La consecuencia de esa regulación fue que la asignación del uso del suelo urbano a los inmuebles, se hizo caso por caso, a medida que el Sureste de la ciudad se fue urbanizando, fundamentalmente mediante los oficios de los Ingenieros Municipales que contenían los permisos de construcción de las urbanizaciones, los cuales sólo podían consultarse en los archivos de la Ingeniería Municipal o en las oficinas del Urbanizador. En igual sentido, los planos de las urbanizaciones, sólo podían ser consultados en los archivos de la ingeniería Municipal"*[46].

De ahí la necesidad de centralizar en un solo tomo los oficios y planos reguladores de esa parte de la ciudad, objetivo logrado en el Manual, el cual, si bien no es una publicación oficial, es consulta obligatoria de todo ingeniero, urbanista, arquitecto o abogado interesado en el área, dada la precisión de la información contenida en él.

De esta manera, en el ámbito de la ordenación urbanística, el Distrito Metropolitano de Caracas encontró una ciudad no planificada, sólo regida por múltiples Ordenanzas de Zonificación y Oficios aprobatorios aislados. Se impone entonces la promulgación por el Cabildo Metropolitano, de una Ordenanza que establezca claramente los lineamientos sobre la planificación urbanística y su ejecución. Esta competencia debe ser entendida en correspondencia con el ámbito espacial de los niveles municipales que integran el Distrito y no en el sentido excluyente que ha pretendido la Sala Constitucional en su Sentencia de fecha 13-12-00[47].

Sobre dicha competencia, la Sala Constitucional señaló lo siguiente: *"Corresponde al nivel metropolitano la planificación y ordenación urbanística y ambiental del área territorial donde ejerce sus competencias. Esto presupone una ordenación legal referente a lo general del área, pero no impide una particular dictado por cada municipio en lo que le es propio y que no choque con la general"*. Este enfoque es coherente con la creación de un sistema de gobierno a dos niveles y con la idea de planificación general de la ciudad que se pensó en la década de los 70 y que comenzó, como hemos expuesto, con el Convenio de Mancomunidad Urbanística y la Ordenanza de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas, pero que nunca llegó a concretarse en el anhelado Plan General de la Ciudad.

Lo que no es coherente con la competencia municipal en materia de ordenación urbanística (artículo 178) es la interpretación de la Sala Constitucional en cuanto a la imposibilidad para los Municipios de modificar o dictar Ordenanzas de ordenación urbanística hasta tanto el Cabildo Metropolitano dicte dichos lineamientos. En efecto, señaló la Sala en su interpretación que *"mientras las ordenanzas no se promulguen, quedan vigentes las ordenanzas de cada Municipio, quienes no deberán modificarlas, hasta que los lineamientos generales en estas materias sean dictados por el Cabildo Metropolitano"*.

Esta última afirmación produjo alarma en los Municipios que conforman el Distrito Metropolitano al verse imposibilitados de aprobar los Planes de Desarrollo Urbano Local cuya competencia les es asignada por la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Varios Municipios tenían adelantados dichos Planes o en la mayoría de los casos, tenían preparadas reformas a las Ordenanzas de Zonificación vigentes. Con la interpretación

46. *Manual de Zonificación… ob. cit.*, pp. 9.
47. *Idem* 27

de la Sala Constitucional, parecía que dicho trabajo tendría que quedar congelado hasta tanto el Cabildo Metropolitano aprobara la Ordenanza de lineamientos generales en materia de planificación y ordenación urbanística. Lo cierto es que los Municipios estaban obligados a dictar los respectivos Planes de Desarrollo Urbano Local desde la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en 1987 y ninguno de los Municipios del Distrito Metropolitano de Caracas había, en doce años, cumplido con dicha obligación.

En nuestra opinión, los efectos de la afirmación de la Sala Constitucional tenían y tienen que ser interpretados tomando en cuenta los lineamientos que la misma Sala enunció para interpretar las competencias de los dos niveles municipales que conforman el Distrito Metropolitano: *el ámbito espacial*. En todo caso, dicha afirmación no podía ser nunca interpretada como la derogatoria de una competencia constitucional.

En el mismo sentido y con respecto a la interpretación de la Sala, Brewer ha señalado: *"La Sala Constitucional, lamentablemente, no fue lo exacto que se requería fuera en esta materia. Reconoció que la competencia en la materia es una competencia compartida entre los dos niveles de gobierno municipal, en indicó correctamente que, en particular, corresponde al Concejo Metropolitano de Caracas, dictar mediante Ordenanza el régimen de distribución del ejercicio de la competencia, conforme a los "macro" y lo "micro", entre el nivel metropolitano y el nivel municipal"*[48].

Sin embargo, con respecto a la congelación de la planificación urbanística a nivel municipal, fue enfático en cuanto que *"en una afirmación sin asidero jurídico ni lógico-urbanísitco, (la Sala) señaló que mientras no se dictara a Nivel Metropolitano el Plan General de Ordenación Urbanística de Caracas, los Municipios no podían modificar sus Ordenanza. Esto no tiene sentido alguno desde el punto de vista del ejercicio de las competencias municipales ni desde el punto de vista urbanístico"*[49].

En consecuencia en materia de planificación urbanística la Ordenanza que sea dictada por el Cabildo Metropolitano debería seguir estos lineamientos y distribuir dicha competencia con base en el ámbito territorial de cada nivel. En opinión de Brewer, esto debe ser interpretado a la luz del sistema jerarquizado de planes consagrado en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, siendo que al nivel metropolitano le correspondería el Plan de Ordenación Urbanística (POU) y al nivel municipal los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL): *"En materia de planificación urbanística, la distribución de la competencia entre los dos niveles por la Ley Especial debe seguir la orientación de la Ley orgánica de Ordenación Urbanística, por lo que corresponde al nivel metropolitano el Plan de Ordenación Urbanística (art. 21 y siguientes LOOU) de toda la ciudad de Caracas (en lugar de al Ministerio de Infraestructura, antiguo Ministerio de Desarrollo Urbano) y a los niveles municipales, los Planes de Desarrollo Urbano Local (arts. 34 y sigts. LOOU), con todas las implicaciones y diferencias que establece la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística"*[50].

2. Sobre el trazado regular de la ciudad

El interés de Brewer en Caracas se relaciona también con su obsesión por el tema de la ciudad y su historia, especialmente por el orden que se siguió para el trazado regular

48. BREWER-CARÍAS, Allan, *Federalismo y Municipalismo, ob. cit.,* pp. 132.
49. BREWER-CARÍAS, Allan, *Federalismo y Municipalismo, ob. cit.,* pp. 132.
50. BREWER-CARÍAS, Allan, *Federalismo y Municipalismo, ob. cit.,* pp. 134.

de la ciudad hispanoamericana en los dos primeros siglos que siguieron al Descubrimiento. Su admiración por la empresa emprendida por los españoles durante el poblamiento de América y la forma ordenada de dar cuerpo a dicho poblamiento, se tradujo en una apasionante investigación que está aún por terminarse. Esa admiración la ha expresado en los siguientes términos: *"… en un lapso de dos siglos (XVI y XVII) en el Nuevo Mundo americano español se produjo la fundación del mayor número de ciudades jamás establecidas, con un trazado regular, en toda la historia de la humanidad. Es decir, ningún pueblo en la Historia Universal ha creado, antes o después, una red urbana tan completa y regular, en un espacio geográfico tan amplio y en un tiempo tan breve"*[51].

Es imposible resumir aquí la extensión de la investigación presentada por Brewer y cuya continuación está en estos momentos preparando por invitación de la Universidad de Columbia de la ciudad de Nueva York. Lo que es si es posible, y además indispensable para el ordenamiento de Caracas por venir, es tener presente el origen de Caracas como ciudad hispanoamericana que formó parte de esa gran empresa de poblamiento. Muchas soluciones a los problemas actuales de ordenamiento de la ciudad están ahí, de forma simple y sencilla, y desde hace más de cuatro siglos. Gran parte del origen del desorden actual de Caracas, está precisamente en haber olvidado esos orígenes. Por eso es tan importante tener presente que: *"Ese proceso de poblamiento formal, en todo caso, dio origen a una forma urbana ordenada, de trazado regular, propia de la ciudad hispanoamericana que perduró hasta las primeras décadas de este siglo, hasta que el modernismo en la arquitectura se apoderó del urbanismo, desordenando a la ciudad"*[52].

En el mismo sentido advierte Brewer: *"En esa forma, hasta esa fecha y antes de que el crecimiento económico y demográfico producto de la explotación petrolera lo deformara todo, la planta regular de las ciudades venezolanas permaneció durante casi cuatro siglos como inmovilizada en el tiempo. Después de los años cuarenta y cincuenta, con el auge petrolero y el cambio demográfico en las ciudades, estas explotaron, perdiéndose el orden, por efecto, tanto de la zonificación urbana como de la ocupación espontánea del suelo sin plan. La primera, impregnada por el modernismo en la arquitectura, abandonó el orden racional y adoptó otro orden en los asentamientos urbanos, que entre otros aspectos, acabó con la vida urbana, deformando la ciudad; la segunda, agravó aún más el desorden, rodeando las antiguas cuadrículas del centro de todas las ciudades y pueblos o las urbanizaciones hechas fuera del orden con asentamientos no controlados, producto de inacciones y ocupaciones ilegales, cuya forma recuerda la de las ciudades medievales, de trama intrincada"*[53].

Para culminar señalando con un llamado de atención: *"En gran parte, este proceso de deterioro de la ciudad tiene su origen en el desconocimiento, por los latinoamericanos, del modelo de ciudad americana, que si bien fue definido en la Colonia por los españoles, ellos lo hicieron por América y para los americanos, y del cual nos olvidamos"*[54].

---

51. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada (Estudio sobre "el orden que se ha de tener en descubrir y poblar" o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela*). Instituto Pascual Madios, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997, p. 35.
52. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada… ob. cit.*, p. 37
53. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Ciudad Ordenada… ob. cit.*, p. 186
54. *Idem* 53.

IV. CONCLUSIONES

Brewer y Caracas es Derecho y Ciudad, es derecho *a* la ciudad y es a la vez derecho *de* la ciudad. Derecho a una ciudad institucional y urbanísticamente ordenada.

Lo anterior no pretende ser un estudio exhaustivo sobre el régimen jurídico urbanístico de Caracas. Ha pretendido tan sólo resaltar y humildemente homenajear el trabajo de un gran estudioso y apasionado de Caracas. Sirve además como método de estudio de la evolución del régimen jurídico de Caracas, en la búsqueda de soluciones para su futuro régimen.

Desde el punto de vista jurídico urbanístico, el futuro de Caracas es hoy. En efecto, creado el Distrito Metropolitano de Caracas en enero de 2000, hoy, a tres años de su creación, se encuentra aún en la fase de su consolidación, encontrándose en una constante lucha por lograr su reconocimiento por las autoridades nacionales, estadales y municipales que conviven en su territorio.

Los lineamientos o directrices que el nivel metropolitano debe dictar en materia de planificación y ordenación urbanística no tienen aún forma de Ordenanza. Sin embargo, los objetivos parecen estar claros y se han enumerado algunos proyectos metropolitanos a cargo de la Secretaría del Desarrollo Urbano de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas[55].

Estamos seguros que en la obra de Brewer por venir encontraremos nuevas fuentes de inspiración tanto en materia de régimen jurídico de planificación de la ciudad como en materia de mecanismos jurídicos que aseguren su ejecución. Sin embargo, tal como hemos tratado de evidenciar con este trabajo, muchas propuestas e ideas ya están ahí; basta con un verdadero estudio de las mismas. Asimismo, están ahí otras ciudades, -Bogotá, Madrid-; sólo falta la voluntad política y la promulgación de unas claras reglas del juego que permitan que esas ideas se consoliden.

El establecimiento de esas reglas de juego comienza, sin lugar a dudas, con la promulgación de la Ordenanza sobre lineamientos generales que defina claramente las competencias de los entes nacionales, distritales y municipales, y que cree los órganos de planificación y coordinación urbanística[56]. Al respecto consideramos que habría que tomar en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

-La Ordenanza no podría ir contra la LOOU puesto que el Poder Nacional sigue siendo el competente en materia de legislación de ordenación urbanística (artículo 156, num. 19C). Es necesario coordinar la regulación de la ordenación urbanística del Distrito Metropolitano con el proyecto de reforma de la LOOU, actualmente en etapa de estudio en la Asamblea Nacional

-La Ordenanza debe contener las directrices en materia de planificación. Dichas directrices deben identificar cuáles planes deben ser considerados metropolitanos y dejar todo el resto de la facultad planificadora y de control a los Municipios.

-La Ordenanza debe tener un capítulo de Disposiciones Transitorias, a fin de crear un régimen transitorio mientras los Municipios se adaptan a las directrices. De acuerdo a la LOOU (artículo 124), los Municipios tenían 2 años para promulgar sus respectivos

55. *V.*, en www.alcaldíamayor.gov.ve.

56. *V.*, entrevista al Secretario de Planificación y Ordenación Urbanística de la Alcaldía Mayor, publicada en *El Universal* en fecha 5 de agosto de 2002, en www.eud.com

PDULes y ninguno de los Municipios del Distrito Metropolitano cumplió con dicha obligación. Es necesario crear un régimen que impida que esa situación se repita.

-La Ordenanza debe prever mecanismos que aseguren la ejecución de los planes. Podrían introducirse las figuras de los convenios urbanísticos, la transferencia de derechos de construcción, la obligatoriedad de un porcentaje mínimo del presupuesto para elaboración y ejecución de planes, la recuperación equitativa de plusvalías, etc.

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Donato Lupidii
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El presidencialismo venezolano ha sido usualmente descrito como muy fuerte. Sin embargo, la tesis del libro *Presidentialism and Democracy in Latin America*, editado por Shugart y Mainwaring, es que los presidentes venezolanos, por lo que respecta a su capacidad para influir en la legislación, tienen pocos poderes constitucionales, aun cuando han tenido grandes poderes partidistas. A pesar de todas las críticas, la Constitución de 1999, si bien aumenta algunos poderes del presidente, mantiene en lo fundamental el régimen anterior. Sin embargo, ciertas modificaciones podrían afectar los llamados poderes partidistas del presidente.

En este trabajo trataremos de hacer un estudio de la Constitución de 1999 desde la óptica o perspectiva del análisis de Shugart y Mainwaring. Ese análisis aparece de una forma general en los capítulos 1 (*Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate*) y 11 (*Conclusion: Presidentialism and the Party System*) del libro mencionado, que son las secciones generales que resumen los postulados fundamentales del mismo; pero también en el capítulo titulado *Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995*, escrito por Brian F. Crisp y referente al presidencialismo venezolano; y en los otros capítulos alusivos a otros países latinoamericanos. Este libro, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, editado por Mainwaring y Shugart, es un trabajo serio y enjundioso, que estudia los diferentes tipos de presidencialismo y trata de decidir cuál de ellos es mejor.

Luego de la lectura del libro surgen varias preguntas: ¿De qué forma cambia la Constitución de 1999 al presidencialismo venezolano? ¿Es ahora un presidencialismo fuerte o sigue siendo un presidencialismo débil (como lo era antes según los autores del libro)? Para responder a estas preguntas hay que leer con cuidado la Constitución de 1999 y analizar su contenido.

Pero antes de contestar estas preguntas hay que responder otra anterior: ¿Sigue siendo el sistema de gobierno venezolano de carácter presidencial o es ahora semipresidencial como alegan algunos? Sobre esto no deberían existir dudas: el sistema venezolano sigue siendo presidencial, como bien lo aclara el constitucionalista Boris Bunimov Parra.

Bunimov explica cuáles son las características del sistema semipresidencial. En primer lugar, la elección popular del Presidente de la República. En segundo lugar, la elección popular del Parlamento. En tercer lugar, la designación por el Presidente de la República de un jefe de Gobierno, cuyo título más frecuente es el de primer ministro. En cuarto lugar, el jefe de Gobierno necesita gozar de la confianza de la mayoría parlamentaria, y no puede ser destituido por el presidente sino sólo por el Parlamento. En quinto lugar, quien designa a los ministros es el jefe de Gobierno y no el presidente. En sexto lugar, el presidente puede disolver el Parlamento y llamar a elecciones legislativas. El mejor ejemplo de este sistema es Francia[1]. Estas características no se dan en el sistema venezolano.

Como bien dice el mismo Bunimov, el sistema de la Constitución de 1999 no es semipresidencial sino un presidencialismo reforzado. Los supuestos elementos de semipresidencialismo, alegados por los que sostienen la tesis de que ha habido un cambio de sistema, son: 1) la facultad del presidente de disolver la Asamblea Nacional cuando sea removido el Vicepresidente Ejecutivo tres veces en un período constitucional; 2) la facultad de la Asamblea Nacional de remover, mediante un voto de censura, al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros, la cual ya existía antes por lo que respecta a los ministros.

Sin embargo, nada de esto hace encajar el nuevo sistema en las características o elementos del semipresidencialismo ya descritos. El sistema de gobierno venezolano sigue siendo presidencial, entre otras razones porque el jefe de Gobierno es el mismo presidente, quien nombra y remueve a los ministros y no necesita de la confianza parlamentaria para gobernar. El Vicepresidente Ejecutivo es sólo un colaborador del presidente, sin que se le pueda llamar jefe de Gobierno.

Queda claro entonces que el sistema de gobierno venezolano sigue siendo presidencialista o, incluso, como dice Bunimov, *presidencialista reforzado*. Ahora ¿qué clase de presidencialismo es? La tesis fundamental de Shugart y Mainwaring es que hay diferentes tipos de presidencialismo y que algunos tipos de presidencialismo son mejores que otros para mantener la estabilidad y permitir la gobernabilidad.

Cuando Shugart, Mainwaring y Crisp se refieren a Venezuela señalan que el presidencialismo venezolano se caracteriza por débiles poderes constitucionales y fuertes poderes partidistas. Por supuesto, estos autores, que escriben antes de 1997, se refieren a la Constitución de 1961. La pregunta fundamental es: ¿Ha cambiado sustancialmente la situación con la Constitución de 1999?

El objeto de este estudio es precisamente contestar esa pregunta. Analizaré el presidencialismo venezolano a la luz de la Constitución de 1999 y con base en el método de análisis de Shugart y Mainwaring, cuyas ideas básicas serán expuestas de seguidas.

II. LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE SHUGART Y MAINWARING

Los capítulos 1 y 11 del libro *Presidentialism and Democracy in Latin America*, escritos por Shugart y Mainwaring, que son a la vez los editores del libro, resumen los postulados fundamentales de esta obra. Mainwaring, profesor de la Universidad de No-

1. BUNIMOV PARRA, Boris, *El Sistema de Gobierno*, pp. 97-98.

tre Dame, y Shugart, profesor de la Universidad de California en San Diego, esbozan en estos capítulos las ideas fundamentales que luego son desarrolladas por ellos y otros autores en el análisis país por país que se hace en el resto del libro. ¿Cuáles son esas ideas básicas?

Para Shugart y Mainwaring la *fuerza* de los presidentes en los sistemas presidencialistas, es decir su capacidad para influir en la legislación, se basa en dos categorías de poderes presidenciales: constitucionales y partidistas. Los poderes constitucionales, como el poder de veto o el de dictar decretos-leyes, permiten que los presidentes configuren las políticas del sistema, independientemente de si ellos controlan un partido o grupo de partidos con mayoría parlamentaria. Por otra parte, los poderes partidistas son las capacidades para dominar el proceso legislativo que se derivan del control que ejerce el presidente sobre su propio partido, y del control que su partido tiene sobre una mayoría parlamentaria[2].

Dicen los autores que algunos presidentes de América Latina tienen vastos poderes constitucionales, como en el Chile actual y en Colombia; mientras que otros tienen poderes constitucionales comparativamente limitados, como en Costa Rica y en Venezuela. Por lo que hace a los poderes partidistas, en algunos países, como el México del PRI, el presidente era el líder indiscutido del partido mayoritario, con grandes poderes para controlar el proceso político; mientras que en otros, como Brasil, los presidentes no llegan a tener una mayoría en el Congreso, lo cual puede ser un obstáculo para gobernar[3]. El sistema presidencial de los países latinoamericanos varía de un país a otro.

Como señalan Shugart y Mainwaring, los presidentes con poderes legislativos sustanciales pueden tener una influencia significativa sobre la legislación, aun si su partido carece de una mayoría parlamentaria, e incluso si es un partido pequeño; y aun en el caso de que ellos no fueran los líderes indiscutidos de su partido. Por otra parte, los presidentes sin poderes legislativos constitucionales pueden dejar su estampa sobre las políticas si son los líderes indiscutidos del partido mayoritario[4].

Los autores señalan dos tipos de poderes constitucionales legislativos: los poderes reactivos, que permiten que el presidente defienda el *status quo* contra los intentos de la mayoría legislativa para cambiarlos, y cuyo ejemplo más conocido es el poder de veto; y los poderes proactivos, que permiten que el presidente pueda cambiar el status quo y cuyo mejor ejemplo es el poder de dictar decretos[5]. Veamos.

En primer lugar, tenemos el poder de veto, que es un poder reactivo. Mediante esta facultad, los presidentes con poder de veto pueden promulgar o vetar una ley que les ha enviado el órgano legislativo. A través del veto el presidente bloquea el cambio. El Congreso tiene la iniciativa, frente a la cual el presidente reacciona vetando la ley o promulgándola. Hay varios tipos de veto según cual sea la forma de superarlo (*override*). Las provisiones van desde el requerimiento de una mayoría simple (50% más uno), en cuyo caso no hay realmente veto sino la oportunidad del presidente de diferir la promulgación y solicitar la reconsideración, como ocurría y ocurre en Venezuela; hasta el veto casi absoluto que existía en Ecuador, donde ninguna ley, excepto la del presupuesto, podía convertirse en ley sin el consentimiento presidencial (aunque el Congreso podía pedir un referéndum); pasando por el requerimiento de una mayoría calificada de

2. SHUGART, Matthew y MAINWARING, Scott, *Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate*, pp. 13-14 y 40.
3. *Idem*, pp. 13-14.
4. *Idem*, p. 41.
5. *Ibidem*.

dos tercios, que se exige en Argentina, Chile y Estados Unidos. El requerimiento de una simple mayoría absoluta produce un *veto débil*, mientras que cualquier requerimiento más alto produce un *veto fuerte*[6].

Otro poder reactivo, que existe en Argentina, Brasil, Filipinas y en algunos estados de USA, es el de veto parcial, mediante el cual los presidentes pueden vetar algunas normas de una ley (*item veto*). Los presidentes pueden promulgar los items o artículos de una ley con los cuales están de acuerdo, y al mismo tiempo vetar y devolver al Congreso para su reconsideración sólo las partes vetadas[7].

En algunas constituciones latinoamericanas (como la venezolana), se permite que el presidente objete una ley *en todo o en parte*, pero luego agregan que la ley en su totalidad debe ser devuelta para su reconsideración, sin poder promulgarla parcialmente. Es cierto que en estos casos, el Congreso sólo puede modificar o ratificar las porciones vetadas, pero éste no es un verdadero veto parcial[8].

Por último, otro poder reactivo que existe en algunos países es el poder exclusivo de introducir en el Congreso proyectos de ley en determinadas materias. Es un poder reactivo ya que si el presidente prefiere mantener el *status quo* en una determinada área puede hacerlo simplemente absteniéndose de introducir el respectivo proyecto de ley. Este poder existe en Brasil y Colombia, que son países donde se puede superar el veto con una simple mayoría absoluta. Por otra parte, en algunos países los parlamentos no pueden modificar los proyectos presentados por el presidente en determinadas áreas, sino sólo aprobarlos o rechazarlos, lo cual también es un poder importante[9].

En segundo lugar, están los poderes de decreto, que son poderes proactivos. En la América Latina sólo los presidentes de Argentina, Brasil y Colombia tienen la potestad de emitir decretos con rango de ley en prácticamente cualquier área. Las constituciones peruanas de 1979 y 1993 conceden la potestad de dictar decretos-leyes en las materias fiscales. En Ecuador los presidentes podían declarar una medida económica urgente, la cual entraba en vigor luego de 15 días a menos que el Congreso votara para rechazarla[10].

Según los autores, los poderes de decreto propiamente dichos deben distinguirse de otras facultades presidenciales. Debe diferenciarse de la facultad de dictar reglamentos, de la potestad de dictar decretos de organización administrativa, de los poderes de emergencia y también de la facultad de dictar decretos-leyes por delegación del Congreso, como existe en Venezuela. Estos no son poderes de decreto propiamente dichos[11].

El poder de decreto solamente tiene significación cuando va acompañado de poder de veto superable sólo por mayoría calificada, pues de lo contrario el Congreso podría modificar los decretos presidenciales a su antojo, haciendo inefectiva la potestad presidencial. Sin embargo, los autores consideran que los presidentes con poderes de decreto pero sin veto son más fuertes que los presidentes con veto pero sin poderes de decreto[12].

Shugart y Mainwaring clasifican los sistemas presidenciales, en razón de los poderes constitucionales de los presidentes, de la siguiente manera: potencialmente dominantes,

6. *Idem*, pp. 42-43.
7. *Idem*, p. 43.
8. *Idem*, pp. 43-44.
9. *Idem*, pp. 47-48.
10. *Idem*, pp. 44-46.1.
11. *Idem*, pp. 46-47.
12. *Idem*, p. 50.

proactivos, reactivos y potencialmente marginales. En esta clasificación, Venezuela, bajo la Constitución de 1961, es considerada como potencialmente marginal por no tener el presidente poderes de decreto y de veto. ¿Ha cambiado esta situación con la Constitución de 1999?

Los autores también aluden a una segunda categoría de poderes: los poderes partidistas. Un presidente puede tener grandes poderes formales o constitucionales, incluyendo el derecho a legislar por decreto, y sin embargo verse impedido de producir un cambio verdadero por un parlamento o congreso en el cual su propio partido tiene una pequeña minoría de puestos, o cuando teniendo una mayoría o una gran cantidad de asientos, su partido está fraccionado o es indisciplinado. Por otra parte, los poderes formales del presidente pueden ser débiles, pero si el partido del presidente tiene una mayoría parlamentaria y es altamente disciplinado, él puede llegar a ser todopoderoso, como ocurría en México. En consecuencia, la naturaleza del sistema de partidos y el número de partidos tienen un gran impacto en la forma como funcionan los sistemas presidenciales[13].

Según Shugart y Mainwaring, aun cuando sistemas partidistas altamente fragmentados son problemáticos para el presidencialismo, y algún grado de disciplina partidista es deseable, el extremo de una mayoría partidista disciplinada vicia la ventaja de tener ramas de poder independientes y elegidas separadamente por lapsos fijos. Sin embargo, el sistema presidencial funciona mejor si la fragmentación del sistema de partidos es moderada (número efectivo de partidos menor a 3,5), de forma que los presidentes pueden encontrar un bloque significativo de legisladores para apoyar sus iniciativas legislativas o sus vetos. No es una coincidencia que las democracias presidenciales más viejas y establecidas (Estados Unidos, Costa Rica, y Venezuela entre 1973 y 1993) han tenido sólo dos grandes partidos[14].

Cuando los presidentes sólo tienen una minoría de los puestos parlamentarios, el sistema presidencial presenta serias dificultades. En los años '80, en los tres países en los que los presidentes tenían una minoría parlamentaria (Bolivia, Brasil y Ecuador) se dieron algunos de los peores problemas de gobernabilidad democrática de América Latina. Esos países tuvieron altas inflaciones, ingresos per cápita estancados o declinantes, y graves problemas de legitimidad democrática. En estos países se combinaron la posición minoritaria del presidente, un gran número de partidos y poca disciplina partidista, para generar situaciones de crisis. En cambio, virtualmente todos los casos de democracia duradera en América Latina ha envuelto menos fragmentación del sistema de partidos[15].

Los autores hacen una serie de observaciones muy interesantes con relación al impacto de las reglas electorales en el sistema de partidos. En primer lugar, si las elecciones congresales son realizadas concurrentemente con una elección presidencial y el presidente es elegido por la regla de la mayoría relativa, el sistema de partidos tiende a ser dominado por dos partidos grandes. En cambio, cuando las elecciones son separadas, el sistema de partidos tiende a ser más fragmentado. También es más fragmentado si los presidentes son elegidos por la regla de la mayoría absoluta (segunda vuelta), aun si las elecciones son concurrentes[16].

---

13. MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew S., *Conclusion: Presidentialism and the Party System*, pp. 394-395.
14. *Idem*, pp. 396-399.
15. *Idem*, p. 404.
16. *Idem*, p. 406 y 410.

En consecuencia, los presidentes elegidos por mayoría relativa, con el congreso elegido al mismo tiempo, suelen tener mayorías parlamentarias en más oportunidades que los presidentes elegidos de otra forma. Por el contrario, en los sistemas con elecciones separadas y/o segunda vuelta, suele haber un gran número de partidos y una baja probabilidad de que el partido del presidente controle una mayoría parlamentaria[17].

En segundo lugar, es posible que el menor número de partidos que hay en Colombia, Filipinas y los Estados Unidos se deba, en parte, a la ausencia de listas partidistas (en especial de listas cerradas) para las elecciones congresales. Los sistemas de listas partidistas generan mayores incentivos para establecer nuevos partidos que los sistemas no basados en listas. Un sistema de listas aumenta el número de partidos[18].

Otro aspecto muy importante es el de la disciplina partidista, es decir el fenómeno por medio del cual legisladores del mismo partido votan casi siempre juntos. Según los autores, el parlamentarismo funciona mejor con partidos disciplinados, y alguna medida de disciplina partidista también facilita el funcionamiento de los sistemas presidenciales. En éstos la indisciplina partidista frecuente hace más difícil establecer relaciones estables entre el Gobierno, los partidos y el Congreso. Una disciplina partidista débil puede contribuir a la posibilidad de bloqueo institucional, que a su vez puede llevar a salidas inconstitucionales[19].

Sin embargo, la disciplina partidista extrema también tiene sus peligros. Puede impedir que el Congreso ejerza su función contralora sobre el ejecutivo. Además, si los líderes partidistas se oponen al presidente, la disciplina puede impedir que éste trabaje con el Congreso, aun si el partido del presidente tiene la mayoría, ya que los congresantes sólo obedecerían las órdenes de los líderes partidistas. Riggs, por ejemplo, sostiene que la falta de disciplina es mejor para el presidencialismo, como lo demostraría el caso de los Estados Unidos[20].

Para los autores, la existencia o no de disciplina partidista es una consecuencia de tres aspectos: control de la selección del candidato, control del orden en que son elegidos los miembros de una lista partidista y control de la distribución de votos entre los candidatos de un partido, ya que todos ellos afectan el grado de influencia que los líderes tienen sobre los parlamentarios[21].

Por lo que hace a la selección de los candidatos, si los líderes del partido controlan dicha selección, los miembros recalcitrantes no se pueden desviar de la línea del partido y pretender luego que van a utilizar el nombre del partido en futuras elecciones. Si el liderazgo del partido controla la selección de candidatos, usualmente existirá una mayor disciplina partidista, pues los congresantes, a fin de asegurarse una nueva postulación, tenderán a obedecer la línea partidista[22].

Por otra parte, si los líderes del partido controlan el orden en que los congresantes son electos, podrán premiarlos o sancionarlos, subiéndolos o bajándolos en el orden de la lista. Si los líderes no controlan el orden de la elección, no habrá incentivos para obedecer la línea partidista[23].

17. *Idem*, pp. 410-411.
18. *Idem*, p. 416.
19. *Idem*, pp. 418-419.
20. *Idem*, pp. 420-421.
21. *Idem*, p. 421.
22. *Idem*, p. 422.
23. *Ibidem*.

Finalmente, si los votos van al partido, los congresantes trabajarán por mejorar la reputación del partido mucho más que si los votos van a candidatos individuales. Por lo tanto, los sistemas de listas cerradas fomentan más la disciplina partidista[24].

Como dicen Shugart y Mainwaring, los sistemas con poco control partidista sobre las candidaturas o el orden de la lista promueven el individualismo, pues los candidatos deben su elección a sus propios esfuerzos. Esto a su vez genera deslealtad o indisciplina de los congresantes electos[25].

Entonces, ¿cuál es el mejor sistema electoral para el presidencialismo? Para los autores, los sistemas intermedios entre listas abiertas y cerradas son los mejores. Un ejemplo a seguir es el caso alemán, donde la mitad de los parlamentarios es elegida por representación proporcional y la otra mitad en distritos uninominales[26]. Curiosamente, vale la pena notar que Venezuela ha tenido desde 1993 un sistema parecido al alemán.

Para Shugart y Mainwaring, Venezuela es un sistema potencialmente marginal desde el punto de vista de los poderes constitucionales, y al mismo tiempo es un sistema con poderes partidistas medioaltos[27].

De la interacción entre poderes constitucionales y poderes partidistas, los autores concluyen que 1) las presidencias potencialmente dominantes se encuentran en constituciones elaboradas con una participación presidencial muy fuerte, y, junto a las presidencias proactivas, se asocian con bajos poderes partidistas; y 2) las presidencias potencialmente marginales se asocian con altos poderes partidistas[28].

Los autores finalizan el libro con dos conclusiones fundamentales. La primera es que el presidencialismo tiene importantes variaciones. La segunda es que esas variaciones de una forma de presidencialismo a otra tienen consecuencias importantes sobre la forma en que funcionan. Con relación a este último particular, ellos concluyen con unas recomendaciones bastante polémicas: a) es mejor que el ejecutivo tenga menos poderes para legislar; b) el presidencialismo funciona mejor cuando los presidentes tienen por lo menos un bloque grande de puestos parlamentarios; y c) por lo tanto, y para lograr este apoyo parlamentario, convendría que se adoptaran las siguientes reglas: las elecciones legislativas deberían ser concurrentes con la elección presidencial; la elección presidencial debería ser con un sistema de mayoría relativa o un sistema de segunda vuelta que exija menos de la mayoría absoluta para la victoria en la primera vuelta; y el sistema electoral debería ser una suerte de compromiso entre listas abiertas y listas cerradas[29].

III. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO (1958-1995) SEGÚN BRIAN F. CRISP.

En el libro *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Crisp escribe el capítulo sobre Venezuela. En su trabajo *Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995* estudia las particularidades del sistema presidencial venezo-

24. *Idem*, pp. 422-423.
25. *Idem*, p. 426.
26. *Idem*, p. 428.
27. *Idem*, p. 432.
28. *Idem*, p. 434.
29. *Idem*, pp. 435-436.

lano bajo la Constitución de 1961 y a lo largo del período democrático. Crisp confirma lo que Shugart y Mainwaring dicen, en sus capítulos generales, de Venezuela.

Para él, el sistema venezolano se caracteriza por otorgarle pocos poderes formales al presidente, quien, sin embargo, logra superar estas dificultades con el apoyo de partidos altamente disciplinados. La existencia de partidos disciplinados limita el inmovilismo porque los presidentes que controlan una mayoría parlamentaria pueden contar casi siempre con el apoyo de sus partidos, y porque los presidentes con minoría pueden formar coaliciones estables después de las elecciones. Por otra parte, cuando los presidentes no pueden contar con apoyo en el Congreso, no es probable que ocurra inmovilismo porque el presidente no tiene virtualmente poderes reactivos con los cuales enfrentar al Congreso[30].

Para Crisp, los partidos demasiado maleables e indisciplinados pueden complicar la consolidación democrática, mientras que pocos partidos altamente disciplinados pueden favorecerla, aun cuando con el paso del tiempo esta fortaleza puede convertirse en rigidez, algo que tal vez había ocurrido en Venezuela. Según el autor, en nuestro país la construcción de consensos y la protección del régimen democrático fueron siempre los objetivos fundamentales, por encima de la incorporación de nuevos grupos y la resolución de conflictos dificiles[31].

Para el autor, el hecho de que en Venezuela las elecciones presidenciales ocurrían simultáneamente con las elecciones congresales, crearon las condiciones para un sistema bipartidista, a pesar del uso de la representación proporcional. Además, el uso de listas cerradas, integradas por candidatos escogidos por los partidos, aseguraba la lealtad y disciplina de los miembros de los cuerpos deliberantes[32].

La reforma de 1993 no generó, dice el autor, grandes cambios porque los distritos uninominales sólo eran utilizados para escoger a la mitad de los miembros de la Cámara de Diputados, y además los candidatos uninominales continuaban siendo escogidos por los líderes partidistas. Además, los partidos eran tan fuertes que la atracción de candidatos individuales jugó un rol menor[33].

En Venezuela había tanta disciplina partidista que en el Congreso casi nunca se contaban los votos. Los miembros del Congreso eran reelegibles, por lo que existían fuertes incentivos para estar en buenos términos con el liderazgo del partido, el cual controlaba la postulación de los candidatos en las listas cerradas y el orden de esas listas. Las rupturas de disciplina solían ser enfrentadas con la expulsión del partido[34].

Los presidentes en Venezuela eran nombrados en procedimientos relativamente cerrados, pero luego de la elección eran liberados de disciplina partidista. Por eso, y porque los presidentes no podían ser reelegidos en forma inmediata, ellos se sentían libres de hacer lo que quisieran, por lo que muchas veces entraban en conflicto con el liderazgo partidista que controlaba el Congreso[35].

A pesar de que los presidentes venezolanos tenían pocos poderes formales, tenían varios poderes informales. En primer lugar, los que se derivaban del control que ejercían sobre los institutos autónomos y empresas del estado, y de su poder para convocar a los

30. CRISP, Brian F., *Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995*, p. 160.
31. *Idem*, p. 161.
32. *Idem*, pp. 168-169.
33. *Idem*, pp. 170-171.
34. *Idem*, p. 171.
35. *Idem*, pp. 172-173.

grupos de interés en comisiones consultivas nombradas por ellos. Además, el presidente tenía los poderes informales que se derivaban de su carácter de líder importante de su partido. Los legisladores del partido del presidente estaban interesados en ayudar al presidente, pues su mala obra hubiese afectado la reputación del partido y sus posibilidades de ser reelegidos. Por otra parte, el presidente podía ser reelegido luego de diez años, por lo que podía en esa oportunidad sancionar cualquier disidencia; y podía sancionarla incluso antes, pues los presidentes permanecían como líderes importantes del partido. Por último, los presidentes tenían influencia sobre el proceso de selección de candidatos de su partido para las próximas elecciones[36]. El presidente utilizaba estos poderes informales para lograr que los congresantes de su partido lo apoyaran.

Por otro lado, los poderes legislativos formales del presidente eran bastante limitados. En *primer lugar*, el presidente venezolano no tenía virtualmente ningún poder de veto y no tenía el derecho exclusivo de introducir proyectos legislativos en ningún área. Tenía la posibilidad de devolver la ley sancionada, pero este *veto* podía ser superado, en última instancia, por la misma mayoría absoluta que sancionó la ley. Los presidentes raramente ejercieron esta potestad, pues ellos ya habían tenido la oportunidad de intervenir en el proceso legislativo; y, además, porque su poder de veto era tan débil que casi tenían garantizada una derrota, especialmente debido a la alta disciplina que tenían las delegaciones parlamentarias[37].

En *segundo lugar*, los presidentes venezolanos tenían poderes de decreto limitados. El presidente sólo tenía la competencia para legislar cuando le era previamente delegada por el Congreso, aun cuando también tenía la potestad de dictar decretos no legislativos que no requerían autorización parlamentaria. La potestad de legislar sólo le podía ser delegada al presidente en materias económicas y financieras. Sin embargo, cuando el presidente suspendía una o más garantías constitucionales, asumía poderes reservados normalmente al Congreso. Pero hay que hacer notar que las garantías podían ser restablecidas tanto por el Presidente como por el Congreso actuando individualmente. Los presidentes necesitaban en ambos casos por lo menos el apoyo tácito del Congreso[38].

La carencia de poderes reactivos del Presidente provocó la crisis constitucional de 1969, cuando Caldera trató de bloquear sin éxito la reforma judicial promovida por AD. Con esta reforma, se le quitaba al Presidente todo poder en el nombramiento de los jueces, atribuyéndoselo a un Consejo de la Judicatura elegido principalmente por el Congreso. Caldera ejerció el veto suspensivo dos veces, pero no tuvo éxito y debió promulgar la reforma[39].

Sin embargo, luego de este evento y en otros casos de crisis, los partidos llegaron a acuerdos basados en la tesis de que había que proteger al sistema por encima de todo. Esta mentalidad tendía a producir acuerdos, poniendo de lado las diferencias en los momentos difíciles[40].

Para el momento en que escribió Crisp, a los presidentes les habían delegado la potestad de legislar en materias económicas y financieras, mediante ley habilitante, cinco veces. Todos los presidentes con mayoría congresal habían recibido esta potestad a partir de 1961. La recibió Betancourt en junio de 1961. La recibió Carlos Andrés Pérez en

36. *Idem*, pp. 174-179.
37. *Idem*, pp. 179-180.
38. *Idem*, pp. 180-182.
39. *Idem*, pp, 185-186.
40. *Idem*, pp 185 y 187.

1974. La recibió Lusinchi en junio de 1984[41]. Cuando la recibieron presidentes sin mayoría (Velásquez y Caldera, en su segundo gobierno), la misma fue claramente definida y por tiempo muy limitado; y producto del deseo de salvar el sistema en situaciones de extrema crisis[42].

Crisp sostiene que un poder de decreto *no legislativo* es el que asumía el presidente cuando suspendía o restringía una garantía constitucional. El derecho a la libertad económica fue restringido o suspendido durante casi toda la era democrática. Los presidentes usaron este poder de una forma que se relaciona directamente con su situación en el congreso. Carlos Andrés Pérez, en su primer gobierno, y Lusinchi fueron los que más usaron esta potestad a pesar de tener mayoría absoluta en el Congreso. Para Crisp, la razón de esto es que un presidente con mayoría no temía que le revocaran en el Congreso la suspensión o restricción de la garantía en caso de utilización excesiva de su poder de emergencia, por lo que lo utilizaban a placer[43].

El autor sostiene que a pesar de que los presidentes venezolanos tenían poderes constitucionales limitados, no fueron marginales debido a la interacción entre su poderes institucionales y el sistema de partidos. La existencia en Venezuela de partidos altamente disciplinados hacía que los presidentes pudiesen ejercer un gran poder con muy poco control. Los presidentes minoritarios se encontraban más restringidos, pero debido a la existencia de partidos altamente disciplinados podían formar con más facilidad coaliciones postelectorales estables. Además, la mentalidad de conciliación para preservar y estabilizar el sistema hacía que los partidos en el Congreso le diesen una gran flexibilidad al presidente. Finalmente, el control del presidente sobre la burocracia y el aparato estatal le daban un gran poder. Todo esto hizo que las situaciones de inmovilismo fuesen muy raras[44].

Sin embargo, dice Crisp, esta tendencia a preservar el sistema, si bien fue buena para estabilizar la democracia, se convirtió en una fuente de rigidez y eventualmente de inestabilidad. Esto condujo a los intentos de reforma llevados adelante por la COPRE, que sin embargo fracasaron[45].

IV. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1999 Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL

La Constitución de 1999 contiene varias innovaciones, pero las características más importantes del sistema anterior se mantienen. Desde el punto de vista de los poderes legislativos constitucionales del presidente no ha habido grandes cambios. El presidente sigue sin tener poder de veto y sin tener verdaderos poderes de decreto.

Por otra parte, pareciera que el presidente sigue teniendo, más allá de la Constitución, grandes poderes partidistas. El MVR ha demostrado ser un partido altamente disciplinado, como lo siguen siendo Acción Democrática y los otros partidos de la oposición. Sin embargo, la obligatoriedad de las elecciones primarias para la selección de candidatos podría afectar la disciplina partidista; la separación de las elecciones presidenciales

41. *Idem*, pp. 187-189.
42. *Idem*, pp. 187-190.
43. *Idem*, pp. 190-191.
44. *Idem*, p. 192.
45. *Idem*, p. 193.

y legislativas podría fragmentar el sistema de partidos, lo cual haría muy difícil la gobernabilidad; y, por último, la limitación que se establece a la reelección de los congresantes, permitiendo la elección sólo por dos períodos consecutivos, también podría reducir la disciplina partidista, como ocurre en Costa Rica. Todo esto podría disminuir notablemente los poderes partidistas del presidente.

En cambio, la autorización de la reelección inmediata para el presidente de la República podría aumentar sus poderes partidistas en el primer período, aun cuando queda por ver que ocurrirá en el segundo período cuando el presidente es un *lame duck*.

1. Poderes Constitucionales Legislativos

A. Poderes Reactivos

Los poderes reactivos son los que permiten que el presidente pueda preservar el status quo y tienen su mejor expresión en el poder de veto. En Venezuela, el presidente no tenía ni tiene un verdadero poder de veto, como el que existe en los Estados Unidos. En este particular, la única innovación que introduce la Constitución de 1999 es que el presidente puede pedir la reconsideración de una ley sancionada una sola vez.

El artículo 173 de la Constitución de 1961 establecía que el presidente podía pedir al Congreso la reconsideración total o parcial de una ley sancionada. En ese caso, si el Congreso ratificaba la ley por el voto de las dos terceras partes, el presidente estaba obligado a promulgar la ley. Si el Congreso ratificaba la ley por mayoría simple, el presidente podía pedir una nueva reconsideración. En este caso, si el Congreso ratificaba la ley, aun por mayoría simple, el presidente estaba obligado a promulgarla. Es por eso que Crisp, Shugart y Mainwaring calificaban al sistema venezolano de *veto débil*.

El artículo 214 de la Constitución de 1999 establece ahora que el presidente podrá pedir la reconsideración de una ley sancionada, y que sobre ella se pronunciará la Asamblea por mayoría absoluta. La Asamblea podría ratificar íntegramente la ley, y en este caso el presidente deberá promulgarla sin poder pedir otra reconsideración. En otras palabras, la nueva Constitución reduce todavía más las posibilidades del presidente de pedir la reconsideración de una ley sancionada, eliminando la opción de pedir una segunda reconsideración.

Sin embargo, en el fondo no ha habido grandes cambios, pues ahora como antes el veto del presidente es superado en última instancia por la misma mayoría simple que sancionó la ley. La Asamblea Nacional seguirá teniendo el poder de imponerse al presidente.

Un nuevo poder reactivo que tiene el presidente es el de la iniciativa presupuestaria. El artículo 313 de la Constitución de 1999, en la parte correspondiente, establece que:

> ... El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso.

Tal vez la intención fue constitucionalizar el principio de la reconducción presupuestaria previsto en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, pero lo que se estableció es un nuevo poder reactivo del presidente, distinto a la vieja reconducción.

La reconducción presupuestaria de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario ocurría automáticamente cuando el Congreso no sancionaba la ley de presupuesto antes de una determinada fecha tope. Su propósito era evitar que la falta de acuerdo en el parlamento dejara sin ley presupuestaria al Estado venezolano.

En cambio, el artículo 313 de la nueva Constitución virtualmente autoriza la presidente a no presentar proyecto de ley de presupuesto alguno, ya que si el mismo no es presentado, *por cualquier causa*, sigue en vigencia el presupuesto anterior. Además, en caso de que el proyecto de ley de presupuesto sea *rechazado* también seguirá en vigor el presupuesto anterior. La Constitución no aclara que se entiende por *rechazar* el presupuesto, pues el mismo artículo 313 permite que la Asamblea modifique las partidas. Tal vez *rechazar* sea negarse por completo a considerarlo o discutirlo.

Sin embargo, la potestad del presidente de no presentar el proyecto de ley de presupuesto, que trae como efecto la reconducción automática del presupuesto anterior, sólo es útil cuando la estimación de ingresos para el año siguiente es igual al anterior y no se quiere modificar la distribución de los gastos; a menos que se permitan también aquí los reajustes al presupuesto anterior previstos en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario para los presupuestos reconducidos. De todas formas, este es un poder reactivo del presidente, pues de alguna manera busca mantener el status quo.

Con excepción de la materia presupuestaria, el presidente no tiene otras facultades de iniciativa legislativa exclusiva.

B. Poderes Proactivos

Como ya dije, los poderes proactivos son los que permiten que el presidente pueda cambiar el status quo y tienen su mejor expresión en la potestad de dictar decretos. En Venezuela, a diferencia de Argentina, Brasil y Colombia, el presidente sigue sin tener la potestad genérica de dictar decretos con rango de ley sin autorización del órgano legislativo. En este sentido, la Constitución de 1999 no introduce ninguna innovación significativa.

A pesar de que los autores Shugart y Mainwaring distinguen los poderes de decreto propiamente dichos de otras facultades presidenciales, tal vez valga la pena analizar estas otras facultades que tiene en presidente de acuerdo con la Constitución de 1999.

En primer lugar, por lo que respecta a la facultad de dictar reglamentos, se mantiene el régimen anterior. El artículo 236, numeral 10, atribuye al presidente la competencia de "reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón", exactamente las mismas palabras que se utilizaban en el artículo 190, ordinal 10°, de la Constitución de 1961. En este aspecto no ha habido ningún cambio.

En segundo lugar, por lo que respecta a la potestad de dictar decretos de organización administrativa, que tampoco es considerada por Shugart y Mainwaring una verdadera potestad de decreto, sí ha habido cambios. El artículo 236, numeral 20, de la Constitución de 1999 atribuye al presidente la competencia de:

> Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.

Este es un cambio importante, pues antiguamente "el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional" era

una materia de la reserva legal. Sin embargo, el cambio tampoco es tan radical, si se toma en cuenta que tal regulación deberá hacerse dentro de *los principios y lineamientos* de la ley orgánica respectiva. Finalmente, y como ya dije, ésta es sólo una competencia de organización administrativa interna del Ejecutivo Nacional y no una potestad de decreto genérica.

Por otra parte, el presidente sigue teniendo la potestad de "crear, modificar o suspender servicios públicos, en caso de urgencia comprobada", cuando la Asamblea esté en receso (artículo 196, numeral 6, de la nueva Constitución). En esto no ha habido ningún cambio y, ahora como antes, la Comisión Delegada tiene que autorizar la operación.

En tercer lugar, por lo que respecta a los poderes de emergencia, la nueva Constitución crea el estado de excepción, que sustituye al estado de emergencia. La diferencia más importante es que bajo la Constitución de 1961 se podía declarar el estado de emergencia sin restringir o suspender garantías. Pareciera que ahora el estado de excepción siempre lleva aparejado la restricción de una o más garantías constitucionales. Por lo demás, tanto antes como ahora el ejercicio de esta facultad está sometida al control del órgano legislativo. La Asamblea Nacional puede revocar el decreto cuando se lo someta a su consideración (dentro de los 8 días siguientes a su promulgación, según el artículo 339 de la nueva Constitución) o en cualquier momento posterior *al cesar las causas que lo motivaron*. Por lo tanto, tampoco es un poder autónomo o incontrolado del presidente y en esto no ha habido cambios.

En cuarto y último lugar, sí ha habido un cambio importante en cuanto a la facultad de dictar decretos-leyes por delegación del órgano legislativo. Antiguamente, el artículo 190, ordinal 8°, de la Constitución de 1961 atribuía al presidente la competencia de "dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial". Ahora, el artículo 236, numeral 8, otorga al presidente la atribución de "dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley".

En otras palabras, mientras antes los decretos-leyes delegados sólo podían ser dictados en materia económica o financiera, ahora no hay limitación alguna en cuanto a la materia. Sin embargo, tanto antes como ahora, el órgano legislativo tiene que delegar en el presidente el uso de esta facultad, pudiendo establecer limitaciones más o menos detalladas. Este poder tampoco es un verdadero poder de decreto pues requiere la intervención previa de la Asamblea Nacional. Aun cuando la eliminación de limitaciones por la materia aumenta las posibilidades del presidente, su poder sigue estando sometido a una ley habilitante previa. Además, los decretos-leyes dictados así pueden ser modificados por la Asamblea sin que el presidente tenga poder de veto para defenderlos; y pueden ser sometidos a referendo abrogatorio (artículo 74), algo que no existía antes.

La nueva Constitución también concede otros poderes de innovación del status quo al presidente. Uno de ellos es la potestad del presidente para convocar a referendos abrogatorios. Mediante éstos, se puede pedir la abrogación de leyes. De esta forma, se puede eliminar una ley inconveniente, sin poder sin embargo reemplazarla por otra. Pero con este poder, el presidente sólo puede consultar al pueblo, quien puede estar de acuerdo o no con tal abrogación.

Un nuevo poder que tiene el presidente es el de proponer una enmienda constitucional y someterla directamente a la consideración del pueblo, mediante referendo, sin pasar por la Asamblea Nacional. Si el presidente quisiera modificar la regla que establece la reelección inmediata del presidente, por un solo período adicional, para permitir dos o

más reelecciones, podría hacerlo con un simple decreto convocando al correspondiente referendo, sin intervención de la Asamblea Nacional. (Por el contrario, la iniciativa de una reforma constitucional tiene que ser aprobada por la Asamblea Nacional.) Si bien es cierto que el pueblo tendría que aprobar la propuesta de enmienda, éste es sin duda un poder proactivo muy importante de los presidentes. La única limitación que tienen los presidentes es que la enmienda no puede alterar la *estructura fundamental* de la Constitución (artículo 340).

El presidente también puede convocar a la Asamblea Nacional Constituyente y este poder ni siquiera está sometido a referendo. Además, la Constitución aprobada por la Asamblea tampoco está sometida a referendo. La Constitución tampoco dice cuál es la forma de nombramiento de los miembros de la Asamblea, pero se presume que es mediante elección democrática. Esta potestad podría ser objeto de abusos, pues un presidente popular podría convocar y hacer elegir una Asamblea Nacional Constituyente sometida a sus deseos, que redacte una Constitución a la medida del presidente. Ni la convocatoria a la Asamblea, ni el contenido de la Constitución aprobada estarían sometidas a la aprobación popular.

2. Poderes Partidistas

Aun cuando es muy temprano para analizar la situación partidista derivada de los cambios ocurridos a partir de 1999, pareciera que el presidente sigue teniendo grandes poderes partidistas. El MM es un partido disciplinado, que obedece ciegamente al presidente, de una forma bastante parecida a las viejas Acción Democrática y COPEI. Los partidos de la oposición, entre ellos AD y COPEI, pero también partidos nuevos como Proyecto Venezuela y Primero Justicia, siguen manteniendo una gran disciplina y sus miembros siguen votando en bloque. Indudablemente, el bipartidismo ya no existe, pero esto no es algo nuevo ya que, a partir de las elecciones de 1993, el viejo dominio de AD y COPEI se ha desvanecido.

Hasta ahora el aumento en el número de partidos representados en la Asamblea no ha planteado problemas, pero hay varias normas de la nueva Constitución que podrían afectar la disciplina partidista y la gobernabilidad.

En *primer lugar*, el artículo 67 es una norma potencialmente revolucionaria que podría erradicar la cogollocracia, pero que podría vulnerar también la disciplina partidista. La disciplina partidista es, como ya dije, importante para que el presidente cuente con un apoyo predecible y estable para aprobar sus planes y programas. El artículo 67, en la parte relevante, establece, por lo que hace a las asociaciones con fines políticos, lo siguiente:

> ... Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

Si bien la selección de los organismos de dirección en elecciones internas es un inmenso paso de avance, la selección de todos los candidatos a cargos de elección popular mediante primarias podría ser inconveniente. Cuando un candidato es escogido por la dirigencia del partido, al asumir su cargo tenderá a obedecer las instrucciones de esa dirigencia, la cual tendrá el poder de mantenerlo o no en las planchas o listas de candidatos para las próximas elecciones. Como un representante usualmente querrá ser reelegido o postulado para otra posición, tratará de no desviarse de la línea impuesta por los dirigentes que controlan la escogencia de los candidatos a los cargos de elección popular.

En cambio, cuando los candidatos son escogidos en elecciones primarias, como su nombramiento no depende de los dirigentes del partido, tenderán a votar a su manera y conforme a su conciencia, como ocurre en los Estados Unidos. Esta ausencia de disciplina partidista dificulta la gobernabilidad, pues el presidente no podrá contar con un bloque de votos parlamentarios seguros, sino que tendrá que recurrir a mayorías circunstanciales construidas para cada medida, proyecto o plan, a cambio muchas veces de financiamiento para los pequeños proyectos clientelares de los diputados que lo apoyan.

La selección del candidato presidencial, o incluso los candidatos a gobernador o alcalde, en elecciones primarias no representa un problema. El problema podría surgir cuando los candidatos a los cuerpos deliberantes o legislativos (Asamblea Nacional, consejos legislativos y concejos) sean seleccionados por primarias, ya que son los órganos legislativos lo que tienen que respaldar, aprobando las leyes y ordenanzas correspondientes, el programa de gobierno del presidente, gobernador o alcalde. Por eso, tal vez debería irse a un sistema intermedio en el que el candidato presidencial y los candidatos a cargos ejecutivos sean escogidos en primarias, y los candidatos a cuerpos legislativos sean elegidos por la dirigencia, utilizando desde luego mecanismos de consulta democrática. Hasta ahora no se ha visto el efecto de este artículo 67 porque no ha sido aplicado, ya que la Ley de Partidos Políticos aún no ha sido modificada para recoger la nueva norma constitucional.

En *segundo lugar*, el artículo 192 permite una sola reelección para los diputados a la Asamblea Nacional, "dos períodos consecutivos como máximo", lo cual podría disminuir la disciplina partidista en el segundo período, cuando el diputado es un *lame duck*. En este segundo período los diputados ya no tendrán la motivación de buscar la candidatura de su partido para un nuevo período, por lo que podrían ser menos obedientes de la línea partidista. Cuando no hay primarias y no hay limitación de términos, el diputado tiende a votar con sus compañeros, pues si se aparta de la línea partidista corre el riesgo de no ser incluido en la plancha o lista del partido para las próximas elecciones. Pero si ese diputado tiene prohibido ser candidato de nuevo, podría no sentirse motivado a seguir la línea partidista, pues ya no tendría premio si lo hace o castigo si no lo hace. Esto a su vez podría dificultar que el presidente consiga apoyos estables y predecibles para su programa de gobierno.

En *tercer lugar*, la separación de las elecciones presidenciales de las elecciones legislativas podría fragmentar aún más el sistema de partidos. Shugart y Mainwaring demuestran, en la conclusión del libro editado por ellos, que en los países con elecciones separadas aumenta el número de partidos. Esta fragmentación, a su vez, hace más difícil la gobernabilidad, pues el presidente tendrá más dificultades para negociar satisfactoriamente coaliciones de gobierno estables.

La separación de las elecciones se deriva del artículo 230, el cual establece que "el período presidencial es de seis años"; y del artículo 192, el cual dispone que "los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional durarán cinco años en el ejercicio de sus funciones". Las primeras elecciones presidenciales y legislativas se celebraron conjuntamente en 2000, pero sólo coincidirán de nuevo dentro de 30 años.

Por poner sólo algunos ejemplos las próximas elecciones parlamentarias serán en el 2005; luego las presidenciales en el 2006 y las parlamentarias en el 2010; presidenciales el 2012 y parlamentarias el 2015; presidenciales el 2018 y parlamentarias el 2020. En otras palabras, cada elección reflejará una situación política que bien podría ser completamente distinta de la elección precedente o de la posterior. El efecto de esto es que el presidente tendrá que convivir con una Asamblea elegida bajo un presidente anterior o

con cambios de mayoría a mitad de período, creándose seguramente bloqueos y situaciones de estancamiento. Hubiera sido mejor dejar el sistema anterior con elecciones simultáneas, pues en éstas los electores tienden a darle apoyo parlamentario al presidente que desean elegir.

Supongamos que el partido de Chávez pierde las elecciones parlamentarias de 2005 y el gobierno entra en minoría, ¿cómo hará el presidente para llevar adelante su programa en el año final de su período? Es posible que el año 2006 sea un año de conflictos y bloqueos, que harán muy dificil el manejo de la situación política. Y si Chávez perdiera las elecciones de 2006, pero su partido hubiese ganado las parlamentarias de 2005, ¿cómo hará el nuevo presidente para llevar a cabo su programa con una mayoría adversa durante los cuatro primeros años de su gobierno?

En *cuarto lugar*, el artículo 230 prevé la reelección inmediata del presidente por un solo período adicional. Esto aumenta notablemente los poderes partidistas del presidente durante su primer período, pero lo convertirá en un *lame duck* en su segundo período. Luego de este período no tendrá ninguna otra oportunidad de volver a la Presidencia, como si la tenían antiguamente con la posibilidad de reelección luego de dos períodos. Por eso, es posible que a los presidentes les cueste conseguir apoyos en su segundo período, cuando ya no podrá sancionar la desobediencia o premiar la lealtad.

En *quinto* y *último lugar*, como la nueva Constitución mantiene la elección presidencial con mayoría relativa no existe el riesgo de que se fragmente el sistema de partidos por esta razón. Cuando hay segunda vuelta, dicen Shugart y Mainwaring, tiende a fragmentarse aún más el esquema de partidos.

V. CONCLUSIONES

Aplicando el análisis de Shugart y Mainwaring, los poderes legislativos constitucionales del presidente no han sufrido grandes cambios con la Constitución de 1999. El presidente sigue sin tener poderes de veto y de decreto en un sentido estricto. Desde este punto de vista la apreciación de Shugart y Mainwaring de que Venezuela tiene una presidencia *potencialmente marginal* se debería aplicar también al nuevo sistema constitucional.

Por otro lado, aun cuando hasta ahora los poderes partidistas del presidente no se han visto en la práctica alterados, ciertos cambios constitucionales podrían modificar la situación. Las primarias para la selección de candidatos, la separación de las elecciones y las limitaciones en los períodos del presidente y de los diputados a la Asamblea Nacional podrían reducir los poderes partidistas del presidente.

Por lo tanto, es posible que, si mantenemos la Constitución de 1999, dentro de algunos años tengamos un presidente tan débil que no tendrá ninguna posibilidad de gobernar de una manera efectiva. Esto a su vez podría impulsar a la búsqueda de salidas extraconstitucionales

Shugart y Mainwaring, en sus conclusiones, prácticamente describen, sin decirlo, al sistema presidencial venezolano de 1961-1999, como el mejor de todos los existentes en América Latina. En nuestro sistema anterior, al igual que en el modelo ideal de los autores,[46] el presidente tenía pocos poderes legislativos; las elecciones legislativas eran concurrentes con las presidenciales; las elecciones presidenciales utilizaban un sistema

46. MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew S., *Conclusión: Presidentialism and the Party System*, pp. 435-436.

de mayoría relativa; y el sistema electoral para escoger a los congresantes era, al menos desde 1993, un compromiso entre listas abiertas y cerradas.

Tal vez la clave de la durabilidad del viejo régimen fue la índole del sistema presidencial que teníamos. Tal vez sea mejor volver a él, suprimiendo o modificando las nuevas características que ponen en riesgo los poderes partidistas que tiene el presidente para influir en la legislación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Asdrúbal, *Revisión Crítica de la Constitución Bolivariana*, Editorial CEC, SA, Caracas 2000.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000.

BUNIMOV PARRA, Boris, "El Sistema de Gobierno" en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000.

COMBELLAS, Ricardo, *Derecho Constitucional*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, SA, Caracas 2000.

CRISP, Brian F., "Presidential Behavior in a System with Strong Parties: Venezuela, 1958-1995" en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

FERNÁNDEZ, Gerardo, "El Poder Ejecutivo en la Constitución de 1999" en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000.

NJAIM, Humberto, "El Sistema Político. Democracia y Participación: Principios Rectores y Consecuencias" en *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000.

"Venezuela: 'El Hombre Enfermo' de la Democracia Continental", presentado en Seminario CLACSO/CEBEM, Santa Cruz, 25 al 27 de noviembre de 1998.

REY, Juan Carlos y PABÓN, Jorge, "Caminando sobre la Cuerda Floja: los Poderes Presidenciales, la Gobernabilidad y la Legitimidad en la Constitución de 1999", 2000.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Caracas 2000.

SHUGART, Matthew Soberg y MAINWARING, Scott, "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate" en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

"Conclusion: Presidentialism and the Party System" en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

VARIOS AUTORES, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York 1997.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*G.O.* N° 5.453 del 24/3/2000).

2. *Fortalecimiento del Poder Ejecutivo*

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Alfredo Arismendi A.
Director del Instituto de Derecho público
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La idea de estas notas sobre el Poder Ejecutivo Nacional, es la puntualización y análisis de las atribuciones y obligaciones del mencionado Poder dentro del marco que configura la consagración de la División de Poderes por nuestra Constitución vigente en el artículo 136, para determinar su naturaleza jurídica como Poder Público y su relación con los otros que forman parte del *Principio* que consagró y desarrolló Montesquieu, asimismo desglosar su organización, reseñar los requisitos que exige su titularidad y describir a grande rasgos el marco de su actuación.

En este cuadro, es indudable apreciar que nuestra Constitución actual, de derecho y de hecho, desborda en forma total la concepción clásica del famoso principio de la separación de los poderes tradicionales, Legislativo, Ejecutivo y Judicial con sus atribuciones naturales; Venezuela reconoce un sistema presidencialista con tres jefaturas que se depositan en una misma persona -el Presidente de la República- quien es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada, más la política, que aunque no se consagra en forma constitucional, se siente a todos los niveles de la vida nacional, todo ello bajo el control formal inexistente, al menos así lo demuestra la experiencia, durante la vigencia de la Constitución actual.

El Poder Ejecutivo Nacional se organiza a partir de que se le asignan por la Constitución, atribuciones como Jefe de estado, de Gobierno y como Comandante en Jefe de la Fuerza Armada. A este cuadro inmenso de atribuciones, se le asignan otras que aunque no consagradas por la Constitución de la República, se ejercen sin ningún control, sobre todo cuando es el máximo líder del partido triunfador, o por lo menos fundador de la organización política que lo elevó al poder. De allí que nuestra Carta Magna coloca en cabeza de una sola persona, cuatro descomunales funciones que ningún ser humano es capaz de llevar a cabo con posibilidad de éxito.

Por estas razones, no podemos ubicar el sistema político venezolano, en el cuadro clásico de las formas de Estado ni mucho menos en el de las formas de gobierno, ya que ello nos obligaría a explicar sus causas sociales, ideológicas e históricas, lo que desbordaría el propósito de estas ideas, establecer la fisonomía jurídica y política del Poder Ejecutivo Nacional en Venezuela y resaltar las negociaciones impuestas por nuestra evolución histórica para corregirlas y así llevar al país hacia la modernidad que tanto necesita y disfrutar de una verdadera democracia, que además de realista sea participativa.

Nos encontramos al comienzo del Siglo XXI, al reconocer nuestras fallas, debemos subsanarlas y así orientar al país, mediante métodos democráticos, hacia un sistema, en que las decisiones fundamentales del gobierno se proyecten, discutan, aprueben y valoren con la intervención de todos los sectores de la sociedad en general, mediante fórmulas eficaces y efectivas de participación integral.

II. EL EJECUTIVO UNIPERSONAL

En Venezuela, el Poder Ejecutivo Nacional, según el contenido de la Carta Fundamental de 1999, recae de manera insincera, en varias personas, según lo consagrado en el Título V, Capítulo II, Sección Primera que en su artículo 255 establece lo siguiente:

> El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley.

Dicha concepción contraria en apariencia, lo que es una vieja tradición venezolana el unipersonalismo presidencial, que en nuestro país, adquiere ribetes de asfixiante y abusivo, por cuanto en realidad, la titularidad efectiva del Ejecutivo Nacional, solamente es ostentada por una persona y nada más, sin que a ningún caso ésta se delegue en un órgano o persona individual y mucho menos en un cuerpo colegiado, así lo consagra el texto constitucional, como ha sido lo tradicional en nuestra historia constitucional, que según autores patrios, se institucionalizó, salvo excepciones, a partir de la Constitución de 1819.

La Constitución de 1999, al continuar en la misma línea de las constituciones dictatoriales y democráticas acoge los perfiles del presidencialismo norteamericano. Al respecto se puede afirmar, que en la actualidad, el personalismo presidencial en la cual se ha transformado el sistema político venezolano, comienza a ser algo polémico en nuestro país. Se tolera la farsa de lo consagrado en la Constitución Nacional, pero comienza a discutirse lo que por décadas ha sido una realidad el unipersonalismo avasallante y arbitrario de nuestros presidentes.

En este sentido el debate sobre la unipersonalidad o pluralidad del ejecutivo, Ambrosio Oropeza nos recuerda que al comienzo de la guerra de Independencia, "Vanamente se pretendió en nuestra primera Carta Fundamental la constitución de un Ejecutivo sin preponderancia sobre las demás potestades. El triunvirato imaginado con tal fin, que reñía abiertamente con la tradición despótica y unipersonal de la monarquía, evidenció de inmediato el más rotundo fracaso por su debilidad y falta de cohesión antes de las circunstancias, que eran de guerra y conmociones". Contra esta idea de un Ejecutivo débil en su constitución y en sus facultades, se levanta el Libertador y en él se inspira los posteriores constituyentes. "En las repúblicas, dice Bolívar en el discurso de Angostura, el Ejecutivo debe ser el más fuerte porque todo conspira contra él; en tanto que en las monarquías el mas fuerte debe ser el Legislativo porque todo conspira a favor del monarca". Y apoyado en este alto testimonio, que no puede tomarse al pie de la letra si recordamos que el Ejecutivo bolivariano se confunda con el de los gobiernos parlamentarios, los positivistas venezolanos hicieron la apología del Presidente o gendarme, al que adornaron con el doble calificativo de *necesario* y *democrático*. Fue, pues, sobre el fundamento de poderosas motivaciones históricas y hasta por temperamento nacional en el que los constituyentes *venezolanos*, incluso los que dictaron y pusieron en vigencia

constituciones auténticas, acogieron el *presidencialismo* norteamericano ante que el parlamentarismo, a que tan inclinado se mostraba, sin embargo, el Libertador.

III. REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En el artículo 227 de la Constitución Nacional, se señalan tres requisitos fundamentales para asumir tan importante cargo, que en líneas generales casi no difieren de los consagrados, por otros países de América Latina y el resto del mundo. Sin embargo, la consagración de que "Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país ante de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoridad", (Artículo 40) no deja de producir cierto resquemor entre los especialistas del derecho constitucional que, en cierto modo, diferencia nuestro derecho constitucional, de otros que regulan la materia en el derecho comparado. Dicho artículo establece:

> Para ser elegido Presidente o Presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido o sometida a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en esta Constitución.
>
> *Artículo 229.* No podrá ser elegido Presidente o Presidenta de la República quien esté en ejercicio del Cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección.

Algunos autores no son partidarios de lo consagrado en el segundo apartado del artículo 40 de la Carta Fundamental, a lo cual hay que agregar que en el mismo no es una novedad del Constituyente de 1999 (Artículo 45 de la Constitución Nacional de 1961). Este permite que una persona sin raíces profundas en el país pueda asumir la primera magistratura nacional. Es indudable que se haya pensado en permitir que alguien, en un país de fuerte corriente emigratoria, aunque no concebida en forma seria como un principio, esté facultado para lograr la magna representación del país.

Por otra parte, la Doctrina patria, hace hincapié en las similitudes de los requisitos para ser presidente entre las Constituciones de 1961 y la de 1999, pero en lo que respecta a la cuestión planteada, sólo un populismo irreflexivo que ninguna o pocas constituciones de otros países avalan, puede explicar la posibilidad de que los padres del Presidente de la República sean extranjeros por nacimiento o por naturalización; nuestra evolución constitucional no justifica la consagración de tal posibilidad, pues resulta insólito que se plantee la circunstancia de que a través de un Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, descendiente de extranjeros, pueda recibir influencias en la conducción de Venezuela del país originario de sus padres.

Sin embargo, puede ser que la justificación de dicha consagración sea el devenir circunstancial de la historia política venezolana que con sus altibajos siembra de sorpresas la evolución constitucional del país. La última experiencia dictatorial se caracterizó por una fuerte corriente migratoria, que aunque no muy selectiva, sus frutos los recogió la democracia posteriormente vigente hasta nuestros días. Los hijos de los extranjeros y sus mismos padres se incorporaron de lleno a la vía nacional, de tal manera fue la asimilación que para algunos de ellos, era inconcebible que al menos no tuviesen la posibi-

lidad de acceder a las cámaras legislativas nacionales. Sin embargo hoy en día, después de casi 40 años de democracia la situación del país es distinta. La explicación es muy fácil; en una democracia formal, sin independencia económica, invadido de manera pacífica por los países vecinos de Sudamérica y del Caribe y con una corriente migratoria nada selectiva es imposible negar que entre los hijos de tales extranjeros, así sea tan solo uno de ellos, exista aún en forma relativa la inclinación afectiva hacia el país originario de sus ascendientes. Por ello no encontramos ninguna razón que explique, en contra de lo que opinan algunos, esta consagración, establecida en la parte final del artículo 40 de la Constitución Nacional.

Las condiciones que establece la Constitución de la República para acceder al máximo cargo dentro del estado venezolano, no requieren de mayor análisis debido a su enumeración taxativa, y además, porque su interpretación en general no presenta ninguna duda. Por una parte, exige que el candidato sea venezolano por nacimiento y que sea elegible y apto para el desempeño del cargo como elector y que sepa leer y escribir, en tanto que por la otra se garantiza su honestidad personal.

1. La reelección

Históricamente Venezuela ha sido azotada por el continuismo de manera permanente. Desde el siglo XIX hasta el presente constituye el emblema tradicional de todas las revoluciones que azotaron al país. Símbolo de lucha por la democracia y la alternabilidad frente despotismo y la barbarie, la reelección ha sido de manera perenne un foco de insurrección y anarquía que han dado vida a todas las revoluciones más famosas, durante el siglo pasado y el actual. Inculcado en la mente del venezolano el rechazo a las dictaduras y a la continuidad en el poder, después de haber presenciado las múltiples reelecciones directas e indirectas de J. V. Gómez, la explicación socio-jurídica del principio de la no reelección, es inobjetable y mucho más si lo fuese de manera absoluta.

Sin embargo, de espalda a la historia, la Constitución de 1999 consagra que el Presidente de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez para un período adicional (Artículo 230).

Modificado por el Constituyente de 1961, el principio de la reelección, el artículo 185 quedó consagrado en los términos siguientes: “Quien haya ejercido la Presidencia de la República por un período constitucional....” del cual señala Ambrosio Oropeza: “En cuanto a la reelección fue objeto de largas discusiones en el seno de la Comisión de Reforma Constitucional. Con el objeto de evitar el continuismo en una persona, de ciudadanos *necesarios*, guías, líderes indispensables proclives al despotismo, se sostuvo por los senadores Uslar Pietri y Escovar Salóm la necesidad de prohibir de manera absoluta y permanente la reelección presidencial. Otros sostenían la norma tradicional de prohibir la reelección en el período inmediatamente siguiente, lo que en definitiva se rechazó en atención a las facilidades con que autócratas y continuistas han burlado la expresada prohibición. Al fin, dice la Exposición de Motivos la Comisión adoptó una fórmula transaccional al consagrar por una parte, que quien haya ejercido la Presidencia de la República por todo un período constitucional, o por más de la mitad del mismo, no podrá ejercerla nuevamente en los diez años siguientes a la terminación de su mandato”. Sin embargo, pasado el tiempo, los términos de la reforma no fueron tan severos como se pensaba en 1961, ya que después los presidentes aunque no podían ser electos por los períodos inmediatos, sí podían serlo después, con las consecuencias negativas vividas

por el país. Ahora, por muchas razones innegable se justificaba una prohibición absoluta con la cual estamos de acuerdo pero condicionada prolongación del período a seis años, o a la reelección inmediata por una sola y última vez, pero con un período de cuatro años, si se quiere ser consecuente con el país y no con los políticos que marchan en sentido contrario a la historia.

2. El período presidencial

El artículo 230 establece la duración del ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional por un período de seis años, ni un día menos, pero sobre todo, ni un día más. El período menor, más cercano, consagrado en la Constitución de 1909, consagraba su duración por un lapso de cuatro años, pero en el estatuto Constitucional de 1914 se amplió en tres años por medio de la reforma constitucional, de ese mismo año. Sin embargo en 1931, por otra reforma constitucional se redujo a cinco años hasta nuestros días.

Haciendo hincapié en la conclusión del mandato presidencial por falta absoluta, la Constitución Nacional establece en su artículo 233 que en el supuesto caso de que el Presidente electo no tomase posesión dentro del término previsto en la misma Constitución, "se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes".

Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

IV. EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO

1. Generalidades

En el artículo 225 de la Constitución, que se refiere a la composición del Poder Ejecutivo Nacional, se establece que además del Presidente de la República, tal Poder está en manos del Vicepresidente Ejecutivo.

Ahora bien, ¿Cuáles son los beneficios aporta este funcionario a la evolución del Derecho Constitucional Venezolano? Es un mal injerto, como tantos otros consagrados en las constituciones venezolanas. No es un primer ministro como lo impone un sistema parlamentario, porque el nuestro es un presidencialismo disfrazado de mixto. No se un Vicepresidente, como figura trascendental del sistema norteamericano, cima del autén-

tico sistema presidencialista. Los constituyentes ni se tomaron la molestia de revisar la última reforma Constitucional argentina, donde se consagra la figura del *Jefe de Gabinete*, más auténtica y mas acorde, con la filosofía constitucional latinoamericana, que jamás a podido limitar de manera efectiva el poder omnipotente de los presidentes de las diferentes Repúblicas.

Sin embargo, en honor a la verdad, la aprobación de tal funcionario no fue consensual. El cuatro de noviembre, el ambiente en la Asamblea Nacional Constituyente se tornó candente cuando comenzó la discusión sobre el Capítulo II, que definía las atribuciones del Presidente de la República y creaba figura del Vicepresidente Ejecutivo.

Los constituyentes Guillermo García Ponce y Aristóbulo Istúriz no lograron convencer a sus compañeros en el sentido de que era preferible designar a un *Primer Ministro* en lugar del Vicepresidente. Otros constituyentes, como Ricardo Combellas, defendieron la existencia del Vicepresidente, quien será un *ayudante* del Jefe de Estado y así fue votado por la plenaria. El constituyente Pablo Medina fracasó en su intento de establecer que el Vicepresidente fuera electo por el pueblo. Según lo aprobado, tal funcionario sería *designado* por el Presidente de la República.

En todo caso, el nuevo funcionario con rango constitucional se consagró así:

> El Vicepresidente Ejecutivo y Vicepresidenta Ejecutiva es órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Presidenta de la República en su condición de Jefe o Jefa del Ejecutivo Nacional.
>
> El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva reunirá las mismas condiciones exigidas para ser Presidente o Presidenta de la República, y no podrá tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

2. Atribuciones

Sin atribuciones fundamentales que ameriten su consagración constitucional, a excepción de presidir el Consejo Federal de Gobierno, su enumeración está consagrada en el artículo 239:

1. Colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en la dirección de la acción del Gobierno.

2. Coordinar la administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República.

3. Proponer al Presidente o Presidenta de la República el nombramiento y la remoción de los Ministros o Ministras.

4. Presidir, previa autorización del Presidente o Presidenta de la República, el Consejo de Ministros.

5. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.

6. Presidir el Consejo Federal de Gobierno.

7. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios o funcionarias nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.

8. Suplir las faltas temporales del Presidente o Presidenta de la República.

9. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente o Presidenta de la República.

10. Las demás que le señalen esta Constitución y la ley.

3. Destitución

Es en este punto donde radica una de las originalidades de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de un modo fundamental. La razón es indudable, si se tratara de un régimen presidencialista típico, el Vicepresidente Ejecutivo no sería otra cosa que un mero presidente del Senado, electo y suplente del Presidente de la República y su renuncia o falta absoluta por cualquier circunstancia no significaría, en ningún caso, la disolución, por ejemplo, del Congreso de los Estados Unidos de Norte América; pero es ésta, por cierto la situación en que se encuentra el Vicepresidente Ejecutivo. El punto de partida, de este desaguisado constitucional, es el que se encuentra establecido en el artículo 240 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del cual se deriva la subordinación del Vicepresidente Ejecutivo al Presidente de la República que es quién lo nombra. En segundo lugar nos encontramos con que el Jefe del Ejecutivo dispone, por tanto, de medios de acción sobre la Asamblea Nacional, dado que la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente de la República para disolver la Asamblea Nacional (Art. 240). Lo que acentúa aun más la supremacía del poder ejecutivo Nacional, tradicional en las constituciones latinoamericanas, agravada en la nueva constitución, al dividir el poder público nacional en 5 poderes (Art. 136). En todo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es responsable de sus actos (Art. 241).

V. EL CONSEJO DE MINISTROS

1. Naturaleza

Su consagración jurídica, más bien simbólica en muchos casos, responde a una vieja conseja constitucional latinoamericana, de creer, que el Consejo de Ministros reduce o controla la omnipotencia de nuestros presidentes en el ejercicio de sus atribuciones. En todo caso la práctica consiste en hacer ver que sus decisiones son debatidas en el seno del organismo colegiado y de que existe la posibilidad de que se produzca la negativa de una mayoría frente al ejercicio de sus atribuciones presidencial, inoportuna, inconveniente o ilícita por parte del Presidente de la República, que por otra parte, en ciertas circunstancias, escuda sus aviesas intenciones al hacer copartícipe de ellas a sus Ministros. En Venezuela, el Consejo de Ministros es una institución constitucional y legal, ya que encuentra su regulación en la propia Constitución de la República y en la Ley de la Administración Central. El Consejo de Ministros es la reunión de los Ministros, el Vicepresidente Ejecutivo y el Presidente de la República quien preside sus reuniones, sin embargo podrá autorizar al Vicepresidente Ejecutivo para que las presida. En tal caso, las decisiones que se tomen no serán válidas si no son ratificadas por el Presidente de la República.

El Consejo de Ministros, como órgano colegiado permite -aparentemente- que las atribuciones constitucionales consagradas en el Jefe del Ejecutivo Nacional en compañía del Consejo de Ministros, se logren maduradas por los diversos enfoques de sus Ministros y así darle toda la amplitud de un consenso, a la hora de tomar una decisión fundamental.

Por otra parte, el constitucionalista Orlando Tovar Tamayo analiza el Consejo de Ministros de la siguiente manera: "A través de la evolución constitucional venezolana, ha predominado la denominación de Consejo de Ministros para la reunión de los Ministros, bajo la Presidencia del Jefe de Estado".

En la Constitución de 1953 se diferenciaba entre el Consejo de Ministros y el Gabinete, en la asistencia o no del Jefe del Estado. En efecto, en caso de falta absoluta del Presidente de la República, después de haber prestado el juramento de ley, se encargará del Poder Ejecutivo Nacional, el Ministro que ostente la mayoría absoluta de los votos de los Ministros en Gabinete, quien se juramentará ante *ese Gabinete*.

Así mismo, en la novísima Ley de la Administración Central (artículo 10), se establece que el Presidente de la República podrá disponer que funcionen Gabinetes sectoriales integrados por los Ministros con responsabilidad en el sector, los cuales serán presididos por el Presidente de la República o por el Ministro que se designe.

Como se ve, no hay en el derecho venezolano una noción clara de Gabinete, pero si de Consejo de Ministros. Consejo de Ministros es la reunión de todos los Ministros, presidida por el Jefe de Estado o por el Ministro que él designe. En conformidad con la nueva Constitución, al Consejo puede ser invitados otros altos funcionarios de la Administración, como es el Procurador General de la República (artículo 203 de la Constitución).

El Presidente, por mandato Constitucional, es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y sus facultades las ejerce por su sola autoridad, por órgano de los Ministros o del Ministro responsable o en Consejo de Ministros. Podemos entonces, definir el Consejo de Ministros, como la reunión del Presidente con todos sus Ministros; excepcionalmente el Presidente puede hacerse sustituir por un Ministro. En cuyo caso el Consejo delibera, pero sus decisiones no son vinculantes hasta que sean conocidas y ratificadas por el Jefe del Estado.

Son Miembros de este Consejo:

1. Los Ministros del despacho, cuyo número está prefijado en la Ley de la Administración Central.

2. El Ministro de Estado. (Ministro sin Cartera).

3. Gobernador del Distrito Capital, que asiste al Consejo con voz, pero sin voto (Artículo 15, Ley Orgánica de la Administración Central).

4. Otras personas que sean invitadas a dicho Consejo (artículo 15 ejusdem).

En lo que respecta al sector no presidencial, como parte del Poder Ejecutivo Nacional, se encuadra en el ordenamiento constitucional para ejercer en forma mas armoniosa, el manejo de la Administración Pública Nacional, a tal efecto, nuestra Constitución de la República, en su artículo 181 establece: "El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República y el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determine esta Constitución y las Leyes".

2. Organismos de la Administración Pública Nacional

El ejercicio del Poder Ejecutivo exige además una serie de entes y mecanismos, aparte de los ya mencionados, para que sin delegar las atribuciones del Presidente de la Re-

pública, las mismas pueden realizarse dentro del grupo de competencias relativas a su jurisdicción, para la mejor marcha de la Administración Pública Nacional. En tal forma divididas en tres instancias (Art. 236) las que ejerce en Consejo de Ministros, las que deben ser refrendadas por su validez por el Vicepresidente Ejecutivo, Ministros o Ministras respectivos y las que ejercer por sí solo, cada una con su propia organización y sus áreas de competencias bien determinadas, como consecuencia de la colaboración que deben practicar en conjunción con el Presidente de la República. Según el contenido de la Constitución de la República y de la Ley Orgánica de la Administración Central, los órganos superiores se dividen de la siguiente manera:

a. El Presidente de la República.

b. El Vicepresidente Ejecutivo (Art. 225 de la C.N.).

c. El Consejo de Ministros.

d. Los Ministros.

e. Los Ministros de Estado.

f. Los Vice-Ministros.

g. Los Consejos Nacionales.

h. Las Comisiones Presidenciales.

i. Los Comisionados Presidenciales.

j. Las Autoridades Únicas de Áreas.

k. Las Oficinas Nacionales.

Entre las principales responsabilidades que nuestra Carta Fundamental encomienda al Estado, se encuentra la *promoción del desarrollo*. Todo lo cual explica el crecimiento desmedido de la Administración Pública Nacional, de Institutos Autónomos, empresas públicas mixtas y hasta fundaciones de la mas diversa naturaleza. En varios ordinales del artículo 156 de la Constitución Nacional, se fundamenta la actitud paternalista que hasta ahora, adopta el estado para el desarrollo de dichas funciones:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional

11. La regulación de la banca central, del sistema monetario del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.

12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios que esta Constitución y la ley.

13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

14. La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.

15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.

16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país.

17. El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido.

La Ley establecerá un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros estados.

21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República.

25. Las Políticas nacionales para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

Al referirse a la intervención estatal en la economía nacional, Ricardo Combellas, afirma: "..., la Constitución legítima, el intervensionismo estatal, de acuerdo con el marco estatal que la preside, el Estado Social de Derecho, gracias al cual se constituye como un estado planificador, empresario, de fomento, regulador de servicios, conformador en buena parte al establecer los límites de la acción del empresario privado, dentro de variables grados de autonomía, de la vida económica del país.

El modelo económico de la Constitución es, en conclusión, flexible, pues no se adhiere a ningún cartabón ideológico preestablecido; y mixto, en la medida en que se reconoce la iniciativa individual, garantizada a través de los derechos económicos y se le concede al Estado amplia posibilidad de participar en la vida económica".

VI. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO

1. Antecedentes

Antes de analizar el Sistema Presidencial Venezolano es ineludible remitirse a sus orígenes; en otras palabras, a su nacimiento histórico y a la evolución desde que se consagró por primera vez.

Las constituciones americanas se inspiraron todas en la teoría de Montesquieu que Simón Bolívar formuló con estas palabras: *Huid del país donde un solo hombre ejerza todos los poderes; es un país de esclavos.*

"El Sistema Presidencial de la América Latina tomó hasta cierto punto como modelo el de los Estados Unidos. Muchos autores ingleses y americanos han dicho que la diferencia esencial de los dos sistemas inglés y americano consiste en la mas rigurosa aplicación del principio de la separación de los poderes en los Estados Unidos. El autor francés Hauriou crítica que las constituciones americanas hayan adoptado de una manera irrestricta el principio de la separación de los poderes y advierte que Montesquieu se había inspirado para formular su teoría en la vida constitucional inglesa y que entendió el principio de separación de poderes en un sentido flexible que entraña la colaboración de los poderes en el cumplimiento de las mismas funciones".

Wolf agrega: "El documento tan justamente criticado de 1811 fue sustituido en 1819 por la Constitución de Angostura. Esta Carta clásica, basada en el Proyecto de Bolívar,

realiza la unión deseada por Miranda y define los poderes públicos con admirable claridad. No es original, es una materialización de la soberanía del pueblo propugnada por Rousseau, de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa y de la separación de los poderes propagada por Montesquieu, pero Bolívar no copia todo. En lugar del sistema de gobierno inglés con su premier recomendado como modelo por Montesquieu, el Libertador crea un sistema *sui generis* que será en adelante no solamente el sistema de Venezuela sino el sistema de toda la América Latina; el Poder Ejecutivo se compone del Presidente y sus Ministros; el Presidente no actúa validamente sino por medio de los Ministros, responsables éstos por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, institución desconocida en el sistema presidencial de la América del Norte.

Específicamente en Venezuela, el sistema presidencial unipersonal se crea en 1819, lo que representaba la tradición colonial del gobierno personal -no como afirman algunos para darle unidad y fuerza frente al enemigo invasor- que era el único sistema de gobierno conocido por sus pueblos. Con diferentes nombres y métodos, ellos terminaron por ser la prolongación de tradiciones y fórmulas que hundían sus raíces en tierra abonadas por siglos. Los ciudadanos no creían en la efectividad de sus propias iniciativas y desconfiando de la madurez y del consenso de órganos colegiados, se conformaron en dejar sus destinos e ideales en manos de un solo hombre omnipotente la certeza de la verdad aunque fuese una mentira. La institución de un Poder Ejecutivo Federal en 1811 se basó en la Constitución Norteamericana, pero con una diferencia fundamental de que el Poder Ejecutivo, era colegiado. El gobierno de un triunvirato estaba en sintonía con las ideas democráticas de la Revolución Francesa.

Por su parte, Ambrosio Oropeza agrega: "La pieza capital del Poder Ejecutivo es, pues, el Presidente de la República, ya que los demás funcionarios que le acompañan en la ejecución de las leyes y tareas administrativas, de él dependen y a él deben su nombramiento. Si se recuerda, además, las frecuentes y largas dictaduras que ha padecido la República, no es extraño que en nuestras costumbres políticas se considere al Presidente como la autoridad más alta, como *el primer magistrado nacional*, colocado por encima de todas las demás y al que todos deben acatamiento y respeto. De esta pesada herencia dictatorial no han podido librarse los regímenes de derecho en donde no existe jerarquía sino colaboración de poderes igualmente independiente y con atribuciones específicas".

2. Elementos Parlamentarios

Sin lugar a dudas, el presidencialismo venezolano se fundamenta en un Poder Ejecutivo fuerte, cuya autonomía frente a la Asamblea Nacional, innegable y firme. Pese a ello, la relación entre ambos poderes, en algunos casos, es fluida y coordinada, en contradicción con el principio clásico de la separación de los poderes, por cuanto la Constitución hable de *colaboración* entre ellos, que, aunque sin mucha fuerza jurídica, le dan cierto matiz parlamentario al sistema presidencialista. Por cuanto el parlamentarismo, en su versión clásica significa flexibilidad en la relación entre los poderes, colaboración por mandato constitucional entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, la práctica real en tales relaciones, es teoría desvirtuada y sin credibilidad, lo que permite asegurar, en base a la realidad constitucional, que el sistema político venezolano está divorciado de manera total del parlamentarismo.

La Doctrina patria, aunque no niega los elementos parlamentarios que la Constitución de la República consagra, está clara en que la Constitución de 1999 aunque establece

instituciones del sistema parlamentario, consagra un sistema presidencialista sino puro bien lejos del parlamentarismo. En tal sentido, aunque varios autores han afirmado que nuestro sistema político es mixto y alejado del presidencialismo norteamericano, por cuanto reconoce instituciones del parlamentarismo, las mismas son inofensivas y su objeto, que es regular, controlar al Presidente de la República que no se alcanza, determinan que son inoperantes, inefectivas y simplemente formales, ya que en ningún caso alteran la esencia del sistema presidencialista puro, o al menos latinoamericano, es decir, omnipotente y sin límites, porque en ningún caso los objetivos propuestos casi nunca se han logrado, el control del Presidente de la República.

Sin embargo, Wolf reconoce y afirma que en: "Venezuela nunca han faltado los que pidieran la adopción de un régimen parlamentario". Ya Antonio Leocadio Guzmán lo hizo en 1849; Seijas, que era también partidiario de la elección popular y directa del Presidente de la República, escribió sobre la Constitución de 1881: "Es esta la oportunidad de repetir que nuestra Constitución es defectuosa en la parte que atribuye al presidente la facultad de nombrar y remover libremente sus Ministros, porque éstos no serán nunca sino simples secretarios o ejecutores de sus órdenes, aunque sean los únicos responsables de los actos ejecutivos. El temor de perder el puesto o el de incurrir en el desagrado del Jefe, les retrae del deber en que están de dar consejos, hacer advertencias, ilustrar la discusión de los asuntos públicos, tomar la iniciativa de los negocios de interés general, y en fin de cumplir con los altos deberes del empleo. Lo contrario sucedería si el Presidente no tuviese la facultad de removerlos, que entonces los Ministros serían miembros eficaces y activos del ejecutivo, con mas temor a la responsabilidad y más libertad de desplegar sus datos personales en el desempeño de sus funciones. Es al Congreso a quien debe incumbir más propiamente el nombramiento.

En la práctica venezolana no podemos comprobar una tendencia hacia el sistema parlamentario; sucede muy raramente que un Ministro vaya al Congreso motu propio o llamado por una cámara; todavía menos se hace uso del voto de censura concedido a la Cámara de Diputado".

Lo que propone Seijas no es un sistema parlamentario en el sentido europeo, "sino una combinación del Presidente con período fijo con un Gabinete de Ministros con responsabilidad política ante el parlamento, nombrados y removibles en cualquier momento por el Congreso".

Entre la normativa constitucional y la realidad, el objetivo y lo que se logre, Ernesto Wolf plantea y sintetiza los principios que a su juicio tratan de darle fisonomía a los elementos parlamentarios, consagrados por la Constitución dentro del sistema presidencialista venezolano.

A. El Refrendo Ministerial

La consagración del refrendo ministerial proviene de lo establecido por el artículo 236 de la Constitución, que establece su obligatoriedad y lo estipula como requisito de validez en lo que concierne a los actos del Presidente de la República, a excepción del nombramiento y remoción del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros, de la dirección de la Fuerza Armada Nacional, en su carácter de Comandante en Jefe y el ejercicio de la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.

Artículo 236: El Presidente de la República ejercerá en Consejo de Ministros las atribuciones señaladas en los numerales 7, 8, 8, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22 y las que la atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.

Los actos del Presidente o Presidenta de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 3 y 5, serán refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y el Ministro o Ministra o Ministros o Ministras respectivos.

El origen de esta institución parlamentaria se ubica en el mundo antiguo y su consagración adviene como una manera de certificar la legitimidad de la firma del monarca. En lo que respecta a nuestro país, la idea de las Constituciones ha sido la de establecer un control, limitar el poder unipersonal del Presidente de la República desde el mismo Poder Ejecutivo Nacional. Al constituyente patrio de nuevo, no le pareció sensato, consagrar la comparencia del Presidente ante la Cámara parlamentario, para fustigarlo directamente, sin embargo, para no dejarlo sin control consagró la obligatoriedad de que el Vicepresidente Ejecutivo o un Ministro refrendarán los actos del Presidente bajo su propia responsabilidad y que el Vicepresidente o los Ministros si puedan ser llamado por el parlamento para apuntalar la política del gobierno y la posibilidad de dale un voto de censura, lo que de prosperar, significaría una sanción a la actuación del Presidente de la República con tal estratagema, al parecer ingeniosa por parte del Constituyente, se piensa en lograr un doble control contra la omnipotencia tradicional del Presidente de la República: 1°) El control del Presidente por Vicepresidente Ejecutivo, Ministro o Ministros que refrendan y 2°) El control de éstos últimos por parte de la Asamblea Nacional. Pero la disposición constitucional correspondiente, que se caracteriza por su inviabilidad e insinceridad, no logra los objetivos propuestos. La primera objeción del aparentemente tortuoso acto refrendatorio, es que el Presidente de la República omnipotente y sin control serio designa y remueve solo y libremente a los que deben controlarlo; es más, cumpliendo a cabalidad con sus deberes, por la sola sospecha presidencial de que la intención aparente es controlarlo, ni siquiera se dignará a destituirlo, nombrará el sucesor de inmediato.

Otra sinceridad notable es que el voto de censura de la Asamblea Nacional exige las tres quintas partes de los diputados para que acarree la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro; a lo cual se une otra insinceridad, la moción al respecto solo puede discutirse dos días después de presentarse a la Cámara, lo que permita toda suerte de manipulación, a los efectos de no lograr el quórum necesario.

B. El Consejo de Ministros

Es el organismo que debe aprobar las atribuciones fundamentales del Presidente de la República, lo que significa que para el ejercicio de tales atribuciones no actúa el Jefe del Ejecutivo Nacional, sino que lo hace un órgano colectivo en el cual el máximo jerarca de la administración pública, aparentemente, tiene tan solo un voto, a la par que cualquiera de los otros miembros del Consejo de Ministros.

El objeto de limitar el poder omnipotente del Presidente de la República por una autoridad colegiala es de vieja data en Venezuela, la Constitución de 1830 consagraba un Consejo de Gobierno constituido por los Ministros, denominados Secretarios, el Vicepresidente de la República, un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, delegado, y por cuatro consejeros electos por el Congreso de la República. En la Constitución de 1881 atribuciones más importantes del Poder Ejecutivo Nacional estaban reservadas a un Consejo Federal.

Tales constituciones consagraron un dualismo por el cual, por un lado, actos del ejecutivo se realizaban por sí solo, refrendados siempre por un Ministro y por el otro, actos trascendentales que realizaba el Presidente en Consejo de Ministros o con la anuencia de un Consejo.

Al parecer, tales constituciones consideraban logrados los objetivos propuestos, porque según lo dispuesto por las constituciones de 1830 y 1881, en el primer caso, parte de sus miembros y en el segundo todos los nombraba el Congreso de la República y eran responsables políticamente ante él. En la Constitución de 1999, consagrada ininterrumpidamente desde la dictadura de Gómez, tal dualidad, los miembros del Consejo de Ministros son nombrados y removidos libremente por él y únicamente responden ante el Presidente de la República.

El artículo 242 de la Constitución de 1999 establece que "De las decisiones del Consejo de Ministro son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras que hubieren concurrido". En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Administración Central consagra que "De las sesiones de toda reunión del Consejo de Ministros se levantará un acta por el secretario, quien la asentará en el libro especial una vez que haya sido aprobada y la autorizará con su firma". En Venezuela el Ministro en desacuerdo, según la Constitución vigente, puede hacer constar su voto adverso o negativo; sin embargo, en la práctica tal actitud significa su despido inmediato del cargo, por cuanto ningún Presidente de la República, soporta que un Ministro o varios de ellos disientan de su decisión y mucho menos, cuando declaran ante la opinión pública su desacuerdo; y cuando se ha presentado tal situación, la reacción inmediata del Presidente de la República, es la solicitud de la renuncia colectiva del Consejo de Ministro, con la ratificación de todos los miembros, a excepción del o de los Ministros disidentes. En algunos casos, la destitución de un Ministro es indirecta y hasta inelegante, se nombra a otro, sin destituir o pedirle la renuncia al anterior.

El subdesarrollo mental de nuestros Presidentes de la República de no tolerar opiniones adversas en los Consejos de Ministros, lleva a los Jefes de Gobierno a designar como Ministros la mayoría de las veces a individuos que, por no tener peso específico, son incondicionales y marionetas, son tan solo monitores de la voluntad, muchas veces caprichosas, del Presidente de la República.

El Estado por su complejidad realiza múltiples actividades y una sola persona física no puede asumir todas las tareas que de importancia corresponden a un Jefe de Gobierno y por supuesto la cabeza del Poder Político debe saber delegar y dentro de su especialidad decidir en el marco de sus atribuciones. De allí, que es fundamental la buena escogencia de los miembros de su equipo gubernamental. Modernamente aunque político, un buen Ministro debe ser técnico, que sepa gerenciar dentro del radio de sus competencias, no tan solo un político, mucho menos politiquero.

En el sistema parlamentario, aunque no se quiera, la selección de los Ministros siempre es más certera. Ello es obvio, la actuación del gabinete está sometida a un control permanente del parlamento, que puede provocar la caída del colectivo, con tan solo un voto de desconfianza. De esta manera el partido de gobierno tendrá el máximo cuidado de escoger al Primer Ministro y éste al seleccionar a los demás, por su capacidad, talento e inteligencia, lo cual nos explica a cabalidad, el llamado milagro alemán o japonés.

Es conveniente que los Ministros no sean tan solo técnicos o especialistas. Cuando un Ministro reúne en sí grandes conocimientos, capacidad gerencial y administrativa su

nombramiento es un acierto, pero lo fundamental aparte de su capacidad, debe ser la honestidad y una gran vocación de servicio al país.

Debe haber un divorcio total entre la politiquería o adhesión a ciegas al partido y lo que debe ser una buena gestión ministerial; es lo más deslenable de mundo nombrar a un Ministro como gratificación, por amiguismo y por su servilismo.

En Venezuela es frecuente que los fundadores de partidos, al asumir la máxima magistratura de la República designen como Ministro a sus compañeros de lucha, que con pocas excepciones su preparación insuficiente, lo convierten en ave de rapiña capaz de devorar hasta sus propias entrañas.

La duración en el cargo de Ministros es impredecible lo que se justifica en el sistema Parlamentario, por el seguimiento que de su actuación realiza el parlamento, pero en Venezuela, en muchos casos, es una maldición, sobre todo cuando su actuación es pésima y el Presidente de la República, por testarudo y soberbia se empeña en mantener en el cargo.

En realidad los cambios, en algunos casos son recomendables y hasta refrescantes de la imagen gubernamental. Pero sin duda, lo nefasto es cambiarlo por no ser serviles o eternizarlos por no dar su brazo a torcer ante la opinión pública.

Sin embargo, la Venezuela contemporánea contempla con horror, como los caudillos políticos, al llegar a la Presidencia de la República, por cualquier causa, menor por la capacidad, honestidad o mayoría calificada de los electores, con frecuencia para brillar en las páginas de la historia, prefieran llamar a ineptos, serviles y sin espíritu de iniciativa al gobierno y así se contemplan gobiernos, con Presidentes de la República muy capaces, pero con Ministros muy grises, que al deber su cargo a cualquier hecho, menos a su capacidad, conducen a la mediocridad de todos los gobiernos democráticos, como su características mas general.

En la actualidad, cualquier juicio objetivo o científico del sistema presidencial es negativo. Sin embargo, abrigamos la esperanza de que las cosas cambien de tal manera que algún día se logre la doble vuelta para la elección presidencial, la prohibición absoluta de la reelección, la posibilidad real de enjuiciar al Presidente de la República y una verdadera libertad de expresión que permita excluir las consideraciones subjetivas a la hora de nombrar a los Ministros.

C. El Mensaje Presidencial

En la evolución del constitucionalismo en general, el hecho de que el Jefe del Ejecutivo Nacional presente un balance de su labor como máximo funcionario de la República, se ubica en Inglaterra y mas tarde la idea se traslada a los Estados Unidos de Norteamérica y de allí a varios países de la América Latina.

En Venezuela, la Constitución de la República consagra la presentación del mensaje Presidencial, como una atribución, el cual frente a toda eventualidad debe hacerse todos los años. Así mismo, el mensaje que no ha adquirido en nuestro país su verdadera importancia política, ha devenido en un mero acto protocolar, que a nadie interesa y mucho menos su contenido o forma.

Artículo 237. “Dentro de los diez primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, el Presidente o Presidenta de la República personalmente presentará, cada año, a la Asamblea un mensaje en que dará cuenta de

los Aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior".

Acerca del Mensaje Presidencial, la Roche señala que "... es un documento que presenta y lee el Presidente de la República directamente o el Ministro que éste encargado para tal efecto en donde se consigna aquellos que se ha hecho durante el año inmediatamente anterior desde un punto de vista general, ...".

Por su parte, Ambrosio Oropeza descalifica su importancia política que lo ha convertido en un simple trámite que ninguna trascendencia tiene en lo que respecta a la vida nacional, sobre todo oír el contenido y en algunos casos por su extensión: "En la práctica el mensaje se ha convertido en una larga intervención del Presidente sobre las obras realizadas y las que se propone realizar. La razón para que el mensaje haya devenido en un acto protocolar estriba en que constituye, como en los Estados Unidos, una forma de dialogar el Presidente con el pueblo. Teniendo entre nosotros los Ministros el derecho de participar en la obra legislativa, los contactos entre el Magistrado y la Nación se realizan día a día ante la representación popular". Siendo por otra parte, el mensaje presidencial un simple recuento de la vida política, social y administrativa del país, no podría ser improbado por la Asamblea Nacional. Semejante facultad sólo puede ser empleada por la Cámara en la oportunidad de examinar las memorias ministeriales que contienen al detalle la labor cumplida por el Poder Ejecutivo en lo político, económico, social y Administrativo. Por tanto, hasta por un acto de cortesía entre los dos poderes no se imprueba el mensaje presidencial sino las memorias de los Ministros.

D. Memoria de los Ministros

Consagrada en la Constitución de la República, es un deber innegable de los Ministros, la de presentar ante la Asamblea Nacional una memoria razonable y suficiente sobre la gestión de los despachos en el año inmediatamente anterior. Véamos el contenido de los artículos correspondientes,

> .... y la ley, y presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de caa año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.
>
> *Artículo 245*. Los Ministros o Ministras tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional yen sus Comisiones. Podrán tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, sin derecho al voto.

El antecedente de lo consagrado acerca de las Memorias se encuentra de manera poco precisa en la Constitución de 1811, en forma mas concreta en la de 1819 (artículo 6°); y tal como se le consagra en la Constitución vigente, la de 1864 (artículo 79) y en la de 1961 (artículo 197).

3. Falta Absoluta del Presidente de la República

A. Antecedentes

El nombramiento del Presidente de la República, en el pasado, por el Congreso Nacional, respondía en Venezuela a la no consagración del cargo, de Vicepresidente, a la usanza de la Unión Norteamericana, como lo estableció por última vez la Constitución

de 1925. La evolución histórico-constitucional al respecto es la siguiente: En 1811 las tres personas que hubiesen reunido mayor número de votos para miembros del Poder Ejecutivo lo serían si tal número constituyesen las tres mayorías del número total de los electores presentes en todas las Congregaciones del Estado el que obtuviese en el cálculo de ambas Cámaras la mayoría mas inmediata a las tres requeridas para los miembros del Poder Ejecutivo, se consideraba elegido para lugar-teniente de aquel en las ausencias, enfermedades, muerte o renuncia de algunos de los miembros. En 1819, al que hubiese obtenido las dos terceras parte de los votos de los electores departamentales se le declaraba Presidente de la República y el que le siguiere inmediatamente en cuanto a los votos con mayoría absoluta, se le consideraba Vicepresidente de la República. En los casos de muerte, destitución o renuncia del Presidente, admitida por el Congreso, el Vicepresidente le sucedía en sus atribuciones hasta que se cumpliese el término para el cual habrá sido electo el Presidente. En 1821, había un Vicepresidente de la República que ejercería las funciones de Presidente en caso de muerte, destitución o renuncia hasta que se nombrase el sucesor que sería en la próxima reunión de las asambleas electorales. También entraría en las mismas funciones por ausencia, enfermedad o cualquier otra falta temporal del Presidente. En 1830, las cualidades que se necesitaban para Vicepresidente, la forma de elección y la duración de su cargo, eran las mismas que se requerían por ser Presidente. En los casos de ausencia, como enfermedad o suspensión temporal el Vicepresidente se encargaría de sus funciones y si faltare el Presidente por muerte, dimisión, destitución, el Vicepresidente se encargaría del ejercicio del Poder Ejecutivo hasta concluir el período constitucional. En 1857, el Vicepresidente ejercía provisionalmente el Poder Ejecutivo en los caos que determinase la Constitución. En caso de enfermedad o inhabilitación temporal del Presidente entraba a ejercer sus funciones el Vicepresidente de la República. Por muerte inhabilitación perpetua o renuncia admitida del Presidente de la República, el Vicepresidente también entraba a ejercer las funciones de aquél. En 1858, las faltas del Presidente las suplía el Vicepresidente, y las de éste por la persona que anualmente designase el Congreso en Cámara reunidas en sesión conjunta. Por muerte, dimisión, destitución o incapacidad del Presidente, ejercería el Vicepresidente el Poder Ejecutivo hasta que concluyese el período constitucional. En 1864, para suplir las faltas temporales o absolutas del Presidente, había dos designados que anualmente se elegían en Cámara reunidas en sesión conjunta. En 1874, las faltas temporales del Presidente la suplía uno de los Ministros del despacho elegido por la mayoría de los votos de sus colegas; y sus faltas absolutas, por muerte, renuncia, destitución o cese en el mando por haber terminado el período para el cual fue electo, por el Presidente de la Alta Corte Federal, quien al encargarse del Ejecutivo convocaría los pueblos a elecciones, a menos que la vacante ocurriese en los últimos seis meses del período constitucional. En 1881, el Consejo Federal elegía de sus miembros al Presidente, y de igual manera al que debía reemplazarlo en las faltas temporales o absolutas que ocurriesen en su período. En 1893, las faltas temporales o absolutas del Presidente de la República las suplía el ciudadano que se encontrase presidiendo el Consejo de Gobierno, constituido por nueve vocales nombrados por el Congreso cada cuatro años. En 1901, se adoptó de nuevo el sistema Vicepresidente, pero la faltas temporales o absolutas del Presidente de la República, las supliría un primer Vicepresidente y las de éste un segundo Vicepresidente, que tendría una duración igual que aquél. En 1904, en el caso de encargarse el segundo Vicepresidente por falta absoluta del Presidente y del primer Vicepresidente por falta absoluta del Presidente y del Primer Vicepresidente, o si ocurriese la falta durante su cargo, convocaría inmediatamente la Cámara del Senado para que eligiese la persona que debía sustituirlo. En 1909, las faltas temporales o absolutas

del Presidente, las suplía el Vocal que se encontrase presidiendo el Consejo de Gobierno. Pero en caso de que la vacante absoluta de la Presidencia ocurriese en los dos primeros años del período constitucional, el Consejero encargado de la Presidencia, convocaría al Congreso para que eligiese a la persona que debía desempeñar la Presidencia por el resto del período. En 1914, las faltas temporales del Presidente las suplía el Ministro del Despacho designado por el primero. En caso de falta absoluta, se encargaba del Poder el Presidente de la Corte Federal y de Casación, que procedía a convocar al Congreso, para elegir un nuevo Presidente por el resto del período. En 1925, se regresó de nuevo al sistema Vicepresidencial. Dentro de los primeros quince días de su instalación se reunían en Congreso las Cámaras del Senado y de Diputados para elegir un Presidente y un Vicepresidente de los Estados Unidos de Venezuela.

B. Situación actual

La evolución venezolana nos revela las causas que han motivado los innumerables y variados cambios que nos ofrecen las constituciones patria en cuanto a quien debe sustituir al Presidente de la República en caso de ausencia absoluta. En un principio, fue evitar el continuismo patrio, a través de personas fatuas, títeres, segundones, testaferros; o directamente, por considerarse indispensable salvadores de la patria o ávidos de riquezas monumentales, estos últimos disfrazados, pero en el fondo autócratas sanguinarios y despóticos. De allí, que la Constitución de 1961 consagró una fórmula que si bien no era la mejor, buscaba el no conocimiento previo del llamado a sustituir al Presidente en caso de falta absoluta, sobre todo por cuanto no determinaba el cargo, cuyo titular podía o debía ser el encargado de la máxima magistratura, en caso de ausencia total de su titular, En todo caso las experiencias han sido fatales y las consecuencias han conducido hasta un homicidio en tiempo de Gómez. Los acontecimientos de la época, sobre todas las circunstancias en que ocurrieron, lograron que se plasmara toda una regulación *casi* objetiva perfeccionada por las constituciones de 1947 y 1961.

La Constitución de 1999 rompe la tradición y excluye de manera absoluta la intervención de la ahora denominada Asamblea Nacional, antes Congreso, de cualquier intervención en la designación del encargado de la Presidencia de la República en caso de falta absoluta.

> *Artículo 233*. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.
>
> Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.
>
> Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los Primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.
>
> En los casos anteriores, el nuevo Presidenta o Presidenta completará el período constitucional, correspondiente.

> Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

En todo caso el artículo 233 contempla de manera *novedosa* el cuadro completo de las posibles situaciones que se puedan presentar, pero como afirma Ambrosio Oropeza. "Más todo esto significa -lo que no había tenido explicación en 1947- que la elección del Presidente por el Congreso no constituye un atentado a los reclamos más sentidos del pueblo venezolano hasta el punto de justificar el empleo de la violencia; como ocurrió con el derrocamiento de Medina en 1945".

Antes se reconocía que la intervención del Congreso en el elección presidencial resultaba en ocasiones legítima y conveniente, ya que el Congreso representaba en efecto la soberanía del pueblo por ser una emanación del pueblo mismo. Sin embargo, siempre pueden sobrevenir situaciones que escapan a todo lo que está previsto en las normativas constitucionales vigentes. Los artículos 150, ordinales 8°, 187, 188 y 215 de la Constitución de 1961, en el caso del Presidente Pérez, no fueron muy convincentes, a la hora de fundamentar su salida y enjuiciamiento como Presidente de la República.

VII. INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES

La Constitución Venezolana consagra en el artículo 136, el famoso principio de la separación de los Poderes, aunque distorsionado, entendiéndolo no en forma absoluta, sino como una colaboración. En tal sentido, es importante destacar como el constituyente patrio recoge en nuestra Carta Magna lo que acontece en el Derecho Comparado, poniéndose al día con las modernas tendencias en materia de Derecho Constitucional. En efecto, dice que cada una de las ramas del Poder Público tiene funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí, en la realización de los fines del Estado. De conformidad con esto, el constituyente del 99 ha acogido el principio, pero no lo asienta confiando a cada uno de los poderes sus propias atribuciones y aislándolos entre sí. Como se dijo antes, se establece una colaboración de poderes. ¿Qué significa esto? La Doctrina al tomar en cuenta la imposible e inconveniente de mantener a cada uno de los órganos fundamentales en el radio de acción que clásicamente se le asigna, propugna una pequeña intromisión de un poder cualquiera en las actividades del otro. Por Ejemplo: la Constitución consagra el veto o facultad del Presidente de suspender los efectos de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, otorgándole así funciones legislativas al Poder Ejecutivo (artículo 214). Asimismo, establece que el Presidente de la República está facultado para conceder indultos, concediéndole atribuciones propias de la función jurisdiccional a un miembro del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 236, ordinal 19). El Presidente puede convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (artículo 236, ordinal 9°). A su vez, la Asamblea Nacional tiene funciones de investigación y control sobre las actividades políticas y administrativas del Gobierno de la República. (Artículo 222 y 223). Sin embargo, analizaremos las mas importantes, porque son las que destacan la relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

1. El Veto Presidencial

El derecho al Veto, otorgado al Presidente de la República por el artículo 214 de la Constitución, es definido por Ambrosio Oropeza ".... como la facultad acordada al Presidente para solicitar de las Cámaras una reconsideración de las leyes sancionadas y enviadas para la promulgación cuando el Jefe del estado considere que ellas son contrarias a la convivencia de la Nación o violatorias de la Constitución Nacional".

El mismo Oropeza, a su vez recalca como el Veto en la vida constitucional de la República es casi una constante: "El Veto presidencial aparece por primera vez en la Carta de 1811 y se mantuvo en las sucesivas hasta el triunfo de la Federación. En la Constitución de 1864 se dijo solamente que cuando los Ministros del Ejecutivo hubiesen sostenido en las Cámaras de inconstitucionalidad de un proyecto, el Poder Ejecutivo se abstendría de promulgarlo, sometiendo la discrepancia al fallo de las legislaturas estatales. Esta disposición estuvo en vigencia hasta 1891. El Veto desaparece en las Cartas posteriores, es decir, desde la de 1893 hasta 1947, la Constitución de este año lo reproduce en términos semejantes a la de 1961. Y la de 1999 lo reitera aunque de manera más sencilla".

El Veto constituye para algunos, un toque de atención en ciertos casos, ante el apasionamiento, la premura y, en algunas circunstancias, la inconciencia de mayorías parlamentarias logradas con pinzas que pretenden aprobar a rajatabla una ley.

2. Promulgación de la Ley

Dentro *de la Formación de las Leyes* se consagra además como obligación del Presidente de la República, la promulgación de las leyes. Humberto La Roche dice: con relación a la Carta de 1961: "Debe advertirse que la promulgación y la publicación se confunden en el texto de la Constitución (...). Confusión que se repite en la de 1999, al copiar textualmente en su artículo 215 lo dispuesto en el 174 de la Constitución derogada".

La Publicación consiste simplemente en insertar en la Gaceta Oficial el texto de la Ley sancionada en la Cámara con el correspondiente *Cúmplase*. ¿Cuál es la significación jurídica del acto de la promulgación? "Si se acoge la solución monárquica, el acto de estampar el *Cúmplase* a un proyecto legislativo viene a darle toda su fuerza obligatoria, ya que es el monarca o el Poder Ejecutivo quien decide en última instancia sobre la vigencia o no.

De un futuro texto legal; si admitimos la modalidad democrática, viene a ser el Poder Legislativo el que le imprimirá su fuerza de derecho necesaria al acto legislativo para convertirlo en forma jurídica, y si admitimos el sistema mixto, debemos llegar a la conclusión de que la ingerencia del Poder Ejecutivo en la promulgación de un acto legislativo no tiene si no el carácter de un funcionario que le está dando la categoría de autenticidad a un texto debatido por las asambleas políticas".

La obligación del Presidente de la República de promulgar una ley, es ineludible y lo hace sujeto de responsabilidades y si tal situación se planteare, la no promulgación por el Jefe de gobierno; el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional ordenarán la promulgación de la ley sancionada por la Cámara (Art. 216).

3. Decretos con Fuerza de Ley

El Jefe del Ejecutivo Nacional, responsable por excelencia de la ejecución de las leyes, según la Constitución de la República, puede legislar en determinada Circunstancias, sin que tal desviación consagre un desconocimiento del principio de la separación de los poderes ni mucho menos significa, bajo ningún caso, desconocimiento de la soberanía de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la situación se plantea cuando ocurren circunstancias, que exigen soluciones rápidas a lo que es lo mismo, en casos de apremio.

En variadas oportunidades el Poder Ejecutivo Nacional hizo uso de la delegación contenida en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución anterior, en todas y cada una de estas ocasiones la delegación estuvo sujeta a términos. Así, en la Ley de Medidas Económicas de Urgencia de 1961, en el encabezamiento de su artículo único se establecía: "De conformidad con el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, y dentro del año siguiente a la publicación de esta ley, dicte las siguientes medidas....".

En segundo lugar, "... la fuerza de Ley de los Decretos que dicta el Ejecutivo en virtud de estas delegaciones, es otorgada generalmente en estas leyes de habilitación mediante disposición expresa. En la Ley de 1974, por ejemplo, se estatuyó en su artículo 2° lo siguiente:

> En ejercicio de las autorizaciones contenidas en el artículo 1° de esta ley, el Ejecutivo Nacional podrá dictar mediante Decreto, las disposiciones legales que fueran necesarias.
>
> *Parágrafo Único*: Cuando se trate de reforma de una ley, se publicará el texto integro que incorpore las modificaciones.

Sin embargo, la declaración del legislador prestando la fuerza de ley a la norma que luego venga a dictar el Poder Ejecutivo, no ha sido práctica uniforme. En la ley de 1961 faltó del todo y en la de 1984 no se estableció expresamente aunque, si al menos se señaló quesi el uso de la autorización conllevaba una reforma legislativa debería cumplirse entonces con el régimen legal de la Ley de Publicaciones Oficiales (artículo 3° de la Ley de Habilitación). En todas estas leyes, eso si, se ha hecho mención de que se trata del ejercicio de la atribución otorgada en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución de 1961. (Artículo único de la ley de 1961 y N° 1 de las leyes de 1974 y 1984). Empero propiamente sería la declaración expresa del legislador de otorgar carácter legal a las normas que en virtud de la habilitación dicte el Poder Ejecutivo, y el medio mas correcto de explicar el carácter y fuerza de ley de las normas del Decreto correspondiente.

En Venezuela -afirma La Roche- "A la luz del análisis del ordinal 8°, artículo 190 de la Constitución de 1961, se requiere lo siguiente: 1° Que las medidas extraordinarias versen sobre materia económica o financiera. 2° Que el interés público lo requiera. 3° Que la autorización conste en ley especial.

Desde el punto de vista de la teoría del Derecho Constitucional se ha prescrito también:

Que la autorización se otorgue por tiempo determinado; 2) Que sólo se conceda para ejercer determinadas y precisas facultades". Sin embargo, la Constitución de 1999, con relación a tal teoría:

> *Artículo 236*: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República;
>
> *Ordinal 8°*: Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

VIII. ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

De acuerdo con su importancia, en el artículo 236 de la Constitución de la República, se consagran las atribuciones del Presidente de la República, además de otras determinadas en otros títulos de la Constitución y leyes de la República. Comentaremos algunas de ellas.

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes

Esta atribución se consagra en el primer ordinal del artículo 236 de la Constitución, que es sin lugar a dudas la más importante como Jefe del Ejecutivo Nacional y significa la facultad de colocar el aparato del Estado al servicio de las instituciones protección de la soberanía, del orden público, ejecución de las decisiones emanadas del Poder Judicial y de todos los actos que impliquen aplicación de la ley. Esta atribución tan importante, en opinión de la doctrina mas aceptada, le da el nombre al poder que la realiza. Tal poder es quien aplica la ley, la pone en vigencia y ejecutará todos los actos materiales que el Poder del Estado utiliza para que el Estado de Derecho funcione.

2. La Potestad Reglamentaria

Esta competencia también forma parte, de las atribuciones presidenciales, cuyo objetivo es contribuir a la mejor aplicación dela ley, que en muchos casos es mas difícil de lo que se piensa, ya que en general significa la realización de actividades colaterales, que por lógica están representada en los reglamentos denominados autónomos o ejecutivos y de esta manera acceder en el campo administrativo a su mejor aplicación. En este sentido, Ambrosio Oropeza expone: "..., reglamentar una ley en conformidad con los términos de la Constitución, es la facultad acordada al Presidente de la República para desarrollar *in extenso* el pensamiento del legislador sin alterar su espíritu, propósito y razón. El Reglamento, pues, no obstante, que participa de las características de la ley, de ser actos jurídicos impersonales y de obligatorio cumplimiento, ni es ley ni constituye para el Ejecutivo una delegación legislativa".

Por otra parte, el administrativista José Peña Solis, especialista en la materia, destaca: "Actualmente, como sostiene la mayoría de la doctrina, desde el punto de vista práctico resulta sencillo encontrar el basamento de la potestad reglamentaria, en virtud de que es casi imposible para el Parlamento asumir la totalidad de la tarea normativa en un Estado y mucho menos prever todas las circunstancias que se puedan presentar en la ejecución de las leyes, máxime cuando la técnica legislativa impone que las leyes sienten principios generales, correspondiéndole a la Administración el establecimiento de los requisitos, circunstancias, detalles, etc. que conduzcan a su aplicación, lo que a su vez supone una gran ventaja, en razón de que el procedimiento reglamentario es expedido y rápido, frente al lento y farragoso del legislativo, de tal manera que permite hacer las modificaciones reglamentarias que aconseje el contexto socio económico que sirva de marco a la ejecución de la Ley".

3. Nombrar y remover los funcionarios públicos

En el ord. 16 del artículo 236 de la Constitución de la República, se consagra la atribución del Presidente de la República para nombrar y remover aquellos funcionarios cuya designación la atribuyeran la Constitución y la ley. Antes se hable del nombramiento y remoción del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros, atribución que ejerce por sí solo. Además se consagra, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada el nombramiento del Procurador General y de los Jefes de misiones diplomáticas permanentes A la lista de los nombramientos, La Roche hablaba con relación a la Constitución del 61, de otros que no se mencionaban en el ordinal 18 del artículo 190 de la mencionada Constitución, pero que se atribuían por sí mismo al Presidente de la República, por cuanto muchas leyes ordinarias también le concedían tal facultad, como acontecía, por ejemplo, con los maestros nacionales que se materializaba por una Resolución del Ministro, pero según orden del primer mandatario nacional. De manera pues, que la mayoría de los nombramientos, desde los más importantes hasta los de menor jerarquía eran nombrados por el Presidente de la República por intermedio del Ministro correspondiente. De esta manera el máximo magistrado de la República, se convertía directa o indirectamente, en el máximo empleador del país, todo lo cual desembocaba en una gigantísima política clientelar que frente a la vieja tradición nacional, de que todos los ingresos, al menos el mayor porcentaje, provienen de los hidrocarburos transformaba al estado en un monstruo ilimitado, incontrolable, ineficaz y sin una política seria a corto o a mediano plazo y mucho menos para entrar el nuevo milenio. De allí, que no era extraño que el empleado o funcionario público nacional al protestar o defender sus reinvindicaciones, hablase en cuanto al Presidente de la República o del Ejecutivo Nacional, del patrono, o de la relación obrero-personal, lo que revelaba el papel, que a los ojos de los funcionarios o empleados nacionales, jugaba el máximo Jefe del Ejecutivo Nacional. Atribución que al parecer, por lo menos, se ve reducida en la Constitución de 1999.

4. Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional

Los ordinales 5° y 6° del artículo 236 de la Constitución de la República le atribuyen al Presidente de la República como facultad, el ejercicio en su carácter de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional, la suprema autoridad jerárquica de ella, la de fijar el contingente de la Fuerza Armada Nacional, ejercer el mando... El órgano a través del cual se maneja la política militar es el Ministro de la Defensa. Lo referente al constringente armado lo regula la Ley de Servicio Militar Obligatorio, la cual regula la prestación de dicho servicio.

La Constitución de 1999, amplía mucho más el poder militar en menos del Presidente de la República quien además como hemos visto es Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, que en un país, tradicionalmente militarista, debilita el Poder Civil, ya que en una auténtica democracia, la subordinación del poder militar al civil debe ser indudable. Lo que se evidencia, al despojarle como atribución del Senado de la República: “Autorizar el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas desde Coronel o Capitán de Navío, inclusive: (Art. 150, ord. 5° de la Constitución Nacional de 1961) tradicional disposición de nuestras constituciones, auténticas o no, y herencia del pensamiento bolivariano desde la Constitución de 1819”.

5. Dirigir las Relaciones Exteriores

La Constitución de la República de Venezuela, en los ordinales 4° y 5° del Artículo 236 le atribuye al Presidente como actividad de gobierno dirigir las relaciones exteriores de la República, celebrar y ratificar tratados, convenios o acuerdos internacionales y como actividad de carácter administrativo nombrar a los Jefes de las misiones diplomáticas permanentes. Así mismo, le corresponde al Presidente de la república, como Jefe de Estado recibir las credenciales que los Embajadores de otros Estados le presenten, fecha, a partir de la cúal quedarán acreditados ante el país de manera oficial.

El marco referencial de las facultades presidenciales en relación a los asuntos externos de Venezuela es bastante amplio y resume en el Preámbulo de nuestra Carta Fundamental los principios y posiciones internacionales del Estado venezolano, sobre todo en la actual y ya larga tradición democrática de nuestro país: "promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no internvención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta lo siguiente…".

Acerca de la dirección de los asuntos externos de la República por el Presidente de la República, Ambrosio Oropeza afirma: "Aunque sobre el fundamento de esta disposición se ha dicho que todo lo relacionado con la vida internacional del país corresponde exclusivamente al Presidente, la verdad es que sobre la materia interviene también en forma decisiva la Asamblea Nacional. En efecto, el Presidente de la República negocia los tratados públicos, ratifica y canjea los respectivos instrumentos. Pero, como éstos no existen, ni pueden ser ratificados sino por ley aprobatoria del Parlamento, es claro que los poderes ejecutivos y legislativos intervienen constitucionalmente y en forma independiente en la vida diplomática del país. Hay más. El Presidente no puede abstenerse de ratificar un tratado que él mismo haya celebrado cuando ha recibido por ley, la aprobación por la Asamblea Nacional, ya que lo único que se reserva el Jefe de Estado es la facultad de fijar la oportunidad en que debe ser promulgada aquella ley, pero no la de negarse a promulgarla".

Artículo 21. "La oportunidad en que debe ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República".

6. Conceder Indultos

En la Constitución vigente, el indulto está consagrado como una atribución presidencial, según el ordinal 19° del artículo 236. En una clasificación de las atribuciones constitucionales del Doctor Ruggeri Parra citado por Humberto La Roche, las distribuye entre atribuciones ejecutivas, legislativas y judiciales, para determinar entre otras cosas, si se trata de una intervención del Presidente de la República en materia judicial, y como ejemplo destacar el caso del indulto. Que en opinión de La Roche es "la facultad del Presidente de la República para dejar sin efecto una sentencia condenatoria dictada por un Tribunal de Justicia". Esta es una de las dos medidas que consagra la Constitución

de la República para suspender la ejecución de las leyes y sentencias dictadas por los tribunales penales. El indulto se produce como atribución presidencial, cuando existe una sentencia penal firme, lo que no exime del cumplimiento de la ley, sino la ejecución de una condena judicial. El indulto, parcial o total no quita a los hechos su carácter penal. Por otra parte, el indulto en general incide sobre un caso particular, cuando ocurren con relación al reo, circunstancias favorables, sin embargo, lo que caracteriza de manera inequívoca la atribución constitucional, es la autoridad de donde proviene: El Presidente de la República.

La amnistía sigue el mismo fin, pero aunque se incluye dentro de las competencias de la Asamblea Nacional, es indispensable la distinción evidente que existe entre ésta y el indulto presidencial. Ambrosio Oropeza dice "..... tiene un alcance mucho mas amplio que la segunda y se dirige a quitar carácter penal a hechos efectivamente delictuosos cometidos contra la paz pública y la seguridad. Puede intervenir por consiguiente antes de haberse iniciado por los tribunales los procesos correspondientes, en el curso de los mismos procesos y aun después de dictadas las sentencias condenatorias. La amnistía tiene por objeto contribuir con una oportuna medida de clemencia a pacificar los ánimos después de profundas conmociones que han sido dominadas por la fuerza o por otros severos procedimientos para mantener el orden público. En Venezuela, tan propicia a las guerras civiles, alzamientos y revoluciones, resultó a menudo oportuno para afianzar el triunfo de las fuerzas del orden, echar al olvido los pasados trastornos para reiniciar la recuperación interrumpida. La amnistía resulta en tales casos tanto mas deseable y conveniente por cuanto sus efectos son radicales y completos".

7. Otras Facultades

A. Nombramiento del Procurador General de la República

El artículo 249 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra las condiciones para ser Procurador General de la República, otorga al Jefe del Ejecutivo Nacional la atribución de nombrar al Procurador General de la República con la autorización de la Asamblea Nacional y por tanto convierte al Presidente de la República, en superior jerárquico de la Procuraduría general de la República.

> *Artículo 248.* La Procuraduría General de la República estará a cargo y bajo la dirección del Procurador o Procuradora General de la República, con la colaboración de los demás funcionarios o funcionarias que determine su ley orgánica.
>
> *Artículo 249.* El Procurador o Procuradora General de la República reunirá las mismas condiciones exigidas para ser Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia. Será nombrado o nombrada por el Presidente o Presidenta de la República con la autorización de la Asamblea Nacional.

Al referirse a las funciones que la misma Constitución de la República asigna al Procurador General de la República, Ambrosio Oropeza dice: "De esta suerte se reserva al Procurador General de la República las funciones específicas y propias que deben corresponderle y le corresponden en los Estados Modernos". Esas funciones las resume la nueva Carta así: Asesor, defensor y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República y será consultado para la aprobación de los contratos de interés público nacional. Siendo como es el Procurador General el abogado de la República a él le corresponde su representación en juicio y fuera de él en todo lo tocan-

te a sus intereses patrimoniales. En el ejercicio de esta atribución, aunque el alto funcionario actúe en conformidad a sus personales opiniones, en general debe seguir en los juicios y actuaciones las instrucciones que le comunique el ejecutivo nacional. Por ese vínculo que existe entre el Procurador General y el Presidente de la República como suprema autoridad en la Administración Pública Nacional, fue por lo que se le confió el nombramiento del Procurador al Jefe de estado, si bien este debe obtener, con lo que sé da al cargo una alta significación, la autorización previa de la Asamblea Nacional, autorización por ese cuerpo legislativo otorga de ordinario sin objeciones de ninguna índole; siendo el abogado de la República, el Procurador General es el asesor nato en cuestiones de derecho, por lo que está obligado, cada vez que lo solicite, a dar los informes y opiniones que sustente sobre las materias que se le Consulten.

Finalmente además de otras atribuciones que le señalan las leyes, la Procuraduría debe rendir informe ante el Tribunal Supremo de Justicia cuando el conozca de demandas de nulidad de leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas municipales por pretenderse que coliden con la Constitución Nacional.

En la Constitución de 1999, el Ministerio Público está a cargo del Fiscal General quien forma parte del Consejo Moral Republicano que ejerce el Poder ciudadano y la Procuraduría General de la República a cargo de Procurador General. Las dos instituciones se fusionaron en las Constituciones hasta 1947, en la de ese año se separaron para luego confundirse en la de 1953 y separarse de nuevo en la de 1961. El Procurador General de la República es el puente entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, aboga por los intereses del Fisco Nacional y de la República, ante los tribunales de justicia. En todo caso, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela elabora en su contenido un perfil tan claro de la Institución que imposibilita su confusión con cualquier otro organismo constitucional y mucho menos con el Ministerio Público.

B. Declarar los Estados de Excepción y decretar la restricción de las garantías constitucionales

Como un típico acto de gobierno, se considera lo previsto en el ordinal 7° del artículo 236 de la Constitución, lo cual debe ejercer en Consejo de Ministros y que dice así: "Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos a esta Constitución".

En tal sentido el Capítulo II del Título relativo a la Protección de la Constitución regula las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que lesionen gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que por tanto exijan la adopción de medidas tanto políticas como jurídicas para enfrentarlas.

Además de definirlos en el artículo 337: "El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles"; precisa los

diversos tipo específicos de Estados de excepción, (artículo 338) de esta manera: "Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la nación o de sus ciudadanos o ciudadanas". Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.

Podrá decretarse el Estado de Emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual.

Podrá decretarse el Estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.

En las circunstancias excepcionales ya mencionadas, es atribución del Presidente de la República, decretar los estados de excepción (artículo 337).

El Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, y puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional, antes del término establecido, al cesar las causas que lo motivaron.

Además, la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la Ley (Artículo 232).

C. Administrar la Hacienda Pública Nacional

La nueva Constitución no reproduce el precedente de 1961, por cuanto no agrupa y sistematiza en un capítulo especial los fundamentos básicos sobre la Hacienda Pública, al menos bajo ese título. Sin embargo, adopta los fundamentos básicos sobre la materia ya establecidos en la Constitución anterior. En primer lugar el de que: "No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente". La nueva Constitución acoge el principio clásico y lo completa con un principio, que acaba en un verdadero tormento, sobre todo en la materia impositiva municipal: "Ningún tributo puede tener efectos confiscatorios". A lo cual se agrega, en el mismo artículo (317) la prohibición de establecer obligaciones tributarias pasaderas en servicios personales que se consagró durante la Colonia y también durante la República. Sobre el expuesto principio debemos hacer notar que cuando el texto constitucional basa los impuestos o cualquier otra contribución en una ley preexistente, él término ley se toma en su más amplio sentido, de regulación emanada de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos o Concejos Municipales.

Para impedir las frecuentes manipulaciones de los órganos dotados de potestad impositiva, en otras palabras, la exigencia de impuestos ilegales, la Carta de 1999 no solo consagra la norma, de que no hay contribución impositiva sin ley, para que se dé una verdadera justicia impositiva varía el procedimiento ordinario de la vigencia de las leyes. Las leyes tributarias rigen, no desde la promulgación en la Gaceta Oficial, con el

Cúmplase del Presidente de la República, sino que ellas fijarán su lapso de entrada en vigencia y En ausencia del mismo se entenderá fijada en sesenta días continuos. Tal norma consagra además que ella no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por la Constitución (Art. 317). En segundo lugar, la Carta Magna consagra el principio de la justa distribución de las cargas públicas y el de la progresividad de los impuestos. Con tal fin la legislación tributaria reparte las cargas públicas según la capacidad económica de los contribuyentes de tal manera que los poderosos económicamente paguen más que los modestos ciudadanos que tienen pequeños capitales o viven tan solo de su trabajo personal y puedan ser hasta exonerados como contribuyentes. Además se agrega a lo antes expuesto el principio de progresividad, en otras palabras, que la cuota que grava los enriquecimientos vaya en aumento en la medida que sean más los ingresos económicos del contribuyente (artículo 316). Finalmente el sistema tributario procura la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se fundamentará para tal fin en un sistema eficiente para la recaudación de los impuestos. De esta manera se logra la distribución equitativa de la riqueza entre todos los venezolanos, lo que de manera indirecta ayuda a elevar el nivel de vida del ciudadano, así como también la protección económica del país y por ello, concederse desgravámenes, rebajas e incentivos, con la intención de crear de impulsar y desarrollar las industrias básicas del país.

En tercer lugar, el nuevo texto constitucional establece los postulados fundamentales sobre el presupuesto. Se considera como tal una ley formal que contiene la fijación de los ingresos nacionales que deben nutrir el fisco nacional en forma anual, así como el estimado de los gastos que en proporción a los ingresos puede realizar el Ejecutivo Nacional. El presupuesto que se aprueba todos los años, es una auténtica ley en base al procedimiento para su aprobación y por la autoridad que la sanciona, aun cuando técnicamente la elabora el Poder Ejecutivo Nacional (Artículo 313).

Los principios constitucionales sobre presupuesto son los siguientes: 1) “No sé hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley”. Si tal norma se ejecutara en forma inflexible, compromisos de fundamental importancia no podrían satisfacerse, ya que en la práctica es necio pensar que el Ejecutivo Nacional o la Asamblea Nacional prevean con exactitud todas las necesidades del país, sino también todos los recursos necesarios para cubrirlos. Ante tal situación, que es una realidad anacrónica en nuestro país, sobre todo en los períodos democráticos a partir de 1961, el Poder Ejecutivo puede decretar créditos adicionales “siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender a la respectiva erogación”. A tal efecto, se sugiere previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o en su defecto, de la Comisión Delegada. (Art. 314) b) En segundo término, la asamblea Nacional colaborará positivamente en la aprobación de la Ley de presupuesto y puede por lo tanto alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizar medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de ley de presupuesto (artículo 313) c) En tercer lugar, en cuanto al presupuesto rige el principio de la objetividad y especificadad de los créditos presupuestarios, de tal manera que en los presupuestos públicos anuales de gastos, en todos los niveles de gobierno, se establecerá de manera clara para cada crédito presupuestario, el objetivo especifico a que esté dirigido, los resultados concretos que se esperan obtener y los funcionarios públicos responsables para el logro de tales resultados; a lo cual se suma, la obligación, del Poder Ejecutivo, dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del ejercicio anual, de presentar a la Asamblea Nacional la rendición de cuentas y el balance de la ejecución presupuestaria (artículo 315).

8. Actos administrativos

De acuerdo con el artículo 236 de la Constitución; son además atribuciones del Presidente de la República celebrar un conjunto de actos que además de ser de gobierno y de orden legislativo, son también de carácter administrativo, entre los cuales destacan por su importancia:

-Negociar los empréstitos nacionales.

-Celebrar los contratos de interés nacional conforme a la Constitución y la Ley, y

-Convocar refrendos en los casos previstos en la Constitución.

Tales atribuciones, además las deben ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

IX. EL CONSEJO DE ESTADO

Otra novedad de la Constitución de 1999 lo constituye la creación del Consejo de Estado como órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional (artículo 25).

En su responsabilidad recomendar políticas de interés nacional y en aquellos aspectos a lo que el Presidente de la República asigne especial transferencia y exija su opinión. En todo caso, la ley correspondiente determina sus funciones y atribuciones.

El organismo lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y esta constituido, además por cinco personas designadas por el Presidente de la República; un representante de la Asamblea Nacional, otro por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estadales (artículo 253).

Para algunos autores patrios, la idea de esta institución, beneficiosa en su consagración; se considera peligrosa respecto a sus intenciones por cuanto con un marcado acento centralista en su integración, se considera una amenaza a la descentralización que puesta en marcha de manera muy lenta, los beneficios para los Estados y Municipios han sido notorios.

X. CONCLUSIONES

La organización en la Constitución vigente de un Sistema Presidencialista *Mixto*, llamado así por sus matices parlamentarios, como limitadores constitucionales de la omnipotencia presidencial, conduce a una situación en que el Presidente de la República en vez de ser un elemento estabilizador, de desarrollo, decoro y dignidad lo convierten el lo contrario, por cuanto en la medida en que las atribuciones que le consagra la Constitución no sean bien ejercidas, ello conduce a no velar de manera integral por el progreso del país, por cuanto al no surgir, respecto a sus acciones, de un consenso proveniente de la participación de la sociedad civil, lo que se logra es ínfimo ante los grandes retos del siglo que comienza. Asimismo, con tan inmensas facultades, la ejecución de una serie de decisiones fundamentales, que de lesionar algunos intereses ciudadanos, los daños serían mínimos frente a una avasalladora sensación de que se interpreta la opinión del país nacional, en relación a ciertos actos y proyectos gubernamentales trascendentales.

Además, la acción del Ejecutivo Nacional aunque legalizada por la misma Constitución de la república, no es legitima, por cuanto consagra un estado de Derecho, que no funciona en la realidad. Respecto a las atribuciones constitucionales la Carta del 61 consagraba además lo que en los hechos era palpable, las que tenía, por ser Jefe del partido triunfante en las elecciones, o en todo caso uno de sus líderes. Sin embargo, la situación no deja de variar, por cuanto los últimos comicios que se han realizado en el país, han devenido en una suerte de atomización electoral, los presidentes llegan al poder por movimientos aluvionales, disimiles y con los mas variados intereses, con los resultados mas desastrosos: Disgregación, anarquía, corrupción y sin timón, lo que hace más patético la acción gubernamental.

Al examinar la importancia que tiene el Presidente de la república en el Sistema Político Venezolano, el constitucionalista Ernesto Wolf, afirma: "De todas las instituciones constitucionales de la América Latina la del Presidente de la República es indudablemente la más original y constituye una contribución sui generis que aportan al derecho las constituciones latinoamericanas, las cuales, en lo demás son copias más o menos fieles de modelos europeos o de la constitución norteamericana".

En las constituciones de la Europa del siglo XX no hay una institución que pueda compararse con la magnitud y extensión de poderes reunidos en América en una misma persona. En los Estados Unidos, cuyo sistema presidencial se asemeja más al latinoamericano que se inspiró en él, los poderes del presidente estuvieron desde el principio limitado por la arraigada autonomía que se reservaron los estados de la unión, reserva que fueron sagrada por el imperio de la tradición y confirmadas y sostenidas por los fallos de la Corte Suprema. La centralización del poder que resulto después de la independencia en los países de la América Latina, se explica de una parte, por la falta de provincias autónomas y, de otra, por las necesidades de mando militar unido y poderoso durante la guerra de independencia y las siguientes guerras interiores.

La originalidad de la institución latinoamericana del presidente no resalta de los textos constitucionales. Comparando los textos constitucionales latinoamericanos con el norteamericano se puede observar que la constitución latinoamericana concede menos poderes al Jefe del Estado.

Teniendo a la vista actual constitución venezolana, podemos comprobar que el presidente de aquí no tiene el derecho de veto en la misma amplitud que el presidente de Estados Unidos. El Presidente de Venezuela debe hacer refrendar todos sus actos con la firma del Vicepresidente Ejecutivo, o un Ministro y es de rigor para la validez de los decretos de importancia que sean tomados en Consejo de Ministros. El Presidente de Estados Unidos, según el texto constitucional, es libre de consultar o no a los secretarios del despacho y firma solo sus decretos. Pero toda la Constitución no está en el documento, Cooley, dice: "Podríamos pensar que tenemos toda la Constitución delante de nosotros; pero en la práctica constitución es lo que el gobierno en sus varios organismos y el pueblo en ejecución de sus deberes ciudadanos reconocen y respetan como tal; eso y nasa más: representa en conclusión los actos ejecutados bajo su imperio".

En Venezuela, como en los demás países de la América Latina, el pueblo hasta ahora ha sido excluido de una participación activa en el gobierno y se puede decir que la Constitución Venezolana ha sido lo que el Presidente reconoció y respetó como tal y el orden constitucional varió tantas veces cuantas varió la voluntad del gobernante.

3. *Decretos de necesidad y urgencia*

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA*

Ricardo Haro
Presidente de la
Asociación Argentina de Derecho Constitucional

I. ACRECENTAMIENTO DE LOS EJECUTIVOS CONTEMPORÁNEOS

1. Desde los orígenes de nuestros antecedentes institucionales, ya sea en la época colonial como en la de la independencia y posterior organización nacional, el *órgano ejecutivo* ha poseído una *acentuada envergadura con cierto predominio* sobre el rol gubernamental de los órganos legislativo y judicial. Esta tendencia histórica, llevó a Alberdi, Padre inspirador de la Constitución Nacional de 1853, a definirlo como un *Ejecutivo fuerte*, afirmando la necesidad de un *presidente constitucional* que pueda asumir las facultades de un rey, en el instante que la anarquía le desobedece como *presidente republicano*…...". En vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre .... Dadle al P.E. todo el poder que sea necesario, pero dádselo a través de la Constitución"[1].

Pero no es sólo esta dato que nuestra historia institucional nos ofrece, sino que asimismo es preciso tener presente el fortalecimiento de los Poderes Ejecutivos tan connatural a diversos sistemas políticos en el siglo XX que finaliza, fortalecimiento que no parece que vaya a detenerse ni atenuarse en el futuro, y que ha producido un desplazamiento de funciones estatales de tal entidad, que de modo indubitable podemos afirmar, que los *Ejecutivos* se han transformado en el eje del poder, en el motor impulsor en los procesos políticos del Estado, a diferencia de los siglos XVIII y XIX en los que dicha misión recaía sobre los *Legislativos*, en épocas en que la representación de la soberanía popular cobrara superlativa vigencia en el órgano que sancionaba las leyes, como expresión de la voluntad del pueblo manifestada a través de sus representantes más auténticos, los legisladores.

2. Junto a tantos doctrinarios que han prestado debida atención a este proceso en la fenomenología del Poder, recodamos de modo especial las notables y agudas conclusiones a que arriba en su análisis, el insigne y recordado constitucionalista Cesar Enri-

---

* En homenaje al jurista Allan R. BREWER-CARÍAS, entrañable amigo y Maestro del Derecho, por su excelencia y talento académico al servicio de la Justicia y la República!!

1. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Editorial Castellví, Santa Fe 1957, pp. 132 a 137.

que Romero[2], en un conocido y lúcido trabajo que intituló *El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea* y en el que señala las principales circunstancias históricas que han coadyuvado a esta fenomenología del poder, al que llamó *la elefantiasis* de los Ejecutivos, y entre las que destaca: a) Frecuencia de los estados de emergencia; b) Facultades militares; c) Conducción de las relaciones internacionales; d) Procesos de crecimiento y cambios económicos; e) Dirección burocrática; f) Delegación de facultades legislativas; g) Crisis de los parlamentos y los partidos políticos; h) Decadencia del federalismo; i) Liderazgo y jefatura del estado; j) Progreso técnico y científico; j) Masificación e industrialización de la sociedad actúa; etc.

3. A la vez, este fortalecimiento originario, se vio acrecentado por un *largo proceso histórico de concentración de poderes*, en el que fueron progresivamente perdiendo entidad, por una parte, el Congreso de la Nación, en la relación horizontal y funcional de las competencias del Gobierno Federal, y por otra parte, las Provincias, en la relación vertical y territorial de los poderes de los Gobiernos Provinciales con el Gobierno Federal, procesos ambos que nosotros hemos denominado, respectivamente, como la *Ejecutivización o Concentración* en el Poder Ejecutivo de funciones del Gobierno Nacional, y la *Desfederalización* o *Centralización* de atribuciones de los Estado Provinciales Federados, que paulatinamente fueron absorbidas por el Estado Federal[3].

De allí que en nuestro diseño constitucional del Poder, el Presidente se constituya en el detentador más sobresaliente del poder político, produciendo un notable deterioro en el principio del equilibrio de los poderes del Estado, que llevó a muchos ha reflexionar sobre la existencia de un sistema *hiper-presidencialista* o de un *cesarismo cuasi-democrático*.

II. LAS FACULTADES COLEGISLATIVAS

4. Una de las manifestaciones de este fortalecimiento de las atribuciones del Poder Ejecutivo en nuestro sistema *presidencialista*, es la que se refiere al ejercicio de amplias facultades co-legislativas ya sea a través del creciente ejercicio del *derecho de iniciativa* con la redacción y el envío de la gran mayoría de los proyectos de leyes que son sancionados, ya lo sea por el ejercicio de *veto parcial y total* sobre los mismos, o finalmente y a partir de la Reforma Constitucional de 1994, mediante la facultad que se le ha otorgado explícitamente el art. 80 CN de promulgar parcialmente las partes no observadas de un proyecto de ley, si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

5. Asimismo y en los que al tema de nuestra ponencia nos interesa explícitamente, es preciso señalar que de antaño y hasta la Reforma Constitucional de 1994, en la doctrina y en la práctica institucional argentina, se aceptaba la facultad del órgano ejecutivo de dictar *reglamentos* o *decretos de carácter general*, entre los que se encontraban los *reglamento de necesidad y urgencia*, como una de las categorías de los diversos reglamentos que podía dictar el Poder Ejecutivo, a saber: a) Reglamentos de ejecución; b)

2. Catedrático que lo fuera en nuestra Universidad Nacional de Córdoba, lamentablemente fallecido en 1976. Su trabajo puede consultarse en su obra *Derecho Constitucional*, t. I, Editorial Víctor P. De Zavalía, Buenos Aires 1975, pp. 194 a 219.

3. HARO, Ricardo, "Reflexiones en torno al Presidencialismo Argentino", en *Memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 353-374.

Reglamentos autónomos o constitucionales; c) Reglamentos delegados; y d) *Reglamentos de necesidad y urgencia*.

6. Éstos, como *los delegados*, tiene contenido legislativo, es decir, como señala Miguel S. Marienhoff, que la materia sobre la cual versan son propias del legislador e integra la competencia de éste. En el *reglamento delegado*, el asentimiento del Congreso aparece expresado *a priori*, a través de la ley que contiene la delegación, mientras que en los *reglamentos de necesidad y urgencia*, por tener fundamento jurídico en el *estado de necesidad y urgencia* súbita y aguda, dicha aprobación es *a posteriori*; pero en ambos supuestos se requiere esa conformidad o aquiescencia del Congreso.

De modo que, sigue diciendo el jurista, tales reglamentos no tienen una base jurídica positiva; su fundamento lo constituyen *hechos* específicos que concretan un estado de necesidad y urgencia de las características mencionadas. Pero cabe agregar -y en esto no estamos de acuerdo con Marienhoff- que el Poder Judicial carece de potestad y competencia para decidir si, en la especie, han concurrido o no la *necesidad y urgencia* indispensables para autorizar la emanación del respectivo reglamento, toda vez que tal valoración que hace a la prudencia y oportunidad, escapa al conocimiento del P.J.[4].

7. Ya sea bajo esta forma de *reglamentos de necesidad y urgencia* como con la versión de la reforma de 1994 de DNU u otras denominaciones, pero siempre con los mismos ámbitos y objetivos, lo cierto es que desde que existe el Estado de Derecho, ya sea en Europa como en Latinoamérica, y más allá de sus diversas formulaciones, se han previsto diversos modos de legislación de urgencia

Con el trasfondo que a manera de brevísima síntesis nos muestra los antecedentes de los actuales *decretos de necesidad y urgencia*, deseamos ahora mostrar cual era la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) pocos años antes de la constitucionalización de dichos decretos en la reforma de 1994.

III. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO: EL CASO "PERALTA"

8. Como un antecedente destacado en el largo proceso histórico del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo mediante los generalmente llamados *reglamentos o decretos de necesidad y urgencia*, tenemos el trascendental fallo de la CS en el reconocido caso *Peralta, Luis Arcenio y otro* c/ *Estado Nacional s/ amparo* que se dictó el 27 de diciembre de 1990 (Fallos: 313-1513). Los actores dedujeron demanda de amparo, peticionando en primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad del decreto 36/90 -y de las disposiciones que lo reglamentan- por el que se limitó la devolución de los depósitos bancarios, abonándose el excedente en Bonos Externos 1989, y en consecuencia, solicitaron el pago de capital y los intereses convenidos con una entidad bancaria. El pronunciamiento fue respaldada por los ministros Levene, Cavagna Martinez, Fayt, Barra, Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio y Oyhanarte, si bien estos dos últimos con fundamentos propios, y dispuso dejar sin efecto la sentencia apelada que había declarado la inconstitucionalidad pedida y rechazar la demanda.

En un extenso fallo, se realizan amplias consideraciones recordando inveterada jurisprudencia del Tribunal sobre la acción de amparo, el principio de la división e integración de los poderes, el significado y las pautas interpretativas de los textos constitucio-

4. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1965, pp. 254 y ss.

nales y la teoría de la emergencia. En tal sentido, la CS sostuvo básicamente las siguientes afirmaciones doctrinarias que lógicamente reseñamos:

9. a) Que el principio de la división de los poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no sólo la integración de las provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los Poderes Nacionales, todo lo cual permite concluir en que -sujeto a las condiciones que más adelante se expondrán- no necesariamente el dictado por parte del PE de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen.

Por nuestra parte entendemos que esta afirmación de la CS realizada al finalizar 1990, tiene su importancia institucional que podríamos caracterizar como *preconstituyente*, a poco que recordemos que en la Reforma de 1994 los *decretos de necesidad y urgencia* fueron constitucionalmente receptado en el art. 99 inc. 3 CN.

b) La Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación. Bien entendido que, cuando los principios rectores en que aquélla se expresó sean desconocidos, los jueces sabrán hallar, más que obstáculos, muros infranqueables a la desmesura de los poderes que pretendan ejercerse.

c) Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales y la supervivencia de la sociedad argentina, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos por sentencia o contrato, sin que ello implique una violación al art. 17 de la CN.

d) *Puede reconocerse la constitucionalidad de una norma como el decreto 36/90,* no sólo porque el PE ha continuado, en última instancia, cumpliendo con la misión de proveer al país de una regulación monetaria que el Congreso le ha confiado de larga data, sino además, en la medida que esté condicionado por dos razones fundamentales: 1) Que en definitiva *el Congreso Nacional en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes* en los puntos de política económica involucrados; 2) Porque *ha mediado una situación de graves riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas* del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.

e) Las leyes 23.696 y 23.697 definieron la situación de emergencia en cuya virtud se dictó el decreto 36/90 y como *toda ley de emergencia, para que esté justificada es necesario*: 1) Que exista *una situación de emergencia* que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) Que la ley tenga como finalidad legítima la de *proteger los intereses generales de la sociedad* y no a determinados individuos; 3) *Que la moratoria sea razonable,* acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) *Que su duración sea temporal y limitada* al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

10. Con este trasfondo histórico jurisprudencial, arriban los tiempos de la Convención Reformadora de 1994 en que la que se resuelve incorporar los llamados *decretos de necesidad y urgencia* (en adelante DNU) al texto constitucional en las prescripciones contenidas en los párr. 2do,. y 3ro. del inc. 3 del art. 99 de la CN (conc. con el art. 100 inc. 13).

11. Fundando dicha incorporación, el miembro informante en la Convención, el constituyente Alberto García Lema, señalaba que los decretos de necesidad y urgencia junto a la sanción ficta de las leyes, constituían "dos grandes métodos en los sistemas constitucionales para abordar la problemática de la necesidad y urgencia, es decir, de las cuestiones que los gobiernos deben resolver en determinadas circunstancias de modo imperioso y en tiempos más acelerados que los que permiten las prácticas y las normas legislativas habituales.....". La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución, es que permite delinearlos sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación debe dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella, parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores[5].

12. En sus partes pertinentes, los párrafos 2º y 3º del inc. 3 del art. 99 CN, disponen al respecto de los DNU:

> El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. El Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara.... Una ley especial..... regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (Conc. con art. 100 inc. 13 CN) [6]

---

5. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, pp. 2217 y 2218.

6. En la abundante bibliografía sobre los DNU, podemos citar entre otros, los siguientes obras especializadas: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia-Límites y control*, Edit. Depalma, Buenos Aires 1995, p. 307; MIDÓN, Mario A.R., *Decretos de Necesidad y Urgencia-En la Constitución Nacional y en los ordenamientos provinciales*, Edit. La Ley, Buenos Aires 2001, p. 232; ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A., *Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución de 1994*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 1995, p. 170. Asimismo, entre otros, pueden consultarse los siguientes estudios en revistas jurídicas consignados por orden alfabético: El Derecho (ED); La Ley (LL); Jurisprudencia Argentina (JA). AMORESANO, Marta S., y ESPINOSA SALDAÑA, Eloy, "Los Decretos de Necesidad y urgencia: ¿Riesgo para la vigencia del Estado de Derecho? Apuntes sobre la experiencia argentina y peruana", *ED*, t. 158-863; BARRA, Rodolfo C., "Decretos de Necesidad y Urgencia", *LL*, t. 1998-B-1362; BIANCHI, Albert B., "Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictado antes de la reforma constitucional (la aplicación inrretroactiva de la reforma)", *ED*, nº 9717, del 23-3-99 en p. 14; BIDART CAMPOS, Germán, "Los Decretos de Necesidad y Urgencia", en su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Edit. Ediar, Buenos Aires 1995, pp. 427-444 y en JA nº 6041 del 11 de junio 1997, p. 18; DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo en el libro *La Constitución Reformada*, Edit. Ciudad Argentina 1994, pp. 336-341; ESPINOSA

V. LA JURISPRUDENCIA POSREFORMA: LA EXTENSIÓN TRIBUTARIA POR UN DNU

13. Quizás la sentencia que se destaca con posterioridad a la incorporación en el texto constitucional de los (DNU), sea la causa *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía,* del 6 de Junio de 1995 (Fallos 318-1154).En la causa se impugnó la constitucionalidad de los DNU Nº 2736/91 y 949/92, que invocando la emergencia cinematográfica dispusieron que el impuesto establecido por el art. 1º de la Ley 17.741, equivalente al 10% de toda localidad requerida para presenciar espectáculos cinematográficos en todo el país, y cualquiera sea el ámbito donde se efectúen, se aplicará asimismo a la venta o locación de todo tipo de videograma y película grabados destinado a su exhibición pública o privada, a través de televisión abierta o por cable y en los videos bares, etc. La síntesis de los fundamentos de la CS para declarar la inconstitucionalidad fueron:

14. a) Por los mencionados decretos, el PE extendió el hecho imponible de la ley, a otro hecho imponible distinto y nuevo, aunque también vinculado con la actividad cinematográfica, *violándose con esta extensión analógica el principio constitucional de legalidad del tributo,* en virtud del cual ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal con los recaudos constitucionales, estando vedada cualquier extensión analógica, aún por vía reglamentaria, de los supuestos taxativamente previstos en la ley.

b) Los motivos que impulsaron el dictado de los mencionados decretos, *no constituyen respuesta a una situación de grave riesgo social* que haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas como las implementadas en las normas mencionadas.

c) La remisión al Congreso de los DNU efectuada con posterioridad *a su dictado, no satisface el requerimiento constitucional de que sea tal órgano y no otro el que decida qué impuestos se crearán y quienes deberán pagarlos.*

15. *En nuestra opinión,* hubiese bastado para la inconstitucionalidad declarada la argumentación del liminar principio de *legalidad tributaria* que en nuestra CN arraiga básicamente en los arts. 17 y 75 incs. 1º y 2º. A ello debemos agregarle la expresa prohibición que el art. 99 inc. 3º impone en esta materia a los DNU. Por otra parte, coincido con la CS cuando niega al Congreso de la Nación, una capacidad convalidante posterior al origen inconstitucional del DNU. En todo caso, a partir de la ley, recién adquiría validez la exigencia y el cobro del tributo, sin perjuicio de su posible impugnación por otras razones.

16. Esta doctrina fue reiterada, entre otros, en los casos *La Bellaca SAACIF y M. c/ Estado Nacional-DGI,* sentencia del 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319-3400) y

---

SALDAÑA, Eloy, "Algunas Reflexiones sobre los Decretos de Necesidad y urgencia en el texto constitucional argentino reformado", *ED,* t. 163-751, y en *Comentarios a la Reforma Constitucional,* Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires 1995, pp. 153-169; GARCÍA LEMA, Alberto M., "Decretos de Necesidad y Urgencia", en libro *La Reforma de la Constitución* de ROSATTI, Horacio y otros, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1994, pp. 381-398; GELLI, María Angélica, "Los Decretos de Necesidad y Urgencia luego de la Reforma Constitucional de 1994", *JA,* t. 1996-III-585; GORDILLO, Agustín, "Los Reglamentos de Necesidad y Urgencia en la Constitución de 1994", *Revista de Administración Pública,* Año XVIII, nº 213 (Junio 1996), p. 137; PADILLA, Miguel M., "Mas sobre el incierto trámite legislativo de los Decretos de Necesidad y urgencia", *ED,* nº 9616, del 28-10-1998, p. 1; PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos de Necesidad y Urgencia: Su Ley Especial", en libro *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994,* Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos- Mendoza, Distribuidor Edit. Depalma, II pp. 195-233.

Kupchik. Luisa Apak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A., mediante sentencia del 17 de marzo de 1998 que se registra en Fallos: 321-366.

En similar materia tributaria, *in re Berkley International ART SA c/ Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos,* la CS en sentencia del 21 de noviembre de 2000 (Fallos: 323-3770), se pronunció por la inconstitucionalidad del DNU Nº 863/98 que ya había sido en Primera Instancia y confirmada por la Cám. Nac. Apel. en lo Contencioso Administrativo y por el que se fijaba una comisión del 1 y 2 %, sobre la recaudación que la AFIP realizaría respecto de los recursos de la Seguridad Social, incluso los vinculados con la ART, lo cual a criterio del actor configuraba jurídicamente una tasa, creada sin respetar el principio de reserva de ley tributaria.

La CS, haciendo suyo el dictamen del Procurador General, fundó su sentencia en la doctrina de Fallos: 321-366, en el que, con respaldo en Fallos: 155-290; 248-482; 303-245; 312-912 entre otros, sostuvo categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohiben a otro Poder que el Legislativo, el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas. Ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal con los recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único Poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos: 316-2329) por lo cual, y por la prohibición del art. 99 inc. 3º CN, debe confirmarse la sentencia apelada.

17. *Somos de opinión coincidente* por su obviedad, con la correcta posición del Alto Tribunal en los referidos casos, a poco que se repare en la manifiesta violación que se produjeron en los pertinentes DNU al principio de legalidad tributaria, el cual exige una ley formal del órgano legislativo para el establecimiento de cualquier tipo de carga tributaria, razón con que torna innecesario cualquier comentario al respecto.

VI. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN DNU POR UN JUEZ DE 1ª INSTANCIA

18. Dos años más tarde, *in re Rodriguez Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros***,** se dicta la sentencia del 17 de diciembre de 1997, (Fallos 320-2851). El transcurso procesal venía así: En la causa *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N.,* con motivo de la impugnación formulada por un grupo de diputados nacionales, el Juez de primera instancia hizo lugar a la cautelar ordenando al PE la suspensión del DNU Nº 842/97 (ratificatorio de los Decretos 357/97 y 500/97, referidos a los marcos regulatorios de la licitación para la privatización de los aeropuertos) y reglamentación concordante. El Jefe de Gabinete se presentó directamente ante la CS, solicitando se declare la incompetencia del Poder Judicial para entender en la cuestión del DNU y revoque la medida cautelar, a lo cual la CS hizo lugar con argumentaciones que no compartimos, y que sintéticamente reseñamos así:

19. a) Si el DNU no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del estado, *corresponde al PL pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos -de valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del PE de dictar DNU, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido.*

b) Es inadmisible que la CS intervenga en una contienda suscitada entre el PE y algunos miembros de la Cámara de Diputados, antes de que *el procedimiento político normal del tratamiento por el Congreso de la Nación, tenga la oportunidad de resolver el conflicto respecto de la privatización de los aeropuertos.*

c) La declaración de invalidez de la decisión judicial dictada con ausencia de jurisdicción que ordenó al PE Nacional suspender los efectos del DNU, *no implica su convalidación ni el ejercicio de una jurisdicción originaria* por esta Corte, -en expresa contravención del art. 116 CN- *ni tampoco la admisión de "un salto" de instancia*, sino que el Tribunal actúa en su carácter de guardián e interprete final de la CN, respetando el principio de la separación de los poderes y la coordinación en su accionar.

20. *Por nuestra parte, pensamos* que a pesar que la CS lo niega, lo cierto es que para realizar el control de constitucionalidad, resulta por demás notorio que el Tribunal aplicó un *per saltum*, atribuyéndose competencia fuera del marco constitucional para sustraer en los hechos una causa *per saltum*, con la genérica invocación de una urgencia que no entró a analizar, sentando un precedente lamentable de una *evasión* judicial en materia de control jurisdiccional de los DNU. Ello es así, dado que si no ejercía competencia originaria, y tampoco la causa había llegado por vía de apelación, no le quedaba otra salida institucional que asumir el planteo del Jefe de Gabinete, que recurrir al *per saltum*, insistimos, mal que le pese a la Corte y que incomprensiblemente lo negase.

Así las cosas, coincidimos con destacada doctrina, cuando refiriéndose a la disidencia del ministro Petracchi, afirma que con esta sentencia se ha marginado y violado el *control difuso* de nuestro sistema, y la CS ha asumido un *control concentrado* al reservarse para sí, al comienzo y no al final de un litigio el control de constitucionalidad en una causa en la que a su criterio no existía competencia judicial.

En cuanto al control jurisdiccional de los DNU, no dudamos en afirmar que a la CS le corresponde un prudente control de las *circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes*, control que omite con base en su sofisticado argumento -contradictorio con el acertado criterio sustentado en el siguiente caso que analizamos- en el sentido que le compete al PL pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos -de valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del PE de dictar DNU. No obstante lo dicho, la CS entra en las *circunstancias*, argumentando en el caso con base en la genérica expresión de *urgencia meramente invocada* por el Jefe de Gabinete. Bien lo señala en Dr. Fayt en su disidencia al mostrar la falta de urgencia por el control operacional a cargo de la Fuerza Aérea Argentina.

VII. EXCLUSIÓN POR UN DNU DE ASIGNACIONES FAMILIARES FIJADAS POR LEY

21**.** En la sentencias del 19 de agosto de 1999, en el caso *Verrochi Enzio Daniel c/ P.E.-N- Adm. Nac. Aduanas-Amparo***,** (Fallos: 322-1726), el Alto Tribunal respaldó la declaración de inconstitucionalidad del DNU 770/96 y su reglamentario 771/96, y por lo tanto su inaplicabilidad al actor, en cuanto disponían la exclusión de las asignaciones familiares a los trabajadores con remuneración mensual superior a los $. 1.000. La CS en síntesis, sostuvo:

22. a) El nuevo texto del art. 99 inc. 3º de la CN no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no la ampliación de la práctica seguida en nuestro país, especialmente desde1989. Esta afirmación en nuestro entender tenía una manifiesta referencia al abuso que el Gobierno Nacional que asumió en esa fecha, hizo de los DNU.

b) Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite el ejercicio excepcional de facultades legislativas por parte del PE., es decir, del presupuesto fáctico que justificaría la adopción del DNU, debiendo descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

c) Los DNU que derogan la Ley 18.037 y excluyen de la percepción de asignaciones familiares a los trabajadores cuya remuneración no sea inferior a $. 1000, *deben declararse inválidos, pues su dictado no reposa en ninguno de los presupuestos fácticos que, según el art. 99 de la CN, justifican el ejercicio de las excepcionalísimas facultades legislativas del PE.* Máxime si los mismos se refieren a derecho sociales, tutelados especialmente en la CN y que nunca pueden ser aniquilados ni aún en la emergencia.

d) La falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, tal como lo establece el art. 99 inc. 3º de la CN, no hace sino reforzar la responsabilidad que por el control de constitucionalidad de los DNU tiene el Poder Judicial.

23. *Nosotros participamos plenamente de la doctrina sentada,* y creemos que es altamente encomiable que la mayoría de la CS, de diversa composición al caso precedente, haya replanteado el tema del control jurisdiccional de los DNU en términos acertados, marginando la desafortunada doctrina del citado caso *Rodriguez, Jorge*, y afirmando dicho control tanto respecto del *carácter exigentemente excepcional* de su dictado, como de la existencia de *una urgencia tan perentoria y rigurosa*, que la tornen incompatible con los trámites legislativos ordinarios, exigencias que deben ser entendidas como verdaderos limites y no vías de fácil invocación para la ampliación del ejercicio de facultades legislativas por el PE. Asimismo decididamente participamos de la opinión en el sentido que la omisión por parte del Congreso de la sanción de la ley especial dispuesta en el art. 99 inc. 3º CN, no sólo no impide sino que urge al Poder Judicial, a un ejercicio más responsable del control de constitucionalidad de los DNU.

VIII. REDUCCIÓN POR UN DNU DE LOS SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

24. Al año siguiente, el 2 de junio de 2000 *in re Guida Liliana c/ PEN*, (Fallos 323-1566), la CS se pronunció en la solicitud de la actora para que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 del DNU 290 de febrero de 1995, que disponían la reducción de los salarios de los empleados públicos (ratificado en diciembre por Ley 24624), y violaban los arts. 14 bis, 16 y 17 de la CN.

25. El Alto Tribunal sostuvo en dicha ocasión:

a) En caso de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o restricciones que impone la Constitución, sin que deba darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios.

b) *La intangibilidad del sueldo del empleado público, no está asegurada por disposición constitucional alguna,* razón por la cual no existe un derecho adquirido a mantener el nivel de una remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias.

c) La modificación de los márgenes de remuneración de los agentes del sector público dispuesta en forma temporaria por el DNU Nº 290/95, *a causa de una grave crisis internacional de orden financiero, no implica per se un violación al art. 17 CN, sino que comporta el ejercicio razonable de las facultades del Estado ante un acontecimiento extraordinario,* más aún si los montos de las remuneraciones son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial el contrato de empleo público, en la medida en que la quita *no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada*.

d) *El derecho a la estabilidad en el empleo público (art. 14 bis CN) no es absoluto,* de modo que coloque a sus beneficiarios por encima del interés general, al obligar a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, ya sea por motivos de economía o por otras causas igualmente razonables.

e) *La omisión del plazo de duración de la reducción dispuesta, no es un elemento descalificante de la validez de la norma* pues es difícil prever la evolución de la crisis de la economía y su prolongación en el tiempo, no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o meses.

f) El DNU 290/95. al exceptuar a determinados sectores de la reducción salarial y prever una escala de ingresos para determinar los aportes de los empleados estatales, no viola la garantía de la igualdad establecida en el art. 16 CN, pues si bien dicha garantía consiste en conceder un trato igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto no se formulen distinciones con criterios arbitrarios, de favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución.

g) *Obiter dictum* la CS sostuvo que la ratificación del DNU Nº 290, mediante *la sanción de la Ley 24.624, traduce por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo* para su dictado, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del Congreso de la Nación a favor de la regularidad de dicha norma, en ejercicio del control que ejerce en virtud de los dispuesto por el art. 99 inc. 3º CN.

26. A pesar de ciertas críticas, *nosotros somos de opinión* que en lo sustancial, la doctrina sentada por la CS se apoya en los sólidos fundamentos de su propia y añeja jurisprudencia sobre las situaciones de emergencia, emergencia que nadie podrá negar que en excepcionales circunstancias, queda configurada por la gravedad de la crisis que afecta a la sociedad y al Estado. Ignorar la emergencia en el cuerpo social y político, es como pretender ignorar las enfermedades en el cuerpo humano. Ambas situaciones exigen, para salvar valores de alta estirpe como lo serían *la salud y el bienestar básicos de la sociedad y de la persona,* establecer excepcionales limitaciones o restricciones a los

derechos constitucionales, las que deberán ser adecuadamente *razonables y temporales* hasta el logro del restablecimiento de aquellos valores y objetivos.

Creo que en este fallo, la CS desatendió a la necesidad de la transitoriedad de una reducción salarial que si bien no destruía el derecho patrimonial, si lo afectaba seriamente.

27. En similar sentido al caso *Guida*, la CS se pronunció con fecha 20 de febrero de 2001 en los autos *Casime, Carlos Alberto* (Fallos: 324-333) y el 28 de agosto de 2001 en la causa *Andresik, Ricardo* (Fallos: 324-2535).

IX. LA EMERGENCIA EN LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE Y SUS ASEGURADORAS

28. A los pocos meses, el 2 de agosto de 2000, en la causa *Risolía de Ocampo c/ Julio C. Rojas y otros*, (Fallos 323-1934), la CS confirmó la inconstitucionalidad del DNU 260/97 que declaró en estado de emergencia a las Empresas de Transportes y a sus aseguradoras, estableciendo un sistema de pago en cuotas de las indemnizaciones con motivo de accidentes. En autos, la Empresa de Transportes, el chofer y la Cía Aseguradora -condenados por el accidente de una menor atropellada por un colectivo- solicitaron en la etapa de ejecución de sentencia, acogerse a lo dispuesto por el DNU. Sostuvo el Tribunal:

29. a) Cuando una situación de crisis, exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales de la sociedad en su conjunto, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues de esta forma no se viola el art. 17 CN, sino que sólo se establece una limitación impuesta por la situación de crisis.

b) *El fundamento de los DNU es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad*, que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto, *pero con la limitación de que lo sean para proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos*.

c) Por ello es inconstitucional el DNU 260/97, en tanto, se pretende llevar alivio a un sector de la sociedad, como son los empresarios de autotransporte público de pasajeros y sus aseguradoras, a través del procedimiento de trasladar a las víctimas la carga de financiarlo.

30. *Comparto* tanto el principio general señalado en el ap. 1), como así también la protección debida a los intereses generales, pues ninguna medida que se tome durante la emergencia debe beneficiar a unos a costa de otros, pues deben estar siempre dirigidas al mayor bien general posible, evitando toda clase de privilegios, exenciones o prerrogativas irritantes y arbitrarias que, por otra parte, afectan en grado sumo al ineluctable principio de la igualdad ante la ley (art. 16 CN).

X. INDISPONIBILIDAD DE DEPÓSITOS BANCARIOS EN PESOS O DÓLARES

31. Una compleja normatividad integrada por varias leyes y decretos de necesidad y urgencia, dieron origen al resonante y discutido caso *Banco de Galcia y Buenos Aires/solicita intervención urgente en autos Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional*, en el que la CS se pronunció el 1º de febrero del corriente año 2002 (puede consultarse en Revista *La Ley* del 4-2-02 suplemento especial, pág. 1).

El fallo que dictó la CS, más allá de una fundamentación razonable aunque discutible en alguna de sus argumentaciones, produjo debates jurídicos, pero también suspicacias políticas, pues fue dictado por una mayoría integrada por los ministros Nazareno, Moline O'Connor, Boggiano, López, Vázquez y Fayt (por su voto), no habiendo votado los ministros Petracchi, Belluscio y Bossert; se lo firmó el primer día hábil del año judicial (viernes 1º de febrero), luego de la feria judicial del mes de enero y en circunstancias de un discreto pero innegable enfrentamiento entre la CS y los poderes políticos con motivo del juicio político que respecto de todos sus miembros, se estaba analizando en los ámbitos de la Cámara de Diputados de la Nación. A ello se agregó la trascendental repercusión económica-financiera, que venía a profundizar más aún, la gravísima crisis que entre otros aspectos, padece la sociedad y el Estado argentino. Todo ello, nos impulsa, a diferencia de los anteriores, a un más amplio desarrollo del caso.

32. La CS en el caso, desestimó el recurso interpuesto por la actora con base en el art. 195 bis del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en contra de la resolución dictada por el Juzgado Federal de la ciudad de Corrientes que dispuso, como medida cautelar, la devolución a su vencimiento y por el total, de los depósitos a plazo fijo que el Smith solicitó con fundamento en la inconstitucionalidad del decreto 1570/01 que en su art. 2º inc. a, prohibió los retiros en efectivo que superen los $. 250 o U$S 250 por semana y por parte del titular o titulares de sus cuentas en cada entidad financiera, lo cual motivó la citada inconstitucionalidad de dicha norma por ser contraria al art. 17 CN y a la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos, al impedirle disponer de la totalidad de los depósitos de los cuales es titular.

33. El 6 de enero de 2002 fue promulgada la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario que tácitamente ratificó el decreto 1570/01 y declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional amplias facultades hasta diciembre de 2003, entre las que nos interesan en la especie, la delegación normativa conferida al PE para "establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias" (art. 2º) y otras referidas a reestructurar las deudas con el sector financiero, disponer medidas tendientes a preservar el capital a los ahorristas, etc.

Con posterioridad se dictaron los decretos, 71/02 reglamentario de la 25.561, que facultó al Ministerio de Economía a reglamentar la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras; 141/02 en cuanto devolución en saldos en moneda extranjera. En base a dichos decretos, el Ministerio dictó la Resolución 18/02 modificada por la 23/02, estableciendo un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario bajo el régimen del decreto 1570/01.

34. Reseñando los fundamentos del pronunciamiento de la CS, podemos señalar lo siguiente:

a) Si bien, siguiendo antigua jurisprudencia, lo relativo a las razones de oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas tomadas por los otros poderes, como asimismo el ejercicio de sus facultades privativas, quedan en principio excluidas de la revisión judicial, ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y actos administrativos, ante cuya iniquidad corresponderá declarar su inconstitucionalidad.

b) La existencia de la crisis económica, no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de los medios instrumentales específicos para conjurar los efectos de aquélla, máxime si en un breve período, ha existido una profusión de normas y de reglamentaciones que han excedido el marco de la delegación sobre el tema y han generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre.

c) Luego que el Tribunal reseña su reiterada doctrina respecto del fundamento de las normas de emergencia y a las condiciones de razonabilidad y temporalidad de sus contenidos para reconocer su constitucionalidad, como así también para desconocerla frente a mutaciones en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, se plantea la cuestión a decidir en los siguientes términos: *si la restricción impuesta por el decreto 1570/01 con el alcance de la resolución 23/02, resulta o no un ejercicio razonable de las facultades del Estado, frente a la situación de grave crisis global económica y financiera.*

d) La limitación fijada por las sucesivas normas aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance, toda vez que tal restricción implica una violación a los arts. 17 y 18 CN y no encuentra respaldo en el art. 28 CN, en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio, y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca.

e) En el caso, al actor se le ha vulnerado su patrimonio y se le ha desconocido un derecho adquirido, toda vez que sus depósitos habían sido efectuados bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad, la cual se ha visto reforzada por la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró y definió la intangibilidad de los depósitos como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre el depositante y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del estado nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1º a 4º).

f) Frente a tan singular situación, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios *adolece de irrazonabilidad* toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento, por lo que las normas impugnadas excede el ejercicio válido de los poderes de emergencia, afectando las garantías reconocidas por los arts. 14 bis, 17 y 28 de la CN, como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre los derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

XI. NUESTRAS REFLEXIONES FINALES

31. Reiterando nuestra discrepancia con el maestro Marienhoff de feliz memoria, somos de opinión que le corresponde al Poder Judicial el control de la causal referida a *las circunstancias excepcionales*, no sólo cuando por craso error se ha violado principios y normas constitucionales y legales (*v.g.* materias prohibidas por art. 99 inc. 3º) sino cuando esas *circunstancias excepcionales* aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables y, por lo tanto, la excepcional facultad de dictar los DNU, carecen del sustento fáctico constitucional que los legitima.

32. Este control judicial adquiere mayor vigencia en tanto y en cuanto el Congreso de la Nación rehuya con maliciosa estrategia política, el control que por mandato constitucional desde 1994, debe ejercer por medio de la Comisión Bicameral y las Cámaras independientemente, para todo lo cual el art. 99 inc. 3º le impone dictar una ley especial que "regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso". Paradójicamente el órgano legislativo, a quien le corresponde las funciones de control político respecto del órgano ejecutivo, funciones por las que muy a menudo los legisladores demandan declamatoriamente, a casi siete años de la sanción de la reforma, todavía no ha dictado la ley, no sólo desobedeciendo groseramente la disposición constitucional, sino también demostrando una falencia más de su crisis institucional. Quizás la alternancia del bipartidismo predominante en la actual realidad argentina, incite a los dos partidos mayoritarios a desoír el mandato constitucional a fin de no entorpecer sus funciones gubernamentales de turno.

33. De otro lado, nos parece conveniente por principio, que los fallos en los DNU, traten en la medida posible de adecuarse y nutrirse en añeja doctrina, en la que el Alto Tribunal analizó y desarrolló exhaustivamente y con profundidad, tanto desde el derecho y la doctrina nacional y comparada, la doctrina de los estados de emergencia. Baste recordar, los *leadings case Ercolano c/Lanteri de Renshaw*, del 22 de abril de 1922 (Fallos: 136-161) *Horta c/ Harguindeguy*, del 21 de agosto de 1922 (Fallos:137-47), ambos sobre moratoria de alquileres hacia el futuro y con contrato celebrado, respectivamente; *Avico c/ Pesa* sobre moratoria hipotecaria y derechos contractuales adquiridos, del 7 de diciembre de 1934 (Fallos: 172-21). Reitero que palabras más o palabras menos, los conceptos medulares de la doctrina de la emergencia, nacen de la vieja y enjundiosa jurisprudencia, que a veces la actual CS han manejado por lo menos equivocadamente.

34. Creo que sin llegar a una explicitación acabadamente analizada y fundada, en la jurisprudencia posterior a la reforma de 1994, se va perfilando la interpretación de la causal constitucional *circunstancias excepcionales*, que hacen procedente los DNU, al señalar la CS como tales, a *situaciones de crisis*; o de *necesidad pública*; los *intereses generales*; la *supervivencia de la sociedad argentina*; *situaciones de gravedad*; *situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social*. Piénsese que en la jurisprudencia de las décadas del 20 y del 30 del siglo pasado, la CS utilizaba similarmente para referirse sustancialmente a las diversas emergencias, los conceptos de *"su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos"*, *"su tremenda repercusión social"*, *"se verán afectados intereses vitales de la comunidad"*, *"necesidad imprescindible del dictado de una legislación excepcional"*, etc, etc.

En conclusión, estimo adecuado entender la expresión constitucional de las *circunstancias excepcionales*, en la sentido de *circunstancias de extraordinaria gravedad que afecten intereses vitales de la comunidad* y, que como tales, requieren lógicamente *urgentes y súbitas decisiones*.

35. Finalmente, opino que el sentido de la expresión del art. 90 inc. 3º al señalar "cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes", debe entenderse en el sentido claro y concluyente que surge de una meramente interpretación gramatical, es decir, que la emergencia de cualquier orden sea tan grave y exija tan perentorias soluciones, que no admitiesen *esperar*, los lentos, pausados y lerdos trámites legislativos que exceden en mucho, la mayoría de las veces, los tiempos normales y lógicos que exige una adecuada maduración legislativa. En este aspecto discrepo con quienes sostienen que esta última expresión significa *que las Cámaras no puedan reunirse*. De la gravedad de la emergencia, surge la necesidad de soluciones urgentes y perentorias, y estas normalmente son incompatibles con los tiempos de los trámites legislativos, lentos por su propia naturaleza.

§ 38. LA RESPONSABILITE PENALE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD

Pierre Bon
Directeur del'Institut d'Études Juridiques
Ibériques et Ibérico-Américaines IEJIA
Université de Pau et des Pays de l'Adour
Francia

Le terme Europe du sud est évidemment commode pour faire référence, sous une forme ramassée, à au moins quatre pays, l'Espagne, la Grèce, l'Italie et le Portugal. Mais il n'a guère d'autres utilités tant les différences sont grandes entre ces quatre Etats.

Elles le sont tout particulièrement en ce qui concerne la responsabilité pénale du Chef de l'Etat. Plus précisément, il y a, en la matière, une opposition irréductible entre, d'une part, la situation de l'Espagne et, d'autre part, celle des autres Etats de l'Europe du sud: parce que l'Espagne est une monarchie, le chef de l'Etat y est totalement irresponsable; parce que les autres Etats de l'Europe du sud sont des Républiques, le chef de l'Etat est soumis à une responsabilité pénale conditionnée.

Parce que l'Espagne est une monarchie, l'article 56-3 de la Constitution de 1978 dispose que «la personne du Roi est inviolable et n'est pas soumise à responsabilité». La formule n'est pas nouvelle. Dès les premières Constitutions espagnoles du XIXème siècle, par exemple la Constitution de 1812, il est dit que la personne du Roi est sacrée et n'est pas soumise à responsabilité. Il est vrai que, à l'époque, la monarchie était une monarchie absolue de droit divin et qu'admettre une responsabilité du monarque semblait incompatible avec le principe monarchique. Certes, par la suite, la monarchie a évolué. La référence au caractère sacré de la personne du Roi disparaît avec la Constitution de 1869. Surtout, la monarchie se transforme en monarchie parlementaire. Pourtant, comme ailleurs, on garde la vieille référence à l'irresponsabilité du Roi qui ne semble pas gênante pour les raisons classiques suivantes: tous les actes du Roi[1] sont dorénavant contresignés par le président du gouvernement et, le cas échéant, par les ministres compétents[2]; ce contreseing correspond à l'exercice d'un pouvoir réel de décision, la signature par le monarque étant formelle; ce sont les ministres qui contresignent les actes du monarque qui en assument la responsabilité. D'ailleurs, c'est le même article de la Constitution, l'article 56-3 précité, qui, après avoir affirmé que le Roi était irresponsable, poursuit que tous ses actes, pour être valables, doivent être contresignés, montrant bien que l'irresponsabilité du Roi n'est admissible que parce qu'il n'est que le titulaire largement fictif des pouvoirs qui lui sont attribués. Il reste que ce schéma, s'il est cohérent pour les actes accomplis par le monarque dans l'exercice de ses fonctions, l'est moins s'agissant des actes accomplis dans la vie privée, par exemple

1. A l'exception de la nomination des membres civils et militaires de sa Maison.
2. Ou, à titre exceptionnel, par le président du Congrès des députés s'agissant de la nomination du président du gouvernement ou de la dissolution prévue à l'article 99 de la Constitution dans l'hypothèse où le Congrès des députés n'accorderait pas sa confiance à un nouveau président du gouvernement.

spéculations hasardeuses auxquelles il se serait livré et qui seraient constitutives d'un délit pénal. La règle du contreseing ne s'applique pas et serait d'ailleurs inopportune. Mais l'irresponsabilité totale à laquelle on aboutit l'est également.

Quoiqu'il en soit, parce que les pays de l'Europe du sud autres que l'Espagne sont des Républiques, la responsabilité du chef de l'Etat et, plus précisément, sa responsabilité pénale peut y être mise en jeu même si c'est dans le respect de règles plus ou moins restrictives qui en conditionnent l'exercice. Ces règles, qui seront étudiées plus loin, appellent trois remarques générales.

-En premier lieu, ces règles, qui procèdent avant tout du droit constitutionnel italien, grec ou portugais, ne sont pas conformes en tous points au traité de Rome sur la Cour pénale internationale dans la mesure où elles restreignent la responsabilité du chef de l'Etat (et des autres gouvernants) par rapport à ce qui est disposé par le traité. Au Portugal, une révision constitutionnelle est en cours pour faire disparaître cette contrariété, révision qui devrait aboutir à insérer dans la Constitution de 1976, vraisemblablement à l'article 7 consacré aux relations internationales, une formule inspirée de l'article 53-2 nouveau de la Constitution française selon lequel «la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998»[3]. En revanche, il ne semble pas que, dans les autres pays, une révision soit envisagée de telle sorte qu'il peut y avoir des discordances entre les dispositions constitutionnelles et les stipulations du traité [4].

-En second lieu, ces règles n'ont eu que très rarement l'occasion de jouer concrètement de telle sorte l'on est privé de l'apport souvent décisif qui résulte de la pratique. En effet, tant en Grèce qu'au Portugal, il n'y a jamais eu d'occasions de mettre en jeu la responsabilité pénale du chef de l'Etat de telle sorte que l'on en est réduit à l'exégèse des dispositions constitutionnelles. Heureusement pour l'observateur, la situation de l'Italie est différente. Le comportement parfois controversé du président Cossiga notamment a provoqué la mise en jeu de sa responsabilité de telle sorte que, comme on le verra, la lettre des textes a été sensiblement enrichie par la pratique et par la jurisprudence qu'elle a provoquée.

-En troisième lieu, ces règles ne sont pas les mêmes selon que l'on a affaire à un acte commis dans l'exercice des fonctions ou à un acte étranger à l'exercice des fonctions ce qui impose de distinguer, au préalable, les deux types d'actes puisqu'il s'agit là de la *summa divisio* de la matière.

La plupart du temps, la distinction ne pose pas de problèmes majeurs. En Italie, les pouvoirs du président de la République sont énumérés par les articles 87 et suivants de la Constitution de 1947. Sur le fondement de son article 89, ils sont tous soumis à contreseing, contreseing du ministre qui a proposé l'acte voire, également, du président du Conseil des ministres s'agissant des actes de valeur législative ou des autres actes indiqués par la loi. En Grèce, la liste des pouvoirs du chef de l'Etat est dressée par les articles 35 et suivants de la Constitution de 1975. Ils sont en principe soumis à contreseing sauf en ce qui concerne la nomination du Premier ministre, le mandat exploratoire de l'article 37, la dissolution de la Chambre des députés dans les hypothèses prévues

3. MIRANDA, J. rapport portugais à la table ronde sur "Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction", Aix-en-Provence, 21 et 22 septembre 2001, dactyl., p. 5, à paraître dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* 2001.

4. Il en va de même en Espagne. La loi organique 6/2000 du 4 octobre 2000 a autorisé la ratification du traité sur la Cour pénale internationale sans que la Constitution de 1978 soit pour autant modifiée et alors qu'elle accorde au Roi une irresponsabilité totale.

par les articles 32, 41 et 53, le renvoi à la Chambre des députés d'un projet ou d'une proposition de loi déjà voté par elle[5] et la nomination du personnel des services de la présidence de la République. Au Portugal enfin, les compétences du président sont évoquées aux articles 133 et suivants de la Constitution de 1976. Compte tenu du fait que cette Constitution fait du Portugal, selon l'expression consacrée, un régime semi-présidentiel, les pouvoirs du président de la République sont des pouvoirs propres, c'est-à-dire des pouvoirs dispensés de contreseing, sauf en ce qui concerne les pouvoirs énumérés par l'article 133[6] dont l'exercice est soumis à contreseing du gouvernement. Sera dès lors un acte commis par le président de la République dans l'exercice de ses fonctions tout acte correspondant à l'exercice régulier ou irrégulier des pouvoirs qui viennent d'être énumérés de même que tout acte par lequel le président s'arroge ou exerce un pouvoir constitutionnel qui n'est pas prévu par la loi fondamentale. Sera en revanche à l'évidence un acte commis en dehors de ses fonctions une spéculation douteuse voire un crime passionnel.

Il reste que, dans certains cas, la distinction entre les actes commis dans l'exercice des fonctions et celle des actes étrangers à l'exercice des fonctions peut s'avérer délicate comme le montre la notion italienne d'*esternazione* que l'on pourrait traduire par doctrine des «manifestations extérieures»[7]. Le chef de l'Etat ne se borne pas en effet à mettre en oeuvre les attributions constitutionnelles précises que lui accorde la Constitution. Il exerce aussi une magistrature d'influence qui prend notamment la forme de déclarations publiques qu'il peut faire en dehors de la mise en oeuvre d'une prérogative constitutionnelle donnée. Relèvent-elles d'actes accomplis dans l'exercice des fonctions ou non ? L'affaire Cossiga-Onorato a donné l'occasion à la Cour de cassation italienne de prendre une position nuancée sur la question. En 1991, à plusieurs reprises, notamment dans une intervention à la radio et lors d'un discours de clôture d'un congrès, le président Cossiga avait eu des mots très vifs à l'égard du sénateur Onorato, le jugeant notamment indigne d'occuper des fonctions parlementaires. Considérant ces propos comme injurieux et diffamatoires, le sénateur lui demanda réparation devant le juge judiciaire. Par une décision du 23 juin 1993, le Tribunal de Rome s'estima compétent pour juger l'affaire au motif que les propos en cause étaient étrangers à l'exercice des fonctions. Mais, en appel, la Cour d'appel de Rome, dans une décision rendue le 21 avril 1997, estima que les propos en question relevaient de l'exercice des fonctions de telle sorte que la juridiction ordinaire était incompétente pour connaître de l'action. Finalement, la Cour de cassation, dans une décision du 27 juin 2000, devait préciser le statut du pouvoir d'*esternazione* reconnu au chef de l'Etat: ce pouvoir ne bénéficie du régime spécial qui concerne les actes accomplis dans l'exercice des fonctions que dans les hypothèses où il peut être rattaché à une fonction constitutionnelle du chef de l'Etat; en l'espèce, les propos tenus par le président Cossiga ne bénéficient pas du régime spécial propre aux actes accomplis dans l'exercice des fonctions du seul fait qu'ils ont été tenus par le chef de l'Etat ; ils ne doivent pas non plus être considérés comme des actes

5. Comparable à la demande de nouvelle délibération de l'article 10-2 de la Constitution française.

6. Nomination et révocation des membres du gouvernement sur proposition du Premier ministre, dissolution des organes de gouvernement des régions autonomes, nomination et révocation des ministres de la République auprès des régions autonomes, nomination et révocation des chefs des armées, promulgation et publication des lois et décrets, déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence, grâce, nomination des ambassadeurs à l'étranger et accréditation des ambassadeurs étrangers, ratification des traités et déclaration de guerre.

7. Sur cette doctrine, *v.* en français DEAL, E., DOMINGO, L., et QUATTROCCHI, J.-P., *Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction: Italie*, rapport de recherche du DEA de droit public de l'Université d'Aix-Marseille III, 2000-2001, dactyl., pp. 13-16.

accomplis en dehors de l'exercice des fonctions du seul fait qu'ils présentent un caractère injurieux et diffamatoire; ils doivent être considérés comme ne bénéficiant pas du régime spécial tout simplement parce qu'ils ne peuvent être, dans les circonstances de l'affaire, rattachés à une fonction du président, parce qu'ils constituent une attaque personnelle contre un sénateur qui n'a aucunement pour but la défense de l'ordre constitutionnel; en d'autres termes, ce pouvoir d'*esternazione* est, selon les cas, soit lié à l'exercice des fonctions soit étranger à l'exercice des fonctions

Ces remarques générales faites, il importe maintenant d'étudier successivement la responsabilité pénale du président de la République pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions (I) et la responsabilité pénale du président de la République pour les actes étrangers à l'exercice des fonctions (II) étant entendu que, d'une manière générale, la première est plutôt soumise à des règles spécifiques qui en restreignent les contours tandis que la seconde est plutôt soumise aux règles de droit commun.

I. LA RESPONSABILITE PENALE POUR LES ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS

La spécificité des fonctions d'un chef d'Etat de même que la nécessaire garantie du prestige et de la continuité de la fonction impose que sa responsabilité pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions soit soumise à un régime spécial exorbitant du droit commun. La particularité de ce régime pénal est tout particulièrement manifeste à trois niveaux, celui des incriminations, celui de la mise en accusation et celui du jugement, même s'il y a des différences non négligeables selon le pays considéré.

1. Les incriminations

A première vue, il y a une différence sensible entre, d'une part, les règles applicables en Italie et en Grèce et, d'autre part, les règles applicables au Portugal. En Italie et en Grèce, la Constitution commence par poser le principe de l'irresponsabilité du président de la République pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions[8] pour, ensuite, ouvrir une brèche dans cette irresponsabilité de principe en poursuivant qu'il en va différemment «en cas de haute trahison ou d'attentat contre la Constitution» (article 90 de la Constitution italienne) ou «en cas de haute trahison ou de violation délibérée de la Constitution» (article 49 de la Constitution hellénique). En revanche, l'article 130 de la Constitution portugaise ne pose aucun principe d'irresponsabilité auquel il serait dérogé par la suite dans tel ou tel cas particulier mais un principe général de responsabilité: «le président de la République répond des crimes qu'il pratiquerait dans l'exercice de ses fonctions». Il reste que, pour corroborer l'existence de ces différences, il importe de comparer le contenu concret des trois séries d'incriminations: haute trahison et attentat contre la Constitution en Italie, haute trahison et violation délibérée de la Constitution en Grèce, commission d'un crime au Portugal.

8. Article 90 de la Constitution italienne: "Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions ... ". Article 49-1 de la Constitution hellénique: "Le président de la République n'est aucunement responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions.... "

En Italie, la doctrine s'est divisée sur le sens qu'il convenait de donner aux deux séries d'incriminations que sont la haute trahison et l'attentat contre la Constitution qui ne sont précisées ni par la Constitution (ce n'est d'ailleurs pas son rôle) ni par une loi spécifique. *Grosso modo*, deux thèses principales ont été soutenues, la thèse pénaliste et la thèse constitutionnaliste[9]. Pour les tenants de la thèse pénaliste, le principe constitutionnel posé par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution selon lequel nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi impose de donner à ces deux expressions le sens que leur donne la loi pénale puisqu'elles y sont également employées. En effet, l'article 47 du Code pénal militaire qualifie de haute trahison un certain nombre de comportements de militaires tandis que l'article 283 du Code pénal définit l'attentat à la Constitution de l'Etat comme la modification de la Constitution ou de la forme de gouvernement sans respecter les dispositions constitutionnelles. Il reste que les militaires n'ont pas la position constitutionnelle du chef de l'Etat de telle sorte qu'il est difficile d'appliquer à ce dernier une disposition qui ne vise littéralement que les premiers. Par ailleurs, la définition de l'attentat à la Constitution de l'Etat que donne le Code pénal est peut être trop restrictive pour épuiser le contenu de la notion constitutionnelle d'attentat contre la Constitution. Aussi, il semble que la thèse constitutionnaliste soit préférable même si elle ne conduit pas très loin. Elle consiste à soutenir que la Constitution, lorsqu'elle fait référence aux incriminations que sont la haute trahison et l'attentat contre la Constitution, opère une dérogation au principe constitutionnel de légalité des crimes et des délits, étant en quelque sorte elle-même une norme pénale substantielle. Dès lors, ces notions ont un contenu autonome qu'il appartient de préciser aux organes chargés d'intervenir dans la suite de la procédure et que l'on évoquera plus loin.

En Grèce, si la Constitution fait également référence à la haute trahison et à la violation délibérée de la Constitution, la loi est intervenue pour préciser le contenu de ces deux notions. Il s'agit de la loi n° 265 du 17 février 1976 intitulée «De la responsabilité du Président de la République»[10]. Aux termes de cette loi, le président de la République commet un acte de haute trahison lorsque, en usant de sa qualité et des pouvoirs qui lui sont confiés par la Constitution, il abolit ou modifie ou tente de modifier ou d'abolir par la violence le régime politique du pays. Par ailleurs, le président se rend coupable du crime de violation délibérée de la Constitution lorsque, en cette qualité, il procède à dessein à l'accomplissement d'un acte ou d'une action ou commet une omission contraire à l'une des dispositions de la Constitution relative à ses compétences et ayant pour conséquence objective une grave perturbation du fonctionnement du régime politique.

Au Portugal enfin, le président est responsable pour tout crime commis dans l'exercice de ses fonctions, ce qui comprend deux séries de crimes : d'abord, les crimes prévus par la loi pénale générale; ensuite, les crimes spécifiques aux titulaires des fonctions politiques. Cette dernière notion mérite quelques explications. L'article 117-3 de la Constitution dispose que «la loi détermine les crimes de responsabilité des titulaires de fonctions politiques». Non sans s'être fait tirer l'oreille puisqu'une procédure en constatation d'une inconstitutionnalité pour omission a été déclenchée [11], le Parlement a

9. DEAL, E., DOMINGO L., et QUATTROCCHI, J.-P., rapport précité, pp. 18-19.

10. NICOT, S. et SIDIROKASTRIRI, D. *Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction: Grèce*, rapport de recherche du DEA de droit public de l'Université d'Aix-Marseille III, 2000-2001, dactyl., pp. 7-10.

11. Procédure qui a donné lieu à l'arrêt 276/1989 du 28 février 1989 du Tribunal constitutionnel (J. MIRANDA, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Portugal 1989, pp. 626-628) dans lequel la haute instance relève qu'il n'y a eu finalement aucune inconstitutionnalité par omission, le Parlement ayant adopté la loi après qu'elle ait été saisie mais avant qu'elle ait rendu sa décision.

fini par adopter la loi 34/1987 du 16 juillet 1987 sur les crimes de responsabilité des titulaires de fonctions politiques. Aux termes de la loi, sont titulaires de fonctions politiques le président de la République, les membres du gouvernement central, les membres des gouvernements des régions autonomes, les parlementaires... Quant aux crimes de responsabilité qu'ils sont susceptibles de commettre, la liste en est longue[12]: trahison de la patrie, attentat à la Constitution, attentat à l'Etat de droit, violation des règles d'exécution budgétaire, suspension ou restriction illicite de droits, libertés ou garanties constitutionnelles, emploi de la force publique contre l'exécution des lois, violation de secrets d'Etat ... L'impression initiale se confirme. C'est vraisemblablement au Portugal que les incriminations susceptibles de concerner le président de la République sont le plus étendues.

2. La mise en accusation

Sur ce point, il y a une identité remarquable des solutions retenues dans les trois pays dans la mesure où le président ne peut être mis en accusation que par un vote du Parlement. Plus précisément, les choses se passent de la façon suivante.

En Italie, la procédure de mise en accusation du président est maintenant régie par la loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989[13] qui a été appliquée par une loi ordinaire de la même année. L'affaire est instruite par un comité parlementaire spécial qui est composé des membres des commissions de chacune des deux assemblées compétentes en matière de levée de l'immunité des parlementaires. Ou bien la commission estime qu'une mise en jeu de la responsabilité pénale du président n'est pas fondée et elle classe l'affaire[14]. Ou bien elle estime qu'une mise en jeu de la responsabilité est envisageable et elle en fait rapport aux deux chambres du Parlement réunies en séance commune. Au vu de ce rapport, le Parlement se prononce alors sur la mise en accusation ou non du président. Aux termes des dispositions de l'article 90, alinéa second, de la Constitution, la mise en accusation doit être acquise à la majorité absolue des membres du Parlement.

En Grèce, l'article 49-2 de la Constitution dispose que la proposition de mise en accusation du président de la République doit être signée par un tiers au moins des membres de la Chambre des députés qui est la seule chambre du Parlement grec. Elle n'est considérée comme adoptée que si elle recueille au moins les voix des deux tiers du nombre total de ses membres.

Le système portugais n'est pas très différent. La proposition de mise en accusation du président doit être signée par le cinquième au moins des membres en fonction de

12. Pour plus de détails, *V.,* MIRANDA, J., rapport précité, pp. 3-4.

13. Sur cette loi constitutionnelle qui, en réalité, est beaucoup plus importante pour la responsabilité pénale des membres du gouvernement que pour celle du président de la République dans la mesure où, si elle modifie sur des points de détail les mécanismes applicables à ce dernier, elle réforme en profondeur les règles applicables aux ministres, *v.* en français ESCARRAS, J.-C., Italie: les modifications et projets de modifications des compétences de la Cour constitutionnelle, *Revue française de droit constitutionnel* 1990, p. 165.

14. Toutes les tentatives de mises en jeu de la responsabilité pénale du président italien pour des actes liés à l'exercice de ses fonctions se sont d'ailleurs soldées jusqu'à maintenant par des décisions de classement du comité parlementaire spécial. Pour ne prendre qu'un seul exemple, ce dernier a ainsi considéré que n'étaient pas manifestement fondées les accusations formulées à l'encontre du président Cossiga selon lesquelles il aurait commis un acte de haute trahison ou un attentat à la Constitution en n'intervenant pas pour défendre l'unité de la République face aux menées de la Ligue du nord.

l'Assemblée de la République qui est également la seule chambre du Parlement portugais. L'Assemblée se réunit alors dans les quarante-huit heures et forme une commission spéciale chargée d'élaborer un rapport dans le délai qu'elle lui impartit. Une fois ce rapport reçu par le président de l'Assemblée, ce dernier la convoque dans les quarante-huit heures. Après débat, elle se prononce par un vote sur la mise en accusation. La mise en accusation n'est acquise que si elle recueille les voix des deux tiers des députés effectivement en fonction.

En un mot, la seule différence majeure a trait aux conditions de majorité requises pour mettre en accusation le président: majorité absolue des membres du Parlement en Italie, majorité des deux tiers en Grèce ou au Portugal.

3. Le jugement

Ici, on rencontre à nouveau une assez grande variété des solutions retenues dans la mesure où l'instance de jugement est différente dans chacun des trois pays considérés même s'il s'agit toujours d'une instance dont le caractère juridictionnel ne fait guère de doute.

En Italie, le jugement du président de la République relève de la compétence de la Cour constitutionnelle dont c'est là la seule compétence pénale depuis que la loi constitutionnelle précitée du 16 janvier 1989 lui a enlevé le jugement des membres du gouvernement pour le confier à la juridiction ordinaire. Lorsqu'elle juge le chef de l'Etat, la Cour est toutefois composée de façon particulière dans la mesure où, à ses quinze juges habituels (cinq désignés par le président de la République, cinq désignés par le Parlement et cinq désignés par la juridiction ordinaire), s'ajoutent seize juges supplémentaires «tirés au sort parmi les noms d'une liste de citoyens présentant les qualités requises pour être sénateurs que le Parlement dresse tous les neuf ans selon les mêmes modalités d'élection que celles établies pour la nomination des juges de la Cour»[15]. Le président de la Cour désigne, parmi ses 31 membres (les quinze membres habituels et les seize membres supplémentaires) un juge instructeur chargé de mener l'instruction dans le respect des dispositions du Code de procédure pénale. De son côté, le Parlement élit parmi ses membres des «commissaires» qui joueront le rôle du ministère public. Quant au président de la République, il choisit un avocat ou, s'il s'y refuse, un avocat est commis d'office par le président de la Cour. Parallèlement, la Cour peut, si elle le juge utile, suspendre le président de son mandat. L'instruction est clôturée par une décision de la Cour statuant en chambre du conseil. La Cour juge alors le président au cours d'un «procès pénal constitutionnel» qui se déroule dans le respect des règles du Code de procédure pénale. Si le président est jugé coupable, la Cour lui inflige les sanctions pénales adéquates prévues par le Code pénal. Elle peut également lui infliger des sanctions constitutionnelles (par exemple démission d'office de ses fonctions), administratives (par exemple interdiction d'exercer une fonction publique) ou civiles (par exemple condamnation à des dommages et intérêts).

En Grèce, le président, qui, dès qu'il a été mis en accusation, est suspendu de ses fonctions, est jugé par une Cour *ad hoc*, la Cour prévue à l'article 86 de la Constitution et qui est également compétente pour juger les ministres. Dans le texte initial de l'article 86, cette Cour, présidée par le président de la Cour de cassation, était composée

15. Article 135 *in fine* de la Constitution.

de douze membres tirés au sort parmi tous les conseillers à la Cour de cassation et tous les présidents de Cours d'appel nommés antérieurement à la mise en accusation. Depuis la révision constitutionnelle de 2001, la Cour est composée de sept membres de la Cour de cassation et de six membres du Conseil d'Etat tirés au sort.

Quant au Portugal qui montre à nouveau sur ce point son souci de «banaliser» le plus possible la responsabilité pénale du chef de l'Etat, le président de la République, dont la Constitution ne prévoit pas qu'il soit suspendu de ses fonctions du fait de sa mise en accusation, y est tout simplement jugé par le Tribunal suprême de justice qui est «l'organe supérieur de la hiérarchie des tribunaux judiciaires»[16], c'est-à-dire la juridiction judiciaire suprême. Il y a là, à n'en pas douter, la volonté de voir dans la responsabilité du chef de l'Etat pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions une authentique responsabilité pénale ou criminelle et non une responsabilité constitutionnelle qui aurait impliqué la compétence du Tribunal constitutionnel[17]. Par ailleurs, s'appliquent les règles de la procédure pénale de droit commun. Si le Tribunal suprême de justice condamne le président, «la condamnation entraîne la destitution et l'impossibilité d'être réélu»[18]. Toutefois, complication peut-être inutile car il s'agit d'une compétence avant tout formelle, il appartient au Tribunal constitutionnel, réuni à cet effet en séance plénière dans les vingt-quatre heures qui suivent la décision de condamnation du Tribunal suprême de justice, de «constater la perte de charge du président de la République»[19] après avoir vérifié l'authenticité de la décision du Tribunal suprême.

Evidemment, le manque de pratique empêche de savoir quel est le système le plus propice à une justice sereine.

II. LA RESPONSABILITE PENALE POUR LES ACTES ETRANGERS A L'EXERCICE DES FONCTIONS

Dans deux des pays considérés, la Constitution aborde explicitement la question de la responsabilité pénale du chef de l'Etat pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions et la résout d'ailleurs de la même manière : cette responsabilité s'exerce dans les conditions de droit commun mais les poursuites sont suspendues jusqu'à la cessation des fonctions. L'article 49-1 de la Constitution hellénique dispose en effet que, «pour ce qui est des actes (du président de la République) qui n'ont pas de rapport avec l'exercice de ses fonctions, la poursuite pénale est suspendue jusqu'à l'expiration du mandat présidentiel». De la même manière, l'article 130-4 de la Constitution portugaise précise que «le président de la République répond des crimes qu'il commettrait en dehors de l'exercice de ses fonctions devant les tribunaux ordinaires et une fois son mandat terminé».

En revanche, la Constitution italienne est totalement muette sur la question de la responsabilité pénale du chef de l'Etat pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonc-

16. Article 210-1 de la Constitution portugaise.

17. GOMES CANOTILHO, J.J., et VITAL, Moreira, *Constituição da Republica portuguesa anotada*, Coimbra editora, 3ème édition, 1993, p. 575.

18. Article 130-3 de la Constitution portugaise.

19. Article 223-2, b), de la Constitution portugaise.

tions, ne traitant que de sa responsabilité pénale pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions. Quel sens peut-on donner à ce silence ? En déduire que le président est irresponsable pour de tels actes aboutirait à ce paradoxe qu'il serait plus protégé pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions que pour ceux liés à leur exercice. En déduire à l'inverse qu'il est responsable dans les conditions de droit commun, que, par exemple, un juge d'instruction peut le convoquer comme il convoquerait n'importe quel citoyen, peut être considéré comme faisant litière de la dignité et des charges particulières de la fonction. On comprend, dans ces conditions, les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence. En 1995, lorsque des poursuites ont été envisagées à l'encontre du président Scalfaro pour des faits étrangers à l'exercice de ses fonctions, il semble que de telles poursuites aient été considérées comme irrecevables ou, du moins, comme suspendues jusqu'à l'échéance de son mandat [20], à l'instar, on vient de le voir, de ce qui se passe en Grèce ou au Portugal. En revanche, dans sa décision précitée du 27 juin 2000, la Cour de cassation a admis que des poursuites puissent être diligentées devant le juge ordinaire contre un président en exercice pour des faits étrangers à l'exercice de ses fonctions tout en reconnaissant au président la possibilité de les contester devant la Cour constitutionnelle par le biais de la procédure dite des conflits d'attributions entre pouvoirs de l'Etat[21]. De deux choses l'une en effet nous semble-t-il: ou bien les poursuites sont suspendues jusqu'à l'expiration du mandat et il n'est pas besoin d'un autre aménagement; ou bien elles sont possibles alors que le mandat est en cours mais doivent alors être assorties de garanties de procédure visant à éviter que le président ne soit en permanence cité à comparaître à des fins strictement politiques.

20. PIZZORUSSO, A., et LIBONE, E., rapport italien à la table ronde sur "Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction", Aix-en-Provence, 21 et 22 septembre 2001, dactyl., p. 14, à paraître dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* 2001.

21. Ce chef particulier de compétence des juridictions constitutionnelles, que l'on trouve par exemple également en Allemagne ou en Espagne, permet à la Cour constitutionnelle de trancher les conflits d'attribution qui peuvent s'élever entre organes de l'Etat à propos de l'exercice d'une compétence prévue par la Constitution. En droit italien, tant le président de la République (ordonnance n° 150 de 1980) que les organes juridictionnels lorsqu'ils exercent concrètement la fonction juridictionnelle (ordonnances n° 228 de 1975 et 87 de 1978) ont été par exemple considérés par la Cour constitutionnelle comme des pouvoirs de l'Etat susceptibles de soulever devant elle une conflit d'attribution en cas de litiges sur l'étendue de leurs compétences. *V.*, sur ce point en français ESCARRAS, J.-C., Italie - Eléments de référence, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1985, p. 498.

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO

Astrid Hernández Zambrano
Profesora de la Univesidad Central de Venezuela

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES

A partir del cambio de gobierno de 1999, el Poder Judicial en Venezuela ha sido objeto de múltiples transformaciones que lo han llevado a un estado *permanente* de transitoriedad. A pesar de que con la entrada en vigor de la Constitución de la República, aprobada por referéndum del 15 de diciembre de 1999, publicada en Gaceta Oficial de la República Nº 36.860 del 30 de diciembre de 1999 y la consecuente supresión de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la posterior introducción de los instrumentos legislativos destinados a regular el funcionamiento de cada una de las instituciones, se pensaba ya culminado el período de reestructuración al cual fueron sometidos los distintos órganos del Poder Público, lo cierto es que podemos asentir en la idea de que todavía el Poder Judicial se mantiene dentro de un régimen transitorio que no termina de definir aspectos que han sido establecidos por el propio Texto Fundamental y que, definitivamente inciden en la estabilidad y creencia necesarias que deben caracterizar a un auténtico Poder Judicial.

La circunstancia de contar con varios órganos sustitutivos del extinto Consejo de la Judicatura, a lo largo de la transición, así como la amplia gama de decretos, reglamentos y resoluciones que han servido de fundamento jurídico a cada uno de estos órganos, son aspectos de obligada revisión.

Del mismo modo, resulta apremiante destacar el tema de la llamada jurisdicción disciplinaria de los jueces, de conformidad con el mandato constitucional, así como el interesante debate que se ha desarrollado en relación a considerar si los órganos que llegarán a componer tal jurisdicción, dictarán actos judiciales, o por el contrario, mantendrán el carácter administrativo de los actos sancionatorios que hasta la presente ha dictado no sólo el extinto Consejo de la Judicatura sino también cada uno de los órganos que le fueron sustituyendo.

II. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL LLAMADO SISTEMA DE JUSTICIA

La exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia extensa a las razones que llevaron al Constituyente a la redacción del instrumento que, por excelencia, regiría los destinos de nuestra sociedad a partir de 1999. Fundamentalmente, en lo que se refiere a la inspiración del capítulo relativo al Poder Judicial y al Sistema de Justicia, establece lo siguiente:

> ...El Estado democrático y social de derecho y de justicia consagrado por la Constitución al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.
>
> El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituyen el Poder Judicial y el Sistema de Justicia que se consagra en el Capítulo III del Título V de la Constitución, configurándolo como uno de los poderes del Estado".

Ubicándonos en el plano propiamente judicial, dado que es éste el tema central de nuestro trabajo, encontramos que el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contemplado en el capítulo III del Título V, estatuye lo siguiente:

> La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.
>
> Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.
>
> El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados u abogadas autorizadas para el ejercicio.

Se ha discutido si la potestad de administrar justicia emana realmente de los ciudadanos o únicamente del Estado.

Si la potestad (*potestas*) es un poder o facultad, entendida en el ámbito del Derecho, como el poder jurídico del Estado por el cual lleva a cabo sus fines esenciales; muchos se han preguntado, ¿cómo podría *emanar* de los ciudadanos el poder para administrar justicia?

Quizá el aspecto fundamental de la discusión radica en la redacción de la norma, diseñada, sin duda, bajo una perspectiva filosófica, que se apoya en la idea de que el poder, en su fuente, proviene de la soberanía popular, la cual deposita en los órganos del Poder Público, la potestad de llevar a cabo sus fines esenciales, naturalmente dirigidos al bienestar de la colectividad. En ese sentido, el pueblo descarga en el Estado el poder de administrar justicia, a fin de eliminar toda posibilidad de hacer justicia de su propia cuenta.

Para un mejor análisis de los expuesto, abordaremos el contenido del artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dispone:

> El ejercicio de la justicia emana del pueblo y se realiza por los órganos del Poder Judicial, el cual es independiente de los demás órganos del Poder Público... *(omissis).*

Cuando revisamos esta última norma, cabe la posibilidad de interpretar, a diferencia de lo que plantea el Texto Fundamental, que la justicia se pone en movimiento a través del ejercicio del derecho de acción de los interesados cuando acuden ante los órganos judiciales a reclamar sus derechos. ¿Podría decirse, entonces, que es ésto lo que real-

mente proviene del pueblo? y ¿que la potestad de administrar justicia, entendida de forma literal, únicamente podría emanar del Estado, toda vez que constituye uno de los fines que le son inherentes y a ello se dedica cuando por intermedio del aparato judicial, provee a la colectividad de los mecanismos necesarios para resolver los conflictos jurisdiccionales?

En nuestro criterio, y sin interés de debatir la profundidad que supone un tema de tal naturaleza, estimamos que la norma en referencia ciertamente deja un vacío en cuanto a los aspectos antes discutidos, pues siembra la duda en lo que se refiere a la administración de justicia y al ejercicio de ésta por parte de los ciudadanos. Si bien resulta posible extraer de la profundidad de la norma el elemento finalista que guarda en sí, e interpretar que la soberanía popular deja a cargo del Estado la administración de justicia y para ello se le confiere un poder o potestad, lo cierto es que no diferencia entre esta potestad emanada del Poder Judicial para administrar justicia y el ejercicio de ésta, conferido a los ciudadanos a través del aparato judicial.

Otro aspecto de la disposición en referencia, contenido en el tercer párrafo de la norma, establece:

> El Sistema de Justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados y abogadas autorizadas para el ejercicio.

Como bien puede observarse, la norma en cuestión crea una gran confusión cuando de la revisión de las competencias del Poder Judicial se introduce de forma inesperada, en el llamado *Sistema de Justicia*, sin hacer distinción entre este último y el Poder Judicial.

La redacción se inicia haciendo referencia a la composición de un sistema que incluye, en primer término, al Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales de la República, órganos estos que, como es sabido, componen de forma natural el Poder Judicial. Se agrega como parte del sistema de justicia al Ministerio Público, perteneciente al Poder Ciudadano recientemente incluido dentro de la estructura diseñada por el nuevo Texto Fundamental.

Asimismo, se incorpora la Defensoría Pública al Sistema de Justicia. Sobre este punto y a modo de aclaratoria, cabe destacar que el numeral quinto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada el 15 de diciembre de 1999 y publicada en Gaceta Oficial el 30 de diciembre del mismo año, dejó a cargo de la Asamblea Nacional la aprobación de una Ley Orgánica referida al Sistema Autónomo de la Defensa Pública.

La Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, por su parte estatuyó en el artículo 23:

> El Servicio de la Defensa Pública es una unidad autónoma, adscrita a la Comisión Judicial. Forman parte de este servicio todos los defensores públicos, en las distintas áreas de la actividad jurisdiccional.

Dicho lo anterior, y a pesar de que se trata de una unidad autónoma adscrita a la Comisión Judicial, dependiente ésta a su vez del Tribunal Supremo de Justicia, y con actividad fundamentalmente judicial, pues la defensoría pública atiende a tales fines en materia procesal penal; no queda claro aún si el Servicio Autónomo de la Defensa Pública,

hoy por hoy constituye un órgano judicial por formar parte del Tribunal Supremo de Justicia o por el contrario, ¿estamos frente a un órgano administrativo que se desenvuelve dentro del Poder Judicial?

De igual modo, si el Servicio de Defensa Pública es un órgano que por estar adscrito a la Comisión Judicial, forma parte del Tribunal Supremo de Justicia, por constituir un ente auxiliar del Máximo Tribunal, ¿Cómo es que la Constitución de la República en la redacción referida al sistema de justicia, incorpora a la Defensoría Pública como un organismo independiente del Tribunal Supremo de Justicia?

Aparecen también formando parte del Sistema de Justicia, los órganos de investigación penal y el sistema penitenciario, con lo cual se entiende que el Poder Ejecutivo entra a constituir también el referido sistema. Menciona además la norma, a los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizadas para el ejercicio de la profesión. En tal sentido, surge la interrogante sobre la amplia cobertura que tiene el nuevo sistema de justicia, dada la pluralidad de órganos y personas que pasan a formar parte de éste.

Adicional a lo anterior, se aprecia que el artículo 254 de la Carta Magna, dispone la independencia del Poder Judicial y acota que el Tribunal Supremo de Justicia, gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa, sin embargo, a objeto de dar cumplimiento con lo anterior, refiere que se le asignará al *Sistema de Justicia*, una partida anual variable no menor del 2 % anual del presupuesto general del Estado.

Entonces, aquí se presentan dos aspectos dignos de consideración; por una parte, la norma inicia su redacción aludiendo al Poder Judicial y finaliza haciendo referencia al Sistema de Justicia, pero además, de acuerdo con la interpretación que puede hacerse de la disposición en cuestión, se deduce claramente que el tan mencionado 2% del presupuesto del Estado, asignado al Poder Judicial, no está dirigido a cubrir sus necesidades únicamente, sino también las de todo el Sistema de Justicia, lo que significa la división del porcentaje asignado entre todos los órganos mencionados. Siendo ello así, cabría preguntarse ¿A qué se refiere el Constituyente cuando incorpora al Sistema de Justicia a los ciudadanos que participan en la administración de justicia y a los abogados autorizados para el ejercicio profesional? ¿De acuerdo con ello, acaso tendrían estas personas derecho o de alguna forma, acceso a la partida presupuestaria antes indicada?

Visto lo anterior tal como ha sido planteado, nos preguntamos ¿si el monto asignado para el llamado Sistema de Justicia permitiría cumplir las expectativas planteadas en cada uno de los órganos que lo integran, pero especialmente, ¿qué sucederá con el Poder Judicial, tan necesitado de infraestructura acorde con la función que desempeña, así como del equipo técnico y humano requeridos para llevar adelante la importante misión de juzgar?

Todas estas cuestiones que, sin duda, merecen de atención, deberán ser tratadas y así esperamos que ocurra, a través de las decisiones judiciales respectivas, pues su omisión definitivamente repercutirá en la deficiencia del desempeño de cada uno de los órganos involucrados en el nuevo Sistema de Justicia, y en particular, por ser el tema que nos ocupa, del Poder Judicial.

III. TRANSITORIEDAD DEL PODER JUDICIAL

Con el Decreto emanado por la Asamblea Nacional Constituyente el 12 de agosto de 1999, publicado en Gaceta Oficial Nº 36.764 de fecha 13 de agosto de 1999, por el cual se declaró la Intervención de todos los órganos del Poder Público, se inicia el período de cambios que han ido modificando día a día la estructura orgánica hasta entonces conocida.

A partir de este instrumento se confirió a la Asamblea Nacional Constituyente, la facultad de dictar las medidas necesarias para intervenir a los órgano del Poder Público y proceder a su reorganización. En su artículo único decretó lo siguiente:

> En razón de la emergencia existente antes de la instalación de la Asamblea, se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público. La Asamblea Nacional Constituyente decretará las medidas necesarias para enfrentar situaciones específicas de la reorganización y dispondrá la intervención, modificación o suspensión de los órganos del Poder Público que así considere, con el fin de recuperar el estado de derecho, la estabilidad y el orden necesarios para reconstruir la República en el marco de los valores democráticos.

El 18 de agosto de 1999, por virtud del Decreto mediante el cual se declara la Reorganización del Poder Judicial, publicado en Gaceta Oficial Nº 36.772 del 25 de agosto de 1999, se determinó la emergencia del Poder Judicial y se consolidó tal declaratoria, con el objeto de garantizar la transparencia e imparcialidad del sistema judicial. Se incluyó asimismo en esta declaratoria al sistema penitenciario, en la búsqueda de convertir los establecimientos carcelarios en verdaderos centros de rehabilitación.

Se crea la Comisión de Emergencia Judicial, integrada por nueve miembros designados por la Asamblea Nacional Constituyente, y entre otros aspectos, se le otorga competencia a este nuevo órgano para proponer las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial y el sistema penitenciario. También se le concedió la facultad de evaluar el funcionamiento y desempeño de la extinta Corte Suprema de Justicia y el suprimido Consejo de la Judicatura, y de proponer un plan nacional de evaluación y selección de jueces, a través de la realización de concursos públicos de oposición para cubrir la totalidad de jueces en el Poder Judicial

Es a partir de esta normativa que se declara la subordinación del Consejo de la Judicatura a la Comisión de Emergencia Judicial, se decreta la suspensión inmediata de los funcionarios judiciales procesados por corrupción judicial y se ordena la destitución inmediata de los jueces por retardo judicial inexcusable, a juicio de la Comisión.

Tales medidas, tanto de destitución como de suspensión inmediata del juez sin tener la conclusión del proceso judicial iniciado en su contra, son aspectos verdaderamente dignos de consideración, pues en atención a los principios que informan el *ius puniendi* del Estado, tanto en el ámbito del derecho penal como en el derecho administrativo sancionador, tales actos atentan contra el principio de presunción de inocencia, de aplicación fundamental en todo procedimiento sancionatorio. Se entiende con ello que la carga probatoria del ilícito administrativo investigado corresponde a la Administración, de manera que mientras no se determine con certeza la culpabilidad, prevalece la imposición de este principio.

Otro aspecto interesante a destacar en este decreto, se relaciona con la figura de la *apelación* ante la Asamblea Nacional Constituyente, de las medidas de emergencia dictadas. En efecto, el artículo 9 de la normativa señalada dispuso:

> Los jueces que sean suspendidos o destituidos por la Comisión de Emergencia Judicial, de conformidad con el presente Decreto, podrán apelar de la decisión ante la Asamblea Nacional Constituyente dentro de los siguientes cinco días hábiles a partir de la fecha de notificación de su suspensión o destitución.

Surge la interrogante acerca de la utilización del término *apelación* en los procedimientos realizados en el seno de la Administración, por una parte, y por otra, la relación de jerarquía existente entre la Comisión de Emergencia Judicial y la Asamblea Nacional Constituyente, habida cuenta de la distinta naturaleza que caracterizó, en su momento, a cada una de ellas.

En Gaceta Oficial Nº 36.805 de fecha 11 de octubre de 1999, se publicó el Decreto Cautelar de Protección al Sistema Judicial. Con este instrumento se dio inicio a una serie de medidas de suspensión de aquellos jueces contra quienes pesaran siete o más denuncias o porque tuvieren averiguaciones penales abiertas. El objeto de la suspensión era la separación inmediata del cargo y su sometimiento a los procedimientos disciplinarios. Quedaron encargados de la ejecución del Decreto, de forma conjunta, la Comisión de Emergencia Judicial, el Consejo de la Judicatura y la Inspectoría General de Tribunales.

A este respecto, vale la pena resaltar que a partir de la ejecución del referido decreto cautelar, se interpusieron innumerables recursos jurisdiccionales ante diferentes órganos judiciales, destinados a solicitar la nulidad de las medidas cautelares de suspensión de los jueces afectados con tales decisiones.

Ante el vacío existente respecto de la impugnación de las medidas adoptadas, el 09 de noviembre de 1999, mediante publicación efectuada en Gaceta Oficial Nº 36.285, la Asamblea Nacional Constituyente decretó la reforma parcial del instrumento antes señalado, agregando específicamente el mecanismo de impugnación de las medidas cautelares que fueren dictadas por los órganos facultados para ello. En concreto, el instrumento jurídico estableció que los afectados con la aplicación de las medidas podían recurrir ante la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, dentro de los treinta días siguientes a partir del momento en que tuvieran conocimiento del acto de suspensión.

Ahora bien, aun cuando para la fecha de su reforma, el propio Decreto Cautelar estableció que la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia era el tribunal competente para conocer de tales causas; una vez producida la constitución del Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, por decisiones reiteradas, se declinó el conocimiento de los recursos judiciales intentados contra las medidas cautelares de suspensión, por considerar que con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, muchas de las funciones atribuidas anteriormente a esa Sala pasaron a ser asumidas por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, determinándose asimismo, que por tratarse de actos que no se dictaron en ejecución directa e inmediata de la Constitución, no debían ser susceptibles de ejercicio jurisdiccional ante la referida Sala, considerándose con ello que su conocimiento correspondería, entonces, a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Se observa en la siguiente transcripción, un fragmento del análisis jurisprudencial realizado:

> Es meritorio destacar que el acto impugnado (una Resolución dictada por la Comisión de Emergencia Judicial, la Sala Administrativa del extinto Consejo de la Judicatura y la Inspectoría General de Tribunales), tiene su fundamento en sendos instrumentos jurídicos, los cuales son el Decreto de Reorganización del Poder Judicial de fecha 18 de agosto de 1999 y el Decreto de Me-

didas Cautelares Urgentes de Protección del Sistema Judicial de fecha 7 de octubre del mismo año.

Igualmente se tiene que de una lectura al artículo 336 de la vigente Constitución, se evidencia que la Sala Constitucional en relación a los actos dictados por el Ejecutivo Nacional u otros actos dictados por cualquier ente público, sólo tiene atribuida competencia para:

3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución*, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

No obstante lo anterior, y atendiendo a lo antes expuesto de que la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal no resulta competente para conocer del presente recurso, esta Sala Plena considera necesario advertir que el acto mediante el cual fue notificado el recurrente de la medida de suspensión, le indica a ésta que tiene el "...*Recurso Contencioso por ante la Sala Plena* de la Corte Suprema de Justicia, el cual podrá interponer dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la fecha de la presente notificación".

Sin embargo, aún cuando el referido acto de notificación delimita la interposición de la acción recursiva ante la Sala Plena de este Máximo Tribunal, es menester destacar que la mayoría de las competencias que tenía la referida Sala Plena antes de la promulgación de la vigente Carta Magna, han sido ahora asumidas por la recién creada y establecida Sala Constitucional.

En el caso de autos, esta Sala observa que el acto impugnado, si bien es dictado en virtud de dos instrumentos jurídicos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, lo que constituye su base legal, también verifica que el referido acto recurrido es de *efectos particulares "no dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución"*, cuestión ésta que también propende a la exclusión del conocimiento que tiene atribuida la Sala Constitucional por expresa disposición del Texto Fundamental (Vgr. Artículo 336), y, en consecuencia, la competencia para conocer de la presente acción corresponde a esta Sala Político-Administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 259 de la Constitución de la República (el cual señala que la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Máximo Tribunal y a los demás tribunales que determine la ley, los cuales son competentes para anular los actos administrativos generales *o "individuales" contrarios a derecho*, incluso por desviación de poder), y en el único aparte del 266 de la vigente Carta Magna conjuntamente con lo preceptuado en los artículos 42, numeral 11, y 43 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Máximo Tribunal. Así se declara[1].

Determinada la competencia para conocer de los recursos jurisdiccionales ejercidos contra las medidas cautelares de suspensión, en diversas oportunidades, los jueces afectados con tales actos acudieron a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a objeto de solicitar la nulidad de las medidas suspensivas.

Sin embargo, por sentencia de fecha 24 de marzo de 2000, la Sala Político-Administrativa estableció que las medidas cautelares de suspensión, tal como fueron concebidas por el Decreto Cautelar, constituyen actos de trámite, no siendo objeto, por ende, de recurso jurisdiccional alguno. El razonamiento expuesto, determinó la inadmisibilidad de los recursos que se interpusieran en adelante, en los términos siguientes:

En su noción de acto de trámite, podemos significar que se trata de uno de los tantos actos coligados entre sí que se presentan a lo largo de un procedimiento administrativo y cuyo objeto fundamental es determinar situaciones o fases de dicho procedimiento, encausándolo y conduciéndolo a la etapa de la decisión final, que en el caso concreto va a estar representada por la ratificación o destitución del Juez.

1. Sentencia nº 39 de fecha 02-05-00 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Carmen Teresa Brea vs. Acto emanado del Consejo de la Judicatura y la Inspectoría General de Tribunales*.

A tal fin, en virtud de sendos instrumentos normativos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente (los Decretos de Reorganización del Poder Judicial y de Medidas Cautelares Urgentes de Protección del Sistema Judicial), se dictaron en ciertos casos, medidas cautelares de suspensión del cargo, a aquellos jueces sobre los cuales recaían elementos de juicio negativos con respecto al desempeño de sus funciones, sin que pudiera entenderse que tal suspensión fuese en términos definitivos, toda vez que incluso dicha suspensión no acarreaba la falta de pago de sus respectivos emolumentos y, la misma, estaba dirigida a comprobar determinados hechos que eventualmente podrían devenir en actos definitivos, que acordaren o la revocatoria de la suspensión cautelar acordada a aquellos jueces si no se les hubiere encontrado y probado suficientes elementos de juicio para separarlos del cargo, o bien, al comprobar que los jueces suspendidos se encontraban incursos en causales que ameritaban la separación del cargo, acordar la misma, mediante acto administrativo definitivo, todo ello con el único fin, de propender al correcto funcionamiento del servicio público constituido en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, como lo es la Administración de Justicia.

Con respecto a los actos de *trámite* dictados dentro de un proceso constitutivo o de primer grado de naturaleza disciplinaria, esta Sala debe observar que los mismos, por contraposición, no pueden entenderse lógicamente como acto *definitivos*. Con respecto a este punto, para este órgano jurisdiccional resulta menester invocar lo expresado en la decisión dictada en el caso "Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo", en la cual se señaló lo siguiente:

> …Otra condición de admisibilidad del recurso que, también había sido tradicionalmente exigido por la Jurisprudencia de la Corte pero no fue consagrado en el texto orgánico de la misma, atañe al carácter definitivo del acto impugnado. Se entiende que un acto administrativo es definitivo, cuando implica la resolución, con plenos efectos jurídicos, de la cuestión sometida a conocimiento o decisión de la Administración. El acto definitivo, por tanto, es el que resuelve el fondo del asunto y por ello, no necesariamente es un acto que emana del superior de la jerarquía pues más bien casi siempre se produce a niveles inferiores, por lo cual no debe confundirse el acto definitivo en el campo administrativo, del acto que causa estado.

Entendido pues, que el acto administrativo recurrido no puede considerarse como un acto definitivo de separación absoluta del cargo que ejercía la quejosa como juez, sino como un acto de trámite de naturaleza cautelar y por ende, provisional dentro de un procedimiento sancionatorio, es razón por la que, esta Sala declara que dicho acto no causa indefensión, no prejuzga como definitivo y no impide la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio.

En este sentido, en la perspectiva de la Resolución Nº 614 como acto de trámite, y habida cuenta de la naturaleza de ésta, en conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, éstos -los actos de trámites- tan sólo son recurribles en sede Administrativa (y por ende en Sede Jurisdiccional) cuando causen indefensión, prejuzguen como definitivos o impidan la tramitación del procedimiento.

Una medida cautelar, independientemente de la característica de homogeneidad, no prejuzga sobre lo definitivo; en el caso de marras la suspensión del cargo de Juez para realizar una investigación a profundidad no determina sobre las cualidades del Juez y sobre su permanencia en el Poder Judicial.

Igualmente debemos señalar que con bastante posterioridad a la medida de suspensión, y como resultante del procedimiento, según se evidenció en la audiencia oral y pública y en los documentos anexados al expediente, se produjo el acto definitivo de destitución, por lo que ni se causó indefensión ni se impidió la continuación del procedimiento.

De manera que salvo las tres circunstancias excepcionales cuya ocurrencia no se produjo en este caso, los actos de trámite no son susceptibles de ser impugnados por vía principal, ya que los miembros son objeto de revisión al momento de impugnarse el acto definitivo, razón por la que se hace inadmisible la acción principal de nulidad, y decae la medida de amparo cautelar solicitada y así se declara[2].

---

2. Sentencia nº 659 de fecha 24 de marzo de 2000, caso: *Rosario Nouel de Monsalve vs. Acto dictado por el Consejo de la Judicatura y la Comisión de Emergencia Judicial*.

El 22 de diciembre de 1999 la Asamblea Nacional Constituyente aprueba el Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en Gaceta Oficial Nº 36.859 del 29 de diciembre de 1999.

A través de este decreto, de carácter transitorio, firmado siete días después de la aprobación por referéndum de la Constitución de 1999, se sentaron las bases para regular la reestructuración de los diferentes órganos del Poder Público, quedando establecido en su artículo 2:

> ...las previsiones del presente régimen de transición desarrollan y complementan las disposiciones previstas en la Constitución, aprobada por el pueblo venezolano.

Esta normativa pasó a constituirse en el eje central del régimen transitorio que hasta hoy nos acompaña, y hacemos referencia a la actualidad, porque en virtud del mandato constitucional previsto en el artículo 267 de la Constitución de la República, deberá ser creada la jurisdicción disciplinaria de los jueces, con lo cual quedaría derogado el decreto mencionado.

En concordancia con el planteamiento expuesto, vemos que el artículo 3 del Decreto estableció que las disposiciones allí contenidas guardarían vigencia hasta la implementación efectiva de las instituciones previstas por la Constitución de 1999, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional.

A modo de reflexión, cabe destacar que la transitoriedad a la cual insistimos a lo largo de este trabajo, tiene su fundamento en que a pesar de que la propia normativa acotó la derogatoria tácita de las disposiciones contentivas del Decreto de Transición, en cuanto se concretara la creación y funcionamiento de las instituciones allí mencionadas y enmarcadas dentro del Texto Fundamental; lo cierto es que en la actualidad, todas las instituciones abordadas por el Decreto Transitorio han sido organizadas y puestas en funcionamiento de manera progresiva, sin embargo, el Poder Judicial aún se encuentra en una fase de reestructuración, dado que por virtud de la Constitución de la República, el ingreso de todos los jueces a la carrera judicial está sometido a los concursos públicos de oposición y esto ha generado un proceso que todavía no culmina con la incorporación definitiva de los titulares de los respectivos tribunales.

Igualmente sucede con el órgano llamado a conocer de los ilícitos cometidos por los jueces de la República, los cuales, naturalmente, deben ser objeto de sanción disciplinaria. Para la fecha de elaboración de este trabajo, persiste la vigencia del órgano provisional creado para llevar a cabo las funciones disciplinarias, esto es, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, la cual cesará en sus funciones una vez que éstas sean asumidas por la llamada jurisdicción disciplinaria, cuando finalmente sea creada y entre en funcionamiento.

Efectuado el anterior paréntesis y refiriéndonos nuevamente al Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, es de notar que el artículo 21 anunció la supresión del Consejo de la Judicatura al señalar que sus Salas y dependencias administrativas pasarían a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo, con esta disposición se dio nacimiento indirecto a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, al establecer que mientras no se llevara a cabo la organización de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, las competencias de gobierno, administración, inspección y vigilancia de los tribunales, así como las competencias que la Ley le confería al recién suprimido Consejo de la Judicatu-

ra, serían ejercidas por este nuevo órgano. Hacemos referencia a la creación en forma indirecta, porque formalmente la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, es formalmente creada a través del artículo 27 *eiusdem.*

También a través de este instrumento, se dio fin a la Comisión de Emergencia Judicial y los derechos y obligaciones del suprimido Consejo de la Judicatura, quedaron a cargo de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, sin embargo, como quiera que para el momento de la publicación de este decreto, el último de los órganos indicados no había sido creado, los derechos y obligaciones mencionados pasaron a ser asumidos, en ese momento, solamente por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Con la norma contenida en el artículo 23 se aborda el tema de la competencia disciplinaria para sancionar los ilícitos cometidos por los jueces de la República. Al respecto, se determinó que hasta tanto la Asamblea Nacional aprobara la legislación regulatoria de los procesos y tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución de la República, la competencia disciplinaria sería ejercida, como en efecto sucede hasta esta fecha, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Se le confiere a la Inspectoría General de Tribunales, el carácter de órgano auxiliar de la Comisión antes indicada, fundamentalmente en la inspección y vigilancia de los tribunales, así como en la instrucción de los expedientes disciplinarios de los jueces y demás funcionarios judiciales.

El capítulo referido al Poder Judicial culmina con la implementación del procedimiento disciplinario a seguir en las causas que involucren a jueces y demás funcionario judiciales, en los términos siguientes:

> El inspector General de Tribunales, a solicitud de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, o cuando considere que existen faltas disciplinarias que así lo ameriten, iniciará el procedimiento disciplinario con la apertura del expediente y la citación al juez o funcionario judicial correspondiente para que consigne sus alegatos, defensas y pruebas, las cuales se agregarán al expediente dentro de los cinco días siguientes a su citación.
>
> La citación para la comparecencia de los jueces y otros funcionarios, podrá ser realizada en forma personal, o mediante telegrama, o por fax, o correo con aviso de recibo, o mediante aviso publicado en la prensa.
>
> La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial decidirá en un lapso no mayor de diez días continuos...*(omissis)*.

Con este nuevo procedimiento, se asume parcialmente derogada la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura que, si bien rige en determinados aspectos, no sucede igual con el procedimiento allí establecido, a pesar de su condición de ley orgánica, la cual hubo de ceder a favor del decreto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. En este punto entra a formar parte la discusión doctrinaria relativa al carácter supra constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente y de sus actos. De allí que surja la pregunta ¿hasta qué punto los decretos emanados de ese órgano podrían o debían imponerse a una ley proveniente del seno del órgano legislativo y además, con carácter orgánico?

Creada la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el 09 de febrero de 2000 se dictó el Reglamento de este órgano, el cual fue reformado en fecha 28 de marzo de 2000 y publicado en Gaceta Oficial Nº 36.925 del 04 de abril de 2000.

El artículo 2 de esta normativa dispone:

> La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial tiene como objetivo proponer y ejecutar las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial, así como establecer la responsabilidad disciplinaria, velar porque los jueces cumplan estrictamente con sus deberes y con el decoro que exige su ministerio; prestar la defensa pública social; asegurar la celeridad, transparencia e imparcialidad de los procesos judiciales, convertir los establecimientos penales en verdaderos centros de rehabilitación de los reclusos; revisar y ejecutar el presupuesto para la reestructuración y funcionamiento del Poder Judicial con cargo al presupuesto de la judicatura; elaborara el plan d evaluación y selección de jueces mediante concursos públicos de oposición; reorganizar las jurisdicciones, circunscripciones, circuitos judiciales y tribunales del país; revisar los convenios multilaterales para la modernización del Poder Judicial, ejecutados o en ejecución, y las demás actividades y ejecutorias que le asigna el capítulo IV del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente.

Como bien puede apreciarse, en esta disposición se reúnen muchas de las competencias que, en principio, estaban consagradas al Consejo de la Judicatura, pero que luego por virtud del proceso de reestructuración del sistema judicial, fueron asignadas de manera conjunta, a la Comisión de Emergencia Judicial, al todavía vigente Consejo de la Judicatura y a la Inspectoría General de Tribunales. Seguidamente, y dada la supresión del Consejo de la Judicatura, así como la atribución de órgano auxiliar y autónomo de la Inspectoría General de Tribunales, de conformidad con lo previsto en el Decreto por el cual se dictó el Régimen de Transición del Poder Público, todas las competencias señaladas pasaron a ser ejercidas de forma exclusiva, para ese momento, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

En el instrumento normativo que regula las funciones del órgano sancionador, se define la integración de la comisión, la organización y funcionamiento de la misma; y en su capítulo IV, se establece el procedimiento disciplinario a seguir para los jueces y demás funcionarios judiciales. Esto ultimo básicamente reproduce el contenido exacto del procedimiento indicado en el Decreto de Transición.

Como punto fundamental, a efectos de la competencia para conocer de las sanciones disciplinarias dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, se dejó claro que el interesado puede ejercer el recurso de reconsideración ante el órgano sancionador dentro de los quince (15) días continuos desde la notificación del acto o el recurso contencioso-administrativo ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los treinta (30) días continuos de su notificación.

Con este último planteamiento, finalmente queda clara no solamente la cuestión de la competencia que, en un principio, fue atribuida a la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, sino que además, se deja a la libertad del funcionario la decisión de agotar la vía administrativa o acudir directamente al órgano contencioso-administrativo. Tal situación, vigente en una disposición de carácter transitorio, se encuentra en perfecta armonía con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Administración Pública, el cual prevé:

> Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:
>
> 9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.

El 15 de agosto de 2000, mediante publicación efectuada en Gaceta Oficial Nº 37.014, entra en vigencia la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 267 de la Constitución de 1999.

A través de este instrumento, se da formal nacimiento a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, pero además, con la finalidad de que ejerza por vía de delegación, las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Asimismo, se crea la Comisión Judicial como órgano perteneciente al Tribunal Supremo de Justicia y se le confiere, también por delegación, el ejercicio de las funciones de control y supervisión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, así como otras previstas en el contenido de la Resolución.

Con esta Normativa, básicamente se obtiene la estructuración orgánica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, en sus diferentes niveles. Divide así su estructura para el mejor desempeño de sus funciones, en comités internos, unidades asesoras y de apoyo, unidades supervisoras y operativas, y unidades desconcentradas.

En el Capítulo III se confiere carácter de unidades autónomas a la Inspectoría General de Tribunales, al Servicio de la Defensoría Pública y a la Escuela Judicial. Destaca fundamentalmente el hecho de que, a través de esta normativa se le otorga el carácter autónomo a la Inspectoría General de Tribunales, quedando adscrita a la Comisión Judicial. Lo anterior resulta determinante porque permite observar de qué manera el mencionado órgano ha ido logrando posición e independencia con el transcurrir del tiempo.

En un primer momento, bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, publicada el 24 de agosto de 1988, la Inspectoría General de Tribunales formaba parte integral del extinto Consejo de la Judicatura, al punto de que la designación del Inspector General se hacía en sesión plenaria, por los miembros del entonces ente sancionador. En la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, publicada el 08 de septiembre de 1998, y vigente a partir del 23 de enero de 1999, se estableció que el nombramiento y designación del Inspector General de Tribunales se hacía por la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Y en la actualidad, hasta tanto se dicten las normas que regulen de manera definitiva el régimen disciplinario de los jueces, la Inspectoría General de Tribunales, por virtud de la autonomía otorgada a través de la Normativa dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, no se encuentra en relación de subordinación respecto de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como podría haber sucedido en algún momento con el suprimido Consejo de la Judicatura. Hoy se ubica en una relación de coordinación respecto del órgano sancionador.

Lo anterior es sostenido, incluso, a través de las distintas sentencias de la Sala Político-Administrativa, por virtud de las cuales se ha reiterado el criterio de que las decisiones de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, son susceptibles de ser recurridas por la Inspectoría General de Tribunales.

En efecto, la Sala afirma la cualidad que le asiste al Inspector General de Tribunales de actuar legítimamente contra los actos emanados de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que considere lesionan los intereses difusos o colectivos.

Para ello argumenta que si bien el artículo 23 del Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, otorga, de manera provisional, la competencia disciplinaria al órgano antes indicado, reforzado además este carácter, en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, de fecha 15 de agosto de 2000, tal circunstancia no es óbice para legitimar al Inspector General de Tribunales, quien como titular del órgano auxiliar del ente decisor, y dada la condición de unidad autónoma del órgano que preside, cuenta no sólo con la facultad sino también con la obligación de defender la transparencia de los procedimientos y decisiones administrativas dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Sin embargo, aun cuando lo anterior reviste importancia desde el punto de vista de la protección del juez y de la colectividad, surge la inquietud sobre el equilibrio que debe existir entre la potestad sancionatoria que ejerce la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial como ente decisor y la facultad que se le confiere a la Inspectoría General de Tribunales para atacar los actos que provengan del primero de los órganos.

En efecto, si éste último órgano se limita a realizar labores de instrucción, así como de sustanciación, y actuación se concreta a formular la acusación de un determinado juez, sin que su decisión tenga carácter vinculante, dado que en definitiva, es la Comisión la que dictamina la sanción o la absolución del caso; cabría preguntarse, entonces, ¿hasta qué punto el Inspector General de Tribunales cuenta con la facultad de recurrir por vía judicial el acto final emanado del ente sancionador?

La Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, estableció entre sus Disposiciones Transitorias y Finales, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, tal como ha sucedido en la práctica, daría inicio a su funcionamiento a partir del 1 de septiembre del año 2000, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 22 y 28 del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente.

Asimismo, determinó que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cesaría en las funciones que correspondían al extinto Consejo de la Judicatura, en su Sala Plena y Administrativa, dejando a su cargo de forma exclusiva pero temporal, las funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y sean creados los correspondientes tribunales disciplinarios, tal como lo prevé el artículo 267 de la Constitución de 1999.

Nos encontramos en la actualidad a la espera de la aprobación definitiva del proyecto de Código de Ética del Juez, cuyo contenido, orientado a definir los principios éticos que han de regir la función jurisdiccional, así como el régimen disciplinario, pretende dar cumplimiento al mandato constitucional expresado.

Se han presentado proyectos ante la Asamblea Nacional por parte del Tribunal Supremo de Justicia, y también del seno del propio órgano legislativo, dirigidos a normar la conducta de los jueces en el orden disciplinario, sin embargo, para la fecha de realización de este trabajo, ha sido elaborado el informe que contiene la primera discusión de la Asamblea Nacional, sobre el "Proyecto de Código Orgánico de Ética y Disciplina de los Jueces Venezolanos o Juezas Venezolanas", como ha sido denominado hasta ahora.

Entre otros aspectos, vale la pena seguir muy de cerca el contenido del instrumento jurídico que finalmente sea aprobado por la Asamblea Nacional. Sobre todo, porque a

través de éste se van a sentar las bases definitivas de la actividad jurisdiccional, que hasta la presente y a partir del proceso que ordenó su reestructuración, se ha visto trastocada y confundida en diversos sentidos. No sólo la cantidad de órganos, decretos, reglamentos, resoluciones, y la modificación de las competencias para conocer de las causas disciplinarias de los jueces, han contribuido a enturbiar la importante misión de juzgar, sino además, los innumerables procedimientos disciplinarios que han sido iniciados, muchos concluidos con una sanción o por el contrario, en absolución, en diversas ocasiones sin fundamento alguno, por parte del órgano disciplinario *de turno*.

Sin menoscabo de la importancia que reviste lo anteriormente señalado, nos interesamos por saber cuál será la naturaleza de las decisiones emanadas de los órganos que finalmente se constituyan a fin de controlar la actividad jurisdiccional. Un sector de la Doctrina apunta a la idea de una jurisdicción disciplinaria, por la cual se dicten actos de naturaleza judicial, lo cual supone la constitución de verdaderos tribunales encargados de velar por la disciplina de los jueces en el sentido propuesto. Otra parte del campo doctrinario, insiste en la creación de órganos de carácter administrativo, destinados a regular la actividad jurisdiccional, mediante el pronunciamiento de actos administrativos, como ha sucedido hasta ahora en nuestro país.

Estamos, pues, a la espera de la aprobación definitiva del Proyecto presentado ante la Asamblea Nacional, lo cual, sin duda, repercutirá en la claridad de muchos de los aspectos que hasta la presente han sido objeto de discusión.

2. *El Poder Judicial*

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL[1]

Diego Valadés
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Nacional Autónoma de México

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La evolución de las demandas de justicia corresponde a los diversos objetivos que en cada etapa se procura alcanzar. En términos generales a partir de la Edad Media se ha querido recuperar la racionalidad jurídica que singularizó al mundo romano. Así, por ejemplo, podemos identificar la exigencia de oportunidad, que obligó a los monarcas medievales a desempeñar una función itinerante para administrar justicia, y más adelante a delegar esa tarea; a su vez las reales audiencias, que tuvieron un especial desarrollo en América[2] son un buen ejemplo del proceso de descentralización que resultó de la exigencia de justicia oportuna.

Una segunda demanda fue la de objetividad en la impartición de justicia, que permitió superar los llamados juicios de Dios (ordalías, torneos y duelos), para adoptar procedimientos que dieran seguridad por su naturaleza general, pública, estable, predecible y controlable, que caracterizan al Estado de derecho. En seguida se procuró asegurar la imparcialidad en la impartición de justicia, y de ahí resultaron principios medulares para la seguridad jurídica como la no retroactividad de las normas, la prohibición de ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y la presunción de inocencia. Más adelante, y dentro del mismo objetivo de imparcialidad, se planteó la autonomía de los jueces y del ministerio público. De esta manera la universalidad de la norma y la autonomía de los integrantes de los órganos judiciales adquirieron una especial relevancia desde la perspectiva de la imparcialidad para impartir justicia.

Pero si bien con esas medidas se fueron alcanzando, en su larga evolución de siglos, varios de los objetivos colectivos en materia de justicia, hubo otros aspectos que sólo se plantean por primera vez en el curso del siglo XX: la profesionalidad y la responsabilidad de los administradores de justicia. Las tareas de preparación, selección, actualización, control y disciplina del personal judicial corresponden al más reciente estadio del desarrollo en cuanto a la impartición de justicia. Las patologías del poder, exacerbadas como nunca antes, trasladaron a los aparatos judiciales una larga serie de expectativas que los transformó en los nuevos garantes del ejercicio responsable del poder y de las libertades individuales y públicas.

---

1. Para el ilustre jurista Allan R. BREWER-CARÍAS.
2. Hubo trece: Buenos Aires, Caracas, Charcas, Cuzco, Guadalajara, Guatemala, Lima, México, Panamá, Quito, Santa Fe de Bogotá, Santiago de Chile y Santo Domingo.

En ese escenario aparecieron, en la primera posguerra, los tribunales constitucionales checoslovaco y austríaco, de los que hoy existen más de cien en el mundo[3]. Por su parte los consejos de la judicatura se convirtieron en una de las instituciones más representativas de la segunda posguerra[4]. En uno y otro casos de lo que se trata es de salvaguardar los valores de la libertad, de la igualdad y de la seguridad jurídica, que resultaron gravemente dañados con motivo de las conflagraciones mundiales. Ambas tuvieron mucho que ver con el ejercicio irracional del poder; esta preocupación llevó a procurar instrumentos que ofrecieran márgenes certidumbre en cuanto al ejercicio racional del poder, y a ese objetivo precisamente se dirigen las decisiones de asegurar la supremacía de la Constitución y la solvencia de los jueces.

La posguerra fría presenta ahora nuevos desafíos para los sistemas constitucionales y para la impartición de justicia. La concentración del poder, del saber y de la riqueza que alcanza cotas excesivas; y el surgimiento de un Estado intangible, sujeto a reglas de mercado y no a disposiciones constitucionales, ajeno por ende al sistema representativo y a los controles políticos, sugieren la conveniencia de extender las facultades del único órgano del poder que no ha sido cuestionado por las fuerzas económicas: el judicial. Más todavía, con relación a ese órgano las fuerzas económicas no sólo no plantean reticencias ni resistencias sino que, al contrario, esperan y promueven su desarrollo.

Los aparatos judiciales, considerados como factores necesarios para dar certidumbre a las relaciones personales y corporativas, son contemplados como indispensables en la etapa actual de desarrollo de las instituciones. Mientras que con relación a los gobiernos prevalece una actitud de rechazo, y con relación a los congresos y a los partidos políticos aumenta la desconfianza, los tribunales ocupan un espacio de respetabilidad que ningún otro órgano del poder comparte. De alguna manera por esa razón también han crecido en número e importancia los organismos de relevancia constitucional, en tanto que representan una forma diferente de ejercer el poder.

En ese contexto, los órganos de impartición de justicia están modelando una nueva forma de cultura institucional[5], por lo que su presencia en el escenario social y su participación en nuevas y mayores responsabilidades, adquieren una dimensión creciente. Este fenómeno hace recomendable la extensión de facultades de los órganos de la impartición de justicia, para reducir el desequilibrio institucional generado por las presiones corporativas y para contrarrestar los efectos de la corrupción pública.

En este trabajo no se examina el desempeño de los consejos de la judicatura, sino sólo las posibilidades de ampliar los ámbitos de su desempeño a partir de los niveles de eficacia y prestigio que han alcanzado, y en una diversidad de ámbitos que requieren nuevos enfoques y modelos de conducta. La sola renovación en cuanto a la organización y funcionamiento de las instituciones es insuficiente si no va acompañada también de una nueva percepción social de esas instituciones. En este punto y por lo que hace a la justicia, el papel de los consejos de la judicatura puede ser fundamental.

---

3. HARUTYUNYAN, Gagik, "Fundamental issues of administration of constitutional justice", en GIAPPICHELLI, G., *Guistizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell´europa centro–orientale*, Giuseppe de Vergotini, ed.,, Turín 2000, p. 11.

4. Debe considerarse, no obstante, que los antecedentes de la consejos se remontan al siglo XIX, como ha demostrado en un acucioso estudio FIX-ZAMUDIO, H., *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, Consejo de la Judicatura Federal, México 1997, pp. 16 y ss.

5. Téngase en cuenta, en este punto, la tesis de HÄBERLE, P., en el sentido de incluir a la cultura como el cuarto elemento del Estado. *El Estado constitucional*, trad. de FIX-FIERRO, H., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2001, pp. 21 y ss.

II. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Con las particularidades que resultan de los diversos enfoques doctrinarios en cuanto al Estado, de manera general se puede decir que sus funciones se agrupan en dos grandes segmentos: seguridad y justicia. Por otra parte los dos ejes que sustentan la concepción contractual de la sociedad consisten en la obligación política, entendida como la libre sujeción a una autoridad legítima, y en la confianza, como factor de cohesión. La conjugación de esos factores resulta esencial para advertir la trascendencia que tiene la impartición de justicia en el Estado constitucional democrático contemporáneo.

Las clasificaciones tradicionales de los sistemas han excluido la función de la justicia. Desde el período clásico (Sócrates, Platón, Aristóteles), y hasta las más recientes caracterizaciones de la democracia (J. Dunn, J. Elster, C. Gould, D. Held, J. Linz, S. Mainwaring, A. Przeworski, G. Sartori, p. e.), han pasado por alto la trascendencia de las funciones judiciales para establecer la naturaleza de un sistema político. Se atribuye relevancia a las relaciones entre los órganos políticos del poder, y entre éstos y los destinatarios del poder; pero no se identifica la importancia de las funciones judiciales. Esto no excluye que en diversas etapas (Aristóteles, Séneca, Tácito, entre los más antiguos) se haya advertido con nitidez la triple función del poder: legislar, juzgar y mandar. Sencillamente ha ocurrido que para la caracterización de los sistemas políticos no se ha considerado relevante la autonomía, diligencia, objetividad, probidad y aptitud de la impartición de justicia.

La omisión es explicable porque los sistemas políticos están concernidos con la regulación racional de los conflictos, en tanto que los sistemas de impartición de justicia atañen a la solución razonable de los conflictos. En el primer caso están involucrados asuntos de poder y en el segundo de convivencia. La seguridad y la obligación política se implican como parte de las luchas por el poder, en el poder, ante el poder y contra el poder, en tanto que la justicia y la confianza son aspectos correlativos de las relaciones sociales horizontales.

La percepción jusnaturalista desde la que contemplaban a la confianza Locke, Hobbes y Rousseau, por ejemplo, marcó una rica etapa del pensamiento político y jurídico; en la actualidad ese delicado e inasible factor de cohesión suele relacionarse más con operaciones de maximización de las expectativas en las relaciones individuales y colectivas. La confianza se asocia con procesos de racionalización de las relaciones, más que con percepciones abstractas y metafísicas. Luhmann[6], por ejemplo, examina con detenimiento las bases racionales de la confianza y de la desconfianza. La confianza, desde su perspectiva, es una elemento esencial de las formas complejas de relación: "La confianza es racional con respecto a la función de aumentar el potencial de un sistema para la complejidad. Sin la confianza solamente son posibles formas muy simples de cooperación humana".

Las formas elementales de relación social no permiten desarrollar sistemas elaborados de impartición de justicia; entre unas y otros hay una clara incompatibilidad. La desconfianza resulta un elemento que influye en las tendencias conservadoras de las sociedades. Esa proclividad conservadora a su vez inhibe cambios significativos, orientados al desarrollo y a la consolidación institucionales. La desconfianza detiene los procesos evolutivos hacia formas más complejas de organización y relación, y alienta las respuestas simples, elementales, primarias, ante los grandes problemas de convivencia social.

6. *Confianza*, Anthropos-Universidad Iberoamericana, México 1996, pp. 149 y ss.

En el orden jurídico es necesario considerar la fuerza normativa de la confianza, porque de ella dependen las relaciones contractuales privadas y la cohesión (contrato) social. Dunn[7] advierte que para identificar sus propios intereses, los individuos y las colectividades tienen que resolver arduos problemas epistémicos, superar los obstáculos que les impiden su consecución y competir con quienes también desean alcanzarlos. Podemos agregar que esos tres factores (conocimiento, esfuerzo y lucha) condicionan la confianza en un espacio y en un tiempo determinados, y que las dificultades epistémicas son tanto mayores cuanto menor sea el nivel cultural de una sociedad, que la magnitud de los obstáculos guarda relación con la actitud (objetividad, claridad, oportunidad, completitud, etc.) del sistema mediático en una sociedad, y que los niveles de competencia pueden inhibir la confianza si no se cuenta con instrumentos que diriman los conflictos de manera oportuna y razonable. Es precisamente en este punto donde se puede observar la fuerza normativa de la confianza, porque su presencia tiene un efecto directo en el tipo de relaciones de intercambio entre los miembros de cada comunidad.

La impartición de justicia juega un papel que ha sido poco valorado en cuanto a inhibir o estimular la confianza[8]. Con independencia de los aspectos sustantivos de la justicia, hay una cuestión que concierne a la estabilidad de los sistemas políticos y que está relacionada con la forma en que la justicia es administrada. La rigidez de los sistemas autoritarios se ve paliada cuando la impartición de justicia, así sea en medio de restricciones, opera con cierta eficacia; en contraposición, las ventajas de los sistemas políticos abiertos se ven lastradas cuando la impartición de justicia presenta deficiencias. En los sistemas autoritarios incluso pequeños resquicios para la impartición de justicia significan un alivio, mientras que en los sistemas plurales cualquier limitación en ese ámbito supone una merma de la confianza en el sistema. Esto es comprensible porque los sistemas autoritarios se apoyan en la fuerza en tanto que los sistemas abiertos se basan en la adhesión a principios y procedimientos. Ante el ejercicio de la fuerza prevalece el temor, y ante los reclamos de adhesión se requiere de la confianza.

En un sistema autoritario los destinatarios del poder no tienen dudas acerca del comportamiento de la autoridad, mientras que en un sistema abierto las expectativas suponen un amplio abanico de posibilidades en cuanto a la actuación de los titulares de los órganos del poder. La certidumbre negativa respecto de un sistema autoritario no se basa en las relaciones fiduciarias, mientras que cumplir con las posibilidades que ofrecen los sistemas abiertos exige que los destinatarios del poder tengan, con relación a sus titulares, un mínimo de confianza acerca de su idoneidad ética y de su capacidad.

La impartición de justicia ocupa un papel medular en la consolidación de todo sistema abierto; papel que debe ser evaluado con rigor en América Latina, donde en términos generales se ha asignado una mayor importancia a los organismos y procesos electorales y de representación política. Ciertamente estos aspectos reclamaban una atención prioritaria, porque sin resolverlos no hubiera sido posible superar la etapa del autoritarismo político; pero si se dejara desatendida la impartición de justicia por considerar que ya alcanzó el nivel adecuado a las necesidades de los sistemas constitucionales, se estaría cometiendo un error crítico. La consolidación de los sistemas constitucionales exige continuas medidas de ajuste, y el área más sensible, aunque paradójicamente la menos atendida, es la de impartición de justicia. De ahí que, al tiempo de repasar los

7. *The history of political theory*, CUP, Cambridge 1996, p. 94.

8. Son escasos los estudios sobre la materia; ver el de POSNER, Richard A., sobre la importancia de la reputación de los jueces, como un factor que sustenta la confianza en el aparato judicial en su conjunto. *Cardozo. A study in reputation*, The University of Chicago Press, Chicago 1990.

importantes avances que en esta materia se han alcanzado, sea también oportuno identificar las nuevas y posibles rutas por emprender.

III. AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA

Aunque ya son varios los estados donde se ha adoptado la autarquía de los órganos jurisdiccionales basada en la suficiencia presupuestal (Bolivia, a. 116, VIII; Costa Rica, a. 177; Ecuador, a. 207; El Salvador, a. 172; Guatemala, aa. 205 y 213; Honduras, a. 306; Nicaragua, a. 159; Panamá, a. 211; Paraguay, a. 249; Venezuela, a. 254), es necesario impulsarla ahí donde todavía no existe. Debe tenerse en cuenta que las adjudicaciones constitucionales de presupuesto, en general, tienen resultados adversos para los sistemas representativos; empero, en el caso de los órganos judiciales también debe aceptarse que la excepción es justificable.

Las diferentes fases del presupuesto (autorización del cobro y del gasto, y control de su ejercicio) tienen una relación directa con el control político ejercido sobre los gobiernos por los congresos y parlamentos. Entre mayor sea el umbral de libertad para que los congresos establezcan el monto de las partidas, mayor será también el espacio para el ejercicio del control político que les corresponde. En tanto que la función central de los congresos en nuestro tiempo es controlar, parecería que, al establecerse cifras o porcentajes para la adjudicación de un rubro del presupuesto, se estaría limitando la capacidad de negociación y control entre el gobierno y el congreso. Empero, tratándose de la judicatura, deben valorarse otros factores.

Cuando el gobierno dispone de mayoría en el congreso, el órgano judicial queda a merced de lo que el ejecutivo le quiera asignar; y cuando el gobierno no cuenta con esa mayoría, las tensiones y negociaciones en el congreso se resuelven sacrificando lo que para cada una de las partes resulta prescindible. En este caso la posición que cada agente del poder asuma con relación al presupuesto de los órganos de impartición de justicia dependerá de la importancia que le asignen a esa actividad, y siempre habrá la posibilidad de que adopten una decisión contraria a los órganos jurisdiccionales, aunque en el orden de las declaraciones manifiesten que fueron los adversarios quienes impidieron fortalecer la impartición de justicia. En estas circunstancias la función judicial queda expuesta a las vicisitudes de la política. El problema se acentúa porque, en la mayoría de los sistemas, bastante más de la mitad del gasto suele estar determinado por disposiciones legales de las que resultan compromisos financieros ineludibles para el Estado, a menos que las normas correspondientes sean modificadas. Paradójicamente los órganos jurisdiccionales son, en buena parte de los estados iberoamericanos, los menos protegidos en materia de presupuesto.

Eso es muy desfavorable para la impartición de justicia. Si el órgano judicial controla la constitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades, pero el gobierno y el congreso controlan el gasto del poder judicial, de alguna manera afectan su autonomía orgánica. Desde luego no se puede decir que la capacidad decisoria de los jueces esté condicionada por factores políticos; la respetabilidad de su criterio depende más de su idoneidad ética y profesional que de factores crematísticos; pero lo que sí se les limita es la posibilidad de ampliar la organización judicial y de contar con los recursos materiales y técnicos necesarios para cumplir satisfactoriamente su labor. Por otra parte, toda vez que la impartición de justicia no es una actividad política, tampoco puede ser utili-

zada por los partidos en su labor proselitista. De ahí que, por lo general, los agentes políticos no la incluyan entre sus proyectos prioritarios.

Esa no es una cuestión menor. Progresivamente van aumentando los casos de gobiernos divididos, en tanto que la mayoría en el congreso y en el gobierno no siempre coinciden. Las tensiones se van resolviendo en los puntos en que se encuentra la línea de menor resistencia dentro de un juego de concesiones recíprocas que permite acomodar las pretensiones de una pluralidad de contendientes. Sería una verdadera contradicción que la posición de la justicia se debilitara en tanto que el pluralismo político avanzara. En esta circunstancia lo más recomendable es que se substraiga a la impartición de la justicia de la negociación política, pues esta negociación tiene más que ver con las políticas públicas que con las políticas de Estado.

En la medida en que la impartición de justicia es ajena a las tensiones políticas, e inclusive sirve para atenuarlas, su fortalecimiento concierne a una política de Estado, que por ende corresponde al interés nacional y no está sujeta a la conveniencia de uno o varios partidos. Las políticas de Estado reflejan los consensos esenciales para que una sociedad funcione y pueda absorber las tensiones que resultan de los aspectos en que cada fuerza política aspira a imponer sus puntos de vista. Una de esas políticas debe consistir en substraer el financiamiento a la impartición de la justicia del regateo presupuestal entre agentes políticos. Es así como se puede asegurar que haya un instrumento de equilibrio, ajeno a las presiones coyunturales.

Los mecanismos susceptibles de ser adoptados en cuanto a las asignaciones presupuestarias para la impartición de justicia son variados. Pueden corresponder a un porcentaje del producto interno o del gasto público, por ejemplo, o quedar vinculadas a las tasas de inflación o de aumento del presupuesto general. En este sentido los efectos de cada uno de los mecanismos financieros pueden resultar más o menos favorables para los órganos de impartición de justicia; pero con todos ellos el principio queda asegurado: la justicia deja de ser un factor de la negociación presupuestal, por lo general el más vulnerable.

La justicia es una función del Estado, no del gobierno ni de los partidos; su autonomía resulta de la relación simétrica que debe existir entre todos los órganos del poder. En ciertas circunstancias del Estado constitucional esa simetría se produce entre el gobierno y el congreso, en tanto que ambos órganos del poder se llegan a equilibrar razonablemente; pero los jueces no disputan el poder con los presidentes ni con los representantes populares; los jueces tampoco encabezan corrientes de opinión ni de preferencia electoral, ni disponen de maquinaria mediática para hacer valer su presencia. La asepsia judicial hace recomendable que se generalicen las previsiones constitucionales mediante las cuales quede garantizada la participación presupuestal que corresponda a los órganos de impartición de justicia.

En este punto existe un amplio territorio en el cual todavía es posible que se extienda la acción de los consejos de la judicatura. En la medida en que les corresponde el gobierno de la magistratura y, en consecuencia, ejercen en ese ámbito funciones administrativas y presupuestarias, es comprensible que también se les asigne la tarea de planificación del desarrollo a largo plazo de la función judicial, que sólo es posible a partir de que se disponga de bases jurídicas que aseguren la gestión autárquica de los tribunales.

IV. MECANISMOS DE EVALUACIÓN

Los consejos de la judicatura tienen a su cargo garantizar la idoneidad de los funcionarios que participan en la impartición de justicia. Esa era la idea dominante cuando los consejos surgieron, en su fase remota en Italia en 1907, y en su expresión contemporánea en Francia en seguida de la segunda posguerra. La presencia de los consejos obedecía a la necesidad de asegurar la independencia de la judicatura. Luego se vio que para consolidar esa autonomía era necesario incorporar otras cuestiones, como las de naturaleza presupuestaria. Hay, sin embargo, otro asunto que todavía no es abordado de manera sistemática: la evaluación de la justicia[9]. Este es tema complejo, pero en algún momento deberá ser considerado como una de las nuevas vertientes de los consejos.

Los avances en la profesionalización de los funcionarios judiciales tienen un efecto social muy favorable[10], pero ahora surgen otros aspectos que también es necesario atender. Por ejemplo, ¿cómo determinar el número ideal de jueces con una anticipación que permita programar los recursos necesarios? ¿Cómo establecer ahora y prever para el futuro los lugares en los que deben funcionar los juzgados? ¿Cómo valorar el impacto económico y cultural de las reformas judiciales? ¿Qué indicadores se pueden adoptar para medir el resultado de las decisiones organizacionales y de las reformas procesales? ¿Cómo determinar la confianza social en las instituciones judiciales? ¿Cuál es la propensión a aceptar o rechazar las resoluciones judiciales?

En algunos países ya se registran adelantos gracias a la adopción de instrumentos de evaluación de los servicios de justicia. Uruguay, por ejemplo, tiene el mayor número de jueces *per cápita* en América, y ocupa el tercer lugar en el mundo; y en Chile se cuenta con una metodología para la distribución territorial de los tribunales. El estudio de Fix-Fierro[11] sobre esta materia es especialmente útil, porque contiene un recuento de problemas y una serie de valiosas propuestas originales que abren una nueva vertiente para la investigación académica. Se hace recomendable que los consejos avancen, como han hecho en otras áreas, para integrar sistemas que permitan la evaluación de la función judicial. Esto será tanto más viable en cuanto que sea también el resultado de acciones de cooperación internacional.

La investigación empírica es onerosa, pero el diseño de instrumentos que puedan ser aplicados en diferentes países reduciría los costes y, más todavía, ofrecería la posibili-

9. En este aspecto existen, sin embargo, serias limitaciones que no deben omitirse. HAIDER MALIK, Waleed, ha observado que "medir los resultados del trabajo de los sistemas judiciales no es una ciencia exacta. Normalmente, las medidas de los resultados del trabajo implican identificar unidades de productos y de los insumos relacionados, al propio tiempo que se toman en cuenta los cambios de calidad". *V.*, "El desarrollo económico y la reforma judicial", en Soberanes, J.L., Valadés, D., y Concha, H. Eds., *La reforma del Estado. Estudios comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1996, p. 543.

10. Aunque en términos generales se aceptan las grandes ventajas de la llamada *profesionalización*, también conviene tener en cuenta la reserva de CALAMANDREI, Piero, cuando señalaba que "La carrera tiene el peligro de transformarse, como sucede para todos los empleados, en el gusanillo siempre presente en el subconsciente del magistrado; gusanillo que llega a convertirse en una obsesión en los períodos críticos de su vida, en los que está próximo a alcanzar la antigüedad necesaria para aspirar al ascenso. Puede suceder, así, que el magistrado se sienta inclinado naturalmente, por costumbre burocrática, a considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia *carrera*, y puesto que el ascenso a que aspira depende del juicio encomendado a una comisión de magistrados de grado superior .... llega a preferir las misiones que le darán mayor oportunidad de fabricar títulos idóneos para congraciarlo con sus futuros examinadores... porque saben que para los efectos de la promoción son las sentencias doctas y no las justas las que son tomadas en consideración". Esta es una apreciación dura, acaso hiperbólica, pero que no debe omitirse; después de todo, ningún sistema es perfecto. *V.*, *Proceso y democracia*, trad. de FIX-ZAMUDIO, H., EJEA, Buenos Aires 1960, p. 100.

11. FIX-FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia*, UNAM, México 1995, p. 59.

dad de contrastar experiencias. Al asumir una función de este género los consejos estarían innovando en cuanto a la magnitud de sus responsabilidades y contribuirían a la consolidación de la independencia de los órganos jurisdiccionales del Estado. En tanto no se adopten medidas de evaluación por parte de esos órganos, se corre el riesgo de que las emprendan los gobiernos, y los resultados son previsibles: los gobiernos comenzarían a señalar las deficiencias en cuanto a la organización y el funcionamiento de los tribunales, y a apuntar sus posibles soluciones. Por esta vía los gobiernos, e incluso los congresos si asumieran esa empresa como parte del trabajo de sus comisiones de investigación y con motivo de sus facultades de asignación presupuestaria, contarían con un mecanismo que reduciría los espacios de independencia de los tribunales.

A pesar de las enormes dificultades que representa y que han sido identificadas desde largo tiempo atrás[12], es necesario que se consideren las ventajas que ofrecen el diseño y la aplicación de instrumentos de evaluación, y las desventajas que entraña su posposición[13]. Los procesos de innovación organizativa y procesal no pueden quedar sujetos indefinidamente a decisiones que carecen de apoyo en la investigación empírica y en la medición, tan certera como sea posible, de los resultados. La obtención de un máximo de beneficios con un mínimo de recursos sólo será posible con el empleo de mecanismos y técnicas que permitan cuantificar la eficiencia de la impartición de justicia. De no procederse así los tribunales quedarán expuestos a incidir en errores de otra manera previsibles y eludibles; prescindirán de la oportunidad de ensayar y corregir con prontitud, dejarán pasar inadvertidos los aciertos o los riesgos potenciales de algunas medidas y alcanzarán sus objetivos con mayor lentitud, esfuerzo y costo. En este punto debe tenerse presente la observación de Héctor Fix-Zamudio[14] en el sentido de que "se advierte la ausencia de estudios sociológicos de carácter empírico para determinar la eficacia de los consejos judiciales latinoamericanos". En otras palabras, los consejos tienen que estudiarse también a sí mismos.

Los instrumentos de evaluación, por otra parte, deben incluir la gestión de todos los órganos de impartición de justicia, aun de los que actúan fuera del ámbito formal del poder judicial: de los centros de enseñanza jurídica, de las agrupaciones abogados, de los funcionarios que ejercen actividades registrales y del ministerio público. En general, de las actividades gubernamentales y no gubernamentales que tienen impacto en la calidad de impartición de justicia. Es imprescindible proceder conforme a un enfoque holístico, porque las decisiones fragmentarias generan resultados insuficientes, también parciales. Además, la impartición de justicia es un proceso complejo con relación al cual no habrá resultados satisfactorios hasta en tanto no sea objeto de un abordamiento sistemático, con todos los recursos cognitivos y organizativos de que dispone la sociedad.

12. *V.*, p.e., el análisis hecho en 1993 por CORREA SUTIL, Jorge, *et al.*, *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego José Portales, Santiago de Chile 1993, esp. pp. 18 y ss.

13. Hay otro aspecto importante que suele ser preterido: el impacto económico de la falta de evaluación de las actividades relacionadas con la impartición de justicia. *V.*, p.e. PASTOR NIETO, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas, Madrid 1993, pp. 233 y ss.

14. "Órganos de dirección y impartición de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos", en *Memoria de El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México 1992, p. 71.

V. AUTONOMÍA Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El modelo de desarrollo profesional representado por los consejos de la judicatura, que tienen a su cargo velar por la autonomía de los órganos jurisdiccionales, deberá ser seguido por el ministerio público. En varias constituciones (Argentina, a. 120; Bolivia, a. 124, Brasil, a. 127; Colombia, a. 249; Chile, a. 80 A; Ecuador, a. 217; El Salvador, aa. 191 y ss.; Guatemala, a. 251; Honduras, aa. 228 y ss.; Paraguay, a. 266; Perú, a. 158; Portugal, a. 219, p.e.) se establece la autonomía del ministerio público, fortaleciendo así una tendencia dominante que en algunos otros países se encuentra en estudio, y es de desear que no quede frenado por inercias autoritarias o resistencias al cambio.

El tránsito de los sistemas autoritarios a los democráticos exige que la acción penal no sea, ni se sospeche que pueda llegar a ser, un instrumento de presión susceptible de utilización política en manos del gobierno. Para consolidar la autonomía de los órganos del ministerio público resulta útil la experiencia de los consejos que operan en el ámbito de los órganos jurisdiccionales del Estado. La autonomía del ministerio público exige, como en su momento sucedió con la judicatura, mecanismos rigorosos de selección, capacitación, evaluación, promoción, traslado y control.

La autonomía de los órganos vinculados con la impartición de justicia guarda directa relación con los principios de probidad y profesionalidad, y la experiencia indica que los mejores instrumentos para resguardarlos, en el caso de la judicatura, son los consejos. Conforme a estructuras en gran medida superadas, el control administrativo de los tribunales recayó durante mucho tiempo en instancias centralizadas, como los ministerios de justicia[15]. Esta situación ya es un anacronismo del que no subsisten registros significativos en el Estado constitucional. Sin embargo, el ministerio público sigue presentando, en numerosos sistemas, un rezago incompatible con la evolución general de las instituciones democráticas. Los resultados alcanzados por los órganos de gobierno de la judicatura llevan a considerar que, además de su relevancia institucional, tienen una función paradigmática que permite sugerir su extrapolación a otras tareas análogas. En este sentido el proceso de innovación sigue abierto, y el horizonte constructivo de los consejos de la judicatura es de una gran amplitud.

En casi la totalidad de los ministerios públicos, incluso de los dotados de autonomía, prevalece la centralización administrativa. Es un vestigio de la estructura jerárquica tradicional, que resultó de la prolongada integración de ese órgano del poder en el ámbito del gobierno. Desde luego es necesario que se preserve la unidad de acción en el ejercicio de las delicadas facultades que incumben al ministerio público[16]. El ministerio público, por definición, es unitario e indivisible, pero esto no debe llevar al extremo de que las funciones técnicas, junto con las administrativas, queden centralizadas por una sola persona. De ahí que el desempeño de los consejos de la judicatura pueda tenerse como un valioso ejemplo para generar un modelo equivalente en el ámbito del ministerio público.

Debe tenerse en cuenta que sin una gestión responsable, profesional y honesta del ministerio público, la acción de los jueces queda expuesta al fracaso. Es por eso que la

15. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, H., y FIX-FIERRO, H., *El Consejo de la Judicatura*, UNAM, México 1996, p. 12.

16. Es oportuno apuntar un vicio lexical que se va extendiendo: confundir a los agentes del ministerio público con la función que realizan. Es frecuente, incluso entre profesionales del derecho, escuchar referencias a "los ministerios públicos", cuando en realidad se alude a los agentes que ejercen esa función. Es tanto como si se considerara que cada diputado es un "congreso", o cada juez un "tribunal".

carrera judicial debe tener su correlato en la carrera ministerial, por lo que habrá que pensar en órganos de gobierno que la administren. La confusión entre jerarquía profesional y subordinación político administrativa hace difícil asegurar la idoneidad de los funcionarios. El servicio civil especializado no soluciona todos los problemas de la función pública, pero asegura una mejor preparación y reduce la corrupción. Héctor Fix-Zamudio ofrece una sólida argumentación a favor de integrar en el ámbito del ministerio público organismos análogos a los consejos de la judicatura[17]. Los consejos del ministerio público se deben crear a semejanza de los consejos de la judicatura y pueden luego establecer formas de comunicación y cooperación que permitan intercambiar experiencias y sugerencias para, entrambos, contribuir a la mejor impartición de justicia.

VI. FUNCIONES DE COOPERACIÓN: EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN A OTRAS ÁREAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA (ADMINISTRATIVA, MUNICIPAL, AGRARIA, LABORAL, ELECTORAL, ETC.)

En América Latina se presenta un panorama muy variado en cuanto a la conformación orgánica de la función judicial. Ese abanico de opciones va desde la integración de toda la actividad jurisdiccional del Estado en un solo órgano del poder (p. e. Argentina, aa. 108, 116; Bolivia, a. 116; Brasil, a. 92; Costa Rica, aa. 152 y 153; Honduras, a. 303; Nicaragua, a. 159; Panamá, a. 199; Paraguay, a. 247; República Dominicana, a. 63; Venezuela, a. 349), pasando por la concentración dominante en un órgano, pero admitiendo la presencia de otros, sobre todo en materia constitucional (Ecuador, a. 198 *función judicial*, a. 275 constitucional; El Salvador, a. 172 *órgano judicial*, a. 208 electoral; España, a. 159 constitucional; Guatemala, a. 203 *organismo judicial*, a. 268 constitucional; Perú, a. 201 constitucional; Portugal, a. 221 constitucional) hasta la existencia de una multiplicidad de instituciones (concernientes a la justicia administrativa, agraria, constitucional, electoral y laboral, p.e., como en México, aa. 27 XIX agraria, 115 II a administrativa; 116 V y 122 contencioso administrativo; 123 A XX y B XII laboral; Colombia, aa. 228, 236 administrativa, 239 constitucional, 246 indígena; Chile, aa. 81 constitucional, 84 electoral; Uruguay, aa. 307 administrativa, 322 electoral). Desde luego, la justicia militar corresponde a un ámbito diferenciado en todos los sistemas constitucionales[18].

En lo que respecta a la justicia administrativa, el modelo belga, de justicia retenida, ha ido desplazando paulatinamente al modelo francés, de justicia delegada. En tanto que esto ocurre, algunos consejos de la judicatura incluyen, en su competencia, también a los tribunales administrativos. Aunque en casos como el de Colombia (a. 254), el Consejo Superior de la Judicatura es competente para toda la *rama judicial*, el problema de la falta de órganos de gobierno que garanticen la autonomía, profesionalidad y disciplina, subsiste en cuanto a otros sistemas que siguen el modelo francés. Mientras se consolida la tendencia en el sentido de integrar a todos los órganos jurisdiccionales en un solo

17. *Función constitucional del Ministerio Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, pp. 190 y ss.

18. Son excepcionales los casos en los que procede la revisión de las decisiones de los tribunales militares por parte de los tribunales civiles. *V.*, SAGÜES, N. Pedro, "La jurisdicción militar en Argentina", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997, pp. 67 y ss., y, con relación a la unidad jurisdiccional, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La jurisdicción militar en la Constitución española", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997, pp. 145 y ss.

órgano del poder[19], será necesario configurar los instrumentos que permitan desarrollar formas de gobierno judicial donde todavía no existen.

Por otra parte, algunos organismos jurisdiccionales en materia agraria, electoral, indígena o laboral continúan al margen de los consejos de la judicatura, amén de los casos en los que este tipo de estructura de gobierno judicial no se ha establecido aún para la generalidad de los tribunales. Una solución parcial consiste, en algunos lugares, en la adopción de sistemas de servicio civil, que resuelven las cuestiones de selección, promoción, adscripción, capacitación y disciplina.

En materia de preparación y capacitación ya existe un modelo mixto conforme al cual, por la vía de convenios, ha sido posible que diferentes instituciones colaboren con el propósito de formar personal judicial. Son los casos de Costa Rica y de Uruguay[20]. Paulatinamente se van superando las deficiencias en cuanto a la formación del personal judicial que tan profundamente ha afectado a la función judicial en Iberoamérica[21]. En Uruguay el acuerdo ha sido celebrado entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio de Educación y Cultura y la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y en Costa Rica los acuerdos comprenden sistemas de colaboración de la Escuela Judicial con la policía y los ministerios de Gobernación y Hacienda.

Otro aspecto que por lo general pasa inadvertido es el que corresponde a los órganos municipales que tienen a su cargo la aplicación de sanciones administrativas. Las instancias de justicia municipal son las que tienen una mayor relación con la ciudadanía, y por lo general resultan también las más descuidadas. El intenso contacto de esas áreas con la población no corresponde a la poca atención que por lo general se le presta, y a la pobre preparación de sus integrantes. En este punto debe tenerse presente que la mayor parte de las personas carecen de un adecuado nivel de cultura jurídica, por lo que no suelen distinguir entre las funciones propiamente jurisdiccionales del Estado y las acciones concernientes a las faltas administrativas. En todo caso esa confusión afecta los niveles de confianza en el aparato de justicia, en términos que no han sido medidos pero que, a no dudarlo, deben ser significativos.

Los órganos encargados de la aplicación de sanciones o *penas contravencionales*[22] por infracciones a disposiciones reglamentarias[23], incluyen el arresto, la multa y la clausura. Son decisiones de la administración que exigen, con relación a quien las aplica, conocimientos, objetividad y probidad. Se trata de una función de gran importancia no tanto por la magnitud de las sanciones impuestas, cuanto por el número de las personas sancionadas. Para seleccionar, preparar, actualizar y supervisar a quienes ejercen esas funciones convendría tomar el modelo de los consejos de la judicatura[24]. En este caso el

19. *V.*, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá 1985, pp. 84 y ss.

20. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Las escuelas judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1998, pp. 79, 83; ARGUEDAS SALAZAR, Olmán, "La impartición de justicia en Costa Rica", en OVALLE FAVELA, J., (coordinador), *Impartición de justicia en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993, p. 23.

21. *V.*, el importante análisis de FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1974, pp. 38 y ss.

22. Así las llama MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1980, pp. 597 y ss.

23. SAYAGÜÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, s.p.i., t. I, Montevideo 1974, p. 139.

24. En la Ciudad de México la Ley de Justicia Cívica, de junio de 1999, ya establece el Consejo de Justicia Cívica del Distrito Federal que tiene, entre otras facultades, las de decidir el número y la distribución de los juzgados cívicos; establecer los criterios de preparación y selección de jueces y secretarios; proponer el nombramiento, adscripción y remoción del personal; supervisar, controlar y evaluar el desempeño de los juzgados (a. 56).

establecimiento de consejos de la jurisdicción administrativa permitiría evitar actos de arbitrariedad y de corrupción que afectan la percepción social de las tareas jurisdiccionales en su conjunto y que, en algunos casos, se traducen en acciones ante los tribunales. Quienes aplican sanciones como consecuencia de faltas de policía, deben hacerlo conforme a los principios del debido proceso, y respetando en consecuencia los derechos fundamentales[25].

La naturaleza de esa función exige un mínimo de preparación y una supervisión adecuada de la conducta de quienes la llevan a cabo. Los principales problemas técnicos en cuanto a contar con órganos competentes para regular su funcionamiento resultan de la naturaleza municipal, estatal o regional e incluso nacional o federal de las disposiciones de policía; pero para este caso pueden preverse instrumentos de cooperación que permitan reducir costes, multiplicar beneficios y homologar procedimientos, en beneficio de los administrados.

La vía de cooperación mediante convenios ofrece posibilidades de enriquecer diversas actividades de naturaleza jurisdiccional realizadas por los gobiernos, en especial las relativas a mecanismos de selección y capacitación del personal. Aun cuando muchos problemas se resolverían con la integración orgánica de los tribunales, algunos podrían irse atendiendo sin esperar a que se tome esa decisión, que supone un cambio mayor en numerosos sistemas judiciales nacionales. Más aun: mediante la adopción de convenios de cooperación entre los organismos existentes, se podrían ir despejando algunas resistencias a reformas de gran calado. Es posible desarrollar procedimientos de colaboración (y en este orden, de integración funcional parcial) conforme a los cuales se reproduzcan, en diferentes ámbitos, las ventajas alcanzadas gracias a la experiencia creciente de los consejos de la judicatura.

VII. LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Uno de los más sensibles problemas a los que tienen que hacer frente los consejos de la judicatura, cuando se trata de seleccionar personal, es el de la baja calidad que, en términos generales, presentan los egresados de las escuelas de derecho. A esto contribuye, en algunos países, la proliferación de centros de enseñanza, más allá de las posibilidades de control académico adecuado.

En la actualidad hay más de mil doscientas escuelas de derecho en América Latina, entre públicas y privadas, lo que representa aproximadamente una media de una escuela por cada cuatrocientos mil habitantes[26]. Sin embargo, algunos países están por arriba de esa media lo que, independientemente de la relación entre población en edad escolar y acceso a la educación superior, puede significar una mayor posibilidad de control académico, mientras que otros se sitúan por debajo. Entre los primeros están Argentina (36) y Nicaragua (5): con una escuela de derecho por cada millón de habitantes, Honduras (2): una por cada tres millones, y Venezuela (26): una por cada novecientos mil; ligeramente por encima de la media se sitúan Colombia (61): una por cada seiscientos

25. *V.*, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, INAP-UNAM, México 2002, p. 333.

26. La población del hemisferio, en 2000, ascendía a 480 millones de habitantes. Agradezco la información sobre las escuelas de derecho a los profesores DALLA VÍA, Alberto, (Argentina), DA SILVA, José Afonso, (Brasil), GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, (Centroamérica), OSUNA, Néstor, (Colombia), WITKER, Jorge, (Chile), GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, (Perú) y SORIANO DE GARCÍA PELAYO, Graciela, (Venezuela).

cincuenta mil; El Salvador (10): una por cada seiscientos mil, Guatemala (5): una por cada quinientos cincuenta mil y Perú (45): una por cada quinientos cincuenta mil, mientras que por debajo aparecen Brasil (más de 500): una por cada trescientos treinta mil; Chile (50): una por cada trescientos mil; Costa Rica (58): una por cada doscientos mil, y México (380): una por cada doscientos sesenta mil habitantes.

En el modelo original de los consejos no se tenía en cuenta el problema de la sobrecarga de egresados de las escuelas de derecho y su baja calidad profesional, porque este es un problema que, en términos generales, no afecta de manera sensible la vida jurídica europea. Las escuelas judiciales en América Latina han tenido que contender con ese desafío pero, al margen del nivel de los resultados que hayan obtenido, no ha estado a su alcance influir de manera decisiva en el entorno general de la abogacía. Esto significa que aun cuando todas las escuelas judiciales hubieran alcanzado sus objetivos en cuanto a garantizar la idoneidad de los integrantes de la judicatura, de cualquier forma no habrían resuelto la amenaza para la impartición de justicia que representan los litigantes y los funcionarios administrativos deficientemente preparados.

No hemos medido el impacto de la enseñanza defectuosa en la impartición de justicia, pero lo efectos perceptibles indican que es de mucha consideración. Los estragos posibles no se limitan a tener que invertir grandes esfuerzos y recursos en la superación de esas deficiencias; también se proyectan a otras áreas del que hacer jurídico del Estado. Los asistentes legales de los congresos y de la administración incurren en errores importantes al diseñar las normas, igual las leyes que sus reglamentos; los funcionarios que tienen injerencia en decisiones de relevancia jurídica no siempre disponen de la formación y la información adecuadas, y numerosos abogados litigantes carecen de la preparación necesaria para el ejercicio de tan delicado ministerio. Todos esos factores, conjugados en diferentes proporciones en los distintos puntos de nuestro continente, generan una carga que los órganos de impartición de justicia no pueden soportar con sus propios recursos.

Algunas escuelas judiciales, como en Japón y en México, han abierto sus puertas a los abogados en el ejercicio libre de su profesión[27]. Siendo, como es, un paso positivo, resulta insuficiente ante el tamaño del problema. Para identificar las soluciones e instrumentarlas será indispensable que los consejos y los centros de educación superior formulen conjuntamente programas de trabajo orientados a la elevación de la calidad de la enseñanza del derecho. La asociación de esfuerzos en esa dirección podría generar un cambio profundo en la enseñanza y, por consiguiente, en la práctica del derecho. Mientras sólo se adopten programas, incluso exitosos, de capacitación y actualización para los integrantes de la judicatura, no habrá una relación proporcional entre la magnitud del esfuerzo y el tamaño de los resultados. Lo más que sucederá es que, aun contando con una buena judicatura, la población en general seguirá echando de menos una impartición de justicia satisfactoria, porque habrá normas con problemas técnicos, muchas decisiones administrativas estarán mal fundadas y numerosos abogados pretenderán compensar sus limitaciones con presiones indebidas.

Lo anterior no desconoce, por supuesto, la presencia de muchos notables profesionales del derecho. El desarrollo político e institucional de América Latina se debe, en una gran medida, al trabajo de sus abogados. Desde la independencia hasta los procesos de consolidación de las democracias latinoamericanas, los abogados han jugado una función axial. Pero no por ese extraordinario desempeño histórico, o por el relevante papel

27. SAGÜES, *op. cit*., p. 79)

de numerosos abogados en la vida cotidiana de nuestros países, puede desconocerse que han surgido muchos problemas como consecuencia de los niveles heterogéneos en materia de educación profesional. En la actualidad coexisten instituciones de alto nivel de rendimiento al lado de escuelas que sólo cumplen en lo formal con los requerimientos de la enseñanza superior.

Es claro que al trazar un panorama general se incurre en inexactitudes; en varios países del hemisferio se han mantenido estándares de exigencia que garantizan una satisfactoria preparación para los profesionales del derecho; pero la tendencia prevaleciente es en el sentido inverso.

La actividad de los abogados en ejercicio se lleva a cabo, fundamentalmente, en despachos individuales, en firmas legales y en departamentos jurídicos de entidades públicas y de organizaciones privadas. Las necesidades sociales, públicas y corporativas de servicios jurídicos son crecientes, por lo que la demanda de abogados ha generado una gran oferta educativa que resulta académicamente insatisfactoria. Por otra parte cuando los abogados faltan a su compromiso ético o cuando carecen de la preparación requerida para cumplir con su función, ocasionan daños considerables. La excesiva demora de los juicios no siempre es el resultado de un aparato normativo deficiente o de un funcionamiento judicial insatisfactorio; muchas veces se debe a las acciones deliberadamente dilatorias de los patrocinadores de los juicios; en unas ocasiones para afectar a la parte contraria, y en otras para conservar al cliente. En otras ocasiones son los abogados quienes deforman la verdad ante sus clientes, haciéndoles creer en vicios de corrupción inexistentes, sea para obtener beneficios laterales en perjuicio de sus representados, sea para justificar descalabros procesales debidos a la impericia.

Por eso, íntimamente vinculada con la cuestión de la enseñanza del derecho, está la regulación de su ejercicio. La solución dominante ha consistido en la colegiación obligatoria de los abogados. Esta es una tendencia a la que todavía no se incorporan algunos países, entre ellos México. Los resultados de la colegiación han sido positivos pero, incluso donde ya se practica, es deseable una relación más estrecha con los consejos de la judicatura. En el caso de Colombia, por ejemplo, es facultad constitucional del Consejo (a. 256 - 3) examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión. Cuando existen las garantías para la defensa eficaz de los derechos fundamentales, esta facultad del Consejo no resulta lesiva de los derechos de los abogados ni de sus clientes.

El elevado número de estudiantes de derecho también puede reflejar la debilidad del sistema educativo, del mercado de trabajo y de la inversión en investigación y desarrollo. La concentración de la matrícula universitaria en la carrera de derecho suele indicar que falta o ha faltado abrir otras áreas de estudio y trabajo más vinculadas con la ciencia y la tecnología. Por el contrario, una baja relación entre los estudios universitarios y la demanda de la carrera de derecho puede denotar una gran concentración profesional que dificulta y encarece el acceso a la justicia. El término medio debe ser el resultado de una armonización de los diferentes factores que influyen en la vida laboral y, en el caso que nos ocupa, de una razonable preparación que haga de los abogados agentes de la justicia.

VIII. LOS MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Las tendencias adversas al Estado han propiciado una serie de planteamientos que pueden tener consecuencias perjudiciales para la impartición de justicia. En el caso de la creciente adopción de los llamados mecanismos alternos para la solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje), sorprende que el argumento más utilizado a favor de esas modalidades de acceso a la justicia consista en poner en el banquillo a la justicia. Al aducirse que es necesario diseñar formas de composición de los conflictos ajenas a las estatales, porque los tribunales son lentos y corruptos, se acentúan las notas negativas a tal punto que acaba por desprestigiarse de manera global a los órganos de justicia. No comparto esos argumentos porque, como toda afirmación generalizada, es excesiva. Su efecto, no obstante, ha resultado contagioso; y tanto que ya lo asumen incluso numerosos juzgadores. El discurso contrario al Estado no exige grandes esfuerzos para ser aceptado.

Adoptar los medios complementarios pretextando deficiencias institucionales puede producir un efecto más nocivo que los males cuyo remedio se procura. Por un lado se arroja una fuerte carga de desprestigio sobre los aparatos institucionales de justicia, mientras que por otro los mecanismos alternos sólo resultan aplicables en materia civil y mercantil (Argentina, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos, Venezuela) y en algunos casos de orden penal (p.e. en aquellos que admiten el perdón, como sucede en Colombia, Ecuador, Perú, España). Esto implica que a pesar de que se les reprueba profesional y éticamente, se reserva a los tribunales la decisión en los casos más delicados e incluso la homologación o la posible revisión (Colombia, Costa Rica, España) de las decisiones adoptadas por los órganos alternos.

Por otra parte, los procedimientos informales para resolver conflictos sólo pueden funcionar en tanto que la validez de su actuación sea reconocida por los propios órganos jurisdiccionales. En algunos sistemas, como el ecuatoriano, la Constitución (aa. 191 y 206) establece que esos mecanismos forman parte de la función judicial, y el Consejo Nacional de la Judicatura es el órgano de gobierno de esa función.

En tanto que se mantenga la tesis de que los mecanismos informales son una respuesta frente al anquilosamiento y las desviaciones de los aparatos de justicia, será difícil superar algunas explicables actitudes de resistencia para su más acelerada adopción. Es verdad que numerosos sistemas legislativos contienen ya previsiones en esta materia y en varios casos, como el colombiano, el éxito es evidente; pero conviene darle un nuevo impulso a esos instrumentos, que tan promisorios resultados ofrecen. En cuanto a México, además de algunos satisfactorios ejemplos locales, como los de Nuevo León, Oaxaca y Quintana Roo, la ley de concursos mercantiles establece que el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, a semejanza de lo que ocurre en Argentina, donde el Consejo de la Magistratura tiene también a su cargo el registro de mediadores[28].

La adopción de mecanismos no jurisdiccionales para solucionar conflictos entre particulares debe corresponder al propósito de desarrollar la cultura jurídica en cada sociedad. No se debe contemplar desde una perspectiva negativa, que traduzca la incapacidad de contar con órganos jurisdiccionales adecuados, sino de contribuir a un proceso

28. *V.*, OROZCO, W.L., y ROLDÁN XOPA, J., "Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal", en *Este País*, México, sept. 2002.

en el que la sociedad misma, de una manera responsable, asuma algunas actividades que impriman a la vida jurídica un papel más relevante. Entre más informada y consciente de sus derechos y deberes esté una sociedad, mejores serán también los sistemas de impartición de justicia. La calidad de los ciudadanos determina la calidad de sus instituciones.

El papel de los consejos de la judicatura puede ser central en ese proceso. Las escuelas también deben jugar una tarea importante. Todo cambio social, para ser razonable, duradero y profundo, implica a la enseñanza. La justicia es un valor individual y colectivo que corresponde a procesos de naturaleza cultural; por eso las modificaciones normativas que no se traducen en nuevas convicciones y conductas, sólo ofrecen resultados modestos. De nada servirá crear una nueva esperanza, si a ella sólo le seguirá una nueva frustración. Los medios complementarios suponen altos niveles de información, de interés y de involucramiento para resolver conflictos conforme a derecho. La informalidad de los procedimientos adoptados no los despoja de su naturaleza jurídica. La solución de un conflicto sólo se consigue por vías de hecho o de derecho, y en este caso lo que se plantea es conducir a las instancias jurídicas de solución tantos conflictos como resulte posible. Aunque es viable implantar estos mecanismos con relativa facilidad y rapidez, y muchos de sus efectos suelen producirse también con cierta celeridad, llegarán tanto más hondo cuanto más se les vincule con procesos educativos desde el periodo de enseñanza elemental. En América Latina el déficit en cuanto al acceso y a la impartición de justicia depende tanto de problemas organizativos, cuanto de carencias culturales que es menester subsanar. En este punto, los consejos pueden cooperar con las instituciones educativas. Para que las nuevas instituciones tengan éxito, hay que calar hasta lo más íntimo de la sociedad, y ahí está la escuela.

El otro aspecto que resulta relevante es que la operación de los mecanismos informales alcance los resultados ofrecidos y esperados, y que no genere nuevas formas de concentración o desviación del poder por parte de personas o de grupos. Si bien esos mecanismos exigen agilidad, no por ello deben quedar al margen de la responsabilidad del Estado. Los proyectos de descentralización, así sean muy acentuados, no equivalen a procesos de entropía. Se trata de acciones que involucran a numerosos miembros de la sociedad y que se caracterizan por la informalidad, pero siempre ejecutadas de manera ordenada. De no ser así, la solución de conflictos individuales generaría, a la postre, fuertes tensiones sociales; la contradicción entre los objetivos y los resultados resultaría más onerosa que los problemas originales. La conducta integradora a que aludía Karl Mannheim "tiene que apoyarse de modo fundamental en la cooperación de la juventud"[29] y depende "de las posibilidades individuales de participar en situaciones de complejidad creciente"[30]. La cooperación social en el ejercicio de determinadas actividades de interés público no debe leerse como una abdicación del Estado, sino como una forma diferente de ejercer las funciones estatales. De ahí que convenga que los consejos de la magistratura se reserven las facultades adecuadas de supervisión que ofrezcan garantías en cuanto a la idoneidad de quienes intervengan en tareas de mediadoras.

La denominación de *alternativo* atribuida a los procedimientos como la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje puede llegar a desconcertar. Para evitar la confusión habría que procurar otras formas de identificación, como *procedimientos informales* o *complementarios*, porque en rigor no hay alternancia, en tanto que no se

29. *Diagnóstico de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México 1944, p. 51.
30. REMMLING, Gunter W., *La sociología de Karl Mannheim*, Fondo de Cultura Económica, México 1982, p. 225.

oponen a las instancias formales ni se suceden una a otra. El equívoco puede propiciar que se llegue a considerar, contra lo que realmente ocurre donde ya funcionan, que se trata de opciones incompatibles y excluyentes. Una solución terminológica adecuada es la que ofrece la Constitución de Portugal (a. 202.4) al aludir a los *instrumentos y formas no jurisdiccionales de solución de conflictos*, y Shapiro prefiere hablar de formas *sub-judiciales*[31].

IX. ACCESO A LA JUSTICIA

El problema social del acceso a la justicia acompañó una parte de la vida del Estado de bienestar. Durante la década de 1970 los sistemas de auxilio legal, considerados esenciales para ampliar el acceso a la justicia, alcanzaron su mayor desarrollo. En el curso de ese decenio la ayuda legal fue encomendada a poderosas instituciones públicas en Alemania, Austria, Canadá, Estados Unidos (donde se integró la *Office of Economic Opportunity*), Francia, Gran Bretaña, Italia y Suecia, por ejemplo[32]. El *Legal Assistance and Advice Act* británico ofrecía un apoyo de veinticinco libras anuales a los ciudadanos, para el pago de estipendios a los abogados que desearan consultar. En Italia se reformó la reglamentación de la norma constitucional (a. 24) que, desde 1947 establece que "se garantiza a los económicamente desfavorecidos, mediante instituciones adecuadas, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción". En diversos países latinoamericanos también florecieron las instituciones de ayuda legal, algunas con raíces en los programas de auxilio a los pobres que procedían del siglo XIX. Fueron los casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela[33].

A partir de los años ochenta, cuando sobrevino en casi todo el orbe el desmantelamiento del Estado de bienestar, los sistemas de ayuda legal han venido decayendo e incluso desapareciendo. Fue una paradoja que las libertades ganadas en una parte del planeta después de 1989, en seguida de la caída del muro de Berlín y del sistema soviético, tuvieran como correlato la disminución de derechos sociales para quienes habitaban el área denominada *mundo libre*. Una vez que desapareció la amenazadora presencia de estados, como el soviético, que propiciaban expresiones de inconformidad social en diferentes lugares del mundo, las políticas de gasto cambiaron y las obligaciones prestacionales del Estado han venido siendo ajustadas a la baja, en algunos casos con notable intensidad.

Eso no obstante, todavía subsisten algunas instituciones de ayuda legal. La Constitución de Brasil (a. 5, LXXIV), establece que "el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a quienes comprueben insuficiencia de recursos". Este tipo de disposiciones suele ser confundido con las que garantizan el acceso de las personas a los tribunales (*p.e.* Ecuador, a. 24, *fr.* 17; Guatemala, a. 29; México, a. 17), o con las que ofrecen apoyo legal para la defensa de los procesados o sentenciados; pero se trata de cues-

31. SHAPIRO, Martín, "Acces to the legal system and the modern welfare State: American continuities", en CAPPELLETTI, M., *Access to justice and the welfare State*, ed. Le Monier, Florencia 1981, p. 283.

32. *V.*, CAPPELLETTI, Mauro, "The emergence of a modern theme", en *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, Giuffrè, Milán 1975, pp. 33 y ss.

33. *Cf.*, ZEMANS, Frederick H., *Perspectives on legal aid. A comparative survey*, Frances Pinter Ltd., Londres 1979.

tiones distintas. La ayuda legal consiste en una prestación, a cargo del Estado, conforme a la cual las personas que requieren de servicios jurídicos profesionales, pueden recibirlos sin costo. Esos servicios pueden referirse a una materia determinada (familiar, laboral, agraria, p.e.), o a cualquier tipo de asistencia relacionada con una consulta o una acción, y de manera general están destinados a quienes, por su condición económica, cultural o social, carecen de recursos para obtenerlos directamente.

La política de restricción de esos servicios ha sido acompañada por un sensible descuido en cuanto a su idoneidad. Si bien existen excepciones, la tendencia dominante indica que la atención es deficiente en un doble sentido: disminución del volumen de casos y baja calidad profesional de los encargados de prestar el servicio. Independientemente de que ese servicio resulte insatisfactorio, en perjuicio de las personas aquejadas por la pobreza, cuyo número en Iberoamérica va en aumento, ese descuido tiene un impacto negativo en la impartición de justicia en su conjunto. Los escasos servicios de ayuda legal que subsisten no resuelven problemas reales a los usuarios, y sí afectan el funcionamiento de la impartición de justicia; el desprestigio por los precarios resultados recae, fundamentalmente, en los tribunales.

Los consejos de la judicatura podrían extender su acción a los órganos encargados de proveer asistencia legal. Una vez más la vía de los convenios podría resultar adecuada para la capacitación del personal. Pero también es conveniente que en la administración pública se adopten mecanismos análogos a los consejos de la judicatura, que tengan a su cargo la selección, promoción, asignación, vigilancia y control de los servidores públicos encargados de prestar servicios de asistencia jurídica, y la selección, vigilancia y control de los profesionales que colaboren con las instituciones oficiales en esa misma tarea. Las acciones convergentes en esa dirección contribuirían a mejorar la calidad de los servicios actuales, a reserva de que en algún momento sean modificadas las políticas públicas restrictivas.

X. EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Hay una clara tendencia en el sentido de que aumente la actividad jurisdiccional internacional. En el origen de esa orientación estuvo la búsqueda de instrumentos para la solución de diferencias, que aseguraran la paz en el mundo[34]. Luego, el motor más importante ha sido la defensa de los derechos fundamentales[35]. El instrumento más reciente en materia de jurisdicción internacional es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998. El artículo 36-6ª dispone que la elección de los magistrados será mediante votación secreta de la asamblea de los estados parte, el 40 garantiza la independencia de los magistrados y el 43-4 los faculta para designar al secretario del tribu-

34. Tales fueron los casos de la Corte Permanente de Arbitraje, creada en 1899 por la Convención de La Haya para el arreglo pacífico de las disputas internacionales, y de la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en 1921. Desde entonces, y más tarde mediante las revisiones de 1929, se adoptó un mecanismo de designación de los jueces que les protegiera al máximo posible de la influencia política de los estados. *Cf.,* BRIERLY, J. L., *The Law of the Nations*, Oxford University Press, Oxford 1942, p. 213. También debe registrarse el interesante antecedente latinoamericano representado por la Corte de Justicia Centroamericana, creada por la Convención de Washington de 1907; *Cf.,* FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999, pp. 273-4.

35. *Cf.,* FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid 1982, p. 31.

nal quien, a su vez (a. 44) designa a los demás funcionarios. Finalmente el artículo 46 señala que un magistrado puede ser separado del cargo cuando incurra "en falta grave o en incumplimiento grave de las funciones que le confiere el presente Estatuto", para lo cual se requiere que dos tercios de los demás magistrados recomienden la remoción ante la asamblea de los estados parte, y que ésta tome su decisión también por las dos terceras partes de sus miembros. Si la falta es de menor gravedad, al magistrado le podrán ser impuestas otras medidas disciplinarias (a. 47). En todos los casos la asamblea (a. 112-2 a) supervisa a la presidencia, a la fiscalía y a la secretaria del Tribunal "en las cuestiones relativas a la administración de la Corte".

En cuanto al personal de apoyo, queda sujeto al reglamento que aprueben, por mayoría simple, los magistrados. En virtud de la trascendencia de las facultades que corresponden a este Tribunal, la discrecionalidad por cuanto hace a la selección, adscripción, desempeño y disciplina del personal técnico, es un tema que debe ser examinado con detenimiento, entre otras razones porque el tratado de Roma, que ya ha sido ratificado por Argentina, Costa Rica, Ecuador, España, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela, admite la posibilidad (a. 20) de juzgar a una persona que hubiera sido absuelta previamente por un tribunal nacional. El principio de seguridad jurídica que resulta de la cosa juzgada entraña problemas de gran calado, por lo que se hace indispensable que la configuración del personal técnico que tendrá a su cargo la instrumentación de estas disposiciones sea seleccionado con el mayor cuidado y supervisado con la mayor atención.

Ante la tendencia a la ampliación de los órganos jurisdiccionales en el ámbito internacional, y para superar el riesgo de una creciente politización en cuanto a su integración, valdrá la pena considerar las experiencias nacionales que han permitido avanzar en la estructura de un servicio civil competente e imparcial. La integración de los organismos jurisdiccionales internacionales está sujeta a intensas negociaciones y a un sistema de cuotas (habitualmente por región o por bloques de países, pero se han introducido otros criterios, entre ellos el de género) que introduce algunas dudas en cuanto a su imparcialidad. En el caso de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, numerosos estados se apresuraron a ratificar el tratado constitutivo precisamente para estar en aptitud de anticiparse en la designación de los magistrados con relación a los que entraran más tardíamente.

Los organismos políticos y técnicos internacionales han construido un sistema de servicio civil administrativo que todavía no encuentra su correlato en los organismos jurisdiccionales. En este contexto parecería razonable identificar instrumentos que permitan contar con órganos profesionales para seleccionar al personal de apoyo técnico, observar el comportamiento de los funcionarios, proponer soluciones, elaborar la estadística, organizar actividades académicas y propiciar foros de comunicación entre las instancias jurisdiccionales internacionales y nacionales.

El Estatuto de Roma prevé (a. 112-4) la posibilidad de establecer *órganos subsidiarios* que incluyan "un mecanismo de supervisión independiente que se encargará de la inspección, la evaluación y la investigación de la Corte a fin de mejorar su eficiencia y economía". Como se puede apreciar, por primera vez un organismo jurisdiccional internacional admite la posibilidad de contar con un instrumento de control análogo a los consejos de la magistratura. La experiencia interna representada por esos consejos podría servir de base para diseñar un nuevo tipo de organismo internacional consultivo, que anticipe soluciones para los problemas que en un futuro cercano podrán comenzar a aflorar. Pese a las proclamas *globalizadoras* y a las grandes expectativas que trajo consigo el nuevo siglo, las disparidades que se advierten en el mundo en cuanto a garanti-

zar los derechos fundamentales se ponen de manifiesto al constatar que de los 186 miembros de la Organización de las Naciones Unidas, 42 no han se han adherido a los tratados que proscriben el genocidio, 29 no han ratificado los instrumentos para erradicar la esclavitud y 19 los que prohiben la discriminación. En el caso de la Organización de Estados Americanos, sólo 13 de sus 35 integrantes han ratificado la Convención para Prevenir y Castigar la Tortura.

Aunque hay avances importantes, como es el caso de Argentina (a. 75-22), Brasil (a. 5º, par. 2) y Venezuela (a. 23), por ejemplo, en cuanto a la recepción constitucional de los tratados en materia de derechos fundamentales, o el de México en lo que respecta a la jerarquía de los tratados internacionales, y a pesar de que el sistema internacional para la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales registra cambios alentadores en los últimos decenios, es necesario ponderar la conveniencia de que los órganos jurisdiccionales nacionales generen sus propias iniciativas para consolidar la autonomía de la impartición de justicia también en el espacio supranacional. De no hacerlo, la independencia de la actividad jurisdiccional en el interior de los estados se verá contrastada por la politización de la justicia en el ámbito internacional, donde la determinación de las formas de impartición de justicia depende de los aparatos de gobierno. En tanto que muchas de las decisiones jurisdiccionales internacionales tienen una proyección creciente en el espacio interno, puede llegarse a producir una tensión innecesaria entre los tribunales nacionales e internacionales, que bien podría eludirse si, a tiempo, se diseñan los instrumentos para que, en todos los niveles, queden salvaguardados los principios de objetividad, imparcialidad profesionalidad y responsabilidad de los juzgadores. Una vez más, la extensión de algunos aspectos de la experiencia adquirida por los consejos de la judicatura puede resultar muy fecunda también en el ámbito internacional.

XI. DEMOCRACIA Y JUSTICIA

La función política de los órganos encargados de la impartición de justicia consiste en no hacer política. Entre mayor sea la distancia que guarden los órganos políticos (gobierno y congreso) y los judiciales, mayores también serán los efectos sobre la salud política del Estado. Por su naturaleza, la contención política genera fricciones, tensiones, incluso enfrentamientos y crispación anímica colectiva. En un panorama de incertidumbre causado por la polarización de las fuerzas políticas, lo mismo que en un ambiente de relaciones políticas en equilibrio, los órganos de impartición de justicia juegan un papel medular: se mantienen como un referente que ofrece una garantía de imparcialidad a los agentes políticos y a la sociedad. Por eso en los procesos de transición democrática[36] es prioritario fortalecer la judicatura en todos sentidos: profesional, técnico y autárquico.

Por otra parte, una vez que el equilibrio democrático se ha alcanzado y genera un nuevo tipo de relaciones sociales y políticas, la judicatura adquiere la función de preservar lo alcanzado. Los sistemas democráticos suelen ser efímeros cuando carecen de un soporte constitucional bien construido. El orden constitucional contiene los derechos

36. *V.*, STOTZKY, Irwin P., ed., *Transition to democracy in Latin America. The role of the judiciary*, Westview Press, Oxford 1993.

fundamentales y sus garantías, pero a su vez requiere de garantías para sí mismo. Esto sólo se consigue con una judicatura seria, sobria, responsable y eficaz.

Es por eso que tanto en el tránsito hacia la consolidación democrática, cuanto en la plenitud democrática, la judicatura es la institución axial. No existe una sola democracia constitucional en la que falte una judicatura que estabilice las relaciones sociales y de poder, que permita procesar las tensiones y absorber los conflictos normales en toda sociedad política. Las sospechas de parcialidad, sometimiento o conductas equívocas de la judicatura, afectan la vida institucional en su conjunto, mientras que aun en condiciones políticas o económicas adversas, la presencia de una judicatura respetable representa un factor de confianza.

En ese contexto puede decirse que una de las mayores contribuciones que se han hecho en nuestro tiempo al desarrollo de la justicia, consiste en la adopción de los consejos de la judicatura. Su presencia permite que la impartición de justicia reproduzca, en su ámbito interior, el saludable principio de la división del trabajo al que, con relación a diferentes aspectos, aludieron en su momento Montesquieu y Adam Smith[37]. La división del trabajo adoptada a partir de los consejos de la judicatura traslada a los órganos de justicia las bases del equilibrio, de la responsabilidad especializada y del control interno que habían sido concebidos como clave para la racionalización del ejercicio del poder político. En este sentido debe tenerse presente que la eficacia de los órganos del poder tiene una relación directa con el ejercicio responsable, controlable, evaluable y predecible de sus funciones, y que, a su vez, entre más eficaz es un órgano del Estado, mayor importancia cobra en el espectro del poder.

En las instituciones que tienen asignada la tarea de impartir justicia se advierte una creciente acción e influencia legiferante, al tiempo que una intensa actividad de gobierno, que se traduce en medidas de naturaleza ejecutiva: enseñanza, servicio civil, planeación financiera, rigor administrativo, y supervisión y control de los funcionarios. Es particularmente llamativo que los tribunales constitucionales y los consejos de la judicatura estén generando una sinergia que, en sus inicios, pasó inadvertida, pero que ha venido haciéndose ostensible con el paso del tiempo. Y, en realidad, no es mucho el tiempo que ha transcurrido desde que ese fenómeno comenzó a producirse. Sus resultados son promisorios.

La judicatura se ha convertido en un sistema complejo que está llenando un nuevo espacio en el Estado contemporáneo. En especial, su función resulta capital para la preservación del Estado constitucional. Mientras que los otros órganos del poder, enzarzados en procesos agonales, producen ondas de tensión que presionan la estructura constitucional del Estado, la judicatura actúa para preservar la naturaleza normativa de la Constitución. Así, funge como una magna instancia arbitral y garantiza la vigencia de la regla suprema que organiza y distribuye el ejercicio del poder: la Constitución. Para que el estatuto jurídico del poder alcance la plenitud de sus efectos, es indispensable que la judicatura actúe con tanta energía cuanta prudencia.

Por otra parte, el acentuado matiz político de las asambleas, debido a la acción de los partidos, ha impreso una nueva dimensión a los congresos. La función nominalmente legislativa, al igual que la función nominalmente ejecutiva, son en la realidad actual dos

37. Sus obras capitales, publicadas con una diferencia de poco más de veinte años (el Espíritu de las leyes en 1748 y La riqueza de las naciones en 1776), estuvieron a su vez claramente inspiradas por la revolución científica representada por las aportaciones de Newton, en especial por sus hallazgos en materia de equilibrio gravitatorio (Principia Mathematica fue publicada en 1687).

expresiones, en ocasiones contrapuestas, de una intensa contención política en la que se dirimen estilos y programas de gobierno. El comportamiento de los agentes políticos tiende a reflejarse en formas grandilocuentes de proyección personal, fuertemente identificadas con acciones mediáticas. A la vera de ese proceso se desarrolla otro, que concierne a la sobriedad secular del ejercicio del poder. La judicatura es la única instancia del poder que continua en expansión y que sin embargo se desarrolla al margen de los imperativos mediáticos y se rige por patrones de exigencia profesional cada vez mas elevados.

Lejos de verse afectada por las vicisitudes del poder político, la judicatura ha tomado un rumbo más creativo que las otras áreas del Estado. El registro de los cambios operados en este departamento durante las últimas décadas, y las oportunidades de innovación que se abren a partir de las metas ya alcanzadas, denotan que la judicatura es la verdadera reserva que nutre las expectativas del Estado constitucional del futuro.

XII. CONSIDERACIONES FINALES

Más de la mitad de los sistemas judiciales de América Latina han incorporado los consejos de la judicatura. La tendencia es muy clara si se tiene en cuenta la mayor parte de las nuevas constituciones del hemisferio han incluido los consejos: Colombia (1991), Paraguay (1992) y Perú (1993). En el caso de Venezuela (1999) funciona una Dirección Ejecutiva de la Magistratura designada por el Tribunal Supremo, y en el de la República Dominicana (1994) el Consejo Nacional de la Magistratura sólo designa a los magistrados de la Suprema Corte, quienes a su vez ejercen el gobierno de ese órgano del poder. En cuanto a las constituciones que experimentaron reformas profundas en el curso de la década anterior, con excepción de Costa Rica, Guatemala y Nicaragua, las demás también incluyeron esos consejos: Argentina (reformada en 1994), Bolivia (reformada en 1994), Ecuador (reformada en 1997) y El Salvador (reformada en 1996). Hay un proceso claramente perceptible, que corresponde a la consolidación de los consejos de la judicatura. Sus resultados positivos, ahí donde van siendo implantados, genera un nuevo impulso que se transmite a los sistemas que todavía no cuentan con esos consejos.

Por lo demás, en cada sistema se le han ido incorporando diferentes modalidades en cuanto a su integración y a sus facultades. Se registran tres denominaciones diferentes: magistratura (Argentina, Paraguay, Perú, Portugal y República Dominicana); judicatura (Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador y México), y consejo general del poder judicial (España). En cuanto a su integración sólo en Ecuador y El Salvador queda sujeta a lo que disponga la ley; en Argentina, Bolivia, Colombia, España, México, Paraguay, Portugal y la República Dominicana se prevé constitucionalmente la participación de algunos miembros designados por el gobierno o el Congreso; en Argentina, Paraguay y Perú está prevista la participación del foro, y en Paraguay y Perú también se incluye a académicos. En Perú, adicionalmente, se ofrece la oportunidad de que integren el Consejo dos miembros propuestos por listas de los sectores laboral y empresarial.

En el orden de las funciones todos los consejos incluyen las de naturaleza técnico administrativa relacionadas con la selección, adscripción, promoción y supervisión del personal judicial; en la República Dominicana esa facultad se constriñe a la designación de los jueces de Suprema Corte. En algunos casos se comprende, asimismo, la facultad de administrar el presupuesto de todo el órgano judicial (Argentina, Bolivia, Colom-

bia)[38]. La ampliación de facultades se registra en Bolivia (proponer la designación de notarios y registradores públicos); Colombia (supervisar a los abogados en el ejercicio de su profesión y proponer proyectos legislativos); México (formación de personal judicial) y Perú (Academia de la Magistratura y designación de fiscales).

Como se puede apreciar, por su integración y funciones los consejos iberoamericanos presentan un aspecto heterogéneo, si bien el común denominador es que actúen como órganos de gobierno de la rama judicial. Los casos de Bolivia y Colombia deben ser examinados con detenimiento, porque denotan que los consejos pueden convertirse en instancias adecuadas para supervisar las labores profesionales relacionadas con la impartición de justicia. Es conforme a esta consideración que se han planteado en este estudio algunas nuevas opciones para los consejos de la judicatura, a partir de la experiencia adquirida y de la importante participación que muchos de esos cuerpos colegiados van teniendo en la conformación de una nueva cultura jurídica en sus respectivos países. Además de las actividades de difusión de los consejos de la magistratura, gracias a su labor se está elevando el nivel profesional de los integrantes de la judicatura. También ofrece a la sociedad una nueva garantía en cuanto a la probidad del personal judicial.

Cambiar los patrones de conducta de una colectividad requiere de un gran esfuerzo, pero de una no menor imaginación y, sobre todo, de constancia. En este sentido, nada mejor que esperar que la adopción de los consejos siga proliferando, y que sus facultades se sigan extendiendo. Los posibles efectos de irradiación del trabajo institucional de los consejos hacia otras áreas de la impartición de la justicia o que guardan relación con ella, a los que se ha hecho referencia en este trabajo, constituyen una perspectiva promisoria para la impartición de justicia en Iberoamérica. Los sistemas democráticos, progresivamente más abiertos en cuanto a sus intérpretes, como sostiene Häberle, también tienden a ser más plurales en cuanto a los agentes que contribuyen a establecer la política del derecho. Es aquí donde seguramente se dejará sentir la presencia de una nueva institución como los consejos de la judicatura, cuya vida constitucional apenas se inicia. No es esta una *predicción* metafórica; es simplemente una previsión a la luz del comportamiento de los consejos, de los efectos que su actividad va produciendo en la conducta de los agentes de la justicia, y de la manera en que se han encauzado las expectativas sociales para mejorar las formas de impartición de justicia.

En los estados constitucionales la política del derecho tiende a ser definida menos por un núcleo de poder y más por los distintos agentes que contribuyen a identificar los problemas, a seleccionar las opciones y a convenir las decisiones. En tanto que la doctrina admite ampliamente que las decisiones legislativas y el desarrollo social están codeterminados[39], es comprensible que una sociedad abierta se atribuya una influencia creciente a la participación de los agentes cuya actividad produce resultados relevantes en temas tan sensibles como el de juzgar. Uno de los factores que determinan las relaciones sociales es el concierne a la justicia. El conjunto de instituciones al que se asigna la impartición de justicia tiene un claro efecto en la formación y consolidación de pa-

38. Algunos autores son muy críticos con relación a esta facultad porque, argumentan, el órgano judicial queda sujeto a las decisiones de una entidad de carácter administrativo. *V.*, HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, p. 17.

39. *V.*, LUHMANN, Niklas, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, Londres 1985, pp. 228 y ss. A pesar de las grandes diferencias en los enfoques sociológicos de LUHMANN y de TREVES, en este punto coinciden. El profesor italiano distinguía entre "la sociedad en el derecho" y "el derecho en la sociedad", *Sociología del derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 226 y ss.

trones culturales. La adecuada administración de justicia facilita la absorción de las tensiones colectivas en tanto que ofrece instrumentos razonables para la solución de conflictos.

Desde luego, las instituciones tienen un efecto relativo en cada sociedad. Sólo se puede generalizar con un propósito expositivo, porque cada espacio cultural presenta sus propias características y requiere de sus propias determinaciones de política legislativa. Hay, sin embargo, tendencias identificables gracias, entre otros medios, al estudio comparado de las instituciones jurídicas; pero es necesario desarrollar también, sobre todo en áreas como la administración de justicia, estudios comparativos de naturaleza empírica. En este sentido, y a pesar de las reservas con que veía a la sociología del derecho, Kelsen propuso denominar *sociología de la idea de justicia*[40] a los estudios concernientes a la formación de las normas, a la función social de las ideas del derecho y a sus efectos en el comportamiento. Con independencia de que se lleven a cabo las mediciones a que se ha aludido en otras partes de este trabajo, es evidente que la presencia de los consejos de la judicatura ha contribuido a una mejor percepción de la actividad de los órganos jurisdiccionales, como resultado de un desempeño más satisfactorio en cuanto a su profesionalidad y su probidad.

Una constante de la relación entre derecho y cambio social consiste en que los resultados positivos del funcionamiento de una institución jurídica generan nuevas expectativas. La actividad institucional puede desencadenar un proceso *autopoyético*, de suerte que responda al ciclo conforme al cual a mejores resultados ofrecidos, mayores demandas recibidas. La interacción entre instituciones y sociedad puede conducir a que las instituciones reformulen su organización, sus funciones y sus procedimientos de una manera tal que, conforme satisfacen las expectativas emergentes, generan las condiciones propiciatorias de futuras solicitudes. Ese proceso no es lineal, y los quiebres se deben a múltiples factores; pero en el caso que aquí se ha abordado, de los consejos de la judicatura, se apuntan las opciones previsibles y posibles si se mantiene la tendencia en el sentido de modificar los patrones culturales relacionados con la impartición de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ARGUEDAS SALAZAR, Olmán, "La administración de justicia en Costa Rica", en J. OVALLE FAVELA (coordinador), *Administración de justicia en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993.

BRIERLY, J.L., *The Law of the Nations*, Oxford University Press, Oxford 1942.

CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, trad., de FIX-ZAMUDIO, H., EJEA, Buenos Aires 1960.

40. KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires 1945, p. XV. Considerándose obligado a justificar el contenido de esta obra, en su prefacio a la edición española el autor apunta: "Separar una teoría normativa del derecho, de la sociología de los fenómenos que son las causas y los efectos de que los hombres piensen en términos de un derecho determinado y especialmente de la sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella como un ideal, no significa que ignore o niegue la existencia y la importancia de esos fenómenos y la legitimidad de la sociología concernida con ese objetivo. En tanto que nunca incurrí en ese error, no encuentro que sea inconsistente ni evasivo hacia un ámbito remoto de la ciencia que, después de haber trabajado en una teoría normativa del derecho, me vuelva hacia la sociología de la justicia".

CAPPELLETTI, Mauro, "The emergence of a modern theme", en *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, Giuffrè, Milán 1975.

CORREA SUTIL, Jorge, *et al.*, *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego José Portales, Santiago de Chile 1993.

DUNN, John, *The history of political theory*, CUP, Cambridge 1996.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, INAP–UNAM, México 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La jurisdicción militar en la Constitución española", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997.

FIX-FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia*, UNAM, México 1995.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, UNAM, México 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1974.

La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Civitas, Madrid 1982.

"Órganos de dirección y impartición de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos" en *Memoria de El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México 1992.

Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura, Consejo de la Judicatura Federal, México 1997.

Protección jurídica de los derechos humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999.

Función constitucional del Ministerio Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá 1985.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad., de FIX-FIERRO, H., Instituto de Invstigaciones Jurídicas, México 2001.

HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.

HARUTYUNYAN, Gagik, "Fundamental issues of administration of constitutional justice", en DE VERGOTINI, Giuseppe, ed., *Guistizia constituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell´europa centro–orientale*, G. Giappichelli, Turín 2000.

KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires 1945.

LUHMANN, Niklas, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, Londres 1985.

Confianza, Anthropos–Universidad Iberoamericana, México 1996.

MALIK, Waleed Haider, "El desarrollo económico y la reforma judicial" en J.L. SOBERANES, D. VALADÉS y H. CONCHA, eds., *La reforma del Estado. Estudios comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1996.

MANNHEIM, Karl, *Diagnóstico de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México 1944.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1980.

OROZCO, W.L., y ROLDÁN XOPA, J., "Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal" en *Este País*, México, sept. 2002.

PASTOR NIETO, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas, Madrid 1993.

POSNER, Richard A., *Cardozo. A study in reputation*, The University of Chicago Press, Chicago 1990.

REMMLING, Gunter W., *La sociología de Karl Mannheim*, Fondo de Cultura Económica, México 1982.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La jurisdicción militar en Argentina" en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997.

-*Las escuelas judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1998.

SAYAGÜÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, s.p.i., Montevideo 1974.

SHAPIRO, Martin, "Access to the legal system and the modern welfare State: American continuities" en M. CAPPELLETTI ed., *Access to justice and the welfare State*, Le Monier, Florencia 1981.

STOTZKY, Irwin P., ed., *Transition to democracy in Latin America. The role of the judiciary*, Westview Press, Oxford 1993.

TREVES, Renato, *Sociología del derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

ZEMANS, Frederick H., *Perspectives on legal aid. A comparative survey*, Frances Pinter Ltd., Londres 1979.

3. *El Poder Ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO

Roxana Orihuela Gonzatti
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CIUDADANO

Abordar el tema del Poder Ciudadano, implica necesariamente indagar cuáles son los orígenes de este nuevo Poder del Estado, y en este sentido, cabe señalar que el mismo se remonta al General Bolívar, como Jefe Supremo de la República de Venezuela, en el Discurso ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 18l9, y en su Proyecto de Constitución.

Ahora bien, ¿significó la propuesta del Libertador de 1819 una crítica a la clasificación tripartita de las funciones estatales recogida en la Revolución Francesa, siguiendo los postulados de Montesquieu en *El Espiritu de las Leyes*, de 1748 de "dividir el poder para que el poder controle al poder"?

Para la época de esa Revolución, el cuestionamiento adverso a la clasificación montesquieana había sido formulado por Rousseau, en 1762, en su *Contrato Social*, sobre la base de que la separación de los poderes y de las funciones del Estado supone una delegación y ésta una confiscación del poder soberano de la nación.

Por su parte, en 1819 el Libertador señaló: "...Moral y Luces son los polos de una República; Moral y luces son nuestras primeras necesidades. Tomemos de Atenas su Areópago y los guardianes de las costumbres y de las leyes; tomemos de Roma sus Censores y sus tribunales domésticos; y haciendo una Santa Alianza de estas instituciones morales, renovemos en el mundo la idea de un pueblo que no se contenta con ser libre y fuerte, sino que quiere ser virtuoso. Tomemos de Esparta sus austeros establecimientos, y formando de estos tres manantiales una fuente de virtud, demos a nuestra República una cuarta potestad cuyo dominio sea la infancia y el corazón de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres, y la moral republicana..." [1].

Es así como para mejorar la moral pública y la educación del pueblo, Bolívar crea un nuevo poder: El Poder Moral, que estructura por el conocimiento que posee de las antiguas leyes atenienses y romanas. De Atenas toma como fuente de inspiración los guardianes de las costumbres, y su Areópago, el cual es el Tribunal de la antigua Atenas, compuesto por treinta y un miembros, cuyo espíritu de equidad y la severidad con que dictaban sus fallos, les dieron reputación de sabiduría e imparcialidad; de Esparta toma sus austeros establecimientos, y de Roma sus Censores y tribunales domésticos.

Ahora bien, de acuerdo al criterio del Dr. Tomás Polanco Alcántara, las razones que llevaron al Libertador a proponer la mencionada cuarta potestad dentro del nuevo Estado, no fueron atinentes a la filosofía o a la teoría política, sino a la práctica de gobierno.

1. *Discurso ante el Congreso de Angostura, 15 de febrero de 1819*, Biblioteca Virtual de Simón Bolívar; p. 20.

En sus palabras, se "trataba de la angustia que sentía al ver cómo era la realidad de la República"[2], ya que como lo explicaba Bolívar a Don Guillermo White, en su carta de San Cristóbal, de 26 de mayo de 1820, en todo su Discurso de instalación del Congreso Constituyente de Angostura, se debía notar "la poca confianza que tenía en la moral de nuestros conciudadanos porque sin moral republicana no puede haber gobierno libre"[3]. Asimismo, José Luis Salcedo Bastardo, afirma que más que razones de excelencia política, del intelectualismo político y de derecho positivo, el Poder Moral revela el máximo ideal del Libertador, cuál es la perfección ética de América, el triunfo de la virtud, de la elegancia y bondad del espíritu, al lado de la independencia política, de la unión jurídica, de la liberación económica y de la conciencia del destino histórico[4]. El propósito del Poder Moral, como lo explicó Bolívar en su carta a José Rafael Arboleda, desde Guayaquil, de fecha 15 de junio de 1823, era el de cubrir el sistema existente "con un nuevo sistema de penas y castigos, de culpas y delitos, para mejorar nuestra moral, pues de lo contrario, marcharemos al galope hacia la disolución universal"[5], vale decir, perseguía el mejoramiento de los mecanismos de control de los órganos del Poder Público.

El Poder Moral lo establece el Libertador en su Proyecto de Constitución de 1819, presentado en la instalación del Congreso de Angostura. Esta institución, al no presentar una base legal muy firme, no fue considerada en su justo valor por los Congresantes de ese entonces. En consecuencia, no fue incluida en el texto constitucional de 1819, sino agregada como Apéndice, supuestamente para que se verificara su establecimiento en circunstancias más favorables, algo que no ocurrió en la Constitución de Bolivia de 1826, cuando se le integró en el Poder Legislativo, formando la Cámara de los Censores.

Lo anterior obedeció a que al Congreso le pareció de difícil realización el Poder Moral, vale decir, consideró que sólo sería una apéndice de estudio para los sabios y no entendieron la diferencia entre las Cámaras Moral y de Educación, en las que se dividía el Poder Moral en el Proyecto del Libertador, aunado a que se sintieron atemorizados por el sistema de control moral de la sociedad. A juicio de Tomás Polanco "Quizá su error consistió en el mecanismo fiscalizador de la Cámara Moral, demasiado extenso, demasiado vigilante, demasiado severo"[6]. Por su parte, Salcedo Bastardo considera que el Libertador no fue afortunado en la planificación del Poder Moral y que su utopía consistió en querer colocar la acción moral bajo la inspiración nacional y fundir en un solo cuerpo de categoría pública suprema las distintas instituciones en las cuales existe y siempre ha estado disuelto este Poder[7].

---

2. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Simón Bolívar Ensayo de una interpretación Biográfica a través de sus documentos*, Editorial Melvin, Caracas, Venezuela 1994; p. 535; en DUQUE CORREDOR, Román J., "El Poder Ciudadano", en *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Anauco Ediciones, C.A., Caracas 2000, p. 216.

3. *Idem*; p. 216.

4. SALCEDO BASTARDO, José Luis, *Visión y Revisión de Bolívar*, Octava Edición, Imprenta López, Buenos Aires-Caracas 1966; pp. 190-192, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, p. 216.

5. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *ob. cit.*, pp. 534-535, Nota 26, en: DUQUE CORREDOR, Román J., *Ob ci.*,: p. 216.

6. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *ob. cit.*, p. 534, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, p. 216.

7. SALCEDO BASTARDO, José Luis, *ob. cit.*, pp. 190-191, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, pp. 216-217.

1. El Poder Moral propuesto por Bolívar: Apéndice de la Constitución relativo al Poder Moral

Los artículos 1 y 2 se refieren a la composición del Poder Moral de la República, el cual está compuesto de un Presidente y cuarenta miembros, que bajo la denominación de Areópago ejerce una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas. El Areópago se compone de la Cámara de Moral y la Cámara de Educación.

Los artículos 3, 4, 5 y 6 se refieren a la elección y duración de los miembros de ese Poder. El Congreso nombra por primera vez a los miembros que deben componer el Areópago, los cuales son escogidos entre los padres de familia que se hayan distinguido en la educación de sus hijos y destacado en el ejercicio de las virtudes públicas. La elección del Presidente del Areópago la realizará el Senado en dos listas, cada una de doce candidatos de los ciudadanos más virtuosos, una lista presentada por la Cámara de Representantes y otra por el Presidente de la República. Para esta elección se necesita una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes en el Senado. Las condiciones para ser miembro del Areópago, son además de las virtudes públicas, la edad de treinta y cinco años. El artículo 7 establece que los miembros del Areópago se titularán *padre de la patria*.

Los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 se refieren a las prerrogativas de los miembros integrantes del Poder Moral, tales como: sus personas son sagradas y todas las autoridades de la República, los Tribunales y corporaciones, les tributarán un respeto filial. La instalación del Areópago se hará con una formalidad extraordinaria. El Congreso reglará por un acta especial los honores que deben hacerse al Areópago. La dignidad del Presidente y de los miembros no se pierde, sino por muerte o destitución.

El artículo 16 está referido a las funciones que debe ejercer el Areópago, reunido en sus Cámaras, y entre ellas destacan:

-Designar los veinte miembros que deben componer cada Cámara.

-Pronunciar la destitución de alguno de sus miembros y nombrar los que deben suceder en las plazas vacantes.

-Nombrar el Secretario o los Secretarios.

-Pedir al Congreso los fondos necesarios para sus gastos.

-Distribuir premios cada año a los ciudadanos que se hayan distinguido.

-Declarar virtuoso héroe al que se haya hecho digno de tanta recompensa.

2. De las atribuciones especiales de la Cámara de Moral

En el artículo 1 se establece que la Cámara Moral dirige que la opinión moral de toda la República, castiga los vicios y premia las virtudes públicas. La imprenta es el órgano de sus decisiones.

El artículo 2 dispone que los actos singulares no son de su inspección, a menos que influyan en bien o en mal sobre la moral pública.

El artículo 3 sostiene que su autoridad es independiente y absoluta, no hay apelación de sus juicios sino a la opinión y a la posteridad.

El artículo 4 se refiere a la jurisdicción de la Cámara, la cual se extiende no sólo a los individuos, sino a la familia, a los departamentos, a las provincias, a las corporaciones, a los tribunales, a todas las autoridades y también a la República en cuerpo.

Conforme al artículo 5, las obras morales y políticas, los papeles periódicos y cualquier otro escrito, están sujetos a la censura de la Cámara, que no será sino posterior a su publicación.

El artículo 7 prevé que en sus censuras y amonestaciones, la Cámara se dirige al público, y sólo se entiende con él.

El artículo 8 establece que la gratitud pública, la deuda nacional, los tratados, las capitulaciones y la fe del comercio, son objeto de vigilancia por parte de la Cámara.

Conforme al artículo 9, la ingratitud, el desacato a los padres, a los maridos, a los ancianos, a los institutores, a los magistrados, a los ciudadanos declarados virtuosos, la falta de palabra en cualquier materia, la insensibilidad en las desgracias públicas o de los amigos y parientes inmediatos, se recomiendan especialmente a la vigilancia de la Cámara, la cual podrá castigarlos.

El artículo 10 establece que la Cámara organizará la policía moral, nombrando al efecto cuantos censores juzgue convenientes.

El artículo 11 prevé que cada año la Cámara publicará las tablas estadísticas de las virtudes y de los vicios de los hombres para lo cual los tribunales le presentarán cuentas de todos los pleitos y causas criminales, y según el artículo 12, el pueblo, los colegios electorales, las municipalidades, los gobiernos de provincia, el Presidente de la República y el Congreso, consultarán las listas para hacer sus elecciones, nombramientos y para decretar los honores y recompensas.

El artículo 13 consagra que las mujeres, al igual que los hombres, están sujetos a la jurisdicción de la Cámara de Moral y reciben de ella premios o castigos, según su mérito.

3. De las atribuciones de la Cámara de Educación

Los artículos 1 y 2 establecen las atribuciones de la Cámara de Educación, las cuales están relacionadas con la educación física y moral de los niños, desde su nacimiento hasta la edad de doce años, siendo indispensable la cooperación de las madres en sus primeros años, siendo estos años los más preciosos para infundirles las primeras ideas. La Cámara cuidará de publicar y hacer común en toda la República algunas instrucciones breves y sencillas acomodadas a la inteligencia de todas las madres de familia.

De acuerdo a los artículos 3, 4, 5 y 6, la Cámara cuidará de publicar en nuestro idioma las obras extranjeras más propias para ilustrar a la Nación, haciendo juicio de ellas, así como las observaciones y correcciones que convengan; estimulará a los sabios a que escriban y publiquen obras originales conforme a nuestros usos, costumbres y gobierno; recogerá los datos y conocimientos necesarios para semejantes obras; compondrá y publicará alguna obra que sirva de estímulo para que se ocupen otros de este trabajo y de ilustración para todos. La Cámara no ahorrará gasto ni sacrificio que pueda proporcionarle estos conocimientos.

Conforme a los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12, pertenece exclusivamente a la Cámara, establecer, organizar y dirigir las escuelas primarias, tanto de niños como de niñas, cuidando que se les inspiren ideas y sentimientos de honor y de probidad, amor a la patria, a las leyes y al trabajo, respeto a los padres, ancianos, magistrados y adhesión al gobierno; determinará el número de colegios que deben construirse; cada colegio estará bajo la dirección de un institutor nombrado por la Cámara; formará el reglamento de organización y policía general de estos establecimientos, según sus clases, especificando la educación que conviene a los niños. Este plan se presentará al Congreso para que siendo examinado y aprobado, se convierta en ley de la República.

El artículo 13 señala que además de las atribuciones precedentemente mencionadas, la Cámara de Educación dirigirá a la opinión pública en las materias literarias, mientras se establece el instituto filosófico, y examinará o hará examinar y analizar las obras que se publicaren sobre cualquier asunto, formando juicio de ellas en el Monitor del Areópago[8].

Los antecedentes históricos del Poder Moral evidencian su similitud al Poder Ciudadano consagrado en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentalmente en lo relativo a su competencia de promoción de valores cívicos, morales, democráticos, de amor a la patria, y en síntesis, de valores transcendentales de la República.

No obstante, el Poder Moral de entonces residía en el Areópago, compuesto de la Cámara Moral y de la Cámara de Educación, mientras que en la actualidad, el Poder Ciudadano lo ejerce el Consejo Moral Republicano compuesto por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la República y el Contralor General de la República.

Resulta indudable que el transcurso del tiempo y su repercusión en las instituciones jurídicas, han influido en las diferencias que guarda el Poder Moral de 1819 con el Poder Ciudadano del presente, pero no por ello puede obviarse el fin común de ambos poderes, cual es el ejercicio del control que va más allá de la norma misma y se inserta en su verdadero fundamento: la justicia, la equidad, la moral pública y los valores éticos que la sustentan.

El origen del actual Poder Ciudadano, como se evidencia del Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el siguiente:

> …CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- (Desde la Tribuna de Oradores). Honorable Presidente, honorables colegas: Buenos días, con la venia de esta magna Asamblea Nacional Constituyente, me permito presentar para la consideración de ustedes el informe elaborado por la Comisión del Poder Moral o Contralor, que estudió lo relativo a la instauración de una figura novísima, inédita, que no existe en otras latitudes del mundo, el nuevo Poder Ciudadano, y es que todo esto es producto de una revolución que el pueblo venezolano ha ido adelantando durante largos años. Todos venimos soñando desde hace mucho tiempo con una Patria digna, próspera y soberana, y hoy, gracias al pueblo de Venezuela, tenemos al alcance de la mano ese sueño irrenunciable de esa Patria digna, próspera y soberana (…)
>
> (…) Seguíamos con la investigación bibliográfica y con el análisis de propuestas. No sé si fue récord, pero a la Comisión del Poder Moral o Contralor de la Asamblea Nacional Constituyente llegaron 189 propuestas distintas que tenían que ver con la percepción particular de individualidades, de grupos, de sectores, de organizaciones, de lo que consideraban ellos pertinente incluir en esta nueva revolucionaria Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

8. BREWER-CARÍAS, Allan, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela, Instituto de Estudios de Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España 1985, pp. 264-267.

> El trabajo de campo nos llevó a muchas entrevistas, audiencias, reuniones, foros, talleres, seminarios, conferencias, en los que oíamos, analizábamos conjuntamente, lo que eran las propuestas de ellos y las que veníamos manejando en el seno de la Comisión. Elaboramos posteriormente un informe preliminar, se discutió en Plenaria de la Comisión, aprobado ese informe preliminar se remitió a la Comisión Constitucional y llegamos a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente donde nuestra propuesta, revisada por la Comisión Constitucional, será considerada para darle forma definitiva a lo que será -Dios mediante, pueblo mediante- el nuevo Poder Ciudadano de la República.
>
> Poder Ciudadano.
>
> Es que no lo llamamos ni moral ni contralor, planteamos que se llame Poder Ciudadano, ¡y es que se trata de eso! De rescatar la ciudadanía (…)
>
> (…) ¿Y del gentilicio? Que los venezolanos nos volvamos a sentir orgullosos de ser venezolanos; que ese gentilicio nuestro vuelva a ser motivo de orgullo; que cuando hablemos de Venezuela nos palpite aceleradamente el corazón porque la queremos y nos sentimos parte de ella. Eso no existe hoy en Venezuela, hay que rescatarlo, e incluso, se trata de una manera tal vez filosófica, de poner la justicia sobre la legalidad. En nombre de la legalidad, en esta Patria nuestra, en esta Venezuela querida, se han cometido más desafueros que por cualquier otra razón, todo en nombre de la legalidad. Justicia sobre legalidad, es uno de los objetivos que tenemos que alcanzar.
>
> Y si el Libertador Simón Bolívar hablaba de 'Moral y Luces: los polos de una República' (…)
>
> (…) ¿Acaso no estamos conscientes todos de que en esta Patria nuestra son muchos los habitantes y muy pocos los ciudadanos? Eso es falta de formación ciudadana (…)
>
> (…) Nuestro objetivo: No descansar hasta hacer de cada habitante de este, nuestro país, un ciudadano republicano de la nación venezolana, objetivo fundamental, indeclinable, que debemos perseguir con todas nuestras fuerzas…[9].

La consagración del Poder Ciudadano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte de ser consecuente con el pensamiento bolivariano, responde también a las críticas formuladas a la clásica teoría de la separación de los poderes, que no permite tener en cuenta la importancia de otros órganos, cuyas actividades deben ser reforzadas, por cuanto la finalidad de este nuevo Poder del Estado es vigilar el ejercicio del Poder Público y defender a los ciudadanos de los perjuicios que generan la concentración del poder y los excesos.

En el marco del Derecho Comparado, el constitucionalista colombiano Jaime Vidal Perdomo ha expresado que en la administración del Estado se ha reforzado la función de control, y que si bien son los jefes de las administraciones públicas los responsables de que éstas marchen en forma adecuada, y son los jueces los responsables de sancionar la conducta desviada de los servidores del Estado, en los espacios intermedios a florecido la función de control, la cual se manifiesta preferentemente en relación con el manejo de los fondos públicos y a través de un poder disciplinario, respecto de los comportamientos ilegales de los funcionarios, de lo cual la Fiscalía General de la República y la Contraloría General de la República, son órganos cuyas competencias -cada día mayores-, dan testimonio en el Derecho colombiano de la existencia de esa función de control[10].

---

9. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre-Noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela; p. 14-16.

10. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 6ª Edición, Santa Fé de Bogotá, Colombia 1996; pp. 129;13; en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, pp. 218-219.

En la Asamblea Constituyente colombiana se discutió acerca de la incorporación de otras ramas del Poder Público además de las tres tradicionales, pero sólo se llegó admitir, sin darle el tratamiento de una rama de dicho poder, que además de los órganos integrantes de las ramas principales, existen otros que también son autónomos e independientes en el cumplimiento de las demás funciones del Estado, como es el caso del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República, los cuales realizan funciones del control. En tal sentido, el constituyente Augusto Ramírez Ocampo propuso que se reconocieran cinco ramas del Poder Público, ya que conforme a su criterio, desde el punto de vista práctico el Estado a rebasado las doctrinas tradicionales, razón por la cual la distribución del Poder Público en tres ramas o su ejercicio a través de tres funciones, ya no corresponde ni en la teoría ni en la practica a su estructura real; en tal sentido, el citado constituyente precisó que existen órganos que no encuadran en ninguna de las tres clásicas ramas del Poder Público, porque sus funciones no son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Es así como la función de control no puede encuadrarse en ninguna de las tres precitadas funciones. En virtud de lo anterior, Ramírez Ocampo criticó que la Constitución colombiana establezca sólo tres ramas del Poder Público y que a las demás se las consagre como simples órganos del Estado[11].

En la Constitución colombiana de 1991, como concluye Jaime Vidal Perdomo, en cuanto a la organización general del Estado, se reitera la división en tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), pero además se declara que fuera de los órganos que integran las referidas ramas, existen otros autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, razón por la cual se agregó a las funciones tradicionales, la de control, confiando el ejercicio de esta última a órganos y no a ramas; en tal sentido, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Contraloría General de la República, son órganos de control que no pertenecen a ninguna de las ramas. La distinción entre ramas para las funciones clásicas, y la de órganos para las tareas nuevas del Estado, le parece acertada a Vidal Perdomo, por cuanto estas últimas -a su juicio- evolucionan más o su actuación no siempre se puede diferenciar de las funciones ejecutiva, administrativa o judicial[12].

Ahora bien, como lo apunta Juan Garay, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela nos sorprende con una ampliación de la teoría de Montesquieu (correspondiente al siglo XVIII), para quien sólo había tres poderes posibles en el Estado: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La incorporación de nuevos *Poderes* a la estructura organizativa del Estado, quiere decir que los mismos no están sometidos en su ejercicio a las directrices de ningún otro poder y que sus ingresos deben ser aprobados por la Asamblea Nacional, es decir, que están en un plano de igualdad con los poderes Ejecutivo y Judicial[13].

---

11. GALVIS GAITÁN, Fernando, *La Constitución explicada por los Constituyentes*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá 1991, pp. 60; 61; en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, pp. 219-220.

12. VIDAL PERDOMO, Jaime, "La Noción de Rama Ejecutiva y los Organismos con Estatuto Propio en la Nueva Constitución Colombiana", en *Obra Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica, Primera Edición, San José, Costa Rica 1994, pp. 175-176, en DUQUE CORREDOR, Román J., *ob. cit.*, p. 220.

13. GARAY, Juan, *La Nueva Constitución*, Ediciones Juan Garay, año 2000, p. 15.

En este sentido, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó apunta que en el caso del Poder Ciudadano, este "…configura realmente la idea de un Poder Moral que opera en el ámbito de la tutela de los intereses públicos…" [14], e igualmente, Juan Garay apunta que el Poder Ciudadano, ha sido creado en la actual Constitución como un poder moral[15].

De igual forma, debe señalarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incorporó al Poder Ciudadano en la distribución horizontal del Poder Público, y ello no obedeció a un mero capricho del Constituyente, sino que respondió a una concesión política del Estado, incluida en la definición de los valores superiores que caracterizan hoy al ordenamiento jurídico del Estado venezolano, unos de los cuales son la ética pública y la preeminencia de los derechos humanos, conforme al artículo 2 de la Constitución de 1999.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER CIUDADANO Y BASE CONSTITUCIONAL

Según la Escuela Pandectista alemana de mediados del siglo XIX, uno de los dogmas de todo ordenamiento jurídico es que el Poder Público se divide en tres (3) poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; no obstante, al revisar los textos constitucionales, los partidarios de esa Escuela se encuentran con que el Poder Legislativo a veces fungía de Juez, especialmente en los juicios políticos; el Poder Ejecutivo dictaba normas como los reglamentos, entonces, en lugar de dividir los poderes, separaron las funciones del Estado y no los órganos que realizan las mismas.

Ahora bien, el Constituyente venezolano de 1999, rompiendo con el dogma de la trilogía de los denominados *Poderes* del Estado, consagra en su artículo 136 del texto constitucional, cinco *Poderes*: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, y previendo de antemano que las actividades que realizan sus órganos no son absolutamente puras y separadas del resto, consagra en ese mismo precepto el principio de colaboración entre los órganos a los que corresponde el ejercicio de las funciones de cada uno de los *Poderes*.

La consagración de los pre-citados *Poderes* del Estado, se gesta con la evolución del Derecho y las transformaciones políticas y sociales producen la aparición de organismos que no pertenecen a esas tres funciones tradicionales del Estado, ni dependen de ellas, como es el caso del Ministerio Público, de la Contraloría General de la República, etcétera, los cuales pasan a formar parte del llamado Poder Ciudadano.

El Poder Ciudadano, junto al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, forma parte integrante del Poder Público Nacional, se consagra constitucionalmente como "… Otra innovación de la Constitución de 1999…"[16], como otro Poder del Estado, regulado en el Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y es independiente del resto de los Poderes.

---

14. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*, Editorial EXLIBRIS, Caracas 2000, p. 205.

15. GARAY, Juan, *ob. cit.*, p. 118.

16. BREWER-CARÍAS, Allan, *La Constitución de 1999*, comentada por Allan R. BREWER-CARÍAS, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 137.

En tal sentido, el texto constitucional establece la siguiente motivación de este nuevo Poder del Estado:

> …Adaptando a nuestro tiempo las ideas inmortales del Libertador Simón Bolívar, la Constitución rompe con la clásica división de los poderes públicos y crea los Poderes Ciudadano y Electoral. El primero de ellos se inspira, en parte, en el Poder Moral propuesto por el Libertador en su Proyecto de Constitución presentado al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819 (...)
>
> (…) El Libertador concibió el Poder Moral como la institución que tendría a su cargo la conciencia nacional, velando por la formación de ciudadanos a fin de que pudiera purificarse 'lo que se haya corrompido en la República, que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos'. Con ello, Simón Bolívar quería fundar una República con base en un pueblo que amara a la patria, a las leyes, a los magistrados, porque esas 'son las nobles pasiones que deben absorber exclusivamente el alma de un republicano'
>
> El Poder Moral del Libertador tenía entre sus misiones velar por la educación de los ciudadanos, en cuyo proceso se debía sembrar el respeto y el amor a la Constitución y a las instituciones republicanas, sobre la base de que 'si no hay un respeto sagrado por la patria, por las leyes y por las autoridades, la sociedad es una confusión, un abismo'.
>
> Inspirada en esas ideas y adaptándolas a nuestro tiempo, la Constitución crea el Poder Ciudadano…[17].

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

Respecto a la naturaleza jurídica del Consejo Moral Republicano, ante todo resulta importante reseñar el debate constitucional que se planteó al efecto, con ocasión de la sanción del texto constitucional; de esta forma, allí se realizaron las siguientes acotaciones:

> …CONSTITUYENTE GUTIERREZ (FREDDY).- Ciudadano Presidente. Un punto de información para la propia Comisión, ya que se integra dentro del Poder Ciudadano el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, que son órganos que tienen una ley de creación, unas funciones y su propia autonomía funcional.
>
> Le pregunto a la Comisión si el Consejo Moral Republicano sería un órgano administrativo distinto a los tres órganos de los cuales dimana (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- El Consejo Moral Republicano, estimado colega, sería el órgano de expresión del Poder Ciudadano, para ilustrarlo con un ejemplo: Así como en el Poder Legislativo su órgano de expresión es el Congreso de la República, el Consejo Moral Republicano sería el órgano de expresión del Poder Ciudadano integrado por estos 3 magistrados a la cabeza de estas tres instituciones (...)
>
> CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Ciudadano Presidente. Creo que la observación del constituyente Freddy Gutiérrez debe tomarse en cuenta, porque habría que decir con más precisión quiénes integran este Consejo.
>
> Por otra parte, sólo llamo la atención desde el punto de vista de la terminología. Originalmente el proyecto era denominar esto Poder Moral, pero se abandonó esta designación y se sustituyó por Poder Ciudadano, posiblemente entonces haya una incongruencia con conservar el título del Consejo como Consejo Moral Republicano, a lo mejor tendríamos que hablar de Consejo Ciudadano de la República o Consejo Republicano del Poder Ciudadano (...)

17. Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000, p. 10-11.

> CONSTITUYENTE JIMENEZ (ROBERTO).- Ciudadano Presidente, aprovecho en este artículo (…) para aclarar que no es solamente lo moral lo que va a contemplar el Poder Ciudadano.
>
> El Poder Ciudadano tiene ese nombre porque va mucho más allá que simplemente un cuido moral de la actividad pública. No creo tampoco que el hecho de que se llame Poder Ciudadano, entonces el Consejo tenga que llamarse obligatoriamente Consejo Ciudadano. Precisamente porque responde a la idea del Libertador del Poder Moral, pero es mucho más amplio porque incluye al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, en la Comisión pensamos por qué se debía llamar Poder Ciudadano y no Moral y por qué el Consejo si debía ser Consejo Moral Republicano, porque lo moral y lo ético -hay mucha confusión en eso- de acuerdo al origen de la palabra tanto el *ettos* griego como el *mos moris* latino se refiere a la costumbre, a la moral personal.
>
> Aquí no se trata de esa moral personal sino de la moral colectiva, es decir, moral ciudadana, pero que unido a la Fiscalía, al Ministerio Público, y a la Contraloría estaría en el cuido de acuerdo a las leyes, obviamente, pero en el aspecto moral. Pero es una calificación superior, es la moral colectiva, la moral ciudadana, y por eso consideramos que no habría ninguna incongruencia en que siendo el Poder Ciudadano, ese tuviese un organismo que se llamara Consejo Moral Republicano en el cual acogíamos la idea o el ideal del Libertador pero lo estábamos ampliando y ese es el aspecto en que se va.
>
> Por ejemplo, el Defensor del Pueblo no va a ser solamente un moralista, un Savonarola, que va a estar por aquí y por allá diciendo cuando hay pecado y cuando no, sino sencillamente será la voz que va a tener el pueblo, precisamente para llevar a las instancias superiores las mayores protestas o las más simples reclamaciones. Eso es oficiar y podrá el Defensor del Pueblo aplicar tanto sanciones morales como sanciones de acuerdo a las leyes a través de la Fiscalía General de la República. Esta es la explicación de por qué llamamos Consejo Moral Republicano a un organismo que responde al Poder Moral… [18].

Conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, el Consejo Moral Republicano es el órgano mediante el cual se ejerce el Poder Ciudadano, vale decir, cuando los órganos que integran el Poder Ciudadano actúan de manera conjunta, se expresan a través del Consejo Moral Republicano[19].

En tal sentido, la Profesora Rondón de Sansó apunta que los órganos que hoy conforman el Poder Ciudadano y que existían con anterioridad a su creación, eran órganos constitucionales dotados de autonomía funcional e independientes del resto de los poderes del Estado, aunque mantuviesen con alguno de ellos determinadas relaciones. No obstante, en la actualidad tales entidades se someten conjuntamente con la figura que constituye en nuestro sistema una total innovación, como lo es la Defensoría del Pueblo, a una organización mayor que las engloba y que se denomina Consejo Moral Republicano[20].

---

18. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 6 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 6-8.

19. Artículo 273 (encabezamiento y primera parte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000 (Consultada en original), en concordancia con los artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

20. RONDON DE SANSO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 205.

IV. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

El Consejo Moral Republicano tiene su sede en la capital de la República, jurisdicción en todo el territorio nacional y podrá contar con las unidades de apoyo, de servicio técnico y administrativo que sean necesarias para el cumplimiento de sus deberes, cuyas normas de funcionamiento, competencias, integración y coordinación, serán señaladas en el ordenamiento jurídico interno que se dicte al efecto[21].

Particular referencia merece el hecho de que la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que el Consejo Moral Republicano contará para su funcionamiento con la Secretaría Permanente, la cual contará con el personal que el referido Consejo estime necesario para el desempeño de sus funciones, y estará dirigida por el Secretario Ejecutivo, quien será un funcionario de libre nombramiento y remoción del Consejo[22].

Finalmente, debe destacarse que la representación oficial del Consejo Moral Republicano y del Poder Ciudadano, la ejerce el Presidente del referido Consejo, el cual es uno de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano electo por el mencionado Consejo por el período de un año, pudiendo ser reelegido[23].

V. ÓRGANOS INTEGRANTES DEL PODER CIUDADANO

El texto constitucional consagra que el Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano y sus órganos son: la Defensoría del Pueblo, la cual aparece por primera vez en una constitución venezolana -siguiendo la orientación general de los organismos similares creados en toda América Latina[24]- el Ministerio Público, integrado constitucionalmente al sistema de justicia, y la Contraloría General de la República, uno de cuyos titulares presidirá el Consejo Moral Republicano[25].

---

21. Artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

22. Artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

23. Artículo 273, primer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y Artículo 16, numeral 3 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

24. BREWER-CARÍAS, Allan, *Ob.cit.*, p. 138.

25. Artículos 273 (encabezamiento y primer aparte) y 253 (último aparte), ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

VI. ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO

1. Requisitos para su elección

A. Generales

Para ser elegido titular de uno de los órganos del Poder Ciudadano, se requiere: 1) Ser venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad y 2) De reconocida honorabilidad.

B. Específicos

Para ser Defensor del Pueblo, se requiere: 1) Ser mayor de treinta (30) años y 2) Tener competencia demostrada en materia de derechos humanos.

Para ser Fiscal General de la República, se requiere: 1) Ser jurista de reconocida competencia y buena reputación; 2) Haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince (15) años; 3) Tener título de post-grado en materia jurídica o haber sido profesor universitario en ciencia jurídica durante un mínimo de quince (15) años y tener la categoría de profesor titular; 3) Cualesquiera otros requisitos establecidos por la Ley.

Para ser Contralor General de la República, se requiere: 1) Ser mayor de treinta (30) años y 2) Tener probada aptitud y experiencia para el ejercicio del cargo [26].

Ahora bien, vale la pena destacar que el requisito de elegibilidad de la nacionalidad venezolana por nacimiento, fue objeto de un debate constitucional particularmente extenso, con ocasión del funcionario Contralor General de la República. En tal sentido, cabe señalar lo siguiente:

> … CONSTITUYENTE VALERA (IRIS). Ciudadano Presidente. Simplemente para recordar que como van a formar parte del Consejo Moral Republicano, que se exija la nacionalidad venezolana por nacimiento, de esos Magistrados (...)
>
> (…) CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- Ciudadano Presidente. Con respecto al problema, de si debe ser venezolano o venezolana por nacimiento, particularmente, creo que es suficiente con que sea venezolano. Pienso que hemos sido muy restrictivos con aquellos funcionarios o aquellas personas que se nacionalizaron, y está bien que para determinados cargos deben ser venezolanos por nacimiento.
>
> Siento que de verdad, no podemos ser tan extremistas en ese planteamiento de que todos tienen que ser venezolanos por nacimiento. Ni tan calvo, ni con dos pelucas. Así pasó con el caso del Defensor de los Derechos del Ciudadano. Sé que para defender los derechos humanos hay que tener una actitud, un conocimiento. Igualmente, para la función de Contralor, deben tener una formación, una rectitud, reunir las condiciones, pero creo que hay venezolanos por nacimiento que han sido Contralores y no han cumplido muy bien su función, porque se han hecho los vista gorda, frente a muchísimos casos de corrupción; así como hemos tenido funcionarios venezolanos por nacimiento, que han metido la mano en el Tesoro Público (*Sic*).

26. Respecto a los requisitos de elegibilidad de los órganos del Poder Ciudadano, *V.*, artículos 280 (último aparte), 284 (aparte único) en concordancia con el 263, y 288 (encabezamiento), todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Creo que esa no puede se la condición, y por eso solicito que se revise ese requisito. Repito, me parece que no debería ser así (...)/(…) Entonces, haría realmente la petición de que consideremos eso ante la Asamblea, porque para eso no le damos la nacionalidad a la gente, si vamos a tener venezolanos, de primera y de segunda, para todos los cargos. Estamos mal, aunque eso está bien para algunas excepciones (...).

CONSTITUYENTE BRICEÑO DE QUEIPO (MARÍA).- (…)/Apoyo la proposición del constituyente Vladimir Villegas en este sentido, en tanto que no podemos catalogar a aquellos que ya le damos la confianza de que se constituyan en venezolanos a considerarlos ciudadanos de segunda o de tercera categoría. En este sentido abogo porque se exijan mayores requisitos si es posible para la nacionalización, pero una vez que sean venezolanos consideremos este asunto con una delicadeza mayor (...).

CONSTITUYENTE QUIJADA (MANUEL).- Ciudadano Presidente, para apoyar la proposición del constituyente Vladimir Villegas, porque da la impresión de que no hemos entendido realmente qué significa nacionalizar a un extranjero.

Cuando uno nacionaliza a un extranjero después de los requisitos establecidos, es porque considera que se ha compenetrado con toda la vida nacional, no tiene sentido estar discriminando en cargos como la Contraloría (…)/Me he dado cuenta que no hemos entendido bien el significado de la nacionalidad. En consecuencia apoyo la proposición del constituyente Vladimir Villegas porque me parece que es lo que está en el espíritu del concepto de nacionalidad. Es todo (...).

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) Solamente para llamar la atención en ese mismo sentido que plantea el constituyente Manuel Quijada y creo que el constituyente Vladimir Villegas, que no puede ser que si establecemos unos mecanismos de exigencia adicional para otorgar la naturalización, vayamos, en cada caso, a estar limitando a los venezolanos por naturalización en ejercer determinados cargos.

El venezolano por naturalización no es un extranjero, es un venezolano por naturalización, y por tanto se equipara en general a los venezolanos por nacimiento. Es todo (...).

CONSTITUYENTE ORTEGA DÍAZ (PEDRO).-(…Para apoyar la proposición de Vladimir Villegas de que pueda ser venezolano por nacimiento o naturalización. Es todo (...).

CONSTITUYENTE VADELL (MANUEL).- Ciudadano Presidente, ciudadanos Constituyentes. De todos es conocido cómo se han vulnerado los procedimientos de nacionalización o para la nacionalización en este país.

Hace muy poco tiempo, recién instalado este Gobierno, cuando aún no se habían sustituido los miembros de la Dirección de Extranjería, llegó a una imprenta una boleta con un sello, aparentemente falso, donde le decía que le hicieran 1.000 planillas para naturalización. Era falsa esa situación, incluso iba sin membrete el oficio. Inmediatamente asesoré al de la imprenta y le dije que se negara a hacer esas planillas, y rápidamente remitimos el caso al Ministerio de Relaciones Interiores para la averiguación correspondiente.

Yo, que tengo tanto fervor por una serie de patriotas nacionalizados venezolanos, debo expresar cautela sobre esta situación y, en consecuencia, si vamos a aceptar nacionalizados que sean con un término que pruebe su consecuencia con el país.

Propondría: 'Naturalizados con 10 años efectivos de esa naturalización en base a la Gaceta Oficial correspondiente, para salvaguardar cualquier acción violatoria de las bases para la nacionalización' (…).

EL PRESIDENTE.- (…) ¿Tiene apoyo la propuesta de la Comisión? (*Asentimiento*). Quienes estén de acuerdo se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobada.

CONSTITUYENTE BRICEÑO DE QUEIPO (MARÍA).- Para dejar constancia de mi voto salvado en esta votación, ciudadano Presidente.

CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR). Para dejar constancia de mi voto salvado en la aprobación de esta proposición, ciudadano Presidente … [27]

27. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 26-27.

2. Período de elección

Respecto al período de elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, resulta importante reseñar algunas consideraciones planteadas en el debate constituyente; en este sentido:

> … CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL) (…) ¿Por cuanto tiempo estarán estos Magistrados del Poder Ciudadano en sus funciones o en sus respectivas magistraturas? Proponemos que duren 4 años pudiendo ser reelectos en un único período inmediato, y además una figura novedosa, no vista en otras constituciones (…) y es que no somos partidarios del período constitucional que ha regido a Venezuela hasta hoy.
>
> Cada vez que hay un Presidente nuevo, electo, sale un Congreso y entra otro, se designa nuevo Contralor y nuevo Fiscal, se designaría nuevo Defensor del Pueblo, se designa nuevo Procurador. Nosotros planteamos una diferencia que quiero sea considerada en profundidad, y es que se designe por 4 años a los tres magistrados del Poder Ciudadano, y si a mitad del período, en cualquier instancia o estadio del período de cada uno de estos magistrados, de cualquiera de ellos, ocurriese la ausencia absoluta, se abra un proceso para designarlo y quien asuma empiece en ese momento sus 4 años, que no haya esa salida de todos los jefes de las instituciones del Estado cuando sale el Presidente de la República sino que se le garantice la continuidad en el ejercicio de sus funciones a cada uno de ellos…" [28]
>
> … CONSTITUYENTE GARCÍA (ANTONIO).- (…)/(...) El Poder Ciudadano, el Poder Electoral, el Poder Judicial, por llamarlos de alguna manera, frente al Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, se comportan como una suerte de poderes de control, por lo que no es conveniente que estos tres poderes tengan el mismo lapso de duración que el del Poder Ejecutivo y el del Poder Legislativo. Por eso ustedes conseguirán en el Defensor del Pueblo 7 años, en el Ministerio Público 7 años, en la Contraloría 7 años, conseguirán en el Poder Electoral 7 años, y fue lo que justificó que aprobáramos un período para el Tribunal Supremo de Justicia de 12 años, porque lo recomendable es que el período de estos poderes que -repito- se comportan como poderes de control frente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, es que los períodos de ellos no coincidan, porque es una manera de garantizar su imparcialidad e independencia frente a la influencia que pueda ejercer el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Esa es la justificación que tiene el que no se hagan coincidentes los períodos de estos tres poderes con el período constitucional que se le asigna al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo… [29].

Ahora bien, constitucionalmente quedó consagrado en el primer aparte del artículo 280 que el Defensor del Pueblo será designado por un *único* período de siete (7) años, y el debate constituyente planteado al efecto, fue el siguiente:

> … EL PRESIDENTE.- En consideración. La Comisión.
>
> CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (…) Se agrega: "La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será designado por un único período de siete años (...)
>
> (…) CONSTITUYENTE RODRIGUEZ (ISAIAS).- Entiendo que la Comisión fusionó este artículo y el siguiente, y es importante que la Comisión dé esa información para que la discusión y el debate se canalice de la mejor manera.

---

28. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22 de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 16.

29. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 16.

EL PRESIDENTE.- El punto de información es procedente, si se fusionó este artículo con el que sigue, que se lea el otro artículo (…)

(…) EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Artículo 316.- La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será electo por un período de cuatro años…

(…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) Lo que planteo, como duda, es el tiempo de siete años; no sé si estamos siendo coherentes, si expresamente se establece un lapso de siete años, superior al lapso de los siete años del Presidente, y superior al lapso de los cinco años de la Asamblea. Creo que esto es algo que esta designación no coincida con el período constitucional? Puede ser importante, pero vale la pena, retener esto…

(…)CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- (…) Voy a proponer que la duración el (*Sic*) período de este funcionario sea de seis años, respondiendo un poco a aquel principio de la coherencia, tiene que durar seis y cuando me toque votar por la duración del Congreso diré que son seis también (…)/ Creo que, como lo he apuntado en (*Sic*) varias veces, debe haber coherencia en la duración de los órganos del Poder Público. Algunas personas dirán, bueno es que debe haber sustitución en momentos distintos. No, usted si quiere tiene que decir expresamente que a la mitad del período presidencial usted renueva el Congreso, eso es otra cosa. Pero este mecanismo donde unos funcionarios duran cinco, unos seis y otros siete, no hace sino complicar el proceso de elección y, por lo demás, habrá ciclos de ese período los (*Sic*) cuales el Congreso que tiene la responsabilidad de designar a funcionarios de este Poder, por ejemplo, no los podrá nombrar porque no les corresponde, porque no es su tiempo y porque no se ha vencido el otro período.

Es decir, pido coherencia en la organización de esa responsabilidad. Es todo (…)

(…) CONSTITUYENTE COMBELLAS (RICARDO).- (…) tengo una proposición para la consideración de la Comisión y de la plenaria: si se trata de un funcionario que viene desempeñando muy bien sus funciones, ha cumplido de una manera adecuada, honesta, eficaz con su trabajo, la posibilidad, ¿por qué no?, de reelegirlo por lo menos por un período más.

Aquí hemos planteado la reelección de muchos funcionarios, incluso, del Presidente de la República, ¿por qué no un funcionario -repito- capaz, honesto, eficaz, del cual todos los venezolanos podemos estar satisfechos por su trabajo, pueda continuar por un período más? Dejo esa interrogante para su consideración (...)

(…) CONSTITUYENTE LÓPEZ PORTILLO (ELIAS).- (…) Y, por otra parte dadas estas cualidades especiales que debe tener (el Defensor del Pueblo), considero que debería ser un funcionario que debería ser ratificado en la medida en que cumpla a cabalidad con su sagrada misión y esa reelección por la Asamblea Nacional, debería ser indefinida y en la medida en que él dé un excelente cumplimiento a sus funciones./Por eso, tal como está planteado aquí en el proyecto de la Comisión, que dice que ‘debe ser por un único período’ no estaría de acuerdo (…)

(…) EL PRESIDENTE.- (…) / Vamos a votar las proposiciones (…)

(…) EL SECRETARIO.- La de Antonio Di Giampaolo. “Seis años”

EL PRESIDENTE.- ¿Tiene apoyo la proposición? No tiene apoyo, no se vota, vota él solo (…)

(…) La otra proposición, la de la Comisión.

EL SECRETARIO.- Ricardo Combellas. ‘La posibilidad de ser reelecto por tiempo indefinido’.

EL PRESIDENTE.- ¿Cómo va a ser electo por tiempo indefinido? (…) Se va a quedar eternamente ahí. Bueno, es una proposición al fin y al cabo. Los que estén de acuerdo con que sea electo por tiempo indefinido que lo manifiesten con la señal de costumbre. (*Pausa).* Negada (...)

(…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Un punto de información. La propuesta es simplemente eliminar la palabra ‘único’, es decir, ‘por un período de 7 años’ ya después se podrá volver a nombrar. Simplemente eliminar la palabra ‘único’; eso resuelve el problema.

EL PRESIDENTE.- Bueno, la palabra 'único' establece el límite, de tal manera que no resuelve el problema en sí, lo que pasa es que deja abierta la cancha para la reelección. Pero es una proposición. El doctor Brewer Carías dice que sin establecer la reelección, que se quite la palabra 'único' que más o menos es lo mismo.

¿Tiene apoyo la proposición? No tiene apoyo (...) [30]

Por otra parte, la Constitución de la República establece que tanto el Fiscal General de la República como el Contralor General de la República serán designados por un período de siete (7) años[31].

3. Forma de elección

La forma de elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano y fundamentalmente del Defensor del Pueblo, planteó el siguiente debate constituyente:

… EL SECRETARIO (*Lee*):

Artículo 316.- La Defensoría del Pueblo actuara bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será electo (…) a través de votación popular, universal, directa y secreta (...)

(…) El mandato podrá serle revocado mediante referéndum transcurrida la mitad del mandato, según las disposiciones contenidas en esta Constitución y la ley (…)

(…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- Hay dos diferencias fundamentales, señor Presidente. Una, la Comisión Constitucional incluía en su articulado la elección por la vía, directa, universal y secreta del Defensor del Pueblo. Hay un cambio ahí nosotros sugerimos que todos los magistrados del Poder Ciudadano tengan una idéntica vía para su designación; y lo segundo, es la que usted señaló la inhabilitación del Defensor del Pueblo para optar a cargos de elección popular en le (*sic*) período inmediatamente siguiente (…)

(…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) tendrá que preverse una disposición transitoria para la designación de los primeros miembros del Poder Ciudadano, para que luego pueda haber el Comité de Postulaciones (…)

(…) CONSTITUYENTE VILORIA (GILMER).- (…) Es para señalar que si alguna característica debe tener este defensor del pueblo, es que debe ser elegido por el pueblo. Porque precisamente, va a defender los derechos de la ciudadanía, entre otras cosas, frente al gobierno y contra los atropellos que generalmente cometen los funcionarios públicos contra el ciudadano. Entonces, si es un funcionario designado, va a estar sujeto a la presión que pudieran hacerle las autoridades a las cuales tendrá que enfrentar en muchas situaciones difíciles, de violación de los derechos humanos entre otras cosas./Lo que quiero señalar es que este funcionario, para que tenga alguna efectividad y, sobre todo, autonomía e independencia en su actuación, debe ser elegido por medio del voto. Esto es lo que quisiera proponerle a la Comisión, para que se insistiera en este aspecto (...)

(…) CONSTITUYENTE COMBELLAS (RICARDO).- (…) He llegado a la conclusión de que no es conveniente que este funcionario sea elegido. Se prestaría de una manera muy peligrosa a crear un verdadero demagogo con posibilidades explosivas de dificultar la gobernabilidad del país./Alerto sobre meditar acerca de los peligros de elegir popularmente este funcionario (…)

---

30. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 14-18.

31. *V.*, artículos 284 (aparte único) y 288 (aparte único), ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

(…) CONSTITUYENTE LÓPEZ PORTILLO (ELIAS).- En nuestro sistema político, indudablemente que es una gran innovación lo del defensor de los derechos del pueblo. Debe ser una persona con mucha sensibilidad social, con mucha demostrada capacidad ante la problemática de los derechos humanos y de los problemas de los demás, lo cual significa que debería estar exento del debate político. Porque si ese cargo se somete a la elección popular, indudablemente que los diferentes candidatos tendrían que enfrentase (*Sic*) unos a otros, y por supuesto, los que no apoyan a uno sino al otro, lo tratarían de descalificar y pondría (*Sic*) influir en ese candidato electo en un momento dado que él esté en sus funciones, para de alguna manera no ser objetivo en el debido cumplimiento de las sagradas funciones que tiene que desempeñar, como es la de defender los derechos humanos.

Aquí en Latinoamérica existe esa institución en varios países. En la vecina Colombia, en México etcétera, y en ninguna de esas partes tiene elección popular, porque, entre otras cosas, se consideró este factor importante de no politizar de esa manera ese -diría- tan sagrado cargo./Por eso creo que aquí en Venezuela deberíamos también descartarlo de esa manera y solamente deben tomarse en cuenta las muy calificadas cualidades que tenga ese personaje para llevar adelante esa función./En consecuencia, creo que no debe ser sometido a la elección popular (...)

(…) EL PRESIDENTE.- (…)/Entonces, las proposiciones que modifican el texto de lo que ha propuesto la Comisión son estas dos, tengo entendido. Primero la de que sea electo por el pueblo. ¿Tiene apoyo esa proposición? Tiene apoyo. Los que estén de acuerdo que lo manifiesten con la señal de costumbre (*Pausa).* Negada (…)

(…) CONSTITUYENTE VILORIA (GILMER).- Aquí se aprueba que sea designado, pero en el articulado no dice quien lo designa, en ninguna parte.

EL PRESIDENTE.- Sí dice. Tiene la palabra Miguel Madriz.

CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- Uno de los artículos que fue diferido es el que habla del procedimiento para la designación del defensor del pueblo, bien por la vía del Comité de Evaluación de Postulaciones que sí establece que lo haría la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. Sólo que es un artículo que fue diferido para la revisión y mejor redacción y presentarlo acá.

EL PRESIDENTE.- Aclarado el punto. Se vota el de la Comisión tal como fue presentado. Los que estén de acuerdo que lo manifiesten con la señal de costumbre. (*Pausa).* Aprobado..."[32]

Finalmente, debe decirse que la elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, se efectúa de la siguiente forma:

El Consejo Moral Republicano convoca a un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará una terna por cada órgano del Poder Ciudadano y la misma será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escoge en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos, al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral somete la terna a consulta popular [33].

Los requisitos de elegibilidad de los integrantes del Comité de Evaluación de Postulaciones, son los siguientes:

---

32. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 14-18.

33. Artículo 279 (encabezamiento y primer aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

1. Nacionalidad venezolana por nacimiento;

2. Ser mayor de edad;

3. Estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos;

4. Tener reconocida honorabilidad y prestigio en el desempeño de las funciones que ejerzan o les haya correspondido ejercer, y

5. Los demás establecidos en el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano.

El referido Comité debe estar integrado por un número no mayor de veinticinco (25) ciudadanos, que representen el mayor número de sectores de la sociedad.

El procedimiento de selección de los miembros del precitado Comité, es -además del previsto constitucionalmente-, el siguiente:

El Consejo Moral Republicano convocará al Comité de Evaluación de Postulaciones cuyos titulares ya fueron designados, sesenta (60) días antes del vencimiento de su período, a los fines de proceder a una nueva selección mediante proceso público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones en el lapso indicado, la Asamblea Nacional procederá a la designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano en un tiempo no mayor de treinta (30) días continuos.

La convocatoria del Comité de Evaluación de Postulaciones se realizará por lo menos con ciento veinte (120) días de anticipación al vencimiento del período de siete (7) años establecidos para el ejercicio del cargo correspondiente[34].

Tal y como consta en el Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "…A los fines de las designaciones por la Asamblea Nacional del Defensor del Pueblo, del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República, de conformidad con la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente designará a los integrantes del primer Comité de Evaluación y Postulaciones del Poder Ciudadano…"[35].

4. Remoción

Los titulares de los órganos del Poder Ciudadano serán removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley[36].

En tal sentido, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, establece que los integrantes del Consejo Moral Republicano serán removidos de sus cargos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia en Sala

34. Artículo 23, 24, 25, 26 y 27, todos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

35. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, noviembre 1999-Enero 2000, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas-Venezuela, p. 6.

36. Artículo 279 (último aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Plena, que declare que hay mérito para su enjuiciamiento, en virtud de las causales siguientes:

1. Por manifiesta incapacidad física o mental permanente, certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia, con la aprobación de la Asamblea Nacional.

2. Por abandono del cargo, declarado por el Tribunal Supremo de Justicia.

3. Por no cumplir con las obligaciones que les imponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como integrantes del Consejo Moral Republicano, y las demás obligaciones que les impone la ley, por su condición de tal.

4. Por incumplimiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes.

5. Cuando sus actos públicos atenten contra la respetabilidad del Consejo Moral Republicano y de los órganos que representan, y cometan hechos graves que, sin constituir delitos, pongan en peligro su credibilidad e imparcialidad, comprometiendo la dignidad del cargo.

6. Cuando ejerzan influencia directa en la designación de quienes cumplan funciones públicas.

7. Cuando incurran en abuso o exceso de autoridad.

8. Cuando en sus decisiones administrativas incurran en grave e inexcusable error, reconocido en sentencia.

9. Cuando en sus decisiones administrativas hagan constar hechos que no sucedieron o dejen de relacionar los que ocurrieron.

10. Cuando infrinjan alguna de las prohibiciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes.

Respecto al enjuiciamiento de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé algunas peculiaridades con relación al Defensor del Pueblo. En este sentido, establece que el mismo goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual no puede ser perseguido, detenido, ni enjuiciado por actos relacionados con el ejercicio de las mismas[37].

Al respecto, la Profesora Rondón de Sansó señala que en el Derecho Comparado se observa que el Defensor generalmente está dotado de la inmunidad de los parlamentarios, la cual tiene por finalidad protegerlo contra denuncias maliciosas destinadas a impedir que continúe en el desempeño de su cargo cuando existen razones ilegítimas que mueven a los denunciantes[38].

Por su parte, el debate constitucional planteado al efecto, fue el siguiente:

> … EL SECRETARIO (*Lee*).-
>
> *Artículo 318*.- El Defensor del Pueblo gozará de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y por lo tanto no podrá ser perseguido, detenido, ni enjuiciado por actos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones. En todo caso siempre será necesario antejuicio de mérito por ante el Tribunal Supremo de Justicia (...)

37. Artículo 282 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

38. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Ob.cit.*, p. 212.

CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- (…) si hay una figura que va a velar y ser el Defensor de los Derechos del Pueblo, esa figura tiene que estar cubierta, fortalecida, blindada con una inmunidad parlamentaria que incluso vaya más allá de los límites de lo que decida la propia Corte Suprema de Justicia, porque ¿cómo es posible si aquí uno de los poderes que ha estado más corrompido es el Poder Judicial, entonces le vamos a dar al Poder Judicial todo el poder para que decida sobre la inmunidad de la representación popular y de los defensores del pueblo? Me parece que ese es un contrasentido o ¿es qué (*Sic*) estamos pensando que por arte de magia vamos a tener un Poder Judicial impoluto? Aquí hay que discutir en torno a lo que debe ser un verdadero sistema de contrapeso. Un sistema donde la Corte tome su decisión, por ejemplo, de allanarle la inmunidad al Defensor, pero que la Asamblea también pueda conocer de ese caso, por la Asamblea también es la expresión de la representación popular. Debería ser que la Corte Suprema de Justicia revise el caso, tome una decisión y sea sometido también a la consideración de la Asamblea./(…) no comencemos por la vía de golpear de antemano la representación popular. Lo sensato sería, en mi opinión, que le levantáramos la sanción a ese artículo, a lo mejor me van a declarar fuera de orden, pero es que de verdad les quiero decir que el Defensor de los Derechos del Pueblo tiene que tener inmunidad y plena, sin cortapisas, que le permita de verdad el ejercicio de sus funciones en un gobierno que pueda tener características de violación de los derechos humanos y de restricción de garantías. No siempre vamos a estar en luna de miel con el Gobierno (...) Esta es una figura que espero sea permanente y que se fortalezca cada día y para ello tiene que tener una inmunidad y una protección y esa inmunidad tiene que ser cuidada, al igual que la inmunidad de los parlamentarios (…)

(…) CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (…) Estamos en perfectas condiciones de aprobar en términos equitativos ese artículo tal como ha sido traído por la comisión. Por supuesto, entiendo que la inmunidad es una prerrogativa, es un fuero, es un privilegio que contribuye a la realización de la tarea de modo libre.

Igualmente, ciudadano Presidente, usted que es especialista en Derecho del Trabajo, sabe que el fuero, la prerrogativa, el privilegio para la realización libre de esas tareas, es necesario. Insisto, que el artículo debemos aprobarlo tal como ha sido traído por la comisión para ser equitativo (…)

(…) EL PRESIDENTE.- Sírvase leer las propuestas en mesa, ciudadano Secretario.

EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Propuesta de la Comisión:

'De los delitos que cometa el defensor del pueblo (*Sic*), conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia'. Es todo, ciudadano Presidente.

EL PRESIDENTE.- ¿Tiene apoyo? (*Asentimiento*).

Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar la propuesta formulada por la comisión, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*).Negada.

Siguiente propuesta, ciudadano Secretario.

EL SECRETARIO.- (*Lee*):

Propuesta del anteproyecto :

El defensor del pueblo (*Sic*) gozará de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y por lo tanto no podrá ser perseguido, detenido ni enjuiciado por actos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones. En todo caso siempre será necesario antejuicio de mérito por ante el Tribunal Supremo de Justicia' (...).

¿Tiene apoyo? (Asentimiento). Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar la propuesta original, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobado…"[39]

39. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 20-22.

Igualmente, cabe señalar que para el enjuiciamiento del Defensor del Pueblo, al igual que para el Fiscal General de la República y el Contralor General de la República, está previsto el antejuicio de mérito por parte del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena[40], pero específicamente en el caso del Defensor del Pueblo, el Texto Fundamental dispone de manera expresa que "…En todo caso conocerá de manera privativa el Tribunal Supremo de Justicia…"[41].

VII. AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO

El Poder Ciudadano, como rama del Poder Público, en general, al igual que sus órganos: Defensoría del Pueblo, Ministerio Público y Contraloría General de la República, en particular, gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa, razón por la cual al referido Poder le será asignada una partida presupuestaria dentro del presupuesto general del Estado[42]. La autonomía implica la facultad de cada uno de los órganos, de producir sus propias normas jurídicas para el ordenamiento jurídico general del Estado, en sus respectivos ámbitos competenciales.

Por tanto, los tres órganos mencionados no dejan de actuar separada y autónomamente y no pierden las atribuciones que le son propias conforme a los artículos 281, 285 y 289 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, los titulares de cada uno de esos órganos, como integrantes del Poder Ciudadano también actúan conjuntamente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 274 *ejusdem*.

Igualmente, respecto al régimen jurídico se diferencia la Ley Orgánica que regula la organización y funcionamiento del Consejo Moral Republicano como órgano del Poder Ciudadano (Ley Orgánica del Poder Ciudadano), por un lado, y por otro, las leyes de organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República[43].

VIII. COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS QUE EJERCEN EL PODER CIUDADANO EN GENERAL; DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN PARTICULAR Y DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

Antes de precisar las competencias de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano en general y de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público y de la Contraloría Gene-

40. Artículo 266, numeral 3 y último aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

41. Artículo 282 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

42. Artículo 273 (segundo aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

43. Artículos 283, 286, 290 y Disposición transitoria cuarta, numeral 5, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

ral de la República, en particular, cabe señalar de manera general, lo que se dispone en el Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto, se apunta que:

> … CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL) (…) Nosotros decíamos que el Poder Ciudadano debe atender a una de las funciones que todo Estado debe adelantar. ¿Cuáles son las acciones que todo Estado debe adelantar? La de administrar, legislar, juzgar y la de controlar. Hoy en Venezuela y en todos los regímenes democráticos del mundo, la función de controlar y legislar recae sobre una institución: El Congreso, o como quiera que se llame en las legislaciones respectivas./ Decimos que el Poder Ciudadano es el órgano contralor de la nación: previene, investiga y sanciona los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa. Es así como sus funciones generales son: Velar por la buena gestión y legalidad en la administración del patrimonio público. Eso lo hace el Contralor General de la República. Garantizar la constitucionalidad y la legalidad, eso lo hace el Ministerio Público por vía del Fiscal General de la República. Por último y no menos importante, el Poder Ciudadano defiende los derechos humanos y los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. Esta es la nueva figura, la del Defensor del Pueblo…"[44].

1. Competencias concurrentes

Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo:

1. Velar por el cumplimiento del principio de legalidad en la actividad administrativa del Estado.

2. Prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa.

3. Promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como también, la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo[45].

2. Competencias específicas

A. De la Defensoría del Pueblo

Antes de precisar las competencias de esta Institución, resulta pertinente señalar que la creación del Defensor del Pueblo contó con posiciones encontradas en el debate constitucional. En tal sentido, cabe señalar lo siguiente:

> …CONSTITUYENTE QUIJADA (MANUEL).- Señor Presidente (…) / el *ombudsman.* Esta es una institución nórdica, en uno de los países más civilizados del mundo donde cualquier violación de los derechos del ciudadano, es tomado por el Defensor, por el *ombudsman,* el Defensor del Pueblo, y es capaz de hacer tumbar el Gobierno si no respetan los derechos del ciudadano (...)/En Colombia se nombró, en la Constitución de 1961, y pareciera que en un primer momento se presentó una situación más o menos favorable en defensa de los derechos ciudadanos, sobre

44. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 16.

45. Artículo 274 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

> todo con respecto a las que tenían relaciones con la guerrilla, etcétera. Después se ha venido desprestigiando, como es lógico. Ahí lo que se va crear es el más demagogo de todos los venezolanos que vamos a tener nosotros, tratando de ver cómo contenta a todo el mundo, y terminará por desprestigiar al Gobierno, porque se sabrá que todos los problemas que tiene el ciudadano, el Defensor del Pueblo no lo podrá defender ni podrá lograr una solución (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) A pesar de las dudas de mi querido amigo Manuel Quijada, sí creo que esta es una de las innovaciones más importantes de este proyecto de Constitución.
>
> Este no es el *ombudsman*, el *ombudsman*, es como él señalaba, una institución de origen nórdica. Ya el Defensor del Pueblo, el defensor de los derechos, puede decirse que es una institución latinoamericana, porque en casi todos los países de América Latina ha sido establecido en los últimos años.
>
> Insisto, es una de las innovaciones más importantes y creo que debe conservarse como parte del Poder Ciudadano tal como esta (*Sic*) establecido en el proyecto; no creo que debemos anticiparnos ni ser futurólogos para ver cómo es que va a actuar esto en el futuro, y si va a funcionar o no. Creo que si tenemos un compromiso con los derecho (*Sic*) humanos y su progresividad, esta institución debe quedar…[46]

Ahora bien, como se sabe, finalmente la consagración constitucional del Defensor del Pueblo contó con el asentimiento de la mayoría de nuestros constituyentes y la Carta Magna consagra en su artículo 281 dentro de las competencias de la Defensoría del Pueblo, las siguientes:

1. Velar por el respeto de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

En tal sentido, la Profesora Hildegard Rondón de Sansó apunta que enfocada como atribución, la anterior se trata de una labor activa, con iniciativa propia del Defensor, no de la presencia de una parte de buena fe en un proceso [47].

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, e interponer las acciones para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo de los servicios públicos.

En este sentido, como lo apuntan María Verónica Espina y Ornella Barnabei Zaccaro "… la Constitución de 1999 otorga amplias facultades a la Defensoría del pueblo (sic), incluso otorga la legitimación para que frente a un mal funcionamiento de los servicios públicos ésta pueda intentar las acciones necesarias para obtener el debido resarcimiento por el perjuicio causado a un particular por dicho mal funcionamiento. En general la Defensoría del Pueblo tiene las más amplias facultades y legitimación activa para intentar cualquier acción judicial necesaria para el resarcimiento de los perjuicios que se le

46. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-Noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 15.

47. RONDON DE SANSO, Hildegard, *ob. cit.,* p. 218.

causan al particular cuanto haya un irrespeto a sus derechos constitucionales e incluso por ilegalidades cometidas por la Administración…"[48].

Por su parte, la Profesora Rondón de Sansó señala que enfocada como atribución, la misma puede llevar al Defensor del Pueblo a interponer por si mismo, a nombre de un sujeto presuntamente lesionado una acción de amparo[49].

Finalmente, cabe señalar el esclarecedor debate constitucional planteado con ocasión de la competencia precedente:

> … CONSTITUYENTE GÓMEZ GRILLO (ELIO).- (…) los intereses difusos, de acuerdo con los diccionarios jurídicos, corresponden a algo así como intereses determinados, indefinidos, indirectos, desconcentrados.
>
> CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- Presidente: (…) tanto en la Comisión de Administración de Justicia como en la del Poder Moral, el primero que objetó el concepto "difusos" fui yo diciendo que me sonaba algo oscuro, porque difuso es algo poco nítido (…) /Y precisamente, aquí, en plena Asamblea, en una de las plenarias, objeté otra vez el término 'difusos' y creo que fue el doctor Combellas el que aclaró y dijo que ese era un término sancionado y admitido por el léxico jurídico.
>
> Siempre he propuesto por qué no se utiliza un término como los que utilizamos en la ciencia de que cuando algo está en la realidad, pero no lo hemos hecho patente, no lo hemos conocido y en un momento se puede hacer presente, eso se llama en la ciencia 'los imponderables'. /Entonces, derechos imponderables son unos derechos que están en la sociedad, que no los hemos visto, pero que en un momento dado se ponen de relieve, pero que el término 'difusos' no me gustaba (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) En cuanto a la expresión de intereses colectivos y difusos, es un avance en la protección de los derechos de las personas que no corresponden a una persona en particular, sino en cuanto a los intereses colectivos que corresponden a una colectividad de personas, puede ser una asociación de vecinos; los vecinos de una urbanización, o un sindicato o un gremio tienen un interés colectivo, todos forman parte de la colectividad y, por tanto, tienen interés en ese elemento colectivo.
>
> En cuanto a los intereses difusos son aquellos intereses, como lo dice la palabra, más difusos, porque no es una colectividad en particular pero, por ejemplo, es el derecho del consumidor, el derecho del usuario del transporte público colectivo; no hay ninguna asociación de usuarios del Metro, que estén inscritos y que lo usan exclusivamente, pero hay una colectividad que usa ese medio de transporte, y ese interés, por ejemplo, del usuario del transporte colectivo o del consumidor de determinados bienes o los intereses frente a la protección del ambiente, son los que se califican 'intereses difusos'. Está aceptado en el ordenamiento jurídico desde hace cincuenta años, en la obra de Mauro Capeletti, quien ha desarrollado mucho este tema, y es la forma de expresarlo. Ya tiene carta de naturaleza, incluso, en la jurisprudencia de la Corte, donde se ha hablado de intereses difusos y colectivos.
>
> De manera que aquí no hay ninguna duda y mucho menos lingüística, y que no se les ocurra a nuestros revisores de la Constitución cambiar este tipo de terminología, porque se desnaturalizaría totalmente…"[50].

---

48. ESPINA, María Verónica y BERNABEI ZACCARO, Ornella, "Nueva Estructura del Estado Venezolano", en Tinoco, Travieso, Planchart y Núñez, *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Venezuela 2000, p. 109.

49. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Ob.cit.*, p. 218.

50. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 19-20.

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *habeas corpus, habeas data* y demás acciones o recursos necesarios para velar por el respeto y garantía de los derechos humanos.

Al respecto, la Profesora Rondón de Sansó, señala que -enfocada como atribución-, la anterior se trata de una función activa de iniciativa propia del Defensor, y no del llamamiento a la defensa de la legitimidad, como es su actuación en el juicio de amparo ya trabado[51].

El debate constitucional relativo a la competencia anterior, se desarrolló como se plasma de seguidas:

> … CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (…) /creo que habrá que cotejar estas atribuciones con las atribuciones que se le dan al Ministerio Público. Observo que, por una parte, se le da la atribución de velar, de solicitar, de instar, pero por otro lado se le da la atribución de interponer acciones ante los tribunales.
>
> No sé si en algún momento pudiese haber colisión de funciones entre el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público. Hasta ahora, el Ministerio Público, como garante de la legalidad, adelanta acciones ante los tribunales, justamente, para garantizar que la ley quebrantada se restablezca. No sé si debemos uniformar o compatibilizar las atribuciones de la Defensoría con las atribuciones del Ministerio Público (...)
>
> (…) CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- (…)/De ninguna manera puedo yo apreciar alguna colisión. En todo caso, tanto el Fiscal como el Defensor del Pueblo actúan coordinadamente en el Consejo Moral Republicano. El Consejo Moral Republicano delineará, establecerá metas, objetivos y lineamientos específicos para que la actuación de sus magistrados no lleve a la colisión que tanto teme el colega constituyente Freddy Gutiérrez (...)
>
> (…) CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).-(…) En cuanto al *habeas corpus* y *habeas data*, creo que lo que dijo el doctor Gómez Grillo es correcto, pero siempre he venido diciendo que, tanto en el léxico jurídico como en el léxico de una Constitución y las leyes, dejemos atrás los latinazos(...) soy enemigo de su uso, porque decimos que es un idioma muerto (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Presidente: (…) Lamentablemente, desde el siglo XIII no hay otra forma de expresar la acción de *habeas corpus s*ino como acción de *habeas corpus*. Es el amparo a la libertad personal, pero se denomina así. Tenemos 700 años, en todas las constituciones y las leyes, denominándola como tal: acción de *habeas corpus.* Es la acción que exige la presentación del cuerpo de la persona ante el juez. Es la protección a la libertad personal inmediata. Que se muestre la persona por quien lo tenga detenido.
>
> La acción de *habeas data* es nueva en el constitucionalismo, pero implica que se presenten ante el juez los datos sobre una persona que estén en un registro público, a los efectos de que la persona pueda constatar, qué se dice de él y además pedir que se borren elementos que puedan perjudicar a su persona.
>
> De manera que no hay, lamentablemente, otra forma salvo escribir un largo artículo para explicar de qué se trata. Ambas acciones están ya reguladas y fueron aprobadas en el capítulo de derechos humanos.
>
> De manera que aquí nos (*Sic*) se trata de un latinazo por latinazo, sino que así se llaman las cosas en derecho constitucional ..." [52]

4. Instar al Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

---

51. RONDON DE SANSO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 218.

52. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 18-20.

5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y sanciones por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.

7. Presentar ante los órganos legislativos, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección de los derechos humanos.

8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y protección.

9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de proteger los derechos humanos.

10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones para la mejor protección de los derechos humanos, para lo cual se desarrollarán mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.

11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y protección de los derechos humanos.

La Profesora Rondón de Sansó señala que en el Derecho Comparado puede observarse que los medios de que dispone la Defensoría del Pueblo para tutelar los derechos humanos y controlar a la administración estatal, son la recomendación y la sugerencia, razón por la cual se estima que la Defensoría es una magistratura de la persuasión, lo que permite que sus acciones merezcan respeto por la autoridad moral de la cual está investida; lo que significa lo anterior, es que la Defensoría del Pueblo no está dotada de fuerza coercitiva para el cumplimiento de sus recomendaciones; pero la experiencia en los países del mundo que la han adoptado, demuestra que el método señalado permite que se corrijan los abusos de autoridad[53].

Igualmente, la mencionada Profesora refiere lo fundamental que resulta la consideración de que la labor del Defensor del Pueblo no puede ser un obstáculo o entorpecimiento a la del resto de los poderes públicos y es por esto que la estructuración del sistema debe hacerse de forma tal que se impida al Defensor del Pueblo entorpecer o crear conflictos en las funciones que realizan los diferentes órganos del Estado, o que se incurra en duplicidad de esfuerzos[54].

B. Del Ministerio Público

A los fines de abordar la regulación de este aspecto en la Constitución de 1999, es pertinente establecer una comparación entre la regulación de competencias del Ministerio Público en el artículo 220 del texto constitucional de 1961, y en el artículo 285 de la Constitución de 1999, la cual evidenciará que esta Institución de redimensiona en la vigente Carta Magna.

53. RONDON DE SANSO, Hildegard, *ob. cit.*, p. 211.
54. *Idem*; p. 211.

COMPETENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Constitución de la República de Venezuela de 1961 (Artículo 220)	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (Artículo 285)
1. Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.	1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia y porque en los Tribunales de la República se apliquen rectamente las leyes en los procesos penales y en los que estén interesados el orden público y las buenas costumbres.	2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, sin perjuicio de que el tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley.	3. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.
4. Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión.	4. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.
5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.	5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios del sector público con motivo del ejercicio de sus funciones.
6. Las demás que le atribuyan las leyes. Las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con la Constitución y las leyes.	6. Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley. Estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con la Constitución y la ley.

De lo anterior, se desprende que:

1. Tanto en la Constitución de 1961, como en la de 1999 se consagra la competencia del Ministerio Público de velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, no obstante:

1.1. El texto constitucional de 1961 contempla tal competencia de forma genérica, mientras que el texto constitucional de 1999 la circunscribe a los procesos judiciales, lo cual no obsta para considerar que dicho proceso puede ser iniciado incluso de oficio por el Ministerio Público, en los casos en los que por ejemplo, el Fiscal General de la República demanda la nulidad por razones de inconstitucionalidad de una Ley.

Lo anterior se ajusta a la previsión constitucional de una nueva institución en nuestro texto constitucional de 1999, como lo es la Defensoría del Pueblo, la cual tiene a su cargo la competencia de velar por el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales en la etapa previa al inicio de un proceso judicial -de ser el caso-, investigando de oficio o a instancia de parte de las denuncias que lleguen a su conocimiento.

En tal sentido, resulta ilustrativo reseñar lo planteado en el debate constitucional a este respecto:

> … EL SECRETARIO.- (*Lee*):
>
> Artículo 320.- Son atribuciones del Ministerio Público:
>
> 1.- Garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) Pienso que el numeral primero de este artículo tiene que reajustarse porque coincide exactamente casi con el primero de las Atribuciones del Defensor del Pueblo.
>
> En el artículo 317, ya aprobado, De las Atribuciones del Defensor del Pueblo, dice: '1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos' (*Sic*). Esto es más o menos lo mismo que está en el numeral primero de este artículo sobre el Ministerio Público.
>
> Pienso que no es necesario eliminarlo, pero sí hay que precisar el ámbito de esta competencia. Creo que lo que tendría que agregarse es la siguiente frase: 'garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos', que es el ámbito propio de la posición del Ministerio Público o del Fiscal General de la República. Entonces, garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos, de manera que esta sea la competencia específica del Ministerio Público para que no se solape o coincida con la general del Defensor del Pueblo. Es todo.
>
> EL PRESIDENTE.- La Dirección de Debates (…) quiere aclarar lo siguiente, el artículo correspondiente y el numeral correspondiente a que hace referencia el constituyente Brewer Carías, califica el tipo de derecho, 'Derechos Humanos' y tratados sobre 'Derechos Humanos' (…), distinto al caso del Fiscal que no se refiere a los Derechos Humanos. En todo caso, el resto de su propuesta es procedente…[55]

1.2. El constituyente de 1999, consciente de que tomar en consideración la integración del Estado a la comunidad internacional resulta hoy más que nunca un hecho indiscutible, ante la imposibilidad de los Estados de satisfacer por sí mismos todas sus necesidades, contempló además de forma expresa -a diferencia de lo previsto en la Constitución de 1961-, que deben tomarse en consideración los derechos y garantías constitucionales previstos en los tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República, los cuales como lo dispone el propio constituyente de 1999 en su artículo 23, tienen jerarquía constitucional, y su incumplimiento genera la responsabilidad internacional del Estado Venezolano .

1.3. Finalmente, cabe señalar que el respeto de los derechos humanos constituye el índice internacionalmente aceptado para la calificación de un Estado como desarrollado o no.

2. Las competencias del Ministerio Público en materia penal previstas en la Constitución de 1999, son más amplias y contundentes, y ello resulta ajustado a la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al cual el Ministerio Público es el protago-

---

55. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 23-24.

nista de la acción penal, vale decir, el titular de la misma, siendo sus auxiliares directos todos los órganos con atribuciones de investigaciones penales.

3. En la Constitución de 1961 la competencia del Ministerio Público para intentar las acciones a los efectos de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, se circunscribía a la responsabilidad de tipo penal, civil, administrativa o disciplinaria, mientras que en el texto constitucional actual se amplía, para comprender además de las anteriores la responsabilidad laboral y militar.

Respecto a esto, el debate constitucional evidenció, lo siguiente:

> … CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (…) Creo que se ha producido un avance importante en la consagración de lo que hemos llamado por muchos años la unidad del Ministerio Público. Hasta el día de hoy, el Ministerio Público ha sido un Ministerio dividido. De hecho, ha existido el Ministerio Público de Menores, el Ministerio Público Laboral, el Ministerio Público Militar y creo que la tendencia de este artículo, apunta hacia la unidad del Ministerio Público.
>
> Me permitiría sugerir dos cosas, en el numeral 5 del artículo 320 (…) En el caso del Ministerio Público Militar, señor Presidente, amigos constituyentes, ocurre que está hasta ahora subordinado, en una relación jerarquizada, y la garantía del debido proceso no opera.
>
> En ese sentido creo, que tenemos que unificar el Ministerio Público. Cuando un abogado apela el Fiscal Militar para que, se garantice la administración de la justicia militar; ese militar está en una relación jerarquizada, y le es difícil adelantar las observaciones respecto al proceso que se está estudiando. Este caso, muchos de los que están acá lo han padecido.
>
> Por otra parte, con respecto a la responsabilidad de la cuestión laboral, todavía existe un Ministerio Público Laboral, y los fiscales laborales no están adscritos al Ministerio Público Laboral General, rompiendo la unidad del ministerio.
>
> En este sentido, sugiero la siguiente redacción en el numeral 5 del artículo 320: 'Intentar las acciones a que hubiese lugar, para ser (*Sic*) efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativo (*Sic*) disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios de justicia; éste funcionario será designado por tal período' (...)
>
> EL PRESIDENTE.- /(…) La sugerencia, en todo caso, es que el fiscal tenga competencia para la materia laboral y para la materia militar (...) / Los ciudadanos constituyentes que estén de acuerdo, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. Aprobado…[56].

C. De la Contraloría General de la República

1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos, en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.

El debate constitucional que se suscitó en torno a esta competencia, fue el que se expone de seguidas:

> … EL SECRETARIO.- (*Lee*) (…) De la Contraloría General de la República
>
> *Artículo 323.* La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos (...)

56. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999 Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 24.

(…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (…) La Comisión no introdujo modificaciones (…)

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).-

(…) propongo sustituir (…) la expresión 'bienes nacionales' por 'bienes públicos', porque justamente abarca todo el ámbito nacional, estatal y municipal (...)

(…)CONSTITUYENTE GUTIERREZ (FREDDY).- (…) Sólo una duda, hasta este momento no ha sido posible que la Contraloría General de la República logre auditar, por ejemplo, a Petróleos de Venezuela, porque se ha logrado (*Sic*) todas las formas posibles limitar la actuación de la Contraloría. No sé si este artículo es suficiente para entender que la Contraloría tiene competencias auditoras sobre todos los bienes de la República, aún cuando estos bienes estén administradores (*Sic*) por organizaciones inscritas en el Registro de Comercio.

Tampoco sé si el asunto fue considerado por la Comisión y si se entiende que el ámbito de competencia de la Contraloría abarca todos éstos órganos, desde los órganos con autonomía funcionaria (*Sic*) administrativa, los entes centralizados e incluso los órganos descentralizados que tienen forma de sociedades anónimas.

EL PRESIDENTE.- Voy a hacer una reflexión, como Director de Debates, antes de que la Comisión emita una opinión sobre el planteamiento formulado por el constituyente Freddy Gutiérrez. Presencié el debate en el seno de la Comisión cuando se discutió esta materia, y se trató de establecer un ámbito superior de fiscalización y control, por parte de la Contraloría, y creo, que esa fue la razón por la cual se utilizó la expresión 'bienes nacionales'. Creo, que la intención realmente de esa expresión, fue esa.

En todo caso, con la propuesta que acaba de hacer el constituyente Allan Brewer Carías lo que pudiera hacer es limitarlo -simplemente lo planteo como una información-, si la expresión 'bienes públicos', limita la expresión 'bienes nacionales', porque con la expresión 'bienes nacionales', indudablemente, estaría comprendido también PDVSA. En cambio, con la expresión 'bienes públicos', como es una sociedad mercantil, pudiera no estar incluida PDVSA (…)

(…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (…) Para buscar una propuesta de consenso, se sugiere la siguiente redacción: 'La Contraloría General de la República, es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, y nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos.' (…)

EL PRESIDENTE.- (…) Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar el artículo 323 propuesto por la Comisión con la propuesta formulada por el constituyente Allan Brewer Carías, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. Aprobado ...[57].

2. Controlar la deuda pública, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.

3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

4. Instar al Fiscal o a la Fiscal de la República a que ejerza las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones.

57. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 25-26.

5. Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

Con relación a la pre-citada competencia, los constituyentes acotaron que:

> …CONSTITUYENTE VALLENILLA (LUIS).- Ciudadano Presidente. En el numeral 5 hay un calificativo que creo pasó inadvertido y puede crear problemas que es el calificativo de 'políticas públicas' a las políticas (...) Pueden haber políticas internas que afectan los ingresos, gastos y bienes de los organismos sometidos al control de la Contraloría, y si eso es así, no deberíamos dejar el calificativo de 'públicas' sino 'políticas en general', para que puedan también caer bajo su control políticas internas que eventualmente pueden ser sumamente perjudiciales y deben ser controladas por la Contraloría. Es todo (...)
>
> (...) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- La proposición del constituyente Luis Ballenilla, dice así: En el numeral 5 pide eliminar el calificativo de 'pública' a 'las políticas.' Sin embargo, la Comisión considera que en ese numeral nos referimos explícitamente a la evaluación de políticas públicas, por lo tanto no creemos conveniente eliminar el calificativo que le dimos en el espíritu de la norma. Es todo…[58].

D. De la Contraloría General de la Fuerza Armada

En la sección Cuarta del Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, correspondiente al Poder Ciudadano, aparece en artículo aparte la regulación de la Contraloría General de la Fuerza Armada, la cual estaría bajo la dirección y responsabilidad del Contralor General del a Fuerza Armada, quien será designado mediante concurso de oposición, cuya organización y funcionamiento lo determinará la ley respectiva y la cual tendrá como competencias: la vigilancia, el control y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos afectos a la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos[59].

Ahora bien, Juan Garay, apunta que la regulación de la referida Contraloría debía hacerse en el Capítulo III del Título VII de la Constitución de la República, correspondiente a la Fuerza Armada Nacional[60].

Igualmente, el referido autor reseña que se ha dicho que el artículo 291 -correspondiente a la Contraloría General de la Fuerza Armada-, da a la referida Fuerza el derecho a una contraloría aparte, en el sentido de que es autónoma en sus cuentas, "…pero hay que precisar que igual que ocurre con las contralorías de los estados y los municipios y con cualquier otra contraloría que pueda existir en algún organismo público, y (*Sic*) siempre la Contraloría General puede ejercer sus funciones libremente en dichos organismos (…). En el caso de la Fuerza Armada ya dice el artículo 291 que sus funciones son sin menoscabo del alcance y competencia de la Contraloría General de la República…"[61].

---

58. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, p. 29.

59. Artículo 291 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

60. GARAY, Juan, *ob. cit.*, p. 123.

61. *Idem*; p. 123.

3. Competencias residuales

Todos los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen, además de las competencias expresamente establecidas en la Constitución, aquellas que les atribuyan las leyes[62].

4. Competencias del Consejo Moral Republicano

El Consejo Moral Republicano tiene las siguientes competencias[63]:

1. Prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa.

En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano define, mediante interpretación auténtica, que "…se entenderá por el sometimiento de la actividad que desarrollan los servidores públicos, a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud; y por moral administrativa, la obligación que tienen los funcionarios, empleados y obreros, de los organismos públicos, de actuar dando preeminencia a los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos dirigidos a la satisfacción de necesidades colectivas"[64].

Igualmente, en desarrollo del artículo 274 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se le asigna la competencia al Consejo Moral Republicano para prevenir los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que para el cumplimiento de la referida labor de prevención, el Consejo Moral Republicano desarrollará y promoverá actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución, al amor a la patria, a las virtudes trascendentales del Estado venezolano, como Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, de acuerdo al principio de colaboración de poderes [65].

A los fines de materializar la mencionada competencia, -de prevención-, el aludido Consejo, por sí mismo, o en coordinación con el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, las academias nacionales, las universidades y demás instituciones públicas o privadas, vinculadas con la educación y la cultura, diseñará programas pedagógicos e informativos destinados al conocimiento de los valores, virtudes y derechos ciudadanos, consagrados en la Constitución de la República[66].

Para asegurar la legalidad, eficiencia y respeto a la ética pública y a la moral administrativa en el desempeño de la gestión de los entes públicos y privados -en general-, el Consejo Moral Republicano, podrá formular a los mismos, las recomendaciones y sugerencias que estime pertinentes. Las recomendaciones deben ser formuladas a la máxima

62. Artículos 281, numeral 12, 285 numeral 6 y 289 numeral 6, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

63. Artículo 10 de la Ley Orgánica Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

64. Artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

65. Artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

66. Artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

autoridad jerárquica del ente correspondiente que tenga atribuida la competencia para adoptar las medidas y girar las instrucciones, a los fines de que se atiendan tales recomendaciones y sugerencias.

Por su parte, los destinatarios de las recomendaciones deben contestar las comunicaciones del Consejo Moral Republicano dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, e informar acerca de las medidas ejecutadas o de las razones por la cuales no se adoptarán las recomendaciones formuladas[67].

2. Velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.

3. Velar por el cumplimiento de los principios constitucionales del debido proceso y de la legalidad, en toda la actividad administrativa del Estado.

4. Promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como las actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución de la República, al amor a la patria, a las virtudes cívicas y democráticas, a los valores trascendentales de la República, y a la observancia y respeto de los derechos humanos.

5. Promover la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

6. Presentar ante la Asamblea Nacional los proyectos de leyes relativos a los órganos que lo integran.

7. Participar y hacer uso del derecho de palabra ante la Asamblea Nacional en la discusión de las leyes que le sean afines o que sean de su competencia.

8. Efectuar la segunda preselección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la cual será presentada a la Asamblea Nacional.

En este sentido, cabe señalar que la propuesta original contemplada en el Diario de Debates de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecía lo siguiente: "…Los candidatos a magistrados de este Supremo Tribunal serán postulados ante un Comité de Postulaciones Judiciales designado por el Poder Ciudadano en el que están representadas las instituciones centrales del país. Poder que hará una primera selección, la cual será evaluada por el Poder Ciudadano, el que formalizará sus candidaturas ante la Asamblea Nacional, la que debe realizar la escogencia final e igualmente decidir sobre su remoción…"[68].

9. Postular ante la Asamblea Nacional a un miembro principal del Consejo Nacional Electoral y a sus dos suplentes.

10. Calificar las faltas graves que hubieren cometido los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

11. Intentar por órgano del Ministerio Público las acciones a que haya lugar, para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos que hayan sido objeto, en ejecución del control parlamentario, de declaración de responsabilidad política por la Asamblea Nacional.

12. Solicitar de los funcionarios públicos la colaboración que requiera para el desempeño de sus funciones, los cuales estarán obligados a prestarla con carácter preferente y

67. Artículo 35 (aparte único) y 36, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

68. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, de fecha 18 de octubre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas-Venezuela, p. 13.

urgente, y a suministrar los documentos e informaciones que le sean requeridos, incluidos aquellos que hayan sido clasificados como confidenciales o secretos de acuerdo con la ley.

13. Formular a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones.

14. Imponer a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública las sanciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

15. Remitir a los órganos competentes del Estado, las denuncias, solicitudes y actuaciones cuyo conocimiento les corresponda, sin perjuicio de la actuación que pudiera tener el Consejo Moral Republicano.

16. Convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

17. Elegir a su Presidente dentro de los diez (10) días siguientes a la instalación del Consejo. Para los siguientes períodos, dicha elección se realizará al finalizar cada año de gestión.

18. Designar al Secretario Ejecutivo, a los demás funcionarios y a los empleados de la Secretaría del Consejo Moral Republicano, así como a los asesores *ad honorem* que requiera para el mejor desempeño de sus funciones.

19. Dictar las decisiones con ocasión de los procedimientos sancionatorios previstos en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

20. Dictar el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

21. Aprobar los planes y programas de prevención y promoción educativa elaborados por la Secretaría Permanente del Consejo Moral Republicano.

22. Las demás que le sean atribuidas por las leyes.

La Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que en el ejercicio de dichas competencias, el Consejo Moral Republicano podrá delegar su conocimiento, trámite, ejecución y seguimiento en alguno de los órganos del Poder Ciudadano[69].

Igualmente, en este punto resulta importante señalar que conforme a la referida Ley, los destinatarios de los actos, disposiciones y resoluciones que dicte el Consejo Moral Republicano son tanto los funcionarios públicos como los particulares, con excepción de aquellos actos que tengan contenido sancionatorio; que las decisiones del mencionado Consejo se adoptarán mediante el voto favorable de la mayoría de sus integrantes, y que las actuaciones del Poder Ciudadano se extenderán en papel común y sin estampillas fiscales, estando exentas del pago de tasas, impuestos o contribuciones[70].

69. Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

70. Artículos 5, 15 y 8, todos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, de fecha 25 de octubre de 2001.

IX. POTESTAD SANCIONATORIA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

1. Antecedentes

El punto de la potestad sancionatoria, fue sin lugar a dudas uno de los más debatidos por los constituyentistas; al respecto, cabe señalar lo siguiente:

> … CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL) (…) Otra consideración que quisiera que ustedes tuvieran presente (…) es la facultad punitiva, la gradación, la escala de sanciones que nosotros consideramos deben tener los magistrados del Poder Ciudadano. Cada uno de ellos debe estar facultado en nuestra apreciación, para imponer sanción moral. La sanción moral no implica ni corporal ni ninguna otra forma de sanción o de castigo (*Sic*) es un llamado de atención público que se hace a aquel funcionario o a aquel ciudadano que se ha desviado en el cumplimiento de sus funciones o en la prestación del servicio para el cual ha sido designado, y que si hay contumacia por parte de aquel objeto de la sanción moral, que el Poder Ciudadano pueda apelar (…)
>
> (…) La gradación de las sanciones: Que el magistrado pueda imponer sanción moral, que el Consejo Moral Republicano como expresión del Poder Ciudadano pueda solicitar destitución de aquellos que incurran en contumacia, y que el mismo Consejo Moral Republicano solicite ante el órgano de expresión del Poder Legislativo, la inhabilitación política de aquellos que contumaces en la contumacia -disculpen la redundancia- deban ser objeto de inhabilitación política…[71].

Ahora bien, el antecedente del actual artículo 275 del texto constitucional vigente, lo constituye el artículo 311, conforme al cual:

> … EL SECRETARIO.- (*Lee*).
>
> *Artículo 311*.- Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, incluyendo al Consejo de Estado, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus atribuciones. De no tomarse dichas medidas, el Consejo Moral Republicano podrá proponer a los órganos competentes las sanciones correspondientes para las autoridades que incurran en contumacia y solicitar a la Asamblea Nacional la inhabilitación para el desempeño de funciones públicas' (*Sic*). Es todo, ciudadano Presidente.
>
> EL PRESIDENTE.- Tiene la palabra el constituyente Miguel Madriz Bustamante para que dé lectura al artículo que viene de la Comisión.
>
> CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- Ciudadano Presidente. 'Artículo 311.- Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, incluyendo al Consejo de Estado, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus deberes legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano podrá imponer sanciones morales de acuerdo a la ley cuando lo juzgue necesario. En caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al Poder o dependencia al cual esté adscrito el funcionario o empleado público para que este Poder tome los correctivos o sanciones de acuerdo al caso. Podrá, asimismo, solicitar la inhabilitación política ante la Asamblea Nacional'.
>
> (…) CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- (...) El espíritu en la redacción de este artículo está en la gradación de las sanciones. La Ley actual de Contraloría establece la atribución al Contralor para imponer sanciones de carácter administrativo. Por comparación, el Defensor del Pueblo que va a tener la pesada responsabilidad de defender los derechos y garantías de todos los ciudadanos, debe ser dotado de una facultad punitiva que aunque no impli-

71. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 22, del 18 de octubre de 1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela; p. 16.

que pena corporal le dé el grado de autoridad necesaria ante el ciudadano para ganarse el respeto, y por ese respeto, el rescate de la credibilidad en las instituciones por parte de los venezolanos.

De ahí que la sanción moral pudiera ser comparada con una llamada de atención pública al funcionario que desvíe su actuación de lo que está consagrado en la Constitución y las leyes.

(…) EL PRESIDENTE.- ¿Quiere decir que les daría un consejo o algo así?

CONSTITUYENTE MADRIZ BUSTAMANTE (MIGUEL).- Ciudadano Presidente. Un consejo o reprimenda de acuerdo al caso.

CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- Esta es, quizás la más preocupante de las atribuciones de este Consejo Moral Republicano, y es un caso delicado que lo quisiera razonar en función de dos supuestos. En primer lugar, habría que señalar lo siguiente: Hay unos órganos del Poder Público que integran este Poder Ciudadano que podrían dictar medidas, efectivamente, para sanciones de carácter administrativo, pero después podría haber sanciones de naturaleza política. Ahora, se le da la facultad de poner bajo el ojo escrutador de funcionarios electos popularmente, que forman parte del Consejo de Estado como, por ejemplo, gobernadores y alcaldes y del propio Consejo Federal de Gobierno, por extensión, si no funcionarios de carrera administrativa sino electos popularmente, la posibilidad de que sean sancionados y proponer su inhabilitación política, lo cual es delicado, porque en el fondo este tema de la moral tiene una serie de acepciones.

De forma tal que quisiera proponer que en el caso de sanciones administrativas, muy bien se podría solicitar una inhabilitación política, lo cual ya está acordado, porque si una persona comete un delito, el Fiscal que forma parte del Poder inicia el juicio, no estamos hablando de ese caso, y si resulta culpable ya dijimos que queda inhabilitado políticamente para el ejercicio de funciones, pero no está demás que se diga.

Veamos el supuesto de funcionarios electos popularmente y el Consejo Moral Republicano resuelve pedirle a la Asamblea Nacional su inhabilitación. No tiene competencia la Asamblea para esa inhabilitación. Distinto es que tuviera la posibilidad de activar el referendo revocatorio sin necesidad de recoger firmas. Eso sí entiendo que puede ser una competencia del Poder Moral contra funcionarios electos popularmente, es decir, que le confiramos al Poder Moral la facultad de solicitar el referendo revocatorio, porque si es por faltas administrativas o por apropiación indebida de bienes, entonces la justicia se ejerce contra el funcionario, pero si ha perdido confianza política o se ponen de acuerdo los miembros del Consejo Moral Republicano, entonces que tengan la posibilidad no de solicitar la inhabilitación sino concretamente de activar el referendo revocatorio.

Por otro lado, supongamos que el funcionario que está en el ojo de ese proceso inquisidor sea nada menos que el Vicepresidente de la República, entonces va a solicitarle a la Asamblea Nacional la posibilidad de la inhabilitación, y resulta que aquí dijimos que si por tercera vez es inhabilitado un funcionario de esa jerarquía, como es el Vicepresidente, el Presidente tiene la facultad de disolver el Congreso.

Entonces supongamos que estamos en esa situación ¿Cuándo el Congreso va a destituir a ese funcionario si resulta que cuando lo destituya, si es la tercera vez, de hecho está disuelto el Congreso? O sea, paseémonos por esa posibilidad, lo cual implicaría en todo caso revisar bien la norma ante distintos supuestos. Una cosa es la responsabilidad administrativa ante las (*Sic*) cuales (*Sic*) hay tribunales de justicia, y otra cosa es la inhabilitación política de funcionarios electos popularmente, para lo cual deberían tener las responsabilidades de activar el referendo revocatorio, además hay que eliminar el término ‘sanciones morales’ como efectivamente usted lo plantea, son sanciones de naturaleza administrativa.

Lo otro como usted dice, ciudadano Presidente, es apenas un consejito: ‘Mire, pórtese bien’, en fin cosas de esas (…)

(…) CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO). - (…) Propongo la facultad no de la inhabilitación de los funcionarios, sino la facultad de activar directamente el referendo revocatorio para funcionarios electos popularmente. No que unos señores reunidos -tres de ellos- se pongan de acuerdo para decir: ‘Vamos a destituir a fulanito’ y resulta que ese fue electo popularmente. Es todo.

CONSTITUYENTE GARCIA PONCE (GUILERMO).- (…) Evidentemente que esta afirmación de las medidas morales es demasiado ambigua y se presta a diversas interpretaciones. ¿Qué es una sanción moral? Una autocrítica, pedir perdón, un voto de castidad, es decir, se presta a una serie de interpretaciones. Creo que se debería ser preciso. La única sanción moral que conozco es un voto de censura, una censura pública, entonces habría que señalarla concretamente. Es decir, el Consejo Moral emite o hace una declaración de censura a un funcionario. Eso es una sanción moral porque está exponiendo ante el país la falta de un ciudadano.

De tal manera que sugeriría a la Comisión que elimine esto de las sanciones morales y establezca concretamente esa, por ejemplo, la censura pública. La otra sugerencia que hago a la Comisión es eliminar esta parte donde dice 'incluyendo el Consejo del Estado', porque no es necesario, porque estamos hablando de todas las autoridades y funcionarios, incluso, esto incluye al Presidente de la República. De tal manera que solicito se elimine, incluyendo al Consejo del Estado, y lo hacemos extensivo a todos los funcionarios y autoridades públicas (…)

(…) CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- (…) Retomando su observación sobre el tema de las sanciones morales, al igual que los constituyentes Di Giampaolo y García Ponce, propongo formalmente que se sustituya la última frase del primer párrafo, esa que dice: 'podrá imponer sanciones morales de acuerdo a la ley cuando lo juzgue conveniente', por una frase que diga: 'podrá imponer las sanciones establecidas en la ley', y que sea la ley la que regule las sanciones, porque en definitiva las responsabilidades de los funcionarios son civiles, administrativas, penales y disciplinarias, y la ley debe establecer este tipo de sanciones, como lo decía el constituyente García Ponce. Es todo.

(…) CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- (…) Me siento un poco fuera de contexto en esta sociedad, porque parece que estamos en una sociedad en la cual la moral o la ética, que es ya la moral tratada desde el punto de vista de la filosofía como una disciplina científica, es una disciplina inclusive práctica, y es tan práctica precisamente que cuando Kant trató esto lo incluyó en su obra la *Crítica de la razón práctica.* Una sociedad que no tenga valores morales, que es lo que ocurre actualmente, nos conduce hacia una descomposición en todos los ámbitos de las relaciones humanas; y un individuo que tiene dignidad, y yo digo que es la piel de la personalidad, tiene que tomar en cuenta los juicios morales.

En otros países esto es así, no hace muchos años, creo que dos o tres, a un ministro en Polonia lo acusaron, y no lo acusó oficialmente como lo acusaría el Defensor del Pueblo, sino la prensa y la opinión pública, de corrupto, y este señor se suicidó (…) Entonces, ha habido en muchos países civilizados la sanción moral y el ejemplo más patente es la creación en Inglaterra del Tribunal Russel para condenar los crímenes de guerra en Vietnam. La intención del Tribunal no era imponer una sanción disciplinaria sino exponer a la opinión pública, nacional y mundial, las objeciones que tenía contra un individuo que hubiese hecho cosas indebidas en la guerra de Vietnam.

En Maracaibo propuse, a raíz del asesinato de una estudiante universitaria, la creación de un tribunal que llevara su nombre y que funcionara como el Tribunal Russel para sancionar, por lo menos, públicamente, a los individuos que resultaran responsables.

(…) CONSTITUYENTE JIMÉNEZ (ROBERTO).- Continúo, Presidente. De manera que las sanciones morales sí son valederas y son públicas, y sería importante que el Defensor del Pueblo, a través del Consejo Moral Republicano, dijera por la prensa y estableciera: el señor fulano de tal ha incurrido en esto…ya eso es un handicap para futuras intervenciones públicas de ese señor. Creo que sí tiene valor, como dijo el constituyente Madrid Bustamante, la sanción moral, la censura pública por un funcionario oficial del Estado (…)

(…) CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- (…) Observo que la Comisión podría considerar el Capítulo en general y particularmente este artículo, porque cuando se refiere en la primera parte a que 'los representantes del Consejo Moral Republicano formularán…', no sabemos exactamente si se trata del Ministerio Público, la Contraloría General de la República o la Defensoría del Pueblo. Es una alternativa de interpretación.

La otra alternativa de interpretación es que, teniendo autonomía funcional y administrativa y siendo un órgano autónomo y distinto de las tres instituciones que nombramos, tuviese su propio

representante. Sería bueno aclarar si se trata de las funciones propias del Ministerio Público, que es garante de la legalidad; o de la Contraloría General de la República, que es custodio y vigilante del patrimonio de la Administración Pública. Eso sería bueno aclararlo en el Capítulo, y, en segundo término, comparto igualmente que habrá que establecer las sanciones, y se podría incluso simplificar el artículo aclarando cuáles son los representantes, compartiendo el planteamiento de Allan Brewer de que: 'los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, las sanciones que establezca la ley…' y entonces definir allí si son sanciones civiles, que pueden ser reparación de daños; sanciones administrativas, que tienen que ver con actos destitutorios de la Administración; o sanciones restrictivas o privativas de la libertad, pero no dejarlo en sanciones morales porque daría lugar a una interpretación de cualquier tipo, desde quitarle el saludo hasta producir una quema en la plaza pública. Es todo.

(…) CONSTITUYENTE MEDINA (PABLO) (...) creo, como que (*Sic*) dice el constituyente Di Giampaolo, que lo que se llama el Consejo Moral, que sería un poco el cogollo o la cúpula de este Poder, no puede tomar medidas, tiene que remitirlas a la ley, porque si son funcionarios públicos ellos no pueden destituir a menos que sea mediante un referendo, como lo dijimos en la Ley.

Quiero que esa parte quede muy clara porque pueden establecerse ahí mecanismos arbitrarios en nombre de tres personas que pueden comenzar a destituir funcionarios que son electos por el pueblo (...)

CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- (…) en la parte final del artículo se habla de proponer a la Asamblea Nacional, lo que estoy diciendo es que esa parte no debe estar, debe ser: 'en el caso de funcionarios electos' tiene que haber una revocatoria, en los otros casos sencillamente se va a los órganos correspondientes y ya. Si la Comisión acepta eliminar esa parte final, es otra cosa, pero son contradictorias. Lo otro es desarrollar un poder inquisitivo en el país (...)

EL PRESIDENTE.- La proposición del constituyente Di Giampaolo, si la interpreto bien, es que cuando se trata de sancionar a diputados electos, la sanción debe ser la revocatoria del mandato a través de referendo.

CONSTITUYENTE DI GIAMPAOLO (ANTONIO).- Ciudadano, lo que propongo es activar el referendo.

(…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- El artículo quedaría, en términos generales, de esta manera, por cuanto todavía hay correcciones de estilo: 'Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus deberes legales. De no acatarse esta (*Sic*) advertencia (*Sic*) el Consejo Moral Republicano podrá imponer sanciones de acuerdo a lo establecido en la ley (*Sic*), en caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al poder o dependencia al cual esté adscrito el funcionario o empleado público, para que esa instancia tome los correctivos o sanciones de acuerdo al caso, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, en conformidad con la ley. Asimismo podrá solicitar ante la Asamblea Nacional, la inhabilitación política, y no sólo del funcionario, es de cualquier empleado, de cualquier ciudadano venezolano que por contumacia y desviación reiterada de todos los que son sus deberes y principios legales, se deba considerar la posibilidad de que no pueda optar a cargos de elección popular, o cargos en la administración pública nacional. Es una solicitud que hace el Consejo Moral Republicano, como expresión del Poder Ciudadano ante el Poder Legislativo, en la figura de la Asamblea Nacional. Es una solicitud.

(…) CONSTITUYENTE ISTÚRIZ (ARISTÓBULO) Para ordenar esto, el doctor Brewer hizo una proposición que recoge todo, que las sanciones se apliquen, de acuerdo a lo que establece la ley, porque la ley establece una sanción de acuerdo con una falta, hay un tipo de sanción. Lo que tiene que hacer el Consejo Moral Republicano ya que está facultado para aplicar la sanción, que corresponda en cada caso de acuerdo con la ley.

EL PRESIDENTE.- Se va a someter a votación, la proposición de la comisión, con la corrección que ha hecho Brewer Carias (*Sic*), que es la más coherente.

Los que estén de acuerdo con esa proposición que lo manifiesten con la señal de costumbre. (*Pausa*). Aprobado (...)

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).- Esto implica que la última parte debe ser eliminada, porque la Asamblea no puede imponer, la inhabilitación política que es una sanción penal, que es normalmente accesoria a la pena principal. Pero esto es un tema penal. No es que se puede solicitar a la Asamblea, la aplicación de esta pena. Habría que quitar la última parte del artículo, la última frase.

EL PRESIDENTE.- Así es como se interpretó la aprobación que se hizo…[72].

2. Generalidades

Los principios que rigen los procedimientos que se cumplan en el ejercicio de las competencias del Consejo Moral Republicano, son los de: gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad, impulso de oficio, oralidad, discrecionalidad, eficacia, flexibilidad y publicidad. Acorde con ello, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano prevé que respecto a los mismos no se requerirá la asistencia de abogado y que en todos los casos se respetará la garantía del debido proceso[73].

Respecto al inicio de los procedimientos, el artículo 29 de la referida Ley especial, dispone que cualquier personal puede presentar solicitudes o denuncias, verbales o escritas "…ante los órganos del Poder Ciudadano…", cuando en puridad de criterios debió establecer que fuese "ante el Consejo Moral Republicano", por cuanto es a las leyes especiales correspondientes a cada uno de los órganos del Poder Ciudadano a las que corresponde regular el inicio de los procedimientos ante los mismos; igualmente, el mencionado precepto prevé que la solicitud o denuncia puede se hecha en defensa de los derechos o intereses del propio solicitante, de un tercero, o de intereses colectivos o difusos.

La interposición de solicitudes o denuncias, o el inicio de procedimientos por parte el Consejo Moral Republicano, no suspende ni interrumpe plazos en procedimientos administrativos o judiciales relacionados con los mismos hechos, actos u omisiones, ni anula o modifica lo actuado o resuelto en estos [74].

3. Desarrollo

Respecto a la potestad sancionatoria del Consejo Moral Republicano, ante todo debe decirse que -tal y como fue consagrada constitucional y legalmente-, su materialización va precedida de la formulación de advertencias respecto a los funcionarios públicos sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales; las referidas adverten-

72. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, octubre-noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 9-12.

73. Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y artículos 28 y 41, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

74. Artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

cias deben ser comunicadas por el Presidente del Consejo Moral Republicano, a los funcionarios públicos y de no acatarse las mismas, el mencionado Consejo tiene la potestad discrecional de imponer las sanciones legales establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano[75].

Ahora bien, la potestad sancionatoria del Consejo Moral Republicano puede ser la consecuencia de su ejercicio de oficio, o de una solicitud o denuncia presentada ante el mismo, y en ese caso el Consejo procederá a evaluarla dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación y resolverá sobre su admisión; en caso de que de la referida evaluación se desprenda que el conocimiento del caso corresponde a otro organismo, el Consejo la remitirá a éste para su tramitación[76].

El procedimiento de investigación tendrá un lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir de la admisión de la solicitud o denuncia, o del acuerdo de investigación de oficio, siendo prorrogable dicho lapso hasta por otro igual y mediante resolución expresa, cuando la complejidad del asunto lo determine. En el desarrollo del mencionado procedimiento, el Consejo Moral Republicano tiene la potestad de requerir de oficio de cualquier ente público o privado, las informaciones y documentos que sean necesarios y de invitar a comparecer a cualquier persona o funcionario, cuyo testimonio considere de interés para esclarecer los hechos que investigue el referido Consejo, las cuales deben colaborar de manera diligente y oportuna con el mismo, proporcionando las informaciones, documentos o testimonios que se les soliciten, o excusarse formalmente y por escrito, con la debida motivación; en tal sentido, el Consejo Moral Republicano valorará las razones alegadas, pudiendo insistir en la solicitud si la considera procedente. Igualmente, el mencionado Consejo tiene el deber legal de escuchar en audiencia oral y pública los alegatos y defensas tanto de las partes, como de cualquier interesado[77].

Una vez concluido el lapso para la investigación o su prorroga si fuere el caso, el Consejo Moral Republicano dispondrá de diez (10) días hábiles para emitir su decisión, la cual puede consistir en recomendaciones, la imposición efectiva de sanciones, o el archivo del expediente.

4. Sanciones

Las sanciones susceptibles de aplicación por el Consejo Moral Republicano, son dos (2):

1. La *amonestación*: la cual de acuerdo a la interpretación autentica del artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano "…consiste en la comunicación escrita dirigida al sancionado, mediante la cual se describe el acto,hecho u omisión en el que hubiere incurrido y que atente contra la ética pública o la moral administrativa, instándole a corregir su conducta y previniéndole sobre la aplicación de sanciones más severas en caso de contumacia".

---

75. Artículo 275 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

76. Artículos 39 y 40, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

77. Artículos 38 y 41, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

2. La *censura*: que conforme a la interpretación auténtica del artículo 49 *ejusdem* "…constituye la manifestación pública dirigida al sancionado, en la que se le reprocha un acto, hecho u omisión de tal connotación que infringe de manera intolerable, perjudicial o notoria, los deberes que sustentan los valores transcendentales de la República…". La censura pública también se aplicará a los sancionados que mantengan su actitud contumás, no obstante haber sido amonestados por el Consejo Moral Republicano.

Cuando se aplique la sanción de censura pública, el Consejo Moral Republicano tiene la facultad discrecional de recomendar o solicitar a la autoridad competente,la imposición de la suspensión, remoción o destitución del censurado, conforme a las disposiciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en las leyes respectivas.

Una vez aplicada la sanción a que haya lugar, en caso de contumacia por parte del sancionado, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito el funcionario público, para que esa instancia tome los correctivos necesarios, de acuerdo con el caso, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la Ley, y en ese informe podrá recomendarse o solicitarse que se imponga la suspensión, remoción o destitución del sancionado[78].

Contra la sanción impuesta, podrá interponerse recurso de reconsideración, el cual debe ser ejercido dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la misma, y decidido dentro de un término de diez (10) días continuos contados a partir de la recepción de dicho recurso.

La no interposición del recurso de reconsideración dentro del lapso establecido, se entenderá como la conformidad con la sanción impuesta, quedando ésta definitivamente firme y debiendo remitirse al ente correspondiente para su incorporación en el expediente respectivo.

Los pronunciamientos del Consejo Moral Republicano que decidan el recurso de reconsideración, agotan el procedimiento[79].

Una vez que estén firmes las sanciones impuestas por el Consejo Moral Republicano, las mismas serán publicadas en el informe correspondiente, y cuando la sanción se trate de censura pública, esta será difundida por los medios de comunicación social[80].

78. Artículo 275 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, y artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

79. Artículos 43 y 44, ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

80. Artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

X. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU VINCULACIÓN CON EL PODER CIUDADANO

Haciendo un necesario desarrollo del artículo 266 de la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano estableció el procedimiento destinado a la calificación de la falta en la que presuntamente se encuentre incurso un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente, la referida Ley especial estableció las conductas que se consideran faltas graves de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y en tal sentido, contempló en su artículo 11 las siguientes:

1. Cuando atenten, amenacen o lesionen la ética pública y la moral administrativa, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

2. Cuando incurran en alguna de las causales de destitución del cargo previstas en el Código de Etica del Juez Venezolano o Jueza Venezolana.

3. Cuando actúen con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución de la República, de la Ley y del derecho.

4. Cuando adopten decisiones que atenten o lesionen los intereses de la Nación.

5. Cuando violen, amenacen o menoscaben los principios fundamentales establecidos en la Constitución de la República.

6. Cuando lleven a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, o realicen actividades privadas lucrativas incompatibles con su función por sí, o por interpuesta persona, o ejerzan cualquier otra función pública, a excepción de actividades educativas.

Ahora bien, conforme al artículo 32 de la pre-citada Ley, cualquier ciudadano podrá solicitar al Consejo Moral Republicano la calificación de la falta en la que presuntamente se encuentre incurso un Magistrado del máximo tribunal de la República.

Una vez recibida la solicitud, el Presidente del Consejo Moral Republicano notificará al Magistrado de que se trate, a los fines de que éste presente el escrito de descargo correspondiente, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes. Seguidamente, el Presidente del Consejo Moral Republicano convocará a una sesión extraordinaria, con la finalidad de que el Secretario Ejecutivo de dicho Consejo dé lectura a la solicitud y al escrito de descargo, y los miembros del Consejo analicen la documentación y los soportes que se acompañen a la solicitud[81].

El artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano establece que en este procedimiento "… deberán garantizarle (al Magistrado) el debido proceso…" (Paréntesis nuestro) y que luego de deliberar, se adoptará la resolución correspondiente por mayoría simple, salvo que alguno de los miembros del Consejo Moral Republicano considere necesario recabar información complementaria, caso en el cual ordenarán al Secretario Ejecutivo del Consejo que realice las gestiones tendentes al cumplimiento de dicha finalidad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La calificación de la falta grave se llevará a cabo en la sesión extraordinaria que deberá ser fijada en ese mismo acto y la cual en todo caso no podrá exceder de los diez (10) días hábiles siguientes.

81. Artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001 publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

De producirse una resolución contentiva de la calificación de una falta como grave, el Consejo Moral Republicano informará pormenorizadamente y por escrito a la Asamblea Nacional en un lapso de tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de la decisión, los hechos constitutivos de la conducta del Magistrado que motivaron la calificación de falta grave realizada por el Consejo. Al referido informe se le anexarán los documentos probatorios respectivos[82].

Lo anterior, por cuanto conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos por la Asamblea Nacional, mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves previamente calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que establece la Ley Orgánica del Poder Ciudadano[83].

XI. DEBER DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO Y DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO DE INFORMAR A LA ASAMBLEA NACIONAL

El deber precedentemente referido se hará efectivo mediante la presentación de un informe anual y todos los informes que les sean solicitados en cualquier momento por la Asamblea Nacional[84].

El debate constitucional planteado en torno a la consagración del mencionado deber, fue el siguiente:

> …EL SECRETARIO.- (*Lee)*:
>
> *Artículo 312*.- El Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe anual ante la Asamblea Nacional en sesión plenaria. Así mismo presentará los informes que en cualquier momento le sean solicitados por la Asamblea.
>
> Tanto los informes ordinarios como los extraordinarios deberán publicarse (...)
>
> (…) CONSTITUYENTE MADRID (MIGUEL).- El Presidente del Consejo Moral Republicano y cada magistrado del Poder Ciudadano, presentarán un informe anual ante la Asamblea Nacional, y todo el resto del artículo queda igual. Se incorpora la responsabilidad por parte de cada uno de los magistrados del Poder Ciudadano, a presentar informe anual ante la Asamblea Nacional (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE GUTIÉRREZ (FREDDY).- Presidente. Para sugerir a la Comisión que aclare para el segundo informe, si se trata de un informe o si se trata de una rendición de cuenta, pareciera que los magistrados del Poder Ciudadano, deberían rendir cuenta al Presidente del Poder Ciudadano y el Presidente del Poder Ciudadano, sí presenta un informe ante la Asamblea anual y no que cada magistrado presente un informe. No entiendo con claridad el asunto.

---

82. Artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

83. Artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

84. Artículo 276 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

EL PRESIDENTE.- Me parece que tiene coherencia la proposición de Freddy, en el sentido de que un solo elemento, representante del conjunto, sea el que haga el informe. Lo acoge la Comisión (...)

(…) CONSTITUYENTE RODRÍGUEZ (ISAÍAS).- Señor Presidente, señores constituyentes. La observación que ha hecho Freddy Gutiérrez tiene algún sentido y la Comisión debería, en todo caso, acoger esa reflexión por lo siguiente, cuando se establecen las atribuciones del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República, cada uno de ellos tiene la obligación de presentar un informe anual a la Asamblea Nacional. Entonces estaríamos hablando del Contralor como Contralor y del Contralor como formando parte del Consejo Moral Republicano. ¿Cómo logramos que ese funcionario asuma en sí mismo, dos actitudes, dos situaciones distintas, frente a la Asamblea Nacional? No estoy haciendo ninguna propuesta, ni siquiera estoy haciendo una crítica, sino tratando de promover una reflexión, que en el planteamiento que hace Freddy Gutiérrez, tiene algún sentido, por lo menos para pensar, de qué manera se van a concatenar estos informes que presentaría de manera distinta, tanto el Contralor como el Fiscal (...)

(…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- Presidente: se acoge la recomendación y en reunión posterior con el colega constituyente Freddy Gutiérrez, se aclara y se modifica la redacción para que sea más clara todavía.

EL PRESIDENTE.- Acogida la moción, se va a votar. Los que estén de acuerdo, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (*Pausa).* Aprobado…[85].

Por tanto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela distingue en su artículo 276 entre el Presidente del Consejo Moral Republicano, que es el titular del órgano de expresión del Poder Ciudadano, y los titulares de los diferentes órganos de dicho Poder, respecto de las obligaciones de presentar un informe anual a la Asamblea Nacional y los que se les pidan en cualquier momento por dicha Asamblea.

Concretamente, en relación con el Consejo Moral Republicano, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que el referido Consejo presentará ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros noventa (90) días de cada año, una memoria y cuenta razonada y suficiente sobre la gestión del Consejo en el año inmediatamente anterior y de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Ciudadano[86].

XII. EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL ARCHIVO Y DE LA INFORMACIÓN DEL PODER CIUDADANO

Respecto a la información que maneje el Poder Ciudadano, la Constitución de la República sólo dispone que éste Poder deberá regirse a los procedimientos que establezca la ley para suministrar, si lo considera oportuno y conveniente -ya que es potestativo-, la información contenida en documentos confidenciales o secretos[87].

En tal sentido, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano estableció el principio de la reserva para el servicio oficial del archivo del Poder Ciudadano y consagró la excepción

85. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre - Noviembre 1999, Sesión Ordinaria n° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela, pp. 12-13.

86. Artículos 65 y 16, numeral 2., ambos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

87. Artículo 277 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

respecto a quienes demuestren un interés calificado, concretamente, legítimo, personal y directo[88].

En desarrollo del principio general, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano consagra la prohibición de ordenar la exhibición o inspección del archivo del Consejo Moral Republicano, y dispone que podrá acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro que corresponda al archivo, a excepción de aquellos que tengan carácter reservado o confidencial, correspondiendo tales calificaciones a la consideración del Presidente del Consejo Moral Republicano. En todo caso, las copias certificadas solicitadas por las autoridades o por los particulares al Consejo Moral Republicano, serán expedidas por el Secretario Ejecutivo del mismo, en los casos en que su Presidente lo considere procedente[89].

Asimismo, y en respeto de la autonomía de los órganos del Poder Ciudadano, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que serán las leyes orgánicas correspondientes a cada uno de esos órganos, y la del Sistema Nacional de Control Fiscal, las que determinarán las condiciones de acceso a sus respectivos archivos y el uso de sus documentos[90].

Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano establece la obligación de los funcionarios y empleados del Consejo Moral Republicano de guardar secreto respecto de los asuntos de que conozcan en razón de sus funciones, y les prohibe conservar para sí, tomar o publicar copias de papeles, documentos o expedientes del archivo físico o electrónico, de los respectivos despachos, so pena de ser sujetos de las sanciones correspondientes[91].

XIII. DEBER DE COLABORACIÓN CON EL CONSEJO MORAL REPUBLICANO

Ampliando lo concerniente al deber de colaboración de los funcionarios de la Administración Pública con el Consejo Moral Republicano en lo que concierne de manera específica a su potestad de investigación, el cual se regula en el artículo 277 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano consagra de manera mucho más genérica el aludido deber, estableciendo que este lo tienen las autoridades de la República respecto al Poder Ciudadano y que el mismo implica prestarle a este Poder del Estado la colaboración que requiera para el mejor cumplimiento de todas sus funciones -en general, y no de manera específica respecto a su potestad de investigación como se dispone en el artículo 277 de la Carta Magna-, consagrando igualmente la mencionada Ley especial, la posibilidad de sancionar de con-

88. Artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

89. Artículos: 60, 61,16: numeral 15 y 19: numeral 3, todos de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

90. Artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

91. Artículo 59 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

formidad con las leyes a quienes al ser requeridos le negaren su auxilio al Poder Ciudadano[92].

Igualmente, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone que el Consejo Moral Republicano, cuando lo estime conveniente, dispondrá de la colaboración de profesionales y técnicos adscritos a los diferentes órganos del Poder Público[93].

Asimismo, tanto la Constitución de la República como la mencionada Ley, establecen que el Consejo Moral Republicano podrá solicitar a los funcionarios de la Administración Pública las declaraciones y la exhibición o remisión de los documentos, expedientes, libros o registros que reposen en sus archivos y que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones, aún los calificados con el carácter de confidenciales o secretos[94].

XIV. EL PODER CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO

1. El Poder Legislativo y el Poder Ciudadano

El Poder Ciudadano tiene la iniciativa de las leyes relativas a los órganos que lo integran, y el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano, tendrá derecho de palabra en la discusión de las leyes, en los términos que establezca en reglamento de la Asamblea Nacional[95].

Igualmente, corresponde al Poder Ciudadano hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios públicos, una vez que la misma haya sido declarada por la Asamblea Nacional, en ejercicio del control parlamentario[96].

2. El Poder Judicial y el Poder Ciudadano

El Poder Ciudadano efectuará la segunda preselección para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la cual será presentada a la Asamblea Nacional[97].

---

92. Artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano , de fecha 7 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

93. Artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

94. Artículos 31 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

95. Artículos 204 ordinal 5. y 211, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

96. Artículo 222 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

97. Artículo 264 (encabezamiento) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Igualmente, en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que establezca la ley, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos por la Asamblea Nacional, mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la misma, previa audiencia concedida al interesado[98].

3. El Poder Electoral y el Poder Ciudadano

El Consejo Nacional Electoral, como ente rector del Poder Electoral, estará integrado por cinco (5) personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos, (1) de ellas por el Poder Ciudadano, la cual tendrá dos (2) suplentes[99].

XV. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL PODER CIUDADANO

La Constitución de la República consagra -como ya señaló en el punto VII del presente trabajo-, la autonomía funcional, financiera y administrativa de los órganos del Poder Ciudadano, y establece el deber de asignar a este Poder del Estado una partida anual variable dentro del presupuesto general del Estado, la cual de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, será solicitada por el Presidente del Consejo Moral Republicano con la anuencia del resto de sus integrantes, y en la que se incluirán los recursos para el funcionamiento del mencionado Consejo[100].

Así mismo, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano consagra como atribución y deber del Presidente del Consejo Moral Republicano, la ejecución del presupuesto de funcionamiento del mencionado Consejo[101].

Finalmente, la referida Ley especial dispone que este Poder estará sujeto a las leyes y reglamentos sobre la elaboración, ejecución y control del presupuesto, en cuanto le sean aplicables[102].

98. Artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

99. Artículo 296 (encabezamiento y primer aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

100. Artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, en concordancia con el artículo 64 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

101. Artículo 15, numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

102. Artículo 64 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de fecha 27 de septiembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.310, del 25 de octubre de 2001.

XVI. LA NECESIDAD DEL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PODER CIUDADANO

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el marco jurídico regulador del Poder Ciudadano, cuyo desarrollo legislativo corresponde a la Asamblea Nacional, la cual debe aprobar la legislación referida al Poder Ciudadano. Concretamente, una ley con rango de orgánica debe regular la organización y funcionamiento de este Poder del Estado y desarrollar lo concerniente al ejercicio de las competencias de sus órganos integrantes[103].

Es por vía legal que se llenará el vacío proveniente de la enumeración de competencias de las atribuciones de los titulares de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano.

Respecto a la Defensoría del Pueblo, ésta es competencia del Poder Público Nacional y la ley determinará lo relativo a su organización y funcionamiento en el ámbito municipal, estadal, nacional y especial, teniendo como directriz constitucional, que su actividad se regirá por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio[104].

En este sentido, el debate constitucional fue el siguiente:

> … CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- (…) Hay un elemento muy importante, sobre todo en un país que tiene que avanzar hacia la descentralización, y ésta tiene que ser una figura descentralizada y la legislación tendrá que prever este problema, porque tampoco podemos crear una figura centralista de Defensoría de los Derechos del Ciudadano que luego se presente con ese problema, que se atore con tantas denuncias que le llegan y no las va a poder atenderlas (*Sic*). Es decir, que el desarrollo de la ley, no me atrevo a plantearlo en este momento, para que se incorpore con rango constitucional, pero en el desarrollo de la ley tendrá que plantearse entonces esa característica, que pueda crear oficinas regionales en los distintos estados o zonas y funcionar. Me dice el Presidente de la Comisión que está allí contenido, no lo había precisado (…)
>
> (…) CONSTITUYENTE MADRIZ (MIGUEL).- (…)
>
> Obedece la inclusión de este artículo, ciudadano Presidente, a que nuestra función como constituyentes incluye la de orientar al legislador y establecer con rango constitucional, los principios que han de prevalecer en la acción, funcionamiento y organización de la Defensoría del pueblo (*Sic*). Asimismo, atender la inquietud que antes planteara el constituyente Vladimir Villegas, en lo que tiene que ver con las instancias donde debe llegar la Defensoría del pueblo (*Sic*) (…)[105].

En cuanto al Ministerio Público, el mismo es de la competencia del Poder Público Nacional y la ley determinará lo relativo a su organización y funcionamiento en el ámbito municipal, estadal y nacional, concretamente, determinará los funcionarios que auxiliarán al Fiscal General de la República en el ejercicio de sus atribuciones, proveerá lo conducente para asegurar la idoneidad, probidad y estabilidad de los Fiscales del Mi-

---

103. Disposición transitoria cuarta, numeral 5 y artículo 203, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

104. Artículo 283 y disposición transitoria novena, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

105. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre - Noviembre 1999, Sesión Ordinaria N° 38, de fecha 06 de noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, Venezuela; pp. 16; 23.

nisterio Público y establecerá las normas para garantizar un sistema de carrera para el ejercicio de su función[106].

Igualmente la ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal [107].

Mientras se dictan las leyes relativas al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, mantienen su vigencia las leyes orgánicas del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República. Por su parte, el Defensor del Pueblo adelantará lo correspondiente a su estructura organizativa, integración, establecimiento de presupuesto e infraestructura física, tomando como base las atribuciones que le establece la Constitución[108].

De lo anterior se deduce la imperiosa necesidad de que la Asamblea Nacional apruebe la legislación precedentemente señalada, a los fines de desarrollar los postulados constitucionales, permitiendo su real materialización y evitando con ello las invasiones de competencias entre los órganos del Poder Ciudadano, producto de la aplicación de leyes que se encuentran desadaptadas al nuevo texto constitucional, y que produzcan como consecuencia actuaciones viciadas por usurpación de funciones, lo cual acarree la nulidad de las mismas y la duplicidad de esfuerzos.

106. Artículo 286 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

107. Artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

108. Disposición transitoria novena de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 20 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

María Alejandra Correa de Baumeister
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

La consagración en el texto constitucional de dos nuevas ramas del Poder Público, denominadas Poder Ciudadano y Poder Electoral, integrados el primero por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, y el segundo por el Consejo Nacional Electoral, ha hecho resurgir las interrogantes planteadas en torno a la naturaleza jurídica de dichos órganos.

Bajo el régimen de la Constitución de 1961, esos órganos, salvo la Defensoría del Pueblo, creada *ex novo* en la Constitución de 1999, se ubicaban dentro de la Administración Pública, aún cuando en la estructura organizativa del Estado no se identificaban como integrantes del Poder Ejecutivo, razón por la cual se les denominaba órganos de la Administración Pública con autonomía funcional.

Así, hasta la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia afirmaban la pertenencia de dichos órganos a la Administración Pública, a pesar de su independencia del Poder Ejecutivo, independencia a la cual alude el calificativo relativo a su autonomía funcional y las consideraciones en torno a que su existencia constitucional rompía la trilogía clásica de separación del Poder Público.

El autor Brewer-Carías, al referirse a la organización administrativa hacía mención de estos órganos, afirmando lo siguiente:

> Pero realmente, allí no se agota la Organización Administrativa del Estado, ni por ejemplo, a nivel nacional, el verdadero ámbito de la "Administración Pública Nacional", pues existen órganos administrativos que no encuadran en la clásica "separación orgánica de poderes". En efecto, la misma separación orgánica que recoge la Constitución y que a nivel nacional establece una distinción clara entre el Congreso (Cámara de Diputados y Senado); la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales; y de los diversos órganos que configuran el Ejecutivo Nacional, no es una separación absoluta y exclusiva, pues constitucionalmente han venido apareciendo otra serie de órganos que, realmente, no pueden ubicarse, en sentido clásico, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Legislativo, ni dentro de lo órganos que ejercen el poder Ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Judicial, y que sin embargo, forman parte de la organización administrativa de la Administración del Estado, y en general, de lo que se conoce como Administración Pública Nacional. Es el caso, por ejemplo, de la Fiscalía General de la República … Lo mismo sucede con la contraloría General de la República … además de la Fiscalía y de la Contraloría General de la República, hay otros organismos, uno de rango constitucional, el Consejo de la Judicatura, otro de rango legal, el Consejo Supremo Electoral, que no encuadran dentro de la trilogía clásica de los órganos que en el nivel nacional ejercen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial[1].

1. BREWER-CARÍAS, Allan, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, p. 12-13. De la misma manera se expresa en la obra *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, "El Régimen del Poder Público y su Distribución Vertical: El Poder Nacio-

La calificación de órganos pertenecientes a la Administración Pública Nacional no estuvo basada en su integración al Poder Ejecutivo Nacional; el texto constitucional de 1961 no se refería a esos órganos dentro de la regulación del Poder Ejecutivo, por el contrario, la referencia a la Fiscalía General de la República o Ministerio Público la encontrábamos en el Título correspondiente al Poder Judicial, al igual que el extinto Consejo de la Judicatura que esa Constitución ordenaba crear mediante Ley Orgánica; y la regulación de la Contraloría General de la República se encontraba en el Título de la Hacienda Pública, concebida en el artículo 236 de ese Texto Constitucional como un órgano auxiliar del Congreso de la República en su función de control sobre la Hacienda Pública[2].

La calificación como órganos de la Administración Pública Nacional respondía más a un criterio funcional que a un criterio orgánico, quizás inspirado por las antiguas doctrinas germánicas que llamaron administración a toda actividad que no fuera ni de justicia, ni de legislación[3]. Por su parte, el adjetivo de autonomía funcional responde indudablemente a la necesidad de subrayar su independencia de los demás órganos del Poder Público y en particular del Poder Ejecutivo[4].

En efecto, es bajo la consideración de la naturaleza de la función que realizan dichos órganos que se ha admitido su ubicación dentro de la Administración Pública; Peña Solis, refiriéndose a los órganos con autonomía funcional, a los cuales denomina "administraciones independientes", sostiene que dichos órganos "realizan funciones administrativas en sentido sustantivo"[5]; por su parte Brewer-Carías afirma igualmente que los órganos en referencia "ejercen funciones administrativas: de administración electoral, de administración de justicia, de administración contralora; son por tanto, parte de la organización administrativa del Estado"[6].

No obstante la identificación de esos órganos con la Administración Pública, las tesis sostenidas por la doctrina y los análisis de la jurisprudencia revelaban la imposibilidad de ubicarlos como integrantes de la rama Ejecutiva del Poder Público, dada la necesidad de reconocer su independencia y separación de los demás órganos del Poder Público. Su consideración como órganos autónomos no integrados a las ramas del Poder Público definidas en la Constitución colidía con la división clásica tripartita del Poder del Estado[7], escollo que habría sido superado en el texto de la Constitución de 1999, en un in-

---

nal y El Régimen Federal y Municipal", Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 3ª edición,Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 24 y ss. En igual sentido PEÑA SOLIS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, vol. II, 5, Caracas 2001, p. 706-707.

2. En criterio de la Contraloría General de la República, su autonomía, reconocida en la citada disposición de la Constitución de 1961 es aún más amplia en el texto vigente, en el cual se eliminó la mención de ser un órgano auxiliar del Congreso. Ese argumento fue sostenido en un proceso judicial seguido ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. *V.*, sentencia nº 02416 publicada el 30 de octubre de 2001 Expediente nº 16.717, capítulo relativo a los argumentos de la Contraloría General de la República, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

3. *V.*, al respecto LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, Décima Segunda Edición, Actualizada a la Constitución de 1999, Capítulo I: La Administración Pública, Caracas 2001, p. 21.

4. LARES MARTÍNEZ enseña que "la autonomía funcional equivale a independencia … (*omisos*) significa que dicho organismo (la Contraloría General de la República) no está sujeto a recibir instrucciones de ninguna de las ramas del Poder Público" (*op. cit.* pp. 554-555).

5. PEÑA SOLIS, José, *ob. cit.*, p. 708 y 710.

6. BREWER-CARÍAS, Allan R., "Principios Generales de la Organización de la Administración Central, con particular referencia a la Administración Ministerial", en *Revista de Derecho Público* nº 2, Abril-Junio 1980, p. 9

7. Algunos autores han hecho referencia a esos órganos bajo la calificación de un cuarto poder. En este sentido, NIKKEN, Claudia expresa: *La Constitutión vénézuélienne du 23 janvier 1961 institue ce que nos appelons le «pouvoir de contrôle». Ce quatrième pouvor est dévolu à quatre organes quie exercent des fonctions spécifiques: le*

tento de sincerar la estructura constitucional y ubicarlos dentro de dos nuevos Poderes Públicos; sin embargo, la organización y funciones de la Contraloría General de la República, de la Fiscalía General de la República e incluso del Consejo Nacional Electoral, ahora regulado directamente en el texto constitucional, se mantienen en líneas generales idénticas, lo que hace preguntarse si el sólo hecho de la consagración constitucional como Poderes Públicos resuelve los planteamientos sobre su naturaleza jurídica.

Despejar la interrogante amerita ciertas consideraciones, en particular porque, como se señaló precedentemente, la ubicación de los órganos en cuestión dentro de la estructura de la Administración Pública Nacional respondía más a criterios funcionales que orgánicos.

Es oportuno señalar que en otros ordenamientos jurídicos se plantea un problema similar. En Francia por ejemplo, existen órganos distintos a los que conforman el Poder Ejecutivo Nacional propiamente dicho, y que ejercen funciones consultivas y de control, a los cuales algunos autores denominan Administraciones Independientes Centrales[8], otros prefieren referirse a ellos como órganos que acompañan a la Administración activa. Esta última es la terminología utilizada por René Chapus, quien en su obra Traité de Droit Administratif, enseña que existen órganos que estando en el seno de la Administración del Estado no ejercen funciones de administración activa, siendo sus atribuciones de carácter consultivo, de control o bien la de actuar como instancias conciliadoras[9]. Chapus menciona entre esos órganos al Consejo de Estado, en su función de consejero del gobierno, el Consejo Económico y Social, el Mediador de la República y la Corte de Cuentas, las funciones de los dos últimos mencionados se identifican *mutatis mutandi* con las que ejercen en nuestro país la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

En España se plantea igualmente la discusión sobre el carácter administrativo de determinados órganos previstos en la Constitución, tales como el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y el Defensor del Pueblo. Las posiciones doctrinarias se encuentran más divididas que en la doctrina francesa, donde a pesar de las interrogantes, la mayoría de los manuales y tratados de Derecho Administrativo incluyen el análisis de los citados órganos dentro del estudio de la organización administrativa.

El tratamiento es distinto, la doctrina francesa parece considerar únicamente el criterio funcional para afirmar que la función de aconsejar y controlar la gestión de los órganos de la Administración activa es también función administrativa y, en consecuencia, las instituciones que tienen atribuidas dichas funciones forman parte de la organización administrativa.

En la doctrina Española Eduardo García de Enterría, por ejemplo, analiza el tema desde otra perspectiva. Este autor niega que tales órganos puedan ser considerados co-

---

Conseil de la judicature, le Ministère public, la Contraloría générale de la Republique et le Conseil national électoral. Ils sont qualifiés comme «organes constitutionnels dotés d'autonomie fonctionnelle». Il s'agit, en effet, d'autorités administratives indépendantes à statut constitutionnel, étant donné qu'elles n'appariennent pas à la hiérarchie de l'administration centrale et, qu'elles disposent d'un povorir propre … (subrayado agregado). NIKKEN Claudia, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution Vénézuélienne du 23 janvier 1961,* Tesis presentada y defendida públicamente para obtener el grado de Doctor en la Universidad Panthéon-Assas (París II), enero 2001, p. 20.

8. DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif,* LGDJ, Tomo I, Paris 1998, p. 83.

9. CHAPUS, René, *Droit Administratif,* Editorial Montchrestien, Tomo 1, París 1998, p. 407. *De l'administration active, qui decide, se distinguent, notamment au sein ou au niveau de l'administration d'État, des institutions dont la fonction est de la contrôler, ou de la conseiller, au aussi de s'entremettre entre elle et les administres.*

mo integrantes de la organización administrativa del Estado, y afirma que su equiparación con la Administración Pública responde únicamente a razones de competencia jurisdiccional, para el control de los actos emanados de esos órganos, sin que el hecho de estar atribuido el control de la legalidad de esos actos a la jurisdicción contencioso administrativa pueda conducir a afirmar que forman parte de la Administración Pública Nacional. Sostiene García de Enterría que se trata de órganos constitucionales que ejercen actividades materialmente administrativas, pero que al no estar integrados en la organización personificada que es la Administración Pública, no pueden ser considerados como órganos de la Administración Pública[10].

Las consideraciones del autor español al respecto parten de la concepción de la Administración como persona jurídica, abandonando totalmente la conceptualización de la Administración Pública a partir de una definición material de función administrativa[11].

El enfoque del profesor García de Enterría pareciera ser el adecuado cuando lo que se pretende es definir la estructura organizativa de la Administración Pública y no la función administrativa. Sin embargo, conjugar ambos criterios resulta más conveniente, toda vez que la función administrativa no es ejercida exclusivamente por los órganos de Administración Pública, sino que la misma puede ser ejercida también de manera circunstancial por otros órganos del Poder Público, tanto el legislativo como el judicial, como complemento de sus atribuciones naturales y específicas. Esa realidad impide dar una definición meramente orgánica de la Administración Pública.

Al aplicar el criterio funcional, debe tenerse presente esa realidad y determinar cual es la naturaleza de la preponderante o propia del órgano o institución a analizar; ello porque no todo órgano que cumpla función administrativa, forma parte por ese solo hecho de la Administración Pública. Así tenemos que si bien los tribunales pueden dictar actos administrativos (por ejemplo el acto dictado por el Juez de remoción del Secretario del Tribunal o cualquier acto disciplinario respecto del personal a su cargo) no por ello forman parte de la Administración Pública, toda vez que esas atribuciones administrativas no son sino circunstanciales y su función primordial es la judicial y no la administrativa. Igual ocurre con las competencias administrativas atribuidas a la Asamblea Nacional.

Teniendo presente esa circunstancia, el criterio funcional puede ser considerado a los fines de definir la naturaleza y ubicación de un determinado órgano dentro de la estructura organizativa del Estado, pero siempre tomando como referencia la función para la cual ha sido creado el órgano de que se trate, esto es, la naturaleza de las atribuciones que le han sido asignadas como propias y que constituyen su función primordial.

Así si un órgano ha sido creado para cumplir funciones materialmente administrativas debe ser calificado como un órgano de la Administración Pública, la conclusión no podría ser la misma respecto de un órgano creado para cumplir la función de legislar y además se le atribuya competencia para cumplir determinados actos de naturaleza administrativa necesarios para su funcionamiento, no son estas últimas competencias las que pueden definir su naturaleza, sino la actividad legislativa para la cual fue creado y desempeña como función propia.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció, durante la vigencia de la Constitución de 1961, en relación a la naturaleza de los citados órganos, entre otras, en sentencias dicta-

10. *V.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas, Madrid 1999, pp. 34-36.

11. *Idem*, p. 27.

das con motivo de la impugnación de las disposiciones de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, dictada en el año 1986[12], en ejecución del artículo 2 de la Enmienda Nº 2 a la Constitución de 1961. La norma objeto de impugnación incluía dentro del ámbito de aplicación de esa Ley, a los funcionarios del antes denominado Consejo Supremo Electoral, del extinto Consejo de la Judicatura, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República. La impugnación se fundamentó en los límites consagrados en la norma contenida en la Enmienda Nº 2 de la Constitución, conforme a la cual la Ley sobre el beneficio de jubilación o de pensión regiría para todos los funcionarios o empleados de la Administración Central o Descentralizada de la República, de los Estados o de los Municipios.

La labor de interpretación de ese artículo de la Enmienda Nº 2 de la Constitución, conforme lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 8 de agosto de 1989, con motivo del recurso interpuesto por el Fiscal General de la República contra el numeral 6, del artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, consistió en "precisar el universo de lo que ha de entenderse por Administración Pública Nacional y establecer si la expresión «Administración Central o Descentralizada» agota el contenido de aquella"[13].

La sentencia hizo en cierta forma aplicación del referido criterio funcional al definir a la *Administración Pública Nacional* como un conjunto de órganos que actúan como instrumento de la acción político administrativa del Estado. Aún cuando no define en que consiste esa acción político administrativa, es claro que se refiere a la función administrativa, por oposición a lo que podría llamarse en la terminología de la sentencia acción política legislativa del Estado y acción jurisdiccional.

En la referida sentencia se lee lo siguiente:

> Para esta Corte, una interpretación concatenada de los artículos 122, 126, 139, 160 y 190, ordinal 19º, 2002 ordinal 3º y de la Disposición Transitoria Décima de la Constitución revela que la noción de "Administración Pública Nacional", comprende el conjunto de órganos que constituyen el instrumento de la acción político-administrativa del Estado que, en el sistema de separación orgánica de poderes que la Constitución prevé, no forman parte ni del Congreso Nacional ni del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, en los términos del artículo 204 de la Constitución).
>
> Este conjunto orgánico que conforma la Administración Pública Nacional, en el régimen constitucional venezolano, está a su vez integrado por tres conjuntos orgánicos: en primer lugar la Administración Central, regida tanto por la Ley Orgánica de la Administración Central, destinada al conjunto de órganos que dependen directamente del Ejecutivo Nacional (entre los cuales se destacan, los Ministerios y las Oficinas Centrales de la Presidencia de la República), como por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que califica a ésta como órgano de representación jurídica y asesoría de la Administración Pública Nacional (Presidencia y Ministerios); en segundo lugar, la Administración Descentalizada, conformada por los institutos autónomos regulados en el artículo 230 de la constitución, las personas jurídicas de derecho público con forma societaria, las empresas del Estado, las Fundaciones del Estado y las Asociaciones Civiles

12. Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial* nº 3.850 del 18 de julio de 1986

13. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de fecha 8 de agosto de 1989, publicada en la *Gaceta Forense* nº 145, vol. I, Tercera Etapa, Año 1989, pp. 9-25, la cita corresponde a la p. 12)

> del Estado; y en tercer lugar, por las Administraciones con autonomía funcional, establecidas en la Constitución que tienen su fundamento en ella, como es el consejo Supremo Electoral.
>
> Pude colegirse, por consiguiente, que en el sistema constitucional venezolano, la Administración Central o Descentralizada de la República, no agota el universo de la Administración Pública Nacional, en cuyo concepto aparecen integrados los órganos o administraciones con autonomía funcional que prevé la Constitución …[14].

Admitió así la Corte Suprema de Justicia la existencia de órganos que integran la Administración Pública Nacional, distintos a los órganos de la Administración Pública Nacional Central y de la Administración Pública Nacional Descentralizada, y que integran una tercera categoría conformada por las administraciones con autonomía funcional.

La sentencia comentada contó con varios votos salvados, entre los cuales es pertinente mencionar el de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, quien al fundamentar su disidencia sostuvo que el Ministerio Público "constituye un organismo descentralizado de la República con autonomía funcional" y que "no es una rama del Poder Público", para concluir que la intención del artículo 2 de la Enmienda Nº 2 de la Constitución., recogida en la norma objeto de impugnación en el recurso que motivó la sentencia, era unificar el tratamiento del beneficio de jubilación y pensiones para "todos los órganos de la Administración, inclusive los de autonomía funcional".

Así se lee en el voto salvado de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, lo siguiente:

> Es pues el Ministerio Público un órgano de rango constitucional, con autonomía funcional, cuya personalidad jurídica corresponde a la República y en consecuencia, está comprendido en el artículo 2º de la Enmienda Constitucional Nº 2, precisamente por ser un órgano descentralizado de la República, aún cuando goce de la autonomía constitucional y legal que tiene establecida. El Ministerio Público no es una rama del Poder Público y nadie niega la independencia en el ejercicio de sus atribuciones, requisito indispensable para que las ejerza con idoneidad y autonomía …. (*omisis*) La Constitución a través del artículo 2º de la Enmienda Constitucional Nº 2, quiso establecer la unificación e igualdad de tratamiento al beneficio de las jubilaciones y pensiones para todos los órganos de la Administración, inclusive los de autonomía funcional[15].

El análisis de la jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es sin embargo más que una referencia para conocer los elementos considerados para determinar la naturaleza jurídica de los órganos en cuestión, la cual no estuvo ni está clara.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el legislador ha desarrollado las disposiciones constitucionales relativas al funcionamiento y organización de la Administración Pública y del Poder Ciudadano en la Ley Orgánica de la Administración Pública[16] y en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano[17], respectivamente, en la primera de dichas leyes se obvia toda mención de a la Administración Pública con Autonomía Funcional, circunscribiendo la regulación de la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional a los órganos de la Administración Central y entes de la Administración Pública Nacional descentralizada territorialmente.

---

14. *Idem*, la cita corresponde a las pp. 12 y 13.
15. *Idem*, la cita corresponde a la p. 23.
16. Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en la *Gaceta Oficial* nº 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.
17. Ley Orgánica del Poder Ciudadano publicada en la *Gaceta Oficial* nº 37.310 de fecha 25 de octubre de 2001.

Por su parte la Ley Orgánica del Poder Ciudadano se limita a establecer, respecto de la naturaleza de los órganos que lo integran, que éstos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa, insistiendo en su independencia de los demás Poderes Públicos (artículo 3 *ejusdem*).

Los órganos del Poder Ciudadano no han sido regulados por la Asamblea Legislativa como órganos de la Administración Pública Nacional, sin embargo las atribuciones asignadas tanto en la Constitución, como en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, son en general materialmente administrativas, y más específicamente de control administrativo de la actuación de los servidores públicos en cuanto a la observancia de los principios de ética pública y moral administrativa -conceptos definidos en esa misma ley-; gestión y uso del patrimonio público; teniendo además competencia para ejercer un control previo a la elección de magistrados al Tribunal Supremo de Justicia, mediante la preselección de los candidatos; calificar las faltas en que incurran esos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y establecer la responsabilidad administrativa de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública e imponerles las sanciones previstas en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, las cuales son siempre sanciones administrativas de amonestación y censura.

La falta de regulación de los órganos en cuestión en la Ley Orgánica de la Administración Pública puede interpretarse como un indicativo de su no pertenencia a la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional, aunque también podría interpretarse como una reserva justificada por la intención de sancionar una ley especial para esos órganos de naturaleza indudablemente *sui generis.* A favor de ésta última tesis encontramos la efectiva publicación en Gaceta Oficial de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano tan sólo unos días después de la Ley Orgánica de la Administración Pública; sin embargo, ante esa interpretación de la intención del legislador siempre cabrá preguntarse porque la Ley Orgánica de la Administración Pública no incluyó una mención a los órganos del Poder Ciudadano reconociendo su pertenencia a la Administración Pública Nacional, advirtiendo sin embargo que dadas las peculiaridades de esos órganos, serían regulados en una ley especial.

La jurisprudencia del máximo tribunal de justicia, pronunciada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es unánime, por una parte, se encuentran sentencias de la Sala Constitucional, en las cuales al definir los órganos que integran la Administración Pública Nacional se obvia la mención de los órganos que hemos denominado integran Administración Pública con Autonomía Funcional[18]; y por otra parte, encontramos sentencias de la Sala Político-Administrativa, en las cuales se ha reconocido la existencia de una Administración Pública con Autonomía Funcional,

18. En sentencia se la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de diciembre de 2001, se lee lo siguiente: "se observa que la Administración Pública Nacional está integrada por: a) La Administración Central, conformada por órganos que dependen directamente del Ejecutivo Nacional, como lo son la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministerios, las Oficinas Centrales de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo de la Defensa de la Nación; y, b) La Administración Descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos tipos, la Administración Descentralizada Territorialmente, conformada por los entes político - territoriales (Estados y Municipios); y la Administración Descentralizada Funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado". (Sentencia nº 2724, recaída en el Expediente nº 001423, relativo al recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 2, ordinal 9º de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, intentado por trabajadores de la empresa del Estado Hidrológica HIDROFALCON C.A., filial de HIDROVEN, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia)

integrada por los órganos mencionados, en concreto, en sentencia de fecha 16 de julio de 2002, en la que se hace referencia a la Contraloría General de la República, y se afirma la competencia de esa Sala Político-Administrativa para conocer de los recursos que se ejerzan contra los actos administrativos dictados por los órganos con autonomía funcional.

En la última de las sentencias citadas, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, afirma su competencia para conocer de un recurso de nulidad contra un acto dictado por el Contralor General de la República, recurso del cual conoció en virtud de la declinatoria de competencia pronunciada por la Sala Constitucional. Los respectivos pronunciamientos de dichas Salas del Tribunal Supremo de Justicia están basados en el consideraciones relativas a la naturaleza del acto impugnado y del órgano que lo dictó, esto es, la Contraloría General de la República, en relación a lo cual se afirma se trata de un acto administrativo dictado por un órgano con autonomía funcional, sin que en forma alguna se haga mención a un cambio de naturaleza jurídica de dicho órgano del Estado o de sus actos, por el hecho de integrar ahora el Poder Ciudadano. En la sentencia comentada se lee lo siguiente:

> Debe esta Sala pronunciarse sobre su competencia en el presente caso, en virtud de la decisión dictada por la Sala Constitucional el 9 de mayo de 2002, precedentemente referida[19], mediante la cual declinó la competencia para conocer del recurso interpuesto.
>
> En tal sentido, se observa que, el ordinal 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece:
>
> *Artículo 42*. Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:
>
> ...(*omisos*)...
>
> 12. Declarar la nulidad, cuando se procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad**,** de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral *o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional*.
>
> ...(*omisos*)... (resaltado de la Sala)

19. El texto a que hace referencia la sentencia corresponde a la cita del auto del Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual se declaró la incompetencia de esa Sala para conocer del caso, la cual es del tenor siguiente: " El presente recurso es en contra de una Resolución emitida por el Contralor General de la República, y la cual se fundamentó en los artículos 9, numerales 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, artículo 14, numeral 1, artículos 4 y 33, numeral 1, artículos 27, 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, artículo 172 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

La referida Resolución es un acto administrativo de efectos generales que no proviene del ejercicio directo e inmediato de una potestad establecida en la Constitución, y aunque invoque la violación a disposiciones contenidas en la Carta Fundamental no necesariamente por ello esta Sala es competente, toda vez que el factor que determina la competencia, no es el motivo de la impugnación, sino la Jerarquía del acto.

El artículo 259 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, establece que la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley; siendo competentes para anular los actos administrativos generales y particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder. Por lo que el control legal y constitucional de los actos de rango sub legal en principio son del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del contencioso administrativo.

De conformidad a lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisdicción constitucional, conoce solo de aquellos actos dictados en ejecución directa de la Constitución, es decir, que tengan forma o rango de ley. En sentencia de esta Sala Constitucional de fecha 22 de junio de 2001 (Caso *PROVEA*) se señala: '...el control jurisdiccional, bien por razones de ilegalidad o de inconstitucional de los actos de rango sub legal (de carácter normativo o no, dictados en ejecución directa de una ley y en función administrativa), son de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, por la atribución que de forma expresa realiza la Constitución a la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal..."

> Así pues, conforme a la disposición antes transcrita, la jurisprudencia pacífica de este Supremo Tribunal, se ha inclinado por atribuir a esta Sala, el conocimiento de los recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad y/o ilegalidad, que sean interpuestos contra los actos dictados por los órganos que gozan de autonomía funcional, tales como el extinto "...Consejo Supremo Electoral" (rectius: Consejo Nacional Electoral, cuya competencia ahora corresponde a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo), el extinto Consejo de la Judicatura (rectius: Dirección Ejecutiva de la Magistratura), el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y precisamente, la Contraloría General de la República, siempre que el conocimiento de los recursos contra sus actos no se encuentre atribuido a otra autoridad conforme a la materia sustantiva de que se traten (Vgr. la materia funcionarial, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de la Carrera Administrativa conforme a la Ley de la Carrera Administrativa y de acuerdo a criterios jurisprudenciales de esta misma Sala, entre otros, el que fuera sentado mediante ponencia conjunta del 20 de diciembre de 2000). En tal virtud, y visto por demás que la naturaleza del acto recurrido es eminentemente sublegal, no cabe duda que la competencia para conocer del recurso de nulidad interpuesto contra la resolución impugnada, corresponde a esta Sala. Así se decide" (resaltados agregados) (Sentencia número 962 de fecha 16 de julio de 2002, Expediente Nº 2002-0423, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

No obstante, la materia funcionarial ha generado pronunciamientos jurisprudenciales, igualmente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en los cuales se ha definido la naturaleza de los funcionarios al servicio, por ejemplo de la Contraloría General de la República, generando confusión respecto de su pertenencia a la Administración Pública.

Así en sentencia de fecha 30 de octubre de 2001, la Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, expresamente afirmó lo siguiente:

> Debe señalarse que incurre en error el recurrente cuando sostiene que los empleados de la Contraloría General de la República, son funcionarios de la Administración Pública Nacional; en este sentido, los funcionarios del ente Contralor, por ser parte de un organismo con autonomía funcional, a la luz de la Constitución de 1961, quedaron excluidos de la Administración Pública Nacional y, en consecuencia, se les aplica un régimen especial, cual es, el establecido en el Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República (Sentencia Nº 02416, Expediente Nº 16.717, caso *Octavio R. Caranama*, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

La interpretación literal de la sentencia conduciría a negar que la Contraloría General de la República forme parte de la Administración Pública Nacional, toda vez que sus empleados no están, según lo afirmado en la sentencia parcialmente transcrita, al servicio de ésta y no forman parte de la Administración Pública

Sin embargo, es necesario hacer dos precisiones, en primer lugar que la sentencia analiza el articulado de la Constitución de 1961, por lo que no se refiere a una posición establecida con base en el nuevo tratamiento dado por el texto constitucional de 1999 a la Contraloría General de la República. La segunda precisión se refiere a que las consideraciones expuestas en la sentencia, respecto de la no aplicación a los empleados de la Contraloría General de la República de las disposiciones de la Constitución de 1961, relativa a los empleados de la Administración Pública Nacional, responde al hecho de haberse consagrado un régimen funcionarial especial para los funcionarios de la Contraloría General de la República, precisamente por su autonomía funcional.

Este último aspecto es importante a los efectos del presente análisis, siendo además que la interpretación que sugiere la afirmación contenida en la sentencia parcialmente transcrita, en el sentido que los funcionarios de la Contraloría General de la República quedaron excluidos de la Administración Pública, queda descartada de la lectura de las

otras sentencias de la Sala Político-Administrativa en las cuales se ha precisado que la materia funcionarial, relativa a las relaciones de empleo público entre la Administración y los particulares que prestan servicio en sus dependencias, constituye un contencioso administrativo especial, cuyo conocimiento correspondía al extinto Tribunal de Carrera Administrativo, cuyas competencias fueron asumidas por los tribunales superiores con competencia en lo contencioso administrativo, por disposición de la nueva Ley sobre el Estatuto de la Función Pública[20].

Incluso en esas sentencias, que a continuación se citan, la misma Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, hace referencia expresa a la Contraloría General de la República, y demás órganos con autonomía funcional, al afirmar que corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes en materia funcionarial, conocer de las querellas interpuestas por los funcionarios de dichos órganos, aún cuando se rijan por un estatuto especial, porque se trata siempre de relaciones de empleo público.

Así lo expresó la Sala Político-Administrativa en sentencia dictada en fecha 20 de diciembre de 2000, ratificada en sentencias posteriores, entre otras, de fecha 29 de noviembre de 2001 y fecha 5 de febrero de 2002.

En la primera de las sentencias mencionadas se lee:

> En tal sentido, corresponde a esta Sala Político Administrativa conocer del presente recurso, por fuerza a lo previsto en el numeral 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica que rige la funciones de este Tribunal Supremo de Justicia, cuyo tenor es el siguiente: 12. Declarar la nulidad, cuando se procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral *o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional*. (Resaltado de la Sala).
>
> En efecto, conforme a la disposición antes transcrita, la jurisprudencia pacífica de este Supremo Tribunal, se ha inclinado por atribuir a esta Sala, el conocimiento de los recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad y/o ilegalidad, que sean interpuestos contra los órganos que gozan de autonomía funcional, tales como el extinto ...Consejo Supremo Electoral (rectius: Consejo Nacional Electoral, cuya competencia ahora corresponde a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo), el extinto Consejo de la Judicatura (rectius: Dirección Ejecutiva de la Magistratura), el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y precisamente, la Contraloría General de la República, y siempre que el conocimiento de los recursos contra sus actos no se encuentre atribuido a otra autoridad conforme a la materia sustantiva de que se traten (Vgr. la materia funcionarial, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de la Carrera Administrativa conforme a la Ley de la Carrera Administrativa y de acuerdo a criterios jurisprudenciales de esta misma Sala, entre otros, mediante Ponencia Conjunta del 20 de diciembre de 2000-. Situación reiterada por la novísima Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, que entrará en vigencia el día 13 de marzo de 2002, la cual atribuye el conocimiento de la materia funcionarial a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo Regionales, como Tribunales de Primera Instancia, y a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en alzada; todo, hasta tanto se dicte la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo)[21].

Por su parte, en la segunda de las sentencias mencionadas, pronunciada el 5 de febrero de 2002, se declaró la desaplicación de los artículos 64 y 71 de la Ley de Carrera Administrativa, con el objeto de afirmar la competencia del Tribunal de Carrera Administrativa para conocer de las querellas, acciones y recursos intentados contra los actos

---

20. Disposiciones transitorias de la Ley del Estatuto de la Función Pública publicada en la *Gaceta Oficial* nº 37.482 del 11 de julio de 2002.

21. Sentencia nº 02871 de la Sala Político-Administrativa dictada en fecha 29 de noviembre de 2001, recaída en el caso *Jimmy Imbrondone Fermín*, expediente nº 200-0844, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

administrativos dictados en materia funcionarial por el Consejo Nacional Electoral, en ejecución de una normativa distinta a la Ley de Carrera Administrativa, la cual no es aplicable a los funcionarios de dicho organismo, quienes se rigen por un estatuto especial.

Se lee en la sentencia citada lo siguiente:

> … la figura de la querella ha sido concebida como la acción típica del contencioso funcionarial, el cual se encuentra a cargo de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, en los ámbitos estadal y municipal, y del Tribunal de la Carrera Administrativa como tribunal contencioso administrativo especial, en lo que respecta a los asuntos que se deriven de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, que regula, a tenor de lo dispuesto en su artículo 1º, los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional. Pero es el caso que el artículo 5 de la precitada ley prevé un límite a su ámbito de aplicación, exceptuando de ella -entre otros- a los funcionarios del Consejo Supremo Electoral, quienes, por tanto, quedarían sustraídos de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa y por ende al control jurisdiccional del Tribunal de la Carrera Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64 y 71 *ejusdem*. Así, con ocasión de un caso similar, esta Sala, en sentencia de fecha 20 de diciembre de 2000 (caso *Yajaira Coromoto Sequera Gómez vs Consejo Nacional Electoral*), después de realizar un análisis de los conceptos y principios relativos al derecho al Juez Natural, el principio de la doble instancia, el concepto de justicia como hecho democrático y la descentralización judicial, se llegó a la conclusión de: "estima la Sala que no obstante el acto cuestionado emane del Presidente del Consejo Nacional Electoral, y aún cuando los funcionarios de este último dispongan de un estatuto propio, se trata, en definitiva, de relaciones funcionariales a las que resulta perfectamente aplicable el procedimiento establecido en la Ley de Carrera Administrativa; en consecuencia, es el Tribunal de la Carrera Administrativa el Juez Natural para conocer de la presente causa, …" (Sentencia Nº 00211 del 6 de febrero de 2002, expediente Nº 1118-00, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

La sentencia transcrita tiene el mérito de aclarar que el hecho que los funcionarios de un determinado organismo o institución se rijan por un estatuto propio no implica que no sean funcionarios públicos, lo cual permite señalar que lo expuesto en la sentencia de esa misma Sala Político-Administrativa del 30 de octubre de 2001, parcialmente transcrita precedentemente, es poco convincente, toda vez que no puede concluirse que los funcionarios de la Contraloría General de la República no sean funcionarios de la Administración Pública Nacional bajo el único argumento de disponer de un estatuto especial, más aún cuando una de las consecuencias propias del carácter de órgano con autonomía funcional es precisamente la autonomía del órgano para dictar su propio régimen de personal, sin que de ello se pueda derivar su pertenencia o no a la estructura organizativa de la Administración Pública Nacional.

* * *

La determinación de la naturaleza de los órganos del Estado no puede, en nuestro criterio, fundamentarse únicamente en el criterio orgánico, éste debe necesariamente complementarse con el criterio funcional, porque la organización responde a la función; las estructuras organizativas constituyen un instrumento a través del cual se persigue una mayor eficacia en la actuación del Estado.

Organizar es disponer los recursos en condiciones optimas para la consecución de los fines, de manera que el titular de la potestad organizativa debe definir la estructura organizativa que se plantea crear, en consideración a la función y atribuciones que va a

ejercer el órgano o ente de que se trate, tal como lo hizo por ejemplo el legislador, cuando al dictar la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1988, expresamente estableció que el extinto Consejo de la Judicatura era un "órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial"[22].

La naturaleza o carácter del órgano puede no estar expreso en su texto de creación, en cuyo caso el mismo deberá deducirse a partir de la naturaleza de las funciones que le hayan sido atribuidas y de las condiciones bajo las cuales ejerce dichas funciones. En el caso de los órganos que conforman el Poder Ciudadano, la Constitución define las atribuciones de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, atribuciones que se resumen en el artículo 274 de la Constitución, el cual establece el encargo general que se le hace al Poder Ciudadano de "prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado; e igualmente promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo", atribuciones que se identifican con el quehacer administrativo del Estado, en su actividad de control administrativo de la actuación de otros órganos del Poder Público y de ejecución de políticas públicas.

Por su parte, el artículo 273 de la Constitución dispone, respecto de las condiciones de ejercicio de esas atribuciones, que los órganos que conforman el Poder Ciudadano gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa.

Considerando las atribuciones conferidas a los órganos que conforman el Poder Ciudadano y las condiciones bajo las cuales deben ejercer sus atribuciones, se concluye que los mismos ejercen actividad administrativa, con independencia del Poder Ejecutivo, identificándose así con las estructuras organizativas tradicionalmente deno-minadas Administración Pública Nacional con Autonomía Funcional, denominación que puede entonces mantenerse, no obstante su integración a la cuarta rama del Poder Público creada por la Constitución de 1999.

La integración al Poder Ciudadano de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público no impone descartar que se trate de órganos administrativos, insistimos que esos órganos tampoco integraban, conforme al texto de la Constitución de 1961 el Poder Ejecutivo, al cual están naturalmente adscritas los órganos administrativos, sin que ello fuera óbice para definirlos como órganos de la Administración Pública con Autonomía Funcional, la cual integran en razón de las funciones que ejercen y de su independencia de los demás órganos del Estado, condiciones que se mantienen en su regulación constitucional actual.

En ese mismo orden de ideas, nótese que conforme a lo dispuesto en el artículo 253 de la Constitución, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo integran el *sistema de justicia* , sin que por ello pueda calificársele de órganos jurisdiccionales, toda vez que su función no es administrar justicia, sino coadyuvar en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado que corresponde a los órganos del Poder Judicial[23].

---

22. Artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1988, normativa que fue derogada posteriormente en 1998, y luego por el nuevo régimen constitucional.

23. Los órganos del Poder Judicial son el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. La propia Constitución hace referencia al Poder Judicial y al Sistema de Justicia como dos cosas distinta, no pudiendo deducirse que el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo integren el Poder Judicial, por disponer el artículo 253 de la Constitución que el sistema judicial está constituido, entre otros, por esas dos instituciones.

Iguales consideraciones deben hacerse respecto del Consejo Nacional Electoral, *ente rector del Poder Electoral*, en atención a las atribuciones que la Constitución le confiere, organismo que integra la administración electoral[24], siendo sus funciones eminentemente administrativas de regulación y control administrativo de la actividad electoral, actividades que ejerce con independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria y están sujetas al control judicial de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, órgano de la jurisdicción contencioso electoral a tenor de lo establecido en los artículos 294 y 297 de la Constitución.

24. Términos utilizados por el artículo 294 de la Constitución

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL

Claude Goyard
Profesor emérito de las Facultades de Derecho
Universidad Panthéon-Assas París II
Francia

1. Aquello que atiende a lo *político* son las tomas de posición en un momento determinado, presentadas y definidas con el objeto de que progrese y de dar a conocer a la opinión pública una visión del mejor gobierno y de la mejor organización posible de la sociedad, tal y como ese gobierno y esa sociedad son concebidos, estimados y planeados por nosotros, según nuestras propias preferencias y compromisos.

Lo *constitucional* es el orden constitucional, es decir, el conjunto definido y fijado, no para siempre, sino para tanto tiempo como sea posible, en la carta de derechos, libertades y poderes; así como en el marco de las normas fundamentales que fundan al Estado -y sobre la base de una jerarquía de actos jurídicos y autoridades. Así, esas autoridades, los poderes públicos, son dotados de competencia para emitir actos jurídicos, comenzando por los actos legislativos que orientarán la vida económica, social y jurídica, hasta los últimos actos particulares de aplicación en que coinciden el derecho y la vida material.

2. En teoría general se percibe, evidentemente, la naturaleza diferente que separa las dos nociones: lo político está relacionado con -o es inherente a- lo instantáneo y subjetivo. Es una categoría que depende de opiniones individuales oportunistas, que no han de rendir cuentas más que a nuestra concepción de legitimidad en una perspectiva de acción y de juego de poderes.

En cambio, lo constitucional se refiere a un sistema jurídico dado, con respecto al cual nos encontramos en constante relación con las normas en vigor.

3. Contrariamente a una idea bastante común, la inconstitucionalidad (la característica de lo que no es conforme a la constitución) no es susceptible de gradación, pues una cosa, un acto es o no compatible con el orden constitucional.

Es esa actitud la que debería manifestar el jurista en lo que respecta a la legalidad: un acto es legal o no lo es. No debería, en principio, ser tolerado que se actuara como si pudiera haber grados en la ilegalidad. Los teóricos del derecho suelen muy frecuentemente hacer recaer la diferencia entre las modalidades o intensidades de los controles ejercidos sobre su resultado; como si pudiera haber diferentes formas y grados de ilegalidad (lo que Charles Eisenmann siempre criticó duramente).

4. No es posible elegir el derecho aplicable y, sin lugar a dudas, no hay oportunidad para interrogarse sobre el valor jurídico del derecho aplicable en función de una finalidad política.

Estamos, pues, obligados, según esta vieja concepción, radical y materialista del derecho positivo, por el derecho existente y, nuestros actos y actuaciones estarán condicionados por los procedimientos y las posibilidades establecidos: es siempre necesario comenzar por poner en práctica las fórmulas establecidas en el derecho vigente.

Al contrario, si se pertenece a una de las corrientes de las escuelas del derecho natural, es deseable considerar previamente la justificación del régimen jurídico que ha de ser aplicado, incluso si, inmediatamente, al iniciar la discusión, hay que poner en práctica el derecho de las fórmulas consagradas (H. Berthélémy, *Ce qu'il faut penser du droit naturel*, "Mélanges Hauriou", pág. 809).

5. Se plantea el problema de determinar si no existe un eje de pensamiento, un campo, a propósito de los cuales no convendría postular en fin la separación de lo político y lo constitucional.

Quien gana una batalla en la que se ponen en juego intereses políticos -por ejemplo, tras una revolución o, menos dramáticamente, al término de una campaña electoral- pretende proponer su programa de acción o de reforma o, incluso, una idea de revisión de la constitución.

Una constitución es frecuentemente el resultado de la desestabilización de las instituciones y busca imponer la mejor postura para el partido que accede o retorna al poder: pero el advenimiento del *Estado de derecho*, a través de la constitucionalización del derecho, permite hoy en día juzgar el funcionamiento de un régimen político según un cierto número de criterios que desembocan en la definición de un modelo democrático fundado en el respeto del pluralismo y de la garantía de las libertades fundamentales.

6. Una vez transformada o sustituida la constitución, podría pensarse que la política interviene de nuevo, en la oportunidad de las elecciones generales, para dar vida y color a las instituciones fundadas: una mayoría, un gobierno, oposiciones.

Ahora bien, es posible que, luego de ello, fuerzas e ideas políticas invadan nuevamente el orden constitucional: se trata de la oleada de renovaciones de cargos en los cuerpos judiciales y servicios administrativos. Para instituciones, para gobiernos nuevos, hombres nuevos. Ese es el efecto de los *despojos (dépouilles)* o depuraciones; efecto restringido actualmente del *spoil system* en los Estados Unidos; efectos habituales y flagrantes de las depuraciones en Francia, como puede ser constatado desde el retorno de Napoleón de la Isla de Elba, después de 1830, después de 1879 y 1944.

7. Es deseable que uno de los pilares del orden constitucional sea la garantía de la independencia efectiva de las funciones judicial y administrativa, puestas al abrigo tanto de presiones, como de cambios políticos -salvo responsabilidad penal o disciplinaria de los titulares de esas funciones-.

En Francia se creyó, durante mucho tiempo, hallar el ejemplo de esa independencia en la mentalidad de los *servidores del Estado*, que los conducía a considerar como natural el hecho de inhibir, en el ejercicio de sus funciones, sus preferencias políticas, sobre todo si se eran presionados.

Los titulares de las funciones públicas debían cumplir sus deberes en armonía con la ley, de acuerdo con su conciencia; obedecían sin servilismo; hacían valer, si había lugar

a ello, sus reservas ante sus superiores; callaban ante terceros o ante la prensa; en casos extremos, renunciaban: el cuadro es idílico.

Se trataba de una creencia mantenida con sinceridad: reposaba sobre la existencia de concursos internos de reclutamiento por cooptación, donde reinaban el anonimato y la igualdad.

Esa concepción de las tradiciones judiciales, administrativas y militares, unida a la defensa del interés general, es descrita por Alexandre Vivien de Goubert en sus *Études administratives* (1845-1859): se hacía el esfuerzo de inspirarse en ella como modelo de un *estilo* de gobierno y administración, que prevaleció hasta la Segunda Guerra Mundial, a pesar de las vicisitudes provocadas por los cambios de régimen político sucesivos, con o sin revisión constitucional.

8. El siglo XX se encargó de reducir esas ilusiones: ciertas ideologías habían explicado la necesaria dependencia de hombres y estructuras respecto del gobierno, incluso la enfeudación al partido que ostenta el poder, invocando la eficacia al servicio de una pretendida verdad política, que desembocó en la teoría de la instrumentalización de las funciones en el *aparato del Estado*; pero el feliz término del siglo XX registra el derrumbe de ese tipo de administración pública, del que no existen ya más que dos o tres ejemplos en el mundo contemporáneo, aunque un puñado de especialistas en la ciencia administrativa lo celebre todavía.

Algunas ideas simples esclarecerían el problema de la garantía de la independencia de las funciones de autoridad respecto de lo político:

1º El gobierno debe poder contar con la fidelidad de sus funcionarios, en el respeto de las leyes del Estado y de las normas constitucionales;

2º Los jueces y funcionarios civiles y militares del Estado deben, por principio, mantenerse al margen de la política militante;

3º Los funcionarios de autoridad y los agentes que ejercen responsabilidades de decisión en servicios de utilidad común, no deberían tener reconocido el derecho a huelga;

4º El derecho de asociación y el sindicalismo no deberían estar autorizados en beneficio de esas mismas categorías, más que cuando exista pluralidad de tendencias y corrientes en el seno de asociaciones y sindicatos.

9. Resulta que el problema esencial de la relación entre la política y el orden constitucional es el inherente a la justicia constitucional, considerada unánimemente como la clave de la instauración del *Estado de derecho.*

La justicia constitucional comporta dos aspectos:

a. La atribución a una jurisdicción del control de la constitucionalidad de los actos legislativos y, por deducción, del control de la compatibilidad de los actos jurídicos de cualquier categoría con el ordenamiento constitucional;

b. La atribución eventual de competencias específicas *en materia penal constitucional* a esa jurisdicción, para conocer de ciertas categorías de actos que emanan de las más altas autoridades del Estado.

10. El control de la constitucionalidad de los actos legislativos ha sido examinado y organizado en muchos sistemas que han adquirido vasta experiencia en ese campo desde el siglo XIX. Es necesario limitarse aquí a recordar el principio de derecho helénico adoptado desde la constitución de Epidauro, que declara la inaplicabilidad de las disposiciones que los jueces ordinarios reconozcan como contrarias a la norma constitucio-

nal, principio que obliga al juez a examinar previamente, llegado el caso, la constitucionalidad de los actos invocados ante su instancia.

Igualmente, las constituciones americanas admitieron desde muy temprano la vía del control de constitucionalidad, tanto mediante un recurso directo en interés de los justiciables, como por la vía de la excepción.

11. En Francia, el mecanismo consagrado desde el advenimiento de la Constitución de 1958, reposa sobre el control *a priori* de *textos votados* (que no son todavía leyes) por el Parlamento, antes de su promulgación por el Jefe de Estado.

Es un mecanismo muy satisfactorio, pero que, sin embargo, no puede escapar de las críticas; no por el hecho de la organización de la jurisdicción, ni en virtud del modo de designación de los miembros del Consejo Constitucional: no se trata propiamente de un órgano político o politizado -y las críticas que le son formuladas en ese plano son impertinentes; esas críticas emanan, de hecho, de autores comprometidos personal-mente en las tribunas políticas, cuando hacen suputaciones sobre la ventilación, en el Consejo Constitucional, de los nueve votos entre partidarios de la derecha y partidarios de la izquierda.

12. En realidad, el único punto discutible del sistema francés es el relativo a la instancia aleatoria del Consejo Constitucional por una coalición de sesenta representantes de la Nación, electos para una u otra de las cámaras del Parlamento.

Ese procedimiento fue concebido por su iniciador, en 1974, para atestar la toma en consideración de la oposición parlamentaria promovida al papel de vigilante de la constitucionalidad.

El reproche que puede hacerse a esa manera de instar al Consejo Constitucional, en teoría general, es que abandona la protección de los derechos públicos individuales y de las libertades fundamentales en la iniciativa de la oposición y, además, del modo más incierto posible, visto que la eventualidad de la abstención de accionar no puede ser excluida. Esa es la razón por la cual una parte de la doctrina anhela una revisión profunda y una simplificación del mecanismo de acción (en provecho, por ejemplo, de todo parlamentario).

Numerosos son, además, quienes desean la admisión de la excepción de inconstitucionalidad, sin tener que recurrir necesariamente a la adjunción de un mecanismo para *filtrar* recursos por parte de las cortes soberanas de los órdenes de jurisdicción, Consejo de Estado y Corte de Casación (y Corte de Cuentas en el orden de las jurisdicciones financieras, cosa que habría que estudiar).

En el momento en que, en Francia, el debate político se apropia de la reforma de la justicia constitucional, es necesario afirmar claramente que las decisiones del Consejo Constitucional no ameritan la calificación, partidista en sí misma, de decisiones *politiqueras* y, que sería aberrante sacrificar un sistema que ha dado pruebas de su eficacia limitando la competencia del Consejo Constitucional al control formal de la legalidad externa de los actos legislativos.

13. El otro aspecto del debate sobre la relación *política* y *constitución* es el referido al reconocimiento de la potestad de apreciar la responsabilidad, sobre todo penal, de las más altas autoridades del Estado, entre las atribuciones de la jurisdicción constitucional misma.

Es sobre ese tema que versa una parte de la reciente tesis de doctorado de C. Nikken[1], cuando aborda el fundamento y la aplicación de los principios que rigen el estatuto y el ejercicio de la competencia de las cortes supremas instituidas en altas cortes de justicia[2], como es el caso en Venezuela.

De todas las fórmulas ensayadas en el curso de la historia constitucional de los distintos Estados, sólo quedan en definitiva dos concebibles, a partir del momento en que se rechaza la fórmula de la justicia política de excepción, la más injusta: jefe de Estado, ministros, las más altas autoridades de los poderes públicos deferidos a una comisión informal sin mandato ni habilitación, fabricada *en caliente*, para juzgarlos tras el derrocamiento del régimen. La opinión pública conserva el recuerdo del final de Ceaucescu, que marcará por siempre la aparición del nuevo régimen.

14. Una de las fórmulas razonables consiste en deferir a los personajes incriminados ante parlamentarios regularmente electos, al cabo de un procedimiento largo y complejo dirigido por magistrados del orden judicial que no han sido designados para la circunstancia. Tal es el sistema de la doble justicia *judicial-constitucional*, prevista por la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, modificada por una ley constitucional el 27 de julio de 1993 (*Code constitutionnel*, 2001, 2ª edición, Litec, presentado, comentado y anotado por Thierry S. Renoux y Michel de Villiers, con el concurso de Th. Béranger, E. Gherardi y Jorge Mendes Constante, págs. 620, 1385 y 1386):

-la Alta Corte de Justicia, título IX, arts. 67 y 68, competente para juzgar al Presidente de la República,

-la Corte de Justicia de la República, título X, arts. 68-1 y 68-2, competente para juzgar a los miembros del gobierno.

Los miembros del gobierno son penalmente responsables de crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. El Presidente de la República es responsable de actos de alta traición cumplidos en el ejercicio de sus funciones[3].

La noción de alta traición nunca ha sido definida por el poder constituyente, ni por el legislador constitucional, pero un mínimo de sentido común impediría a cualquier jurista o a cualquier ciudadano desprovisto de formación jurídica, cometer un error de apreciación en presencia de un caso de alta traición: orden de proceder al arresto de parlamentarios de la oposición; negociaciones abiertas o secretas con una tropa u organización armada introducida desde el exterior o surgida en el territorio; apoyo a milicias privadas paramilitares; abandono del cargo fuera de casos de fuerza mayor, que implique la interrupción del funcionamiento de los poderes públicos.

Habiendo sido planteado el problema de determinar si el Presidente de la República podría ser convocado y escuchado en calidad de testigo por un juez fuera de las condi-

---

1. *La Cour Suprême de Justice et la Constitución vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Universidad Panthéon-Assas París II, enero de 2001. El Profesor BREWER-CARÍAS, que honramos aquí, formó parte del jurado de la tesis.

2. Es decir, en tribunales especiales encargados de juzgar lu responsabilidad penal de las más altas autoridades estatales.

3. En Francia, ha sido tradicionalmente considerado que la responsabilidad del Presidente de la República y de los miembros del gobierno ante jurisdicciones especiales se limita, en el primer caso, a la alta traición y, en el segundo, a los crímenes y delitos cometidos en ejercicio de sus funciones; pero que, hechos punibles que no revistan el carácter de alta traición, en el caso del Jefe de Estado o, que no estén ligados al ejercicio de funciones públicas, deben ser juzgados y sancionados por la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, el Consejo Constitucional, mediante decisión dictada el 22 de enero de 1999 (98-408DC), declaró que, durante el ejercicio de sus funciones, el Presidente de la República sólo puede ser juzgado ante la Alta Corte de Justicia por alta traición, gozando de inmunidad respecto de los hechos punibles que pudiera cometer durante ese período.

ciones previstas por las disposiciones del artículo 68 de la Constitución francesa, una de las últimas intervenciones del Decano Georges Vedel demostró, en alta e inteligible voz, que esa situación no tenía razón de ser, siendo el *mandato presidencial* y no la persona o el titular lo que debe ser salvaguardado durante el ejercicio de sus funciones.

15. Otra fórmula razonable, es la hipótesis bien conocida del procedimiento del *impeachment* brevemente regulado en el artículo II, sección IV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Acusado por mayoría simple de la Cámara de Representantes, el Presidente es juzgado y eventualmente destituido por el Senado, presidido por el Presidente de la Corte Suprema, por el voto de los dos tercios de los senadores en sesión. Recordemos que el Presidente Nixon prefirió ofrecer su dimisión en 1974 antes de la terminación del procedimiento y, que el inquisidor especial, el Fiscal Starr, no logró convencer a un número suficiente de senadores de examinar, en 1999, el caso del Presidente Clinton, cuyo mandato culminó, si no en apoteosis, al menos como si el *acusador independiente* no hubiera existido jamás.

16. El juez constitucional aparece como el garante del orden constitucional ante la intromisión de lo político.

¿Qué límites establecer a las atribuciones del juez constitucional?

No ha sido demostrado, a nuestro modo de ver, ni en teoría jurídica ni por la reciente evolución de la vida de las instituciones, que se haya llegado a construir un sistema de independencia perfecta de la jurisdicción constitucional; pero es ciertamente transformando al juez constitucional en juez *penal-político* o *político-penal* que se da el más fatal golpe a la separación de la política y del orden constitucional.

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?

José Vicente Haro
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El método de control difuso de la constitucionalidad es actualmente uno de los principales métodos de justicia constitucional en derecho comparado.

El control difuso tiene orígenes en Atenas y más recientemente en el derecho inglés. Cobró auge en los Estados Unidos de América y en el mundo a partir de la célebre sentencia recaída en el caso *Marbury vs. Madison* dictada por la Corte Suprema de Justicia de ese país en 1803[1].

En Venezuela el control difuso de la constitucionalidad encontró base constitucional desde la Constitución de 1811 que consagró una cláusula de supremacía constitucional[2], en la cual se ha fundamentado la doctrina venezolana para señalar que ya desde entonces existía, al menos en teoría, un control difuso de la constitucionalidad[3].

---

1. Se ha identificado como antecedente importante de esa decisión, la sentencia dictada por esa misma Corte Suprema en 1795 por el Juez PATERSON, Willian, en el caso *Vanhorne's Lessec vs. Dorrance*. *V.*, al respecto, BREWER-CARÍAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1995, p. 19.

2. Esa garantía fue consagrada en el artículo 227 de la Constitución de 1811, que rezaba: "La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias estarán obligados a obedecerías y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieran contra el tenor de ella no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción". *V.*, al respecto BREWER-CARÍAS, Allan, *Las Constituciones de Venezuela*, Recopilación. Universidad Católica del Táchira, Instituto de Estudios de Administración Local y Centro de Estudios Constitucionales, San Cristóbal 1985, pp.. 18 y 203; BREWER-CARÍAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. *ob. cit.*, p. 10, haciendo referencia a LA ROCHE, Humberto, *La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá 1984. Publicado en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1984, pp. 503 y ss.

3. Al respecto, vale traer a colación los comentarios que el profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, hace al artículo 227 de la Constitución de 1811. El referido autor señala: "La cláusula en cuestión es casi una copia literal de la cláusula de supremacía norteamericana de la sección segunda del art. 6, bien que con una novedad importante: el precepto transcrito no sólo establece la garantía de la supremacía constitucional, sino también su consecuencia, es decir, la nulidad de toda ley que contradijera las previsiones constitucionales. Si a ello se une el hecho de que el Poder Judicial de la Confederación era habilitado por el art. 115 de la norma constitucional (de 1.811) para conocer de *todos los asuntos contenciosos civiles o criminales que se deriven del contenido de esta Constitución*, asumiendo la Corte Suprema (art. 116) competencias por apelación, se puede comprender que haya autores que han entendido como evidente, que desde 1.811 los jueces venezolanos se hallaban facultados para

Ese mecanismo de control, años después, encontró consagración legal expresa en el Código de Procedimiento Civil de 1897, cuyo artículo 10 señalaba lo siguiente: "Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia"[4]. Con la misma redacción se mantuvo en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil de 1987. Además, fue consagrado en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, de la siguiente manera: "Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional".

En la Constitución de 1999 el control difuso de la constitucionalidad fue elevado a rango constitucional y se consagró en su Título VIII referido a la Protección de la Constitución, con la siguiente redacción:

> *Artículo 334*. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.
>
> En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Ahora bien, no obstante la tradición que tiene el control difuso en nuestro sistema de justicia constitucional, aún hay aspectos de él que no se han estudiado suficientemente o simplemente se dan por evidentes o superados.

Por ello, nos referiremos a modo de reflexión sobre el tema, al sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad.

Para precisar nuestro análisis lo presentaremos a modo de pregunta: ¿es el control difuso un control de la constitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso concreto o, por el contrario, un control de la constitucionalidad de la ley que se debe aplicar a un caso concreto aunque examinada en abstracto con la Constitución? En otras palabras, es el control difuso ¿control abstracto o control concreto?

Para desarrollar este planteamiento expondremos algunas notas sobre la supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad (i), y posteriormente haremos referencia al sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad (ii).

En todo caso, este análisis -que debe considerarse un ensayo-, constituye una primera reflexión que realizaremos sobre el tema, motivo por el cual no pretendemos exponer conclusiones definitivas ni creemos que debe entenderse agotada la materia, por el contrario, nos proponemos llamar la atención sobre un tema que se debe seguir desarrollando en la doctrina y la jurisprudencia.

---

declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, mientras que otros han considerado, que con la Constitución de 1.811 se inicia un período de *control implícito* de la constitucionalidad por parte de los jueces". FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales. Su génesis en el siglo pasado", Estudio publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Medellín 1997. Primera Edición, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, Asociación Costarricense de Derecho Constitucional y Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires 1996. p. 58.

4. BREWER-CARÍAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. *ob. cit.*, pp. 10 y 11.

II. BREVES NOTAS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La justicia constitucional en todo Estado de Derecho modernamente se sostiene sobre el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

Al explicar dicho principio la doctrina señala que la Constitución es la norma de mayor jerarquía que "por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad"[5], siendo así, la Constitución sólo consigue su vigencia a través de su *fuerza normativa* o su capacidad de operar en la vida histórica de forma determinante o reguladora[6]. Por ello, dado su carácter normativo, la Constitución sólo puede tener completa eficacia en la medida en que sea garantizada jurisdiccionalmente[7].

A la garantía jurisdiccional o *defensa* de la Constitución se le ha denominado *control jurisdiccional de la constitucionalidad* y tiene por objeto, básicamente, controlar la constitucionalidad de las leyes y otros actos dictados por los Poderes Públicos de igual jerarquía, así como proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, ese control *jurisdiccional* debe ser ejercido por un órgano jurisdiccional o un conjunto de órganos con esa misma naturaleza[8].

En derecho comparado se reconocían en el plano teórico fundamentalmente dos grandes sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad, el sistema de control difuso o americano, por un lado, y el sistema de control concentrado o europeo, por el otro. No obstante, en doctrina, tales sistemas actualmente han dado origen a otros sistemas en derecho comparado que implican, según el caso, un acercamiento o una mezcla entre dichos modelos[9].

---

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1994, p. 48.

6. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 26.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, ob. cit.*, p. 176.

8. El carácter jurisdiccional del órgano de control de la constitucionalidad será una de las implicaciones más importantes de la sentencia *Marbury vs. Madison* y uno sus aportes al constitucionalismo moderno. Será también el estandarte de Hans KELSEN en el modelo de control de la constitucionalidad que propuso para la Constitución Austríaca de 1920 y en su tesis: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Berlín 1931. Sobre los intríngulis del caso *Marbury vs. Madison* puede consultarse *The Oxford Guide to The United States Supreme Court Decisions*, 1999, Editado por Kermit L. Hall, Oxford University Press, pp. 173-175. Así como MCCLOSKEY, Robert, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1994, pp. 25 y ss.

9. Actualmente en doctrina autores como FROMONT, Michel; JEAN, Marcou; RUBIO LLORENTE, Francisco; PEGORARO, Lucio y MARÍN, José Angel, señalan que las nuevas tendencias de la justicia constitucional en Europa, Estados Unidos y en el mundo en general, evidencian un acercamiento entre el control difuso y el control concentrado. En efecto, en derecho comparado ya no encontramos en forma absoluta y totalmente contrapuesta los dos sistemas clásicos de control de la constitucionalidad, ahora los comparatistas reconocen un tercer y hasta un cuarto modelo o sistema de control de la constitucionalidad. El profesor de la Universidad de Bolonia, Lucio PEGORARO, sugiere que un tercer modelo sería el presente en Alemania, España e Italia, países en donde existe un Tribunal o Corte Constitucional según el caso, pero que poseen un mecanismo incidental de control de la constitucionalidad que opera cuando un juez en el curso de un proceso cualquiera considera inconstitucional una ley de cuya validez depende la decisión final del caso, en virtud de lo cual el proceso es suspendido y la "cuestión de inconstitucionalidad" de la ley es planteada ante el Tribunal o Corte Constitucional, encargada de adoptar la decisión final. Un cuarto modelo sería, para el referido autor, el que existe en países como Portugal, Grecia, Rusia, Estonia y en países latinoamericanos como Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela, entre otros, a los cuales habría que agregar el caso de algunos países africanos con recientes sistemas democráticos. En esos países, coexisten los sistemas *difuso* y *concentrado* de control de la constitucionalidad, pero ya no se trata de un acercamiento

Se ha señalado que la supremacía normativa de la Constitución es una creación del constitucionalismo norteamericano que encuentra antecedentes históricos en Inglaterra, no obstante, cabe resaltar que ya en 1966 Cappelletti aclaraba que la supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad tienen antecedentes en el derecho ateniense.

Al respecto, Cappelletti indicó que en Atenas "se distinguía entre el *nomos*, o sea la ley en sentido estricto, y el *pséfisma*, o sea, para usar un vocablo moderno, el decreto. En realidad, los *nomoi*, o sea las leyes, tenían un carácter que, bajo ciertos aspectos, se podría aproximar a las modernas leyes constitucionales no sólo porque se referían a la organización del Estado, sino además, porque las modificaciones de esas leyes (*nomoi*) vigentes, no podían ser realizadas sino mediante un procedimiento especial, que poseía características que sin duda pueden sugerir en el pensamiento del jurista contemporáneo, la idea de un procedimiento de *revisión constitucional*. (…) constituía un principio fundamental el de que el decreto, cualquiera que fuese su contenido, debía ser *legal*, tanto en su forma como en la sustancia. O sea, como lo diríamos los juristas modernos, debía ser *constitucional*, es decir, no podía estar en contraste con los *nomoi* vigentes, con las leyes constitucionales en vigor. (…) es posible concluir, que se producía, además, la invalidez del decreto contrario a la ley, de acuerdo con el principio afirmado en un pasaje de *Demóstenes*, según el cual, el *nómos*, cuando se encontraba en contraste con el *pséfisma*, prevalecía sobre éste. Los jueces atenienses, aún habiéndose obligado por juramento solemne a juzgar (según las leyes y según los decretos), no estaban obligados a decidir de acuerdo con los *psefísmata*, si éstos se encontraban en contraste con los *nomoi*".

El principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución y el control difuso de la constitucionalidad encuentran antecedentes más recientes en el derecho inglés, en la decisión del Juez *Coke*, *Bonham's case*, que introduce la doctrina del *fundamental law* o *higher law*, tributaria de la concepción del derecho natural como superior al derecho positivo e inderogable por éste, que superponía ese derecho natural o fundamental, a las leyes positivas del Parlamento Inglés, todo lo cual permitía a los jueces ingleses controlar las leyes del Parlamento y declararlas nulas de ser necesario.

Los principios de ese *fundamental law* fueron utilizados por los colonos americanos para proclamar su derecho a rebelión y para reclamar ciertas garantías fundamentales. Esos principios serían finalmente plasmados por escrito en la Constitución de 1787, cuyas disposiciones se harían efectivas y obligatorias para los jueces americanos a través de la doctrina según la cual los jueces tenían una *vinculación más fuerte* con la Constitución que con las leyes, doctrina proclamada por Alexander Hamilton en *The Federalist* y que sería instrumentada y perfeccionada finalmente por el principio de la *judicial review* consolidado por el Juez Marshall en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, sentenciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1803[10].

Al respecto, señalaba Hamilton en *El Federalista* que "La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de

---

entre los dos sistemas clásicos de control, a diferencia de lo que ocurre en los países que forman parte del tercer modelo (Alemania, España e Italia), sino de una verdadera *fusión* entre esos dos sistemas. *V.*, HARO, José Vicente, "La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional* nº 1, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 135 y ss.

10. Véase al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. *ob. cit.*, p. 50-55. También, FROMONT, Michel, *La justice constitucionalle dans le monde*, Dalloz 1996, p. 7-11.

hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios"[11].

Aunado a lo anterior, explicó Hamilton:

> Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.
>
> El ejercicio del arbitrio judicial, al decidir entre dos leyes contradictorias, se ilustra con un caso familiar. Sucede con frecuencia que coexisten dos leyes que se oponen en todo o en parte, ninguna de las cuales contiene una disposición o expresión derogatoria. En semejante caso les corresponde a los tribunales esclarecer y fijar su significado y su alcance. Si es posible que una interpretación razonable las concuerde y armonice, la razón y el derecho aconsejan de consumo que así se haga; pero si ello es impracticable, se impone la necesidad de aplicar una con exclusión de la otra. La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior. Pero se trata de una simple regla de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón. Esta regla no está impuesta a los tribunales por alguna disposición legislativa, sino que ha sido adoptada por ellos, considerándola conforme a la verdad y la utilidad, con el objeto de normar su conducta en su calidad de intérpretes de las leyes. Les pareció razonable que entre dos actos incompatibles de una autoridad *igual* gozase de primacía la que representaba la última irradiación de su voluntad.
>
> Sin embargo, por lo que hace a los actos incompatibles de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado, la naturaleza de las cosas y la razón indican que se debe seguir la regla inversa. Nos enseñan que el primer acto de un superior debe ser preferido al acto subsecuente de una autoridad inferior y subordinada, y que, consiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera[12].

De ese modo explicó Hamilton la teoría de la *revisión judicial* que luego sería adoptada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la mencionada decisión *Marbury vs. Madison*, con la cual se suele bautizar el nacimiento del control difuso de la constitucionalidad.

En una de las descripciones más claras que se ha realizado sobre el control difuso de la constitucionalidad el autor italiano Mauro Cappelletti señaló que "cuando se habla de control *difuso* de la constitucionalidad, se pretende significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país"[13].

Cappelletti ilustró con extraordinaria simplicidad la forma en que funciona el control difuso así: "se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es

11. HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY J., *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México 1998, pp. 332.
12. *Idem*.
13. CAPELLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. *ob. cit.*, p. 37.

aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *Lex posterior derogat legi priori; Lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es *rígida*, más bien que *flexible*, prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento, es decir, en la terminología alemana, las *Gesetze* (Leyes) prevalecen sobre los *Verordnungen* (reglamentos); *ergo*, se concluye, que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, debe desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda"[14].

El referido autor señaló además el control difuso está "dirigido a resolver el problema de la inconstitucionalidad de las leyes, dentro de la esfera de la *interpretación* de las leyes mismas, al sostener que siendo la norma constitucional *más fuerte* que la ordinaria, el juez, al decidir un caso en el cual tuviere relevancia una disposición que considere contraria a la Ley Suprema, debía *interpretar el derecho* de modo de que diera preferencia a la norma constitucional y no a la que fuese contraria a la Carta Fundamental, lo que se traducía, no en una *invasión* del juez en la esfera del poder legislativo, sino en una *simple desaplicación* de la ley en ese caso concreto".

Así planteado, el control difuso de la constitucionalidad es un problema de interpretación de la ley que se fundamenta en el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, que lleva a un juez a desaplicar una ley que en principio debe aplicar a un caso concreto, para aplicar preferentemente la Constitución.

Para Cappelletti la coherencia y simplicidad del razonamiento que fundamenta el control difuso llegan al extremo que quien no haya profundizado en esta materia podría preguntarse por qué extraña razón la Constitución austríaca de 1920 prefirió, por el contrario, un sistema *concentrado* de control de la constitucionalidad de las leyes.

En definitiva, concluye el citado autor, que todos los órganos judiciales, inferiores y superiores, federales y locales, poseen, el poder-deber de desaplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento y aplicar preferentemente la Constitución[15].

En la doctrina venezolana Allan Brewer al analizar la *racionalidad* del control difuso de la constitucionalidad, ha concluido lo siguiente:

> Todos los jueces tienen el poder y el deber de aplicar la Constitución, y en consecuencia, a dar preferencia a la Constitución, sobre las leyes que la violen, y a declararlas inconstitucionales e inaplicables en los casos concretos de los cuales conocen.
>
> El poder-deber de los jueces de considerar una ley inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, sólo puede ser ejercido en un proceso particular, iniciado a instancia de parte, donde la cuestión constitucional sólo es una cuestión incidental, y cuando su consideración es necesaria para resolver el caso.
>
> La decisión judicial relativa a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad en un proceso concreto puede ser adoptada de oficio por el Juez, pues es su deber el aplicar y respetar la supremacía de la Constitución.

14. CAPELLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. *Ob. cit*. p. 38.

15. CAPELLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. *ob. cit.*, p. 39.

> La decisión adoptada por los jueces sobre inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la Ley sólo tiene efectos *inter partes* en relación al caso concreto en el cual se adopta, y tiene efectos declarativos en el sentido que declara *ab initio* la nulidad de la Ley. Por ello, al declarar una ley inconstitucional e inaplicable, de hecho, la decisión tiene efectos *ex tunc* y *pro pretaerito* en el sentido que ellos son retroactivos al momento en que se promulgó la Ley, la cual es considerada como no habiendo producido efecto alguno en relación al caso concreto y a las partes que en él intervinieron.
>
> Por supuesto, esta lógica del método difuso de control de constitucionalidad no siempre es absoluta, y cada sistema legal ha desarrollado correctivos en relación a la posible desviación que cada uno de los aspectos de la racionalidad del sistema produce, en relación a la nulidad o anulabilidad del acto inconstitucional; al poder atribuido a todos los jueces o a un número limitado de tribunales para revisar la constitucionalidad; al carácter incidental del sistema; a la iniciativa de los jueces o a la necesidad de instancia de parte para plantear la cuestión constitucional; a los efectos *inter partes* o *erga omnes* de la decisión y a su carácter declarativo o constitutivo (Subrayado nuestro).

Como se podrá observar, la explicación de Brewer sobre la *racionalidad* del control difuso de la constitucionalidad es básicamente la misma que ofrece Mauro Cappelletti.

En este sentido, debe destacarse que Brewer concreta el control difuso de la constitucionalidad a la *aplicación* preferente de la Constitución cuando un juez considere inconstitucional una ley que debe aplicar a un caso concreto.

Con todo, las conclusiones de Cappelletti, por un lado, y de Brewer, por el otro, parecen no dejar duda alguna sobre el funcionamiento y la racionalidad del control difuso de la constitucionalidad.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La claridad con que la doctrina ha expuesto el modo de funcionamiento y la racionalidad del control difuso de la constitucionalidad, a veces parece no ser suficiente para precisar problemas que en la teoría no son tan fáciles de apreciar y que en la práctica suscitan nuevas reflexiones.

Prueba de ello son las conclusiones que se esbozaron en la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 5 de mayo de 1997, recaída en el caso *Pepsi Cola-Coca Cola (Medidas Cautelares)*, mediante la cual se desaplicó en ese caso concreto y en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En dicha decisión se pretendió exponer toda una teoría general del control difuso de la constitucionalidad con razonamientos que por la importancia y peculiaridad de los mismos nos permitimos citar *in extenso*:

> Pasa ahora la Corte analizar el alcance del control difuso, que en modo alguno puede asimilarse al concentrado, pues tal asimilación vaciaría al primero de ellos de su verdadera naturaleza. En efecto, en el control difuso de lo que se trata es de enjuiciar la aplicación de la norma, es decir, determinar si el caso de que se trata tal aplicación resulta violatoria de la Constitución.
>
> Debe pues establecerse una diferenciación entre el denominado control concentrado de la constitucionalidad, y el control difuso de la constitucionalidad. Ambos sistemas de orígenes distintos, tanto dogmática como históricamente.

El sistema de control concentrado tiene su origen histórico, e igualmente dogmático, en la obra jurídica de Hans Kelsen, quien no sólo ideó tal sistema, sino que lo llevó a los hechos en la constitución austriaca de 1920, expandiéndose el mismo por toda la Europa continental durante el transcurso del presente siglo. El sistema concentrado tiene por finalidad la armonización del ordenamiento jurídico abstracto con la Norma Suprema. En éste sentido, una ley determinada, no puede ser juzgada conforme a la constitución ó a la inversa, contraria a la misma, por el órgano que ejerza el control concentrado (Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, Sala Constitucional, etc..), dependiendo de los casos concretos: la norma, sencillamente, es constitucional ó no lo es. El análisis, en éste sentido, ha de ser como lo ha señalado el constitucionalista venezolano Humberto J. La Roche: ¨...confrontar dicha norma o dicha ley con la Constitución; poner al lado de la otra, y ver si hay compatibilidad o no, si hay incongruencia declarar la inconstitucionalidad, si no la hay, entonces se abstendrá (el juez) de hacerlo¨. (La Roche Humberto, Técnicas del Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado, en : El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela. UCV, Caracas, 1979, p.48)".

Además, señaló la referida sentencia, lo siguiente:

El control difuso de la constitucionalidad, contrariamente, funciona de distinta manera. Es de advertir que la excesiva y endémica influencia del positivismo kelseniano en nuestra doctrina, ha llevado a pensar a algunos que el análisis que el juez debe hacer al aplicar el control difuso es similar al que se realiza en el control concentrado: es decir, confrontar abstractamente la norma cuestionada con la Constitución y, de resultar disconforme con ésta, desaplicarla en el caso concreto, pero sin que resulte necesario, para resolver la cuestión, analizar el caso concreto.

Ello tiene su origen en una concepción de la función jurisdiccional que la representa como un mero ejercicio silogístico y del ordenamiento jurídico como un sistema perfecto. La doctrina jurídica más moderna ha abandonado definitivamente tales concepciones anticuadas. Por una parte, el ordenamiento jurídico no es un sistema rígido, sino algo viviente: de manera especialmente lúcida lo expone la doctrina europea desde Santi Romano. Por otra parte, la función jurisdiccional no viene a ser un ejercicio silogístico de aplicación de un sistema perfecto a casos concretos.

La doctrina alemana, especialmente desde Viehweg, ha puesto de manifiesto que lo fundamental en la solución jurisprudencial es la resolución del problema planteado en la litis, y en éste sentido, el ordenamiento ha de aplicarse en miras a la justa resolución de dicho problema. Es entonces que, en determinadas circunstancias, la aplicación de una norma puede resultar injusta, pues resuelve el problema jurisprudencial de modo manifiestamente inicuo; y ello haría que la aplicación de dicha norma a ese determinado caso (no la norma in abstracto) resulte inconstitucional. Es el problema pues el que determina el análisis jurisprudencial.

Al respecto, señala el citado autor lo siguiente:

Es necesario reconocer que el problema es algo beneficioso, que actúa siempre como guía. Cuando uno piensa dentro de un sistema expreso no puede profundizar. Nicolai Hartman ha descrito de una manera muy gráfica la contraposición que existe entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. Sin embargo, no es posible desconocer que entre problema y sistema existe una serie de conexiones, a las que es necesario aludir con algún detalle.

Para nuestro fin puede llamarse problema -esta definición basta- a toda cuestión que aparentemente permite mas de una repuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución'. (Vieheg, Theodor, Tópica y Jurisprudencia. Madrid, 1964, p. 50).

Con fundamento en tales razonamientos la referida decisión afirmó luego lo siguiente:

Es esto lo que ocurre en toda litis, y no otra cosa viene a ser la composición de la litis que la resolución del problema concreto suscitado. La ley viene a ser, entonces, un auxiliar del juez en la resolución del caso, en su función de decir el derecho (juris-dictio). En virtud de ello, el control difuso, como se ejerce en el acto jurisprudencial, analiza la constitucionalidad *de la aplicación al*

caso concreto de la ley, y no de la ley *in abstracto* (aun cuando resulte obvio que si la ley en sí misma es inconstitucional, también lo será su aplicación a cualquier caso concreto, de allí la necesidad de expulsarla del ordenamiento mediante el control concentrado).

Sobre este aspecto, también se pronuncia La Roche, en los siguientes términos:

> 'La limitación consiste en que el Poder Judicial debe ejercerse dentro de las fronteras de un caso concreto o controversia, excluye el control de la constitucionalidad de las cuestiones abstractas referentes a la validez de actos legislativos.
>
> ¿Qué quiere significar la Constitución de los Estados Unidos cuando confiere esta potestad sobre el derecho de determinar solamente casos y controversias? En 'Muskrat v. United States', la Corte Suprema Americana (sic) expresa: 'por casos y controversias se entienden los alegatos que las partes traen ante los Tribunales para su determinación mediante los procedimientos regulares tal cual como se establecen en la ley o costumbre para la protección o aplicación de derechos, o la prevención, reparación o castigo de los hechos punibles'
>
> En opinión de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela dictada en el año de 1961 se expresa lo siguiente: 'La función asignada a la Corte por la Ley Orgánica del Poder Judicial se limita a la comprensión, propósito y aplicación de dicha Ley en los casos concretos que se pueden presentar, lo cual significa que la Corte no puede dar una opinión en un sentido general acerca de la compresión e interpretación de dicha Ley' (La Roche, Humberto, *El control de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos.* Maracaibo, 1972, pp. 73-74)'.
>
> La jurisprudencia citada, se refiere al artículo 147 de la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1956, consagratorio de una potestad hermenéutica por parte de la Corte Suprema de Justicia, en orden a la *aplicación* de dicha Ley (tal potestad continúa vigente en la actual Ley Orgánica del Poder Judicial). Sus afirmaciones, sin embargo, pueden ser perfectamente aplicadas al control difuso, en tanto el mismo opera en orden a la determinación de la constitucionalidad de *aplicación* de la ley (y no de la ley en sí) a un *caso concreto* (y no a todos los casos)".

Finalmente, concluyó la referida decisión señalando que:

> El artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, en este sentido, es más explícito: 'Cuando la ley vigente, cuya *aplicación* se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces *aplicarán* ésta con preferencia' (Subrayado de la Corte), se trata, pues, de un problema de la *aplicación* al caso concreto del ordenamiento jurídico.
>
> Por lo demás, debe recalcarse que el control difuso de la constitucionalidad no es sino una consecuencia lógica del principio de la supremacía y aplicación inmediata de la Constitución. En países como el nuestro, donde la Constitución tiene un carácter normativo y no programático, resulta apodíctica la conclusión de que el juez puede aplicar siempre la Constitución para resolver un caso concreto, incluso por en cima de la ley; de otra manera ¿qué valor normativo pudiera atribuirse a la norma constitucional si ésta no pudiese ser aplicada directamente por el juez, órgano que ejerce la función de decir el derecho?

Con base en los razonamientos antes citados, la referida decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo llegó a la conclusión de que el control difuso de la constitucionalidad consiste en el análisis o examen de la constitucionalidad de la *aplicación* de una norma a un caso concreto, y no de la constitucionalidad de la norma analizada *in abstracto*, a fin de aplicarla o desaplicarla en un caso concreto.

Al respecto, debe distinguirse entre la norma o ley involucrada en ese caso concreto y el acto mismo de aplicación de dicha norma o ley, cuya constitucionalidad debe analizarse por separado.

Para la referida decisión, el control difuso de la constitucionalidad sólo podría examinar la constitucionalidad de la *aplicación* de la norma o ley al caso concreto, siendo que la constitucionalidad de esa norma o ley (considerada en sí misma *in abstracto*), sólo

podría ser objeto del control concentrado de la constitucionalidad, el cual, actualmente en Venezuela es ejercido por la Sala Constitucional a tenor de lo establecido en los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución.

En definitiva, la citada sentencia consideró que el control difuso de la constitucionalidad funciona como un mecanismo de control concreto y no como un mecanismo de control abstracto.

Ahora bien, lo anterior pareciera contrastar con la *lógica* explicada por Cappelletti, o la *racionalidad* expuesta por Brewer, con que funciona el control difuso de la constitucionalidad en derecho comparado.

En efecto, como señalaba Cappelletti, el control difuso de la constitucionalidad se concreta en una labor de interpretación jurídica que en definitiva trata de establecer la vigencia o validez de una norma a los efectos de su aplicación o no en caso concreto. Esa vigencia o validez de las leyes se determina al contrastar éstas con las normas constitucionales, las cuales, por su supremacía y fuerza normativa deben prevalecer y son de aplicación preferente, dejando sin efecto aquellas disposiciones de inferior rango que la contradigan. Con todo, el control difuso de la constitucionalidad consiste en un problema de interpretación de la ley que necesariamente lleva a su análisis *in abstracto* con la Constitución,

Podría entonces afirmarse que la citada sentencia si bien hace un esfuerzo por replantear la teoría sobre el control difuso de la constitucionalidad, se aparta de los principios fundamentales que lo informan al punto de desnaturalizar su verdadero sentido y alcance. No obstante, debe reconocerse que es interesante la reflexión que se puede originar a partir del análisis que esa sentencia expone.

En efecto, si bien el control difuso funciona como un mecanismo para resolver un problema de interpretación y, más concretamente, de constitucionalidad de una ley que en principio debe aplicarse a un caso concreto, nada obsta para que se incluya dentro de su objeto, el control de la constitucionalidad de la aplicación de esa ley, ya que en la práctica pueden existir situaciones en las cuales una norma analizada o examinada *in abstracto* sea constitucional, pero *aplicada* a un caso concreto sea contraria al Texto Fundamental.

En otras palabras, pueden presentarse situaciones en las que una norma contenida en una ley analizada *in abstracto* a la luz de la Constitución, debe aplicarse a un caso concreto porque no contraviene el Texto Fundamental, pero al realizar esa aplicación a determinados supuestos de hecho o situaciones jurídicas (por ej. a un determinado grupo de personas o a una categoría concreta de sujetos), dicha aplicación puede resultar inconstitucional.

Pero este problema, como lo ha demostrado la jurisprudencia comparada, no sólo se puede presentar en el campo del control difuso sino también en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, en cuyo terreno también pueden encontrarse normas que analizadas *in abstracto* a la luz de la Constitución, sean constitucionales, pero, aplicadas a determinadas categorías de sujetos o supuestos de hecho, resulten inconstitucionales.

En ese caso, el *lev motiv* del problema no está propiamente en el mecanismo de control de la constitucionalidad que se utilice, es decir, no se trata específicamente de como funciona o como no funciona el control de la constitucionalidad, sea éste difuso o concentrado, sino más bien, de los efectos de la norma.

Ciertamente, los efectos de la norma pueden ser de tal entidad que se produzcan unos efectos inconstitucionales para una determinada categoría de personas y, con respecto a otra categoría, no resulten inconstitucionales. Esto lógicamente, no se puede determinar *in abstracto*, antes bien, será necesario singularizar la norma en un acto de aplicación para verificar sus efectos concretos sobre la persona o categoría de personas sobre las cuales recaería tal aplicación. Ello puede variar dependiendo incluso de la situación de hecho en que se encuentren las personas incluidas dentro de esa categoría.

Al respecto, debe señalarse que en el control concentrado de la constitucionalidad uno de los elementos más importantes a la hora de determinar los efectos de una sentencia que establezca la inconstitucionalidad de una norma, es precisamente la naturaleza o efectos de esta última, pues, pueden darse casos en los que en lugar de una anulación total y absoluta de la norma, sea necesaria lo que se ha llamado una *anulación parcial cualitativa*.

Como señala Favoreau, haciendo referencia a los efectos de algunas decisiones del Tribunal Constitucional Alemán, los llamados fallos de *anulación parcial cualitativa* consisten, sin amputar el texto, en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a determinada situación[16].

El referido autor cita como ejemplo, una legislación que el Tribunal Constitucional Alemán declaró nula en lo relativo a los taxis y los coches de alquiler, pero que sigue vigente para los demás medios de transporte.

A los fines del presente análisis podríamos elaborar un ejemplo a partir de la referida jurisprudencia alemana que puede ayudarnos a captar con más claridad el asunto planteado. Supóngase que el Cabildo Metropolitano de la Ciudad de Caracas decide aprobar una ordenanza sobre transporte en la cual se establece un día de parada obligatorio a la semana para todos vehículos que circulen en Caracas a fin de evitar el gran congestionamiento de las vías de transporte terrestre de la ciudad.

Supóngase además que no obstante lo justificado de la medida y de la restricción al libre transito que ella implica para los vehículos, las personas que poseen o conducen taxis, transporte de carga y de alquiler, solicitan en un juicio concreto en el cual están recurriendo una multa que les fue impuesta por incumplir con el día de parada, la desaplicación de tal ordenanza por violar sus derechos al trabajo y a la libre empresa.

En ese caso, podría argumentarse que efectivamente la ordenanza que consagra el día de parada, *in abstracto*, no es contraria a la Constitución, pero aplicada a una situación jurídica concreta o a una categoría determinada de sujetos, esto es, a las personas que poseen o conducen taxis, transporte de carga y de alquiler, resulta violatoria de sus derechos constitucionales.

Así, los efectos de las normas que en algunos casos pueden ser de carácter *bipolar* o *multipolar*, utilizando un término que se maneja en otro contexto, en el sentido de que esos efectos pueden tener diferentes polos de concreción y cuya aplicación puede derivar, según el caso, en su inconstitucionalidad o no, es lo que determinaría en definitiva el resultado del control de la constitucionalidad que se ejerza.

En el control difuso la situación se presenta de manera aún más problemática ya que, por el carácter incidental y concreto que tiene, puede llegarse a confundir -como sucedió en la sentencia de la Corte Primera que hemos comentado-, la labor interpretativa que necesariamente debe hacer el juez al aplicar una norma -y que fundamenta ese con-

16. FAVOREAU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona 1993, pp. 77 y 78.

trol-, con los efectos concretos que la aplicación de esa norma puede tener respecto a determinada categoría de personas o situación jurídica.

Por ello consideramos que se debe reconocer el alcance del control difuso para controlar ese tipo de aplicaciones concretas de la ley, pero creemos que no se puede desconocer la verdadera función y sentido que tiene ese control (abstracto) para reducirlo únicamente a tópicos de aplicación concreta.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad desde sus orígenes ha implicado la interpretación, el análisis o el examen de la constitucionalidad de una ley que se debe aplicar a un caso concreto, analizada *in abstracto* con la Constitución, en virtud del cual el juez decide no aplicar dicha ley a ese caso concreto para, en su lugar, aplicar preferentemente la Constitución.

No obstante, podemos encontrarnos en situaciones en las que una norma contenida en una ley analizada *in abstracto* a la luz de la Constitución, debe aplicarse a un caso concreto porque no contraviene el Texto Fundamental, pero al realizar esa aplicación a determinados supuestos de hecho o situaciones jurídicas (por ej. a un determinado grupo de personas o a una categoría concreta de sujetos), dicha aplicación puede resultar inconstitucional.

Siendo así, somos de la opinión de que en ese tipo de casos el control difuso de la constitucionalidad puede ser un mecanismo susceptible de controlar la constitucionalidad de la *aplicación* de la ley a un caso concreto y no sólo la constitucionalidad de dicha norma, examinada *in abstracto*, con el Texto Fundamental.

En otras palabras, el control difuso de la constitucionalidad es un mecanismo de control abstracto pero también puede funcionar como un mecanismo de control concreto.

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA*

Jose F. Palomino Manchego
Profesor de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos de Lima, Perú

Al Prof. Allan R. Brewer-Carías, con ocasión de sus 40 años de vida profesional, y con la esperanza que siga iluminando con sus enseñanzas al Derecho Constitucional Latinoamericano.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Deseo agradecer, en primer término, la cordial invitación del profesor Lucio Pegoraro, y por cierto, sus palabras de presentación por permitirnos compartir con los colegas italianos algunas ideas acerca de los inicios del control constitucional concentrado en América Latina. A propósito, en Italia, el control constitucional es modélico. Además, la labor y sólida jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, es seguida con atención y detenimiento en el Derecho Constitucional Comparado. En tal sentido, la *Corte* constituye un referente obligado al momento de analizar los orígenes de los Tribunales Constitucionales en América Latina, como lo demostraré a continuación. Parece, asimismo, que en las actuales circunstancias la reforma constitucional viene tomando cuerpo en Italia, cuya Constitución que data de 1947, será puesta al día[1].

Ahora bien, el propósito de la presente exposición consiste en describir las características más notables que han presentado en sus orígenes los Tribunales Constitucionales en los diversos ordenamientos jurídicos de América Latina. De su propio contenido se podrá advertir, en primer término, que, desde la década de los años 40, el tema del control constitucional concentrado ha sido, en mayor grado, la preferencia que se optó en pleno siglo XX en algunas constituciones latinoamericanas, claro está, con peculiaridades que no se ven en los Tribunales Constitucionales europeos, a diferencia del siglo XIX donde el control de revisión judicial (EE.UU) y el político empezaban a tomar cuerpo. En segundo orden, destaca el tema de la protección procesal de los derechos constitucionales, a través de dos instrumentos procesales: el Habeas Corpus y el Amparo.

---

* Texto de la conferencia sustentada el 2 de octubre de 2001, en los ambientes de la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna, en el encuentro de estudio titulado *Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriale, alla giustizia costituzionale e alla protezione dei diritti*, que programó el profesor PEGORARO, Lucio. Participaron, además, los profesores GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, BLUME FORTINI, Ernesto y ETO CRUZ, Gerardo.

1. Al respecto, *V.*, ROLLA, Giancarlo, "Crónica sobre la reforma institucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, Madrid 1998, pp. 223-237.

Pero debo asimismo hacer constar que, a la fecha, el modelo concentrado ha tomado cuerpo en casi todos los países de América Latina, por citar, Perú[2] y Bolivia[3]. Con lo cual se demuestra que el modelo de revisión judicial o americano ha pasado a un segundo plano, destacando más bien su accionar en las Salas Constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas, como perfectamente las denomina Fix-Zamudio: *a)* El Salvador (1983, 1991), *b)* Costa Rica (1989), *c)* Paraguay (1992), *d)* Nicaragua (1995) y *e)* Venezuela (1999)[4].

II. LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Como antecedentes, hemos de significar que Colombia en más de una oportunidad ha intentado crear un Tribunal Constitucional con las características del modelo austríaco. La Constitución anterior data del 7 de agosto de 1886. Sin embargo, sufrió algunas reformas[5] tales como la efectuada, durante el período de gobierno del General Rafael Reyes, por la Asamblea Nacional Constitucional Constituyente y Legislativa de 1905, la reforma constitucional por acto legislativo Nº 3, la reforma de 1910 que establece un completo sistema de control constitucional, así como la reforma de 1936[6] la de 1945 por acto legislativo Nº 1 que diseña un Consejo de Estado con carácter de jurisdicción contencioso administrativo. De igual forma, la reforma constitucional plebiscitaria de 1° de diciembre de 1957, la reforma de 1968 donde resalta la creación de la Sala Constitucional, así también las propuestas realizadas en 1975 y 1977-1978 que dieron como resultado la reforma constitucional contenida en el acto legislativo Nº 1 de 1979.

Renglón aparte, de todas las reformas arriba señaladas, merece la de 1968 (Constitución, art. 214), reglamentada por el decreto Nº 432 de 1969, mediante la cual se creó una Sala Constitucional[7] que dependía de la Corte Suprema de Justicia integrada por

2. Una visión de conjunto se puede ver en EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires 2000.

3. Entre otros, *V.*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia*, Cuadernos cosntitucionales México-Centroamérica, México, D.F. 2000; y RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba 2001.

4. *V.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina", en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, D.F. 1995, pp. 59-74.

5. Para un estudio de las reformas, *V.*, HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1971, pp. 45-73.

6. En la presente reforma se introduce la acción popular de inconstitucionalidad en la que asume jurisdicción la Corte Suprema (Constitución, art. 214), reglamentado por la Ley nº 96. Mediante este procedimiento el máximo organismo declaraba la inconstitucionalidad de algún ordenamiento legislativo, diferenciándose así del clásico modelo americano mediante el cual los tribunales ordinarios sólo inaplican la norma cuestionada al caso concreto (*inter partes*). Tal mecanismo procesal, muy avanzado en su época, llevó a decir a Hernando AGUILAR ZULUAGA que: "fue Colombia el primer país del mundo que consagró constitucionalmente la jurisdicción constitucional". Tal afirmación se puede consultar en su ensayo: "La jurisdicción constitucional", en *Revista Estudios de Derecho*, vol. XVI, nº 50, Medellín 1956, p. 640.

7. El establecimiento de la Sala Constitucional se debe a la iniciativa de Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, Darío ECHANDÍA, entre otros integrantes del Senado, los mismos que lograron que se establezca la Corte Constitucional en una primera legislatura (1966-1967) pero que no prosperó en la segunda, quedando finalmente en pie la Sala Constitucional, por cuanto la Constitución en su artículo 218 estipula que para realizar la reforma constitucional se necesita la aprobación por dos legislaturas ordinarias. El gobierno de turno nombró una Comisión Revisora presidida por VÁSQUEZ VÉLEZ para objetar el denominado Proyecto Echandía. Hubo, como han sostenido algunos constitucionalistas, influencia política para apagar el funcionamiento de la Corte Constitucional. *Cf.*, HENAO

cuatro magistrados especialistas en Derecho Público. Su función consistió en: "dictaminar las cuestiones de constitucionalidad que se planteen en la misma Corte, particularmente, de la objeción de los proyectos de ley por parte del Gobierno, y de la *acción popular de exequibilidad*, otorgándose un plazo de treinta días a dicha Sala para formular la ponencia respectiva, la cual debe turnarse a la llamada Sala Plena de la Corte para que decida definitivamente en sesenta días"[8]. Luis Carlos Sáchica estima que representó un avance, por cuanto especializó y separó el estudio de los negocios constitucionales dentro de un Tribunal de Casación, pero que no fue solución satisfactoria para algunos, puesto que aun los proyectos de fallo de los especialistas quedaron mediatizados por la mayoría de los miembros de la Sala Plena, en la que se producen todas las decisiones sobre constitucionalidad[9]. Sin embargo, tal función en la Sala Constitucional no llenó las expectativas de los constitucionalistas, aun cuando no puede dejar de reconocerse que constituyó un antecedente capital y notorio para poder instaurar en Colombia una verdadera *jurisdicción constitucional*.

En el año de 1977, durante el gobierno de Alfonso López Michelsen se presentó una iniciativa de reforma constitucional contemplado en el acto legislativo Nº 2 para tratar algunos puntos, destacándose la insistencia de crear una Corte Constitucional. La posición fue definida por la Comisión Echandía. La Corte Suprema declaró inconstitucional la reforma de la Constitución mediante sentencia de 5 de mayo de 1978. Sin embargo, el proyecto de instaurar la Corte Constitucional, conjuntamente con otros proyectos, tales como los concernientes a la reforma del Congreso, de los estatutos de los partidos políticos y del Fiscal de la Nación, dieron origen a la reforma constitucional contenida en el acto legislativo Nº 1 de 1979 y que entró a regir el 20 de diciembre del mismo año, fecha de su promulgación[10]. Será en esa reforma donde se introduce una vez más la Sala Constitucional, sin que llegue a prosperar el nacimiento definitivo de la Corte Constitucional, a pesar de haber sido sustentada con elocuencia[11].

---

tucionalistas, influencia política para apagar el funcionamiento de la Corte Constitucional. *Cf.*, HENAO HIDRÓN, Javier, "La reforma constitucional de 1968", en *Revista Estudios de Derecho* nº 80, vol. 30, Medellín 1971, pp. 271 y ss.

8. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 111, México, D.F. 1978, pp. 678-679. Del mismo autor: "Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 35, México D.F. 1979, pp. 422-424.

9. *Cf.*, SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, 3ª edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1988, p. 128. En esa línea, la reforma constitucional de 1968 articuló un control constitucional "automático" a cargo de la Corte Suprema de Justicia respecto de todos los decretos que expidiera el Presidente de la República al amparo de los estados de excepción, los que debían remitirse a aquella inmediatamente después de dictados. *Cf.*, CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en el colectivo coordinado por GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid 1997, p. 473.

10. *V.*, el libro *El control político del Congreso sobre el Ejecutivo en la reforma de 1979*, Universidad Javeriana, Bogotá 1981, pp. 19-23. Esta obra no lleva el nombre del autor o autores por un olvido de la editorial. De igual forma, consúltese ALBORNOZ GUERRERO, Carlos, *El control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia*, Universidad Javeriana, Bogotá 1980, pp. 142-143.

11. Sobre la reforma constitucional de 1979, los autores que se han dedicado a su estudio no están de acuerdo. Algunos son partidarios, y otros lo catalogan *in extremis* de "inconstitucional". *Cf.*, FERNÁNDEZ DE SOTO, María de, *Algunas consideraciones sobre la Asamblea Constitucional de 1978*, Universidad Javeriana, Bogotá 1978; incluye importantes anexos de los actos legislativos; FERNÁNDEZ DE CASTRO, Ana de, *La Constituyente: un caso de inconstitucionalidad*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, Bogotá 1979. Añade como anexo el acto legislativo nº 2 de 1977 mediante el cual se reforma la Constitución Nacional; PAVÓN GAITÁN, Lucio, *Una Asamblea Constituyente derivada y limitada*, Universidad Javeriana, Bogotá 1977. También merecen

Luis Carlos Sáchica, ex-magistrado de la Corte Suprema, resume así la reforma constitucional de 1979 en lo tocante a la jurisdicción constitucional: "Es una reforma transaccional, en tanto no conservó el sistema tradicional de control constitucional ejercido por la Corte en pleno, ni lo unificó en la Corte Constitucional que en el proyecto ha sido propuesta; con fórmula intermedia, repartió la jurisdicción constitucional que tenía la Corte plena, entre ésta y su Sala Constitucional, asignando a la primera las cuestiones que parecen tener mayor resonancia política: las reformas constitucionales y los decretos de Estado de sitio y de Estado de emergencia económica y social, y a la Sala citada las leyes, los proyectos de ley objetados, y los decretos que se dicten cuando el Congreso no aprobó el proyecto de ley de plan de desarrollo y cuando el Ejecutivo es habilitado por el Congreso para legislar con facultades extraordinarias o para intervenir sobre la economía; de tal reparto se puede deducir que perdió influencia la Corte y ganó autonomía la Sala especial; la pregunta, sin embargo, debe ser: ¿mejorará el control constitucional?, ¿habrá criterios dispares entre una y otra Sala?"[12].

En resolución, se estableció un punto intermedio, es decir, se dejó de lado a la Corte Constitucional que tenía el carácter de autónoma, y la Corte Suprema en pleno no pudo controlar y custodiar la Constitución. En la práctica, debe reconocerse que la Sala Constitucional mantuvo en gran parte las características de un Tribunal Constitucional, con atribuciones limitadas. Empero, fue adquiriendo experiencia y sentía menos presión, independizándose con el tiempo de la Corte Suprema, y dar por fin nacimiento de esta forma a la Corte Constitucional que se galvanizó en la actual Constitución promulgada el 7 de julio de 1991.

III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940

Ha sido a través del recurso de inconstitucionalidad, verdadero mecanismo de control constitucional, que la República de Cuba -inspirándose indiscutiblemente en el modelo norteamericano- accede a la jurisdicción constitucional. Los antecedentes lo encontramos en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes que plasmó la Constitución de 1901 y regulado por la Ley de 31 de marzo de 1903. Luego fue reproducido y ampliado por las leyes constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de junio de 1935. En tal sentido, el artículo 38 de la Ley Constitucional de 11 de junio de 1935 apuntaló:

---

preferente atención los siguientes artículos publicados en la *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. XXI, nº 1 y 2, Bogotá 1980; ALARCÓN NÚÑEZ, Oscar, "¿De una Constitución rígida a una flexible?" (p. 229 y ss.); BECERRA BECERRA, Gregorio, "La exacta dimensión de la reforma constitucional de 1979 y lo que de ella puede esperarse" (p. 75 y ss.); GAONA CRUZ, Manuel, "La inconveniencia y la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de 1979", (p. 139 y ss.); y VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo, "La reforma constitucional de 1979 y la crisis del Estado de derecho" (p. 25 y ss.).

12. *Cf.*, SÁCHICA, Luis Carlos, "La jurisdicción constitucional en la reforma de 1979", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 21, nº 1 y 2, Bogotá 1980, pp. 67 y ss., *V.*, también LLERAS RESTREPO, Carlos, "Corte Constitucional y Consejo Supremo de la Magistratura. Mejora de la justicia y reforma constitucional", en *Revista Derecho*, nº 102, Medellín 1979, pp. 16 y ss., VIDAL PERDOMO, Jaime, "Control constitucional", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 21, nº 1 y 2, Bogotá 1980, pp. 45 y ss. Como antecedente de la implantación de una Corte Constitucional en Colombia, *V.*, ORTEGA NIETO, Leoncio, *Jurisdicción constitucional colombiana*, Imprenta Departamental, Bogotá 1959, pp. 45-84. No han faltado autores que señalen que en Colombia se aplica una práctica "mixta", es decir mediante el control difuso y concentrado. Así, MORALES MOLINA, Fernando, "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Colombia" en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXIV, nº 2, t. II, Montevideo 1980, pp. 107 y ss.

> Las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dicten por cualquier poder, autoridad o funcionario para regular el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulos si en cualquier forma disminuyen, restringen o adulteran tales derechos.
>
> El Tribunal Supremo, a petición de cualquier ciudadano, formulada de acuerdo con lo que esta Constitución establece, declarará, en su caso, la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, sin que puedan las mismas aplicarse en lo sucesivo.

Y el artículo 84 disponía lo siguiente:

> Además de las atribuciones que les hayan sido anteriormente señaladas y de las que en lo sucesivo les confieren las leyes y los decretos-leyes, corresponden al Tribunal Supremo de Justicia:
>
> Cuarto: Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, acuerdos, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o actos de cualquier clase, sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado o de que emanaren, a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudadanos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. El recurso de inconstitucionalidad establecido a petición de parte afectada, se presentará dentro del término que determine la ley; y el suscrito por no menos de veinticinco ciudadanos, en cualquier tiempo. En los recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo deberá resolver siempre el fondo de la reclamación, a cuyo efecto señalará un término para que los recurrentes subsanen los defectos de forma que contuviere el recurso.
>
> Declarada la inconstitucionalidad de una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida de cualquier otra clase, no podrá aplicarse nuevamente en forma alguna.

En esa mira, se ubicó la jurisprudencia que produjo el Tribunal Supremo de Justicia, sobresaliendo dos que a continuación se citan a guisa de ilustración. La primera, Nº 13 de 24 de abril de 1936, decía: "El artículo 38 de la Ley Constitucional vigente no se limita como lo hacía el 37 de la de 1901, a declarar que son nulas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dictaren para regular el ejercicio de los derechos que la misma garantiza, si en cualquier forma los disminuyen, restringen o adulteran, sino que en su segundo párrafo concede a cualquier ciudadano el derecho a pedirle al Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que a ella establece, que declare la inconstitucionalidad de dichas disposiciones". La segunda sentencia, la Nº 11 de 26 de febrero de 1938, establecía que: "El recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto la decisión en el terreno especulativo de cuestiones meramente doctrinales, sino que conforme a la ley ha de tener un fin práctico ya que las violaciones de la Constitución afectan siempre a la causa pública y la reclamación contra la misma ha de tener por supuesto necesario la lesión de un derecho o de un interés legítimo, individual o corporativo"[13].

Ahora bien, inspirado el *nomen iuris* en el del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931, la Constitución de Cuba de 25 de julio de 1940[14] estableció en su artículo 172 que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales formaba parte como Sala especializada del Tribunal Supremo, que se integra por su Presidente y quince magistrados al menos.

---

13. *Cf.*, MERINO BRITO, Eloy G., *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Cultural S.A., La Habana 1938, pp. 43 y 50 respectivamente. Una visión de conjunto se puede ver en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 4, Madrid 2000, pp. 125-143.

14. *V.*, GSCHWIND, Eduardo P., "La novísima Constitución de Cuba" en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año VIII, nº 38, Santa Fe 1943, pp. 127 y ss.

En tal sentido, el Tribunal de Garantías estaba facultado para conocer los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, de la propia Ley Fundamental y las consultas de jueces y tribunales sobre la misma inconstitucionalidad (art. 182, *a* y *b*). También, admitía una acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, estando legitimados para interponerlo los afectados o veinticinco ciudadanos. Los efectos eran de carácter general, derogándose la norma en cuestión (art. 194, *b*).

Este mismo sistema, escribe Fix-Zamudio: "fue incorporado, en teoría, en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Ley Fundamental de 1959, promulgada por el Gobierno de Fidel Castro, con posterioridad al triunfo de la revolución que terminó con la dictadura de Fulgencio Batista, pero además de que no tuvo aplicación práctica, fue sustituido por el sistema socialista de los tribunales populares en la reforma constitucional de 13 de junio de 1973. Evolución que culminó con la promulgación de la Constitución socialista de 24 de febrero de 1976, en la cual, según el modelo soviético, se sustituye el sistema de la revisión judicial por el del control legislativo; en cuanto el artículo 70, inciso *f)* de la misma Ley Fundamental, confiere a la Asamblea Nacional de Poder Popular, la atribución de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general, así como también respecto de aquellos actos del poder público emanados de órganos locales"[15].

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971

Como señala Fix-Zamudio: "el primer intento para introducir un Tribunal Constitucional, se expuso en el Proyecto de reforma constitucional sometido al Congreso por el Presidente Eduardo Frei con fecha 30 de noviembre de 1964, el que no obstante haber sido aprobado por la Cámara de Diputados se quedó detenido en el Senado; pero esta tentativa culminó en un nuevo proyecto de reformas constitucionales suscrito por el mismo Presidente Eduardo Frei, con fecha 17 de enero de 1969, que después de amplia discusión y con algunas modificatorias, fue aprobado, habiéndose promulgado las reformas el 21 de enero de 1970"[16].

El Tribunal Constitucional se constituyó en la sesión del 10 de setiembre de 1971, con la total asistencia de sus Señores Ministros (así se les denominaba a los magistrados constitucionales): Enrique Silva Cimma, Ramiro Méndez Brañas, Rafael Retamal López, Jacobo Schaulsohn Numhauser y Adolfo Veloso Figueroa, cesando sus actividades después de tres años a raíz del golpe militar llevado a término el 11 de setiembre de 1973, y que fuera encabezado por el general Augusto Pinochet.

La estructura y diseño del Tribunal Constitucional se reguló en el Estatuto Jurídico sobre organización y funcionamiento del Tribunal y régimen de su personal (Auto Acordado, que fue publicado en el Diario Oficial, N° 28.107 de 23 de noviembre de

15. *Cf.,* FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica…"., citado, p. 659. Sobre la Constitución de 1959, consúltese DE PASSALACQUA, J.L.A., "The cuban fundamental law of 1959" en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Año X, nº 38, Ponce 1970, pp. 245 y ss. El texto de la Constitución se publicó en la *Revista Información Jurídica*, nº 316, Madrid 1973, pp. 127 y ss. La Constitución de 1975 se puede consultar en la *Revista Documentación Jurídica*, nº 7-8, Madrid 1975, pp. 723 y ss.

16. *Cf.,* FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F. 1980, p. 144. El texto de las reformas se publicó en la *Revista Información Jurídica*, nº 313, Madrid 1972, pp. 107 y ss.

1971). El Tribunal Constitucional, como órgano autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder del Estado y con personalidad jurídica, conforme lo establecía el artículo 1°, se componía (número impar) de cinco miembros -a diferencia de la *Corte Costituzionale*[17] de Italia que está compuesta de 15 magistrados (*giudici*)- y duraban cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos. El nombramiento, a tenor del artículo 2, era de la siguiente manera: tres de ellos nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros. El Presidente del Tribunal Constitucional era elegido por el propio Tribunal, de entre sus miembros, por mayoría absoluta de votos emitidos. Duraba dos años en sus funciones y no podía ser reelegido para el período siguiente, a tenor del artículo 3. Es de mencionar también que el Tribunal Constitucional tenía el tratamiento de *Excelencia*, y cada uno de sus miembros el de *Señor Ministro*, según rezaba el artículo 5.

Las atribuciones estaban consagradas en el artículo 78, *b)* de la Constitución Política del Estado: *a)* Resolver las cuestiones constitucionales que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; *b)* Resolver las cuestiones que se plantearan sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; *c)* Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitaran con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondieran al Tribunal Calificador de Elecciones; *d)* Resolver sobre las inhabilidades constitucionales que afectan a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones; *e)* Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgara una ley cuando debía hacerlo, o promulgara un texto diverso del que constitucionalmente correspondiese; y *f)* Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes.

Haciendo un juicio en conjunto de la labor que realizó el Tribunal Constitucional, podemos afirmar que fue positivo, más aún si tomamos en cuenta la experiencia que adquirió luego dentro del consenso nacional recogido en la Constitución Política de 1980 que lo consagra nuevamente en el ordenamiento jurídico de Chile, aunque con notoria influencia *manu militare* en sus decisiones[18]. Mediante Auto Acordado el 11 de diciembre de 1971, se expidió el Estatuto Jurídico sobre procedimiento aplicable ante el Tribunal Constitucional, en cuyo artículo 8 se establecía que las sentencias se comunicarán, en su caso, al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados para los fines a que se hubiere lugar, y a los tribunales, autoridades o recurrentes a quienes afecte el fallo.

Entre las sentencias más importantes que expidió el Tribunal Constitucional, ya sea a requerimiento del Presidente de la República como del Parlamento, están la pronunciada el 19 de enero de 1972 donde el organismo citado declaró inconstitucionales los artículos 24 a 67 del Proyecto de Ley de Presupuestos para 1972. También la sentencia

17. Por todos, *V.*, MOBIDELLI,G., PEGORARO, L., REPOSO, A. y VOLPI, M., *Diritto Costituzionale e italiano e comparato*, seconda edizione accresciuta e integrata, Monduzzi editore, Bologna 1997, p. 845-962, con abundantes referencias bibliográficas; y DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, seconda edizione, Cedam, Padova, 2000, p. 639-680.

18. La Comisión que se encargó del estudio de la nueva Constitución de Chile, al efectuar sus proposiciones e ideas, refiriéndose al Tribunal Constitucional, expresó: "La naturaleza y trascendencia de la función que está llamada a cumplir exigen que la composición del Tribunal tenga un carácter eminentemente jurídico y no político, error este último en el que incurrió la reforma citada -se refiere a la de 1970- al crear un Tribunal en el que la mayoría de sus miembros tenía un origen marcadamente político. Esta fue, también, la razón del fracaso y desprestigio de ese Tribunal". *V.*, la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, nº 1-6, Santiago 1981, pp. 285 y ss.

pronunciada el 25 de enero de 1972, mediante el cual el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de tres normas del Proyecto de Ley modificatoria de la Ley Nº 11.622 sobre arrendamiento de habitaciones y locales comerciales solicitada por el Presidente de la República. Además, el 10 de febrero de 1972, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia rechazando el requerimiento de inhabilidad deducido por diecisiete senadores respecto del Ministro José Toha González, designándolo para que sirva el cargo de Ministro de Defensa Nacional mientras estuvo suspendido en el cargo de Ministro del Interior, una vez que la Cámara de Diputados prestara aprobación a la acusación constitucional pronunciada en su contra en calidad de Ministro del Interior[19].

A continuación, la Constitución de Chile, decretada el 21 de octubre de 1980[20], en el Capítulo VII se ocupa del Tribunal Constitucional, que sigue funcionando, pero con diversa composición y atribuciones que su antecesor.

V. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945

La Constitución de Ecuador, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente (1944-1945) el 6 de mayo de 1945, estableció en sus artículos 159 a 162 el Tribunal de Garantías Constitucionales, con notoria influencia del que se instauró en España en 1931, aunque, actuaba como organismo jurisdiccional en el campo de la justicia administrativa, pudiendo solamente suspender una ley que estuviere inconstitucional, correspondiendo al Congreso declarar si una ley, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado es o no inconstitucional[21].

El Tribunal de Garantías estaba integrado (número impar) de la siguiente manera: *a)* tres diputados elegidos por el Congreso, *b)* el Presidente de la Corte Suprema, *c)* un representante del Presidente de la República, *d)* el Procurador General de la Nación, *e)* un representante de los trabajadores, elegidos conforme a ley, y *f)* dos ciudadanos elegidos por el Congreso[22].

El artículo 160 de la Constitución establecía las siguientes atribuciones al Tribunal de Garantías Constitucionales: *a)* velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes; *b)* formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que a su juicio se hubieren dictado con violación de la Constitución o de las leyes; *c)* dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto, según el artículo 41; *d)* suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales; *e)* conocer de las quejas que formulen cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; y preparar la acusación contra

19. Mayores datos se pueden ver en *Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso Pleno el 21 de mayo de 1972*, Santiago de Chile 1972, p. 979-982.

20. El Capítulo I de la Constitución se refiere a las Bases de la institucionalidad, la misma que "debe entenderse no tanto como la capacidad o aptitud institucional, sino más bien como el conjunto orgánico de las instituciones que es necesario reconocer y regular para la vida de la Nación". *V.*, RÍOS, Lautaro, "Reflexiones sobre la nueva institucionalidad", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, nº 1-4, Santiago 1979, p. 257. A la fecha la Constitución ha sufrido diversas reformas.

21. Constitución de 1945, artículo 165. El texto íntegro puede consultarse en Guillermo BOSSANO, *Evolución del Derecho Constitucional ecuatoriano*, 2ª edición, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito 1975, pp. 257 y ss., sobre el Tribunal de Garantías, pp. 222-223.

22. Constitución de Ecuador de 1945, artículo 159.

los funcionarios responsables; *f)* examinar las acusaciones propuestas ante el Congreso contra los altos funcionarios, en el caso del numeral 30 del artículo 34 de la Constitución; *g)* conceder, en cesación de la legislatura y de acuerdo con el artículo 68, facultades extraordinarias al Presidente de la República; y *h)* ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, pese a no funcionar de manera prolongada -solamente un año- el Tribunal de Garantías, con las atribuciones que se le concedió, a lo sumo, cumplió una función decente básicamente relacionado con lo contencioso-administrativo, ya que la Constitución de 31 de diciembre de 1946[23] instauró un Consejo de Estado, con influjo del Poder Legislativo, en reemplazo del referido Tribunal de Garantías Constitucionales y las atribuciones que desempeñaba fueron las mismas.

Al expedirse la Constitución de 1967, los magistrados que integraban el Tribunal de Garantías Constitucionales fueron nombrados como sucedió en 1945. De tal forma que la composición no alteró el funcionamiento. La Constitución de 1967[24] restablece el Tribunal de Garantías Constitucionales, y sus atribuciones y deberes estaban consagradas en el artículo 6 de su Ley Orgánica[25]: *a)* conocer, en última instancia de los recursos que se interpusieren respecto de las resoluciones que, sobre excusas y calificaciones, dictaren los Concejos Provinciales y los Concejos Cantonales, o instituciones públicas o semi-públicas (inciso 1); *b)* llamar a los concejeros y concejales suplentes al desempeño de sus cargos, cuando por inhabilidad o excusa de sus miembros, faltare el quórum legal para el funcionamiento del Concejo Provincial o del Concejo Cantonal (inciso 2); *c)* conocer, en apelación, de las resoluciones de los Concejos Cantonales que negaren la creación de una parroquia urbana o rural (inciso 3); *d)* resolver, en última instancia, sobre el recurso que interpongan los Prefectos Provinciales, Alcaldes o Municipales y Presidentes de Concejos Cantonales respecto de su remoción (inciso 4); *e)* autorizar el receso del Congreso, la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles fiscales (inciso 5); *f)* autorizar la creación de monumentos (inciso 6); *g)* dictar anualmente su Presupuesto, así como las normas para su expedición y cumplimiento (inciso 7); y *h)* dictar el Reglamento y sus reformas, los mismos que serán aprobados en dos discusiones, en distintos días (inciso 8). Por último, la Constitución aprobada en referéndum el 15 de enero de 1978, estableció en sus artículos 140 y siguientes, un Tribunal Constitucional con atribuciones totalmente distintas a los anteriores.

VI. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965

Es notorio que el sistema europeo o kelseniano de control constitucional ha influido en la creación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. La Constitución de 1956 ya reconocía en el Título IV, Capítulo II a la institución del amparo. Es la Constitución que se promulgó el 15 de setiembre de 1965 (suspendida su vigencia hasta el 5 de mayo de 1966) la que da vida en su Título VII, Capítulo V, artículos 262 a 265, a la Corte de

23. *V.*, el texto de la Constitución en la *Revista de Derecho*, Año VII, nº 22, La Paz 1955, pp. 119-186.

24. *Cf.*, LARREA HOLGUÍN, Juan, "Comentario de la Constitución", en *Revista de Derecho*, nº 18, Quito 1969, pp. 9 y ss.

25. El texto íntegro, aprobado por Ley nº 047-CL, puede consultarse en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, Año XVI, nº 17, Quito 1967-1968, pp. 105-113.

Constitucionalidad, reglamentada en gran medida por la Ley de amparo, habeas corpus y de constitucionalidad que entró en vigor el 5 de mayo de 1966 [26].

Sobre esta base se establece un *sistema mixto* de control constitucional que plantea, según sostiene García Laguardia, diversos problemas. En efecto, contempla por una parte una declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos, en la tradición del control judicial difuso e incidental (atribuido al Poder Judicial, a tenor del artículo 246 de la Constitución) y otra, una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios de efectos *erga omnes*[27]. A mayor abundamiento, el antecedente de la Corte de Constitucionalidad se encuentra en el Proyecto de preceptos para una Constitución de la República y en el Proyecto de Ley de Control de la Constitucionalidad presentados por un grupo de participantes al Tercer Congreso Jurídico del Colegio de Abogados de Guatemala, en 1964.

La Corte de Constitucionalidad estaba compuesta por doce magistrados (número par) de la manera siguiente: el Presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás por sorteo global que practicará la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo[28]. El Presidente era el mismo de la Corte Suprema.

En cuanto se refiere a su funcionamiento debe hacerse notar que la Corte de Constitucionalidad no era permanente como sucede con el grueso de Tribunales Constitucionales en la vitrina comparada, sino que se integraba cuando se presentaba un recurso (acción) (en realidad, un verdadero proceso constitucional) de inconstitucionalidad dentro del término de cinco días y resolvería la suspensión provisional de la ley, sin formación de artículo y cuando fuere procedente, dentro de los ocho días siguientes (Ley Reglamentaria, artículo 109, párrafo 3). Es decir, la Corte de Constitucionalidad no tenía una función estable, solamente se integraba cuando se presentaba una acción de inconstitucionalidad.

En lo que concierne al recurso de inconstitucionalidad[29], según lo dispone el artículo 106 de la Ley reguladora: "La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contras las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicios parcial o total de inconstitucionalidad". Acertadamente, Aguirre Godoy afirma que: "se trata de un proceso constitucional en el que existe un conflicto o

26. Sobre la Constitución, *V.*, el estudio de MIJANGOS, Adolfo, "La Constitución guatemalteca de 1965", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, nº. 3-6, Guatemala 1967-1968, pp. 3 y ss. El Tercer Congreso Jurídico Guatemalteco desarrollado en 1964 fue, sin lugar a dudas, el antecedente más próximo de la Corte de Constitucionalidad. La Comisión encargada del tema "Control de la constitucionalidad de la ley" presidida por el Licenciado Feliciano Fuentes Alvarado, consideraba necesario la creación de un Tribunal especial que se encargue del control de la constitucionalidad de las leyes a fin de tutelar los derechos y garantías que la Constitución reconozca a los habitantes de la República, así como su desarrollo programático. El texto de los acuerdos y proyectos fue publicado por el Colegio de Abogados de Guatemala en 1964, institución gremial que jugó un papel capital en la transición política, luego del golpe de Estado sucedido el 31 de marzo de 1963 en el cual el Ejército derroca al Presidente Constitucional Miguel Idígoras Fuentes.

27. *Cf.,* GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución,* 3ª edición, Universidad de San Carlos de Guatemala, UNAM, Guatemala 1986, p. 55.

28. Constitución, artículo 262 y Ley Reglamentaria, artículo 105.

29. El habeas corpus y el amparo regulados en la Ley Reglamentaria no están dentro de los alcances de la Corte de Constitucionalidad. *Cf.,* AGUIRRE GODOY, Mario, "Protección procesal de los derechos humanos", en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, Año XVIII, nº 3, pp. 3-15. También, GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, "El habeas corpus y el amparo en el Derecho Constitucional guatemalteco", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XI, nº 31-32, México, D.F. 1978, pp. 41 y ss.

litis a resolver, aunque sea de carácter jurídico", dejando de lado el vocablo *recurso*[30]. La Corte de Constitucionalidad al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad, tomaba en cuenta que sólo podía declararse con el voto favorable de por lo menos ocho de sus miembros. Si se presentaba el caso en que la votación diere resultado menor, la sentencia tenía que limitarse a declarar sin lugar el recurso.

Las partes que estaban legitimadas procesalmente para interponer el recurso de inconstitucionalidad eran: *a)* el Consejo de Estado como órgano consultivo de representación de intereses presidido por el Vicepresidente de la República, *b)* el Colegio de Abogados por decisión de su Asamblea General, *c)* el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República tomada en Consejo de Ministros (legitimación actual) y en defensa de la constitucionalidad de la ley o disposición gubernativa de carácter general (legitimación pasiva), *d)* cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio[31]. La Corte podía decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa, siempre y cuando la inconstitucionalidad fuese notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, debiendo surtir efectos generales (*erga omnes*) y publicado en el Diario Oficial, al día siguiente de haberse decretado.

Al no tratarse de un órgano permanente, habia que pronunciarse sobre la suspensión provisional de la norma recurrida. Esta medida cautelar procedía si la inconstitucionalidad era notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, y debía ser dictada con el voto favorable de la mayoría del total de miembros de la Corte, suspensión que tenía efectos generales[32]. La sentencia debía pronunciarse, conforme lo dispone la Ley Reguladora para los juicios de amparo, en lo que fuere aplicable, dado el carácter estrictamente jurídico de este recurso, así como en lo dispuesto en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial. Es evidente que al declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, ésta quedaba sin vigor *a posteriori*, produciéndose en consecuencia cosa juzgada.

Cúpole a la Corte de Constitucionalidad una labor fructífera, no obstante que en ese lapso conoció de muy pocos casos. Empero, abonó el terreno para que en 1985 vuelva sobre el tapete la nueva Corte de Constitucionalidad, órgano que sigue en vigor sobre la base de la experiencia de su antecesor. Conforme recuerda García Laguardia, entre 1966 y 1981 la Corte de Constitucionalidad conoció de muy pocos casos. Así, el Consejo de Estado y el Colegio de Abogados no hicieron uso de su prerrogativa aunque pudieron y debieron hacerlo en algunas ocasiones; el Presidente de la República lo hizo una sola vez, siendo declarado el recurso de inconstitucionalidad con lugar, y los demás recursos fueron interpuestos por particulares. Una sentencia importante fue la relativa a la impugnación del artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos por Unidad Revolucionaria Democrática, partido de orientación socialdemócrata, fundado en 1961 por un grupo de intelectuales de centro-izquierda cuya vía crucis para lograr su inscripción es un claro ejemplo de la manipulación constitucional del régimen partidario. El recurso en cues-

30. *Cf.*, AGUIRRE GODOY, Mario, "Protección procesal de los derechos humanos", *cit.*, p. 20. De manera similar, FIX-ZAMUDIO, Héctor también objeta esta imprecisión terminológica.

31. Como establece la Ley Reguladora, en su artículo 107.

32. *Cf.*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, p. 721.

tión presentado dos veces, el 19 de febrero y luego el 22 de abril de 1969, fue *rechazado de plano* por la Corte de Constitucionalidad[33].

A raíz del golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, se declaró en suspenso la Constitución de 1965. Luego, el proceso de transición política dio como resultado la nueva Constitución que fue promulgada el 31 de mayo de 1985, "en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, que aparece, en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al Derecho", lo que hace modificar la estructura general de la tradición constitucional anterior, y poner como contenido de sus dos primeros títulos, los de *La persona humana, fines y deberes del Estado* y *Derechos humanos*. Y además, incluir un título especial, el VI, sobre *Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional*[34].

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras todo lo hasta aquí referido, estamos ya en condiciones de ofrecer algunas conclusiones:

1. El control constitucional en América Latina, reconociendo sus propias singularidades, luego de una trajinada experiencia, ha tomado cuerpo como consecuencia de la expansión de los Tribunales Constitucionales, cuya labor ahora se ve acentuada con creces en la protección de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales.

2. En lo que concierne a composición, los Tribunales Constitucionales consagrados en los países arriba mencionados, tienen un diseño distinto, empezando por su nombramiento hasta el número que lo integran: par o impar, que desde luego influye mucho a la hora de la votación.

3. Las atribuciones, por su parte, son también de diversa índole, más de una de ellas politizadas, actitud que no calza con la verdadera función de los intérpretes supremos de la Constitución, siendo las más importantes la defensa de los derechos fundamentales y la del control de constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad.

4. Al fluir de los años, la experiencia ha servido para rediseñar no sólo la composición, sino también las atribuciones de los Tribunales Constitucionales, con lo cual se demuestra que la influencia del modelo europeo ha calado en las constituciones latinoamericanas. Por ejemplo los conflictos de atribuciones y de competencia, como es el caso del Tribunal Constitucional del Perú, consagrado en la Constitución de 1993.

---

33. Tal como recuerda GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, en *La defensa de la Constitución*, *cit.*, pp. 74-75. Las sentencias en cuestión se añaden en el apéndice documental, pp. 115 y ss.

34. *Cf.*, GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala 1993, pp. 47-48. Hay otra edición publicada con anterioridad por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, D.F. 1992.

5. Mucho han influido en el tema los diversos seminarios, congresos y encuentros académicos, con la participación de profesores expertos en la materia, en especial, los organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Súmese a ello, la permanente y muy copiosa publicación que ahora existe, de libros y artículos sobre la jurisdicción constitucional.

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN

Mario Pesci Feltri
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. JURISDICCIÓN-PROCESO-ACCIÓN

Hemos definido la función jurisdiccional como aquélla regulada por el derecho público, exclusiva del Estado, con la cual se persigue la resolución de controversias jurídicas, mediante la declaración de la voluntad de la Ley aplicable a una situación sustantiva en la que una de las partes afirma la ilicitud del comportamiento de la otra[1]. En las obras citadas tratamos de exponer detallada y sistemáticamente, las razones que nos conducen a proponer tal definición y a su lectura remitimos al voluntarioso lector. A los fines de este trabajo, exponemos, de manera sucinta, tales razonamientos.

a) *Bilateralidad de la norma jurídica*. El primer rasgo que diferencia la norma jurídica de las demás normas que regulan el comportamiento de los sujetos de derecho en sociedad, es su bilateralidad. Ella regula la potestad del titular del derecho (sujeto activo), de pretender de otro sujeto (sujeto pasivo), un determinado comportamiento o la soportación de los efectos jurídicos que persiga provocar en su patrimonio, el titular del derecho. De la realización del comportamiento requerido y/o del efectivo acaecimiento, en el patrimonio del sujeto pasivo, de los efectos indicados, depende la satisfacción del derecho ejercido[2].

b) *La susceptibilidad de la coacción*. Por cuanto la colectividad considera, a través de los órganos que la representan (Asamblea General por ejemplo), que el logro de los fines que la norma jurídica asegura, es esencial para su sobrevivencia, garantiza el cumplimiento de la misma por el sujeto pasivo, por su destinatario, obligatoriamente, aún contra su voluntad, por lo que la omitida satisfacción espontanea del precepto, que se ha concretizado, da derecho a su titular a imponer su observancia coactivamente, mediante la intervención del órgano jurisdiccional y, si necesario, de la fuerza pública[3]. La coacción garantiza el logro de los fines que el Estado considera dignos de protección absoluta[4].

---

1. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. La definición propuesta en este trabajo constituye, en esencia, una ratificación del concepto que habíamos expuesto en nuestro precedente trabajo "El Concepto de Actividad Jurisdiccional en el Derecho Procesal Venezolano" en "*Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica Venezolana. p. 21, que aparece en el Segunda Edición de esta misma obra (Caracas 2000) corregida y aumentada, en la p. 23. La identidad entre ambas definiciones está constituida por los dos elementos que consideramos fundamentales para diferenciar la función jurisdiccional de la Legislativa y de la Administrativa, como son el fin que con dicha función se persigue: la resolución de controversias jurídicas y el medio que se emplea para alcanzar dicho fin; la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto.
2. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*. p. 13.
3. Artículo 21 (veintiuno) del Código de Procedimiento Civil.
4. PESCI FELTRI, Mario, Obra y paginas citadas.

c) *Cuando se presta la función jurisdiccional*. La función jurisdiccional se obliga a prestarla el Estado cada vez que un sujeto de derecho, mediante el ejercicio del derecho de acción[5], afirma ser titular de una voluntad concreta de ley insatisfecha[6] y solicita la prestación de dicha función.

d) *El proceso*. La bilateralidad de toda situación jurídica sustantiva, propone, necesariamente, en los casos en que ella sea controvertida judicialmente, que la función jurisdiccional, que ha sido creada para resolverla, se desarrolle de manera tal que permita a ambas partes ejercer, adecuadamente, su derecho de defensa[7]. El método acogido para lograrlo es el proceso.

e) *El derecho de acción.* Para obtener la prestación de la función jurisdiccional, que persigue la resolución de controversias jurídicas, que han nacido antes y fuera del proceso, es necesaria la afirmación del demandante, ante un órgano jurisdiccional, de ser titular de una voluntad concreta de ley insatisfecha por el sujeto pasivo, lo que hace mediante el ejercicio de derecho de acción en el que se objetiva el impulso procesal[8], requiriéndose la prestación de la función jurisdiccional y la puesta en práctica del medio que la ley otorga para su desarrollado, el proceso. Con la prestación de la función jurisdiccional y el desarrollo del proceso, se persigue obtener la satisfacción de la voluntad concreta de ley que existía, según se afirma en la demanda, antes de solicitar la prestación de dicha función. Lo que quien solicita de su prestación, es que se le reconozca el derecho que ya tenía el demandante antes de demandar. Esto ocurre cualquiera que sea el proceso que se constituya con la demanda (civil, penal, contencioso administrativa, constitucional, de amparo, para la protección de derechos colectivos o difusos, o para la satisfacción de los que corresponden a los menores y adolescentes). Cualquiera que sea su naturaleza siempre existirá una persona, sujeto activo, que se afirme legitimado para pretender del sujeto pasivo, demandado, un comportamiento que se acople al modelo de conducta establecido por la Ley, comportamiento del cual depende la satisfacción del interés cuya satisfacción se persigue con el derecho subjetivo, fundamento de la pretensión[9]. El ejercicio del impulso procesal con el que se persigue la prestación de la función jurisdiccional es lo que denominamos derecho de acción.

f) *La sentencia.* Si estos son los supuestos que deben darse para que exista una controversia jurídica, cuya resolución se propone al órgano jurisdiccional, pareciera insoslayable concluir que la manera, el instrumento al alcance del juez, que presta dicha función, para resolverla, no puede ser distinto al que le permita "declarar el derecho aplicable en el caso concreto", declarar cuál era la voluntad de la ley que existía, antes y fuera del proceso, que regulaba el comportamiento de las partes. A tal reconocimiento, declaración, deberán acoplar su conducta, si no lo han hecho antes, quienes han dicho y contradicho en el proceso. Es por ello que consideramos que el acto mediante el cual se resuelve la controversia, denominado sentencia, no puede tener efectos distintos a la declaración de tal voluntad concreta de ley[10].

---

5. PESCI FELTRI, Mario, *ob. cit.*, p. 127.
6. Artículo 26 Constitucional.
7. El Artículo 49 Constitucional establece que el Proceso es el instrumento indispensable que debe ponerse en practica para ofrecer a las partes del juicio, las oportunidades necesarias para hacer valer, plenamente, su derecho de defensa.
8. Artículo 11 del C.P.C.
9. PESCI FELTRI, Mario, *ob. cit.*, p. 15.
10. Acerca de la naturaleza meramente declarativa de toda sentencia. Véase lo que hemos expuesto en *Teoría General del Proceso*, p. 20 y en "Naturaleza Jurídica de la cosa Juzgada en el Derecho Procesal Venezolano",

La crítica a las diversas concepciones propuestas acerca de la naturaleza de la función jurisdiccional que se apartan de la señalada, las hemos hecho precedentemente[11].

En este trabajo, analizaremos la concepción que tiene el Tribunal Supremo de Justicia acerca de la función jurisdiccional que pareciera deducirse de las innumerables sentencias que ha dictado su Sala Constitucional, para fundamentar la denominada *Jurisdicción Normativa*, que encuentra un precedente dogmático, en Venezuela, en el pensamiento del procesalista, Profesor René Molina, expuesto en su trabajo *La función Jurisdiccional* [12], concepción a la cual haremos referencia, para criticarla, tomando en cuenta los límites que supone la preparación de un trabajo como el presente.

II. JURISDICCIÓN NORMATIVA

De acuerdo con el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se entiende por *Jurisdicción Normativa*, la que se deduce de los párrafos que transcribimos a continuación, tomados de la providencia dictada por dicha Sala, en fecha 22 de agosto del año 2001, mediante la cual admitió la demanda que, por intereses difusos, fue propuesta por la *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal* (*Asodeviprilara*), que recoge lo decidido en algunas otras de la misma Sala, en las que ya se determinaba la razón y alcance de la mencionada Jurisdicción Normativa, que ella se ha atribuido. Así se expresa la Sala:[13] "Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (*José Amando Mejias*, *Corpoturismo*, *Servicio Tulio León*), ha venido sosteniendo *que las normas constitucionales*, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, *son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule*, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. *Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máxime (sic) garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de justicia y demás Tribunales de la República*.

En base a dicha norma (artículo 335), *en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas del ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente*.

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e

publicado en la *Revista Syllabus*, Año 1º, nº 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, noviembre 2000, pp. 93 y ss.

11. Concepto de Actividad Jurisdiccional en el Derecho Procesal Civil Venezolano, *ob. cit.*, en la nota 1 (uno), pp. 23 y ss.

12. Publicación en el Volumen titulado *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Civil. Dr. José Rodríguez Urraca*, pp. 26 y ss.

13. Auto de admisión de la demanda de amparo propuesta por Asodeviprilara de fecha 22 de agosto del 2001.

intereses difusos o colectivos (Casos: *Defensoría del Pueblo* del 30-06-00; *Willian Ojeda* del 31-08-00; *Veedores de la UCAB* del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: *Gobernadores* del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al *habeas data* (Caso: *Insaca* del 14-03-01), *sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones* de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (caso: *José Amando Mejía* del 01-02-00).

Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000, Exp. 00-1236, Caso: *Hermann Escarrá*)". (Fin de la cita)

Como se deduce del texto transcrito, la Sala Constitucional se ha atribuido la facultad de crear normas jurídicas cuando se verifiquen los supuestos que ella determina, de aplicación inmediata en los juicios en los que tal creación se efectúa y que deben aplicarse en los juicios futuros, como consecuencia de lo establecido en el Artículo 335 Constitucional, según el cual "la interpretación que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República".

La Sala señala como ejemplo de esta facultad de crear normas jurídicas, preceptos de conductas generales y abstractos para regular el comportamiento de los sujetos de derecho, susceptible de coacción[14], la sentencia de fecha, 1-2-2001, caso *José Amando Mejía* en la que se modifica el procedimiento de amparo regulado por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Jurisdiccionales.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 365 CONSTITUCIONAL

Analizaremos, en este capítulo, los argumentos que ha propuesto la Sala, en sus decisiones, para fundamentar la facultad que se ha atribuido de legislar en los casos que ella ha señalado.

Observamos que ninguna de las atribuciones que el Artículo 335 Constitucional confiere al Tribunal Supremo de Justicia, fundamenta el principio según el cual todas las normas de este genero son de aplicación inmediata. El carácter de norma constitucional de aplicación *inmediata* o *programática*, no deriva del capricho del intérprete, sino del contenido de la norma, de su naturaleza jurídica. Todo texto constitucional nace en una determinada colectividad que ya, por el solo hecho de serlo, estaba, anteriormente, constituida por un determinado ordenamiento jurídico que, necesariamente, precedía a la nueva norma constitucional, el cual subsistirá hasta tanto sea modificado por el legislador ordinario o cuando algunas de sus normas choquen con

14. JELLINEK G., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros 1952, p. 180, DE RUGGERO y MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*. vol. I, Casa Editrice Giuseppe Principato, Ottava Edizione. pp. 3 y ss.

el nuevo texto constitucional. Solo aquellas normas que regulan un especifico y determinado comportamiento, deben considerarse como de aplicación inmediata, no siéndolo las que proponen el desarrollo de ciertos principios constitucionales que corresponderá realizar el legislador ordinario. Un ejemplo emblemático lo constituye el contenido del Artículo 19 Constitucional que, específicamente, hace referencia a las *leyes que los desarrollen*, (refiriéndose a los derechos humanos) lo que supone que dicha norma contiene un mandato a la Asamblea Nacional para que dicte tales leyes, aún cuando la omitida promulgación de las mismas no impide que, sustancialmente, ellos deban observarse; la contenida en el Artículo 257 que establece para el futuro, que "las leyes procesales adoptaran un procedimiento breve, oral, y público", norma ésta que, respecto a la oralidad y brevedad, requiere que el legislador ordinario acoja estos principios en las leyes procesales que dicte en el futuro. De seguirse al pie de la letra la tesis de la Sala Constitucional, según la cual todas las normas Constitucionales son de aplicación inmediata, se llegaría al absurdo de exigir que en todos los procesos pendientes para la fecha de promulgación de la Constitución, se convirtieran, de escritos en orales, lo que crearía la más absoluta incertidumbre acerca de cuáles son las formas procesales necesarias para la expresión de las voluntades que se objetivan en este género de actos. Si la afirmación de la Sala Constitucional, a la cual nos referimos, tuviera algún sentido, la consecuencia sería que todos los procesos que se han desarrollado en Venezuela a partir del 1º de enero del año 2000, son nulos, hecho éste que nadie se atrevería a defender. Por otra parte, la afirmación que criticamos pareciera ignorar que existe todo un capítulo en la Constitución Vigente, denominado *Disposiciones Transitorias*, que determina cuáles son las leyes que deben dictarse y el plazo que se concede a la Asamblea Nacional para ello, con el fin de desarrollar muchos de los principios constitucionales contenidos en el texto fundamental. Observamos, adicionalmente, que es la Sala que en la misma sentencia, después de afirmar que todas las normas constitucionales son de aplicación inmediata, se contradice, reconociendo la existencia de las programáticas, al afirmar que: "Sobre la crítica, la Sala considera que el Artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa, *sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el Legislador tuviere a bien desarrollarlas quedando en suspenso su efectividad en el tiempo*". (Fin de la cita) Según las previsiones de la Sala, el Legislador ordinario, la Asamblea Nacional, no se comportará diligentemente, como le corresponde. Supone que ella será morosa en el cumplimiento de su obligación de desarrollar, mediante leyes ordinarias, los principios constitucionales de la Carta Magna. Para evitar esta morosidad, que la Sala da por descontada, asume el papel del legislador y decide desarrollar, de una vez, sentencia tras sentencia, tales principios constitucionales violando así, absolutamente, la misma Constitución que dice aplicar, la cual establece, con claridad meridiana, las atribuciones de cada uno de los poderes públicos mediante los cuales se desarrolla la soberanía del Estado. La altanería de la Sala sube de punto cuando declara que "Por ello, tal *inmovilismo constitucional* ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales".

En otras palabra: existen normas constitucionales programáticas que deberá desarrollar el Poder Legislativo, pero como este no cumplirá con su deber *indefinidamente*, incurriendo en lo que la Sala denomina *inmovilismo constitucional*, que ha sido rechazado por ella, de un plumazo modifica la Constitución cuya *vigencia, supremacía y efectividad* le corresponde defender, atribuyéndose facultades legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional. La absoluta desobediencia a la Constitución

que tales argumentos supone resulta de una evidencia incontrastable, lo que hace perder cualquier fundamento legal a la Jurisdicción Normativa, con base a la premisa según la cual todas las normas constitucionales son de aplicación inmediata.

Las normas contenidas en los numerales 1, 2 y 18, del Artículo 187 Constitucional, establecen, entre otras, la atribución del Poder Legislativo Nacional de crear normas generales y abstractas (leyes). Las normas referidas establecen que sólo al poder Legislativo Nacional se le atribuye la facultad de legislar en materia de competencia nacional, correspondiéndole, por ello, a dicho Poder, según lo establecido en los numerales 13 y 32 del Artículo 156 Constitucional, crear normas generales y abstractas, susceptible de coacción, en materia tributaria, deberes y garantías constitucionales, civiles, mercantiles, penales, penitenciarias, *de procedimiento*, de derecho internacional privado, electorales, de expropiación por causa de utilidad pública y las demás que se determinan en el mencionado numeral 32 del Artículo 156 Constitucional.

Por su parte, la norma contenida en el Artículo 253 Constitucional, en su primer aparte, establece que "corresponde a los órganos del Poder Judicial (constituyendo el Tribunal Supremo de Justicia la cúspide del Poder Judicial) conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante *los procedimientos que determinen las leyes y ejecutar* o hacer ejecutar sus sentencias".

Obsérvese como el Artículo 335 Constitucional, en que se fundamenta la novedosa *Jurisdicción Normativa*, no legitima a la Sala Constitucional para hacer excepción a las normas que hemos citado, que establecen cuál de los Poderes Públicos está legitimado para dictar leyes y cuáles son las atribuciones específicas del Poder Judicial, sin que entre ellas se encuentre la de promulgar normas jurídicas. Por el contrario, es el mismo Artículo 253 Constitucional, el que determina que a los órganos del poder judicial les corresponde conocer de las causas y asuntos de su competencia, y para ello deberán poner en práctica *los procedimientos que determinen las leyes*. Esta norma recibe confirmación en los preceptos contenidos en el numeral 1 del Artículo 187 Constitucional, en concordancia con lo establecido en el numeral 32 del 156 *ejusdem*, según el cual las normas adjetivas, que regulen los procedimientos que deben utilizar los Tribunales de la República, son aquéllas que establezcan las leyes, excluyendo, implícitamente, que la Sala Constitucional esté legitimada para crear normas de este género.

Tampoco le atribuyen esta facultad las normas que determinan cuáles son las actuaciones que el Tribunal Supremo de Justicia puede realizar. Dichas facultades las establece el Artículo 266 Constitucional que remite, por lo que se refiere a la jurisdicción constitucional, al Artículo 335. Si analizamos las facultades que atribuye el Artículo 335 al Tribunal Supremo de Justicia, llegaremos a la conclusión según la cual ninguna de ellas puede interpretarse de manera que justifique la *Jurisdicción Normativa* que la Sala se ha atribuido. En efecto:

a) La primera de tales atribuciones consiste en *garantizar* la supremacía de las normas y principios constitucionales. Entiéndese por *garantizar*, el acto o comportamiento que protege lo garantizado, contra algún riesgo, debiendo entenderse que, cuando el Constituyente atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia la facultad de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, lo legitimó para que realice aquellos actos que aseguren su vigencia y, para ello, por intermedio de la Sala Constitucional, lo faculta para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos, con rango de la ley, de la Asamblea Nacional que colida con la Constitución, así como para anular total o parcialmente las constituciones y leyes

estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, que colindan con la Constitución, facultándosele, igualmente, para declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que la menoscabe, así como de aquellos actos que incurran en el mismo vicio, que sean dictados por otros órganos estatales en ejercicio del Poder Público, correspondiéndole, con el mismo fin, verificar la conformidad con la Constitución, de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación y revisar la constitucionalidad, aún de oficio, de los decretos que declaren los estados de excepción dictados por el Presidente de la República; pudiendo, finalmente, derimir las controversias constitucionales que se susciten entre los diversos órganos del Poder Público y revisar las sentencias definitivas de amparo constitucional y el control difuso de la constitucionalidad, que corresponde realizar a los tribunales de instancia. La puesta en práctica de las actividades del Tribunal Supremo de Justicia, es la única manera de satisfacer la primera de las atribuciones que determina el analizado Artículo 355.

b) Luego, le corresponde al Tribunal Supremo garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales. Esto quiere decir que tiene como misión asegurar que tales principios y normas, en la vida jurídica real, se apliquen efectivamente y que ellas alcancen el acoplamiento de las conductas de los sujetos de derecho a las normas y principios constitucionales, finalidad que se logra ejerciendo las atribuciones que tiene para garantizar su supremacía y que determina el Artículo 336 Constitucional.

c) Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Constitucional, interpretar las normas constitucionales, debiendo recordarse que el problema de la interpretación de una norma de esta naturaleza, se plantea sólo en los casos en que nazca una controversia jurídica, de carácter constitucional, que ocurre cuando la persona legitimada alegue la inconstitucionalidad de un determinado acto de efecto generales[15] porque colide con un precepto constitucional[16]. Con estas pretensiones lo que se requiere del Tribunal Supremo de Justicia es que determine que fue lo que quiso decir el constituyente cuando creó la norma interpretada. Determinada la voluntad del legislador en la norma que se denuncia violada, comparará el precepto constitucional con aquel al cual se le atribuye la violación del primero. Si constata, positivamente, esta circunstancia anulará la norma de que se trate, dejándola en vida en el caso contrario.

La actividad intelectual que corresponde realizar al Tribunal Supremo de Justicia, para satisfacer este cometido, consiste única y exclusivamente, en determinar cuál era la voluntad del Constituyente, cuando se creó la norma que interpreta. Cuál era el supuesto de hecho que tuvo en cuenta el legislador al dictarla y cuál el comportamiento que debe observarse, cuando el supuesto de hecho, que en la norma es abstracto, se concretiza. Para poder determinar, con precisión, en qué consiste esta facultad fundamental que el Artículo 335 le atribuye a la Sala Constitucional, de interpretar el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, es indispensable estudiar el alcance, los fines y el por qué de la actividad intelectual que corresponde a dicha Sala, como a todo juez, de interpretar normas jurídicas.

Consideramos que la interpretación que interesa al juez consiste en una actividad que persigue reconocer y reconstruir el significado que debe atribuírsele, en el contexto del ordenamiento jurídico, a un determinado precepto legal. Mediante la actividad

15. . Artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
16. . PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*, p. 44.

interpretativa, se reconstruye la idea original contenida en el precepto legislativo, o el sentido inicial del acto jurídico. En consideración al hecho de que el precepto tiene como finalidad determinar, regular, un determinado comportamiento específico, que debe actuarse cuando se verifiquen los supuestos de hecho al cual la norma conecta dicho comportamiento, y en consideración que tal precepto ha sido creado por una persona distinta a aquélla que debe ponerlo en práctica, se hace indispensable reconocer, evidenciar, comprender, cuál fue el pensamiento del legislador, cuál fue su voluntad; debiendo determinarse cuál fue el principio esencial que tuvo en cuenta al momento de concebir la norma, principio que es el que debe tenerse en cuenta para reconstruir, en un determinado momento histórico, cual es la voluntad del legislador que deba regular el comportamiento en el caso concreto. Mientras más general y abstracto sean los términos mediante los cuales se formula el precepto, mientras mayor sea el tiempo transcurrido entre el momento en que el precepto fue concebido y el momento en que deba ser aplicado concretamente, con mayor fuerza se advierte la exigencia de que el pensamiento del legislador se reelabore, y sea adaptado a la vida concreta y a la naturaleza de la situación jurídica que se pretende ordenar. Es para satisfacer esta exigencia que se recurre a la interpretación y, específicamente, a la interpretación de la ley, en consideración al grado de generalización y abstracción que la caracteriza[17]. Obsérvese pues que con la interpretación de la norma legal, lo que realmente persigue el interprete es conocer la voluntad del legislador para determinar su aplicación a un caso de la vida real, labor esta que es, en esencia, la que debe realizar el juez, al momento de sentenciar. Es necesario tener presente, para comprender la trascendencia y alcance de esta actividad intelectiva, que siempre y en todo caso, debe realizar el juez, que su actividad hermenéutica la realiza para resolver la controversia que proponen las partes del juicio, en la que una de ellas (sujeto activo) pretende que la otra (sujeto pasivo), acople su conducta al modelo de comportamiento que concibió el legislador, para regularlo, cuando ocurran ciertos hechos. El Juez debe establecer cuál es el modelo de conducta propuesto por el legislador, cuál fue su voluntad, para poder determinar si la conducta específica, acerca de la cual ha nacido la controversia, deba subsumirse en ese determinado modelo de conducta querido, ordenado, por el Legislador. Es, por lo tanto, una labor que se requiere para conocer la voluntad de un tercero. El juez no manifiesta en la sentencia su voluntad de crear, para el caso concreto, la conducta debida, sino su voluntad de conocer, de interpretar, la del legislador, para decidir si las partes acoplan su comportamiento a ella. Si al Juez le correspondiera, estuviera legitimado, en algún caso, para crear la norma jurídica a la que han debido acoplar su conducta las partes, nos encontraríamos ante una monstruosidad ética, ya que se pretendería del destinatario de la norma un comportamiento, antes y fuera del proceso, que ha debido acoplarse a la conducta que determinará la voluntad del juez, después que los comportamientos jurídicos, que provocaron la controversia, han sido puestos en práctica. Ello requeriría dotar al sujeto de derecho, de poderes adivinatorios para regular su conducta, no según el modelo de comportamiento que establece una norma que ya conoce, sino para acoplarla hoy a la que, mañana, considerará el juez como la conducta debida y que desconocía cuando manifestó su voluntad jurídica.

Si, como pareciera necesario concluir de las argumentaciones expuestas, la *interpretación* que legitima la Constitución en el Artículo 335, tiene como objeto determinar, conocer, desentrañar cuál fue el pensamiento, la voluntad del Constituyente,

17. BETTI, Emilio, *Interpretazione della Legge o degli Atti Giuridici*. Dott. A. Giuffré Editori 1949, p. 3 (tres) y ss.

al promulgar una determinada norma constitucional, la conclusión no puede ser sino una: el Artículo 335 Constitucional legitima a la Sala Constitucional, *únicamente, solamente, a interpretar los principios y normas constitucionales y no a crear normas jurídicas*, cualquier a que sea su rango o naturaleza, prescindiendo del hecho de que las normas constitucionales sean, todas ellas, de aplicación inmediata. En otras palabras: sólo le compete, en ejercicio de esta actividad intelectual, reconocer, determinar, cuál fue la voluntad del Constituyente, con el fin de regular el caso concreto.

Llamamos la atención acerca de un hecho relevante que evidencia la sentencia que analizamos. Según el criterio por ella sostenido, el Artículo 335 Constitucional ordena a todos los tribunales de la República someterse a las interpretaciones que de la Sala sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, lo que justifica que la Jurisdicción Normativa, mediante la cual ella crea normas jurídicas generales y abstractas, sea vinculante para tales tribunales, en el sentido de que todos ellos deben comportarse y decidir según tales normas. Así se expresa la Sala: "Ha sido así, que esta Sala, fundada en el Artículo 335 Constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata, ha *ido creando interpretaciones vinculantes que llene los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativa de las normas constitucionales*..". (Fin de la cita) Obsérvese como, en grado superlativo, la Sala tergiversa el significado etimológico, gramatical y jurídico de la palabra, *interpretación*, violando así una norma, que a pesar de estar establecida en el Artículo 4 del Código Civil, siempre se le ha atribuido el carácter de norma absolutamente inderogable, según el cual "A la ley debe atribuírsele el *sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras*". En efecto, nadie puede desconocer que el significado propio de la palabra *interpretar*, significa "explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad... entender o tomar en buena o mala parte una acción o palabra. Atribuir una acción a determinado fin o causa. Comprender y expresar bien o mal el asunto o materia de que se trata"[18]. Por lo tanto, el significado propio de esta palabra, excluye que la Sala Constitucional, cuando interpreta la norma, pueda crear una distinta a la interpretada.

Obsérvese, además, que es precisamente la referencia al Artículo 335 Constitucional, lo que provoca la mayor *fuente de incertidumbre*, que es la crítica medular que se le hace a la Jurisdicción Normativa, ya que nadie, ni norma alguna, garantiza que no sea la misma Sala que, al decidir una controversia distinta a la resuelta con una determinada interpretación de una determinada norma o principio jurídico, decida *interpretar*, de una manera distinta, la misma norma, lo que ocurre con muchísima frecuencia en las sentencias a las cuales dan vida los Tribunales de la República y los de cualquier otra República[19]. Esta nueva *interpretación* significaría, en la óptica de la Sala Constitucional, la creación de una nueva Ley para regular el mismo supuesto de hecho, ya regulado con la interpretación precedente de la cual se aparta al decidir una nueva controversia.

Debemos, por lo tanto, señalar, con base a los razonamientos expuestos, que el Artículo 335 Constitucional, no puede servir de apoyo legal para legitimar la Jurisdicción Normativa que se ha venido atribuyendo la Sala Constitucional.

---

18. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de España, Décima Novena, Edición 1970. p. 755.

19. Idéntico papel al que le señala a la Sala Constitucional la norma comentada, tiene el que le atribuye a la Sala de Casación Civil del mismo Tribunal Supremo de Justicia, los Artículos 321 y primer aparte del Artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, que regulan el recurso de Casación, como unánimemente admite la doctrina universal, entre otros, tiene como finalidad esencial uniformar la interpretación de la Leyes.

Aunque defender y recordar el alcance y el significado del Estado de Derecho pareciera, hoy en día, un ejercicio retórico, las interpretaciones que de la Constitución y del ordenamiento jurídico, tanto sustantivo como adjetivo, están ofreciendo a los justiciables, las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, justifica recordar su significado, importancia, trascendencia. Para ello utilizaremos las palabras del jurista Orlando Monagas Rodríguez[20]. "Tal principio es el siguiente: La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución. A este principio hay que agregar el de la absoluta privacía de la Ley entendida como expresión de la voluntad general, fundada a su vez en el principio de la residencia de la soberanía en la Nación, en el Pueblo. Se desprende de esto que el Estado de Derecho es un concepto complejo cuyas exigencias básicas e indispensables pueden resumirse en cuatro principios: Primero. El establecimiento de la separación de poderes. Ello quiere decir, que, *en sentido estricto y formal, cada rama del Poder Público tiene sus atribuciones bien definidas en la Constitución y en las Leyes, pues el sentido ideológico de la separación de poderes consiste en evitar la concentración del poder en una sola mano*, particularmente la del titular del Poder Ejecutivo, persiguiendo la finalidad de alcanzar el respeto a los derechos y libertades cívicas, así como el control y la limitación del poder estatal, lo cual se logra con la recíproca limitación entre los poderes, cumplida de manera sensata, objetiva y equilibrada.

Segundo. El imperio de la Ley quizás constituya la nota primordial del Estado de Derecho. *Entendiéndose por tal Ley el acto que formalmente emana del órgano popular representativo, como expresión de la voluntad popular, siendo esencial que el órgano de representación popular* sea elegido. Esa Ley ordinaria está condicionada a no colidir con la Constitución y para asegurar esa subordinación, debe estar claramente establecido el control de constitucionalidad de las Leyes. En este sentido, debe aclararse que en el Estado de Derecho no tiene cabida la Ley que proviene de una voluntad individual absoluta". (Fin de la cita)

Puede afirmarse, por lo tanto, que la premisa insustituible sobre la cual descansa el Estado de Derecho es la existencia de un ordenamiento jurídico que regule, no solamente las libertades de las que debe gozar todo sujeto de derecho, incluyendo a los Poderes Públicos y el alcance de los límites de esa libertad, sino que también establezca, con toda claridad, los fines, las metas, que tales sujetos de derecho pueden lograr, si amoldan su conducta a la norma jurídica. El conocer, con anticipación y certeza, cuál es la conducta lícita que debemos poner en práctica para logra tales fines, constituye el valor ético fundamental de la norma jurídica, que no puede satisfacerse si no se conocen con claridad las conductas consentidas por la ley[21].

Por lo tanto, cuando la ley, a la cual el juez ordena a las partes en la sentencia, acoplar su conducta, que se ha originado antes y fuera del proceso, respecto a la cual se ha suscitado la controversia entre ellas, es creada por dicho juez con la sentencia que la resuelve, nos encontramos ante la más clara violación del Estado de Derecho, que lo vacía de todo contenido ético.

20. MONAGAS RODRÍGUEZ, Orlando, Artículo de opinión publicado en Foro (Suplemento jurídico nº 35 del Semanario Quinto Día), *Quinto Día*, Edición nº 137 del 21 al 28 de mayo de 1999. p. 24.

21. LÓPEZ DE OÑATE, *La Certeza del Derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 138.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 336 CONSTITUCIONAL

No pudiendo basarse la Jurisdicción Normativa, en el Artículo 335 Constitucional, como hemos pretendido demostrar en el capítulo precedente, analizaremos el 336 *ejusdem*, citado también por la Sala Constitucional para apoyar su legitimidad.

Es precisamente considerando la trascendencia de las actuaciones que el texto constitucional atribuye a esa Sala, lo que nos obliga a determinar, con la mayor exactitud y precisión posible, cuáles son tales atribuciones y el alcance de las mismas. Ello nos permitirá establecer su específica competencia o capacidad para dar vida a determinadas voluntades jurisdiccionales, causantes de efectos jurídicos. Para lograrlo es necesario analizar el contenido del Artículo 336 del Texto Constitucional que determina, con claridad meridiana, cuáles son las atribuciones de la Sala Constitucional, las cuales deben, necesariamente, interpretarse, tomando en cuenta que el Poder Judicial y el Tribunal Supremo de Justicia y sus distintas Salas, que constituyen la cúspide de dicho Poder, tiene una finalidad específica y propia: la de administrar justicia, tal como lo establece su Artículo 253 Constitucional, según el cual "la potestad de realizar esta función, (administrar justicia) que emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley, corresponde a los órganos del Poder Judicial", (Fin de la cita) función que le atribuye la facultad de conocer de las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes y la ejecución de las sentencias que dicten tales órgano judiciales.

Debe, por lo tanto, llegarse a la conclusión, que de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente, la función que se le atribuye al Poder Judicial y, por lo tanto, al Tribunal Supremo de Justicia, está limitada a la función de administrar justicia, actividad ésta cuyo ejercicio además le impone, obligatoriamente a dicho Poder Judicial, el Artículo Primero del Código de Procedimiento Civil, vigente para esta fecha.

La doctrina afirma que la administración de justicia, que corresponde llevar a cabo a los órganos jurisdiccionales, consiste en declarar cuál es la voluntad de la ley aplicable al caso concreto, debiendo, para ello, determinar con precisión, cuál ha sido la relación o situación jurídica que la afirmada concretización del supuesto de hecho legal ha provocado, como consecuencia del acaecimiento, en la realidad, de los hechos que, en abstracto, la norma determina como causante de la constitución de tal relación o situación jurídica[22].

Mediante la función legislativa el Estado provee a la tutela de los intereses individuales y colectivos, estableciendo reglas generales, voluntades legislativas abstractas, a la actividad de los particulares y a la suya propia, susceptibles de coacción. Esta facultad se la reconoce el Ordinal Primero del Artículo 187 de la Constitución, según el cual corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. La actividad de legislar implica la creación de normas jurídicas, generales y abstractas, a cuyos preceptos deben someter su conducta las personas físicas y jurídicas, privadas y públicas, que fueron sus destinatarios.

Mediante la actividad judicial, por el contrario, el estado atiende a hacer prácticamente eficiente la tutela establecida en las normas generales, procurando, en los casos particulares, la satisfacción de los intereses que tutela, cuando la voluntad

22. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*, pp. 16 y ss.

concreta de ley no se realice. Con la actividad legislativa, el Estado persigue dos finalidades distintas: la primera de ellas consiste en determinar qué tutela quiere conceder a ciertos intereses y en segundo lugar desarrolla esa tutela en una forma característica, imponiendo reglas generales de conducta. Mientras que con la actividad judicial, el estado cumple una sola misión: la de resolver las controversias que ocasionen la afirmada realización de ciertos hechos que dan lugar a la tutela de los intereses protegidos por la norma jurídica abstracta, interviniendo, directamente, para su satisfacción, cuando los destinatarios de la norma jurídica no acoplen espontáneamente su conducta al modelo en ella establecido[23].

Podemos concluir que la función legislativa crea normas de conducta, generales y abstractas, de obligatoria observancia, de parte de sus destinatarios, mientras que la función jurisdiccional persigue la resolución de las controversias que la aplicación concreta de tales normas provoque entre sujetos de derecho.

Hemos señalado también que el instrumento o medio que tiene el Poder Judicial para cumplir con la función que la Constitución le atribuye, es declarar la voluntad de la ley que debe aplicarse al caso concretamente resuelto en un determinado juicio. Tal declaración se limita a establecer la aplicación de normas preexistentes al juicio que, con la intervención del juez, se resuelva[24]. A los tribunales no les compete la creación de normas jurídicas generales y abstractas, no solamente porque el texto constitucional no les faculta para ello sino, también, por una cuestión de elemental sentido de justicia según el cual nadie puede pretender que alguien amolde las conductas a las cuales ha dado vida en el pasado, a normas que se creen en el futuro, una vez que tales conductas han sido puestas en práctica. Esto ocurriría si se le permitiera a los jueces crear normas para señalar, en el caso específico, qué conductas han debido poner en práctica las partes, antes que el proceso se efectuare y cuáles las conductas procesales que deben observar en el juicio que propongan, con el ejercicio del derecho de acción.

Las consideraciones que anteceden deben aplicarse, rigurosamente, a la actividad que realiza el Tribunal Supremo de Justicia y, por lo tanto, a las funciones que de acuerdo con el Artículo 336 de la Constitución de Venezuela, corresponde a su Sala Constitucional que analizaremos a continuación.

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. "Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución". Obsérvese que en el ejercicio de esta atribución, la Sala no tiene facultad distinta a la *de declarar* la nulidad de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución. El ejercicio de esta atribución no faculta a la Sala Constitucional para *crear* leyes nacionales o actos con rango de ley, ya que esta actividad corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional. La declaración de nulidad de un determinado acto de efectos generales provoca un único efecto jurídico como es el de quitarle eficacia y, por lo tanto, el carácter de precepto, a la ley o acto con rango de ley, declarado nulo. No puede la Sala Constitucional, en ejercicio de esta específica facultad, proponer la vigencia de un precepto o de un conjunto de preceptos que sustituyan al declarado nulo, puesto que esta función corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional.

23. PESCI FELTRI, Mario, *Concepto de Función*..... pp. 29 y ss.
24. PESCI FELTRI, Mario, *Teoría General*.... p. 20.

2. El numeral segundo del Artículo 336 que analizamos, atribuye a la Sala Constitucional la facultad de "declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta". Obsérvese que en ejercicio de esta atribución, la Sala Constitucional debe comportarse exactamente de la misma manera como debe comportarse cuando ejerza la atribución que le confiere el numeral primero, que hemos analizado en el párrafo precedente. Cuando, en ejercicio de esta atribución, la Sala declara la nulidad de algunos de los actos especificados en el numeral segundo, debe limitarse a eso: declarar la nulidad del acto. No sustituirlo, según su criterio, por un acto distinto, ya que la creación de los mismo corresponderá a los órganos estadales y municipales que tienen la atribución específica de crear los actos de defectos generales a los que se refiere el numeral *in comento*.

3. Según el numeral tercero del mismo Artículo 336, corresponde a la Sala Constitucional "declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta constitución". También en ejercicio de esta atribución el comportamiento de la Sala no puede ser distinto al que hemos señalado al comentar los numerales anteriores, a saber: declarar la nulidad de tales actos, sustrayéndoles cualquier efecto jurídico sin que pueda la Sala crear una norma que sustituya a la invalidada, atribución ésta que corresponde al Ejecutivo Nacional.

4. El numeral cuarto del mismo artículo atribuye a la Sala Constitucional la facultad de "declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e indirecta de la constitución dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio de Poder Público". Repetimos lo que hemos expuesto con anterioridad: la Sala constitucional, en ejercicio de esta atribución, debe limitar su voluntad objetivada en la sentencia, a declarar la nulidad del acto de que se trate, dejarlo sin eficacia, sin poder, luego, sustituirse al órgano de que se trate, en la formulación de un precepto o ley sustitutiva de la declarada nula.

5. El numeral quinto del Artículo 336 establece que la Sala Constitucional tiene la atribución de "verificar, a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos con la República antes de su ratificación". Obsérvese pues que también este artículo no le atribuye a la Sala Constitucional la facultad de crear norma jurídica alguna sino que la limita a comparar el texto del tratado internacional de que se trate, con el texto de la Constitución y si determina que aquel colide con ésta, declara la improponibilidad de su ratificación.

6. El mismo comportamiento debe observar la Sala Constitucional cuando le corresponda, de acuerdo con el numeral seis del Artículo 336, "revisar, en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República" ya que, también en el ejercicio de esta atribución, la actividad de la Sala debe limitarse a declarar lo inconstitucionalidad del decreto de que se trate sin que pueda, en ningún caso, sustituirse al Presidente de la República en la emanación del decreto que declare el estado de excepción, en el caso específico.

7. Por su parte, el numeral séptimo del Artículo 336, contiene una norma cuya interpretación y alcance son verdaderamente problemáticos al establecer que corresponde a la Sala Constitucional "declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo, Estadal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o

medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta y establecer el plazo y de ser necesario, los lineamientos de su corrección". Esta es la única atribución de las que contiene el Artículo 336 que analizamos, que permite a la Sala Constitucional hacer algo distinto a declarar la inconstitucionalidad de un determinado acto de efectos generales y esta actividad adicional está claramente delimitada por la misma norma que comentamos, así: a) establecer el plazo dentro del cual se deban dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución y, b) de ser necesario, señalar los lineamientos de la corrección del acto de que se trate. Pero señalar "los lineamientos de la corrección" a la cual debe ser sometido el acto de que se trate, no significa, de ninguna manera, establecer las normas generales y abstractas de eficacia obligatoria; que deba contener dicho acto. "Fijar los lineamientos de la corrección" significa señalar cuáles son los principios constitucionales que el órgano debe tomar en cuenta para dictar las normas o medidas indispensables que garanticen la aplicación de la Constitución, pero, en ningún caso, bajo pretexto alguno, puede la Sala sustituirse al órgano competente para dictar las normas jurídicas correspondientes.

8. Corresponde también a la Sala Constitucional, según el Numeral Octavo del Artículo 336, "resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cual de éstas debe prevalecer", atribución ésta que no le permite la creación de normas jurídicas sino única y exclusivamente, establecer la norma que debe prevalecer según la Constitución, cuando exista colisión entre dos o más de ellas, para así resolver las controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público. El numeral comentado le atribuye una competencia específica que deberá resolver, como cualquier otro Tribunal, aplicando la ley al caso concreto, no creando nuevas normas para cumplir con su cometido.

9. Finalmente, el numeral diez, del Artículo 336, permite a la Sala Constitucional "revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva". Revisar una sentencia de amparo constitucional, no quiere decir cosa distinta a la de examinar la adecuada aplicación de las normas constitucionales al caso controvertido y resuelto por la sentencia dictada. La Sala Constitucional, en otras sentencias, ha establecido su competencia para ratificar, modificar o revocar sentencias que resuelvan controversias respecto a la violación o amenaza de violación de garantías constitucionales de un determinado sujeto de derecho, provocada por actos de terceros. Pero esta competencia revisora que el numeral diez del Artículo 336, le atribuye a la Sala Constitucional, le permite sólo y exclusivamente pronunciarse acerca del debate o de la controversia propuesta con el recurso de amparo y, aplicando *las normas sustantivas y procesales precedentes a la resolución del caso*, confirmar o revocar la sentencia de amparo revisada. No puede, absolutamente, en ejercicio de esta atribución, hacer algo distinto a la de resolver, en última instancia, la controversia de amparo que le proponen las partes. Esta atribución no autoriza a la Sala, de ningún modo, para crear normas jurídicas, generales y abstractas, no solamente porque ello significaría violar la reserva legal de la Asamblea Legislativa, sino que, haciéndolo, incurriría en la más grave de las injusticias, como seria la de crear normas jurídicas a las cuales deben amoldar su conducta las partes, cuando ellas hayan sido puestas en práctica con anterioridad a la creación de la norma.

Debemos, por lo tanto, necesariamente, concluir, aplicando los razonamientos que hemos expuesto en este Capítulo, en que ninguna norma, ni constitucional ni legal,

atribuye a la Sala Constitucional competencia para dictar normas de carácter general y abstracto, sean éstas sustantivas o adjetivas, procesales. Por lo tanto, sí la Sala Constitucional, violando este principio de exquisito rango constitucional según el cual la creación de normas de derecho generales y abstractas compete a otros órganos del Poder Público Nacional o Estadal, aprovechara o tomara como excusa, la realización de una atribución que le es propia, como la de dictar una sentencia de amparo como tribunal revisor, para crear normas de rango legal, incurría, de manera flagrante, en la violación del texto cuya vigencia le corresponde defender, mantener y aplicar.

V. DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA

La Sala Constitucional defiende la facultad que se ha atribuido de dictar normas generales y abstractas, susceptibles de coacción, para regular conductas, como lo hace en la sentencia que hemos ya citado y parcialmente transcrito, con los argumentos siguientes: "A esta especie de ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, se le critica que a), es fuente de incertidumbre, b), que no se encuentra prevenida (sic) en la Ley y c), que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad". (Fin de la cita) Para rechazar las críticas que se hacen a la Jurisdicción Normativa, la sentencia citada, alega: "Sobre la crítica, la Sala considera que: a) el Artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa sobre todo en relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviera a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala; b) por aplicación inmediata de los principios constitucionales; c) resulta una crítica tendenciosa la supuesta incertidumbre que causa la Sala con este tipo de interpretación, ya que la interpretación constitucional sólo funciona cuando no exista ley que desarrolla la norma constitucional, o ello sea contraria a la Constitución y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adaptan a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela".... "Ha sido así, que esta Sala, fundada en los Artículos 335 Constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata, *ha ido creando interpretaciones vinculantes que llenan los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales*, o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de la misma, producto de la ley". (Fin de la cita)

Según nuestra opinión las razones transcritas, que persiguen justificar la Jurisdicción Normativa, carecen de cualquier validez para quitarle fundamento a las que hemos expuesto y expondremos. En los párrafos siguientes señalaremos las razones que, según nuestra opinión, vacían de contenido las argumentaciones de la Sala Constitucional para defender la Jurisdicción Normativa, de las críticas a las que ha sido sometida, debiendo advertirse que la primera y la tercera de ellas, a que hace referencia la sentencia cuyos párrafos hemos transcrito: a) que es fuente de incertidumbre y c) que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad; se analizarán como una sola ya que la incertidumbre, la falta de certeza que crea la Jurisdicción Normativa, en los sujetos de derecho, respecto a las normas sustantivas que habrán de regular su comportamiento antes y fuera del proceso y respecto a los comportamientos que las partes y el juez deberán observar durante su desarrollo, resulta evidente al desconocer tales sujetos de

derecho, cuáles son los comportamientos que deben poner en práctica, antes y fuera del proceso, para lograr los fines que la norma jurídica persigue garantizar y cuales los que deberán observar los sujetos del proceso (juez y partes), para conseguir el desarrollo de la función jurisdiccional y la adecuada resolución de las controversias jurídicas.

Hemos ya demostrado en el Capítulo III de estos comentarios, que el texto del Artículo 335 Constitucional, no ofrece base legal alguna para legitimar la Jurisdicción Normativa, mediante la cual la Sala Constitucional se ha atribuido facultades privativas de la Asamblea Nacional. De allí que la constatación de este hecho es, desde el punto de vista jurídico, argumento determinante para vaciar de contenido su legalidad. La crítica que, según la misma Sala, se hace a dicha Jurisdicción, es absolutamente coherente y justificada. En efecto, el principio de la legalidad ha sido aceptado en todos los países civilizados y en nuestra Constitución lo consagra sus Artículos 2 (dos), según el cual: "Venezuela se constituye en un estado democrático y social *de Derecho y de Justicia*, 3 (tres) según el cual: "El Estado tiene como fines esenciales... la garantía del cumplimiento de los principios, de derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución".... por el Artículo 7 (siete) según el cual: "La Constitución es la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público (encontrándose entre ellos la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia) están sujetos a esta Constitución". Por su parte, los principios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cuyas normas constituyen derecho común de cualquier ley adjetiva, supliendo con sus normas la regulación de los supuestos de hecho que no estén regulados en la ley especial, se encuentran los principios de la legalidad de las normas de los actos procesales, por lo que ningún acto de este género produce sus efectos propios, cuando no sean satisfechas tales formas esenciales, como lo dispone el Artículo 7 en concordancia con el Artículo 206 *ejusdem* y el principio de la legalidad según el cual... "...en sus decisiones los jueces (y debe entenderse que es una norma que regula el comportamiento de todos los jueces) deben atenerse a las normas de derecho a menos que la ley los faculte para decidir con arreglo a la equidad". (Artículo 12)[25].

La Jurisdicción Normativa que se atribuye un órgano jurisdiccional, a quien compete, exclusivamente, resolver controversias mediante la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto, constituye la máxima incertidumbre ya que, creando normas jurídicas, ya sean de naturaleza procesal, ya sean de naturaleza sustantiva, para resolver controversias respecto a conductas que se han externado cuando tales normas no existían, constituye fuente absoluta de tal incertidumbre. La certeza jurídica, que el principio de la legalidad protege, consiste, precisamente, en crear las normas reguladoras que deberán observar, en el futuro, sus destinatarios, cuando se verifiquen los supuestos de hecho que son causa del precepto normativo. El pretender que esta conducta, sea fuera y antes del proceso, sea durante el proceso, se regule según normas que los sujetos jurídicos desconocían, provoca el mayor grado de incertidumbre. Esta incertidumbre, que es absoluta, vacía de contenido la seguridad jurídica que se persigue asegurar con el principio de la legalidad.

25. El texto de los Artículos 26, 27 y 257 Constitucional, no comportan derogación alguna del principio de la legalidad de las formas procesales ya que sus normas se limitan a ratificar el contenido en 206 del Código de Procedimiento Civil, según el cual para que un acto procesal sea declarado nulo, quien lo realiza debe haber omitido la satisfacción de una formalidad que es esencial para garantizar la obtención del fin que tuvo presente el legislador, cuando creó el acto procesal de que se trate.

Constituye una evidente violación del principio de la legalidad el afirmar que la Jurisdicción Normativa se aplica sólo cuando no exista ley que desarrolle la norma constitucional o ella sea contraria a la Constitución y siempre la interpretación queda proyectada hacia el futuro..". El principio de la legalidad establece que cuando no exista una ley que regule un determinado supuesto de hecho, corresponde crearla a la Asamblea Nacional y no al Tribunal Supremo de Justicia. Es un principio generalmente aceptado, el de la suficiencia del ordenamiento jurídico según el cual las lagunas legales que, eventualmente existieren en dicho ordenamiento, deben ser colmadas por el juez, mediante la aplicación analógica de normas que regulen supuestos de hecho semejantes, consagrada en el Artículo 4, que también establece que, en caso de duda acerca de la existencia de normas que regulen casos semejantes, se aplicarán los principios generales del derecho.

Si la norma que se pretende aplicar es inconstitucional, la Sala debe sólo limitarse a declararlo, anulándola, no pudiendo, en ningún caso, crear una nueva norma que la sustituya.

Finalmente, es incierto que la norma creada por la Sala quede proyectada al futuro. En todo los casos en que ella ha usurpado la función de legislador, ha aplicado, en el juicio en que tal creación se verifica, la norma creada. En el caso negado que fuera cierta esta afirmación, la incertidumbre no sólo permanece, sino que se acrecienta ya que la Sala, resolviendo en el futuro una controversia distinta, pudiera darle una nueva interpretación a la norma ya interpretada originalmente, lo que comportaría una nueva modificación del ordenamiento jurídico que, a su vez, pudiera ser nuevamente modificado, cuando se ofreciera una nueva interpretación de la misma norma y así sucesivamente.

Resulta pues evidente que, con base a los argumentos expuestos, la Jurisdicción Normativa constituye una clara y grave violación del principio de la legalidad, consagrado constitucionalmente y, en consecuencia, una clara y grave violación de la reserva legal, violaciones ambas que consagran la máxima incertidumbre jurídica.

VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA

En este capítulo analizaremos una de las sentencias emblemáticas dictada por la Sala Constitucional, para fundamentar la denominada Jurisdicción Normativa, con el fin de demostrar, de la manera más objetiva, las consecuencias prácticas que su mantenimiento y extensión ocasiona.

Haremos referencia a la sentencia que hemos analizado en algunas de sus partes en este escrito, que la misma Sala cita como la decisión en la que la Jurisdicción Normativa ha encontrado su planteamiento teórico y práctico (*Caso José Amando Mejía*). En la decisión mencionada la Sala, so pretexto de aplicar algunos principios y garantías constitucionales, modifica el procedimiento de amparo, haciéndolo más engorroso del objetivado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sancionando una marcada violación del debido proceso y del derecho de defensa que el Artículo 49 Constitucional garantiza.

Así se expresa la sentencia referida: "Por mandato del Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el procedimiento de la acción de amparo

constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades. Son las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente con la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella". Acto seguido la sentencia que analizamos saca como conclusión de la premisa transcrita, la siguiente: "la aplicación inmediata del Artículo 27 de la vigente Constitución, *conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del Artículo 27 ejusdem*". Pareciera indiscutible que, al afirmar lo que hemos literalmente transcrito, la Sala Constitucional se está atribuyendo una función que ni la Constitución ni las leyes le otorgan. Lo único que puede hacer la Sala Constitucional, para imponer rigurosamente la norma citada, es declarar nulas aquellas normas de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que colidieran con el Artículo 27. Lo que no le está permitido a la Sala Constitucional, por carecer de las atribuciones requeridas para ello, es crear, *inventar*, un nuevo proceso de amparo ya que, como hemos afirmado a lo largo de todo este escrito, la creación de la norma constituye reserva legal de la Asamblea Nacional y de los demás órganos que la Constitución y las leyes establecen. El hecho de que sean anuladas las normas de la Ley Orgánica de Amparo que sean contrarias a las disposiciones del Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que tal declaración cree un vacío legal, no es razón suficiente para conferir a la Sala Constitucional la facultad de crear un nuevo procedimiento de amparo, ya que este comportamiento violaría abiertamente la reserva legal que hemos mencionado. Pero es que, además, en este punto la sentencia que analizamos, es absolutamente inmotivada ya que no dice cuáles normas de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, coliden con el Artículo 27 cuya aplicación invoca. En efecto, la sentencia no dice cuál de los preceptos contenidos en la ley citada, viola los principios de oralidad, publicidad, brevedad, gratuitidad y el por qué las formas procesales que ella contempla, hacen inaplicable el requerimiento establecido en dicho artículo según el cual el proceso de amparo no debe estar sujeto a formalidades.

Tampoco puede justificarse la violación de la reserva legal que corresponde a la Asamblea Nacional, con los razonamientos de la sentencia que comentamos, contenidos en este párrafo: "por otra parte todo proceso jurisdiccional contencioso debe ceñirse al Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impone el debido proceso, el cual, como lo señala dicho artículo, se aplicará, sin discriminación, a todas las actuaciones judiciales por lo que los elementos que conforman el debido proceso deben estar presentes en el procedimiento de amparo, y por lo tanto, las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones del Artículo 49". (Fin de la cita) Estas afirmaciones de la sentencia quedan suspendidas en el aire ya que, después de haber señalado que el debido proceso es el único que deben poner en práctica los jueces para resolver las controversias que se le planteen, ningún examen o análisis o consideración hace que permita llegar a la conclusión que el proceso, contenido en la ley de amparo, no tiene las características del debido proceso. Nada dice ni establece que nos permita entender cuál de sus normas contraría el precepto contenido en el Artículo 49 citado por ella. Debe, por lo tanto, considerarse que la creación de nuevas formas procesales o la modificación de la existentes, es absolutamente inmotivada ya que ninguna relación lógico-analítica establece entre el contenido de los Artículos 27 y 49 del texto constitucional y las modificaciones del

proceso de amparo que en dicha sentencia se objetivó. Pero además el párrafo transcrito contiene una serie de afirmaciones absolutamente discutibles. En primer lugar, el Artículo 49 establece que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, señalando, seguidamente, cuáles son sus características. Respecto a esta norma caben dos interpretaciones posibles: la primera de ellas consiste en considerar que el Artículo 49 contiene una norma programática, en cuyo caso corresponde a la Asamblea Nacional desarrollar los principios contenidos en él. Si se considerara, por el contrario, que dicha norma produce efectos inmediatos, la Sala Constitucional, cuando así se le solicite, y no actuando de oficio, establecerá cuál norma específica, de un determinado proceso, viola la norma constitucional y declarará su nulidad, omitiendo suplir la labor del legislador, por la propia.

Pareciera que el criterio de la Sala Constitucional es que la norma en cuestión es de aplicación inmediata. Esto se colige de la frase contenida en la sentencia que analizamos que al referirse al Artículo 49 Constitucional afirma "que impone el debido proceso, el cual, como lo señala dicho artículo, se aplicará sin discriminación a todas las actuaciones judiciales... deben estar en el proceso de amparo y como, por lo tanto, las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones del Artículo 49".

Si la Sala hubiere querido ser coherente, ha debido señalar, concretamente, respecto a qué supuesto de hecho la Ley Orgánica de Amparo no se corresponde con las características que el Artículo 49 atribuye al debido proceso. Pensamos que la Sala difícilmente, razonando objetivamente, hubiere podido señalar cuál norma de dicha ley, hubiere sido distinta, de aplicarse las normas que caracterizan el debido proceso. En efecto, nadie podría afirmar que la defensa no está consagrada en los diferentes grados que componen el proceso de amparo. En él se requiere tanto la notificación del agraviante como del fiscal del Ministerio Público, quienes pueden acceder a las pruebas documentales que acompañe el agraviado, en tiempo suficiente para ejercer su derecho, como lo establece el Artículo 23 de dicha ley que otorga el plazo de 48 horas a partir de la respectiva notificación, para que el demandado informe respecto a la pretensión del demandante. El plazo de 48 horas, no puede considerarse insuficiente en un proceso de extremada urgencia, para el demandante, como es el de amparo. En dicho informe el agraviante realizará una relación sucinta y breve de las pruebas en las cuales fundamente su pretensión el agraviado. En el proceso de amparo no existe norma alguna que haga presumir la culpabilidad del agraviante la cual, necesariamente, debe ser comprobada ante el juez de la causa. Se permite, como se desprende de la lectura de su normativa, que las personas que en él participan, sean oídas con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente (48 horas para informar y 96 horas para la audiencia constitucional en las que ambas partes participan, en igualdad de condiciones y en contradictorio). El proceso de amparo establece, con toda claridad, quién es el juez competente que debe conocer de la controversia de que se trate (véanse los artículos del 7 al 12 inclusive). Dicho juicio no permite que una persona sea obligada a participar en él sin conocer la identidad de quien la juzga. Acudir al Tribunal competente según la ley, excluye que las partes sean juzgadas por tribunales de excepción o por comisiones creadas al efecto. El proceso que analizamos, no obliga a ninguna de las partes a confesarse culpable ni establece sanciones por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. En el proceso de amparo la Cosa Juzgada es una defensa perfectamente legal y el mismo puede hacerse valer contra cualquier acto jurídico que provenga del Estado. Con él se

puede pretender el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificado.

Pareciera, pues, evidente que el proceso de amparo que regula la materia, actualmente vigente, se compadece con el modelo del debido proceso establecido en el Artículo 49 de la Carta Magna.

Por otra parte, si la Sala, como pareciera desprenderse de la sentencia que analizamos, encontrare que alguna norma de la Ley de Amparo es incompatible con alguna de las exigencias que caracteriza el debido proceso consagrado en el Artículo 49, ha debido limitarse a anularla y no a sustituirla, como ha ocurrido en el nuevo proceso de amparo creado por la sentencia que analizamos.

Debemos también detenernos de nuevo, en una de las premisas que establece la sentencia que comentamos según la cual "por mandato del Artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y *no sujeto a formalidades*. Son las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente, con la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella". (Fin de la cita)

Es evidente, en el pensamiento de la Sala Constitucional, que también esta norma no es programática, (de lo cual diferimos) sino de aplicación inmediata. Aún admitiendo, *gratia arguendi*, que la Sala tenga razón, el texto en cuestión tiene que ser interpretado de tal manera que no vacíe de contenido el procedimiento o la norma jurídica, a la que el texto constitucional deba aplicarse. Quisiéramos fijar, brevemente, la atención, acerca de la norma que establece que la acción de amparo no debe estar sujeto a formalidades. Esta frase (absolutamente inapropiada de acuerdo con la opinión de quien escribe) no puede ser interpretada literalmente en el sentido que pretende darle la sentencia, según la cual el procedimiento de amparo no puede revestir forma alguna. Esta interpretación, permítaseme el atrevimiento, constituye un absoluto disparate, ya que no hay manifestación del espíritu humano, de la voluntad humana, (e, indudablemente, los actos procesales que conformen cualquier procedimiento constituyen manifestaciones del espíritu y de la voluntad del hombre) que vaya dirigida a terceros y deba ser comprendida por este tercero, que no requiera, necesariamente, una determinada forma. Aún cuando esta no es la sede para discutir el problema de las formas procesales, puede afirmarse que no existe, ni ha existido, ni existirá proceso regulado por normas jurídicas, que no esté rodeado de formas procesales, para poder conocer la voluntad de quienes en él participan. Dichas formas pueden ser más o menos sencillas, más o menos complicadas, pero su presencia es absolutamente indispensable. Tan lo que afirmamos es verdad, que es la misma Constitución de la República que en su Artículo 49 impone el debido proceso "a todas las actuaciones judiciales y administrativas" y por lo tanto también el proceso de amparo, que nadie se atrevería a afirmar que no constituye un proceso. Es la misma sentencia que invoca, como analizamos precedentemente, la necesidad de aplicar el debido proceso, también cuando se controvierta acerca de garantías constitucionales, en un proceso de amparo. No se requiere una particular capacidad de entendimiento para darse cuenta que los ocho numerales que establecen las características del debido proceso, consagrado en el Artículo 49, contienen un elenco minucioso de formas procesales. Por lo tanto, aún cuando el constituyente haya, sin conocimiento de causa, afirmado que el procedimiento de amparo no está sujeto a formalidades, el intérprete y, en este caso, la Sala Constitucional, no puede aplicar

dicho precepto sin la debida adecuación a lo que es la realidad jurídica objetivamente considerada. Pretender que un proceso, de cualquier género, carezca de formalidades, significa que la justicia deje de reinar, que la aplicación de la norma jurídica sea una entelequia y que los justicios queden en manos de un Poder Judicial que actuaría caprichosamente, olvidándose de un principio fundamental que constituye la razón ética que justifica la existencia del ordenamiento jurídico: su certeza.

Pero admitiendo que la carencia de formas procesales signifique, y no puede ser de otra manera, que ellas deben ser lo más sencillas posible, de manera que no puedan interferir una rápida y eficaz administración de justicia, debemos recordar que crear este tipo de procedimientos, corresponde a la Cámara Legislativa y no a la Sala Constitucional, por lo que si ésta se sustituye a aquélla, origina un acto absolutamente inexistente, por violar la reserva legal de la Cámara Legislativa. Creemos que al hacer referencia la Sala Constitucional al Artículo 27 de la Carta Magna, no lo hizo con el fin de establecer el principio según el cual en todos y en cualquier proceso de amparo, corresponde al juez establecer, única y exclusivamente para el caso que le corresponde decidir, cuál es el proceso al que deben adaptar sus conductas las partes. Pretender esto sería acabar, de una vez por todas, con el principio de la legalidad y, por lo tanto, con el mismo ordenamiento procesal. Pero es que además esta convicción parte de lo establecido en la misma sentencia, allí donde afirma"... la Sala Constitucional obrando dentro de la facultad que le otorga el Artículo 335 *ejusdem*, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (la sentencia en la parte que nos ocupa, no interpreta norma jurídica alguna sino que crea un nuevo procedimiento de amparo) *las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República*". (Fin de la cita) Debe, por lo tanto, descartarse que la Sala haya querido interpretar el Artículo 27, por lo que se refiere a la omisión de formas procesales que deben caracterizar el proceso de amparo, en el sentido de que corresponde a cada juez, en cada caso, establecer las formas procesales pertinentes al específico juicio de que se trate. Esto nos conduce, necesariamente, a ratificar la contradicción palmaria que se evidencia de los términos de la sentencia, cuando parte de la aplicación simultánea del Artículo 27, que establece el principio de la informalidad del proceso de amparo y la del Artículo 49 que establece las formas que deben, necesariamente, observarse en el debido proceso las cuales, precisamente por su carácter, deben aplicarse también en el proceso de amparo.

En la sentencia que analizamos, la Sala Constitucional se ha sustituido a la Asamblea Nacional creando un nuevo proceso de amparo distinto al vigente hasta la fecha en que dicha sentencia se dictó. Que ésta sea la finalidad que se ha propuesto la Sala, en la parte de la sentencia que criticamos, no puede dudarse. Para convencernos es suficiente llamar la atención sobre algunos términos contenidos en la decisión de la Sala, que citamos a continuación: "La aplicación inmediata del Artículo 27 de la vigente Constitución, *conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del Artículo 49"*. "Por otra parte, todo proceso jurisdiccional contencioso debe ceñirse al Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impone el debido proceso, el cual, como lo señala dicho artículo se aplicará, sin discriminación a todas las actuaciones judiciales, por lo que los elementos que conforman el debido proceso deben estar presentes en el procedimiento de amparo, y por lo tanto, las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones

del citado Artículo 49".... "Ante esas realidades que emanan de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *obrando dentro de la facultad que le otorga el Artículo 335 ejusdem, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados Artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, distinguiendo sí se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, de la siguiente manera". (Fin de la cita)

A continuación señalaremos cuáles son aquéllas disposiciones de la sentencia que constituyen modificaciones de la ley antes mencionada y, en consecuencia, dan vida a un nuevo proceso de amparo.

1. En primer término, la sentencia crea dos procedimientos de amparo distintos, dependiendo del acto contra el cual se proponga la pretensión.

En el punto uno del capítulo denominado "Procedimiento en el Juicio de Amparo Constitucional", se establece cuál es el que debe seguirse cuando el amparo *no se interponga contra sentencias*, mientras que en el numeral dos del mismo capítulo, *se establece el procedimiento que debe seguirse cuando el amparo se proponga contra sentencias*. Esta creación de dos procedimientos distintos, dependiendo del acto o comportamiento que lesione o amenace lesionar la garantía constitucional del querellante, es una novedad, una invención, ya que la diferenciación entre estos dos procedimientos no estaba contemplada ni regulada en la ley de la materia, que establece uno solo, cualquiera que sea el acto que haya provocado la amenaza o la violación de la garantía constitucional del actor. La creación de estos dos procedimientos, no puede ser consecuencia de la interpretación de norma alguna, ya que la ley de la materia establece la unicidad del procedimiento que deba seguirse, cualquiera que sea el acto impugnado. La creación de estos diferentes tipos de procedimientos, como de cualquier tipo de procedimiento, corresponde hacerlo a la Asamblea Nacional, exclusivamente y no, como se pretende de la sentencia que analizamos, a la Sala Constitucional.

2. Adicionalmente, la Sala establece nuevas y distintas formas procesales a las cuales deberán acoplarse las voluntades de las partes al dar vida a los actos procesales que se requieran, variando así mismo tales formas procesales dependiendo de cual de los dos juicios de amparo, según la nueva modalidad establecida en la sentencia, desee llevar adelante el demandante.

Dicha sentencia establece que, "con relación a los amparos que no se interpongan contra sentencias, tal como lo expresan los Artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el proceso se iniciará por escrito o en forma oral, conforme a lo señalado en dichos artículos; *pero el accionante, además de los elementos prescritos en el citado Artículo 18, deberá también señalar en su solicitud oral o escrita, las pruebas que desea promover, siendo ésta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviere y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose, entre los instrumentos a producir, los auténticos*". (Fin de la cita).

Antes de exponer los argumentos que conducen a la demostración de la novedad de la norma transcrita respecto a la ley de amparo, quisiéramos evidenciar que la sentencia,

mediante la creación de los procedimientos de amparo que estamos analizando, viola, abiertamente, la norma que ella misma pone como fundamento para crear tales procesos. Al iniciar el Capítulo "Procedimiento en el Juicio de Amparo Constitucional", la sentencia hace referencia a la aplicación del Artículo 27 Constitucional, haciendo hincapié en la ausencia de formalidades que debe caracterizar a este proceso. Pareciera, pues, que partiendo de esta premisa, la sentencia arremetería contra las formas procesales que establece la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que con el nuevo procedimiento que ella crea, no solamente ratifica formalidades ya establecidas en la mencionada ley, (véase las referencias a los Artículo 16 y 18) sino que agrega otras, que hacen más engorroso y lento el proceso establecido en la mencionada ley orgánica, como cuando crea, en el actor, la carga de señalar en su solicitud, las pruebas que desea promover, so pena de preclusión, carga formal ésta que no está establecida en la Ley de Amparo. Pero, no solamente crea nuevas formas procesales en relación con la promoción y evacuación de las pruebas, sino que además señala al juez como debe apreciarlas, ratificando un principio que, tendencialmente, abandona el Código del 87, como es el de la regla legal expresa para apreciar el mérito de la prueba o como solía decirse *prueba tarifada*, al ordenar al juez que en su apreciación de los instrumentos, debe privilegiar a los autenticados sobre los privados, reglando así, de esta manera, la libertad que debe tener el juez al apreciar esta prueba. Si bien es cierto que el Código Civil establece que el juez debe necesariamente admitir y, por lo tanto, poner como fundamento de su decisión, los hechos que aparezcan comprobados con documentos públicos y privados; dicho Código, en ninguna parte, ordena al juez privilegiar los documentos auténticos sobre los privados, ya que éstos últimos, cuando no sean desconocidos, adquieren idéntica fuerza probatoria que los autenticados (véase al respecto lo dispuesto en el Artículo 1362 del Código Civil). Obsérvese, pues, que la sentencia no aplica el Artículo 27 sino que, por el contrario mantiene formas procesales ya existentes y crea nuevas, que, según su intención, dan una mayor garantía al derecho de defensa de las partes, que es lo que se logra concreta y sólidamente, con la creación de las formas procesales.

El Artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo establece cuáles son las formas que debe contener la demanda, no exigiéndose al actor, para la validez de este acto, que anuncie las pruebas que pretende promover, como tampoco el artículo en cuestión, ni ningún otro de la norma referida, sanciona que la omisión de esta formalidad, provoca la preclusión establecida por la sentencia.

Así mismo, la sentencia crea nuevos actos procesales al establecer que "los tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, por aplicación de los artículos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, admitirán o no el amparo, ordenará que se amplíen los hechos y las pruebas o se corrijan los defectos u omisiones de la solicitud para lo cual señalarán un lapso también preclusivo". (Fin de la cita).

De una lectura de los Artículo 17, 18 y 19 de la ley citada, se observa que ninguna de dichas normas faculta al juez para ordenar que el demandante amplíe los hechos y las pruebas promovidas. El Artículo 17 sólo faculta al juez para ordenar la evacuación de pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siempre que tal ampliación no signifique un perjuicio irreparable para el actor, condición ésta que ha sido eliminada en los actos que se faculta realizar al juez. El Artículo 19 de la ley establece que se le concederá al demandante un lapso de 48 horas para realizar las correcciones que el juez considere pertinentes. No deja al juez, según su voluntad,

establecer el lapso que considere conveniente ya que, de tal manera el juez, podría reducir dicho lapso, lo que significaría violar el derecho de defensa del demandante, o ampliarlo a su voluntad, con evidente perjuicio del demandado. Estas dos posibilidades las evitaba el legislador al establecer un término fijo (48 horas) para tal corrección.

La sentencia en cuestión suprime el acto que la ley de amparo creaba a favor del agraviante, que le permitía presentar su informe dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, informe que, como es sabido, constituía el acto de contestación a la demanda de amparo. Esta supresión evidencia una clara violación del derecho de defensa del demandado al ser suplido por uno distinto, que deberá fijarse el día que el juez decida y verificarse también el día que éste acuerde, debiendo realizarse tanto la fijación como el desarrollo del acto, dentro de las 96 horas siguientes a partir de la notificación del agraviado. Llamamos la atención acerca del hecho de que esta norma elimina el acto de la contestación de la demanda, para dar paso a una audiencia constitucional (que es la que establece el Artículo 26 de la ley) que no supone, realmente, un acto de contestación de la demanda sino está destinado a la presentación, en contradictorio, de las conclusiones de ambas partes. En efecto, en el párrafo de la sentencia que comentamos, se establece "en la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes..". redacción ésta que evidencia que dicha audiencia no es únicamente para el demandado sino también para el demandante y ella está destinada a que ambas propongan sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el Tribunal que conozca de la causa, sin que se entienda con claridad por que deba colocarse al demandado en absoluta desventaja respecto al demandante, quien tiene dos oportunidades para alegar y razonar, confiriéndosele al demandado sólo una (la Audiencia Constitucional), violándose también el derecho de defensa de este último que debe acudir a la audiencia constitucional desconociendo las alegaciones y las pruebas que el agraviante esgrima, para contradecir su pretensión.

Esta disposición, no solamente cambia radicalmente el procedimiento establecido en la ley de la materia, según la cual el demandado deberá presentar su informe dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, castigando la falta de comparecencia en dicho lapso con la confesión ficta, teniendo ambas partes la carga de presentar sus informes dentro de las 96 horas siguientes a la última actuación señalada; sino que, además, crea una incertidumbre que antes no existía, al no señalarse con precisión el lapso para que el agraviante comparezca el tribunal y enterarse de cuando se fijará la audiencia y cuando ella se verificará.

Por otra parte, la sentencia crea maneras de citar al agraviante que no están previstas en nuestro ordenamiento procesal y que, si fueran admitidas en el futuro, provocarían notables incertidumbres respecto a la verificación de un acto tan trascendental como es la citación del demandado. Aparece evidente que esta incertidumbre ocurriría si se le citara por teléfono, por fax, por telegrama, correo electrónico u otro medio de comunicación interpersonal. Ninguno de estos medios garantiza que el acto de citación se haya realmente verificado.

Los actos que se señalan en el párrafo que a continuación transcribimos, no están previstos en la ley de la materia y ellos, no solamente constituyen la creación de una serie de formalidades procesales que supuestamente quería eliminar la sentencia *in comento*, sino que contribuyen, de manera ostensible, a complicar y alargar el proceso de amparo, contradiciendo de manera palpable su requerimiento fundamental de la abreviación en su desarrollo. Para evidenciar lo que afirmamos, bastará una lectura comparativa del texto que transcribimos y de la ley, lo que pondrá de relieve que los

actos y las formas establecidas en dicha sentencia, constituyen claras innovación es del texto de la ley. En efecto, dice la sentencia: "En la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el Tribunal que conozca de la causa en Primera Instancia, y *ésta o éste decidirá sí hay lugar a pruebas* (la ley no faculta al tribunal para decidir si hay o no lugar a pruebas, ya que la promoción y evacuación de éstas, constituye uno de los derechos fundamentales de las partes en cualquier juicio) *caso en que el presunto agraviante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes ya que éste es el criterio que rige la admisibilidad de la prueba*. Los hechos esenciales para la defensa del agraviante, así como los medios ofrecidos por él, se recogerán en un acta al igual que las circunstancias del proceso". (Fin de la cita). Obsérvese que, según este dispositivo, pareciera que el demandante no tendría derecho a objetar y a oponerse a las pruebas que promoviere su contraparte, lo que comporta una nueva violación de su derecho de defensa.

Establece la sentencia que "la falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento a menos que el tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir (no se sabe a quién), sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general contenido en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el Artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público, el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias". (Fin de la cita) De todas las afirmaciones contenidas en la sentencia que criticamos, quizá la que mayor gravedad tenga es la que acabamos de transcribir, porque con ella se quiere decir, nada más y nada menos, que el Estado Venezolano, a través de sus magistrados, podrá ejercer o hacer valer las garantías constitucionales de todos los habitantes de la República, principio éste que de sólo imaginarlo, nos pone a temblar a todos aquéllos que deseamos vivir en una colectividad regida por un ordenamiento jurídico formado por normas que tengan, como característica fundamental, la certeza de su contenido y sus efectos.

La sentencia que comentamos, por lo que se refiere a la creación del nuevo procedimiento de amparo, se olvida que cuando se habla de garantías constitucionales quiere decir que el ordenamiento jurídico pone en manos de sus titulares las armas necesarias para que sean respetados y, por lo tanto, para que los titulares de tales garantías y derechos logren la satisfacción de los intereses que ellas aseguran. Pero, hasta hoy, universalmente, (entendiéndose con este término los países civilizados) el ejercicio de tales garantías y derechos, es potestativo del titular de los mismos, sin que nada ni nadie pueda prescindir de la voluntad de su titular, para hacerlos valer coactivamente. Sólo quien es titular del derecho o de la garantía, obedeciendo a su libertad interior, puede decidir si quiere valerse de la protección que el ordenamiento le ofrece. El día en que se permita al Estado hacer valer los derechos subjetivos de los ciudadano, aún contra la voluntad de éstos, nos encontraremos ante la más monstruosa dictadura que ninguna mente haya podido imaginar.

Todos los derechos, aún aquéllos regulados por normas de orden público, son ejercidos cuando quien se beneficia con su ejercicio, así lo solicite. Por lo tanto, concluimos, si quien demanda la protección de una garantía constitucional mediante un recurso de amparo, no comparece a la audiencia constitucional porque, basándose en las nuevas normas que regulan el proceso de Amparo omitiendo su presencia está seguro de que se considerará terminado el proceso, siempre, gracias al buen juez, diligente y comprensivo, estará obligado a continuar a ser parte de un juicio que dio por terminado.

Esto equivale a decir que el demandante no tiene la libertad de desistir de un juicio que haya iniciado, con el fin de obtener la satisfacción de una garantía constitucional, porque ella está regulada por normas de orden público. Mayor violación del derecho de defensa es inimaginable.

Los mismos argumentos caben respecto a todos los demás actos procesales y formalidades de este género, que contiene la sentencia que analizamos, regulando también los recursos que la Sala Constitucional crea contra la sentencia de amparo. La sentencia concluye estableciendo el segundo tipo de proceso de amparo que ofrece cuando el amparo se proponga contra sentencias, bastándonos, sin necesidad de recurrir a un análisis de la sentencia, recordar que la ley de amparo no establece procedimientos diferentes, dependiendo de la naturaleza del acto contra el cual se ejerza la acción.

VII. FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA

La fundamentación de la Jurisdicción Normativa que adversamos, encuentra su desarrollo teórico en una publicación del Profesor René Molina, ya citada, en la cual, luego de realizar una serie de consideraciones teóricas, más de naturaleza política, que jurídicas, afirma: "Estos instrumentos normativos internacionales (hace alusión a diferentes acuerdos internacionales suscritos por Venezuela) a semejanza de la Constitución, anuncian algunos principios fundamentales que una jurisdicción deberá garantizar. Juez, Constitución y Pactos Internacionales de Derechos Humanos, forman entonces una trilogía legítima *en la que por definición es al Juez a quien corresponde armonizar y hacerla efectiva. Este no ha de contentarse con aplicar unas leyes, sino que tiene el ineludible deber de comprobar su conformidad con un derecho superior contenido en los principios consagrados en el matrimonio indisoluble de la Constitución y Pacto Internacional de Derechos Humanos. En esta circunstancia, la ley hace implosión y se fracciona en dos direcciones opuestas: por una parte, unos principios fuera del alcance del legislador común y, por la otra un derecho más concreto y más operativo. Quiérase o no, lo cierto es que el juez actualiza la obra del legislador y se convierte en un colegislador permanente*[26] y más adelante, "Se verifica así un fenómeno importantisimo: la jurisdicción *ya no desarrolla solo una función declarativa del derecho preexistente, y resulta ampliamente creadora de nuevo derecho*" [27]. (Fin de la cita).

Estos razonamientos no guardan relación alguna con la realidad jurisdiccional venezolana. Auspician, contribuyen, como lo está demostrando la Jurisdicción Normativa mediante la cual la Sala Constitucional se hace eco de esta teoría, la mayor y más imperdonable de las injusticias. En efecto, los sujetos de derecho acuden ante los órganos jurisdiccionales, cualquiera que sea su competencia por razón de la materia, sólo cuando dos o más de ellos, refiriéndose a comportamiento a los cuales han dado vida antes y fuera del proceso, disputan acerca de la satisfacción de la voluntad concreta de ley, de la cual se dice titular el demandante. Mediante la demanda recurren al órgano jurisdiccional para que este reconozca, declare, dicha voluntad concreta de ley y la imponga coactivamente al sujeto pasivo, el cual, por su parte, al intervenir en el

26. MOLINA, R., *ob. cit.*, p. 34.
27. MOLINA, R., *ob. cit.*, p. 94.

proceso, pretende, por las razones que considera pertinentes, que se basan en circunstancias de hecho y de derecho que han ocurrido antes y fuera del proceso, que regulaba su conducta antes y fuera del proceso, se le exima de la pretensión del demandado. Con la Jurisdicción Normativa la partes deben soportar que su voluntad, la satisfacción de sus intereses, quede arbitrariamente sometidos a la voluntad del juez, al cual se le atribuye la facultad de establecer la norma a la que han debido someter su comportamiento, en el pasado, antes de conocer esta nueva norma creada por el *colegislador permanente*. Pocas veces se ha pretendido una aplicación retroactiva de la ley más chocante, aplicación retroactiva que está prohibida en el Artículo 24 Constitucional. Es cierto que lo que la Constitución fulmina de nulidad, cuando prohibe la aplicación retroactiva, es a la ley, pero no se entiende el porqué los principios que regulan el desprecio por la ley retroactiva, no puedan, ni deban, regular el desprecio, la inconstitucionalidad, por las normas que este nuevo Dios, el Juez, crea como *colegislador permanente*.

Pero el absoluto rechazo a la Jurisdicción Normativa y a la doctrina que la sustenta, no sólo nace de unos conceptos elementales, pero profundos e indispensables para salvaguardar la libertad individual, como son el principio de la legalidad, la certeza jurídica y la división de los poderes, sino que, además, se desprende del análisis histórico que, desapasionadamente, se ha hecho en Venezuela, acerca de los comportamientos que, desde siempre, ha puesto en práctica la mayoría de los integrantes del Poder Judicial venezolano en todos sus grados, cualquiera que sea su competencia por razón de la materia, análisis que siempre lo has dejado mal parados por su evidente, constante y servil politización y por su proverbial falta de conocimientos. Se quiere, burlando la Constitución y principios elementales de justicia, acabar con la distribución de la Soberanía del Estado entre tres poderes independientes, que se controlan recíprocamente, para eliminar el legislativo y dejarlo en manos del ejecutivo y del judicial, lo que sólo sucede en las culturas primitivas en la que el juez crea y aplica la norma, burla que sube de punto en Venezuela, donde el poder judicial ha desarrollado el lamentable papel que comúnmente se reconoce.

Debemos, por lo tanto, concluir, afirmando que la prestación de la Jurisdicción Normativa, carece de cualquier base legal, moral o filosófica. Ella contradice, viola, principios constitucionales evidentes y atenta, de manera directa, contra la libertad de los sujetos del derecho. Permitir y defender su desarrollo e instauración definitiva en Venezuela, significa propiciar, solidificar un execrable Estado Autoritario, una dictadura en la que sólo sobrevivirán los siervos del poder.

Concluiremos estas breves observaciones acerca de la Jurisdicción Normativa, citando al ilustre jurista italiano, Giovanni B. Ferri[28] según el cual "Democracia significa igualdad efectiva (no solamente formal) entre los ciudadanos, significa sobre todo gobierno del pueblo (y ello en el doble sentido de participación del pueblo, a través de sus representantes, en el gobierno de la cosa pública y de control de los gobernantes de parte de los gobernados). *Un régimen democrático, si es tal, expresa, a través de la actividad legislativa, la voluntad popular, la ley por lo tanto asume una fuerza casi sagrada, como expresión de esa voluntad y por lo tanto la misma interpretación de la ley no puede no ser rigurosamente y textualmente formalistica para no correr el riesgo de tergiversar (o sea de violar) esta voluntad. En definitiva, en un régimen democrático, el sistema que por su indeterminación, elasticidad, ductilidad y*

28. FERRI B., Giovanni, "Persona e Formalismo Giuridico". Saggi di Diritto Civile, entre los que se encuentra *Antiformalismo, Democrazia, Codice Civile*. Ediciones Maggioli Editores, p. 48.

manumitibilidad aparece menos adecuado, es precisamente aquel que se fundamente en principios generales, sobre leyes-cuadro, y que tenga, en consecuencia necesidad de la actividad libremente creadora del juez. Si bien se mira, precisamente sobre estas instancias democráticas se fundaba la rigurosidad interpretativa, el codicismo de la Escuela exégeta en Francia y *la consecuencial desconfianza en el juez* (*que más libertad tiene, mas aparece como un potencial violador de la voluntad popular*) y estas actitudes, proyectadas bajo tales luces, aparecen menos vacías e inútilmente miopes, de cuanto no se hayan considerado habitualmente".

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA (1940/1952)*

Domingo García Belaúnde
Profesor de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos de Lima, Perú

I. LIMINAR

Como se sabe, el control de la constitucionalidad, es quizá el más formidable problema que ha tenido el siglo XX en materia constitucional (para utilizar libremente la frase empleada por Mauro Cappelletti). Control en sentido doble, por un lado, de la jerarquía normativa, con lo cual se vigila que las normas de inferior jerarquía (leyes, decretos y resoluciones), no afecten a las superiores, y en última y principal instancia, a la Constitución. Y por otra, defensa de los derechos fundamentales, que si bien fue tradicionalmente confiada a los jueces ordinarios, existe una tendencia que estima preferible que lo hagan órganos *ad hoc* situados, por lo general, fuera de la esfera del Poder Judicial.

Dentro de este amplio espectro, la América Latina ha tenido un desarrollo singular, desde fines del siglo XIX hasta mediados y fines del siglo XX, y en este sentido, son modélicos los casos de México y de la Argentina. Y por cierto, también de Venezuela, o más en concreto, de lo que se denomina como modelo colombo-venezolano. Y esto permite acreditar una importante contribución de la América Latina al conjunto teórico de la problemática. Contribución que, sin embargo, no es pareja ni uniforme, sino que tiene multitud de variantes, por lo que cabría hablar de modelos o esquemas nacidos de la experiencia latinoamericana, o si se quiere, de un modelo latinoamericano, con diversidad de variantes (clasificación que aquí apuntamos y cuyo desarrollo dejamos para otra oportunidad).

Pero estos enfoques nacidos en la América Latina, y que son legítimo orgullo de sus juristas, no son algo que surgieron de la nada, sino que tienen una doble fuente: por un lado, su propia experiencia histórica, jurídica y política, y por otro, la influencia de los Estados Unidos, tan importante en materia de Derecho público en todo el siglo XIX(curiosamente así, ya que en materia de Derecho privado, la influencia francesa fue determinante en todo el siglo XIX, y manteniéndose ambas en el siglo XX, se añaden a ellas las influencias alemana e italiana, que subsisten hasta ahora).

Esto significa, que en el siglo XIX, y en el origen del planteo latinoamericano del control de la constitucionalidad, se encuentra la influencia de los Estados Unidos a tra-

---

* Gran satisfacción me ha dado saber que se preparaba un justo homenaje a mi viejo amigo Allan R. BREWER-CARÍAS, autor de una prolífica obra en Derecho Público, y que tantas aportaciones ha hecho a nuestra disciplina. Dentro de ella, creo que, en lo que a mi respecta, la que más me agrada, por su novedad, es la relacionada con los sistemas de control constitucional y sus características, así como el estudio detallado de cada uno de ellos, y de sus principales modalidades. Dentro de ellas, ha hecho referencia al modelo cubano, pero tan sólo de pasada, como era explicable en una obra general. Por eso, entrego ahora para su homenaje,un texto sobre la materia, que he revisado y completado especialmente para esta ocasión, y que espero sea del agrado de mi dilecto amigo.

vés de múltiples fuentes. La primera, es la experiencia directa de muchos que vivieron o viajaron por los Estados Unidos, en especial de líderes políticos, ensayistas y juristas. En segundo lugar, la grande influencia del libro notable de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (si bien muy leído en francés desde su primera edición de 1835, fue pronto traducido al castellano en 1837, y desde entonces circuló muy ampliamente). En tercer lugar, *The federalist papers*, de los cuales se hicieron versiones a otros idiomas. Y finalmente, diversos libros de vulgarización que circularon en nuestro medio, así como de contribuciones de alto nivel, como son los notables comentarios de la Constitución norteamericana de Joseph Story, del cual hay dos versiones al castellano. La primera, sin nombre de traductor, se publicó en un solo volumen en México y en 1879. La segunda fue realizada por el jurista argentino Nicolás A. Calvo y publicada en Buenos Aires en 1888, y en dos tomos.

Y este dato es significativo, ya que lo único novedoso que existía en el siglo XIX en esta materia, era el ejemplo norteamericano, lo que dio nacimiento a lo que con posterioridad se llamó el modelo americano, que hoy se encuentra ampliamente difundido y estudiado. Y por cuanto en esa época, nada existía en Europa sobre esta materia, por lo menos a nivel de derecho positivo (siendo dable recordar aquí el proyecto de Sieyés, en plena Revolución francesa, que por lo demás no tuvo ningún eco).

Pero lo importante, es que este modelo norteamericano que fue pronto conocido en nuestra América, no fue adoptado mecánicamente, sino que fue cotejado con la realidad, y además, se hizo creador. Esto es, no fue una copia servil, sino una recepción crítica y creadora, como lo han puesto de manifiesto diversos estudiosos.

Y dentro de este proceso creativo, Cuba ocupa un lugar especial, que es lo que precisamente ha motivado el presente trabajo.

II. ¿POR QUÉ CUBA?

Existe, pues, una cierta originalidad relacionada con el control de la constitucionalidad en América Latina, la cual se inicia en el siglo XIX, sobre la base de diversas influencias, en especial, la creación jurídica norteamericana.

Y esto se ha dado en muchos países, con grados diversos. Y por cierto, ha sido estudiado en forma muy amplia, en veces con bibliografía que llega a lo exhaustivo. Son los casos, ya mencionados, de México y de la Argentina. Y en menor medida, pero no menos importantes, de Colombia y Venezuela. A los que podría agregarse el Brasil.

Pero sobre Cuba no se ha dicho nada o casi nada. Por cierto, no se ignora el ejemplo y han existido estudios sobre dicho modelo, pero hay muchas razones para olvidarlo.

Lo primero es que el modelo cubano, como veremos más adelante, fue una creación lenta, laboriosa y enormemente creadora, que demoró muchos años. Pero que, en contraste, y para efectos prácticos, acabó en 1952, a raíz del golpe de Estado de Batista perpetrado ese año. Más tarde, en 1959, caería el batistato, al compás de la revolución castrista de ese año, pero muy pronto la Isla adoptó otro rumbo, desactivó finalmente las instituciones existentes (las cubanas eran, a ese momento, más nominales que reales), y se enderezó a un modelo político distinto que, en materia de control constitucional, era la antípoda de la tradición existente en Cuba y de lo que pasaba en el resto de la América Latina. Dicho en otras palabras, la trayectoria jurídica cubana que culmi-

nó con la creación, en 1940, del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, fue interrumpida, no volvió más, y el país se enrumbó por otros senderos.

La radical modificación política-jurídica que se inicia en 1959 hace que los estudiosos, al interior de Cuba, ya no le presten atención, y en el exterior, deje de interesar, pues se ha convertido en un dato o pieza arqueológica. Cuba, por cierto, sigue interesando, pero por otros motivos. No precisamente por el aspecto del control de constitucionalidad, pues ya no es ejemplar ni modélico en este campo.

Y a ello se suma la dificultad de acceder a las fuentes, numerosas pero no muy accesibles, que no sólo se han convertido en raras y escasas, sino que no hay interés, ni dentro ni fuera de Cuba, en rescatarlas.

Sin embargo, y no obstante esto, es evidente que Cuba, más allá de sus carencias económico-sociales, e incluso de sus numerosos vaivenes políticos, tuvo un movimiento intelectual muy vigoroso, una pujante industria editorial que publicaba numerosos textos, incluso traducidos de otros idiomas. Y además, una activa vida académica, que se reflejaba en los numerosos eventos, tanto nacionales como internacionales, que se llevaron a cabo desde los años treinta (impulsados o tolerados por la dictadura de Machado). Y eso hizo que Cuba fuese respetada en el Caribe, tanto a nivel artístico (música, pintura, teatro, etc.) como en el campo de las humanidades, de las ciencias sociales y el derecho. Actividad que existió a despecho de lo que pueda decirse de ella, y que además, tuvo gran influencia en sus países vecinos del Caribe y Centro América.

De ahí nuestro interés en rescatar este corto, pero fecundo periodo constitucional de Cuba, por lo que él representa, y sin más ánimo que hacer una alta divulgación de esa interesante experiencia, tan poco conocida entre nosotros.

III. UNA AGITADA HISTORIA

La historia de Cuba es de las más agitadas que tiene nuestro continente. De hecho, es un largo período de tiempo en donde lo que más llama la atención son los sobresaltos y las convulsiones. Primero, como parte del Imperio español, y luego como república independiente.

Como se sabe, el Imperio español (y creemos que debe llamarse así, no obstante que algunos, sobre la base de rebuscados argumentos jurídicos, pretenden otra cosa) ejerció un dominio colonial sobre América de alrededor de trescientos años. Pero la invasión napoleónica a la península en 1808, precipitò diversos movimientos contestatarios (en Quito, Sucre, etc.) que finalmente concluyeron, tras diversas vicisitudes, con la victoria americana en los campos de Ayacucho en 1824, en la sierra peruana, en donde se termina, final y formalmente, con el dominio español en el continente. Que muchos llevaron a cabo inicialmente, con la colaboración de otros, pero que tocó a Bolívar dar el toque final. Dentro de este amplio mapa de países, sólo quedaron sujetos al yugo español, dos importantes islas: Puerto Rico y Cuba. Y Filipinas, en el Asia.

Si se analiza la historia de la Corona española en el siglo XIX, sobre todo en relación con su política exterior para sus colonias de Ultramar, sólo cabe calificarla como torpe. Fue así que mediante un aparente boicot en el buque norteamericano Maine (que explotó en la bahía de La Habana, por causas ajenas a la mano humana, como ahora se sabe), empezó la guerra entre Estados Unidos y España, que culminó con el Tratado de París de 1898, que entre otros aspectos, rompió los vínculos de España con las dos islas del

Caribe. España fue más lejos, pues pidió a los Estados Unidos que no concediera la libertad a esas islas, con la idea de defender la propiedad de los españoles ahí residentes. Por su parte, los Estados Unidos, dentro de la línea del *destino manifiesto*, tenían intereses en anexarse las dos islas del Caribe. Esto pudo hacerse con facilidad en Puerto Rico, pero no con Cuba, en donde existía toda una larga lucha contra todo tipo de anexionismos, y fuerzas políticas actuantes, encabezadas por el Partido Revolucionario Cubano, fundado en 1892 por José Martí, y que no obstante la muerte de su líder en 1895, mantuvo en alto su resistencia a todo tipo de imperialismo. Todo esto obligó a los Estados Unidos a permitir a Cuba su constitución como república independiente, si bien en forma algo accidentada.

Así, la independencia se da en 1898, pero sólo en 1902 las tropas norteamericanas abandonan la Isla, aun cuando no por mucho tiempo.

La primera Constitución de Cuba es de 1901 y su primer presidente, en 1902, es Tomás Estrada Palma. Esa primera Constitución, si bien libérrima por donde se le mire, nació en parte viciada por la Enmienda Platt, debido al nombre del senador norteamericano que la propuso, y que duró hasta 1934, en que fue dejada de lado al compás del *new deal* que propiciaba el presidente Roosevelt por aquellos días. De hecho, hubo invasiones de tropas norteamericanas en períodos posteriores: 1906-1909; 1912, 1917-1920; y 1933-1934. Y después de esta época, existirá una presencia norteamericana indirecta, pero no menos efectiva. Acompañada -hasta el día de hoy- de fuerzas norteamericanas en la bahía de Guantánamo, considerada como un enclave en la Isla.

A la Constitución de 1901, la primera de Cuba republicana e independiente (y a la que preceden otras que no tuvieron vigencia efectiva ni duradera) suceden las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935, la Constitución de 1940, la de 1952 y la actual y vigente de 1976, reformada sustancialmente en 1992, tras la caída de su antiguo aliado, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

En realidad, la suerte de Cuba fue problemática desde que nació a la vida independiente. Y su largo periplo estuvo signado por la presencia perturbadora de los Estados Unidos (hasta mediados de los años treinta), y con posterioridad por la presencia de Fulgencio Batista. A partir de la caída de éste (1959) empieza un largo periodo signado por la presencia de Fidel Castro, con un modelo político distinto, con alzas y bajas, y situaciones complicadas que no es del caso analizar ahora, pues escapa a los límites de este trabajo. Pero sí podríamos decir que en su corta vida independiente Cuba, aparte de los problemas que ha tenido, ha vivido asediada por los Estados Unidos, en forma directa, luego sujeta a los caprichos dictatoriales de Batista, y en los últimos cuarenta años, bajo la arbitrariedad y veleidades de Castro. Y por cierto, con ninguno de ellos se han solucionado sus problemas (si bien algo se ha avanzado en los últimos años y en ciertas áreas).

IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN

Al igual que los demás pueblos de la América Latina, Cuba fue influenciada por los Estados Unidos en muchos aspectos, y en especial, en el tema del control de la constitucionalidad, que apareció en este país mucho antes de la independencia cubana, y que se concretó en 1803, en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, que redactó el célebre juez Marshall.

Y esta influencia se aprecia de manera especial en México, Centro América, Argentina y Brasil, que con diversos matices, adoptaron lo que luego se ha conocido como control indirecto de la constitucionalidad, o control difuso. Pero lo importante de Cuba, es que tomando esa fuente, no se limitó a hacer un traslado mecánico, sino que fue más allá, y en larga como cuidadosa evolución, tuvo un desarrollo sorprendente, del cual la Constitución de 1940 representa una culminación, y que seguramente hubiera ido más adelante, si la dictadura de Batista no hubiera bloqueado esa iniciativa. Y por supuesto, si no se hubiera enrolado el país en el modelo socialista, que representaba alejarse del modelo constitucional que, con sucesivas marchas y contramarchas, había ido forjando trabajosamente la élite intelectual cubana. Y de hecho, cuando la Isla apunte hacia una institucionalización futura y desaparezca su actual régimen autoritario, es indudable que este antecedente servirá como referente para cualquier reforma que se quiera hacer en el futuro. Pero volvamos al punto.

Como he señalado, la primera Constitución cubana es de 1901, en cuanto país libre y republicano, no obstante lo cual tenía su soberanía recortada por la llamada Enmienda Platt, que dio origen a un tratado entre la Isla y los Estados Unidos, en 1903, y que finalmente fue anulado por iniciativa del presidente Roosevelt en 1934, como ya lo he anotado. La Carta de 1901 rigió, casi inalterable, hasta 1928, se volvió a ella en 1933, y luego se aprobó una nueva Ley Fundamental en 1934.

Esta Constitución de 1901 señala en su artículo 83 que la defensa de la Constitución queda encargada al Poder Judicial (inciso 4) "cuando fuere objeto de controversia entre partes", precepto que fue luego desarrollado por la Ley de 31 de marzo de 1903, que precisó que el control de la constitucionalidad se analizaría diferenciando el tema dentro o fuera de actuaciones judiciales fijando de esta manera su configuración autónoma. Así, si se realizaba dentro de un proceso judicial, el control de constitucionalidad procedía a través de un recurso de casación o apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia. Si esto ocurría fuera de actuaciones judiciales, se recurría directamente al Tribunal Supremo, a través de un *recurso de inconstitucionalidad*. Lo resuelto en estos casos, tenía los alcances y la fuerza de una sentencia, con lo cual y con el tiempo, se hizo obligatorio el seguimiento de los precedentes judiciales. Posteriormente, la ley de 17 de marzo de 1922, al analizar la consecuencia de los fallos judiciales en estos casos (lo que suponía una inaplicación), señalaba que la norma debía derogarse formalmente. Y si esto no sucedía, la sentencia adquiría, en esta virtud, efectos *erga omnes*.

Pero la acción pública de inconstitucionalidad aparece en la Ley Constitucional (en realidad, una Constitución) de 3 de febrero de 1934, y se reafirma en la posterior Constitución de 1940, donde se faculta a 25 ciudadanos para que directamente pidan la anulación de una ley, y a sólo un ciudadano, si la ley se refería o atentaba a los derechos individuales.

En detalle, la Ley Constitucional de 1934 contemplaba las dos situaciones:

a) El artículo 78 señalaba que la parte afectada o 25 ciudadanos, podían interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo en pleno, y si ese recurso se declaraba fundado, no podía aplicarse más (inciso quinto).

b) El artículo 38 estableció la acción pública a favor de un solo ciudadano, cuando se atentaba los derechos individuales, dejando a salvo la procedencia, en su caso, del Habeas Corpus, que existía desde 1898. Cabe señalar que esta modalidad desapareció en la posterior Ley Constitucional de 1952, sancionada por Batista, sobre la base de que en el fondo resultaba una reiteración innecesaria de la primera (criterio, por cierto, que considero acertado desde un punto de vista teórico).

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1940: MÁS SOBRE LO MISMO

La Constitución de 1940 trajo indudables avances, como ya se ha indicado. Lo primero que hizo fue mantener lo que existía desde siempre, o sea, el recurso de inconstitucionalidad, que se desarrolló normalmente durante los años anteriores, como vemos en el siguiente cuadro que tomamos de Eloy G. Merino Brito (*cf. El recurso de inconstitucionalidad*, Cultural S.A., La Habana 1938).

Sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el pleno del Tribunal Supremo

1903	5	1912	21	1921	10	1930	72
1904	5	1913	49	1922	31	1931	105
1905	6	1914	21	1923	37	1932.	52
1906	1	1915	33	1924	23	1933	27
1907	6	1916	14	1925	23	1934.	54
1908	8	1917	21	1926	23	1935	51
1909	14	1918	31	1927	18	1936	111
1910	24	1919	9	1928	17	1937	55
1911	37	1920	19	1929	11	1938	

Y a esto, agregó la posterior creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Detengámonos en este punto:

a) De acuerdo a los antecedentes y testimonios de la época, el nombre fue tomado literalmente de la constitución española y republicana de 1931, que entonces ya no estaba en vigor. Recordemos que el Tribunal de Garantías Constitucionales español se crea con la Carta de 1931, se instala en 1933 y termina bruscamente en 1936, con el inicio de la guerra civil española.

b) En cuanto al nombre, se nota una diferencia. El modelo español se llama Tribunal de Garantías Constitucionales. El cubano lo mantiene, pero agrega una palabra al final: sociales. Con lo cual, el nombre completo era "Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales". Y esto obedecía a que dicho Tribunal resolvía también problemas sociales (laborales, previsionales, etc.). O sea, hubo un notorio aumento de competencias.

c) Pero mientras el tribunal español reflejaba al típico modelo concentrado de corte kelseniano, esto es, independiente del resto de los poderes del Estado, y por cierto, independiente del Poder Judicial, en Cuba, el Tribunal era parte integrante del Poder Judicial, constituído como una de las Salas del Tribunal Supremo. Algo así como un antecedente de la Sala Constitucional de Costa Rica, creada en 1989, y que tanto influencia ha tenido en América Latina.

Ahora bien ¿por qué siendo el nombre prácticamente el mismo, el modelo cubano se aparta sustancialmente del modelo español, en el que dice inspirarse? La única explicación está dada por el contexto histórico-cultural de la Isla, y por la influencia norteamericana, que confiaba en el juez, a diferencia de la europea, que desconfiaba de éste. Este es, pienso, el motivo fundamental. La creencia en el valor de la judicatura explicará muchos de los intentos y las innovaciones latinoamericanas, y esto también se hará presente en las demás innovaciones a partir de la década del sesenta del siglo veinte. Y cada vez que se llegue más lejos, es porque se estarán alejando de la concepción judicialista del control, o simplemente, porque se desengañan totalmente de la judicatura (como es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales que el Perú incorpora en 1979, como ente al margen del Poder Judicial).

Conviene señalar que el control de constitucionalidad sólo lo hacía el Tribunal Supremo, precisamente a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (que era una de sus salas). Y no lo podían ejercer los jueces inferiores (o sea, de las demás instancias) ni tampoco las demás Salas del máximo Tribunal que en éste punto dependían del Tribunal de Garantías. Cuando algún cuestionamiento constitucional llegaba a manos de los jueces, éstos suspendían el trámite y elevaban el expediente en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. El control se efectuaba sobre todo tipo de normas, sin excepción alguna. Y en otras situaciones más, en las que aquí no nos explayamos.

VI. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940

El Titulo XIV de la Constitución de 1940 está dedicado al Poder Judicial. La Sección Primera, en sus disposiciones generales, dice que la justicia se administra en nombre del pueblo y su dispensación será gratuita. Los jueces son de carrera.

Algunos dispositivos de interés, son los siguientes:

a) El artículo 171 anota que el Poder Judicial se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Superior Electoral y demás tribunales y jueces que la ley establezca. Agrega que una de estas Salas, constituirá el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, señalando que cuando conozca de asuntos constitucionales, será presidida necesariamente por el Presidente del Tribunal Supremo y no podrá estar integrada por menos de quince magistrados. Cuando se trate de asuntos sociales, no podrá constituírse por menos de nueve magistrados (con lo cual se explicita los dos temas que tiene el Tribunal, esto es, no sólo constitucionales, sino también sociales).

b) El artículo 174 al señalar las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, indica, entre otras (inciso d), la siguiente:

> Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, ordenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario. Enunciado general que queda precisado con el artículo 182, que vemos a continuación.

c) El artículo 182 está dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, señalando que le competen, entre otros puntos, conocer en exclusiva los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos o garantías consignadas en esta Constitución, o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado. Igualmente:

> -conocerán los recursos de Habeas Corpus, en vía de apelación,
>
> -la validez del procedimiento y de la reforma constitucionales, y
>
> -los recursos contra los abusos del poder.

d) El artículo 183 señala que pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales:

> -El Presidente de la República, los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes, Alcaldes, etc.
>
> -las universidades,
>
> -toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional, entre otros casos.

Sin embargo, el articulado constitucional agrega que "las personas no comprendidas en algunos de los incisos anteriores, pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que presten la fianza que la ley señale".

Con lo cual, si bien la legitimación procesal activa está limitada, en la práctica, y mediante el pago de una fianza, está abierta a cualquiera, lo cual, en mi opinión, desnaturaliza el acceso al control de la constitucionalidad, que debe ser siempre limitado, en cuanto a las personas. Y limitado, en cuanto a las causas.

La Sección VII está destinada al tema genérico de la inconstitucionalidad. Y ahí se precisa en su artículo 194, que la declaración de inconstitucionalidad, podrá pedirse:

a) por los interesados,

b) por veinticinco ciudadanos,

c) por la persona a quien afecta la disposición que estime inconstitucional.

Se añade que los jueces y tribunales están sujetos a la Constitución y deben preferirla a las leyes y demás normas de orden inferior. Agregando que cuando un juez o tribunal considere inaplicable cualquier ley o norma alguna, suspenderá el procedimiento y elevará el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, a fin de que se declare o niegue la constitucionalidad del precepto en cuestión, y devuelva el asunto al remitente, para que continúe el procedimiento

Los recursos de inconstitucionalidad se interponen directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Toda norma declarada inconstitucional no podrá ser aplicada bajo ninguna circunstancia, bajo pena de inhabilitación en el desempeño de cualquier cargo público.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, obliga al funcionario, entidad u organismo que la haya dictado, a derogarla, bajo responsabilidad. En todo caso, se agrega textualmente, la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se declarará nula y sin valor ni efecto desde el dia de la publicación de la sentencia, en los estrados del Tribunal.

VII. VAIVENES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES

La Constitución de 1940 fue ejemplar por muchos motivos. El primero, sin lugar a dudas, es que por encima de vacíos y problemas económico-sociales que vivió el país, tuvo una observancia regular por parte de los actores políticos. Lo segundo es que intentó, sin mucho éxito, crear un modelo político con rasgos parlamentarios, lo que ha llamado la atención de los estudiosos extranjeros. Y finalmente, por su sistema de justicia, sobre todo, en lo relativo al control de la constitucionalidad.

En todo caso, la Constitución de 1940 constituía, como en tantas situaciones parecidas, un alto en el camino, que por un lado representaba la concreción de diversas experiencias que venían desde atrás, y que se concretaron en diversos hechos realmente positivos. Y por otro, sentaba las bases para un desarrollo futuro que fuese más perfeccionado, más armonioso y sobre todo, de mayor consistencia.

Dicho en otras palabras, la Constitución de 1940 trajo una bocanada de aire fresco y con vientos democratizadores, que si bien no llegaron a asentarse en forma definitiva, y

tuvo multitud de carencias, constituía un primer paso importante para la democracia cubana de cara al futuro. Prueba clarísima de esto, es que el entonces joven abogado y rebelde Fidel Castro, defendió la Constitución de 1940, a la que consideraba progresista y legítima, en su famoso discurso de 16 de octubre de 1953 ante la Sala Primera de Urgencia de la Audiencia de Santiago de Cuba y que luego tituló "La historia me absolverá" (varias ediciones, utilizo la publicada por Editora Política, La Habana 2000, pp.12, 14, etc.).

Igual puede decirse del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que fue una experiencia interesante, en consonancia con el pasado jurídico y judicial de Cuba. En esta línea, y después de diversos debates, finalmente fue sancionada la Ley núm. 7 de 31 de mayo de 1949, firmada por el Presidente Carlos Prio Socarrás, que desarrolló y perfiló de manera expresa el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, así como los demás aspectos de carácter operativo (el control de la constitucionalidad, por cierto, no se había detenido, pues de acuerdo a la disposición transitoria del Título XIV, mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales no fuese creado, sus funciones las asumiría el pleno del Tribunal Supremo (*cf.* Andrés M. Lazcano y Mazón, *Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales,* Edit. Lib. Selecta, La Habana 1949; que es el gran comentario exegético de la ley).

Todo este desarrollo lento, lineal pero no regresivo, fue cortado bruscamente con el golpe de Estado que en 1952 dio el entonces general Fulgencio Batista, que dejó sin efecto la Constitución de 1940, y la remplazó por la Ley Constitucional de 1952 (en el fondo una Constitución, pero dada por un gobernante de facto); que curiosamente mantuvo mucho de la Carta de 1940, y en lo relativo al control de la constitucionalidad, resultó prácticamente idéntica que su predecesora. Pero aquí la formalidad fue en realidad un juego de artificio, pues si bien existía el control a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en la práctica el Tribunal, a través de magistrados complacientes, no controló nada y se dedicó a avalar los estropicios del régimen. Hasta que cayó en un descrédito total.

Lo que pasó es historia (relativamente) reciente, y en todo caso, bastante fresca para el público lector. Las corruptelas de Batista, y los excesos del regimen fueron tan notorios, que al final terminó acosado por diversos estallidos revolucionarios, hasta el extremo que el mismo Batista huyó del país los primeros días de enero de 1959, dejando la Isla abandonada a su suerte. Cuando las huestes de Fidel Castro entraron a La Habana días después, lo hicieron sin disparar un solo tiro, y en medio de los vítores de la multitud. Más que tomar el poder, se limitaron a recogerlo del suelo, a donde lo habían dejado los gobernantes que se habían dado a la fuga.

Lo importante es que el nuevo gobierno revolucionario cubano se apresta a instaurar un nueva legalidad, y para ello no encuentra mejor idea que restaurar la vieja Constitución de 1940, a la cual hace muy pequeñas modificaciones (permitiendo concentrar las funciones legislativa y ejecutiva en la nueva cúpula revolucionaria), incluyendo dentro de ella al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y como tal figura en la denominada Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959. Ahí aparece el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en forma casi idéntica a la Constitución de 1940 y con iguales atribuciones. Por cierto, una de las primeras medidas del régimen fue defenestrar a los más altos funcionarios, y fue entonces que el Tribunal de Garantías fue cubierto con gente nueva y adicta al gobierno.

Y así el Tribunal empezó a funcionar nuevamente. Pero como había personal nuevo, y todos los cambios se hacían por ley expresa, que además introducía medidas innovado-

ras que la propia Ley Fundamental de 1959 permitía a través de determinados artículos introducidos al calor de la revolución, no hubo prácticamente nada que objetar a nivel constitucional. Pero por otro lado, el regimen a fines de 1961 se identificaría con el sistema soviético y empezó a depender de él, como lo demuestra la crisis de 1962, momento en el cual, los misiles instalados en Cuba por la Unión Soviética fueron desmantelados como producto de la negociación entre Nikita Krusckev, secretario general de la Unión Soviética, y John F. Kennedy, Presidente de los Estados Unidos. Negociaciones que se hicieron al margen de Fidel Castro y sin conocimiento de éste, lo que hizo ver, desde entonces, el verdadero grado de autonomía de la Isla (en realidad, si Cuba tuvo alguna autonomía, aun cuando relativa, lo fue sólo en el período de la Constitución de 1940, ya reseñado; y quizá ahora y desde 1992, cuando colapsaron las llamadas democracias populares del Este y cesó la dependencia del *Soviet*).

Cabe anotar, con todo, que si bien en teoría la Cuba de Castro mantenía el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en la práctica no funcionaba. Hasta que finalmente fue desactivado formalmente en 1973, ya que además, el régimen impuesto en la Isla no aceptaba controles ni tampoco este tipo de tribunales (que, sin embargo, existían en algunos países alineados o cercanos al antiguo bloque soviético, como eran los casos de Yugoeslavia, Polonia, Hungría, etc).

Finalmente, instalada la Isla en un nuevo *status* político, lo natural era que se diese formalmente una Constitución, que reflejase el nuevo orden de cosas. Y así, fue preparado largamente un proyecto, que fue sancionado en 1976, Constitución que sigue vigente, y en donde definitivamente se eliminó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y se adoptó el sistema socialista de control de la constitucionalidad, que se conoce como modelo político, y que se mantiene hasta ahora. Cabe añadir que la Constitución ha tenido importantes modificaciones en 1992, incorporadas únicamente para reflejar la nueva estructura de poder, y su ubicación en el nuevo escenario político internacional, acorde con la caída del Muro de Berlín en 1989, la crisis de la Unión Soviética, que determinó la suspensión de todo tipo de ayuda a Cuba, y el desplome de la URSS, en 1991.

Hoy por hoy, el experimento socialista cubano, más allá de cualquier valoración, está definitivamente concluído, y en cierto sentido en crisis y con poco futuro. Más aún ahora, que los modelos y esquemas teóricos que la alimentaron, han desaparecido definitivamente del horizonte.

Sin embargo, es indudable que Cuba está cambiando lentamente y ha tenido una notable apertura al mundo exterior, y lo hará aun más el día de mañana, cuando el grupo de dirigentes fundadores ya no estén en el poder, y se adopten otros rumbos, mucho más liberales. Es probable que entonces el modelo de control de la constitucionalidad de la Carta de 1940 se reimplante, o sirva de estímulo para nuevas formas constitucionales.

Pero si no sucediese esto, recordar esta experiencia, valiosa como antecedente y como esquema conceptual, es algo estimulante dentro de la historia de la jurisdicción constitucional en América Latina, que tantos aspectos creadores ha tenido y tiene todavía.

VIII. ¿ES EL TRIBUNAL CUBANO DE 1940 UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Algunos estudiosos de nuestra experiencia latinoamericana, entusiasmados por el precedente cubano, han señalado que estamos aquí ante un verdadero tribunal constitucional, en puridad, el primero que existe en América Latina. Y claro, desde un punto de vista amplio, esta tesis puede tener cierto predicamento y a mí mismo me sedujo en algún momento. Sin embargo, cuando califiquemos a un ente como tribunal constitucional, hay que tener presente ciertos supuestos y rasgos definitorios, que aquí desarrollaremos brevemente.

Lo primero que debemos reconocer es que el tribunal constitucional es una creación kelseniana, en rigor europea, del periodo de entreguerras (si bien existen antecedentes que se remontan a la época de Sieyés).Y aun más, que esa experiencia primigenia (1919-1939), fue interesante, pero fallida, y además escasa. El Tribunal constitucional austríaco funcionó poco, y en puridad, tan sólo desde 1921 hasta 1933. El checoslovaco casi no funcionó, y emitió una sola sentencia. Y el tribunal español tuvo una vida efímera, truncada por el estallido de la guerra civil española (1936).

De esta experiencia, lo que tuvo presente la clase dirigente cubana, fue la española, pero de manera muy *sui generis*, como ya lo he señalado.

Y asi tenemos que:

a) los tribunales constitucionales tienen autonomía administrativa, legal y económica. Esto es, no dependen de otros cuerpos.

b) en consecuencia, tienden a ser órganos autónomos de naturaleza constitucional.

c) sus magistrados tienen un proceso especial de selección, y son distintos a los comunes.

d) sus competencias son distintas a las de los demás, pues los otros jueces no las comparten.

e) actúan en instancia única,

f) sus miembros son elegidos por un determinado periodo, y normalmente no son reelegibles. No existe una carrera administrativa para ser magistrado.

g) tienen en exclusiva los aspectos básicos del control de la constitucionalidad, y también de temas conexos (la defensa de los derechos fundamentales, etc)

h) tienen una composición y atribuciones básicamente jurisprudenciales.

i) sus decisiones son definitivas y contra ellas no cabe recurso o impugnación alguna.

Estas son algunas de las características que en lo sustancial identifican a los tribunales constitucionales. Por cierto, alcanzan y son válidas en términos amplios y admiten matizaciones y ciertas excepciones, que generalmente no hacen más que confirmar la regla. Así, tenemos que como norma general el tribunal constitucional es independiente, pero hay veces en los cuales está ubicado dentro del Poder Judicial, como se da en Alemania y Colombia. Pero en el primer caso, desde la década del cincuenta del siglo pasado, el Tribunal Constitucional Federal se hizo cada vez más independiente, y actúa de esa manera, pues no tiene ningún lazo administrativo ni financiero con el Poder Judicial, y el *status* de sus miembros también es distinto. Y en cuanto a Colombia, la Corte Constitucional es parte de la llamada *rama judicial*, a la que pertenece por una razón

que podríamos llamar de organigrama o de organización, pero que en todo lo demás, es autónoma.

En el modelo cubano tenemos, entre otros aspectos, los siguientes:

a) Originalmente, la constitucionalidad estaba encargada al Tribunal Supremo, y luego pasó a una de sus Salas, con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

b) Dicho Tribunal (o Sala), dependía en todo de la Corte Suprema.

c) Sus miembros eran los mismos, y no se diferenciaban en nada del resto.

d) El Tribunal (o Sala) tenía una dependencia total del Poder Judicial (administrativa y económica).

e) Para poder fallar en los temas de control de constitucionalidad, el Tribunal de Garantías y Sociales necesitaba aumentar el número de sus miembros (bien que temporalmente) con otros magistrados supremos.

f) Los estatutos de sus miembros era exactamente los mismos que el resto de los jueces.

g) Los jueces no tenían competencia para efectuar el control de constitucionalidad: sólo lo hacía el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, del que incluso dependían las demás Salas del Tribunal Supremo.

h) La competencia del Tribunal no se reducía a lo constitucional: también resolvía asuntos sociales.

Por tanto, lo que en rigor existió en Cuba a partir de la Constitución de 1940, era una Sala Constitucional, pero con otro nombre. Que era un embrión de tribunal constitucional y que pudo haberlo sido, sino hubiera pasado lo que pasó. Pero que sólo llegó a eso.

En realidad, lo que consagró la Carta de 1940 era una especie de control concentrado en una sala al interior del Tribunal Supremo (y de ahí su gran diferencia con el modelo norteamericano, que es difuso). Y en tal sentido, el caso cubano es un planteo original en el tema del control de constitucionalidad, no sólo por lo que avizoró, sino porque creó una figura intermedia, que hoy por hoy tiene su más relevante expresión en la Sala Constitucional que existe en Costa Rica, desde 1989. Y que desde entonces otros países han imitado (Paraguay, Venezuela, etc).

IX. EL MODELO CUBANO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO

He señalado anteriormente lo que es el modelo cubano, y cómo se desarrolló, lentamente desde 1901, en su primera Constitución, hasta 1940, en que alcanzó uno de sus mejores momentos, los cuales, lamentablemente fueron bloqueados, por la subsiguiente dictadura de Batista, y por el cambio de rumbo político a partir de 1962. Pero hagamos algunas especulaciones, sobre lo que pudo haber pasado con el modelo cubano.

En efecto, si bien hacer un diseño de lo que pudo haber sido y no fue, puede ser un juego inocente y en cierto sentido una utopía, ello no nos puede privar del placer intelectual de intentarlo.

Cuba tuvo un avance notable en el tema del control de la constitucionalidad, teniendo como referencia la experiencia norteamericana, que tan bien conocía. Pero lo importante es que partiendo de ese esquema, fue acercándose, poco a poco, al denominado mo-

delo europeo o concentrado, toda vez que encomendó a una de las salas del Tribunal Supremo, a la que llamó Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, la exclusiva del control de la constitucionalidad. Además, hizo que tuviesen legitimación procesal activa un número determinado de personas y autoridades. Y adicionalmente, sus resoluciones tenían efectos, *erga omnes*, con características derogatorias. Aún más, el nombre que adoptó el Tribunal en 1940, fue tomado directamente, como lo señalan sus autores, de la Constitución española de 1931, que es la primera que por influencia de Kelsen y de la experiencia austriaca, incorpora el modelo concentrado en el mundo iberoamericano. Por tanto, aun cuando el modelo no fue más lejos y es difícil decir qué hubiera sucedido si el devenir político hubiera sido distinto, todo hacía pensar, a la altura de los años cuarenta y cincuenta del siglo XX, que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba evolucionaría algún día hacia un tribunal constitucional en la matriz europea. Esto no sucedió, pero sin lugar a dudas, estaban sentadas las bases para que así sucediera.

Ahora bien, ¿cuál era la situación de la jurisdicción constitucional en América Latina en esa época?

Por influencia norteamericana, el control de la constitucionalidad estaba muy arraigado en ciertos países latinoamericanos, en forma preponderante, como es el caso de México, Argentina, Brasil, Colombia y el Brasil. En estos casos, existía un desarrollo que había concebido figuras muy interesantes (como el recurso extraordinario en el Brasil y en la Argentina), o el Amparo (en México). Y en Venezuela, como más tarde en Colombia, se llegó, desde fines del siglo XIX, a un control difuso y a un control concentrado, pero al interior del Poder Judicial, y a cargo de la Corte Suprema (experiencias que pudieron haber influido en la élite intelectual y política cubana).

Pero el esquema cubano fue más allá. No sólo tuvo los mismos desarrollos, sino que llegó a crear un sala especial dentro de la Corte Suprema, con muchas de las características del modelo concentrado, que a mayor abundamiento tomó el nombre de un típico modelo europeo, como era el Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931), que curiosamente, cuando fue adoptado por los constituyentes en Cuba, la institución ya no existía en España. Esto es, tomaron como modelo algo que había perecido (el Tribunal español quedó paralizado en 1936: tres años después, se instalaría definitivamente el gobierno de Franco, por casi cuarenta años).

Así, primero se encargó al Tribunal Supremo el control de la constitucionalidad, y luego, en 1940, se trasladó esa competencia a una Sala del mismo Tribunal. Con lo cual, la lógica consecuencia hubiera sido que tal Sala hubiera terminado como Tribunal Constitucional independiente (este desarrollo se ve claro en el ejemplo colombiano, que empezó de esa manera, y terminó con una Corte Constitucional en 1991).

Por tanto, el caso cubano se presenta, en 1940, como el primer y más elaborado esbozo de modelo concentrado en América Latina, a través de una sala constitucional y bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Años después, el Ecuador, en su Constitución de 1945, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero lo hizo como un órgano consultivo, que se limitaba a hacer recomendaciones, pero que al final no decidía nada. Al año siguiente, la Constitución de 1946 lo derogó, y tal derogación se mantuvo hasta 1967, en que la Constitución de ese año, restableció el Tribunal con similares atribuciones. Volvió a aparecer en la Constitución de 1978, en vigencia desde 1979, en forma por demás tímida, y que tuvo diversos vaivenes, que aquí no vale la pena reseñar (en rigor, tan sólo en 1996 el Tribunal

Constitucional ecuatoriano adquiere la calidad de tal, y así lo confirma la vigente Constitución de 1998).

Más bien, en 1965 se crea la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, que, en puridad, es el primer tribunal constitucional que se crea en América Latina, bajo la inspiración del modelo europeo.

Pero el modelo guatemalteco tenía funciones limitadas y era por demás endeble, y sólo se reunía esporádicamente, de vez en cuando, y sólo si existían causas que resolver. Por tanto, tenía períodos prolongados de inactividad. Además, sus miembros eran los mismos jueces de carrera del Poder Judicial, provenientes en parte de la Corte Suprema y en parte de otras instancias. Tan sólo en 1985 con la Constitución de ese año, la Corte de Constitucionalidad, adquirirá el perfil de un verdadero tribunal constitucional.

En Chile en 1970, se creó un Tribunal Constitucional de muy corta vida (1970-l973), pero muy limitado, y casi sin competencias. Reapareció en la Constitución de 1980, si bien con un perfil muy similar y así se mantiene hasta ahora.

En el Perú, por el contrario, la Constitución de 1979 crea, siguiendo el modelo español, el Tribunal de Garantías Constitucionales, como ente autárquico y al margen del Poder Judicial, que ha tenido una evolución interesante. Y que en rigor, es la primera vez que en América Latina se da el modelo concentrado en su mejor expresión. Que luego, otros han seguido.

Por tanto, el itinerario del modelo concentrado en América Latina, podría esquematizarse de la siguiente manera:

a) Antecedentes en la experiencia colombiana y venezolana (siglo XIX).

b) Perfiles bastantes definidos en el caso cubano que se inicia en 1903 y plasma en 1940 (creación de la modalidad de la Sala Constitucional, que otros países han seguido).

c) Primer caso de modelo europeo de tribunal, en Guatemala y en 1965.

d) Primer caso de modelo europeo, *stricto sensu*, en la Constitución peruana de 1979 (y que continúa la vigente Constitución de 1993).

Todo esto, considerado dentro de un gran conjunto, representa, parafraseando a Grant, la contribución modesta pero interesante, que hace la América Latina a la teoría del control de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

La historia de Cuba debe entenderse, en un primer momento, dentro del gran escenario de la historia de la América española, primero, y la América independiente después. Cuba fue prácticamente la primera tierra que los españoles conocieron al descubrir el Nuevo Mundo, y la última que abandonaron, en 1898. Panoramas generales son, entre otros, los siguientes: Carlos Pereyra, *Historia de la América española*, 8 volúmenes, Madrid 1920-1926 y su posterior síntesis *Breve historia de América*, Aguilar editor, Madrid, 1930; hoy ediciones posteriores; también en Edit. Zig-Zag, Santiago (Chile), varias ediciones; Luis Alberto Sánchez, *Historia general de América*, 3 tomos, Emisa, Lima 1987 y la versión resumida del mismo autor, *Breve historia de América* Edit. Losada, Buenos Aires 1965 (con numerosas reimpresiones); Salvador de Madariaga, *El auge y el ocaso del imperio español en América*, Edic. Espasa - Calpe, Madrid 1979;

Tulio Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza Editorial, Madrid 1972; Juan Vicens Vives (director), *Historia social y económica de España y América*, Libros Vicens-Bolsillo, Barcelona 1982,en especial el tomo V que trata los siglos XIX y XX en América independiente; F. Chevalier, *América Latina,de la independencia a nuestros días*, FCE, México 1999; Germán Arciniegas, *Biografía del Caribe*, Edic. Libro Libre, San José 1986; Oliver Dabéne, *América Latina en el siglo XX*, Editorial Sintesis, Madrid 2000; Pierre Chaunu, *Historia de América Latina*, EUDEBA, Buenos Aires 1994; Edwin Williamson, *The Penguin History of Latin América*, Penguin Books, London 1992 (trae un interesante capítulo sobre Cuba).

Desde un punto de vista institucional y político; *cf.* Jacques Lambert, *América Latina*, Edit. Ariel, Barcelona 1972; Manuel Fraga Iribarne, *Sociedad, política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962 (2da. ed. 1971); Luis Sánchez Agesta, *La democracia en Hispanoamérica*, Edic. Rialp, Madrid 1987; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México 1991; Manuel Alcántara, *Sistemas políticos de América Latina*, Edit. Tecnos, Madrid 1999, 2 vols.

Sobre Cuba; vid. Antonio Bachiller y Morales, *Cuba, monografía histórica*, La Habana 1952; J. Le Riverend, *Breve historia de Cuba*, Edit. Ciencias Sociales, La Habana 1997; Oscar Pino-Santos, *Historia de Cuba*, Edit. Nacional de Cuba, La Habana 1964; José Canton Navarro, *Cuba, el desafío del yugo y la estrella*, Edit. Simar, La Habana 1996; L.A. Pérez, *Cuba: between reform and revolution*, Oxford University Press, N.Y. 1995; T.Szulc, *Cuba: de la utopía al desencanto*, U.A. del Estado de México, México 1993; Fernando Portuando, *Historia de Cuba*, Ed. Minerva, La Habana 1950 (a partir de la sexta edición de 1965, que tiene varias reimpresiones, se elimina la parte posterior a 1898); Hugh Thomas, *Cuba, or the persuit of freedom*, Da Capo Press, New York l998 (hay versión castellana, cubre desde 1762 hasta 1968). El *Manual de la historia de Cuba* de Ramiro Guerra y Sánchez, cuya última edición es de 1938, pero que ha sido reimpreso numerosas veces, es el clásico en la materia (el mismo Guerra, conjuntamente con otros estudiosos, han publicado una completa *Historia de la nación cubana*, en diez volúmenes, en La Habana 1952, de gran interés, pero desigual). De gran utilidad, *cf.*, Leslie Bethell, ed. *Cuba: a short history*, Cambridge University Press, N.Y. 1998 (selección de los capítulos pertinentes de la Cambridge History of Latin America, a cargo de Hugh Thomas, Luis E. Aguilar, Lous A. Perez Jr. y Jorge Domínguez). Panoramas sobre los aspectos jurídicos en general; *cf.* Julio A. Carreras *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Edit. Ministerio de Educación Superior, La Habana 1981; José L. Escasena *La evolución de la legalidad en Cuba*, Edit. de Ciencias Sociales, La Habana 1990.

Para la parte documental, *cf.* Andrés María Lazcano y Mazón, *Las Constituciones de Cuba*, Edic.Cultura Hispánica, Madrid 1952 (con prólogo de Manuel Fraga); Academia de la Historia de Cuba, *Constituciones de la República de Cuba* (edición facsimilar), La Habana 1952; Andrés María Lazcano y Mazón, *Constituciones políticas de América*, 2 tomos, Edit.Cultural, La Habana 1942 (en especial el tomo 1). La Ley Fundamental de 1959 se encuentra en Juan Ovidio Zavala *Las Constituciones vigentes*, Editorial Perrot, tomo I (América), Buenos Aires 1961.

Sobre los antecedentes en materia de control; *cf.* Angel C. Betancourt, *Recurso de Inconstitucionalidad*, Imp. y Papelería de Rambla, Bouza y Co; La Habana 1915; Carlos M. Piedra y Piedra, *La Constitución y el Tribunal Supremo*, Cultural S.A., La Habana 1951. Sobre el texto de 1940; *cf.* Andrés M. Lazcano y Mazón, *Constitución de Cuba*

(*con los debates sobre su articulado y transitorias en la Convención Constituyente*), 3 tomos, Cultural S.A, La Habana 1941; complementado por el mismo autor con su *Diccionario de la Constitución*, Cultural S.A., La Habana 1941(trae el texto oficial e índices para el manejo de los tres tomos); Eloy G. Merino Brito *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Ed. Cultural S.A., La Habana 1938.

Sobre la Constitución de 1940; cf: Gustavo Gutiérrez Sánchez, *Constitución de la República de Cuba*, Editorial Lex, La Habana 1941; Juan J.E. Casasus *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, Edit. Cultural, La Habana 1946; Emilio Menéndez Menéndez, *La nueva Constitución cubana y su jurisprudencia (1940-1944)*; Jesús Montero editor, La Habana 1945; Joaquín López Montes *El mecanismo de defensa de la Constitución en México y en Cuba*, UNAM, México 1965; Mario Nin y Abarca, *El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940* en *Revista Cubana de Derecho*, nº IV, octubre-diciembre de 1941; y Emilio Menéndez, *El Poder Judicial y la Constitución*, en *Comparative Juridical Review* vol 2, 1965 (un gran panorama, que analiza la experiencia cubana a esa fecha, por quien había sido presidente del Tribunal Supremo de Cuba). Sobre la problemática reciente, véase la revista *El otro Derecho*, Bogotá, Nº 2, 1994 (íntegramente dedicada a Cuba, con colaboraciones de diversos autores.)

Como información válida al momento en que se sanciona la Constitución de 1940, *cf. Cuba en la mano*, Enciclopedia Popular Ilustrada, E.R.O. La Habana 1940.

El texto de Andrés M. Lazcano y Mazón *Las Constituciones de Cuba* (1952), cit; ofrece en su estudio preliminar un gran recorrido histórico-constitucional. El libro fundamental en este punto es el de Ramón Infiesta *Historia constitucional de Cuba*, Cultural S.A., La Habana 1951. Con posterioridad, esa línea no ha sido continuada; *cf.* con todo, Juan Vega Vega *Cuba, su historia constitucional*, Ediciones Endymion, Madrid 1997 (este libro, escrito por un profesor de la Universidad de La Habana, no obstante alguno datos de utilidad, es sobre todo una obra de propaganda).

Sobre el control de constitucionalidad, es clásico el libro de James A.C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Una contribución de las Américas a la Ciencia Política)*, UNAM, México 1963. Véase además; *cf.* Francisco Fernández Segado *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Montevideo 2000; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coord.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Edit Dykinson et alter, Madrid 1998; Héctor Fix-Zamudio *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, (1940-1965)*, UNAM, México 1968 y *Protección jurídica de los derechos humanos*, Edic. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999; asi como el "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional" (4 números, 1997-2000) y el "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano" (6 números, 1995-2000).

Un tema interesante, pero colateral, es la institución del Amparo en Cuba, que curiosamente se ha mantenido hasta el día de hoy en su vieja matriz hispánica, como un típico instrumento civil, de carácter interdictal, para defender la propiedad. A diferencia de México, que supo evolucionar del Amparo colonial al Amparo moderno que todos conocemos, y que tanta influencia ha tenido, Cuba ha conservado el Amparo en su versión tradicional, no obstante que muchos de sus juristas, entusiasmados por el amparo mexicano y centroamericano, han propugnado su modernización (*cf.* Cecilio A. Caneda Acosta *El Amparo y su jurisprudencia*, Cultural S.A., 2da edición, La Habana 1953). Pero el Habeas Corpus, de origen sajón, fue introducido como consecuencia de la ocupación norteamericana en 1898, y se mantiene con esas características hasta nuestros

días. Sin embargo, se ha sostenido que el Habeas Corpus es en la Cuba actual una pieza de museo, y supérstite de la legalidad burguesa, ya que dentro del régimen socialista no existen detenciones arbitrarias (*cf.* Jorge Bodes Torres, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Edit. de Ciencias Sociales, La Habana 1996, pág. 212 y ss).

La experiencia cubana, fue bien conocida en el resto de la América Latina, y también en España, como puede verse, entre otros, en los siguientes libros: A. Jorge Alvarado *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Edit. Reus, Madrid 1920 y Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, Edit. Espasa- Calpe, Madrid 1934 (ambos incluyen en el apéndice la pionera ley cubana de 1903).

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL DE LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Edgar Carpio Marcos
Asociación Peruana de Derecho Constitucional
Lima

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de aceptarse la enorme relevancia del reglamento parlamentario en el proceso de elaboración de las leyes[1], existen serias resistencias, especialmente en la jurisprudencia constitucional comparada[2], para admitirla entre las normas que conforman el parámetro de control en la acción abstracta de inconstitucionalidad.

Desde luego, distintas son las razones que se han esgrimido para justificar tal rechazo. Y aunque muchas veces estos planteamientos obedecen al tratamiento realizado con el reglamento parlamentario en cada sistema constitucional, normalmente el debate suele plantearse a partir de cuestiones tales como su naturaleza y la posición que ocupa entre las demás fuentes del derecho[3].

Según el primer punto de vista, el reglamento sólo estaría en capacidad de integrar el canon de control a condición que se acepte su status de fuente formal del derecho. En cambio, si sólo se le concibiese como una norma interna, corporativa o estatutaria, entonces no estaría en capacidad de establecer límites y condiciones al legislador, ya que no tratándose de un acto legislativo del Estado, su infracción no podría sustentar una sanción de invalidez formal.

Según el segundo, es preciso, además, que ocupe el mismo rango de las fuentes primarias, pues si se tratase sólo de una fuente secundaria, esto es, una norma subordinada a la Constitución y a la ley, entonces cualquier transgresión del reglamento resultaría irrelevante, en tanto que la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la infracción de una norma jerárquicamente inferior.

Por cierto, no son los únicos argumentos que se han tejido para desplazar del parámetro al reglamento parlamentario. Aunque aquí no vayamos a detenernos en este aspecto, hay quienes sugieren que las transgresiones al Reglamento no son susceptibles de con-

1. CRISAFULLI, Vezio, "Giustizia costituzionale e potere legislativo" en *Diritto e Società*, nº 1, 1978, pp. 55-57.
2. *Cf.*, un planteamiento general, válido hasta la década de los ochenta, en Stefano María CICCONETTI, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania Federale, Italia)*, CEDAM, Padova 1979. Últimamente, dentro de un contexto general, Eliseo AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona 1998.
3. *Cf.*, SCIORTINO, Antonella, "Brevi note sui regolamenti parlamentari come parametro e come oggetto del giudizio di legittimitá costituzionale", en AA. VV. *Il parametro nel giudizio di costituzionalitá*, Giappichelli editore, Torino 2000, pp. 567-568.

trol externo (doctrina de los *interna corporis*)[4], pues de otro modo se podría afectar, y muy sensiblemente, la autonomía del órgano legislativo.

Como podrá observarse, cualquiera sea el frente del que se trate, todas estas posiciones conducen a un mismo fin: negar la capacidad del reglamento parlamentario para fijar límites al legislador en el proceso de producción de las leyes y, por tanto, de integrar el parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad. En ese sentido, el propósito de este trabajo es ofrecer una visión panorámica de cómo tal problemática puede ser resuelta en el ordenamiento peruano, teniendo en cuenta cómo se ha encarado tal tópico en el derecho comparado.

II. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO: ¿ACTO LEGISLATIVO DEL ESTADO?

El origen del problema acerca del *valor* del reglamento parlamentario o, lo que es lo mismo, su naturaleza jurídica[5] se retrotrae a la experiencia constitucional inglesa[6], de donde es oriunda la institución parlamentaria[7]. Como se sabe, el derecho parlamentario es fruto de la formulación teórica y práctica en torno a los privilegios parlamentarios, esto es, de las garantías que, a modo de *lex privata* y a golpe de costumbres, a lo largo de siglos se rescata con el objeto de asegurar, por un lado, el normal y autónomo desenvolvimiento de las cámaras; y, de otro, la libertad de acción de sus miembros, previéndose a su favor un régimen jurídico singular, compatible con "la naturaleza de la institución y necesaria para que llene cumplidamente sus fines"[8].

---

4. *Cf.*, FLORIDIA, Giusseppe, y SORRENTINO, Federico, "Interna corporis", en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, 1989, pp. 1 y ss. También, TORRES MURO, Ignacio, "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 43, Madrid 1995, pp. 51 y ss. ESPOSITO, Carlo, *La validitá delle leggi (Studio sui limiti della potestá legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale)*, Giuffré editore, Milano 1964 (ristampa inalterata della edizione del 1934), pp. 296 y ss. VIRGA, Pietro, "Sindacato sugli ´interna corporis´ e poteri di indagine della Corte Costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, pp. 994 y ss.

5. La bibliografía en torno a la naturaleza del reglamento parlamentario es abundante. Sin perjuicio de la que más adelante se cite: ROMANO, Santi, "Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari", en *Scritti Minori*, vol. I (Raccoli e pubblicati a cura di ZANOBINI, Guido, premesso un discorso commemorativo di Vittorio ORLANDO, Emmanuele, ristampa dell´edizione del 1950), Giuffré Editore, Milano 1990, pp. 261 y ss. GARCÍA DE ITURROSPE, Coro Cillán, "Teoría general sobre la naturaleza de los reglamentos parlamentarios", en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Cortes Generales, Madrid 1985, pp. 355 y ss. En este mismo volumen, MANZELLA, Andrea, "Diritto Parlamentare e regolamenti delle camere nel quadro costituzionale" (p. 21-34). *Ibidem*, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 23 y ss.

6. Un panorama de lo que sucede en Inglaterra y, en general, en los países anglosajones, en Giusseppe FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffré Editore, Milano 1986, p. 2-33. Sobre la problemática que aquí se pretende abordar, GROTANELLI DE SANTI, Giovanni, "Note sul sinsacato giurisdizionale degli atti del Parlamento nei paesi anglosassoni", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, Giuffrè editore, 1959, pp. 218 y ss.

7. Por lo demás, "...El vastísimo debate doctrinal que desde inicios del ochocientos se desarrolla sobre la materia está caracterizada por radicales disensos, también sobre los más esenciales aspectos del reglamento parlamentario, que, como ha escrito no sin ironía ARNDT, K.F., ha experimentado toda calificación imaginable (hat dabei jede denkbare Qualifikation erfahren)". FLORIDIA, Giusseppe, y SORRENTINO, Federico, "Regolamenti Parlamentari", en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, p. 1.

8. TORRES DEL MORAL, Antonio, "Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* nº 10, Madrid 1986, p. 11.

Estas costumbres, cuya data de aparición es incierta, hasta bien entrado el siglo XIX básicamente descansó en una tradición no escrita. Por ello, cuando la concepción inglesa del derecho parlamentario se trasladó al derecho continental, los primeros esfuerzos destinados a esclarecer la naturaleza del reglamento parlamentario culminaron en la tesis de que éste constituiría un conjunto de convenciones y prácticas, con los alcances propios de toda fuente consuetudinaria: "criterios de cortesía y ceremonial no obligatorios", sin valor jurídico alguno, pues así como puede "mantenerse en cien casos" (puede) no aplicarse en el siguiente"[9].

Tal criterio, pese a la actual tendencia de codificar en un documento escrito las normas que regulan a la institución parlamentaria, no necesariamente ha culminado con su abandono[10]. A partir del carácter *instrumental* del reglamento, que en el plano de la *praxis* parlamentaria se materializa en la flexibilidad de algunas de sus disposiciones (esto es, la existencia de prácticas, acuerdos y decisiones adoptadas al lado y, muchas veces, en superposición a sus normas), cierto sector de la doctrina ha concluido en negarle la condición de una auténtica norma. Desde esta perspectiva, si las disposiciones del reglamento pueden no observarse y no existe sanción alguna, antes bien, cierta justificación derivada de la posición del Parlamento entre los demás poderes públicos; entonces, la capacidad de obrar como una norma sobre la producción jurídica se presentaría sino desprovista de sentido, al menos de manera bastante limitada[11].

A similar conclusión llegan quienes sostienen la tesis de que el reglamento es una norma *interna*, *estatutaria* o *autonómica*[12]. Según este planteo, el reglamento no sería más que un derecho de emanación propia, integrada por normas producidas por las mismas cámaras, sin la intervención de los otros poderes, fundada no sobre una posición de autonomía del órgano sino simplemente por un *natural poder autoorganizador*[13]. En la medida que su ámbito de aplicabilidad no se extiende más allá del fuero parlamentario, a juicio de algunos, éste no podría considerarse como un *acto legislativo estatal*, esto es, una norma que integra el ordenamiento jurídico. Por el contrario, se trataría de una manifestación de *derecho corporativo* o *estatutario*[14], semejante al que crean las personas jurídicas de derecho privado y, en esa medida, incapaz de servir al Tribunal Constitucional para juzgar si su transgresión puede culminar con la declaración de inconstitucionalidad formal.

Por cierto, el problema de la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario no ha estado ausente del debate en la jurisprudencia constitucional, como antes se ha dejado entrever. Resabios de ella se encuentra, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, una de cuyas primeras sentencias (en concreto la Nº 27, de 1952) llegaría a sostener que, tratándose de la inconstitucionalidad formal de la ley, el parámetro no comprende a otras disposiciones del reglamento parlamentario que no

9. PÉREZ SERRANO, Nicolás, "Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario", originalmente publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, Madrid 1960, ahora reproducido en sus *Escritos de Derecho Político*, T. 2, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1984, pp. 987 y ss, por donde se cita; en particular, p. 1022.

10. Sobre los problemas y limitaciones de trasladar la concepción inglesa del derecho parlamentario al derecho continental, *Cf.*, FLORIDIA, Giusseppe y SORRENTINO, Federico, "Regolamenti Parlamentari", en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, p. 3-4.

11. *Cf.*, MANETTI, Michela, "Regolamenti parlamentari", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè editore, Milano 1988, pp. 659-668.

12. MANETTI, Michela, "Regolamenti parlamentari", *cit.*, pp. 661-662.

13. FLORIDIA, G., y SORRENTINO, F., "Regolamenti parlamentari", *cit.*, p. 6.

14. TORRES DEL MORAL, Antonio, "Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios", *cit*., p. 10.

sean, a su vez, reproducción de preceptos constitucionales, pues de conformidad con la Ley Fundamental de Bonn el reglamento no es más que un *estatuto autónomo*[15].

En conclusión, según este modo de entender las cosas, el reglamento parlamentario no es una fuente formal del derecho, ya sea porque se trata de una norma interna, ya porque carece de fuerza normativa. Y porque no lo es, su infracción no puede culminar en una sanción de invalidez en sede de la justicia constitucional. Ni el Parlamento tiene en el reglamento una norma que, al tiempo de regularlo, limite su actividad ni, después de todo, el ordenamiento capacidad para exigir externamente (*rectius*: jurisdiccionalmente) el cumplimiento de esas disposiciones.

III. LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sin embargo, la posibilidad de que el reglamento parlamentario funja como norma paramétrica en la acción abstracta de inconstitucionalidad no sólo se ha ligado a la problemática en torno a su naturaleza jurídica. La antes citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán, además, ha dejado entrever la necesidad de que éste ocupe una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico; en concreto, la condición de fuente primaria[16].

Según el mismo Tribunal[17], dado que el reglamento del *Bundestag* constituye un estatuto autónomo, "de tal naturaleza jurídica... se deriva que se encuentra en un grado inferior a la Constitución y a la ley"; o, lo que es lo mismo, que la autorización al *Bundestag* para darse su propio reglamento, prevista en el artículo 40 de la Ley Fundamental de Bonn, "vale sólo en el respeto de la Constitución y de las leyes"[18].

De este modo, una violación del reglamento parlamentario sólo devendría relevante en aquellos casos en que la infracción del procedimiento legislativo constituya, al mismo tiempo, transgresión de una disposición constitucional pero no en los demás casos, presupuesto su carácter de norma subordinada a la ley.

Desde luego, detrás de esta formulación, subyacen vestigios de legitimidad del viejo Estado liberal de Derecho y de sus instituciones, en particular, aquélla que hacía de la ley formal la norma central del ordenamiento y, al mismo tiempo, condenaba a las demás fuentes a un nivel inferior. No teniendo el reglamento la condición de un *acto legislativo estatal*, aún cuando se pudiese tratar de una norma elaborada por el Congreso,

15. La cita en el texto de la jurisprudencia constitucional alemana, en CICCONETTI, Stefano María, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalitá nel diritto italiano e comparato*,Cedam, Padova 1979, p. 84. En general, puede verse: AA.VV. *Esperienze di giustizia costituzionale*, T.1, (a cura di Luther, Romboli, TARCHI), Giappichelli, Torino 2000, en particular, pp. 171 y ss. *Cf.*, asimismo, la contribución de WEBER, Albrecht en el libro colectivo dirigido por AJA, Eliseo *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona 1998, pp. 53 y ss.

16. *Cf.*, CICCONETTI, Stefano María, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, citado, pp. 91 y ss. "La insindacabilità dei regolamenti parlamentari", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, pp. 1411 y ss., en particular, pp. 1421 y ss.

17. CICCONETTI, Stefano María, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, citado, p. 84.

18. Tendencia, por cierto, que se mantiene invariablemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. *Cf.*, DE BERNARDIN, Lucia, "La giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* e del *Bundesverfassungsgericht* in tema di regolamenti parlamentari", en *Diritto e Societá*, n° 3, 2001, pp. 453-456.

o por cualquiera de sus cámaras (tratándose de Parlamentos bicamerales), su posición no puede ser sino la de un nivel inferior a la ley. Después de todo, en su esclarecimiento, ayudaba incluso su *nomen iuris*: se trataba de un *¡reglamento!*.

IV. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO FUENTE PRIMARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. El reglamento parlamentario como fuente formal del derecho

Por cierto, la tesis de que el reglamento parlamentario no constituye una fuente formal del derecho, ya sea porque se trata de una norma cuyas disposiciones son más o menos flexibles, ya porque se trata en esencia de una norma interna, no parece ser plausible en el Estado Constitucional de Derecho[19].

En primer lugar, la mayor o menor flexibilidad de las disposiciones del reglamento parlamentario o, a su turno, las de otras fuentes, no entraña un problema estructural que termina por negar su condición de fuente formal del derecho. Afecta, por cierto, al plano de su eficacia, que es, ciertamente, una cuestión distinta.

En segundo lugar, como tempranamente argumentara Jellineck[20], el Parlamento no es una corporación ni las disposiciones del reglamento parlamentario únicamente regulan la vida interna de las cámaras. El Parlamento es un órgano constitucional y, como tal, se encuentra vinculado a la Constitución. No se trata de un órgano autárquico ni tampoco de un órgano *independiente*, en el sentido que sea soberano. Goza de autonomía, que no es lo mismo, lo que le permite regular las condiciones de su organización y funcionamiento así como el *status* jurídico de sus miembros[21]. Se trata de una autonomía, por cierto, singular, ya que a diferencia de otros órganos constitucionales, igualmente autónomos, las cámaras y el Parlamento pueden autoregularse mediante sus reglamentos sin que quepa interferencia de algún otro poder público[22]. Pero de ello no se puede concluir que el reglamento constituya un cuerpo de normas internas separadas del ordenamiento jurídico estatal.

Y es que en el Estado constitucional un acto legislativo tiene la condición de fuente formal del derecho, sólo si tal condición se la ha otorgado la Constitución y no porque su ámbito de aplicación sea más o menos extenso[23]. Como afirmara Vezio Crisafulli[24],

19. FLORIDIA, Giusseppe, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffré editore, Milano 1986, *passim*. GALEOTTI, Serio, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffré editore, Milano 1985, (Ristampa inalterata del 1957).

20. *Cf.*, FLORIDIA, Giusseppe y SORRENTINO, Federico, "Regolamenti parlamentari", *cit*., pp. 4-5.

21. Al respecto, ÁLVAREZ CONDE, Enrique y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, "Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional", en AA.VV. *Parlamento y justicia constitucional* (Francesc Pau i Vall, coordinador), Aranzadi, Barcelona 1997, pp. 41 y ss. CANO BUESO, Juan, "El principio de autonormatividad de las cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario", *cit.*, pp. 85 y ss.

22. *Cf.*, MIDIRI, Mario, "Sull´autonomia organizzativa degli organi costituzionali: la prassi recente" en *Diritto e Societá*, nº 3, 2000, pp. 435 y ss.

23. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino 1998, pp. 196 y ss. PALADIN, Livio, *Le fonti del diritto nel diritto italiano*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 367 y ss. PIZZORUSSO, Alessandro *Delle fonti del diritto*, Zanichelli-El Foro Italiano, Bologna-Roma 1977, pp. 403 y ss.

24. CRISAFULLI, Vezio, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, 1960, p. 775.

no son razones lógicas o cuestiones inherentes a la estructura de los diversos actos normativos, los que hacen que éstos sean considerados como fuentes del derecho, sino porque así lo dispone, de una vez por todas, el ordenamiento jurídico, en base a una decisión de naturaleza esencialmente política. Por ello, siguiendo a Carlos Alfonso Pinazo[25], puede afirmarse que el reglamento parlamentario es una auténtica norma, "...dotada de juridicidad como consecuencia de ser el producto de la actividad normativa de un poder del Estado con facultades a tal fin expresamente reconocidas en el texto constitucional. Por esto, el reglamento encuentra su justificación no ya únicamente en la teorización de la autonomía parlamentaria sino sitúa su justificación jurídica en ser una norma directamente vinculada a la Constitución por expresa previsión de ésta".

2. El reglamento parlamentario como fuente primaria

Tampoco parece ser plausible asignar al reglamento parlamentario, más allá del debate en torno a su naturaleza jurídica, la condición de fuente secundaria, esto es, una norma que se halla por debajo de la Constitución y la ley.

En efecto, en la mayoría de ordenamientos constitucionales, el reglamento parlamentario es una norma prevista y disciplinada directamente por la Constitución, por lo que sólo se encuentra subordinada a ella. Ese es el caso de la Constitución peruana de 1993, cuyo artículo 94 establece que "El Congreso elabora y aprueba su reglamento". En ese sentido, sus relaciones con las demás fuentes, también creadas y disciplinadas directamente por la Constitución, deben de articularse no sobre el principio de jerarquía, sino sobre el principio de competencia.

La articulación bajo el principio de competencia supone la existencia de dos o más fuentes del mismo rango, a cada una de las cuales la Constitución ha instituido en su favor una reserva de competencia normativa. "En virtud de tal *reserva de reglamento*, la materia en cuestión (...) no puede ser disciplinada por alguna otra fuente (con la sola excepción, se entiende, de las leyes de reforma constitucional). En particular, la ley está prohibida de disciplinar el procedimiento de aprobación de ella misma"[26].

Los alcances de la materia reservada a favor del reglamento parlamentario es variable, pues depende de lo que a este respecto cada Constitución haya establecido: ¿sólo reserva para disciplinar el procedimiento legislativo o también para la regulación de la organización y funcionamiento del Congreso -y de sus cámaras, si ese fuera el caso?

Pero lo que es indudable es que habiéndose previsto directamente por la Constitución y reservado la regulación de (algún aspecto de) la materia parlamentaria, el reglamento no se encuentre subordinado a la ley[27]. Y es que, como ha recordado Ignacio de Otto,

---

25. DE ALFONSO PINAZO, Carlos, "El tratamiento del Tribunal Constitucional a las denominadas normas interpretativas y supletorias del reglamento parlamentario", en AA.VV., *Parlamento y justicia constitucional*, Edit. Aranzadi 1997, p. 398.

26. GUASTINI, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffré editore, Milano 1998, p. 628. MANZELLA, Andrea, *Il Parlamento*, citado, pp. 20 y ss. TOSI, Silvano, *Derecho Parlamentario*, PORRÚA, Miguel Angel, México 1996, pp. 76 y ss.

27. Precisamente en estos argumentos se ha basado las duras críticas que cierto sector de la doctrina italiana ha realizado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y es que si las relaciones entre ley y reglamento parlamentario no se resuelven bajo los alcances del principio de jerarquía, sino por el de competencia, entonces es irrelevante, *prima facie*, cuál sea la posición del reglamento en el ordenamiento, en orden a considerar si éste integra o no el parámetro de control. Y es que no porque el reglamento parlamentario (si ese fuera el caso) se ubique entre las fuentes secundarias, por ello adolece de la capacidad para establecer condiciones y límites al pro-

mediante el principio de competencia el ordenamiento constitucional establece "los terrenos dentro de los cuales puede un sujeto crear válidamente derecho, con la consecuencia de que las normas dictadas fuera del campo así acotado son nulas"[28].

En definitiva, el reglamento parlamentario es una fuente primaria porque la Constitución la ha creado directamente y sólo se encuentra subordinada a ella.

V. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO ACTO LEGISLATIVO ESTATAL CON RANGO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Por cierto, la polémica sobre si el reglamento parlamentario es o no una fuente formal del derecho y cuál sea la posición que ocupe en el sistema normativo, es un tópico que no ha suscitado mayores problemas en el ordenamiento peruano[29]. Se trata, en efecto, de un tema resuelto por la propia Constitución de 1993, que la ha calificado como una *norma* con *rango de ley* (inciso 4º del artículo 200).

Formalmente, en efecto, al tiempo de establecerse que el reglamento parlamentario ocupa el mismo nivel de las fuentes primarias -esto es, se trata de una norma con rango de ley y, por tanto, sólo sometida a la Constitución-, la Norma Suprema resuelve implícitamente lo concerniente a su naturaleza jurídica, ya que la considera como *una* de las fuentes que integran el ordenamiento jurídico estatal y no, por cierto, que sólo se trata de una ordenación interna del Parlamento.

En ese sentido, ninguna consecuencia cabe inferirse del hecho que la Constitución la denomine *reglamento*. Se trata de una norma singular, *sub specie juris*, cuyo *nomen* se deriva de la propia Norma Suprema y, como tal, es distinta de las demás fuentes creadas por ella. De ahí que su comprensión no puede intentarse a partir de la estructura, ámbito de aplicación e incluso procedimiento de aprobación a los que se encuentran sujetas las demás fuentes primarias del ordenamiento, ya que ninguna de ellas puede comprenderse en relación a las demás, sino en cuanto a sus propias características constitucionalmente establecidas.

Se trata de una fuente cuyo ámbito material de regulación no es libre, sino restringida a la regulación de una materia específica, la que tiene que ver precisamente con la *materia parlamentaria*, es decir, con la organización, funcionamiento, recursos y estatuto jurídico de los miembros del Congreso. Por ello ninguna otra fuente, así sea de origen parlamentario, puede válidamente regular aquellas materias que la Constitución le ha reservado[30]. Sin embargo, de ello no se desprende, como ha afirmado Ramón Punset,

---

ceso de producción legislativa; ya que tal capacidad -que no la tienen necesariamente todas las fuentes primarias, como veremos más adelante- se deriva del reenvío que una norma constitucional realiza. Por otro lado, no ha escapado tampoco a la doctrina que argumentos de esa naturaleza, destinados a preservar la autonomía parlamentaria en la vieja concepción decimonónica, puede terminar ocasionando perjuicios más graves que aquellos que se buscan preservar. En particular, el que se deriva de la posibilidad de admitir, bajo tal criterio, que temas propios del reglamento parlamentario terminen siendo regulados por normas que formalmente ocupen el rango de la ley (caso de los decretos legislativos, por ejemplo). *Cf.*, CICCONETTI, Stefano María, *ob. cit.*, pp. 78 y ss.

28. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona 1997, p. 87.

29. GARCÍA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Universidad de Lima, T. 2, Lima 1998, pp. 292-293. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, T.4, PUCP, Lima 1999, p. 91.

30. Sobre el principio de competencia, a parte de la literatura ya citada, puede verse: SORRENTINO, Federico, *Le Fonti del Diritto*, ECIG, Genova 1999, pp. 16 y ss. MODUGNO, Franco, "Fonti del Diritto (gerarchia delle)", *Enci-*

"superioridad formal alguna de los reglamentos parlamentarios frente a la eventual norma invasora, sino, simplemente, inferioridad de esta última respecto de la Constitución, que es quien ha establecido la reserva"[31].

Por cierto, de tal reserva en favor del reglamento se deriva, también, el carácter vinculante de sus disposiciones, no sólo en relación al mismo Parlamento, que de esta forma queda limitado por la Constitución y su reglamento, sino también más allá de su fuero natural, trascendiendo por tanto al ámbito parlamentario[32]. Según Pizzorusso[33] tal eficacia externa del reglamento resulta "no sólo de la circunstancia que las disposiciones del reglamento parlamentario regulan a diversos sujetos que no son órganos de las cámaras que la han adoptado... sino también del hecho que las normas procedimentales allí establecidas regulan la formación (y, por tanto, inciden sobre la validez) de actos destinados a proyectar sus efectos en las relaciones de todos los ciudadanos"[34].

Por otro lado, la Constitución peruana también señala que el reglamento parlamentario tiene *fuerza de ley* (art. 94). En el constitucionalismo decimonónico, la expresión *fuerza de ley* denotaba dos características bien marcadas[35]. A saber: a) una fuerza activa, traducida en la capacidad de innovar el ordenamiento jurídico estatal; y, b) una fuerza pasiva, esto es, capacidad para resistir frente a normas secundarias, en tanto que por encima de la ley no había norma distinta a la Constitución.

Según Ramón Punset, en la medida que las relaciones entre Ley y reglamento parlamentario no se articulan bajo los alcances del principio de jerarquía, sino por el principio de competencia, la expresión *fuerza de ley* es superflua[36], ya que entre ellas no existe ni fuerza activa ni fuerza pasiva. Sin embargo, aquello no quiere decir que tal caracterización carezca de significado. Sus consecuencias se proyectan sobre las demás normas del ordenamiento parlamentario, cuya creación regula precisamente el reglamento.

Desde esta perspectiva, la fuerza de ley del reglamento parlamentario impide que éste pueda ser alterado por actos o normas secundarias de origen parlamentario, esto es, de jerarquía inferior (como pueden ser los acuerdos de la mesa directiva, las resoluciones del Presidente, etc.), en tanto que sus disposiciones son capaces de resistir modificaciones y derogaciones provenientes de fuentes subordinadas. Y, de otro, que la capacidad para innovar el ordenamiento parlamentario -con excepción de las leyes de reforma constitucional-, sólo puede realizarse mediante el reglamento.

---

clopedia del Diritto, Aggiornamento, Giuffrè editore, Milano 1997, pp. 567 y ss. CELOTTO, Alfonso "Coerenza dell´ordinamento e soluzione delle antinomie nell´applicazione giurisprudenziale", en MODUGNO, Franco *Appunti per una Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli editore, Torino 2000, p. 218.

31. PUNSET, Ramón, *Las Cortes Generales*, CEC, Madrid 1981, p. 93.

32. Sobre el carácter externo del reglamento parlamentario, PIZZORUSSO, Alessandro, *Delle fonti del diritto*, citado, p. 406.

33. PIZZORUSSO, Alessandro, *Delle fonti del diritto*, *cit*., p. 409.

34. Aunque con referencia a la Constitución de 1979, pero cuya argumentación puede, en líneas generales, trasladarse para explicar la situación en la Carta del 93, sobre el valor externo de las normas del reglamento parlamentario a propósito de las comisiones de investigación parlamentaria, puede verse: EGUIGUREN PRAELI, Francisco, "Las comisiones de investigación parlamentaria: alcances, atribuciones y funcionamiento", en el libro del mismo autor, *Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. Los retos de una democracia insuficiente*, CAJ, Lima 1990, pp. 255 y ss.

35. *Cf.*, al respecto, RUBIO LLORENTE, Francisco, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", en AA.VV., *Las fuentes del derecho*, Universitat de Barcelona, Barcelona 1983, pp. 31 y ss.

36. PUNSET, Ramón, *Las Cortes Generales*, citado, p. 94. *V.*, también: CUOCOLO, Fausto, "Gli atti dello stato aventi `forza di legge´", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Año XI, 1961, p. 97-198, así como el trabajo de LLORENTE, Rubio, citado en la nota 34.

En definitiva, en cuanto fuente primaria, el reglamento parlamentario goza de la misma fuerza pasiva que cualquier otra fuente de su mismo rango, lo que se traduce en la capacidad para resistir derogaciones o modificaciones de fuentes (parlamentarias) de jerarquía inferior. A su vez, su fuerza activa, esto es, su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico se encuentra limitada constitucionalmente al ámbito que se le ha reservado, a saber, el que se desprende de la organización del Parlamento y la regulación del *status* jurídico de sus miembros.

VI. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y PARÁMETRO DE CONTROL

Sin embargo, la eventual capacidad del reglamento parlamentario para integrar el parámetro de control no depende ni de la posición que la Constitución le asigne en el ordenamiento ni sobre las resultas del debate en torno a su naturaleza jurídica. Radica, por un lado, en el papel que la misma Constitución le asigna en el proceso de formación de las fuentes de origen parlamentario y, de otro, en la necesidad de garantizar principios y valores constitucionales insertos detrás de la regulación del procedimiento legislativo[37].

Según el primero, el reglamento parlamentario integra el parámetro de control constitucional sólo si la misma Constitución lo autoriza, explícita o implícitamente. Según el segundo, aún cuando no exista remisión constitucional, el reglamento parlamentario debe conformar el parámetro en todos aquellos casos en los que se pone en riesgo los principios constitucionales a los que el procedimiento legislativo y, entre ellos, y esencialmente por infracción del principio democrático[38].

Tales planteamientos, desde luego, no son excluyentes. Y es que si bien el primero de ellos obedece a la formulación clásica de la teoría de las normas interpuestas de la doctrina italiana, la segunda no es sino la respuesta a una exigencia derivada de una teoría del control constitucionalmente adecuada a las nuevas demandas de la Constitución de nuestros días[39], esto es, a la necesidad de evitar que el control de validez formal de las leyes se realice a espaldas a una concepción sustancial de la Constitución, incluso cuando ella establece los modos cómo debe crearse el derecho[40].

37. BIGLINO CAMPOS, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo,* CEC, Madrid 1991, pp. 23 y ss.

38. Sin perjuicio de la ulterior bibliografía que se cite, *Cf.,* ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia,* Edit. Tecnos, Madrid 1990. *Idem, La democracia como forma jurídica,* Working paper, Barcelona 1991. *Idem,* "La eficacia del principio democrático", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n° 24, 1988, p. en particular, pp. 27 y ss. BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang, "La democracia como principio constitucional", en su libro *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democrcia,* Editorial Trotta, Madrid 2000, pp. 47 y ss. Últimamente, REQUEJO, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario,* Ariel, Barcelona 2000.

39. Alertando sobre la necesidad de revalorar la teoría del procedimiento por uno constitucionalmente adecuado, *Cf.,* GOMES CANOTILHO, Jose Joaquim, *Direito Constitucional e Teoría da Costitucao,* Livrería Almedina, Coimbra 1999, pp. 900 y ss.

40. BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo, cit.*, pp. 51 y ss. Similar tendencia en el plano de la teoría de las normas interpuestas también se ha advertido en cierto sector de la doctrina italiana. *Cf.,* SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalitá, cit.,* pp. 111 y ss. CARNEVALE, Paolo y CELOTTO, Alfonso, *Il parametro eventuale (Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimitá costituzionale delle leggi),* Giuffré editore, Milano 1998, en particular, pp. 119 y ss.

1. El reglamento parlamentario: ¿norma interpuesta o de valor materialmente constitucional? La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana

Probablemente sea Italia, uno de los países donde el tema de la parametricidad (o no) del reglamento parlamentario se haya planteado con especial énfasis, en franco diálogo con la tendencia defendida por su más alto tribunal de justicia constitucional. Los debates, que se remontan incluso hasta antes que la *Corte Costituzionale* entrara en funcionamiento, han sido arduos y si hay algo que la caracteriza, ese es que entre el planteamiento mayoritario de la doctrina y la respuesta brindada por la Corte, existen notorios desacuerdos.

Tal vez la opinión más compartida en la doctrina italiana, sea la propuesta por Carlos Lavagna[41], con la teoría de las normas interpuestas, allá por la década de los cincuenta del siglo pasado. Según Lavagna, una norma es interpuesta si es capaz de establecer, por reenvío (o encargo) de la Constitución, límites y condiciones en el proceso de elaboración de las demás fuentes primarias: "normas con eficacia de la ley ordinaria que, por explícita disposición de la Constitución, vinculan y limitan a otras normas jurídicas"[42]. El adjetivo de *interpuesta* obedece a que en tal hipótesis, entre la Constitución, que actúa como parámetro, y la norma controlada, se interpone el Reglamento en el canón del control. De modo tal que la eventual invalidez del objeto controlado deja de ser consecuencia de una transgresión directa y frontal de la Constitución, pues puede serlo también indirectamente, en la medida que no se respeta los límites y condiciones que la Constitución encargó establecer a aquélla -normalmente una norma del mismo rango que la sometida al control.

Este planteamiento, acogido mayoritariamente por la doctrina italiana, fue aceptado por la *Corte Costituzionale* desde sus primeros pronunciamientos. Así, por ejemplo, tratándose del control constitucional de los decretos legislativos, la Corte sostuvo que el parámetro no lo integraba sólo la Constitución, sino comprendía también a la ley delegante, ya que a ella se había confiado establecer la materia sobre la que se legislará, el tiempo dentro del cual se podrá expedir y los principios y criterios directivos que deben inspirar la regulación de la materia delegada.

Pese a ello, cuando por primera vez tuvo que enfrentarse ante un supuesto de inconstitucionalidad formal derivada de la infracción del reglamento parlamentario, la Corte negó que éste constituyera una norma interpuesta (*sentenza* Nº 9, de 1959[43]). Recordando parcialmente la sentencia que en 1952 expidiera el Tribunal Constitucional alemán, sostuvo que una transgresión del reglamento es relevante sólo en aquellos casos que ésta constituye, a su vez, una transgresión de una disposición constitucional.

Según Cicconetti[44], en opinión que por cierto no comparte toda la doctrina italiana[45], tres fueron los principales argumentos sobre los cuales la Corte Costituzionale se apoyó

41. SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalitá*, citado, pp. 3-35. SORRENTINO, Federico, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Tornio 1998, p. 34.

42. LAVAGNA, Carlo *Problemi di giustizia costituzionale sotto el profilo della ´manifesta infondatezza´*, Giuffré editore, Milano 1957, p. 29, *cit.* por SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalitá*, *cit.*, p. 4.

43. Un extracto de la sentencia en MODUGNO, F., AGRÒ, A.S., y CERRI, A., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 1997, pp. 167-168.

44. CICCONETTI, S.M., *ob. cit.*, p. 167

45. Sobre el debate, *Cf.*, MORTATI, Constantino, "Efficacia delle norme dei regolamenti parlamentari sulla validitá delle leggi", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1958, pp. 355 y ss. CICCONETTI, Stefano Maria, "La insindacabilitá dei regolamenti parlamentari", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, pp. 1411 y ss. RAVERAIRA, Marg-

para negar la condición de norma interpuesta del reglamento parlamentario[46]: a) Por un lado, una interpretación restringida de su competencia para evaluar la constitucionalidad de las leyes y las fuentes a ella equiparadas. Según la Corte, el control de los vicios en el procedimiento de formación de las leyes sólo comprende la observación de las reglas sobre el procedimiento previstas en las normas formalmente constitucionales. b) la reserva a favor del reglamento parlamentario no puede considerarse como una norma en blanco, con el resultado de que las disposiciones que aprueben las cámaras para regular el procedimiento interno de elaboración de la ley puedan asumir el valor de normas *materialmente* constitucionales. c) Finalmente, -no sin fuertes críticas[47]- que correspondiendo a las cámaras la facultad de crear e interpretar las disposiciones del reglamento parlamentario, también les correspondía resolver los problemas derivados de su observancia o no, exceptuándose de ese modo cualquier forma de control externo[48].

Lo curioso de esta postura, invariablemente sostenida aún hoy por la Corte Costituzionale, es que ella se ha consolidado a expensas de admitir que otras normas sí pueden integrar el parámetro de control en calidad de normas interpuestas, sin que para ello haya tenido que rescatarse en su favor un supuesto *valor materialmente constitucional*[49]. Como era de imaginarse, no se han hecho esperar las reacciones contra este temperamento jurisprudencial en la doctrina italiana. Y así como se destacó que con la *sentenza* N° 9 se cayó un antiguo fetiche (la de los *interna corporis acta*), también se ha destacado la insuficiencia de este avance[50].

Entre ellos, esto es, entre los planteamientos críticos a la postura de la Corte sobresale el formulado por Franco Modugno en la década de los 70. A diferencia de la doctrina que postula la condición de norma interpuesta del reglamento parlamentario sólo en aquellos casos en que existe un reenvío expreso de la Constitución al reglamento, Mo-

herita, "Le norme dei regolamenti parlamentari come ´oggetto´ e come ´parametro´ nel giudizio di legitimitá costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, pp. 1849 y ss. ESPOSITO, Carlo, "Questioni sulla invaliditá della legge per (presunti) vizi del procedimento di aprovazione", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, pp. 1326 y ss. CERVATI, Angelo, "Il controllo di costituzionalitá sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, pp. 1446 y ss. AMATO, G., "Questioni controverse intorno al controllo di costituzionalitá sul procedimento di formazione della legge", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, pp. 855 y ss.

46. Una de las primeras posturas llamando la atención sobre el *indirizzo* adoptado por la *Corte Costituzionale* y, al mismo tiempo, advirtiendo sus deficiencias, en BARILE, Paolo, "Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, p. 240-249.

47. *Cf.*, ORTEGA SANTIAGO, Carlos, "La inviolabilidad parlamentaria, las funciones propias de los parlamentarios y la doctrina de los *interna corporis acta* en la jurisprudencia reciente de la *Corte Costituzionale* italiana", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1999, pp. 165 y ss.

48. Para GEMMA, Gladio, "El reglamento...en cuanto expresión inmediata de la soberanía popular, es directo partícipe de tal soberanía, y los reglamentos, en cuanto desarrollo directo de la Constitución, tiene una peculiaridad y dimensión...que impide su control, si no se quiere negar que tal reserva constitucional de competencia reglamentaria se encuentra entre las garantías dispuestas por la Constitución para asegurar la independencia del órgano soberano de cualquier poder" *Cf.*, GEMMA, Gladio "Regolamenti parlamentari: una `zona franca´ nella giustizia costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, citado, p. 1777.

49. Por ello, CICCONETTI, S.M., (*ob. cit*. pp. 169-170) ha sostenido que esta consideración de la *Corte Costituzionale* sólo puede entenderse a partir de la necesidad de garantizar la autonomía de la vida interna de las cámaras. En la sentenza nº 154 de 1985, la Corte sostendría: "La Constitución... ha instaurado una democracia parlamentaria y ha colocado al Parlamento al centro del sistema, haciendo de él, el instituto caracterizador del ordenamiento". Por ello, debe reconocerse a las cámaras "una independencia garantizada contra cualquier otro poder, por lo que debe entenderse excluido cualquier control de los actos de autonomía normativa" .

50. La expresión de la caída del antiguo fetiche de los interna corporis acta, es de BARILE, Paolo "Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza", en *Giurisprudenza Costituzionale*, citado, pp. 240 y ss.

dugno sostendría que su capacidad para integrar el parámetro de control no se justifica en el reenvío, sino en el *valor materialmente constitucional* de sus disposiciones.

De acuerdo con Modugno, el valor materialmente constitucional de las disposiciones del reglamento parlamentario[51] no se deriva tanto de las *materias* constitucionales que ella regula, sino más bien del *modo* cómo se determina el valor materialmente constitucional de una norma. A su juicio ello, acontece cada vez que un órgano "participando de la función de *indirizzo* politico, ha recibido del ordenamiento el poder de desarrollar la norma fundamental, de modo tal de hacerla capaz de constituir límites y de fijar los fines de la legislación". A su juicio, de esta condición participan las disposiciones del reglamento parlamentario, ya que si bien no son normas formalmente constitucionales, la Constitución ha previsto que su aprobación se realice bajo una mayoría especial, lo que significa que el legislador no puede abrogar ni dejar de observar las disposiciones del reglamento, "caso por caso, en virtud de una simple mayoría ocasional...lo que hace obligatoria para las cámaras las normas de su propio reglamento"[52] y, en particular, las que disciplinan el procedimiento de elaboración de las leyes.

Un planteamiento similar, aunque de consecuencias distintas, es la tesis de Margherita Raveraira, según la cual, de la condición de norma con valor materialmente constitucional se deriva la superioridad jerárquica del reglamento parlamentario sobre la ley, pues de otro modo, esto es, si tuviera su mismo rango, la antinomia entre ellas debería dar lugar a una hipótesis de abrogación conforme a criterios cronológicos y no de invalidez[53].

Este planteo, que invierte en cierta forma la solución de la jurisprudencia constitucional alemana, aunque basado en otras razones, por cierto, es el mismo que, en España, Francisco Rubio Llorente ha querido destacar a propósito de ciertas normas que integran el bloque de constitucionalidad regulado por el artículo 28 de la LOTC[54]. Ya no se trata de afirmar, como lo hiciera el Tribunal Constitucional Federal alemán, que el reglamento parlamentario no es una norma paramétrica porque se encuentra en un rango inferior a la ley. La cuestión es otra: integra el parámetro de control porque al tratarse de una norma con valor materialmente constitucional ocupa una posición superior a la ley dentro del sistema de fuentes.

Desde luego que ninguna de estas tesis han pasado inadvertidas en la doctrina italiana, una doctrina constitucional cuyas investigaciones sobre la teoría de las fuentes del derecho, como se sabe, se encuentra muy avanzada. Por ello, sin perjuicio de haberse extrapolado las mismas críticas que en su momento se vertió a la tendencia expresada

---

51. MODUGNO, Franco, *L`invalidità della legge. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale* Tomo I, Giuffrè editore, Milano 1970, p. 204.

52. *Ibidem*, p. 210.

53. RAVERAIRA, Margherita, *ob. cit.*, p. 1862. A partir de ello, y de otros argumentos, el autor llega a justificar la Sentenza 154/1985, Fund. Jur. 4, que excluye del control de constitucionalidad al reglamento parlamentario (*V.*, nota n° 47).

54. *Cf.*, RUBIO LLORENTE, Francisco, "Bloque de constitucionalidad", en *Enciclopedía Jurídica Básica*, T.1, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 818, donde postula la tesis de que ciertas normas del bloque tienen formalmente rango constitucional, aunque se encuentran subordinadas a la Constitución, por lo que han de considerarse "normas constitucionales secundarias o de segundo grado". *V.*, también, su colaboración en el libro conjunto con FAVOREAU, Louis *El Bloque de Constitucionalidad*, Civitas, Madrid 1991, pp. 119 y ss. Sobre la necesidad de distinguir entre "bloque constitucional", como normas de reconocimiento del sistema, y "bloque de constitucionalidad", como un término operativo con una función procesal, en REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, "Bloque Constitucional y Comunidades Autónomas", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Monográfico sobre las perspectivas del Estado Autonómico, vol. II) Madrid 1998, pp. 119 y ss. DE CALVO DE LA VEGA, Antonio, "Nota sobre el bloque de la constitucionalidad", en *Jueces para la democracia* n° 24, 1995, pp. 58 y ss.

por la jurisdicción constitucional alemana (en concreto, que el problema no es resoluble bajo el principio de jerarquía, sino el de competencia), se ha aducido además en diverso orden de razones. En suma, que entre la Constitución y el reglamento parlamentario no existe identidad de rango, pues sencillamente su origen es distinto. La Constitución emana del Poder Constituyente, en tanto que el reglamento del Congreso, que es un poder constituido[55].

A ninguno de estos planteamientos, por cierto, ha tenido que acudir la jurisprudencia constitucional española para admitir al reglamento parlamentario entre las normas que conforman el canón de control en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes[56]. En la STC 99/1987[57] el Tribunal Constitucional español sostendría[58]: "la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar la inconstitucionalidad de la ley, cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras", toda vez el "carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político".

VII. LA PARAMETRACIDAD DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En el Perú, el parámetro de control de la validez constitucional de las leyes no sólo lo integra la Constitución formal y las reformas que a ella se introduzcan válidamente, sino también ciertas fuentes del mismo rango a las sometidas al juzgamiento ante el Tribunal Constitucional. Esa integración legislativa del canón de control se ha pretendido regular mediante el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a tenor del cual:

> *al apreciar la constitucionalidad o no de las normas objeto del control, (el Tribunal...) debe tomar en consideración también aquellas leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado* (subrayado nuestro).

Ya en otra oportunidad hemos sostenido que dicha cláusula es supérflua e inútil, pues la referencia a las leyes que regulen la competencia y las atribuciones de los órganos del Estado no puede entenderse sino como remisiva a las leyes orgánicas. Y si una ley o cualquier otra fuente primaria colisionara con aquel *bloque de constitucionalidad* del artículo 22 de la LOTC, éstas serían inconstitucionales (directamente) por haber regula-

---

55. GEMMA, Gladio, "Regolamenti parlamentari: una zona franca nella giustizia costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, p. 1784. Tales críticas, por cierto, no son extendibles al planteamiento de MODUGNO, quien no deduce del valor materialmente constitucional del reglamento ninguna consecuencia de orden formal, esto es, que ocupe la misma posición jerárquica de la Constitución (*L´invaliditá della legge, cit.*, pp. 171-175).

56. *Cf.*, sobre el particular, JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, "Las infracciones del procedimiento legislativo: algunos ejemplos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 3, Madrid 1989, pp. 143 y ss. Una perspectiva general, en BALAGUER, María Luisa, *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid 2001, pp. 108 y ss.

57. DE ALFONSO PINAZO, Carlos, "El tratamiento del Tribunal Constitucional a las denominadas normas interpretativas y supletorias del Reglamento parlamentario", en *Parlamento y justicia constitucional*, Edit. Aranzadi 1997, p. 397-409.

58. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Las fuentes del ordenamiento jurídico español en la jurisprudencia constitucional", en *Derecho*, PUCP, nº 52, Lima 1999, p. 357.

do una materia para la cual no tenían competencia y no, por cierto, porque su transgresión (a las leyes orgánicas) ocasionara un supuesto de inconstitucionalidad *indirecta*[59].

Tampoco es posible comprender al reglamento parlamentario -una fuente que tiene por propósito desarrollar las competencias y atribuciones del órgano parlamentario- dentro de los alcances del artículo 22 de la LOTC. Y es que ni el reglamento parlamentario es una *ley* -aunque tenga su rango, que es distinto- ni, prescindiendo de este argumento formal, el reglamento es la única fuente primaria que integra el parámetro, según parece ser la finalidad de aquel precepto de la LOTC[60].

Nada de lo dicho, sin embargo, debe entenderse en el sentido de excluir del canón al reglamento parlamentario.

En primer lugar, cabe señalar que, al igual de lo que se ha sostenido en Italia, Alemania o España, integran el parámetro aquellas disposiciones reglamentarias que, a su vez, constituyen reproducción de disposiciones constitucionales. En tal supuesto, en rigor, más que una *integración legislativa* del canón y, por tanto, de un supuesto de inconstitucionalidad indirecta (por infracción de disposiciones reglamentarias), se trata de un parámetro que se satisface sólo con la Constitución: Una ley es formalmente inconstitucional por no observar el procedimiento legislativo señalado en la misma Constitución, que el reglamento sólo ha reproducido.

Constituye, por cierto, un supuesto que se deduce inequívocamente de la misma Norma Constitucional. Por un lado, el inciso 4) del artículo 200 constitucional establece que el proceso de inconstitucionalidad procede contra las leyes y normas con rango de ley que ...*contravengan la Constitución por la forma*... Y, de otro lado, del artículo 21.2 de la LOTC, que señala que la declaración de inconstitucionalidad formal de las leyes y normas con rango de ley, puede efectuarla el Tribunal Constitucional en todos aquellos casos en los que éstas ...no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución". En todos estos casos, pues, la invalidez formal de la ley parlamentaria se deriva de infracciones al procedimiento legislativo regulado por la *Lex Legum*[61].

No cabe aquí ninguna excepción. Cualquiera sea la infracción al procedimiento legislativo regulada por la norma constitucional, ella trae consigo efectos invalidantes, siendo tal consecuencia efecto natural de la fuerza normativa que anidan todas las disposiciones de la Constitución[62].

---

59. *Cf.,* CARPIO MARCOS, Edgar, "Normas interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad (El caso peruano)", en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, Coordinador, *Constitucionalismo y derechos humanos*, Edit. Grigley, Lima 2002, pp. 31-34.

60. Sobre si cabe integrar el reglamento parlamentario en el bloque de constitucionalidad, en la doctrina española, *V.,* el comentario de FERNÁNDEZ FERRERES, Germán en el libro coordinado por REQUJO PAGÉS, Juan Luis, "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado*, Madrid 2001, p. 399. Un extracto de las sentencias más importantes sobre el tema, en PULIDO QUECEDO, Manuel *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Anotada con jurisprudencia*, Editorial Civitas, Madrid 1995, pp. 165-166.

61. Supuestos de disposiciones que transcriben preceptos constitucionales son, por citar sólo algunos casos, los incisos a) y b) del artículo 81 del reglamento parlamentario.

62. Por cierto, no han faltado autores que, de la idea que la invalidez por vicios formales sólo deba practicarse en aquellos casos en que se ha producido una lesión de los principios constitucionales del procedimiento legislativo, han reclamado la necesidad de soluciones casuísticas y programáticas, aún tratándose de normas constitucionales. Sobre el particular, CERVATI, Angelo Antonio, "Il controllo di costituzionalitá sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronuce della Corte Costituzionale", en *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova 1985, p. 189 y nota 11.

En segundo término, cabe preguntarse si otras disposiciones del reglamento parlamentario, en especial, las que regulan los elementos esenciales del procedimiento legislativo, también tienen la capacidad para integrar el parámetro en aquellos supuestos que resulten infringidos. Caso, por ejemplo, de ciertas disposiciones reglamentarias que *complementan* preceptos constitucionales que regulan el procedimiento legislativo, esto es, normas del reglamento a los cuales la Constitución reenvía y a las que, por tanto, el legislador se encuentra sometido; o, todo lo más, sobre las cuales, pese a no existir un reenvío expreso de la Constitución, sin embargo, por los valores y principios que detrás de ellos subyacen pueden considerarse como de observancia esencial.

Por cierto una cosa es indagar si ciertas disposiciones del reglamento parlamentario son capaces de solventar una declaración de inconstitucionalidad, en tanto que autorizadas para establecer condiciones y límites a la actividad legislativa y, en ese sentido, integrar el parámetro; y otra, muy distinta, indagar si cualquier infracción del reglamento parlamentario puede concluir con la invalidez formal de la ley. El primer aspecto se circunscribe al análisis de la problemática del reglamento parlamentario como norma paramétrica; mientras la segunda, sobre el tipo, la calidad o entidad de la anormalidad que ocasiona un vicio formal susceptible de derivar con la declaración de invalidez formal de la ley. Como se podrá ya deducir, este último aspecto no será aquí abordado[63].

Pues bien, a nuestro juicio, los incisos 4), del Art. 200 de la Constitución, y 2) del artículo 21 de la LOTC no debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de excluir del parámetro a ciertas disposiciones del reglamento parlamentario.

Por lo que al Texto Constitucional se refiere, hay que indicar que la regulación que ella efectúa del procedimiento legislativo es extremadamente parca (no todos sus aspectos esenciales, en efecto, allí aparecen disciplinados), sino porque es ella la que abre la posibilidad (en algunos casos explícitamente), a que el propio reglamento establezca condiciones y límites al legislador. Implícitas, por ejemplo, tratándose de temas tales como la aprobación de leyes sujetas al cumplimiento de un *quorum* mínimo, su aprobación mediante una determinada mayoría (excepción hecha de la ley orgánica, cuyo art. 106 la disciplina directamente), el respeto del principio de publicidad en el debate parlamentario[64], etc. Remisión implícita, igualmente, puede deducirse de la propia racionalidad del artículo 22 de la LOTC, que si bien fue pensada para anidar a las leyes orgánicas en el parámetro de control, consigo trae -con mayor o menor fortuna- una vocación extensiva del canón de validez.

Entre los segundos, esto es, supuestos donde la Constitución explícitamente deja al ámbito del reglamento parlamentario la regulación de determinados aspectos, está por ejemplo el artículo 105 de la Constitución, según el cual "ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el reglamento del congreso". En tal supuesto, una ley parlamentaria sería inválida formalmente siempre que no haya sido aprobada por la respectiva comisión dictaminadora, antes de su deliberación en el Pleno del Congreso, a no ser que tal aprobación no sea obligatoria porque así lo dispone el reglamento.

---

63. Según PIZZORUSSO, Alessandro, el problema de la inobservancia de las reglas que regulan el procedimiento legislativo "no consiste tanto en analizar los tipos de violaciones en los cuales estos puedan concretarse, sino en establecer cuáles de tales violaciones son relevantes para el juez constitucional" (*Delle fonti del diritto, cit.*, p. 237).

64. *Cf.*, DE VEGA, Pedro, "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 43, Madrid 1985, pp. 45 y ss.

De esta forma la Constitución reenvía al reglamento la determinación de aquellas materias que nunca (o no siempre) requerirán la aprobación de la comisión dictaminadora a fin de ser aprobadas por el Pleno, de manera que cada vez que se impugne un vicio semejante, el Tribunal Constitucional no sólo tendrá que expresar su decisión en lo dispuesto en la norma constitucional, sino también en las disposiciones del reglamento del Congreso que cumplen con regular aquellas materias.

En definitiva, el reglamento parlamentario actúa como norma interpuesta en todos aquellos casos en los que, además de reproducir normas constitucionales, también constituyen su *desarrollo*. Su integración en el parámetro obedece al hecho de que tales disposiciones completan la labor inconclusa del Poder Constituyente y, en ese sentido, por disposición o encargo de la Constitución, establecen límites y condiciones al Congreso en el procedimiento legislativo.

Sin embargo, no sólo las disposiciones del reglamento que reproducen normas constitucionales o, que por reenvío, han sido autorizadas para establecer límites en el procedimiento de formación de una ley, integran el parámetro de control. Como ha puesto de relieve Massimo Siclari[65], también forman parte aquellas normas reglamentarias que traducen o concretizan principios constitucionales y, en particular la que tiene que ver con la realización del pluralismo político, contenido esencial, a su vez, del principio democrático en el seno del procedimiento legislativo[66].

Y es que no se puede perder de vista que la finalidad del procedimiento legislativo "radica en conseguir que la ley sea el resultado de la integración de las distintas opiniones presentes en el Parlamento. Por constituir una proyección del principio democrático, considerado como regla para la toma de decisiones, el procedimiento legislativo tiene como finalidad conseguir que predomine la mayoría, pero exigiendo que ésta se forme mediante el debate público de las distintas opciones representadas en la Cámara, lo que inevitablemente conduce a reconocer los derechos de las minorías" [67].

Ello presupone, naturalmente, que se garantice (y tutele) la existencia de un debate plural y abierto[68]. Y es que, como afirmara Rubio Llorente, lo que define a la potestad legislativa no es ya su función, ni su origen, sino su método, su procedimiento[69]. "En una democracia pluralista..., el parlamento no es sólo un órgano del Estado, que adopta, como es lógico, sus decisiones por mayoría, sino también una institución representativa del pluralismo político de la sociedad" [70].

La concretización o proyección de este principio democrático, por cierto, no sólo es capaz de observarse en el proceso de deliberación de las leyes en el seno del Parlamen-

65. SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalitá, cit*., pp. 111 y ss.

66. BIGLINO, Paloma, "Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del TC en la Sentencia 99/87", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, Madrid 1988, p. 225.

67. ARAGÓN, Manuel, "Prólogo", al libro de BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo, cit.*, p. 11. Asimismo, véase, del mismo autor, *Constitución y democracia*, Editorial Tecnos, Madrid 1989, pp. 115 y ss.

68. Todo sistema democrático tiene, como principio esencial, la transparencia, ya que, como afirma BARILE, Paolo "la democracia es el gobierno del *poder visible*, el *gobierno del poder público en público*. En ese sentido, el "secreto" y la política de lo oculto sólo pueden resultar una opción constitucionalmente tolerable cuando a éste se concibe de manera excepcional, esto es, en aquellos casos en los que esté en riesgo principios y valores también dignos de protección constitucional. BARILE, Paolo "Democrazia e segreto", en *Quaderni Costituzionali*, n° 1, 1987, p. 29.

69. RUBIO LLORENTE, Francisco, "Función legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento legislativo", en AA.VV. *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo 1994*, Congreso de los Diputados, Madrid 1997, p. 30.

70. ARAGÓN, Manuel, "Prólogo", al libro de BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo, cit.*, p. 11.

to. Está presente a lo largo de todo el procedimiento legislativo, desde el momento en que se formaliza la iniciativa legislativa hasta que, con la publicación, se perfecciona el proceso de elaboración de la ley[71]. Como establece el artículo 21.2 de la LOTC, aunque restrictiva en la comprensión de la iniciativa legislativa, "en el proceso de aprobación, promulgación o publicación de la ley".

VIII. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN SENDERO POR REPLANTEAR

En el plano jurisprudencial, hasta ahora la única oportunidad donde un asunto semejante se planteó al Tribunal Constitucional, fue con ocasión de la impugnación contra la Ley Nº 26637. A juicio de un sector de la entonces minoría parlamentaria (33 congresistas), la Ley 26637 adolecía de un vicio formal, consistente en no haberse observado el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, según el cual "las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido... De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. *Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales*..".

Aunque de la sentencia (Exp. 004-96-I/TC) no se recabe mayor información si se dispensó o no del cumplimiento de aquellos requisitos exigidos, conforme al mandato del último párrafo del artículo 75 del Reglamento, en aquella ocasión el Tribunal Constitucional sostuvo que dicha disposición del reglamento no integraba el parámetro por "no encontrarse comprendida dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado, (...) por lo que la evaluación de su alegada vulneración, es una cuestión que no se encuentra dentro de las competencias asignadas por el artículo 202 (de la Constitución)" [72].

Más allá de los reparos que pudiera realizarse por la implícita inserción de ciertas disposiciones del reglamento parlamentario en el llamado bloque de constitucionalidad, y de lo acertado o no que pueda tener el haber excluido del control de constitucionalidad lo relacionado con el cumplimiento de los requisitos del artículo 75 del reglamento, *por no encontrarse dentro de las competencias del Tribunal*, sin embargo, algunas conjeturas pueden destacarse de ese pronunciamiento:

En *primer lugar*, no es el Tribunal Constitucional el órgano llamado a remediar eventuales quebrantamientos o irregularidades del procedimiento legislativo -de haberse efectivamente producido- si es que tras de ello no se encuentran comprometidos valores o principios constitucionales. La apertura del control sobre los *interna corporis*, representado en la capacidad del Tribunal para juzgar violaciones al reglamento en el procedimiento legislativo, no significa que *cualquier* transgresión de ese procedimiento genere la invalidez de la ley.

En *segundo lugar*, es importante destacar que el Tribunal Constitucional no ha negado la inserción en el parámetro de ciertas disposiciones del reglamento. Aunque deriva-

71. *Cf.*, BIGLINO CAMPOS, Paloma, "La publicación como fase del procedimiento legislativo", en AA. VV. *V Jornadas de Derecho Parlamentario, cit.*, pp. 539 y ss.

72. STC recaída en el Exp. 004-96-I/TC (Fund. Jur. 2 "g"), publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 25 de enero de 1997.

do de tratar de explicar, en el caso, la no integración del parámetro al hecho de no encontrarse relacionado con la regulación de un aspecto referido a la *competencia y atribuciones* del Parlamento, una lectura a *contrario sensu*, en cambio, abre las posibilidades de encontrar en tal pronunciamiento la posibilidad de admitir otras disposiciones reglamentarias en el canón de control, sobre todo en aquellos casos en los que la infracción incida sobre disposiciones que *determinan* la competencia o las atribuciones del Congreso.

Desde luego esta dirección, que no puede considerarse feliz (pero tampoco consolidada) debería replantearse, no a partir del *modelo* de bloque de constitucionalidad regulado por su LOTC, sino en dirección a una versión sustancial del concepto de Constitución: de considerar el carácter instrumental del reglamento a la consecución del principio del pluralismo político y, al Tribunal Constitucional, como *guardián* de ese pluralismo[73].

73. BIGLINO CAMPOS, Paloma "Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del Parlamento" en AA.VV. *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. 2, UNAM- Universidad Complutense, Madrid 2000, p. 749. *Cf.*, también: CARNEVALE, Paolo y CELOTTO, Alfonso *Il parametro eventuale (Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimitá costituzionale delle leggi)*, pp. 119 y ss. REQUEJO, Paloma *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, pp. 155 y ss.

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA *NORMA IMPORTADA*[*]

Néstor Pedro Sagüés
Profesor de la Universidad de Buenos Aires
Argentina

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre ciertos temas del derecho internacional privado y del derecho constitucional son por cierto atractivas. La hace poco publicada tesis doctoral de Alfredo Mario Soto,[1] viene a replantearlos, de modo claro y acuciante. Ello estimula detenerse en la cuestión, que por cierto no está abordada con mucha frecuencia por los constitucionalistas.

Uno de esos asuntos es el control de constitucionalidad cuando, en virtud de una regla del derecho internacional privado, se aplica en el foro nacional una norma de derecho extranjero (*norma importada* que también puede rotularse como *convocada* o *reclamada*)[2].

Aquí se plantean dos tópicos. El primero es el de la aplicación del derecho extranjero contrario a la constitución nacional. El segundo, el del control de constitucionalidad de ese derecho extranjero, a la luz de la constitución del país extranjero.

II. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Sobre este tema, una fuerte tendencia sostiene que la aplicación de ese derecho extranjero debe realizarse aunque no coincida con la constitución nacional. Ello derivaría de un *principio constitucional no escrito* que autorizaría una especie de *apertura constitucional* en favor del derecho extranjero[3].

---

* El presente trabajo se inserta dentro del marco de actividades del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1. SOTO, Mario Alfredo, *Derecho Internacional Privado. La importación del derecho extranjero*, ed., Universidad del Salvador - Ciudad Argentina, capítulo 2 de "Materias afines", Buenos Aires 2001, en especial pp. 205 y ss.

2. La expresión *norma reclamada* la tomamos de CARBONE, S., "Sul controllo di constituzionalitá della norma straniera richiamata", publicado en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1965, pp. 685 y ss., *cit*. por SOTO, Mario Alfredo, *ob. cit.*, pp. 208.

3. *Cf.*, BARILE, Giuseppe, *Costituzione e rinvio mobile*, ed., Celam, Padua 1987, p. 11, *cit.* por SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 206.

No obstante, un tope a la efectivización de ese derecho extranjero contrario a la constitución nacional, es el orden público nacional. Ello obliga a distinguir reglas constitucionales de orden público y normas constitucionales que no hacen al orden público, diferenciación que se sostiene, debe realizarse con cuidado,[4] y que no siempre es fácil de hacer, sobre todo para quienes "el orden público argentino, expresa o implícitamente, está contenido en la constitución nacional"[5]. Además, hay normas de orden público en la legislación infraconstitucional, que a menudo, en esos temas, desarrolla o especifica principios constitucionales[6]. Estos preceptos subconstitucionales de orden público funcionarían también como tope de aplicación del derecho extranjero.

Para cierto relevante sector de la doctrina, en resumen, "aunque el orden público es un conjunto de principios, y si bien la Constitución nacional es la sede de los principios legislados..., no se debe creer que una ley extranjera que sería inconstiucional si fuese nacional, habría de violar nuestro orden público; por otra parte, para violarlo, no hace falta que fuera inconstitucional"[7].

III. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN DE ESE MISMO PAÍS EXTRANJERO. DISTINTAS HIPÓTESIS

En un tema decididamente polémico, se principia por recordar que el juez nacional (*juez del foro*) que debe aplicar una regla de derecho extranjero, está autorizado, por el derecho internacional privado, para fiscalizar la constitucionalidad de aquella regla, comparándola con la constitución del mismo país de origen de la *norma importada* o *reclamada*. Aquí tendría que operar como un juez de ese país de origen. En palabras de Boggiano: "así, el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo habría el juez foráneo"[8].

---

4. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 5a. Depalma, Buenos Aires 1985, p. 158.

5. PERUGINI DE PAZ, Ana María y RAMAYO, Raúl, *Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público*, La Ley 1978-D-925.

6. PERUGINI DE PAZ, Ana María y RAMAYO, Raul, *El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable. (un enfoque normológico)*, en La Ley 1988-A-968.

7. GOLDSCHMIDT, Werner, *ob.* y *p. cit.* El autor pone como ejemplo el caso de una ley extranjera que concediese al marido la autoridad marital absoluta, y que en Argentina sería inconstiucional, "pero no habría inconveniente en aplicarla en un caso aislado con elementos extranjeros, en razón de que resulta mucho más justo para una mujera analfabeta ser protegida por el marido que ser colocada en un pie formal de igualdad al que no corresponde la igualdad de hecho". Esta tesis, expuesta antes de la reforma constitucional de 1994, no podría sostenerse hoy, atento lo prescripto por el nuevo art. 75 inc. 23 de la constitución, que exige enfáticamente, y con connotación de orden público, la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por su parte, MUÑOZ, Gerardo F., ("Derecho Internacional Privado y Constitución Nacional, en *Investigación y Docencia*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario 1990, nº 15, pp. 39 y ss.), luego de compartir las enseñanzas de GOLDSCHMIDT, Werner, ejemplifica, recordando al mismo, que es posible que "una ley extranjera que como nacional resultaría inconstitucional -al conceder títulos de nobleza- no sería atentatoria al orden público internacional 'aplicándola' de acuerdo al derecho internacional privado, a un determinado y especifico supuesto de hecho", p. 43.

8. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, t. I., Buenos Aires, 2000, p. 495. El autor aclara que "el Derecho de un país extranjero es lo que probblemente sus jueces dirían que es... la remisión al derecho extranjero importa una referencia a la eventual decisión que concreta y efectivamente tomaría el juez entranjero. La imitación de su probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría" (*ob. cit.*, pp. 494/5). Recuerda también que según la Convención Interamericana sobre normas generales

Pueden darse, al respecto, distintas alternativas.

a) La primera de ellas se produce cuando en el país de origen de la norma aplicable en el país del foro, ella ya ha sido declarada inconstitucional. Henri Batiffol, por ejemplo, escribe que "Se trata siempre de determinar la ley que se encuentra efectivamente en vigor en el extranjero. Ninguna dificultad, por consecuencia, hay de admitir que los tribunales franceses descarten la aplicación de una ley norteamericana declarada inconstitucional por la jurisprudencia de los Estados Unidos"[9].

La tesis es interesante, pero debe matizarse. En un país donde rija un control desconcentrado o difuso de inconstitucionalidad, precisamente como los Estados Unidos, que una ley haya sido declarada inconstitucional por un juez no significa que esté derogada, ya que el fallo se aplica, en princpio, solamente para el caso concreto, *inter partes,* y nada impide que el mismo juez, u otro, puedan cambiar de criterio en otro caso, calificando como constitucional al precepto que antes fue declarado inconstitucional. La tesis de Batiffol podría tener sustento si se tratara de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declarase inconstitucional una ley, por la doctrina del respeto al precedente (*stare decisis*) de los fallos de ese máximo tribunal[10].

En los países con control concentrado y especializado de constitucionalidad, sea por Corte Constitucional o por Sala Constitucional (Alemania, Austria, España, Costa Rica, etc.), el pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad deroga a la regla inconstitucional, y en tal caso, es evidente que el *juez del foro* no podrá aplicar al precepto legal abolido. Por el contrario, si el Tribunal o Sala Constitucional reputó constitucional a la norma en cuestión, el asunto es más complejo. Hay países donde la declaración de una norma como constiucional por la Corte o Sala constitucional tiene efectos *erga omnes,* mientras que en otros la inconstitucionalidad del caso puede replantearse por una nueva parte afectada, sea cuestionando los mismos argumentos empleados por la Sala o Corte Constitucional para el anterior pronunciamiento de constitucionalidad (una norma generosa, al respecto, es el art. 87 de la Ley 7l35 de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica), sea solamente aportando argumentos nuevos o distintos.

b) una segunda variable se origina cuando la norma en cuestión no ha sido todavía reputada inconstitucional en el país de origen, o lo allí resuelto exclusivamente tiene resultados *inter partes* para el caso concreto, y por ende, el *juez del foro* (juez nacional de aplicación de la regla de origen extranjero) carece de una definición clara del problema en dicho país de origen[11].

---

de Derecho Inernacional Privado, aprobada por la ley argentina 22.921, "los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable..." (*ob. cit.,* p. 615). *V.,* también SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.,* p. 206.

9. BATIFFOL, Henri, *Droit international Privé,* Lib. Gral. de Droit et Jurisprudence R Pichon et Durand-Auzias, París 1970, pp. 397.

10 Nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución,* ed., Depalma, Buenos Aires, l998, pp. 217 y ss. En Argentina, aunque no rige el régimen del *stare decisis,* la Corte Suprema ha indicado que sus fallos deben ser seguidos por los tribunales inferiores, aunque ellos pueden apartarse dando razones valederas para hacerlo. *Cf.,* SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario,* 3a. ed., Astrea, t. 1, Buenos Aires 1992, pp. 185 y ss.

11 De todos modos, alerta SOTO (*ob. cit.,* pp. 212/3), si los precedentes judiciales del país de origen no son vinculantes, de todos modos "tendrán notable influencia sobre la convicción del juez del foro". El autor afirma que el juez del foro difícilmente afirmará por primera vez la inconstitucionalidad de una norma extranjera, pero de haber una confrontación clara entre la ley y la constitución extranjera, acotamos, no le queda otra alternativa que declararla inconstitucional.

Buena parte de la doctrina justifica en tal caso que si el juez del foro nacional debe aplicar el derecho extranjero, ello significa "que él debe actuar en lugar del juez extranjero y como éste último lo haría"[12]. Esto implica, para Maury y Niboyet, que un juez francés, que no está habilitado en Francia para declarar inconstitucionales a las leyes francesas,[13] estaría sin embargo potenciado para reputar, por ejemplo, inconstitucional como lesiva a la constitución argentina, a una ley argentina todavía no declarada inconstitucional en Argentina, pero que debería aplicarse en Francia para resolver un caso, según el derecho internacional privado[14].

La propuesta de Maury y de Niboyet deja de ser pacífica. Para discutirla, Batiffol apunta que la declaración de inconstitucionalidad de normas es una suerte de inicativa o actividad *política*, que el juez francés difícilmente podría presumir de tener, [15](15) porque carece en Francia de tales competencias (que en cambio, sí tiene un juez norteamericano o argentino, *vgr.*).

No obstante, si se sostiene -para dar un ejemplo- que el juez francés tiene que aplicar el derecho argentino tal como lo haría un juez argentino, o sea, que "debe esforzarse de hacerlo de la misma manera como es aplicado en el territorio donde está en vigor, tal como lo interpreta la jurisprudencia de ese país",[16] estaría obligado a asumir tal control de constitucionalidad, por más que no lo tenga en cuanto el derecho francés.

El problema se complica cuando en el país de origen de la norma importada, el control de constitucionalidad no lo realiza un juez ordinario, sino, por ejemplo, un Tribunal, Corte o Sala Constitucional que monopoliza el control de constitucionalidad. En tal hipótesis, ¿es admisible que el juez nacional del foro evalúe la constitucionalidad del precepto extranjero, cuando el juez extranjero del país de origen no está autorizado para hacerlo?

Muchos pueden responder negativamente[17]. La corriente admisoria, a su turno, estima que el juez del foro (nacional) no debería suspender el procedimiento y remitir el asunto al Tribunal Constitucional del país extranjero de origen, sino que debe adoptar la decisión que, en última instancia, "se tomaría en el derecho extranjero declarado aplicable" (Franco Mosconi)[18]. Ello importa, desde luego, una suerte de conjetura jurídica. Para esta posición, en síntesis, las reglas procesales del país de origen que determinan quién está habilitado para reputar la inconstitucionalidad de una ley, no deben impedir que el *juez del foro* determine la validez de la norma extranjera que debe aplicar, según el derecho extranjero del caso (en la especie, de acuerdo con la constitución de ese país extranjero)[19].

---

12 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.,* p. 41.

13 En Francia, como se sabe, el control de constitucionalidad es normalmente de tipo *preventivo* (antes que la norma se sancione), y no es practicado por los jueces, sino por el Consejo Constitucional.

14 Sobre las opiniones de MAURY (*Régles générales des conflits des lois)* y NIBOYET, *v.* BATIFFOL, Henri, *ob.* y p. *cit*.

15 BATIFFOL, Henri, *ob. cit.*, p. 398.

16 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.,* p. 41. El autor agrega que "...el juez (nacional del foro) se ve en la obligación de conjeturar lo que haría el juez extranjero" (p. 209).

17 Puede pensarse, y no sin razón, que el *juez del foro* mal podría asumir roles para enjuiciar constiucionalmente una norma extranjera de acuerdo con la constitución del Estado de origen, si en ese país extranjero el juez ordinario no está potenciado para ello.

18 *Cf.,* MORELLI, G., "Controllo della costitutionalitá di norme stranieri", en *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomasso Perassi,* vol. II, ed., Giuffré, Milán 1957, pp. 171 y ss., *cit.* por SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.,* p. 210.

19 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.,* pp. 210/1.

c) un tercer asunto surge cuando el *juez del foro* que debe aplicar la ley extranjera presuntamente violatoria de la constitución de ese país extranjero, no es competente, según el ordenamiento jurídico del país del foro, para declarar inconstitucionales a las leyes, puesto que el órgano autorizado pra ello es otro (supóngase el caso de Costa Rica, donde esa competencia es de la Sala Constitucional de la Corte Suprema). En tal hipótesis, la duda es si debiera remitir los autos al órgano competente (la Sala Constitucional, en el supuesto de Costa Rica).

También aquí la respuesta es en pro del *juez del foro*,[20] Es él mismo quien debe efectivizar *todo* el derecho extranjero que le corresponde aplicar, y no la ley aislada del caso. Ese *todo* derecho extranjero implicaría tener en cuenta, incluso, la descalificación por inconstitucionalidad que tal derecho extranjero permite, por el órgano que sea. Naturalmente, esto implica ampliar las competencias del *juez del foro* en materia de control de constitucionalidad, claro está, en el caso que tratamos, que de control de constitucionalidad del *derecho importado* en razón de la constitución de ese mismo país, y no (en el supuesto que visualizamos) de la constitución nacional del juez del foro.

Esta conclusión puede extenderse al remoto caso en que la constitución del juez del foro reserve la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes locales, al Poder Legislativo (*control parlamentario* al estilo de la antigua URSS o Cuba, *vgr.*). Naturalmente, esta última afirmación es de por sí más controvertible que las anteriores.

IV. CONCLUSIONES

El presente aporte intenta abrir entre los constitucionalistas un debate hasta ahora inexistente o poco desarollado (quizá porque cuantitativamente no sea en los hechos tan significativo, pese a su relevancia cualitativa), que sin embargo ya había atraído la atención y el estudio de los jusprivatistas.

La temática es a la vez muy interesante y hondamente discutible, ya que no existen principios dogmáticos a aplicar. Obviamente, detrás de todo subyacen los antagonismos entre monistas y dualistas, que repercutirán inexorablemente en las soluciones propuestas. También entran en juego posiciones conservadoras o activistas en torno al protagonismo de los jueces y su rol en materia de control de constitucionalidad. Todo este material controversial incita todavía más la discusión del asunto, por lo común bastante pospuesto, según vimos, en la esfera de los estudiosos del derecho constitucional.

20 SOTO, Alfredo Mario, *ob. cit.*, p. 212.

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA

Antonio Canova González
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Católica Andrés Bello

I. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA

Basta una simple ojeada para constatar la presencia en las constituciones iberoamericanas de un listado amplio de derechos del hombre, enunciación, por cierto, a veces rayana en la demagogia. A pesar de la mayor o menor trascendencia práctica de tales derechos, no hay duda del carácter material de los textos supremos como uno de los rasgos típicos del constitucionalismo de la región.

Esta realidad actual es fruto de una larga tradición que arranca con los mismos orígenes de dichas naciones. Las ideas liberales esparcidas al mundo primordialmente por Norteamérica y Francia a finales del siglo XVIII, que ponen al hombre y a la consecución de su felicidad como el fin supremo de la estructura estatal, como se decía antes, caló hondo en el momento de la fundación de estos países, impulsando de hecho su formación como estados independientes. Desde entonces, hasta la actualidad, el liberalismo como teoría estatal ha estado en franco vigor en la América Ibérica, pese a las constantes interrupciones y a la distancia, a veces intolerable, entre las declaraciones constituciones y la realidad social.

Lo cierto es que, con sus más y sus menos, ninguno de los países iberoamericanos escapó del traslado a su Constitución de un conjunto de derechos entendidos como inherentes a la persona humana. Con el pasar de los años, a más decir, siempre ha sido Iberoamérica un terreno fértil para el ensayo de nuevas formas de libertades de la persona. Así, una vez consolidada la relación primigenia de derechos humanos desde una concepción netamente individual, fue allí en donde por primera vez se elevó a la máxima categoría los derechos del hombre como componente de la sociedad o, incluso más recientemente, donde puede encontrarse un alto entusiasmo por las nuevas libertades humanas, en las cuales se exalta la solidaridad del hombre y de los pueblos[1].

Esta tendencia marcada al reconocimiento animoso de derechos inalienables de las personas, probablemente por el laberinto de sufrimientos que ha padecido esa región del mundo a lo largo de la historia, ha venido acompañada de fórmulas diversas para asegurar su vigencia, de intentos, más cercanos a la esperanza, para hacer que impere en el

1. Tres hechos significativos corroboran esta afirmación: Venezuela tuvo, en 1810, la tercera declaración de derechos del hombre en la historia de la humanidad. El constitucionalismo social tiene sus raíces en México, con la Revolución de 1917. Y Brasil ha sido uno de los primeros países en dar fuerza jurídica a varios de los derechos denominados como de tercera generación.

pueblo siquiera una porción de las libertades que prolijamente se le aseguran en los textos constitucionales.

Dejando de lado diferentes tipos de controles posibles para asegurar el acatamiento de las normas constitucionales, como los sociales y políticos, pareciera no suscitar mayores disputas la afirmación según la cual reside en los medios jurisdiccionales la verdadera garantía de su eficacia plena. Y es, sin duda, los tribunales en este trance desempeñan un rol de importancia enorme, pues constituyen éstos, por su independencia, imparcialidad y preparación, la más confiable trinchera ante las intentonas de violación de tales derechos[2].

Quizá la manera jurisdiccional más importante de alcanzar ese objetivo sea por intermedio de los medios de control de constitucionalidad de las leyes y otras normas jurídicas, que bien de modo particular, aunque en especial cuando sucede en abstracto, pone en capacidad a los tribunales de repeler regulaciones generales, y por ende de enorme incidencia, que restrinjan ilegítimamente la virtualidad que se desprende de las constituciones[3]. Esta opción ha sido transitada por la mayoría de las naciones iberoamericanas.

Pero, al hablar de una garantía subjetiva a tales derechos, pareciera que la convicción de que en los tribunales debía alojarse ha sido al menos tan fuerte como la certeza de que sería ello muy deficiente, acaso inverosímil, a través de los largos, complejos y costosos procesos ordinarios. El paso siguiente es sencillo de vislumbrar. Más temprano que tarde brotó la idea, insinuada ya en algunos países anglosajones, de utilizar mecanismos procesales específicos para tales efectos; de disponer medios dirigidos en exclusiva al amparo de los derechos superiores de las personas que reunieran las ventajas de las que adolecían las vías judiciales ordinarias. Esa llama se extendió de inmediato sin cortapisas por toda la región.

La primera materia que se vio vinculada a esta transformación en cuanto a su defensa procesal fue la libertad y seguridad personales. La trascendencia de este derecho y su inminente peligro en momentos de convulsión política hizo que, siguiendo la conseja inglesa de varios siglos atrás, desde los primeros tiempos de la formación de los nuevos países de la América Ibérica se hubiera percatado más de un líder alumbrado en la per-

2. Son muchas las maneras posibles para hacer valer los derechos constitucionales, pero, en la actualidad hay pocas dudas acerca de la disposición inmejorable de los tribunales para garantizarlos definitivamente. En los Estados Unidos, MADISON, James, estaba convencido de que la incorporación al texto constitucional de las primeras diez enmiendas contentivas de los derechos de los ciudadanos traía como consecuencia que "...unos tribunales de justicia independientes se considerarán a sí mismos, de manera peculiar, los guardianes de aquellos derechos; esos tribunales serán un valuarte impenetrable contra cualquier usurpación de poder por parte del legislativo o del ejecutivo". HUGHES, quien trae la cita anterior, hace suya esa noción y la explica del modo siguiente: "...en nuestro sistema, el individuo encuentra seguridad en sus derechos porque puede solicitar la protección de los tribunales, que representan la capacidad de las comunidades para dictar un fallo imparcial tan libre como sea posible de la pasión del momento y de las exigencias del interés o del perjuicio". HUGHES, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, F.C.E., México 1971, p. 164. Estas reseñas son citadas por FERNÁNDEZ SEGADO, quien seguidamente indica que esta verdad es predicable también en países ajenos al *common law*, para lo cual se vale asimismo de la opinión de LUCAS VERDÚ, Pablo. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución española de 1978)*, Ediciones Jurídicas, Lima 1994, p. 139.

3. Sobre la protección de los derechos fundamentales desplegada por los tribunales constitucionales en labores, principalmente, de control abstracto de constitucionalidad de las leyes, es interesante, si bien limitada al ámbito europeo, la obra de FAVOREU, Louis, (ed.,). *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 599-662. Traducción de AGUIAR DE LUQUE, Luis y RUBIO DE CASAS, María Gracia, *Cours constitutionnelles europeennes et droits fondamentaux*, 1982. En especial, véase el apreciable trabajo incluido en dicho libro colectivo de CAPPELLETTI, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", pp. 599-662.

tinencia de procesos judiciales especiales dispuestos a garantizar de modo efectivo la libertad de los individuos ante detenciones arbitrarias.

Los antecedentes en Iberoamérica de este instrumento excepcional, bautizado con la denominación sajona de *hábeas corpus*, como relata García Belaunde, no deben hallarse en los fueros de Aragón, como en algunas oportunidades se ha sostenido, ya que la conquista española trajo al Nuevo Mundo las leyes de Castilla. Sus raíces, más bien, están en forma directa en las leyes constitucionales de Inglaterra y, subsidiaria o adicionalmente, en la práctica judicial y en la Constitución de los Estados Unidos de América[4]. La manera cómo surgió y fue explayándose esta garantía individual es expuesta perfectamente por el referido autor de la manera siguiente:

> El antecedente más remoto en América Latina se encuentra en el seno de las Cortes de Cádiz, en las cuales el Diputado suplente por Guatemala don Manuel de Llano, propuso el 14 de diciembre de 1810:
>
> 'Que para precaver en parte los males que, tantos años han afligido a la nación, se nombre una comisión que exclusivamente se ocupe de redactar una ley al tenor de la de Habeas Corpus que rige en Inglaterra, que asegure la libertad individual de los ciudadanos...' (García La Guardia 1976, p. 198; Barragán 1976).
>
> La ley no fue aprobada nunca, sino que en el fragor de las discusiones fue trasladada y unificada conjuntamente con otros tópicos yendo a parar al proyecto de Constitución integrando el Título V del texto definitivo que se refiere al Poder Judicial, y en donde si bien se reguló las protecciones contra las detenciones arbitrarias, la institución propiamente dicha no fue incorporada (Tierno Galván 1968, Revista de Estudios Políticos 1962).
>
> El primer texto legal latinoamericano que lo consagra es el Código Penal del Brasil de 1830 (artículos 183-184) y más propiamente el Código de procedimientos penales del mismo país, sancionado en 1832, el cual en su artículo 340 señala que:
>
> 'Todo o cidadao, que entender que ele ou outrem sofre prisao ou constragimento ilegal em sua liberdade, tem direitto de pedir ordem de habeas corpus em seu favor'.
>
> Poco tiempo después, el 1° de enero de 1837, y como fruto de un largo proceso, fueron promulgados en Guatemala los Códigos que Eduardo Livingston había formulado para el Estado de Luisiana, y cuyo Código Penal había traducido al castellano ya en 1831, don José Francisco Barrundia (García La Guardia 1978) (sin embargo, Guatemala consagra el Habeas Corpus a nivel constitucional recién en 1879)..."[5].

A partir de entonces sobrevino una rápida expansión de este instituto en toda la región iberoamericana. En El Salvador se consagró el *hábeas corpus* en la Constitución de 1841, en Argentina, Costa Rica y en Honduras, en 1853 y 1865, respectivamente. Unos años más adelante, en 1879 y 1897, las legislaciones penales uruguaya y peruana introdujeron en esos países esta garantía de la libertad individual, que luego fue trasladada a las constituciones de Uruguay de 1919 y de Perú de 1920. En Panamá fue *constitucionalizado* el *hábeas corpus* en 1904; en Bolivia, en 1938; y en 1947, en Venezuela.

Esta institución, en fin, se ha consolidado con el transcurso de los años y rige aún, siquiera formalmente, con diversos matices y variantes según los países, en todos los ibe-

---

4. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "La evolución legislativa del Hábeas Corpus en el Perú (1897-1979)" en HURTADO POZO, José, (ed.,). *La nueva Constitución y el Derecho Penal*. Sesator, Lima 1980, p. 68.

5. *Ibídem*, pp. 68-70. Sobre las raíces del *hábeas corpus* en Iberoamérica son también relevantes los artículos, de los cuales también da cuenta el trabajo precedente, de BARRAGÁN BARRAGÁN, Jorge Mario, "Estudio sobre la proposición para redactar una ley al tenor de la del Habeas Corpus en las Cortes de Cádiz" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 25-26, enero-agosto de 1976, p. 13-42; y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, "El hábeas corpus y el amparo en el Derecho Constitucional guatemalteco" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 41-68.

roamericanos, aunque respetando siempre unos rasgos comunes, como más adelante se detalla.

Algo semejante ha ocurrido con el resto de los derechos y libertades congregados en las constituciones. Además de la garantía suprema de la libertad individual, las otras también de jerarquía superior han contado desde bien temprano en la historia de la región con algún medio procesal específico para su resguardo.

El llamado amparo mexicano fue el instrumento que inició esta senda. Como más atrás se asomaba, el amparo se instituyó como un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, incluso contra leyes, en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, como un aspecto de la revisión judicial norteamericana. Sus preliminares pueden encontrarse en la obra de Manuel Crescencio Rejón, forjador de la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, y en la de Mariano Otero, plasmada en el Acta de Reformas a la Constitución Federal de 1824, y de 1847[6].

Hacia el sur del continente se propagó también rápidamente esta vía expedita y específica para la defensa de los derechos constitucionales. Fix Zamudio relata la difusión de esta institución por los otros países iberoamericanos de esta manera: "El primer país que introdujo el amparo con posterioridad a México fue la República de El Salvador, en su Constitución de 13 de agosto de 1886; y le siguieron Honduras y Nicaragua, en su Carta Fundamental y Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala, en la reforma constitucional de 11 de marzo, y Argentina, en la provincia de Santa Fe de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá, en su Constitución de 2 de enero de 1941; Costa Rica, en su Carta Suprema de 7 de noviembre de 1949; Venezuela en Ley Fundamental de 1961; Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus constituciones promulgadas en 1967, y por último Perú, en la Carta Suprema de julio de 1979, que entró en vigor en julio de 1980"[7].

En los años subsiguientes a 1982, fecha en la que escribía el profesor mexicano, prosiguió esta tendencia a la instauración del amparo constitucional en la región o, en todo caso, de otro proceso específico general para protección o tutela de los derechos constitucionales diferentes a la libertad y seguridad personales[8]. Así ocurrió en las constituciones de los países iberoamericanos de fechas posteriores, como sucedió en Colombia en 1991; a todo evento, se estableció en la legislación, como pasó en Uruguay en 1988; o, aún más, por vía jurisprudencial, tal cual se ha verificado en años recientes en República Dominicana.

---

6. Sobre la formación del amparo mexicano, véase la obra antes referida: FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993, en especial las pp. 22-30, 235-250, 351-363 y 409-413.

7. Termina el profesor mexicano este recuento histórico sobre la creación del amparo en los diferentes países iberoamericanos recordando que: "También se estatuyó el amparo en las dos constituciones federales de Centroamérica, es decir, en la constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada el 27 de agosto de 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921". FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México; Civitas, Madrid 1982, pp. 101-102.

8. Para esa fecha ya se habían creado en Brasil y Chile sendos procesos específicos de protección de los derechos constitucionales, a semejanza del amparo constitucional. El *mandado de securanca* brasileño y el *recurso de protección* datan desde 1934 y 1976, respectivamente. En el primer país indicado, por cierto, el *mandado de securanca* vino a limitar la amplitud que con anterioridad se daba al *hábeas corpus*, en especial luego de su consagración en la Constitución de 1891, por el cual se protegía la totalidad de los derechos fundamentales. En esta postura extensiva del *hábeas corpus* y de la necesidad de proteger los derechos fundamentales por medios específicos fue relevante la intervención de BARBOSA, Rui y LESSA, Pedro, según delata PINTO FERREIRA, Luiz. "Os intrumentos processuais protetores dos dereitos humanos no Brasil" en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 415-417.

II. REGULACIÓN ACTUAL EN IBEROAMÉRICA: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En estos momentos, siguiendo la evolución que tiene germen en la misma creación de las naciones iberoamericanas, en todas ellas coexisten con los procesos judiciales ordinarios diferentes mecanismos procesales específicos para garantizar de modo subjetivo el vigor de los derechos humanos reconocidos en las constituciones respectivas.

No obstante la relevancia que el juicio ordinario puede poseer, y de hecho posee, en cuanto a la tutela de los derechos supremos de los ciudadanos, tanto indirectamente como, incluso, de modo directo, la opción unánime ha sido la de acrecentar las cuotas de protección de dichos derechos fundamentales con la adición de medios específicos, que puedan franquear las imperfecciones de aquéllos.

En muchos países de la zona se observa una tendencia marcada a la suplantación, simplemente, de los procesos ordinarios por los específicos en cuanto a la defensa de los derechos constitucionales, y es que, con el paso de los años, la apuesta pareciera centrarse en un incremento de éstos, desde todas las perspectivas imaginables.

Fix Zamudio da cuenta de este fenómeno hacia la expansión de los procesos específicos de amparo constitucional en Iberoamérica, parando mientes en tres aspectos: su operatividad en las relaciones entre particulares, el ensanchamiento de los derechos susceptibles de tutela y su aplicación a otros bienes más abstractos. Textualmente, señala: "En forma sucinta podemos mencionar que el derecho de amparo latinoamericano ha evolucionado para ampliar su esfera protectora, al menos en varios de los ordenamientos mencionados, en cuanto por una parte y de acuerdo con el precedente establecido por la Corte Suprema Argentina en el caso clásico de *Samuel Kot* resuelto el 5 de septiembre de 1958, cuando todavía no se legislaba sobre el amparo en el ámbito nacional, se ha ampliado la tutela del derecho de amparo a los actos de los *particulares*, que en estricto sentido se refiere a los grupos sociales en situación de predominio; en época más reciente también en cuanto a los derechos establecidos en instrumentos internacionales ratificados por los países respectivos, y finalmente también en relación con la tutela de los intereses (en realidad, derechos) calificados como traspersonales o difusos, frente a actos de autoridad que afecten a sectores sociales formados por personas indeterminadas"[9].

El caso es que, como se apuntaba, esta predisposición para echar mano de procesos especiales de protección de derechos constitucionales es palmaria y pareciera animada a perdurar.

En la actualidad, según atrás se indicaba, todos los países iberoamericanos regulan en su ordenamiento constitucional una vía específica para contrarrestar las detenciones o privaciones de libertad arbitrarias, a la vez que ampara judicialmente de la misma forma distinguida los restantes derechos reconocidos en las leyes fundamentales.

El *hábeas corpus* está regulado actualmente en el artículo 43, último párrafo, de la Constitución de la Argentina. En Bolivia, el artículo 18 constitucional describe con bastante detalle esta misma garantía. El artículo 5, aparte LXVII, de la Ley Suprema brasileña advierte que: "Se concederá habeas corpus siempre que alguien sufriera o se creye-

9. FIX ZAMUDIO, Héctor. "Derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica" en *Instituto de Investigaciones Jurídicas-Biblioteca Jurídica Virtual*, Página de Internet; dirección URL: http://www. biblio-juridica.org/ libros/1/94/3.pdf (2 de julio de 2001).

ra amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder". Chile exhibe esta figura en el artículo 21 de la Constitución de 1980. Colombia, en el artículo 30.

El artículo 48 de la Constitución costarricense comienza, de modo simple pero rotundo, expresando que: "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales...". Una declaración similar está recogida en el artículo 11 de la Constitución de El Salvador. Mientras que Ecuador y Guatemala han optado, el primero en el artículo 93 y el segundo en los artículos 263 y 264, de sus respectivas Leyes Fundamentales, por regular con detenimiento esta garantía procesal especial. También con prolijidad es la regulación hondureña sobre el *hábeas corpus* o la *exhibición personal*, según se desprende del precepto 182 constitucional.

Por su parte, la Constitución nicaragüense, en el artículo 45, apenas da cuenta de tal mecanismo procesal, el cual denomina *recurso de exhibición personal*, y remite a su desarrollo legal. En Panamá es el artículo 23 de la Constitución el que defiende esta institución. Con sumo detalle, intentando inclusive una clasificación de los momentos en que puede funcionar, la Constitución paraguaya regula en su disposición 133 la garantía del *hábeas corpus*. Algo similar ocurre en Perú, de conformidad con el artículo 200 constitucional; y en la Ley Fundamental de República Dominicana, artículo 8, inciso 2, letra c, que textualmente establece: "Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona".

"En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de *habeas corpus*, a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado", destaca el artículo 17 de la Constitución de Uruguay; mientras que la nueva Constitución venezolana consagra esta garantía fundamental en el último párrafo del artículo 27.

Al margen de esta garantía específica para los derechos de locomoción o libertad y seguridad personales, todos los ordenamientos iberoamericanos también se han decantado por algún proceso especial para velar por los demás derechos consagrados constitucionalmente. El amparo constitucional, o sus equivalentes en algunos países, cumplen tal misión como proceso general, amplio y en cierta forma residual en esta tarea.

El mismo artículo 43 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, ha llevado a la máxima jerarquía esta garantía que tuvo un alumbramiento pretoriano, según se deduce de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los casos de *Ángel Siri* y *Samuel Kot* S.R.L., de fechas 27 de diciembre de 1957 y 5 de septiembre de 1958, respectivamente.

En Bolivia, como en la mayoría de los países de la zona, el amparo tiene también un rango constitucional, como se indica en el artículo 19, que en su parte primera, de modo general, establece como garantía de las personas la siguiente: "Fuera del recurso de *habeas corpus* a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes".

En Costa Rica, el artículo 48 de la Ley Fundamental expresa que además del *hábeas corpus* para garantizar la libertad e integridad personales, se establece el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Cons-

titución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

También se regula esta vía procesal especial en el artículo 95 de la Constitución de Ecuador; en el 247 de El Salvador; en el 265 de Guatemala; en el 183 de Honduras. El amparo mexicano, como es bien sabido, ha ido desdoblándose en cuanto a sus funciones y es ahora un proceso complejo, que por algunos ha sido calificado como una verdadera *federación* de garantías. Su regulación corre entre varios preceptos de la Constitución, principalmente el 107, y la Ley de Amparo, vigente desde 1936.

La Constitución de Nicaragua prevé este proceso especial en el artículo 45; mientras que la de Panamá lo hace suyo en el artículo 50. En Paraguay, entre las garantías constitucionales, en el artículo 134 se enumera el amparo, que se regula, en su parte esencial, del modo siguiente: "Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente". Algo muy parecido ocurre en la Constitución de Perú, en el artículo 200, que trata de las garantías constitucionales, inciso 2, dedicado en exclusiva al amparo constitucional. En Venezuela, siguiendo la fórmula estrenada ya en la Constitución de 1961, en el artículo 27 de la vigente, de 1999, se sentencia con carácter general que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

En República Dominicana y Uruguay el amparo constitucional no está regulado en las constituciones correspondientes. En el segundo país, aunque algunos entienden que de modo implícito sí tiene cobertura en el Texto Supremo, bien sea en el artículo 7 o en el 72, a todo evento la legislación, Ley 16.011 de 1988, ha venido a cubrir esa carencia[10]. En República Dominicana, en cambio, solamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia avala esta figura, como se desprende de la sentencia de fecha de 24 de febrero de 1999, caso: *Productos Avon, S.A.*, que buscó respaldo en la disposición 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, ratificado por dicho país y que alude al derecho de toda persona "...a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

En Brasil, Chile y Colombia, finalmente, la garantía específica de los derechos se lleva a cabo por procesos denominados de manera diferente pero que, en lo general, reúnen las mismas características de los que se han reseñado más atrás, pues son instrumentos judiciales que permiten a los ciudadanos exigir la vigencia o el restablecimiento de los derechos y libertades enumerados en los textos supremos de tales Estados.

En Brasil, tal misión de tutela de los derechos constitucionales diferentes al de locomoción, protegido por el *hábeas corpus*, y al de información, por el que vela el *hábeas data*, se ejecuta por intermedio del *mandado de segurança*, que es un medio creado en

10. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Uruguay" en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, p. 920.

1934 y que está nombrado actualmente en el artículo 5, inciso LXVIII, de la Constitución de 1988[11].

El recurso de protección chileno es que hace de garantía constitucional específica para los derechos diferentes a la libertad individual, susceptible de *hábeas corpus*. Nació por Decreto-Ley 1552, de 13 de septiembre de 1976, y está previsto ahora en el artículo 20 de la Constitución vigente, de 1980[12].

En Colombia, por último, donde se ponía en falta algún proceso especial para la protección expedita y efectiva de los derechos fundamentales[13], la Constitución de 1991, en el artículo 86, vino a saldar lo que se entendía una deuda con la sociedad con la concesión de la acción de tutela, que en su parte medular quedó descrita del modo que sigue: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Es menester finalmente expresar que, si bien es el amparo constitucional, o su equivalente en Brasil, Chile y Colombia, junto con el *hábeas corpus*, los dos procesos específicos de protección de los derechos constitucional que se repiten en todos los países iberoamericanos, siguiendo la tendencia que antes se anotaba en cuanto a la ampliación de la cobertura de tales libertades en algunos países, cuando no se ha ensanchando sin más la operatividad de esos medios tradicionales, se ha resuelto por introducir nuevos y diferentes procesos específicos.

Con estas nuevas garantías constitucionales, en el mejor de los supuestos, se ha intentado tapar lagunas que dejaban los medios preexistentes en virtud de las que se consideraban sus características innatas, como delataba, verbigracia, la recurrente incapacidad en muchos lugares para prestar tutela a intereses difusos o colectivos; o bien se pretendía proteger de mejor manera algunos derechos constitucionales concretos que eran amparados incorrectamente con anterioridad.

En esta corriente disgregativa habría que enumerar a países como Ecuador, Paraguay y Perú, que junto con el *hábeas corpus* y el amparo han instituido de modo diferenciado una garantía constitucional especial, conocida como *hábeas data*, que procede para cuidar por el respeto al derecho a la información o al acceso a los archivos públicos, aunque también para resguardar la información que descanse sobre una persona en algún órgano estatal o privado.

Igualmente, inevitable resulta aludir en este punto a la realidad de Argentina y Brasil, en donde, en paralelo con el *hábeas corpus*, el amparo general o el *mandado de segurança*, según el caso, y el *hábeas data*, se han contemplado como garantías constitucionales específicas, un *amparo* o *mandado de segurança colectivo*, para la tutela de derechos difusos o de incidencia general, y, en el segundo, además, una vía especial denominada *mandado de injuçao*, para contrarrestar vacíos legislativos que afecten los derechos de alguna persona, además de otra bautizada como *acción popular*, que cuida por

11. La bibliografía sobre este instrumento brasileño es inmensa, pero al menos es pertinente nombrar el libro colectivo de: ALCALÁ ZAMORA, Niceto, (et al.). *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*. Universidad Autónoma de México, México 1963, 126 p.

12. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El recurso de protección en Chile", *ob. cit*.

13. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, "La acción de tutela colombiana" en ABERASTURI, Pedro, (et al.). *La protección constitucional del ciudadano -Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela-*. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires 1999, p. 110-111.

la indemnidad de bienes constitucionales como el patrimonio público y la moralidad pública, el medio ambiente y la herencia histórica y cultural[14].

Con todo y que la multiplicación de garantías constitucionales está en pleno apogeo[15], pareciera claro que únicamente el *hábeas corpus* y el amparo constitucional, entendido éste de modo amplio, son las garantías específicas de protección de los derechos constitucionales comunes a todos los países iberoamericanos.

Las otras garantías constitucionales de las que se hablaba previamente, al final, o bien quedan englobadas en el amparo general o no pasan de ser una originalidad. A lo sumo, podría verse en ellas los albores de una corriente futura, por ahora no generalizada en la región, por lo que en las dos primeras vías procesales específicas, el *hábeas corpus* y el amparo, es que debe centrarse la atención por los momentos, como se hace a continuación, en los siguientes apartados.

III. RASGOS GENERALES DEL "HÁBEAS CORPUS" IBEROAMERICANO

Acaso sea posible hablar, como hacen algunos, de un *hábeas corpus* iberoamericano[16]. Pese a las semejanzas con el instituto anglosajón que le sirvió de inspiración, el desarrollo de este medio específico de protección de derechos fundamentales en los países de la América Ibérica ha estado rodeado de cierta peculiaridad que arroja al final un talante particular[17].

Al indagar sobre las notas comunes en la región más resaltantes de esta garantía constitucional resulta forzoso reparar, al menos, en los siguientes aspectos: al ámbito de derechos tutelados y la diversidad de sus efectos, su relación con el Derecho Penal y la amplitud en cuanto a los sujetos procesales.

---

14. Algún sector de la doctrina brasileña ha cuestionado, con razón, la tendencia a crear diferentes medios procesales o "acciones", cuando lo debido, respetando el carácter unívoco del concepto de acción, sería aludir a diferentes pretensiones, por más que pueda requerir cada una de éstas alguna variación en la regulación del procedimiento. *V.*, en concreto, el trabajo de LOPES LOURENÇO, Rodrigo, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudencia do STF*. Editora Forense, Río de Janeiro 1998, p. 156-158.

15. La Constitución de 1999 de Venezuela, la última de la región, pareciera enmarcarse en esta tendencia, confirmándola, aunque la amplitud con la que se trata el amparo constitucional podría terminar por suponer, más que una disgregación, un ensanchamiento de éste. El nuevo artículo 26 habla ya de que el derecho genérico de acción debe ser útil para proteger derechos difusos y colectivos; luego el artículo 28 habla del derecho a la información de todos, dando pie a la creación autónoma del *hábeas data*, al cual se hace referencia expresa en el artículo 281 constitucional, entre las atribuciones del Defensor del Pueblo. También hubo alguna alusión a este medio específico aparte en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, elaborado por la Corte Suprema de Justicia en 1999 bajo la coordinación del ex-magistrado LA ROCHE, Humberto J., que con anterioridad se ha mencionado.

16. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El hábeas corpus latinoamericano", *ob. cit*.

17. *Ibídem*, quien en las conclusiones hace la siguiente reflexión: "Como puede verse del largo recorrido que hemos efectuado, el hábeas corpus, nacido dentro del *Common Law* y desarrollado dentro de esa familia jurídica, llegó al continente latinoamericano, con una fuerte tradición jurídica romanista, a principios del siglo XIX y encontró suelo fértil en donde germinó sin dificultad. Y creció en forma tan rica, que si bien guarda un aire de familia con sus orígenes, se ha distanciado tanto del modelo, que goza ya de una fisonomía y características propias". p. 559-660.

1. Ámbito de derechos protegidos y efectos de la sentencia

En cuanto al primer punto, es constante la afirmación en las regulaciones nacionales de que el *hábeas corpus* procede para amparar el derecho de libertad física o personal ante detenciones ilegítimas o arbitrarias. La consecuencia de una lesión de este estilo no es otra que la liberación inmediata del afectado. Éste es el efecto natural de este proceso en todos los países de la zona.

Empero, a través de este medio de protección, que destaca por su efectividad, se da cobijo también a otros derechos fundamentales conexos y, por ende, su utilidad se extiende también hasta otras esferas.

En Argentina, verbigracia, según el artículo 43 constitucional, además del derecho de libertad física, el *hábeas corpus* se utiliza para repeler el agravamiento ilegitimo en la forma o condiciones de detención, o el de desaparición forzada de personas. El artículo 18 de la Constitución boliviana extiende este remedio especial a los casos de personas perseguidas.

En Brasil, el artículo 5, inciso LXVII, de la Constitución alude expresamente al derecho de libre locomoción o circulación, que se entiende susceptible de reparación, según desgrana el Código de Proceso Penal, en los artículos 647 y 648, cuando efectivamente esté alguien detenido, cuando la detención sea inminente o cuando esté ante cualquier otro tipo de coacción ilegal a su libertad de ir y venir. Esto ocurre, según enumera el último precepto, cuando no haya causa justa, cuando la persona haya estado presa por más tiempo del que determina la ley o cuando la persona que ordena la coacción no tenga competencia para hacerlo, entre otras posibilidades.

El *hábeas corpus* en Costa Rica es también especialmente amplio en cuanto a su manto protector y los efectos de la decisión judicial, según ha interpretado la jurisprudencia y explica la doctrina. En dicho país centroamericano, según el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional procede esta garantía procesal para garantizar la libertad e integridad personales, para contrarrestar las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que para proteger los derechos a la integridad personal, a la libertad de movimiento y a la permanencia, salida e ingreso del país. Además, el precepto siguiente, de modo residual, establece que: "Cuando en el habeas corpus se alegaren otras violaciones que tengan relación con la libertad personal, en cualquiera de sus formas, y los hechos fueren conexos con el acto atribuido como ilegítimo, por constituir su causa o finalidad en esta vía se resolverá también sobre esas violaciones".

Especialmente demostrativa de esta utilización extendida del *hábeas corpus* es la regulación en Guatemala y Paraguay, que está condensada igualmente en las Constituciones, en el artículo 263 de la primera, y 133 de la segunda. Aquel precepto aclara que procede este instrumento en el clásico estilo reparador; también de modo preventivo e inclusive de otro genérico, en virtud del cual se podrá demandar la rectificación de circunstancias que sin estar contempladas en los dos casos anteriores restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal, al mismo tiempo que en casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad. La última disposición, por su parte, deja sentado que por tal medio procesal se protege a quien se encuentre "ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufriere vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley", y que, según los casos, la actuación del tribunal competente consistirá en pedir la inmediata exhibición

ante sí del afectado "...a fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto".

La amplitud en cuanto al ámbito de derechos tutelados por el *hábeas corpus* y, de suyo, la maniobrabilidad del tribunal competente en restablecer el orden constitucional se denota, finalmente, en Perú. La Constitución, sin mucho esfuerzo, se limita a indicar que tal garantía procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual "o los derechos constitucionales conexos". Seguidamente la Ley 23506, que regula el *hábeas corpus* y amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982 , aunque modificada luego por las Leyes 25011, 25315, 25398 y 26248; por los Decretos Legislativos 613, 824, 900 y por el Decreto Ley 25433, atiende a esta orientación constitucional de generosidad y, en el artículo 12, enumera o nombra, con la advertencia expresa de que se trata de un listado enunciativo, nunca taxativo, los derechos o variantes susceptibles de amparo por esta garantía constitucional.

Se indica así en el artículo 10 de dicha Ley 23506, de modo detallado, que el *hábeas corpus* sirve para velar o restablecer la violación de los siguientes derechos: 1) Guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole; 2) Libertad de conciencia y de creencia; 3) El de no ser violentado para obtener declaraciones; 4) El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 5) El de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme; 6) El de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; 7) El de no ser secuestrado; 8) El del extranjero a quien se ha concedido asilo político de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado; 9) El de los nacionales o de los extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad; 10) El de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el de no ser puesto el detenido, dentro de un día; 11) El de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones de alimentos; 12) El de no ser privado del pasaporte, dentro o fuera de la República; 13) El de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley; 14) El de ser asistido por un abogado defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad; 15) El de hacer retirar las guardias puestas a un domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual; 16) El de la excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena; 17) El de que se observe el trámite correspondiente cuando se trate de procesamiento o detención de las personas[18].

2. Relación del "hábeas corpus" con el Derecho Penal

Otra nota del *hábeas corpus* en los países iberoamericanos ha sido su tradicional vinculación con el Derecho Penal, tanto en cuanto a su regulación, que usualmente se lleva

18. La Ley nº 25398, finalmente, aclara en su artículo 18, que se entiende también que la detención es arbitraria cuando se dilata la liberación de un detenido, existiendo mandato judicial para ponerlo en libertad.

a cabo en los Códigos o Leyes procesal penal, como en lo atinente a los jueces competentes, que suelen ser los de la especialidad penal.

La relación manifiesta de esta garantía judicial con el detenido, con las funciones de policía judicial y los procesos penales, le han acercado en buena parte de los países del sub-continente al Derecho Penal desde épocas memorables. No en vano la regulación inicial de la misma ocurrió en el Código Procesal Penal brasileño de 1832. Conforme con ese empezar, en la actualidad el *hábeas corpus* sigue mayormente anclado, en las diferentes naciones, en las leyes de procedimiento penal.

Sin embargo, como previene García Belaunde, se ha comenzado a presenciar en los últimos tiempos un viraje en la regulación de la materia hacia leyes de carácter procesal constitucional, siendo algunas de las legislaciones recientes de la región, como la de Argentina, Costa Rica, Guatemala, México, Perú y Venezuela, las más representativas. Según dicho autor, esta tendencia, si bien no generalizada aún, gana cada día más adeptos y encuentra fundamento o respaldo en una argumentación simple que parte del objeto propio del proceso penal y su falta de acomodo con la finalidad que se busca alcanzar por el *hábeas corpus*[19]. En un futuro, realmente, es posible un cambio de perspectiva.

Esto último incide también en la competencia de los tribunales para resolver estos procesos constitucionales específicos. Por lo general son los tribunales penales los que resuelven estos procesos, así lo hagan como jueces constitucionales eventuales. De esta manera ocurre, entre otros, en Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Uruguay, Venezuela y apenas puede hablarse de excepción en Chile, donde son las Cortes de Apelaciones las competentes; en Costa Rica, que únicamente es atribución de la Sala Constitucional; en El Salvador, que bien sea en única instancia o en apelación compete a la Sala de lo Constitucional y en algún otro país[20].

3. Amplitud en cuanto a los sujetos

El último asunto que debe destacarse acerca del *hábeas corpus* es el referente a los sujetos que intervienen en esta garantía especial, donde también sale a relucir la amplitud e inclusive el carácter de orden público de dicho proceso.

En algunos países de la región, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala, Uruguay y Venezuela, se mira con llaneza que pueda poner en funcionamiento el aparato

19. GARCÍA BELAÚNDE, luego de detenerse en el objeto del proceso penal y en la finalidad del *hábeas corpus*, alcanza el corolario siguiente: "La conclusión es, pues, clara: el proceso penal busca aplicar la ley penal y ésta, como se sabe, disciplina todo lo referente a los delitos y las penas. Por tanto, si consideramos que el hábeas corpus debe estar regulado en las leyes procesales penales, arribamos a una contradicción, ya que cuando así sucede y aún en los países que lo tratan en leyes especiales (...), los procesos de hábeas corpus buscan la inmediata protección de la persona, pero no contemplan sanción alguna, sino que concluido el proceso sumarísimo, queda abierta la posibilidad -o la necesidad según los casos- de que se inicie un proceso penal para sancionar por esta vía al presunto responsable o eventual imputado. Por tanto, en esta hipótesis, el hábeas corpus sería un proceso penal que, luego de terminado, requeriría otro proceso penal para precisar el delito y la correspondiente sanción. El absurdo salta a la vista, y sólo puede explicarse por razones históricas, por la natural vinculación de la protección de la libertad personal al ámbito penal y por el insuficiente desarrollo de la doctrina y de la legislación constitucionales en la América Latina". GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El hábeas corpus latinoamericano", *ob. cit.*, p. 652-653.

20. Si bien, como se indicaba, en la gran mayoría de los países de la zona son los jueces penales los habilitados para resolver el *hábeas corpus*, hay algunos otros, actualmente, en los que se aloja este medio específico, siquiera como revisión final, en el respectivo tribunal constitucional. Así sucede en Brasil, Bolivia, Nicaragua, Ecuador y Panamá.

judicial cualquier persona, sin que se exija siquiera una relación preexistente con el afectado en su derecho fundamental.

Ante esta peculiaridad, algunos entienden que rige para esta garantía constitucional una verdadera acción popular, en virtud de que hay ausencia de reglas en cuanto a la legitimación o cualidad; mientras que otros ven apropiado explicar esta circunstancia desde otra posición, como sería la de acudir a la figura de la representación sin poder, que operaría en este proceso en concreto en razón de la previsible dificultad para la víctima de una privación o restricción ilegítima de su libertad de acudir a los tribunales competentes por sí mismo o de habilitar correctamente a alguien para su defensa[21]. Cualquiera de las dos justificaciones anteriores, como puede apreciarse, lleva algo de razón, aunque lo realmente relevante es que ninguna de ellas modifica en algo la situación fáctica descrita.

La otra cuestión a resaltar sobre los sujetos en el *hábeas corpus* iberoamericano es su predisposición de atajar los abusos cometidos por los órganos públicos, aún los de carácter jurisdiccional, al tiempo que las limitaciones a los derechos proferidas ilegítimamente por otros particulares. Esta anchura acerca de los sujetos imputados, que sigue una evolución creciente, va en consonancia, en fin, con el tratamiento extensivo que se da en la región a la defensa del orden constitucional y, en particular, a la protección de los derechos fundamentales[22].

IV. RASGOS GENERALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

El proceso de amparo constitucional del que dispone, así sea con nombre diferente o alguna que otra variante, la totalidad de los países iberoamericanos, presenta también unas constantes importantes en diversos aspectos significativos. Esto da la posibilidad de analizar este instituto de modo unitario, a pesar de que en los distintos ordenamientos puedan presentarse algunas diferencias, a veces nada deleznables.

Con las debidas precauciones, pues, los aspectos de esta garantía judicial que ameritan ser estudiadas en conjunto, a los efectos de lograr un esbozo general del mismo, son las siguientes: la naturaleza de este medio procesal, los jueces competentes, los principios que determinan su procedimiento, los derechos constitucionales amparables, el espectro de actos susceptibles de control y los efectos de la sentencia.

1. El carácter inicial y alternativo del amparo constitucional

La característica principal del amparo constitucional en los sistemas nacionales del continente iberoamericano es su concepción como un proceso inicial y alternativo a los ordinarios.

---

21. La posibilidad de iniciar el *hábeas corpus* por una persona carente de relación con la víctima está prevista en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Uruguay y Venezuela, entre otros; siendo especialmente en Costa Rica, con base en el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, donde la doctrina claramente se pronuncia por la vigencia de una acción popular. *V.*, especialmente: HERNÁNDEZ VALLÉ, Rubén, "La jurisdicción constitucional en Costa Rica" en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid 1997, p. 517.

22. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El hábeas corpus latinoamericano", *ob. cit*., pp. 649-650.

Los procesos ordinarios son procedentes para tutelar y restablecer los derechos e intereses de las personas, por lo que también sirven para restablecer derechos de rango constitucional. Así, de hecho, debería suceder en principio. El amparo constitucional viene, sin embargo, a presentarse como una opción alternativa a aquella ordinaria. Se trata el amparo, pues, de un proceso especial, paralelo, que en ocasiones, atendiendo a las limitaciones que impone cada ordenamiento, puede suplantar el camino procesal general que está previsto.

Esto supone que el proceso de amparo, como el ordinario, es una primera instancia de conocimiento sobre el asunto debatido. A través de aquél, como de éstos, se lleva por primera vez la cuestión al orden jurisdiccional. Es fiel representante del derecho fundamental de accionar, de acceso a los tribunales para la defensa de situaciones jurídicas subjetivas o, si se quiere, del primer elemento que deriva del complejo derecho a la tutela judicial efectiva[23].

No se trata el amparo, por consiguiente, de un recurso procesal o medio de impugnación, sea ordinario o extraordinario. Su finalidad, al menos en su vertiente original[24], no es revisar sentencias judiciales. No comparte la naturaleza de un medio subsidiario, entendido por éstos los que sólo se admiten una vez que se haya hecho uso y hubiera discurrido hasta el fin toda la serie de acciones y defensas procesales para contrarrestar una concreta violación jurídica.

Esta disposición de alternabilidad del amparo constitucional frente a las vías judiciales ordinarias puede predicarse, con sus más y sus menos, en la totalidad de los países iberoamericanos. Así es reconocido en diversas ocasiones por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, con todo y que en ocasiones se deniegue que su proceder no es fruto de una opción libre del afectado, sino que debe acatar algunos límites fijados de antemano para su ejercicio válido.

En efecto, ante el riesgo patente de que este proceso específico de protección constitucional acabe sustituyendo o suplantando todo el sistema procesal común, lo cual ha sobrevenido ya en diferentes países de la región[25], en virtud de que reúne beneficios para el solicitante que no suelen mostrar los juicios ordinarios, la réplica habitual ha sido la de endosar al amparo una nota de especialidad, que apenas lo haga procedente en supuestos excepcionales o extraordinarios.

---

23. Sobre el carácter complejo del derecho a la tutela judicial efectiva y los elementos que lo conforman, pueden verse, entre otras, las obras de: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid 1989, 284 p. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona 1997, BORRAJO INIESTA, Ignacio; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *El derecho a la tutela judicial y el amparo constitucional. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid 1995. CANO MATA, Antonio, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 24 de la Constitución)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1984, 598 p.

24. Toda esta descripción del amparo iberoamericano está circunscrita a su modalidad más usual, general, contra todo tipo de actos, hechos u omisiones, salvo contra sentencias. Y es que, en este supuesto, excepcional entre los países iberoamericanos, son palpables unas diferencias importantes en varios aspectos procesales relevantes, además de en su propia finalidad. Esta clase de amparo, pues, queda en principio descartado de este análisis, aunque más adelante habrá ocasión de hacer algún comentario.

25. Este fenómeno es harto conocido, por ejemplo, en Brasil, Colombia, Perú y Venezuela, entre otros. No por casualidad es común encontrar en la doctrina de esos países juicios de cautela sobre estos medios procesales específicos de protección constitucional como el siguiente, adjudicado a quien otrora fuera magistrada de la Corte Suprema de Justicia venezolana: el amparo constitucional "...usado bien, para los buenos fines, es la vía rápida para llegar a la justicia. Usado mal, puede hacer estallar todo el sistema procesal". RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Amparo Constitucional*, Arte, Caracas 1988, 350 p.

Sólo cuando las vías ordinarias se vislumbren anticipadamente como ineficaces, se acostumbra decir en muchos países, se daría acceso libre al proceso especial de amparo; de lo contrario, el medio de protección ordinario debería ser el utilizado por ser considerado por el legislador como el idóneo para resolver las controversias, de cualquier entidad, que se presenten entre los miembros de la sociedad[26].

Este carácter del amparo constitucional alternativo a los otros procesos judiciales ordinarios, aunque con mayores o menores restricciones, se repite en todos los países de la América Ibérica y constituye una nota importante para su descripción, en particular al momento de proceder a su comparación con procesos similares de otras latitudes.

2. Competencia en materia de amparo constitucional

La naturaleza del amparo constitucional en Iberoamérica como un proceso inicial o alternativo a los ordinarios conduce a que la competencia para su solución esté asignada por lo general a los tribunales ordinarios, siguiendo las reglas de competencia que normalmente se utiliza en cada país para la resolución de los procesos ordinarios que versaren sobre los mismos asuntos.

En principio, entonces, son los juzgados ordinarios de primera instancia los que dirimen las peticiones de amparo constitucional, como ocurre, de hecho, en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, entre otros. En otras naciones de la región la competencia está repartida en varios tribunales, inclusive en algunos de la más alta jerarquía en la estructura judicial, como las cortes o tribunales supremos, que ejercen así tareas en instancia inicial en esta materia, como es el caso de Brasil, Chile, Guatemala y Venezuela. Mientras que en otros pocos, y concretamente en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá, se ha dejado al tribunal supremo de la justicia constitucional, prácticamente, el conocimiento exclusivo de estos procesos especiales, que vienen a actuar también como una primera instancia de conocimiento.

Ahora bien, a pesar de esta propensión clara a residenciar en los tribunales ordinarios el conocimiento de los procesos de amparo constitucional, si se repara en la evolución que se ha presenciado en los últimos años en varios países puede atisbarse una tenden-

26. Estas limitaciones se repiten en varios países, como Argentina, Colombia, El Salvador, Honduras, Paraguay, Uruguay, Venezuela. Sobre el primer país, véase la evolución jurisprudencial de la que da cuenta LAZZARINNI, José Luis, "El juicio de amparo" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 4, 2000, p. 216-217. En Colombia, el artículo 6 del Decreto 2591 prevé también la restricción de las vías ordinarias al libre ejercicio del amparo, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido relajando la limitación al extremo de señalar que el medio que puede impedir la interposición válida de la tutela debe dar una protección tan inmediata y efectiva, al menos, como la que ofrece aquélla, por lo que en la práctica son escasas las posibilidades de coartar su operatividad. Véase la sentencia de la Corte T-222/1993, de 17 de junio de 1993 y las explicaciones de OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, p. 43-48. En relación con El Salvador, por ejemplo, ANAYA BARRAZA, Salvador Enrique, "La jurisdicción constitucional en El Salvador" en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid 1997, p. 604. En Venezuela, una causal de inadmisibilidad del amparo establecida en la ley es que el afectado haya optado por acudir a las vías judiciales ordinarias, pero la jurisprudencia del máximo tribunal, poco después de dictada esa regulación, cambiaba la interpretación literal por otra que obligaba a los particulares a acudir a tales vías preexistentes si fueran efectivas. La sentencia clave en tal criterio, aún conservado, es la de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de fecha 14 de agosto de 90, caso: *Pedro Francisco Grespán Muñoz*; sobre la doctrina: CHAVERO GAZDIK, Rafael José, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas 2001, pp. 248 y ss.

cia también nítida hacia la participación en estos juicios de los tribunales especializados en justicia constitucional, en especial cuando se extiende la observación hacia las etapas sucesivas del proceso de amparo. El tribunal constitucional, o el que hace sus veces, con el tiempo, ha venido asumiendo un grupo de funciones en esta materia, normalmente como una segunda instancia o, aún, como una instancia de revisión final y predispuesta hacia una dimensión objetiva[27].

En esta situación recién descrita están Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela. Aunque también debe a éstos agregarse Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá, en los cuales el amparo es competencia propia, más aún, exclusiva, de las respectivas Cortes Supremas de Justicia, en la sala o sección prefijada. Por último, algunos otros países como Argentina, Brasil, México y Paraguay, que por una u otra vía tienen abierto el camino para que los respectivos tribunales supremos revisen, así sea por recursos extraordinarios, las decisiones de amparo constitucional que emitan los órganos jurisdiccionales inferiores.

En conclusión, en cuanto a la competencia en amparo constitucional, la posición a la que se adhiere la mayoría de los países es que sean los tribunales ordinarios, en las instancias inferiores o al menos en las mismas competentes para resolver los procesos comunes contra los actos atacados, los que deben conocer y decidir esos procesos especiales de tutela de los derechos constitucionales. Hay, no obstante, una inclinación reciente a que el tribunal constitucional, o en el que haga sus veces, intervenga en tales procesos, bien sea como una instancia inicial, exclusiva u ocasional, o como un último y definitivo escalón en la revisión de las sentencias emanadas de los jueces inferiores.

3. Principios del proceso de amparo constitucional

La misma razón que ha avivado la propagación y consolidación en toda la región iberoamericana del amparo constitucional como medio alternativo a los procesos ordinarios, a saber, la deficiente aptitud de éstos para proteger de modo efectivo los derechos cardinales del ordenamiento jurídico, ha conllevado que el tratamiento procesal dispensado a aquél haya sido deliberada y marcadamente ventajoso para el actor, para el demandante, o en definitiva para la parte que se siente disminuido en el goce y disfrute de sus derechos constitucionales.

Este proceso especial, en efecto, está acondicionado en la gran mayoría de los países que lo adoptan para restablecer de modo raudo, justo y efectivo la lesión de los derechos constitucionales de las personas.

Los principios procesales que imperan en él son el de celeridad y brevedad, el de preferencia, el de economía, cuando no simplemente el de gratuidad y el de informalidad. A esto debe sumarse la relajación del principio dispositivo, tanto en lo referente a la atenuación en ocasiones de la exigencia de impulso de la parte afectada, como, en especial, en lo atinente a la actitud activa del juez en búsqueda de la verdad material y, por ende, en amplias facultades de investigación de oficio. Todo esto se acompaña, al final, con poderes suficientes a los jueces para hacer cumplir sus fallos, para lo cual se ve librado de muchas limitaciones o condiciones -mitos, quizá- que por otros medios debería ineludiblemente acatar.

27. Debe tenerse en cuenta que, como en un capítulo anterior se expresaba, la especialización en materia constitucional lleva pocos años en los países iberoamericanos y aún no está del todo consolidada. Cuando se instrumentó el amparo en estas naciones, pues, no había lugar a esta identificación.

Estos son, más o menos, los caracteres que de ordinario asocian al proceso de amparo constitucional iberoamericano, como se desprende, entre otros países, de la regulación de Argentina[28], Chile[29], Colombia[30], Costa Rica[31], Ecuador[32] y Venezuela[33]. Inclusive en República Dominicana, donde el amparo es de creación jurisprudencial y no tiene una regulación específica, la jurisprudencia ha escogido para su tramitación un procedimiento expedito que reúne muchas de estas características, como lo es el del *referimiento*, reglado en los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978[34].

28. El propio artículo 43 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, hace mención a que la protección de los derechos constitucionales por el amparo deberá ser "expedita".

29. Sobre las características del procedimiento del recurso de protección, *V.*, NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto, "El recurso de protección en Chile", *ob. cit*, especialmente pp. 169 y ss.

30. La muestra más clara de estos principios procesales en la acción de tutela está en los artículos 13, 14, 15, 17 y 18 del Decreto 2591. Este último, inclusive, da primacía a la celeridad sobre cualquier otro principio procesal, aún de rango constitucional, como el de defensa. Textualmente, dice: "El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho".

31. En Costa Rica los principios de brevedad e informalidad del amparo y los extensos poderes de la Sala Constitucional al momento de conocer y sentenciar estos asuntos, están presentes en su máxima expresión. Varios artículos de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dan muestra de ello, así como las relaciones que hace, entre otros, PIZA ESCALANTE, Rodolfo, "Una década de la nueva justicia constitucional" en PIZA ESCALANTE, Rodolfo, (et al.). *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, Universidad Autónoma de Centro América, San José, Costa Rica 1998.

32. El artículo 95 de la Constitución, en el cual se regula bastante cuidadosamente el amparo, trae estas partes demostrativas del carácter informal, preferente, sumario, inquisitivo, y efectivo de su tramitación: "Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública... Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho".

33. La Constitución de 1999 da muestras de esta corriente en cuanto al procedimiento de amparo, avalando las previsiones legales, aún vigentes, sobre la materia. Sobre los principios que impulsan este proceso específico de protección constitucional *V.*, CHAVERO GAZDIK, Rafael José, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, *ob. cit.*, pp. 206 y ss.

34. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de febrero de 1999, caso *Productos Avon, S.A.*, por el cual se asintió la práctica del amparo constitucional en República Dominicana pese a ausencia de reconocimiento positivo expreso, sentó algunas bases en cuanto al procedimiento en su parte resolutiva. Textualmente, el apartado segundo de ese fallo, determinó lo siguiente: "a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacada; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los Arts. 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas".

4. Derechos susceptibles de protección por el amparo constitucional

Otra característica relevante del amparo constitucional en Iberoamérica es su disposición para velar por todos los derechos consagrados en las diferentes constituciones. El manto protector de ese medio especial abarca, con la reserva de Chile, la totalidad de estas libertades, sin quedar limitada a algunas de ellas en particular o a algún grupo de los mismos.

Tanto los derechos individuales o civiles, como los políticos, los de contenido social, los económicos y culturales, todos, son en principio susceptibles de tutela por esta vía si encuentran consagración constitucional. Con el solo hecho de que estén tales libertadas recocidas en la Ley Fundamental, las personas menoscabas en su ejercicio están en capacidad de acudir válidamente a los tribunales para pedir su vigencia plena por este medio especial[35].

La amplitud en esta materia llega al extremo de que todo derecho humano establecido en algún tratado internacional reconocido en el país pasa a incorporarse inmediatamente al ordenamiento con la jerarquía suprema, pasa a ser *constitucionalizado*, si se quiere. A la vez, es frecuente que en la zona aún se otorgue el máximo rango a algún derecho o garantía, no contemplado expresa en las disposiciones constitucionales, que pueda considerarse como inherente a la persona humana o a la tradición republicana. Por ende, ambos grupos de derechos humanos, si bien no incluidos originariamente en la Constitución, quedan cobijados también por el resguardo que propina el amparo.

Esta generosidad en relación con los derechos susceptibles de amparo es, sin duda, una nota común de este instituto iberoamericano que ha sido puesto en evidencia en varias oportunidades, como, por ejemplo, por Piza Escalante, cuando expresa que entre los países iberoamericanos hay la convicción de que: "...el reconocimiento de que los derechos *fundamentales*, por ende amparables, no son sólo los civiles y políticos -en Europa los únicos protegidos así-, sino también los económicos, sociales y culturales; más correctamente, no sólo los de libertad-autonomía -o derechos *negativos*, a la abstención del Estado, además, desde luego, de su garantía-, sino también los de participación o prestación -o derechos *positivos*, a la acción del Estado-; y no sólo los claramente identificables como derechos subjetivos, directamente exigibles en sí mismos, sino también los *reflejos* o *reaccionales* -al modo de los *intereses legítimos* del Derecho Administrativo-, que habilitan a sus titulares por lo menos para reaccionar, incluso jurisdiccionalmente, oponiéndose a cualquier norma o acto que de modo ilegítimo los suprima o restrinja, los otorgue o los niegue con discriminación, o los omita o retarde sin justificación; y no sólo los reconocidos textualmente como tales por la Constitución o, en su caso, por el Derecho Internacional aplicable, sino también los que se deriven de normas de competencia constitucional -como la *reserva de ley* en materia de tributos, aunque no esté plasmado el derecho a no pagar los creados reglamentaria, ejecutiva o

35. En Colombia, por ejemplo, el artículo 86 de la Constitución habla de "derechos constitucionales fundamentales" como aquéllos por los que vela la acción de tutela, y justamente hay un capítulo de la Constitución, el I del Título II, que trata de los "derechos fundamentales". La posición jurisprudencial ha sido, sin embargo, extensiva, al entender tales derechos fundamentales incluidos en la protección, pero sin descartar todos los demás derechos consagrados en el texto supremo e, inclusive, los establecidos en tratados internacionales sobre esa materia y los inherentes a la persona humana. Sobre esta amplitud, en particular en cuanto a los derechos sociales y económicos, *V.*, OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, *ob. cit.*, pp. 131 y ss. Perú también es un buen ejemplo de esta tendencia a la dilatación de los derechos que entran en el objeto protegido por el amparo, ya que, pese a que el artículo 24 de la Ley 23506, de 8 de diciembre de 1982, establece un listado de derechos amparables, la postura pacífica ha sido la de concebirlo como una enumeración, netamente enunciativa.

administrativamente-, o de principios o valores fundamentales del ordenamiento, o, en general, de la intrínseca dignidad del ser humano o del sistema democrático representativo, o representativo-participativo y, desde luego, alternativo y pluralista, único admisible como propio del Estado Democrático de Derecho contemporáneo; principios o valores fundamentales aún si no consagrados por esas u otras normas, como las consuetudinarias o las de la legislación común, pero en América, de todos modos, legislados positivamente en todas sus Leyes Fundamentales, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras-"[36].

La única excepción que suele conseguirse en cuanto a los derechos de protección posible por el amparo son aquéllos que se cuidan a través de otros procesos específicos, como el de libertad y seguridad personales, que es materia del *hábeas corpus*, y el de acceso a la información que repose en órganos públicos o privados, amparado por el *hábeas data*; así como los derechos de incidencia colectiva o difusa. Por lo general, éstos resultan excluidos del amparo constitucional iberoamericano, bien sea porque éste actúa de un modo residual o, en todo caso, en virtud de su falta de acomodo con reglas que arraigadamente se atribuyen a éste, como el de la particularidad de la legitimación y el de los efectos de la sentencia exclusivos para las personas que participen en el juicio.

5. Actos sujetos a revisión por el amparo constitucional

La labor encomendada al proceso de amparo constitucional en los países iberoamericanos, a saber, la de asegurar la plena justiciabilidad de las violaciones a los derechos de mayor jerarquía en el ordenamiento, ejerce también una influencia notable en el aspecto relativo al ámbito de actuaciones susceptibles de ser controladas por esta vía judicial especial.

La amplitud que reluce en varios puntos de su regulación en éste vuelve a brillar. En varios países de la región se sostiene, de hecho, que no hay ámbito alguno que quede fuera del control judicial por la vía del amparo constitucional[37]. Y lo cierto es que éste procede, en principio, contra cualquier acto, hecho, omisión, sea proveniente de los antes públicos, aunque también de los particulares, que violen o amenacen de violación cualquier derecho constitucional o sus equivalentes.

Destaca, pues, el que por esta vía se puedan enfrentar violaciones consumadas y amenazas; que no sea requerida una formalidad especial a los actos administrativos o públicos para su impugnación en los estrados judiciales, procediendo entonces frente a simples hechos materiales; y que aún las actuaciones de los particulares sean materia de amparo en caso de que atenten contra los derechos protegidos[38]. La permisividad es

36. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, "Una década de la nueva justicia constitucional", *ob. cit.*

37. Guatemala y Venezuela, por ejemplo, son paradigmas en este sentido. El artículo 265 de la Constitución guatemalteca así lo expresa terminantemente. En Venezuela, una sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de 31 de enero de 1991, caso *Anselmo Natale*, señaló: "No puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo, entendiendo ésta, no como una forma de control jurisdiccional de la inconstitucionalidad de los actos estatales capaz de declarar su nulidad, sino -como se ha dicho- un remedio de protección de las libertades públicas cuyo objeto es restablecer su goce y disfrute, cuando alguna persona natural o jurídica, o grupos u organizaciones privadas, amenace vulnerarlas o las vulneren efectivamente".

38. El amparo contra actos particulares, con algunas limitaciones que, sin embargo, van decreciendo, se admite entre otros en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela. La evolución

elocuente, pasando a ser este medio procesal especial el más digno exponente del derecho fundamental de acción o a la tutela judicial efectiva, que asegura la intervención judicial en todo momento en que se discuta la vigencia de algún derecho o interés y que proscribe, por ende, la indefensión de modo terminante.

Finalmente, vale señalar que la holgura en cuanto a los actos sujetos al amparo constitucional se corrobora con la admisión en algunos países iberoamericanos, aunque sea ya excepcionalmente, de su pertinencia frente a leyes[39] y, en otros pocos, contra sentencias[40].

6. Efectos de la sentencia de amparo constitucional

El último punto a destacar del amparo constitucional en los países iberoamericanos es el de los efectos de la sentencia estimatoria, que consecuente con la finalidad perseguida de hacer respetar los derechos constitucionales de las personas son, en todo momento, restablecedores.

Por este medio, en los diferentes países, se persigue volver a la situación preexistente a la lesión de derechos fundamentales, del modo que resulte más efectivo a tales objetivos.

Esto hace del amparo constitucional en muchos países una acción que podría calificarse como *interdictal*, en el sentido de que sus consecuencias alcanzan sólo el restable-

---

colombiana es buena ejemplificación de esta corriente. De ella da cuenta, con detalle, ESTRADA, Julio Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, *ob. cit.*, p. 223-290.

39. Se trata en este caso de un añadido a la virtualidad de por sí ya dilatada del amparo, que, sin embargo, en poco modifica la índole y características esenciales de este medio procesal garantizador. Ello, por cuanto esta modalidad se suscribe normalmente es para combatir leyes "autoaplicativas", es decir, que tienen un contenido particular y no requieren de actos de aplicación, que es la opción prevista en Colombia y El Salvador; o, en todo caso, si bien ya de verdaderas normas generales y abstractas, llamadas también "heteroaplicativas", esta clase de amparo se usa para cuestionar los actos de aplicación o ejecución de tales leyes generales, por lo que a fin de cuentas el amparo no es más que una vía para activar el poder conferido normalmente a los países de la región de controlar incidentalmente la constitucionalidad de las leyes. Así ocurre, por ejemplo, en El Salvador, también en Venezuela, según surge de la sentencia líder de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de fecha 12 de agosto de 1992, caso *Colegio de Abogados del Distrito Federal*. En cuanto a la doctrina, BREWER-CARÍAS, Allan R., "La acción de amparo contra leyes y demás actos normativos en el Derecho venezolano" en *Líber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derecho Humanos, Unión Europea, San José, Costa Rica 1998.

40. La mayoría de los países se inclina por negar esta modalidad de amparo y los que la acogen muestran, de ordinario, muchas reticencias. Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Venezuela son exponentes de esto último, pues la admisión de esta clase de amparo está reservada a supuestos excepcionales. En todo caso, es menester llamar la atención de que la forma como se comporta esta clase de amparo en los países iberoamericanos es muy disímil, presentando diferencias notables entre sí.

En algunos países el amparo contra sentencia se ve principalmente como un recurso judicial más, que vendría a completar a los ordinarios. Sería éste el caso de México, pero también el de Bolivia, Chile, Honduras, Perú y Venezuela. En otros, el amparo se proyecta como un recurso final, que es competencia de tribunal constitucional, como ocurre en El Salvador y -así sea en apelación- en Guatemala. También en Colombia, luego de la anulación de la tutela contra sentencias y la admisión de tal recurso por la Corte Constitucional, en exclusiva, contra las llamadas vías de hecho judiciales de última instancia.

En este último grupo, más limitado aún en cuanto al número de países, el amparo no persigue tanto la protección subjetiva de derechos constitucionales, sino que más bien es un mecanismo ulterior y subsidiario útil para vigilar la interpretación de la Constitución que hacen los jueces una vez concluidos completamente los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento procesal, con fines preponderantemente objetivos. De cualquier modo, es evidente que esta variante de amparo difiere en cuanto a la finalidad principal y muchas de sus características de la vertiente general, donde impera su condición de proceso inicial o alternativo, que es, de hecho, la descripción que se ha hecho más atrás del instituto del amparo en Iberoamérica.

cimiento de la situación jurídica infringida sin extenderse más allá, es decir, sin pasar a condenas pecuniarias por las lesiones sufridas; al mismo tiempo que no trae una resolución definitiva e inmutable de la controversia, al no oponerse al planteamiento del mismo asunto de nuevo por las vías ordinarias, que dilucidan, éstos sí, de modo concluyente o final la cuestión referente a la violación o no de derechos constitucionales.

Bajo el argumento, en apariencia sólido, de que a razón de la brevedad del procedimiento y la ausencia, por tanto, de una contención plena entre las partes encontradas, en muchos países iberoamericanos, verbigracia, en Argentina, Chile, Guatemala, Paraguay y Venezuela[41], impera la postura de que los efectos del amparo constitucional deben ser no definitivos, inmutables, sino únicamente restablecedores.

No obstante, esta tesis, si bien mayoritaria, no es admitida en todos lados y la inclinación en los últimos años se encamina en sentido contrario. El hecho de que el proceso de amparo termine su curso en el tribunal de mayor jerarquía, en el tribunal supremo de la justicia constitucional, bien sea porque a éste se atribuye en primera y única instancia, como ocurre en El Salvador y Costa Rica, o porque esté habilitado para revisar ulteriormente todos los fallos en esa materia dictados por el resto de los jueces, como sucede en Colombia, da pie para que el fallo de amparo se tenga como definitivo, para que no sea susceptible de revisión por otras vías la controversia ya resuelta y para que, en esa misma decisión, se establezcan las condenas patrimoniales correspondientes[42].

V. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROCESALES IBEROAMERICANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Una vez repasada la manera en que se articula en los países iberoamericanos la tutela de los derechos constitucionales y haber comentado varias de las características de los medios procesales utilizados a tales efectos, luce pertinente ensayar una clasificación sobre la materia que permita, más adelante, efectuar las comparaciones de rigor con otros modelos de justicia constitucional. Para ello, primero, debe esbozarse una clasificación general sobre la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales, para, de seguidas, concluir identificando con tales pautas a los procesos existentes en los países de Iberoamérica.

1. Clasificación general

La manera en que los tribunales nacionales se acomodan para prestar la tutela debida a los derechos contemplados en la Constitución es muy diversa. Dejando de lado el control de constitucionalidad de las leyes, que como se ha señalado es un instrumento cru-

41. En cuanto a Chile, el propio artículo 20 de la Constitución pregona esta posición, de la cual está al tanto la doctrina, como acredita NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El recurso de protección en Chile", *ob. cit.*, p. 171. En Venezuela, por otra parte, esta postura surge directamente de la legislación sobre la materia (artículo 6 inciso 3, y 36 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), y mantiene apoyo en la doctrina tradicional, como por ejemplo: LINARES BENZO, Gustavo, *El proceso de amparo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1999, p. 351; aunque otro sector de la doctrina esté empezando a oponerse: CHAVERO GAZDIK, Rafael José, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, *ob. cit.*, pp. 337-341.

42. En Costa Rica, esto se extrae plenamente de los artículos 26 y 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

cial en la defensa en abstracto de los derechos fundamentales, y poniendo el foco más bien en la protección personalizada a tales derechos fundamentales, es patente que cada país puede elegir entre métodos diferentes y, por ende, las clasificaciones que de ellos se han hecho son también muy dispares[43].

En estas líneas se prefiere una ordenación general y que sirva para describir de buena manera las guías o contornos de cada sistema en este punto.

Así, se disgrega, primero, entre la protección de derechos que se obtiene por conducto de los medios procesales generales, de la que se otorga por procesos específicos o concebidos exclusivamente para esos fines. Estos últimos pueden dividirse a su vez en varias clases, pero se ha optado sólo por tres que son muy expresivas: por un lado, una atiende al ámbito de derechos constitucionales que amparen, para entonces hablar de procesos específicos de alcance general y procesos específicos particulares o sectoriales; por otro, otra mira si estos procesos específicos tutelan los derechos constitucionales de modo inicial o, en cambio, prestan su auxilio de forma ulterior o subsidiaria, por lo que el control es llevado a cabo principalmente sobre los otros órganos jurisdiccionales que tutelaron en su momento tales derechos; finalmente, observando ahora la naturaleza de los tribunales que otorgan la tutela, se distingue entre procesos específicos decididos por tribunales especializados o procesos específicos ante tribunales ordinarios.

La primera escisión clasificatoria a la que se aludía es, como es obvio, la más general. Parte de que los derechos constitucionales, antes que nada, son verdaderas situaciones jurídicas subjetivas de las que gozan las personas por el mero hecho de su condición. Éstas, ante esa declaración constitucional ven incrementado su ámbito de libertad y, por ello, están en condiciones de exigir a cualquiera el respeto correspondiente y la reparación o el restablecimiento ante la eventualidad de menoscabo.

El carácter de las libertades constitucionales como verdaderos derechos subjetivos supone que todo proceso judicial ordinario, dispuesto para hacer valer los derechos e intereses que a las personas reconoce el ordenamiento jurídico, sea útil si quiere asegurarse la indemnidad de uno de aquéllos o su restitución plena en caso de violación[44]. De

43. FIX ZAMUDIO, quien se ha dedicado a este tema en el orden interno y supranacional, al estudiar la materia en el primer ámbito, que es el que ahora nos ocupa, da cuenta del extenso número de clasificaciones que pueden encontrarse en doctrina, así como del carácter "arbitrario", a fin de cuentas, de todas ellas, inclusive de la por él mismo patrocinada. Entre otras, cita la clásica diferenciación de DUGUIT, Léon entre garantías constitucionales preventivas y represivas y la propuesta por el tratadista mexicano REYES, Rodolfo, quien hablaba en 1934 de medios preventivos, represivos y reparadores. La clasificación de FIX ZAMUDIO, es la siguiente: los remedios procesales indirectos, que serían los que están dirigidos a la protección de los derechos ordinarios pero que, eventualmente, pueden tutelar también los fundamentales, como el proceso ordinario; los instrumentos complementarios, que son aquéllos que si bien no han sido estructurados para proteger estos derechos superiores se utilizan para sancionar la lesión a los mismos cuando ha sido consumada, como los procesos de reparación de daños y perjuicios; y los medios procesales específicos, que son los que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz, rápida y con efectos reparadores, a los derechos fundamentales, como el *hábeas corpus*, el amparo constitucional, la *Verfassungsbeschwerde*, entre otros. FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos..., ob. cit.*, pp. 31 y ss.

44. PÉREZ TREMPS, de modo simple, pero categórico, razona del modo siguiente: "Si los derechos y libertades forman parte del ordenamiento, hecho sobre el que no cabe duda alguna, en principio hay que considerar que los instrumentos procesales generales que se otorgan al ciudadano para su defensa deben servir también para garantizar el respeto de aquéllos". PÉREZ TREMPS, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales" en *Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*. Ministerio de Justicia, Madrid 1988, v. III, p. 1773. En el mismo sentido, AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española" en *Revista de Derecho Político*, nº 10, 1981, pp. 123 y ss. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos, ob. cit.*, pp. 143 y ss. FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos..., ob. cit.*, pp. 36 y ss.

modo eventual, entonces, se acomoda el engranaje procesal ordinario para garantizar los derechos de significación más alta en el ordenamiento jurídico.

Pero, con todo y la fuerza de la afirmación precedente, no puede olvidarse que los derechos constitucionales no son simples derechos subjetivos de las personas. Su cobijo entre las normas supremas del ordenamiento jurídico desvela una importancia considerable para el sistema en general. No en vano es común en estos momentos la afirmación, advertida ya hace más de dos siglos, según la cual la protección de los derechos superiores del hombre constituye el norte de la organización estatal.

La relevancia y trascendencia indiscutida de los derechos de la persona previstos en la Constitución trae como consecuencia la necesidad de asegurar su virtualidad de la manera más resuelta y efectiva. Y, como consecuencia de lo anterior, la misión en cuanto al resguardo de los derechos constitucionales que debe acometer todo juez por virtud de los procesos generales se suele aparejar, se complementa, con otros procesos que miran de modo específico, exclusivo, a esos efectos[45].

Se intenta asegurar, del mejor modo, que brille en todo momento la luz de las libertades fundamentales y que, de vacilar, se logre por medios procesales *ad hoc* a hacerlos volver a encandilar de modo presto y convincente. La vigencia de los derechos supremos espera alcanzarse no únicamente por las vías generales, sino también gracias a unos procesos específicos que encuadran todos en el concepto de justicia constitucional que en este trabajo se ha acogido[46].

Las razones que motivan la existencia de estos procesos específicos de tutela de derechos constitucionales son profusas y dependen de cada país en concreto. Sin embargo, pareciera acertado pensar que se alinean a la consecución de estos dos grandes objetivos: Por un lado, con tales medios específicos viene a completarse el sistema procesal ordinario, a llenar los vacíos y fallas que en más de una ocasión y lugar salen a relucir[47]. Por el otro, sirven ellos, cuando menos, para incrementar o reforzar las garantías que ofrecen por sí solas dichas vías judiciales generales, para dotarles de mayor efectividad o, en todo caso, de más coherencia.

Esta vertiente de medios específicos de protección de derechos fundamentales, cualquiera sea la razón de su previsión, como se decía, es a su vez divisible en varias ramas.

---

45. Es patente que no es una condición inexcusable para la vigencia del Estado de Derecho la preexistencia de garantías procesales específicas para la defensa de los derechos fundamentales. Realmente, los medios judiciales ordinarios deberían ser suficientes y capaces de conseguir tal tutela de modo eficaz y pleno y, de allí, que en muchos países, y precisamente en varios que son paradigmas en cuanto a la juridicidad estatal, carezcan de procesos especiales para esa finalidad. PÉREZ TREMPS, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 1773 y s.

46. Vale recordar que en la parte introductoria de este trabajo, al hacer las precisiones y advertencias más perentorias, sobre el concepto de justicia constitucional, en la sección 2.1., se advirtió que se incorporaría toda la actividad jurisdiccional de defensa de las normas y principios constitucionales frente a las leyes o actos de similar jerarquía o frente a cualquier otro acto, hecho u omisión proveniente de entes públicos o personas privadas, sea desempeñada por cualquier tribunal, especial u ordinario, aunque, en el supuesto último, cuando dicho control de constitucionalidad se efectúe por medios especiales, es decir, por alguno que tenga por fin exclusivo o principal tal defensa.

47. Tales deficiencias se observan de modo recurrente, por ejemplo, en la materia contencioso-administrativa, que todavía está en proceso de deslastrarse de las limitaciones y de dogmas como su carácter objetivo y revisor que le rodean desde sus propios orígenes franceses, cuando era impensable -ni era querido- un sistema eficaz de control sobre la Administración Pública. Aún continua el contencioso administrativo en franca lucha por adaptarse a los designios constitucionales actuales, que en primer término están determinados en las obligaciones que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. *V.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid 1992, 238 p.

Las tres que aquí se toman en consideración miran al ámbito de acción de estos procesos, a su disposición inicial o ulterior y al carácter especializado o no de la tutela expedida.

La primera categorización es muy simple y fácil de determinar. Separa entre procesos específicos de protección de los derechos constitucionales de alcance general, cuando son aptos para la protección de todo tipo de derechos constitucionales, cualquiera sea el sector jurídico en el que se vean quebrantados; y procesos sectoriales o particulares, si únicamente son operantes para restituir algún derecho en particular o cuando la contradicción devenga en una rama jurídica concreta, como la administrativa, agraria, laboral o penal, entre otras[48].

La segunda división comprende a los procesos específicos concebidos como iniciales y alternativos o como ulteriores y subsidiarios.

Los procesos denominados iniciales son aquéllos por los cuales los afectados acuden a los tribunales competentes en búsqueda de una reparación de su situación jurídica concreta. Se trata de vías procesales paralelas a las ordinarias; más bien, alternativas, aun cuando pueda conminarse a las personas a hacer uso de los procesos ordinarios a menos que, por las circunstancias del caso, puedan avizorarse desde un principio como ineficaces. Son procesos, por consiguiente, encaminados a asegurar que la tutela judicial general sea realmente plena o integral y, a la vez, más efectiva, en cuanto viene a sanearla de males comunes, como son la lentitud, el exceso de formalismos y la ineficacia.

Los procesos llamados ulteriores o subsidiarios, en cambio, están ordenados para surtir efectos una vez que los remedios procesales ordinarios, inclusive los específicos iniciales, hayan sido operativos. No pueden ser utilizados por los afectados de modo inicial, sino exclusivamente cuando hubiera acudido a los otros en un momento preliminar y estimen que la tutela que ameritaban sus derechos constitucionales no fue debidamente atendida.

Estos últimos procesos específicos acaban enderezando las lesiones a derechos constitucionales que perduren una vez transcurrido todo el sistema procesal previsto para defenderlos. Bien sea porque a través de éstos no se restablecieron debidamente los derechos denunciados originalmente como menoscabados o por cuanto en el curso de tales procesos previos se produjeron otras lesiones a las libertades públicas supremas. Son procesos previstos para vigilar a los vigilantes. En pocas palabras, procesos que tienen por fin revisar las actuaciones de los demás tribunales y saldar las violaciones de derechos fundamentales que pudieran cometer, tanto por omisión como por acción. Con ellos se refuerza el sistema de protección constitucional por la adición de una instancia y se otorga, a la vez, cierta coherencia y uniformidad a la interpretación de la Constitución.

En estrecha relación con la clasificación precedente está la última que se toma aquí en consideración, de la especialidad o no de los tribunales que conocen de los medios específicos de protección de los derechos fundamentales. Se trata de ver, aquí, si el tribunal llamado a sentenciar el proceso específico en cuestión es ordinario o está vinculado claramente con el Derecho Constitucional y la interpretación de las normas supremas[49].

---

48. Esta ramificación es bastante general y de ella da cuenta, por ejemplo, PÉREZ TREMPS, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 1778 y ss.

49. La conexión entre este criterio de clasificación y el anterior, que mira al carácter inicial o ulterior de los medios específicos de protección de los derechos constitucionales es patente, en virtud de que, por regla general,

Las anteriores, en fin, son las modalidades, en abstracto y entre muchas otras posibles y válidas, como pueden arreglarse en los diferentes sistemas o modelos las garantías de los derechos constitucionales de las personas. Las opciones son variadas, como es notorio, al igual que los objetivos que con cada técnica pretenden alcanzarse. Una mirada al Derecho Comparado corrobora la multiplicidad de razones que en cada país se ha barajado y la distribución variopinta acordada en definitiva[50].

2. El modelo iberoamericano en la clasificación general de medios procesales para la protección de los derechos constitucionales

No resulta muy complejo ubicar en la clasificación general expuesta los medios jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales presentes en la enorme mayoría de los países iberoamericanos.

Al lado del proceso judicial ordinario, que es aprovechable de modo eventual al menos para vigilar el respeto de la parte dogmática de la Constitución, las otras dos vías que están en disposición de los afectados para solicitar a los tribunales el respeto debido a sus derechos y libertades, a saber, el *hábeas corpus* y el amparo constitucional, encajan abiertamente en la clase de medios específicos, pues tienen ambos por función principal la defensa de derechos fundamentales.

Una vez dentro de esta categoría, el *hábeas corpus* sería un medio particular o sectorial, en virtud de que vela únicamente por el derecho a la libertad individual y otros conexos; mientras que el amparo tendría un alcance general, al proteger cualquier otro derecho fundamental. Ambos, sin embargo, aquí se complementan, prestando una tutela integral a la totalidad de los derechos constitucionales de naturaleza subjetiva.

Además, tales garantías constitucionales iberoamericanas deben ubicarse en la orden de los procesos específicos iniciales, por cuanto están arreglados para otorgar una tutela jurídica de primera instancia a los derechos fundamentales.

Asimismo, son ambos medios procesales específicos no especializados, porque en la mayoría de los países su resolución está en manos de los tribunales ordinarios, los cuales, como es obvio, carecen de una preparación especial temas relacionados con el Derecho Constitucional.

Es de subrayar, ante la evidencia anterior, que no suelen contar los países de la región con algún proceso específico ulterior ni especializado. Esta clase de medios de defensa de los derechos constitucionales, si bien está presente en algún que otro país, no rige de modo generalizado.

---

los procesos iniciales son competencia de tribunales ordinarios en primer grado, con las excepciones de rigor en cuanto al objeto o funcionario al que se imputa la lesión, los cuales carecen de una preparación y disposición especial en torno a la lectura constitucional. En contraposición, los procesos específicos ulteriores o subsidiarios suelen residenciarse en el tribunal de más alta jerarquía de justicia constitucional, especializado en labores de interpretación de las normas supremas. Los primeros prestan un amparo genérico, por llamarlo de alguna manera; los segundos, los tribunales constitucionales, un amparo a los derechos constitucionales especializado.

50. PÉREZ TREMPS, Pablo, "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 1778 y ss., plantea el hecho de que depende de distintas variables la escogencia en un sistema nacional concreto del modo de garantizar procesalmente los derechos constitucionales. Hace alusión a la valoración de aspectos como la naturaleza del derecho, es decir, si son derechos de libertad o de prestación, su grado de "complitud", los destinatarios, entre otros.

Dejando de lado los países como Argentina y Brasil, en los que hay una articulación plena entre el tribunal constitucional y los demás tribunales gracias al carácter omnímodo del recurso extraordinario, que permite una revisión ulterior de cualquier decisión judicial que, entre otras cosas, menoscabe derechos constitucionales, apenas podría hablarse de la presencia de estos medios ulteriores para la defensa de los derechos constitucionales, de manera general, en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala y Venezuela. Y, con todo, en los tres primeros, su creación ha sido pretoriana, además de que en esos países, siempre, se le ha tratado con muchas reservas.

Salvo esos países que sí exhiben un medio específico ulterior y general, el cual por cierto es normalmente el mismo amparo constitucional, en su vertiente contra sentencias, la manera alterna como se alcanzan los efectos de tal recurso en otros países de la región es gracias a la participación del máximo tribunal de justicia constitucional como instancia final en los procesos de amparo.

Cuando dicho tribunal constitucional interviene el amparo pasa a desempeñarse, a la vez, como un medio inicial y, luego, como uno del tipo ulterior y especializado, al menos en lo que a la revisión de las sentencias que sobre esa materia emitan los otros tribunales de menor jerarquía. No se dispenda, en este supuesto, una revisión final y especializada general, pues queda circunscrita a los procesos específicos de tutela constitucional que son los susceptibles de impugnación, final, ante el respectivo tribunal constitucional.

Salvo esta forma peculiar y parcial de control de decisiones judiciales en cuanto a su justeza con los derechos constitucionales, vigente en Bolivia, Ecuador, Honduras, México y Perú, no es válido predicar entre los sistemas naciones de justicia constitucional iberoamericanos la presencia de algún medio específico de control jurisdiccional ulterior y especial.

Podría concluirse, en consecuencia, que la protección de los derechos fundamentales en la mayoría de tales países goza de la característica de brevedad, preferencia y efectividad. Que es integral, al abarcar la totalidad de los derechos constitucionales subjetivos. Pero no puede predicarse, salvo, acaso, en cinco países, que tal protección específica se verifique de modo especializado ni reforzado. Esta intensidad mayor en cuanto a calidad y cantidad de la tutela se obtiene en otros tantos países más, como se decía, de una manera muy parcial y atípica.

§ 51 LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO[1]

Héctor Fix-Zamudio
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

1. En el muy merecido homenaje a uno de los más destacados juristas latinoamericanos, nos centraremos en alguna de sus muchas aportaciones, que es la relativa al penetrante análisis comparativo del derecho de amparo latinoamericano, en el cual establece un conjunto de lineamientos que son de gran utilidad para estudiar con profundidad esta institución tutelar de los derechos humanos en nuestra región, pero que ha tenido repercusiones en otros ordenamientos, especialmente de Europea Continental, y además con trascendencia a varios instrumentos internacionales.

2. Debemos destacar que los estudios del jurista venezolano son impresionantes y abarcan prácticamente todo el enorme campo del derecho público contemporáneo, ya que ha incursionado en los campos de los derechos administrativo, constitucional, procesal internacional, y sería temerario siquiera intentar una simple descripción de una obra extremadamente prolífica. Por ello únicamente podemos señalar algunos de sus estudios más extensos, como son los contenidos en su obra *Instituciones Políticas y Constitucionales*, en VII volúmenes (Caracas-San Cristóbal, 1996-1997)[2], la minuciosa y muy documentada obra *Judicial Review in Comparative Law* (Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1989), como resultado de los cursos que dictó en esa Universidad como titular de la Cátedra Simón Bolívar durante los años 1985-1986; y más recientemente ha aparecido una recopilación muy extensa de sus estudios publicados en los idiomas inglés y francés (ya que también ha sido profesor de las Universidades francesas París II y de Aix-en-Provence, y en la Universidad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo). Esta última obra, *Études de Droit Pubic Comparé,* ha sido patrocinada por la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la que es Vicepresidente, y publicada por la prestigiada editorial Bruylant (Bruselas, 2001, 1182 pp.)[3].

---

1. Para el muy distinguido jurista venezolano Allan R., BREWER-CARÍAS, como homenaje a su impresionante y fecunda producción jurídica.

2. Los títulos específicos de esta monumental obra son: Tomo I, *El régimen constitucional del Estado*; Tomo II, *El régimen del poder público y su distribución vertical: el poder nacional, el régimen federal y municipal*; Tomo III, *La distribución horizontal del poder público: el sistema de gobierno*; Tomo IV, *Los derechos y garantías constitucionales*; Tomo V, *El derecho y acción de amparo*; Tomo VI, *La justicia constitucional*; y Tomo VII, *La justicia administrativa*.

3. Como el sumario de esta voluminosa obra es muy extenso, únicamente nos limitamos a destacar que comprende cuatro secciones: I. Derecho administrativo comparado; II. Derecho constitucional comparado; III. Derecho constitucional de la integración, y XIV Justicia constitucional comparada.

3. De la simple descripción anterior, que es únicamente ejemplificativa, podemos observar la gran extensión y profundidad de la obra del profesor Brewer-Carías. Pero por nuestra parte, como hemos dicho, nos limitaremos a comentar sus ideas en relación con el derecho de amparo que tienen su génesis en un breve pero muy penetrante estudio, con motivo de su participación en el XI Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en la ciudad de San José, Costa Rica, en el año de 1993, intervención que se publicó con el nombre *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (Una aproximación comparativa)* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993).

II. LA DOCTRINA DE BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO

4. En primer lugar, el distinguido jurista venezolano establece un concepto genérico del amparo como *derecho constitucional de los ciudadanos derivado del derecho de supremacía de la Constitución a obtener la protección judicial a sus derechos y libertades por todos los tribunales.* Este concepto sirve de punto de partida al autor para establecer varias categorías del amparo: A) En primer término analiza la protección por conducto de medios judiciales ordinarios, y como ejemplos cita los llamados writs angloamericanos, entre ellos el hábeas corpus, el mandamus, la injunction y la prohibition; el référé francés, y el procedimiento especial de urgencia italiano[4].

5. B) En segundo lugar se sitúa al *amparo como pretensión constitucional a través de múltiples instrumentos jurisdiccionales ordinarios, pero específico para la protección de los derechos y libertades fundamentales.* En este sector se citan como ejemplos el juicio de amparo mexicano, que agrupa cinco instrumentos procesales, como son la tutela de la libertad personal equivalente al hábeas corpus; el procedimiento equivalente al proceso administrativo; la reclamación contra las normas generales; la impugnación de las resoluciones judiciales por medio de un recurso de casación federal; y la protección de los campesinos sujetos a la reforma agraria; el derecho de amparo de Venezuela, según la anterior Carta Fundamental de 1961, que comprende no sólo la acción de amparo propiamente dicha sino que incluye también la libertad e integridad personales (hábeas corpus), así como otras acciones y recursos establecidos en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en vigor a partir del 22 de enero de 1988 (situación actual). Dentro de esta categoría se comprende también la acción de tutela establecida por la Carta colombiana de 1991, ya que además de este instrumento específico, la protección de los derechos fundamentales se ejerce ante los tribunales mediante otras acciones o recursos que puede establecer el legislador.

6. C). Un tercer sector comprende *una garantía jurisdiccional específica (acción o recurso) para la protección de los derechos y libertades fundamentales*, que puede considerarse como el amparo en sentido estricto. Dentro de esta categoría, el profesor Brewer-Carías señala varias hipótesis: a) la primera se refiere *al amparo como una acción o recurso que se ejerce ante un organismo jurisdiccional especializado (Tribunal o Corte Constitucional)*: Como ejemplos el autor cita al recurso de amparo español, la

4. *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (Una aproximación comparativa)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 15-51.

Verfassugnsbeschwerde alemana y la *Beschwerde* austríaca, que literalmente pueden traducirse como queja constitucional, pero la doctrina española los califica como recurso de amparo[5].

7. b) Una segunda hipótesis comprendería el *amparo específico* que se hace valer ante el *organismo judicial supremo de la jurisdicción ordinaria (Corte o Tribunal Supremo).* Aquí el autor cita como ejemplos al recurso de derecho público de Suiza (*Staatrechtliche Beschwerde)* y el recurso de amparo de Costa Rica (el cual se ejerce a partir de 1989 ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema).

8. c) *El amparo como una acción o recurso ejercido ante una globalidad de tribunales*. En esta categoría, el profesor Brewer comprende el recurso de amparo en Argentina, que surgió primero en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en las Constituciones de las Provincias, pero que fue constitucionalizado en las reformas de agosto de 1994; el recurso de amparo en Perú (previsto en las Constituciones de 1979 y 1993); el recurso de protección de Chile (consagrado en la Constitución de 1980, reformada por el plebiscito de 1989); así como las acciones de tutela colombiana y la de amparo venezolana, ambas en sentido propio; el derecho de amparo en Guatemala y en Uruguay (en este último país no fue consagrado expresamente en la Constitución de 1966, sino únicamente en la ley de 1988).

9. d) Un lugar especial está reservado a la Constitución Federal brasileña de 1988, en la cual se establecieron varios instrumentos específicos para la tutela de un sector de los derechos fundamentales, tales como el *mandado de segurança colectivo,* el hábeas data, y el *mandado de injunçâo.* Como se verá más adelante, el instrumento protector calificado de hábeas data ha trascendido a varios ordenamientos latinoamericanos recientes.

10. En la segunda parte de su estudio comparativo, Brewer-Carías clasifica el derecho de amparo de acuerdo con los *derechos y libertades protegidos*, y con este enfoque distingue varios sectores: a) En primer lugar el relativo a la protección de todos los derechos fundamentales (que incluye a las llamadas garantías, de acuerdo con la denominación tradicional que comprende a ciertos derechos instrumentales, pero de carácter sustantivo, y en esta categoría comprende al ordenamiento venezolano de 1961 y la ley de 1988); b) en segundo término sitúa a los ordenamientos constitucionales que distinguen el amparo en sentido estricto de la acción o recurso de *hábeas corpus* (este último para proteger la libertad e integridad personales, como ocurre en los ordenamientos de Costa Rica; Argentina con anterioridad a la reforma de 1994; Uruguay y Guatemala); c) en tercer lugar señala el derecho de amparo que únicamente tutela ciertos derechos esenciales, los que de acuerdo con el criterio de la Ley Fundamental de Alemania son considerados *fundamentales* (*Grundrechte)* y se enumeran específicamente. Este mismo criterio es seguido por las Constituciones española de 1978, chilena de 1980, y de cierta manera, la colombiana de 1991, ya que incluye también el *hábeas corpus*.

11. La tercera parte del estudio del destacado jurista venezolano se refiere a las *personas protegidas*, que divide el derecho de amparo que procede respecto tanto de las personas físicas como las colectivas (éstas últimas con la denominación tradicional de personas morales); del amparo solicitado por algunas personas de derecho público, que en general está limitado a ciertos entes, ya que para este sector debe utilizarse la diversa acción de inconstitucionalidad o los conflictos de atribución.

---

5. *Cf.*, HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", trad, de RUIZ MIGUEL, Carlos en la obra coordinada por GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 225-282.

12. Finalmente, se aborda la cuestión de *los motivos de la protección*, que también abarca varias categorías, como: a) el llamado *amparo contra particulares*, en realidad contra los grupos de presión, que ahora se conocen también como poderes privados, que surgió en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina a partir del conocido caso *Samuel Kot* (1957), pero que se ha extendido en varios ordenamientos latinoamericanos, y reconocido expresamente en la reforma constitucional de la Carta Argentina en agosto de 1994, pero también, como regla general, en las Leyes Fundamentales de Venezuela, Uruguay, Chile, Perú, con restricciones en Costa Rica, Guatemala y Colombia; b) el amparo que sólo procede contra actos de autoridades públicas en España, Alemania, Austria y México.

13. c) Una tercera categoría está constituida por los ordenamientos que admiten el derecho de amparo contra actos de leyes y disposiciones generales, y desde este punto de vista señala la acción o recurso de amparo contra leyes en Venezuela, México, Perú, Guatemala, y de cierta manera en Costa Rica, ya que en este último ordenamiento el promovente del amparo debe solicitar su conversión en una acción de inconstitucionalidad de las disposiciones generales en las cuales se apoyen los actos impugnados. En otras legislaciones no se admite por conducto del amparo la impugnación de las disposiciones legislativas, o bien se limitada sólo a las calificadas como *autoaplicativas*, y entre los ordenamientos que establecen dicha limitación, el autor señala a Argentina (si bien esta situación se modificó posteriormente en las reformas de 1994), Brasil, Uruguay, Colombia y España. Una mención especial se refiere al amparo contra actos y hechos administrativos y contra conductas omisivas de la administración, cuando los mismos afectan derechos e intereses legítimos en el ámbito de la legalidad.

14. d) El aspecto final que examina el profesor Brewer-Carías es el relativo al amparo contra sentencias y otras resoluciones judiciales, que se admite con modalidades en el derecho de amparo en Venezuela, Perú, Colombia (aun cuando se limitó por la Corte de Constitucionalidad en un fallo de primero de octubre de 1992), así como en España, ordenamiento en el cual procede en gran parte contra resoluciones judiciales, y en la legislación mexicana, en la cual posee una gran amplitud, inclusive por violaciones a la legalidad, por lo que se ha transformado en un recurso de casación federal, como se señalará más adelante (ver *infra* párrafo 90-91).

III. UNA OJEADA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA

15. En este apartado pretendemos elaborar una visión del derecho de amparo en Latinoamérica y su adopción por el ordenamiento constitucional español de 1931 y 1978, con el objeto de poder situar al amparo mexicano en este esquema general, y posteriormente abordarlo de acuerdo con los criterios elaborados por el ilustre profesor Brewer-Carías.

16. En primer término cabe destacar que el amparo mexicano en sus lineamientos originales fue el paradigma de numerosos ordenamientos latinoamericanos, en los cuales, aun cuando con matices y modalidades, tiene el significado original de instrumento procesal sencillo y rápido para proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente, el cual incluyó también en sus orígenes la tutela de la libertad e integridad personales, que en varios ordenamientos de la Región corresponden al *hábeas corpus*.

17. De acuerdo con este modelo histórico, desde fines del siglo XIX se introdujo en el derecho de amparo en algunos ordenamientos latinoamericanos. Así, se puede constatar que el primer país que introdujo el amparo *con posterioridad* a su consagración en la Constitución Federal mexicana de 1857, fue El Salvador en su Carta Fundamental de 13 de agosto de 1836, y lo siguieron Honduras y Nicaragua en sus Constituciones y Leyes de Amparo, expedidas en los dos países en el año de 1894; Guatemala en la reforma constitucional de 11 de marzo y Argentina en la Carta de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto, ambas de 1921; posteriormente se extendió a otros ordenamientos constitucionales, hasta llegar a la situación actual que se describe en el párrafo siguiente[6].

18. Considerado el derecho de amparo en sentido estricto de acuerdo con el pensamiento del profesor Brewer-Carías, y además con la misma denominación de acción, recurso, proceso o juicio de amparo, la institución ha sido establecida en las siguientes constituciones latinoamericanas, citadas por orden alfabético: *Argentina* (1853-1860, texto reformado en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos, y consagrado también en varias constituciones provinciales; *Bolivia* (1967), artículo 19; *Costa Rica* (1949, reformada en 1989), artículo 48; *Ecuador* (1978, texto revisado en 1998), artículo 95; *El Salvador* (1983), artículo 247; *Guatemala* (1985), artículo 265; *Honduras* (1982), artículo 183; *México* (1917), artículos 103 y 107; *Nicaragua* (1987), artículo 188; *Panamá* (1972-1983), artículo 50; *Paraguay* (1992), artículo 128; *Perú* (1993), artículo 200.2; *Uruguay* (1966), implícitamente artículos 7º y 72; y *Venezuela* (1999), artículo 27[7].

19. Además debe tomarse en consideración que el derecho de amparo fue consagrado, por influencia del modelo mexicano, en la *Constitución Republicana española de 9 de diciembre de 1931* (artículos 105 y 121, inciso b)[8], y restablecido en la *Constitución de 1978*, sometida a referéndum el 29 de diciembre de ese año (artículos 53.2, 161.1 y 162)[9]. Por influencia del derecho español, el amparo fue establecido con el nombre de *recurso de amparo*, en el *Territorio de Macau*, antigua colonia portuguesa que recientemente fue incorporado a la República Popular de China, pero con un estatuto de autonomía, en el artículo 17 de la Ley número 112, de 29 de agosto de 1991, que establece las bases de la organización judicial, y también en el artículo 19 de la Constitución de

6. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho Iberoamericano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de México*, nº 52, enero-abril de 1965, pp. 119.132, reproducido en la *Rivista di diritto agrario*, Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-518, e incorporado posteriormente al libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, UDUAL-Miguel Angel Porrúa, México 1988, pp. 131-154.

7. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho de amparo mexicano y su proyección en los ordenamientos latinoamericanos. Instituciones similares y equivalentes", en *Estudios de derecho y ciencias sociales, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo*. Morelia, México, 2002, pp. 7-38.

8. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho de amparo en México y en España, su influencia recíproca", publicado primeramente en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 283-309, y reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, México 1999, pp. 285-328; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales" en la obra del mismo autor *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional, Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 1944, pp. 524-526; GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo en el derecho español*, Editora Nacional, Madrid 1980, pp. 51-56; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y en España. Estudio de derecho comparado*, Porrúa, México 2000, pp. 19-42.

9. La bibliografía es muy amplia, por lo que citaremos sólo algunas obras específicas: CASCAJO CASTRO, José Luis y GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*, primera reimpresión de la primera edición, Tecnos, Madrid 1985; GIMENO SENDRA Vicente y GARBERI LLOBREGAT, José, *Los procesos de amparo (Ordinario, constitucional e internacional)*, Editorial Colex, Madrid 1994.

1992 del *Archipiélago de Cabo Verde*, también colonia portuguesa, pero actualmente país independiente[10].

20. Además del derecho de amparo en sentido estricto y con este nombre, se han establecido instrumentos similares, es decir que también tienen como objeto la protección de los derechos humanos establecidos en las Cartas Fundamentales latinoamericanas, con excepción de la libertad e integridad personales que están tuteladas por el *hábeas corpus*. Dichos mecanismos procesales no utilizan la misma denominación, pero sí nombres que pueden considerarse como sinónimos[11].

21. El primero en aparecer de dichos instrumentos equivalentes al amparo es el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano, por su semejanzas con el primero, como *mandamiento de amparo*), creado en la Constitución federal brasileña de 1934, que hoy día se encuentra regulado por el actual artículo 5, parágrafo LXIX, de la vigente Carta federal de 5 de octubre de l988. Este mecanismo procede esencialmente contra los actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas, y en general contra actos administrativos de cualquier autoridad que afecten los derechos de los gobernados. Sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente en contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que únicamente pueden impugnarse los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos[12].

22. B) El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el Acta Institucional número 3, expedida por el gobierno militar chileno y publicada el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 2 de abril de 1977. Este mismo instrumento fue incorporado al artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980. De acuerdo con dichos ordenamientos, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos estimados como fundamentales, consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades públicas, con excepción de la libertad personal tutelada por el *hábeas corpus* (que también se conoce como recurso de amparo), este último consagrado en el artículo 21 de la mencionada Carta Fundamental.

23. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con una denominación similar y que únicamente se le llamó recurso de protección, debido a que se había utilizado con anterioridad el nombre de amparo como equivalente al *hábeas corpus*[13]. En la actualidad prevalece esta última denominación con respecto del procedi-

---

10. *Cf.*, CARDINALE, Paulo, "O amparo de direitos fundamentais o direito comparado e no ordenamiento jurídico de Macau", en *Revista Jurídica de Macau* (bilingüe portugués-chino), pp. 51-92.

11. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Amparo y tutela", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1996*, México 1997, pp. 61-92, reproducido en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, y *cit. supra* nota 7, pp. 695-726.

12. La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos sólo algunos estudios recientes: SIDOU, José Oton, *Habeas corpus, mandado se segurança, mandado de injunçâo, habeas data, acción popular. As garantías ativas dos direitos coletivos*, 5ª ed., Forense, Río de Janeiro 1998; FLAKS, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos de impetraçâo*, Forense, Río de Janeiro 1980; BARBI, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 3ª ed., Forense, Río de Janeiro 1980; DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 9ª ed., 3ª reimpresión, Sao Paulo, Mlaheiros 1993, pp. 390-391.

13. El constitucionalista chileno ESTÉVEZ GASMURI, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1949, pp. 143-144, se refiere a la institución anterior calificándola de *amparo* o de *hábeas corpus*. Utiliza las mismas denominaciones CAFFARENA DE GILES, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago 1957, pp. 152 y 187; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994, Tomo I, pp. 330-337.

miento consagrado en los artículos 16 de la Carta anterior de 1925 y 21 de la vigente de 1980, como sinónimo de *hábeas corpus*. Con la restauración del orden constitucional democrático, en virtud del plebiscito de 30 de julio de 1989, el recurso de protección inició un desarrollo sobre bases más firmes[14].

24. C) La llamada *acción de tutela* establecida por la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, por lo que se propuso la denominación de *derecho de amparo* en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente[15]. De acuerdo con el artículo 86 de la citada Carta Fundamental, este instrumento puede hacerse valer:

> (...) por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedimiento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción o por la omisión de cualquier autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando aquélla se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable. La protección debe consistir en una orden para aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero en todo caso dicho juzgador debe remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión[16].

25. En el derecho latinoamericano, a partir de la entrada en vigor de la Constitución brasileña de octubre de 1988, se introdujeron varios instrumentos protectores de ciertos derechos humanos de carácter específico, mecanismos que pueden considerarse comprendidos dentro de un concepto amplio del derecho de amparo, de acuerdo con las ideas del profesor Brewer-Carías (ver *supra* párrafo 9).

26. A) El primero de ellos fue el *mandado de segurança colectivo* consagrado actualmente por el artículo 5º, parágrafo LXX, de la citada Carta Federal brasileña y que constituye la ampliación de la misma institución en su ámbito individual que, como hemos señalado anteriormente, sólo puede interponerse por los particulares afectados por la violación de sus derechos fundamentales (ver *supra* párrafo 21). El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y sencillo que caracteriza al mandamiento de amparo individual, ya que ahora puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, por organizaciones sindicales, por entidades gremiales o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados[17].

27. B) Con toda razón la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución como de otras establecidas por vez primera en la Carta brasileña, aun cuando no se expida de inmediato ley reglamentaria, deben aplicarse directamente las normas funda-

---

14. *Cf.*, SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989; LIRA HERRERA, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile 1990; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, *cit.*, en la nota anterior, Tomo I, pp. 337-346.

15. *Cf.*, *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Presidencia de la República, Bogotá, febrero de 1991, p. 203, que se refiere al "Derecho de amparo".

16. *Cf.*, entre otros, ARENAS SALAZAR, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá 1992.

17. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica", en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Santa Fe de Bogotá 1998, pp. 805-858, reimpreso en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999, pp. 413-434.

mentales. Concretamente en el caso brasileño para facilitar esta aplicación, poco tiempo después de publicada la Ley Suprema, el Tribunal Federal de Recursos (en la actualidad Tribunal Superior de Justicia), expidió el Auto (acordado), número 1245 de 13 de diciembre de 1988, que establece las directrices del procedimiento tanto del *hábeas data* como del *mandado de injunçâo*, y les otorgan preferencia sobre los actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del *hábeas corpus*[18].

28. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el *hábeas data* ha tenido, con esa denominación, una amplia repercusión en los ordenamientos constitucionales posteriores a la Carta brasileña de 1988 que creó esta institución. En este sentido fue consagrada en las Constituciones de Paraguay de 1992, de Perú de 1993, en la reforma constitucional argentina de 1994, así como en los textos de la Ley Fundamental de Ecuador revisado en 1998 y de la Constitución de Venezuela de 1999.

29. a) El artículo 135 de la *Carta Fundamental de Paraguay* de junio de 1992, establece al respecto:

> *Del hábeas data.* Toda persona puede acceder a la información y los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fueren erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos.

30. b) El artículo 200, inciso 3, de la *Constitución Peruana de 1993,* inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la *acción de hábeas data* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5), 6) y 7) de la Constitución. Sin embargo, mediante la ley 26,470 del 12 de junio de 1995, se suprimió de la protección del *hábeas data*, lo dispuesto por el citado inciso 7 del artículo 2º, de la Carta, por lo que los preceptos fundamentales que quedan comprendidos en la tutela de esta institución jurídica, disponen en la parte conducente que:

> *Artículo 2º*. Toda persona tiene derecho (...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...) 6) A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

31. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano, Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad y además, la protección del honor, de la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar[19]. Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar, que el mismo Congreso Constituyente expidió el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para

18. *Cf.*, SIDOU, Othon, J.M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injunçâo y hábeas data", trad. de Héctor FIX-ZAMUDIO, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 70, enero-abril de 1991, pp. 179-186; DA SILVA, José Afonso, "Mandado de injunçâo e hábeas data", *Revista dos Tribunais*, São Paulo 1989, pp. 53-69.

19. *Cf.*, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Fondo Editorial de la Universidad Atenor Orrego de Trujillo, Trujillo, Perú 1998, p. 193.

establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarlo. Así, en su artículo 3º, dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus[20].

32. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño fue la Carta Federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al efecto establece el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional:

> *Hábeas data.* Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

33. La doctrina considera que dicho instrumento tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al desarrollo vertiginoso de la informática. Aun cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (se han presentado varias iniciativas al Congreso Nacional), en tanto esto no ocurra se sostiene que después de hacerse las gestiones previas para solicitar la información o las rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria, puede acudirse a la acción de amparo[21].

34. d) En la *Constitución ecuatoriana*, de acuerdo con su texto codificado en 1998, Título III, Capítulo VI, *De las garantías de los derechos*, Sección II, *Del Hábeas Data*, artículo 94, se establece:

> Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional[22].

35. C) El tercer instrumento novedoso introducido por la Constitución brasileña de octubre de 1988, recibe el nombre equívoco de *mandado de injunçâo*. Tal denominación tiene similitud aparente con el *writ of injunction* angloamericano, el cual posee un significado diverso e inclusive contrario, pues en tanto que este último constituye un mandato judicial prohibitivo, ya sea provisional o definitivo, la institución brasileña regulada por el artículo 5º, fracción LXXI constitucional, procede cuando la ausencia de una norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para lograr que se supere la omisión en

---

20. *Cf.,* ORTECHO VILLENA, Víctor Julio, *op. ult. cit.,* pp. 191-206; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito, *Derecho procesal constitucional*, Grijley, Lima 1997, pp. 151-165; ABAD YUPANQUI, Samuel B., "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales", en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, I,* Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, pp. 265-272.

21. *Cf.,* EKMEKDJIAN, Miguel Angel y PIZZOLO, Cologero, hijo, *Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*; Depalma, Buenos Aires 1996, pp. 95-115; SAGÜÉS, Nestor Pedro, *Derecho procesal constitucional, 3, Acción de amparo*, 4ª ed., Editorial Astrea, 1995, Capítulo XXVII, "Amparo y hábeas data en la reforma constitucional de 1994", pp. 663-687; SEISDEDOS, Felipe, "Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus en la reforma de 1994, en la obra *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ediciones Depalma, Tomo I, Mendoza 1995, pp. 445-448.

22. *Cf.,* SALGADO PESANTES, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", en la obra editada por GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Dykinson, Madrid 1997, pp. 586-587.

que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias[23].

36. D) Finalmente, hacemos una breve mención de la llamada *acción de cumplimiento*, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200.6 de la Constitución peruana de 1993, de la siguiente manera: "La acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley". Este instrumento procesal fue reglamentado, conjuntamente con la acción de *hábeas data*, por la ley 26, 301, promulgada el 2 de mayo de 1994 y expedida por el mismo Congreso Constituyente con la denominación de Ley de Hábeas Data y de Acción de Cumplimiento, y como se ha mencionado tiene aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus. (ver *supra* párrafo 30). Esta institución tiene cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano, que significa la petición de una orden judicial para obligar a una autoridad remisa a que cumpla con una obligación legal[24].

37. E) Las *acciones populares* como instrumentos de garantía constitucional han asumido diversos significados en el derecho Latinoamericano. En una visión panorámica y de resumen podemos señalar varias categorías: a) como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad; b) como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o la ilegalidad contra reglamentos, normas y disposiciones generales de carácter administrativo; y c) como instancia para tutelar derechos o intereses difusos o trascendentales, y en general, de carácter colectivo. Es en esta última dirección que las acciones populares tienen similitud con el derecho de amparo en sentido amplio, por lo que sólo nos referiremos a este sector y no a los otros que hemos señalado.

38. El citado tercer sector de las acciones populares de carácter constitucional se integra con las consagradas en los ordenamientos constitucionales de Brasil y Colombia, las que están dirigidas a la protección de los llamados intereses difusos o trascendentales, que asumen cada vez mayor importancia en esta época de intenso desarrollo tecnológico y económico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, cuyos derechos no pueden ser tutelados de manera eficaz por medio de los instrumentos procesales tradicionales[25].

39. a) Los primeros ordenamientos que establecieron la *acción popular* con ese significado, lo fueron las *Constituciones Federales brasileñas* de 1946 y 1967, misma que fue regulada por la Ley 4717 de 29 de junio de 1965, que amplió la esfera de las normas constitucionales para comprender la tutela de los intereses difusos de sectores sociales indeterminados y no organizados. Dicha acción popular está regulada actualmente por el artículo 5º, fracción LXXIII, de la Carta federal vigente de 1988, de la siguiente manera:

---

23. *Cf.*, SIDOU, Othon, J.M., *Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandado de Injunçâo y Hábeas Data*, y DA SILVA, José Afonso, *Mandado de injunçâo y hábeas data*, ambos estudios citados *supra* nota 17, pp. 169-179, y 9-52, respectivamente.

24 *Cf.*, ALLEN, Richard B., "Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat", en *The University of Illinois Law Forum*, primavera de 1960, pp. 102 y ss.; LAWSON, F.H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra 1972, pp. 205-210.

25. La bibliografía sobre los intereses difusos es muy amplia, por lo que nos limitamos a citar dos obras recientes; LOZANO-HIGUERO y PINTO, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid 1983; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, UNAM, México 1997.

> Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en el que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando las costas a cargo del actor, salvo las de carácter procesal, al vencido[26].

40. La *Constitución colombiana* de 1991 regula la acción popular constitucional de manera más amplia en su artículo 88, según el cual:

> La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares[27].

41. b) Aun cuando no corresponda a este sector de las acciones colectivas, el artículo 43 de la Constitución argentina reformada en agosto de 1994, recogió esa evolución sobre la tutela de los intereses difusos, pero en lugar de encomendarla a una acción específica, comprendió dicha acción expresamente en la acción de amparo, ya que el segundo párrafo de dicho precepto, dispuso:

> (...) Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

42. Si bien no se legitima a cualquier persona por medio de una acción popular, se extiende de manera considerable dicho precepto para facultar al *Ombudsman* así como a las asociaciones que tienen por objeto la defensa de dichos derechos colectivos, para interponer la acción de amparo. Debido a lo anterior, la doctrina considera que estas reformas constitucionales, al lado del derecho de amparo clásico, han creado un *amparo colectivo*[28].

43. Toda esta variedad de instrumentos protectores de los derechos humanos que pueden comprenderse dentro del concepto elaborado por el destacado jurista venezolano Brewer-Carías como derecho de amparo en sentido amplio (ver *supra* nota 4), se ha desarrollado de manera impresionante en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos debido a la trágica experiencia de las dictaduras y gobiernos autoritarios de carácter militar que ha padecido nuestra Región durante varias décadas y si bien esta etapa trágica se ha superado de manera paulatina con el establecimiento de gobiernos tendencialmente democráticos, no se han podido desterrar por completo las infracciones a los derechos humanos de un sector importante de sus habitantes. Sin embargo, podemos destacar que ha sido significativa la labor protectora tanto de los organismos jurisdiccionales ordinarios, como de manera especial, de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que se han establecido en varios ordenamientos latinoamerica-

---

26. *Cf.*, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en la obra *Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Tomo II, La Plata, Argentina 1981, pp. 1240-1288; NEVES, Celso, "Legitimaçâo processual e a nova Constituçâo", en *Revista de Processo*, nº 56, octubre-diciembre de 1989, pp. 1-40; DA SILVA, José Afonso, *Curso di direito constitucional positivo, cit.*, *supra* nota 11, pp. 400-408.

27. *Cf.*, SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, 10ª., ed., Temis, Santa Fe de Bogotá 1992, pp. 213-222.

28. *Cf.*, GOZAÍNI Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires 1998, pp. 86-100: *Id. Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2002, pp. 254-256; NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Bueno Aires 1995, pp. 66-69.

nos, ya que una de sus atribuciones más importantes ha sido la de última instancia tutelar de los derechos fundamentales[29].

IV. EL DERECHO DE AMPARO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

44. El paradigma original del derecho de amparo mexicano, como instrumento sencillo y breve para tutelar los derechos fundamentales de la persona humana, fue promovido por los diplomáticos de nuestro país en las reuniones internacionales en las cuales se aprobaron varias declaraciones y tratados de derechos humanos, pero con exclusión de la protección de la libertad e integridad personales, que se confirió al *hábeas corpus*, consagrado en dichos documentos de carácter internacional.

45. La doctrina ha puesto de relieve la influencia del amparo mexicano en dichos instrumentos internacionales en los cuales se ha consagrado el establecimiento de un *recurso efectivo, sencillo y breve*, ante los tribunales y organismos internos, como requisito previo para acudir a las instancias supranacionales, para el cual se conservó el nombre de *amparo* en las versiones oficiales en castellano de los propios instrumentos[30].

46. A) En esta dirección pueden enorgullecerse los juristas mexicanos, al haber aportado sus esfuerzos para la consagración de los artículos XVIII,[31] y 8º,[32] respectivamente, de las *Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre*, suscritas en las ciudades de Bogotá y en París, en mayo y diciembre de 1948, en las cuales se establece el reconocimiento de un juicio *sencillo y breve* que *ampare* (como lo consignan los textos oficiales en castellano), el cual pueden interponer los particulares afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos nacionales.

47. B) El artículo 2, inciso segundo, del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de enero de 1978, establece en lo conducente:

> 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, admi-

29. *Cf.*, al respecto FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP, México 2002.

30. *Cf.*, entre otros, MARTENS, Pierre, *Le droit de recours effectif devant las instancies nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Université de Bruxelles, Bruxelles 1973, pp. 2-23, 3-46.

31. El citado precepto dispone: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asímismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que viole en su perjuicio, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente". *Cf.*, FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en el volumen *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1948, pp. 149-166.

32. Dicha norma establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". *Cf.*, TENA RAMÍREZ, Felipe, "El aspecto mundial del amparo. Su experiencia internacional", en la obra *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente*, Jus, México 1955, pp. 120-152; *Id.* "El amparo mexicano medio de protección de los derechos humanos", en el volumen *El amparo mexicano y los derechos humanos (Dos ensayos)*, Suprema Corte de Justicia, México 1975, pp. 61-75.

nistrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

48. C) El artículo 25 de *la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y vigente a partir del 18 de julio de 1978, con el epígrafe de *Protección Judicial* tiene una redacción similar a la del Pacto de las Naciones Unidas mencionado en el párrafo anterior, pero utiliza expresamente el vocablo *amparo* en su versión oficial en castellano:

> Toda persona tiene derecho a *un recurso sencillo, rápido o a cualquier recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la *presente Convención* (es decir que la tutela se extiende también a los derechos consagrados en dicho instrumento internacional), aun cuando su violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.- 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

49. D) Aun cuando no existe una influencia directa del amparo mexicano y latinoamericano, el artículo 13 de la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor el 3 de septiembre de 1953, dispone que: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la presente Convención hubiesen sido violados, tienen derecho a que se conceda un *recurso efectivo* ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus facultades oficiales[33].

50. Si bien no puede afirmarse que los *recursos constitucionales* que se han establecido con el nombre genérico de *Beschwerde* (literalmente, queja), en los ordenamientos de la República Federal de Alemania, de Austria y de Suiza, se hubiesen apoyado en el cumplimiento del citado artículo 13 de la Convención de Roma, debe destacarse que estos instrumentos realizan una función tutelar de los derechos fundamentales similar a la del amparo latinoamericano e iberoamericano[34].

51. No pretendemos hacer un análisis de dichos instrumentos tutelares de los derechos humanos, que se interponen en última instancia ante el Tribunal Federal Constitucional alemán, la Corte Constitucional austríaca o el Tribunal Federal de Suiza, pero sí podemos destacar que el que tiene mayor aproximación con el recurso de amparo latinoamericano y el español, es la *Verfassungsbeschwerde* alemana (literalmente, queja o recurso constitucional)[35], y por ese motivo los juristas españoles traducen al castellano dicho vocablo como *recurso de amparo*[36].

---

33. Se ha destacado la responsabilidad de los gobiernos que han suscrito la mencionada Convención europea cuando los ordenamientos respectivos no regulen adecuadamente esa instancia procesal interna. *Cf.,* MARTENS, Pierre, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l´homme, cit., supra* nota 29, pp. 47-98.

34. *Cf.,* SCHULER, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutischland und Österreich* (El recurso constitucional en Suiza, la República Federal de Alemania y de Austria), Zürich 1968.

35. *Cf.,* FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y recurso constitucional federal alemán (Breves reflexiones comparativas)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 71, mayo-agosto de 1993, pp. 461-468, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit., supra* nota 7, pp. 667-694.

36. Como ejemplo podemos citar a HELMUT, Simon, "La jurisdicción constitucional. Recursos de amparo de los ciudadanos", en la obra colectiva de BENDA, Ernesto y otros, *Manual de derecho constitucional*, trad. castella-

V. EL AMPARO MEXICANO COMO PARADIGMA ORIGINAL Y SU EVOLUCIÓN

52. Para comprender la institución mexicana es necesario explicar muy brevemente las influencias externas que motivaron su creación, esta última en varias etapas, hasta su consagración en la Carta Federal de 5 de febrero de 1857, en la cual se configuró el modelo original de instrumento procesal sencillo y breve para la tutela de los derechos fundamentales (entonces exclusivamente de carácter individual), que a partir de entonces experimentó un desarrollo gradual pero sustancial, hasta llegar a su regulación actual, en la cual sus fines de protección se han extendido por conducto del llamado control de legalidad, a la tutela, en última instancia, de todo el ordenamiento jurídico nacional[37].

53. El juicio de amparo mexicano fue el resultado de una lenta y dolorosa evolución en que se combinaron elementos externos y factores nacionales[38]. La influencia externa puede dividirse en tres grandes corrientes: norteamericana, española y francesa.

54. A) La más ostensible es la que proviene del *derecho público de los Estados Unidos*, como ocurrió también en la mayoría de los países latinoamericanos en los primeros años de su independencia de España y de Portugal,[39] ya que los creadores del amparo mexicano pretendieron introducir los principios esenciales de la revisión judicial de las leyes de los Estados Unidos, pero entendiéndola en la forma en que la había divulgado la obra clásica de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*[40]. La traducción castellana de dicha obra por D.A. Sánchez de Bustamante aparecida en París en 1836, se conoció en México al año siguiente y además se hizo una reimpresión de la misma en nuestro país en 1855, año de convocatoria para la elección de los miembros del Congreso Constituyente del cual emanó la Carta federal de 1857, que consagró definitivamente el amparo[41]. También debe señalarse la influencia de la clásica institución angloamericana del *hábeas corpus*, que se incorporó al juicio de amparo mexicano pero sin el nombre tradicional con el cual se le conoce en los demás países latinoamericanos y actualmente en España[42]. Además, el modelo angloamericano tuvo gran ascendiente

---

na, Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 834-835; HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", trad. de RUIZ MIGUEL, Carlos, en la obra *Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit. supra* nota 4, pp. 227-282.

37. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en la obra del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit.*, *supra* nota 7, pp. 11-18; SOBERANES, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ Faustino José, *Apuntes para la Historia del juicio de amparo*, Porrúa, México 2002, pp. 273-299.

38. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", en el libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit. supra* nota anterior, pp. 425-466.

39. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina", en *Festschrift für Karl Loewenstein (Libro de homenaje a Karl Loewenstein)*, J.C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1971, pp. 485-508, reproducido en el libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, *cit. Supra nota 5*, pp. 131-154.

40. La primera edición en francés de esta obra fue publicada en París en 1835, mismo año en que apareció una traducción al inglés por REEVE, Henry, *Democracy in America*, Saunders and Oley, Londres. De esta última se han hecho múltiples reimpresiones en diferentes épocas, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.

41. *De la Democracia en América del Norte*, trad. de SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, D.A., 2 vols., Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1855.

42. *Cf.*, el clásico estudio de EDER, Phanor J., "Habeas corpus disemboided. Latin American Experience", en la obra *XXth Century Comparative and Conflicts Laws. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, *Leyden*, 1961, pp. 473 y ss.

en la adopción del régimen federal en México y en la organización de los tribunales federales, a los cuales se encomendó el conocimiento del juicio de amparo[43].

55. B) Aún cuando la *influencia española* fue menos evidente, tras tres siglos de dominación cultural y política en la Nueva España, el nombre del amparo tiene antecedentes castellanos y aragoneses[44]. También tuvo trascendencia el régimen centralista que predominó en la época colonial, que trajo como efecto la concentración de todos los asuntos judiciales del país en nuestra Suprema Corte de Justicia, por medio del juicio de amparo contra resoluciones judiciales, lo que debe considerarse como opuesto al régimen de doble jurisdicción del sistema federal norteamericano que nos sirvió de modelo[45].

56. C) Advertimos un *influjo del derecho francés*, en una triple dirección: en primer término, por conducto de las declaraciones de los derechos del hombre, calificados en nuestras constituciones como *garantías individuales*,[46] que en principio se estimaron como el contenido esencial de la protección por medio del juicio de amparo;[47] en segundo lugar, en cuanto se pretendió implantar una copia del Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII (1799);[48] y en una tercera dirección, que estimamos como la más trascendente, es la influencia de varios elementos de la casación francesa en el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, que por ello se le ha calificado como *amparo-casación*[49].

57. Por lo que se refiere a los factores de carácter nacional, los juristas y los políticos mexicanos propusieron de manera paulatina una serie de instrumentos derivados de los modelos externos, que en un principio se apoyaron en organismos políticos como el Congreso Federal y el Senado Conservador, pero que se orientaron hacia procedimien-

---

43. En efecto, la primera Carta Fundamental de la época independiente expedida el 4 de octubre de 1824 recibió el nombre de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que conserva nuestra Ley Suprema vigente, y el artículo 123 de la primera estableció: "El poder judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito y en los de distrito", lo que recibió la influencia directa de la organización judicial federal de los Estados Unidos, y que en esencia todavía subsiste en México.

44. Mucho se ha escrito sobre los antecedentes hispánicos sobre el juicio de amparo mexicano, pero nos limitamos a señalar como el más importante, el del derecho de Castilla, que se aplicaron directamente a las colonias españolas en América, como lo expuso LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, Fondo de Cultura Económico, México 1972. De manera indirecta también se invocaron los procesos forales aragoneses, como lo señaló el jurista e historiador español FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México 1971; SOBERANES, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino José, *Apuntes para la Historia del Juicio de Amparo*, *cit supra* nota 36, pp. 75-122.

45. *Cf.*, NORIEGA CANTÚ, Alfonso, "El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo", en Jus, México, septiembre de 1942, pp. 151-172*; Id. Lecciones de Amparo*, 5ª ed., revisada por SOBERANES, José Luis, Tomo I, Porrúa, México 1997, pp. 59-86.

46. *Cf.*, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 18ª ed., Porrúa, México 1984, pp. 154-200.

47. La Constitución Federal de 1857, estableció en la fracción I, de su artículo 101, que el juicio procederá únicamente contra la violación de las garantías individuales por leyes o actos de cualquier autoridad, y una redacción similar se contiene en la fracción I, del artículo 103, de la Carta Federal vigente de 1917, no obstante que en ella se elevaron a rango fundamental los derechos económicos, sociales y culturales, que desde entonces también se tutelan por el derecho de amparo.

48. La bibliografía es amplia, por lo que citamos algunos autores, NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, Tomo I, México 1972, pp. 207-248; MORENO, Daniel, "El Supremo Poder Conservador", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº. 69-70, enero-junio de 1968, pp. 255-296, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano", en la obra *Bicentenario de la Revolución francesa*, UNAM, México 1991, pp. 60-64.

49. Esta última influencia ha sido reconocida ampliamente por la doctrina mexicana, especialmente por el jurista VEGA, Fernando, en su artículo "El juicio de amparo y el recurso de casación francés", que apareció originalmente en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México 1989, pp. 69-86, reimpreso en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, julio-septiembre de 1946, pp. 221-238.

tos de carácter judicial, de acuerdo con el modelo generalizado en Latinoamérica de la revisión judicial norteamericana,[50] y según con esta tendencia, el amparo mexicano se creó de manera paulatina en *tres etapas sucesivas*, por conducto de las cuales se perfiló y evolucionó la institución.

58. A) En primer término, el amparo surgió, inclusive con ese nombre, en la *Constitución del Estado de Yucatán de 11 de marzo de 1841*, según el proyecto elaborado en el mes de diciembre de 1840 por Manuel Crescencio García Rejón estimado, con toda razón, como uno de los creadores de la máxima institución procesal mexicana. El motivo por el cual el amparo mexicano fue introducido en el ordenamiento de una entidad federativa, se debe a que en esa época se libraba una lucha encarnizada entre los partidarios del restablecimiento del sistema federal, que eran los miembros de la corriente liberal, y los conservadores que sostenían el régimen unitario consagrado en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, entonces en vigor, ya que en esos momentos dominaba en el estado de Yucatán un gobierno local partidario de la unión federal[51].

59. B) En el ámbito nacional, el amparo fue establecido en el documento denominado *Acta Constitutiva y de Reformas* expedido el 18 de mayo de 1847, que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia fue restablecida. Este documento se inspiró de manera indiscutible en el proyecto redactado por el distinguido jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, si se toma en cuenta que el artículo 25 de dicho ordenamiento introdujo la redacción calificada como *fórmula Otero*, que todavía subiste,[52] de acuerdo con la cual la sentencia que otorgue el amparo no debe contener declaraciones generales, de manera que cuando se combate la constitucionalidad de una ley, dicha tutela se traduce en la desaplicación de las disposiciones impugnadas, exclusivamente en beneficio de la parte reclamante[53].

60. El texto del citado artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, establecía lo siguiente:

---

50. *Cf.*, EDER, Phanor E., "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, 1960, pp. 571 y ss.

51. *Cf.*, el volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México 1960. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", en *Edición Conmemorativa. Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, México 1991, pp. 488-501.

52. En efecto, la parte relativa de la fracción II, del artículo 107 constitucional en vigor, dispone: "La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, *sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare*".

53. La bibliografía de la obra de OTERO es muy amplia, por lo que nos limitamos a las obras más conocidas. Entre los estudios principales se encuentra el "Estudio Preliminar, redactado por REYES HEROLES, Jesús, a la obra por él recopilada, *Otero. Obras*, Porrúa, México, pp. 74-82 y 349-383, respectivamente; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, *Temas de Derecho Público* nº 43, Santa Fé de Bogotá 1997, pp. 46-60, estudio reproducido en el libro compilado por GALEANA, Patricia, *México y sus Constituciones*, Archivo General de la Nación-Fondo de Cultura Económica, México 1999, pp. 229-240; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, "La impronta de don Mariano Otero en el Acta de Reformas de 1847", en el volumen *La actualidad de la defensa de la Constitución. Memoria del Coloquio Internacional en la celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847 origen federal del juicio de amparo mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, México 1997, pp. 309-341; OÑATE, Santiago, "El Acta de Reformas de 1847", en la obra *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 3ª ed., Cámara de Diputados-Miguel Angel Porrúa, Tomo III, México 1985, pp. 142-150; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, (Estudio introductorio y compilación). *La reforma del Estado Federal. Acta de Reformas de 1847*, UNAM, México 1998.

> Los tribunales de la federación *ampararán* a cualquier habitante de la República *en el ejercicio y conservación de los derechos que le concede esta Constitución y las leyes constitucionales*, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, *limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.*

61. C) Apoyándose en los antecedentes mencionados, los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857, entre los cuales sobresalieron en esta materia Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán, establecieron en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 los lineamientos fundamentales del juicio de amparo en su concepción original, algunos de los cuales han llegado hasta nuestros días. Ésta debe considerarse como la etapa final en el nacimiento de la institución y el punto de partida de su desarrollo posterior hasta alcanzar el alto grado de complejidad con el cual se le conoce actualmente[54].

62. Es preciso destacar que en esta tres etapas de formación del juicio de amparo mexicano, tanto Manuel Crescencio García Rejón como Mariano Otero y los Constituyentes de 1856-1857, señalaron expresamente, ya sea por escrito o en los debates respectivos, que la institución que pretendían establecer estaba inspirada en la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes de los Estados Unidos, tal como la había divulgado Alexis de Tocqueville en su clásica obra *La Democracia en América del Norte*[55].

63. A partir de la Constitución de 1857 advertimos un notable desarrollo del juicio de amparo, que no obstante haber nacido exclusivamente como un instrumento procesal para la tutela de las llamadas *garantías individuales* o derechos individuales clásicos, amplió su ámbito protector de manera paulatina. Para explicar brevemente esta evolución es preciso señalar las siguientes etapas:

64. a) El amparo se perfeccionó en los diversos ordenamientos reglamentarios que se expidieron con apoyo en los citados artículos 101 y 102 constitucionales, como lo fueron las Leyes de Amparo de 1861, 1869 y 1882, y en los preceptos reglamentarios que se incorporaron posteriormente a los Códigos de Procedimientos Civiles Federales de 1897 y 1908[56], ordenamientos que recogieron las enseñanzas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la que transformó este medio de impugnación de un instrumento sin contornos precisos, en un verdadero proceso contra las autoridades infractoras; ello, para proteger entonces de manera predominante, la vida y la libertad de los gobernados, ya que con frecuencia se utilizó para arrancar de los pelotones de fusilamiento a los condenados a muerte por delitos políticos, o bien evitó, así sea con limita-

---

54. *Cf.*, ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México 1956, pp. 988-989.

55. Conviene transcribir el texto de los citados artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857, para comprender mejor el punto de partida de la evolución el derecho de amparo mexicano: "Artículo 101. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales;- II. Por leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, -II. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.- Artículo 102. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán a petición de parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, *sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la* motivare".

56. *Cf.*, el documentado estudio de SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Evolución de la Ley de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, México 1994, en el cual se hace el cotejo, artículo por artículo de la actual Ley de Amparo, con los ordenamientos anteriores de la materia.

ciones, el servicio forzado de las armas o las detenciones indebidas, lo que otorgó a la institución el prestigio popular que conserva actualmente[57].

65. De acuerdo con las citadas leyes reglamentarias y las disposiciones relativas de los códigos mencionados, a partir de 1869 el juicio de amparo se tramitaba por medio de un procedimiento de doble instancia, la primera, ante los jueces de distrito, la segunda, de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, con independencia de los actos que se reclamaran y de las partes que intervinieran.

66. b) Pero la transformación más importante fue la introducción del juicio de amparo contra sentencias judiciales por incorrecta aplicación de la ley secundaria. Esto ocurrió debido a una serie de causas de carácter social y político, que presionaron a la Suprema Corte para aceptar una interpretación sumamente discutible del artículo 14 de la citada Constitución Federal de 1857[58].

67. En efecto, debido a tres siglos de centralismo judicial en la época colonial española, que a su vez provocó la concentración de los abogados en las ciudades de México y de Guadalajara, en las cuales residían las únicas Audiencias (tribunales de apelación), con posterioridad a la independencia fue preciso integrar los tribunales superiores de las entidades federativas, creados por la Constitución Federal de 1824, con magistrados improvisados, con la consiguiente falta de confianza de los justiciables en dichos tribunales locales, los que también quedaron sujetos a la influencia política de las propias entidades federativas.

68. Debido a los factores anteriores, los abogados mexicanos acudieron a todos los medios, inclusive a la mencionada interpretación del artículo 14 constitucional, para sustraer los asuntos judiciales de manos de los tribunales locales, aún tratándose de la aplicación de las leyes de los Estados, para llevarlos a los tribunales federales por conducto del juicio de amparo, sin mediar una cuestión de inconstitucionalidad, sino exclusivamente la discusión sobre la legalidad de la aplicación de la ley respectiva por el juez de la causa, y debido a la revisión de oficio, todos los casos llegaban en última instancia ante la Suprema Corte de Justicia, la que concentró así todos los asuntos judiciales del país, con lo que se transformó en un tribunal federal de casación.

69. c) La Constitución vigente, promulgada el 5 de febrero de 1917, recogió la regulación anterior en sus artículos 103 (muy similar al 101 de la Carta Federal anterior de 1867), y 107, que estableció de manera minuciosa los lineamientos esenciales de la tramitación del juicio de amparo. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Constituyente de Querétaro de 1916-1917, después de acalorados debates, consagró expresamente en el artículo 14 de la Carta Federal vigente la procedencia del amparo contra sentencias judiciales por la violación de las leyes secundarias. Si se toma en cuenta, además, el principio de legalidad del artículo 16 constitucional,[59] la esfera del

57. Los orígenes, los debates y el desarrollo de las primeras leyes de amparo han sido analizadas por el jurista mexicano BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Primera Ley de Amparo de 1861* y *Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1869*, UNAM, ambas publicadas en México, 1980 y reimpresas en 1987, así como *Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1882*, UNAM, México 1993.

58. El citado artículo 14, disponía: "No se podrá expedir ley retroactiva. *Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley*". Dicho precepto, como se ha demostrado por la doctrina, sólo consagraba el derecho al debido proceso legal, pero se le interpretó indebidamente como si estableciera un derecho constitucional a la legalidad en los procesos judiciales. *Cf.*, RABASA, Emilio, *El juicio constitucional. El artículo 14*, Porrúa, México 1955, obra aparecida originalmente en 1906.

59. El citado artículo 14 constitucional dispone en su parte conducente: (...). En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por

amparo se ha extendido a tal grado, que a partir de entonces y salvo los casos limitados que la Constitución Federal y la ley reglamentaria señalan, en los cuales no procede la impugnación, el amparo protege todo el orden jurídico nacional, lo que explica la complejidad que asumido la institución en nuestros días[60].

VI. COMPLEJIDAD ACTUAL DEL AMPARO MEXICANO

70. De una manera muy esquemática podemos afirmar que en la actualidad el derecho de amparo mexicano comprende *cinco sectores*: A) el *hábeas corpus*; B) la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; C) el amparo contra resoluciones judiciales; D) el amparo contra actos y resoluciones de la administración pública federal y local; E) el amparo en materia social agraria.

71. A) El sector del amparo que puede asimilarse al *hábeas corpus* y que por ello puede calificarse como *amparo de la libertad e integridad personales*, que está regulado de manera autónoma en la mayoría de las legislaciones contemporáneas, o al menos, por medio de un procedimiento específico, en nuestro país se considera como una modalidad del amparo, pero con las características clásicas de la institución, ya que procede de contra actos u omisiones que afectan la libertad y la dignidad personales fuera de procedimiento judicial (o sea, respecto de detenciones realizadas por autoridades formalmente administrativas, policíacas o del ministerio público); puede interponerse por cualquier persona, inclusive un menor de edad, por escrito o de manera oral (y en casos urgentes ante los jueces locales, que deben iniciar el procedimiento en tanto se envía el expediente ante el juez federal competente, que conoce de la primera instancia), así como por telegrama y, en la actualidad, por otros medios electrónicos de comunicación; el juez debe hacer las gestiones necesarias para lograr la presencia del afectado y dictar las medidas precautorias eficaces para evitar daños graves o irreparables; el procedimiento es teóricamente muy breve y sin formalismos; no existe plazo preclusivo para presentar la demanda, etcétera (artículos 17; 22, fracción I; 23, segundo párrafo; 38, 39, 40, 117 y 119 de la Ley de Amparo).

72. B) Un segundo sector ha sido calificado *amparo contra leyes*, y se traduce en el procedimiento para combatir las disposiciones legislativas por medio del amparo. Existen dos modalidades: a) la que podemos calificar de *acción de inconstitucionalidad* (de

una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.- En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho". La llamada garantía de legalidad se consagra en la parte relativa del artículo 16 de la Carta Federal, que ordena: "(...) Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". *Cf.*, OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Oxford University Press, México 2002, pp. 271-300.

60. En efecto, el juicio de amparo mexicano tutela todo el orden jurídico nacional, con excepción de algunas hipótesis, ya que la Carta Federal y la Ley de Amparo establecen escasas limitaciones a la procedencia del propio juicio de amparo. Entre las restricciones podemos mencionar la expulsión de extranjeros indeseables sin previo juicio por parte del Ejecutivo Federal (artículo 33 constitucional), que ha sido objeto de críticas doctrinales; las resoluciones en materia electoral (artículo 73, fracciones VII y VIII, de la Ley de Amparo), que actualmente se pueden combatir ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (artículo 100 constitucional reformado en 1996) y sobre la procedibilidad del enjuiciamiento de los altos funcionarios y locales, por delitos comunes (artículo 11 constitucional), o sobre la responsabilidad política de los mismos funcionarios (artículo 111 de la misma Carta Federal). Sobre esta materia puede consultarse a BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 21ª ed., Porrúa, México 1984, pp. 451-499.

carácter concreto) que es la interpuesta por los particulares afectados con los actos de expedición y promulgación de las mencionadas normas generales (entendidas en sentido material, es decir, leyes, reglamentos y tratados internacionales, aprobados estos últimos por el Senado Federal). En esta modalidad del derecho de amparo deben señalarse como autoridades demandadas a las que hubiesen intervenido en el procedimiento legislativo, o sea el Congreso de la Unión, las legislaturas locales, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como el Presidente de la República, los Gobernadores de los Estados o el Jefe de Gobierno del propio Distrito Federal, y sólo a los últimos cuando se trata de la expedición de los reglamentos respectivos. La primera instancia se sigue ante los jueces federales de distrito y, el segundo grado, por medio del llamado recurso de revisión (en realidad, apelación), ante la Suprema Corte de Justicia (artículos 107, fracciones VII y VIIII, de la Constitución Federal; 83, fracción IV, 84, fracción I, incisos a) y c), de la Ley de Amparo, así como 10, fracciones II, inciso c) y III; 51, fracción I; 52, fracción III; 54, fracción II, y 55, fracción II, según la materia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de mayo de 1995).

73. b) El segundo aspecto del amparo contra leyes se puede denominar *recurso de inconstitucionalidad*, que se caracteriza por la *vía incidental o prejudicial*, es decir, por el planteamiento de la inconstitucionalidad de la ley aplicada en una resolución judicial impugnada en el juicio de amparo de una instancia (equivalente a un recurso de casación) ante los tribunales colegiados de circuito, los que deben decidir en el fallo la citada cuestión de inconstitucionalidad de manera incidental, y la sentencia respectiva puede combatirse, únicamente en este aspecto, por medio del recurso de revisión (apelación) ante la Suprema Corte de Justicia, la que únicamente debe resolver sobre la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si ésta se considera improcedente o infundada, el fondo sobre la ilegalidad de la aplicación, si también se invoca, corresponde al tribunal colegiado respectivo (artículos 107, fracciones V, VI y IX, de la Carta Federal; 83, fracción V; 84, fracción II; 93, 159-169 y 166, fracción IV, segundo párrafo de la Ley de Amparo, así como 10, fracción III, y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)[61].

74. Respecto de la acción concreta de inconstitucionalidad que hemos señalado anteriormente, es preciso mencionar que la sentencia estimativa dictada en esta materia por la Suprema Corte de Justicia se traduce exclusivamente en la *desaplicación* de las disposiciones normativas impugnadas en beneficio del promovente, sin hacer una declaración general, con apoyo en la tradición establecida desde 1847, por medio de la llamada *fórmula Otero* (ver *supra* párrafo 59), que subsiste en nuestra Constitución vigente y en la Ley de Amparo.

75. Este precepto ha sido objeto de un agudo debate doctrinal, en virtud de que en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos predominan los efectos *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por los tribunales constitucionales o supremos, aún cuando subsiste la desaplicación en cada caso concreto en las impugnaciones en vía incidental. Por ello, se ha propuesto que se introduzca la declaración general en los juicios de amparo en los cuales se reclame la inconstitucionalidad de normas

61. La bibliografía sobre el amparo contra leyes, además de las obras generales sobre el juicio de amparo, comprende un número amplio de estudios específicos. Sobre estos últimos citados la reciente obra de AGUILAR ÁLVAREZ y DE ALBA, Ernesto, *El amparo contra leyes*, México, Trillas 1989.

generales en la vía directa de acción[62]. Esta solución se ha propuesto en los proyectos elaborados por la Suprema Corte de Justicia de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo.

76. En efecto, en el proyecto de reforma constitucional aprobado por la Suprema Corte de Justicia en el mes de mayo del año 2001, se propone agregar un segundo párrafo a la fracción II, del artículo 107 de la Carta Federal, ya que el primer párrafo conserva la disposición relativa a los efectos particulares de las sentencias de amparo cuando se impugna la inconstitucionalidad de normas generales, de acuerdo con lo que hemos calificado como *fórmula Otero* (ver *supra* párrafo 59). Dicho segundo párrafo establece la siguiente disposición normativa:

> Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto (acción de inconstitucionalidad, ver *supra* párrafo 72), establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se determina la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución, *procederá a emitir la declaratoria general correspondiente, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.*

77. Este precepto recoge la corriente doctrinal predominante sobre la necesidad de la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas generales, al menos por lo que respecta a la acción de impugnación de dichas normas, doctrina que se apoyó en dos argumentos esenciales: De acuerdo con el primero, la aplicación exclusiva de los efectos particulares cuando se impugnan normas legislativas infringe uno de los principios básicos del régimen del Estado Democrático de Derecho, que descansa en la *igualdad de los gobernados ante la ley*, el que se afecta con la subsistencia de disposiciones normativas que han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, ya que si bien algunas personas o entidades que cuentan con recursos económicos pueden acudir al asesoramiento profesional de distinguidos abogados para que interpongan oportunamente la demanda de amparo respectiva, el resto de la población que no cuenta con ese asesoramiento, está obligado a cumplir con el ordenamiento contrario a la Carta Federal. La declaración general que se traduce en la invalidez de las normas inconstitucionales impide que se sigan aplicando en perjuicio de un grupo mayoritario de gobernados, y por ello se ha impuesto el régimen de la declaración general, que no es absoluto, en una gran parte de los ordenamientos contemporáneos[63].

78. En segundo lugar, el dictado de sentencias caso por caso apoyadas en los mismos razonamientos y con mayor razón cuando existe jurisprudencia obligatoria, tratándose de la impugnación de normas legislativas en el juicio de amparo, retrasa considerablemente la labor de la Suprema Corte de Justicia, y por ello fue necesario que dicho alto tribunal expidiera recientemente acuerdos generales, a fin de encomendar a los tribunales colegiados de circuito, el conocimiento los juicios de amparo en revisión contra normas generales, respecto de las cuales ya se hubiere establecido jurisprudencia por la

62. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 10-11, enero agosto de 1971, pp. 51-98, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit. supra* nota 7, pp. 183-256.

63. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nº 8, México 2001, pp. 145-155.

propia Suprema Corte, lo cual constituye únicamente un paliativo al enorme problema del rezago[64].

79. Los razonamientos anteriores fueron acogidos en el citado proyecto de reforma constitucional, en cuya parte pertinente se afirma:

> El tema de los alcances de las sentencias de amparo es trascendental en este proyecto. La sociedad se ha pronunciado en el sentido de que el juicio de amparo sea más accesible para todos, que no nada más *sirva a gente con los suficientes recursos como para contratar un abogado especializado que pueda impugnar actos o normas contrarias a la Constitución. Ésta, como Ley Suprema, debe ser aplicada a todos por igual. Su supremacía no puede depender de la capacidad económica de los individuos para acudir al juicio de amparo.*

80. Además de la introducción de la declaración general en el juicio de amparo, tanto el proyecto de modificaciones a la Carta Federal como el de una Nueva Ley de Amparo proponen, al lado de dicha declaración general, la institución que se conoce como *interpretación conforme*, de acuerdo con la denominación que se estableció en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas con el nombre original de *verfassungskonforme Auslegung von Gezetzen*[65]. Esta ha tenido una importante divulgación en la justicia constitucional contemporánea, en ocasiones con denominaciones diferentes (entre ellas las de sentencias interpretativas), debido a que resuelve un problema que se plantea con la declaración general de inconstitucionalidad, en cuanto a que la misma se traduce en la anulación de las disposiciones legislativas, que en todo caso produce una conmoción jurídica, ya que es necesario llenar el vacío que se deja en el ordenamiento que se considera inválido, el que no siempre es sustituido por la legislación anterior y requiere de la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Ley Fundamental.

81. Como lo ha señalado certeramente el destacado jurista español, Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia de los Estados Unidos, es decir que todas las normas deben interpretarse *in Harmony with the Constitution*, a la que debe agregarse la regla que ha seguido la Corte Federal de ese país sobre la *presunción de la constitucionalidad de las leyes*, de acuerdo con la cual una norma general no debe declararse inválida, aún cuando lo sea con efectos particulares, como ocurre con el sistema americano, cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón cuando la declaración de inconstitucionalidad produce efectos generales[66].

82. De lo anterior se concluye que la declaración general de inconstitucionalidad está estrechamente vinculada con la interpretación conforme, ya que ambas instituciones permiten el equilibrio y la moderación en las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales, cuando dichos organismos conocen y deciden respecto de la impugnación de las normas legislativas.

---

64. Entre los autores que han apoyado la necesidad de introducir la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas legislativas, podemos citar a CASTRO y CASTRO, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2ª ed., Porrúa, México 1977, pp. 34-44; VALLARTA PLATA, José Guillermo, "El poder judicial y el sistema de declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica" en *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, UNAM, México 1977, pp. 169-186; AGUILAR ÁLVAREZ y DE ALBA, Horacio, *El amparo contra leyes*, *cit. supra* nota 60, 109-128.

65. *Cf.*, VOLKER, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gezetsauslegund des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1963, pp. 184-213; HESSE, Konrad, *Grundzüges des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16ª ed., HEILDELBERG, C.F., Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32, pp. 29-32, *Id., Escritos de derecho constitucional (Selección)*, trad. de CRUZ VILLALÓN, Pedro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pp. 53-57.

66. *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981, pp. 95-103.

83. En los proyectos de la Suprema Corte de Justicia de México, tanto de reformas constitucionales como de una Nueva Ley de Amparo, no se proponen modificaciones audaces o a menos al nivel de numerosos ordenamientos contemporáneos, en los que es suficiente un solo fallo de inconstitucionalidad con efectos generales, para que se produzca la invalidez de las normas legislativas que se estiman contrarias a la Carta Suprema. Debido a que ha sido tradicional en nuestro país la aplicación absoluta de la *fórmula Otero*, no se propone su supresión, sino exclusivamente su revisión, pero de manera prudente y moderada, de manera que pudiera calificarse de conservadora, para no cambiar radicalmente ese régimen casi sacramental.

84. En primer, lugar la declaración general de inconstitucionalidad únicamente procedería tratándose de la segunda instancia del amparo promovido por conducto de la que hemos calificado de *acción de inconstitucionalidad* (ver *supra* párrafo 72), y por tanto no se aplicaría a las decisiones pronunciadas respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteadas en la impugnación de las resoluciones judiciales en el juicio de amparo de una sola instancia (*recurso de inconstitucionalidad*, ver *supra* párrafo 73). Lo que significa que se conserva la fórmula Otero de desaplicación de la normas inconstitucionales en los casos concretos, es decir, en los juicios de amparo contra resoluciones judiciales. En la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto de reformas constitucionales antes mencionadas se señala:

> (...) Cabe destacar que en el esquema que se propone únicamente tratándose de amparo indirecto (de dos instancias), en revisión en los que fueron oídas las autoridades que expidieron y promulgaron las normas generales, sólo nuestro Tribunal funcionando en Pleno, puede hacer la declaratoria con efectos generales. Ni las Salas ni los tribunales colegiados de circuito, ni los juzgados de distrito contarían con tan importante facultad (...).

85. En segundo lugar, para que pueda tener efectos la declaración general de inconstitucionalidad, se requiere que se conforme *jurisprudencia obligatoria* por parte de la Suprema Corte de Justicia. De acuerdo con la legislación actual (artículo 194 de la Ley de Amparo modificado por la disposición décima quinta transitoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de mayo de 1995), la jurisprudencia del Tribunal en Pleno se forma con cinco resoluciones en el mismo sentido aprobadas al menos por ocho ministros. La innovación que se propone respecto de la citada jurisprudencia obligatoria consiste en *reducir de cinco a tres* el número de resoluciones de la Suprema Corte, de manera que para que la declaración de inconstitucionalidad produzca efectos generales debe pronunciarse en tres resoluciones aprobadas por el Tribunal en Pleno en tres sesiones distintas. En la parte relativa de la exposición de motivos del Proyecto de la Nueva Ley de Amparo, se explica con toda claridad el cambio:

> (...) Otra modificación significativa consiste en la reducción de cinco a tres del número de tesis necesarias para constituir jurisprudencia. El cambio no es caprichoso ni se reduce a una mera cuestión numérica. En realidad, de lo que se trata es de encontrar un adecuado equilibrio entre los sistemas de precedentes que se siguen en otros ordenamientos o en los procesos de controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad y la reiteración de criterios que se prevé para la Ley de Amparo. Lo importante es encontrar una solución intermedia entre ambos extremos. Esto puede obtenerse disminuyendo el número de casos a tres a efecto de que los órganos competentes, puedan, con mayor facilidad, lograr que sus criterios sean obligatorios para dar certeza a nuestro orden jurídico. Sin embargo, para que la reiteración cumpla con su finalidad, se propone que los criterios deben fijarse al resolver los asuntos en tres sesiones distintas. *Es importante destacar que cuando se trate de interpretación respecto de la constitucionalidad de normas generales, además deberá contarse con el voto aprobatorio de ocho Ministros (...).*

86. Además de lo anterior, se exige que la tesis jurisprudencial respectiva sea aprobada por el Tribunal en Pleno, y posteriormente, o sea, dentro del plazo de treinta días hábiles contados a partir de dicha aprobación, la Suprema Corte de Justicia formulará la declaración de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, declaratoria que debe ser separada de las sentencias judiciales y en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen. *Dicha declaratoria será obligatoria, tendrá efectos generales*, y deberá contener la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad o de la declaración conforme. Además, los efectos de esas declaratorias no serán retroactivos, salvo en materia penal en los términos del artículo 14 constitucional, o sea, cuando tenga carácter favorable, como ya se ha establecido respecto de las sentencias con efectos generales en las controversias y en las acciones de inconstitucionalidad (artículos 231 y 232 del Proyecto de Nueva Ley de Amparo).

87. Debido a la importancia de las declaratorias de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, las mismas deben publicarse tanto en el Diario Oficial de la Federación como en el órgano oficial de la entidad, que en su caso hubiera emitido la norma respecto de la cual se hace la declaración (artículo 233 del mencionado Proyecto).

88. En cuanto a la declaración de la interpretación conforme ya hemos explicado anteriormente la extensa aplicación que tiene en los ordenamientos contemporáneos y los beneficios que produce (ver *supra* párrafos 80-81), además que ya se ha utilizado por la Suprema Corte de Justicia de México en sus fallos, aun sin un reconocimiento formal de esta institución, pero de cualquier manera conviene transcribir la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto de Nueva Ley de Amparo, sobre esta materia:

> (...) *La declaratoria de interpretación conforme*, por su parte, tiene la ventaja de permitir a la Corte establecer aquella interpretación mediante la cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, para, de esa forma, garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico (...).

89. Para otorgar eficacia a la obligatoriedad de la declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, en el Proyecto se establece un mecanismo procesal ágil para evitar que se infrinja la declaración respectiva. En efecto, se propone que el afectado con la aplicación de la norma inconstitucional o en un sentido diverso del establecido por la interpretación conforme, puede denunciar el hecho ante el juez de distrito respectivo. Dicho juzgador debe dar vista a las partes en un plazo de tres días para que expongan lo que a su derecho convenga, y dentro de otro plazo de tres días deberá dictar resolución. Si la misma es en el sentido de que la autoridad involucrada realizó el acto infractor, el juez federal ordenará a dicha autoridad aplicadora que deje sin efecto el acto denunciado, y si no lo hace en un plazo de tres días se elevará el expediente a la Suprema Corte de Justicia para que determine la responsabilidad que corresponda. Si la misma autoridad incurre en repetición de la infracción denunciada, el afectado puede acudir ante el juez de distrito para denunciar la repetición del acto reclamado (artículo 208 del citado Proyecto)[67].

90. c) El sector cuantitativamente más importante lo ocupa el *amparo contra resoluciones judiciales*, que se ha calificado como *amparo judicial* o *amparo-casación* que, sin recibir esa denominación, debe considerarse como un recurso de casación federal, por medio del cual pueden combatirse todas las resoluciones judiciales del país, tanto

67. *Cf.*, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, México 2002, pp. 107-123.

federales como locales y de las distintas materias, en una sola instancia actualmente ante los tribuales colegiados de circuito, que son ahora de casación, pero con la posibilidad de que las Salas de la Suprema Corte puedan determinar el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existen contradicciones de tesis entre los citados tribunales colegiados.

91. Este es un sector que ha crecido de manera constante, ya que en 1936 se le incorporaron las sentencias de los tribunales del trabajo (denominados juntas de conciliación y arbitraje); en 1968 las de los tribunales administrativos, y finalmente en 1992, los fallos de los tribunales federales agrarios creados en esa época. Además, la Suprema Corte de Justicia tiene facultad de atracción sobre los amparos judiciales del conocimiento de los tribunales colegiados, cuando considere que por su trascendencia así lo ameriten, ya sea de oficio, a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado o del Procurador General de la República (artículos 107, fracciones V y VI, 158-165 y 185 de la Ley de Amparo y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

92. d) El aspecto del juicio de amparo que ha decrecido es el de la impugnación de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas federales por conducto directo del juicio de amparo, que puede calificarse como un *proceso de lo contencioso administrativo*. Este sector se tramita en un procedimiento de dos instancias, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda (salvo que en la sentencia dictada por dichos jueces se haga una interpretación directa de la Constitución Federal, ya que en este últimos supuesto la segunda instancia se tramita ante la segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia), por medio del recurso de revisión interpuesto ante los tribunales colegiados de circuito. Dicho proceso se ha reducido de manera paulatina debido a la creación creciente de tribunales administrativos tanto de la Federación, como del Distrito Federal y de los Estados.

93. En la esfera nacional se estableció en el año de 1937 el Tribunal Fiscal de la Federación, que aumentó paulatinamente su competencia a cuestiones, en principio, relacionadas con el derecho tributario, pero posteriormente a otras materias administrativas, hasta que por reforma de diciembre del año 2000, a través de la modificación de la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 1995, se transformó dicho organismo jurisdiccional en Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, de competencia genérica, por lo que quedaron muy pocos casos de impugnación en doble instancia por conducto del juicio de amparo. Como en el año de 1968, por reforma constitucional y legal se estableció el amparo de una sola instancia contra las sentencias de los tribunales administrativos, cada vez más numerosos, se ha aumentado de manera constante la casación en materia administrativa y, por el contrario, se ha restringido la función contenciosa administrativa de los tribunales de amparo en la misma proporción, por lo que puede afirmarse que es un campo que tiende a desaparecer[68] (artículos 107, fracciones VII y VIII último párrafo, de la Constitución Federal; 85, fracción II, y 114 fracción II, de la Ley Amparo, así como 52, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal).

94. Finalmente, en el año de 1963 y con apoyo en la reforma constitucional de 1962, se introdujeron en la Ley de Amparo un conjunto de modificaciones para establecer

68. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, México 1983, pp. 111-121; *Id.* "La justicia administrativa en México", en la obra *Conferencias Magistrales*, Poder Judicial de la Federación, Instituto de la Defensoría Pública, México 2002, pp. 98-105; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., con la colaboración de VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, UNAM-Porrúa, México 1997, pp. 709-799.

ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria (ejidatarios y comuneros y sus respectivas poblaciones) que permitieran equilibrar su situación frente a los propietarios agrícolas y ganaderos y las autoridades administrativas federales encargadas de desarrollar dicha reforma agraria, en virtud de que se consideró que dichos campesinos carecían en numerosos casos de asesoramiento jurídico para intervenir en las controversias agrarias. Con esta reforma se estableció un quinto proceso que se puede denominar *amparo social agrario*. Debido a la importancia que se otorgó a dichas reglas procesales, en el año de 1976 se dividió la Ley de Amparo en dos libros que antes no existían, uno sobre el amparo en general y otro sobre el amparo en materia agraria, pero sin abarcar todas las controversias en esta materia (artículo 107, fracción II, párrafos tercero y cuarto de la Carta Federal y 242 a 234 de la Ley de Amparo)[69].

95. Sin embargo, en nuestros días este sector del juicio de amparo también tiende a desaparecer, debido a que en el año de 1992 se modificó el artículo 27 constitucional para establecer los tribunales federales agrarios, integrados por un Tribunal Superior de cinco magistrados y varios tribunales unitarios establecidos en diversas regiones del país, que se encargan en la actualidad de conocer de los conflictos que con anterioridad competían a las autoridades administrativas federales (Leyes Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, ambas publicadas el 26 de febrero de 1992).

96. Contra las sentencias de dichos organismos jurisdiccionales procede el amparo de una sola instancia ante los tribunales colegiados de circuito, con lo cual se incorpora esta materia al amparo contra resoluciones judiciales o amparo-casación (ver *supra* párrafo 91), de manera que el procedimiento específico, que era de doble instancia, sólo se promueve de manera excepcional.

97. Por tanto, debemos concluir, que de acuerdo con la tendencia que se observa en el amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, en realidad la tendencia se dirige a conservar sólo tres sectores en un futuro próximo, es decir, *hábeas corpus*, amparo contra leyes y amparo judicial o de casación. Por otra parte, el amparo en sentido estricto, es decir aquel que de manera predominante está dirigido en los ordenamientos latinoamericanos a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, con exclusión de la libertad e integridad personales, que mayoritariamente están tutelados por el *hábeas corpus*, no está regulado en la legislación mexicana por medio de un procedimiento específico en la actual ley reglamentaria, ya que queda comprendido dentro de la impugnación de la conducta de cualquier autoridad, cuando la misma afecte directamente un derecho consagrado en la Carta Federal, por lo que estimamos conveniente establecer una tramitación especial que podría integrar un futuro cuarto proceso.

98. En nuestro concepto, también debe quedar comprendida en este cuarto sector la violación de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales y los tratados ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República de acuerdo con el artículo 133 constitucional, como lo proponen los proyectos de reforma

69. La bibliografía es amplia pero citamos sólo algunos estudios relativamente recientes; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo en materia agraria", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 116, mayo-agosto de 1980, pp. 439-463, reproducido en el libro *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit. supra* nota 7, pp. 329-358; LANZ CÁRDENAS, Fernando, *El juicio de amparo en materia agraria*, Jus, México 1977; PONCE DE LEÓN, Armenta, Luis M., *Derecho procesal agrario*, México, Trillas 1988; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Elemento de derecho procesal agrario*, 2ª ed., Porrúa, México 1997.

constitucional y de una Nueva Ley de Amparo aprobados por la Suprema Corte de Justicia en mayo del año 2001 (ver *infra* párrafo 124-125).

VII. NATURALEZA

99. El derecho de amparo en Latinoamérica y España posee una naturaleza procesal variable, y por ello se le califica como *acción* o como *recurso*, ya sea que proceda como un proceso autónomo contra la conducta violatoria de los derechos humanos de las autoridades públicas, y en algunos ordenamientos también contra particulares (en realidad grupos de presión) y excepcionalmente contra sentencias judiciales, pero en otras legislaciones cuando se pueden impugnar resoluciones administrativas en forma de juicio o bien de decisiones judiciales, se tramita como un verdadero recurso, como ocurre claramente en el ordenamiento español con el *amparo constitucional*, que debe considerarse como la segunda instancia del *amparo ordinario*, que se interpone ante los tribunales ordinarios[70].

100. Debido a su complejidad procesal, en la doctrina mexicana se ha discutido, en ocasiones con apasionamiento sobre la naturaleza jurídica del juicio de amparo, y con este motivo se elaboraron varios conceptos para explicar la institución. No es esta la oportunidad para examinar dichos planteamientos, ya que se elaboraron algunas ideas que concibieron al propio derecho de amparo como *interdicto constitucional*, como institución política, como *proceso en todos sus aspectos*, como *cuasiproceso*, como *control*, y de carácter mixto, *de proceso impugnativo* y como *recurso*[71].

101. Esta diversidad de criterios se deben, desde nuestro punto de vista, a que el derecho de amparo mexicano se ha examinado más desde el punto de vista de su contenido y de sus objetivos, que de su verdadera naturaleza procesal. En efecto, durante mucho tiempo se tomó en cuenta su contenido original de institución tutelar de los derechos fundamentales, pero no su evolución posterior que como hemos dicho (ver *infra* párrafos 117-118) incorporó otros instrumentos procesales relativos al control de legalidad, o bien se reflexionó sobre la finalidad, también original, de tutelar exclusivamente normas constitucionales relativas a los derechos humanos y en cierta manera, el equilibrio de las competencias entre las esferas de la Federación y las de las Entidades Federativas.

102. Pero las corrientes doctrinales más recientes han tomado en cuenta esencialmente la estructura procesal del propio derecho de amparo, que es el enfoque predominante en la actualidad. Pero aún desde el ángulo procesal, al considerarse la institución como un juicio, de acuerdo con la terminología que adoptaron las leyes reglamentarias, es decir, como equivalente al proceso, imperó durante muchos años una corriente doctrinal que partió de la función original del juicio de amparo como instrumento de protección de los derechos fundamentales y por su conducto también el equilibrio de las competencias federales y locales, de acuerdo con la cual la institución debía considerarse como un *proceso autónomo de constitucionalidad*.

---

70. *Cf.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*, *cit.*, *supra* nota 3, pp. 15-52.

71. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", publicado originalmente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 959-112, y reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit.*, *supra* nota 7, pp. 97-154.

103. Desde este punto de vista, que fue dominante durante la vigencia de la Constitución de 1857, se afirmó que aún en el sector de la impugnación de las resoluciones judiciales que se le incorporó con posterioridad a la función originaria, según se ha dicho (ver *supra* párrafo 66-68), el amparo se constituía como una controversia independiente de la que se planteaba ante la jurisdicción ordinaria, si se tomaba en consideración que en el amparo se discute, en todo caso, un problema de constitucionalidad, pues cuando se examina la legalidad de un fallo judicial, debe estudiarse si se ha respetado el derecho subjetivo público consagrado por el artículo 14 de la Carta Federal de 1857, que se calificaba como *garantía de justicia.*

104. Por ese motivo, las Leyes de Amparo de 1869 y 1882, y los Códigos de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, regularon la tramitación del juicio de amparo por conducto de un procedimiento de doble instancia, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda, de oficio, ante la Suprema Corte de Justicia, con independencia de la materia que se debatía en los diversos procesos de amparo.

105. Sin embargo, fue el ilustre jurista mexicano Emilio Rabasa, quien sin haber cultivado el procesalismo científico (surgido en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, y posteriormente divulgado en Italia y España en las primeras décadas del siglo XX), señaló por primera vez con precisión la verdadera naturaleza procesal del derecho de amparo mexicano. Debe tomarse en consideración que la obra clásica de Emilio Rabasa denominada *El artículo 14. Estudio Constitucional*, se publicó originalmente en el año de 1906, es decir, escasamente tres años después de la conocida Lección Inaugural del insigne Giusseppe Chiovenda en la Universidad de Bolonia, que se considera como el inicio del procesalismo científico italiano, pero que se conoció en nuestro país mucho tiempo después[72].

106. En la obra mencionada, el destacado constitucionalista mexicano señaló que si bien los mencionados ordenamientos reglamentarios habían establecido en todos los supuestos de tramitación del juicio de amparo, un procedimiento de doble instancia, en su concepto no debería dársele el mismo tratamiento a la protección de los derechos fundamentales, que fue el objetivo original del derecho de amparo, que a la revisión de los fallos judiciales, especialmente los interpuestos en materia civil[73]. En su concepto se justificaba el procedimiento de doble instancia en los sectores del amparo en el cual se discutían violaciones directas de los preceptos constitucionales, pero debía seguirse una tramitación diversa en relación con la impugnación de las resoluciones judiciales, en las que se planteaba la infracción de normas secundarias, y por lo tanto constituía un control de legalidad, ya que en este último supuesto, el amparo debía considerarse como *un simple recurso* similar a la *casación*[74].

107. Estas ideas de Rabasa, aún cuando no participó en los debates del Constituyente de Querétaro de 1916-1917, se tomaron en consideración por los autores del proyecto presentado por don Venustiano Carranza al citado Congreso el primero de diciembre de 1916, pues sin reconocer expresamente dicha influencia en el artículo que fue aprobado con el número 107 (fracciones VIII y IX), se establecieron dos diversos procedimientos, uno de doble instancia, denominado *indirecto*, la primera ante los jueces federales de distrito, y la segunda, a petición de parte por conducto del llamado recurso de revisión (en estricto sentido, apelación), entonces ante la Suprema Corte de Justicia, para los

72. Lección Inaugural intitulada "La acción en el sistema de los derechos", incorporada a la obra del mismo autor, *Ensayos de derecho procesal*, trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago, Buenos Aires 1949, vol. I, pp. 3 y ss.

73. *El artículo 14*, *cit. supra* nota 57, pp. 95-102.

74. *Op. ult. cit.*, p. 102.

procesos diversos del amparo judicial, y un procedimiento de una sola instancia, calificado de *directo*, también entonces ante la Suprema Corte de Justicia, cuando se tratara de la impugnación de resoluciones judiciales. Esta doble tramitación se conserva actualmente (fracciones VII y VII actuales del artículo 107 constitucional, así como artículos 114-157 y 83-94 de la Ley de Amparo vigente), si bien la competencia de los tribunales federales se ha modificado, como se explicará más adelante (ver *infra* párrafos 145-146).

108. En la actualidad ya no se discute que el juicio de amparo mexicano posee una doble naturaleza procesal, como *proceso impugnativo* y como *recurso de nulidad*, que puede asimilarse a *un recurso de casación federal*. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia incurren constantemente en confusiones derivadas del peso de la tradición de la función original del amparo, que se ha transformado de manera paulatina, hasta incorporar también el control de legalidad, como se ha sostenido en varias ocasiones, pues con frecuencia se califica al amparo como *juicio constitucional* o *juicio de garantías*, y se señalan como violaciones a las normas constitucionales, que en realidad son infracciones a la legalidad secundaria, por considerarse de manera artificial que se afectan los artículos 14 y 16 de la Carta Federal, que constituyen únicamente la vía formal para interponer el amparo, con valor puramente instrumental.

109. a) El amparo *como proceso impugnativo autónomo* se tramita, como se ha dicho, en un procedimiento de doble instancia o *indirecto.* El primer grado se hace valer ante los jueces federales de distrito, por conducto de una verdadera demanda que debe presentar el afectado (con la excepción del amparo-hábeas corpus, en que se puede interponer por cualquier persona e inclusive oralmente) (artículos 114-121). Una vez admitida dicha demanda, se corre traslado a la autoridad o autoridades demandas (que se califican como *responsables*) (artículos 145-148), las que deben contestarla en un término corto (cinco días) por conducto de un documento que se ha denominado *informe justificado* (cuya presentación extemporánea o incompleta, produce los mismos efectos de la rebeldía del demandado en el proceso civil, es decir, se tienen presuntivamente reconocidos los hechos señalados en la citada demanda) (artículo 149). Las pruebas se discuten en audiencia pública en que deben comparecer las partes, se formulan alegatos en ella, y en un plazo corto debe dictarse la sentencia de fondo (artículos 150-155). Dicho fallo de fondo se eleva ante la Suprema Corte cuando se discuten cuestiones directas de inconstitucionalidad (artículo 84, fracción I, a), y cuando se plantean violaciones a la legalidad, ante el tribunal colegiado respectivo (artículo 85, fracción II). Cuando la parte afectada interpone el llamado recurso de revisión, se inicia la segunda instancia, en la cual se pronuncia la sentencia firme correspondiente (artículos 88-94). En principio este doble procedimiento debe utilizarse respecto de los sectores del amparo en el cual se plantean cuestiones de constitucionalidad[75].

110. b) El amparo de una sola instancia como *recurso de casación*. Como hemos dicho con anterioridad (ver *supra* párrafo 90-91), este sector que se refiere a la impugnación de las resoluciones judiciales es el que abarca el mayor número de juicios de amparo que se promueven en la práctica, y salvo los casos muy restringidos en los cuales se interponen cuestiones de inconstitucionalidad por la vía incidental, de manera predominante se discuten exclusivamente aspectos de la aplicación de disposiciones lega-

75. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos", en la obra colectiva *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, México 1992, pp. 253-301, reproducido en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit. supra* nota 7, pp. 619-666.

les, ordinarias, ya sea de carácter procesal o de fondo, que actualmente se someten al conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, a partir de las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en enero de 1988, salvo la facultad de atracción que corresponde a la Suprema Corte de Justicia (artículo 107, fracción V, del artículo 107 de la Carta Federal) (ver *infra* 145).

111. La Ley de Amparo todavía conserva algunos resabios de las funciones originales del amparo como instrumento para tutelar los derechos fundamentales, en cuanto el artículo 166 de dicho ordenamiento califica la instancia de *demanda*, a pesar de que en estricto sentido carece de este carácter, pues significa la interposición de un recurso, y de manera artificial se pretende conferir al juez o tribunal que dictó la resolución impugnada el carácter de *autoridad demandada* (responsable en la terminología de dicha Ley reglamentaria) (artículo 167), y en un principio se le exigía la presentación de un informe justificado (similar a la contestación de la demanda en el amparo de doble instancia), pero en la práctica se limitaba al envío de los autos respectivos, que es la situación actualmente regulada por los artículos 168 y 169 de la Ley reglamentaria.

112. La tramitación que se sigue es la que corresponde a un recurso y no a un proceso autónomo, ya que constituye la continuación del proceso ordinario ante el juez o tribunal de la causa (aun cuando formalmente se invoca la violación de los artículos 14 y 16 constitucionales), ya que el único acto de parte se reduce a la formulación de alegatos por escrito al tribunal colegiado respectivo, y corresponde al llamado tercero perjudicado (en estricto sentido, interesado), que es la contraparte del promovente del amparo en el citado proceso ordinario, así como al ministerio público que hubiese intervenido en el proceso penal (artículo 180 de la Ley).

113. Subsisten todavía algunas hipótesis en las cuales algunas resoluciones judiciales se impugnan por medio del amparo de doble instancia (artículos 107, fracción VII y 114, fracciones III, IV y V de la Ley de Amparo)[76], pero en la mayoría de los supuestos la primera instancia carece verdaderamente de objeto, ya que excepcionalmente se requiere la presentación de medios de prueba distintos a los ofrecidos ante la jurisdicción ordinaria, por lo que con el tiempo se reducirá todavía más esta tramitación[77].

114. Como ya lo hemos sostenido, el amparo contra resoluciones judiciales constituye un verdadero *recurso de casación federal*, tal y como lo había señalado Emilio Rabasa desde principios del siglo XX (ver *supra* párrafo 107), y en virtud de que la sentencia de fondo (ya que la que se otorga por violaciones procesales siempre implica el reenvío) cuando es estimatoria, se envía al juez o tribunal de la causa para que dicte un nuevo fallo sujetándose a los lineamientos de la decisión del tribunal de amparo puede afirmarse, como lo señaló el constitucionalista mexicano Fernando Vega también a principios del siglo (XX), que se ha seguido, con ciertas modalidades, el sistema *francés* de la casación[78].

---

76. Se ha disminuido paulatinamente este sector, que ahora se reduce, según el citado artículo 114 de la Ley de Amparo, a las resoluciones dictadas fuera de juicio (jurisdicción voluntaria) o después de concluido (ejecución de sentencia, fracción III); contra las resoluciones dentro de juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación (fracción IV), y respecto de decisiones judiciales pronunciadas fuera o dentro del proceso, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley procesal no les otorgue un recurso o medida de defensa legal (fracción V).

77. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", *cit. supra* nota 7, pp. 130-141.

78. Son numerosos los autores mexicanos que han señalado las similitudes del amparo contra sentencias judiciales con el recurso de casación, y entre ellos podemos señalar, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo", publicado originalmente en la *Memoria de El Colegio Nacional*,

VIII. DERECHOS PROTEGIDOS

115. Debido a la redacción inalterable de los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857 y el 103 de la Constitución vigente de 1917, tal pareciera que los únicos derechos fundamentales protegidos son los individuales clásicos que se califican como *garantías individuales*. La doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia durante la vigencia de la citada Constitución de 1857, estimó que debían considerarse como derechos tutelados por el derecho de amparo, los establecidos en el primer título de dicha Carta considerados como *derechos del hombre*. El artículo primero de dicha Ley Fundamental se iniciaba con la declaración de que *El pueblo de México reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales* (...)[79].

116. A pesar de su orientación iusnaturalista, la Carta Federal de 1857, no consagró una disposición similar al artículo IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos,[80] que estableció los llamados *derechos implícitos*, las cuales fueron introducidos por influencia de este precepto en varias Constituciones latinoamericanas expedidas el siglo XIX, pero que todavía se conservan en las Cartas Fundamentales vigentes[81]. Sin embargo, la doctrina mexicana de esa época consideró que la tutela del derecho de amparo se extendía también a otros derechos individuales establecidos en otros preceptos de dicha Constitución Federal, cuando estaban relacionados o vinculados con los consagrados expresamente en los primeros veintiocho artículos constitucionales (el veintinueve se refería a la suspensión y limitación de dichos derechos en caso de emergencia)[82].

117. Es notorio, la Constitución federal vigente cuyo texto original fue promulgado el 5 de febrero de 1917, inició la tendencia que se fortaleció en la primera posguerra sobre el llamado *constitucionalismo social*, es decir, que elevó a rango fundamental los derechos de carácter social, especialmente de los sectores marginados, como los campesinos

---

1978, México 1979, pp. 91-138, e incorporado posteriormente al libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit. supra* nota 7, pp. 237-284; ALATRISTE DE LA FUENTE, Miguel, *El juicio de amparo y el recurso de casación civil*, México 1948*;* OLEA y LEYVA, Teófilo, "Genealogía jurídica de la casación y el amparo en materia penal", en *Problemas Jurídicos y Sociales de México*, México 1955, pp. 41-90; RÍOS ESPINOSA, Alejandro, *Amparo y casación*, México 1960, y PALACIOS, Ramón, en varios artículos entre los que destaca "El mito del amparo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 275-301 y en su libro, *Instituciones de amparo*, Puebla 1963.

79. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia estableció el principio de que el juicio de amparo únicamente procedía contra los derechos establecidos como "garantías individuales" consagrados expresamente por la Constitución, pero no respecto de otros principios de equidad que otras leyes consagraban y que algunos autores enumeraban entre dichas garantías. *Cf.*, VALLARTA, Ignacio L., *Votos*, Tomo III, edición de Antonio J. Lozano, Imprenta y Litografía de Ireneo Paz, México 1896, pp. 1-35.

80. Dicho precepto dispuso: Art. IX Constitución de Estados Unidos.

81. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunos aspectos de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la protección de lo derechos humanos en América Latina", en el volumen *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo. Una visión panorámica de las instituciones políticas en el Continente Americano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1988, pp. 131-167, *Id.* "Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el derecho mexicano", en la obra editada por James Frank Smith, *Derecho constitucional Comparado México-Estados Unidos*, Tomo I, UNAM, México 1991, pp. 133-190.

82. *Cf.*, LOZANO, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, publicado originalmente en (Lozano), México 1876, Imprenta del Comercio de Dublán y Lozano, y posteriormente, 3ª ed, Porrúa, México 1987. MONTIEL y DUARTE, Isidro, *Estudios sobre garantías individuales*, publicado originalmente en Imprenta del Gobierno, en Palacio, a cargo de José María SANDOVAL, México 1873, actualmente, 2ª ed., facsimilar, Porrúa, México 1972.

(artículo 27) y de los trabajadores (artículo 123)[83], que paulatinamente se han incrementado con la incorporación de otros derechos económicos y culturales, pero la redacción del artículo 103 de dicha Carta Fundamental quedó prácticamente idéntica a la del artículo 101 de la Constitución de 1857, es decir, se refirió exclusivamente a las *garantías individuales*, concepto que todavía predomina entre los tratadistas mexicanos[84].

118. No obstante esta tradición, se ha iniciado un cambio en la doctrina mexicana, que aborda recientemente el concepto de *derechos humanos*, para sustituir el anticuado de *garantías individuales*, que por inercia todavía conserva el texto constitucional; cambio que no sólo implica una modificación en la terminología, sino también de perspectiva para abarcar de manera integral a los derechos de la persona humana en el ordenamiento mexicano, que posee una dimensión cada vez más amplia, y que pretende extenderse también a los nuevos derechos de solidaridad o de la tercera generación[85].

119. Pero lo más trascendente, después de muchos años de aislamiento, es la propensión de la incorporación cada vez más intensa en el ámbito interno, de los derechos consagrados por los tratados internacionales, para complementar y perfeccionar los establecidos en el ordenamiento constitucional. Esta proyección ha sido vigorosa en los ordenamientos latinoamericanos, que han reconocido de manera paulatina la jerarquía superior de los tratados internacionales, particularmente los de derechos humanos, en el ámbito interno, y algunos ordenamientos, entre los cuales podemos citar las Constituciones peruana de 1979, argentina reformada en 1994, y venezolana de 1999, que expresamente otorgan a dichos tratados de derechos humanos jerarquía constitucional[86].

120. Un sector importante de la doctrina mexicana ha sostenido de manera creciente, que el amparo debe proceder, como en otros ordenamientos latinoamericanos, contra la violación de los derechos fundamentales establecidos por los tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado Federal de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 133 constitucional[87], que al incorporarse al ámbito interno

---

83. La bibliografía es muy amplia, pero citamos la obra reciente de RABASA, Emilio O., *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, UNAM, México 1996.

84. Las obras más conocidas sobre la materia conservan esta terminología anacrónica, como la de BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª ed., Porrúa, México 1998, y la de CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002; ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*. Sin embargo estos autores examinan no sólo los derechos individuales clásicos, sino también los económicos, sociales y culturales que se han incrementado de manera paulatina en nuestro texto constitucional.

85. Como ejemplo podemos citar el libro de LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 3ª ed., Porrúa, México 2002.

86. Son numerosos los estudios sobre la creciente jerarquía de los tratados internacionales de los derechos humanos en el ámbito interno de los países latinoamericanos, por lo que citaremos sólo los más recientes: FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en el libro *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos. Essays in Honor, Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1996, pp. 159-207; DULITZKY, Ariel E., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano" en la obra *Estudios especializados de derechos humanos, I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1996, pp. 129-166; AYALA CORAO, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias"; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de los derechos humanos"; MANILI, Pablo Luis, "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano", y ORTÍZ AHLF, Loretta, "Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", estos cuatro últimos estudios en la obra *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por MÉNDEZ SILVA, Ricardo, UNAM, México 2002, pp. 37-90; 181-209; 371-410, y 447-467, respectivamente.

87. Este precepto que se inspira claramente en lo dispuesto por el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, y que se incorporó con un texto similar en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, dispone en lo

según este precepto fundamental, deben considerarse como derechos fundamentales nacionales pero de *fuente internacional.* Sin embargo, los jueces federales han ignorado en un porcentaje importante estos derechos de fuente internacional cuando conocen de los juicios de amparo, y se han limitado a conocer de las violaciones de los derechos fundamentales establecidos expresamente en el texto constitucional.

121. Esta restricción se ha apoyado en el criterio anacrónico de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la que por mucho tiempo sostuvo que los tratados internacionales en general, sin hacer referencia expresa a los de derechos humanos, tenían el carácter de leyes federales de acuerdo con el citado artículo 133 constitucional. Sin embargo, el más alto tribunal de la República no ha podido sustraerse a la evolución que se observa actualmente sobre el creciente reconocimiento de la jerarquía superior de los tratados internacionales, y especialmente los que consagran derechos humanos, y estableció una nueva tesis en el sentido de que *los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal*[88].

122. Todo este desarrollo nos indica que los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, al incorporarse en el ordenamiento mexicano, de acuerdo con la tendencia contemporánea del carácter *progresivo* del derecho internacional de los derechos humanos[89], no contradicen o restringen los consagrados en nuestro ordenamiento fundamental, sino por el contrario, toda vez que los complementan y perfeccionan, al establecer condiciones más favorables a los establecidas en nuestra Carta Federal mexicana, deben considerarse al mismo nivel jerárquico de los preceptos de nuestra Ley Suprema que consagran los derechos fundamentales, aun cuando no exista un reconocimiento expreso[90].

123. Aún cuando no resultaba necesario señalar de manera expresa que los jueces federales mexicanos están obligados a aplicar los derechos humanos de fuente internacional, en los proyectos de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo aprobados por la Suprema Corte de Justicia, a los cuales nos hemos referido con anterioridad, se consideró conveniente establecer que dichos derechos debían comprenderse entre los tutelados por el derecho de amparo mexicano.

124. Resultó difícil la redacción de un nuevo texto tanto para el artículo 103 de la Carta Federal como del artículo primero de la Ley de Amparo, debido a que esencialmente el precepto fundamental y en menor medida el de la Ley Reglamentaria sólo mencionaban como ámbito de protección, según se ha dicho (ver *supra* párrafo 115), el relativo a las *garantías individuales*, no obstante la amplitud mayor que adquirió el ob-

---

conducente: "Esta Constitución, la leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los *Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión (...)*". *Cf.,* CARPIZO, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional" en su libro *Estudios constitucionales*, 6ª ed., Porrúa-UNAM, México 1999, pp. 22-24

88. Este criterio se estableció por unanimidad de diez votos, al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, Tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999, Anexo de Jurisprudencia,* pp. 841-843.

89. *Cf.,* NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.* Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid 1987.

90. *Cf.,* Algunos juristas mexicanos han señalado la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional mexicano, y entre ellos podemos citar a SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, Porrúa, México 2001, y CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Oxford University Press, México 2002.

jeto de la institución. Además, la dificultad se incrementó debido a que, como hemos señalado reiteradamente, el juicio de amparo mexicano comprende también la tutela de los derechos establecidos en las disposiciones legislativas ordinarias, es decir, abarca también el llamado *control de la legalidad*. Debido a lo anterior, el citado proyecto propuesto como texto constitucional, es el siguiente:

> Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías (en estricto sentido, derechos) que consagra esta Constitución o *los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado*[91].

125. En el anteproyecto redactado por la comisión designada por la misma Suprema Corte de Justicia para elaborarlo, se precisó que estos instrumentos generales de carácter internacional eran las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos; los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero en la redacción final el Tribunal en Pleno del más alto tribunal estimó que debía redactarse un texto menos específico pero con el mismo contenido[92].

126. También debe señalarse que el Proyecto de nueva Ley de Amparo que hemos citado con frecuencia, extiende la tutela no sólo respecto de los derechos subjetivos públicos, que habían sido acotados por la jurisprudencia como aquellos que implicaban la existencia de un interés jurídico actual y directo. En efecto, al referirse al promovente del amparo se incluyen además de dichos derechos también los *intereses legítimos*, ampliamente desarrollados por la doctrina europea, especialmente la española y la italiana, que comprende también el *interés indirecto*, que se apoya en una situación de carácter jurídico, lo que significa que sin llegar al establecimiento de *acciones populares*, como los establecidos en otros ordenamientos latinoamericanos (ver *supra* párrafos 37-41), amplían la protección respecto de los derechos colectivos, entre ellos los que se apoyan en los llamados *intereses difusos o transpersonales*[93].

127. Así sea con cierta inseguridad y tímidamente, se ha iniciado una corriente jurisprudencial, en especial entre algunos tribunales colegiados de circuito, que reconocieron la posibilidad de proteger los derechos colectivos derivados del interés legítimo y no exclusivamente por conducto del ejercicio de derechos subjetivos públicos, entre ellos los apoyados en los calificados como intereses difusos, lo cual implica la posibilidad de establecer un derecho de amparo de carácter colectivo protector del derecho al ambiente y otros similares[94].

---

91. El artículo primero del Proyecto de Nueva Ley de Amparo tiene una redacción ligeramente diversa, pero con el mismo significado: "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado"*.

92. *Cf.*, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, *cit. supra* nota 66, pp. 28-40.

93. *Cf., op. ult. cit.*, pp. 41-64.

94. *Cf.*, CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos*, Porrúa, México 2000; *Id.*, "Pasado y futuro del amparo colectivo", y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "El acceso a la justicia de los intereses de grupo. (Hacia un juicio de amparo colectivo en México", estos dos últimos trabajos en el libro *Derecho procesal constitucional*, 3ª ed., Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, México 2002, pp. 301-309 y 345-385, respectivamente.

128. El Proyecto de nueva Ley Reglamentaria, al modificar el concepto tradicional de la autoridad para efectos del amparo, permite la posibilidad de introducir, aun en forma acotada, el derecho de amparo contra personas privadas, que ha sido reconocido por varios ordenamientos latinoamericanos (ver *supra* párrafo 12). En efecto, la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte de Justicia había establecido un concepto clásico de autoridad como aquella que podía disponer de la fuerza pública para imponer sus decisiones, con lo cual restringió el amparo exclusivamente contra las dependencias centralizadas de la administración pública federal o de las entidades federativas, y de manera muy limitada respecto de organismos descentralizados, exclusivamente cuando se les confería la facultad de determinar contribuciones tributarias.

129. Recientemente la jurisprudencia de la misma Suprema Corte modificó ese criterio tradicional y consideró que debía superarse ese concepto clásico de autoridad, para adoptar uno más moderno que tomase en cuenta la facultad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de manera unilateral y obligatoria, con lo que extendió el ámbito protector respecto de organismos descentralizados.

130. En el citado Proyecto se modifica aún más dicho concepto de autoridad, para efectos del amparo, ya que el artículo 40, fracción II, dispone que debe considerarse como autoridad responsable (demandada), aquélla que con *independencia de su carácter formal*, "(...) dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en *forma unilateral u obligatoria*; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas (...)"[95]. Lo anterior, además de comprender como demandados a organismos descentralizados del Estado, podría abarcar también la conducta de algunos particulares, cuyo número ha aumentado recientemente con las privatizaciones de servicios públicos que se encomienda a empresas privadas, o bien respecto de grupos de presión de carácter económico o social que pueden afectar la esfera jurídica de los gobernados, lo que implica la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung)*, es decir, lo relativo a aquellos sectores que recientemente se han calificado como *poderes privados*[96].

IX. PERSONAS TUTELADAS

131. El carácter de las personas tuteladas está relacionada con la amplitud protectora del derecho de amparo mexicano, el cual, como lo hemos sostenido anteriormente (ver *supra* párrafo 52), en sus orígenes contempló exclusivamente a individuos particulares, ya que se pretendía tutelar exclusivamente derechos individuales de carácter clásico. Posteriormente, como se ha dicho, al introducirse el amparo contra resoluciones judiciales, la protección se extendió prácticamente a todos los habitantes del país, en relación con los derechos de carácter ordinario, pero siempre de carácter individual.

---

95. *Cf.,* ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo, cit*. *supra* nota 66, pp. 65-79.

96. *Cf.,* Entre otros, los estudios recientes de ESTRADA, Alexei Julio, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, (Una presentación del caso colombiano)", y VEGA GARCÍA, Pedro de, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales de los derechos fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der grundreche)*", ambos trabajos aparecidos en la obra coordinada por CARBONELL, Miguel, Derechos fundamentales y Estado, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* UNAM, México 2002, pp. 267-687-707, respectivamente.

132. El liberalismo individualista que se impuso en nuestro país a partir del triunfo del sector liberal radical, predominante en la redacción de la Constitución de 1857, pero que ascendieron al gobierno al terminar la llamada Guerra de Reforma (1857-1861), y posteriormente con la restauración de la República respecto del Imperio de Maximiliano (1867), se discutió por varios años, prácticamente hasta la primera década del siglo XX, sobre la posibilidad de que las llamadas *personas morales*, es decir, las personas jurídicas colectivas, pudiesen interponer el juicio de amparo.

133. Otro obstáculo para el reconocimiento de la legitimación de las personas jurídicas colectivas se apoyó en la llamada Ley de Desamortización de 1856, que con mucho retraso respecto de la conocida Ley Chapelier francesa, desconoció la personalidad de las corporaciones civiles y religiosas, de manera que, por ejemplo, se negó la personalidad jurídica de las comunidades indígenas para interponer el amparo contra los actos de privación de sus propiedades o posesiones que habían sido reconocidas desde las Leyes de Indias, ya que la jurisprudencia de la Suprema Corte sólo admitió la posibilidad de que los afectados pudiesen promover el juicio de amparo como personas individuales, lo que fue una de las causas de la concentración de la tierra, por la indefensión de las citadas comunidades[97]. Sin embargo, para efectos prácticos, y debido a que uno de los postulados del liberalismo individualista era el respeto irrestricto a la propiedad privada, se aceptó la legitimidad de las sociedades mercantiles y civiles para solicitar el juicio de amparo, de acuerdo con la tesis doctrinal de la ficción, en el sentido de que la afectación a dichas personas colectivas se traducían en la de sus integrantes particulares.

134. No obstante, que como es evidente, la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 fue la primera al elevar a nivel de preceptos fundamentales a los derechos de carácter social, que se ha enriquecido posteriormente con la consagración de numerosos derechos económicos y culturales, quedó prácticamente invariable el texto del artículo 107, fracción II, de dicha Carta Federal, respecto de la redacción del artículo 102, de la Ley Fundamental anterior de 1857, y se refiere exclusivamente a *individuos particulares*, no obstante que se ha ampliado considerablemente la tutela no sólo a las que todavía se califican como personas morales de carácter mercantil y civil, sino también a los diversos grupos sociales, e inclusive a algunas autoridades públicas.

135. En este sentido varios preceptos de la Ley de Amparo vigente regulan expresamente esta ampliación de las personas legitimadas para interponer el juicio de amparo. Así el artículo 8º. se refiere a las personas morales privadas, el 9º a las personas morales de carácter público cuando reclamen sus intereses patrimoniales, y el 76, al consagrar los efectos particulares de las sentencias de amparo a que nos hemos referido anteriormente, establece en su parte relativa que: "Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los *individuos particulares, o de las personas morales privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado* (...)"

136. Debido a la incorporación del control de constitucionalidad, la jurisprudencia admitió la posibilidad de que autoridades públicas pudiesen interponer el juicio de amparo ya sea en defensa de sus intereses patrimoniales o bien cuando actuasen al mismo nivel de los particulares, de acuerdo con la doctrina, actualmente superada de la *doble personalidad del Estado*. Todo ello se recogió por la jurisprudencia no siempre de manera precisa, debido a la ausencia de procedimientos adecuados para la tutela de las atribuciones de las diversas autoridades públicas que resultaran afectadas por la conduc-

97. En relación de la jurisprudencia de la Suprema Corte que no reconoció la personalidad de las comunidades indígenas, *Cf.*, VALLARTA, Ignacio L., *cit. supra* nota 78, PAZ, Irineo, 1896, Tomo IV, pp. 1-51 y 323-340.

ta de otras. Afortunadamente se amplió la esfera de las llamadas *controversias constitucionales*, reguladas actualmente, de acuerdo con las reformas constitucionales y legales de 1995, por el artículo 105 de la Constitución Federal y de su Ley Reglamentaria, que inclusive introdujeron en las reformas constitucionales y legales de 1995 los llamados *conflictos de atribución*, entre los diversos órganos del Estado, lo que ha permitido plantear las controversias que sólo artificialmente se pretendía dirimir por conducto del juicio de amparo[98].

137. En el Proyecto de la nueva Ley de Amparo se pretende precisar este aspecto tan difícil de la procedencia del juicio de amparo promovido por autoridades públicas, en cuanto su artículo 6º dispone que: "La Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables cuando una norma general o acto los afecten *encontrándose en un plano de igualdad con los particulares*". El amparo solicitado por las autoridades públicas se explica por el control de la legalidad, ya que cuando se debaten cuestiones constitucionales los conflictos deben plantearse por conducto de las controversias constitucionales reguladas por la fracción I, del artículo 105 de la Carta Federal.

X. ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN

138. Desde la consolidación el juicio de amparo mexicano en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1987, el primero de dichos preceptos otorgó la competencia para conocer de este instrumento protector a los tribunales federales. Si bien el artículo 126 de dicha Carta Suprema, inspirada, como se ha dicho, en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, dispuso en su segundo párrafo: "(...) Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados", la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, desde sus primeros años, consideró que los jueces locales no podían intervenir en la tramitación del juicio de amparo, ya que los tribunales federales tenían *el monopolio del conocimiento de este instrumento protector*.

139. No obstante el tiempo transcurrido e innumerables debates de carácter doctrinal[99], nuestro más alto tribunal ha reiterado recientemente su criterio en el sentido de que no existe posibilidad de un control difuso de la inconstitucionalidad de las leyes, el que sólo puede plantearse por medio del amparo contra leyes, y exclusivamente ante los tribunales federales[100].

---

98. La bibliografía sobre las controversias constitucionales y su relación con el juicio de amparo, es muy amplia, debido a la la Suprema Corte ha resuelto a partir de 1995 varios conflictos importantes, por lo que nos limitamos a citar, por su amplitud, la obra de CASTRO, Juventino, *V., El artículo 105 Constitucional*, 3ª ed., Porrúa, México, 2000, pp. 55-122.

99. *Cf.*, el clásico estudio del ilustre constitucionalista mexicano MARTÍNEZ BAÉZ, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, nº 15, México, julio-septiembre de 1942, pp. 243-253.

100. *Cf.*, tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia, con el título "Control difuso de la inconstitucionalidad de las normas generales. No lo autoriza el artículo 133 constitucional", publicada en la Novena época del *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, agosto de 1999, tesis 74/99, p. 5.

140. La integración de los tribunales de la Federación establecida por el artículo 123 de la Constitución Federal de 1824, por jueces de distrito, tribunales de circuito y Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con el modelo norteamericano, no ha variado sustancialmente en su estructura, pero se ha modificado esencialmente en su composición. Hemos señalado anteriormente, que al introducirse el derecho de amparo para revisar la legalidad de las resoluciones judiciales de los tribunales del país, tanto locales como federales, se centralizó en estos últimos, y en última instancia en la Suprema Corte de Justicia, la decisión final de todos los asuntos judiciales (ver *supra* párrafo 68), lo cual fue calificado certeramente por el ilustre jurista mexicano Emilio Rabasa en los primeros años del siglo XX, como *tarea imposible*[101].

141. El Constituyente de Querétaro que expidió la Carta Federal vigente de 1917, consideró necesario reiterar el mismo sistema que se había practicado durante la vigencia de la Constitución anterior, aun cuando con algunas limitaciones, como la reducir a una sola instancia (en lugar de las dos anteriores), la tramitación del juicio de amparo contra resoluciones judiciales (ver *supra* párrafo 90). Por ello, la Suprema Corte de Justicia conservó su competencia de decidir en último grado la legalidad del procedimiento y del fondo de todos los asuntos judiciales del país. La evolución posterior hasta las modificaciones constitucionales y legales de 1988 y 1995, se destacó por el esfuerzo permanente, sin éxito apreciable, para reducir el rezago esencialmente en materia de amparo, que afectó a la Suprema Corte de Justicia de México.

142. En un principio se confió al Tribunal en Pleno del más alto tribunal el conocimiento del juicio de amparo, pero en pocos años, en las reformas constitucionales y legales de 1928 y 1934, se dividió la Suprema Corte primero en tres y posteriormente en cuatro Salas según la materia (penal, administrativa, civil y laboral), y se incrementó el número de sus magistrados, de los *once* originales a *veintiuno*, pero ello resultó insuficiente con el tiempo, y las modificaciones posteriores se orientaron esencialmente a la reducción del rezago, que como lo había previsto Emilio Rabasa, hacía imposible la tarea del más alto tribunal de la República.

143. Las modificaciones más importantes se efectuaron en 1951, al crearse los tribunales colegiados de circuito para auxiliar a la propia Suprema en el conocimiento del juicio de amparo, especialmente el relativo a la impugnación de las resoluciones judiciales, y se crearon varios circuitos en diversas regiones. Además, se estableció una Sala auxiliar de cinco magistrados, con lo cual el número de integrantes aumentó a veintiséis, pero únicamente los miembros de las cuatro Salas numerarias podían integrar el Tribunal en Pleno[102]. En pocos años esa modificación fue insuficiente, fue necesario cambiar los preceptos constitucionales y legales, en 1968, para realizar una nueva distribución de competencias, con el objeto de mantener en la Suprema Corte los asuntos judiciales de mayor importancia jurídica, económica y social, trasladando los demás a los tribunales colegiados de circuito, cuyo número aumentó para ser distribuidos en las regiones más importantes del país[103].

---

101. *El artículo 14*, *cit. supra* nota 57, Capítulo XIII, "la imposible tarea de la Corte", pp. 103-110.

102. Los citados tribunales colegiados integrados por tres magistrados, se inspiraron en los tribunales de circuito de apelación establecidos en los Estados Unidos en el año de 1891, también con el propósito de auxiliar a la Corte Suprema Federal en el conocimiento de los asuntos de competencia federal. *Cf.*, BRENT SWISHER, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de CHARNY, Hugo, Tomo I, Editorial Bibligráfica Argentina, Buenos Aires 1958, pp. 437-438.

103. *Cf.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Ochenta años de evolución del juicio de amparo mexicano", en la obra *Ochenta años de vida Constitucional en México*, UNAM, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México 1998, pp. 371-430, reproducido en el libro del autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit. supra* nota 7, pp. 727-793.

144. Esta evolución culminó con dos importantes reformas constitucionales y legales sobre la estructura del poder judicial federal, particularmente en cuanto su conocimiento de los juicios de amparo. En efecto, el 15 de enero de 1988 se modificó sustancialmente el conocimiento del derecho de amparo, de tal suerte que se atribuyó a la Suprema Corte de Justicia las competencia para conocer del segundo grado de los juicios de amparo en los cuales se planteara una cuestión estrictamente constitucional. Todos los demás asuntos en los cuales se discutiera un problema de legalidad, es decir aplicación de disposiciones legales ordinarias se trasladaron a los tribunales colegiados de circuito y cuyo número se incrementó de manera considerable lo mismo el número de circuitos, y se inició la especialización por materias de algunos de ellos. Lo anterior modificó la tradición implantada desde el siglo anterior en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia funcionaba esencialmente como un *tribunal federal de casación* y sólo en algunos conocía cuestiones directas de constitucionalidad. Debido a este cambio sustancial, aún cuando conservó su nombre tradicional, la Suprema Corte se transformó en un verdadero *tribunal constitucional desde el punto de vista material*[104].

145. Las reformas constitucionales y legales de 1995 consolidaron la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional, ya que por medio de ellas se redujo el número de magistrados de dicho alto tribunal, de *veintiséis* (veintiún numerarios y cinco supernumerarios) a *once*, número más próximo al de los integrantes de la mayoría de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales. Por otra parte la Corte conservó como función principal la de conocer en segundo grado de los juicios (la primera corresponde a los jueces de distrito y en casos excepcionales a los tribunales colegiados de circuito), en los cuales se plantearan cuestiones estrictamente constitucionales, y además se amplió la esfera de las llamadas *controversias constitucionales*, para comprender no sólo los conflictos de competencia entre las entidades federales, locales y municipales, sino también los llamados conflictos de *atribución* entre los órganos del Estado en sus diversos niveles, y además de introdujo una *acción abstracta de inconstitucionalidad* que pueden interponer el 33% de los integrantes de las legislaturas federales, locales y del Distrito Federal en sus respectivas esferas, y el Procurador General de la República en todos los casos (artículo 105 Constitucional, fracciones I y II, y su Ley Reglamentaria de 11 de mayo de 1995[105].

146. En forma muy resumida podemos afirmar que actualmente el conocimiento del juicio de amparo se divide en *dos grandes sectores*. El primero que podemos considerar como *estrictamente constitucional* corresponde en exclusiva a la Suprema Corte de Justicia en segunda instancia y el segundo relativo al *control de la legalidad secundaria*, que en su mayor parte implica la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, que se atribuye a los tribunales colegiados de circuito, distribuido en las ciudades más importantes del país, cuyo número se ha incrementado de manera considerable, y además un buen número de ellos se ha especializado por materias[106].

---

104. Entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Suprema Corte como Tribunal Constitucional", en los libros *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema mexicano. La reforma judicial de 1967*, y *Reformas constitucionales de renovación nacional*, ambos publicados en México, Porrúa, México 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente.

105. La bibliografía es muy amplia, por lo que citamos únicamente la obra reciente de CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional, cit., supra* nota 97, pp. 123-144.

106. El número actual de juzgados de distrito, tribunales colegiados y circuitos, 242 Juzgados de Distrito y 165 Tribunales Colegiados.

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?

Francisco José Eguiguren Praeli
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Si bien la incorporación de la acción de amparo en nuestro ordenamiento jurídico ha resultado indudablemente muy positiva, su utilización -como también ha sucedido en muchos otros países- no ha estado exenta de abusos y de groseras distorsiones. El accionar poco riguroso o hasta inescrupuloso en el uso de este proceso constitucional por parte de algunos litigantes y sus abogados, sumado a la complacencia o complicidad de algunos magistrados, sea por razones de desconocimiento técnico o de corrupción, han determinado que en no pocas ocasiones el amparo resulte manipulado y apartado de sus verdaderos cánones.

Por esta vía se han perpetrado severas violaciones al debido proceso, acompañadas de fallos sorprendentes o absurdos, todo lo cual ha contribuido a generar cierto desprestigio o perversión del amparo. Creemos que la solución a estos problemas depende, más que del dictado de nuevas leyes, de decisiones correctivas firmes y claras de nuestra jurisprudencia, abandonando el carácter errático y contradictorio que la ha venido acompañando.

De allí que en este trabajo pretendamos presentar, de manera necesariamente sintética, los alcances propios de la acción de amparo y su trasgresión a través de algunas de sus distorsiones frecuentes, así como ciertos criterios establecidos por la jurisprudencia a este respecto. Con ello esperamos contribuir a la construcción de un manejo más riguroso y adecuado del amparo, buscando que se mantenga leal a los verdaderos y nobles propósitos de le dieron origen y que justifican su presencia en nuestro ordenamiento procesal constitucional.

I. EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y ALCANCES

La Constitución Peruana de 1993 reconoce, en el inciso 3° de su art. 139°, como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, *la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.* Dicha norma constitucional guarda armonía con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, cuyos artículos 8° y 25° consagran las *Garantías Judiciales* y la *Protección Judicial*, respectivamente, como derechos fundamentales.

El derecho a la *tutela judicial efectiva*, a decir del profesor español González Pérez, comprende tres aspectos: a) un derecho de los justiciables de *acción,* consistente en el acceso libre, real, amplio e irrestricto a la prestación jurisdiccional del órgano competente del Estado; b) el derecho a que se observe un *debido proceso*, de conformidad con

las normas y prácticas vigentes, acorde para hacer posible la eficacia del derecho; y, c) que se dicte una resolución final en el proceso, arreglada a Derecho y dotada de un contenido mínimo de justicia, sentencia susceptible de ser *ejecutada con efectividad*, si es preciso coercitivamente[1].

Refiriéndonos específicamente al derecho al debido proceso, comenta Chichizola que *originalmente fue interpretado como una garantía procesal de la libertad en sentido lato, que impide que ninguna persona sea privada de sus derechos individuales sin tener la oportunidad razonable de ser oído, de defenderse y ofrecer pruebas en procedimiento regular, conforme a las formalidades establecidas por la ley y sustanciado ante un tribunal con jurisdicción para intervenir en la causa*[2].

El *derecho al debido proceso, o a un proceso justo,* supone pues para el justiciable la garantía de un *proceso regular,* es decir, que el procedimiento judicial deberá desenvolverse según lo previsto en las normas preestablecidas y las prácticas usuales, brindando así condiciones razonables a las partes para la presentación y resolución de sus pretensiones y de la actividad probatoria. Conforme explica Bustamante Alarcón:

> El derecho fundamental a un proceso justo o, si se prefiere, a un debido proceso, se presenta como el derecho a la justicia a través de un proceso o procedimiento, es decir, el derecho de todo sujeto de derecho a un proceso o procedimiento donde su inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos[3].

El derecho al debido proceso surgió como un instrumento de protección en contra de los abusos del poder; es el derecho a un juicio justo, también llamado derecho a un proceso regular. Se le reconoce como una garantía del proceso, que ha adquirido rango constitucional, integrada por todas las normas consagradas, expresa o implícitamente, en la Constitución y que cumple, ante todo, con una función garantista de los otros derechos fundamentales. Por ello, es reconocido también como *un derecho fundamental de carácter instrumental*, porque crea una esfera, para sus titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado, que obliga a este último a asegurar ciertas condiciones en todo proceso judicial. En ese sentido, Hoyos define al debido proceso como:

> …una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones indebidas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defenderse efectivamente[4].

Es necesario puntualizar que el debido proceso comprende dos aspectos: El primero de ellos es el *procesal* y está definido como las garantías legales de todo juicio; es decir, *toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado que, puede ser y de hecho es, en la mayoría de los casos jurisdiccional*[5].

---

1. *Cf.,* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El derecho a la tutela jurisdiccional"; Civitas, Madrid 1984, pp. 39 a 41.
2. CHICHIZOLA, Mario I., "El debido proceso como garantía constitucional"; en *Revista Jurídica Argentina La Ley*; Buenos Aires 1983 - C; pp. 911.
3. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, "Derechos fundamentales y proceso justo", Ara Editores; Lima 2001, p. 343.
4. HOYOS, Arturo, "El debido proceso"; Temis, Santa Fe de Bogotá 1996, p. 54.
5. SAENZ DÁVALOS, Luis, "La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"; en *Revista Peruana del Tribunal Constitucional* n° 1, p. 486.

El segundo aspecto del debido proceso es el *sustantivo o sustancial*. Es el derecho a que todo pronunciamiento del Estado, sea jurisdiccional, legislativo o administrativo, no afecte de modo irrazonable los derechos fundamentales. Esto quiere decir que el debido proceso lleva intrínseco un contenido de justicia o razonabilidad, que toda decisión formal supone. Corresponde, por lo tanto, no sólo a un instrumento sino también a una finalidad.

Reafirmando lo antes indicado, Juan Francisco Linares concuerda en que el debido proceso está integrado por estos dos aspectos y precisa:

> …a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos…
>
> b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta donde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual[6].

1. El debido proceso procesal

Está integrado por toda aquella estructura de principios y derechos reconocidos en la Constitución y demás normas que integran el ordenamiento jurídico y que corresponden a las partes como reconocimiento y defensa de sus derechos. De no respetarse, se vería vulnerado el ideal de justicia, que informa el Derecho. Por tanto, el debido proceso procesal no es otra cosa que el respeto dentro de todo proceso de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable al momento de conocerse su causa.

En ese sentido, Faúndez considera que si bien el derecho al debido proceso constituye un instrumento de protección en contra de los abusos del poder, cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad y rectitud de los procesos judiciales, explica también que -por su naturaleza misma- el debido proceso es un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes, que se refieren ya sea a la estructura y características del tribunal, al procedimiento que éste debe seguir, a sus principios orientadores y a las garantías con que debe contar la defensa[7].

Aporta también a la comprensión de los alcances concretos del debido proceso Chichizola, quien precisa que "debido proceso no es cualquier proceso sino el procedimiento regular, ante un tribunal permanente legítimamente constituido y competente para juzgar en el caso, desarrollado de acuerdo a las formalidades que prescribe la ley, que debe asegurar la posibilidad razonable de ejercer el derecho de defensa"[8]. Y agrega que la garantía constitucional del debido proceso implica:

---

6. LINARES, Juan Francisco, "Razonabilidad de las Leyes. El Debido Proceso como garantía Innominada en la Constitución Argentina"; Buenos Aires 1970; pp. 25 a 27.

7. *Cf.*, FAÚNDEZ, Héctor, "El derecho a un juicio justo" en *Las garantías del debido proceso*; NOVAK, Fabián y MANTILLA, Julissa, *Materiales de Enseñanza*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 138.

8. CHICHIZOLA, Mario I., *op. cit.*, pp. 912-920.

-La facultad que tiene toda persona de tomar conocimiento de la pretensión deducida en su contra, de ser oído en juicio, de defender sus derechos, de contar con asistencia letrada, de producir prueba y de obtener una sentencia que oportunamente resuelva la causa.

-La sustanciación del proceso ante el juez natural, es decir, ante el tribunal permanente designado por la ley antes del hecho de la causa, con exclusión de todo tipo de comisiones especiales.

-La observancia del procedimiento regular que establece la ley para el tipo de proceso del que se trate, el que debe asegurar la defensa de un juicio en forma razonable, la bilateralidad de la audiencia y la igualdad de las partes en el proceso.

Este mínimo de elementos, que integran el concepto del debido proceso, deben estar siempre presentes en todo el proceso, para hacer posible la concepción de justicia en el caso concreto. La aplicación de la justicia tiene alcance general a todo el ordenamiento legal, respecto de todos y cada uno de los que se encuentran vinculados a la Constitución, convirtiéndose el debido proceso en uno de los instrumentos a través de los cuales se hace posible su realización.

Reafirmando lo antedicho, De Bernardis[9] considera que existen algunos elementos indispensables que deben integrar el debido proceso, pero que éste -al mismo tiempo- constituye un concepto abierto a las necesidades concretas de cada sociedad y, por tanto, debe estarse complementando cada vez que resulte necesario. Sin embargo, distingue que para que cualquier proceso pueda ser calificado de debido, se requiere que el mismo proporcione al individuo la razonable posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada en Derecho**.**

2. El debido proceso sustantivo

Tal como lo señalamos inicialmente, el debido proceso sustantivo es el patrón o estándar utilizado como garantía de la libertad jurídica incluso contra el legislador. No es una concepción abstracta de la que se pueda extraer conclusiones absolutas, aplicables a todo tiempo y lugar; se trata de un estándar para guiar al tribunal, que debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, lugar, y de opinión pública donde el acto tiene efecto.

El debido proceso sustantivo constituye un verdadero ideal de justicia. Exige, conforme anota Bustamante Alarcón, *que* "todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez"[10]. *Es decir, es una exigencia de razonabilidad que debe guiar todos los actos de la autoridad y, como tal, es el que informa todas las modalidades del proceso.*

El principio de razonabilidad, en palabras del maestro Bidart Campos, "se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia (…) nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley *razonable* no manda, ni privado de hacer lo que la ley *razonable* no prohíbe[11]; exigiendo que cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales res-

9. DE BERNARDIS, Luis Marcelo, *La garantía Procesal del Debido Proceso*, Cultural Cuzco, Lima 1995, pp. 286-397.

10. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *obra citada*; p. 205.

11. BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema -El Tribunal de Garantías Constitucionales*, citado por BUSTAMENTE, Reynaldo, *op. cit.*, p. 166.

ponda a un *fin lícito* y que los medios utilizados para conseguirlo sean *proporcionales* (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula)[12], *conforme precisa* Bustamante.

Aclara Recasens Siches *que* la razonabilidad no debe confundirse con la racionalidad. *La razonabilidad* "alude a un juicio de valores, intereses o fines involucrados (…) es la lógica de la conducta humana y por tanto, la aplicable en el terreno jurídico"[13]. *Mientras que la segunda se refiere al respeto de las reglas y principios de la lógica. Esta afirmación no resta importancia a los principios lógicos como parámetros de control de la validez o eficacia de un acto, norma o decisión, pues tal como lo afirma* Bustamante, "así como el derecho proscribe las decisiones arbitrarias, rechaza también las decisiones absurdas. Sin embargo, esto no significa que la aplicación de dichos principios deba realizarse mecánicamente, sin una conexión con las circunstancias particulares de cada caso, pues de ser así una aplicación rígida podría llevarnos también a un resultado absurdo, resultando aquel que precisamente se quería evitar"[14].

Concluyendo sobre este punto, el debido proceso sustantivo es aquel *razonablemente estructurado para averiguar la verdad.* Está relacionado principalmente con el respeto a la dignidad humana, lo que supone que deba darse a la persona ocasión de manifestarse antes de que el juez tome una decisión en un asunto que le concierne. Además, es importante destacar que el principio de razonabilidad sólo se configura si se ha procedido a un adecuado equilibrio entre los distintos derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

II. ALGUNAS DISTORSIONES FRECUENTES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO

1. La ausencia de un derecho constitucional "Líquido y Cierto" directamente afectado

La acción de amparo está contemplada como una *garantía constitucional* en el inciso 2° de artículo 200º de la Constitución Peruana de 1993. Tiene por objeto proteger los derechos constitucionales (distintos a la libertad personal) cuando son vulnerados o amenazados mediante actos u omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona particular. La doctrina más influyente ha precisado que debe tratarse de un derecho que tenga la característica de ser *cierto y líquido*, es decir, que resulten nítida y plenamente acreditadas la naturaleza constitucional del derecho alegado, la calidad de su titular y la afectación que sufre dicho derecho.

En consecuencia, el accionante del amparo debe ser titular de un derecho constitucional, lo que implica que *el derecho alegado debe tener directo reconocimiento en el texto de la Constitución* y no que se trate de un derecho de origen o base legal. Asimismo, *la titularidad de este derecho debe estar plenamente acreditada*, es decir, que no requiere de probanza adicional ni está sometida a controversia o entredicho.

12. BUSTAMANTE, Reynaldo, *op. cit.*, p. 166.
13. RECASENS SICHES, Luis, "Tratado general de filosofía del Derecho"; citado por BUSTAMANTE, Reynaldo: *op. cit.*, p. 162.
14. BUSTAMANTE, Reynaldo, *op. cit.*, p. 164.

El carácter *líquido y cierto* del derecho constitucional, cuya protección es objeto de acción de amparo, implica que su exigibilidad y la vulneración alegada sean también nítidas, actuales y manifiestas, sin necesidad de tener que recurrir para acreditarlas a una mayor probanza de hechos ni al esclarecimiento previo de situaciones jurídicas complejas o controvertidas. Y es que *el amparo no puede utilizarse para declarar o establecer la existencia de un derecho o su titularidad aún inciertas*; su finalidad es proteger y preservar un derecho constitucional cierto, constituido e inobjetable, que viene siendo objeto de una vulneración arbitraria y también manifiesta. Tampoco resulta procedente en nuestro sistema jurídico la utilización del amparo para la defensa de un derecho cuya fuente de origen es de índole legal y no constitucional.

2. La inexistencia de un asunto estrictamente constitucional en el derecho afectado

Otro problema recurrente en gran cantidad de acciones de amparo, ha sido que a pesar de invocarse un derecho efectivamente constitucional, la afectación alegada no está referida a un aspecto susceptible de ser comprendido dentro del contenido o ámbito de protección constitucional de dicho derecho. La distorsión consiste en extender indebidamente el contenido y alcances de un derecho reconocido en la Constitución, refiriéndolo a situaciones que, si bien guardan alguna relación o se *derivan* de un derecho constitucional, escapan a temas o problemas realmente constitucionales y se vinculan a aspectos regulados o resueltos por la vía legal y los procesos judiciales ordinarios o especiales. Por esta vía, se lleva al amparo el debate de cuestiones impropiamente *constitucionales*, que pueden y deben ventilarse a través de otra naturaleza de procesos.

Son ilustrativas de estas distorsiones, situaciones como las siguientes: Pretender incluir dentro del ámbito de protección constitucional del derecho a la libertad de asociación, la resolución de conflictos internos entre los miembros de una asociación o discusiones entre los socios de una empresa relacionadas con el control de los órganos de gestión institucional o los acuerdos adoptados en éstos. Asimismo, considerar que dentro de la libertad de contratación se puede llevar a sede constitucional discrepancias acerca de la resolución, cumplimiento o ejecución de un contrato, aspectos que corresponde dilucidar en procesos civiles o comerciales. También buscar involucrar en la protección constitucional del derecho de propiedad temas como disputas sobre el arrendamiento de un bien, su transferencia o titularidad. O sostener que la libertad de trabajo sirve como fundamento para discutir medidas como la racionalización de las rutas de transporte público de pasajeros o el trabajo ambulatorio en la vía pública.

Para evitar el desvío o *avalancha*, indebida e inconveniente, hacia el amparo de asuntos que deben resolverse por otras vías procesales, se impone que la jurisprudencia Interprete y delimite el contenido esencialmente *constitucional* de determinados derechos consagrados en la Constitución, sobre todo cuando reciben una mención muy amplia y genérica en la Carta. Es de lamentar que ello, en general, no se haya logrado, sobre todo porque muchos de los fallos del propio Tribunal Constitucional terminan centrándose en el análisis de aspectos vinculados con hechos, antes que a la interpretación y delimitación de los alcances y contenido del derecho en discusión. Ello, sin duda, facilita, la utilización irresponsable y antojadiza del amparo, para discutir en esta vía aspectos que no son realmente *constitucionales* del derecho reclamado.

3. La discusión en el amparo de asuntos cuyo esclarecimiento requiere mayor probanza y debate judicial

Conforme advierte el distinguido maestro argentino Néstor Pedro Sagüés, "*el amparo no es para entender conflictos complicados, ya que requiere que la lesión de la Constitución sea inequívoca, sin necesidad de un estudio largo o prolongado de los hechos, ni de amplio debate y prueba*"[15]. Por ello, con toda claridad, excluye de los asuntos que pueden ventilarse y dilucidarse a través de una acción de amparo las denominadas "*causas sujetas a una mayor amplitud de debate o de prueba*", que serían:

> …aquellos actos cuyo juzgamiento (en terminología legal, cuya determinación de invalidez) exige una mayor amplitud de prueba, que la estatuida por el breve trámite del amparo (complejidad fáctica) (...) aquellos que requieren de un aporte de pruebas superior al que puede normalmente rendirse en un proceso breve como es el del amparo (...)
>
> Debe reiterarse que el amparo estudia conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. En consecuencia, la acción no se habilita para hechos o actos que no padezcan de notoria invalidez. Hay, sin embargo, un discreto análisis (fáctico, normativo y axiológico) en el amparo, y por tanto no se excluye de él algunos mecanismos probatorios mínimos y un rápido juzgamiento de constitucionalidad. Pero, no más, si el asunto es realmente intrincado, deberá remitirse a otro tipo de procedimiento[16].

En consecuencia, en el amparo debe analizarse la violación de un derecho constitucional que aparece manifiesta, clara y directa, es decir, que no se basa en conjeturas ni interpretaciones que conllevan suposiciones o presunciones opinables. *La acción de amparo no es pues el escenario procesal donde deben ni pueden ventilarse asuntos que suscitan controversias de hechos o necesidad de probanza compleja*, aspectos reservados para su tratamiento y resolución a procesos de conocimiento o especiales, donde existe la posibilidad de discutirlos y probarlos con amplitud.

La doctrina nacional y extranjera son claras a este respecto; incluso nuestro Tribunal Constitucional así lo ha establecido en algunos casos. En el expediente N° 392-93-AA/TC, en el amparo interpuesto por la empresa Universal Textil contra el Ministerio de Trabajo, la sentencia del 16 de junio de 1997 dispuso en sus fundamentos: "*Que la vía del Amparo por su naturaleza sumaria, carente de estación probatoria, no es la idónea para ventilar asuntos que requieren de actuación de pruebas, como es el presente caso...*"

Este mismo criterio fue desarrollado, de manera más extensa, por el propio Tribunal Constitucional con ocasión del expediente N° 036-95-AATC, en el amparo promovido por Moisés Salcedo contra el alcalde de Chincha, alegando la violación de su derecho de propiedad y la suspensión de los actos de demolición que la municipalidad venía realizando sobre un inmueble. La sentencia, del 30 de junio de 1997, estableció en sus fundamentos:

> Que, en este sentido, entiende este Colegiado que para poder entrar a dilucidar si la realización de un acto de la entidad demandada, como es la demolición que ha sido practicada, puede o no ser caracterizada de lesiva a un derecho constitucional, como es el de propiedad, es exigible que, previamente, el actor acredite de manera cierta e inequívoca la condición de ser titular del derecho que estima conculcado o amenazado de violarse. Que en el caso de autos, tal condición no aparece determinada de manera cierta e inequívoca (...) Que, todos estos hechos, llevan a este

15. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo*; tercera edición, Astrea, Buenos Aires 1991, p. 246.
16. *Ibidem*, p. 325.

> Colegiado a estimar que, dada la naturaleza sumarísima del proceso de amparo, donde se encuentra vedado la dilucidación de situaciones controvertibles donde la determinación de la violación de un derecho constitucional suponga, necesariamente, el tránsito de una mínima estación probatoria, impide que este Tribunal Constitucional, en forma objetiva y responsable, pueda pronunciarse sobre extremos de la litis...

Similar posición reafirmó el Tribunal Constitucional con ocasión del recurso extraordinario interpuesto por Américo Crescencio León (Exp. N° 188-99-AA/TC) en el proceso de amparo instaurado contra el Alcalde de la Municipalidad de Independencia y otros. La sentencia expresa en el tercer fundamento:

> Que en el presente caso, por falta de elementos de juicio suficientes, llegar a deslindar la cuestión controvertida demandaría la actuación de pruebas, lo que no es posible en los procesos de garantía como el presente, que por ser de naturaleza especial y sumarísima, carecen de estación probatoria, razón por la cual la Acción de Amparo no es la vía pertinente.

El *amparo tiene pues una naturaleza procesal residual*, es decir, que su uso resulta pertinente sólo ante la inexistencia o insuficiencia (carencias o limitaciones) de los procesos ordinarios o especiales disponibles o previstos para brindar igual protección a los derechos o pretensiones alegadas. No pueden discutirse en el amparo asuntos controvertidos, cuya dilucidación exige de una etapa probatoria y de posibilidades de mayor debate y contradicción.

Debemos recordar que en el amparo, atendiendo a su naturaleza; el artículo 13° de la Ley N° 25398 establece la inexistencia de una etapa probatoria en el proceso y señala: "En las acciones de garantía no existe etapa probatoria, lo que no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias que el juez considere necesario realizar sin dilatar los términos…"

Acogiendo el principio que venimos comentando, en el expediente N° 173-96, promovido por la Asociación Salvemos Miraflores contra la Municipalidad de dicho distrito, referido a la armonización del Proyecto Parque Salazar y Zona Costanera, alegando que las construcciones a efectuarse interferían en el paisaje y los acantilados, la Sala Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima rechazó el amparo sosteniendo que se trataba de hechos sujetos a mayor probanza, ajenos a la naturaleza de esta acción, señalando en su considerando tercero que tales hechos:

> …deben ser materia de probanza que permitan determinar la eficacia y validez legal de los actos administrativos que sustentan la Resolución que se cuestiona en este acción de garantía constitucional, procedimiento que no es posible en la vía de acción de amparo por no contemplarse en ella la etapa probatoria, no resultando por ello idónea para dilucidar la pretensión de los accionantes, máxime si existen otras vías para conocer el asunto controvertido.

A pesar de los claros criterios fijados en estos fallos, han existido innumerables acciones de amparo donde los jueces y tribunales admitieron la tramitación y resolvieron por esta vía asuntos cuyo esclarecimiento requería de compleja probanza de hechos y debate de cuestiones técnicas. Pueden así señalarse entre los muchos casos *curiosos* de distorsión diversos amparos promovidos por una empresa minera, donde consiguió la inaplicación judicial (por supuesta violación de un derecho constitucional) de una norma de un Reglamento para Operaciones Periciales Mineras, alegando que el procedimiento técnico establecido para la realización de diligencias de verificación de enlace geodésico de las concesiones mineras utilizando coordenadas UTM, producía una variación o desplazamiento de la ubicación en el terreno de las concesiones.

4. La inaplicación judicial de normas "inconstitucionales"

Conviene tener presente que en el segundo párrafo del inciso 2 del art. 200° de nuestra Constitución se establece que la acción de amparo "no procede contra normas legales". Sin embargo, en el art. 3° de la Ley N° 23506 se precisa respecto al hábeas corpus y el amparo que "las acciones de garantía proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento". Y, en forma complementaria, el art. 5° de la Ley N° 25.398 agrega: "Las resoluciones recaídas en las acciones de garantía, tratándose del supuesto del artículo 3° de la Ley, no derogan ni anulan las normas, sino que únicamente se limitan a declarar su no aplicación al caso concreto. Lo resuelto en definitiva en estos casos servirá como precedente para situaciones análogas".

En consecuencia, conviene dejar en claro que lo que no procede una acción de amparo interpuesta directamente contra una ley o norma general para cuestionar su constitucionalidad; pero si resulta procedente el amparo contra un acto u omisión que se sustentan en la aplicación de una ley o norma que resulta inconstitucional, debiendo la resolución estimatoria disponer la inaplicación al caso concreto de la norma contraria a la Constitución. Con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 138° de la Constitución, que dispone: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

Pero dado que el control de la constitucionalidad de las normas resulta fundamental en un Estado de Derecho y que la declaración de inconstitucionalidad e inaplicación de una norma reviste especial trascendencia jurídica y política, el manejo de esta asunto debe realizarse con particular cuidado. Por ello, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en la Segunda de sus Disposiciones Generales, consagra un principio rector en materia de la evaluación de la posible compatibilidad constitucional o declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, que no es otro que el de *interpretación conforme a la Constitución*, criterio ampliamente recogido de la doctrina y jurisprudencia predominante de los principales tribunales constitucionales. Así, la referida norma dispone:

> Interpretación judicial conforme a la Constitución:
>
> *Segunda*.- Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

De esta norma surge un mandato para los jueces y tribunales, que debe guiar su actuación y razonamiento al momento de evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de una norma respecto de la Constitución, y antes de pronunciarse declarando su eventual inconstitucionalidad. Así, deberán tener en cuenta lo siguiente:

> -En primer lugar, que existe una *presunción de constitucionalidad* que asiste inicialmente a toda norma legal, que sólo queda desvirtuada cuando la inconstitucionalidad de su contenido resulta manifiesta o insalvable; es decir, cuando no hay manera de interpretar la norma de modo que sea compatible con la Constitución.
>
> -En segundo lugar, el juzgador debe realizar el esfuerzo de analizar todas las distintas posibilidades de interpretación que surgen de la norma, a fin de tratar de encontrar alguna que resulte compatible con la Constitución. Si la hay, está en la obligación de escogerla y aplicarla para salvar la constitucionalidad de la ley. Sólo tras fracasar en este esfuerzo, *al no ser posible encontrar*

algún sentido de interpretación (razonablemente admisible) que haga la norma compatible con el texto constitucional, se procederá a declarar al precepto inconstitucional.

Es de lamentar que en numerosos procesos de amparo se haya demandado, con escaso rigor y sustento, la supuesta inconstitucionalidad de ciertas normas y actos, solicitando la inaplicación de la ley o norma cuestionada. Pero más grave resulta que, en no pocos casos, las decisiones judiciales, sin seguir el camino de interpretación antes esbozado ni ofrecer un análisis fundamentado y solvente, hayan acogido la *inconstitucionalidad* alegada. Queremos dejar en claro que consideramos indispensable que los tribunales actúen con firmeza y valentía en defensa de la Constitución y en la preservación de la constitucionalidad de las leyes, pero también que esta labor de control debe ejercerse con seriedad, ponderación y sustento jurídico.

III. PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN PROCESOS DE AMPARO DONDE SE HA VIOLADO EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

La Constitución, en el inciso 2 del artículo 200°, hace procedente la acción de amparo contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera los derechos constitucionales distintos a la libertad personal; ello incluye dentro de los ámbitos protegidos por el amparo los actos y resoluciones dictados por los jueces y tribunales. Sin embargo, la propia norma constitucional expresamente señala *la improcedencia de esta acción "contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular"*.

Este criterio está desarrollado en el inciso 2 del art. 6° de la ley N° 23506, que establece que *"no proceden las acciones de garantía contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular*". Se complementa con la precisión del art. 10° de la Ley N° 25398, que señala: *"Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2) del artículo 6° de la Ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen. No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular"*.

En consecuencia, la Constitución y la ley procesal hacen procedente la acción de amparo para cuestionar también resoluciones judiciales, *siempre que estemos ante actos o decisiones judiciales que se realizan fuera de un proceso o en el marco de un proceso irregular, es decir, en el que se violan las reglas básicas del debido proceso*. Ello es congruente con lo dispuesto en el art. 139°, inciso 3° de la Constitución, que consagra -como ya hemos recordado al empezar este trabajo- dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, *"la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"*.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 7 de abril del 2000, en el proceso seguido por Moisés Widauski Cohen contra la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Exp. N° 921-98-AA/TC) confirmó que *la acción de amparo en contra de resoluciones judiciales sólo puede entablarse para cuestionar vulneraciones al debido proceso y no para volver a revisar el asunto de fondo resuelto en la litis*. Así, en el cuarto de sus considerandos, señaló:

> Que, conforme lo ha señalado este Tribunal en reiterados pronunciamientos, tratándose de una resolución emitida en un proceso judicial lo único que resulta amparable en la vía procesal constitucional es la trasgresión manifiesta al derecho al debido proceso, el cual puede ser definido como aquel derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar el respeto de un conjunto de principios procesales para que una causa ventilarse y resolverse en justicia, es decir, cuando un proceso ha sido absolutamente irregular.

Esta resolución guarda coherencia con anteriores pronunciamientos del TC, como el dictado con ocasión del amparo promovido por Marina Ojeda viuda de Cáceres contra el Segundo Juzgado Civil de Arequipa (Exp. N° 611-97-AA/TC) en cuya sentencia (del 2-9-97) se precisa en el noveno de sus considerandos que: "el que el amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso, característica que permite identificar cuándo se está o no frente a un proceso regular".

Puede entonces concluirse que *la acción de amparo será plenamente procedente frente a resoluciones judiciales que configuren violaciones al derecho a un proceso justo o debido proceso*. Aunque ello es claro, resulta tremendamente polémico el tema cuando la resolución judicial violatoria del debido proceso es una dictada paradójicamente en un proceso de amparo. Ello obliga a esclarecer la eventual procedencia del *amparo contra otro amparo*.

¿Pero, para empezar, cuándo nos encontraríamos ante una resolución, dictado en una acción de amparo, que nos coloca frente a una violación del derecho al debido proceso y lo convierte en un proceso irregular? Sostiene Domingo García Belaunde, que sería procedente un amparo incluso contra lo resuelto en otro amparo, siempre que estemos ante casos donde:

> a) Se trate de amparos que versaron sobre materia controvertible, esto es, que debieron haber sido dilucidados en la vía adecuada.
>
> b) Se trata de amparos que se iniciaron sin agotar la vía previa correspondiente, que en este caso era la administrativa, ya que no existía amenaza grave ni inminente.
>
> c) Se trata de amparos que no tienen ningún soporte procesal ni procedimental, esto es, no se constituyen sobre un proceso ni sobre un procedimiento que les sirva de base, sino que se arman con el solo dicho de las partes y con alguna documentación, pero nada más. Con lo cual, el resultado resulta frágil.
>
> Y sobre esta base, la doctrina todavía incipiente y una discreta tendencia jurisprudencial, señalan que, en estos casos, el amparo contra un amparo es perfectamente procedente[17].

La magnitud y trascendencia de este tipo de violaciones al debido proceso procesal, sin importar que se hayan producido en un proceso de amparo, nos colocarían ante una actuación y decisión judicial a todas luces irrazonable y arbitraria, que configuraría también una vulneración al debido proceso sustantivo o sustancial. Tomando en cuenta que el principio de razonabilidad, que sustenta el derecho fundamental al debido proceso, se refiere a que los actos del órgano jurisdiccional no sean arbitrarios, que respondan a un fin lícito y que además cuenten con medios proporcionales cuando se involucre a derechos fundamentales, encontramos evidente la trasgresión al debido proceso sustantivo cuando se admite y declara fundadas demandas que mostraban vicios de improcedencia desde el momento de su presentación.

---

17. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El amparo contra resoluciones judiciales de cualquier tipo", *Informe profesional*, del 28 de marzo del 2001; p. 12.

Es por todo ello que consideramos plenamente justificada la procedencia del amparo contra las resoluciones dictadas en procesos de amparo de carácter irregular. Ciertamente esta procedencia *exige un tratamiento prudente y admisión excepcional*, para evitar que pudiera producirse en el ámbito judicial una situación caótica e irracional, en desmedro de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica. Por ello encontramos muy pertinentes los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 612-98-AA/TC, cuya sentencia del 29 de abril de 1999 (publicada el 14 de septiembre de 1999) acepta la procedencia del amparo contra lo resuelto en otro amparo siempre que:

> -Sea admitido sólo de manera muy excepcional, en atención a las circunstancias de indefensión que generaría su rechazo.
>
> -Se trate de sentencias dictadas en procesos de amparo que no hayan llegado ante el Tribunal Constitucional, pues éste es la última y más alta instancia en materia de procesos constitucionales, cuyas resoluciones tienen el carácter de cosa juzgada.
>
> -El ámbito del examen se halla circunscrito únicamente a actos lesivos al derecho al debido proceso o alguno de sus atributos, evaluándose en cada caso si ello afecta o no su contenido esencial. Por lo tanto, en el proceso no se entra a analizar ni merituar el fondo del asunto anteriormente resuelto en el amparo.
>
> -De verificarse el carácter irregular del proceso de amparo, se puede disponer únicamente que éste sea retrotraído al estado anterior al que se produjo la irregularidad[18].

IV. REFLEXIONES FINALES

La gravedad de ciertas transgresiones al debido proceso, determina que lo resuelto en muchos amparos no pueda ser considerado razonablemente como emanado de procesos regulares ni que las sentencias dictadas reúnan los requisitos adecuados para ser calificadas como cosa juzgada.

Siempre hemos sido reacios o, cuando menos, muy cautos cuando se trata de admitir la procedencia del amparo contra la resolución judicial final dictada en otro proceso de amparo. Sin embargo, estamos convencidos que su utilización debe permitirse en casos excepcionales, donde esté claro que nos encontramos ante una manifiesta violación del debido proceso, a fin de no convalidar decisiones judiciales arbitrarias y carentes de razonabilidad. Negar su procedencia, en tales circunstancias, supondría condenar al justiciable no sólo a aceptar una decisión injusta y resignarse a la indefensión, sino que implicaría asignarle al órgano jurisdiccional un papel pasivo y complaciente que no se condice con la función que le corresponde en un Estado de Derecho.

Somos conscientes de los riesgos y perversiones que pueden surgir de una inadecuada e irracional utilización "del amparo contra otro amparo". Sin embargo, en este como en otros temas, corresponde al Poder Judicial pero particularmente al Tribunal Constitucional disciplinar -a través de la jurisprudencia- los casos excepcionales donde debe admitirse y concederse eficacia a dicha acción.

En un asunto delicado como éste, no pueden admitirse posturas *facilistas* que nieguen genéricamente la procedencia de esta acción, ni tampoco las que pretenden concederla con excesiva amplitud. Lo sensato y coherente es dejar en manos del máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional su apreciación y aplicación excepcional y pon-

18. *Ibidem*, p. 14.

derada, cuando resulte notoriamente imprescindible en salvaguarda de la prevalencia del debido proceso y de la supremacía de la justicia.

Se sostiene también que admitir la procedencia del amparo contra sentencias recaídas en procesos de amparo vulnera principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica. Debe quedar claro que estos principios son fundamentales dentro del sistema jurídico de un Estado de Derecho, pero no constituyen un fin en sí mismo ni pueden prevalecer frente a valores -sin duda superiores- como el respeto al debido proceso y la realización de la justicia en el caso concreto.

Reconocer a la seguridad jurídica como elemento de estabilidad del sistema jurídico y judicial de un Estado Democrático de Derecho, está lejos de implicar que cualquier resolución judicial final debe constituir *cosa juzgada* o preservarse inalterable, sin importar que pueda haber sido dictada prescindiendo de las reglas básicas del debido proceso procesal o sustantivo, o que su contenido resulte manifiestamente violatorio de la Constitución o de la justicia.

La auténtica seguridad jurídica debe suponer asegurar a los justiciables que no adquirirán firmeza o aceptación los fallos dictados con manifiesta violación del debido proceso procesal o sustantivo. Debe brindárseles la absoluta certeza que las resoluciones judiciales emanadas de procesos irregulares, donde se ha vulnerado las reglas del debido proceso, podrán ser siempre revisadas y revocadas. Tolerar su permanencia no es otra cosa que consentir y actuar con tibieza o complacencia frente a decisiones judiciales arbitrarias e irrazonables.

Nuestro país ha emprendido un proceso crucial y decisivo para superar la nefasta experiencia de un sistema judicial que fue intervenido y capturado por el poder político, al servicio de un régimen autoritario y corrupto como el fujimorista. Borrar dicha etapa oscura de nuestra historia reciente, impone enviar a la sociedad un mensaje ético firme y nítido desde el órgano jurisdiccional, que cree confianza en los justiciables de que las resoluciones emanadas de procesos irregulares, donde se ha violado manifiestamente las reglas del debido proceso, serán pasibles de revisión y modificación por el Tribunal Constitucional.

La constatación del carácter irrazonable y arbitrario de resoluciones dictadas en procesos de amparo, violatorias del debido proceso procesal y sustantivo, amerita plenamente la procedencia de la acción de amparo para cuestionarlas, dentro de los parámetros excepcionales que viene señalando incipientemente la doctrina y jurisprudencia nacional. No permitirlo implicaría que el Tribunal Constitucional, a pesar de encontrar evidencia de graves violaciones al debido proceso en un caso concreto, se reconozca incapaz de corregir tal injusticia y de afianzar el rol garantista que le corresponde en la preservación de los derechos fundamentales, verdadero sustento de una sociedad democrática y libre y de un sistema judicial autónomo e independiente.

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO

Jorge Córdoba Ortega
Profesor de la Universidad de Costa Rica

PRÓLOGO

En primer término debo agradecer al Dr. Alfredo Arismendi, Director del Instituto de Derecho Público; al Dr. Jesús Caballero Ortiz, Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo, ambos de la Universidad Central de Venezuela; y a la Ab. María Cecilia Barrientos de Michelena, Coordinadora de este libro, el honor y la gentileza de haberme invitado a participar en esta obra Homenaje al Maestro Allan Brewer-Carías. Del mismo modo, agradezco al Instituto de Derecho Público venezolano la oportunidad que me brinda de plantear algunas ideas sobre el *Recurso de Hábeas Data*, tema de relevancia dentro del Derecho Público Latinoamericano.

Tuve la oportunidad de conocer al Prof. Brewer-Carías, en razón de su participación tanto en el Seminario Taller sobre "Impacto de la Oralidad en el Derecho Procesal" auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer y la Corte Suprema de Justicia (marzo del 2001); como por su asistencia a las sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en San José, Costa Rica. De previo habíamos leído algunos de sus libros y ensayos que mostraban la gran calidad personal e intelectual del profesor. Pretender hacer un recuento de la obra del Prof. Brewer-Carías es ambicioso, pero haremos mención a continuación de algunos aspectos de su importante carrera profesional y académica.

El Profesor Allan R. Brewer-Carías, nació en Caracas, Venezuela en el año de 1939. Recibió el título de Abogado en 1962 con mención Summa Cum Laude y el Doctorado en Derecho en 1964 igualmente con mención Summa Cum Laude, ambos en la Universidad Central de Venezuela. Realizó estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de París. Desde 1963 es Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, donde ha sido investigador durante 27 años y Director del Instituto de Derecho Público en la misma Universidad. Se ha desempeñado como Coordinador Fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, donde actualmente es profesor.

Además el Dr. Brewer-Carías ha sido profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estransburgo; fue Profesor en el Master en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, Inglaterra y Profesor asociado en el Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad de París II Panteón-Assas y París X Nanterre. Igualmente ha sido Profesor en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Es Past-Fellow del Trinity College, Cambridge, Inglaterra e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.

Es Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España; de la Universidad Carlos III de Madrid y de la Universidad Católica del Táchira. Profesor Honorario de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Universidad Externado de Colombia de Bogotá; de la Universidad de Mendoza, Argentina y de la Universidad Católica del Táchira. Ha ocupado diversos cargos en el Sector Público de Venezuela entre los cuales podemos mencionar: Contralor Delegado en la Contraloría General de la República (1964); Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral (1965-1969); Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972) y Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994). Además ha sido, Senador por el Distrito Federal (1980-1983) y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999). El Profesor Brewer-Carías ha sido coautor de importantes leyes administrativas. Es Director Fundador de la Revista de Derecho Público, publicación trimestral editada por la Editorial Jurídica Venezolana desde 1980.

Es indudable que uno de los legados que lo distinguen como un excelente jurista y escritor tanto a nivel nacional como internacional, es su innumerable producción jurídica, en donde tiene más de cien libros en materias jurídicas, políticas y administrativas, editados en diversas ciudades como: Caracas, Bogotá, Bruselas, París, Madrid y Cambridge. Tiene más de seiscientos estudios monográficos en publicaciones jurídicas y de ciencias políticas y administrativas especializadas y obras colectivas, nacionales y extranjeras. Algunos de sus libros más recientes son: Los Derechos Humanos en Venezuela: Casi 200 años de Historia (1990); La Constitución y sus Enmiendas (1991); Reflexiones sobre la Revolución Americana (1976) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno (1992); El Amparo a los Derechos y Libertades Constitucionales. Garantías. Una aproximación comparativa (1993); Las Constituciones de Venezuela (1997); Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional (1999); Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (1999); La Constitución de 1999 (1999); El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999; Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (2001); La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013, Caracas-San José 2001; Reflexiones sobre el constitucionalismo en América (con una Biblio Verbi Grafia del autor), Caracas (2001), entre otros. En Costa Rica, son conocidas muchas de sus obras, pero interesa resaltar el ensayo "Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica", publicado en la Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, por su calidad y análisis en los principios que rigen a una leyes de mayor importancia en nuestro país.

Este impresionante aporte a la Ciencia Jurídica que nos brinda el Maestro Allan Brewer-Carías, y su gran trayectoria académica y profesional, es lo que nos motiva con gran entusiasmo a participar de su Libro Homenaje y nos hace reflexionar sobre aquellos hombres que pasan por el mundo, y dejan su huella y enseñanzas para las nuevas generaciones. El Profesor es una de estas personas, que han dedicado su vida a la investigación y a la docencia, dándonos la oportunidad de conocerlos a través de sus obras y de seguir su ejemplo.

I. INTRODUCCIÓN

En el año de 1996, se presentó a la Asamblea Legislativa de Costa Rica una iniciativa que pretendía incorporar el recurso de Hábeas Data al ordenamiento jurídico. Pese a que

la iniciativa fue archivada en el año 2001, el tema no perdió importancia. Este proyecto de ley sentó un precedente para la discusión tanto de forma como de fondo, sobre la necesidad de incorporar este mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Este ensayo retoma dicha discusión y elabora un análisis doctrinal, jurisprudencial y legislativo sobre el tema con el fin de mantener su vigencia, sobre todo en una época en que la sociedad tecnológica e informática asume espacios que eran propios del ser humano en su integridad y en donde se hace necesaria la aprobación de este tipo de propuestas. Del mismo modo, interesa comprobar en este estudio que pese a que el recurso de hábeas data no se encuentra incorporado en la legislación costarricense, la protección de los derechos fundamentales que cubre, entre otros, la autodeterminación informativa, la intimidad, reputación, y honor de las personas, se presenta a través del recurso de amparo, el cual ha venido a suplir ese vacío jurídico y procesal que encontramos para su defensa. Pese a lo anterior algunos expertos consideran que el recurso de hábeas data se asemeja más al recurso de hábeas corpus. Este último punto lo analizaremos al estudiar las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

La necesidad de incorporar un instrumento procesal de características tan especiales como lo es el Hábeas Data, en razón de los derechos fundamentales que protege constituye sin lugar a dudas, una de las innovaciones más interesantes que se presentan en la actualidad jurídica nacional e internacional. Este se constituye en un instrumento que tiene su origen en el desarrollo tecnológico y científico que han alcanzado nuestras sociedades en el manejo y manipulación de la información y bases de datos, sobre todo en el sentido de evitar un manejo ilimitado de esta información que puede traer consigo la afectación de derechos personalísimos o derechos relacionados con la intimidad, reputación y honor de las personas.

En el ordenamiento jurídico costarricense encontramos el recurso de amparo, que es el medio procesal de relevancia constitucional por excelencia que utilizan los ciudadanos para proteger sus derechos fundamentales, incluyendo dentro de estos los referentes a los derechos (intimidad y autodeterminación informativa) que dan lugar al Hábeas Data a nivel doctrinal.

Con el objetivo de llenar este vacío dentro de la legislación se presentó el proyecto de ley de "Adición de un nuevo capítulo IV, denominado "Del recurso de Hábeas Data", al Título III, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley Nº 7135 del 19 de octubre de 1989" (en adelante, Expediente Nº 12827), elaborado por el Diputado Constantino Urcuyo (período 1994-1998) en la Asamblea Legislativa, y presentado en noviembre de 1996, siendo archivado el 22 de mayo del 2001. Esto nos lleva a cuestionarnos: ¿si es necesario o no la incorporación de esta figura dentro de nuestro sistema jurídico? o ¿su trámite especial y acelarado permitirá en los derechos que protege una defensa más eficiente, cumpliendo con el principio de justicia pronta y cumplida? o ¿será esto más bien burocratizar más el acceso a la justicia constitucional, creando inseguridad jurídica? Son estos, algunos de los puntos esenciales a dirimir en este ensayo.

Para abordar el tema, hemos dividido el presente ensayo en tres capítulos, relativos a generalidades y al concepto del Hábeas Data; a su tratamiento en el Derecho comparado y a las perspectivas sobre la incorporación de este instrumento procesal de índole constitucional en el ordenamiento jurídico costarricense. Del mismo modo se estudiaran otros tópicos como el Derecho y la Informática, la jurisprudencia constitucional, y el Expediente Legislativo Nº 12827 que se conoció en la Comisión Permanente de Asun-

tos Jurídicos[1] y en la Comisión Legislativa Plena Segunda de la Asamblea Legislativa de Costa Rica[2].

II. GENERALIDADES Y CONCEPTO SOBRE EL HÁBEAS DATA

Entrar en la conveniencia o no de una figura de trascendencia jurídica nos lleva necesariamente a investigar toda una serie de elementos que la rodean y que la determinan como de relevancia jurídica. Este es el caso del recurso de Hábeas Data del cual procuraremos si es posible, determinar su concepto y elementos para clarificar en forma más amplia este instrumento.

1. Concepto

El recurso de Hábeas Data es considerado una especie del Amparo, involucrando la protección y el cuidado de información personal de los ciudadanos por parte de organizaciones de índole privado o público.

Osvaldo Alfredo Gozaíni, tratadista argentino, considera que el Habas Data es: "...un derecho de entrada en los bancos de información en vías de obstruir la afectación de los derechos de la personalidad del hombre, en cuyo caso corresponde acceder al control de exactitud, como un dato que debe ser puesto al día para su conocimiento (cuando se autoriza su difusión), o impedido para su publicidad (en el caso del derecho al secreto para los datos sensibles)"[3]. Agrega además este mismo autor que la función principal de este recurso es "...asegurar el acceso a las bases de datos y demás registraciones que de una persona se tenga, determinando con ello la posibilidad de suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que allí se contenga"[4].

Surgen de la anterior definición varios elementos que debemos de tener en consideración como son: el acceso a bancos de información y la afectación de los derechos de la personalidad. Resaltamos estos dos pues se derivan de la anterior definición.

Miguel Ángel Ekmekdjian manifiesta que este recurso: "...consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisiones que pueden asumir muy diversos signos. El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables, para que el hombre pueda desarrollar su individualidad en inteligencia y libertad. Es el derecho que tiene un hombre *a ser dejado en la soledad de su espíritu...*"[5]. Como vemos, se agrega otro elemento de gran interés como es el derecho a la intimidad y al desarrollo de su individualidad libremente.

---

1. *V.*, *infra*, p. 25.
2. *V.*, *infra*, p. 25.
3. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El Derecho de Amparo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1995, p. 154.
4. *Ibid*.
5. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "La garantía del "hábeas data" en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Tomo II-III, Buenos Aires 1989, p. 72.

En la exposición de motivos del Expediente Nº 12827 en estudio, se esgrimen algunas definiciones de relevancia como:

> Hábeas data: Un remedio urgente para que las personas puedan obtener: a) el conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados, y b) en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos[6].
>
> Ana Rosa González Murúa lo define para "que la persona goce de un verdadero control de las informaciones que a ella le conciernen y de este modo evitar que el uso indebido de la información afecte su esfera de derechos y libertades[7].(...)
>
> Alfredo Chirino sostiene que existe una cercana relación entre el hábeas data y el hábeas corpus ya que ambos protegen esferas distintas de la libertad personal: "por un lado el hábeas corpus garantiza la libertad corporal personal, mientras que el hábeas data garantiza el derecho de disponer de los datos personales (una protección a la identidad informática del ciudadano). Al ser humano debe asegurarse la disposición libre de su cuerpo al igual que de sus datos personales[8]".

Resaltamos el criterio del proponente del proyecto de ley que incorpora el recurso de Hábeas Data en la normativa costarricense. Al respecto dice: "El hábeas data se constituye como un amparo especializado, por lo que cabe cuestionarse por qué no dejar que el actual recurso de amparo se encargue de estos asuntos. La respuesta es fácil. Tomando en cuenta el grave daño que puede ocasionar, por ejemplo, la incursión errónea del nombre de un individuo a una lista de morosos de una institución financiera, no podemos permitirnos resolver estas importantes lesiones personales por la vía ordinaria del amparo. No son pocas las veces en que un amparo se resuelve en un período mayor a los doce o veinticuatro meses. Consideramos que cumplido este plazo, el daño sería irreparable. Todas las personas brindan datos personales constantemente sin imaginar que en conjunto estos crean una *identidad* del sujeto".

Otros consideran que el: "recurso de hábeas data se configura como un procedimiento de resolución inmediata, con plazos cortos y efectos inmediatos, que busca la cesación o prevención de daños a personas físicas o jurídicas, ante un rechazo o negación de sus derechos constitucionales, incluyendo la libertad informática y la autodeterminación informativa, que desarrolla la igualdad, el derecho al trabajo, el derecho a la participación política, el derecho a la sindicalización, el derecho a ser sujeto de crédito, el derecho a la intimidad, entre otros"[9].

El Dr. Piza Escalante (q.p.d)[10], manifestaba que: "El Hábeas Data es la garantía que va a respaldar un derecho que está en muchas partes: el derecho a la imagen, el derecho a nombre; el derecho a la intimidad en determinados casos, porque puede ser que haya una información que lo que tienda es a que desaparezca, porque no tiene por qué existir, el derecho al honor. Todos estos derechos, que ya son derechos fundamentales (...) De

---

6. FALCÓN, Enrique, *Hábeas Data: Concepto y Procedimiento*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996, p. 23 .

7. GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa, *El Derecho a la Intimidad, el Derecho a la Autodeterminación Informativa.* Instituto de Ciencias Sociales, Barcelona 1994.

8. CHIRINO, Eric Alfredo, *Informática y Derecho a la Intimidad: Perspectivas de Política Criminal*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia, San José 1991.

9. MONGE NICOLAAS, Edgar, "El Hábeas Data en Costa Rica", *Revista Parlamentaria*, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Volumen 5, nº 1, San José, Abril de 1997, p. 375.

10. El pasado 13 de enero del año 2002, falleció el Dr. Rodolfo PIZA ESCALANTE, Magistrado y Presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica. Destacado jurista y escritor costarricense de renombre nacional e internacional, defensor insigne de los Derechos Humanos en todo el Continente Americano. Fue además, Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor universitario y conferencista. Diputado de la Asamblea Legislativa de Costa Rica y Embajador ante la Organización de las Naciones Unidas.

manera que yo no entiendo, a qué se refiere la ponencia de que deba reformarse la Constitución para incluir el Hábeas Data. Si es para incluir el derecho a la información, ya está; prefiero no llamarlo derecho a la información porque podría confundirse, más bien, con la información para fines de interés público, que es otra cosa. Es decir, es el derecho de conocer lo que se refiera a nosotros mismos y eso especialmente, no necesita consagrarse; no es que sobre si se consagra, pero no hace falta. El remedio, el recurso en sí del Hábeas Data es una forma del amparo, y con esto quiero contestarle la segunda parte, tanto es una forma de amparo, que nosotros lo hemos tramitado como amparo y no hemos tenido la menor duda de que cae dentro de los supuestos del amparo; es la protección, la garantía de un derecho fundamental"[11].

Sobre la naturaleza del proceso de Hábeas Data, Gozaíni, nos indica que es: "un proceso constitucional que se instala en la órbita del derecho de acceso a la justicia sin restricciones, salvando cuestiones de legitimación que en la especie son ineludibles por tratarse de afecciones de carácter personalísimo. Tal como sucede en el amparo, se trata de una vía residual que se paraliza cuando existen remedios alternativos que propician soluciones idénticas a las que se pretenden por esta senda"[12].

Ahora bien, en cuanto a la legitimación procesal[13], es necesario acreditar el derecho subjetivo vulnerado, pues se tutelan intereses propios relacionados con la naturaleza e imagen del ciudadano. Estos son algunos de los elementos que deben ser tomados en consideración en el estudio de esta figura jurídica, junto a su apreciación conceptual.

2. Información, Informática y Derecho

El recurso de Hábeas Data responde al desarrollo tecnológico y científico que se ha llegado a obtener en la actualidad en materia de comunicaciones e información, pues esto constituye sin lugar a dudas un aspecto esencial en la sociedad moderna.

Algunos han señalado certeramente que el que tiene la información tiene el poder. En este sentido el tratadista español Miguel Sánchez Morón señala: "...el dominio de la información se concibe tan sólo como una fuente de poder, que es necesario reservar celosamente en manos de unos pocos"[14].

Dentro de esta misma línea de pensamiento, otros autores han indicado: "La información es, se dice, poder y, a veces, el núcleo del mismo. Esta es la razón por la que los grupos de élite se proponen como uno de sus objetivos monopolizar la información, situándose en los puntos estratégicos de la organización, atricherándose tras ellos como muros blindados de silencio"[15].

Podríamos afirmar de este modo que el manejo de la información es un aspecto medular en la actualidad y por ello debe tener límites que deben estar establecidos dentro del ordenamiento jurídico, esencialmente con relación al resguardo y protección de las garantías fundamentales de los ciudadanos.

---

11. Expediente Legislativo nº 12827, p. 141.
12. *V.*, GOZAÍNI, *op.cit.*, p. 180.
13. *Ibid.* p. 181.
14. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "El derecho de acceso a la información en materia de Medio Ambiente", *Revista de Administración Pública*, nº 137, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1995, p. 32.
15. ÁLVAREZ RICO, Manuel e Isabel, "Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *Revista de Administración Pública*, nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1994, p. 475.

En la exposición de motivos del Expediente Legislativo Nº 12827 se indica sobre este tema que la actual revolución tecnológica y la *autopista de la información* han facilitado muchos medios que ponen en peligro esta gama de derechos ligados al desarrollo en sociedad de la persona. En este sentido, la aparición de nuevas técnicas, el abuso del poder, la necesidad de contar con información de las personas y la libertad de información, constituyen un problema en el cual se debe proteger la vida privada de las personas, para que no sea avasallada esa privacidad, especialmente por la informática, a través de la protección de datos, pero no únicamente por esta forma. La cantidad de información que circula se va constituyendo un enorme poder informático que puede crear un perfil subjetivo de la persona, estigmatizándola, con la consecuente limitación del pleno uso de sus derechos.

La informática interesa en esta materia, por su avance tecnológico en la búsqueda y almacenamiento de datos de los ciudadanos. Así encontramos grandes Bases de Datos de organizaciones públicas y privadas que guardan dentro de su contenido la información más íntima y confidencial de las personas. Esto está bien, pero el problema es cuando esta información trasciende esa línea de privacidad pudiendo afectar derechos intrínsecos de las personas. Es importante resaltar que el poder informático se plasma con mayor fuerza cuando estamos frente a derechos personalísimos.

De ahí, que el Derecho debe ir ajustando jurídicamente esa protección de las libertades públicas por el manejo de la información que se haga y es aquí cuando surge el interés de ampliar el marco de protección y garantizar plenamente el ejercicio de las libertades públicas.

Dentro de este marco que observamos y la relación información, informática y derecho debemos de ubicarnos para abordar un tema de tanta importancia en la actualidad que ensaya en forma importante la protección de una serie de derechos que están protegidos en la actualidad por el recurso de amparo pero que por su especialidad pretende una resguardo más efectivo y ágil por parte del recurso de Hábeas Data.

3. Derechos que protege el Hábeas Data

La incorporación del Hábeas Data como instrumento procesal lleva consigo la protección de derechos fundamentales específicos, pero lo interesante de esta materia es determinar cuáles son esos derechos que serán incluidos para su resguardo.

La Exposición de motivos del proyecto de Ley Nº 12827 plantea un acercamiento al punto manifestando que en la doctrina del derecho constitucional, se establece una serie de derechos y libertades básicas para todos los ciudadanos, garantizados por todos los ordenamientos jurídicos. Entre ellos podemos citar: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad religiosa e ideológica, el derecho a la libre circulación, entre otros. En la esfera de la vida privada, son internacionalmente reconocidos el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al honor, el derecho a la imagen propia y el derecho al secreto de las comunicaciones. Estos últimos relacionados con el fuero interno de las personas.

En razón de lo anterior, el hábeas data pretende tutelar uno de los principales derechos fundamentales, un nuevo derecho reconocido por la doctrina, la jurisprudencia y algunas legislaciones avanzadas. El derecho a la autodeterminación informativa proviene del derecho a la intimidad, aunque no se limita a ella, sino que la trasciende. El derecho a la autodeterminación informativa va mas allá de la esfera privada, protegiendo el

derecho a la disposición de los datos; se refiere al consentimiento en el uso de un dato personal y a la posibilidad de supervisar que se utilice con apego a un fin legal y de previo determinado, de modo que a partir del acceso a la información exista la posibilidad de solicitar la corrección, actualización, modificación, eliminación, inclusión o pretensión de confidencialidad sobre la información objeto de la tutela. La autodeterminación informativa puede afectar los derechos de la personalidad dentro de los cuales se encuentran la intimidad, la imagen y el honor. El otro derecho que tutela es la libertad informática, que proviene de la libertad personal, la cual garantiza la igualdad, el trato no discriminatorio en la esfera comercial y en la esfera laboral, entre otros. Este instrumento es una garantía de defensa para la persona frente a otros, que podrían ser el Estado, un ente privado o personas físicas o jurídicas, según se trate de un registro público o privado o de una investigación en manos de particulares o empresas. Esta es la forma en que plantea el concepto, el proyecto de ley costarricense sobre el hábeas data.

Esto podría considerarse lo más novedoso de la propuesta y en general del tema, pues incluye un derecho que es desarrollado en forma muy breve por la doctrina, no así por la legislación que no ha abordado el tema con insistencia.

Con fundamento en lo anterior podemos indicar que la autodeterminación informativa consiste en el derecho que tiene todo ciudadano de disponer de sus datos personales, en solicitarle por parte de cualquier organización (pública o privada) o sujeto particular el consentimiento para el uso de sus datos teniendo la posibilidad de exigir que dicha información se utilice conforme al marco legal y previo conocimiento de su uso. De acuerdo con este acceso que se tenga de la información la persona tendrá el derecho de solicitar la corrección, actualización, modificación, eliminación, inclusión o pretensión de confidencialidad sobre la información objeto de la tutela.

Es evidente que la transgresión a esta autodeterminación informativa, no la afecta únicamente a esta, sino que se extiende a otros derechos no menos relevantes para la persona, como son: la intimidad personal y familiar, el derecho al honor, el derecho a la imagen propia y el derecho al secreto de las comunicaciones, derechos personalísimos, entre otros[16].

Igualmente debemos hacer mención de la libertad de autodeterminación de la información, en el sentido de que como toda goza de la misma protección y garantías para su ejercicio. El Hábeas Data además protege la libertad informática, que proviene de la libertad personal, la cual garantiza la igualdad, el trato no discriminatorio en la esfera comercial, laboral, social, económica, entre otros.

Ensayando el contenido del autodeterminación informativa, se manifiesta: “Cuando la libertad informática trata sobre la facultad de controlar el uso, transmisión y recolección de datos personales propios, se habla entonces de un derecho a la *autodeterminación informativa*. Este concepto recién introducido en la doctrina española, aparece entendido como derivado de la intimidad...lo define a partir de la jurisprudencia, como el derecho que va a sustentar la protección de los datos personales propios, o *derecho de toda persona a controlar el flujo de informaciones que a ella le conciernen* -tanto en la recolección como el posterior tratamiento y uso de los datos personales- mediante una serie de derechos subjetivos como el consentimiento, el derecho de acceso, rectificaciones,

16. GOZAÍNI sobre este punto indica: “El derecho a la intimidad se halla ahora acosado por la evolución y progreso de las herramientas técnicas. Inclusive, la información sobre las personas constituye un dato relevante y revelador de las fuentes de conocimiento sobre el desarrollo de la sociedad. La posibilidad de aislamiento otrora posible, está afectada por la inmiscusión permanente de los medios en el hogar, los que son inevitables y paradójicamente imprescindibles”. *V.*, GOZAÍNI *op. cit.*, p. 156.

(...) La noción se ha venido utilizando con más frecuencia en relación con la protección de datos que se hace necesaria frente al peligro del uso inadecuado de la informática (...) A pesar de que la autodeterminación informativa es un derecho que ampara en específico una parte de la libertad informática -el control de la persona sobre sus datos personales-, en España se le sigue identificando como parte del derecho a la intimidad (...) La libertad informática es más amplia que el derecho a la autodeterminación informativa, si se entiende como tal al derecho de utilizar los mecanismos de rectificación, eliminación, consentimiento, actualización, inclusión, adecuación al fin y acceso, para controlar el flujo y manejo de los datos personales"[17]. De esta forma, este derecho reconoce un nuevo bien jurídico: la información personal ordenada lógicamente, como un bien susceptible de apropiación (no siempre material), que genera una autoridad que afecta directamente los derechos de la personalidad[18].

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, debemos considerar las manifestaciones del Dr. Piza Escalante (q.p.d), en el sentido de que el recurso en estudio respaldará un derecho que está en muchas partes, de ahí que su delimitación sea difícil de específicar en uno o varios supuestos de derechos fundamentales. Por ello, al tratarse de este tipo de derechos la interpretación de ser amplia en cuanto a los distintos derechos que se relacionan con el manejo de la información personal. Uno de los aspectos que también deben tomarse en cuenta es el hecho de si se justifica una cierta celeridad en este tipo de recursos, por la categoría de derechos que violenta. Así se da el ejemplo de la información que está en manos de entidades privadas de investigación de crédito ya que este se ha constituido en uno de los motivos de la implementación de este tipo de recurso. Debemos agregar nosotros las listas negras o de morosos que pueden levantar en Bancos o entes privados, que trascienden definitivamente la esfera específica del crédito y se extiende a otros ámbitos del quehacer de la persona pudiendo afectarle en forma grave.

Como observamos la protección y el pleno ejercicio de la libertad de estos derechos novedosos, derivados del desarrollo y avance tecnológico de las sociedad con respecto al uso y manejo de la información privada, constituye uno de los aspectos que mayor interés muestra la incorporación del recurso de Hábeas Data en nuestra legislación.

4. Base constitucional y legal en Costa Rica

A pesar de que estamos frente a un derecho novedoso como es la *autodeterminación informativa* y la libertad informática que no se encuentran plasmados expresamente en nuestra Carta Magna, creemos que su fundamento se deriva del derecho a la intimidad establecido en el artículo 24 de la Constitución Política que dice: "Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comuniciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de los dos tercios de los diputados que forma la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento…". El que consideremos que ya se encuentran protegidos estos derechos que cubre el hábeas data, no va en contra de la idea

17. CHAVERRI ÁLVAREZ, Alejandra y LÓPEZ FUSCALDO, Gloriana, *El Hábeas Data en Costa Rica*, "Tesis de grado para optar al grado de Licenciadas en Derecho", Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José 1995, pp. 26-27-28.

18. *V.*, CHAVERRI ALVAREZ y LÓPEZ FUSCALDO, *op. cit.*, p. 31.

de la conveniencia de incluirlo en el texto constitucional o en una ley sustantiva en forma específica.

Otra disposiciones que se deben de tomar en cuenta al analizar estos derechos son los artículos 28 referente al régimen y principio de libertad (todas las acciones privadas que no dañan la moral, el orden público o a terceros están fuera de la acción de la ley); 30 sobre el libre acceso a los departamentos administrativos y el secreto de Estado; 33 el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación; 41 que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación por las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, dándoles justicia pronta y cumplida sin denegación y con estricto apego a las leyes.

Junto a estas normas constitucionales se debe citar como normativa complementaria de naturaleza internacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que hacen mención sobre la obligatoria protección de este tipo de derechos fundamentales.

III. EL HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COMPARADO

Pretendemos exponer en este capítulo las distintas normas tanto constitucionales como legales que regulan la figura del Hábeas Data en el Derecho Comparado con el fin de utilizar dicha normativa como parámetro de estudio del instrumento procesal constitucional que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico costarricense.

1. Argentina

La Constitución Argentina después de la reforma de 1994, introduce en el capítulo segundo *Nuevos derechos y garantías*, artículo 43, párrafo tercero, el recurso de hábeas data en la siguiente forma: "Toda persona podrá interponer esta acción (de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"[19].

Contamos con información de algunos proyectos de ley presentados en el Senado y la Cámara de Diputados en Argentina durante los años de 1995 y 1996, en los cuales se procura la aprobación de varias leyes relacionadas con el tema en estudio pero que no han tenido un buen destino en su trámite legislativo. Así tenemos un proyecto de Ley Reglamentaria del Hábeas Data (Artículo 43 de la Constitución Nacional)[20]; otro que regula el derecho de la prensa y de las investigaciones sobre el libre acceso a los regis-

19. Artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Argentina, citado por GOZAÍNI, *op. cit.*, p. 158. *V.*, además *Constitución de la Nación Argentina*, Universidad Nacional Autónoma. Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México 1995.

20. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1995, nº 41, Buenos Aires, viernes 28 de abril de 1995, pp. 2104-2106.

tros o bancos de datos públicos y otras fuentes oficiales[21] y finalmente un proyecto de Ley contra los delitos informáticos[22].

Haremos en este punto una breve referencia al contenido de algunas normas del proyecto de Ley Reglamentaria del Hábeas Data (Artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina) presentado en abril de 1995 en el Senado y Cámara de Diputados, independientemente de cual ha sido su futuro en la tramitación legislativa. Esta iniciativa está dividida en dos títulos, denominados requisitos de admisibilidad y procedimientos, respectivamente. El Título I está compuesto por un Capítulo I *Legitimación* y un Capítulo II *Derechos tutelados* y el Título II por un Capítulo I *Demanda y prueba* y Capítulo II *La sentencia*. Nos detenemos en el Título I con el fin de observar algunos puntos interesantes.

En cuanto a la legitimación activa, se indica que: "Se encuentra legitimada para iniciar la acción de amparo bajo la modalidad del hábeas data, toda persona física o jurídica afectada por datos a ella referidos obrantes en los registros o bancos de datos públicos, o privados, con las modalidades y alcances previstos en la presente norma". La legitimación pasiva que se introduce en los artículos 2 y 3, posibilitan la acción respecto de todo registro o banco de datos públicos o privados, dirigido por una autoridad estatal nacional o por particulares susceptible de generar información o destinado a proveer informes.

En relación a los derechos tutelados importa referirnos a ellos, pues constituye uno de los aspectos más importantes de aclarar sobre la materia competencia de este recurso. Así tenemos en primer término el:

*Derecho de información***.** El afectado debe alegar la existencia de datos referidos a su persona. El juez actuante deberá ponerlos en conocimiento del afectado.

Derecho a la privacidad, honor y otros derechos constitucionales, supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos. Cuando por medio del procedimiento se acredite que la información registrada resulta discriminatoria, falsa o inexacta, pudiendo afectar de algún modo el derecho a la intimidad, privacidad, honor, buen nombre, libertad religiosa y de pensamiento político o cualquier otro derecho del accionante constitucionalmente protegido. El afectado podrá solicitar al juez la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos.

Entre los fundamentos que se esgrimieron cuando se presentó este proyecto de ley tenemos la reciente reforma al artículo 43 de la Constitución Nacional; implementar este recurso como una modalidad del amparo; reglamentar el ejercicio de este instrumento y de los derechos que protege, entre otros.

Finalmente debemos indicar que en razón de que muchas iniciativas sobre el Hábeas Data en Argentina no llegaron a plasmarse, en el Boletín de *Trámite Parlamentario* Nº 14 del período 1997[23] (jueves 20 de marzo de), fue publicado una nueva iniciativa sobre este tema, indicando textualmente lo siguiente:

---

21. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1996, nº 57, Buenos Aires, jueves 16 de mayo de 1996, pp. 2595-2596.

22. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1996, nº 191, Buenos Aires, martes 26 de noviembre de 1996, pp. 7737-7742. En este texto se regulan diversos tipos penales como: delitos informáticos, delitos relacionados a la informática, delitos contra la propiedad intelectual del sofware, entre otros.

23. Publicado en el *Boletín Trámite parlamentario*, Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Período 1997, nº 14, Buenos Aires, jueves 20 de marzo de 1997, p. 933.

Artículo 1.- La presente ley tiene por objeto reglamentar el artículo 43 de la Constitución Nacional párrafo tercero, que salvaguarda el derecho que tiene toda persona de tomar conocimiento, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos personales que consten en registros o bancos de datos.

Artículo 2.- La acción tramitará según el procedimiento vigente para la acción de amparo. La sentencia que lo conceda ordenará la rectificación, actualización o eliminación de los datos de carácter personal según sea el caso, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder.

En la actualidad se encuentra en el Senado de la Nación y en la Cámara de Diputados desde noviembre de 1998, el proyecto de *Ley de Protección de Datos Personales*. Este proyecto de ley nos proporciona información acerca de las características y elementos propios del recurso de hábeas data, conforme al artículo 43 de la Constitución argentina. En el proyecto se define el dato persona: como la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal, determinadas o determinables. En el mismo sentido el dato sensible, es el que revela el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información relativa a la salud o la vida sexual. Así también, se exponen como datos informatizados: aquellos datos sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado[24].

La jurisprudencia sobre hábeas data la que está suplantando en parte del vacío jurídico que en Argentina existe por falta de una ley de protección de datos personales, según indica el jurista Pablo Palazzi. Sobre los proyectos de ley dice: "En cuanto a los proyectos de Leyes de Hábeas Data y Protección de Datos Personales cabe consignar los siguientes: (i) Proyecto del Senador Eduardo Menem, sobre cuya base se elaboro el proyecto del Senado Nacional. Luego de un arduo debate el Proyecto de Ley de Hábeas Data y Protección de datos personales fue aprobado por el Senado de la Nación el 26 de noviembre de 1998. Existe actualmente una versión con modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados. Por su parte la Cámara de Diputados también elaboro un proyecto de Ley sobre base de datos de Riesgo Crediticio. Orden del Día 1441: Dictamen (con modificaciones) de las Comisiones de Comercio, de Finanzas y de Defensa del Consumidor en el proyecto de ley sobre Bases de datos de riesgo crediticio. Este proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados pero el Senado se negó a tratarlo para evitar una duplicidad de normas"[25].

Del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que "la privacidad e intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos (...) cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significan un peligro real o potencial a la intimidad". (CSJN, 15-IV-1993). Igualmente, la Corte ha indicado que "la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho protege también la vida privada, el debido proceso libre de todo perjuicio sensacionalista, el derecho al silencio, a no exhibirse, a hacer el bien sin espectáculo, a mantener en secreto los aspectos más delicados de la intimidad fuera de toda curiosidad agresiva, indagación oliscosa o mofa". (CSJN/ 8-IX-1992).

24. LUQUE, Carlos, *Desarrollo y estado actual de la acción de hábeas data a seis años de su incorporación en la Constitución Nacional*, agosto del 2000. (www.nexos.co.cr/cesdepu/revelec/luque.htm.)

25. PALAZZI, Pablo, *Hábeas Data y Protección de datos en Latinoamérica. Propuestas de reglamentación y armonización de estandares de protección de datos.* (http://comunidad.derecho.org/ congreso/ponencia20.html.

2. Brasil

La Constitución de la República Federativa de Brasil[26], en su Título II *De los Derechos y Garantías Fundamentales*, Capítulo I *De los Derechos y Deberes individuales y colectivos*, Artículo 5º, inciso LXXII, establece sobre el recurso en estudio lo siguiente: "Se concederá Hábeas Data: a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de entidades gubernamentales o de carácter público. b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo".

3. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999[27], establece en su artículo 28 expresamente el derecho y acción de hábeas data, indicando expresamente:

> Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrán acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Complementa la anterior disposición el artículo 60 de la Constitución venozalana de 1999, que dice:

> Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Encontramos además otras normas de índole constitucional dentro de la Constitución de 1999, que se relacionan con el tema, entre ellos podemos citar: el artículo 57 (al derecho a la libre expresión del pensamiento); 143 (derecho a la información administrativa y acceso a los documentos oficiales); 281 (atribuciones de Defensor del Pueblo). Resulta interesante como en esta reciente normativa de naturaleza constitucional encontramos bien definidos en su contenido las distintas figuras propias de las defensa de derechos fundamentales. Es indudable que aquí debemos resaltar la figura del Maestro Allan Brewer-Carías, por su participación en la Asamblea Constituyente de 1999.

4. Paraguay

La Constitución Nacional de Paraguay[28], establece el recurso de Hábeas Data en la Parte I, Capítulo XII "De las garantías constitucionales", Del Hábeas Data, artículo 135 que en lo que interesa dice:

---

26. *Constitución de la República Federativa de Brasil*, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México 1994, p. 13. Constitución de 1998 con reformas del 2001. (www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Brazil/esp88.html).

27. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 275.

28. *Constitución Nacional del Paraguay*, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, primera de edición, México 1994, p. 40.

> Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad.
>
> Podrá solicitar ante la magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

Del mismo modo, el artículo 136 de la Constitución paraguaya garantiza la competencia y responsabilidad de los magistrados de conocer los recursos constitucionales (Amparo, Hábeas corpus y Hábeas Data). Al respecto señala la norma:

> Ningún magistrado judicial que tenga competencia podrá negarse a entender en las acciones o recursos previstos en los artículos anteriores; si lo hiciese injustificadamente, será enjuiciado y, en su caso, removido.
>
> En las decisiones que dice, el magistrado judicial deberá pronunciarse también sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido las autoridades por obra del proceder ilegítimo y, de mediar circunstancias que prima facie evidencien la perpetración de delito, ordenará la detención o suspensión de los responsables, así como toda medida cautelar que sea procedente para la mayor efectividad de dichas responsabilidades. Asimismo, si tuviese competencia, instruirá el sumario pertinente y dará intervención al Ministerio Público; si no la tuviese, pasará los antecedentes al magistrado competente para su prosecución.

5. España

La Constitución española, regula en dos artículos lo relativo al recurso del Hábeas Data. Para ello citamos el 18.4 que dice: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". En el mismo sentido, el artículo 105.b), señala: "La ley regulará el acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"[29].

A nivel legislativo, en España se protegen estos derechos en la Ley O. 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[30], modificada por L.O. 3/1985. Además se debe ver la Ley O. 5/1992, de 29 de octubre, regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Más reciente encontramos la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LORTAD), que entró en vigor el 4 de octubre del 2000. Esta Ley adapta la normativa a la Directiva General de Protección de Datos de la Unión Europea, lo cual en la actualidad se encuentra altamente desarrollado[31]. Su artículo primero señala: "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables,

29. *Constitución Española y Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, cuarta edición, Madrid 1993.

30. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y otro, *Código de las Leyes Administrativas*, Editorial Civitas, décima edición, Madrid 1995, p. 175.

31. CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. *La nueva Ley Española de Protección de datos de carácter personal.* (http;//comunidad.derecho.org/congreso/ponencia54.html)

en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

6. Alemania

En Alemania, acontecen dos registros fenomenales en la defensa referida. Por un lado, disposiciones legislativas de 1970 dictadas en el Land de Hesse, crearon un *comisario de datos*, que es un encargado o responsable de datos en cada uno de los servicios informatizados, públicos o privados, que cuente con más de cinco operadores; y posteriormente, la ley federal sobre *protección de datos*, reglamentando la metodología de almacenamiento. Al respecto, informa Fernández Segado que el Tribunal Constitucional Federal, en una sentencia dictada el 15 de diciembre de 1983, entendió admisible la acción de hábeas data, cuando se conoce anticipadamente la finalidad para la que vayan a utilizarse los fichajes. Se ha podido hablar de esta forma en Alemania de un derecho de autodeterminación de las informaciones[32].

7. Otros países

Con relación a esta materia, encontramos en Luxemburgo, la aprobación de la Ley de 31 de marzo de 1979, sobre utilización de datos nominativos en tratamientos informáticos y el reciente Reglamento Gran Ducal de 2 de octubre de 1992 sobre creación y explotación de bancos de datos nominativos de policía general.

Igualmente debemos hacer cita de la legislación de Suiza[33] que incorpora normativa novedosa sobre protección de datos. Citamos en este sentido la: Ley Federal de Protección de Datos (LPD) de 19 de junio de 1992; Decreto Federal de 15 de junio de 1993, sobre la Ley Federal de Protección de Datos; Decreto Federal de 14 de junio de 1993, por el que se regula el tratamiento de datos personales con motivo de medidas preventivas en el ámbito de la defensa del Estado.

IV. EL HÁBEAS DATA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Además del desarrollo doctrinal que hemos venido planteando con respecto a la figura del Hábeas Data y del Expediente Legislativo Nº 12827, podemos verificar como los derechos que se protegen con este recurso, han sido objeto de estudio en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual ha protegido estos derechos a través del recurso de amparo, sin necesidad de que se encuentre regulado en nuestra legislación.

---

32. *V.*, GOZAÍNI, *op. cit.*, p. 161. *V.*, además *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, publicada en 1986.

33. Ver en este sentido *Boletín de Legislación Extranjera*, Cortes Generales, nº 163-164, Madrid, mayo-junio de 1995.

1. Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

El tema del Hábeas Data no es nuevo en nuestro país, pues ya la Sala Constitucional de Costa Rica, ha desarrollado su contenido en algunas de sus resoluciones, específicamente en materia relativa a archivos criminales y su confidencialidad. Conforme a lo indicado presentaremos una breve reseña de cada uno de los votos que en nuestro criterio han abordado este asunto.

El Voto Nº 2680-94, relativo a un recurso de Hábeas Corpus[34], presentado en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia contra el Jefe de la Delegación Regional del OIJ de Heredia y el Departamento de Seguridad del Banco de Costa Rica, Sucursal de Heredia, se hace referencia a una pretensión Hábeas Data con el fin de que se elimine información contenida en el Archivo Criminal. Al respecto se resolvió:

> Bien es sabido que tanto esta Sala como la Corte Plena, han otorgado validez a la existencia de los archivos criminales, dando el criterio de que la información que se mantiene en la fichas, es de carácter confidencial, de tal manera, el archivo criminal debe ser interpretado, como uno de los medios que han sido puestos por el legislador a disposición de los investigadores judiciales y de aquellos otros que realicen una función judicial de investigación propia del organismo, únicamente para el esclarecimiento de los hechos delictivos. De ahí que el carácter confidencial del Archivo no permite un acceso irrestricto a la información que se contiene, pues esa confidencialidad fue acordada para proteger la honra de las personas que se encuentran allí fichadas (ver al respecto voto N° 2609-91). En el caso presente, el accionante solicita que la información del archivo referente a su persona sea eliminada, pues le está causando serios daños y podrían ser afectadas sus pretensiones laborales en el futuro. El reclamo del gestionante no es de recibo, pues la información ahí contenida no puede salir del ámbito del Organismo de Investigación Judicial para ser entregada a particulares, porque precisamente la *confidencialidad* exige que en respeto de la honra, honor e intimidad de la persona, esos datos sólo pueden ser consultados por la Policía Judicial o aquella que actúe ejerciendo funciones propias del Organismo de Investigación, por lo que no hay razón para presumir que sus aspiraciones laborales se puedan ver afectadas por ese hecho. Si bien es cierto, se le dictó un sobreseimiento obligatorio respecto al delito que se le imputaba -folio 4-, ello no es causa suficiente para que el O.I.J. no tenga sus datos en las fichas del Archivo Criminal, pues no se le está causando ningún daño, como pretende hacerlo ver en su reclamo.

En este caso se solicita la supresión de datos del Archivo Criminal, situación que se mantiene, pues el Órgano Constitucional hace énfasis en que dicha información es confidencial y no puede ser accesada por particulares, previendo de esta forma una posible transgresión al derecho a la intimidad.

Igualmente es importante hacer mención del recurso de Amparo interpuesto contra el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y resuelto mediante Voto Nº 476-91 de las 14:10 hrs. del 1 de marzo de 1991, de la Sala Constitucional, en el cual se indicó sobre el tema: "...en el presente caso observa la Sala que efectivamente el accionante fue detenido y obligado a comparecer ante las autoridades judiciales en calidad de presunto responsable de hechos punibles, por lo que de conformidad con lo que establece el artículo 40 de la Ley Orgánica del OIJ si procedía elaborar y mantener su ficha y documentación respectiva en el Archivo Criminal creado con ese propósito. Por el contrario, y según ha manifestado con anterioridad esta Sala (Ver Voto Nº 1490-90), resulta improcedente que el Archivo Criminal conserve las fi-

34. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José. Voto nº 2680-94 de las 16:24 hrs. del 8 de junio de 1994. Recurso de Hábeas Corpus, presentado por *J.C.P. contra el Jefe de la Delegación Regional del OIJ de Heredia y el Departamento de Seguridad del Banco de Costa Rica.*

chas y documentos de quienes han sido detenidos por error, cuando por haber sido desvirtuados los indicios que ocasionaron su detención son puestos en libertad sin que una autoridad judicial haya dado curso a un proceso en su contra. En tales circunstancias, conservar la ficha y documentación del detenido atentaría contra los principios constitucionales de libertad y presunción de inocencia. Sin embargo, en el caso que se examina se comprueba que el recurrente fue no sólo detenido sino también puesto a la orden de las autoridades judiciales que dieron curso al proceso en su contra, resultando éste condenado en mil novecientos ochenta y nueve por una contravención. Por ello, y con fundamento en el artículo citado de la Ley Orgánica del OIJ, considera este Tribunal que no existe la lesión alegada a sus derechos fundamentales pues el Organismo recurrido ha actuado en acatamiento de sus obligaciones legales".

El Tribunal Constitucional en este caso es claro en afirmar que el Organismo de Investigación Judicial no podrá conservar la ficha y documentos de quienes han sido detenidos por error, en razón de ello deberá de suprimirse, pues lo contrario acarrea la afectación de los principios constitucionales de libertad y presunción de inocencia.

La Sala Constitucional en el Voto Nº 1441-96, resolviendo un recurso de amparo había establecido las facultades del Organismo de Investigación Judicial en esta materia, expresando:

> Si bien es cierto que la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial faculta a éste, entre otras funciones de su competencia, a recibir denuncias, a proceder a la aprehensión de los presuntos culpables, a interrogar a las personas que pudieran aportar datos de interés a la investigación y a permitir que su Archivo Criminal cuente con las fichas y documentos de las personas que en alguna oportunidad hayan comparecido ante las autoridades en calidad de presuntos responsables de hechos punibles, esto no significa que puedan conservarse dentro de dicho archivo las fichas y documentos de las personas que hubieren sido detenidas, por error de las autoridades, con motivo de una investigación a su cuidado y que por haber sido desvirtuados los indicios que ocasionaron su detención fueren puestas en libertad. En estos casos es improcedente conservar toda ficha o documento que se hubiere levantado con motivo de la detención pues iría en contra de los principios de libertad e inocencia, e incluso ocasionar graves perjuicios en contra de los dispuesto en el artículo 39 constitucional y la doctrina que lo informa, si -como en el presente caso- por la existencia de personas homónimas ello derive la posibilidad de incurrir en falsas imputaciones por el solo hecho de haber sido erróneamente detenida una persona y conservarse un expediente sin haber cometido falta alguna. De acuerdo con lo expuesto el recurso deviene procedente y la posibilidad de conservar fichas y documentos, en el Archivo Criminal del Organismo de Investigación Judicial, debe entenderse de aquellas personas que hubieran sido detenidas y pasadas a juicio ante autoridad judicial competente independientemente de como terminará la causa, pero no de las que por error lo hubieren sido y al desvirtuarse los indicios de su eventual responsabilidad hubieren de ser puestas en libertad de inmediato. En este mismo sentido se puede ver el Voto Nº 1490-90 de la Sala Constitucional.

Observamos que la protección del Hábeas Data lo hemos encontrado en nuestro país a través de los recursos de amparo, de hábeas corpus e inconstitucionalidad, aspecto que es interesante, pues la protección de los derechos que propugna el instrumento procesal propuesto lo encontramos protegido en los diferentes recursos. Lo anterior nos lleva a la conclusión que los derechos protegidos por el Hábeas Data no son desconocidos por la Sala Constitucional y que han recibido su protección independientemente del instrumento procesal utilizado o procedimiento seguido.

El Tribunal Constitucional ha tomado en consideración en sus resoluciones el criterio emitido por la Corte Plena en el año de 1991, sobre el tema de la confidencialidad y el artículo 41 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial indicando:

> ...al hacer referencia el artículo 41 a las demás autoridades, para acordar su acceso al archivo criminal, lo es cuando ellas cumplan funciones propias del organismo, con la interpretación anterior se da aplicación al criterio restrictivo de interpretación que debe tomarse en consideración al interpretar normas como el señalado en el artículo 41, pues el carácter confidencial del Archivo no permite un acceso irrestricto a la información que contiene ya que esa confidencialidad fue acordada para proteger la honra de las personas que se encuentran ahí fichadas de una posible afectación sin causa, dado que no siempre han sido condenadas como autores de delito, pues la ficha se levanta aún cuando son sospechosos desde el punto de vista policial[35].

En el Voto 2609-91, se presenta una situación especial, pues debido a información brindada por un agente del OIJ violando el principio de confidencialidad de los Archivos, provocó que un ciudadano (con antecedentes) perdiera una oportunidad laboral. En la entrevista esta persona no hizo ninguna referencia a sus antecedentes pues consideraba que esta era la razón por la cual le rechazaban de varios trabajos. Esto dio lugar a que la Sala considerara que se le habían violado al recurrente los artículos 11, 24 y 56 de la Constitución Política. Tomando en consideración esta situación, encontramos Nota del Magistrado Piza Escalante (q.p.d) en el citado Voto, que sobre la resolución manifestó: "He concurrido con el voto de mayoría, pero hago reservas de las razones contenidas en el Considerando V, en cuanto estoy de acuerdo en la no inclusión del Gerente de la empresa SEVIPRI en la estimación del recurso, pero porque ni uno ni otra se encontraban en la posición de poder prevista para la procedencia del amparo contra personas de derecho privado artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero por falta de mayores elementos de juicio no me pronuncio sobre sí, al no contratar al amparado, se incurrió en una discriminación contraria a la dignidad, y por ende, en una violación de su derecho constitucional a la igualdad (art. 33 de la Constitución Política)".

Esta última resolución reviste importancia no sólo por el fortalecimiento que se da a la protección de la intimidad de los datos personales de los ciudadanos, sino también por incluir el derecho constitucional de igualdad como otra de las posibles garantías que pueden ser violadas al brindarse ilegítimamente este tipo de información.

En este mismo sentido debemos hacer cita del Voto Nº 3195-95 de las 15:12 hrs. del 20 de junio de 1995, de la Sala Constitucional, en el cual se tiene como asunto previo dos recursos de Hábeas Corpus y un recurso de Hábeas Data, acumulados y que son incluidos en la resolución de esta Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 10 y 12 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de las Comunicaciones Privadas e Intervenciones de las Comunicaciones Nº 7425. En lo que interesa dice la resolución sobre el artículo 24 constitucional: "La garantía establecida en el artículo 24 constitucional se satisface con el cumplimiento de las siguientes exigencias: a) intervención necesaria del juez en cualquier autorización de intervenir las comunicaciones; b) la exigencia a éste de una resolución debidamente fundamentada en donde autorice la medida y la delimite en el tiempo; c) la exigencia de un estricto control sobre la aplicación de la medida, para todo lo cual posee una responsabilidad indelegable y d) que el juez se imponga del contenido de la comunicación intervenida y sea él quién discrimine, en primera instancia, cuáles contenidos podrán trascender a las partes y a la policía. Con ello se quiere que el juez que autoriza intervenir las comunicaciones mantenga un estricto control sobre todas las diligencias, sin abandonarlas al criterio y arbitrio de la autoridad policial, como ocurría bajo el amparo del antiguo numeral 221 del Código de Procedimientos Penales, declarado inconstitucional por esta Sala. Ni el artículo 9 ni el 10 que

35. Extracto de la resolución tomada en sesión ordinaria de la Corte Plena, artículo LV, celebrada el veintiocho de octubre de 1991, citada por el Voto nº 2609-91 de las 14:00 hrs. del 5 de diciembre de 1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Amparo.

se cuestionan establecen una delegación de las facultades del juez, contraria a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución. Únicamente los Tribunales de Justicia pueden ordenar, en resolución fundada y en los casos expresamente previstos por ley, la intervención de cualquier tipo de comunicaciones privadas. Para admitir la injerencia de las autoridades en tales comunicaciones, debe existir un control constante y efectivo sobre la medida ordenada, control que debe ser ejercido, necesariamente, por la Autoridad judicial, de manera tal que queda garantizado su monopolio en lo que a la limitación de Derechos y libertades fundamentales se refiere".

El Dr. Piza Escalante, en su comparecencia ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, sobre el Proyecto de Ley 12827, que pretendía reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional para introducir el Hábeas Data señaló sobre los antecedentes de este recurso: "Voy a empezar por ese punto, para decirles que la Sala Constitucional ha interpretado que el Hábeas Data ya existe, lo cual no quiere decir que no sea conveniente y hasta necesario regularlo. Pero, nosotros hemos admitido el concepto de Hábeas Data como una de las formas del amparo. Es decir, el amparo de un derecho fundamental, que tiene toda persona a su buen nombre, a su imagen y a la información sobre lo que le concierna. Ya la Sala Constitucional ha resuelto algunos amparos..."[36] Así: "Es el caso de una abogada que solicitó el protocolo de autopsia, de una persona fallecida en el Organismo Médico Forense y se le negó. Ese recurso, que lo consideramos como un recurso de amparo, precisamente es típico de hábeas data y fue declarado sin lugar, porque la abogada no demostró ninguna autorización de los causahabientes, o sea, porque era un tercero. Esa sentencia está ya prácticamente redactada, esta en firmas"[37].

Se ha podido comprobar que los derechos que protege el Hábeas Data no han sido extraños a la labor de la Sala Constitucional, de ahí que la introducción de un instrumento de este tipo sería beneficioso para los ciudadanos, pues tendrían dentro del ordenamiento jurídico otro mecanismo -tal vez más expedito- de protección a la autodeterminación informativa e intimidad.

2. Proyecto de Ley denominado: "Del Recurso del Habeas Data"

Como se indicó anteriormente en noviembre de 1996 se presentó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto con el fin de incorporar mediante ley el recurso de hábeas data. La propuesta cumplió con los distintos trámites de la corriente legislativa, pero el paso del tiempo no impidió su archivo. Pese a lo anterior, hemos creído importante mostrar los aspectos de mayor relevancia que distinguieron tal propuesta analizando el contenido del Expediente Legislativo Nº 12827.

A. Resumen de la iniciativa

La iniciativa buscó incorporar mediante adición un nuevo capítulo IV (actualmente el capítulo IV regula lo referente a Sanciones) el Recurso de Hábeas Data, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, tema que se encuentra en auge dentro de la doctrina constitucional comparada, en especial sobre la protección de datos e información vinculados

36. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Acta de la Sesión nº 32 de las 13:30 hrs. del martes 29 de julio de 1997, Primer Período Ordinario, Cuarta Legislatura, p. 5. (Folio 137 del Expediente Legislativo nº 12827).

37. *Ibid*.

con el derecho a la intimidad. El Dr. Alfredo Chirino, sobre la propuesta indica: "El proyecto formula, de manera consecuente con la evolución del derecho constitucional en Costa Rica, una ampliación de las competencias de la Sala Constitucional, y utilizando el espejo del *hábeas corpus* para ofrecer un proceso sumario y expedito para analizar posibles lesiones a la autodeterminación informativa...el proyecto Urcuyo acierta en dos aspectos medulares: En primer lugar, se plantea de inmediato la necesidad de tutelar la autodeterminación informativa del ciudadano costarricense, comprendiendo en su correcta dimensión que este novedoso bien jurídico es una derivación de la intimidad, pero en su faceta de libertad, en el ámbito en que los ciudadanos realizan su plan de vida en una democracia que les ha de garantizar esta posibilidad sin poner limitaciones, siempre y cuando este plan no afecte derechos de tercero, no vaya contra la moral o contra el orden público. En segundo lugar, porque ubica esta necesidad de tutela en el contexto tecnológico actual, donde los aspectos de comunicación e interacción, en general, entre los seres humanos, han sufrido tantos cambios, y donde la actividad del legislador debe ser inmediata y eficiente..."[38].

Esta propuesta originalmente estuvo conformada por nueve artículos, numerados del 71 al 79, regulando los siguientes puntos: Hábeas data propio e impropio; trámite, legitimación, requisitos y efectos. Después, en el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa, se incluyeron otros artículos relativos a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y a la ejecución del recurso de hábeas data.

Debemos resaltar en este proyecto de ley es la extensa y bien fundamentada exposición de motivos que justifica y explica en forma clara las pretensiones del proponente. Entre los puntos esenciales destaca que: "Son muchos los derechos y libertades que enumera nuestra Constitución, pero no así los mecanismos reales con los que aquellos se pueden proteger efectivamente. Si bien en la doctrina tradicional se pueden encontrar dos instrumentos básicos para la protección de los derechos ciudadanos consagrados por los ordenamientos jurídicos, como el recurso de hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, y el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en las constituciones, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, recientemente la doctrina y la legislación de varios países han incorporado a los instrumentos de protección de los derechos y libertades fundamentales un nuevo instrumento de protección: el hábeas data".

Una crítica general al proyecto[39] es que la protección que plantea el hábeas data no es preventiva, sino que se dará esencialmente cuando se ha violentado el derecho a la in-

38. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, *El hábeas data como realización del derecho a la autodeterminación informativa. Ideas en torno a un proyecto de ley.* Setiembre 1997, Expediente nº 12827, folios 165-166. En su disertación ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, el Dr. Chirino estableció las tres características fundamentales del proyecto: "...la primera es que incorpora en la legislación costarricense el derecho de autodeterminación informativa, como un bien jurídico tutelado. El segundo elemento que esta ley introduce...es que el proyecto ofrece una tutela a la persona frente al tratamiento de los datos personales que se pueden hacer, por medio de los sujetos del derecho privado...el hábeas data tendría la posibilidad de ser planteado frente a sujetos de derecho privado...La tercera característica que tiene este proyecto y es quizás, la más importante en el derecho comparado, es la de incorporar la posibilidad de declaratoria del debido proceso..." Ver Expediente Legislativo nº 12827, folio 192.

39. En este sentido, el Dr. CHIRINO, Alfredo, manifiesta: "Sin embargo, tal y como está concebido el proyecto apuesta considerablemente alto a una eventual efectividad del habeas data luego de las etapas de recolección y transmisión de los datos, lo que provoca que los efectos del recurso se produzcan cuando las informaciones ya han sido trasladadas por medio telemáticos a otros lugares de procesamiento, en tal caso los daños a la intimidad y a la autodeterminación de los ciudadanos probablemente ya se habrán producido, sutilmente y sin dejar una huella que

timidad y la autodeterminación informativa, y en este sentido pierde la iniciativa expectativas de verdadera tutela de estos derechos. En este mismo sentido, se observa que es el ciudadano el que debe dar aviso de la lesión a su derecho, teniendo este la carga de la prueba, situación que por el tipo de materia es en ocasiones difícil la determinación del manejo de la información por parte de agentes públicos o empresas privadas. Estas limitaciones a la iniciativa legislativa son planteadas por el Dr. Chirino en su estudio.

A continuación hacemos mención de algunos otros criterios generales que abordaron el tema del hábeas data en su trámite legislativo, en especial, al texto original propuesto por el Licenciado Constantino Urcuyo, ex-diputado.

B. Criterios sobre el proyecto de ley original del "Hábeas Data"

En este apartado hacemos un recuento de aquellos criterios de relevancia que fueron presentados por los diversos departamentos y funcionarios sobre el tema del hábeas data.

(a) Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa

La elaboración del Informe Jurídico de este Departamento técnico de la Asamblea Legislativa incluyó entre los aspectos más importantes, las siguientes observaciones:

> Al no estar previsto el recurso del hábeas data, los derechos que la iniciativa pretende tutelar, podrían protegerse, -y en la realidad así sucede- mediante el amparo. Sin embargo, el derecho comparado ha recurrido a la figura del hábeas data que es bastante similar al amparo, hasta el punto que parte de la doctrina lo califica como una especie del amparo. Si en la actualidad los derechos que protege el hábeas data son tutelados por el amparo, máxime en Costa Rica en donde está normado el amparo contra los particulares, podría cuestionarse la conveniencia de incluir un nuevo instrumento procesal cuando ya existe protección. (...) Si bien en principio compartimos el argumento expuesto, discrepamos en que los derechos protegidos por el hábeas data, requieran una protección más ágil que la del amparo, incluso, y tal y como está la iniciativa su tramitación sería similar o más expedita que el mismo hábeas corpus. Recordemos que mediante el amparo se protegen derechos como a la vida, a la salud, al ambiente, a la propiedad, derechos laborales, etc., que al igual que los derechos tutelados por el hábeas datas requieren de resolución en plazos perentorios. Además, debe el legislador cuestionarse, si al conceder esta nueva competencia a la Sala, ya saturada de asuntos, y al establecerse plazos preferentes en relación con el amparo, se estaría contribuyendo con la situación actual de saturación de este órgano y consecuentemente se estaría dando aun más al traste con el instrumento del amparo, cuando se trate de otros derechos, pero sobre todo, con las mismas funciones que en la actualidad y que con prioridad debe conocer la Sala como lo son las acciones de inconstitucionalidad y el mismo hábeas corpus. De ahí que consideremos que si bien la introducción de la figura del hábeas data, podría incrementar el ámbito de protección de los ciudadanos en la tutela de los derechos fundamentales, tal objetivo se podría lograr, creando la figura protectora de los derechos de fondo, pero utilizando los procedimientos actuales que tiene la ley de la jurisdicción en materia de amparo y de amparo contra particulares[40].

---

procesalmente es verificable... El hábeas data perdería su razón de ser si llega tarde, si no llena las expectativas de tutela y, sobre todo, si la fase de prevención es soslayada". *V.*, CHIRINO, *op. cit., El hábeas data como realización del derecho a la autodeterminación informativa. Ideas en torno a un proyecto de ley*. folios 166-167.

40. Informe jurídico elaborado por la Licda. FALLAS VEGA, Elena, Area de Derecho Constitucional, Expediente nº 12827.

(b) Colegio de Abogados

En resumen este ente corporativo considera que se requiere de una reforma constitucional para introducir el recurso de hábeas data dentro de la legislación costarricense. Dice al respecto: "De consiguiente, para introducir el Hábeas Data como un *amparo específico*, debe estar consagrado, a nivel constitucional o, por lo menos, supralegal -tratados, convenios, etc. (artículo 7 de la Constitución Política) el derecho a la *libertad informática* o a la *autodeterminación informática*"[41].

Agrega además el Colegio de Abogados que es suficiente con el recurso de amparo para proteger estos derechos.

(c) Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica

La criterio de la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante, CCSS) está en desacuerdo con la creación de este instrumento pues considera que es suficiente con el recurso de amparo. Al respecto señala: "Sin duda se trata de una institución novedosa en nuestro medio jurídico, probablemente porque en la realidad social no se ha presentado una auténtica necesidad de tal recurso. Por esta última razón, en principio consideramos innecesario, en el momento actual, legislar al respecto... En cuanto a los intereses de esta institución, un recurso como el que se pretende crear, sería indiferente. Con tal instrumento de protección de los datos personales o sin él, tenemos clara conciencia, con base en la Ley Constitutiva de la Caja, que toda la información a que se tiene acceso en razón de los cometidos constitucionales y legales que se deben alcanzar, le pertenece a su dueño y que está protegida por la confidencialidad y por el secreto profesional, en el caso de la atención médica, sin perjuicio de los propósitos estadísticos que por su propia naturaleza no deben afectar en ningún caso el derecho a la intimidad"[42].

(d) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Con fecha 23 de julio de 1997, Oficio Nº 249-SP-97, la Corte Suprema de Justicia envía su criterio a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, conformado por un estudio muy bien fundamentado sobre los aspectos que merecen mayor consideración en la iniciativa. En términos generales, señala: "No existe sin embargo, ninguna norma constitucional o convencional que venga a deslindar claramente, el contenido del derecho por cuyo ejercicio ha de velar el hábeas data; y en tales términos, debe tomarse en cuenta la necesidad imperiosa de impulsar, como en otros países ya se hizo -y se acepta en la exposición de motivos del proyecto- una reforma constitucional que establezca los alcances de ese derecho, sus titulares y los límites a su ejercicio, dado que no es la reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional -texto de carácter instrumental- la vía idónea para ello, ni resulta conveniente dejar su desarrollo a creación meramente jurisprudencial. En esa tesitura, la incorporación de un nuevo capítulo en la ley número 7135 como se pretende, únicamente debería tener por objeto la regulación del procedi-

41. Nota del Colegio de Abogados enviada el día 1 de julio de 1997 al Dr. TREJOS S., Gerardo, Presidente de Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos que se encuentra en el Expediente Legislativo nº 12827, p. 99.

42. Nota enviada por la Caja Costarricense del Seguro Social, Oficio nº 9295 del 8 de julio de 1997 al Dr. TREJOS SALAS, Gerardo. Presidente de Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos que se encuentra en el Expediente Legislativo nº 12827, p. 122.

miento a seguir cuando se esté ante la violación al derecho fundamental, más no la definición misma del derecho, pues ello excede la naturaleza del cuerpo procesal cuya modificación se pide, y constituye, por el contrario, un asunto de resorte exclusivo del legislador constituyente derivado"[43].

Con relación a otros comentarios interesantes sobre el proyecto de ley, la Corte indica que es necesario hacer la diferencia entre la base de datos de particulares y de entes estatales, pues el recurso de amparo contra particulares es excepcional y no puede dársele el mismo tratamiento que con entidades públicas.

En cuanto al punto esencial del proyecto, cree la Corte que se tiende a confundir pues señala: "En realidad el derecho constitucional que se tutela a través de dicha figura procesal consiste en solicitar y obtener la información que interesa, o su modificación, corrección, supresión o exclusión, y sólo en caso de que ello le sea negado, se podrá acudir a la Jurisdicción Constitucional. El hábeas data es únicamente el recurso o mecanismo para hacer efectivo el derecho del amparado -derecho que es preexistente a la intervención de la Sala..."[44].

Aclarando este punto en la Comisión, el Dr. Piza Escalante (q.p.d) en su audiencia manifiesta: "Quiero que quede claro, que no es que nosotros hemos dicho que haya que reformar la Constitución. Lo que dice el informe de la Corte es que es más propio de una ley sustantiva, es decir, de la Constitución o de una ley sustantiva para definir el derecho mismo, porque la Ley de la Jurisdicción Constitucional es una norma de carácter procesal y lo que debería tener son los procedimientos"[45].

Es importante apuntar que este es un aspecto de gran discusión, pues la Ley de Jurisdicción Constitucional es eminentemente procesal y por ello, en un primer momento se replanteó este cuestionamiento con respecto al recurso de hábeas data, pues se incluían normas propias de derecho sustantivo, aspecto que siempre quedó plasmado en el último texto aprobado.

(e) Criterio del Dr. Alfredo Chirino Sánchez[46], sobre el recurso de hábeas data y la autodeterminación informativa

El planteamiento que esboza el Dr. Chirino a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, que estudió el proyecto de ley de Hábeas Data, se presenta desde la perspectiva de la evolución legislativa y doctrinal del derecho a la autodeterminación informativa, de sus posibilidades en el ordenamiento constitucional costarricense y de los distintos retos de orden jurídico que evidencia el tratamiento de los datos personales. Desarrolla y enumera los problemas que dan sentido a la iniciativa, puntualizándolos de la siguiente forma: ubicación en la sociedad de la información; clarificar la aparente antinomia entre hábeas data y derecho a la autodeterminación informativa y la posibilidad de re-

43. Nota enviada por la Corte Suprema de Justicia mediante Oficio nº 249-SP-97 de fecha 23 de julio de 1997 al Dr. TREJOS SALAS, Gerardo, Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos que se encuentra en el Expediente Legislativo nº 12827, p. 127.

44. *Ibid.* p. 128.

45. *V.*, Acta nº 32, Expediente Legislativo 12827, *op. cit.*, p. 138.

46. El Dr. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, es un connotado jurista y experto costarricense en materia informativa. Profesor de Derecho Penal e Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Es el Director de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado Suplente de la Sala Tercera de la Corte. Una de sus obras que interesa a este tema es: *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, CONAMAJ, 1997.

solverlo con una regulación de orden procedimental; y finalmente, una reflexión crítica sobre el proyecto de ley[47].

En forma resumida, el Dr. Chirino manifiesta entre sus ideas esenciales las siguientes:

-En cuanto a la sociedad de la información, la recogida, procesamiento, almacenamiento y transmisión da datos personales, se han convertido en una actividad altamente lucrativa en donde la información de las personas va de un lado a otro en cuestión de segundos. Esta información tiene un precio muy alto para las grandes empresas.

-El contexto se ve determinado por el desarrollo tecnológico que lleva a un procesamiento de datos altamente sofisticado y a la transmisión de información en forma virtual desde cualquier parte del planeta. Son estas las autopistas de la información. En este sentido, el derecho a la intimidad requiere de un replanteamiento para su protección y equilibrar los intereses de los ciudadanos con el desarrollo informático.

-Señala el Dr. Chirino en su estudio que en América Latina, siguiendo una tradición distinta a la de Europa, se ha escogido por la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, por medio del recurso de hábeas data, el cual permite al ciudadano un acceso a la jurisdicción a fin de obtener conocimiento de los datos a que él se refieren, y que pueden estar en manos tanto del Estado como de los particulares. Se solicita con este recurso la supresión, rectificación o actualización de las informaciones que sean imprecisas, incorrectas o dañinas a la intimidad. Del mismo modo, indica el autor que el hábeas data como remedio procesal, se entiende doctrinalmente como la realización del derecho a información del ciudadano frente al tratamiento de sus datos y de la facultad de revisión y control de las informaciones a fin de impedir o prevenir lesiones al derecho de intimidad o a otros derechos fundamentales. Propone en este sentido, un afinamiento de los conceptos. Se debe entender por autodeterminación informativa: "un moderno bien jurídico que pretende garantizar al ciudadano una tutela frente a un Estado totalizante y una sociedad panóptica y frente a un procesamiento de datos privados que, con el lema de la *producción de libertad* en la sociedad de mercado, pretende canjear nuestra libertad por una cómoda personalidad de cristal, transparente para cualquier fin de interés económico o de cualquiera otra clase"[48].

Entre las conclusiones y aportes que esboza el Dr. Chirino sobre el texto original del proyecto analizado tenemos:

-Una hipótesis que no fue incluida en el proyecto de ley fue el supuesto en que el Estado, justificado en fines públicos, como la investigación de delitos, persiga información personal de sospechosos y personas inocentes a fin de realizar pesquisas electrónicas mediante comparación de grandes cantidades de datos o mediante la reunificación de datos que han sido entregados a distintas organizaciones públicas y privadas con otros fines distintos a los de la investigación criminal.

-Plantea preferiblemente una legislación integral, más que una tutela procedimental, en razón de la necesidad de que exista una declaración de fondo sobre el derecho del ciudadano a su autodeterminación informativa y los principios que informan el tratamiento de datos personales en el Estado de Derecho.

-El proyecto de reforma es de suma importancia para completar las garantías del Estado de Derecho de Costa Rica, y constituye una iniciativa de gran calidad en la región.

47. Expediente Legislativo nº 12827, Tomo I, folio 154 a 187.
48. *V.*, Expediente Legislativo nº 12827, Tomo I, folios 164-165.

En la comparecencia ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el Dr. Chirino refiriéndose a la autodeterminación informativa indicó: "El derecho de la autodeterminación informativa no es un derecho a ultranza, no es un derecho que lo incorpore todo o que cree un derecho de propiedad sobre los datos. El derecho de la autodeterminación informativa es un derecho con límites y estos límites están básicamente en el interés público del Estado, para conocer las informaciones de los ciudadanos para efectos legales. Es decir, si por vía de una ley se establece la necesidad de que ciertos datos sean conocidos por los ciudadanos, el derecho a la autodeterminación informativa tiene que ceder"[49].

C. Dictamen Afirmativo de Mayoría. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica

Una vez superada esta primera fase de discusión en donde el texto original, recibió críticas y aportes, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos con base en todas estas ideas y comentarios, pasaron el estudio del proyecto de ley a una Subcomisión, la cual presentó su informe proponiendo un texto sustitutivo de la iniciativa original. Este informe de la Subcomisión fue acogido para análisis nuevamente por la Comisión, dando lugar a un Dictamen Afirmativo de Mayoría que modifica en algunos aspectos el texto inicial. Entre las principales diferencias tenemos:

> -El texto original omitió una norma que definiese de manera general, el alcance de los derechos a protegerse. En el artículo 71 actual incluye esta conveniente norma.
>
> -El proyecto original dividía el recurso de hábeas data propio y en hábeas data impropio. En este texto se retoma la propuesta del texto sustitutivo de eliminar el hábeas data impropio, manteniendo solamente el propio. La principal razón, es que aún cuando lo que este recurso pretendía proteger la libertad informática. El remedio podría ser más dañino que el problema original, fue el criterio mayoritario de los expertos que podría provocar abusos por parte de autoridades públicas, por esta razón se eliminó.
>
> -Una de las principales observaciones, sobre las excepciones al derecho a solicitar información personal fue que debía excluirse "la petición de información sobre la cual verse una investigación judicial por la comisión de algún delito, mientras no hubiera concluido el proceso investigativo". Esta importante sugerencia de don Rodolfo Piza Escalante fue acatada.
>
> -Se incluye, además, principios para el tratamiento de datos personales, tanto en el ámbito público como en el privado, para garantizar el adecuado tratamiento de datos e información personales.
>
> -La inclusión de definiciones. Teniendo claro que no es de buena técnica legislativa, pero después de importantes consultas, se acordó incorporar estas definiciones, pues su contenido es bastante técnico, lo que permitirá una adecuada interpretación por parte de quienes imparten justicia[50].

Una vez aprobado este Dictamen Afirmativo de Mayoría, pasó a la Presidencia de la Asamblea Legislativa, quien mediante la aprobación en el Plenario de una moción delegatoria se trasladó el estudio del proyecto del Hábeas Data a la Comisión Legislativa Plena Segunda o Miniplenario (en adelante, Comisión Plena) con el fin de entrar a conocerla.

---

49. Expediente Legislativo nº 12827, Tomo I, folio 206.
50. *V.*, Expediente Legislativo nº 12827, Tomo II, folios 361-362.

D. Trámite en la Comisión Legislativa Plena Segunda[51]

Con fundamento en el artículo 160 del Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica (en adelante Reglamento)[52], se delegó el conocimiento de este proyecto para su aprobación a la Comisión Plena.

Para el estudio de la Comisión Plena, el Departamento de Servicios Técnicos emite una "Minuta de Expediente", en donde se da: una descripción básica de la iniciativa; propósito del proyecto; consultas realizadas a instituciones y aspectos de constitucionalidad. Sobre este último punto, el Lic. Guillermo Vargas, Letrado del DST, manifestó en su momento: "En virtud de lo dispuesto por los numerales 96 inciso a) y 98 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley Nº 7128), el presente proyecto debe ser consultado preceptivamente a la Sala Constitucional luego de ser aprobado en primer debate por la Comisión Plena (artículos 165 y 143 del Reglamento de la Asamblea Legislativa[53])".

En la discusión del proyecto de Hábeas Data en la Comisión Plena, se presentan diversas mociones. Citamos aquellas que merecen algún comentario:

-Moción 4-2

El artículo 75 del Dictamen Afirmativo de Mayoría, quedó redactado en la siguiente forma:

> *Artículo 75*. El recurso podrá ser interpuesto por:
>
> 1. La persona física.
>
> 2. Los herederos del difunto.
>
> 3. Las personas jurídicas.

---

51. Mediante reforma parcial a la Constitución Política de la República de Costa Rica, se introdujeron las Comisiones con potestad legislativa plena o miniplenarios, las cuales tienen también la competencia para aprobar leyes. Así el artículo 124 de la Constitución Política indica: "Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de dos debates, cada uno en distinto día no consecutivo, obtener la aprobación de la Asamblea y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el Diario Oficial, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece para casos especiales. No tienen el carácter de leyes, y por lo tanto, no requieren los trámites anteriores los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23), y 24) del artículo 121, que se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en el Diario Oficial. La Asamblea Legislativa puede delegar, en comisiones permanentes, el conocimiento y la aprobación de proyectos de ley. No obstante, la Asamblea podrá avocar, en cualquier momento, el debate o la votación de los proyectos que hubiesen sido objeto de delegación. No procede la delegación si se trata de proyectos de ley realtivos a la materia electoral, a la creación de los impuestos nacionales o a la modificación de los existentes, al ejercicio de las facultades previstas en los incisos 4), 11), 14), 15) y 17) del artículo 121 de la Constitución Política, a la convocatoria a una Asamblea Constituyente, para cualquier efecto, y a la reforma parcial de la Constitución Política. La Asamblea nombrará las comisiones permanentes con potestad legislativa plena, de manera que su composición refleje, proporcionalmente, el número de diputados de los partidos políticas que la componen. La delegación deberá ser aprobada por mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea, y la avocación, por mayoría absoluta de los diputados presentes. El Reglamento de la Asamblea regulará el número de estas comisiones y las demás condiciones para la delegación y la avocación, así como los procedimientos que se aplicarán en estos casos. La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

52. El artículo 160 del Reglamento de la Asamblea Legislativa dice: "1. Procede la delegación de proyectos dictaminados o de proyectos a los que se les hayan dispensado los trámites, de conformidad con el artículo 177 de este Reglamento, siempre y cuando se encuentren en la Agenda Parlamentaria del Plenario y no hayan sido aprobados en primer debate. La moción que solicite la delegación de uno o de varios proyectos deberá indicar a cuál Comisión Legislativa Plena se asignan…"

53. Ambos artículos del Reglamento se refieren al control previo de constitucionalidad, establecido tanto en la Constitución Política de Costa Rica, como en el Reglamento de la Asamblea Legislativa y la Ley de Jurisdicción Constitucional.

4. El Defensor de los Habitantes, y

5. Las asociaciones representativas de los habitantes, por actos de discriminación.

En la Comisión Plena, se presenta la moción 4-2 de los ex-diputados Sancho Chavarría, Chamorro Santamaría y Vílchez Cascante (período 1998-2002) que dice: "Para que se eliminen los incisos 4 y 5 del artículo 75 del proyecto en discusión". Los legisladores proponentes de esta moción, consideran que el recurso de hábeas data protege básicamente la gestión individual del ciudadano o de la persona jurídica y que la Defensoría de los Habitantes y las asociaciones representantivas, defienden interés públicos, no particulares y por ello consideran que es contradictorio. Manifiestan que no se puede mezclar un recurso de hábeas data con otros recursos u otros sistemas de defensa que tienen como centro de atracción el interés público. El ex-diputado Pacheco Salazar, consideraba que no se debía eliminar estos incisos debido al caso de los menores o incapaces, que quedarían en la imposibilidad de presentarlo, sino a través de una entidad que los representara. Una vez discutida la moción, se votó, recibiendo trece votos afirmativos y tres negativos. Por tal razón, se eliminó del artículo 75 del proyecto de ley la posibilidad de que el Defensor de los Habitantes y las asociaciones representativas de los habitantes tuvieran la legitimación para interponer el recurso de hábeas data.

-Moción 4-3

El artículo 72 inciso d) quedó redactado en el Dictamen Afirmativo de Mayoría de la siguiente forma: "Artículo 72. El recurso de hábeas data podrá plantearse en los siguientes casos:...d) procederá el recurso de hábeas data también para solicitar informaciones que han sido declaradas secreto de Estado, de la información solicitada, se ajusta a los requerimientos constitucionales".

La moción 4-3, dice textualmente: "Para que el inciso d) del artículo 72 se lea de la siguiente manera: "Artículo 72.-...d) procederá el recurso de hábeas data también para solicitar informaciones que han sido declarada secreto de Estado. La Sala, en pleno, deberá determinar si la declaración de secreto de Estado, de la información solicitada, se ajusta a los requerimientos constitucionales. Para los efectos de esta norma, secretos de Estado son lo asuntos en tramitación de carácter diplomático o que se refieran a operaciones de seguridad nacional pendientes".

Consideran los ex-legisladores proponentes de la moción que establecer una definición del secreto de Estado en el artículo mismo, procura dejar claro a los ciudadanos su concepto, buscando una información plena y transparente. La moción tuvo ocho votos a favor y siete en contra, situación que dio lugar a la aprobación de esta.

Pese a que la moción fue vista positivamente por la mayoría, consideramos en forma crítica que el concepto de secreto de Estado que se incorpora a la norma es muy restrictivo, además de que no es conveniente desde el punto de vista de la técnica legislativa, introducir definiciones, pues las mismas en su contenido son modificadas con el transcurso del tiempo, quedando en desuso la norma. Ahora bien, el tema del secreto de Estado es un tema muy amplio que no se puede limitar a una mera noción, involucra necesariamente toda una normativa base que le da sustento a esta potestad de imperio del Estado.

-Moción 4-4

El artículo 75 inciso 1, se refiere a la persona física, como uno de los sujetos que tienen la legitimación para interponer el recurso de hábeas data.

La moción 4-4 presentada por el ex-diputado Pacheco Salazar (1998-2002), señala: "Para que el inciso 1) del artículo 75, se lea así: "1) La persona física, o su representante en el caso de menores o incapaces".

Esta moción lo que buscaba era agregar entre los sujetos legitimados para interponer el recurso de hábeas data, a los representantes de menores o incapaces. Su discusión se hbía anteriormente y presentó para estudio la moción 4-2, siendo aprobada por unanimidad.

Una vez incorporadas algunas de las mociones que hemos indicado, se aprueba el texto en Primer Debate de la Comisión Legislativa y consecuentemente pasa a consulta en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, debido al control previo que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

E. Contenido del proyecto de ley de Hábeas Data y observaciones. Análisis comparativo entre el Texto original y el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda

Creemos conveniente transcribir los artículos de la iniciativa original propuesta por el ex-diputado Urcuyo Fournier, con el objetivo de plantear una valoración crítica de cada uno de ellos. Se anotarán junto a cada norma, las recomendaciones planteadas por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (en adelante CSJ); el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica (en adelante DST); el Instituto Nacional de Seguro de Costa Rica (en adelante INS); la Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica (en adelante CCSS); y el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, experto en la materia (en adelante Dr. Chirino). Además de estos comentarios, elaboramos de cada norma un cuadro comparativo,con el fin de observar las diferencias entre el texto original y la redacción final.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final.
Artículo 71. Hábeas data propio. A través del recurso de hábeas data, toda persona física o jurídica, podrá conocer lo que conste de la misma o sobre sus bienes, en registro, archivos, listados o bancos de datos, sean manuales, mecánicos, Elec-trónicos o informatizados, públicos o privados, así como la finalidad a que se destine esta información, y a requerir su rectificación, actualización, inclusión, confidencialidad o cancelación inmediata. Ningún dato será proporcionado a tercero, salvo que tenga un interés legítimo. La manipulación de la información y de los datos no podrá vulnerar la intimidad, la autodeterminación informativa y el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades, salvo que sea para fines estadísticos. El recurrente solicitará la declaratoria de ese derecho a su favor, y si se llega a determinar, luego de analizado el caso por el juez, que tal derecho es válido o legítimo, así lo declarará, y además, tendrá que responder a todas las pretensiones que tenga el recurrente para que haga posible el ejercicio de tal derecho.	*Artículo 71*. El recurso de hábeas data tiene por objeto proteger de manera procedimental el derecho de la persona a su intimidad, imagen, honor, autodetermi-nación informativa y libertad informática en el tratamiento de sus datos personales. Asimismo, es objeto de este recurso garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos y las libertades concernientes a los datos y la información de carácter personal.

Observaciones al texto original del hábeas data. La CSJ recomendaba cambiar el epígrafe por Hábeas data personal. Propone modificar el contenido de la norma. La CCSS propone precisar el contenido de la norma pues encuentra conceptos jurídicos indeterminados. El DST, en esta disposición indica que se regulan aspectos de forma y fondo que deben ser separados con el fin de no confundir su interpretación. Debido a esta serie de aportes el artículo 1 del texto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa incluye en forma precisa los derechos que protege el recurso de hábeas data, mencionando entre ellos: derecho a la intimidad, imagen, honor, autodeterminación informativa, libertad informática en el tratamiento de datos personales. Además se define el hábeas data como mecanismo procesal.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final.
Artículo 72. El hábeas data impropio. Por medio del recurso de hábeas data se garantizará el derecho a solicitar información contenida en estos registros, listados, archivos o bancos de datos, aunque la información no verse sobre su persona o sus bienes, siempre y cuando el sujeto demuestre que tiene un interés legítimo para acceder a esta información. Este recurso procederá, asimismo, para información declarada como secreto de Estado, siendo el magistrado instructor quien deberá determinar si efectivamente esta informa-ción merece el calificativo.	Debido a las recomendaciones planteadas, esta norma se suprime.

Observaciones al texto original del hábeas data. La CSJ solicita se suprima esta disposición, ya que se trata de la posibilidad de que una persona solicite datos de terceros, pero el Hábeas Data protege derechos personalísimos, de ahí que sea contradictorio. Si es frente a entidades públicas, puede aplicarse el 30 constitucional. La CCSS considera como defecto fundamental que se reserve la definición de lo qué es o no es secreto de Estado[54] al Magistrado instructor. El DST no hace comentario. El INS hace la salvedad de que los contratos de seguro son expedientes que contienen información cubierta por el secreto profesional, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica (Voto Nº 5466-93). El Dr. Chirino, considera que una figura como el hábeas data impropio merece un análisis aparte. Le interesa el supuesto mediante el cual terceros pueden pedir datos personales que no les pertenecen siempre que demuestres interés legítimo. Manifiesta que la base de este recurso no está en el sentido de la tutela de derechos personales, sino mucho más en el derecho de información, sin embargo, el prelegislador no previno, aparentemente, por ejemplo, los casos de difícil equilibrio constitucional cuando con base en el ejercicio del derecho a informar a otros, la prensa exija el acceso a datos e informaciones de personas que sean de interés para la investigación periodística. En dichos casos, el interés legítimo lo harán brotar los medios de comunicación. Agrega el Dr. Chirino que en el derecho comparado se introduce además del interés legítimo, el requisito de proporcionalidad. Otro punto que no es considerado en la iniciativa, es el que se refiere al tema del derecho de información del afectado, es decir, al entregar datos de otro persona a un tercero que está interesado legítimamente en ellos, se debería de condicionar a que el afectado reciba información sobre quién

54. Sobre el tema de secreto de Estado, ver el Capítulo II de mi libro *El libre acceso a los Departamentos Administrativos y el secreto de Estado*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, San José 1996.

tiene interés en sus datos, su motivo y circunstancias, entre otros. Finalmente, considera conveniente la supresión del *hábeas data impropio*, por los anteriores motivos y que sea el legislador el que regule las hipótesis específicas en que es posible a un tercero el acceso a datos personas del ciudadano. Como lo anotamos en el cuadro comparativo, se elimina la norma en el texto aprobado en primer debate de la Comisión Legislativa, debido especialmente a la indeterminación de su contenido.

En el texto final aprobado por la Comisión Legislativa, el artículo 72 pasa a referirse a los casos en que se puede plantear el recurso de hábeas data. Al respecto dice:

> *Artículo 72*. El recurso de hábeas data podrá plantearse en los siguientes casos:
>
> a) Toda persona, física o jurídica, podrá plantearlo para conocer lo que conste sobre sí misma o sus bienes en registros, archivos, listados o bancos de datos, sean manuales, mecánicos, electrónicos o informatizados, públicos o privados. No podrán solicitarse datos sobre una investigación judicial por la comisión de algún delito, mientras no haya concluido el proceso investigador.
>
> b) La pretensión del recurso de hábeas data puede consistir en solicitar información sobre la finalidad de los datos personales recogidos, su destino final y su eventual entrega en otros lugares de procesamiento de datos distintos del lugar que, en primera instancia, recolectó los datos.
>
> c) Mediante el recurso de hábeas data podrá requerirse la rectificación, actualización, inclusión, confidencialidad o cancelación inmediata de los datos personales que están en poder del lugar de tratamiento de los datos, ya sea público o privado.
>
> d) El recurso de hábeas data también procederá para solicitar informaciones declaradas secreto de Estado. La Sala en pleno deberá determinar si tales informaciones se ajustan a los requerimientos constitucionales. Para los efectos de esta norma, secretos de Estado son los asuntos en tramitación, de carácter diplomático o referidos a operaciones de seguridad nacional pendientes.
>
> e) Podrá plantearse el recurso de hábeas data cuando se haya lesionado alguno de los principios relacionados con el procesamiento de datos personales descritos en el artículo 73.
>
> f) El afectado podrá impugnar, mediante la presentación del recurso de hábeas data, los actos administrativos o las decisiones de carácter particular que impliquen una valoración de su comportamiento, cuya única base sea un tratamiento de datos personales que defina sus características o personalidad.

Esta disposición establece los supuestos en que puede plantearse el recurso de hábeas data, desarrollando de esta forma una serie de incisos que regulan aspectos diferentes de protección de estos derechos. Así tenemos, por ejemplo que toda persona física o jurídica podrá plantear el recurso para conocer los datos que consten en registros o archivos, públicos o privados. Constituye esto la esencia misma del recurso, además de la supresión de la información cuando así se solicite por afectación de algún derecho.

Del mismo modo, se agrega un artículo 73 relativo al tratamiento de datos personales y los principios que deben respetarse. La norma quedó redactada de la siguiente manera:

> *Artículo 73*. El tratamiento de datos personales, tanto en el ámbito privado como público, deberá respetar y seguir los siguientes principios:
>
> a) Sólo podrán recogerse datos de carácter personal para someterlos a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se han obtenido. Así se asegura el principio de calidad de los datos.
>
> b) Los datos personales objeto de tratamiento, no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que fueron recogidos.
>
> c) Los datos personales que se consignen en un determinado registro informatizado o manual han de ser exactos y puestos al día de forma que respondan verazmente a la situación real del afectado.

d) Los datos de carácter personal serán cancelados cuando ya no sean necesarios ni pertinentes para la finalidad por la cual fueron recabados y registrados.

e) Los datos de carácter personal deberán ser procesados de manera que el afectado pueda acceder a ellos.

f) No será permitida la recolección de datos por medios fraudulentos, desleales ni ilícitos.

g) El afectado deberá recibir información acerca del tratamiento de sus datos personales, de los objetivos o fines de dicho tratamiento, de los derechos que le competen según esta ley para accesar los datos que, sobre su persona, estén consignados en el banco de datos, quiénes realizarán el tratamiento de datos y de cómo podrá ejercer su derecho de acceso a los datos y la revisión.

h) El tratamiento automatizado de datos personales requerirá el consentimiento del interesado, salvo que la ley disponga otra cosa. Sin embargo, este consentimiento no será necesario en los casos de datos personales recogidos de fuentes accesibles al público o cuando se reúnan para fines de la Administración Pública en el marco de sus competencias legales o cuando se refieran a personas vinculadas por una relación de negocios, laboral, administrativa o un contrato y dichos datos se necesiten para mantener las relaciones o cumplir el contrato.

Esta disposición de naturaleza sustantiva establece parámetros generales en el tratamiento de los datos personales, tanto en el ámbito público como privado.

Texto original del hábeas data.	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final.
Artículo 73. Trámite prioritario. El recurso de hábeas data recibirá trámite prioritario sobre el recurso de amparo y deberá ser resuelto en un plazo no mayor a ocho días hábiles.	*Artículo 74.* El recurso de hábeas data recibirá el trámite establecido para el amparo. Se resolverá con prioridad respecto a otros recursos de amparo, salvo los fundamentados en el derecho de rectificación y respuesta y el de petición. Deberá dictarse sentencia a más tardar cinco días naturales después de recibidas las pruebas del caso.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ señala que se busca dar trámite prioritario a este recurso (8 días hábiles). El proyecto no contiene una referencia al procedimiento a utilizar para la decisión del Hábeas Data. Se recomienda modificar el contenido de la norma, en donde se señale expresamente que el Hábeas Data recibirá el trámite establecido para el Amparo. La CCSS, dice que no establece a partir de cuando rige el plazo de 8 días. El DST reitera las observaciones anteriores. La redacción final de la norma incluye aquellas consideraciones planteadas, disminuyendo el plazo a cinco días naturales el plazo para dictar sentencias después de recibidas las pruebas.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final.
Artículo 74. Legitimación. El recurso podrá ser interpuesto por: 1. La persona física. 2. Los herederos del difunto: ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge por los derechos del difunto. 3. Las personas jurídicas. 4. El Defensor de los Habitantes, y 5. Las asociaciones representativas de habitantes, por actos de discriminación.	*Artículo 75*. El recurso podrá ser interpuesto por: a) La persona física o su representante, en el caso de menores de edad o incapaces. b) Los herederos del difunto. c) Las personas jurídicas.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ sugiere eliminar los incisos 4) y 5) por que el recurso protege derechos personalísimos. La CCSS solicita corregir derechos por datos de difunto. El DST plantea una serie de ideas sobre la legitimación dentro de la misma línea de criterio que la CSJ. Se eliminan los incisos cuatro y cinco en razón de los intereses generales que representan tanto al Defensor de los Habitantes como a las asociaciones representantivas de habitantes por actos de discriminación.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final
Artículo 75. Requisitos. La petición inicial deberá reunir los siguientes requisitos: 1. El nombre y el domicilio de quien interponga el recurso, ya sea persona física o jurídica. 2. La individualización del archivo, listado, registro o banco de datos sobre el que se quiere pedir informes o, en su caso, la institución o persona a cuyo cargo se encuentra. 3. La relación circunstanciada de los datos presuntos en el registro, listado, archivo o banco de datos y el perjuicio que estos pudieran causarle. 4. El requerimiento de la medida por tomar sobre estos datos si se conocieran o denunciaran previamente, sin perjuicio de ampliar, con posterioridad al informe, tal requerimiento. 5. Acompañar la prueba que tuviera a su disposición. 6. La petición en términos claros y positivos. El recurrente deberá expresar cada una de sus peticiones por aparte, y si tiene pretensiones indemnizatorias, deberá exponerlas junto con las razones que las justifiquen, y el daño producido o por producirse. Deberá decirse si el recurso es interpuesto para efectos del ejercicio de la autodeterminación informativa, o si se trata de derecho al acceso a la información que le concierne. Se consignarán los derechos aparentemente violados o en peligro de ser violados y las razones. Para los efectos de este artículo, se estará a lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 38 de la presente ley.	*Artículo 76*. El escrito inicial deberá reunir los siguientes requisitos: a) El nombre y domicilio de quien interpone el recurso, ya sea persona física o jurídica. b) La indicación de cuál es el dato o la información personal que se controlará mediante el ejercicio del hábeas data, así como la relación circunstanciada del daño o perjuicio que el tratamiento automatizado le ha causado o pueda causarle. c) La identificación de la persona, oficina o institución que realizó el tratamiento de datos personales y la forma como se recolectó la información. Además, podrá incluirse una referencia de los lugares probables donde se conservan los datos o las informaciones de carácter personal objeto de este recurso. d) La indicación del tipo de efectos esperables de la resolución que acoge el recurso de hábeas data. Este requerimiento podrá ampliarse después de presentado el recurso. Acompañar la prueba que tiene a su disposición quien interpone el recurso. f) Las pretensiones habrán de indicarse por aparte y, si existe una pretensión indeminiza-toria, deberá indicarse en qué consiste el daño o perjuicio, así como la prueba que permita apreciar su cuantía. Cuando no se conozcan con anterioridad los daños o perjuicios ocasionados por el procesamiento de los datos personales, estos podrán ser reclamados después en la jurisdicción correspondiente, mediante el proceso de ejecución de sentencia. Para los efectos de este artículo, se estará a lo dispuesto en los artículos 35, 36, 38 y 43 de la presente ley y, de faltar alguno de los requisitos señalados, el Presidente o el magistrado instructor así lo hará saber al recurrente y le concederá un plazo máximo de tres días hábiles para que corrija lo necesario. Si dentro de este plazo no se corrigen dichas omisiones, el asunto se rechazará de plano.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ sugiere se modifique la redacción del párrafo tercero con el fin de que se aclare. Se recomienda agregar el artículo 43 de la Ley de Jurisdicción Constitucional en el último párrafo. La CCSS solicita que se interprete el artículo con cuidado por aquello de las indemnizaciones. Se acoge los diversos criterios y además se desarrolla en uno de sus incisos lo referente a los daños y perjuicios.

En la redacción final del proyecto, se agrega un artículo 77 referente a la determinación por parte de la Sala de una lesión al ordenamiento jurídico constitucional. Además se agrega que la Sala debe garantizar que no se divulgue información que afecte al titular. En este sentido señala la disposición:

> *Artículo 77***.** Si analizado el asunto, la Sala determina que se produjó lesión constitucional, así lo declarará y dictará las medidas que estime pertinentes para el cabal cumplimiento del fallo.
>
> En todo caso, la Sala deberá velar porque no se divulgue información cuyo titular pueda resultar indebidamente afectado por el conocimiento que terceros puedan tener de ella, e incluso podrá imponerle al recurrente el deber de guardar secreto en relación con lo que conozca en razón de que el recurso interpuesto fue declarado con lugar.

El proyecto además hace referencia a los efectos que surgen de la aceptación del recurso de hábeas data. Se expone en el texto comparativo lo siguiente:

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final
Artículo 76. Efectos. El primer efecto del recurso será el de exhibición, el cual podrá ir acompañado del de certificación, en caso de ser solicitado por la parte interesada. Este consiste en dictar una medida para que determinada información pase al conocimiento de las partes. En cualquier caso, la Sala tendrá acceso a la información objeto del recurso, aunque se trate de datos confidenciales.	*Artículo 78.* El primer efecto del recurso será el de exhibición, que podrá ir acompañado del de certificación, si la parte interesada lo solicita. Al admitir el recurso, se ordenará al recurrido aportar la información objeto del asunto. Aunque se trate de datos confidenciales, la Sala tendrá acceso a dicha información; pero deberá tomar las medidas cautelares pertinentes a fin de que el contenido no trascienda de las partes. Asimismo, determinará a cuáles datos tendrá acceso el recurrente.
Artículo 77. El segundo efecto del recurso es el de suspensión, y procederá siempre precautoriamente en los siguientes casos: a) Cuando el dato está siendo transmitido y se impugna su confidencialidad, debe suspenderse la transmisión o revelación. b) Cuando se está tratando de incluir un dato que parece ser sensible o confidencial, debe suspenderse la inclusión. c) Cuando la información se impugna por inexacta, falsa o desactualizada, debe suspenderse su transmisión. Cuando seguir transmitiendo la información o seguirla almacenando pueda causar en el futuro, daños irreparables o los esté causando ilegítimamente. Según la urgencia del asunto, si se prevé que se puedan causar daños futuros o inmediatos, el magistrado dictará, al recibir el escrito de interposición, la suspensión del acto o mecanismo que permita la transmisión de los datos o la creación de la central de información en un plazo de veinticuatro horas y por todo el tiempo que transcurra hasta la sentencia, esta disposición surtirá efectos sobre todos los	*Artículo 79.* El segundo efecto del recurso es el de suspensión. Procederá siempre en carácter precautorio en los siguientes casos: a) Cuando el dato se esté transmitiendo y se impugne su confidencialidad, deberá suspen-derse la transmisión o revelación del contenido. b) Cuando se trate de la inclusión de datos personales que revelen, entre otros, la ideología, la religión, las creencias, la filiación política, el origen racial, la salud o la orientación sexual de la persona, deberá suspenderse la inclusión de los datos, hasta tanto se determine que existió consentimiento válido del afectado en dicho tratamiento. c) Cuando la información se impugna por inexacta, falsa o desactualizada, debe suspenderse su transmisión. d) Cuando transmitir la información o almacenarla pueda causar en el futuro, daños irreparables o los cause ilegítimamente. Según la urgencia del asunto y para evitar daños futuros o inmediatos, el magistrado instructor, al recibir el escrito de interposición, dictará la suspensión del acto o mecanismo que permita transmitir los datos o crear la central de información en un plazo de veinticuatro horas y por todo el tiempo

registros conexos donde pueda aparecer el dato impugnado. Incurriendo la Sala en responsabilidad civil y hasta administrativa, si por no dictar tal mandamiento, el recurrido sufre perjuicios personales o económicos.	que transcurra hasta la sentencia. Esta disposición también surtirá efectos sobre los registros conexos donde pueda aparecer el dato impugnado. El magistrado instructor o la Sala, en su caso, incurrirá en responsabilidad civil y disciplinaria cuando, por no ordenar tal mandamiento, el recurrente sufra perjuicios personales o económicos.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ considera que el contenido de estos artículos debe tratarse en una sola norma. Ambos son relativos a efectos. La CCSS en el artículo 76 considera que es extraño la definición del primer efecto en el sentido de hacer partícipes a la partes del conocimiento de determinada información cuando debería ser solo el gestionante. En cuanto al 77 encuentra un error material con relación a la impugnación de la confidencialidad, cuando más bien debe ser protección de la misma. El DST analiza los artículos 76, 77 y 78 en un comentario, afirmando que en el 77 se utilizan conceptos de difícil precisión como *dato que parece ser sensible o confidencial* y otros. Iguamente hace mención de la suspensión automática aspecto que debe quedar claro por la responsabilidad que trae consigo. El texto aprobado en primer debate de Comisión Legislativa, mantiene la exhibición como primer efecto, debiendo tomarse medidas cautelares para que dicha información no trascienda. El segundo efecto es la sanción y en la norma se precisa la definición de datos personales, entre otros.

Texto original del hábeas data	Texto aprobado en primer debate del hábeas data. Redación final
Artículo 78. El efecto de la eliminación o supresión de la información o el dato impugnado se aplicará, inmediatamente, en los siguientes casos: a) Cuando se trate de la recolección de información confidencial con fines de publicación o transmisión a terceros no legitimados para conocerla. b) Cuando se trate de la recolección de datos evidentemente sensibles y no exista un fin legítimo para almacenarlos o transmitirlos. c) Cuando la permanencia de los datos haya perdido su razón de ser, por haber transcurrido una prescripción o por ser inútil tal información, a efectos de cumplir con el fin para el que fueron almacenados. d) En los casos en que figure una información que haya sido obtenida por delito, por desviación de poder, por falta o negligencia del informante o del solicitante de la información, por violación al debido proceso o cuando, por conexión, deba eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.	*Artículo 80.* La sentencia que declare con lugar el recurso ordenará restituir al accionante, en el pleno goce del derecho constitucional conculcado, todo conforme a los numerales 51 a 56 de la presente ley. Además, producirá la eliminación o supresión inmediata de la información o el dato impugnado, en los siguientes casos: a) Cuando exista tratamiento de información confidencial con fines de publicación o transmisión a terceros no legitimados para conocerla. b) Cuando haya tratamiento de datos evidentemente delicados como los aludidos en el inciso b) del artículo anterior, y no exista consentimiento expreso del interesado ni un fin legítimo para realizar sobre ellos un tratamiento. c) Cuando la permanencia de los datos en su fichero haya perdido la razón de ser, porque transcurrió el plazo de prescripción previsto en la ley para cada caso o cuando se haya alcanzado el fin para el cual fueron tratados. d) Cuando figure información obtenida mediante la comisión de un delito, desviación de poder, falta o negligencia del informante o el solicitante de la información, violación de las reglas o los principios del debido proceso o cuando, por conexión, debe eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.

En los casos anteriores, la Sala se pronunciará sobre el otorgamiento de posibles daños y perjuicios por las faltas cometidas. *Artículo 79*. Para efectos de devolver la situación al estado anterior o menos perjudicial, se estará a lo dispuesto en los artículos que van desde el 51 hasta el 56 de la presente ley. (Ley de la Jurisdicción Constitucional).	e) Cuando la información resulte innecesaria para los fines del registro, el archivo, la base de datos o el listado legítimos. En el caso del inciso d) anterior, cuando el dato impugnado figure como elemento probatorio en un proceso judicial incoado contra el afectado, podrá solicitarse que ese dato no sea utilizado como prueba en su contra por haberse lesionado los derechos y las garantías que dan sentido al recurso de hábeas data. Del mismo modo, la Sala ordenará al recurrido efectuar las correcciones, alteraciones o supresiones correspondientes y le concederá un plazo máximo de cinco días hábiles. Vencido este período, deberá verificar el cumplimiento de la orden impuesta. Asimismo, condenará en abstracto al recurrido al pago de las costas y los daños y perjuicios ocasionados, los cuales se liquidarán mediante un proceso de ejecución de sentencia, en la vía civil o en la contencioso-administrativa, según se trate de particulares o del Estado y sus instituciones respectivamente.

Observaciones al texto original de hábeas data. La CSJ propone modificar algunas aspectos del contenido de este artículo. La CCSS no refiere a la norma y el comentario del DST ya está incluido en los normas anteriores. El Dr. Chirino refiriéndose concretamente al inciso d) de este artículo, señala: "Este inciso d) abre la puerta para que puedan examinarse por vía del hábeas data las posibles lesiones a la autodeterminación informativa que cometan, por ejemplo, las autoridades de las investigación penal cuando, en ejercicio de sus facultades, realicen un procesamiento de datos que no haya sido autorizado de acuerdo a las reglas del debido proceso. El problema es grave y tiene muchas consecuencias tanto al nivel de la práctica de los órganos de la investigación penal como también a nivel del orden constitucional, ya que los ataques de orden informativo son también ataques para los derechos fundamentales, muy especialmente para el derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que los datos que son utilizados en las investigaciones pueden provenir, tanto de una unificación de datos de diverso origen (que fueron recopilados con fines distintos a los de una investigación criminal) como también de la utilización de datos que ya han sido recopilados por las autoridades pero sin seguir los límites o determinaciones propios del derecho a la protección de datos"[55]. Del mismo modo, un comentario interesante que plantea el Dr. Chirino es la posibilidad de *eliminación de datos*, pues es una herramienta importantísima para que los ciudadanos se protejan frente a posibles lesiones a sus derechos fundamentales producto de la actividad del Estado.

El texto aprobado en primer debate de la Comisión Legislativa a la cual hemos hecho referencia, agrega otras normas de interés que abordan temas como: definiciones sobre datos personales, tratamiento de datos, responsable del fichero y afectado; y otras reformas a la Ley de Jurisdicción Constitucional, que a continuación detallamos con el objetivo de tener todo el panorama de la normativa que fue analizada en la Asamblea Legislativa.

55. *V.*, CHIRINO, *op. cit.*, *El hábeas data como realización del derecho a la autodeterminación informativa. Ideas en torno a un proyecto de ley*, folios 173-174.

Artículo 81. Para efectos del recurso de hábeas data, se definen los siguientes conceptos:

Datos personales: Información concerniente a personas físicas o jurídicas, identificadas o identificables.

Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos automatizados o no, que permitan la recolección, la grabación, la conservación, la elaboración, la modificación, el bloqueo y la cancelación de información, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

Responsable del fichero: Persona física o jurídica, pública o privada, y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, el contenido y uso del tratamiento.

Afectado: Persona física o jurídica titular de los datos objeto del tratamiento automatizado o manual.

Artículo 2. Refórmanse el inciso a) del artículos 2 y el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Nº 7135, de 11 de octubre de 1989, cuyos textos dirán:

Artículo 2. Corresponderá específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo, los derechos y las libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica. (...)

Artículo 5. La Sala Constitucional regulará la forma de recibir y tramitar los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo, cuando se interpongan después de las horas laborales o en días feriados o de asueto. Para tales efectos, habrá siempre un magistrado de turno, quien les dará el curso inicial.

Artículo 3. Refórmanse los actuales artículos 71 y 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Nº 7135, de 11 de octubre de 1989, los cuales pasarán a ser los artículos 82 y 83 respectivamente. En consecuencia, se corre la numeración de los artículos siguientes. El texto de los artículos será:

Artículo 82. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, a quien reciba una orden que deba cumplir o hacerla cumplir o al jerarca o encargado de una institución o departamento que, conociendo una resolución dictada por la Sala Constitucional en una acción de inconstitucionalidad, recursos de amparo, hábeas corpus o hábeas data, no la acate ni la haga acatar, siempre que el delito no esté penado más gravemente.

Artículo 83. Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien dé lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo, hábeas corpus o hábeas data por repetirse, en daño de las mismas personas, las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un recurso anterior declarado procedente.

En el ámbito de las reformas a la Ley de Jurisdicción Constitucional se agrega el hábeas data como otro de los recursos que garantizan protección a los derechos fundamentales. Se establece así mismo, su procedimiento y sanciones de naturaleza penal a quien no cumpla con una sentencia de la Sala Constitucional.

Finalizado este breve estudio comparativo de la propuesta original y el proyecto de ley aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa, observamos que la propuesta inicial tuvo cambios generales y beneficiosos para la aplicación efectiva de este instrumento procesal de naturaleza constitucional. Consideramos desde este punto de vista, que pese a que la iniciativa fue archivada en la Asamblea Legislativa debido al cumplimiento del plazo, este análisis constituirá un antecedente relevante a la hora de que nuevos legisladores se propongan incluir en la corriente legislativa una iniciativa como esta.

F. Inconstitucionalidad del procedimiento legislativo. Avocación del Plenario del Expediente. Archivo

Mediante el Voto Nº 05958-98 del 14:54 horas de 19 de agosto de 1998 de la Sala Constitucional, se resuelve la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de "Adición de un nuevo capítulo IV, denominado *Del Recurso de Hábeas Data*, al Título III, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley Nº 7135, del 19 de octubre de 1989", que tramita el expediente legislativo Nº 12827. En su aspecto medular la resolución señala:

Que la Comisión Legislativa Plena Segunda se apartó de las recomendaciones dadas por la Corte Suprema de Justicia en su informe, pues fueron acogidas únicamente algunas de ellas. El Voto 05958-98 indica que la postura negativa de la Corte Suprema de Justicia tocante a la figura del hábeas data impropio *en general* y al hábeas data respecto a secretos de Estado *en particular* es determinante. Agrega que: "Si bien la mayor parte de las propuestas dirigidas a la Asamblea Legislativa fueron acogidas e introducidas en el texto a la sazón fue votado en primer debate por la Comisión con potestad Legislativa Plena Segunda, debe advertirse que ésta en definitiva se apartó de la recomendación concreta que se cita en el acápite anterior..." Establecido lo anterior, se debe concluir que en la medida en que el texto aprobado por la Comisión Legislativa Plena Segunda diverge de lo oportunamente recomendado por la Corte Suprema de Justicia, se infringe el numero 167 de la Constitución Política. Ello es así por cuando "como se expresó arriba" la posibilidad de aprobar una ley que por su contenido o efectos difiera de lo señalado por la máxima instancia judicial, es exclusiva *a su vez* de la máxima instancia legislativa, ya que sólo a través del plenario puede lograrse la mayoría reforzada que aquella norma exige para tal efecto. Ello obliga a decretar la inconstitucionalidad del procedimiento parlamentario seguido en este caso, declaratoria cuya eficacia principia en el acuerdo de delegación tomado en sesión Nº 43 del 14 de julio del corriente y se hace extensiva a todos sus actos subsecuentes, incluyendo *desde luego* la aprobación del proyecto de ley en primer debate. Se aclara que esto es así por cuanto, una vez vertido por la Corte Suprema de Justicia un criterio condicional favorable al proyecto de ley (como ocurrió en ese caso), la decisión de apartarse o no de las propuestas que condicionaron en su momento esa aprobación, debe ser prerrogativa exclusiva y excluyente del plenario legislativo y no de la respectiva comisión plena"[56].

El Magistrado Piza Escalante, había redactado una nota separada a esta sentencia, en la cual hace suyo también el criterio de los otros Magistrados en razón de que el procedimiento parlamentario es inconstitucional por violentar el artículo 167 de la Constitución Política de Costa Rica que dice: "Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de los dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea".

Pese a que acoge el criterio de la mayoría como lo indicamos anteriormente, el jurista si entra a analizar el fondo del proyecto de ley, expresando: "En todo caso, en lo que se refiere al contenido del proyecto, comienzo por aplaudir el hecho fundamental de que se corrigiera el original para dejar en claro que *hábeas data* no es el mecanismo para obtener el acceso a la información personal que garantiza, sino para garantizarlo y restable-

56. *V.*, Expediente Legislativo, nº 12827, folios 458-459.

cerlo frente a su lesión o amenaza de lesión, porque aquel derecho y el consiguiente deber de dar ese acceso son preexistente al recurso, de la misma manera que los de libertad personal preexisten al recurso de hábeas corpues, el cual operan, por definición, cuando aquellos se hayan violado, se estén violando o se amenacen violar....”[57]

En forma resumida hacemos cita de las observaciones que planteaba el Magistrado Piza al proyecto de ley aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda:

-En el artículo 72 inc. a), rechaza la excepción del derecho de las personas a conocer lo que conste sobre ellas en cualquier registro, público o privado, cuando se trate de “una investigación judicial por la comisión de algún delito, mientras no haya concluido el proceso investigador”, pues esto es violador del principio del debido proceso.

-En el artículo 72 inc. d), no comparte la definición que se hace de *secretos de Estado*, la cual considera que es inconstitucional y peligrosa, pues no todos los asuntos en trámite de carácter diplomático o referidos a operaciones de seguridad nacional tienen por qué caber en el concepto excepcionalísimo y restringido de *secreto de Estado*. En cuanto al segundo supuesto, señala que propicia la nefasta doctrina de seguridad nacional de tan tristes recuerdos para América.

-En el artículo 73 inc. g), considera que falta un elemento esencial del derecho a la información personal, además de la relativa al tratamiento de datos personales, de sus objetivos y fines y de más ahí consignados: el derecho consustancial de conocer los criterios y métodos utilizados para ese tratamiento, incluyendo los de carácter científico o técnico.

-Sobre los artículos 74, 75 y 76 , por su contenido tan complejo, desdicen principios fundamentales del recurso de amparo, del cual el de hábeas data no es más que una especie particular.

-Plantea la necesidad de que consigne expresamente de que los derechos protegidos por el hábeas data, lo son también de los causahabientes de la persona fallecida, de los parientes inmediatos o guardadores del menor o incapaz y de los acreedores en los casos de la acción pauliana ya previsto en la legislación común.

-Es conveniente que se advierta de modo claro y expreso que nada tiene que ver el hábeas data como amparo de los derechos fundamentales a la propia información, a la propia imagen o la propia intimidad, con los derechos generales de petición o a la información con fines de interés público, consagrados en los artículos 27 y 30 de la Constitución Política, derechos frente a los cuales la información personal, privativa de su propio titular, y de nadie más, constituye un valladar infranqueable.

Agrega el Magistrado Piza Escalante, la satisfacción por el contenido general del proyecto, aunque sin ser absolutamente necesario, porque, ya la propia Sala Constitucional había reconocido el hábeas data como forma de amparo, resultan altamente conveniente para darle al derecho fundamental a la información personal un tratamiento específico y garantías más adecuadas a su naturaleza especial.

Coincidimos con los criterios esbozados por el Magistrado Piza, y sus aportes al estudio del expediente legislativo, la mayoría de sus propuestas y recomendaciones, ya las hemos desarrollado y defendido en este ensayo, de ahí que no profundizaremos más en ese aspecto.

57. Expediente nº 12827, folio 462.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que el desarrollo e incorporación de instrumentos procesales de naturaleza constitucional que garanticen en una forma lógica y ordenada la protección de los derechos fundamentales beneficia la posición del ciudadano frente al poder público.

La pregunta de si es conveniente o no la incorporación del Hábeas Data ha levantado bastantes criterios al respecto, situación que es común dentro de la ciencia y la doctrina jurídica. Importa aquí determinar más bien, si este instrumento facilitará y garantizará una protección especial en favor de los ciudadanos, acercándose al precepto de justicia pronta y cumplida, pues lo que interesa aquí es que el derecho fundamental del ciudadano sea cubierto de cualquier forma por el ordenamiento jurídico y respetado por los administrados.

En este punto es de interés reiterar uno de los criterios más acertados que hemos puntualizado en el estudio, y es que todo aquello que le garantice una protección más efectiva y amplia de sus derechos fundamentales debe ser bien acogido por los ordenamientos jurídicos internos y por la normativa que regula el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los derechos fundamentales que se protegen con este recurso, son novedosos dentro de normas constitucionales si lo vemos desde el punto de vista de la introducción de la libertad de informática en la Constitución Política de Costa Rica que si la encontramos en otras Constituciones como la de España (artículo 18.4).

Ahora bien el derecho de autodeterminación informativa consiste en el derecho que tiene todo ciudadano de disponer de sus datos personales, en solicitarle por parte de cualquier organización (pública o privada) o sujeto particular el consentimiento para el uso de sus datos teniendo la posibilidad de exigir que dicha información se utilice conforme al marco legal y previo conocimiento de su uso. De acuerdo con este acceso que se tenga de la información la persona tendrá el derecho de solicitar la corrección, actualización, modificación, eliminación, inclusión o pretensión de confidencialidad sobre la información objeto de la tutela.

El recurso de Hábeas Data como especie del recurso de Amparo cobija otros derechos relativos a derechos personalísimos, derecho a la intimidad, al honor y a la reputación entre otros, que deben ser considerados por su trascendencia en la sociedad.

El Derecho Comparado es una muestra clara del interés que se tiene a nivel constitucional y legal de introducir esta figura dentro de la normativa. Tenemos ejemplos claros en Argentina, Venezuela y Brasil.

Como hemos comprobado en el tratamiento del tema, la materia objeto del Hábeas Data en la jurisprudencia constitucional costarricense no es novedosa, y se ha aplicado sobre todo en la información que se guarda en Archivos Criminales o de antecedentes de instituciones como el OIJ. En este sentido debemos dejar constancia de que pese a que no ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico costarricense, ya la Sala Constitucional a través de sus votos le ha dado contenido y desarrollo tanto a este recurso como a los derechos fundamentales que protege.

Sin lugar a dudas el proyecto de ley planteado por el Diputado Constantino Urcuyo Fournier, fue un aporte interesante y novedoso en la doctrina constitucional costarricense que ha dado lugar a una discusión sobre la conveniencia o no de introducir dicho instrumento. Lastimosamente esta importante iniciativa fue archivada en la Asamblea Legislativa en noviembre del año 2001. Esperaremos que otros legisladores retomen

este importante instrumento procesal y los derechos esenciales que protege para que se logre su incorporación en la legislación.

Comparto el planteamiento que en su momento hizo el Dr. Rodolfo Piza Escalante, en razón de que el derecho fundamental que se protege en el hábeas data sea regulado en una ley sustantiva o en la Constitución Política, ya que la Ley de Jurisdicción Constitucional es naturaleza procesal. Además de que este recurso respaldará un derecho que está en diversas normas constitucionales. Por ello, al tratarse de este tipo de derechos la interpretación de ser amplia en cuanto a los distintos derechos que se relacionan con el manejo de la información personal.

Debo manifestar finalmente que el tema constituye un aporte a la discusión, procurando darle al lector información reciente y actualizada sobre una de las temáticas que ya están dando lugar a posiciones y criterios de grandes juristas latinoamericanos y de otras latitudes, sobre el desarrollo paralelo que debe llevar siempre el Derecho con los avances en la Ciencia, y de la Tecnología.

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 30 de diciembre de 1999, ha realizado un doble reconocimiento, que resulta capital en el desarrollo de la sociedad democrática. Tal declaración está conformada por dos principios superiores que gobiernan la vida de los hombres libres, iguales y progresistas del mundo occidental. Uno está constituido por la declaración de *Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia*, mencionada en el artículo 2 de la Constitución; y el otro, por la reafirmación de uno de los principios superiores que aspiran todos los hombres civilizados, como lo es el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 26 de la Constitución.

Estas declaraciones han llevado a algunos operadores jurídicos a creer, que se produjo una especie de terremoto en el ordenamiento jurídico, que condujo al desmoronamiento de todas las leyes e instituciones procesales preconstitucionales, lo que parece legitimarlos para reinventar o ensayar *lege ferenda* soluciones jurídicas, que carecen de la más absoluta racionalidad constitucional y legal.

Nada más falso que esa apreciación, pues la concepción de Estado Social de Derecho, no es una creación de la Constitución de 1999, sino el reconocimiento expreso de una tradición constitucional que se remonta al año 1947 y que inspiró la concepción de Estado, que existió durante los treinta y ocho años que estuvo en vigencia la Constitución de 1961[1].

En tanto, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, "le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a protegerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales"[2].

Es así, como el derecho a la Justicia, -al igual que otros derechos inherentes a la persona humana-, fue reconocido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente reconocimiento y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 68 de la Constitución de 1961.

---

1. COMBELLAS, R., *Estado de Derecho. Crisis y Renovación,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 53-58; 89-96.
2. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional,* Civitas, Madrid 2001, pp. 25-26.

En este sentido, el reconocimiento que realiza el artículo 26 de la Constitución de 1999, no supone la aparición de un derecho nuevo, sino el reconocimiento de un derecho que debe considerarse ha existido desde siempre. Por tanto, esta norma constitucional no ha supuesto la desaparición del ordenamiento procesal vigente; sino la reafirmación de la validez del ordenamiento jurídico preconstitucional, que garantiza el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Ello es así, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no es un fin en sí mismo, sino que es un derecho de naturaleza procesal o adjetiva, que se alcanza a través del ejercicio del derecho al debido proceso, los cuales tienen por objeto garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de contenido sustantivo y como ha señalado la jurisprudencia inveterada y lo ha reconocido recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, siempre que se respete el contenido esencial, es de libre configuración legal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 49, 156, numeral 32 y 187, numeral 1 de la Constitución.

En tal virtud, el tema que corresponde abordar está relacionado como la debida articulación del engranaje jurídico, para garantizar el ejercicio de los derechos procesales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, así como el debido proceso, que constituyen unos de los pilares en los cuales se soporta el Estado de Derecho que proclama la Constitución.

La garantía del ejercicio, goce, disfrute, protección y restablecimiento de los derechos constitucionales se puede lograr mediante varias vías procesales, reconocidas en la Constitución y reguladas por las leyes. Una de esas vías, que constituye el objeto de este análisis es el amparo constitucional[3], previsto en el artículo 27 de la Constitución, la cual señala:

> Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
>
> El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad de restablecer inmediatamente, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.
>
> La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

A los fines de lograr una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré este trabajo en los siguientes aspectos: La naturaleza jurídica de la pretensión conjunta de amparo constitucional (I); La competencia de los órganos jurisdiccionales en el amparo cautelar (II); La pretensión cautelar de amparo constitucional y los requisitos para la admisión del recurso contencioso administrativo (III); La aplicación de la *cautio iudicatio solvi* en los procesos cautelares (IV); El proceso para la tramitación del amparo cautelar (V); Las medidas provisionalísimas o precautelares (VI); Los presupuestos procesales de las medidas cautelares (VII); Las pruebas en el proceso cautelar (VIII); Las formas de terminación del proceso de amparo constitucional (IX); Los modos de impugnación de la decisión cautelar (X); La ejecución de la medida cautelar de amparo constitucional (XI); Las costas en el proceso de amparo constitucional (XII).

---

3. CHAVERO, R., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001, pp. 20 ss.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN CONJUNTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La posibilidad de efectuar una pretensión de amparo constitucional, conjuntamente con un recurso de inconstitucionalidad de leyes y demás actos estatales normativos o con un recurso contencioso administrativo de anulación o de abstención, fue establecida por el legislador, en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

El primero de éstos artículos, en su único aparte señala:

> La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia (*rectius: Tribunal Supremo de Justicia)*, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

En tanto que el segundo expresa:

> La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.
>
> Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria y efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, *suspenderá los efectos mientras dure el juicio*.

Sin embargo, como de las normas transcritas no se evidenciaba la verdadera naturaleza jurídica de tales pretensiones, tal precisión le correspondió efectuarla al Poder Judicial, mediante una interpretación constitucional, progresiva y audaz, de las referidas normas jurídicas.

Es por ello, que seguidamente se hará referencia a las sentencias líderes, tanto las preconstitucionales, como las que se dictaron luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, que contribuyeron a precisar la auténtica naturaleza jurídica de las pretensiones de amparo constitucional conjuntamente interpuestas con los recursos de inconstitucionalidad contra actos normativos o con los recursos contencioso administrativos.

1. El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 343, de 10 de julio de 1991, caso *Tarjetas Banvenez*, al realizar una interpretación de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en un asunto que pasó a constituir un *leading case* dentro de la jurisprudencia, estableció que cuando se interpone un recurso contencioso administrativo, con el objeto de obtener la anulación de un acto administrativo o de obtener una condena contra una conducta omisiva o la negativa expresa de la administración a cumplir un deber legal, conjuntamente con la pretensión de amparo constitucional, debe entenderse que ésta

tiene una naturaleza cautelar, subordinada, accesoria o subsidiaria de la pretensión principal, valga decir, de la anulación del acto administrativo o de la condena de la Administración, a que se realice una determinada actividad y en consecuencia, la pretensión cautelar tiene vigencia temporal, provisoria, mientras se dicta la sentencia sobre el mérito de la controversia.

2. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 156, de 24 de marzo de 2000, caso *Corporación L´Hotels C.A.*, conociendo de un amparo constitucional contra sentencia, analizó la naturaleza de la pretensión de amparo constitucional, formulada en un recurso contencioso administrativo y señaló:

> Las anotadas condiciones demuestran que su naturaleza es cautelar y que tal cautela existe por la urgencia en que se encuentra el que accede a esa acción.
>
> Este carácter cautelar de la acción se resalta en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que permiten que la acción se ejerza conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, a fin de que se suspenda la aplicación de la norma, mientras dure el juicio de nulidad; o que se ejerza conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, a fin de que mientras dure el juicio se suspendan los efectos del acto recurrido.

Tal como se aprecia del texto parcialmente transcrito, el máximo y último intérprete de la Constitución, ha mantenido el criterio, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, de que los supuestos contemplados en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mantienen plena vigencia y que en consecuencia, la pretensión de amparo constitucional conserva su naturaleza cautelar, mientras duren los juicios de inconstitucionalidad, de anulación o abstención que respectivamente contemplan dichos artículos, quedando a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional competente para conocer de la causa principal, decretar tal medida, si lo considera procedente para la protección constitucional.

III. LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL AMPARO CAUTELAR

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la distribución de las competencias para conocer en materia de amparo constitucional contra los órganos del Poder Público, fue establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en razón al criterio de territorialidad (artículos 1, 7 y 9), al criterio orgánico (artículos 2, 3, 4, 5 y 8), al criterio de la afinidad con los derechos constitucionales denunciados (artículos 7 y 8), y al criterio de la actividad o inactividad lesivas de tales derechos (artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9)[4].

4. AYALA CORAO, C., y BREWER-CARÍAS, A., *La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 1988, p. 12 ss.; RAMÍREZ LANDAETA, B. *Interpretación Jurisprudencial de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Funeda, Caracas 1996. p. 16 ss; LINARES BENZO, G., *El proceso de amparo,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

Al entrar en vigencia la Constitución de 1999, se creó el orden jurisdiccional constitucional especializado, con competencia para garantizar la protección y vigencia de la misma. En principio, este orden jurisdiccional se encuentra atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 266, numeral 1 y 336 de la Constitución).

Una lectura incorrecta de los artículos 266, numeral 1 y 335 de la Constitución, podría llevar a pensar que el orden jurisdiccional constitucional, lo ejerce de manera exclusiva y excluyente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; pero una interpretación racional de dicha norma rechaza tal conclusión, dado que no se crea un orden jurisdiccional, para que lo ejerza de forma exclusiva, un único órgano jurisdiccional.

En efecto, la Constitución brinda varios ejemplos, que evidencian que el orden jurisdiccional constitucional no es exclusivo, ni excluyente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano éste al cual se atribuyen competencias exclusivas en el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Por ello, todo análisis de la distribución competencial establecida en la Constitución, conduce a una interpretación armónica del artículo 266, numeral 1 en concordancia con los artículos 269 y 334 de la Constitución.

En aras de la racionalidad en la interpretación constitucional, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, máximo y último intérprete ha delimitado el nuevo marco competencial en materia de amparo, de los tribunales que ejercerán el orden jurisdiccional constitucional.

No obstante, escapa al objeto de esta exposición la realización de un estudio exhaustivo de las competencias de los órganos jurisdiccionales de la República, para conocer en materia de amparo.

Ello así, en atención al epígrafe de este trabajo, el presente análisis se circunscribirá, a precisar la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen de procesos, en los cuales es posible plantear la tutela constitucional cautelar.

1. El criterio originalmente establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 20 de enero de 2000, caso *Emery Mata Millán*, procedió a señalar lo siguiente:

1. Que la Sala Constitucional es competente para conocer en única instancia de las acciones de amparo constitucional, contra las autoridades que se mencionan en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

2. Tal competencia se extiende a aquellos casos en los cuales, los funcionarios actúen por delegación de atribuciones de las autoridades mencionadas en el citado artículo 8 de la Ley.

3. También le corresponde conocer tanto de las acciones de amparo constitucional, que se intenten contra las decisiones de los Juzgados Superiores de la República, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de las Cortes de Apelaciones con competencia penal, que lesionan directa e inmediatamente derechos constitucionales;

como de las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas por éstos órganos jurisdiccionales, cuando hayan conocido en primera instancia.

Señalado esto, la Sala Constitucional procedió a analizar el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y estableció lo siguiente:

> Dicho artículo, a juicio de esta Sala, no colide con la Constitución y por lo tanto, tiene plena vigencia, y según él, las acciones de amparo pueden ejercerse conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos o contra las conductas omisivas.
>
> Al estar vigente el citado artículo 5, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la Administración, mediante recursos contencioso administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución, y siempre que la acción de amparo no se encuentra caduca.
>
> Resultado de la doctrina que se expone, es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que conocen amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contencioso administrativos, remitirán a esta Sala [Constitucional] las acciones de amparo que venían tramitando, mientras que la Sala Político-Administrativa y la Sala Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas.

Conforme a esta decisión, tanto la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como los demás tribunales que señale la ley que regule el orden jurisdiccional administrativo, conservan la competencia en primera instancia, para conocer de los procesos administrativos de anulación o abstención con pretensión de amparo constitucional, en razón de que, al ser la pretensión cautelar accesoria de la principal, el órgano jurisdiccional administrativo, conserva la competencia para conocer de ambas pretensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En tanto que, la apelación o la consulta del amparo constitucional, así como el amparo autónomo contra la sentencia cautelar, dictadas por los Juzgados Superiores con competencia en lo Contencioso Administrativo y por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, serían del conocimiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

2. La modificación de los criterios de competencias, establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En ese proceso de determinación de las competencias en materia de amparo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 87, de 14 de marzo de 2000, caso *Elecentro y Cadela*, señaló lo siguiente:

> Es competencia de la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo que se ejerzan, por vía principal, contra las decisiones de última instancia que dicte la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, es competencia de la Sala Constitucional el conocimiento de las consultas y apelaciones que se ejerzan contra las sentencias de la citada Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando ésta conozca, por vía principal, de acciones de amparo en primera instancia.

En lo concerniente a la competencia para conocer en alzada, de las sentencias de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, dictadas por éstos en primera instancia, en los procesos de amparo constitucional, realiza la siguiente precisión:

> A la vez, en los casos en que el conocimiento de las acciones de amparo en primera instancia corresponda a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las apelaciones y consultas que se ejerzan contra las sentencias que éstos pronuncien, será de competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En estos casos, la Sala Constitucional sólo podrá acceder al examen de la respectiva sentencia de amparo, a través de la revisión prevista en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República.

Cabe destacar, que la Sala Constitucional al establecer tanto la competencia en primera instancia como en alzada, no distingue que se trata de acciones autónomas de amparo constitucional o de recurso contencioso administrativo de anulación o abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional, en razón de lo cual, se debe considerar que la precisión realizada por la Sala incluye ambos supuestos.

Luego, establece la competencia del órgano jurisdiccional competente para conocer de las apelaciones o consultas, de las sentencias de amparo cautelar; así como de las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas, dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En tal sentido estableció:

> Cuando, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la pretensión de amparo se formule, por vía cautelar, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a título de tribunal competente, conjuntamente con la pretensión contencioso administrativa de anulación, el conocimiento de las consultas y apelaciones que se ejerzan contra la correspondiente sentencia de amparo, así como el conocimiento de los recursos que se intenten contra la sentencia definitiva, o contra las interlocutorias con fuerza de definitivas, que se pronuncien sobre la pretensión anulatoria, serán de la competencia de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, ratificó el criterio del órgano jurisdiccional que puede conocer en apelación o consulta, contra las sentencias recaídas sobre una pretensión cautelar de amparo constitucional, dentro de un proceso administrativo de anulación o carencia, en el caso que le haya correspondido conocer en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Sobre el particular señaló:

> Las acciones de amparo incoadas conjuntamente con los procesos de nulidad son conocidas por los Tribunales competentes para la nulidad, es decir, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Tales tribunales, si son Superiores, son a su vez competentes para conocer las apelaciones y las consultas que se dicten en los amparos a tramitarse conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Consecuencia de lo anterior, es que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, sería la competente para conocer de las apelaciones y consultas de los amparos que sean dictados de manera cautelar, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Además, modifica el criterio respecto al órgano jurisdiccional que debe conocer de los amparos autónomos contra las sentencias dictadas sobre una pretensión cautelar de amparo constitucional, dentro de un proceso administrativo de anulación o abstención, en los casos que le haya correspondido conocer en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. La Sala Constitucional al revisar nuevamente sus competencias expresó:

> Siendo así, los amparos autónomos intentados por terceros contra las decisiones que se dicten en esos amparos conjuntos, lo lógico es que sean conocidos por los tribunales que pueden decidir las apelaciones o consultas, a fin que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias en este tipo de amparos, y ello es razón suficiente para que esta Sala no sea competente para conocer los amparos autónomos de partes o de terceros interpuestos contra los fallos que se dicten en los amparos incoados conjuntamente con las acciones de nulidad de actos administrativos.

En la actualidad, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones o consultas, de las sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sobre las pretensiones cautelares de amparo constitucional, dictadas en los procesos administrativos de anulación o abstención.

Igualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para conocer en primera instancia de las acciones autónomas de amparo contra las sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sobre las pretensiones cautelares de amparo constitucional, en los procesos administrativos de anulación o abstención, que le corresponda conocer a ésta, en ejercicio del primer grado de jurisdicción.

3. El avocamiento en materia de amparo constitucional

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el artículo 42, ordinal 29 en concordancia con el artículo 43, estableció que la competencia para conocer del avocamiento de los asuntos que cursaban en otro órgano jurisdiccional, estaba atribuida de manera monopólica a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. El ejercicio de tal competencia había sido delineado por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

No corresponde en esta ocasión realizar un análisis jurisprudencial del avocamiento y menos aún, estudiar los recientes criterios establecidos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pues ello escapa al objeto de este trabajo. En tanto, se analizará la reciente decisión constitucional que ha ampliado la competencia de avocamiento, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 806, de 24 de abril de 2002, caso *Sintracemento*, luego de analizar los artículos 42, ordinal 29 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, llega a la conclusión que el último artículo citado, al restringir exclusivamente a la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la posibilidad de avocamiento, resulta incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia, establecido en la Constitución. Siendo en consecuencia tal restricción inconstitucional, concluye declarando nula la mencionada atribución de competencias y estableciendo que la misma, opera hacia el futuro.

Planteado en tales términos el asunto, la Sala Constitucional declara su propia competencia para conocer y resolver la pretensión de avocamiento efectuada por Sintracemento, con respecto al proceso que se sigue ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, del Trabajo y de Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo contra la Corporación de Cemento Andino C.A. y concluye, que no existen motivos suficientes que justifiquen el avocamiento de la Sala.

Según lo expuesto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para conocer y resolver las solicitudes de avocamiento, que se formulen respecto a los procesos de amparo constitucional, que cursen en otros órganos jurisdiccionales de la República, siempre que se den los presupuestos de procedencia de dicha solicitud.

IV. LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece las condiciones que debe cumplir el recurrente para que le admitan el recurso contencioso administrativo, independientemente que pretenda la declaratoria de anulación de un acto administrativo individual o la condena a cumplir con una obligación legalmente establecida.

En este sentido, los artículos 84 y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecen cuáles son esas condiciones de admisibilidad, debiendo destacar que el recurso no será admisible cuando haya transcurrido el lapso de caducidad o cuando no se hubiese agotado la vía administrativa.

En tanto, el artículo 5, parágrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece:

> Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

Esta norma lleva a estudiar, la incidencia de la pretensión cautelar de amparo constitucional, en lo concerniente a las condiciones de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación o abstención.

1. La pretensión de amparo cautelar y el agotamiento de la vía administrativa

La primera consecuencia que produce la interposición de un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, consiste en el no agotamiento de la vía administrativa, que exigen tanto los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como el artículo 124, ordinal 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Este no agotamiento de la vía administrativa, se encuentra taxativa previsto en algunas normas legales, siendo en consecuencia de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. Ello debe ser así, por dos razones fundamentales:

A. La regulación acerca del agotamiento de la vía administrativa es materia de reserva legal

La regulación en materia de procedimiento y por ende, el debido proceso, así como la legislación concerniente al acceso a la justicia y el ejercicio, goce y disfrute del derecho

a la tutela judicial efectiva, corresponde al Poder Legislativo por disposición expresa de los artículos 156, numeral 32 y 187, numeral 1 de la Constitución.

Con fundamento en esta competencia, el legislador sancionó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyos artículos 92 y 93, exigen el agotamiento previo de la vía administrativa, como condición para recurrir ante la vía jurisdiccional. En concordancia con éstas normas, el artículo 124, ordinal 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señala que el Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso contencioso administrativo, cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se exhorta al legislador para que éste "... con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, (sancione) la ley orgánica que deberá eliminar, la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio"[5].

Es así como, recientemente se introdujo una reforma importante, al establecer en el artículo 7, numeral 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, que constituye un derecho de los particulares no agotar la vía administrativa, para tener acceso a la vía jurisdiccional, con lo cual se produce una derogación expresa de las disposiciones previstas en las leyes especiales, que exigen el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso administrativo.

Debe advertirse, que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de la Administración Pública difirió la aplicación del numeral comentado, hasta tanto entre en vigencia la Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual debería sancionarse dentro del año siguiente a la promulgación de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

B. El no agotamiento de la vía administrativa puede alterar la competencia del órgano jurisdiccional

La otra razón que incide en las condiciones de admisibilidad del recurso contencioso administrativo, tiene que ver con la competencia del órgano jurisdiccional para conocer y decidir del proceso administrativo. El no agotamiento de la vía administrativa, no tiene mayor incidencia en lo referente a la competencia del órgano jurisdiccional que conocerá en primera instancia, cuando se trata de autoridades estadales o municipales, porque en esos casos, la competencia se encuentra claramente atribuida a los Juzgados Superiores Civiles con competencia en lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tal situación cambia, cuando se trata de los órganos de la Administración Pública Nacional, pues en tales casos, el agotamiento o no de la vía administrativa, va a afectar la competencia del órgano jurisdiccional que conocerá en primera instancia, el recurso contencioso administrativo.

---

5. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Balance y Perspectivas de la Justicia Administrativa (Año y Medio de la Constitución de 1999)", *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 439-454.

En efecto, si se impugna el acto administrativo individual o general de un órgano subalterno al Ministro, la competencia ha sido ejercida tradicionalmente por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la interpretación del artículo 185, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que realizaron tanto la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, como la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. La citada norma legal establece que es competencia de este órgano jurisdiccional conocer:

> De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal.

Posteriormente, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 508, de 2 de mayo de 1995, amplió la competencia a los casos de las acciones o recursos de nulidad y *abstención* que puedan intentarse contra las autoridades diferentes de las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Más recientemente, con la interpretación dada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 194, de 4 de abril de 2000, caso *Alcaldía del Municipio Chacao*, a la expresión *contrario a Derecho*, que establece el artículo 259 de la Constitución, debe entenderse que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no está limitada a controlar los actos administrativos viciados de ilegalidad, sino también los viciados de inconstitucionalidad, pues ambos son contrarios a Derecho.

En tanto que, siguiendo el criterio tradicional, se señalaba que en aquellos casos que la actuación administrativa o la inactividad fueran imputables directamente a algunas de las autoridades constitucionales a que se refieren los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o aun cuando fuese una autoridad de inferior rango y se alegaren razones de inconstitucionalidad, la competencia correspondía a la extinta Corte Suprema de Justicia, según se estuviese ante una violación directa, inmediata y manifiesta de la Constitución y se tratase de un acto de contenido general.

Es oportuno mencionar, que el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite que los afectados en sus derechos o garantías constitucionales, opten entre agotar la vía administrativa, que generalmente finaliza con una acto administrativo del Ministro o el silencio de éste, en cuyo caso deberían acudir directamente ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia o que impugnen la actuación o abstención de los órganos de inferior categoría al Ministro, en razón de lo cual deberían acudir ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

No cabe duda, que el hecho de no agotar la vía administrativa, ha tenido una incidencia importante en la distribución de competencias dentro del orden jurisdiccional administrativo.

(a) El cambio temporal de criterio de distribución de competencias

Sin embargo, tal situación fue modificada temporalmente por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 188, de 6 de febrero de 2002, caso *Procoven*, oportunidad en la cual realizó una reinterpretación del artículo 42, ordi-

nal 10 en concordancia con el artículo 185, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En esa oportunidad la Sala señaló:

> De lo expuesto se colige, que la interpretación de la antigua Corte Suprema de Justicia atribuyó a la norma, un sentido distinto al contenido en su supuesto de hecho, toda vez que, el ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no alude a la estructura interna del órgano, sino a la rama del poder del Estado que dicta el acto y al alcance de sus efectos. Además de haberse traducido en la práctica una situación en la cual, quedaba en manos del administrado recurrente, la posibilidad de determinar el órgano competente para resolver el asunto, situación ésta no deseable en un sistema de derecho que persigue la uniformidad de criterios dentro de un sistema de justicia social equitativa.

En consecuencia, la Sala procedió a resolver la declinatoria de competencia planteada y en tal sentido estableció:

> Por lo tanto, siguiendo los razonamientos precedentemente expuestos y visto que, la situación planteada se ajusta al supuesto de hecho del artículo 42 ordinal 10 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala acepta la competencia para conocer del recurso incoado y en consecuencia, pasa a proveer sobre la admisibilidad del mismo y en tal sentido señala:
>
> El ordinal 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que serán admisibles los recursos de nulidad cuando no se hubiere agotado la vía administrativa.
>
> Así mismo, los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establecen:
>
> ...(*omissis*)...
>
> De las normas transcritas en concordancia con el artículo 124 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se desprende que ciertamente constituye un requisito ineluctable para el ejercicio de los recursos administrativos.

En conclusión, la Sala declara inadmisible el recurso contencioso administrativo de anulación, por no haberse agotado la vía administrativa.

Conforme a este criterio, en los supuestos en que se interponía un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, contra un acto o una abstención de un órgano de la Administración Pública Central, de inferior rango al Ministro y no se había agotado la vía administrativa, la competencia para conocer del recurso correspondía a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

(b) El abandono del criterio temporal y el restablecimiento del criterio tradicional, en lo concerniente a la distribución de competencias

La anterior posición ha sido recientemente corregida, por la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 718, de 23 de mayo de 2002, caso *Ángel Gómez Tapia*, oportunidad en la cual expresó:

> Cabe mencionar respecto al ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido criterio interpretativo reiterado, que la competencia de esta Sala Político Administrativa, para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, queda circunscrita a los órganos de la Administración Central. Aún más allá, y en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal, considera la Sala que su competencia, en esos casos, se limitará a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, El Consejo de Mi-

> nistros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras. Asimismo le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República; el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.
>
> En atención a lo dispuesto en la norma parcialmente transcrita, visto que los actos cuya nulidad se demanda han emanado de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y el conocimiento de la nulidad de los mismos no está atribuido a otro Tribunal, la competencia para conocer y decidir la presente causa corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

El texto trascrito permite señalar, que en los supuestos que se interponga un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, contra un acto administrativo o una abstención de un órgano de la Administración Pública Central, de inferior rango al Ministro o al Viceministro, sin que se haya agotado la vía administrativa, la competencia para conocer del recurso ha sido restituida a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, debe observarse que en los términos contemplados en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el no agotamiento de la vía administrativa, supone un traslado de la competencia del órgano jurisdiccional, en aquellos casos en que la autoridad nacional recurrida, es distinta del funcionario que tiene atribuida por ley, la competencia para poner fin la vía administrativa.

2. La pretensión de amparo cautelar y la caducidad

La segunda consecuencia que produce la interposición de un recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional, consiste en levantar la interdicción de la admisión, por haber operado los lapsos de caducidad establecidos en la ley, tal como lo señala el artículo 84, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Es así como, conforme a la interpretación tradicionalmente otorgada al artículo 5, parágrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Tanto la doctrina científica y la jurisprudencia han admitido que después de transcurrido el lapso de caducidad, se puede intentar el recurso contencioso administrativo.

Lo anterior lleva a analizar lo referente a los lapsos de caducidad, tanto en el caso del amparo constitucional autónomo, como en el caso del recurso contencioso administrativo, que llevan aneja una pretensión cautelar de amparo constitucional.

A. La caducidad de la acción autónoma de amparo constitucional

El artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que no se admitirá la acción de amparo constitucional, cuando el acto, hecho u omisión que violen el derecho o la garantía constitucional hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, “a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres”.

La Ley en una errónea técnica legislativa, define cuando puede entenderse que se produjo el consentimiento expreso y cuando se produce el consentimiento tácito. Se trata de un supuesto de mala técnica legislativa, porque realiza una definición que es contraria al sentido gramatical que debe otorgársele a las palabras. Es así como el legislador de manera un tanto confusa señala:

> Se entenderá que hay consentimiento expreso (*rectius: tácito*) cuando hubieren transcurrido los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses, después de la violación o la amenaza al derecho protegido.
>
> El consentimiento tácito (*rectius: expreso*) es aquel que entraña signos inequívocos de aceptación.

Conforme a la disposición analizada, no es posible intentar una acción autónoma de amparo constitucional contra un acto administrativo u omisión, después de transcurrido el lapso establecido en las leyes especiales o en su defecto el lapso de 6 meses, después de la violación o amenaza.

Según esto, no sería posible admitir un amparo constitucional autónomo contra el acto o la omisión de las autoridades administrativas, que lesionen o amenacen con lesionar derechos constitucionales, una vez que haya transcurrido el lapso de 25 días establecido en el artículo 261 del Código Orgánico Tributario, el lapso de tres meses establecidos en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública o el lapso de 45 días establecido en el artículo 457 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que son algunas de las leyes especiales a que se refiere el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y tampoco sería posible admitir un amparo constitucional autónomo contra el acto administrativo o la omisión de otorgar oportuna y adecuada respuesta, del Ministro de Infraestructura, conforme al artículo 204 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, una vez que haya transcurrido el lapso de seis meses, establecido en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En cualquier caso, en ausencia de un lapso previsto en una ley especial, la posibilidad de accionar en amparo constitucional, caduca en el término máximo de seis (6) meses siguientes a su notificación o a que haya vencido el lapso para decidir en vía administrativa, sin haber obtenido oportuna y adecuada respuesta.

B. La caducidad del recurso contencioso administrativo

El artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al regular la caducidad en el proceso administrativo señala:

1. Los actos generales, administrativos o no, del Poder Público pueden impugnarse en cualquier tiempo.

2. Los actos individuales de la Administración, deberán impugnarse dentro del término de seis meses, contados a partir de la publicación o la notificación.

3. En caso de silencio administrativo, como consecuencia de la interposición de un recurso en vía administrativa que no ha sido resuelto oportunamente, el término para recurrir es de seis meses.

4. Los actos individuales de efectos temporales, deberán ser impugnados en el término de treinta días.

5. Los términos establecidos en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no obstan para la existencia de lapsos de caducidad distintos, establecidos en leyes especiales.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia al señalar, el lapso general para recurrir contra el acto administrativo individual o contra el silencio administrativo (Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia 125, de 22 de junio de 1982, caso *Ford Motors*); el lapso para recurrir contra la abstención (Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia 301, de 13 de junio de 1991, caso *Rangel Bourgoin*; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 2519, de 11 de octubre de 2001, caso *Gonzalo Ponce Lugo*); el lapso para recurrir actos individuales de efectos temporales (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de octubre de 1995, caso *Moisés Auday*); el lapso para recurrir contra actos individuales o silencio administrativo, establecido en leyes especiales (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1159, de 5 de junio de 2001, caso *Agropecuaria Framar*).

Conforme a la jurisprudencia mencionada, en caso de intentarse el recurso contencioso administrativo de anulación, fuera de los lapsos señalados en las leyes, deberá declararse la caducidad y en consecuencia la inadmisibilidad del recurso, conforme a lo establecido en el artículo 124, ordinal 4, en concordancia con el artículo 84, ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

C. La caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional

En principio, la interpretación literal del artículo 5, parágrafo primero de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha reconocido la admisión del recurso contencioso administrativo aunque hayan transcurrido los lapsos de caducidad, siempre que dicho recurso contenga una pretensión cautelar de amparo constitucional y ésta sea declarada procedente; pues en caso contrario, se revisará la caducidad y de constatarse que ha operado, se declarará inadmisible el recurso.

Tal situación plantea una reflexión sobre el tema de la caducidad del recurso contencioso administrativo, que se expondrá a continuación:

La acción autónoma de amparo constitucional, no es admisible en ningún caso, cuando haya transcurrido el lapso de seis meses siguientes a la producción del acto, hecho u omisión que lesionan o amenazan con desconocer los derechos constitucionales.

El recurso contencioso administrativo, no es admisible en ningún caso, cuando haya operado la caducidad, cuyo lapso máximo es de seis meses siguientes al acto administrativo individual, al silencio administrativo o la abstención de pronunciamiento.

Según lo expuesto, cada una de la acciones planteadas de manera autónoma -amparo o recurso contencioso administrativo-, están sometidas a un lapso de caducidad de seis meses, transcurrido el cual, ambas resultan inadmisibles.

Lo expuesto lleva a analizar ¿Cómo es posible que una pretensión accesoria, subordinada, subsidiaria pueda alterar el lapso de caducidad de seis meses establecido en la ley, a los fines de la admisión de la pretensión principal?.

¿Si no es admisible la acción autónoma de amparo constitucional y tampoco es admisible el recurso contencioso administrativo, después de seis meses de los actos, hechos,

omisiones o abstenciones que constituyen el objeto del proceso, cómo puede admitirse que en caso de plantearse un recurso contencioso administrativo con una pretensión cautelar de amparo constitucional, pueda soslayarse el lapso de caducidad de seis meses?.

La seguridad jurídica, que constituye un principio que se deduce del Estado de Derecho, demanda que las personas tengan certeza, sobre el momento en el cual se consolidan determinadas situaciones jurídicas e incluso el derecho a la tutela judicial efectiva, exige que la justicia se administre de manera expedita, sin dilaciones indebidas, razón por la cual, el lapso de seis meses para la formulación de las pretensiones autónomas, no puede ser afectado cuando se acumulan ambas pretensiones en un mismo escrito de demanda o recurso, una como subsidiaria de la otra que se constituye en principal.

Ello lleva a considerar, que la redacción del artículo 5, parágrafo primero de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser interpretado de forma armónica y racional con los principios que se deducen de la Constitución, como la seguridad jurídica y la buena fe, en las relaciones entre los particulares, con los órganos y entes del Poder Público.

En apoyo de tal aserto, debe invocarse el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 1419, de 10 de agosto de 2001, caso *Gerardo Barrios*, en cuya oportunidad expresó:

> ... ha sido criterio de esta Sala que no puede considerarse, para los efectos de exceptuarse de la caducidad de la acción de amparo constitucional, a cualquier violación que infrinja el orden público y las buenas costumbres; porque, de ser así, todas las violaciones a los derechos fundamentales, por ser todos los derechos constitucionales de orden público, no estarían sujetas a plazo de caducidad y, definitivamente, esa no pudo ser la intención del legislador.
>
> En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que la excepción de la caducidad de la acción de amparo constitucional está limitada a dos situaciones, y que en esta oportunidad esta Sala considera que deben ocurrir en forma concurrente. Dichas situaciones excepcionales son las siguientes:
>
> 1. Cuando la infracción a los derechos constitucionales afecte a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes.
>
> ... (*omissis*)...
>
> 2. Cuando la infracción a los derechos constitucionales sea de tal magnitud que vulnere los principios que inspiran el ordenamiento jurídico.

Congruente con la decisión anterior, la sentencia 1302, de 17 de junio de 2002, de la Sala Constitucional, en el caso *Rafael Penso*, luego de reiterar la tesis anterior, concluye señalando lo siguiente:

> ... esta Sala considera que el accionante no fundamenta su acción en una violación constitucional que afecte a una parte de la colectividad o el interés general, así como que la lesión constitucional denunciada no es de tal magnitud como para vulnerar los principios que inspiran el ordenamiento jurídico. Observa la Sala, que la acción de amparo constitucional intentada ante el *a quo* se refiere a las violaciones a los derechos constitucionales pertenecientes a la esfera jurídica particular del accionante, y no considera esta Sala que se desprenda de la situación denunciada una violación constitucional de magnitud que permita vulnerar la garantía constitucional de la seguridad jurídica que debe existir en el Estado de Derecho venezolano.

Es así como, surge la necesidad de revisar la interpretación que se ha hecho del artículo 5, parágrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, con el objeto de plantear una nueva lectura de dicha norma, en atención de los principios de seguridad jurídica y buena fe, que se deducen de la concepción de Estado de Derecho, recogida en la Constitución.

D. Consideración final sobre la caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional

Si se intentasen autónomamente el recurso contencioso administrativo o el amparo constitucional, después de transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ambas pretensiones no serían admisibles por haber operado la caducidad de la acción, lo que lleva a reflexionar, desde el punto de vista lógico, ¿qué razón lleva a admitir la pretensión de amparo constitucional que se presenta como accesoria de la principal, aun después que hayan transcurridos los lapsos máximos de caducidad establecidos en las leyes citadas?

No resulta lógicamente congruente, que la pretensión accesoria y subordinada incida en la pretensión principal, de tal manera que modifique las condiciones de admisibilidad de ésta, tal como se ha venido entendiendo hasta ahora, la pretensión cautelar de amparo constitucional que se presenta con el recurso contencioso administrativo.

Con fundamento en lo antes expuesto, considero que conforme a los principios que se deducen del Estado de Derecho que reconoce la Constitución, debe realizarse una reinterpretación del artículo 5, parágrafo único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en razón de la cual:

1. Los recursos contencioso administrativos interpuestos con pretensión cautelar de amparo constitucional, sometidos a lapsos de caducidad previstos en leyes especiales, inferiores al lapso máximo de seis meses, pueden ser planteados aún después de transcurridos aquellos lapsos más breves y el órgano jurisdiccional a los fines de su admisión, deberá analizar dos supuestos concurrentes:

En primer lugar, debe constatar que no ha transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses, previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues en caso que sí haya transcurrido el lapso máximo de caducidad, deberá declarar inadmisible el recurso, por razones de seguridad jurídica.

En segundo lugar, en el supuesto que no haya transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses, el recurso contencioso administrativo podrá ser admitido, siempre que se evidencie la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional denunciado, en cuyo caso, además, deberá conceder el mandamiento de amparo cautelar, mientras se tramita el proceso administrativo.

2. Los recursos contencioso administrativos interpuestos con pretensión cautelar de amparo constitucional, sometidos al lapso de caducidad de seis meses, no pueden ser planteados después de transcurrido el referido lapso y en caso de que ello suceda, el órgano jurisdiccional deberá declarar inadmisible tanto el recurso contencioso administrativo como la pretensión cautelar de amparo, por razones de seguridad jurídica.

3. Los recursos contencioso administrativos de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional, podrán ser admitidos después de transcurrido el lapso máximo de caducidad de seis meses, de manera excepcional, cuando se produzcan algunos de los siguientes supuestos:

En primer término, que la actividad o inactividad que se somete a control jurisdiccional, presuntamente lesione derechos constitucionales que afecten más allá del interés personal y directo del recurrente, a una parte de la colectividad o al interés general.

En segundo término, que la actividad o inactividad que se somete a control jurisdiccional, sea de tal magnitud que vulnere los principios que inspiran el ordenamiento jurídico, en los términos precisados por la Sala Constitucional, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución.

V. LA APLICACIÓN DE LA *CAUTIO IUDICATIO SOLVI* EN LOS PROCESOS CAUTELARES

En nuestro ordenamiento jurídico, existen una serie de condiciones que se deben cumplir para actuar válidamente en el proceso, bien sea como actor o como demandado. Una de esas condiciones está relacionada con el domicilio, de aquel que pretende actuar como actor en el proceso. En tal sentido, el artículo 36 del Código Civil señala:

> El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales.

Según esta norma para actuar como demandante en Venezuela se requiere:

1. Estar domiciliado en el país y cumplir con las demás condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico.

2. En caso de no estar domiciliado en Venezuela, deberá cumplir una de estas condiciones:

a) Poseer bienes en cantidad suficiente, para garantizar las resultas de lo litigado y sentenciado.

b) De no poseer bienes en cantidad suficiente, constituir fianza de lo litigado y sentenciado.

3. No será necesario cumplir con tales condiciones, cuando así lo dispongan las leyes especiales.

La aplicación de esta norma, ha planteado diversas posiciones por parte de los órganos jurisdiccionales, que merecen una atención especial.

1. El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

El primer caso se planteó, en virtud de la interposición del recurso contencioso administrativo de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional, que fue presentado por la empresa Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles C.A., domiciliada en el Reino de España, contra el acto de la sociedad mercantil Metro de Maracaibo C.A. (Metromara) que declaró sin lugar el recurso de reconsideración contra el acto mediante el cual se otorgó la buena pro a la empresa Siemens, S.A, en el proceso de licitación para la realización de las obras civiles de la primera etapa de la línea 1, del Metro de Maracaibo.

En la oportunidad de la audiencia constitucional, tanto Metromara como Siemens, invocaron a su favor, la aplicación del artículo 36 del Código Civil y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 143, de 22 de febrero de 2001, resolvió al respecto:

> Lo que si debe advertir esta Corte es el necesario cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 36 del Código Civil, a la que hacen referencia tanto METROMARA como SIEMENS. Según esa norma el demandante no domiciliado en el país debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, salvo que se determine que posee bienes suficientes en el país, y se perfila como una caución de solvencia judicial, en el sentido que se exige para demandar en el país como garantía en caso de que la pretensión no prospere y a los fines de responder de los daños y perjuicios que se puedan causar por efectos del juicio. Esa exigencia, requerida para demandar de manera general en el país, resulta lógicamente aplicable a este proceso y así de declara.
>
> Ahora bien, en el presente caso como en efecto lo alegan las empresas antes mencionadas, la parte recurrente no cumplió con tal exigencia, cuestión que considera este Juzgador debe ser decidida con carácter previo, por la necesidad de garantizar los efectos que pueda tener lo decidido en este juicio y atendiendo al carácter de importancia que tiene para los intereses del Estado Zulia y el propio Ente licitante. Además y con base en lo anteriormente señalado, visto que esta Corte tiene la facultad de decidir si abre o no una articulación de ocho días, considera, que debe abrirse la articulación de ocho días -entiéndase de despacho- a que se contrae el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, contados a partir de la notificación de la presente decisión, a los fines de que la parte recurrente pruebe que tiene bienes suficientes en el país y, en caso contrario, ofrezca fianza principal y solidaria de UN MIL DOSCIENTOS NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA MIL BOLÍVARES (Bs. 1.209.160.000), en actuación a lo previsto en el artículo 36 del Código Civil.

En razón de lo expuesto, la Corte ordenó abrir un cuaderno separado para tramitar la incidencia y finalizado el lapso decidirá si se dio cumplimiento a lo ordenado.

Transcurrido el lapso de la articulación probatoria, sin que se hubiese dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 684 de 26 de abril de 2001, dispuso lo siguiente:

> Así entonces, verificado como está que no se probó que la recurrente tenga bienes suficientes en el país, ni se consignó la fianza requerida, a los fines de garantizar lo que pueda ser juzgado en el recurso de nulidad ejercido en el presente caso, objeto de la incidencia abierta, esta Corte debe aplicar el efecto procesal establecido en el Código de Procedimiento Civil para el caso de la falta de subsanación de la cuestión previa contenida en el artículo 346, ordinal 5°, esto es la falta de caución. Así, el artículo 54 *eiusdem* al que se contrae el supuesto planteado dispone que, una vez que transcurre el lapso que se le fija a la parte demandante -5 días a contar de la declaratoria con lugar de la cuestión previa en aquel caso-, para que se subsane el defecto o la omisión y no lo hace, debe declararse extinguido el proceso.
>
> En este caso, en síntesis se concluye que, transcurrido como fue el lapso de los ocho (8) días de despacho que le fueron fijados a la parte recurrente por sentencia de fecha 22 de febrero de 2001, para que cumpliera con la carga procesal impuesta y siendo que no se dio cumplimiento a ello, el efecto procesal debe ser en este caso declarar extinguido el proceso contencioso administrativo de anulación que dio lugar a la presente incidencia, y así se decide.

En conclusión, para la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no existe la menor duda sobre la aplicación de la *cautio iudicatio solvi*, en el proceso contencioso administrativo, en el cual se formulen pretensiones cautelares de amparo constitucional.

2. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El segundo caso, se corresponde a una acción autónoma de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Tim International B.V., domiciliada en el Reino de los Países Bajos, contra la sentencia cautelar de 26 de octubre de 2001, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, estableció que la competencia para conocer de acciones autónomas de amparo contra amparos cautelares, dictados por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo corresponde a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en razón de lo cual ella resulta incompetente para resolverla, pero con fundamento en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, mantiene la medida cautelar de suspensión parcial del dispositivo de la sentencia, mientras el órgano jurisdiccional competente resuelve el fondo.

En lo concerniente al alegato efectuado en la audiencia constitucional, respecto a *cautio iudicato solvi*, la Sala señala que si el accionante no está domiciliado en Venezuela, no está obligado a constituir garantía, pues el artículo 27 de la Constitución, al garantizar el derecho de amparo, no exige tal requisito, razón por la cual no es necesario que caucione, aquel accionante no domiciliado en Venezuela.

Esta decisión de la Sala Constitucional, es manifiestamente incongruente, porque no debió pronunciarse, antes de resolver sobre su propia competencia, respecto a un alegato efectuado en la audiencia constitucional y que tiene incidencia sobre el fondo de lo debatido.

Si la Sala Constitucional carece de competencia para conocer del amparo, ha debido limitarse a declinar al órgano jurisdiccional competente, manteniendo la medida cautelar conforme al artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, pero ha debido abstenerse de resolver sobre algunas de la defensas planteadas por las partes en la audiencia constitucional, porque ello, limita al órgano jurisdiccional competente, sobre el tema a decidir.

Por ello, cabe manifestar asombro y preocupación, por la manera como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha dividido la competencia para resolver sobre las pretensiones de las partes, resolviendo algunas como si fuera competente -aunque reconoce expresamente que no lo es- y declinando la competencia para resolver las restantes, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual en el caso concreto, este órgano jurisdiccional en principio, no podría establecer una posición distinta, sobre la procedencia o no de la *cautio iudicatio solvi*, en virtud del pronunciamiento previo de la Sala Constitucional.

Sin embargo deben reseñarse dos hechos posteriores a dicha decisión, que resultan trascendentales respecto al criterio que podría fijar la Sala Político Administrativa, del Tribunal Supremo de Justicia. El primero, se produjo en la sentencia 362, de 26 de febrero de 2002, a través de la cual, la propia Sala anuló todo lo actuado y decretó la reposición del proceso de amparo al estado de admisión y el segundo, se materializó en la sentencia 947, de 11 de julio de 2002, que homologó el desistimiento efectuado por el justiciable.

En consecuencia, si bien la reposición abrió la posibilidad que se plantease el asunto de la *cautio iudicatio solvi* en la audiencia constitucional y que la Sala Político Administrativa fijase una posición distinta a la Sala Constitucional, resulta evidente que al haberse producido el desistimiento de la acción de amparo constitucional y haberlo homologado la Sala, no se producirá el esperado pronunciamiento.

VI. EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO CAUTELAR

El 23 de enero de 1988, entró en vigencia la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en la cual se estableció el proceso para la tramitación del amparo constitucional.

La interpretación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es producto del desarrollo jurisprudencial, que encuentra su más elevada expresión, en la sentencia 343, de 10 de julio de 1991, caso *Tarjetas Banvenez*, en la cual se distingue entre la acción autónoma de amparo constitucional (artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), el proceso administrativo de anulación o abstención, en el cual se plantea una pretensión cautelar de amparo constitucional (artículo 5 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) o el proceso de inconstitucionalidad contra las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Tanto en el supuesto del amparo autónomo como de la pretensión de amparo cautelar, el proceso se tramitaba conforme a lo establecido en los artículos 23 al 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

No obstante esta situación, ante la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de mayo de 1996, declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con fundamento en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, estableció que el órgano jurisdiccional administrativo, tenía la potestad de aplicar el procedimiento que juzgue más conveniente, para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional[6].

Siguiendo esa línea de argumentación, señaló que en ausencia de un procedimiento especial, el órgano jurisdiccional podía:

> 1) Tramitar la solicitud de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, tal como lo hizo la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Carlos Morana contra el Ministerio de Relaciones Interiores* (Sentencia del 20 de octubre de 1994, expediente 11036).
>
> 2) En caso de que la solicitud de amparo, sólo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle el mismo tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos, prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
>
> 3) Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II, del Libro Tercero de dicho Código.

Tal como se puede observar, la sentencia de 21 de mayo de 1996, de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, creo la posibilidad que el órgano jurisdiccional aplicase diferentes procedimientos, para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional[7].

---

6. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (A propósito de la sentencia de 21 de mayo de 1996, que declaró su Inconstitucionalidad)" en *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1997 pp. 259-291.

7. CHAVERO, R., *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001. pp. 20 ss

Posteriormente, las Salas Plena y Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, uniformaron el procedimiento para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, aplicando los artículos 23 al 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

1. El proceso para la tramitación del amparo autónomo

La entrada en vigencia de la Constitución de 1999, ratifica el reconocimiento del amparo constitucional, como una garantía procesal para la protección de los derechos constitucionales. En tal sentido el artículo 27 de la Constitución señala:

> Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
>
> El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

En base a esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, estableció el procedimiento para la tramitación del amparo constitucional autónomo, en los siguientes términos:

> ... la Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335 ejusdem, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución ..., en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de otros amparos, excepto el cautelar....

No obstante, quedó pendiente la definición del procedimiento para la tramitación de las pretensiones de amparo cautelar, a las cuales se hará referencia a continuación.

2. El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra leyes y demás actos estatales normativos

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, precisó la forma para la tramitación de la pretensión cautelar del amparo constitucional contra las leyes y demás actos estatales de contenido normativo, a que alude el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ello así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 88, de 14 de marzo de 2000, caso *Ducharme de Venezuela*, estableció el procedimiento para la tramitación de la pretensión de amparo cautelar, en los casos de impugnación de actos de contenido normativo, sean legales o administrativos.

Así señala, en aplicación del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

> Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre

la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

En caso de que se declare inadmisible la acción principal, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente.

Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los fines de decidir sobre el amparo constitucional.

El procedimiento de nulidad continuará su trámite ante el Juzgado de Sustanciación y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agraviante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

Una vez concluido el debate oral, la Sala el mismo día, deliberará y podrá:

Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.

Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

La sentencia transcrita, define el procedimiento que deben aplicar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que tengan competencia para conocer en primera instancia, de pretensiones cautelares contra actos de contenido normativo; así como los tribunales del orden jurisdiccional administrativo, en aquellos casos que les corresponda conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación de Reglamentos y demás actos administrativos generales que tengan contenido normativo, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Este criterio ha sido ratificado recientemente, por la sentencia 980, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 29 de mayo de 2002, caso *Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos*.

3. El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra actos administrativos individuales y abstenciones

Tal como se puede advertir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no se pronunció sobre la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, en los procesos contencioso administrativos.

Ello condujo a que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, aplicase el procedimiento establecido en los artículos 23 al 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; mientras que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, aplicaba el procedimiento establecido para los casos de amparo autónomo, en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Fue posteriormente, cuando el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, en ponencia conjunta, caso *Marvin Enrique Sierra Velasco*, estableció el procedimiento para tramitar la pretensión de

amparo constitucional, que se presente con un recurso contencioso administrativo de anulación.

En esa oportunidad la Sala estableció que "es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares", en razón de lo cual una vez admitido el recurso contencioso administrativo, se debe proceder a emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, *con prescindencia de cualquier otro aspecto* y dándole cumplimiento al propósito constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, de manera expedita.

Según lo anterior, consideró la Sala que el órgano jurisdiccional deberá analizar los presupuestos procesales que condicionan la concesión de toda medida cautelar, como lo son el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional alegado y el *periculum in mora*, el cual se determina por la sola verificación del requisito anterior, porque "la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho, el cual por su naturaleza debe ser restituido inmediatamente, conduce a la convicción que debe preservarse dicho derecho, ante el riesgo de causar un daño irreparable en la sentencia definitiva".

Ello así, de concederse la tutela cautelar de amparo constitucional, la parte contra quien obre la medida, podrá ejercer su derecho a la defensa y oponerse a ella una vez ejecutada, conforme al procedimiento establecido en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, con la finalidad de tramitar la oposición, debe abrirse cuaderno separado, el cual se remitirá junto a la pieza principal, al Juzgado de Sustanciación, a los fines que se continúe la tramitación.

En tanto que, si el amparo cautelar es declarado improcedente, el recurrente podrá solicitar cualquiera otra medida cautelar prevista en el ordenamiento jurídico.

Este criterio fue acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 30 de marzo de 2001, y posteriormente publicado en resolución de 4 de abril de 2001, que fue difundida para un mayor conocimiento de los operadores jurídicos, en las carteleras de ese órgano jurisdiccional.

4. El aparente cambio de criterio de la Sala Político Administrativa, en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar

Posteriormente, en sentencia 2343, de 23 de octubre de 2001, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Refrimaster*, realizó una precisión sobre la aplicación del procedimiento para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, al señalar lo siguiente:

> ..., el operador jurídico ante la solicitud de un decreto de amparo no debe desaplicar mecánicamente y sin ninguna otra consideración los artículos 23, 24 y 26 de la referida Ley de Amparo, pues ocurre que tal inaplicación sólo obedece al caso concreto y por tanto, responde a circunstancias particulares, que deben ser fundamentadas, y cada una de las cuales no siempre legitiman la implementación del referido control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Establecido esto, la Sala procede a analizar los argumentos expuestos por la empresa solicitante de la protección cautelar de amparo constitucional y concluye señalando:

> Ahora bien, en virtud de dicha ponderación del interés público que este órgano jurisdiccional está obligado a tutelar (dada la importancia y la afectación del bien colectivo), es por lo que se

justifica, entonces, la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de la parte quejosa y los importantes derechos antes señalados, todo con el fin de proteger tales intereses.

En tal sentido, esta Sala ordena abrir cuaderno separado a los fines de oír a los ciudadanos Procurador General de la República, Fiscal General de la República y Ministro del Ambiente y los Recursos Naturales y Ministro de Salud y Desarrollo Social, antes de decidir sobre la medida cautelar solicitada, a quienes ordena notificar.

Esta decisión resulta sumamente censurable, por varias razones:

En primer lugar, porque la sentencia genera inseguridad jurídica, al admitir que el órgano jurisdiccional puede aplicar el procedimiento cautelar del Código de Procedimiento Civil o incluso, *inventar* uno distinto al previsto en la propia Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En segundo lugar, porque si la Sala decidió aplicar la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en consecuencia ha debido seguir el procedimiento y tramitar la pretensión de amparo constitucional, conforme a lo que ella señala y no ordenar como lo hizo, una notificación para oír a determinados funcionarios, antes de conceder la medida cautelar, estableciendo la notificación sin procedimiento alguno, es decir, sin estar sujeto a la presentación del informe dentro del lapso de 48 horas siguientes a la notificación y de la posterior audiencia constitucional dentro del lapso de 96 horas que señala la Ley.

En tercer lugar, porque si bien es cierto que el control difuso de la constitucionalidad se aplica a la resolución de cada caso en particular, no resulta muy coherente que en algunos supuestos, el procedimiento para la protección de los derechos constitucionales -para ser considerado constitucionalmente válido-, requiera un restablecimiento expedito de la situación jurídica infringida o la que más se asemeja a ella; en tanto que en otros casos, tal protección constitucional pueda ser diferida, a un momento posterior e incierto, que incluso el propio órgano jurisdiccional no determina con precisión.

En cuarto lugar, no se entiende qué sentido tiene que la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, haya establecido el procedimiento para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional en una ponencia conjunta y que luego, se desaplique ese procedimiento en aras de un supuesto interés público, en una ponencia individual.

En quinto lugar, no se comprende cuál es el basamento constitucional de la Sala para afirmar que realiza la "ponderación del interés público que este órgano jurisdiccional está obligado a tutelar (dada la importancia y la afectación del bien colectivo)", dado que dentro de la concepción de Estado de Derecho y de Justicia que proclama la Constitución, los órganos jurisdiccionales administran justicia, de manera autónoma, independiente, imparcial, responsable y transparente, razón por la cual, la argumentación que realiza la Sala, respecto a que debe ponderar el interés público porque ella está llamada a protegerlo, constituye un sofisma para justificar el cambio de criterio en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar, porque ni constitucional, ni legalmente corresponde a los órganos jurisdiccionales la tutela del interés público.

Lo antes expuesto, puede conducir a dos posibles conclusiones: Una es que la sentencia 2343, de 23 de octubre de 2001, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no debería pasar de ser un caso aislado y que el proceso para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, debe ser el establecido en el Código de Procedimiento Civil, conforme lo están aplicando los tribunales del orden jurisdiccional administrativo.

La otra conclusión, es que la Sala Político Administrativa ha establecido dos procedimientos para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, cuya aplicación estará sujeta en cada caso, a que el órgano jurisdiccional considere que presuntamente se encuentra involucrado el interés público o se pueden afectar bienes colectivos.

VII. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES

En el ordenamiento jurídico hispano, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, al reglamentar el incidente de suspensión, en los artículos 122 al 125 de la Sección Segunda, Capítulo V, del Título IV, establecía que los órganos jurisdiccionales sólo podían decidir la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, después de la necesaria tramitación de la pieza de suspensión.

Dado que la medida cautelar de suspensión de la ejecución, era la única posible en el ordenamiento jurídico ibérico, se desató un debate en la doctrina científica sobre la necesidad de otorgar a los órganos jurisdiccionales, la potestad para adoptar las adecuadas medidas cautelares, que garanticen la tutela judicial efectiva[8].

A este cruzada de la doctrina científica, se sumaron el Tribunal Constitucional y los tribunales del orden jurisdiccional administrativo, que comenzaron a reconocer con fundamento en el artículo 24.1 de la Constitución, que el derecho a la tutela judicial efectiva, permite la posibilidad de adoptar medidas cautelares distintas de la suspensión de la ejecución, es decir, medidas cautelares positivas, que permitan imponer a la Administración una determinada conducta o habilitar a un interesado para realizar una actividad específica.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo Español, en la Sala Tercera, Sección Sexta, mediante autos de 2 y 19 de noviembre de 1993, admitió la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas, que en el caso concreto consistieron en la suspensión de la ejecución del acto impugnado, mientras se sustanciaba la pieza separada de suspensión.

El objeto que perseguía la medida cautelar provisionalísima era asegurar la eficacia de la decisión cautelar que podía adoptarse, una vez finalizada la tramitación de la pieza de suspensión.

En tales términos, el primer auto se dictó sin audiencia del Servicio Jurídico del Estado, que representa judicialmente a la Administración del Estado y el segundo auto, de dictó previa audiencia de las partes.

El Tribunal Supremo de Justicia, utiliza un doble fundamento jurídico: En primer lugar, se basa en el artículo 24.1 de la Constitución, que supone reconocer que las medidas cautelares constituyen parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, en razón de lo cual resulta necesario adoptar las medidas adecuadas para garantizar el derecho cuya tutela se solicita; en segundo lugar, se fundamenta en el artícu-

8. CHINCHILLA, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1991, pp. 133-188; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas, 2ª ed., Madrid 1995.

lo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[9], que establece la posibilidad de adoptar las medidas cautelares innominadas y que resulta aplicable al proceso administrativo, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En definitiva, la medida precautelar o provisionalísima persigue de manera inmediata y directa, garantizar que la decisión que se adopte en el proceso cautelar, no quede ilusoria, que sea realmente efectiva; en tanto que persigue de manera mediata e indirecta, asegurar que no se frustre la tutela judicial definitiva, que no se torne ineficaz la sentencia que se pronuncie sobre el mérito del proceso.

Debe advertirse, que además de los votos disidentes a los autos comentados, la doctrina científica cuestionó la concesión de las medidas cautelares provisionalísimas, expresando al respecto lo siguiente:

> ... la Sala, en mi opinión, con esta argumentación, no hace sino interpretar de modo muy imaginativo los precitados artículos de la Ley de la jurisdicción, extendiéndose más allá de lo que, desde el punto de vista jurídico, resulta adecuado, puesto que por mucha capacidad interpretativa que se desee no es posible encontrar en estos preceptos base legal alguna, para la adopción de medidas como la adoptada.

A la crítica que realiza a los argumentos dados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia, le agrega lo siguiente:

> Es más, parece desconocer que forma parte del poder público -el Poder Judicial- que como tal poder está sometido únicamente al imperio de la ley, que proclama el artículo 117.1 de la Constitución, esto es, que sólo puede hacer aquello que está expresamente previsto por la ley y, debemos añadir, que si la ley no prevé -como no lo hace- este tipo de medidas en el orden contencioso-administrativo, aunque sí en otros órdenes jurisdiccionales, no podría aplicarlas. De otro modo, pienso que está haciendo una interpretación y una aplicación del Ordenamiento jurídico no querida por el legislador -aunque resulta deseable-, es decir, está entrando en el campo *lege ferenda* y no en el de *lege data*, que es en el que se deben mover los poderes públicos, incluidos el Poder Judicial[10].

En este mismo orden de ideas, dentro de la doctrina científica se han efectuado otras críticas a los autos del Tribunal Supremo de Justicia, por considerar que la concesión de las medidas provisionalísimas es contraria al sistema cautelar previsto por el legislador, el cual goza de plena conformidad a la Constitución, razón por la que considera, que los órganos jurisdiccionales deben respetar la decisión del legislador y limitarse a la aplicación del ordenamiento jurídico.

También se ha cuestionado el uso de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene aplicación supletoria en el proceso administrativo, para justificar las susodichas medidas cautelares, pues ello supone aceptar la existencia de una laguna o vacío en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y justamente ello no ocurre en materia de medidas cautelares, donde el legislador ha establecido el proceso para la tramitación del incidente cautelar[11].

---

9. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1985, fue reformada por la Ley 1/2000.

10. CALONGE VELÁSQUEZ, A., "Primera Decisión Jurisprudencial sobre Medidas Cautelares "Provisionalísimas". Un paso más en la Crisis de la Ejecutividad de los Actos Administrativos", *Poder Judicial*, n° 33, 1994. p. 469.

11. SANZ GANDASEGUI, F., "¿Medidas Provisionalísimas en el Proceso Contencioso-Administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)", *RAP* n° 138. C.E.C. 1995. pp. 183-201.

Sin embargo, no niega que sea admisible en una futura reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la posibilidad de incrementar las medidas cautelares, incluidas las provisionalísimas [12].

Posteriormente, se dictó la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo artículo 129, amplia el tipo de medidas cautelares que puede adoptar el órgano jurisdiccional, al señalar que se pueden solicitar "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia definitiva" y el artículo 131 señala que la resolución del incidente cautelar, requiere la sustanciación de la pieza separada de medidas cautelares.

Entre las novedades más importantes, vale la pena mencionar, en primer lugar, el reconocimiento expreso de la posibilidad de conceder medidas cautelares provisionalísimas, señalando claramente que se concederán inaudita parte, quedando diferida la audiencia cautelar, para el momento posterior a la notificación de la decisión adoptada (artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa); y en segundo lugar, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición del recurso, cuando se accione contra la inactividad o vía de hecho de la Administración y el recurrente tendrá un plazo inexcusable a contar desde la notificación de la adopción de la medida, para ratificar la solicitud al momento de presentar formalmente el recurso (artículo 136.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)[13].

1. Las medidas provisionalísimas en el proceso de amparo constitucional

El primer caso fue decidido en la sentencia 1307, de 26 de octubre de 1999, de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso *Comisión Electoral Nacional de la Universidad Experimental Politécnica Antonio José de Sucre*, conociendo en apelación de la sentencia de amparo constitucional, de 13 de julio de 1999, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que revocó el fallo dictado por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro-Occidental, quien decidió con fundamento en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Al pronunciarse respecto a la denominada por el solicitante, medida cautelar provisionalísima, expresó:

> Efectivamente, como la propia parte solicitante afirma, se ha entendido en otros ordenamientos positivos que la medida cautelar provisionalísima es una solicitud cautelar dentro de la medida cautelar principal, destinada a otorgar una protección momentánea, acordada inaudita parte, mientras se tramita contradictoriamente esta última. Por lo tanto, al estarse ya en estado de resolver sobre las medidas cautelares solicitadas en principio -las cuales, por lo demás, pueden ser decididas sin previa audiencia de la contraparte, en el ordenamiento procesal venezolano- carecería absolutamente de objeto decidir sobre una medida que sólo tendría vigencia hasta tanto se dicte decisión sobre estas últimas.
>
> Se observa, adicionalmente, que en este caso la denominada pretensión cautelar provisionalísima está comprendida dentro de la primera solicitud de medidas cautelares. En efecto, la provisionalísima se dirige a suspender la elección convocada por la Comisión Electoral Nacional para

12. SANZ GANDASEGUI, F., *O.c.* p. 195.

13. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.* Tomo II. Civitas, 3ª ed., 2ª reimpresión, Madrid 1999, pp. 1170 ss; BACIGALUPO, M., *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo,* Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 185-188; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., en AA.VV. "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 100, Civitas, Madrid 1999. pp. 866-890.

> el próximo 27 de octubre de 1999, hecho éste -ahora conocido- que ya había sido anunciado por la parte apelante, pero no de manera precisa, pues para entonces no estaba en conocimiento de tal convocatoria en forma oficial.
>
> Por tales razones, debe proceder la Sala Accidental a resolver de inmediato, y de forma exclusiva, acerca de las medidas cautelares solicitadas en el escrito de fundamentación de la presente apelación.

Lo primero que debe observarse, es que la Sala se refiere a las medidas provisionalísimas, sin hacer mención de norma alguna dentro del ordenamiento jurídico vigente, que le otorgue cobertura legal. En efecto, ni la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ni la normativa procesal vigente, valga decir, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que regula el proceso administrativo; ni el Código de Procedimiento Civil, contemplan la institución procesal de las denominadas medidas precautelares o provisionalísimas.

Si la Sala consideraba que las medidas cautelares provisionalísimas tienen justificación en el ordenamiento jurídico procesal venezolano, que es posible otorgar la *cautela de la cautela*, ha debido establecer -en ausencia de texto legal expreso- cuáles son los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares provisionalísimas e incluso, al considerar que en el caso concreto, debía desestimarse la pretensión cautelar, ha debido señalar las circunstancias que harían posible una eventual concesión de tales medidas cautelares.

Por otra parte, es bien cuestionable que la Sala señale "adicionalmente, que en este caso la denominada pretensión cautelar provisionalísima está comprendida dentro de la primera solicitud de medidas cautelares", lo que la lleva a considerar improcedente tales medidas provisionalísimas y a pronunciarse sobre las medidas cautelares.

Se supone que siendo las medidas cautelares provisionalísimas, la cautela de la cautela, es decir, la medida cautelar que se solicita en aquellos casos en que se requiera la tramitación previa del proceso contradictorio, para la concesión de la tutela cautelar; la pretensión de la medida provisionalísima debe guardar la mayor homogeneidad con la pretensión cautelar, en virtud de lo cual, justamente se solicita que se anticipe la tutela cautelar.

Por tal razón, no es aceptable lo que hizo la Sala, que una vez admitida la existencia de las medidas cautelares provisionalísimas -sin fundamento jurídico alguno-, indique como justificación para rechazar su concesión, que son idénticas o iguales a las medidas cautelares que deberán otorgarse al resolver el proceso cautelar, dado que, al constituir un anticipo de la cautela, lo que se solicita provisionalmente debe guardar absoluta identidad con lo que se debatirá en el proceso cautelar.

Si la pretensión de las medidas provisionalísimas, persigue garantizar la tutela judicial cautelar, tal pretensión no puede ser distinta de la pretensión cautelar y siendo ambas idénticas, las medidas provisionalísimas encuentran su justificación -una vez que se les otorgue cobertura legal-, en la urgencia del solicitante, para que se le garantice la eficacia de la decisión cautelar, es decir, que ésta pueda asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

La virtud de esta sentencia, si puede atribuírsele alguna, consiste en renovar el debate sobre el tema de las medidas cautelares provisionalísimas, sacándolo del ámbito meramente académico y trasladando al ámbito judicial.

Esta decisión dictada en un proceso de amparo constitucional autónomo, luego encontrará eco, en dos decisiones de la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que se analizarán seguidamente.

2. Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de anulación, con pretensión cautelar de amparo constitucional

El segundo caso, está relacionado con la sociedad mercantil Pedeca, que interpuso recurso contencioso administrativo de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional contra el acto administrativo individual, dictado por el Gobernador del Estado Anzoátegui, mediante el cual se revocó la concesión administrativa, así como el acto que ordenó la elaboración del contrato de concesión.

Posteriormente, la empresa recurrente solicitó una "medida cautelar preventiva anticipativa, a fin que se suspenda provisionalmente y sin apertura de contradictorio, los efectos del acto administrativo impugnado, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la vigente Carta Magna".

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 488, de 16 de marzo de 2000, caso *Pedeca*, señaló:

> En tal sentido, esta Sala observa que una revisión del Preámbulo y los artículos 19, 26, 27 y 257 de la referida Carta Magna se desprenden las siguientes conclusiones:
>
> 1. La obligación de los Poderes Públicos del Estado de garantizar a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales.
>
> 2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de esos derechos y garantías.
>
> 3. El carácter expedito, breve, eficaz, inmediato, eficiente y de primacía del fondo sobre la forma, para garantizar la protección en el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona.

Conforme a tales presupuestos, se debe concluir que en la Constitución vigente existen presupuestos suficientes para declarar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico, de las referidas medidas provisionalísimas, las cuales persiguen garantizar a los ciudadanos, el goce efectivo de sus derechos constitucionales mediante una tutela expedita de éstos.

Lo anterior permite apreciar como la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, comienza por admitir la validez constitucional de las denominadas medidas cautelares provisionalísimas, para luego establecer que ellas pueden concederse para garantizar la eficacia de la medida cautelar de amparo constitucional, que pueda otorgarse una vez que se tramite el procedimiento contradictorio cautelar. En tal sentido la Sala señala:

> Como ya ha sido expresado, se considera necesario la existencia de un *iter* procesal que permita a esta Sala el confirmar o no las presunciones de violación de derechos y garantías constitucionales alegadas por el querellante en su escrito libelar y en su posterior modificación, y a su vez permitirle al presunto agraviante el defenderse dentro del proceso constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, pero esto no obsta para poder adelantar una tutela constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, que de forma cautelar suspenda los efectos del acto presuntamente violatorio, cuya vigencia quede supeditada a su ratificación en la decisión que esta Sala emita para resolver el fondo del amparo constitucional incoado.
>
> El argumento antes referido se ve reforzado, bajo las premisas de que la tramitación procesal establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual no ha perdido vigencia, por no enmarcarse dentro del supuesto establecido en la

> disposición derogatoria única del Texto Constitucional y no haber sido modificada por la Sentencia número 07 de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, en cuanto al amparo cautelar conjunto con recurso de nulidad; y dada la composición de esta Sala como tribunal colegiado, hacen que el tiempo para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales pueda exceder la noción de inmediatez exigida por el texto constitucional, premisas estas por las cuales se hace necesario y procedente el anticipar una tutela al proceso de amparo y otorgar una cautela de la cautela.

En el mismo orden de ideas, la sentencia reitera la finalidad de las medidas provisionalísimas o de la tutela anticipada como también las denomina, al afirmar que tales medidas cautelares persiguen garantizar la eficacia de tutela constitucional cautelar, que pueda conceder el órgano jurisdiccional, una vez tramitado el proceso de amparo cautelar. Al respecto expresa la Sala, que se trata de la cautela de la cautela, razón por la cual:

> Es de gran importancia resaltar que la procedencia de esta Tutela Anticipada sólo tiene como fin garantizar el ejercicio provisional de los derechos presumiblemente violados al querellante, en la espera de la decisión definitiva del amparo como proceso cautelar que persigue suspender los efectos de la actuación de la administración, en la espera, a su vez, de la decisión del fondo del asunto constituido por el proceso de nulidad del acto, que persigue borrar el mismo de la esfera jurídica.

Establecidos los presupuestos procesales -que en criterio de la Sala-, justifican la concesión de la *tutela anticipada*, se concluye afirmando lo siguiente:

> ... debe esta Sala afirmar la potestad del Juez Contencioso-Administrativo para acordar las denominadas "medidas provisionalísimas" como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar, para garantizar el tantas veces mencionado principio de la tutela judicial efectiva. Ello será lo procedente cuando estén presentes los requisitos ya mencionados en este fallo y hayan sido ponderados los derechos e intereses de la parte que pueda resultar afectada por la medida. Así se declara.

Ésta constituye la primera decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde expresamente se señalan los presupuestos para la procedencia de las denominadas medidas cautelares provisionalísimas, -aun cuando no existe norma legal expresa que las establezca-, siempre que sean solicitadas antes que se adopte la tutela cautelar de amparo constitucional, en un proceso administrativo de anulación.

3. Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional

El tercer caso, se refiere al recurso contencioso administrativo de abstención con pretensión cautelar de amparo constitucional interpuesto por el Fiscal General de la República, contra la omisión del Ministro de Educación, Cultura y Deportes de hacer cumplir o ejecutar la resolución, en la cual se ordena la inscripción de unos niños en el Instituto Educacional Henry Clay.

Adicionalmente, solicitó una medida cautelar innominada, con el objeto que se ordene al Instituto Educacional Henry Clay, la inscripción de los niños para el período escolar 1999-2000.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 788, de 10 de abril de 2000, al resolver el asunto planteado señaló:

> En lo que se refiere a la existencia de las llamadas medidas cautelares provisionalísimas, ya la doctrina tanto extranjera como nacional, ha analizado la procedencia de tales medidas como parte del poder cautelar general del Juez, que tiene a su vez, su base en la tutela judicial efectiva, hoy de expresa consagración constitucional en el artículo 26 de la Constitución ..., indicándose que para su procedencia deben cumplirse los extremos exigidos para las cautelares principales, *en un contexto de suma urgencia*, donde la exigencia de buen derecho es más evidente; los daños a tomar en cuenta deben ser de muy difícil reparación; y, no debe existir riesgo de daños a intereses generales.

La Sala procede a ratificar el criterio sobre las medidas provisionalísimas, establecido en la sentencia de 16 de marzo de 2000, declaró procedente la medida cautelar especial y ordenó la inscripción de los niños para el período académico 1999-2000, que se acepte el traslado en las condiciones en que se encuentren, con respecto a las materias estudiadas y notas obtenidas en el Colegio, donde se están cursando los estudios; así como que se les trate de manera justa e igualitaria como a los demás estudiantes.

Además ordena al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, que cumpla la orden, incluso con el uso de la fuerza pública y se le advierta "que lo acordado en virtud de la presente cautelar especial dentro del presente proceso de amparo, es de obligatorio cumplimiento".

4. La improcedencia de las medidas provisionalísimas

En la actualidad, las medidas provisionalísimas resultan totalmente improcedentes, pues tanto en el proceso administrativo de anulación, como en el de abstención, se modificó el procedimiento para la tramitación del amparo constitucional cautelar y en consecuencia, el órgano jurisdiccional deberá admitir el recurso antes de pronunciarse sobre la medida constitucional cautelar y de constatar el cumplimiento de los presupuestos procesales, debe concederse la tutela cautelar *inaudita altera partem.*

Esta afirmación es el resultado de una interpretación y aplicación congruente, del criterio señalado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, en la cual estableció que "es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares" y en consecuencia, una vez admitido el recurso contencioso administrativo, el órgano jurisdiccional debe proceder a emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, *con prescindencia de cualquier otro aspecto* y en caso de considerarla procedente, restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida de manera expedita.

Así, la decisión constitucional cautelar, al igual que el resto de las medidas cautelares, se concederá *inaudita altera partem* y una vez notificada la decisión, se aplicará el procedimiento de las medidas cautelares establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Por tal razón, visto el procedimiento para la tramitación de las medidas cautelares, puede afirmarse sin temor a equivocación que en el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, resulta manifiestamente innecesaria e improcedente la pretensión de las denominadas medidas cautelares provisionalísimas.

VIII. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen el control de la ejecutividad administrativa y en general, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere.

Esto nos conduce a analizar, ¿cuál ha sido el tratamiento que le otorga el ordenamiento jurídico a las medidas cautelares en el proceso de amparo?. Sobre el particular, debe destacarse que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no regula expresamente lo concerniente a las medidas cautelares, sin embargo establece que en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado en la misma, se aplicarán supletoriamente *las normas procesales en vigor*, en razón de lo cual, dentro de un proceso de amparo constitucional autónomo, resulta aplicable la medida cautelar de suspensión de la ejecución, regulada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otra medida cautelar de las previstas en el artículo 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil.

Tanto la legislación, como la doctrina científica y la jurisprudencia, han contribuido a precisar los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cualesquiera de las distintas modalidades que contempla el ordenamiento jurídico, valga decir, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, las medidas cautelares innominadas o la pretensión cautelar de amparo constitucional.

Seguidamente se analizarán los presupuestos procesales de las medidas cautelares, conforme a la legislación, la doctrina científica reconocida y la jurisprudencia.

1. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación

En el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, los presupuestos procesales para la concesión de las medidas cautelares son los que se derivan de los principios *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la mora. Así lo establece expresamente con carácter general para todas las medidas cautelares, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala:

> Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

El propio Código, en el caso de las medidas cautelares innominadas, agrava la exigencia del segundo de los presupuestos procesales, pero no crea uno nuevo al señalar:

> *Parágrafo Primero:* Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

La norma no puede ser más clara, al establecer que el órgano jurisdiccional podrá acordar las medidas cautelares que considere adecuadas, con *estricta sujeción a los requisitos* de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, no estando limitado éste

último, exclusivamente, al temor de que el transcurso del tiempo que se tiene que esperar para que se satisfaga el derecho, haga nugatoria la sentencia que lo reconozca o que se frustre la satisfacción del derecho; sino que implica, la probabilidad del "fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra", es decir, el temor fundado de que mientras transcurre el tiempo que se debe esperar para la tramitación del proceso, el derecho de la parte reclamante, no sufra lesiones graves o de difícil reparación como consecuencia de la actuación u omisión de la otra parte[14].

En este mismo orden de ideas, el proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborado para la Asamblea Nacional, señala en el artículo 129 lo siguiente:[15]

> El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva.

En conclusión debe destacarse, que los presupuestos procesales de las medidas cautelares establecidos en la legislación, -aplicables al proceso administrativo-, son los universalmente admitidos por la doctrina científica reconocida y por la jurisprudencia.

2. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la doctrina científica reconocida

El proceso constituye una garantía para la eficacia del derecho y el instrumento para lograr su reconocimiento, pero dada la complejidad del proceso, éste requiere la realización de una serie de actos coordinados, que van a concluir con la expresión del órgano jurisdiccional que reconoce el derecho. Es por ello, que el proceso *per se* puede llevar a que tal reconocimiento se produzca con tardanza y que en consecuencia, cuando se produzca dicho reconocimiento del derecho, éste no pueda ser ejercido plena y eficazmente por su titular.

En efecto, quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva, acude al proceso con una doble finalidad: en primer lugar, que se le reconozca su derecho y en segundo lugar, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, dado que la lentitud natural del proceso, para reconocer la existencia del derecho, hace temer que cuando llegue la decisión judicial, ésta carezca de sentido, ha llevado a la doctrina científica más autorizada a señalar que "las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien o del mal a las reposadas formas del proceso ordinario"[16].

---

14. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo", *Revista de la Fundación Procuraduría* n° 22, Caracas 1999, pp. 32-34.

15. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Revista de Derecho* n° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2000, p. 333.

16. CALAMANDREI, P., *Providencias Cautelares*, Trad. SENTIS MELENDO, Santiago, Depalma, Buenos Aires 1984.

La justificación de las medidas cautelares en el proceso, nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento la existencia del derecho, (atribuido en la norma jurídica), con el reconocimiento del mismo, (que realiza el órgano jurisdiccional).

Es así como, las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo.

Por ello, la tutela judicial cautelar busca lograr, que el tiempo que debe transcurrir entre la existencia del derecho y el reconocimiento del derecho, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil, la función de control jurisdiccional.

En tales términos, la doctrina científica mayoritaria ha reconocido que los presupuestos procesales que debe analizar el órgano jurisdiccional, para conceder las medidas cautelares son la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

A. La apariencia de buen derecho

En la valoración de los presupuestos procesales para la concesión de la tutela judicial cautelar, el primer obstáculo al cual se enfrenta el órgano jurisdiccional, cuando es sometido a su control la ejecutividad del acto administrativo, es la presunción de legalidad que históricamente ha revestido a los actos jurídicos unilaterales de la Administración.

Ahora bien, esta presunción de legalidad, en realidad supone una presunción de conformidad a derecho y de carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, y en consecuencia, el recurrente tiene la carga de argumentar y probar que esta presunción puede ser destruida dentro del proceso, razón por la cual, solicita se le otorgue la protección cautelar.

No obstante, el control de la legalidad, no se limita con exclusividad a determinar, la conformidad a derecho de la actividad administrativa unilateral de los órganos del Poder Público, sino que también comprende la actividad bilateral y la inactividad, en razón de lo cual, independientemente de la existencia o no de una actuación formal de los órganos del Poder Público, al encontrarse ambas -actividad e inactividad- sometidas al control jurisdiccional, en consecuencia, pueden ser sometidas al control cautelar previo.

Tal situación lleva a valorar, la apariencia o no de contravención del ordenamiento jurídico, que puede justificar la tutela cautelar o su negativa, teniendo presente la mayor o menor apariencia de legalidad de la actividad o inactividad controvertida[17].

Esta apariencia de buen derecho, supone que el derecho que se pretende, tenga fundadas probabilidades de ser reconocido en la sentencia definitiva, posea probabilidades de éxito, que su protección aparenta tener cobertura constitucional o legal, no siendo en

17. CALAMANDREI, P., *Providencias Cautelares*, Trad. SENTIS MELENDO, Santiago, Depalma, Buenos Aires 1984; CHINCHILLA MARÍN, C., "El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales", *RAP* n° 131, C.E.C., Madrid 1991. pp. 167-189; GÓMEZ-FERRER, R., "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993, pp. 1167-1171; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª ed., Madrid 1995; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998, pp. 28-29; ORTIZ ÁLVAREZ, L., *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas 1998, pp. 20 ss.

consecuencia manifiestamente contrario a Derecho, lo que conduce al órgano jurisdiccional a presumir que la pretensión procesal puede prosperar.

Ello le plantea al órgano jurisdiccional la necesidad de efectuar una doble valoración, en primer lugar, respecto al titular del derecho cuya protección invoca la tutela cautelar, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que es el titular del derecho; y en segundo término, para determinar si la actividad o inactividad que presuntamente desconoce la existencia del derecho controvertido, no es contraria al ordenamiento jurídico, razón por la cual, debe adoptar la tutela cautelar, para evitar la producción de un daño grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia que finalmente reconozca el derecho.

Esta apreciación del órgano jurisdiccional si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido, pues éste actuará en base a una presunción, una apariencia, realizando una valoración de probabilidad o verosimilitud que estima favorable al derecho que se reclama y que le producen la impresión, incluso podría decirse que la expectativa, de que el derecho controvertido será reconocido por el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Tal apreciación no prejuzga sobre el objeto del proceso, pues durante el mismo se otorgan las debidas garantías jurídicas para desvirtuar la presunción, el humo de buen derecho, es decir, se garantiza que se pueda llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que la actividad o inactividad sometida a control jurisdiccional es conforme a Derecho.

B. El peligro en la mora

En lo que concierne al peligro en la mora, cabe observar que tal principio se manifiesta en el apotegma según el cual, el tener que acudir al proceso para obtener la razón, no puede perjudicar a quien tiene la razón, mientras se encuentra a la espera que se le reconozca la misma[18].

El peligro en la mora se concreta en el hecho, de que la situación jurídica cuya tutela judicial se reclama, se pueda ver afectada de forma grave e irreparable, por el transcurso del tiempo que necesariamente debe esperarse, para tramitar el proceso que en la sentencia definitiva, reconocerá tal situación jurídica[19].

El peligro en la mora, es un principio, configurado por dos elementos o componentes: Uno, el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho; y el otro, la necesaria e inevitable lentitud del proceso, en el cual las partes en conflicto, ejercerán todas las garantías fundamentales en defensa de su derecho. Esta lentitud produce un retraso o tardanza en la decisión jurisdiccional definitiva, que reconocerá o no la existencia del derecho y que genera un peligro de insatisfacción del mismo o de satisfacción tardía, peligro que el órgano jurisdiccional constitucionalmente está llamado a conjurar, por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el órgano jurisdiccional debe realizar una apreciación real y objetiva, sobre la posibilidad o imposibilidad de que una u otra de las partes experimente un perjuicio efectivo, mientras espera el reconocimiento definitivo del derecho o perciba que,

18. CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Napoli 1933.
19. CHINCHILLA MARÍN, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1991, p. 42.

por la espera de la decisión definitiva que resuelva la controversia, se pueda producir una inminente inejecución de la sentencia.

Dada la confusión generada por algunos autores, -que incluso se ha admitido en algunas sentencias aisladas-, respecto al peligro en la mora en el caso de las medidas cautelares atípicas e innominadas, debe señalarse que su configuración o contenido no resulta unísono, sino que este peligro en la mora, puede requerir de un *plus*, de una circunstancia agravada que permita su determinación, a los fines de conceder la tutela cautelar.

Es así como, en las medidas cautelares denominadas innominadas, la doctrina científica ha reconocido la existencia de un peligro en la mora agravado, que consiste en que mientras se tramita el proceso, una de las partes se aproveche de esta situación, para causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho que reclama la otra, es decir, que el órgano jurisdiccional deberá considerar las actuaciones realizadas por la parte accionada, antes de la instauración del proceso y una vez iniciado éste, mientras no se haya emitido pronunciamiento sobre la tutela cautelar, con la finalidad de determinar el potencial daño o lesión, que tal conducta puede producir sobre el derecho del accionante y en consecuencia, conceder la tutela cautelar necesaria para hacer cesar la lesión o el daño, valga decir, no es el mero riesgo de que se haga infructuosa la ejecución de la sentencia, de precaver que pueda cumplirse una sentencia condenatoria, sino además, de cesar una aptitud destemplada, ilegal, ilegítima o ilícita de una parte que perjudica el derecho de la otra[20].

C. La ponderación de los intereses en presencia

Teniendo en cuenta que la actividad administrativa del Poder Público, debe perseguir el interés general, en la doctrina científica algunos han sostenido sin que les falte razón, que cuando se plantea una pretensión cautelar, el órgano jurisdiccional debe realizar una ponderación de los intereses en presencia, valga decir, del interés general que tutela la Administración y del interés particular del accionante, que se puede ver afectado.

Según esto, se debe hacer una ponderación de los intereses concurrentes en el proceso, pero antagónicos en sus posiciones, para determinar si la concesión de la pretensión cautelar, en beneficio de un interés particular, no va a afectar el interés general.

En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva[21]. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los interés en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés particular, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto.

En tanto, otro sector de la doctrina, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el particular, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración; en tanto, que si fallan o son débiles

20. ZOPPI, P., *Providencias Cautelares*, Vadell Hermanos Editores, 1988. p. 38.

21. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª ed., Madrid 1995.

algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar[22].

Es así como cabe hablar de la procedencia de la tutela cautelar, cuando se alegan y prueban, de manera ostensible, palmaria, patente, los presupuestos procesales de toda medida cautelar, en razón que ningún interés general puede ser manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico; en tanto, que será imposible conceder la tutela cautelar, cuando no se encuentran presentes de manera concurrente los mencionados presupuestos, pues ningún interés individual puede prevalecer sobre el general, sin exhibir una razonable apariencia de conformidad a derecho y por ende de éxito en el proceso[23].

3. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la jurisprudencia

En el ámbito jurisdiccional algunas decisiones poco afortunadas, han expresado que para la concesión de las medidas cautelares es necesaria la existencia de cuatro presupuestos, como lo constituyen la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora, el peligro de daño y la prueba de todos los presupuestos anteriores.

Estas decisiones además de ser contrarias al texto constitucional, evidencian un desconocimiento del ordenamiento jurídico positivo, porque tal como se señaló anteriormente, tanto los artículos 585 y 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil, exigen la concurrencia de la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

El último artículo citado, al regular las medidas cautelares innominadas, exige los mencionados presupuestos, agravando el peligro en la mora, al temor que tiene el solicitante de sufrir un daño irreparable en su derecho, por la otra parte, mientras se tramita el proceso.

El solicitante de la medida cautelar tiene, tanto la carga de la argumentación como la carga de la prueba, de allí que una vez alegados y argumentados los presupuestos procesales, debe aportar los medios probatorios necesarios para llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que debe concederse la medida solicitada.

Es así como, la prueba de los presupuestos procesales no constituye un requisito de procedencia de las medidas cautelares, sino la consecuencia lógica de la carga de la prueba que rige el sistema procesal administrativo, que está destinada a desvirtuar, al menos provisionalmente, la presunción de legalidad y en consecuencia, enervar temporalmente la ejecutividad del acto administrativo o demostrar la contrariedad a Derecho de la presunta inactividad administrativa, que justifican cautelarmente el otorgamiento de una medida cautelar positiva, bien sea de regulación o de anticipo cautelar.

Aun cuando no han dejado de producirse decisiones, que pretenden exigir los cuatro presupuestos procesales para la concesión de las medidas cautelares -que se han cuestionado por ilegales e innecesarios-, luego de enunciarlos, en el análisis sólo se limitan a

22. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo II. Civitas, Madrid 1993, p. 1170; AGUADO I Cudola, *V.*, "La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993, pp. 1694-1696.

23. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998, pp. 28-29.

los dos previstos en el Código de Procedimiento Civil, lo que pone en evidencia que afortunadamente esa es una corriente que está en camino de desaparición, en tanto que el Máximo Tribunal de la República, en aplicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha establecido los criterios que se deben seguir para la concesión de la tutela cautelar.

A. Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 726, de 13 de noviembre de 1997, en el caso del amparo constitucional intentado por la Superintendencia Nacional Tributaria contra la sentencia del Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, a los fines de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, señaló lo siguiente:

> Examinados los presupuestos procesales necesarios para la procedencia de la medida cautelar solicitada, ello es, el peligro de que quede ilusoria o sin eficacia la sentencia de fondo a ser dictada y la presunción sobre el buen derecho que se reclama, la Sala observa que tales condiciones están presentes en el caso que nos ocupa, lo que hace pensar que es urgente y necesaria la paralización de la sentencia cuestionada, sólo en cuanto se refiere a la declaración de inexistencia de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales del SENIAT, debido a los daños que, de no adoptarse tal decisión, pueden ocasionarse al Fisco Nacional, ya que analizado someramente el referido fallo, hay una presunción, sin que ello implique un pronunciamiento acerca del fondo del asunto, de que existe un vicio de incompetencia del Tribunal autor del mismo para dictaminar la inexistencia de la Gerencia Tributaria que *supra* se señaló y, en cuanto al buen derecho, también este presupuesto se encuentra cumplido, ya que las actuaciones del Servicio Nacional Tributario, a través de la citada Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales, tienen su asidero en la Resolución 32, de fecha 24 de marzo de 1995, analizada y cuestionada en el fallo accionado en amparo, por tanto resulta procedente conceder la medida cautelar innominada solicitada, prevista en el artículo 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil y así se declara.

Esta decisión claramente señala que los presupuestos procesales para la concesión de la medida cautelar innominada, en un proceso de amparo, son la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora. Tal declaración se ciñe a la interpretación y aplicación de lo expresamente dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, respecto a todas las medidas cautelares, incluidas las innominadas.

Conforme a lo anterior, esta sentencia no reportaría mayor novedad, sino fuese por dos razones: Una, porque este es el primer fallo en que se acordó una medida cautelar, en un proceso de amparo constitucional contra sentencia, que convierte a esta decisión en un *leading case*. Si bien ello por si sólo constituyó toda una novedad en su momento, a la cual se encuentra habituado el foro jurídico en la actualidad, no puede soslayarse la otra razón, que le otorga trascendencia a este fallo, la misma consistió en la declaración de la suspensión parcial de la motivación del fallo y no de la totalidad de la decisión o del dispositivo de la sentencia, que es lo que efectivamente se ejecuta. Al respecto la Sala expresó:

> En consecuencia y con fundamento en las razones precedentemente expuestas y a tenor de lo previsto en el artículo 588, Parágrafo Primero, del Código de Comercio Civil, esta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República

> y por autoridad de la Ley, ACUERDA MEDIDA CAUTELAR, mediante la cual suspende, mientras se decide el fondo de la acción de amparo ejercida, la ejecución y los efectos de la decisión N° 541, de fecha 27 de octubre de 1997, dictada por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *pero sólo en cuanto se refiere al pronunciamiento contenido en la motiva de la citada sentencia*, que textualmente dispuso: "...habiendo sido creada la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyente Especiales por un funcionario incompetente, dicho ente es inexistente y, en virtud de ello, sin efecto legal alguno los actos administrativos por ésta emitidos. Así se declara.

El amparo fue declarado con lugar en la sentencia definitiva, en tanto, la sentencia parcialmente transcrita, inauguró una nueva etapa en materia de amparo contra sentencias y una confirmación sobre los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares innominadas.

B. Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Tal como señalamos en el epígrafe anterior, antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, la jurisprudencia mayoritaria venía señalando que el órgano jurisdiccional que conoce de la pretensión de amparo constitucional, debía constatar la existencia de los hechos presuntamente constitutivos de la lesión o amenaza de la situación jurídica subjetiva, en cuyo caso debería revisar si concurren los elementos existenciales de cualquier providencia cautelar, cuales son: el peligro de que la sentencia definitiva quedase ilusoria (*periculum in mora*) y la existencia o presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*), e incluso, en algunas decisiones, se realizó una ponderación entre el interés general y el particular, que pudiese verse afectado.

Sin embargo, no se puede ignorar que existieron decisiones que soslayaron la presencia concurrente de ambos requisitos, en el momento de conceder la tutela cautelar, lo que permitió relajar -de manera desafortunada-, la concesión de las pretensiones cautelares, así como la carga de probar los aludidos presupuestos procesales.

Ello conduce a afirmar, que tales decisiones constituyeron los primeros pasos, en el camino hacia una mayor discrecional del órgano jurisdiccional en la concesión de la tutela cautelar, porque la misma fue otorgada, obviando el cumplimiento estricto de los presupuestos de peligro en la mora y la presunción de buen derecho.

Al entrar en vigencia la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 156, de 24 de marzo de 2000, caso *Corporación L´ Hotels C.A.*, estableció la inexigibilidad de los presupuestos procesales del Código de Procedimiento Civil, por parte del órgano jurisdiccional, al que se solicita una medida cautelar dentro de un proceso de amparo. Al respecto señaló:

> De allí, que el juez de amparo, para decretar una medida preventiva, no necesita que el peticionante de la misma le pruebe los dos extremos señalados con antelación en este fallo, ni el temor fundado de que una de las partes pueda causar a la otra lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, ya que ese temor o el daño ya causado a la situación jurídica del accionante es la causa del amparo, por lo que el requisito concurrente que pide el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, para que procedan las medidas innominadas, tampoco es necesario que se justifique, quedando a criterio del juez de amparo, utilizando para ello las reglas de lógica y las máximas de experiencia, si la medida solicitada es o no procedente.

Aquí la Sala Constitucional le otorga al órgano jurisdiccional la más amplia discrecionalidad, para que basándose en las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, conceda o niegue la tutela cautelar solicitada, declaración ésta que prescinde de las reglas objetivas establecidas de manera concurrente por el legislador y condiciona la decisión cautelar a criterios subjetivos, difícilmente controlables por el tribunal superior en caso de plantearse un eventual recurso.

Siguiendo esta misma línea de argumentación, la Sala agrega que:

> Lo importante de la medida que se solicita con el amparo, es la protección constitucional que se pretenda y, al igual que en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la protección constitucional se concreta suspendiendo efectos lesivos o amenazantes, y es éste tipo básico de medidas que puede pedir el accionante, y cuyo decreto queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño. Es más no permitiendo la estructura del proceso de amparo una específica oposición a la medida que se pide en la solicitud de amparo, el juez debe analizar muy bien los efectos que puede causar la medida que decrete, teniendo en cuenta la actuación de los afectados y el carácter reversible de lo que decrete, en el sentido de que si el accionante no tuviese razón, la medida no perjudica al accionado. Esto sin perjuicio de la responsabilidad proveniente del error judicial.

La Sala Constitucional comienza con una afirmación parcialmente cierta, al sostener que los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, garantizan que la protección constitucional se concrete "suspendiendo los efectos lesivos o amenazantes". En efecto, este aserto es parcialmente correcto, porque la suspensión constituye uno de los tipos de medidas que cautelarmente puede adoptar el órgano jurisdiccional, para garantizar la protección constitucional, pero no es la única forma como se manifiesta la protección constitucional, pues ésta también puede consistir en la adopción de cualquier medida cautelar idónea y adecuada, para restablecer inmediatamente el derecho constitucional lesionado o amenazado de lesión. En este sentido se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, al conceder la protección constitucional cautelar positiva, ordenando la realización de una actuación o conducta a la administración u ordenando un anticipo económico, mientras se tramitaba el proceso administrativo[24].

Lo que si resulta acertado en la sentencia que se comenta, es la necesidad de ponderación de los posibles daños, que puede producir la concesión de la medida cautelar, en función del hecho cierto, que no resulta posible dentro del proceso de amparo, la tramitación de la incidencia de oposición a la medida cautelar.

Sin lugar a dudas, que esta última sentencia constituye un cambio de criterio en lo que respecta a los presupuestos de procedencia de la tutela cautelar dentro del proceso de amparo, que debería ser revisado y rectificado, en el sentido de exigir el cumplimiento de los extremos procesales contemplados en el ordenamiento jurídico para la concesión de la tutela cautelar, que se han analizado en este epígrafe.

---

24. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo,* Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998, pp. 154-158.

C. Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, caso *Marvin Sierra Velasco*, ha señalado que el órgano jurisdiccional deberá analizar los presupuestos procesales que condicionan la concesión de toda medida cautelar, como lo son el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional alegado y el *periculum in mora*, el cual se determina por la sola verificación del requisito anterior, porque "la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho, el cual por su naturaleza debe ser restituido inmediatamente, conduce a la convicción que debe preservarse dicho derecho, ante el riesgo de causar un daño irreparable en la sentencia definitiva".

Este criterio fue acogido por la Corte Primera del Contencioso Administrativo, en la sentencia de 30 de marzo de 2001.

D. La caución para la concesión de las medidas cautelares en la jurisprudencia

El ordenamiento jurídico establece algunos casos en los cuales, el interesado puede solicitar y el órgano jurisdiccional conceder las medidas cautelares, sin que se cumplan los presupuestos procesales que con carácter general regulan la tutela cautelar. Estos casos llevan a exigir y constituir una caución para garantizarle a la parte contra la cual obre la medida, que en caso de producirse algún daño o perjuicio marginal, éste le será indemnizado suficientemente.

Se trata del establecimiento de un régimen de responsabilidad del requirente de la tutela judicial cautelar, quien debe ofrecer y otorgar una caución o garantía suficiente, con el objeto de facilitar que se le conceda la pretensión cautelar y de cubrir el eventual daño que ésta le pueda ocasionar, al sujeto pasivo de la medida cautelar. Es así como la parte contra quien obre la medida, en caso de resultar vencedora en el proceso principal y de haber experimentado algún daño en su esfera jurídica patrimonial, con motivo de la privación o limitación temporal de su potestad o de un derecho, se hace acreedor a ejecutar la caución o garantía específica otorgada por el accionante.

La exigencia de caución o garantía por el órgano jurisdiccional requiere la existencia de texto expreso, dado que la misma podría constituirse en determinados casos, en un límite, impedimento o restricción al ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, los cuales solo pueden ser regulados por el legislador, a tenor de lo dispuesto en los artículos 156, numeral 29; 187, numeral 1 y 203 de la Constitución.

Aun así, las normas procesales en vigor que regulan el otorgamiento de la caución o garantía para la concesión de las medidas cautelares ha planteado dudas sobre su validez constitucional, en razón de lo cual fueron sometidas al control de la constitucionalidad ante el Máximo Tribunal de Justicia, que ha fijado posición al respecto.

(a) La caución en el Código de Procedimiento Civil

El artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, establece la posibilidad de conceder determinadas medidas cautelares, sin estar llenos los extremos de ley, valga decir, la

apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, en caso que el solicitante de la medida ofrezca y constituya caución o garantía suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los eventuales daños y perjuicios que pudiera ocasionarle.

En tal caso, no procederá la oposición a la medida cautelar, ni la articulación probatoria, a que se refiere el artículo 602 del referido Código, pero el sujeto pasivo de la medida podrá hacer que se levante la medida cautelar, otorgando caución o garantía suficiente. En caso que "se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta" (artículos 589 del Código de Procedimiento Civil).

Sometida esta norma al control de la constitucionalidad, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, caso *Tulio Álvarez*, expresó lo siguiente:

> En efecto, el último aparte del artículo 602 lo que impide es la oposición a la medida por incumplimiento de sus requisitos de procedencia. Nada dispone, no obstante, respecto de la impugnación de la garantía. Es obvio que tal impugnación, aunque no esté prevista, es posible. De lo contrario, sí existiría una violación del derecho a la defensa.
>
> Al respecto, esta Sala Constitucional recuerda que ante una laguna jurídica es necesario recurrir a los medios previstos en el Código Civil. En concreto, lo procedente es recurrir a la analogía y aplicar alguna norma que regule un aspecto similar. No es difícil hallarla y en este mismo fallo se ha hecho ya mención a ella: el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil contempla el procedimiento para objetar la eficacia y suficiencia de la garantía que se constituye para la suspensión de la ejecución de una medida. En vista de que el supuesto es similar al de la objeción a la eficacia de una garantía constituida para acordar una medida cautelar, esta Sala estima que es pertinente aplicarle lo dispuesto en ese aparte único del artículo 589 del referido Código. Así se declara.

En consecuencia, en el caso que una parte solicite una medida cautelar, sin llenar los extremos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, limitándose a ofrecer y otorgar una garantía o caución, el órgano jurisdiccional deberá concederla de considerar que ésta o aquélla son suficientes, para garantizar los eventuales daños y perjuicios y la parte contra quien va dirigida la medida cautelar, tiene el derecho correlativo a objetar la garantía o caución otorgada por el solicitante de la medida cautelar. En tal caso, al no existir un procedimiento especial para tramitar dicha objeción, en virtud de la interpretación analógica que es una fuente general de derecho procesal, deberá aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.

(b) La caución en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia

En forma similar, la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, contiene dos normas destinadas a regular la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, que sean recurridos en sede jurisdiccional, señalando que el interesado deberá prestar una caución, cuyo monto será establecido por el ente regulador de la libre competencia.

En este sentido, el primer artículo señala:

> *Artículo 38.* En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Superintendencia deberá decidir sobre la existencia o no de prácticas prohibidas por esta Ley.
>
> ... (*omissis*)...

> *Parágrafo Segundo*: En la resolución que dicte la Superintendencia, debe determinarse el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el artículo 54.

Dicha norma remite al artículo 54 de la Ley, el cual establece:

> Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinan la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán, si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 38.

Estos artículos plantearon serías dudas sobre su conformidad con los artículos 26 y 259 de la Constitución, que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional pleno de los actos administrativos; así como a los artículos 136, 253 y 259 de la Constitución, que establecen que cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias, correspondiendo al Poder Judicial, como rama independiente, conocer de las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes, así como sentenciar y hacer ejecutar lo sentenciado y en particular, ha sido atribuido al orden jurisdiccional administrativo, que ejercen el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa y los demás tribunales que determine la ley, el control de la actividad o inactividad administrativa.

El cuestionamiento fue el siguiente: Los artículos 38 parágrafo segundo y 54 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia al otorgarle atribución al ente regulador de la libre competencia, para que establezca el monto de la caución que deben otorgar los interesados como presupuesto previo, para la suspensión de la ejecución en vía judicial, de los actos administrativos que determinen la existencia de prácticas prohibidas, ha establecido una restricción económica, al poder cautelar del órgano jurisdiccional, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y que limita el control jurisdiccional pleno de los actos administrativos, porque habilita a la autoridad administrativa, para que mediante su propio acto, restrinja el poder del órgano jurisdiccional para controlar la ejecutividad a través de la tutela cautelar, poder que se encuentra consustanciado con la potestad de sentenciar y hacer ejecutar lo sentenciado.

Ello resulta más evidente, si se considera que el ente regulador puede establecer discrecionalmente el monto de la caución y que incluso puede hacerlo de manera desproporcionada, con la finalidad de disuadir a aquellos interesados que acudan a la vía jurisdiccional, por no tener los medios económicos para constituirla o que incluso, acudiendo ante el órgano jurisdiccional, éste se vea imposibilitado de conceder la pretensión cautelar de la suspensión de la ejecución del acto recurrido, al no poder satisfacer el interesado la caución fijada por la Administración, lo que culminaría en la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva.

También se argumentaba que, corresponde a los órganos del Poder Judicial, en especial a aquellos que conforman el orden jurisdiccional administrativo y en particular, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la competencia atribuida por el ordinal 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecer en caso que considere que es necesario requerirlo, cuál debe ser el monto de la caución y su suficiencia a satisfacción de dicho órgano jurisdiccional, para conceder la suspensión de la ejecución, cuando se interpone un recurso contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos individuales dictados por el ente regulador de la libre competencia.

Por ello se considera, que los artículos 38, parágrafo segundo y 54 de la Ley, al atribuirle competencia al ente regulador para que establezca el monto de la caución, para la suspensión de la ejecución de sus propios actos, ante la eventualidad de que los interesados recurran ante los órganos jurisdiccionales, persigue habilitar a la autoridad administrativa para que ejerza funciones que corresponden al Poder Judicial por órgano de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, lo que supone una usurpación de funciones, que constitucionalmente están atribuidas a los órganos del Poder Judicial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, caso *Víctor Manuel Hernández*, luego de declarar la inconstitucionalidad del artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, se pronunció sobre la conformidad a la Constitución, del artículo 38, parágrafo segundo en concordancia con el artículo 54 de la misma Ley. Al respecto la Sala comienza expresando:

> ... para decidir esta Sala observa que la suspensión de efectos de un acto administrativo impugnado es, en nuestro sistema contencioso, la medida cautelar típica con que cuenta el juez para lograr una tutela efectiva de los derechos subjetivos que ante éste se denuncien como violados. En tal sentido, son varias *las vías con las que cuenta en la actualidad* quien ocurra ante los tribunales de justicia para obtener tal pretensión accesoria a la que solicite como de fondo en su demanda, pudiendo operar ésta de forma automática (artículo 173 del Código Orgánico Tributario), o a solicitud de parte, bien conforme a lo previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, bien, mediante las llamadas medidas cautelares innominadas que se encuentran consagradas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, a través de una pretensión cautelar de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en el caso específico de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, mediante modalidad cautelar establecida en su artículo 54.
>
> En efecto, existen fundamentalmente dos formas de que opere dicha cautela, una correspondiente al contencioso tributario (artículo 173 del Código Orgánico Tributario), según el cual, basta con que se verifique la interposición del recurso para que *automáticamente* cesen los efectos del acto que es atacado por esa vía, sin que pueda el juez hacer algún pronunciamiento sobre la procedencia de la misma; y la otra, aplicable al sistema contencioso-administrativo general, cuando el juez determine a solicitud de parte que pudieren resultar ilusorios los efectos del fallo, por ser "irreparables o de difícil reparación" los perjuicios que el acto administrativo impugnado pudiere causar durante la tramitación del juicio de nulidad".

La Sala realiza una afirmación total y absolutamente falsa, porque aplica una norma que no se encuentra vigente, al señalar que en la actualidad el artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994[25], reconoce la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos recurridos, siendo que ésta desapareció al entrar en vigencia la reforma del Código Orgánico Tributario, el día 15 de enero de 2002, en virtud de lo dispuesto en el artículo 343. Además esta norma, establece cuáles disposiciones entraron en vigencia al día siguiente de su publicación y cuáles entrarían en vigencia a los 360 días siguientes a la publicación en la Gaceta Oficial.

25. El artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994, al regular la interposición del recurso en sede administrativa, señalaba que "La interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido. Cuando en el recurso sólo se impugne parcialmente el acto, será exigible el pago de la porción no objetada, en el término de Ley", en tanto que el artículo 189 ejusdem, al regular la interposición del recurso en sede jurisdiccional establecía que "La interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido". Por tal razón, debe considerarse que la referencia que hace la sentencia al artículo 173, debe entenderse que quiso hacerla al artículo 189.

Al momento de entrar en vigencia la reforma del Código Orgánico Tributario, quedaron derogadas de manera especial, las normas indicadas en el artículo 342 del Código Orgánico Tributario y con carácter general, "todas las disposiciones legales relativas a las materias que regula el presente Código, las cuales estarán regidas únicamente por sus normas y por las leyes a las que este Código remita expresamente. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 340 de este Código".

Ahora bien, el artículo 263 del Código Orgánico Tributario, expresamente señala:

> La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo.

La norma parcialmente transcrita, lejos de establecer la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos de la administración tributaria, lo que prevé es que la simple interposición del recurso contencioso tributario contra los actos administrativos de naturaleza tributaria, no suspende *ope legis* la ejecución del acto; en tanto se admite la potestad del órgano jurisdiccional de suspender total o parcialmente el acto recurrido, siempre que se cumplan los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar que ella establece.

No obstante, esta disposición se encuentra expresamente mencionada en el artículo 343 del Código Orgánico Tributario, como una de aquellas que entrará en vigencia a los 360 días de publicado el texto legal en la Gaceta Oficial.

Ello así, considerando que el artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994 desapareció y que el Código Orgánico Tributario de 2001, eliminó la disposición que señalaba que la interposición del recurso contencioso tributario conllevaba la suspensión automática de los actos administrativos recurridos, estableciendo en el artículo 263, que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, -pero difiriendo su aplicación para un momento posterior-, debe considerarse que tal regulación generó un problema de derecho transitorio, no resuelto por el legislador, como sí lo hace el artículo 341 del mismo Código.

No estando vigente, el artículo 173 del Código Orgánico Tributario de 1994 y habiéndose eliminado la suspensión automática de los actos administrativos de la Administración Tributaria, recurridos en vía jurisdiccional, no resulta aceptable la afirmación de la sentencia, respecto a que *actualmente* ésta constituye unas de las vías para lograr la tutela judicial cautelar; pues al desaparecer la disposición *in commento*, la vía procesal para lograr la tutela judicial cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos de la administración tributaria, debe buscarse en el Código de Procedimiento Civil, que se aplica supletoriamente, al proceso tributario, según lo dispuesto en el artículo 332 en concordancia con el artículo 342 del Código Orgánico Tributario, normas procesales que resultarían aplicables hasta tanto entre en vigencia, el artículo 263 del Código Orgánico Tributario[26].

26. Ante la defectuosa regulación legislativa, los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario han resuelto aplicar el criterio de la ultraactividad de la norma derogada y en consecuencia, han entendido que mientras entra en vigencia el artículo 263 del Código Orgánico Tributario, se aplicará la norma que contemplaba la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en sede jurisdiccional.

Por tanto, esta primera argumentación esgrimida por la Sala para llegar a la conclusión de la constitucionalidad de los artículos impugnados, se fundamenta en una falso supuesto, que destruye la validez jurídica del fallo. Sin embargo, esta argumentación no fue la única realizada por la Sala, sino que además expresó:

> Que la Ley prevea la obligación de que Procompetencia señale un *monto* que sería suficiente para garantizar los posibles daños que podrían producirse con la suspensión del acto, lejos de ser un elemento que vulnere o dificulte la posibilidad de obtener una tutela judicial cautelar, por el contrario la facilita. Ciertamente, el señalamiento de dicho monto por parte de la Superintendencia constituye una manifestación clara del principio constitucional de colaboración de poderes hecha en interés y beneficio del sancionado por las Resoluciones de Procompetencia y que en nada afecta el principio de separación de poderes de origen constitucional toda vez que es una estimación (opinión técnica) que por exigencia de la Ley se establece "a priori" -antes de que el interesado ocurra a la jurisdicción contencioso-administrativa-y que, de ser aceptada por el recurrente, en principio, podría considerarse suficiente por el Juez contencioso administrativo para la suspensión de los efectos del acto impugnado de una manera semi-automática.

No parece muy acertada la argumentación respecto a la garantía del principio de la colaboración de poderes, pues una simple lectura de las normas jurídicas impugnadas, pone de manifiesto que las mismas le atribuyen competencias expresas a la autoridad administrativa para emitir decisiones que son competencia exclusiva del Poder Judicial, -fijación del monto de la caución para la suspensión de la ejecución del acto recurrido en sede judicial-, en virtud de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado (artículos 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y 585 al 600 del Código de Procedimiento Civil), lo que evidencia, que se trata de una actuación que está muy lejos de constituir una garantía del principio de colaboración entre los poderes públicos; en tanto que, cuando el Poder Judicial requiere la colaboración de cualquier otro órgano del Poder Público, debe requerírselo en virtud de las amplias potestades inquisitivas y oficiosas que le reconocen las leyes.

En otro orden de ideas, debe resaltarse que la Sala Constitucional introduce toda una novedad, al afirmar que la fijación de la caución que realiza la autoridad administrativa, para que el interesado la constituya y obtenga la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado en sede judicial, solo constituye una estimación de carácter técnico, no vinculante para el órgano jurisdiccional, pero que puede servir para lograr una suspensión semi-automática, en caso que el recurrente acepte tal cuantía y otorgue la respectiva caución.

Seguidamente la Sala establece, los elementos que caracterizan la suspensión de la ejecución, regulada en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia y sobre el particular considera:

> a) La naturaleza de la caución es judicial. Se da en el marco de un proceso contencioso-administrativo de anulación, no se constituye ante la autoridad administrativa;
>
> b) Como una opinión técnica que es, el Juez contencioso administrativo no está sujeto en ejercicio de su potestad cautelar al "monto" que estima la Administración como suficiente para caucionar en el caso concreto. No hay menoscabo de la autonomía judicial en la materia;
>
> c) La determinación de la corrección, idoneidad y suficiencia del monto a solicitarse para los efectos de la caución la determina el juez contencioso-administrativo y está sometida al control del sujeto contra quien obra;
>
> d) La existencia de la modalidad de suspensión de los efectos del acto por la vía de la caución, no excluye la posibilidad de que dicha suspensión pueda obtener(la) el recurrente por otros mecanismos legales existentes.

> De esta forma, en aras de la celeridad consustancial a la tutela judicial cautelar efectiva -cuya vulneración aduce el recurrente-, la Ley previó que el juez contencioso administrativo contará con un simple parámetro técnico de referencia que le permitiera suspender los efectos del acto por una vía más expedita y menos gravosa desde el punto de vista procedimental y argumental para el accionante para obtener la suspensión de efectos, toda vez que al suspender la ejecución del acto sancionatorio como consecuencia de la aludida caución, no se requeriría demostrar los extremos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni los correspondientes a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La sentencia luego de reiterar, que el monto de la caución establecido por la autoridad administrativa constituye un simple parámetro técnico, que le sirve de referencia al órgano jurisdiccional, para suspender la ejecución del acto administrativo recurrido, advierte que, tratándose de un monto referencial puede suceder que el órgano jurisdiccional se aparte de él y fije uno distinto:

> Hechas las disquisiciones anteriores, resulta fácil comprender que, aún en el caso de que la Administración incurriera en el error de excederse en la fijación del *quantum* de la referida caución, ya sea por errores meramente técnicos o como medida efectista que impide a los administrados suspender preventivamente la ejecución de la sanción por presuntas prácticas prohibidas, tal como es sabido sucede abiertamente en la práctica administrativa, *ello en ningún modo obsta para que el juez contencioso administrativo rechace ese quantum referencial y, en virtud de la potestad cautelar que le es inherente, modifique discrecionalmente, el monto de la caución por considerar que la misma sea desproporcionada e irracional*.

Continuando su argumentación y de manera congruente con lo expuesto en el mismo fallo y en la sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expresa que en caso de otorgarse la caución que debe fijar el órgano jurisdiccional, bien sea porque aceptó la referencia técnica de la autoridad administrativa o porque fijó su propia cuantía, no se requiere el cumplimiento de los extremos procesales establecidos en las leyes, para la concesión de las medidas cautelares. Así expresa:

> Por otra parte, reitera esta Sala Constitucional, una vez que quede establecido el monto de la caución por el Tribunal y cumplidas por el administrado las actuaciones pertinentes para la constitución de dicha garantía, queda excluido de plano todo análisis sobre los extremos legales de procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), puesto que, al ser la caución -como se indicó *supra*- una garantía en beneficio de los particulares, constituida la misma opera la suspensión de la ejecución de la sanción sin necesidad de ninguna otra actuación.

La Sala Constitucional efectúa una precisión trascendental, al afirmar que pudiendo los actos administrativos del ente regulador tener incidencia en la esfera jurídica privada de otros agentes económicos, distintos del destinatario directo del acto e incluso, pudiendo repercutir en el público consumidor en general, el órgano jurisdiccional deberá considerar en cada caso, los intereses en presencia que podrían verse perjudicados, por la suspensión de la ejecución del acto recurrido. Conforme a ello expresa:

> ... estima esta Sala que el órgano jurisdiccional encargado de conocer de la nulidad de los actos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deberá tener en cuenta, en cada caso concreto, a los efectos de acordar la suspensión de efectos según lo establecido en el tantas veces aludido artículo 54, la afectación que tal suspensión tendría sobre los intereses generales o terceros definidos. Así pues, la amplia potestad cautelar que le es propia a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, permite que éstos reduzcan el monto de la caución "propuesta referencialmente" por la Administración, cuando consideren que ésta se haya excedido en tal fijación; pero, asimismo, deben rechazar la caución y la consecuente suspen-

sión de la ejecución del acto impugnado, en el *exclusivo* caso de que sea evidente que tal medida afectará intereses generales o de terceros definidos.

En razón de lo anterior, la Sala Constitucional concluye considerando, que los artículos 38, parágrafo segundo y 54 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, constituyen una modalidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía judicial, acorde a la tutela judicial efectiva, que tampoco contraría el principio de separación de poderes.

La decisión cuenta con un voto salvado, en el cual se señala que los artículos impugnados contrarían las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 259 de la Constitución, lo que le permite concluir al disidente que "el contenido de los artículos impugnados de inconstitucionalidad menoscaba la autonomía judicial y atenta contra la seguridad jurídica, en virtud de que con dichas disposiciones se permite que los órganos distintos del Poder Público, ejerciendo sus funciones propias, se pronuncien sobre el establecimiento de montos que pueden ser disímiles, y ello porque de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable en los procedimientos contencioso administrativo de anulación contra actos de efectos particulares por los tribunales competentes por la materia, se somete la suspensión de los efectos del acto recurrido al otorgamiento de una fianza, cuya cuantía será -por supuesto determinada-, por el juez que ejerza el control de legalidad del acto".

(c) La caución en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

Esta Ley no contempla norma alguna que regule el otorgamiento de caución o garantía, con el objeto de otorgar la tutela cautelar de amparo constitucional. Sin embargo, vale la pena recordar, que la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 343, de 10 de julio de 1991, caso *Tarjetas Banvenez*, concedió la tutela constitucional cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo de la Comisión Nacional de Valores y solicitó una caución al solicitante de la protección constitucional cautelar.

En el contexto de la Constitución de 1999, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 925, de 15 de mayo de 2001, caso *Consorcio Absorbven*, considero procedente conceder la tutela constitucional cautelar y en consecuencia suspender la ejecución del acto administrativo del Registrador de la Propiedad Industrial, mientras se tramita el proceso administrativo. Además establece la Sala que:

> De otra parte, y como modo de proteger los derechos de la sociedad mercantil interviniente, que puedan resultar ilegítimamente afectados de resultar improcedente la acción de nulidad incoada, se acuerda exigir una fianza pura y simple, *sin limitación temporal e incondicional* y otorgada por una entidad bancaria o por una compañía de seguros, cuyo monto se fijará como se indica en la parte dispositiva del presente fallo; a fin de garantizar los daños que la sociedad mercantil THE PROTECTER & GAMBLE pudiera sufrir, y sin perjuicio de que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a solicitud de la referida sociedad mercantil y previo el estudio de la fundamentación que se acompañe a tal fin, fije un monto distinto que considere suficiente como garantía para reparar el eventual daño.
>
> En efecto, la reconocida naturaleza cautelar que tiene la acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con una acción de nulidad, si bien reviste rasgos particulares, la hace participe de las características comunes a estas medidas provisionales (ver en ese sentido sentencia N° 00402 de esta sala, de fecha 20 de marzo de 2001, caso: *Marvin Enrique Sierra* vs. *Ministro Del*

> *Interior y Justicia*) y como quiera que sería contrario al principio general que las gobierna, causar un daño a un derecho de igual rango para proteger otro también igualmente tutelable, concluye la Sala que se impone exigir una cautela suficiente que garantice el debido equilibrio en el proceso. Así se decide

En razón de esta argumentación, la Sala Político Administrativa dispuso que sería la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el órgano jurisdiccional que deberá fijar el monto de la garantía exigida y el plazo en que debe consignarse, advirtiendo que no presentar la fianza exigida o si luego de presentada se produce una falta de impulso procesal, la medida cautelar quedará sin efecto.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, se pronunció sobre la improcedencia de la exigencia de la *cautio iudicato solvi*, al accionante que no está domiciliado en Venezuela, ni tiene bienes suficientes para responder de las resultas del proceso, en razón que el artículo 27 de la Constitución no establece tal condición.

Este criterio lleva a considerar, que no siendo exigible la constitución de caución para litigar, en el proceso de amparo constitucional, a aquellas personas que no están domiciliadas en el país o no tienen bienes suficientes para garantizar las resultas del juicio; menos aún debería exigirse, a quien está domiciliado en el país o tenga bienes suficientes para garantizar las resultas del juicio y solicite una pretensión cautelar de amparo constitucional, en un proceso administrativo, porque en este caso, la exigencia de la mencionada caución, tampoco tiene cobertura constitucional y mucho menos legal.

4. Consideración final sobre los presupuestos procesales del amparo cautelar

Los presupuestos procesales del amparo constitucional cautelar, son los tradicionalmente admitidos por la legislación, la doctrina científica y la jurisprudencia, valga decir, la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

En el caso del amparo constitucional cautelar, la apariencia de buen derecho viene dada por la denuncia y argumentación de los derechos constitucionales, que han sido lesionados o cuya violación inminente teme el solicitante de la medida, para lo cual debe acompañar, los medios probatorios que constituyan presunción grave de violación o de la amenaza de violación de los susodichos derechos. Tales medios probatorios deben llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que el recurso contencioso administrativo de anulación o de abstención puede prosperar y éste deberá valorarlos, para llegar a la conclusión que *prima facie* existe la presunción de buen derecho, sin que ello signifique un pronunciamiento anticipado sobre el mérito de la controversia, sino una simple verosimilitud, una presunción que espera por su confirmación en la sentencia definitiva, cuando con auténtica certeza jurídica, se reconozca el derecho.

En tanto que el peligro en la mora, se conforma en un presupuesto objetivo, que debe entenderse comprobado, ante la mera verificación de la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional, pues en tal circunstancia, procede restablecer inmediatamente la situación jurídica subjetiva lesionada o la que más se aproxime a ella, tal como lo dispone el artículo 27 de la Constitución, ante la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales, quedando la resolución del debate sobre la conformidad a derecho de la actuación o inactividad administrativa, para un momento posterior, una vez tramitado el proceso administrativo de cognición.

IX. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CAUTELAR

El legislador no estableció qué medios de pruebas son admisibles en el proceso de amparo autónomo o de amparo cautelar, no obstante, en virtud de la remisión que realiza el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a las normas procesales vigentes, deben aplicarse las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico Procesal Penal, ello en razón que, siendo en el proceso cautelar subsidiario del proceso administrativo, aquél se encuentra sometido a las mismas reglas probatorios de éste y en consecuencia, las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria, son aplicables al proceso cautelar de amparo constitucional.

Según esto, con excepción de las limitaciones establecidas en materia de medios probatorios en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que resultan aplicables al proceso cautelar; en todo lo no previsto expresamente, rige lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que reconoce el principio de libertad de medios probatorios.

Esto lo reconoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, oportunidad en la cual estableció respecto a la idoneidad de los medios de pruebas, que debe producir la parte accionante, a los efectos que el órgano jurisdiccional pueda conceder la medida cautelar, lo siguiente:

> La amplitud de las formalidades no puede significar que la prueba máximo elemento de convicción, puede ser relajada o ignorada, y por ello considera esta Sala que si bien pueden aceptarse copias de documentos auténticos que se acompañan a los escritos de amparo, los originales o copias certificadas de dichos documentos deben ser presentados durante el proceso de amparo y que ninguna medida cautelar, cuando los hechos se verifican con documentos, puede decretarse fundada en documentos que carecen de autenticidad.

Aun cuando es cierto que con base en el principio de libertad probatoria, en el proceso de amparo cautelar son admisibles todos los medios de pruebas, con las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; tal libertad de medios probatorios, no permite que el órgano jurisdiccional otorgue medidas cautelares de amparo constitucional, que no se soporten en medios probatorios obtenidos dentro del debido proceso (artículo 49, numeral 1 de la Constitución) o en medios probatorios que carecen de autenticidad o que se hayan obtenido ilícitamente (artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal).

1. La carga de la prueba en el proceso de amparo cautelar

Tal como se señaló antes, al aplicar las normas procesales en vigor, se pueden aplicar las normas del Código Civil, que regulan la materia probatoria, al proceso de amparo constitucional. En tal sentido, el artículo 1354 del Código Civil establece:

> Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Por su parte, el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, señala:

> Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quién pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

En aplicación de estas normas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 337, de 10 de mayo de 2000, caso *Jesús Molina*, se pronunció sobre la carga de la prueba en el proceso de amparo y al respecto señaló:

> ... este Tribunal Supremo debe puntualizar que en el proceso de amparo, rigen las normas sobre la carga de la prueba, y que dicha carga, en cuanto a los hechos alegados por el accionante, recae en su cabeza como parte de los hechos constitutivos del amparo, bien se apliquen los principios del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil o 1354 del Código Civil.
>
> No habiendo cumplido el actor con su carga, tal hecho lo perjudica al no poder probar su alegato y así se decide.

Estas normas conducen a analizar, la distribución de la carga de la prueba en los procesos de amparo constitucional.

A. La carga de la prueba del accionante

En aplicación de estos principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, estableció que la parte accionante, debe indicar en su escrito lo siguiente:

> ... las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviere y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos.

La Sala Constitucional realiza una precisión contundente respecto a la carga de la prueba de la parte accionante, pues establece la oportunidad preclusiva tanto para promover todos los medios probatorios que se tienen al momento de acudir ante el órgano jurisdiccional, así como para producir aquellos cuya evacuación se materializa con su presentación junto al escrito de amparo.

B. La carga de la prueba del accionado

En lo concerniente a la oportunidad procesal de la parte accionada, para producir sus medios probatorios, la Sala Constitucional en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, también indica la oportunidad para ello, señalando:

> En la fecha de comparencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y esta decidirá si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agraviante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agraviante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

Hay que señalar, que la oportunidad para la promoción de los medios probatorios por la parte accionada es la establecida para realizar la audiencia pública, en el caso de los

procesos cautelares de amparo constitucional que se tramitan conforme a la sentencia 88, de 14 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional; en tanto, que si se trata de una pretensión cautelar formulada dentro de un proceso administrativo, la oportunidad para promover y evacuar los medios probatorios será la establecida en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.

C. Una regla común sobre la carga de la prueba

En lo atinente a la oportunidad de la promoción del hecho comunicacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 98, de 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, ha expresado que las partes lo pueden alegar en cualquier estado y grado del proceso, dado que éste puede producirse en cualquier tiempo. Es así como señala:

> No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca.

La sentencia realiza una afirmación que encierra una *contradictio in terminis*, porque si los hechos notorios no son objeto de prueba, el hecho comunicacional *notorio*, tampoco debería serlo, sólo bastaría que las partes lo invocasen entre sus alegatos, a los fines que el órgano jurisdiccional lo apreciase al momento de adoptar la respectiva decisión. No obstante, según lo expresado en el fallo, las partes tienen la carga de probar el denominado hecho comunicacional *notorio*, mediante publicaciones o audiovisuales, en caso que tengan dudas sobre el conocimiento que puede tener el juez de tales hechos.

En conclusión, quien alega un hecho comunicacional *notorio* tiene la carga de probarlo, como cualquier otro hecho que haya invocado a su favor.

2. La potestad del órgano jurisdiccional de ordenar la evacuación de pruebas

El artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece:

> El Juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar, siempre que no signifique perjuicio irreparable para el actor, la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.
>
> Se entenderá que hay perjuicio irreparable, cuando exista un medio de comprobación más acorde con la brevedad del procedimiento o cuando la prueba sea de difícil o improbable evacuación.

Esta norma emplea el vocablo *podrá*, lo que supone que el órgano jurisdiccional no tiene el deber de ordenar la evacuación de los medios probatorios, sino que puede actuar discrecionalmente, según su prudente arbitrio, teniendo presente lo más equitativo y racional, en aras de la imparcialidad y la justicia, tal como lo establece el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

Además, la disposición transcrita tiene la virtud de reconocer, que el órgano jurisdiccional constitucional tiene plenas potestades probatorias, dada la naturaleza de orden público del proceso de amparo, -artículos 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre De-

rechos y Garantías Constitucionales y 11 del Código de Procedimiento Civil-, y en consecuencia, al no encontrarse limitado a las que promuevan y produzcan las partes, puede ordenar la evacuación de los medios probatorios que en su criterio sean necesarios, para determinar los hechos que le parezcan dudosos u oscuros.

El órgano jurisdiccional podrá ordenar la evacuación de los medios probatorios, siempre que ello no constituya un perjuicio irreparable para el actor, valga decir, que el medio probatorio no sea acorde con la brevedad del procedimiento o que se trate de un medio probatorio que sea de difícil o improbable evacuación.

La Sala Constitucional en la sentencia 522, de 8 de junio de 2000, caso *Rafael Marante*, señaló que el juez está facultado no para dictar autos para mejor proveer, sino para realizar iniciativas probatorias dirigidas, por un lado, a ordenar a las partes ampliaciones o complementos de los medios probatorios; y por el otro, a hacer uso de iniciativas probatorias oficiosas, en virtud de la naturaleza de orden público del proceso de amparo.

Conforme a ello podrían solicitarse certificaciones de documentos, la presentación de informes o de copias, ordenarse la evacuación de testigos, de testigos-expertos o de peritos, realizarse inspecciones judiciales, para establecer determinadas situaciones que técnicamente se encuentren dudosas u oscuras, a los fines de esclarecer los hechos que son objeto de debate dentro del proceso cautelar.

En lo concierne al hecho comunicacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 98, de 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, sostuvo que el juez "conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas".

En tal caso, siendo el juez conocedor del hecho comunicacional, de oficio puede acogerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten considerarlo como un hecho notorio.

3. El hecho notorio en el proceso cautelar de amparo

En principio, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil señala que el juez en sus decisiones debe "atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencias".

En tanto, existe otro principio general del derecho procesal, *notoria non egent probatione*, que tiene recepción expresa en el ordenamiento jurídico, a través del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que establece expresamente "Los hechos notorios no son objeto de prueba".

Con base a este principio procesal, cualquier hecho que pueda ser calificado de notorio, independientemente que haya tenido amplia difusión o no, en un momento determinado, a través de los medios de comunicación, no debe ser objeto de prueba.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia 98, de 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, introduce una distinción respecto al hecho notorio como género y el hecho notorio comunicacional, como especie. En esta sentencia la Sala textualmente expresa:

> El hecho publicitado o comunicacional no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social, sin embargo su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector conglomerado, incluyendo al juez; y desde este ángulo se puede afirmar que forma parte durante épocas, de la cultura, así luego desaparezca, ya que su importancia o trascendencia era relativa, tenía importancia solo en un espacio de tiempo limitado y a veces breve.

La Sala comienza indicando que puede existir una categoría de hecho notorio, que se caracteriza por ser temporal y que en razón de su publicidad o divulgación es conocido en una época determinada por un grupo numeroso de personas, llegando a insertarse en el conocimiento cultural de una o varias generaciones, pudiendo desaparecer del conocimiento mayoritario al perder trascendencia. Por ello, la sentencia considera que:

> Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

Continuando el desarrollo de su argumentación, la Sala indica cuáles son las formas para acreditar el hecho comunicacional y al respecto expresa:

> El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad de los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

Lo expuesto, conduce a la Sala a establecer las características que identifican el hecho comunicacional y en tal sentido señala:

> Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de las imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes, la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

Es así como, en los casos que concurran las características enumeradas, -según el criterio de la Sala Constitucional-, se puede hablar de un hecho comunicacional o publicacional notorio, que puede fijar el juez, a pesar que no lo aleguen y menos aún lo prueben las partes.

Sin embargo, debe recordarse que tal como se señaló antes, quien alega un hecho comunicacional *notorio* tiene la carga de probarlo, como cualquier otro hecho que haya invocado a su favor.

4. La técnica de la promoción de los medios probatorios

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, en sentencia 363, de 16 de noviembre de 2001, caso *Cedel Mercado de Capitales*, se pronunció sobre la correcta técnica para la producción de los medios probatorios en el proceso civil, la cual resulta aplicable al proceso de amparo constitucional, al no existir una regulación especial sobre el particular, en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en esa oportunidad expresó:

> Es fácil comprender cómo, para que la parte pueda manifestar si conviene o no con los hechos que su contrario trata de probar y para que el juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes y ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre ellos, es necesario que en el escrito de promoción de cada una de las partes se hayan indicado de manera expresa y sin duda de ningún tipo, los hechos que pretende demostrar con cada medio de prueba promovido.

Además, es la única manera de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesales impuestos a las partes, al impedir de esa manera que el contrario del promovente y el propio tribunal sean sorprendidos al utilizar un determinado medio probatorio para verificar hechos diferentes a los que ellos creyeron cuando se promovió.

Con el objeto de garantizar el control de la prueba y el derecho a la defensa, expresa la sentencia:

> Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte, sino que debe exponer la materia u objeto sobre el cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre del poderdante.
>
> Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de prueba

En razón de lo expuesto, concluye declarando la invalidez del medio probatorio que adolece de defecto en su promoción:

> Lo anterior evidencia de manera palmaria que la demandante no indicó al promoverla, el objeto determinado de la prueba, impidiendo a la contraparte cumplir con el mandato del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y al Juez acatar el dictado del artículo 398 eiusdem.
>
> En esas condiciones la testimonial de los ciudadanos Alberto Pérez Martínez, Juan Bautista Domínguez y Antonio Leira Bastidas no fue promovida válidamente, situación ésta que se equipara a falta de promoción, razón por la cual es imposible la configuración del vicio de silencio de pruebas, desde luego que tal vicio supone, necesariamente, la existencia de una prueba válidamente promovida.

La sentencia parcialmente transcrita, establece que para cumplir con la correcta técnica de la promoción de los medios probatorios es necesario que las partes indiquen en sus respectivos escritos, los hechos que pretenden probar con cada medio probatorio, pues sólo así pueden las partes efectuar el control de los mismos, sin ser sorprendidos en su buena fe y el juez puede considerar válidamente promovidas las pruebas a los fines de su admisión, así como de su posterior evacuación y valoración.

5. La oportunidad y forma de evacuación de los medios probatorios

La diversidad de procedimientos para la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, ocasionan distintas oportunidades y formas para la producción de los medios probatorios.

Es así como, en el caso de la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional contra leyes y demás actos normativos estatales, conforme a lo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 88, de 14 de marzo de 2000, se deberá efectuar una audiencia pública, la cual se realizará, según el criterio establecido en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000. En este caso, la Sala procederá en los siguientes términos:

> El órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con inmediación del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas.
>
> Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho a la defensa.

En la oportunidad de la audiencia constitucional, el órgano jurisdiccional determinará cómo se realizará la audiencia y la oportunidad en que se admitirán los medios probatorios y una vez escuchados los alegatos de las partes y promovidos los medios probatorios que se pueden presentar en esa oportunidad, se pronunciará sobre la admisión y ordenará su evacuación, la cual se realizará ese mismo día o el día siguiente, ante el propio órgano jurisdiccional.

En el caso de la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, en los procesos administrativos, los medios probatorios se evacuarán dentro del lapso de 8 días establecido en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil y se evacuarán conforme a las formas establecidas en el mismo Código.

6. La valoración de los medios probatorios

Las reglas de valoración de los medios probatorios, tampoco se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo que una vez más, conduce a aplicar las normas procesales en vigor, en razón de lo cual, resulta pertinente un análisis de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Al respecto debe indicarse, que el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, establece:

> *Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella.* En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma.

Los jueces para llegar a la convicción de que existe plena prueba de los hechos alegados, deben tener presente las reglas de valoración de las medios probatorios, en virtud de lo cual, se analizarán los principios sobre valoración de los medios probatorios, recogidos en el mencionado Código. Estos principios son los siguientes:

1. El juez debe aplicar las reglas de la sana crítica, a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de los medios probatorios.

2. Estas reglas de valoración expresa, se encuentran contempladas en el Código Civil, respecto a la prueba por escrito, a la confesión y el juramento decisorio, no siendo admisible éste, ni las posiciones juradas, en el proceso administrativo y por ende, tampoco son admisibles en el proceso cautelar de amparo.

3. La valoración de la prueba de testigos debe realizarse apreciando la concordancia de éstos entre sí y su relación con los otros medios probatorios, debiendo considerarse las circunstancias objetivas y subjetivas de los testigos y se deben analizar y expresar en el fallo, las razones por las cuales se aprecian o se desechan.

4. El juez debe analizar y juzgar todas las pruebas que se hayan producido, sin excepción, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, debiendo expresar en cualquier caso su criterio con respecto a ellas.

5. También debe el juez valorar los indicios en su conjunto, que resulten del expediente, teniendo en consideración la gravedad, concordancia y convergencia entre sí, así como su relación con los otros medios probatorios.

Según esto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, expreso respecto a la valoración de la prueba en el proceso de amparo que:

> El principio de libertad de medios regirá estos procedimientos, valorándose las pruebas por la sana crítica, excepto la prueba instrumental que tendrá los valores establecidos en los artículos 1359 y 1360 del Código Civil para los documentos públicos y en el artículo 1363 del mismo Código para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos.

Posteriormente, la Sala Constitucional, en sentencia 98, de 15 de marzo 2000, caso *Oscar Silva Hernández*, al analizar el hecho comunicacional *notorio*, expresó respecto a la valoración de los medios probatorios, lo siguiente:

> En este tipo de hecho, que no proviene de publicaciones o medios que merecen autenticidad, como lo serían las pruebas documentales, cuyas tarifas legales de valoración están establecidas en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, y que tampoco se encuentran incorporados en forma estable a la memoria colectiva, no existe presunción alguna de veracidad y por ello queda a criterio del Juez valorarlos exigiendo o no la prueba, si las partes son quienes los alegan, lo que puede ocurrir en cualquier estado y grado del proceso, ya que el hecho puede tener lugar en cualquier tiempo.

Por tanto, el hecho comunicacional notorio, debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional, conforme a las reglas de la sana crítica.

Más reciente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 692, de 21 de mayo de 2002, caso *Aserca Airlines*, al analizar la consecuencia de la omisión de la remisión del expediente administrativo, por parte del Ministerio de Infraestructura, declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de anulación, en base a la siguiente argumentación:

> De allí que en el caso bajo examen, la falta de expediente administrativo impide el debido examen de la adecuación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al acto administrativo impugnado, con el supuesto de hecho contenido en el dispositivo legal ya referido, [por lo que] ha de *establecerse una presunción favorable a la pretensión de la actora*, y en consecuencia, debe declararse forzosamente la procedencia de la denuncia planteada. Así se declara.

En definitiva, el órgano jurisdiccional constitucional para llegar a la convicción de que existe plena prueba de la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, debe valorar los medios probatorios conforme a las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, valga decir, los expresamente tasados, según lo que disponga la ley correspondiente y los demás medios probatorios, conforme a las reglas de la sana crítica.

X. LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

En el ordenamiento jurídico procesal, existen distintas formas de terminación del proceso de amparo, siendo la tradicional la sentencia que contenga el mandamiento de amparo constitucional y las otras formas de terminación, son el desistimiento, la perención o el abandono de trámite por el accionante. A cada una de ellas, se hará referencia en este subepígrafe.

1. El contenido de la decisión que resuelva el proceso de amparo constitucional

La sentencia deberá contener todas las indicaciones señaladas en los artículos 29, 30 y 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Tales normas, llevan a analizar si el órgano jurisdiccional al dictar el fallo debe llenar de forma adicional, los extremos exigidos para todas las sentencias, en las leyes procesales en vigor, que resultarían aplicables a la decisión de amparo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Al respecto debe señalarse, que indicando el artículo 32 ejusdem, los requisitos formales que debe contener la sentencia de amparo, en principio, no resultaría aplicable de forma supletoria las normas procesales en vigor, en virtud de lo cual, no parecería necesaria la exigencia de los requisitos establecidos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Este aserto, podría verse reforzado por el propio texto constitucional, que regula el proceso de amparo, estableciendo en el artículo 27 que éste "será oral, público, breve, gratuito y *no sujeto a formalidad*, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella".

No obstante, este principio de informalidad que caracteriza al proceso de amparo, no debe impedir, que el órgano jurisdiccional al momento de dictar su fallo, cumpla las indicaciones contenidas en el artículos 243 del Código de Procedimiento Civil, porque de impugnarse el fallo, el incumplimiento de tales supuestos constituye uno de los motivos de nulidad de la sentencia, según lo dispone el artículo 244 del mismo Código.

Ello así, considero que una interpretación armónica del artículo 27 de la Constitución, con los artículos 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 243 del Código de Procedimiento Civil, debe llevar a exigirle al órgano jurisdiccional, que al proferir el mandamiento de amparo, éste contenga además de las exigencias del Código, las mencionadas en la Ley, lo que permite racionalizar la activi-

dad jurisdiccional y conocer las razones fácticas y jurídicas que justifican la decisión fundada en Derecho, que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva.

A. El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Sala Constitucional

La forma natural de terminación del proceso de amparo es la sentencia, que puede ser favorable a las pretensiones del accionante y conceder el restablecimiento de la situación jurídica infringida o la que más se asemeja a ella o que puede negar la procedencia del amparo constitucional, conforme a lo indicado en el artículo 27 de la Constitución.

En lo concerniente al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva o la que más se asemeje a ella, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1331, de 20 de junio de 2002, caso *Tulio Álvarez*, al pronunciarse sobre la admisibilidad del amparo contra el Fiscal General de la República, expresó lo siguiente:

> ...constituye elemento fundamental de la acción de amparo, el que una persona se encuentre en una situación jurídica subjetiva determinada, la cual se presume una vulneración a derechos o garantías constitucionales y, por tanto, la labor del juez constitucional es la de restituir o restablecer dicha situación, siendo imposible la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. A tal efecto, en sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 2000 (caso: *Gustavo Mora*), se estableció lo siguiente:
>
> La acción de amparo constitucional tiene como finalidad proteger situaciones jurídicas en las cuales se encuentren envueltos derechos constitucionales. Así, una de sus características es tener una naturaleza restablecedora y que los efectos producidos por la misma son restitutorios, sin existir la posibilidad de que a través de ella, pueda crearse, modificarse o extinguirse una situación jurídica preexistente, en razón de lo cual, la acción de amparo no procede cuando no pueda restablecerse la situación jurídica infringida, esto es, cuando no puedan retrotraerse las situaciones de hecho a la condición que poseía antes de producirse la violación denunciada.
>
> Por ello, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en su artículo 6, numeral 3, dispone que esta acción no es admisible cuando la violación del derecho o la garantía constitucional constituya una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida´.
>
> Este criterio ha sido ratificado por la Sala en diversas oportunidades (como lo serían las decisiones del 28-7-00 Caso: *Luis Alberto Baca*; 14-12-01, caso *Nexi María Torres*; 24-01-02, caso *Xerox de Venezuela C.A., entre otras*), por cuanto la tutela de la normativa constitucional como objeto de la acción de amparo, se procura a través del restablecimiento de la situación jurídica infringida o de la situación que más se asemeje a ella.

En razón de lo señalado, la Sala Constitucional declaró inadmisible el amparo constitucional autónomo intentado contra el Fiscal General de la República.

2. El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado que el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva o la que más se asemeje a ella, no consiste únicamente en una declaración, sino que incluso puede implicar una orden de entrega de una suma de dinero, en la medida que el restablecimiento efectivo y pleno del derecho, apareje de manera forzosa e indisoluble el pago de dicha cantidad de dinero. En este

orden de ideas, se pronunció la sentencia 1020, de 10 de mayo de 2002, caso *Linne Elben Pinto Paz*, en la cual se expresó:

> ... esta Corte considera que en el caso de marras, restablecer la situación jurídica lesionada por la trasgresión al orden constitucional, implica que se efectúen los pagos de los beneficios socioeconómicos a los que se hizo alusión, ya que tal como lo ha declarado en otras oportunidades, del estudio de cada caso en particular se determina cuándo el restablecimiento de la situación jurídica lesionada, pone de manifiesto la necesidad de pago de una deuda debida por el accionado al accionante, circunstancia en la que la protección del Juez debe llegar hasta la condena de dicha suma de dinero, lo cual no implica atribuirle al amparo un carácter indemnizatorio, sino poner en ejecución el poder restablecedor del Juez de Amparo, lo contrario implicaría que el operador de justicia tuviera que separarse de la realidad en la que la pretensión de condena es indisoluble del restablecimiento del derecho infringido, dejando de resolver la controversia en su total dimensión lo cual, a todas luces, estaría contraviniendo la exigencia misma de administrar justicia (Entre otras véase sentencia de fecha 2 de noviembre de 2000, Caso: *Raquel María Pacheco Palacios*) y de reparar la situación jurídica infringida (artículos 27 de la Constitución ... y 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). Así se declara.

En conclusión, el restablecimiento de la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella, debe ser integro, en razón de lo cual, cuando la protección constitucional así lo demande, el órgano jurisdiccional para realizar la restitución plena y efectiva del derecho, de constatar la violación o amenaza de violación del derecho constitucional, debe emitir un mandamiento que disponga lo necesario para lograr dicho restablecimiento, lo que en casos determinados, puede implicar el pago de sumas de dinero, que sean consustanciales o inherentes al derecho cuya tutela judicial se reclama.

3. Las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional

El artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece algunas de las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional, señalando lo siguiente:

> Quedan excluidas del procedimiento constitucional del amparo, todas las formas de arreglo entre las partes, sin perjuicio de que el agraviado pueda, en cualquier estado y grado de la causa, desistir de la acción interpuesta, salvo que se trate de un derecho de inminente orden público o que pueda afectar las buenas costumbres.
>
> El desistimiento malicioso o el abandono del trámite por el agraviado, será sancionado por el Juez de la causa o por el Superior, según el caso, con multa de Dos Mil Bolívares (Bs. 2.000,00) a Cinco Mil Bolívares (Bs. 5.000,00).

Lo anterior lleva a analizar las formas anormales de terminación del proceso de amparo, contempladas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales -desistimiento y abandono del trámite-, así como la perención, regulada en el Código de Procedimiento Civil y la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

A. El desistimiento

Cuando el accionante desiste del proceso, se produce una pérdida de interés en el mismo, lo que lleva a que el órgano jurisdiccional homologue tal petición y que la misma adquiera fuerza de cosa juzgada, produciendo consecuentemente la extinción del proceso.

Tal desistimiento puede producirse en cualquier estado y grado del proceso; sin embargo, la declaración de homologación no debe producirse automáticamente en materia de amparo constitucional, pues el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece la obligación al órgano jurisdiccional de revisar que no se trate de un derecho de inminente orden público o que no se puedan afectar las buenas costumbres.

Sobre este particular, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*, al establecer el proceso de amparo constitucional, señaló que:

> La falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público, el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias.

La pregunta que corresponde hacerse es ¿Acaso todos los derechos inherentes a la persona humana no involucran un inminente orden público? ¿Existe algún derecho reconocido en los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos, que no involucren el orden público? ¿Los derechos reconocidos por la Constitución, no son derechos de inminente orden público? La respuesta a estas preguntas necesariamente debería concluir, en que siempre que estén involucrados los derechos inherentes a la persona humana, aun cuando no estén reconocidos expresamente en un texto escrito; cuando se encuentren presentes los derechos humanos reconocidos en los tratados, pactos y convenciones; así como los derechos expresamente reconocidos por la Constitución se estará en presencia de un conflicto de inminente orden público constitucional.

Tal aserto lo confirma el artículo 19 de la Constitución, que garantiza el goce y ejercicio, irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, indicando que su respeto y garantía son obligatorios para todos los órganos del Poder Público.

Ello lleva a la búsqueda del sentido de la expresión *orden público*, a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual ha sido precisada por la sentencia 1207, de 6 de julio de 2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso *Ruggiero Decina*, al declarar la inadmisibilidad del recurso de revisión, oportunidad en la cual sostuvo:

> Así las cosas la situación de orden público referida anteriormente es pues una situación de carácter estrictamente excepcional que permite obviar las normas de procedimiento relativas al proceso de amparo constitucional. Es pues que el concepto de orden público a que se refieren las normas que rigen el proceso de amparo constitucional para permitir la posibilidad de obviar normas procedimentales de dicho proceso, es aún más limitado que el concepto de orden público que se encuentra implícito en cualquier derecho o garantía constitucional, precisamente por el hecho de que estos derechos poseen un carácter constitucional.
>
> Es pues que el concepto de orden público a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional, se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. Es por ello que en casos donde un presunto agraviado alega que un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público, a manera de la excepción de las normas procedimentales de los juicios de amparo, cuando el Tribunal compruebe que, en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por los ac-

cionantes, se podría estar infringiendo igualmente derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general.

Por ello, luce necesario reflexionar sobre la actuación del órgano jurisdiccional, en caso que se intente una acción de amparo constitucional y luego se desista expresamente de la misma o no se asista a la audiencia constitucional, porque si bien es cierto que todo derecho constitucional involucra la presencia del orden público y en principio, el órgano jurisdiccional estaría obligado a pronunciarse sobre la existencia o no de la lesión o amenaza de violación de los derechos denunciados; ello no debe ocurrir así, dado que la noción de orden público, conforme a la interpretación efectuada por la Sala Constitucional, se refiere a los supuestos en los cuales se afecte a "una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes", por tanto, será en éstos supuestos, cuando el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la existencia o no de la lesión de los derechos constitucionales.

Lo expuesto no constituye óbice, para que el órgano jurisdiccional imponga a los accionantes que desisten maliciosamente, las sanciones establecidas en la Ley, a las cuales se hará referencia más adelante.

B. La extinción por abandono del trámite

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 982, de 6 de junio de 2001, caso *José Vicente Arenas Cáceres*, efectuó varios señalamientos con el objeto de determinar el abandono del trámite de amparo. Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

La inactividad de la parte accionante en un proceso breve, sumario y eficaz como el amparo, permite que el órgano jurisdiccional presuma que se ha perdido interés en que se protejan los derechos constitucionales y en consecuencia, el decaimiento del interés procesal, que exige el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Esta Ley establece la figura procesal del abandono del trámite, que supone el decaimiento del interés del actor. Tal abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia.

Según esto, en criterio de la Sala Constitucional, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se presume una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización del proceso, por falta de interés procesal del actor. Ello es posible, a partir de determinadas circunstancias inequívocas, que permiten deducir que la parte ha renunciado al derecho a obtener tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas.

Lo anterior permite considerar, que "la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y con ello, la extinción de la instancia. Así se declara".

En congruencia con la sentencia anterior, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1031, de 30 de mayo de 2002, caso *Fundalara*, luego de ratificar el criterio de la sentencia de 6 de junio de 2001, estableció lo siguiente:

> La publicación que se ordenó fue insertada en la Gaceta Oficial N° 37.252 del 2 de agosto de 2001. En el caso de autos ha transcurrido íntegramente el lapso de treinta días, a que se refiere la decisión en cuestión, sin que la accionante haya realizado acto alguno que desvirtúe la presunción de abandono que revela su inactividad.
>
> Con fundamento en las consideraciones precedentes, se declara el abandono del trámite, correspondiente a la presente demanda de amparo, por la parte demandante, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, la terminación del procedimiento.
>
> De conformidad con lo que establece el único aparte del artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se impone a la parte actora una multa de Cinco Mil Bolívares (Bs. 5.000,00) pagaderos, a favor de la Tesorería Nacional, en las oficinas del Banco Central de Venezuela. La parte sancionada deberá acreditar el pago mediante consignación, en autos, del comprobante correspondiente, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Se aplica la multa en su límite máximo por cuanto la Sala estima de suma gravedad, el entorpecimiento de sus labores con la presentación de demandas que posteriormente son abandonadas, lo cual la obliga al desvío de su atención de asuntos que sí requieren de urgente tutela constitucional. Así se declara.

En consecuencia, la instauración de la pretensión de amparo, sin que luego se le dé impulso al mismo, con el objeto de obtener una sentencia que resuelva la controversia constitucional, conduce a que el órgano jurisdiccional declare el abandono de trámite y en consecuencia, la terminación del proceso, en cuyo caso podrá además, imponer la sanción que establece la Ley.

C. La perención de la instancia

La institución de la perención no se encuentra expresamente regulada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero en virtud de la remisión que realiza el artículo 48 de esta Ley, a las normas procesales en vigor, resulta procedente aplicar la perención en el proceso de amparo constitucional.

Es así como, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 586, de 27 de abril de 2001, caso *María Marlene Valderrama*, señaló que el último acto de procedimiento fue el 22 de noviembre de 1988 y no habiéndose realizado una actuación posterior de las partes, destinada a impulsar el proceso, "existe evidencia de falta absoluta de actividad procesal antes de entrar en estado de sentencia. En consecuencia, la instancia se ha extinguido de pleno derecho, por lo que la Sala procede a declararla de oficio, de acuerdo con el artículo 86 citado"[27].

Por tal razón se declaró consumada la perención de la acción de amparo constitucional y en consecuencia extinguida la instancia.

---

27. La sentencia al referirse al artículo 86, debe entenderse que hace alusión a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

D. La satisfacción extraprocesal de la pretensión

La satisfacción extraprocesal de la pretensión constituye una forma anormal de terminación del proceso, en virtud de la cual las partes de común acuerdo resuelven el conflicto, que los llevó a acudir ante un tercero imparcial y ajeno a los intereses en conflicto o también se puede dar, porque la autoridad administrativa anule, revoque o modifique el acto jurídico o realice una actuación que ilegalmente se había abstenido de realizar o practicar a favor del accionante. Esta satisfacción extraprocesal de la pretensión debe ser absoluta, completa, que no se preste a dudas o interpretaciones.

En los casos de satisfacción extraprocesal de la pretensión, el proceso se extingue porque desaparece su objeto y en consecuencia el órgano jurisdiccional declaraba no tener materia sobre la cual pronunciarse, tal como lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 1537, de 23 de septiembre de 1999, caso *Alejandro Fuenmayor Espina*.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, los órganos jurisdiccionales han considerado que no resulta adecuado expresar en sus fallos que "no existe materia sobre la cual decidir", porque "sin duda se asemejaría a absolver la instancia y de suyo denegar justicia", tal como lo expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia 2008, de 14 de agosto de 2001, caso *Banco Caribe*. Por tal razón, en el citado fallo la Corte al analizar el alegato de que se produjo la satisfacción extraprocesal de la pretensión, considera que en tal caso, al extinguirse el acto administrativo accionado, procede declarar la inadmisibilidad sobrevenida de la demanda o recurso, al producirse la pérdida de interés del accionante.

En tanto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer en consulta el caso *Alejandro Fuenmayor* antes mencionado, en sentencia 1615, de 30 de agosto de 2001, revocó la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y declaró inadmisible la acción de amparo por haber cesado la lesión constitucional, producto de la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

XI. LOS MODOS DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR

El ordenamiento jurídico no establece un único modo de impugnación de las decisiones adoptadas cautelarmente y ello ha sido objeto de un intenso desarrollo en la jurisprudencia, según se dará cuenta seguidamente.

1. Los criterios jurisprudenciales respecto a los modos de impugnación de la decisión cautelar

Durante el último lustro, los órganos jurisdiccionales han asumido posiciones disímiles, respecto a cuáles son las vías procesales para la impugnación de la decisión cautelar. Estos criterios han sido esgrimidos en interpretación y aplicación del derecho a la defensa, que debe ser garantizado en todo estado y grado del proceso, por mandato expreso de la Constitución. Con fundamento en tal derecho, tanto la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa del Tribunal

Supremo de Justicia, han precisado los modos de impugnación de la decisión cautelar, que establecen cada una de las leyes procesales.

Ello lleva a estudiar, en el orden en que fueron apareciendo, los distintos criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales, para finalizar precisando, cuáles son las vías de impugnación de la decisión cautelar de amparo constitucional.

A. El criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Conviene comenzar destacando, que la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 205, de 31 de julio de 1997, caso *Electrospace*, al resolver su recurso de casación contra una sentencia de última instancia, declaró:

> Resulta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad -por violación del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa ex único aparte del artículo 68 de la Constitución de la República de Venezuela, (La defensa es un derecho inviolable en todo estado y *grado* del *proceso*),- el régimen normativo de rango *legal* de un determinado *proceso* cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al solo ejercicio del recurso de apelación como vía primaría de impugnación de tal providencia, excluyéndose, consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer *grado* de jurisdicción -primera instancia- de dicho proceso cautelar.

En consecuencia, procedió a declarar "virtualmente derogada con eficacia jurídica limitada al caso particular sub judice, la muy específica norma inserta en el último aparte del susomencionado artículo 1.099 del Código de Comercio", por virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Vigésimo Tercera de la Constitución de 1961, que derogaba toda norma que contradijese la Constitución.

En la actualidad, tal interpretación tiene pleno asidero constitucional, en razón de lo dispuesto en el artículo 49, numeral 1 de la Constitución, que reconoce el derecho a la defensa en todos los procesos. Así señala, que:

> *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso*. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se les investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley.

Según esto, en aras de conciliar el derecho al debido proceso con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26 de la Constitución), todo órgano jurisdiccional debe reconocer e incluso garantizar el ejercicio del derecho a la defensa en el primer grado de jurisdicción, sea que la misma se desarrolle en un proceso principal o en un proceso cautelar, razón por la cual, no puede ninguna norma infraconstitucional, limitar a un eventual recurso o incluso negar de manera absoluta, la posibilidad de la defensa ante el mismo órgano jurisdiccional contra una medida cautelar concedida *inaudita altera partem*, en el primer grado de jurisdicción, pues ello además de violar el principio de bilateralidad del proceso y en consecuencia el principio contradictorio, aunque sea en esa fase sumaria, constituye un inaceptable menoscabo del derecho a la defensa, que conduce a que cualquier órgano jurisdiccional, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 334 de la Constitución, proceda a solicitud de parte o incluso de oficio, a desaplicar la norma legal, que contraviene la Constitución y en consecuencia, a realizar una

interpretación que asegure la integridad de los derechos reconocidos en la Constitución, con el fin de garantizar el goce y ejercicio pleno del derecho a la defensa, en todo estado y grado del proceso como lo señala el texto constitucional.

B. El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

Este criterio fue acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 1852, de 21 de diciembre de 2000, caso *Yovani Guevara Liscano*, al resolver la apelación contra una medida cautelar de suspensión de la ejecución de un acto administrativo, oportunidad en la cual -por primera vez-, señaló:

> Así, estima esta Corte, que de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a los fines de dictar una medida de suspensión de efectos con fundamento en el artículo 136, el juez de lo contencioso administrativo deberá acudir al procedimiento establecido en los artículos 601 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Sólo de esta manera se podrían garantizar los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa en cualquier estado y grado de la causa[28].

En congruencia con lo anteriormente trascrito expone:

> El ordenamiento jurídico venezolano consagra dos grados de acceso al proceso judicial: el primero, o primer grado de jurisdicción, es el modo inicial de acceder a los tribunales de justicia; el segundo, está conformado por el procedimiento de alzada, al que normalmente se accede por medio de la interposición de los recursos legalmente previstos, especialmente el de apelación.
>
> Pues bien, el derecho a la defensa previsto en el artículo 68 de la Constitución de 1961, vigente para la fecha en que se dictó la recurrida, comporta que todo proceso (incluyendo el cautelar) debe contener como mínimo un trámite legal de primer grado de jurisdicción, configurado de tal manera que garantice a las partes todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del señalado derecho fundamental a la defensa en esa primera instancia. En este sentido, la jurisprudencia patria ha señalado que la plenitud de las garantías del debido proceso se ponen de resalto, no tanto en la posibilidad de ejercer los recursos que tienen las partes, sino más bien asegurando cabalmente en cada instancia el ejercicio real de una efectiva defensa.
>
> Admitir un resultado contrario al afirmado, esto es, sostener la validez constitucional de un proceso judicial cautelar que carezca de un trámite de contradicción en el primer grado de jurisdicción, en el cual la posibilidad de defensa del afectado por la decisión se circunscriba al mero ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación, excluyéndose en consecuencia la posibilidad de formular alegatos y pruebas en el primer grado de jurisdicción, sin duda que implicaría un menoscabo del contenido esencial del derecho a la defensa del afectado por la medida. (Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de julio de 1997, caso *Electrospace C.A. contra Banco del Orinoco*).

Según esto, dentro del proceso administrativo, no resulta constitucionalmente válido que luego de la concesión de las medidas cautelares, se niegue la posibilidad del afectado por la medida, de ejercer su derecho de la defensa dentro del primer grado de jurisdicción, relegando al afectado por tal decisión, a su participación en dicho proceso, al exclusivo recurso de apelación, cuando éste sea procedente.

En tal virtud, resulta procedente que ante la concesión de cualquier medida cautelar, incluida la de amparo constitucional, según lo dispuesto en el artículo 49, numeral 1 de

28. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo", *Revista de la Fundación Procuraduría* n° 22, 1999. pp. 34-36.

la Constitución, debe garantizarse al sujeto pasivo de la medida, el ejercicio de su derecho a la defensa, desde el primer grado de jurisdicción.

C. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En el marco de la vigente Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2523, de 4 de diciembre de 2001, caso *Cervecería Nacional*, al resolver una apelación de una acción autónoma de amparo contra sentencia cautelar, expresó lo siguiente:

> Ciertamente el artículo 932 del Código de Comercio prevé el recurso de apelación en un solo efecto, lo que implica que la medida podría, aun ejerciéndose dicho recurso, ser ejecutada; y por otra parte, también implica que cuando ésta sea decretada, la parte afectada resultaría imposibilitada de ejercer defensas y alegatos, ante el juez que la decreta, *viéndose privada del principio de la doble instancia, pues sólo podría ejercer defensas en la instancia superior, lo que constituiría una clara violación de los artículos 26 y 49 de la Constitución* ..., sobre todo si se toma en cuenta que, por mandato del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, en la segunda instancia, sólo son admisibles la prueba de instrumento público, posiciones juradas y el juramento decisorio.
>
> Así el uso del recurso de apelación, en este caso, podría no ser el medio idóneo, para satisfacer la pretensión deducida.
>
> Ahora bien, nada impedía a la parte contra la cual se decretó dicha medida, ejercer la oposición contemplada en los artículos 602 y 603 del Código de Procedimiento Civil, aunque se tratase de una medida preventiva dictada en sede mercantil, pues el artículo 26 de la Constitución, relativo a la tutela judicial efectiva, permite al justiciable hacer uso de los medios idóneos y eficaces para la defensa de sus derechos e intereses.

Esta última decisión ponía de manifiesto, la aparente existencia de un criterio consolidado de interpretación constitucional, respecto a como entender y aplicar la normativa, que de manera dispersa regula el procedimiento de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de garantizar el derecho a la defensa.

Es más, el mencionado fallo, permitía afirmar que la propia Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución, había acogido con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, la interpretación constitucional realizada por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia.

D. El cambio de criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Sin embargo, en menos de tres meses, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 312, de 20 de febrero de 2002, caso *Tulio Álvarez*, echó por tierra tal construcción constitucional, en la oportunidad de resolver un recurso de inconstitucionalidad directo, contra los artículos 1099 del Código de Comercio y 602 del Código de Procedimiento Civil, oportunidad en la cual expresó:

> Ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y lo había sido de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la defensa se viola cuando se priva a una parte de los medios procesales para la tutela de sus intereses o se les restringe de manera tal que éstos quedan desmejorados. Es evidente que en el presente caso no existe tal violación, toda vez que el propio artículo cuya inconstitucionalidad se denuncia prevé un medio de defensa efectivo: el recurso de apelación.

> Tal como se ha declarado repetidamente por la jurisprudencia, el derecho a la defensa no tiene una manera única de ser garantizado, sino que se deja a la ley la determinación de los medios a través de los cuales se asegurará. En el supuesto de las medidas cautelares previstas en el Código de Comercio, ha sido decisión del legislador que las mismas sean otorgadas a criterio del juzgador, luego de un análisis que efectúe con tal objeto según su prudencia, y que sean impugnadas únicamente a través de la apelación y no por un procedimiento de oposición ante el mismo juez que las acuerda.
>
> Esta opción es perfectamente cónsona con la naturaleza de las medidas cautelares. No debe olvidarse que ellas están justificadas por la urgencia de su concesión; de lo contrario, bien podría esperarse la solución del caso sin que se tenga que dictar, con carácter previo, medidas de protección. Tal urgencia incluso aconseja ordenarlas sin oír al afectado -y así ha sido aceptado en forma casi pacífica-, sin que ello le cause una lesión, ya que no son más que una medida provisional que no prejuzga el resultado del proceso y que tienen como única finalidad proteger al solicitante de la misma. Claro que, con posterioridad, la protección del afectado exige que se le permita exponer sus defensas, pero ello no tiene por qué ser a través de una incidencia de oposición ante el mismo juez, aunque de esa manera se hagan los procesos civiles ordinarios.
>
> En el caso del artículo 1.099 del Código de Comercio, el legislador consideró apropiado garantizar la defensa del afectado a través de un recurso de apelación, el cual tiene la misma finalidad que la oposición ante el juez que dictó la medida, con la única diferencia de que será conocido por un juez superior a aquél. Incluso, podría pensarse que en un sistema con tales características puede garantizarse aún más el interés particular, pues las alegaciones se harán ante un juez distinto al que decidió en primer término su procedencia, permitiéndose una segunda instancia en el conocimiento del asunto.
>
> No debe sorprender, por tanto, que el Código de Comercio haya previsto que el cuestionamiento al otorgamiento de la medida se haga únicamente por apelación -a un solo efecto-, y no ante el mismo juez que se ha pronunciado acerca de su procedencia y en atención a ello la ha dictado. Pudo el legislador haber establecido que el juez dictara la medida sin participación del afectado, pero que la oposición posterior se formulase ante el mismo juez, pero no lo hizo así, sin que ello pueda considerarse como un perjuicio al particular y una desmejora de su derecho a defenderse.

La Sala declaró conforme a la Constitución, el artículo 1099 del Código de Comercio e inaplicable el criterio de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, de 31 de julio de 1997, que declaró la derogatoria tácita del referido artículo. Adicionalmente establece los efectos de la sentencia hacia el futuro, ratifica la conformidad a la Constitución del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil y establece que "en los procesos en que se ordene una medida cautelar con base en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, el afectado podrá objetar la garantía presentada, aplicándose por analogía lo dispuesto en el artículo 589 *eiusdem*".

Según este último criterio, las vías judiciales para impugnar la decisión cautelar de amparo constitucional son aquellas previstas por el legislador, las cuales en la actualidad se concretan a la oposición de la decisión cautelar; la apelación contra dicha decisión y por último, a la acción autónoma de amparo constitucional contra sentencia cautelar. Es por tal razón, que de manera sucinta, se estudiarán cada una de ellas.

2. La oposición a la decisión cautelar

Tal como se señaló anteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 402, de 15 de marzo de 2001, en ponencia conjunta, caso *Marvin Enrique Sierra Velasco*, estableció el procedimiento para tramitar la pretensión

de amparo constitucional, que se presente con un recurso contencioso administrativo de anulación y al respecto señaló que "es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares", en razón de lo cual, una vez admitido el recurso contencioso administrativo, se debe emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto, dándole cumplimiento al propósito constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, de manera expedita.

La Sala de manera congruente con su afirmación y en búsqueda de lograr una uniformidad de los procedimientos a que se refiere el artículo 257 de la Constitución, establece que una vez notificada la decisión, se aplicará el procedimiento de las medidas cautelares, establecido en los artículos 602 al 606 el Código de Procedimiento Civil.

Esta decisión, goza de absoluta cobertura constitucional, pues el artículo 49, numeral 1 de la Constitución, garantiza el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso -principal o cautelar-, y parece ubicarse dentro de las tesis sostenidas por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en su sentencia 31 de julio de 1997, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de diciembre de 2000 y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 4 de diciembre de 2001, en las cuales se expresa que el derecho constitucional de la defensa, demanda que se garantice el mismo, desde el primer grado de jurisdicción y que la vía procesal idónea y efectiva, para ejercer la defensa en materia de medidas cautelares, es la oposición a las mismas, contemplada en el Código de Procedimiento Civil, ello sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio del recurso de apelación, para impugnar la decisión que pone fin al incidente cautelar en primera instancia, constituyendo en tal caso la apelación, el instrumento para el ejercicio del derecho a la defensa, en el segundo grado de jurisdicción.

3. La apelación contra la decisión cautelar

Corresponde comenzar recordando que el derecho al recurso o a la doble instancia no forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, salvo en el orden jurisdiccional penal, que viene impuesto por los tratados en materia de derechos humanos. En consecuencia, el establecimiento del derecho a los recursos o a la doble instancia es de la libre configuración del legislador, y solo en caso que éste los establezca, se incorporan al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva[29].

Se señaló que el derecho al recurso o a la doble instancia no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, porque el legislador puede disponer libremente su configuración sin afectar este derecho.

Esta afirmación se impone con independencia de las posiciones contradictorias, del Tribunal Supremo de Justicia que se analizaron en otra oportunidad[30].

Por ello, en esta ocasión, se citará un auto del Tribunal Supremo de España, de 30 de junio de 2000, en el cual se estableció lo siguiente[31]:

---

29. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Balance y Perspectivas de la Justicia Administrativa (Año y medio de la Constitución de 1999)", *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 461-463.

30. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., 465-471.

31. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid 2001, p. 311.

> La doctrina del Tribunal Constitucional sobre acceso a los recursos puede resumirse en los siguientes términos, siguiendo la STC 27/1995: El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1998 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos; que la regulación; en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983, FJ 3°), que el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única y múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos y que es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 294/1994) [...].

Este criterio resulta perfectamente aplicable al ordenamiento jurídico nacional, porque el artículo 49, numeral 1 de la Constitución, que regula el debido proceso a través del cual se alcanza el derecho a la tutela judicial efectiva, no reconoce el derecho al recurso o a la segunda instancia, sino que admite la existencia de las excepciones que contemplan la propia Constitución y la ley.

Tal situación es la que lleva a analizar si es admisible la apelación cautelar en todos los casos que el órgano jurisdiccional administrativo, conceda la tutela judicial cautelar y en especial, cuando conceda la medida cautelar de amparo constitucional.

Habiendo señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que el procedimiento para la tramitación de la medida cautelar de amparo constitucional, es el establecido para el resto de las medidas cautelares, en el Código de Procedimiento Civil, debe precisarse si dicho procedimiento contiene la regulación de la apelación y de la sustanciación de la segunda instancia.

Al respecto, el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil, señala:

> Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia de oirá apelación en un solo efecto.

Según esta norma, la sentencia que resuelva el incidente cautelar es apelable y tal impugnación, deberá ser oída por el sentenciador en un solo efecto, es decir, en efecto devolutivo; pero ni esta norma, ni ninguna otra, en el capítulo correspondiente del Código de Procedimiento Civil, establecen el lapso para ejercer la apelación, ni el procedimiento para la tramitación en la segunda instancia.

Ello conduce a aplicar, en cuanto al lapso y forma para la segunda instancia, lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es decir, una vez tramitado el proceso cautelar, la decisión de amparo constitucional cautelar puede ser impugnada, mediante el recurso ordinario de apelación, en el lapso establecido en el artículo 35 de la Ley citada, el cual expresa:

> Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oirá apelación en un solo efecto. Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días.

Según esto, tienen cualidad para apelar, tanto la parte afectada por la medida cautelar de amparo constitucional como el Ministerio Público. Además tienen cualidad para apelar, aquellos terceros que tengan interés inmediato en el proceso y que puedan resultar perjudicados por la sentencia, en razón de que pueda hacerse ejecutoria contra ellos mismos, porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore (artículos 297 y 370, ordinal 6 del Código de Procedimiento Civil).

En lo que respecta a la oportunidad de la apelación, debe señalarse que tienen un lapso de tres días siguientes a la publicación de la sentencia, en el caso que se haya dictado dentro del lapso establecido en el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil o dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión, en caso que la sentencia se haya dictado de forma extemporánea.

Una vez que haya sido presentada la apelación tempestivamente, el órgano jurisdiccional deberá oírla en un solo efecto, al día siguiente de que haya finalizado el lapso de apelación y posteriormente, deberá remitir de manera inmediata la copia certificada del expediente al órgano jurisdiccional superior.

Recibido el expediente en el tribunal a-quem, la secretaría dará cuenta, se designará el ponente y comenzará el lapso de 30 días para dictar sentencia. Durante dicho lapso, las partes, los terceros y el Ministerio Público podrán presentar sus alegatos y pruebas en la segunda instancia.

En este caso, la apelación constituye la vía judicial ordinaria para la impugnación de la sentencia cautelar de amparo constitucional y la decisión del órgano jurisdiccional en la segunda instancia, puede confirmar, revocar o modificar la tutela constitucional cautelar de amparo.

4. El amparo autónomo contra decisión cautelar

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, admitió la posibilidad de intentar un amparo constitucional autónomo contra la sentencia que concede una medida cautelar, que específicamente en el caso planteado, se trataba de una medida cautelar de amparo constitucional, concedida dentro de un proceso administrativo de anulación.

A. La procedencia del amparo autónomo contra decisión cautelar

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2183, de 7 de noviembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, al conocer de un amparo constitucional autónomo dictado contra una sentencia cautelar de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señaló:

> ... esta Sala observa que la decisión accionada, tal y como lo afirman los apoderados actores, no está sujeta al recurso de apelación, sino que tiene el trámite de la oposición como medio de impugnación, por tratarse lo decidido en ella de medidas cautelares decretadas a través de una solicitud de amparo cautelar formulada en un recurso contencioso administrativo de nulidad, a las cuales le son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que la regulan.
>
> Ahora bien, en el caso de autos, si bien se observa del fallo accionado que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo acordó abrir una pieza para el trámite de la oposición, no existe recaudo en autos del cual se evidencie que ésta haya sido ejercida por la parte accionante.

> De manera que dada la modalidad de la oposición, la cual no tiene efectos suspensivos, esta Sala estima que los apoderados actores tenían la posibilidad de escoger entre esa vía y la del amparo, máxime cuando del escrito libelar se desprende que las denuncias formuladas contra el fallo en el que se decretaron las medidas cautelares, consisten en lesiones a sus derechos constitucionales, los cuales fueron denunciados supra.

Siguiendo con los argumentos expuestos, expresa la Sala:

> Además, considera la Sala que lo relevante para que se admita el amparo es que la situación jurídica infringida no se haga irreparable, y por ello cuando el medio ordinario -como sería la oposición- no garantiza la sentencia a tiempo para impedir el daño, la vía del amparo está abierta, si la lesión proviene de supuestas infracciones constitucionales.

Esta decisión admite de manera resuelta, que la tramitación de la oposición a la medida cautelar de amparo, no garantiza el restablecimiento de las posibles violaciones de derechos constitucionales, por lo que, cuando se presente una presunta lesión de tales derechos, la vía judicial del amparo constitucional autónomo, resulta ser la adecuada para la impugnación de las medidas cautelares.

B. La competencia para conocer del amparo autónomo contra decisión cautelar

Tiempo después, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2723, de 18 de diciembre de 2001, caso *Tim International B.V.*, en la oportunidad de resolver sobre el fondo del amparo constitucional contra sentencia, resolvió respecto a su propia competencia lo siguiente:

> Las acciones de amparo incoadas conjuntamente con los procesos de nulidad son conocidas por los Tribunales competentes para la nulidad, es decir, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Tales tribunales, si son Superiores, son a su vez competentes para conocer las apelaciones y las consultas que se dicten en los amparos a tramitarse conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Consecuencia de lo anterior, es que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, sería la competente para conocer de las apelaciones y consultas de los amparos que sean dictados de manera cautelar por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.
>
> Siendo así, los amparos autónomos intentados por terceros contra las decisiones que se dicten en esos amparos conjuntos, lo lógico es que sean conocidos por los tribunales que pueden decidir las apelaciones y consultas, a fin que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias en ese tipo de amparos, y ello es razón suficiente para que esta Sala no sea competente para conocer los amparos autónomos de partes o terceros, interpuestos contra los fallos que se dicten en los amparos incoados conjuntamente con las acciones de nulidad de los actos administrativos.

Tal consideración condujo a la Sala a establecer que la competencia para conocer de los amparos autónomos que se intenten contra las sentencias cautelares de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

C. El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Político Administrativa

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 362, de 26 de febrero de 2002, caso *Tim International B.V.*, sostuvo que "...

como quiera que la Sala Constitucional cuenta con la facultad y el deber de velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas constitucionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución ..., esta Sala sigue el criterio señalado, por lo cual acepta la competencia que le fuera declinada en los términos anteriormente expuestos".

Es así, como la Sala Político Administrativa, luego de precisar que el presente asunto se trata de un amparo constitucional autónomo contra sentencia cautelar, con fundamento en lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, señala que la tramitación establecida en el caso *Marvin Sierra*, no resulta aplicable a la acción autónoma de amparo constitucional, razón por la cual señala:

> En ese caso, a juicio de la Sala, debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, todo con el fin de proteger el principio del contradictorio, esto es, el llamamiento del presunto agraviante y la confrontación exhaustiva de sus alegatos y pruebas con las del presunto agraviado.

Esta sentencia evidencia una contradicción en el propio fallo de la Sala Político Administrativa y un desconocimiento tanto de la Constitución, como de la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que estableció "la naturaleza vinculante de este fallo", y agrega, "no obstante que tal carácter lo adquiere la anterior doctrina desde la fecha de publicación de esta sentencia por la Sala, publíquese además en la Gaceta Oficial".

Considero que la sentencia contiene una contradicción, porque en efecto, la Sala Político Administrativa reconoce que la Sala Constitucional tiene "la facultad y el deber de velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas constitucionales" y no obstante tal reconocimiento, establece un procedimiento para la tramitación del amparo constitucional contra sentencia, que se aparta del previsto por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, el fallo implica un desconocimiento del artículo 335 de la Constitución, porque conforme a esta norma, las sentencias de la Sala Constitucional tienen carácter vinculante, incluso para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de las cuales se encuentra la Sala Político Administrativa, cuando constituyan una interpretación sobre el contenido o alcance de los principios y normas constitucionales.

D. El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Constitucional

La contradicción del fallo y el desconocimiento de la Constitución se producen, al establecer que el procedimiento para la tramitación del amparo constitucional contra sentencia, será el previsto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que es totalmente distinto del establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, en la cual se indicó lo siguiente:

> Cuando el amparo sea contra sentencias, las formalidades se simplificarán aún más y por un medio de comunicación escrita que deberá anexarse al expediente de la causa donde se emitió el fallo, inmediatamente a su recepción, se notificará al juez o encargado del Tribunal, así como a las partes en su domicilio procesal, de la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, en la que ellos manifestarán sus razones y argumentos respecto a la acción. Los amparos contra

sentencias se intentarán con copia certificada del fallo objeto de la acción, a menos que por la urgencia no pueda obtenerse a tiempo la copia certificada, caso en el cual se admitirán las copias previstas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, no obstante en la audiencia oral deberá presentarse copia auténtica de la sentencia.

Las partes del juicio donde se dictó el fallo impugnado podrán hacerse partes, en el proceso de amparo, antes y aún dentro de la audiencia pública, más no después, sin necesidad de probar su interés. Los terceros coadyuvantes deberán demostrar su interés legítimo y directo para intervenir en los procesos de amparo de cualquier clase antes de la audiencia pública.

La falta de comparencia del Juez que dicte el fallo impugnado o de quien esté a cargo del Tribunal, no significará aceptación de los hechos, y el órgano que conoce del amparo, examinará la decisión impugnada.

Debe señalarse que, conforme al criterio establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es posible impugnar la decisión cautelar de amparo constitucional, mediante una acción autónoma de amparo constitucional, cuando la ejecución de la medida cautelar constituya una violación o amenaza de violación de derechos constitucionales, en cuyo caso el órgano jurisdiccional competente será aquél al que correspondería conocer de la apelación o consulta cautelar.

En tanto que, según el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el procedimiento para la tramitación de la acción autónoma de amparo constitucional contra decisión judicial cautelar, no será el establecido con carácter vinculante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, por la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, de la Sala Constitucional, sino el previsto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

E. El procedimiento aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar

Ante esta dualidad de procedimientos establecidos por el Tribunal Supremo de Justicia, respecto a la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 867, de 23 de abril de 2002, ha seguido el criterio establecido con carácter vinculante, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 7, de 1 de febrero de 2000, trascrita parcialmente en el punto pertinente, en el subepígrafe anterior.

XII. LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL

El derecho a la tutela judicial efectiva solo se alcanza cuando se cumple el contenido del mandato de la sentencia, es por ello, que el reconocimiento del derecho no se satisface, si no se cumple lo dispuesto en el fallo, en sus propios términos.

Ahora bien, la ejecución del fallo se puede materializar por dos vías: una porque el perdidoso cumpla voluntariamente lo dispuesto en la sentencia (artículo 131 de la Constitución); en tanto, que si el obligado se resiste, omite cumplir o simplemente ignora lo dispuesto en la sentencia, el beneficiario del fallo debe solicitar al órgano jurisdiccional, el empleo de los medios adecuados y necesarios establecidos en el ordenamiento jurídi-

co para ejecutar la decisión, en contra de la voluntad del obligado contumaz, incluso mediante el uso de la fuerza pública (artículo 253 de la Constitución).

Esta ejecución del fallo implica, no solamente que se reconozca el derecho del accionante, sino que efectivamente sea repuesto o restablecido su derecho y que incluso, en aquellos casos que proceda, se conceda una compensación económica justa, por el daño experimentado.

Es por tal razón, que se señala que la ejecución del fallo tiene una naturaleza bifronte, pues constituye un derecho de las personas y una obligación de carácter prestacional, para el Estado.

Se afirma que la ejecución de la medida cautelar constituye un derecho, porque la misma forma parte de unos de los elementos que conforman el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución y como tal, debe ser garantizado y respetado por los órganos del Poder Público.

Entre tanto, la ejecución de la medida cautelar constituye una obligación del Estado, que se realiza a través de la potestad de juzgar y ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, tal como lo reconoce el artículo 253 de la Constitución, en virtud de lo cual, deberá realizar todos los actos idóneos y necesarios, para garantizar la efectividad de la justicia.

Por ello, bajo la vigencia de la Constitución de 1999, no puede seguirse justificando, -como tampoco era admisible durante la Constitución de 1961-, ese histórico agravio al Estado de Derecho, que ha significado no permitir que algunos órganos jurisdiccionales hagan ejecutar lo juzgado, frente a los otros Poderes Públicos.

En la actualidad, todos los tribunales, independientemente del orden jurisdiccional al cual pertenezcan, gozan de plena potestad para sentenciar y hacer ejecutar lo juzgado, incluso mediante el uso de la fuerza pública, si fuere necesario.

Por supuesto, que tal potestad no pasaría de ser una declaración de principios o de buena voluntad, si efectivamente los jueces no hacen prevalecer la autonomía e independencia que les reconoce la Constitución, en el ejercicio de sus funciones, frente a los demás Poderes Públicos. Para lograrlo los órganos jurisdiccionales cuentan con la posibilidad de dictar toda clase de órdenes o mandatos, idóneos, adecuados, proporcionales y necesarios para hacer cumplir lo dispuesto en sus fallos, sean éstos de naturaleza cautelar o definitiva[32].

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia 67, de 7 de junio de 1984, estableció lo siguiente[33]:

> La ejecución de las sentencias -en sí misma considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución -art. 1-, que se refleja, dentro del propio Título Preliminar, en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, cuya efectividad -en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial -arts. 117 y siguientes de la Constitución-, que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el artículo 118 de la Constitución establezca que "es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes por los Jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y

32. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Nueva Revolución en Francia. La posibilidad de dictar órdenes de ejecución contra la Administración" en *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1997, pp. 183-202.

33. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas. Madrid. 2001. p. 341.

en la ejecución del mismo". Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes.

El artículo 24.1. de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva -que comprende el de ejecución de las sentencias, según hemos indicado- viene así a configurarse como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico.

Establecidas estas premisas, resulta oportuno analizar la potestad del órgano jurisdiccional para hacer ejecutar la medida cautelar de amparo constitucional, para lo cual se comentará un caso reciente, planteado en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

1. La sentencia cautelar de amparo constitucional

La sociedad mercantil Panamco de Venezuela S.A., interpuso recurso contencioso administrativo de anulación con pretensión cautelar de amparo constitucional y subsidiariamente, solicitó la suspensión de la ejecución de la resolución N° 065, de 5 de febrero de 2002, de la Dirección de la Inspectoría Nacional de Asuntos Colectivos del Trabajo del Sector Privado, como la suspensión del procedimiento administrativo de conflictivo colectivo, invocando la violación del debido proceso, el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, a la información, libre acceso al expediente y a la libertad económica.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 206, de 8 de febrero de 2002, luego de declarar su competencia, admitió el recurso contencioso administrativo de anulación y se pronunció sobre la pretensión cautelar de amparo en los siguientes términos:

Estima esta Corte que la aceptación que del Pliego de peticiones realiza el órgano accionado, envuelve implícitamente un reconocimiento sobre la condición jurídica de trabajadores que rodea a los representados del Sindicato con la empresa accionante. Tal reconocimiento constituye un prejuzgamiento con efectos jurídicos referentes a una relación laboral, que no ha sido debatida y que en todo caso formarán parte de otro procedimiento cuya competencia escaparía de esta Jurisdicción.

Siendo ello así, considera esta Corte que tal situación vulnera el derecho a la defensa, debido proceso y a la libertad económica de la empresa accionante, dado que tal Resolución Administrativa implica el cese de la actividad comercial entre la empresa PANAMCO S.A. y los Concesionarios, toda vez que dicha Resolución genera la apariencia de que está transcurriendo el lapso de ciento veinte (120) horas para la suspensión de las actividades comerciales, lo cual origina pérdidas económicas a la empresa presuntamente agraviada.

Ahora bien, respecto a la presunta violación al debido proceso y a la defensa, este órgano jurisdiccional observa que, el procedimiento administrativo sometido a la revisión de esta Corte, presuntamente viola tales derechos, puesto que al dictarse la Resolución impugnada se dan aparentemente como ciertos los hechos expuestos por el referido Sindicato, sin dar oportunidad a la empresa accionante a realizar actuación que permita su participación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, estima la Corte que en el presente caso existe presunción de violación de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la libertad económica de la recurrente, por tanto, resultaría inoficioso entrar a pronunciarse sobre las otras denuncias de violaciones constitucionales y así se decide.

Constatada la apariencia de buen derecho y reconocido el peligro en la mora, la Corte establece que se han cumplidos los requisitos para la procedencia de la medida cautelar y en consecuencia concede la protección constitucional cautelar.

2. La pretensión de ejecución de la sentencia cautelar

Posteriormente, el día 14 de febrero de 2002, la autoridad administrativa notificó a la empresa recurrente, la resolución N° 076, mediante la cual declaró terminado el procedimiento administrativo de conflicto y en esa misma fecha, mediante resolución N° 078, de 14 de febrero de 2002, reedita, reproduce o repite la resolución N° 065, que había sido suspendida por la Corte.

Tal situación condujo a que la empresa recurrente solicitase el día 15 de febrero de 2002, que se declarase con lugar la "pretensión de ejecución de la sentencia 206 del 8 de febrero del presente año y que en consecuencia, se ordene la extensión de la medida cautelar de suspensión de la ejecución contra la Resolución N° 078 del 14 del presente mes y año, es decir, la suspensión de la referida resolución y del procedimiento administrativo, hasta tanto se dicte sentencia definitiva".

3. La reedición del acto administrativo cautelarmente suspendido

Ello así, con base en la pretensión de ejecución cautelar, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 368, de 27 de febrero de 2002, efectúa las siguientes consideraciones:

> ... la figura de la reedición de un acto administrativo, se cristaliza cuando emerge en la esfera jurídica del administrado, un nuevo acto idéntico en su contenido y finalidad, a otro precedente que hubiese sido objeto de algún tipo de impugnación, ya sea por inconstitucionalidad, ilegalidad u otro tipo de vicio, que cause la inmediata suspensión de los efectos del mismo.
>
> Desde el ángulo de la administración, la reedición del acto se proyecta como un vicio de su actuar, ubicable dentro de la esfera de la desviación de poder, a través del cual se dicta un nuevo acto por una autoridad pública que se presenta igual en su contenido y finalidad a uno que ha sido precedentemente dictado por la misma autoridad o por otra, de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de la decisión originaria, cuando han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente.
>
> De esta forma, es posible afirmar que las características de forma y de fondo de este nuevo acto reeditado, serán las mismas que constituyeron el acto previo, y que al igual que éste, modificará la esfera jurídica de derechos y deberes de los administrados, causando las mismas consecuencias jurídicas que ya habrían sido objeto de control jurisdiccional.
>
> El acto administrativo para considerarlo como un acto reeditado, no sólo deberá ser originario del mismo órgano administrativo, sino que deberá versar sobre el mismo objeto, sujeto y causa, produciendo de esta forma los mismos efectos.
>
> En este orden de ideas, se observa entonces, que el acto reeditado produce las siguientes consecuencias:
>
> a.- El procedimiento incoado contra el primer acto se extenderá al segundo, por lo que deberán ser considerados como objetos plurales de la impugnación originaria. De allí que no se tratará de un nuevo objeto o causa petendi sobrevenida, sino de la indebida e inusual prolongación del mismo acto inicial. Siendo esto así, el Juez podrá extender su examen no sólo sobre el primer acto impugnado, sino también, sobre el acto que se califique como reeditado;

b.- La extinción del primer acto, bien por revocatoria, anulación o modificación sustancial, no puede llevar a la declaratoria de que "no hay materia sobre la cual decidir" en el recurso de nulidad, porque el mismo considera, sobreviene en el acto reeditado; y,

c.- Una vez constada la reedición, es decir, la identidad entre los actos, la medida cautelar que fuera acordada o solicitada respecto al primero, se trasladará al segundo.

Señalado lo anterior, la Corte establece: 1) que las dos resoluciones emanan del mismo órgano; 2) que el segundo acto ratifica el contenido del primero; 3) que van dirigidos al mismo sujeto; 4) que ambos actos administrativos de distinta fecha e identificación, generan los mismos efectos; razón por la cual concluye, que en el caso bajo análisis, se produjo la reedición del acto que constituyó el objeto sobre el cual recayó la protección cautelar de amparo constitucional.

Agrega la Corte que, constituye un límite a la potestad de autotutela de la Administración, la prohibición de innovar, cuando haya sido sometido al control jurisdiccional de la ejecutividad el acto o incluso éste haya sido suspendido, pues en tal caso, la autoridad administrativa deberá esperar las resultas del proceso, antes de pronunciarse nuevamente sobre el mismo asunto[34].

Admitir lo contrario, constituye un atentado contra el equilibrio que debe existir entre la Administración y el control jurisdiccional que sobre ella se realiza, por mandato constitucional, lo que haría inoficiosa la actividad de los órganos jurisdiccionales, destinada a verificar y controlar la legalidad de la actuación administrativa.

4. La extensión de la sentencia cautelar de suspensión en vía de ejecución

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir, que resulta procedente la pretensión de ejecución de la sentencia y en consecuencia establece:

Se extienden totalmente los efectos del amparo constitucional cautelar acordado por esta Corte, en su decisión número 206-2002, de fecha 8 de febrero de 2002, a la resolución número 078; y *se deja temporalmente sin efecto* y sólo mientras dure la tramitación del juicio de nulidad que de manera conjunta con el amparo cautelar fue interpuesto ante esta Corte, en fecha 8 de febrero de 2002, dictada por la Dirección de Inspectoría Nacional y Otros Asuntos Colectivos del Trabajo del Sector Privado. Por todo ello se considerará el recurso de nulidad interpuesto como constituido por la totalidad de las resoluciones impugnadas, aun cuando no lo fueron en forma simultánea, sino sucesiva en el tiempo, debido justamente a que constituyeron una secuencia de actuaciones de la Administración sobre idénticos supuestos y sujetos, tal y como se explicó en la parte motiva de este fallo.

El texto de la sentencia analizada permite advertir la posición de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, desde un triple aspecto:

1. Respecto al objeto de la impugnación, que se está en presencia de un acto reeditado, es decir, que ha sido dictado por la misma autoridad que dictó el acto suspendido; que el acto repetido o reproducido contiene en esencia el acto suspendido; que se mantienen las causas que justificaron la adopción de la decisión cautelar; que la protección

34. CHINCHILLA MARÍN, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, pp. 162; CALONGE VELÁZQUEZ, A., "Primera Decisión Jurisprudencial sobre Medidas Cautelares "Provisionalísimas". Un Paso más en la Crisis de la Ejecutividad de los Actos Administrativos". *Poder Judicial*, n° 33, 1994. p. 469; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "La Ejecución de las Resoluciones Administrativas de Multas Impuestas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 116 de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000, pp. 57-59.

cautelar del acto repetido sea solicitada por una de las partes del proceso pendiente y que en éste no se ha dictado sentencia definitiva.

2. Ello lleva a señalar, que la pretensión de anulación planteada en el recurso contencioso administrativo, comprenderá tanto el acto original como el acto reeditado, constituyendo así el objeto de la impugnación, la totalidad de los actos administrativos, aun cuando no lo fueron en forma simultánea, sino sucesiva en el tiempo.

3. Finalmente, considera procedente la extensión de la decisión cautelar de amparo constitucional a un acto que ha sido reeditado, con el objeto de evadir la suspensión cautelar.

XIII. LAS COSTAS EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

En lo atinente a las costas dentro del proceso de amparo, debe señalarse que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el artículo 33 establece:

> Cuando se trate de quejas contra particulares, se impondrán las costas al vencido, quedando a salvo las acciones a que pudiere haber lugar.
>
> No habrá imposición de costas cuando los efectos del acto u omisión hubiesen cesado antes de abrirse la averiguación. El Juez podrá exonerar de costas a quien intentare el amparo constitucional por fundado temor de violación o de amenaza, o cuando la solicitud no haya sido temeraria.

Si bien la norma hace expresa mención a las costas, en los procesos de amparo contra los particulares, no contiene ninguna referencia a las costas en los procesos de amparo contra los entes u órganos públicos, lo que ha llevado a aceptar tradicionalmente de manera acrítica, que no proceden las costas en los procesos de amparo donde se encuentren involucrados los órganos o entes públicos.

1. Las costas a favor de los órganos y entes públicos

Posteriormente, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece varias disposiciones que reconocen privilegios procesales en aquellos procesos en que intervenga la República. En tal sentido el artículo 8 establece expresamente:

> Las normas de este Decreto Ley son de orden público y se aplican con preferencia a otras leyes.

En tanto, el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señala:

> Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República.

Igualmente, el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al regular los institutos autónomos, indica:

> Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios.

La interpretación armónica de los artículos 8 y 63 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en concordancia con el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, implica que tanto los órganos de la República como los entes públicos, conocidos como institutos autónomos, tienen los privilegios y prerrogativas procesales, -que no son extensibles a los demás ente públicos-, que les otorga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Según esto, el artículo 88 de la misma Ley señala:

> En los juicios en que haya recaído sentencia definitiva a favor de la República, el Procurador o Procuradora General de la República, o quien actúe en su nombre, debe estimar el valor de las respectivas actuaciones, de conformidad con lo establecido en la Ley de Abogados, a los efectos de la respectiva condenatoria en costas.

En consecuencia, gozando los institutos autónomos de los mismos privilegios y prerrogativas de la República, debe admitirse que cuando recaiga una sentencia definitiva a favor de la República o de los institutos autónomos, sus representantes legales deben estimar el valor de las actuaciones realizadas durante el proceso, a los fines de la determinación de la condenatoria en costas.

Como la Ley no hace ninguna distinción en qué tipo de proceso proceden las costas a favor de la República o de los institutos autónomos, tal distinción no debe ser efectuada por el operador jurídico, en razón de lo cual, la condenatoria en costas a favor de la República y de los institutos autónomos procede en todos los procesos administrativos, procesos de amparo constitucional autónomos y cautelares, en los cuales éstos resulten vencedores por sentencia definitiva.

Las costas deben ser depositadas a favor de la República o de los institutos autónomos, en las oficinas del tesoro nacional.

2. Las costas a favor de los particulares

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de República, en el artículo 74 establece:

> La República no puede ser condenada en costas, aún cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos.

Esta norma, que tiene su antecedente directo en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1964, fue impugnado por presentar visos de inconstitucionalidad, al contrariar -en criterio de los recurrentes-, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. El asunto se encuentra pendiente de decisión en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin ánimo de entrar a terciar en esa discusión, debe mencionarse que el artículo 327 del Código Orgánico Tributario, establece que:

> Declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso, o en los casos en que la Administración Tributaria intente el juicio ejecutivo, el tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, en un monto que no excederá del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o de la acción que de lugar al juicio ejecutivo, según corresponda. Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el tribunal fijará prudencialmente las costas.
>
> Cuando a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme, será condenada en costas en los términos previstos en este artículo. Asimismo, dichas sentencias indicarán la reparación de los daños que sufran los interesados, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Tributaria.

> Los intereses son independientes de las costas, pero ellos no correrán durante el tiempo en el que el juicio esté paralizado.
>
> *Parágrafo Único*: El Tribunal podrá eximir del pago de costas, cuando a su juicio la parte perdidosa haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de estos motivos en la sentencia.

Tal como se puede apreciar de una simple lectura del artículo trascrito, la Administración Tributaria puede ser condenada en costas, en aquellos casos que resulte totalmente vencida en juicio, mientras que los demás órganos de la República, supuestamente no pueden ser condenados en costas, aún cuando sí pueden percibir las costas de aquellos procesos donde resulten vencedores, mediante sentencia definitiva, por disposición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Lo anterior lleva a considerar, que resulta absolutamente contrario a los principios de igualdad jurídica, reconocidos en el artículo 21 de la Constitución y de equidad, que debe caracterizar la administración de justicia, conforme al artículo 26 de la Constitución, que se exonere de costas a los órganos de la República cuando resulten totalmente vencidos en cualquier proceso; en tanto, que de resultar vencedora la República, entonces sí se convertirá en acreedora de las costas contra los particulares.

Por tal razón, los órganos jurisdiccionales al momento de dictar sentencia, deben desaplicar el artículo 74 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por virtud del mandato establecido en el artículo 334 de la Constitución y en consecuencia, proceder a condenar en costas a los órganos de la República, cuando éstos sean vencidos en juicio por sentencia definitiva, por los particulares; así como también deben condenar en costas a los particulares, cuando sean vencidos por sentencia definitiva, en procesos en los que resulte victoriosa la República o los institutos autónomos.

XIV. CONSIDERACIONES FINALES

La entrada en vigencia de la Constitución de 1999 ha supuesto una ardua y difícil labor para el operador jurídico, quien luego de la respectiva lectura e interpretación de los postulados del Estado de Derecho y de Justicia, que proclama el artículo 2 de la Constitución y que desarrollan y complementan los artículos 26, 27, 28 y 49 de la misma, lo han llevado a realizar una adaptación del ordenamiento jurídico a la norma suprema.

Estas normas constitucionales procesales han permitido confirmar las sentencias que se constituyeron en líderes, reinterpretar y ajustar algunos principios, así como corregir algunos criterios que habían desarrollado los órganos jurisdiccionales, en materia de amparo constitucional cautelar.

La proyectada reforma del orden jurisdiccional administrativo, amplía el espectro de medidas cautelares que pueden ser solicitadas y concedidas, sin hacer alusión al amparo constitucional cautelar, lo que no significa que la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, queden sin protección cautelar; sino que la misma, se garantiza a través de la vía procesal cautelar ordinaria, establecida en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El estudio sobre la tutela cautelar en la proyectada reforma del proceso administrativo, requiere un detenido y minucioso análisis que será abordado en otra oportunidad. Ahora, solo resta finalizar, haciendo votos para que el legislador cumpla con la Consti-

tución y sancione a la mayor brevedad posible la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que destierre para siempre la idea de que "el proceso es aquel instrumento en el cual se manifiestan todas las deficiencias e impotencias del derecho"[35] y que permita afirmar, que el proceso administrativo logra garantizar la plena efectividad de la Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLA, V., "La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* Tomo II, Civitas, Madrid 1993.

ARAUJO JUÁREZ, J., *Principios Generales de Derecho Procesal Administrativo,* Vadell Hermanos Editores, Caracas 1996.

Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.

AYALA CORAO, C., "La Competencia Judicial en el Amparo Constitucional, con especial referencia a la Administración Pública", *Revista de Derecho Público* N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

AYALA CORAO, C., y BREWER-CARÍAS, A., *La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

BACIGALUPO, M., *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Marcial Pons, Madrid 1999.

BREWER-CARÍAS, A., *El Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., "Primera Decisión Jurisprudencial sobre Medidas Cautelares "Provisionalísimas". Un Paso más en la Crisis de la Ejecutividad de los Actos Administrativos", *Poder Judicial* N° 33, 1994.

CANOVA GONZÁLEZ, A., "Análisis Crítico del Amparo en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 10, Caracas 1994.

CALAMANDREI, P., *Providencias Cautelares,* Trad. Santiago SENTÍS MELENDO, Depalma, Buenos Aires 1984.

CARNELUTTI, F., *Las Miserias del Proceso Penal,* Trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires 1959.

CHAVERO, R., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1991.

"El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales", *Revista de Administración Pública* N° 131, C.E.C, Madrid 1993.

35. CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*. Trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago, Buenos Aires 1959, p. 136.

CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* I, Napoli 1933.

COMBELLAS, R., *Estado de Derecho. Crisis y Renovación,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial,* Tomo I, 5ª ed., Bogotá 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español,* Civitas, Madrid 1992.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario" en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* Tomo II, Civitas, Madrid 1993

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Tomo II, Civitas, 3ª ed., 2ª reimpresión, Madrid 1999.

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Civitas, 3ª ed., Madrid 2001.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional,* Vadell Hermanos Editores. Caracas 1997.

La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas 1998.

"Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo", *Revista de la Fundación Procuraduría* N° 22, Caracas 1999.

"La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Revista de Derecho* N° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2000.

"La Ejecución de las Resoluciones Administrativas de Multas Impuestas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116, de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000.

"Balance y Perspectivas de la Justicia Administrativa (Año y medio de la Constitución de 1999)", *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001.

LINARES BENZO, G., "El Amparo y las Medidas Cautelares", *Revista de Derecho Público* N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

El Proceso de Amparo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

ORTIZ ÁLVAREZ, L., *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo,* Editorial Sherwood, Caracas 1998.

RAMÍREZ LANDAETA, B., *Interpretación Jurisprudencial de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,* Funeda, Caracas 1996.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 100, Civitas, Madrid 1999.

RONDÓN, H., *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos,* Editorial Arte, Caracas 1994.

SANZ GANDASEGUI, F., "¿Medidas Provisionalísimas en el Proceso Contencioso-Administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)", *RAP* N° 138, C.E.C., 1995.

TINEO FIGUEROA, L., "El Amparo contra Actos Administrativos de Efectos Particulares en el Derecho Venezolano. La Protección Jurídica del Ciudadano", *Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, Civitas, Madrid 1993.

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL

Alejandro Carrillo Castro
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública
México

Cada vez que se inicia una campaña presidencial en México los candidatos a la primera magistratura ofrecen que, si son electos, *acabarán con el burocratismo y la corrupción en las oficinas gubernamentales*. Nada más seguro para arrancar aplausos y elogios de los futuros votantes que criticar *la inaceptable lentitud de los trámites en las oficinas públicas*, el *exceso de papeleo burocrático, el asfixiante centralismo que priva en la administración pública* y *la aberrante obsolescencia de los métodos empleados por la burocracia tradicional*, por sólo mencionar las frases que más se utilizan al respecto.

Ya desde mediados del siglo XIX, Benito Juárez anunció la necesidad de llevar a cabo una *revolución administrativa*, que habría de *coronar la reforma política y social* anunciada a la Nación por su gobierno. Por su parte, los gobiernos emanados de la Revolución Mexicana, desde la segunda década del siglo pasado se propusieron igualmente combatir *los vicios burocráticos* que imperaron durante los tres decenios del llamado *Porfiriato*. Venustiano Carranza fue el primero en establecer, en 1917, el Departamento Administrativo de Contraloría con el propósito de "estudiar la organización, procedimientos y gastos de las dependencias, para incrementar la economía y eficiencia de los servicios y elevar recomendaciones al Presidente de la República".

Podría decirse que, desde entonces, casi no ha habido campaña presidencial en la cual no se haya mencionado la necesidad y el compromiso de *acabar con la inaceptable lentitud del aparato burocrático del gobierno*, así como de *combatir la corrupción administrativa a que aquélla da lugar necesariamente*. Y así, cada sexenio, se ha anunciado una *reforma administrativa, la modernización del aparato público*, la *reorganización de la administración pública*, *la reestructuración administrativa* del gobierno, *la simplificación de trámites*, *la descentralización o la desconcentración de las funciones públicas*, *la desregulación gubernamental*, *la búsqueda de la excelencia administrativa* y, a últimas fechas, *la incorporación de muchas de las prácticas gerenciales que se emplean en la empresa privada*, todo ello bajo el rubro genérico de *innovación gubernamental*.

Ante el aparente fracaso de muchos de estos intentos en épocas pasadas cabría preguntarse si todos estos ofrecimientos han sido siempre meras promesas demagógicas, formuladas tan sólo para obtener el apoyo popular durante las campañas políticas. O cabe la posibilidad que muchos de estos fracasos se deban a causas de muy diverso tipo que generalmente impiden que dichos ofrecimientos, formulados sin duda casi siempre de buena fe, se lleven a la práctica en el tiempo y la forma en que fueron anunciados.

El análisis que aquí habrá de desarrollarse parte de la última de dichas hipótesis. En México, al igual que en muchos países que seguimos la tradición jurídica del derecho administrativo francés -que a su vez se origina en los principios del derecho romano-

los órganos del gobierno y los funcionarios públicos que temporalmente los tienen a su cargo, están facultados para realizar *solo aquello que expresamente mencionan las normas jurídicas que regulan su funcionamiento*. Todo lo demás les está también *expresamente prohibido*. En cambio, las actividades que realizan las empresas privadas y quienes en ellas trabajan se rigen por un principio jurídico totalmente distinto, que les autoriza a realizar sin problemas *todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la ley*.

En principio esta distinción operativa y jurídica se antoja lógica y deseable. Pues se parte de la idea de que todo gobierno debe tener muy claramente señalados los límites de su actividad, para evitar que se cometan excesos en perjuicio de la sociedad o en violación a los derechos humanos de sus integrantes. Por ello debe procurarse que, quienes se desempeñan como funcionarios públicos y, como tales, disponen de la autoridad y el poder legales para imponer a los miembros de la sociedad sus decisiones administrativas, no utilicen dicha autoridad y poder legales para cometer injusticias o para obtener inaceptables beneficios personales o de grupo.

Sin embargo, en la práctica, este sistema de *derecho escrito* y de *facultades expresas*, como recientemente lo ha recordado el Dr. Diego Valadés, Director del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM[1], ocasiona que "los márgenes de innovación a través de los agentes políticos (sean) más estrechos que los sistemas consuetudinarios", como el británico y el norteamericano. Dicho en términos menos elegantes, cuando un funcionario de una empresa privada consigue un mejor resultado en su trabajo por haber eliminado alguno de los pasos que considera innecesarios para cumplir con un trámite interno de su compañía, o consigue implantar un nuevo procedimiento que le permite brindar un mejor servicio a *la clientela* de su empresa, generalmente se hace acreedor a un reconocimiento de sus jefes, es puesto de modelo ante los demás empleados, se le otorga un premio en efectivo y a veces hasta consigue un ascenso en su compañía.

En cambio, en el caso de la administración pública, aquel servidor público que *por sus pistolas* decide eliminar un trámite o simplificar un procedimiento de los que están establecidos en los instructivos o manuales de procedimientos aprobados previamente por la autoridad correspondiente (y que normalmente padecen de gran obsolescencia por la dificultad de mantenerlos adecuadamente actualizados), corre el riesgo de ser sancionado legalmente, por no haberse ajustado a aquello que *expresamente está señalado en la norma*. Y en estos casos, la sanción puede consistir no sólo en una observación de sus superiores jerárquicos, sino en una multa, la destitución, o la inhabilitación para que pueda trabajar en cualquier otro cargo de la administración pública, e incluso puede ser enviado a la cárcel.

Estas son algunas de las *estrecheces* a las que elegantemente hace referencia don Diego Valadés, por lo que toca a *los márgenes de innovación* dentro de los cuales suelen operar *los agentes políticos* en un sistema de administración pública como el nuestro. Y en ello radica, a mi entender, una de las principales causas por las cuales resulta muy difícil, la adopción indiscriminada y automática de la manera en que operan los gerentes y empleados de una empresa privada en el ámbito de la administración pública, por lo menos en un sistema jurídico como el que existe hasta hoy en México.

Para ejemplificar la dificultad de trasladar *en automático* los métodos gerenciales de la empresa privada a las organizaciones gubernamentales hemos seleccionado dos de las cuatro o cinco fases en las que tradicionalmente se divide conceptualmente cualquier proceso administrativo, ya sea público o privado. Estas dos fases son las de la planeación y el control. Grosso modo podría definirse a la planeación como el proceso de an-

ticipación del curso de acción a seguir, lo que los franceses llaman plan o *rol* de actividades, contra el cual es posible verificar lo que realmente se ha podido realizar en la práctica. A este proceso de verificación se le conoce generalmente como *el contra-rol* o *control*. Esta compulsa contra una *lista de verificación*, -a la que en inglés se denomina *check list*-, permite evaluar qué tanto se consiguió realizar de lo que se tenía originalmente *planeado*, para así poder tomar las acciones correctivas que permitan obtener los resultados originalmente previstos.

La hipótesis que aquí habrá de utilizarse es que estos dos procesos administrativos, la planeación y el control, son infinitamente más complicados en el caso de la administración pública que en el de las empresas privadas. Y no estoy refiriéndome al momento de su concepción intelectual, pues es obvio que tan racionales aparecen estos conceptos a los ojos de un funcionario público como a los de un gerente empresarial. Estoy refiriéndome más bien a las modalidades que su aplicación requiere en uno y otro ámbitos de actividad operativa.

En la empresa privada la adopción de un eficaz y actualizado sistema de planeación o de control administrativo depende casi siempre de la decisión del Gerente General, o cuando mucho de la aprobación previa de los integrantes del Consejo Directivo de la empresa en cuestión. Con frecuencia estas personas suelen estar atentas a las innovaciones gerenciales y tecnológicas de punta que surgen a cada momento en el ámbito de la economía de mercado o son aplicadas exitosamente por las empresas competidoras. En cambio, en el entorno en que se desempeñan la mayoría de los órganos que integran la *administración pública*, dichos métodos operativos tienen que ser establecidos en una ley aprobada por el órgano legislativo, o deben ser emitidos por el titular de la dependencia del Ejecutivo o de la entidad paraestatal, en cumplimiento de las normas o procedimientos básicos que se señalan en la ley general correspondiente.

Considero innecesario advertir que, en un estado federal como el nuestro, no es frecuente la actualización de las leyes generales que rigen los procesos de planeación y programación de las dependencias y entidades de la administración pública. Por ello, muchas de dichas normas pronto se vuelvan obsoletas e inadecuadas para operar en la realidad con la eficacia y eficiencia con la que fuera de desearse. Y, por lo mismo, con frecuencia dejan de cumplirse en la práctica, aplicando el *obedézcase pero no se cumpla* heredado de la época virreinal.

Así ocurrió con la primera Ley de Planificación que se aprobó en México a principios de los años treinta, durante el gobierno del Ing. Pascual Ortiz Rubio, más orientada a la elaboración de *planos* de regulación territorial que a la fijación de objetivos y metas de carácter operativo. Otro tanto aconteció con el Primer Plan Sexenal, aprobado por el PNR para enmarcar la gestión del Gral. Lázaro Cárdenas, al cual se le tachó en esa época de *sovietizante*, por emplear conceptos similares a los que entonces utilizaba la Unión Soviética en la elaboración de sus llamados *Planes Quinquenales*.

No fue sino hasta la década de los cincuentas que la ONU empezó a recomendar a sus países miembros la utilización de la *Planeación Indicativa* o *democrática*, que empezaba a operar con éxito en algunos países del norte de Europa. Sin embargo en México, a virtud de la vigencia de la llamada *guerra fría*, fue hasta finales de los años setenta que se intentó la elaboración de planes y programas para la administración pública en su conjunto, como parte del programa de *reforma administrativa* que, durante su sexenio, se propuso llevar a efecto el Lic. José López Portillo. Pero las dificultades que toda innovación administrativa conlleva en el ámbito gubernamental hicieron que los *planes y programas* correspondientes al nivel *institucional* y al *sectorial* estuvieran terminados

antes que el *plan global de desarrollo* que debería servirles de marco de referencia. Se requirieron tres cambios de titular en la recién establecida Secretaría de Programación y Presupuesto para que dicho Plan Global quedase finalmente concluido. Sin duda el hecho de que el último de ellos, el Lic. Miguel de la Madrid, fuese quien finalmente consiguiera elaborar dicho instrumento programático, fue tomado en cuenta para que éste fuese nominado candidato del PRI para el siguiente proceso electoral.

Durante su sexenio, el Presidente de la Madrid promovió las reformas constitucionales que institucionalizaron "un Sistema Nacional de Planificación Democrática del Desarrollo Nacional", tal y como actualmente aparece en el Artículo 26 de nuestra Carta Magna. De esta norma se deriva la Ley de Planeación la cual, entre otras cosas, ordena los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y la definición de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales en los cuales participa la Administración Pública Federal. A partir del gobierno de Ernesto Zedillo el cumplimiento de esta obligación se ha convertido cada vez más en un mero formalismo. El más reciente Plan Nacional de Desarrollo, elaborado por el gobierno encabezado por el Presidente Fox, ni siquiera contiene objetivos y metas cuantitativas, sino meros propósitos de tipo general, como lo advirtieran en su momento algunos integrantes del Congreso de la Unión.

Cabría afirmar por tanto que el método jurídicamente establecido para la planeación de las actividades de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, ha dejado de ser en nuestros días un instrumento eficaz para programar las acciones administrativas del gobierno.

Por el contrario, el proceso de control, que supuestamente debería estar ligado al cumplimiento de los compromisos establecidos en los planes y programas gubernamentales, ha tenido una aplicación cada vez más eficaz en la práctica, sólo que por razones muy distintas. Cada nueva administración se ha comprometido a *aplicar las sanciones hasta sus últimas consecuencias* y a no dejarlas en *mera letra muerta*, como se afirma hicieron a *todas las administraciones anteriores* a la que se encuentra en turno. Y para demostrarlo, se denuncia y a veces se encarcela a *algunos peces gordos* de las pasadas gestiones gubernamentales.

Esta desvinculación entre los procesos de planeación y control administrativo y el consecuente desequilibrio en su aplicación en la práctica parecen acentuarse cada nuevo sexenio. En la actualidad, muchos funcionarios parecieran estar más interesados en aplicar medidas de control y en sancionar incumplimientos pasados que en elaborar los planes y programas para encarar los retos del futuro. Como ocurre con cualquier tipo de *desequilibrio*, la desvinculación de los métodos de control de los de la planeación administrativa acaba por convertir al control en *un fin en sí mismo*, en vez del *medio* instrumental que debería estar al servicio de una sana gestión administrativa. Con ello se corre el riesgo de que ocurra algo parecido a la época *del terror* en la revolución francesa, cuando se convirtió a la *Guillotina* (el control y la sanción de las *faltas* de la administración anterior) en un espectáculo público, que cada día reclamaba *más sangre*, hasta que sus mismos creadores fueron llevados al cadalso por sus adversarios políticos para demostrar su *pureza revolucionaria*.

Por lo anterior, considero que sería muy saludable que se intentara una revisión a fondo de la manera en que actualmente operan los procesos de planificación y control en la Administración Pública de nuestro país, con la intención de corregir el desequilibrio y desvinculación que actualmente presentan estas dos etapas del proceso administrativo en el sector gubernamental. Como se señaló al principio, en muy buena medida este

desequilibrio tiene su origen en la dificultad de establecer los procesos de planeación y control en el ámbito de la administración pública con base al sistema de *facultades expresas*. Dicha práctica jurídica dificulta su conveniente actualización periódica, en comparación con lo que ocurre en el ámbito de la administración privada.

Ese es en buena medida el reto de la Administración Pública actual, así como del Congreso de la Unión, en tanto que órgano encargado de la aprobación y la revisión de las disposiciones legales que rigen la operación de la Administración Pública Federal en su conjunto. Pero mientras esta adecuación se logra llevar a la práctica, parece ser que todavía seremos testigos de un período regido por la política de *mucho control y poca planeación*, por lo que se refiere a la administración pública federal. Lo preocupante es que, cuando el sistema de planeación se convierte en mera *letra muerta* y el de control se transforma en *un fin en sí mismo*, suele ser frecuente su utilización como medio para ejercer venganzas políticas o para distraer a la opinión pública ante el incumplimiento de las ofertas formuladas durante las campañas políticas.

Estas criticables prácticas políticas han estado presentes no solo ahora sino en muchas otras ocasiones a lo largo de la historia de nuestro país, sin importar el signo ideológico o el partido del que hayan surgido los gobiernos que las han aplicado. Y esta preocupación la comparte también el Banco Mundial cuya representante, Lea Braslavsky, durante la Conferencia *México contra la corrupción*, promovida recientemente por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, advirtió: “al Banco Mundial la preocupa que la excesiva reglamentación gubernamental en México, en un afán por combatir la corrupción, culmine en una ola persecutoria contra funcionarios públicos que paralice al Ejecutivo Federal”. Me parece que debería hacérsele caso.

ÍNDICE GENERAL

PROEMIO
ALFREDO ARISMENDI A. 27

PRESENTACIÓN
JESÚS CABALLERO ORTIZ. 29

DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN

I. Discurso del Profesor Eduardo Roca Roca 33

II. Prólogo de Eduardo García de Enterría 41

III. Discurso del Profesor Pedro Nikken 43

IV. Prefacio del Profesor Luciano Parejo Alfonso 51

APRECIACIÓN
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO 55

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO

I. ON THE MAIN PERIODS OF LATIN AMERICAN HISTORY OF LAW 72
II. ON MODERNIZATION, IMPOSITION AND RECEPTION OF LAW IN LATIN AMERICA 75
III. LAW AND LEGAL CULTURE IN LATIN AMERICA 77
REFERENCES 82

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA 87
II. SURGIMIENTO DE LA VISIÓN TRADICIONAL NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS 88

III. LA COMPETENCIA PERFECTA, LA COMPETENCIA IMPERFECTA Y LAS FALLAS DE MERCADO COMO REFERENTES NORMATIVOS DE LOS MERCADOS 91
IV. ERRORES EPISTEMOLÓGICOS DE LA VISIÓN CONVENCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA 93
1. *Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia* 94
2. *La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales* 98
3. *Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales* 100
V. UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS MERCADOS 102
VI. CONCLUSIONES 104
BIBLIOGRAFÍA 105

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

1. *Los tipos de gobierno democrático*

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO

I. ALCANCE Y CONTENIDO DEL PODER CONSTITUYENTE 113
II. LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA 118
III. EL ALCANCE DE LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE, UNA NECESARIA REFERENCIA A SU CONTINUIDAD 121
IV. CRISIS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE 127
V. EL PODER CONSTITUYENTE UNA CATEGORÍA NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO 130

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811

IRENE LORETO GONZÁLEZ

I. INTRODUCCIÓN 133
II. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE INSCRIBE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1811 134
1. *Población, gobierno, geografía política* 135
2. *19 de Abril de 1810* 137
III. CONGRESO CONSTITUYENTE 140

1. *Formación del Congreso Constituyente* 140
2. *Elecciones del Primer Congreso. Reglamento para las elecciones* 141
3. *Composición y características de la Asamblea* 143
4. *Legitimidad* 143

IV. CONTENIDO DEL PROCESO CONSTITUYENTE 144
1. *Temas debatidos* 144
2. *El Acta de declaración de la Independencia* 146
3. *La Constitución* 146
A. *Proyecto anónimo de Constitución remitido por el administrador de Correos* 147
B. *Consejo de Ancianos* 148
C. *Seguridad y fortificación de los puertos marítimos* 148
D. *Guardia Constitucional* 148
E. *Tribunal de Censura y la Fuerza Armada* 149
F. *Soberanía del pueblo y derechos del hombre en sociedad* 149
G. *Sobre los extranjeros* 149
H. *Comisión sobre Concordato* 149
I. *Alta Corte de Justicia* 150
4. *Resultados del Proceso Constituyente* 150
A. *Acta de la Independencia* 150
B. *La Constitución Federal* 150
C. *Cuerpo de Leyes* 152

V. FUNCIÓN POLÍTICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE 152

VI. CONSTITUCIONES PROVINCIALES DE 1811-1812 153
1. *La Constitución de Mérida* 153
2. *La Constitución de Trujillo de 1811* 154
3. *La Constitución de Barcelona de 1811* 154
4. *La Constitución de Caracas de 1812* 155

BIBLIOGRAFÍA 155

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

INTRODUCCIÓN 161
DERECHOS HUMANOS 165
EL ESTADO 175
EL URUGUAY Y EL MUNDO 181
REFLEXIONES FINALES 183

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA

JORGE VÉLEZ GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN 185
II. DEL ANACRÓNICO HERMETISMO A LA APERTURA CONTEMPORÁNEA 186
III. UNA NORMA EN CONSTRUCCIÓN: EN BUSCA DE LA CONSTITUCIÓN 188
IV. LA CUESTIÓN ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL ACTUAL 191
V. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA 193
VI. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS SENTIDOS 202

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN

CLAUDIA NIKKEN

I. LA CONSTITUCIÓN ¿POSITIVA? 206
1. *La ausencia de regulación de la transición en la Constitución del 30 de diciembre de 1999* 206
2. *Las modificaciones de la Constitución* 208
A. *La constitución de un régimen de transición* 208
B. *Las publicaciones de la Constitución* 210
II. SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMA FUNDAMENTAL 211
1. *La norma fundamental de la Constitución* 211
2. *El rechazo de la aplicación de la norma fundamental de la Constitución del 30 de diciembre de 1999* 214

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL

SANDRA MORELLI

I. BREVE INTRODUCCIÓN 219
II. REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE REFERENDO 220
III. ANÁLISIS DE LOS TEXTOS APROBADOS POR LAS COMISIONES PRIMERAS DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA Y DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES, CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY Nº 47-S/02 57-C/02 POR LA CUAL SE CONVOCA UN REFERENDO Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL 227
1. *Consideraciones preliminares* 227
2. *Contenido del Proyecto* 227
A. *Muerte política* 228
B. *Voto nominal* 229
3. *Suplencias* 229
4. *Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública* 230

5. *Servicios Administrativos del Congreso* 231
6. *Reducción del Congreso* 231
7. *Pérdida de investidura* 235
8. *Limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos* 236
9. *Supresión de las Contralorías Departamentales y Municipales* 237
10. *Supresión de las Personerías* 237
11. *Auxilios con dineros públicos* 238
12. *Nuevos recursos para educación y saneamiento básico* 239
13. *Recursos para educación y saneamiento básico* 239
14. *Finanzas públicas sanas* 240
15. *Partidos Políticos* 241
16. *Contra el narcotráfico y la drogadicción* 242
17. *Aprobación integral de este Referendo* 247
18. *Artículo 2° Vigencia y nuevas elecciones* 248

IV. LA REFORMA JUDICIAL 248
V. CONCLUSIONES 252

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

JORGE LUIS SUÁREZ

I. INTRODUCCIÓN 253
II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES 253
III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS RELACIONES CON EL DERECHO NACIONAL 256
1. *El efecto o eficacia directa del Derecho Comunitario* 256
2. *El efecto o eficacia directa de las normas comunitarias y el tipo de disposiciones* 262
3. *La primacía del Derecho Comunitario* 264
4. *La primacía del Derecho Comunitario y las Constituciones de los Estados miembros* 267
IV. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA 276

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA

MARIANELA ZUBILLAGA

I. LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ACTUAL 281
II. LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO 282
III. LA INTEGRACIÓN EN LOS PAÍSES ANDINOS 286

IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SOPORTE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA 290
1. *La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios* 291
2. *La aplicación directa del derecho comunitario* 295
3. *La preeminencia o primacía del derecho comunitario* 297
V. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA AUSENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS 299
VI. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL ACUERDO DE CARTAGENA 303
1. *La Constitución de 1961* 303
A. *La aplicación de las decisiones de la Comisión desde 1973 a 1992* 303
B. *El cambio de criterio en la forma de recepción de la normativa comunitaria: 1992 a 1999* 306
2. *La Constitución de 1999* 307

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LA ILEGALIDAD DE LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA

HEINZ SCHÄFFER

I. INTRODUCCIÓN 311
II. LAS DICHAS "SANCIONES"; SITUACIÓN EN AUSTRIA; LA TOMA DE DECISIÓN POR PARTE DE LOS UE-14; LOS EFECTOS 312
1. *Situación en Austria* 312
2. *La toma de decisión por parte de los UE-14* 313
3. *Los efectos de las "sanciones"* 314
4. *Análisis jurídico* 315
5. *La posición de Austria en el conflicto* 318
III. EL "INFORME DE LOS SABIOS" Y EL DESARROLLO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA 319
IV. CONCLUSIONES 322
CRONOLOGÍA 323

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

I. INTRODUCCIÓN 325
II. EL TIPO DE GOBIERNO DE ASAMBLEA O CONVENCIONAL 326
1. *Características esenciales del tipo de gobierno convencional* 326

III. EL TIPO DE GOBIERNO PRESIDENCIAL 327
1. *Introducción* 327
2. *Características estructurales y funcionales básicas* 329
IV. LOS GOBIERNOS PRESIDENCIALISTAS DE AMÉRICA LATINA 329
1. *Introducción* 329
2. *Los rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano* 331
3. *La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina* 332
4. *Los factores de la preponderancia presidencial* 333
A. *Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos* 333
B. *La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley* 334
C. *El veto parcial y los quórums parlamentarios para superarlo* 334
D. *La habilitación legislativa del Presidente de la República* 335
E. *Los poderes extraordinarios o de crisis* 336
5. *Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República* 337
A. *La duración limitada y fija del mandato Presidencial* 337
B. *La Regla de la no reelección inmediata del Presidente* 338
C. *La acusación constitucional contra el Presidente de la República* 339
V. LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMOS DEMOCRÁTICOS EN AMÉRICA LATINA 339
1. *Los rasgos fundamentales de los diferentes tipos de presidencialismos democráticos* 340
A. *El presidencialismo puro* 340
B. *El presidencialismo parlamentario o atenuado* 341
C. *Los presidencialismo dirigidos* 344
VI. EL TIPO DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SUS VARIANTES 345
1. *El Desarrollo del tipo de gobierno parlamentario* 345
2. *Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario* 346
3. *Los caracteres funcionales* 347
A. *La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento* 347
B. *El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo* 348
4. *Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario* 349
5. *Las dos concepciones diferentes de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica* 350
A. *La concepción dualista del tipo de gobierno parlamentario* 350
B. *Del tipo de gobierno parlamentario dualista al régimen parlamentario monista* 352
C. *La teoría monista del tipo de gobierno parlamentario* 352
6. *Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios según la distribución de competencia* 357

A. *El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva* 357
B. *El tipo de gobierno parlamentario de gabinete* 357
C. *El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo* 357

VII. LOS TIPOS DE GOBIERNO SEMIPRESIDENCIALES 358
1. *El análisis de los regímenes con forma de gobierno semipresidencial en Europa* 359
A. *El estatuto del Presidente de la República* 359
(a) *La elección del Presidente de la República y la duración del mandato* 359
(b) *Las competencias del Presidente de la República* 360
(c) *Las Competencias del Presidente de la República en Francia* 361
2. *Las atribuciones del Presidente de Finlandia* 363
3. *Consideraciones finales* 364

VIII. EL TIPO DE GOBIERNO SEMIPARLAMENTARIO 365
IX. EL TIPO DE GOBIERNO DIRECTORIAL SUIZO 365
1. *El parlamento suizo* 365
2. *Las relaciones parlamento - gobierno* 367
3. *El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación* 367
X. CONSIDERACIONES FINALES 368

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSSI

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ

I. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN MEXICANO DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL 378
1. *Sólo puede declararse la nulidad de una votación o elección por las causas previstas en la ley* 378
2. *Definitividad de los resultados electorales no impugnados oportunamente* 379
3. *Imposibilidad de invocar nulidades provocadas por los propios denunciantes* 379
4. *Votaciones y elecciones federales susceptibles de anularse* 379
5. *Sólo irregularidades determinantes pueden causar la nulidad de la votación o de la elección* 380
II. NULIDAD DE UN VOTO 383
III. NULIDAD DE UNA VOTACIÓN 385

1. *Irregularidades en la constitución de la mesa o casilla electoral* 386
2. *Irregularidades en el desarrollo de la votación* 390
3. *Irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales* 393

IV. NULIDAD DE UNA ELECCIÓN 397
1. *Como consecuencia de la nulidad de votación en diversas mesas o casillas* 397
2. *Por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos* 398
3. *Cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias* 399

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

DIETER NOHLEN

I. LA INTERRELACIÓN DE LAS VARIABLES INSTITUCIONALES: LA VARIABLE SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS 402
II. DISEÑO INSTITUCIONAL Y NIVEL OPERATIVO 403
III. TIPOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL 404
IV. EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES 406
V. CINCO CRITERIOS DE EVALUACIÓN 406
VI. UN ESQUEMA DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES 408
VII. SISTEMAS ELECTORALES Y GOBERNABILIDAD 412

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

MANUEL FEO LA CRUZ

I. INTRODUCCIÓN 415
II. ESTADO DE BIENESTAR Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LA BUROCRACIA 416
III. ESTADO DE BIENESTAR Y EL MODELO ELITISTA DEMOCRÁTICO 417
IV. LA CRISIS DEL EB Y SUS EFECTOS SOBRE EL MODELO BUROCRÁTICO Y EL MODELO ELITISTA 418
V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO DE LA GESTIÓN PÚBLICA 421
VI. EL CASO VENEZOLANO. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS 424
VII. LOS OBSTÁCULOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA CULTURA POLÍTICA 426
VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN 428
BIBLIOGRAFÍA 429

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)

YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR

I. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS 431
II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO OBLIGACIÓN CIUDADANA 433
III. LA CULTURA DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DELINEADOR DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN 436
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 437

§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA

I. INTRODUCCIÓN 441
II. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA 442
III. EL SISTEMA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA 442
1. *El Referendo en el sistema jurídico venezolano* 446
A. *Reseña histórica: algunas consideraciones* 446
B. *Antecedentes legislativos* 447
(a) *Ley Orgánica de Régimen Municipal* 449
(b) *Ley Orgánica de la Justicia de Paz* 451
(c) *Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política* 452
(d) *Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles* 454
IV. MODALIDADES DE REFERENDO PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 460
V. EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATO 472
VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN 480
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 481

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA

I. LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO 485
1. *Algunas consideraciones previas de la democracia y de sus elementos constitutivos* 485
2. *La perspectiva de la nueva configuración del Estado democrático en el constitucionalismo comparado* 493
II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 499

1. *El Derecho de participación ínsito en el texto de la Constitución Política* 499
2. *El derecho de participación para la elaboración de las disposiciones reglamentarias de conformidad con el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública* 500
A. *Previa ubicación doctrinal y positiva de los reglamentos* 500
B. *Distintos tipos de reglamentos* 505
(a) *Los denominados reglamentos ejecutivos* 505
(b) *Los reglamentos, independientes, autónomos o de organización* 506
(c) *Los reglamentos de urgencia o necesidad* 507
C. *Análisis del mecanismo regulador para la elaboración de las disposiciones reglamentarias*: 509
(a) *Subsiguiente análisis del artículo 361 de la LGAP* 511
(b) *Continuación del análisis del numeral 361, inciso 3) de la LGAP* 512
(c) *Análisis consecuente del artículo 363 de la LGAP* 515
III. A MANERA DE SIMPLE CONCLUSIÓN 518

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

DANIEL ALBERTO SABSAY

I. INTRODUCCIÓN 521
II. LA PARTICIPACIÓN 522
1. *Constitución Nacional* 523
A. *La reforma del 94* 524
2. *Derecho Público Provincial y Municipal* 527
3. *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, claro ejemplo de democracia participativa* 528
III. CONSIDERACIONES FINALES 532
BIBLIOGRAFÍA 533

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA

MARIE PICARD DE ORSINI

I. COMENTARIOS INICIALES 535
II. CONDUCTA CIUDADANA Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE OBEDIENCIA A LA AUTORIDAD Y A LAS LEYES 537
III. REFERENCIAS HISTÓRICAS 539
IV. CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL 540
V. DIFERENCIAS CON OTRAS ACCIONES O FIGURAS QUE SE PUEDEN CONFUNDIR CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL 541

VI. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL 542
VII. JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL 544
VIII. LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 547
IX. CONCLUSIONES 550
BIBLIOGRAFÍA 551

§ 23. EL ARTÍCULO 350: ¿DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO A LA RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

ELOÍSA AVELLANEDA Y LUIS SALAMANCA

I. INTRODUCCIÓN 553
II. NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESOBEDIENCIA CIVIL, RESISTENCIA CIVIL Y REBELIÓN 556
1. *La desobediencia civil* 556
A. *Noción* 556
B. *Características de la desobediencia civil* 557
(a) *La desobediencia civil, a diferencia de la resistencia civil y la rebelión, tiene una finalidad limitada* 558
(b) *Son actos ilegales pero moralmente justificados por razones de conciencia* 558
(c) *Son actos públicos* 558
(d) *Son actos pacíficos, no violentos* 558
(e) *Son actos conscientes* 558
(f) *Son actos intencionales* 559
(g) *La desobediencia civil debe ser un último recurso* 559
2. *La resistencia civil* 559
A. *Noción* 559
B. *Evolución de la teoría de la resistencia* 560
C. *Resistencia activa y resistencia pasiva* 561
D. *La resistencia civil en la era contemporánea* 562
E. *Resistencia civil y resistencia militar* 563
3. *La rebelión* 564
A. *Noción general de rebelión* 564
B. *Noción jurídico-política de rebelión* 565
C. *Diferencias entre la desobediencia civil, la resistencia civil y la rebelión* 567
III. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN 568
1. *El artículo 350 de la CRBV y sus posibles alcances* 568
2. *Antecedentes constitucionales del artículo 350 de la Constitución de 1999* 568
3. *Orígenes del artículo 350 en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente* 569
4. *Debate jurídico y confrontación política en torno al artículo 350* 572

A. *Las interpretaciones de la oposición civil* 572
(a) *El 350 como derecho a la rebelión* 573
(b) *El 350 como derecho a la desobediencia y resistencia civiles* 573
(c) *El 350 como desobediencia civil* 573
B. *Las interpretaciones de la oposición militar* 574
C. *Las interpretaciones del gobierno en torno al 350* 574
D. *El 350 como fuente de inestabilidad política* 575
5. *Nuestra interpretación del artículo 350* 576
A. *¿Qué se entiende por pueblo de Venezuela?* 576
B. *¿Qué significa "fiel a su tradición"…?* 577
C. *¿Qué significa que el pueblo "desconocerá"?* 577
D. *¿En qué tipo de circunstancias puede aplicarse el artículo 350?* 578
E. *¿Qué obligaciones impone el artículo 350 de la Constitución?* 580
(a) *La desobediencia civil* 580
(b) *La resistencia pasiva y activa* 580
F. *La rebelión* 580
IV. CONCLUSIONES 581
BIBLIOGRAFÍA 583

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. INTRODUCCIÓN: LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES 585
II. EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMÉRICA 587
III. FEDERALISMO DUAL, CENTRALIZADO Y COOPERATIVO EN AMÉRICA LATINA 589
IV. LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA 599
1. *La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma* 599
2. *El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía* 600
3. *La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal* 602
4. *El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados* 603
5. *La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros* 605

6. *La compensación financiera* 610
7. *La intervención federal* 615
V. LA REALIDAD FEDERAL EN LATINOAMÉRICA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO 617

§ 25. EL FEDERALISMO UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO

JORGE LONDOÑO

I. INTRODUCCIÓN 621
II. UNA LEVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA 622
1. *Situación actual de la violencia en Colombia* 624
2. *Breve conclusión* 625
III. MINÚSCULA APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL ESTADO 626
1. *Concepto clásico de soberanía* 626
2. *Crisis de la idea clásica de Soberanía* 627
3. *A manera de reflexión parcial* 628
4. *El territorio* 628
5. *Reflexión* 629
IV. ALGUNAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL 629
1. *Modelo Regional* 630
2. *El modelo de las comunidades autónomas* 632
3. *Sistema Federal* 635
4. *El Federalismo en Colombia* 638
5. *Breve conclusión histórica* 642
6. *Propuestas federalistas para Colombia* 642
V. UN BREVE ESPACIO PARA UN TEMA FUNDAMENTAL -LA TOLERANCIA- 648
VI. CONCLUSIONES 649

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL'AMERICA LATINA

EDUARDO ROZO ACUÑA

I. REPUBBLICHE FEDERALI E UNITARIE IN AMERICA LATINA 659
II. EVOLUZIONE DELLO STATO FEDERALE IN AMERICA LATINA 660
III. EVOLUZIONE DELLO STATO UNITARIO IN AMERICA LATINA 661
IV. IL NUOVO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E AUTONOMIE LOCALI IN ALCUNE ESPERIENZE LATINOAMERICANE 661
1. *La suddivisione dell'ordinamento in Italia* 662
2. *Regioni con autonomia ordinaria e speciale* 664
3. *La distribuzione dei poteri fra Stato, regioni ed enti locali* 665
4. *La distribuzione delle funzioni amministrative* 669

5. *L'autonomia fiscale e le norme finanziarie* 672
6. *I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo* 676
7. *Autonomie locali ed obblighi internazionali* 677
8. *Il contenzioso Stato, Regioni ed enti locali* 677

V. CONCLUSIONI: DECENTRAMENTO, REGIONALIZZAZIONE E FEDERALISMO IN AMERICA LATINA 679

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA

CHRISTIAN PIELOW

I. EL ESTADO FEDERAL *EVOLUTIVO* 681
1. *La crisis económica del Estado prestador* 683
2. *Liberalización y privatización* 683
3. *Internacionalización, especialmente "europeización"* 684
4. *Necesidades -y oportunidades- de reflexión: ¿modernización o modificación del federalismo?* 685
A. *Quiebras del anterior consenso sobre el federalismo "unitario" y "cooperativo"* 686
B. *¿Federalismo "competitivo" como resolución? / Preguntas claves* 687

II. ASPECTOS INSTITUCIONALES 688
1. *Número y dimensión de los entes territoriales* 688
2. *El papel de los Parlamentos regionales y los mecanismos del federalismo cooperativo* 690
A. *El predominio de la legislación federal* 690
B. *La expansión de la legislación "administrativa"* 690
C. *¿Compensación mediante cooperación?* 691

III. AJUSTE DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS 693
1. *Progresos ya alcanzados* 693
2. *Cláusulas de experimentación y legislación básica* 694
3. *Reajuste de las competencias ejecutivas de los Länder* 695

IV. LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE ESTADO Y ESTADOS FEDERADOS 696
1. *Las pólemicas asignaciones unilaterales por parte de la Federación* 696
2. *Mecanismos de la compensación financiera* 698

V. CONCLUSIÓN 699

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS

GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO

I. RELACIÓN PRIMARIA ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTADALES 702
II. LA COMPETENCIA RESIDUAL EN EL MODELO FEDERAL VENEZOLANO 703
III. AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD EXPRESA EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIONALES 704
IV. LA CLÁUSULA DE LA NATURALEZA NACIONAL DE LAS MATERIAS COMO TÍTULO COMPETENCIAL FEDERAL 705
V. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES 707
VI. REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN 709
VII. LEYES DE BASE Y LEYES DE DESARROLLO 710
1. *El concepto material de las bases* 712
2. *Estructura de la Ley de Bases* 712
A. *Círculo material de interés general* 713
B. *Círculo de encuadramiento* 713

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

I. INTRODUCCIÓN 715
II. CONFIGURACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL 716
1. *Principios fundamentales* 716
2. *Configuración constitucional* 718
3. *Contenido mínimo* 720
A. *Autonomía política* 720
B. *Autonomía normativa* 720
C. *Autonomía tributaria* 721
D. *Autonomía Administrativa* 722
4. *Garantía de la Autonomía* 722
III. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA AUTONOMÍA LOCAL 727
1. *Político-democrática* 727
2. *Inherentes al Estado de Derecho* 729
3. *Inherente a la realización del Estado Social* 729

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

ARGENIS URDANETA

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN 731
II. FUNDAMENTOS DE UN MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA 731
1. *Exposicion de motivos* 732
2. *Preámbulo* 732
3. *Principios fundamentales* 732
4. *Preceptos constitucionales de democracia participativa* 732
A. *Gobierno democrático (art. 6)* 732
B. *En lo que respecta a los derechos políticos* 733
(a) *Consultivo (art. 71)* 733
(b) *Revocatorio (art. 72)* 733
(c) *Aprobatorio (art. 73)* 733
(d) *Abrogatorio (art. 74)* 734
C. *En cuanto a la organización del Poder Público* 734
(a) *Administración Pública* 734
(b) *Poder Público Estadal* 734
(c) *Poder Público Municipal* 734
(d) *Consejo Federal de Gobierno* 735
(e) *Poder Judicial y Sistema de Justicia* 735
III. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 735
1. *Organización del territorio* 735
2. *División política* 735
3. *Organización del Poder Público Nacional* 736
A. *Legislativo* 736
B. *Ejecutivo* 736
C. *Sistema de Justicia* 736
D. *Poder Ciudadano* 737
E. *Poder Electoral* 737
4. *Poder Público Estadal* 738
IV. VENEZUELA: ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO 738
1. *Exposición de Motivos de la Constitución* 738
2. *Preámbulo constitucional* 739
3. *Principios fundamentales de la Constitución* 739
4. *Descentralización* 739
V. PERSPECTIVAS DE NUEVO MUNICIPIO Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES 741
1. *Nuevo municipio* 741
A. *Territorio* 741
B. *Organización* 741
C. *Autonomía* 742
2. *Propuesta de nueva Ley Municipal* 743
BIBLIOGRAFÍA 744

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO

I. LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS 747
1. *Vigencia de la Constitución de 1978* 747
2. *Una reflexión sobre la Nación española* 750
3. *El proceso descentralizador iniciado en 1978* 752
4. *El desarrollo autonómico* 755
II. LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL ESPAÑOLA 759
1. *El proceso democratizador de las estructuras locales* 760
2. *Los primeros pasos del Municipio democrático español* 762
3. *La Ley de Bases de Régimen Local de 1985* 764
4. *Las Haciendas Locales* 766
5. *La normativa supranacional* 767
6. *El Pacto Local* 768

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

I. INTRODUCCIÓN 773
II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN 776
III. SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES 778
IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL 780
1. *El principio de subsidiariedad* 780
2. *La subsidiariedad en el derecho local* 780
V. CUESTIONES COMPETENCIALES 783
VI. DESCENTRALIZACIÓN Y PODERES LOCALES 784

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL

FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ

I. INTRODUCCIÓN 789
II. LA REVOLUCIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LOS LUGARES 789
III. LUGARIZACIÓN 791
IV. LUGARIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO 795
V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD 797
VI. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN URBANA 798
VII. CONCLUSIÓN 800
BIBLIOGRAFÍA 800

§ 34. BREWER Y CARACAS

DOLORES AGUERREVERE VALERO

I. INTRODUCCIÓN 801
II. BREWER Y LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE CARACAS 803
1. *Planteamientos anteriores a la Constitución de 1999* 803
2. *Debate Constituyente* 807
3. *Planteamientos posteriores a la Constitución 1999* 809
III. BREWER Y EL URBANISMO EN CARACAS 811
1. *Sobre la planificación y ordenación urbanística de Caracas* 811
2. *Sobre el trazado regular de la ciudad* 815
IV. CONCLUSIONES 817

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

DONATO LUPIDII

I. INTRODUCCIÓN 819
II. LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE SHUGART Y MAINWARING 820
III. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO (1958-1995) SEGÚN BRIAN F. CRISP 825
IV. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1999 Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL 828
1. *Poderes Constitucionales Legislativos* 829
A. *Poderes Reactivos* 829
B. *Poderes Proactivos* 830
2. *Poderes Partidistas* 832
V. CONCLUSIONES 834
BIBLIOGRAFÍA 835

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

ALFREDO ARISMENDI A.

I. INTRODUCCIÓN 837
II. EL EJECUTIVO UNIPERSONAL 838
III. REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 839
1. *La reelección* 840
2. *El período presidencial* 841
IV. EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO 841

1. *Generalidades* 841
2. *Atribuciones* 842
3. *Destitución* 843
V. EL CONSEJO DE MINISTROS 843
1. *Naturaleza* 843
2. *Organismos de la Administración Pública Nacional* 844
VI. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO 846
1. *Antecedentes* 846
2. *Elementos Parlamentarios* 847
A. *El Refrendo Ministerial* 848
B. *El Consejo de Ministros* 849
C. *El Mensaje Presidencial* 851
D. *Memoria de los Ministros* 852
3. *Falta Absoluta del Presidente de la República* 852
A. *Antecedentes* 852
B. *Situación actual* 854
VII. INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES 855
1. *El Veto Presidencial* 856
2. *Promulgación de la Ley* 856
3. *Decretos con Fuerza de Ley* 857
VIII. ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 858
1. *Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes* 858
2. *La Potestad Reglamentaria* 858
3. *Nombrar y remover los funcionarios públicos* 859
4. *Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional* 859
5. *Dirigir las Relaciones Exteriores* 860
6. *Conceder Indultos* 860
7. *Otras Facultades* 861
A. *Nombramiento del Procurador General de la República* 861
B. *Declarar los Estados de Excepción y decretar la restricción de las garantías constitucionales* 862
C. *Administrar la Hacienda Pública Nacional* 863
8. *Actos Administrativos* 865
IX. EL CONSEJO DE ESTADO 865
X. CONCLUSIONES 865

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

RICARDO HARO

I. ACRECENTAMIENTO DE LOS EJECUTIVOS CONTEMPORÁNEOS 867
II. LAS FACULTADES COLEGISLATIVAS 868

III. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO: EL CASO "PERALTA" 869
IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 871
V. LA JURISPRUDENCIA POSREFORMA: LA EXTENSIÓN TRIBUTARIA POR UN DNU 872
VI. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN DNU POR UN JUEZ DE 1ª INSTANCIA 873
VII. EXCLUSIÓN POR UN DNU DE ASIGNACIONES FAMILIARES FIJADAS POR LEY 874
VIII. REDUCCIÓN POR UN DNU DE LOS SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS 875
IX. LA EMERGENCIA EN LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE Y SUS ASEGURADORAS 877
X. INDISPONIBILIDAD DE DEPÓSITOS BANCARIOS EN PESOS O DÓLARES 878
XI. NUESTRAS REFLEXIONES FINALES 880

§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD

PIERRE BON

I. LA RESPONSABILITÉ PENALE POUR LES ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS 886
1. *Les incriminations* 886
2. *La mise en accusation* 888
3. *Le jugement* 889
II. LA RESPONSABILITÉ PENALÉ POUR LES ACTES ÉTRANGERS A L'EXERCICE DES FONCTIONS 890

2. *El poder judicial*

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO

ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES 893
II. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL LLAMADO SISTEMA DE JUSTICIA 893
III. TRANSITORIEDAD DEL PODER JUDICIAL 897

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL

DIEGO VALADÉS

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 907
II. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO 909
III. AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA 911
IV. MECANISMOS DE EVALUACIÓN 913

V. AUTONOMÍA Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO..... 915
VI. FUNCIONES DE COOPERACIÓN: EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN A OTRAS ÁREAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA (ADMINISTRATIVA, MUNICIPAL, AGRARIA, LABORAL, ELECTORAL, ETC.)..... 916
VII. LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO..... 918
VIII. LOS MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS..... 921
IX. ACCESO A LA JUSTICIA..... 923
X. EL ÁMBITO INTERNACIONAL..... 924
XI. DEMOCRACIA Y JUSTICIA..... 926
XII. CONSIDERACIONES FINALES..... 928
BIBLIOGRAFÍA..... 930

3. *El poder ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO

ROXANA ORIHUELA GONZATTI

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CIUDADANO..... 933
1. *El Poder Moral propuesto por Bolívar: Apéndice de la Constitución relativo al Poder Moral*..... 935
2. *De las atribuciones especiales de la Cámara de Moral*..... 935
3. *De las atribuciones de la Cámara de Educación*..... 936
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER CIUDADANO Y BASE CONSTITUCIONAL..... 940
III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO..... 941
IV. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO..... 943
V. ÓRGANOS INTEGRANTES DEL PODER CIUDADANO..... 943
VI. ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO..... 944
1. *Requisitos para su elección*..... 944
A. *Generales*..... 944
B. *Específicos*..... 944
2. *Período de elección*..... 946
3. *Forma de elección*..... 948
4. *Remoción*..... 950
VII. AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO..... 953
VIII. COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS QUE EJERCEN EL PODER CIUDADANO EN GENERAL; DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN PARTICULAR Y DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO..... 953
1. *Competencias concurrentes*..... 954
2. *Competencias específicas*..... 954
A. *De la Defensoría del Pueblo*..... 954
B. *Del Ministerio Público*..... 958

C. *De la Contraloría General de la República* 961
D. *De la Contraloría General de la Fuerza Armada* 963
3. *Competencias residuales* 964
4. *Competencias del Consejo Moral Republicano* 964
IX. POTESTAD SANCIONATORIA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 967
1. *Antecedentes* 967
2. *Generalidades* 971
3. *Desarrollo* 971
4. *Sanciones* 972
X. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU VINCULACIÓN CON EL PODER CIUDADANO 974
XI. DEBER DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO Y DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO DE INFORMAR A LA ASAMBLEA NACIONAL 975
XII. EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL ARCHIVO Y DE LA INFORMACIÓN DEL PODER CIUDADANO 976
XIII. DEBER DE COLABORACIÓN CON EL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 977
XIV. EL PODER CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO 978
1. *El Poder Legislativo y el Poder Ciudadano* 978
2. *El Poder Judicial y el Poder Ciudadano* 978
3. *El Poder Electoral y el Poder Ciudadano* 979
XV. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL PODER CIUDADANO 979
XVI. LA NECESIDAD DEL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PODER CIUDADANO 980

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?

JOSÉ VICENTE HARO

I. INTRODUCCIÓN 1003
II. BREVES NOTAS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 1005
III. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 1009
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN 1014

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I. CONSIDERACIÓN INICIAL 1015
II. LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA 1016
III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940 1018
IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971 1020
V. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945 1022
VI. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965 1023
VII. A MODO DE CONCLUSIÓN 1026

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN

MARIO PESCI FELTRI

I. JURISDICCIÓN-PROCESO-ACCIÓN 1029
II. JURISDICCIÓN NORMATIVA 1031
III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 365 CONSTITUCIONAL 1032
IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 336 CONSTITUCIONAL 1039
V. DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA 1043
VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA 1045
VII. FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA 1054

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA (1940/1952)

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

I. LIMINAR 1057
II. ¿POR QUÉ CUBA? 1058

III. UNA AGITADA HISTORIA 1059
IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN 1060
V. LA CONSTITUCIÓN DE 1940: MÁS SOBRE LO MISMO 1062
VI. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940 1063
VII. VAIVENES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES 1064
VIII. ¿ES EL TRIBUNAL CUBANO DE 1940 UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? 1067
IX. EL MODELO CUBANO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO 1068
BIBLIOGRAFÍA 1070

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL DE LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

EDGAR CARPIO MARCOS

I. INTRODUCCIÓN 1075
II. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO: ¿ACTO LEGISLATIVO DEL ESTADO? 1076
III. LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 1078
IV. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO FUENTE PRIMARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL 1079
1. *El reglamento parlamentario como fuente formal del derecho* 1079
2. *El reglamento parlamentario como fuente primaria* 1080
V. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO ACTO LEGISLATIVO ESTATAL CON RANGO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO PERUANO 1081
VI. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y PARÁMETRO DE CONTROL 1083
1. *El reglamento parlamentario: ¿norma interpuesta o de valor materialmente constitucional? La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana* 1084
VII. LA PARAMETRACIDAD DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO 1087
VIII. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN SENDERO POR REPLANTEAR 1091

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA *NORMA IMPORTADA*

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

I. INTRODUCCIÓN 1093
II. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL 1093
III. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN DE ESE MISMO PAÍS EXTRANJERO. DISTINTAS HIPÓTESIS 1094
IV. CONCLUSIONES 1097

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA

ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ

I. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA 1099

II. REGULACIÓN ACTUAL EN IBEROAMÉRICA: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES 1103

III. RASGOS GENERALES DEL "HÁBEAS CORPUS" IBEROAMERICANO 1107

1. *Ámbito de derechos protegidos y efectos de la sentencia* 1108

2. *Relación del "hábeas corpus" con el Derecho Penal* 1109

3. *Amplitud en cuanto a los sujetos* 1110

IV. RASGOS GENERALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO 1111

1. *El carácter inicial y alternativo del amparo constitucional* 1111

2. *Competencia en materia de amparo constitucional* 1113

3. *Principios del proceso de amparo constitucional* 1114

4. *Derechos susceptibles de protección por el amparo constitucional* 1116

5. *Actos sujetos a revisión por el amparo constitucional* 1117

6. *Efectos de la sentencia de amparo constitucional* 1118

V. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROCESALES IBEROAMERICANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES 1119

1. *Clasificación general* 1119

2. *El modelo iberoamericano en la clasificación general de medios procesales para la protección de los derechos constitucionales* 1123

§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

I. INTRODUCCIÓN 1125

II. LA DOCTRINA DE BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO 1126

III. UNA OJEADA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA 1128

IV. EL DERECHO DE AMPARO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 1136

V. EL AMPARO MEXICANO COMO PARADIGMA ORIGINAL Y SU EVOLUCIÓN 1138

VI. COMPLEJIDAD ACTUAL DEL AMPARO MEXICANO 1143

VII. NATURALEZA 1151

VIII. DERECHOS PROTEGIDOS 1155

IX. PERSONAS TUTELADAS 1159
X. ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN 1161

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

I. EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y ALCANCES 1165
1. *El debido proceso procesal* 1167
2. *El debido proceso sustantivo* 1168
II. ALGUNAS DISTORSIONES FRECUENTES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO 1169
1. *La ausencia de un derecho constitucional "Líquido y Cierto" directamente afectado* 1169
2. *La inexistencia de un asunto estrictamente constitucional en el derecho afectado* 1170
3. *La discusión en el amparo de asuntos cuyo esclarecimiento requiere mayor probanza y debate judicial* 1171
4. *La inaplicación judicial de normas "inconstitucionales"* 1173
III. PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN PROCESOS DE AMPARO DONDE SE HA VIOLADO EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO 1174
IV. REFLEXIONES FINALES 1176

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO

JORGE CÓRDOBA ORTEGA

I. INTRODUCCIÓN 1180
II. GENERALIDADES Y CONCEPTO SOBRE EL HÁBEAS DATA 1182
1. *Concepto* 1182
2. *Información, Informática y Derecho* 1184
3. *Derechos que protege el Hábeas Data* 1185
4. *Base constitucional y legal en Costa Rica* 1187
III. EL HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COMPARADO 1188
1. *Argentina* 1188
2. *Brasil* 1191
3. *Venezuela* 1191
4. *Paraguay* 1191
5. *España* 1192
6. *Alemania* 1193
7. *Otros países* 1193

IV. EL HÁBEAS DATA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE 1193
1. *Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* 1194
2. *Proyecto de Ley denominado: "Del Recurso del Habeas Data"* 1197
A. *Resumen de la iniciativa* 1197
B. *Criterios sobre el proyecto de ley original del "Hábeas Data"* 1199
(a) *Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa* 1199
(b) *Colegio de Abogados* 1200
(c) *Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica* 1200
(d) *Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* 1200
(e) *Criterio del Dr. Alfredo Chirino Sánchez, sobre el recurso de hábeas data y la autodeterminación informativa* 1201
C. *Dictamen Afirmativo de Mayoría. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica* 1203
D. *Trámite en la Comisión Legislativa Plena Segunda* 1204
E. *Contenido del proyecto de ley de Hábeas Data y observaciones. Análisis comparativo entre el Texto original y el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda* 1206
F. *Inconstitucionalidad del procedimiento legislativo. Avocación del Plenario del Expediente. Archivo* 1215
V. CONCLUSIONES 1217

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

I. INTRODUCCIÓN 1219
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN CONJUNTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1221
1. *El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia* 1221
2. *El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1222
III. LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL AMPARO CAUTELAR 1222
1. *El criterio originalmente establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1223
2. *La modificación de los criterios de competencias, establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1224
3. *El avocamiento en materia de amparo constitucional* 1226
IV. LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1227

1. *La pretensión de amparo cautelar y el agotamiento de la vía administrativa* 1227
A. *La regulación acerca del agotamiento de la vía administrativa es materia de reserva legal* 1227
B. *El no agotamiento de la vía administrativa puede alterar la competencia del órgano jurisdiccional* 1228
(a) *El cambio temporal de criterio de distribución de competencias* 1229
(b) *El abandono del criterio temporal y el restablecimiento del criterio tradicional, en lo concerniente a la distribución de competencias* 1230
2. *La pretensión de amparo cautelar y la caducidad* 1231
A. *La caducidad de la acción autónoma de amparo constitucional* 1231
B. *La caducidad del recurso contencioso administrativo* 1232
C. *La caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1233
D. *Consideración final sobre la caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1235
V. LA APLICACIÓN DE LA CAUTIO IUDICATIO SOLVI EN LOS PROCESOS CAUTELARES 1236
1. *El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* 1236
2. *El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1237
VI. EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO CAUTELAR 1239
1. *El proceso para la tramitación del amparo autónomo* 1240
2. *El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra leyes y demás actos estatales normativos* 1240
3. *El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra actos administrativos individuales y abstenciones* 1241
4. *El aparente cambio de criterio de la Sala Político Administrativa, en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar* 1242
VII. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES 1244
1. *Las medidas provisionalísimas en el proceso de amparo constitucional* 1246
2. *Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de anulación, con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1248
3. *Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1249
4. *La improcedencia de las medidas provisionalísimas* 1250
VIII. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES 1251
1. *Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación* 1251
2. *Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la doctrina científica reconocida* 1252
A. *La apariencia de buen derecho* 1253
B. *El peligro en la mora* 1254
C. *La ponderación de los intereses en presencia* 1255

3. *Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la jurisprudencia* 1256
A. *Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia* 1257
B. *Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1258
C. *Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia* 1260
D. *La caución para la concesión de las medidas cautelares en la jurisprudencia* 1260
(a) *La caución en el Código de Procedimiento Civil* 1260
(b) *La caución en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia* 1261
(c) *La caución en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* 1267
4. *Consideración final sobre los presupuestos procesales del amparo cautelar* 1268
IX. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CAUTELAR 1269
1. *La carga de la prueba en el proceso de amparo cautelar* 1269
A. *La carga de la prueba del accionante* 1270
B. *La carga de la prueba del accionado* 1270
C. *Una regla común sobre la carga de la prueba* 1271
2. *La potestad del órgano jurisdiccional de ordenar la evacuación de pruebas* 1271
3. *El hecho notorio en el proceso cautelar de amparo* 1272
4. *La técnica de la promoción de los medios probatorios* 1274
5. *La oportunidad y forma de evacuación de los medios probatorios* 1275
6. *La valoración de los medios probatorios* 1275
X. LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1277
1. *El contenido de la decisión que resuelva el proceso de amparo constitucional* 1277
A. *El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Sala Constitucional* 1278
2. *El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* 1278
3. *Las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional* 1279
A. *El desistimiento* 1279
B. *La extinción por abandono del trámite* 1281
C. *La perención de la instancia* 1282
D. *La satisfacción extraprocesal de la pretensión* 1283
XI. LOS MODOS DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR 1283
1. *Los criterios jurisprudenciales respecto a los modos de impugnación de la decisión cautelar* 1283
A. *El criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia* 1284

B. *El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* 1285
C. *El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1286
D. *El cambio de criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1286
2. *La oposición a la decisión cautelar* 1287
3. *La apelación contra la decisión cautelar* 1288
4. *El amparo autónomo contra decisión cautelar* 1290
A. *La procedencia del amparo autónomo contra decisión cautelar* 1290
B. *La competencia para conocer del amparo autónomo contra decisión cautelar* 1291
C. *El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Político Administrativa* 1291
D. *El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Constitucional* 1292
E. *El procedimiento aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar* 1293
XII. LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1293
1. *La sentencia cautelar de amparo constitucional* 1295
2. *La pretensión de ejecución de la sentencia cautelar* 1296
3. *La reedición del acto administrativo cautelarmente suspendido* 1296
4. *La extensión de la sentencia cautelar de suspensión en vía de ejecución* 1297
XIII. LAS COSTAS EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1298
1. *Las costas a favor de los órganos y entes públicos* 1298
2. *Las costas a favor de los particulares* 1299
XIV. CONSIDERACIONES FINALES 1300
BIBLIOGRAFÍA 1301

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL

ALEJANDRO CARRILLO CASTRO

ÍNDICE GENERAL

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO II

TERCERA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO

Autores del presente volumen:

Carlos Eduardo Acedo Sucre
Lubín Aguirre
José Araujo-Juárez
Enrique Argullol Murgadas
Caterina Balasso
Celso Antonio Bandeira De Melo
Alberto Baumeister Toledo
Alberto B. Bianchi
Jesús Caballero Ortiz
Juan Pablo Cajarville Peluffo
Carlos Luis Carrillo Artiles
Luis Corsi
Rafael J. Chavero Gazdik
Juan De Stefano
Pierre Delvolvé
Margarita Escudero León
Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Luis Fraga Pittaluga
Fernando Garrido Falla
Juan Garrido Rovira
Alberto J. Gil Ibáñez
Rafael Gómez-Ferrer Morant
Jesús González Pérez
Santiago González-Varas Ibáñez
Agustín Gordillo
Antonio María Hernández
Ricardo Hoyos Duque
Francisco Hung Vaillant
J.A. Jolowicz
Federico E. Leañez A.
María Elena León Álvarez
Aurilivi Linares Martínez
Rainer Lorenzo
Blanca Lozano Cutanda
Franck Moderne
José Antonio Muci Borjas
Daniel Oquendo
Luis A. Ortiz-Álvarez
José Ramón Parada
Alfonso Pérez Moreno
Manuel Rodríguez Costa
Libardo Rodríguez Rodríguez
Enrique Rojas Franco
Hildegard Rondón De Sansó
Fabio Roversi Monaco
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Onorato Sepe
José Gregorio Silva Bocaney
Daniel Fernando Soria
Jaime Vidal Perdomo

Coordinadores:

Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

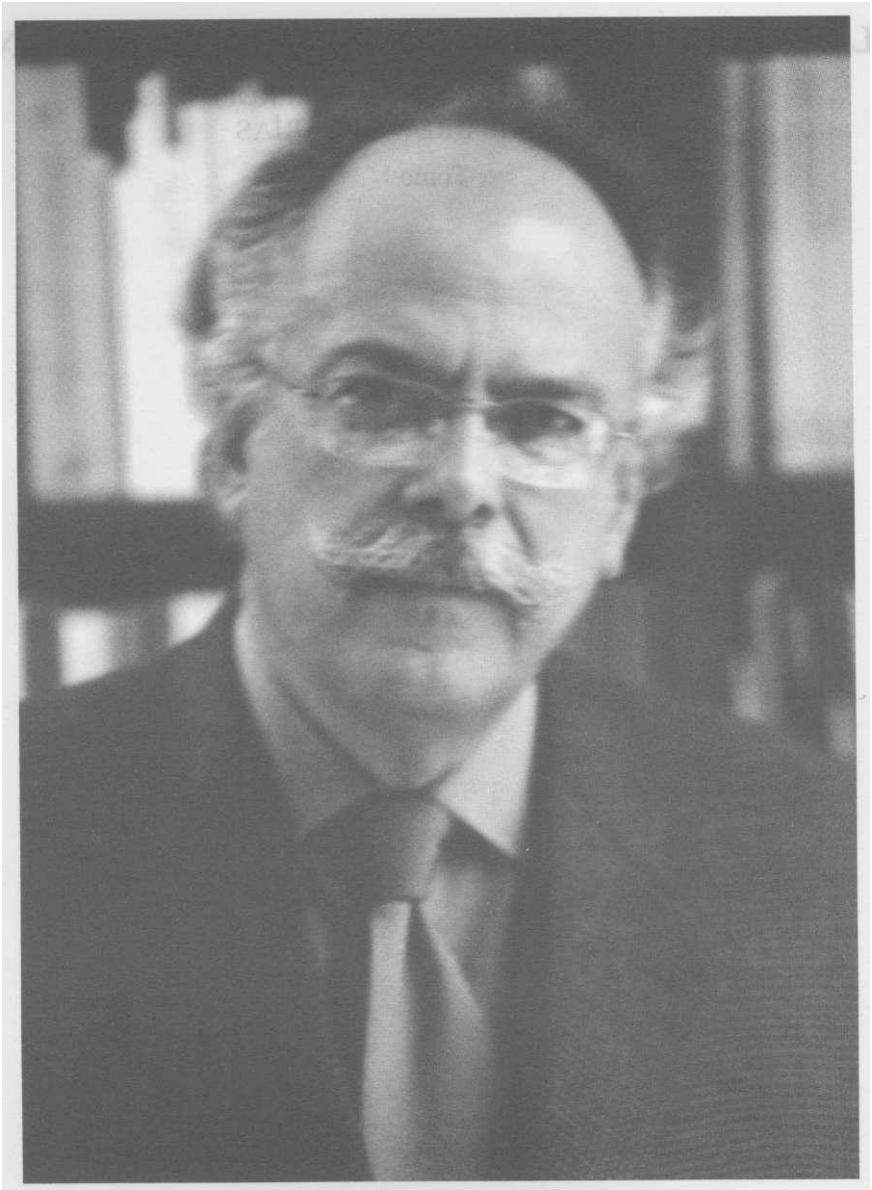
THOMSON

CIVITAS

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

Tomo II



Profesor *Allan R. Brewer Carías*

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO II

TERCERA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO

Autores del presente volumen

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
LUBÍN AGUIRRE
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
CATERINA BALASSO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
ALBERTO B. BIANCHI
JESÚS CABALLERO ORTIZ
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
LUIS CORSI
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
JUAN DE STEFANO
PIERRE DELVOLVÉ
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
LUIS FRAGA PITTALUGA
FERNANDO GARRIDO FALLA
JUAN GARRIDO ROVIRA
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
AGUSTÍN GORDILLO
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
RICARDO HOYOS DUQUE
FRANCISCO HUNG VAILLANT
J.A. JOLOWICZ
FEDERICO E. LEAÑEZ A.
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
RAINER LORENZO
BLANCA LOZANO CUTANDA
FRANCK MODERNE
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
DANIEL OQUENDO
LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ
JOSÉ RAMÓN PARADA
ALFONSO PÉREZ MORENO
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
ENRIQUE ROJAS FRANCO
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
FABIO ROVERSI MONACO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
ONORATO SEPE
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
DANIEL FERNANDO SORIA
JAIME VIDAL PERDOMO

Coordinadores

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ

EDITORIAL CIVITAS, S.A.
MADRID, 2003

Primera edición, 2003

EL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO Y LA CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID; EL CENTRO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS PROVINCIALES Y LOCALES (CIEPROL) DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; LA FUNDACIÓN EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA; LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO; LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA); LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA); LA FUNDACIÓN INSTITUTO REGIONAL DE ESTUDIOS URBANOS (IREU) Y LA FUNDACIÓN ARQUITECTURA Y DISEÑO URBANO, han contribuido a la edición de esta obra.

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

Copyright © 2003, by Instituto de Derecho Público, UCV
Editorial Civitas, S.A
Bárbara de Braganza, 10.28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2094-0 (Obra completa)
ISBN: 84-470-2092-4 (Tomo II)
Depósito legal: M-45.134-2003
Compuesto por Francis Gil y Mirna Pinto
Printed in Spain – Impreso en España
Por Closas-Orcoyen, S. L.
Paracuellos del Jarama (Madrid)

PLAN GENERAL
DE LA OBRA

PLAN GENERAL DE LA OBRA[*]

PROEMIO
ALFREDO ARISMENDI A.

PRESENTACIÓN
JESÚS CABALLERO ORTIZ

DISCURSO
EDUARDO ROCA ROCA

PRÓLOGO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

DISCURSO
PEDRO NIKKEN

PREFACIO
LUCIANO PAREJO ALFONSO

APRECIACIÓN
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA
Rector de la Universidad Externado de Colombia

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN
Ex Superintendente de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela

[*] Al final de cada tomo se incluye un índice detallado del mismo. El último tomo incluye el índice general de toda la obra.

PLAN GENERAL DE LA OBRA

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
Profesora de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811
IRENE LORETO GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA
JORGE VÉLEZ GARCÍA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL
SANDRA MORELLI
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO
JORGE LUIS SUÁREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA
MARIANELA ZUBILLAGA
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA
HEINZ SCHÄFFER
Profesor de las Universidades de Salzburgo, Austria

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSSI
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES
DIETER NOHLEN
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS
MANUEL FEO LA CRUZ
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO
DANIEL ALBERTO SABSAY
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA
MARIE PICARD DE ORSINI
Profesora de la Universidad de Carabobo, Venezuela

§ 23. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN: DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBECIENCIA CIVIL?
ELOÍSA AVELLANEDA y LUIS SALAMANCA
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela, España

§ 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO
JORGE LONDOÑO
Vicerrector Académico de la Fundación Universitaria de Boyacá, Colombia

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL AMERICA LATINA
EDUARDO ROZO ACUÑA
Profesor de la Università degli Studi di Urbino, Italia

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA
CHRISTIAN PIELOW
Profesor de la Universidad de Ruhr, Bochum, Alemania

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO
ARGENIS URDANETA
Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la Organización Iberoamericana Cooperación Intermunicipal (OICI), España

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Profesor de la Universidad de la Coruña, España

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
Rector de la Universidad Valle del Momboy, Venezuela

§ 34. BREWER Y CARACAS
DOLORES AGUERREVERE VALERO
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
DONATO LUPIDII
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
ALFREDO ARISMENDI A.
Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA
RICARDO HARO
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD
PIERRE BON
Directeur del'Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia

2. *El poder judicial*

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL
DIEGO VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *El poder ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD
Profesor Emérito de las Facultades de Derecho de la Universidad Panthéon-Assas París II, Francia

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA 1940-1952
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL EN LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD
EDGAR CARPIO MARCOS
Asociación Peruana de Derecho Constitucional

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPORTADA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ–MENDIBLE
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública, México

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
Secretario de Estado, España

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Ex Consejero de Estado de Colombia

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO - ADMINISTRATIVA
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
LUBÍN AGUIRRE
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA
RICARDO HOYOS DUQUE
Consejero de Estado, Colombia

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA
JAIME VIDAL PERDOMO
Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
ALFONSO PÉREZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, España

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE
PIERRE DELVOLVÉ
Profesor de la Universidad de París II, Francia

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD
BLANCA LOZANO CUTANDA
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Univesidad Santa María

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO
FRANCK MODERNE
Catedrático de Derecho Público de la Universidad París I, Francia

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES
JUAN DE STEFANO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DANIEL FERNANDO SORIA
Profesor de la Universidad Católica Argentina y Universidad Austral

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
Catedrático de Derecho Administrativo, España

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?
JESÚS CABALLERO ORTIZ
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LAS CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
LUIS CORSI
Profesor de la Universidad Santa María y de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE
SANTIAGO GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, España

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA
JOSÉ RAMÓN PARADA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000, N,328. IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI. LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA
ONORATO SEPE
Profesor de la Universidad de Roma, Italia

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO
JUAN GARRIDO ROVIRA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VOIP EN VENEZUELA
DANIEL OQUENDO
Profesor de la Universidad Monte Ávila, Venezuela

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES
RAINER LORENZO
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA "DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO" POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
FRANCISCO HUNG VAILLANT
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA
FEDERICO E. LEÁÑEZ A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO
FABIO ROVERSI MONACO
Rector de la Universidad de Bologna, Italia

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA
ENRIQUE ROJAS FRANCO
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA
ALBERTO B. BIANCHI
Profesor de la Universidad Austral, Argentina

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, España

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional, España

§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRARREFORMA INCONSTITUCIONAL)
AGUSTÍN GORDILLO
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW
J.A. JOLOWICZ
Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra

PLAN GENERAL DE LA OBRA

TOMO III

CUARTA PARTE

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ
PEDRO NIKKEN
Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Profesor de la Universidad Central de Venezuela

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
Director Universitas S.R.L., Argentina

§ 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JESÚS MARÍA CASAL H.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL
ROBERTO CUELLAR M.
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO
LUIS MOISSET y MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

2. *Principios de igualdad*

§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD
MIGUEL CARBONELL
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *Libertad de expresión*

§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

§ 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, Brasil

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS
SALVADOR LEAL WILHELM
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS
JUAN CARLOS HENAO
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

5. *La libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN
LUIS PAULINO MORA MORA
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA
JOSÉ BERMEJO VERA
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Zaragoza, España

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales,
Universidad de los Andes, Venezuela

§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS "DERECHOS AMBIENTALES"
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
Vicerrector Académico de la Universidad Carlos III de Madrid, España

§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA
DANTE CAPONERA
Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Italia

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO. ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMA
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España

§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS
CARLOS M. AYALA CORAO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO "IMPUESTO" AL DÉBITO BANCARIO
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 140. LA NOCIÓN DE "DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN" COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL
HUMBERTO ROMERO MUCI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SEXTA PARTE

VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL
JOSÉ DEL REY FAJARDO
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA
JACQUELINE LEJARZA A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO
CARLOS A. CASANOVA
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
SONIA PICADO
Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica

CURRICULUM VITAE
ALLAN R. BREWER-CARÍAS

TERCERA PARTE
DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD

Alberto J. Gil Ibáñez[1]
Vocal Asesor en el Ministerio de Economía, España

I. CENTRANDO EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO

Tradicionalmente, la Administración pública ha tratado, al menos en nuestro país, de hacer frente a las mayores presiones de eficacia, eficiencia y economía, trasladando fuera de la órbita del Derecho administrativo las parcelas de la actuación pública que se han mostrado susceptibles a dicho *movimiento*. Esta actuación ha escondido en ocasiones un cierto prejuicio ideológico, consistente en pensar que para ser más eficaces y eficientes y poder competir, en el fondo, con el sector privado había que ser como ellos, eliminando todas las posibles diferencias. Este fenómeno se ha dado, por ejemplo, en algunos procesos de privatización, aunque no sólo, ya que las fórmulas de *huída* del Derecho administrativo ha alcanzado niveles imaginativos a veces difícilmente emulables.

Lo que en este artículo vamos a analizar es de qué manera el *núcleo duro* administrativo, formado por los Ministerios (o Consejerías en el ámbito autonómico), y sus organismos autónomos, está todavía imposibilitado o no para competir con otras organizaciones de características similares (por ejemplo, en cuanto a tamaño y tipo de función), del sector privado. Las fronteras entre *lo público* y *lo privado* en sociedades complejas y en permanente cambio, son cada vez más difusas y la Administración pública encuentra cada vez menos excusas para rehuir posibles comparaciones y competencias, al menos en términos de eficacia o calidad, con otras organizaciones privadas de características similares. Es más, podríamos vaticinar que si la Administración no es capaz de competir eficazmente corre serios riesgos de desaparecer o, al menos, de toparse con crecientes dificultades para mantener un correcto desempeño de su función que sea percibido como legítimo y necesario por el ciudadano.

En este sentido, un elemento que caracteriza a la Administración pública, todavía en nuestro país, es la pervivencia, con todos los matices que se quiera, de un conjunto normativo peculiar y de gran tradición: el Derecho administrativo. Son muchos los autores que han señalado la evolución del concepto y ámbito del Derecho administrativo y, sin embargo, todavía pervive la percepción dentro y fuera de la Administración de que precisamente la existencia de ese Derecho peculiar se convierte en uno de los principales lastres y obstáculos para la necesaria adaptación de la Administración pública a los tiempos que vivimos.

1. Las opiniones vertidas en este artículo obviamente *corresponden* al autor y en modo alguno comprometen a la institución donde trabaja.

En las líneas que siguen trataremos de indagar cuál es la realidad que se oculta tras esos temores, y de qué manera se encuentra hoy en día el Derecho preparado para comunicarse y permitir una eficaz convivencia, dentro del ámbito que representa la Administración pública, con conceptos e instrumentos aparentemente tan dispares y distantes como las doctrinas de la Gestión Pública, las nuevas tendencias que implica la *Gobernanza* y los procesos de mejora de la calidad. De este análisis podremos deducir en qué situación se encuentra la Administración pública para competir, salvando la especificidad que representa su objeto, con otras organizaciones privadas.

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA: ALGUNAS OBSERVACIONES PREVIAS

1. Éxito y crisis del Derecho administrativo

Existen muchas definiciones del Derecho administrativo y de Administración pública, tanto en Derecho español como en Derecho comparado. Como punto de partida tomaremos un concepto amplio, entendiendo por Derecho administrativo el conjunto de normas que gobierna la organización, actividad y funcionamiento del sector público, así como las relaciones entre la Administración pública, sociedad y ciudadanos, y entre las distintas entidades públicas[2].

El siglo XX ha sido quizás el momento del mayor éxito del Derecho administrativo, sobre todo como consecuencia del modelo del Estado de bienestar, pero también probablemente el de una de sus mayores crisis.

En efecto, en especial durante la primera parte de la segunda mitad del siglo XX, paralelamente al florecimiento del Estado Welfare, tanto el ámbito como el volumen del Derecho administrativo aumentó de forma muy notable, hasta el punto de que incluso en los Estados Unidos, un país donde el estudio de la Administración tradicionalmente se había concentrado en los problemas de funcionamiento y organización y no tanto en las normas que producía, esta situación experimentaría un cambio de dirección[3].

De hecho, en la actualidad, a pesar de algunas resistencias, la disciplina Derecho administrativo puede encontrarse en numerosas Universidades de los países llamados, de manera quizás un tanto simplista, del common-law, tal vez porque también es cada vez más globalmente aceptado que el Gobierno no puede ser considerado en todos los extremos igual a los ciudadanos ya que la función de aquél es la de *gobernar*[4].

---

2. Para un resumen de las posiciones doctrinales respecto a la definición del Derecho administrativo, principalmente en nuestro país, ver ORTEGA, Luis, *La concepción subjetiva del Derecho administrativo tras la Constitución española de 1978*, ed. Bomarzo, Albacete 1989. Este autor se decanta por la siguiente definición más específica: "El Derecho administrativo, sería aquel sector del ordenamiento derivado caracterizado por sus técnicas de exorbitación del Derecho común en beneficio de aquellas personas jurídico públicas constituidas por las Administraciones públicas en cuanto están directamente llamadas por el ordenamiento constitucional a intervenir en la sociedad para servir con objetividad los intereses generales reclamados por los principios del Estado social y democrático de Derecho que preside la Constitución", p. 74.

3. En este sentido, *V.*, ROSENBLOOM, David, *Public Administration and Law*, ed. Marcel Dekker, Nueva York 1983.

4. *Cf.*, FRIEDMANN, W., citado por HARLOW, Carol y RAWLINGS, R., *Law and Administration*, ed. Weidenfeld and Nicolson, Londres 1984, p. 17.

No obstante, también puede observarse que el Derecho administrativo entró al final del mismo siglo, en un proceso en el que puede correr el peligro de *morir de éxito*[5]. La primera amenaza en este sentido fue el incremento peligroso del déficit público que puso en cuestión la supervivencia del propio Estado de bienestar que había permitido su éxito precedente. Pero resultaría ingenuo pensar que ésta es la única o la más importante razón para considerar una crisis del Derecho administrativo. Entre otros factores importantes podemos plantear un (al menos) cuádruple proceso paralelo de privatización:

a) La privatización económica, de una sustancial parte del sector público económico que ha traído como consecuencia un paralelo incremento de un tipo de reglamentación administrativa, extraordinariamente compleja, de contenido económico, social y tecnológico, sacando al Derecho administrativo de su ámbito tradicional[6].

b) La privatización de instrumentos jurídicos, que ha producido una importación en el sector público de formas e instrumentos provenientes del Derecho privado, tales como nuevos tipos de contratos, convenios, fundaciones, derecho negociado, etc...[7] Incluso, podría afirmarse que el actual contexto en que se mueve *lo público* se hace difícil poder hablar ya de una nítida separación entre Derecho público y privado[8].

c) La privatización de naturaleza *política*, consecuencia de una crisis de legitimación en la actuación del Estado en Europa y Estados Unidos, que tiene a superar o completar la democracia representativa, por medio, entre otros, de la fuerza que ejercen nuevas formas de organizaciones cooperativas (de las que las ONGs, serían sólo un limitado ejemplo), grupos de afectados (asociaciones de consumidores), asociaciones privadas detentadoras del conocimiento científico o tecnológico, etc..., presionando para crear fórmulas innovadoras de co-participación tanto en la toma de decisiones, elaboración de las normas (*Derecho negociado*) como en su ejecución. Todo esto conlleva una creciente complejidad a la hora de definir hoy en día qué debe entenderse por *interés público*.

d) La privatización de la gestión, actualmente, servicios de titularidad pública, se prestan o gestionan, con naturalidad, a través de empresas privadas, por ejemplo, en el terreno de la salud o de la prestación de servicios municipales (basuras, grúa, etc.).

No obstante, a pesar de este cuádruple proceso de privatización, o tal vez a causa de él, la regulación administrativa ha invadido amplias capas de la actuación social, "el Derecho está en todas partes"[9], identificándose igualmente una proliferación de sujetos reguladores, algunos a caballo de lo público y lo privado (Comisiones Reguladoras de ciertos mercados, Quangos, etc). Todo ello, sin embargo, al coste de ganar en complejidad y convirtiendo la aplicación del Derecho en un desafío más difícil de superar.

---

5. Para un análisis más profundo de la crisis del Derecho administrativo, *V.*, CHITI, Mario, "Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?", *Rivista trimestrale di diritto pubblico* n° 2, 2000, pp. 2301-320.

6. *V.*, MORAN, Michael y PROSSER, Tony, *Privatization and Regulatory Change in Europe*, ed. Open University Press, Buckingham 1994.

7. Igualmente se han producido transferencias del Derecho administrativo al civil, *V.*, sobre este tema, MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus Instituciones*, ed. Civitas, Madrid 1996.

8. *V.*, en general, el interesante estudio de GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, ed. Montecorvo, Madrid 1996. También del mismo autor , para una visión global del estado actual de la doctrina, *V.*, "Derecho público y Derecho privado, (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema", *Cuadernos de Derecho Público* n° 8, septiembre-diciembre 1999.

9. SCHUCK, Peter, "The Limits of Law", en SCHUCK, P., *The Limits of Law. Essays on Democratic Governance*, ed. Westview Press, Colorado 2000, p. 419.

Mientras que resulta relativamente fácil proponer nuevas normas y aprobarlas (sobre todo si son reglamentos, pero incluso si son leyes y se cuenta con una cómoda mayoría en el Parlamento), su aplicación y ejecución es a menudo mucho más costosa (tanto desde el punto de vista económico como social, tecnológico, administrativo o práctico), de lo que normalmente se pensó al hacerla.

Ante esta situación, la Administración pública, los gestores públicos, el Derecho administrativo y los juristas que lo construyen y lo aplican han tenido que reaccionar, a veces de manera inconsciente, cambiando o matizando muchos de los presupuestos que durante años han servido de base a su actuación. Este proceso de cambio es todavía mayor si tomamos Europa como punto de referencia.

2. La evolución del concepto de Administración pública: de la claridad de *lo público* a la imitación de *lo privado* para llegar a la complejidad de lo *público-privado*

El Derecho administrativo se relaciona implícita o explícitamente con un concepto determinado de Administración, y por ende de Estado y de gobierno, ya que estos conceptos aparecen en la opinión pública, y a veces históricamente, tan próximos que a menudo se corre el riesgo de confundirlos[10]. De hecho, podemos añadir que todas las instituciones (y el Derecho y la Administración no son excepciones) se desarrollan en un contexto histórico que con el tiempo cambia y es sustituido por otro, lo que fuerza a modificar también conceptos, métodos y conclusiones[11].

La Administración pública surge cuando el Estado necesita para gobernar un importante y creciente *aparato administrativo*, como ocurrió por ejemplo en la Francia de la segunda mitad del siglo XVII[12]. No es casualidad, por tanto, que el Derecho administrativo tuviera originariamente un mayor éxito en aquellos países donde prevalecía el poder ejecutivo, la mayoría de la Europa continental, que en aquéllos donde se daba un predominio del Parlamento, como sucedía en el área anglosajona[13]. Por su parte, el siglo XX ha visto pasar al Estado de un concepto *liberal*, que presuponía un ámbito limitado de actuación, a uno intervencionista, donde el Estado asumía directamente la provisión de determinados servicios considerados *públicos* y una participación importante en la economía como empresario, para volver en los últimos años del siglo a una concepción neo-liberal que, aunque todavía está a la búsqueda de una definición definitiva, presenta un carácter más o menos intermedio entre las dos anteriores figuras (por lo que tampoco sería un error llamarlo *neo-social*).

Sin embargo, contrariamente a las expectativas de algunos, el Estado neo-liberal no ha supuesto una disminución drástica del peso e importancia de la Administración

10. KÖNIG, Klaus, "Entrepreneurial Management or Executive Administration, The Perspective of Classical Public Administration" en KICKERT, Walter (coord.), *Public Management and Administrative Reform in Western Europe*, ed. Edward Elgar, Cheltenham 1997, pp. 213-232.

11. Sobre las dificultades de definir el concepto de Administración pública en Europa desde una perspectiva histórica, *V.*, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, pp. 33-41. Este autor nos recuerda, citando a NIETZSCHE, que "lo que tiene historia no puede ser definido".

12. Respecto al análisis histórico de la situación en España, *V.*, el excelente estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración española*, ed. Alianza Editorial, 1964.

13. En este sentido, CASSESE, Sabino, "La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unido", en CASSESE, S. (coord.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. I, ed. Giufrre, Milán 2000, pp. 1-88.

pública, aunque sí un cambio en su función, áreas de actuación y métodos de trabajo. En una primera etapa, se produjo un periodo de imitación y hasta casi adulación a lo privado como sinónimo de calidad y eficiencia, concretado, por ejemplo en los procesos de privatización que hemos visto anteriormente. No obstante, a pesar de diversos procesos de tal naturaleza en marcha, el papel de la Administración en sus diversas formas y de la reglamentación administrativa, en particular, se ha extendido y profundizado en ámbitos precisamente cercanos al ciudadano: medio ambiente, protección de los consumidores, seguridad y salubridad de los productos..., y ha fortalecido su presencia y función en otros, tales como: planeamiento urbanístico, derecho de la competencia, etc…

Por otra parte, esta tendencia ha afectado profundamente a la estructura y métodos de trabajo con los que la Administración despliega sus funciones. Así, en la actualidad, podemos observar la proliferación de Agencias, entidades reguladoras independientes (sobre todo en áreas del llamado nuevo mercado, como es el caso de las telecomunicaciones), y una amplia variedad de fórmulas que permiten al sector privado participar directamente en la prestación de servicios considerados todavía públicos. Si el prof. M. Giannini ya identificó en su día un fenómeno del paso de Estado *monoclase* (propio de regímenes de sufragio censitario) a Estado *pluriclase* (cuando el cuerpo electoral cubre todas clases sociales) y los efectos que ese cambio tuvo para el Derecho administrativo, podríamos añadir aquí que se está produciendo también hoy un paso de la Administración *monorganizacional* a una *pluriorganizacional*, formada por organizaciones diversas y complejas, cuya coordinación dista de ser jerarquizada y que requiere por el contrario capacidades cada día más sofisticadas de Gestión pública[14]. Podríamos concluir que el futuro, que ya es presente, nos depara una Administración formada por una compleja red de estructuras en la que la pueden convivir entidades de naturaleza pública con otras de naturaleza privada o cuasi-privada. Profundizaremos en esta complejidad en las páginas siguientes.

3. La interrelación público-privado: la irrupción de la cultura managerial en lo público versus la responsabilidad público-social de las organizaciones privadas

A. Gestión pública y Derecho administrativo

Cuando las técnicas de Gestión pública comenzaron a aplicarse en los proyectos de reforma administrativa (técnicas que incluyen, entre otras, un mayor énfasis en una política eficaz de recursos humanos, la satisfacción del cliente, el binomio autonomía/responsabilidad, la utilización del Presupuesto de gastos como instrumento de gestión y los procesos de calidad), un importante grupo de juristas, por una parte, y de los defensores de dichas técnicas, por otra, reaccionaron defendiendo que el Derecho y la Gestión pública no se necesitaban, y que podían convivir sin encontrarse, arguyendo para ello que el Derecho no entraba en los problemas de gestión diaria presentes en las oficinas públicas y que las técnicas de Gestión no entrañaban problemas jurídicos ya que no implicaban ningún cambio en la situación jurídica del ciudadano ni comportaban nuevas competencias para la Administración.

14. GIANNINI, Massimo S., *Il Pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche* Ed. Il Mulino, Bolonia 1986.

Sin embargo, lo cierto es que el Derecho no sólo fija las líneas principales de la organización, estructura de las entidades públicas, los derechos y deberes de sus empleados, directivos y altos cargos, sino que desarrolla importantes principios procedimentales que afectan directamente a cómo la Administración y sus funcionarios trabajan. Así, principios como el de *buena administración*, el de *proporcionalidad*, el *derecho de audiencia* y el *derecho de acceso a los documentos*, no sólo influencian la mentalidad y actitudes de los funcionarios sino que presiden las relaciones entre la Administración y sus *clientes*. No se podría hablar, por tanto, de valoración de resultados y eficiencia sin conocer o tener en cuenta estos principios.

Entonces, ¿si no pueden funcionar de forma paralela, tenemos que aceptar una imagen de conflicto? Se ha sostenido en ocasiones, incluso en el mundo anglosajón, que propuestas lanzadas desde el mundo de la Gestión como: otorgar una mayor autonomía de decisión a los gestores públicos, promover la iniciativa emprendedora de los directivos, y evaluar la responsabilidad de la Administración por rendimientos y resultados, iría contra la esencia del Derecho[15].

De hecho, un grupo de autores y actores públicos han tomado partido por la descalificación, de forma clara o matizada, de las opciones representadas por *el otro*. Entre este grupo encontramos los que menosprecian la importancia del Derecho y la jurisprudencia para la actuación administrativa o simplemente la reconocen pero la consideran negativa[16]. En uno de los libros clásicos en el área de la Gestión pública, se da la siguiente opinión sobre las normas jurídicas: "*...whenever things go wrong, politicians respond with a blizzard of new rules. A business would fire the individuals responsible, but governments keep the offenders on and punish everyone else by wrapping them up in a red tape…we embrace our rules and red tape to prevent bad things from happening, of course. But those same rules prevent good things from happening*[17]". Esta postura de que las normas constituyen una *fácil* respuesta en manos del poder ejecutivo que cierran la puerta a otras posibles opciones mejores, podría ser suscrita también por muchos politólogos, si bien se fundamenta en un concepto algo confuso de *normas jurídicas*.

Pero el ataque por parte de los juristas a las teorías y técnicas de Gestión pública no ha sido menos directo y firme, considerándolas pura y simplemente algo inútil, "muchas palabras para simplemente decir que los gestores públicos deben utilizar su sentido común". Desde dichas posiciones muchas veces se ha esperado, cuando no deseado, el fracaso de cualquier intento de reformar la Administración que no tomase el Derecho y la jurisprudencia en serio. En otras palabras, del lado del *sistema* jurídico, se haría hincapié en la necesidad de someter toda acción administrativa al Estado de Derecho, a la Constitución y a las normas, mientras que del lado de la Gestión pública el énfasis se pondría en objetivos, resultados, eficiencia, calidad. No obstante, este conflicto no siempre aparece claramente justificado pues, aunque existe una desconfianza mutua respecto a recetas y propuestas entre ambos, ésta en ocasiones tiene un carácter más nominal que sustantivo ya que está basada fundamentalmente en el rechazo que provoca la utilización de ciertos términos. Entre los puntos de hostilidad podríamos destacar los siguientes:

---

15. *Cf.,* MACLAUCHLAN, Wade, "Public Service Law and the New Public Management" en TAGGART, M. (cord.), *The Province of Administrative Law,* ed. Hart, Oxford 1997, pp. 118-133, p. 129.

16. Para un resumen de posturas negativas por parte de los teóricos de la Gestión Publica al Derecho, *V.,* en francés: CAILLOSSE, Jacques, "Le manager dénégation et dramatisation du droit" *Revue Politiques et Management Public* n° 11/4, 1993, pp. 85-110.

17. OSBORNE, David, y GAEBLER, Ted, *Reinventing Government,* ed. Addison-Wesley, Massachusetts 1992, p. 111.

a) Los conceptos de *cliente* y *producto* siempre han tenido una difícil aceptación por parte del mundo del Derecho, que ha contrapuesto en ocasiones otros, aparentemente distintos, como *ciudadanos* (sujetos de derechos y obligaciones), *contribuyentes*, *usuarios* y *servicios públicos* (que deben prestarse de forma universal a un nivel de calidad equivalente). Sin embargo, existe unanimidad en dejar para el pasado conceptos como *administrado*, que lleva implícita una connotación pasiva y de sujeción jerarquizada.

b) Mientras el jurista está más interesado en articular la *responsabilidad patrimonial* de la Administración por acciones perjudiciales para un tercero, la Gestión pública se concentra más en la *rendición de cuentas* (traducción no siempre fácil del término inglés *accountability*) por los resultados de la acción administrativa en comparación con estándares y objetivos fijados de antemano, así como en la imputación de una actuación poco eficiente.

c) Mientras el Derecho se preocupa preferentemente de la lucha por la *equidad* y la *ética* de comportamientos, la Gestión pública se relaciona con asegurar la *calidad*, al consecución de *resultados*, y un buen *rendimiento*.

En cualquier caso, la cuestionada importación de técnicas de gestión privada al mundo de lo público aparece lo suficientemente matizada para que no deba entenderse como un peligro para nadie y menos para el Derecho administrativo. De hecho, como se ha destacado, hoy en día *lo managerial* se conoce como *Gestión pública* dándose de esta forma carta de naturaleza a su especificidad.

B. La olvidada responsabilidad social de las organizaciones privadas[18]

La especialización del trabajo, el desarrollo tecnológico, la vertiginosa expansión de los transportes y las comunicaciones, han contribuido sobremanera a completar el protagonismo de las Organizaciones como agentes de primer orden en la conformación del desarrollo capitalista.

El término Organizaciones aquí empleado bien podría ser sinónimo de Corporaciones: empresas o posibles agrupaciones de varias empresas derivadas de iniciales sociedades financieras, comerciales o industriales desarrolladas al amparo de las sociedades anónimas o sociedades por acciones a finales del siglo XIX y principios del XX.

En los últimos años, se ha defendido que la función de estas Corporaciones iría bastante más allá de la de un supuesto *agente ciego* privado, sino que más bien a través de su enorme capacidad para establecer políticas innovadoras contribuyen de forma directa a fijar las condiciones de funcionamiento del mercado[19].

Por otra parte, no sólo las organizaciones públicas se han visto sometidas a la *invasión* de técnicas de gestión privadas, también las organizaciones privadas de entidad y tamaño importante se presentan como co-responsables de muchas políticas públicas, como por ejemplo, el medio ambiente, la seguridad social, la calidad del empleo, protección de consumidores, la formación ocupacional, etc... En todos estos sectores exis-

18. Agradezco sobre manera para este punto las reflexiones y comentarios aportados por CASAMAYOR, Serafín, uno de esos funcionarios enormemente valiosos que no se resignan ante los obstáculos administrativos y siguen dedicando sus mejores esfuerzos a reflexionar sobre posibles vías para su mejora y tratar de ponerlas en práctica.

19. LAZONIK, William, "Public and Corporate Governance: the Institutional Foundations of the Market Economy", *Economic Survey of Europe*, ed. Comisión Europea para Europa, Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra 2001, n° 2.

ten normas aprobadas por las autoridades públicas, ineficaces, sin embargo, sin la asunción de su responsabilidad por parte de las empresas, incluso la propia OCDE, ha adoptado unas líneas directrices a este respecto (www.oecd.org/daf/investment). Como decía Peter Drücker, las organizaciones poseen una responsabilidad social que ejercitan: ayudan a desarrollarse a los individuos, crean una identidad de objetivos y también vertebran en cierta medida la sociedad. Dicho planteamiento, sin embargo, responde a una visión optimista del mercado: a largo plazo, en una sociedad con economía de mercado las variables reales como son empleo, renta y producción siempre crecen.

En cualquier caso, podemos concluir que tampoco en el mundo privado el criterio de racionalidad económica y el de eficiencia agotan todo el discurso ya que las empresas, en función de su tamaño, desarrollan actividades con potencial gran impacto sobre los ciudadanos y no sólo sus clientes directos (vecinos, niños, etc...), cuyos intereses deberán tener en cuenta y cuyas necesidades deberán prever en orden a adelantarse a sus posibles reclamaciones. Su *cliente* de esta manera se extiende también a los afectados *indirectos* de sus modos de producción; una vez más *lo público* y *lo privado* se interrelacionan y se fuerzan a aprender uno del otro y viceversa.

III. LA IMBRICACIÓN DE *LO PÚBLICO* Y *LO PRIVADO* A TRAVÉS DEL DERECHO

1. Los principios de buena gestión económica en la Administración pública

Como es de sobra conocido, las famosas tres *es* (economía, eficacia y la eficiencia) han servido de base conceptual a la Gestión pública durante años, y han sido también el fundamento de sus críticos que consideran estos principios "excesivamente simplificadores y de carácter economicista", y que no abarcan la complejidad intrínseca del fenómeno *Administración*. Otro de los problemas que plantean esos principios es el de su definición, porque ¿qué significan realmente conceptos como *eficiente*, *eficaz*, *exitoso*, en el ámbito público? La Administración pública forma parte de una estructura política y social, pero ¿cuáles son los indicadores que miden la gestión, éxito y rendimiento de una sociedad? ¿La felicidad de sus ciudadanos (objetivo que aparece por ejemplo en la Constitución de los Estados Unidos)? ¿La seguridad de los consumidores? ¿La contribución del país a la paz mundial? ¿El número de delitos y personas en la cárcel? ¿El producto interior bruto? ¿El nivel de educación? ¿La tasa de desempleo? ¿El coste sanitario? ¿La justicia social? ¿El nivel de corrupción? ¿La calidad del medio ambiente? ¿El número de empresas con beneficios? ¿La creatividad de la población e instituciones? ¿El número de ONGs? ¿La solidaridad entre sus miembros? ¿El grado de participación política? ¿La participación real de los ciudadanos? ¿El número de personas que necesitan asistencia física y psicológica? ¿El número de suicidios por mil habitantes? ¿Todo junto?

Un profesor belga de Gestión pública ha definido de forma más neutral y científica *eficiencia* como la relación entre *inputs* y *outputs*, mientras que *eficacia* sería la relación entre los *outputs* y sus efectos[20]. Cada definición que tomemos esconde, no obstante,

20. BOUCKAERT, Geert, "Governance between Legitimacy and Efficiency: Citizen Participation in the Belgian Fire Services" en KOOIMAN, J., (coord.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, ed. SAGE, Londres 1993, pp.145-157, p. 146.

problemas profundos de tipo social así como potenciales valoraciones diversas de políticas públicas, además de influenciar y determinar el modelo teórico que podamos utilizar. Sin embargo, a los efectos que nos hemos planteado en este artículo, podemos partir de un concepto lo suficiente amplio y a la vez preciso para establecer comunicación con otras disciplinas. Para ello, utilizaremos como punto de referencia el famoso modelo de John Rawls, profesor de Harvard, que presentó en su libro *Theory of Justice:* una Administración eficaz y eficiente sería aquélla que permanece siendo considerada como tal para cualquier observador situado en una posición original de ignorancia respecto al papel y función que le tocará desempeñar en el sistema social[21]. Aunque no deja de ser una propuesta conceptual tiene el valor potencial de servir de base de comparación objetiva para cualquier otra definición realizada dentro de cualquier otra rama del conocimiento.

2. La economía, eficacia y efectividad desde el punto de vista del Derecho

¿Qué se considera, en la actualidad, una Administración eficaz y eficiente desde un punto de vista jurídico? ¿Seguir todos los requisitos procedimentales establecidos por las normas para garantizar la equidad y objetividad de un proceso de contratación pública? ¿O seleccionar de manera rápida y diligente una conocida y reputada empresa dispuesta a hacer el trabajo a un precio razonable según mercado? Desde el mundo jurídico se ha presentado a veces a la eficacia como un objetivo ilusorio que tan sólo serviría para esconder un deseo permanente de escapar de los controles rígidos de gestión que implica en la actualidad todavía el Derecho público[22]. Así, podría colegirse que eficacia y legalidad se contraponen, al menos en ese sentido. Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que los principios de economía, eficacia y efectividad, están hoy en día integrados en el ordenamiento jurídico e incluso son tenidos en cuenta por los jueces en algunas de sus sentencias.

No obstante, al ser traducidos al lenguaje jurídico, aparecen a veces bajo otras denominaciones o bien con un concepto algo distinto, como luego veremos.

El principio de eficacia viene reconocido por la Constitución española como directamente aplicable a la Administración pública (art. 103 CE), ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias[23] y aceptado por el propio Tribunal Supremo como criterio de interpretación, aunque en un ámbito limitado[24]. Asimismo, ha quedado reconocido en dos de las más importantes leyes que afectan al funcionamiento de la Administración española: art. 3.2 a) de la Ley 6/1997 de Organi-ación y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), y art. 3.1. de la Ley 30/92 de 26 de noviembre (modificada por la Ley 4/99) sobre Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En otras palabras, hoy en día nadie duda de que cualquier actividad que deba o pueda desarrollar la Administración, de acuerdo a sus competencias y poderes, tenga que hacerlo con eficacia.

---

21. *Cf.,* RAWLS, John, *Theory of Justice,* ed. Harvard University Press, Cambridge 1971; *The Law of Peoples,* ed Harvard University Press, Cambridge 1999.
22. *V.*, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis..., op. cit*., pp. 212 y ss.
23. *V.*, por ejemplo, SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 27/1987, de 27 de febrero; 178/1989 de 2 de noviembre.
24. *V.*, por ejemplo, SSTS de: 30 de enero de 1991, RAZ 616; 20 de octubre de 1992, RAZ 8036.

De igual modo, tampoco existe ningún obstáculo para reconocer, desde un punto de vista legal, que el gasto público debe programarse y emplearse de acuerdo a los principios de economía y eficiencia, según reza el artículo 31.2 de nuestra Constitución dentro de la Sección segunda (*De los derechos y deberes de los ciudadanos*), Capítulo II, del Título I: *De los derechos y deberes fundamentales*. Paralelamente, desde el punto de vista procedimental, puede observarse que estos principios provenientes de la doctrina de Gestión pública y de contenido fundamentalmente económico en origen, aparecen hoy en día integrados en principios procedimentales, legalmente reconocidos y que los propios Tribunales tratan de aplicar. En este sentido, los principios de economía y eficacia quedarían traducidos como *de buena administración* y el de eficiencia en el de *proporcionalidad*, aunque es verdad que los Tribunales encuentran a menudo dificultades a la hora de interpretar estos principios. Finalmente, la propia LOFAGE, reconoce a la economía y a la eficiencia como principios, respectivamente, de organización y funcionamiento (art. 3).

Por tanto no existe a primera vista contradicción entre economía, eficacia, eficiencia, por una parte, y de Derecho, por otra. De hecho, sólo una acción que respetase el principio de legalidad puede considerarse eficaz, pues de otro modo, lo más probable es que fuera rechazada por los Tribunales, con las consecuencias que ello implica. La otra cara de la moneda es que, sólo una acción eficaz, que hace un adecuado uso de medios y gasto público, puede considerarse en realidad legítima. Con todo, es verdad que, como reconoce parte del doctrina jurídica, el Derecho se muestra insuficiente para asegurar la eficacia administrativa, para lo que, inevitablemente habrá que acudir a técnicas como la *Calidad Total*[25], técnicas que, podemos añadir, caen fuera del conocimiento y razonamiento habitual en los Tribunales de lo contencioso. Dicha situación, lo único que de muestra una vez más es la necesidad imperiosa de una comunicación fluida entre Gestión pública y Derecho[26].

3. Otros principios complementarios: hacia un compromiso

En el caso de la contratación pública de una empresa, ¿qué pasaría si se descubre que un directivo público que participaba en el proceso de selección tenía intereses económicos en la empresa finalmente elegida? ¿Podría una sociedad moderna apoyar a un gobierno que muestra gran eficacia en proveer transporte rápido y de alta calidad a zonas ricas y cercanas a los centros económicos del país, mientras deja a otras con medios antiguos y lentos y carreteras estrechas y en mal estado? En otras palabras, ¿son los principios clásicos de las tres *es* suficientes para la Administración pública? La respuesta es obviamente no.

La Administración no opera en el vacío sino que es parte de un contexto político-social, cuyas actuaciones afectan a más sujetos que sus eventuales clientes directos.

25. PAREJO, Luciano, "La eficacia administrative y la calidad total de los servicios públicos" en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, vol. II, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2000, pp. 1949-1989.

26. Que este diálogo entre eficacia y legalidad debe ser posible también ha sido defendido desde el mundo de la Gestión pública, *V.*, SUBIRATS, Joan, "Poder, Organización y Evaluación de Eficacia en las Administraciones Públicas. Reglas de juego y palancas de cambio" en *Evaluación de la Eficacia en las Administraciones Públicas*, *Jornadas Técnicas*, X Aniversario del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, pp. 93-100.

Lo que algunos parecen ignorar es que esta insuficiencia es también aceptada sin rodeos por los propios teóricos de la Gestión pública[27]. Así, Rodhes complementa dichos principios con la necesidad de tener en cuenta la conducta de los funcionarios, un código de ética y la cultura imperante[28]. Carter, señalaba en los noventa el surgimiento de un énfasis hacia la calidad y le servicio al cliente[29]. Les Metcalfe defiende la necesidad de hablar de *innovación*[30]. March y Olsen sostienen que junto a economía y eficiencia, debe analizarse también *la capacidad de sobrevivir* y la *flexibilidad*, como valores claves para valorar y comparar diversas formas organizacionales[31]. La propia *calidad* de los servicios públicos se presenta como un complemento o superación de los principios de eficacia y eficiencia[32].

Desde el mundo del Derecho, también se han propuesto listas alternativas o, cuando menos, complementarias. Otra terna podría resumir estas propuestas: ética pública, equidad e igualdad (o no discriminación). También diversas Instituciones has tratado de confeccionar listas más omnicomprensivas. Así, la LOFAGE (art. 3) contempla una larga lista: desconcentración, descentralización, simplificación, programación, racionalización, responsabilidad, etc… La Comisión europea, por su parte, en su Libro blanco de reforma administrativa, coordinado por el Comisario británico Neil Kinnock, subraya como principios-guía los de: eficiencia, vocación de servicio, responsabilidad (en el sentido de rendición de cuentas) y transparencia[33].

En resumen, las famosas tres *es* de la Gestión pública no son hoy en día ningún obstáculo para la comunicación con el Derecho, sino que, por el contrario, deben considerarse como valores que debe asumir cualquier acción administrativa. Se trata de hacerlos compatibles con otros principios, igualmente importantes para la Administración pública.

IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS: LA GOBERNANZA Y EL DERECHO

1. En busca de una definición de Gobernanza

Hace ya bastantes años, John Stuart Mill consideraba, entre los criterios que debía reunir una buena forma de gobierno, el de contar con la "más pura y eficiente judicatura y la más ilustrada Administración"[34]. En un periodo en el que la justicia no se muestra

27. *V.*, también ELCOCK, Howard, "The Three E's: Necessary but not Sufficient Conditions for Good Government" *Public Policy and Administration* n° 56, 1989.

28. RHODES R.A.W., "Reinventing Whitehall 1979-1995" en KICKERT, Water (coord.), *Public Management and Administrative Reform in Western Europe, ob.cit.*, pp. 41-57.

29. CARTER, N., "Learning to Measure Performance: The Use of Indicators in Organizations", *Public Administration* n° 69, 1991, p. 91.

30. METCALFE, Les, "Public Management: From Imitation to Innovation" en KOOIMAN, J. (coord.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, ed. SAGE, Londres 1993, pp. 173-189, p. 174.

31. MARCH, J.G. y OLSEN, J.P., *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, ed. The Free Press, Nueva York 1989, p. 115.

32. BELTRÁN, Miguel, "El problema de la Calidad en los Servicios públicos", en REQUENA, Antonio Trinidad (coord.), *Evaluación…, ob. cit.*, pp. 33 y ss.

33. COM (2000) 200. Existe versión en español publicada por el INAP (Ministerio de Administraciones Públicas): "La Reforma de la Comisión. Libro Blanco. Abril de 2000", Documento INAP n° 22, 2001, con Prólogo de GIL IBÁÑEZ, A.

34. MORALES LAMUÑOMILL, J.S., "Representative Government", en MILL, J.S., *Utilitarianism Liberty Representative Government*, recopilado por ACTON, H.B., ed. Dent & Sons, Londres 1972, p. 196 *(la traducción es mía).*

eficaz, y en el que la Administración encuentra notables dificultades para reunir el conocimiento necesario para tomar las mejores decisiones, surgen las teorías de la *Gobernanza* como una posible ayuda.

Como todos los términos nuevos, una primera dificultad es la de encontrar una definición que pueda ser pacífica y universalmente aceptada. A ello se añade la difícil traducción a varios idiomas y el hecho de que se haya convertido en una especie de moda[35]. Un autor británico, Rhodes, ha identificado hasta siete posibles puntos de vista desde los que se puede abordar la *Gobernanza* en relación con el estudio de la Administración pública (entre ellas, la corporativa, la Nueva Gestión pública, *el buen gobierno*, las organizaciones-redes…)[36]. De hecho, el mismo término ha sido empleado también para referirse a todas las formas posibles de entender la construcción europea: supranacionalismo, funcionalismo, integración positiva y negativa, integracionismo, etc[37]. Pero también diversos aspectos del propio ejercicio de poder en la Unión Europea, tales como: *gobernanza sin gobierno* o *buen gobierno/buena gobernanza* (reflejando en este caso la dimensión legitimadora de las formas de organización transnacionales)[38]. En el documento de la Comisión europea titulado *Libro blanco sobre la gobernanza europea*, se la define como el conjunto de normas, procesos y comportamientos que afectan a la calidad del ejercicio de los poderes a nivel europeo, en particular, la responsabilidad, la legibilidad, la transparencia, la coherencia, la eficiencia y la eficacia[39].

Incluso, en los últimos tiempos ha surgido en ámbitos europeos el *método abierto* como un posible nuevo tipo de *gobernanza*[40].

No obstante, sin perjuicio de estas u otras definiciones de corte amplio, aquí tomaremos un concepto más restringido, que responde, a su sentido original y a cómo surgió. Así, su origen vendría de la presión de ciertos grupos representativos de intereses e individuos, poseedores de conocimiento técnico y capacidad de organización para participar en las decisiones públicas y en su ejecución. Dicha presión sería paralela al creciente recíproco interés que se produce por parte de la propia Administración para incorporarlos a su procedimiento decisorio con objeto de conseguir una mayor calidad y eficacia. En efecto, la *Gobernanza* hace especial referencia a la interrelación e interac-

35. En un interesante estudio llevado a cabo por los servicios de la Comisión europea, se analizaron las diversas traducciones del término *Governance* a las lenguas oficiales en la Unión Europea, aceptando la dificultad de la empresa y sugiriendo *Gobernanza* en castellano. *V.*, página web de la Comisión, proyecto de Libro Blanco sobre *Governance*. Más tarde la propia Real Academia de la Lengua ha cerrado el debate optando, en noviembre del año 2000, por la acepción *Gobernanza*, aunque admitiendo el uso como sinónimo de *gobernabilidad*, abarcando también este nuevo significado (*Cf.* Departamento del Español al día, RAE). Hemos optado en este estudio por el término *Gobernanza* ya que por tratarse de un vocablo antiguo y de escaso uso no se confunde con otros significados, si bien para notar su novedad y por la cierta extrañeza que todavía provoca su uso lo mantendremos entrecomillado.

36. RHODES, R.A.W., "Governance and Public Administration" en PIERRE, Jon (coord.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, ed. University Press, Oxford 2000, pp. 54-90.

37. *V.*, en este sentido, por ejemplo: MARKS, G., SCHARPF, F., SCHMITTER, P., STREECK, W., *Governance in the European Union*, ed. SAGE, Londres 1996.

38. JOERGES, Christian, "The Law's Problems with the Governance of the European Market" en *Good Governance and Administration in Europe's Integrated Market*, ed. Academy of European Law, Florencia, (*pendiente de publicación). V.*, también sobre la aplicación de este concepto a la Unión Europea: ORDOÑEZ SOLÍS, David, *La Gobernabilidad en Europa: de cómo repartir el poder y mejorar su ejercicio en la Unión Europea*, Entemu n° 12, 2000.

39. *V.*, Libro Blanco sobre la gobernanza europea: profundizar en la democracia de la Unión Europea, COM, 2001, 428 final, consultable en la página web de la Comisión.

40. HODSON, Dermot y MAHER, Imelda, "The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Co-ordination", *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, n° 4, noviembre 2001.

ción entre gobierno y sociedad, actores públicos y privados. El prof. Schmitter la ha definido como un método o un mecanismo para "enfrentarse a un amplio abanico de problemas y/o conflictos en los que los actores implicados llegan regularmente a decisiones mutuamente satisfactorias y obligatorias negociando y reflexionando entre sí y cooperando en su proceso de aplicación"[41].

Este concepto, no queda muy lejos, de la idea expresada por Tocqueville en su día, que el valor y eficacia de las Instituciones dependen siempre de las circunstancias, características y condiciones de la gente a las que se dirigen[42].

Debe subrayarse, finalmente, que todo este proceso no es independiente de una tendencia creciente a considerar a la democracia formal (que se expresa a través de elecciones convocadas cada cierto período de tiempo) como insuficiente para responder las demandas de unas sociedades modernas y complejas, donde capas cada vez más amplias de ciudadanos organizados, con amplios conocimientos teóricos y técnicos, y con acceso a instrumentos muy sofisticados de información, reclaman su derecho a contribuir más eficaz y directamente. En esta línea de pensamiento, la legitimación democrática tiene que ser completada con la participación efectiva y directa de los afectados por las decisiones públicas (los llamados en inglés *stakeholders*), participación que podría tomar diversas formas.

No se trataría de sustituir a la democracia representativa sino de completarla, entablando algo parecido a un proceso de competencia de legitimidades, que debe producir un incremento de la democracia real y unas políticas públicas de mayor calidad. Como se ha señalado en un informe reciente, los Parlamentos no deben temer este proceso sino reaccionar para aprovechar la potencial riqueza que entraña[43]. Por otra parte, si el Estado y la Administración pública no se abren a esta realidad y la integran para mejorar la calidad de sus políticas y el grado de voluntariedad en su aplicación, corren el peligro de ser devorados por aquélla, como el movimiento anti-globalización, aún teniendo todavía de carácter marginal, está demostrando.

2. De la relación entre *Gobernanza* y Derecho: la participación de sujetos privados como *marca* de presentación

Durante mucho tiempo la participación de los ciudadanos se detuvo a las puertas de la Administración. Los titulares de la soberanía, y decisores con su voto de quiénes debían ser los miembros del Parlamento, eran llamados, sin embargo, *administrados*, mostrando con ello la imagen de sujetos pasivos de la acción de los poderes públicos[44]. Sin embargo, la participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos no es nada nuevo en el campo del Derecho administrativo[45]. La participación aparece regulada en diversos textos legales, incluidas algunas Constituciones nacionales (*cfr*. artículo

41. SCHMITTER, Philippe, "What is There to Legitimize in the European Union… And How might this be Accomplished?", *Documento de trabajo, pendiente de publicación (la traducción es mía).*

42. TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique*,ed. Flammarion, París 1981, p. 1831.

43. *Libro verde preparado para la Conferencia de la Unión Europea de Presidentes de Parlamentos*, 9 de noviembre de 2000, documento AS/d, 2000, p. 3.

44. *V.*, sobre la evolución de este concepto, DELPÉRÉE, Francis y MOLITOR, A., *Citoyén et administration*, ed. Bruylant, Bruselas 1985, pp. 21-25.

45. *V.*, por ejemplo, en este sentido, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Principes et modalités de la participation à la vie administrative" en DELPEREE, F., (coord.), *La participation directe des citoyens à la vie politique et administrative*, ed. Bruylant, Bruselas 1986, pp. 257 y ss.

268 de Constitución portuguesa, artículos 9 y 105 de la Constitución española, y artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947), y, en ocasiones, se conecta con el derecho procedimental *a ser oído* e incluso con el de tutela judicial efectiva.

Igualmente, en Estados Unidos, podemos destacar la Ley para la Regulación Negociada (Negotiated Rulemaking Act de 1990), que se diseñó para involucrar a las partes afectadas en las fases iniciales del proceso de toma de decisiones y de adopción de normas reglamentarias[46]. Este proceso se está ampliando en cada vez un número más amplio de sectores, llegando a hablarse de la *co-reglamentación* o, en términos más generales, *co-legislación*, donde la responsabilidad de elaborar nuevas normas aparece compartida entre autoridades públicas y sector privado[47].

Hoy en día, las teorías de democracia deliberativa y participativa, no sólo forman parte de los movimientos surgidos entorno a la idea de *Gobernanza*, sino que son crecientemente aceptadas incluso por parte de la doctrina jurídica (especialmente, pero no sólo, la alemana). Así, se ha llegado a proponer al *procedimiento* como la forma jurídica donde pueden encontrar su acomodo nuevas demandas de participación[48]. Como se ha señalado anteriormente, del mismo modo que el principio de transparencia ya ha encontrado, parcialmente al menos, su réplica *procedimental en el derecho al acceso a documentos públicos, el derecho* a ser oído y la *fase de información pública* darían una cobertura, al menos parcial, al objetivo de la participación. Igualmente, comienza a ser considerado que, en un contexto de cambio rápido y continuo, la legitimación de la actuación administrativa no puede agotarse en el respecto a la Ley, sino que debe ser combinada con los instrumentos legitimadores más concretos, tales como: la participación directa, la información y el apoyo de los destinatarios y afectados por dicha acción[49].

Sin embargo, no todo son parabienes desde el mundo político-jurídico hacia este proceso de *Gobernanza*, ya que ha sido criticada por privilegiar a ciertas elites y determinados grupos de presión, llamando la atención al posibilidad de que permita posibles abusos de poder y nuevas formas de corrupción[50], paralelamente a la potencial exclusión de los grupos más pobres y peor organizados. En cualquier caso, la Gobernanza se la juega, como cualquier nuevo proceso, en la tarea de demostrar una eficacia y utilidad para todos los actores, al menos un poco mayor que la situación a la que pretende sustituir[51]. Es en estos aspectos donde el Derecho puede encontrar su lugar, regulando dichos posibles excesos y desigualdades. En resumen, el Derecho siempre ha existido y no hay muchas dudas de que seguirá haciéndolo por muchos años, lo que cambia es su función, sus formas, así como su proceso de diseño y ejecución.

---

46. Sobre esta Ley, *V.*, AMAN, Alfred, "Administrative Law for a New Century" en TAGGART, Michael (coord.), *The Province of Administrative Law*, ed. Hart, Oxford 1997, pp. 90-117, p. 106.

47. Por ejemplo, respecto a la sociedad de la información a nivel europeo, *V.*, FENOULHET, Partimothy, "La corégulation: une piste pour la régulation de la société de l'information?", *Revue du Marché común et de l'UE* n° 452, 2001.

48. LADEUR, K. H., "Towards a Legal Theory of Supranationality. The Validity of the Network Concept" *European Law Journal* n° 3, 1997, p. 33.

49. PAREJO, Luciano, "Introducción: surgimiento, desarrollo, consolidación y situación del Derecho Administrativo" en PAREJO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., ORTEGA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, ed. Ariel, Barcelona 1998, p. 16.

50. *Libro verde preparado para la Conferencia de la Unión Europea de Presidentes de Parlamentos*, ya citado, p. 3.

51. *V.*, en este sentido, CRAM, Laura, "Governance 'to Go': Domestic Actors, Institutions and the Boundaries of the Possible", *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, n° 4, 2001, p. 614.

Estos procesos aparecen hoy, de manera creciente, compartidos entre los reguladores y regulados, ya que el Estado no puede fabricar nuevas normas ni proceder a su aplicación sin tener en cuenta, los intereses, opiniones y conocimientos de sujetos privados.

Esta necesidad de dar voz a sujetos privados en el proceso de toma de decisiones públicas se constituye en una necesidad y en un elemento diferenciador y al mismo tiempo comunicador entre lo *público* y lo *privado*. Por un lado, pone a *lo público* en contacto con el mundo productivo, ciudadanos, organizaciones de consumidores, etc..., por otra parte lo singulariza y lo carga con nuevas obligaciones que a la larga, sin duda, harán su acción más eficaz, aunque a corto plazo su actuación se resiente y, necesariamente, se ralentiza. Y ello, porque la confianza del cliente o del ciudadano, la Administración no sólo la gana por la mayor calidad de sus servicios, sino también por la mayor legitimidad de sus decisiones.

V. EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. De obstáculo a facilitador y garante

Todo lo dicho hasta ahora nos demuestra que el Derecho administrativo y la Administración han cambiado y están cambiando, tal vez más de lo que normalmente parece, para adaptarse a la nueva realidad sobre la que operan. Esta situación no es nueva ya que el Derecho siempre ha tenido que responder a las demandas provenientes, primero del liberalismo, ofreciendo mayores garantías a los ciudadanos para la protección de su esfera particular, y después de la socialdemocracia, permitiendo una mayor intervención del Estado en la economía y en la prestación directa de servicios. El Derecho, por tanto, ha conseguido ofrecer a los distintos modelos sociales lo que se pedía de él, sin constituir por sí mismo un obstáculo al cambio, sino consiguiendo instrumentar dicho proceso en una forma jurídicamente correcta.

Sin embargo, como ha señalado el Profesor Parejo, el Derecho Administrativo correspondiente al Estado moderno todavía está pendiente de ser elaborado[52], probablemente porque el propio Estado está pendiente de una definición clara, o más bien, de una redefinición que reubique sus límites y actores. Efectivamente, los procesos de globalización, la integración en estructuras supranacionales originales (UE), la dispersión del conocimiento y las nuevas tecnologías, entre otros sucesos, han producido un cambio profundo del contexto en el que estaba acostumbrado a actuar el Estado. Términos tales como: democracia plural y participativa, diversidad cultural, prevención de riesgos cambiantes, sistemas jurídicos que compiten entre sí, velocidad variable en la integración jurídica, etc..., empiezan a ser utilizados para tratar de definir lo que está pasando. Esta situación puede resumirse en tres ideas claves: *complejidad*, *cambio continuo* e *interdependencia*[53], las cuales suponen, de alguna manera, un importante ataque a la

52. PAREJO, Luciano, "Introducción: surgimiento, desarrollo, consolidación y situación del Derecho Administrativo" en PAREJO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., ORTEGA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, ed. Ariel, Barcelona 1998. pp. 17 y ss.

53. No entraremos aquí, por exigir un estudio especializado, en el interesante desafío que representan también Internet y las nuevas tecnologías en general al modo tradicional de entender al Derecho.

forma tradicional de entender el Derecho administrativo y a su esencia[54]. Por ejemplo, al tratar de enfrentarse a la creciente complejidad con fórmulas jurídicas pensadas para otras épocas, lo que ha conseguido el Derecho es absorber en sí mismo la complejidad que trataba de manejar, haciéndose difícil de compilar, casi incomprensible (aún para especialistas) y prácticamente imposible de aplicar.

Lo que se defiende aquí no es que la nueva situación deba enfrentarse dejando al Derecho de lado, sino que si éste quiere ser parte de la solución y no parte del problema debe abrirse e incorporar técnicas, ideas y procesos que están ya presentes en otras disciplinas.

2. El Derecho como instrumento generador de confianza hacia *lo público*

El problema de la confianza hacia las Instituciones públicas por parte de la ciudadanía es complejo y no puede sino ser analizado desde una variedad de puntos de vista. En el pasado la confianza estaba conectada, más que con la realidad cercana, con actitudes cercanas a una fe irracional, y con la creación de mitos alrededor del poder y las instituciones y personas que lo ejercían o representaban.

En tiempos más modernos, por el contrario, tanto las expectativas como las demandas de los ciudadanos han experimentado un notable incremento, siendo dichas expectativas un elemento a tener muy en cuenta cuando se analiza el modo en que la opinión pública percibe las Instituciones. Finalmente, como se ha señalado, la creciente desconfianza hacia el Gobierno, la Administración y la política, no es nada más, ni nada menos, que un reflejo de la desconfianza general existente dentro de la propia sociedad, entre los individuos que la componen[55]. Aunque quizás haya influido, también, un papel cada vez más activo de los medios de comunicación, así como la forma en que seleccionan las noticias que se dan acerca de lo público en general y de la Administración en particular[56].

No obstante, y paradójicamente, puede señalarse que no ha habido otra época en la historia, con mayor número de controles, transparencia y protección de derechos y libertades públicas. Incluso, el rendimiento, celeridad, eficacia y resultados de la Administración pública han mejorado notablemente en las últimas décadas. Y justo en esa época y a pesar de ello, la desconfianza de la sociedad no ha hecho sino incrementarse.

En cualquier caso, una de las funciones del Derecho es precisamente hacer frente a esa falta de confianza que existe en la sociedad, por lo que él mismo se convierte también en una de las consecuencias de esa situación. Las personas, empresas, organizaciones, países, etc… que no confían entre sí, sólo aceptarán cooperar y trabajar con otros por medio de un sistema de reglas previamente negociadas o aceptadas, y cuyo cumplimiento puede ser de uno u otro modo forzado en caso de incumplimiento por una de

54. *V.*, entre otros: LADEUR, Karl-Heinz, "Proceduralization and the Management of Complexity in Public Organizations: The Case of the European Environment Agency" en KREHER Alexander (coord.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents,* ed. Instituto Universitario Europeo, Florencia 1998, pp. 143-163; SCHUCK, Peter, "The Limits of Law", *op. cit.*, pp. 419-479.

55. ORREN, Gary, "Fall from Grace: The Public's Loss of Faith in Government" en NYE, J., ZELIKOW, P. y KING, D. (coords.), *Why People don't Trust Government,* ed. Harvard U.P, Cambridge 1997, pp. 77-108.

56. *V.*, NYE, J. y ZELIKOW, P., "Conclusion: Reflections, Conjectures, and Puzzles" en NYE, J., ZELIKOW, P., KING, D. (coords.), *Why People don't Trust Government, op. cit.*, pp. 253-281, p. 269.

las partes. Como se ha sostenido: "las jerarquías son necesarias porque no todo el mundo dentro de una comunidad determinada es digno de confianza para vivir tan sólo de acuerdo a normas morales tácitas"[57]. Conviene que el mundo de la Gestión pública sea consciente de este hecho.

Sin embargo, la falta de confianza, si se mantiene a lo largo del tiempo o se profundiza, provoca conjuntos de normas cada vez más detalladas, intrincadas y complejas, lo que a la postre las hace ineficaces y las convierte en fuente de desconfianza hacia el propio sistema jurídico. Por ejemplo, en el caso de la Unión Europea puede decirse que la desconfianza está en la base de su estructura de funcionamiento y al mismo tiempo puede convertirse en su mayor problema para conseguir un funcionamiento eficaz: el Consejo desconfía de la Comisión (y por eso crea el modelo de Comités o Comitología), ésta hace lo propio con los Estados miembros (y por ello acude a las *quejas* de sujetos privados para vigilar el grado de cumplimiento del Derecho comunitario en su territorio, *cfr*. procedimiento del art. 226 del Tratado CE) y éstos desconfían entre sí (lo que permite, entre otras cosas, que la Comisión incremente sus poderes de control)[58].

Por ello, una vez más, para que el Derecho sirva para aumentar el nivel de confianza hacia lo *público*, requiere prestar mucha atención a su calidad interna, a su precisión y a su grado de eficacia, en definitiva debe abrirse y comunicarse con otras disciplinas que le obliguen a no cerrarse en exceso sobre sí mismo, perdiendo el objetivo real que persigue.

VI. FINALMENTE ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU DERECHO?

Un Administración cada vez más compleja y abierta necesita de un Derecho *facilitador* que no se convierta nunca en obstáculo para que aquélla pueda ser cada vez más eficaz y competir mejor en términos de calidad de sus servicios con otras entidades privadas. Veremos seguidamente algunas ideas y puntos de vista que tienden a demostrar que el Derecho en sí mismo puede y debe ser fuente de eficacia y modernidad:

1. Hacia una nueva concepción del Derecho administrativo: El Derecho como marco y como instrumento

Existen muchas concepciones del Derecho, pero la dificultad de la mayoría, a veces de enorme entidad, es que van dirigidas a que sean entendidas y valoradas fundamentalmente por juristas[59]. Por ejemplo, en ocasiones el Derecho se presenta, de forma muy radical, como mera combinación de sentencias judiciales y normas jurídicas.

57. FUKUYAMA, F., *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, ed. Hamish Hamilton, Londres 1995, p. 25.

58. *V.*, sobre este problema: GIL IBÁÑEZ, Alberto, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario: el papel de las Administraciones nacionales y europea*, ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1998.

59. Conviene recordar los elementos que debe contemplar una definición del Derecho según ALEXY, Robert: legalidad conforme, eficacia social y corrección material, *V.*, ALEXY, R., *El concepto y validez del Derecho*, ed. Gedisa, Barcelona 1994, p. 21.

Para que el Derecho no se convierta en obstáculo, lo primero que debemos acometer es presentar un modelo claro que pueda ser comprendido y utilizado por las disciplinas *no jurídicas* y sobre todo abierto a la comunicación con ellas; en otras palabras un nuevo paradigma integrador, comunicativo y multidisciplinal.

La relación entre el Derecho y otras disciplinas, como la Gestión pública y la *Gobernanza*, sería más fácil si distinguiéramos claramente entre *Derecho-marco e instrumento de intervención normativa*[60]. Nadie duda que un Estado democrático necesita tener una Constitución, considerada como norma fundamental que *enmarca* la actuación de los poderes públicos y la relación entre estos y los ciudadanos. De hecho, el discurso jurídico ha sido definido como un discurso social central que "fija las reglas del juego esencial de una sociedad, se ofrece como la esencia de la cultura común y de un sistema de valores y resume en sí los grandes principios del orden social"[61]. Este *marco* refleja también la conexión entre Derecho y Política. En este sentido, podría decirse que, tanto en nuestro país como en otros, la Constitución no se agota en el texto que lleva ese nombre (en aquellos países que poseen un texto escrito), sino que también incluye otras Leyes importantes o claves, derivadas directamente de aquélla y que forman el *bloque constitucional* o la llamada *Constitución total*[62]. Dicho *bloque*, puede ser interpretado de forma más amplia, a los efectos que aquí interesa, incluyendo también, los principios jurídicos que dan cobertura y unidad al sistema y la jurisprudencia del Tribunal que los interpreta y aplica (Constitucional y, eventualmente, el Tribunal Supremo en ciertos países) que conforma y aclara la manera en qué debemos interpretar todo el conjunto.

En este nivel normativo, un importante valor es la estabilidad dado que aquí el Derecho representa, entre otras cosas, la manera de entender la democracia y también su mayor protector. Este Derecho-marco difiere del Derecho instrumental incluso en el tipo de lenguaje que utiliza. Así, en aquél encontramos numerosos juicios de valor, declaraciones emotivas (al menos en el Preámbulo), términos que intentan dibujar el común denominador de un país, tales como: principios, soberanía, nación, justicia, derechos humanos, libertad, pueblo, ciudadano, etc… En definitiva, constituye las reglas del juego, fuente y organización del propio *sistema*, como diferente del o de los *otros*, regulando también los posibles conflictos internos (dentro del sistema) y externos (con otros sistemas). En definitiva, ningún sujeto público o privado, material o intelectual (y la Gestión pública y la *Gobernanza* no son excepción) podría ignorar este *Derecho*.

En un segundo enfoque, el Derecho también puede entenderse como *instrumento*, con el que se actúa en el diseño de políticas públicas y en su aplicación, pero que convive con otras potenciales opciones de carácter *no-normativo*. En este nivel, el Derecho puede adoptar la *forma* de reglamento, pero también de Convenio, de contrato, de circu-

60. Aunque en una primera impresión pudiera parecerlo, esta definición difiere bastante, aunque no totalmente de la que ofrece ALEXY, distinguiendo entre Derecho como principios y como normas, entre mandatos de optimización y mandatos definitivos, *V.*, ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 159 y ss. Más cercana se encuentra nuestra propuesta de la distinción que realiza CONSTANTINESCO, L. J., con el fin de establecer una tipología de ordenamientos jurídicos, entre *elementos determinantes* y *elementos fungibles*, *cf. Introduction au droit comparé*, ed. LGDJ, París 1972, pp. 213-217. También recuerda, aunque sea vagamente, la distinción que el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA hace entre principios estructuradores y normas jurídicas particulares, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, t 1, ed. Cívitas, Madrid 1993, pp. 60 y ss.

61. HENRY, Jean-Robert, "Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel", *Droit et Societé* n° 15, 1990.

62. Aunque dicho concepto ha sido utilizado para referirse a las normas que distribuyen territorialmente el poder, puede sugerirse también una interpretación más amplia. *V.*, sobre este concepto: RUBIO LLORENTE, Francisco, *La Forma del Poder* (*Estudios sobre la Constitución*), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 113 y ss.

lar…, incluso de sentencia. Su función es más bien la de intervenir, transformar, controlar…, y sus valores más importantes los de flexibilidad y adaptación.

Estas dos formas de entender el Derecho están muy presentes en la actuación de la Administración, pero a veces se confunden, sobre todo cuando una persona que no es jurista analiza el peso e importancia de *lo jurídico* en el ámbito de lo público. El Derecho *enmarca* la actuación administrativa, pero al mismo tiempo la Administración puede utilizar diversos instrumentos, entre ellos algunos de naturaleza jurídica, para dar contenido a su acción. En este sentido, podríamos sostener que no sólo la Constitución, sino Leyes importantes (al menos, gran parte de ellas), como la LOFAGE y la Ley 30/92, y la jurisprudencia interpretativa clave, constituirían el marco que la Administración debe respetar, sus propias *reglas del juego*, pero fuera de ese ámbito, la Administración va adquiriendo día tras día una mayor capacidad (*de facto o de iure*) para elegir entre diversas opciones y medios para llevar a efecto sus políticas; aquí, el Derecho en muchas ocasiones figura como una posibilidad entre otras, que van adquiriendo (en unos países más que en otros) mayor relevancia.

Por tanto, aunque uno logre *escapar* del Derecho como instrumento, no puede dejar de caer bajo la órbita del Derecho como marco, que siempre debe ser respetado, como las reglas del juego o den funcionamiento del sistema. Existen, por otra parte, diversos niveles de Derecho-marco (el horizontal de carácter constitucional, el más concreto exigido por una organización o área concreta) y diversos contenidos de instrumentos. El problema se plantea, sobre todo para los no juristas, cuando el Derecho-marco excede de su ámbito natural, fijar las reglas del juego y la protección de los derechos de los ciudadanos afectados, y se dedica a establecer rigideces innecesarias en el sistema, limitando, por ejemplo en exceso, las opciones posibles del legislador, o en general del diseñador de políticas públicas, e imponiendo al Derecho como instrumento único de actuación, sin una justificación suficiente. Es en este momento cuando el Derecho se le presenta al no jurista como un obstáculo a la innovación o eficacia, pues lo invade todo y lo llena, al mismo tiempo, de conceptos y medidas, a menudo innecesarios o irreales, que provienen del propio mundo jurídico. Por tanto, el problema no es tanto acerca de la cantidad de normas que resultan necesarias o de si debe huirse o no del Derecho administrativo, como de diseñar un sistema que pueda valorar cuándo es más justo y eficaz utilizar instrumentos jurídicos y qué tipo de normas resulta la más apropiada.

Sin embargo, los criterios que determinan cuándo resulta apropiado utilizar normas jurídicas no pueden definirse en abstracto sino que requieren un estudio de las circunstancias concretas de cada caso o supuesto[63]. Optar por una regulación jurídica de todo o parte de una política pública, dependerá de las características y contexto de los sectores y áreas, del grado de discrecionalidad con que se cuente, de la calidad de las normas, de sus posibles alternativas y del grado en que éstas hayan probado su eficacia con anterioridad.

Así, algunos programas sociales resultan más adecuados que otros para ser regulados jurídicamente, dependiendo, por ejemplo, del grado de consenso que exista en torno a la equidad y justicia de los criterios empleados para distribuir los recursos financieros entre los afectados.

Igualmente, las normas jurídicas pueden ser efectivas cuando afectan a casos suficientemente trabajados, no implican difíciles negociaciones con otras áreas y no entran en

63. *Cf.*, JOWELL, Jeffrey L., *Law and Bureaucracy. Administrative Discretion and the Limits of Legal Action*, ed. Dunellen, Nueva York 1975.

conflicto con los incentivos naturales de los gestores públicos encargados de su aplicación[64].

Por otra parte, la necesidad de reglas jurídicas también está relacionada con la cultura predominante en un país. Así, Geert Hofstede ha sostenido que existen países donde sus gentes (políticos, funcionarios, empresarios, trabajadores…) han sido educados a vivir confortablemente en ambientes estructurados jurídicamente, mientras otros parecen sentir un cierto horror hacia las normas formales[65]. Tal vez esta diferenciación sea un tanto simplista, pues también es cierto que las normas existen porque un determinado Parlamento así lo exige y porque las expectativas de la sociedad respecto a la Administración son muy elevadas desde el punto de vista moral (que sea justa, honesta, equitativa, ética, objetiva, no discriminatoria…). Sin embargo, una sociedad también demanda a la Administración que sea eficaz, que coste lo menos posible y que actúa con prontitud, y existen otros medios, como hemos visto, para controlar que la Administración actúe *correctamente*.

En todo caso, tanto en Estados Unidos como en Europa, parece cada vez más ampliamente aceptado que antes de ponerse a redactar una nueva norma, debe comprobarse que: realmente es necesaria, no existe un medio menos restrictivo para llevar a cabo el mismo objetivo, y que se fundamenta en un análisis previo de los costes que va a entrañar y sus ventajas.

En este sentido pueden citarse los debates surgidos en Europa, en torno a la aplicación del los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y en Estados Unidos, alrededor de la aplicación de la Orden Ejecutiva de 1981[66].

2. El Derecho como instrumento

A. ¿Por qué una norma de calidad adecuada no resulta aplicada en la práctica? El problema de las capacidades administrativas

La *urgencia* u *oportunidad* del *marketing* político introducen a menudo una presión excesiva al aparato administrativo para que apruebe normas en tiempo record con objeto de, al menos en apariencia, poder presentar soluciones rápidas y a veces novedosas a problemas sociales o a demandas de sectores potencialmente sensibles o con capacidad para influenciar el curso político. No obstante, esas mismas prisas hacen que el proceso de redacción de la norma no pueda dar entrada a opiniones que pudieran ser relevantes o a una reflexión sosegada sobre las consecuencias prácticas de un texto u otro. Todo ello, hará en ocasiones que la norma no resuelva el problema que la motivó o incluso que produzca consecuencias no previstas y contraproducentes.

Igualmente, pueden diseñarse nuevos objetivos, nuevas políticas públicas, pero si no se crean nuevos medios y métodos, es muy probable que la Administración no consiga llevarlos a efecto. El problema no es siempre una cuestión de fines sino de con qué

64. WILSON, James, *Bureaucracy, What Government Agencies Do and Why They Do it,* ed. Basic Books, 1989, p. 336.

65. HOFSTEDE, Geert, *Cultures and Organizations. Software of the Mind,* ed. McGraw-Hill, Nueva York 1991, p. 121.

66. *Cf.*, CHEVALLIER, Jacques, "La juridicisation des precepts manageriaux", *Revue Politiques et management public* n° 11/4, 1993, p. 140.

capacidades se cuenta para hacerlos realidad[67]. Por supuesto, pueden existir otras razones que justifiquen o expliquen una deficiente aplicación de una norma que cuente con una *calidad* adecuada[68], pero una muy importante, donde de nuevo el Derecho se confronta con la Gestión pública, son los límites a ciertas capacidades de la Administración.

¿En qué sentido empleamos el término *capacidades*? Por capacidades administrativas entendemos: el conocimiento, los medios materiales y financieros, los recursos humanos adecuados en número y formación, unas estructuras organizativas eficaces, así como unas técnicas efectivas de gestión pública. Y es que tratar el problema de las *capacidades* como referidas tan sólo a medios materiales, personales y financieros supone un enfoque cuando menos incompleto. Más frecuentemente de lo que normalmente se piensa, un cambio en la gestión o en las técnicas de dirección de las políticas públicas puede ser mucho más eficaz que cualquier incremento cuantitativo de medios materiales y, lo que es tal vez más relevante, constituir la única o mejor solución para llevar a la práctica la aplicación de una norma o un conjunto de normas.

Sin embargo, el Derecho ha venido ignorando la limitada o falta de capacidad administrativa para aplicar y asegurar la ejecución de sus normas, probablemente por considerar dicho problema más propio de la Ciencia de la Administración o incluso de la Gestión pública, con la presunción implícita de que era una cuestión que debían arreglar otros[69]. Pero, y es aquí donde de nuevo se demuestra lo difícil que es separar sistemas o disciplinas, si cuando se diseña la norma no se tienen en mente sus problemas de aplicación difícilmente será posible enfrentarse a ellos en una fase posterior. Incluso, volviendo al caso de la Unión europea, y como he tenido ocasión de sostener, el diverso grado de integración de los Estados miembros vendrá y viene dado, más allá de declaraciones o compromisos políticos, ratificados o no legalmente, por la capacidad de sus Administraciones para llevarlos a efecto[70].

B. El *rendimiento* de las normas: garantías procedimentales como indicadores de resultados

Tampoco el Derecho resulta ajeno a la presión actualmente existente para producir buenos resultados. En otras palabras, el *Derecho publicado* se convierte en una empresa fracasada si no es capaz de rendir adecuadamente, una vez que se convierte en *Derecho aplicado*.

Por otra parte, aunque es verdad que el rendimiento de la propia Administración está condicionado por bastantes más factores que el Derecho, también lo es que tanto el contenido como lo calidad de las normas influyen en la motivación y resultados de los agentes públicos encargados de su ejecución.

---

67. En este sentido, por ejemplo, OSBORNE, David y GAEBLER, Ted, *Reinventing Government*, ed. Addison-Wesley, Masachusets 1992, p. xxi.

68. *V.*, también MAYNTZ, Renate, "Governing Failures and the Problem of Governability: Some Comments on a Theoretical Paradigm" en KOOIMAN, Jan (coord.), *Modern Governance*, *op. cit.*, pp. 9-20.

69. Conviene precisar, sin embargo, que algunos juristas sí han tratado el problema de los *medios* personales y materiales, aunque principalmente desde el punto de vista de su regulación jurídica, con que cuenta la Administración, ver por todos, GIANNINI, M.S., *Diritto Administrativo*, vol. I, ed. Giuffrè editore, Milán 1970, pp. 355 y ss.

70. GIL IBÁÑEZ, Alberto, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario: el papel de las Administraciones nacionales y europea*, *op. cit.*, pp. 181-190.

El objetivo de conseguir una aplicación voluntaria del Derecho puede beneficiarse de las teorías de la *Gobernanza* y de la participación de *organizaciones-red*. Sin embargo, si antes se requería una mayor calidad, tanto en términos de contenido como de forma, de las normas, ahora se trata de aspirar a una mayor calidad en la fase de aplicación y ejecución. A estos efectos, es importante referirse a las capacidades actuales de la Administración pública, así como a la posibilidad de incluir *indicadores de resultados* a la hora de valorar el proceso de aplicación de una norma.

En la fase de ejecución y aplicación, las garantías de participación de los afectados aparecen legalmente más claras que en la de elaboración de las normas. Podríamos ir más lejos y afirmar que estas garantías, verdaderos derechos de carácter procedimental, reflejan a su vez y son el resultado de intentar traducir jurídicamente principios e ideas provenientes del mundo de la Gestión pública e incluso de la *Gobernanza*.

Si tomamos, por ejemplo, el caso del Derecho comunitario, los derechos de *acceso a los documentos* y *de ser oído*, pueden reflejar respectivamente, los objetivos de transparencia y participación. Existen, por otra parte, otros principios procedimentales, legal o judicialmente reconocidos, como el de *buena administración* o *de diligencia*, que si son utilizados con rigor, incluso como guías de actuación, pueden significar el derecho del ciudadano a contar con una Administración eficaz y eficiente donde los recursos económicos y materiales con adecuadamente empleados y no derrochados[71].

Por otra parte, las garantías procedimentales y el procedimiento en general están llamados a asegurar también la equidad de la actuación administrativa. En este sentido, puede señalarse que las garantías y principios procedimentales aparecen precisamente para contrarrestar la discrecionalidad de la que goza en principio la Administración[72].

Volviendo de nuevo al supuesto de la Unión Europea, el TJCE ha precisado que justamente cuando la Comisión actúa con un amplio grado de discrecionalidad el respeto a derechos procedimentales asegurados por el ordenamientos jurídico comunitario, debe garantizarse con mayor pulcritud. Entre dichos derechos estarían: la obligación por parte de las autoridades competentes de examinar atenta e imparcialmente todos los aspectos relevantes del caso, la necesidad de motivar adecuadamente las decisiones administrativas, así como el derecho de audiencia al afectado para manifestar su opinión[73].

Pues bien, podría afirmarse sin temor que las distintas garantías procedimentales pueden funcionar como verdaderos indicadores de una buena actividad jurídica. Pero ¿cabría también incluir dentro del propio procedimiento otros indicadores complementarios que permitan evaluar la eficacia y *éxito* global de la norma? En efecto, sin negar la importancia de estas garantías y derechos, no debemos perder nunca de vista el objetivo de que el resultado final sea lo más satisfactorio posible desde todos los puntos de vista (aunque es cierto que principios jurídicos, como el de buena administración y diligencia pueden ayudar a una mejor gestión, muchas veces no resultan suficientes).

---

71. *V.*, NEHL, Peter, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, ed. Hart, Oxford 1999; ISAAC, Guy, *La procédure administrative ..., op. cit.*, p. 177.

72. *V.*, en este sentido, las Resoluciones del Consejo de Europa: (77) 31 sobre la Protección del individuo en relación con los actos de las autoridades administrativas de fecha 28 de septiembre de 1977, y la (80) 2 sobre el Ejercicio de los poderes discrecionales por las autoridades administrativas de fecha 11 de marzo de 1980.

73. Asunto C-269/90 *Technische Universität München*, 1991, Rec. pp. I-5469 a I-5503, consider. 14, p. 5499. También puede verse el comentario sobre este caso publicado en la *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitari* n° 2, 1992, pp. 1029-1031.

En este sentido, no podemos quedarnos en asegurar ciertos principios si la consecuencia es un procedimiento demasiado lento o que impide, dificulta o simplemente llena de obstáculos imposibles de superar la actuación administrativa.

Por ejemplo, deben concretarse qué tipo de indicadores pueden ser introducidos, susceptibles de ser medidos, valorados y comparados con otras posibles soluciones procedimentales, u otras técnicas de procesos de *calidad*, aplicados a las Administraciones públicas; la duración del procedimiento, el número de organizaciones consultadas, el grado de aplicación voluntaria de la norma…, podrían figurar entre ellos.

En definitiva, sólo una evaluación permanente de la eficacia de los procedimientos y su comparación con posibles experiencias más exitosas, las mejores prácticas, pueden garantizar un rendimiento óptimo de la Administración y su Derecho.

En conclusión, todo lo aquí expuesto demuestra que, tanto la Administración como el Derecho, permiten aproximaciones que pueden superar los prejuicios ideológicos y el aislamiento que planean sobre una Administración pretendida e intrínsecamente ineficaz o un Derecho supuesta y sustancialmente obstaculizador.

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Ex-Consejero de Estado de Colombia

La reflexión a la cual hemos sido invitados algunos administrativas de diversos países para rendir homenaje a uno de los más destacados durante las últimas décadas en el ámbito latinoamericano, como lo es el profesor Allan Randolph Brewer-Carías, constituye una oportunidad para hacer un análisis retrospectivo de uno de los derechos administrativos más desarrollados en esta parte del mundo y que, como lo indica el título de este trabajo, presenta una evolución de aproximadamente un siglo, que coincide, en términos generales, con el siglo XX.

En efecto, si bien el derecho administrativo en Colombia ha estado estrechamente ligado a la existencia de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, y de esta última podemos encontrar antecedentes que se remontan a otro siglo hacia atrás, es decir, al transcurso del siglo XIX, en la medida en que el Consejo de Estado de Colombia, máximo tribunal de dicha jurisdicción actualmente, fue creado desde 1817, pero solo tuvo una existencia precaria y apenas como órgano asesor o consultivo durante ese siglo, como puede consultarse en otros estudios que hemos realizado sobre la mencionada jurisdicción[1], fue realmente con ocasión de la Constitución de 1886 que comenzó a introducirse en el derecho público colombiano la idea de un derecho especial y autónomo, diferente del derecho constitucional, para regular con mayor precisión y detalle que este último la actividad del Estado, específicamente en lo relacionado con el ejercicio de la función administrativa.

A partir de la citada Constitución de 1886 podemos identificar diversas etapas en la configuración y el desarrollo del derecho administrativo en nuestro país, no solo desde la perspectiva de la jurisdicción especializada, sino, aunque ligada a ella, como ya lo indicamos, desde el punto de vista de fondo, es decir, del contenido mismo del derecho especial aplicable a la administración del Estado.

I. APARICIÓN Y FRACASO DE LA IDEA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN 1886-1905

Como antecedente fundamental de la aparición del derecho administrativo en Colombia debe citarse necesariamente la Constitución Política de 1886, por varias razones:

1. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia", en *Revista Universitas* n° 101, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá junio de 2001, pp. 603 y ss., y especialmente "El Consejo de Estado de Colombia: una institución bolivariana", en *Estudio, Órgano de la Academia de Historia de Santander*, año LXVI, n° 327, Bucaramanga enero de 2002, pp. 7 y ss.

En primer lugar, porque revivió la institución del Consejo de Estado después de más de cuarenta años de haber desaparecido con la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, de 1843.

En segundo lugar, porque previó, por primera vez en nuestro país, al Consejo de Estado no sólo como órgano consultivo del gobierno y con la función de preparar los proyectos de ley y de códigos, sino como máximo juez de la administración, es decir, como órgano supremo de lo contencioso administrativo, "*si la ley estableciere esta jurisdicción*" (arts. 136 a 141). Esta previsión fue reiterada en el artículo 164 de la misma Carta, al manifestar que "*la ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos, y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración*".

Lo anterior quiere decir que en ese momento, por primera vez el Constituyente, máxima expresión de la voluntad de la Nación y expresión originaria del régimen político y jurídico de una sociedad organizada, *previó* que podría existir un juez especial para controlar el ejercicio de la función administrativa del Estado, previsión cuya posible aplicación efectiva, no obstante, dejó en manos y voluntad del legislador.

Dada la precaria evolución de nuestro derecho público durante el siglo XIX, caracterizada por cambios muy frecuentes de los Estatutos Constitucionales, originados la mayoría de las veces en los resultados de las guerras civiles y generalmente basadas en el tipo de organización, federal o unitaria, que se quería para nuestro naciente Estado por parte de las facciones en pugna, puede afirmarse, con bastante grado de certeza, que la idea de que eventualmente existiera una jurisdicción especial para los asuntos contenciosos de la administración pública, obedecía a la consideración de que dichos asuntos y, en general, la actividad de la administración del Estado, estuviera regida por normas y principios especiales diferentes de los que regían la actividad de los particulares.

La afirmación anterior encuentra respaldo en el contexto histórico de derecho comparado de la época, que permite constatar fácilmente que esa idea estaba de moda en Francia, donde se había originado y donde, por razones históricas diferentes, a finales del siglo XVIII se había creado un Consejo de Estado con carácter consultivo del gobierno, el cual, por virtud del ejercicio de su propio poder, había venido creando una serie de principios y reglas especiales para regular la administración del Estado, hasta llegar a obtener, a finales del siglo XIX, el reconocimiento de juez de esa misma administración[2].

Sin embargo, esa previsión de la Constitución de 1886 no se concretó en la práctica en esta etapa, pues la ley no organizó la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal manera que si bien el Consejo de Estado funcionó efectivamente, lo hizo solo en ejercicio de sus funciones consultivas, de acuerdo con las disposiciones constitucionales citadas y con algunas leyes que se expidieron sobre su organización y funcionamiento, como fueron las leyes 149 de 1888, 50 de 1894 y 18 de 1896.

2. Para mayores detalles sobre el caso francés, *V.*, MODERNE, Franck, "Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia" en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Memorias del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 29 y ss.

No obstante, debe advertirse que, aunque de manera excepcional, por lo cual no puede hablarse de la existencia de una jurisdicción ni de un nuevo régimen jurídico, mediante dos leyes específicas se le otorgaron al Consejo de Estado funciones decisorias, que constituyen antecedentes inmediatos de la transformación del Consejo de Estado colombiano, de órgano simplemente consultivo a órgano decisorio y juez de la administración.

De una parte, mediante la ley 163 de 1896 se le otorgó la función de fallar el recurso de alzada o la consulta contra las decisiones de una comisión encargada de reconocer los créditos del tesoro nacional originados en suministros, empréstitos y expropiaciones durante la guerra de 1895, cuya cuantía fuera superior a determinado valor.

De otra parte, mediante la ley 27 de 1904 se le otorgó competencia al Consejo de Estado para pronunciarse sobre la validez o nulidad de las ordenanzas de las asambleas departamentales, que fueran acusadas por incompetencia o por ser violatorias de la Constitución o las leyes.

Lo anterior, sin que la ley hubiera creado la jurisdicción administrativa. Por el contrario, mediante el acto reformatorio 10 de 1905 se suprimió expresamente el Consejo de Estado, se derogaron las normas de la Constitución que se referían a ese órgano y con ello la previsión constitucional de que la ley podría establecer dicha jurisdicción.

Concordantemente con la situación anterior, la presencia doctrinal en materia de derecho administrativo durante esta etapa fue prácticamente nula. En efecto, el libro más importante y más cercano al tema que puede identificarse es el de *Derecho Público Interno de Colombia*, de José María Samper, el cual, no obstante, se limita básicamente a presentar comentarios a las diversas constituciones colombianas del siglo XIX y especialmente a la de 1886, artículo por artículo, sin descender a los desarrollos legales, reglamentarios y jurisprudenciales de los temas constitucionales, que constituyen hoy el objeto del derecho administrativo[3]. Otra publicación de la época, cuyo contenido se acerca más al objeto propio del derecho administrativo, solo es, como su título lo indica, una *Recopilación de leyes y disposiciones administrativas*, sin siquiera incluir comentarios sobre ellas[4].

II. CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN. EL PRIMER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1910-1941

Apenas unos años después de la supresión del Consejo de Estado en la Carta Fundamental, según lo hemos referenciado, el Acto Legislativo 3 de 1910, reformatorio de la Constitución Política, ordenó, en su artículo 42, que "*la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa*", con lo cual se pasó de la previsión que había contemplado la Constitución de 1886 sobre la posible existencia de esa jurisdicción, si la ley así lo decidía y que no tuvo efectos prácticos, a una voluntad constitucional perentoria en el sentido de que la ley debía proceder a establecerla.

3. SAMPER, José María, *Derecho público interno de Colombia*, 2 ts., Imprenta de La Luz, Bogotá 1886.
4. OLARTE CAMACHO, Vicente, *Recopilación de leyes y disposiciones administrativas*, 2 ts., Imprenta de La Luz, Bogotá 1901-1902.

Esta orden del Constituyente tuvo cumplimiento mediante la ley 130 de 1913, que creó efectivamente la jurisdicción contencioso administrativa, conformada por un Tribunal Supremo y tribunales seccionales de lo contencioso administrativo, cuyo objeto, de acuerdo con el artículo 1º era

> …la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del ministerio público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley.

Esta ley, en consecuencia, puso en práctica, por primera vez en Colombia, el sistema de dualidad de jurisdicciones y, en cuanto contiene las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimientos para su ejercicio, constituyó el primer Código Contencioso Administrativo en nuestro medio.

Además de la creación de la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, del primer Código Contencioso Administrativo (ley 130 de 1913) podemos destacar los siguientes aspectos, que en su conjunto implican no solo la voluntad de que las actuaciones de la administración estén controladas por un juez especial, sino que a la misma se aplique un régimen jurídico también especial:

a) Como funciones contenciosas específicas del Tribunal Supremo y de los tribunales seccionales de lo contencioso-administrativo establece las referentes a suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra; reclamaciones sobre recompensas militares; reconocimiento de pensiones; navegación marítima o fluvial de los ríos navegables en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo; presas marítimas; conflictos de competencias administrativas entre el Estado, los departamentos y los municipios; bienes ocultos; resoluciones de los ministerios, con excepción de los que se originen en contratos del Estado; apelaciones contra decisiones de los recaudadores, jueces de ejecuciones fiscales y Cortes de Cuentas; impuestos; nulidad de los actos de las autoridades departamentales y municipales, con excepción de los que se originen en contratos; nulidad de las votaciones o actas de escrutinio (arts. 18 a 21 y 38 a 41).

b) En cuanto a las acciones procedentes, si bien no se identifican claramente, de las normas respectivas se concluye que procedían la acción pública de nulidad, a petición de cualquier ciudadano (arts. 52, 72 y 79) y la acción subjetiva o privada por lesión de derechos civiles, procedente solo por petición de la persona o personas agraviadas (arts. 71, 77 y 80).

Casi simultáneamente, el acto reformatorio de la Constitución de 10 de septiembre de 1914 restableció el Consejo de Estado al nivel de la Carta Política, como "*cuerpo supremo consultivo del gobierno, en asuntos de administración*" y como "*tribunal supremo de lo contencioso administrativo*". Además, le estableció como función la de "*preparar los proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las cámaras legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación*".

Al mismo tiempo, por medio de la ley 60 de 1914 y en desarrollo del acto reformatorio de la Constitución de ese mismo año, se organizó el Consejo de Estado, se le dividió en dos salas: la de negocios generales y la de lo contencioso administrativo, y se le adscribieron las funciones que la Ley 130 de 1913 había atribuido al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Por la misma época se había expedido la ley 4ª de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal, que contenía normas generales sobre el Congreso, y especialmente, para nuestro interés, sobre el presidente de la República, los ministerios, las asambleas departamentales, los gobernadores, los concejos municipales, las alcaldías y la administración pública en general, incluyendo normas sobre los empleados, la cual constituyó una especie de Código Administrativo, aunque incompleto, que contenía las principales normas, muchas de ellas sustantivas, reguladoras de la actividad administrativa.

En este momento histórico puede ubicarse el nacimiento del derecho administrativo en Colombia, por varias razones:

1ª. Como se desprende de la reseña anterior, se creó efectivamente la jurisdicción administrativa en Colombia, como juez especial de los asuntos propios de la administración pública, la cual, a partir de entonces, ha permanecido vigente en nuestra vida institucional, sin interrupción.

2ª. Puede afirmarse que la creación de la jurisdicción especializada obedeció, precisamente, a la consideración de que era necesaria la creación y existencia de ese régimen especial, no solo desde el punto de vista procesal sino desde el punto de vista de fondo, dadas las diferencias existentes entre las controversias que se pueden presentar entre particulares y los conflictos que surgen entre la administración y el administrado, como puede concluirse de la lectura de los antecedentes de la ley 130 de 1913, en los cuales se reconoce el origen francés de esta solución y se cita, como sustento doctrinario, la obra sobre *Droit Administratif*, de H. Berthélémy[5].

3ª. Esta conclusión también puede sustentarse en las primeras jurisprudencias del Consejo de Estado colombiano, en una de las cuales se hace referencia, inclusive, a los primeros aportes de la jurisprudencia nacional, en los siguientes términos:

> En el ejercicio de estas diversas atribuciones, la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha venido sentando las bases del derecho administrativo patrio, labor en la cual, al desatar importantes problemas de índole tributaria, como son, por ejemplo, los relacionados con impuestos directos e indirectos, libertad de industria, facultades de las Asambleas en materia rentística, etc., ha fijado el límite preciso del derecho del Estado como entidad económica; en lo relativo al interés municipal, sus derechos y prerrogativas constitucionales por lo que hace a sus rentas y a la integridad de su territorio, más de una vez amenazados por las intrigas electorales o la rivalidad de otros Municipios, asuntos éstos dominados ya por una jurisprudencia uniforme y precisa. Merced a esta labor ha sido posible saber, en efecto, entre otras muchas, estas verdades importantes: que el principio de la libertad de industria no es garantía ilimitada, sino que está sujeto al derecho prevalente del Estado a imponer contribuciones para su existencia; que la teoría legal del sistema tributario implica acatamiento a todos aquellos principios de orden constitucional protectores de la libertad civil, los cuales no pueden violarse por el legislador, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales, sin provocar el desconcierto en las industrias y los derechos individuales; que los preceptos generales de policía, en sus distintas manifestaciones, no implican, cuando estos servicios están centralizados, cercenamiento de las facultades de los Departamentos ni de los Municipios para impulsarlos por su propia cuenta; y, en fin, gracias a la jurisdicción que nos ocupa, ha sido fácil corregir prácticas inveteradas y corruptelas contrarias a un sistema constitucional bien organizado, en lo que se refiere a las providencias ministeriales, comoquiera que un interés privado está comprometido.

5. Estos antecedentes pueden consultarse en ARGÜELLO, Alcibiades y BUENAHORA, Luis, *Derecho administrativo colombiano*, Talleres de Ediciones Colombia, Bogotá 1927, pp. 45 y ss.

> Cierto es que muchas de estas cuestiones venían estudiándose y siendo resueltas por la justicia ordinaria, pero precisamente esta circunstancia constituía el mayor escollo para el conocimiento de la doctrina administrativa en cuerpo específicamente distinto al de la común, en la cual venía refundida y dispersa. Tal la razón para que, en nuestro humilde sentir, todavía hoy distinguidos abogados, honra del foro nacional, anden un tanto confundidos acerca del verdadero carácter de la jurisdicción contencioso-administrativa y así sea frecuente el caso de que vengan a alegar allí cuestiones de orden meramente civil, que chocan abiertamente con la naturaleza de aquella institución, según hemos podido observarlo en la labor que nos hemos impuesto[6].

4ª. En esta etapa aparecen las primeras obras de doctrina sobre derecho administrativo, como las de los autores Francisco de Paula Pérez Tamayo[7], Alcibiades Argüello y Luis Buenahora[8], Pedro M. Carreño[9], Luis Becerra López[10], Carlos H. Pareja[11], y Diego Tobón Arbeláez[12]. De estas obras podemos destacar por su contenido la de Diego Tobón Arbeláez, que fue una tesis laureada para obtener el título en derecho y ciencias políticas y sociales de la Universidad de Antioquia, y especialmente la del profesor Carlos H. Pareja, no solo por estar conformada por dos tomos, y por haber tenido una segunda edición[13], sino por ser la de contenido más amplio y sistemático y la única de esa época que continúa siendo citada algunas veces por los autores actuales. De la presencia de la doctrina en esta etapa, vale la pena destacar que después de analizar los rasgos característicos del régimen administrativo colombiano, el profesor Pareja concluye lo siguiente:

> Estos rasgos del régimen administrativo colombiano lo hacen muy semejante al francés, del cual ha recibido la inspiración, según lo observó el constituyente señor Samper; pero poseemos leyes administrativas inspiradas en las de los Estados Unidos, leyes que han funcionado bien por la asimilación que hemos hecho de ellas y la adaptación perfecta de sus principios a las peculiaridades de nuestro país[14].

5ª. Igualmente en esta etapa comienza a aparecer el interés por la divulgación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, aparte de la publicación oficial en los *Anales del Consejo de Estado*, como es el caso de una recopilación de José Antonio Archila, en cuatro volúmenes[15].

---

6. Citada por ARGÜELLO, Alcibiades y BUENAHORA, Luis, *ob. cit*., pp. 52 a 55.
7. PÉREZ TAMAYO, Francisco de Paula, *Elementos de derecho administrativo*, Librería de A. J. Cano, Medellín 1926.
8. ARGÜELLO, Alcibiades y BUENAHORA, Luis, *ob. cit*.
9. CARREÑO, Pedro María, *Apuntes sobre derecho administrativo*, Editorial Cromos, Bogotá 1934.
10. BECERRA LÓPEZ, Luis, *Apuntamientos de derecho administrativo colombiano*, Tipografía Bonivento Torres, Santa Marta 1934.
11. PAREJA, Carlos H., *Curso de derecho administrativo teórico y práctico*, t. I, Teoría del derecho administrativo, t II, Universidad Libre, Bogotá 1936; *Derecho administrativo colombiano*, Editorial ABC, Bogotá 1937.
12. TOBÓN ARBELÁEZ, Diego, *Principios fundamentales del derecho administrativo*, Tipografía Industrial, Medellín 1939.
13. PAREJA, Carlos H., *ob. cit*., T. I, Editorial El Escolar, Bogotá 1939; T. II, Editorial Andes, Bogotá 1940.
14. PAREJA, Carlos H., *ob. cit.*, T. I, p. 24.
15. ARCHILA, José Antonio, *Jurisprudencia del Consejo de Estado*, vol. 1, marzo 1 de 1915 a diciembre 31 de 1916, Editorial Minerva, 1918; vol. 2, enero 1 de 1917 a junio 30 de 1921, Editorial Minerva, 1922; vol. 3, julio 1 de 1921 a diciembre 31 de 1932, Editorial Cromos, 1933; y vol. 4, enero 1 de 1933 a diciembre 31 de 1939, Editorial Cromos, 1940.

III. EL SEGUNDO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1941-1964

Mediante la ley 167 de 1941 se expidió un nuevo estatuto general sobre la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, que constituyó en la práctica el segundo código sobre la materia.

Ratificando nuestro planteamiento de que el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo en Colombia ha estado estrechamente ligado a la creación y evolución de la jurisdicción contencioso administrativa, la expedición de este nuevo código identifica una nueva etapa en la evolución de esta rama del derecho.

En efecto, del código aquí comentado pueden destacarse los siguientes aspectos:

1. Conservó la estructura de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conformada por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, estos últimos de carácter departamental.

2. Mantuvo igualmente al Consejo de Estado las funciones consultivas, de preparación de proyectos de ley y códigos y como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

3. Como objeto general de la jurisdicción contencioso administrativa, en materia de actos de la administración, establece que podrán ser acusados ante ella los decretos, resoluciones y demás actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados, órganos o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad o, en general, por violación de las normas superiores a la autoridad u órgano que los dicta (arts. 62 a 65).

4. Además de lo anterior, precisa la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales para dirimir los conflictos relativos a suministros, empréstitos y expropiaciones en caso de guerra; indemnizaciones por trabajos públicos; navegación marítima y fluvial que no sean de la competencia de la Corte Suprema de Justicia; empresas marítimas; conflictos entre el Estado, los departamentos y los municipios; bienes ocultos; baldíos nacionales; revisión de cartas de naturaleza; actos de la Contraloría General de la República y superintendencias; juicios electorales; impuestos; recompensas o pensiones. (arts. 33 a 36 y 52 a 57).

5. Como instrumentos judiciales para el ejercicio de las competencias anteriores identifica y define la acción de nulidad, que corresponde al contencioso objetivo; la llamada en esa época acción de plena jurisdicción, que equivale al contencioso subjetivo; y la de restablecimiento del derecho por causa de un hecho o una operación administrativa, llamada indemnizatoria o de reparación directa (arts. 66 a 72).

6. No obstante lo anterior, de manera expresa excluye de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa los asuntos originados en los contratos de la administración; las resoluciones que se dictan en los juicios de policía de naturaleza penal o civil; las sentencias por fraude a las rentas; las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, con excepción de las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles; y, obviamente, las atribuidas a otra jurisdicción, entre las cuales la jurisprudencia de la época entendió que se encontraban las referentes a la responsabilidad del Estado.

Vale la pena hacer notar que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de la época se reconoce que este código tuvo su inspiración en el desarrollo del derecho administrativo francés.

En efecto, en sentencia del 30 de julio de 1959, dijo el Consejo de Estado:

> Nuestro Código Contencioso Administrativo de 1941, fue proyectado por ilustrados juristas que se inspiraron principalmente en las doctrinas que han tenido por fuente la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia. Y el artículo 66 de ese Código viene a ser una síntesis muy bien lograda de las causales de nulidad instituidas a través de sus fallos por el Consejo de Estado francés, el cual ha gozado de la más amplia libertad para decidir si se ajustan o no a derecho los actos de la administración sometidos a su control jurisdiccional[16].

Desde el punto de vista de la doctrina, esta época estuvo caracterizada por la presencia doctrinal del profesor y magistrado Eustorgio Sarría, a través de su *Tratado de derecho administrativo*, que si bien no fue propiamente un tratado sino un manual y cuya primera edición apareció en 1948[17], se mantuvo vigente hasta 1984, año en que apareció su novena y última edición[18]. Además, el mismo autor publicó una obra sobre derecho procesal administrativo[19]. En esta etapa también aparecieron obras de José Joaquín Castro Martínez[20] y la primera edición del *Derecho administrativo general*, del profesor Jaime Vidal Perdomo[21], que ha continuado actualizándose hasta hoy, pero que en esa primera versión era básicamente una comparación del derecho administrativo francés con el colombiano en relación con los principales temas de esta rama del derecho, para mostrar sus estrechos nexos o, como lo decía el autor, "*para medir el grado de evolución del derecho nuestro al compararlo con un modelo superior*"[22].

Precisamente, de esta obra vale la pena citar los siguientes comentarios extraídos de su nota introductoria:

> En Colombia, el conocimiento del derecho administrativo francés nos es de especial utilidad por dos razones: la primera, porque es el derecho administrativo más conformado, esto es, el más armónico; la segunda, porque el derecho administrativo francés ha sido la fuente de donde se ha tomado principalmente la organización contencioso-administrativa que existe en Colombia, y las doctrinas de los tratadistas franceses han iluminado nuestra jurisprudencia y las opiniones de los pocos que en el país se han preocupado de esta disciplina.
>
> La obra de Laferriere, Traité de la jurisdiction administrative, influyó notablemente en la redacción de la ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo colombiano. La ley 167 de 1941, actual código de la materia, también se inspiró en el derecho francés.
>
> En cuanto a su influjo en la jurisprudencia y en las obras de quienes en Colombia han escrito sobre estos temas, basta ojear las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y dichas obras, para encontrar numerosas citas de Duguit, Jeze, Bonnard, etc.

16. Citada por PEÑA ALZATE, Oscar, *Código administrativo*, 2ª ed., Editorial Bedout, Medellín 1965, p. 100.
17. SARRÍA, Eustorgio, "Tratado de derecho administrativo", *Publicaciones Crítica Jurídica*, Bogotá 1948.
18. SARRIÍA, Eustorgio y SARRÍA BARRAGÁN, Mauricio, *Derecho administrativo colombiano*, 9ª ed., Colección Pequeño Foro, Bogotá 1984.
19. SARRÍA, Eustorgio, *Derecho procesal administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1963.
20. CASTRO MARTÍNEZ, José Joaquín, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., Editorial Centro, Bogotá 1942, Editorial Argra, Bogotá 1950.
21. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo general*, Editorial Temis, Bogotá 1961.
22. *Ibidem*, p. VIII.

> Muchas veces en forma contraproducente, forzando las instituciones y el derecho colombianos, sin el debido proceso de *aclimatación*, que es indispensable cuando se invoca el derecho extranjero[23].

Igualmente, también en esta etapa aparece una publicación, en cuatro ediciones, sobre *Derecho contencioso administrativo*, del profesor y Consejero de Estado Tulio Enrique Tascón, que está constituida fundamentalmente, como su mismo subtítulo lo reconoce, por *comentarios al código de la materia*[24].

IV. AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1964-1984

Aún en vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1941, se produjo una reforma legal que implicó una ampliación importante del campo de acción del derecho administrativo en Colombia, que amerita su identificación como una de las etapas que caracterizan el desarrollo de esta rama del derecho.

En efecto, como lo hemos indicado en el análisis de las etapas anteriores, a pesar de que el desarrollo del derecho administrativo en nuestro país se había venido dando a la sombra e imagen del derecho administrativo francés, dos de los temas más importantes que en la actualidad hacen parte del contenido del derecho adminis-trativo, como son los de los contratos administrativos y la responsabilidad del Estado, continuaban excluidos de la competencia de nuestra jurisdicción administrativa y, por tanto, del régimen administrativo de fondo, en la medida en que esa exclusión obedecía, en gran parte, a la consideración de que en esos temas la actuación de la administración se asimilaba a la de las particulares, por lo cual no ameritaba ser sometida a un régimen especial.

Frente a lo anterior, el cambio normativo, que reflejó el resultado de una controversia tanto doctrinal como jurisprudencial sobre estos temas, se produjo a través del decreto-ley 528 de 1964.

Fue así como, mediante el artículo 20 del citado decreto, se eliminó la excepción que estaba consagrada en el ordinal 1º del artículo 73 de la ley 167 de 1941, en el sentido de que no eran acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las resoluciones de los funcionarios o autoridades administrativas que tuvieren origen en un contrato, excepción con base en la cual se había entendido excluidas de la jurisdicción administrativa todas las controversias contractuales en que fueran parte las entidades públicas. En concordancia con lo anterior, en los artículos 30 y 32 del mismo decreto se estableció que la jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer de las controversias relativas a *contratos administrativos* celebrados por las personas públicas, con lo cual se aceptó tácitamente que existían contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración.

No obstante, debe tenerse en cuenta que las normas citadas no definieron el concepto de contrato administrativo, por lo cual la definición de ese concepto quedó en manos de la doctrina y la jurisprudencia, quienes trasladaron a Colombia, una vez más,

23. *Ibidem*, p. VII.

24. TASCÓN, Tulio Enrique, *Derecho contencioso administrativo colombiano. Comentarios al código de la materia*, Librería Colombiana, Bogotá 1942; 4ª ed., Editorial Minerva, Bogotá 1954.

el concepto del derecho francés, aunque dando prelación a la existencia de cláusulas exorbitantes dentro del contrato, y especialmente a la inclusión de la cláusula de caducidad, como criterio diferenciador de los contratos administrativos, concepción que se mantuvo aún con la expedición de los decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976, que reglamentaron por primera vez la mayor parte de la actividad contractual de la administración, constituyendo en su época lo que puede deno-minarse el *estatuto contractual de la administración*.

En todo caso, lo anterior quiere decir que con la reforma introducida con el citado decreto-ley 528 de 1964, el objeto del régimen administrativo en Colombia se amplió a los *contratos administrativos*, los cuales, hasta entonces, estaban sometidos a la jurisdicción común y, en lo sustantivo, salvo aspectos expresamente regulados por la ley, se consideraban sometidos al mismo régimen de los contratos privados.

De otra parte, también el tema de la responsabilidad del Estado se constituyó, con ocasión de la expedición del citado decreto, en otra ampliación del objeto o campo de acción del derecho administrativo, en la medida en que este tema estaba igualmente sometido a la jurisdicción ordinaria y regido, en cuanto al régimen sustantivo, al derecho civil, salvo algún grado de controversia que se había venido dando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con anterioridad a la expedición del decreto que vino, precisamente, a poner fin a esa controversia.

En efecto, mediante los principios generales sobre competencias, contenidos en los artículos 6° (ord. 1°) y 20, pero, sobre todo, en virtud de las competencias expresas otorgadas al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos en los artículos 30 y 32 del citado decreto, se atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la administración, salvo los asuntos en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado, con lo cual se configuró otra ampliación del campo de acción del régimen administrativo en Colombia, pues este tema, hasta entonces, había venido siendo sometido a la jurisdicción y al derecho comunes, a pesar de las controversias planteadas por algunos doctrinantes y en los años anteriores por algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

Precisamente, desde la perspectiva jurisprudencial vale la pena citar los siguientes apartes de una sentencia del Consejo de Estado del 2 de noviembre de 1960:

> Es tan evidente en nuestro derecho positivo la tesis de la inaplicabilidad de esas normas civiles a los casos de responsabilidad administrativa del Estado, y tan forzadas las doctrinas predominantes en Colombia hasta hace poco tiempo, que aún esa misma jurisprudencia, dirigida con férreo criterio civilista, se ha visto obligada a aceptar la teoría de la falta de servicio, de definida estirpe administrativa, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, acogiéndose así a una concepción más objetiva y científica del fenómeno jurídico, y relegando a segundo término la idea de culpa, tal como se concibe en nuestro estatuto civil.
>
> Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar, por consiguiente, reglamentada por normas diferentes.
>
> Por otra parte, los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el código civil, y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen inaplicables al Estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas constitucionales de 1936 y de 1945 y la Ley 167 de 1941 consagraron un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de dere-

> cho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares no parece lógico ni jurídico que aún se siguiera aplicando el sistema desueto[25].

Debe tenerse en cuenta, además, que en esta etapa se produjo la reforma constitucional de 1968 y en desarrollo de ella una reforma administrativa fundamentada en la preocupación de tecnificar y modernizar el régimen de la administración pública, para lo cual se expidieron, entre otros, los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968 que, junto con el decreto-ley 130 de 1976, constituyeron el estatuto básico de la administración pública durante varias décadas[26].

En esta etapa se consolida la presencia de la doctrina en materia de derecho administrativo, con la aparición de nuevas obras, como las de los profesores J. Herney Ramírez Zapata[27], Miguel Lindo Ortiz[28], Francisco Eladio Gómez Mejía[29], Gabriel Rojas Arbeláez[30], y Gustavo Humberto Rodríguez[31], las cuales no tuvieron continuidad, así como las de Oscar Anibal Giraldo Castaño[32], Gustavo Penagos[33], y la del autor de este trabajo[34], que continúan actualizándose hasta hoy. Igualmente, se actualiza la obra del profesor Jaime Vidal Perdomo[35] que, sin duda alguna, domina el panorama doctrinal de esta etapa.

En esta misma etapa aparecen obras sobre derecho procesal administrativo de Francisco Sierra Jaramillo[36] y Luis Alberto Luna Benítez[37], así como las de los profesores Miguel González Rodríguez[38] y Carlos Betancur Jaramillo[39], de las cuales las dos últimas se encuentran actualizadas hasta la fecha.

---

25. Citada por PEÑA ALZATE, Oscar, *ob. cit.*, p. 107.
26. Sobre esta reforma puede verse a VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Biblioteca Jurídica Contemporánea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1970.
27. RAMÍREZ ZAPATA, Herney, *Curso de derecho administrativo general*, Imprenta Departamental, Cali 1968, 2ª ed., Imprenta Departamental, Cali 1973.
28. ORTIZ, Miguel Lindo, *Derecho administrativo general*, Gráficas Lubegar, Bogotá 1968.
29. GÓMEZ MEJÍA, Francisco Eladio, *Fundamentos de derecho administrativo colombiano*, Editorial Kelly, Bogotá 1969.
30. ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1972, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1985.
31. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho administrativo general*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1981, 2ª ed., Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá 1995.
32. GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal, *Derecho administrativo general*, Unaula, Medellín 1980, 7ª ed., Ediciones Abogados Librería, 1997.
33. PENAGOS, Gustavo, *Curso de derecho administrativo*, 2 ts., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1982; últimas ediciones, Ediciones Librería del Profesional, t. I, Parte general, Bogotá 2000, t. II, Parte especial, Bogotá 1996.
34. RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo-General y colombiano*, Editorial Temis, Bogotá 1981; 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1984.
35. VIDAL PERDOMO, Jaime, *ob. cit.*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1966; 7ª ed., Banco Popular, 1980.
36. SIERRA JARAMILLO, Francisco, *Derecho contencioso administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1978, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1980.
37. LUNA BENÍTEZ, Luis Alberto, *Lo contencioso administrativo*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1981.
38. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *Derecho contencioso administrativo*, Sociedad Colombiana de Abogados, Bogotá 1973; *Derecho procesal administrativo*, 10ª ed., Librería Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002.
39. BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Señal Editora, Medellín 1981, 6ª ed., Señal Editora, Medellín 2002.

Así mismo, en esta etapa comienzan a aparecer obras sobre temas especializados del derecho administrativo, como el acto administrativo[40], contratación administrativa[41], organización administrativa[42], patrimonio público[43], control fiscal[44] y derecho administrativo laboral[45].

V. EL TERCER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1984-1991

En 1984, a través del decreto-ley 01 de ese año, se expidió un nuevo Código Contencioso Administrativo, que vino a modernizar y a poner al día la organización y funcionamiento de la jurisdicción administrativa y, por lo mismo, a precisar el objeto y campo de acción del derecho administrativo en nuestro país, en la medida en que la jurisprudencia y la doctrina habían venido señalando fallas y vacíos en el Código de 1941.

Como grandes rasgos de este Código, algunos de los cuales son simplemente procesales pero otros inciden en el contenido y campo de acción del derecho administrativo, podemos destacar los siguientes:

1. A pesar de su identificación como Código *Contencioso* Administrativo, el estatuto está dividido en dos grandes partes: la primera sobre *los procedimientos administrativos*, que comprende, en términos generales, las actuaciones, la vía gubernativa y la revocación directa de los actos administrativos y que, por lo mismo, realmente no constituye parte de *lo contencioso administrativo*; y una segunda parte, sobre el control jurisdiccional de la actividad administrativa, que comprende propiamente los aspectos contenciosos.

2. En relación con el campo de aplicación de los procedimientos administrativos, el artículo 1º establece que los mismos se aplican "*a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y ministerio público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral (hoy Consejo Nacional Electoral) y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplen funciones administrativas*".

---

40. TAFUR GALVIS, Álvaro, *Teoría del acto administrativo*, Ediciones Rosaristas, Bogotá 1975; PENAGOS, Gustavo, *El acto administrativo*, 2 ts. Armenia Quingráficas, Bogotá 1975; 7ª ed., 3 ts. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 2001.

41. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro, *Contratos administrativos, Tratado teórico y práctico*, Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá 1979; VIDAL PERDOMO, Jaime, *El contrato de obras públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1979.

42. RODRÍGUEZ R., Libardo, *Estructura del poder público en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá 1983, 8ª ed., Editorial Temis, Bogotá 2001.

43. CASTRO DE ULLOA, Ana Lucía y BURITICÁ RUIZ, Francisco, *De los bienes del Estado y especialmente de los bienes de uso público*, tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1980.

44. PENAGOS, Gustavo, *Curso de control fiscal*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1979; DUQUE ESCOBAR, Iván, *El control fiscal en Colombia*, Editora L. Canal y Asociados, Bogotá 1980.

45. YOUNES MORENO, Diego, *Derecho administrativo laboral*, Editorial Temis, Bogotá 1978; 9ª ed., Editorial Temis, Bogotá 2001.

Sólo se excluyen de esta regla general los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, los procedimientos militares o de policía que requieren decisiones de aplicación inmediata y el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción de los servidores públicos.

3. Respecto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 82, con algunas modificaciones introducidas por el decreto 2304 de 1989, identifica como su objeto "*juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas*".

Advierte la disposición que esta jurisdicción podrá juzgar, "*inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno*" y solo se excluyen de su conocimiento las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley.

4. En cuanto a la extensión del control, el artículo 83 del Código, también con algunas reformas introducidas por el decreto 2304 de 1989, expresa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas.

5. En lo referente a las acciones o medios de control, el Código identifica y define la acción de nulidad (art. 84), que corresponde al contencioso objetivo; la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85), que corresponde al contencioso subjetivo; la acción de reparación directa (art. 86), que corresponde al contencioso indemnizatorio; la acción contractual (art. 87), para resolver las controversias originadas en los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad (hoy contratos estatales en virtud de la ley 80 de 1993); y la acción de definición de competencias administrativas (art. 88), para dirimir los conflictos de competencia que se presenten entre diversas entidades, órganos o autoridades administrativas.

6. En materia de competencias se encuentran precisadas en este Código, en cabeza del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos según la distribución allí mismo prevista, igualmente con algunas modificaciones introducidas por el decreto-ley 2304 de 1989, las referentes a la nulidad de los actos administrativos, incluyendo los expedidos por entidades privadas cuando cumplan funciones públicas; la nulidad de los contratos administrativos, inter-administrativos y de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad y de los laudos arbitrales originados en los mismos contratos; las acciones de restablecimiento del derecho; nulidad de elecciones y nombramientos; navegación marítima, fluvial o aérea en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo; bienes ocultos; baldíos nacionales; extinción de dominio o propiedad; nacionalidad y ciudadanía; asuntos petroleros o mineros; incidentes y apelaciones en los procesos por jurisdicción coactiva; propiedad industrial; definición de competencias administrativas entre autoridades; impuestos, tasas y contribuciones; acciones de reparación directa o indemnizatorias.

Puede afirmarse que con la expedición de este código se consolidó el campo de aplicación del derecho administrativo en Colombia, pues no solamente se confirmó la aplicación del régimen propio a temas como los de los contratos administrativos y la responsabilidad, que habían ingresado en 1964, como lo vimos en el análisis de la etapa anterior, sino que con ocasión de este nuevo estatuto pueden identificarse dos nuevos aspectos importantes:

De una parte, se extendió de manera expresa la aplicación del régimen administrativo a la actividad de las personas privadas cuando actúan en ejercicio de funciones administrativas, lo cual, si bien venía insinuándose en la doctrina y en la jurisprudencia, solo en este momento se adoptó como un criterio claro y definido.

De otra parte, vale la pena hacer notar que el código comentado no solo advirtió que la jurisprudencia administrativa puede juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno, sino que, con ocasión de esa advertencia, la jurisprudencia tuvo la oportunidad de pronunciarse para ratificar esa solución, que es contraria a la concepción sobre el tema en derecho francés, pero, además, para declarar inconstitucional la limitación que consagraba la norma del código, en el sentido de que ese juzgamiento solo era posible por vicios de forma.

Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia, como juez de constitucionalidad de las leyes en ese momento:

> Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarles una entidad autónoma a determinados actos del gobierno o de la administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno.
>
> Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación; diferenciación que, por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitirá concluir que dichos actos de gobierno, constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos.
>
> La Constitución, pues, no establece diferencia alguna entre actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional […] tanto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional, por ser actos jurídicos, son juzgables en cuanto a su constitucionalidad y legalidad y no solo por vicios de forma, sino también por razones materiales…[46].

A su vez, el Consejo de Estado, al declarar la nulidad de una comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores que podría tener la naturaleza de acto político o de gobierno, expresó lo siguiente:

> En lo tocante a la excepción de falta de competencia de esta Corporación para juzgar el acto acusado por ser un acto jurídico de carácter internacional que trasciende el ordenamiento jurídico interno, la Sala considera que no es atendible tal argumento ya que, en primer término, el artículo 82 del Decreto Ley 01 de 1984 que inicialmente señaló como objeto de la jurisdicción Contencioso Administrativa el juzgamiento de las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno pero sólo por vicios de forma, fue declarado inexequible en cuanto a la frase *pero sólo por vicios de forma*, en sentencia de 15 de noviembre de 1984 de la Corte Suprema de Justicia …

46. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 15 de noviembre de 1984, Magistrado Ponente: MEDINA MOYANO, Ricardo.

> De otra parte, esta corporación en providencia de 14 de septiembre de 1989, expediente 1144, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia anteriormente citada, y que la Sala comparte, sostuvo que los actos jurídicos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y que la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos puedan existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas, la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales[47].

En esta etapa aparecen nuevas obras sobre derecho administrativo, como la del profesor Diego Younes Moreno, que continúa actualizándose hasta hoy[48], además de que continuaron apareciendo los manuales del profesor Jaime Vidal Perdomo[49] y del autor de estas líneas[50].

Igualmente en esta época aparece una publicación sobre derecho procesal del profesor Gustavo Humberto Rodríguez[51], y continúan apareciendo obras sobre temas especializados, como acto administrativo[52], contratación administrativa[53], régimen de las finanzas públicas[54], derecho urbanístico[55], control fiscal[56], responsabilidad del Estado[57], actos políticos[58] y función pública[59].

47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera, sentencia de 23 de octubre de 1992, Expediente n° 325, Consejero Ponente: ARIZA MUÑOZ, Ernesto Rafael.

48. YOUNES MORENO Diego, *Curso de derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1984; 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1997.

49. VIDAL PERDOMO, Jaime, *ob. cit.*, 8ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1985; 9ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1987.

50. RODRÍGUEZ R., Libardo, *ob. cit*., 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1985; 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1990.

51. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Procesos contencioso administrativos*, 2 ts., Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1986, 3ª ed., Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1994.

52. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El acto administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1986.

53. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Contratos administrativos y de derecho privado de la administración*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1983; edición actualizada *Nuevos contratos estatales*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1994; BAUTISTA MÖLLER, Pedro José, *El contrato de obra pública arquetipo del contrato administrativo*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 1988; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La contratación administrativa en Colombia*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1990.

54. MIRANDA TALERO, Alfonso, *El derecho de las finanzas públicas*, Agora Editores, Bogotá 1990, 2ª ed., Legis Editores, Bogotá 1999.

55. ROTHER, Hans, *Derecho urbanístico colombiano*, Editorial Temis, Bogotá 1990.

56. YOUNES MORENO, Diego, *Régimen del control fiscal*, Editorial Temis, Bogotá 1987, 4ª ed., Legis Editores, Bogotá 2000.

57. HOYOS DUQUE, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Editorial Temis, Bogotá 1984; HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia-Evolución jurisprudencial*, 2 ts., Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1991.

58. PENAGOS, Gustavo, *Los actos políticos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1985.

59. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La función pública en Colombia*, Ediciones Rosaristas, Bogotá 1985, 2ª ed., Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1987.

VI. A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución Política de 1991 introdujo importantes cambios en los principios básicos que regulan el derecho público colombiano, los cuales, como es lógico, se reflejan en modificaciones específicas en diversos temas propios del derecho administrativo, en unos casos introducidos directamente por la Constitución y, en otros, mediante las normas legales que la han desarrollado.

Así, en lo referente a la organización administrativa nacional, el cambio en la estructura general del Estado introducido por la Constitución Política, que pasó del reconocimiento tradicional y simple de las tres ramas del poder público al de otros sectores del Estado con su propia autonomía, como los órganos de control y la organización electoral, así como el reconocimiento de otros órganos autónomos, como el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, se tradujo en importantes modificaciones a la rama ejecutiva. Este cambio constitucional ha traído diversos desarrollos legales para adaptar las regulaciones de las entidades y las relaciones entre ellas a las nuevas disposiciones constitucionales. Entre esos desarrollos, además de los cambios específicos producidos en el número, denominación y estatutos orgánicos de las diferentes entidades como ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, entidades descentralizadas y otras entidades especiales, la modificación fundamental consistió en la expedición de un nuevo estatuto básico de la administración pública, contenido en la ley 489 de 1998, que derogó los decretos extraordinarios 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976, que regularon la administración nacional durante treinta años.

En el orden seccional y local, debe anotarse que la organización territorial fue precisamente uno de los principales temas de preocupación del Constituyente de 1991. Fue así como en el texto mismo de la Constitución se introdujo una nueva estructura de esa organización territorial, al eliminar antiguas entidades como las intendencias y comisarías, consolidar los tradicionales departamentos y municipios, consagrar otras nuevas como las regiones, las provincias y los territorios indígenas, y transformar el antiguo distrito especial de Bogotá en distrito capital. Desde el punto de vista legal, en desarrollo de la Constitución se han expedido nuevos estatutos para el Distrito Capital de Bogotá, y para las áreas metropolitanas, mientras que las regiones, las provincias y los territorios indígenas no han tenido aplicación por falta de su reglamentación legal. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el actual estatuto básico de la administración pública, contenido en la ley 489 de 1998, también es aplicable a la administración seccional y local en algunos aspectos.

En el tema de la función pública, la Constitución de 1991 introdujo una innovación importante en el sentido de reconocer la calidad de servidores públicos a los miembros de las diferentes corporaciones públicas de representación popular.

El tema de las actuaciones administrativas ha continuado siendo objeto de especial preocupación tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial y doctrinal. En ese sentido, en la Constitución Política de 1991 se crearon nuevos mecanismos de control jurisdiccional que en muchos casos comprenden dentro de su objeto a dichas actuaciones, como son la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y las acciones colectivas o de grupo, las cuales han tenido una importante utilización por parte de los ciudadanos, traducida en el aumento de demanda de justicia en las diferentes jurisdicciones, especialmente en la contencioso-

administrativa. De otra parte, también la Constitución de 1991 introdujo importantes modificaciones al régimen de los actos del presidente de a República con categoría de ley, especialmente en lo referente a los actos derivados de crisis o estados de excepción. Asimismo, los diferentes cambios introducidos en los órdenes seccional y local implicaron reformas importantes en el régimen de los actos administrativos departamentales, distritales y municipales.

En relación con los contratos, el artículo 150 de la Constitución de 1991 estableció que compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, en desarrollo de lo cual se expidió la ley 80 de 1993, que contiene dicho estatuto general, cuya principal particularidad es la de eliminar la dualidad tradicional de *contratos administrativos* y *contratos de derecho privado de la administración*, para introducir el concepto novedoso de *contrato estatal*, que comprende a la generalidad de los contratos celebrados por las entidades públicas.

En materia de responsabilidad del Estado, la Constitución de 1991 consagró el concepto de daño antijurídico como fundamento general de la responsabilidad administrativa, el cual, sin desconocer la evolución jurisprudencial sobre el tema, implica un paso más sólido hacia una responsabilidad objetiva.

Además, en esta etapa se han producido avances importantes en lo relacionado con la responsabilidad de los servidores públicos, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como normativo.

El tema de la policía administrativa también se ha visto influenciado por la Constitución de 1991, en la medida en que ella quiso hacer especial énfasis en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, cuya regulación legal y reglamentaria constituye, precisamente, el campo de acción del poder de policía.

La Constitución de 1991 también hizo especial énfasis en el tema del servicio público y, con fundamento en ella, se ha expedido estatutos legales muy importantes para algunos servicios, como los llamados servicios públicos domiciliarios y los servicios públicos de educación y salud entre otros.

Desde la perspectiva jurisprudencial, debe destacarse que el mayor cambio producido en esta última etapa está dado por la importancia que, con ocasión de la nueva Constitución, ha adquirido la jurisprudencia constitucional en todos los órdenes, incluidos, lógicamente, los temas propios del derecho administrativo.

Esta nueva situación es efecto, de una parte, de la llamada constitucionalización del derecho y, de otra, del carácter reglamentarista de nuestra Constitución, que implica que un buen número de sus disposiciones no se limitan a consagrar los principios propios de una Carta Política, sino que descienden hasta cierto grado de reglamentación, tradicionalmente más propio del derecho administrativo que del derecho constitucional. En todo caso, la consecuencia de lo anterior en el contenido del derecho administrativo, desde el punto de vista jurisprudencial, se traduce en que para el estudio del mismo ya no es suficiente, como era lo tradicional, el análisis de la jurisprudencia administrativa, emanada especialmente del Consejo de Estado, sino que es necesario recurrir con mucha frecuencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como puede constatarse en las obras más recientes.

Igualmente, también debe advertirse en esta etapa las incidencias que la aplicación del llamado neoliberalismo puede tener sobre el campo de acción del derecho administrativo, en la medida en que la Constitución de 1991 se expidió en un momento

histórico especialmente favorable a esa filosofía. Sin embargo, hoy podemos afirmar que, contrariamente a lo que se temía, el contenido y el campo de acción del derecho administrativo colombiano no se vieron fundamentalmente afectados por esa tendencia neoliberal, por varias razones: de una parte, porque esa corriente político-económica no ha logrado imponerse ante las grandes preocupaciones sociales que se plantean en países como el nuestro; de otra parte, porque ante los procesos de privatización de actividades públicas que se han producido en aplicación de esa tendencia, el Estado ha venido reforzando los instrumentos de regulación, control y vigilancia de las actividades privatizadas, como en el caso de los servicios públicos domiciliarios, instrumentos que constituyen nuevos temas del derecho administrativo o reforzamiento de los ya existentes.

En lo que tiene que ver con la jurisdicción contencioso administrativa, no hay duda de que la Constitución de 1991, además de ratificarla como jurisdicción especializada, con sus funciones tradicionales, produjo un fortalecimiento de la misma al adscribirle nuevas funciones, ya no solo consultivas y jurisdiccionales, sino como colaboradora en la función electoral respecto de varias autoridades de los primeros niveles del Estado, adicionalmente a la función tradicional de juez electoral, como en lo referente a la competencia para decretar la pérdida de la investidura de los congresistas y la participación en la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional, así como del Procurador General de la Nación, del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, distritales y municipales y del auditor de la Contraloría General de la República, como lo explicamos en otro escrito de nuestra autoría[60].

Igualmente, en desarrollo de la Constitución de 1991, se expidió la ley estatutaria de la administración de justicia (ley 270 de 1996), en la cual se previó la creación de los jueces administrativos como un tercer nivel de la jurisdicción administrativa, después del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos departamentales, y que si bien aún no han sido puestos en funcionamiento, vendrán a reforzar el control jurisdiccional de la administración pública.

Finalmente, en relación con la doctrina en materia derecho administrativo, en esta etapa han aparecido algunas nuevas obras, como las de los profesores Jaime Orlando Santofimio Gamboa[61] y Efraín Gómez Cardona[62], y han continuado actualizándose otras de las aparecidas en etapas anteriores, como la del profesor Jaime Vidal Perdomo[63] y la del autor del presente escrito[64].

60. RODRÍGUEZ R., Libardo, "Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia", *ob. cit.*

61. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996; 2ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, t. II, 3ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998 (publicado en dos ediciones anteriores bajo el título de *El acto administrativo*).

62. GÓMEZ CARDONA, Efraín, *Nuevo derecho administrativo colombiano*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín 1995.

63. VIDAL PERDOMO, Jaime, *ob. cit*., 10ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1994; 11ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1997.

64. RODRÍGUEZ R., Libardo, *ob. cit*., 7ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1994; 13ª ed., Editorial Temis, Bogotá 2002.

Además, en esta etapa puede destacarse la continuación de la aparición de nuevas obras sobre derecho procesal administrativo[65] y sobre temas especializados como derecho administrativo laboral[66], control fiscal[67], derecho ambiental[68], hacienda pública[69], acto administrativo[70], contratación administrativa[71], responsabilidad del Estado[72], derecho de policía[73] y servicios públicos[74], las cuales contribuyen de manera muy importante a fortalecer y consolidar la presencia del derecho administrativo en Colombia.

VII. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

Con fundamento en las reseñas y análisis presentados en el curso de este escrito, así como en las demás experiencias académicas e investigativas del autor, pueden expresarse las siguientes reflexiones y conclusiones:

1. El nacimiento y la evolución del derecho administrativo en Colombia han estado estrechamente ligados a la creación y desarrollo de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país, pues la idea de un régimen jurídico especial para regular la actividad administrativa ha estado íntimamente relacionada con la existencia de un juez especializado en el control de la administración.

2. Si bien puede identificarse como antecedente remoto de la jurisdicción administrativa la creación del Consejo de Estado en 1817, y como antecedente próximo la previsión incluida en la Constitución de 1886 en el sentido de que la ley podría crear

65. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, *Derecho procesal administrativo*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 1999; 3ª ed., Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 2002.

66. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho administrativo laboral*, 2 ts., Rodríguez Quito Editores, Bogotá 1993; 4ª ed., Legis Editores, Bogotá 2000; PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Derecho administrativo laboral y seguridad social*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1996; 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999.

67. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Umbral Ediciones, Bogotá 1996; MAZO GIRALDO, Hernán Alonso, *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia*, Contraloría departamental, Medellín 1996; 2ª ed., Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín 1997.

68. MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando, *Introducción al derecho ambiental*, Legis Editores, Bogotá 1998.

69. PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Editorial Temis, Bogotá 2000.

70. SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Teoría general del acto administrativo*, Librería Jurídica Diké, Medellín 1995; 2ª ed., Legis Editores, Bogotá 1999.

71. SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Contratación administrativa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1993; 3ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999; PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Los contratos estatales*, Ediciones Jurídicas Gustavo IBÁÑEZ, Bogotá 1994; 4ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999; PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel, *La contratación de las entidades estatales*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 1997; 3ª ed., Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 2001; ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Legis Editores, Bogotá 1999; DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Legis Editores, Bogotá 2001; QUINTERO MÚNERA, Andrés y MUTIS VARGAS, Andrés, *La contratación estatal: análisis y perspectivas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2001.

72. HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, Editorial Temis, Bogotá 2001.

73. TORRES ZULETA, Gonzalo, *Curso de derecho de policía*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1995; TORRES RICO, Remberto, *Derecho de policía*, 2 ts., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999-2001.

74. MOLINA TORRES, José Antonio, *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Ediciones Jurídicas Gustavo IBÁÑEZ, Bogotá 1998; 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo IBÁÑEZ, Bogotá 2001; PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá 1999.

dicha jurisdicción, la creación de la misma solo vino a producirse, a nivel constitucional, en 1910 y, a nivel práctico, con la expedición de las leyes 130 de 1913 y 60 de 1914, mediante la primera de las cuales se dio cumplimiento al mandato constitucional de crearla y se expidió el primer Código Contencioso Administrativo y, mediante la segunda, se organizó el Consejo de Estado como tribunal supremo de la misma jurisdicción. Por consiguiente, en esta época, que va de 1910 a 1914, puede ubicarse el nacimiento del derecho administrativo en Colombia.

3. Tanto del contenido del primer Código Contencioso Administrativo, como de los antecedentes que dieron lugar a la creación del Consejo de Estado y de la jurisdicción administrativa, así como de las expresiones de la jurisprudencia administrativa colombiana y de los primeros doctrinantes en la materia, se concluye fácilmente que el régimen administrativo colombiano se creó bajo la inspiración del régimen administrativo francés.

4. Igualmente, la evolución del derecho administrativo colombiano ha estado influenciada en gran medida por el desarrollo del derecho administrativo francés, especialmente por su jurisprudencia, dada la importancia de esta última en aquel régimen. Así se desprende tanto del contenido de los Códigos Contencioso Administrativos de 1941 y 1984, como de la jurisprudencia colombiana y los comentarios de los autores.

5. No obstante lo anterior, no se ha tratado exclusiva y simplemente de una imitación pasiva, ciega e inconsciente, como a veces se trata de presentar. En efecto, si bien podrían identificarse principios y soluciones traídos del derecho francés sin ningún proceso de adaptación, son también múltiples los ejemplos en los cuales dichos principios y soluciones se han traído de otros derechos, como el español o el norteamericano, o, en tratándose del derecho francés, han tenido un proceso de adaptación a la realidad nacional y, aún otros que otorgan rasgos propios al derecho administrativo colombiano.

6. Entre los rasgos propios que caracterizan al derecho administrativo colombiano podemos identificar, en primer lugar, que, a diferencia del francés, y a pesar de la influencia de este último, el colombiano es fundamentalmente de carácter legislado, manteniendo así el rasgo que caracteriza, en general, al derecho latino.

Lo anterior se traduce en que tanto los principios como las reglas, y aún múltiples soluciones de detalle, están generalmente contenidos en normas de naturaleza constitucional, legal o reglamentaria, de tal manera que aún en los casos en que los principios y reglas son importados del derecho francés, su adopción es objeto del trámite y discusión propio de las reformas constitucionales y de las leyes, por lo menos cuando la adopción se hace a través de estos instrumentos jurídicos. Por la misma razón, el estudio, análisis y conocimiento del derecho administrativo colombiano requieren, ante todo, el conocimiento y análisis de las normas legales vigentes sobre cada tema, antes que el examen de la jurisprudencia.

7. Lo anterior no quiere decir que la jurisprudencia no juegue papel alguno en el derecho administrativo colombiano, pues de todas maneras su importancia se refleja en varios aspectos. De una parte, algunas teorías, como la de la culpa o falla del servicio para fundamentar la responsabilidad del Estado, que estuvo vigente durante un buen tiempo, fue importada del derecho francés por la jurisprudencia colombiana sin que existiera norma legal expresa al respecto, aunque también en este caso se advierte la influencia del derecho legislado, en cuanto la misma jurisprudencia se preocupó de buscar normas legales que le dieran sustento a la aplicación de esa teoría. Pero, en

todo caso, no puede negarse que en este tema de la responsabilidad del Estado la jurisprudencia ha jugado un papel muy importante al aplicar diversas fuentes de responsabilidad, hasta llegar últimamente, por las particularidades propias de nuestro país, a comenzar a diseñar una responsabilidad estatal por los daños causados por actos de terrorismo[75].

8. En muchos otros casos, la jurisprudencia juega un papel esencial en el ejercicio de su función natural de interpretación de la ley, pues dado el gran dinamismo de la actividad del Estado, la capacidad legislativa de este último deja con frecuencia importantes márgenes a la interpretación, ya sea porque la ley no cubre todos los aspectos del tema regulado, o por que las leyes se desactualizan frente a los fenómenos cambiantes de la actividad administrativa o, en otros casos, porque su contenido no es de fácil comprensión. Puede afirmarse, como conclusión de este aspecto, que a pesar de predominar en Colombia un régimen administrativo legislado, la jurisprudencia juega un papel más importante en el derecho administrativo que en las otras ramas del derecho.

9. En relación con la concepción de la jurisdicción administrativa también puede concluirse, de una parte, que su origen, estructura y funcionamiento se han inspirado en la jurisdicción administrativa francesa.

Así lo atestiguan la jurisprudencia, la doctrina y el examen de las normas que crearon y han regulado esa jurisdicción en Colombia. Sin embargo, aquí también aparecen rasgos y características especiales que le dan fisonomía propia a esa institución en nuestro país.

10. En efecto, de una parte, la evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia muestra una especial preocupación por fortalecer su carácter jurisdiccional, lo cual se traduce en varios aspectos.

En primer lugar, casi desde su comienzo se ha considerado a esta jurisdicción como parte integrante de la rama judicial del poder público, lo cual ha sido formalmente reconocido por la Constitución de 1991, a diferencia del régimen francés en el cual, aún hoy, se considera como un cuerpo especial con funciones jurisdiccionales, entre otras, pero con nexos estructurales y de funcionamiento muy estrechos con la administración.

En segundo lugar, las funciones jurisdiccionales se han venido fortaleciendo, tanto desde el punto de vista práctico, en virtud de una creciente demanda de justicia en los asuntos del Estado, como desde el punto de vista de sus competencias, ejemplos de lo cual son la ampliación de su objeto a los contratos de la administración y a la responsabilidad del Estado, que estuvieron excluidos durante un buen tiempo, y especialmente la extensión de su campo de acción al juzgamiento de las actividades de los particulares cuando ejercen funciones administrativas y a los actos políticos o de gobierno, aún por razones de fondo, bajo la consideración de que toda la actividad administrativa, sin exclusión, está sometida a su control.

En tercer lugar, otra expresión del fortalecimiento del carácter jurisdiccional podemos encontrarla en la decisión de crear juzgados administrativos como un tercer orden jerárquico dentro de la jurisdicción, inferiores a los tribunales administrativos

75. *V.*, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, Expediente n° 9550; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, sentencia de 22 de enero de 1996, Expediente n° 10648.

departamentales, los cuales, además, conllevan otra diferencia con el régimen francés, en cuanto en este último la preocupación por ampliar la organización de la jurisdicción se tradujo en la creación de las cortes administrativas de apelación, a nivel regional, con ubicación intermedia entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos seccionales.

11. Infortunadamente, tal vez la especial preocupación por la función propiamente jurisdiccional, a la que acabamos de hacer referencia, se ha producido en desmedro de las funciones consultivas y de preparación de proyectos de ley por parte del Consejo de Estado, órgano supremo de esta jurisdicción, que fueron precisamente las funciones que dieron origen a esta institución.

Esta situación se ha presentado, no solo porque las reformas introducidas últimamente han venido reduciendo los casos de consulta obligatoria, sino porque el gobierno no hace suficiente uso de la posibilidad de consultar al Consejo, aún sin carácter obligatorio, ni de solicitarle la preparación de proyectos de ley, así como tampoco el Consejo hace uso regularmente de la iniciativa propia que tiene para presentar proyectos de ley y de reformas constitucionales.

12. De otra parte, también desde hace varias décadas se ha presentado en nuestro país una especial preocupación por la autonomía de la jurisdicción administrativa, como de todas las jurisdicciones, que ha llevado al Constituyente y al legislador a garantizar una total independencia de los magistrados y consejeros respecto de las otras ramas del poder, hasta el punto de que ni el gobierno ni el congreso intervienen en su designación, así como tampoco aquellos pueden ejercer funciones propias de la administración, lo cual constituye otro rasgo diferenciador de nuestra jurisdicción frente a la francesa.

13. Las funciones del Consejo de Estado y aún de los tribunales administrativos se han visto incrementadas, por fuera de las de carácter consultivo y jurisdiccional, por la participación que la Constitución de 1991 les ha entregado en la designación de altos funcionarios del Estado y por la competencia atribuida para conocer de las solicitudes de pérdida de investidura de los congresistas, diputados y concejales, lo cual también diferencia esta jurisdicción de la francesa, que ha sido su fuente de inspiración.

14. Finalmente, debemos hacer notar que las características de la jurisdicción administrativa colombiana, tanto las que han sido adoptadas del régimen francés como las propias, han sido en algunos casos afectadas por la importación al sistema jurídico colombiano de elementos e instituciones de otros regímenes extraños a nuestro carácter y mentalidad latinos, sin suficiente y riguroso análisis sobre sus consecuencias y su armonización con las instituciones propias y con nuestra mentalidad, lo cual ha traído dificultades e incoherencias en la aplicación práctica de nuestro sistema jurídico en general y del régimen administrativo en particular.

Tal es el caso de las acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo que la Constitución de 1991 introdujo como novedad, pero cuya aplicación exitosa requiere un esfuerzo de adaptación y articulación con las instituciones judiciales tradicionales que la misma Constitución decidió conservar.

De todo lo anterior puede concluirse que tanto en el caso de importaciones, imitaciones o adaptaciones de soluciones o instituciones de regímenes semejantes, como, con mayor razón, en el caso de que dichas importaciones o imitaciones provengan de sistemas extraños a las peculiaridades y características propias, ello debe hacerse con

el mayor cuidado, prudencia y rigor, a fin de garantizar la mejor articulación posible de las instituciones importadas con las realidades nacionales, como lo advertía el profesor Jean Rivero desde hace varias décadas, al analizar, precisamente, lo que él identificaba como "*fenómenos de imitación de modelos extranjeros en derecho administrativo*"[76], los cuales ya consideraba naturales desde esa época y que hoy son más evidentes y necesarios en una sociedad que tiende a la globalización en todos los órdenes, incluido el jurídico.

76. RIVERO, Jean, "Los fenómenos de imitación de modelos extranjeros en derecho administrativo" en *Páginas de derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 2002, pp. 135 y ss.

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Carlos Luis Carrillo Artiles
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Cada vez que aludimos a la noción del Principio de Legalidad resulta imperativo referirnos previamente al concepto de Estado de Derecho, ya que la existencia y tangibilidad de dicho Estado de Derecho es el punto de partida para la existencia y garantía misma de la Legalidad en cualquier estructura estatal moderna.

En principio, "todo poder pretende ser *legítimo* (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden *tener derecho* al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho"[1]. Sin embargo, basados en la idea que el Estado de Derecho es un presupuesto de existencia y condicionante del Principio de Legalidad, se impone atisbar en la génesis histórica de dicha noción o concepto.

II. LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Así pues, el establecimiento de la noción de Estado de Derecho surge a partir del advenimiento del Estado Moderno, a finales del siglo XVIII y albores del siglo XIX, como reacción al ejercicio del Absolutismo típico del Estado Autoritario y Despótico, en el cual la voluntad del Monarca constituía el centro de la esfera normativa, jurisdiccional y gubernamental del Estado, pues "la fuente de todo Derecho era la persona subjetiva del Rey"[2] quien concentraba en sí mismo el Poder Global, fundamentada dicha legitimidad del Poder en una presunta conexión con la Divinidad, ya que la detentación y ejercicio de ese Poder Tradicional era trasmitido de generación en generación por sus antecesores y antepasados, los cuales en algún momento de su árbol genealógico tenían una conexión con Dios, lo cual acarrearía la insoslayable sumisión o subordinación de toda la población en su condición de súbditos, y "la inexistencia de límites para la voluntad del monarca, de tal suerte que sus actos eran totalmente inimpugnables, razón por la cual los súbditos no tenían ningún tipo de derechos subjetivos públicos"[3].

---

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Editorial Civitas, Madrid 1977, p. 247.
2. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t I, *ob. cit*., p. 248.
3. PEÑA SOLIS, José, *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial 60 años de la Contraloría General de la República, Caracas 1998, p. 14.

III. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA

Esta formulación fue radicalmente atacada por los ideólogos de la revolución Francesa, quienes consideraban que la fuente de todo Derecho no estaba en ninguna instancia supuestamente religiosa, divina o trascendental a la comunidad, sino que proviene de la voluntad general, cuya exclusiva forma legítima de expresión es a través de la Ley General, por ende la Ley es la encargada de determinar y justificar expresa y previamente todos los actos singulares de Poder, o lo que se denomina la tesis de la *vinculación positiva de los órganos públicos a la Ley*; situación que ubica al individuo y su *status libertatis* como centro de la esfera normativa del Estado, a través del establecimiento de un orden transpersonal, lo cual explica la esencia y razón de ser del Estado mismo cuya legitimidad proviene de la voluntad general.

De manera que, "la esencia del proceso del poder consiste en un intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desenvolvimiento de la personalidad humana"[4]. Como consecuencia se erige la tesis del Poder Racional Individual, donde el Estado como entelequia jurídica, se eleva sobre las voluntades individuales por la existencia y justificación del Poder Político, como un elemento constitutivo del Estado junto con la Población y el Territorio; por lo que, dicho Poder Político se presenta como la potestad que tiene el órgano público de hacerse obedecer y enunciar mandatos válidos dirigidos a destinatarios que aceptan e interiorizan dichas ordenes.

De allí que con el establecimiento del Estado Moderno, todo Poder Legítimo orbita en torno al concepto de la Competencia del ente público, como atribución expresa de Ley, por cuanto se identifica al Poder como la medula sustancial del Estado y se afirma que todo Poder se reduce estrictamente a un Poder Jurídico de Obrar por el cual el hombre esta sometido al imperio de las normas[5], por lo que haciendo una actualización del principio de la Constitución Francesa de 1791, "no hay autoridad superior a la Ley, y el Gobernante no ordena ni gobierna más que por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia de los particulares". Ante lo cual emergería un correlativo lógico, que data desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual exalta la existencia de una "libertad plena de acción en el obrar del particular quien no podrá ser impedido de realizar su voluntad salvo expresa limitación en Ley", en virtud de lo cual, nadie podrá ser forzado a hacer lo que ella no ordena imperativamente.

IV. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA

Sin embargo, paralelamente en latitudes germanas se erigió una contratesis como fue la de la vinculación negativa, que afirmaba un paralelismo de potestades entre el Monarca y el Parlamento, sólo detentando éste último, el monopolio "de sancionar aquellas leyes que incidían sobre los derechos de libertad y propiedad de sus súbditos, lo cual conduciría a que el Gobierno y la Administración (Monarca) -a diferencia de lo que ocurría en Francia- no fueran meros ejecutores de Ley, la cual funcionaba más

4. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona 1965, p. 27.
5. KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Editorial Nacional, México DF. 1979.

bien como un límite externo de actuación"[6], por lo que en ejercicio de esa actividad administrativa se podría realizar con toda libertad cualquier actuación válida siempre que se efectuase dentro de ese espacio dejado por el límite externo de prohibición constituido por la Ley.

Con el devenir del tiempo, esta tesis de la vinculación negativa en los países germánicos ha sufrido un cambio en sentido inverso, dirigido hacia un acercamiento a la tesis de la vinculación positiva, generándose una especie de convergencia entre tales tesis que originalmente nacieron contrapuestas en una posición actual, la cual sin lugar a dudas reconoce la vigencia de la tesis de la vinculación positiva con ciertas atenuaciones, como es que en la actualidad, ya no existe una radical supeditación al monopolio del Parlamento como productor de normas jurídicas, sino que se reconocen como *propias* y se justifican un cúmulo de facultades ínsitas a todos los órganos que integran el Poder Público, cuando ejercen actividad de naturaleza administrativa siempre que pretendan la consecución de fines públicos dirigidos a la obtención del interés general.

Esta flexibilidad o laxitud ínsita, operará sólo cuando con dicha actividad administrativa, no se genere ninguna afectación a la esfera jurídica subjetiva de los particulares por la confección de un acto de naturaleza ablatoria mediante el cual se comprima, conculque, cercene o modifique negativamente el espectro subjetivo del particular, ya que en esos supuestos específicos, siempre deberá mediar una norma de rango legal que otorgue de manera expresa dicha atribución de competencia ablatoria a los órganos del Poder Público, por cuanto tal facultad sólo es concebible en un Estado de Derecho, como producto o resultado del estricto seguimiento de las pautas previstas en el orden constitucional-legal, y que están restringidas al campo de la llamada Reserva Legal.

V. LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO

Por ello se evidencia la importancia del concepto de Estado de Derecho, el cual podemos identificar como aquél principio de organización estatal en el cual existe un conjunto de normas jurídicas jerarquizadas en un orden prelativo, denominado como bloque de legalidad, las cuales se imponen y obligan no sólo a sus destinatarios sino que también son acatadas por los gobernantes, pues sin excepción son aplicadas a todos los integrantes por igual de dicho ente estatal, sin importar si su contendido es justo o injusto, pues lo determinante es exclusivamente el respeto al mandato normativo imperativo que se suprapone inclusive a las voluntades individuales.

De manera que desde el punto de vista meramente formal, aunque parezca extraño para algunos doctrinarios, en Estados como el Nazista, Fascista o Comunista, siempre que se acate el mandato normativo por todos sus componentes, habría un Estado de Derecho, aún cuando no compartamos ni filosófica ni ideológicamente el contenido de sus normas por considerarlas erradas, injustas o reprobables.

Justamente con la asunción del régimen constitucional Liberal y el auge del positivismo jurídico formal, se produjo un verdadero sometimiento del Estado al Derecho, bajo el espectro de una específica regla fundamental, que contrastaba la existencia de

6. PEÑA SOLIS, José, *ob. cit.*, p. 16.

la libertad individual ilimitada del particular frente a una facultad limitada del Estado de actuar circunscrita siempre a una norma atributiva de competencia, lo cual conduciría a todo un sistema organizativo de capacidades de acción atribuidas por texto expreso de la Ley a todos los entes públicos, bajo la denominación de competencias formales, las cuales generarían una diversificación del Poder Público en una pluralidad de órganos que ejercitarían funciones públicas específicas.

Por ende todo se reduce a un engranaje de reglas que edifican unas garantías de respeto, obediencia y acatamiento de la Ley, de allí la Supremacía Constitucional, la Primacía de la Ley, de la Reserva Legal, y el denominado Principio de Paralelismo de las Formas, de lo que se deriva la existencia y tangibilidad del Principio de Legalidad, y su eventual tutela judicial efectiva ante cualquier quebrantamiento o vulneración a dicho principio, pues todos los elementos enunciados son condicionantes de la efectividad y vigencia de la Legalidad.

VI. CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Existen unos caracteres concurrentes que reiteradamente han sido favorables para que florezca en un sistema jurídico de cualquier Estado, la tangibilidad del Principio de Legalidad. Su significación y alcance es de la más variada índole, pero su concurrencia resulta vital e inevitable al objeto de tal demostración.

En primer lugar ese Estado debe establecer en su ordenamiento fundamental, el reconocimiento de la existencia de Derechos Públicos Subjetivos, e inclusive también de una gama de cualidades subjetivas, como son los intereses calificados, difusos e inclusive fragmentarios.

Frente a tal reconocimiento de situaciones subjetivas por el Estado, debe existir como premisa fundamental, el principio basado en que toda conducta imputable a cualquier órgano del Poder Público es susceptible de revisión y que no existe acto o conducta excluida de control, lo que se ha denominado como el principio de 'Universalidad del Control de los Actos dictados en ejercicio del Poder Público'. Como es fácil observar, hemos hecho mucho énfasis en la denominación conductas ya que a nuestra manera de ver no sólo es susceptible de control los actos positivos de los órganos públicos en el sentido de actividades realizadas, sino también las inercias, inactividades o conductas negativas o de no hacer por tales entes[7].

Asimismo dicho Estado debe necesariamente estatuir una verdadera garantía de defensa, la cual se verificaría en un fluido acceso a una protección y goce de una real Tutela Jurisdiccional Efectiva ante cualquier quebrantamiento a tales esferas personales, atendiendo justamente a esa amplitud del elenco plurisubjetivo de actos susceptibles de ser controlados, sin importar su naturaleza o procedencia.

Ahora bien esa posibilidad de tutelarse judicialmente debe ser canalizada esencialmente a través de dos importantes competencias jurisdiccionales específicas que permitan el control de todas las conductas estatales, edificando por una parte, todo un conjunto de órganos con la singular competencia de control y respecto de la Constitucionalidad, al mismo tiempo que paralelamente exista toda una estructuración juris-

7. Al respecto ver CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los Funcionarios Públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1999.

diccional con competencia específica de control sobre las conductas y actos de los órganos públicos, cuando actúen en ejercicio de una actividad sustancial y orgánicamente administrativa como sería el Contencioso Administrativo.

Por último ese ordenamiento jurídico estatal debe consagrar que el Estado sea Responsable Patrimonialmente por sus conductas y actuaciones, de manera que en caso que sea improbable resarcir o restablecer directamente la situación jurídica infringida por el actuar público, en las instancias judiciales a las cuales recurrió como afectado, ante lo cual, a dicho afectado le quedaría la opción de solicitar un equivalente o sucedáneo que condene al órgano público al pago de sumas de dinero por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la conducta administrativa lesiva, irreparable por vía directa, la cual fue sufrida particularmente por ese exclusivo ciudadano en su esfera patrimonial.

Dicha responsabilidad patrimonial debe ser independiente de "la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa)"[8].

VII. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Consideramos oportuno efectuar un primer intento de construir una noción legalista del Principio de Legalidad, el cual emerge como un verdadero principio garantístico de rango constitucional que otorga seguridad y certeza jurídica, y protege la libertad de los individuos gobernados que componen una sociedad frente a la actuación de los entes públicos y gobernantes, entidades que se presentan como una variedad de entelequias o ficciones intangibles creadas por el pacto social, para acometer funciones de interés público y general, y que supone básicamente la sumisión absoluta e irrestricta de todo órgano y funcionario del Poder Público a la Ley. Esto se verifica en primer lugar, a través del respeto del mandato de competencia contenido en la Ley, la cual unge con capacidad de acción a tales entes públicos, pero que obliga al mismo tiempo, a una absoluta y plena conformidad y apego de todas sus actuaciones, normas y actos a todo un sistema de jerarquización de normas denominadas Bloque de Legalidad.

"Como lo advierte la doctrina, el principio de legalidad constituye una limitación del poder administrativo y tiene inspiración liberal; estará mejor asegurado, por otra parte, en la medida en que resulte más expedito controvertir judicialmente las decisiones"[9].

8. MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1974, p. 8.

9. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Undécima Edición, Editorial Temis, Bogotá 1997, p. 331

VIII. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL

Sin embargo, frente a dicha tesis legalista y en atención a "los excesos a que condujeron el positivismo y el formalismo jurídico, pagados a un alto precio con el segundo conflicto bélico mundial, determinan -de forma paralela a la progresiva penetración y consolidación de la idea del activismo social del Estado- la recuperación del plano sustantivo o material en el concepto del Estado de Derecho. Éste no significaría ya tan sólo garantía de principios y reglas formales de producción, vigencia y aplicación del ordenamiento jurídico, sino también y sobre todo salvaguardia y realización de determinados bienes y valores históricos y reales"[10].

Bajo esta óptica se afirma que existiría una insuficiencia en la visión puramente formalista del Estado de Derecho de la tesis legalista, ya que según su criterio, sería necesario la existencia e inclusión de una variedad de garantías y situaciones, que permitan efectivamente el reconocimientos de una serie de derechos públicos subjetivos para que se verifique la tangibilidad de un Estado de Derecho. Entre estos elementos estaría la necesidad de una Constitución "aprobada por el pueblo, democracia política, gobernantes electos, separación de poderes y garantía de los derechos humanos frente al legislador y, más aún hasta frente al constituyente, que no puede atender contra los derechos naturales *inherentes a la persona humana*"[11]. A la luz de esta posición, se negaría el carácter de Estado de Derecho a "las tiranías de partido único que constituyen su más radical negación, como el nazismo, el fascismo y el comunismo soviético y similares, que a veces pretendieron ser Estado de Derecho o poseer la llamada *legalidad socialista*, que no pasa de ser una disciplina impuesta por el partido a funcionarios y súbditos, pero no limita a los gobernantes ni confiere verdaderos derechos subjetivos a los gobernados"[12].

IX. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL

En tal orden de ideas, el Principio de Legalidad, es mucho más profundo y sustancial que una noción puramente formal, que "supone la conformidad del orden jurídico, no sólo con un escalonamiento normativo formal, sino la posibilidad de su control por jueces independientes y ciertos valores sustanciales, de fondo, metajurídicos, sin cuyo respeto integral no existe Estado de Derecho en el sentido auténtico de la expresión. Si a pretexto de la soberanía, o de la usurpación, mejor dicho, de la soberanía nacional, por supuestos constituyentes originarios, autocalificados como revolucionarios, se instituyesen normas supremas tiránicas, no cabría calificar como un Estado de Derecho al que se instituyese o desarrollase sobre tales bases"[13].

---

10. PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de derecho administrativo*, vol. I, 5ta Edición, Editorial Ariel, Madrid 1998, p. 60.
11. REAL, Alberto Ramón, "Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de derecho". En el Curso Internacional de *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 27 de julio de 1978, p. 46.
12. REAL, Alberto Ramón, *ob. cit.*, p. 47.
13. REAL, Alberto Ramón, *ob. cit.*, p. 47.

Es justamente inserto en esta visión donde se circunscribe la formulación de nuestra Constitución recientemente dimanada por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual fue sujeta a un referendo aprobatorio en fecha 15 de diciembre de 1999, publicada en fecha 30 de diciembre de 1999 en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.860, y re-publicada en fecha 24 de marzo de 2000 en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.453 Extraordinario, al aducir expresamente que Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, por lo que pareciera anteponerse el carácter social al cual se da preeminencia antes del elemento jurídico formal.

Sin hacer juicio de valor sobre dicha enunciación constitucional, queremos puntualizar que lo más significativo de los ordenamientos jurídicos que propugnan la consolidación del activismo social, es específicamente que "la Ley deja de ser simplemente la expresión de la *razón colectiva*, de la *justicia definida por la voluntad soberana*, para pasar a ser sobre todo el producto de la voluntad parlamentaria mayoritaria en el contexto del pluralismo político y, por tanto, manifestación de un compromiso político en el seno del orden constitucional dado".

Ahora bien, es importante resaltar que nuestra redacción fundamental se conforma con la simple afirmación que nuestro país se eleva como un Estado Social de Justicia y de Derecho, sin precisar o establecer con claridad su contenido teórico, ya que la Exposición de Motivos sobrevenidamente publicada sólo aduce que:

> Se define la organización jurídico política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los venezolanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.
>
> Los principios de la solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la ley, convirtiéndolo, entonces, en un Estado de Derecho. Estado social de Derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático. Estado Social y democrático de Derecho comprometido con el progreso de integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia[14].

La paternidad de la propuesta de inserción de esa noción de Estado democrático y social de derecho y de justicia, en la Constitución de 1999 se la atribuye al constituyente Allan Brewer-Carías, a quien casuísticamente rendimos homenaje en este libro, siendo uno de su más significativo aporte al Debate Constituyente en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual se gestó al discutir el título referido a los principios fundamentales de la República, a través de una comunicación dirigida al presidente y demás miembros de la Comisión Constitucional, en la sesión del 29 de septiembre de 1999, en la cual se efectuaban unas observaciones a la redacción original propuesta para la discusión, que textualmente refería a que, "la República de Venezuela es un Estado de justicia y social de Derecho".

14. Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Extraordinario nº 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.

Se pretendía con ello que la norma identificará "los valores superiores del ordenamiento jurídico y los fines esenciales del Estado, de manera que orienten todo el articulado de la Constitución y se eviten repeticiones en otras normas"[15].

Dicha expresión Estado Social de Derecho, "si bien es una incorporación novedosa en el sistema venezolano, no lo es sin embargo en el constitucionalismo contemporáneo, por cuanto ya aparece en la Constitución de la República Federal Alemana de 1949, en la Constitución de la República Española de 1978 y en la Constitución Política de Colombia de 1991.

El Estado Social de Derecho ha sido designado también como *Welfare State* Estado de Bienestar o Estado Social Demócrata, para describir un Estado interesado en el bienestar y opuesto, a todas las formas autoritarias"[16].

El Estado Social es un paso arriba del Estado clásico, individualista y liberal, que evoluciona para convertirse en "organización política y jurídica en la cual se reconoce la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los intereses de los grupos sociales, económicos, políticos y culturales, cada vez más complejos, a través de los principios de la justicia social"[17].

X. ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA

El antecedente más remoto de la preceptuación venezolana del Principio de Legalidad descansa en nuestra Constitución de 1811, la cual aún cuando no erigía un precepto específico que elevase al rango fundamental dicho Principio, si contenía diversos artículos que indicaban la sujeción de los diversos órganos del Poder Público en su acción a la orden constitucional.

Una excelente evidencia es el contenido de su *Preliminar* especie de Preámbulo el cual establece que: "El ejercicio (sic) de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo (sic), y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí, en sus respectivas facultades. Los individuos que fueren nombrados para exercerlas (sic) se sujetarán (sic) inviolablemente al modo, y reglas que en esta constitución se les prescriben para el cumplimiento, y desempeño de sus destinos"[18].

No obstante, en nuestro devenir constitucional, es en el artículo 8 de la Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830, cuando por primera vez, se preceptúa en concreto un verdadero antecedente normativo de ese Principio, al patentizarse que:

---

15. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente* (*Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*), t II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

16. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Editorial ExLibris, Caracas 2000, p. 45.

17. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Estado Democrático y Social de Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXIII, n° 98, mayo-agosto 2000, p. 604.

18. Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.

> El Poder Supremo se dividirá para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Cada poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos[19].

Luego es en la sucesiva Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857, específicamente en su artículo 6, donde se construye una redacción mucho más adecuada y cercana a la actual, al sustituirse la expresión Poder Supremo por *Poder Público* e incorporarse la obligación del ejercicio de las atribuciones no sólo a lo ordenado por la Constitución sino extendiéndose también a las *Leyes*, al edificarse la siguiente redacción:

> El Poder Público se divide para su administración, en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal. Cada uno de estos poderes ejercerá las atribuciones que le señalan la Constitución y las Leyes sin excederse de sus límites[20].

Posteriormente el artículo 84 de la Constitución Nacional de 1947, efectúa un acercamiento a la actual redacción al prever que: "El Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las Leyes que definen sus atribuciones y facultades. Todo acto que extralimite a dicha definición constituye una usurpación de atribuciones".

Todo esa formulación aterriza finalmente en la consagración constitucional del artículo 117 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que en una redacción similar a la prevista actualmente por la Constitución de 1999, contenía la siguiente enunciación:

> La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio.

XI. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, invoca en su artículo 137 al denominado Principio de Legalidad Genérico que abarca todo el espectro de novedad pentaorgánica que componen al Poder Público, al afirmar que:

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

Quizás uno de los aspectos favorables de la Constitución Venezolana de 1999 en relación a la Constitución de 1961, consisten una ampliación significativa en el número de los artículos que refuerzan al Principio de Legalidad, de manera que cuantitativamente es absolutamente comprobable dicha mejoría numérica en el texto fundamental, aún cuando en la realidad práctica se han generado ciertas distensiones a dicho principio, como ya hemos expresado en diversos trabajos precedentes[21].

Usualmente tenemos la errada creencia que el Principio de Legalidad Constitucional Venezolano, se reduce a la enunciación del precitado artículo 137 de la actual Constitución, lo cual sucedía exactamente igual con el artículo 117 de la Constitución de la

19. Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830.
20. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857.
21. Al respecto ver nuestra opinión en el artículo denominado "El Desplazamiento del Principio de Supremacía Constitucional por el régimen de los Interregnos Temporales" en la *Revista de Derecho Constitucional* nº 3, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

República de Venezuela de 1961, pero la realidad es que el Principio de Legalidad es mucho más extenso y no se trata de un único imperativo insulado en el orden constitucional, por el contrario si fuere así, por sí solo sería insuficiente e ineficaz, ya que para detentar pleno cumplimiento y vigencia se impone el establecimiento de todo un orden normativo mediante la confección de una compleja red o entramado de preceptos constitucionales que garanticen la vigencia y protección de tan cardinal Principio.

Parafraseando al maestro Moles Caubet que argumentaba que: "el principio de legalidad no puede quedar plenamente expresado en una única norma constitucional (sic) por cuanto domina todo el ordenamiento jurídico de cuya coherencia interna es factor decisivo.

Así el principio de legalidad adquiere a rango constitucional cuando la Constitución dispone de una retícula normativa, valga la imagen; es decir, de un entrelazamiento de normas, hecho posible para que el principio tenga una completa y efectiva realización. Puesto que, siendo el principio de legalidad auténtico principio condicionante, no se encuentra, tanto en un solo texto de la Constitución como en todo su contexto"[22].

Al efecto de patentizar cual ha sido el incremento cuantitativo de disposiciones de rango fundamental en nuestra novedosa Constitución, dirigidas a reforzar la consagración del Principio de Legalidad en Venezuela, resulta imperativo visualizar una especie de comparación de dicha red o entramado constitucional con la edificada en el precedente reciente texto fundamental de 1961.

XII. EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

De una acuciosa revisión al novel ordenamiento constitucional emergen de acuerdo a nuestro juicio, 21 artículos que vendrían a reforzar al aludido artículo 137.

Afloran así en orden numérico, en primer lugar, el artículo 3 que consagra los fines esenciales Estado Venezolano, entre los cuales esta específicamente el de garantizar el cumplimiento de dicha Constitución.

El artículo 7 que erige específicamente el Principio de Supremacía Constitucional y la sujeción irrestricta funcionarios y órganos Poder Público a dicha Constitución. Consideramos importante resaltar que aún cuando dicho precepto como unidad es novedoso en el régimen constitucional, ya la Constitución de 1961 en su contexto garantizaba dicho principio formalmente.

El artículo 20 como una han redacción idéntica al artículo 43 de la Constitución de 1961, que consagra la garantía de la Libertad de desenvolvimiento Persona Humana, al afirmar que: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social". Según nuestra modesta opinión hubiese sido más afortunada dicha redacción constitucional si hubiese incluido que esa libertad de conducta de los particulares, sólo estuviese liderada por "las limitaciones que se deriven de esta *Constitución y de las Leyes* y del derecho de las demás y del orden público y social", remarcando en consecuencia, que la esfera de libertad individual sólo puede ser comprimida por el orden fundamental o de rango específicamente legal. Por fortuna existe en el

22. MOLES CAUBET, Antonio, *ob. cit.*, pp. 13 y 14.

mismo orden constitucional, una expresa reserva legal prevista en su artículo 156, a la cual haremos mención que lo sucesivo, y que garantiza dicha formulación expuesta.

El artículo 25 que establece la nulidad de los actos contrarios a la Constitución y la Ley, cuyo correlativo en la Constitución de 1961 era el precepto 46. Este artículo es de significativa importancia al efecto de ilustrar la amplitud del Principio de Legalidad consagrada en la reciente Constitución, mientras en la Constitución del año 61, se aludía a que era nulo cualquier acto contrario específicamente la Constitución, en la del 99 se amplía dicho espectro de nulidad no sólo a la contrariedad y a la norma fundamental sino también a la contrariedad al rango legal, abarcando y robusteciéndose dicho principio.

El artículo 26 que garantiza el acceso a la justicia, con sus caracteres y expectativas de ser, gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita.

El artículo 27 cuyo correlativo de la Constitución del 61 era el artículo 49, que edifica la mal llamada Jurisdicción Constitucional, cuando en realidad lo que se esta consagrando es una verdadera y especifica "competencia jurisdiccional de amparo constitucional", paradójicamente retornando al esquema ya ha superado por vía jurisprudencial del amparo *inaudita alteram parte* o sin contradictorio, el cual había sido preceptuado en el artículo 22 la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero había sido declarado nulo por sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, al considerar que dicha posibilidad quebrantaba otro derecho también de rango fundamental como es el Derecho a la Defensa.

El artículo 49 cuyo símil era el artículo 68 en la Constitución del 61, que establece el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso, ahora extendido no sólo a las actuaciones judiciales sino también a las de naturaleza administrativa por expresa revisión constitucional, sin embargo, ya dicho reconocimiento aun cuando no de manera expresa, eran deducible e implementado en base a la Constitución del 61.

El artículo 51 y su correlativo 67 en la constitución de 1961, que erige el Derecho de Petición y Debida Respuesta, ahora introduciéndose el calificativo de oportuna y adecuada respuesta como garantía a la decisión el derecho de petición, abriéndose el ámbito de control más allá de la simple oportunidad de respuesta en el sentido de cronología. También es importante resaltar que dicho artículo extravierte como novedad, la inclusión de una sanción funcionarial a ser prevista en el régimen legal estatutario inclusive con la destitución del respectivo cargo.

El artículo 131 que impone el deber irrestricto de todo persona de acatarla y hacer cumplir la Constitución y las Leyes, por ciudadanos nacionales o no nacionales, habitantes, transeúntes.

El artículo 138 que tiene una redacción indica al artículo 119 de la Constitución de 1961, el cual establece la ineficacia y nulidad de toda autoridad usurpada, como un vicio de elemento competencia.

El artículo 139 que explana y amplia la responsabilidad individual por el ejercicio del Poder Público, no sólo por abuso de poder o por violación de la ley, como establecía el artículo 121 de la constitución de 1961, sino que también por el vicio de desviación de poder, que ataca al elemento finalidad del acto, y por la violación de la Constitución.

El artículo 140 que establece la Responsabilidad Patrimonial del Estado Venezolano, por los daños sufridos por los particulares en su esfera subjetiva de bienes y de derechos, siempre que tal lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. Dicha novedosa construcción aun cuando no tiene un correlativo en la Constitución de 1961, era perfectamente viable de su contexto y de la previsión de las potestades que detentaba el juez con competencia en lo contencioso administrativo, en virtud del artículo 206 de aquella Constitución.

Los artículos 156, 164 y 178 que establece las competencias del poder público a nivel nacional, estadual y municipal.

El artículo 236 y su correlativo 190 en la Constitución del 61, que ordena dentro de las atribuciones del Presidente de la República, específicamente en su ordinal primero, el *hacer cumplir la constitución y las leyes*, y en su ordinal el décimo, lo faculta para ejercer una potestad reglamentaria genérica, en ejecución de ley con la limitación de no alterar su propósito espíritu y razón.

El artículo 259 y su fundamento en el artículo 206 de la Constitución del año 61, que instituye a la mal llamada a Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en el fondo no es más que una verdadera competencia jurisdiccional específica en materia de justicia y control contencioso administrativa, que trae como novedad algo que ya había sido ampliamente reconocido por vía jurisprudencial a la luz de la Constitución de 1961, como es "conocer sobre los reclamos de prestación de servicios públicos".

El artículo 266 y su par en la Constitución del 61 como sería el artículo 215 que establece las competencias del Tribunal Supremo de Justicia, el cual suplantó a la antigua Corte Suprema de Justicia. Con la especificidad en el artículo 335 que dicho Tribunal Supremo es el protector de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. Y la exaltación en su artículo 336 de unas variadas competencias a una novedosa Sala Constitucional, encargada de la protección del texto fundamental.

Por último se repite con idéntica redacción en el artículo 333 el denominado un blindaje constitucional previsto en el antiguo artículo 250 la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que cimienta le garantía de protección de la Constitución, al aseverar que:

> Esta Constitución no perderá su vigencia si dejaré de observarse por acto de fuerza o porque fue derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.
>
> En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de Autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La novedosa Ley Orgánica de Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001, la cual viene a complementar el cuadro de instrumentos normativos que regirán las relaciones procedimentales de índole administrativa conjuntamente con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, erige en su artículo 4 el denominado principio de legalidad administrativa, el cual aduce que "La Administración Pública

se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares".

A la luz de dicha redacción legal es indudable que en Venezuela, la extensión del Principio de Legalidad como principio de imperativo de actuación que rige tanto a los entes de naturaleza orgánica administrativa así como a los otros entes de naturaleza no administrativa que pertenezcan al plurisubjetivo elenco del Poder Público pero que ejerzan funciones sustancial o materialmente administrativas, implica el apego irrestricto no sólo a la norma atributiva de competencia de rango legal sino también a lo que Hauriou denominó el *Bloque de Legalidad* entendido como todo el espectro normativo de toda la extensión del ordenamiento jurídico vigente.

XIV. A MANERA DE EPÍLOGO

Como hemos explanado a través de todo el desarrollo de este trabajo, el Principio de Legalidad es un principio garantístico y fundamental en las sociedades modernas, y en el caso de nuestro ordenamiento constitucional tiene una data histórica desde que tenemos identidad nacional.

En la reciente constitución del año 1999, se extravierte una amplitud en términos cuantitativos de una mayor enunciación de normas dirigidas fortalecer en teoría el Principio de Legalidad, tan vulnerado y conculcado por reiteradas conductas lesivas de los órganos del Poder Público, inclusive por órganos creados por esa misma norma fundamental.

Constituye una profunda preocupación en quien redacta que dicho principio medular sea realmente respetado y vivificado en lo sucesivo, por los órganos del Poder Público encargados de su vigilia y protección, ya que de otra manera sólo se generaría una situación de anarquía y anomía, la cual puede irremisiblemente conducir a la inexistencia del tan aludido y amenazado Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente* (*Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*), Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Venezuela 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y Proceso Constituyente*, Universidad Nacional Autónoma de México 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid España 1990.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en America*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Venezuela 2001.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, "El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los Funcionarios Públicos", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas Venezuela 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid España 1977.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Estado Democrático y Social de Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXIII, nº 98, mayo agosto 2000.

JESH, Dietrich, "Ley y Administración" *Estudio y evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid España.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, México D.F. 1979.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona España, 1965.

MOLES CAUBET, Antonio, "El principio de legalidad y sus implicaciones", *Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV*, Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela 1974.

PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Ariel, 5ta Edición, Madrid España 1998

PEÑA SOLÍS, José, *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial 60 años de la Contraloría General de la República, Caracas Venezuela 1998.

REAL, Alberto Ramón, "Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de Derecho" en el Curso Internacional de *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá Colombia 27 de julio de 1978.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial ExLibris, Caracas Venezuela 2000.

RUAN, SANTOS, Gabriel, *El Principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Fundación de estudios de Derecho Administrativo Funeda, Editorial Torino, Caracas Venezuela 1998.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar.

Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela (Extraordinario), nº 5453 de fecha 24 de marzo de 2000.

Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.

Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857.

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Enrique Argullol Murgadas
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España

I. LA POSICIÓN GENERAL DEL CIUDADANO ANTE LOS PODERES PÚBLICOS

La posición del ciudadano ante los poderes públicos, aunque cimentada en principios de alcance general, se manifiesta en diversos niveles. Por un lado, puede perfilarse una situación como titular de derechos fundamentales y libertades públicas -la gran conquista de nuestra civilización, desgraciadamente demasiado a menudo desconsiderada en la práctica o, peor aún, alejada de la vida real de muchos países-. Por otro, puede ponerse el énfasis en la condición de los ciudadanos como sujetos de derechos cívicos o públicos. En fin, una tercera perspectiva toma en consideración otra dimensión del ciudadano: la de parte o contraparte de una relación con uno de los poderes públicos, la administración pública. Es posiblemente una dimensión menos aparatosa, más discreta. Sin embargo es una parte indiscutible del status del ciudadano como tal, del status constitucional del ciudadano. Si las primeras perspectivas constituyen lo que podríamos denominar la posición política o el estatuto fundamental, la posición del ciudadano en la relación jurídico administrativa exige, para decirlo con palabras del profesor García de Enterría, la definición de un auténtico estatuto ordinario del ciudadano. Esta es la vertiente que principalmente interesa en este trabajo.

Desde la primera declaración de la Revolución Francesa hasta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el tiempo transcurrido con su carga de contradictorios y difíciles vaivenes, ha favorecido un progresivo afianzamiento y reconocimiento universal de estos valores. Al margen de su real virtualidad y de que, como acabamos de señalar, en demasiadas ocasiones y en demasiados lugares son ignorados, la cultura de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y de la primacía del derecho, aunque sujeta a interpretaciones diversas, es globalmente asumida. Hoy puede hablarse, con mayor razón que hace unas décadas, de la universalización de estos principios.

Ahora bien, como su articulación y desarrollo se concreta, con pocas excepciones, a nivel de cada Estado, es inevitable hacer referencia a las soluciones especificas a partir de la regulación de un país. En estas páginas las referencias lo son al derecho español.

Decía antes que el *status* constitucional del ciudadano es complejo y se manifiesta a diversos niveles aunque lógicamente estrechamente interrelacionados. De ahí que sean necesarias unas consideraciones globales o generales que permitan destacar los principios sobre los que habrá que asentar el estatuto ordinario del ciudadano.

La primacía del derecho constituye un elemento esencial e imprescindible del estado democrático. Como, por ejemplo, señala la Constitución Española de 1978 al definir al Estado como democrático y social, todos "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento". Es una reafirmación solemne de uno de los principios esenciales de un proyecto de convivencia democrática. La sumisión del poder al derecho constituyó un de los mayores avances en la organización de la sociedad política. Si bien con anterioridad hubo una parcial sumisión de ciertos actos estatales al Derecho, ésta se construyó sobre la base de separar la actividad pública que implicaba ejercicio de poder, y las repercusiones económicas de ésta y la actividad estatal ajena a relaciones de poder, las cuales se referían a una personificación jurídica separada del Estado. Sólo con el triunfo de la ideología liberal, con los postulados de la soberanía nacional, de la primacía de la Ley y de la preeminencia de los derechos fundamentales del ciudadano se establece un sistema de tendencialmente completo sometimiento de los poderes públicos a la ley: y además en los modelos más acabados existe no sólo una supeditación de los poderes ejecutivos a la ley, sino incluso del poder legislativo a la Ley superior que es la Constitución verificable por un órgano jurisdiccional. Aunque en este supuesto la subordinación no se construya con patrones completamente idénticos a la relación entre ley y reglamento pone de relieve una acabada articulación del principio de primacía del derecho.

Así pues, las Constituciones actuales han situado en su frontispicio la afirmación del principio de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico que es una condición indisolublemente unida a la configuración de Estado como Estado democrático de Derecho. Este planteamiento se manifiesta en dos direcciones: por un lado, se concretan las referencias para la efectividad de la sumisión de la administración al ordenamiento; por otro, se destaca, en un sentido beligerante, la finalización de la actividad administrativa en orden al desarrollo de los "valores superiores de su ordenamiento jurídico" que son "la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1 de la Constitución española, en adelante CE).

En la primera orientación destacaríamos a su vez una doble dimensión en cuanto se especifican los criterios materiales de sumisión al ordenamiento y se establecen además los procedimientos que pueden asegurarlo. En efecto, en el artículo 9.3 CE se constitucionalizan un conjunto de principios informadores del ordenamiento, que aparte de su significación en orden a poner de relieve la superación de planteamientos positivistas extremados, constituyen principalmente una ratificación de los valores subyacentes acumulados. "El principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" (art. 9.3 CE), se colocan como contexto de la actividad pública. Este enfoque es expresamente ratificado en el artículo 103 CE al disponer que la Administración pública ha de actuar *con sumisión plena a la Ley y al Derecho*. Ahora bien, la Constitución no se limita a disponer una supeditación de la administración al ordenamiento, sino que asimismo establece los cauces para la efectividad de la misma. Conviene distinguir un doble orden de perspectivas al respecto. Así, en el caso de España con el establecimiento de procedimientos para asegurar la dependencia del gobierno en relación con el poder legislativo (la forma política es parlamentaria y los artículos 99 a 101 CE contienen las disposiciones adecuadas para ello) y la previsión de que "el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y con las leyes"

(art. 97 CE), se asegura el carácter instrumental de la Administración y su dependencia, evidentemente mediata, y de naturaleza exquisitamente política, respecto del Parlamento, el cual por lo demás puede ejercer determinadas funciones de control directo. Junto a esta vertiente, la Constitución además proclama de forma reiterada la sumisión de la administración y, en cierto sentido, de todos los poderes públicos a los tribunales con lo que los ciudadanos tienen asegurada su protección frente a las actuaciones públicas. El carácter completo y múltiple de esta protección es la mejor conclusión de la exhaustiva regulación constitucional de los derechos y libertades fundamentales y la confirmación de que las libertades públicas constituyen uno de los goznes fundamentales de un ordenamiento constitucional. Nos limitamos a recordar a este respecto, siguiendo las fórmulas de la Constitución española, en primer lugar, la cláusula de tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, enunciada con la mayor amplitud (art. 24 CE), que elimina los obstáculos existentes anteriormente para el acceso a los tribunales; en segundo lugar, los procedimientos especiales y de amparo (art. 53.2 CE); o, en fin, la disposición contenida en el artículo 106 CE de acuerdo con la cual "los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y la sumisión de ésta a los fines que la justifican", acogiéndose además el sistema de responsabilidad objetiva de la administración pública y de los restantes poderes públicos.

Como decíamos antes, la definición del Estado como democrático y los valores que expresamente se relacionan con esta configuración, exige no sólo el sometimiento de la Administración y de los poderes públicos al ordenamiento, sino además el señalamiento de coordenadas u objetivos para la efectiva implantación de estos valores. Las transformaciones experimentadas en las sociedades políticas actuales más avanzadas, con el agotamiento de las formulaciones neutrales en la definición de las finalidades de un Estado en el que han irrumpido los intereses de los diversos sectores de la realidad, eso es, el Estado pluriclasista para utilizar la expresión de Giannini, es un dato extraordinariamente significativo. Es en este marco que cabe entender por ejemplo el importante segundo párrafo del artículo 9 CE: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Declaración ésta que trae al recuerdo las palabras de Calamandrei en el sentido de que con una declaración de este tenor una Constitución ya no contiene una polémica con el pasado, como era propio de las viejas constituciones, sino que emprende una auténtica *polémica con el presente* que puede concretarse, incluso en términos más precisos, como sucede en el largo Capítulo III del Título Primero sobre "Principios rectores de la política social y económica", cuya necesaria instrumentación mediante la Ley no disminuye su valor directivo desde un punto de vista jurídico.

El señalamiento a los poderes públicos de finalidades de transformación de la realidad preexistente pone de nuevo en un primer plano el elemento teleológico esencial de la Administración, en ocasiones oscurecido por la imprescindible perspectiva relacional. Y así lo afirma de forma expresa y clara el artículo 103 CE: "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". La búsqueda incesante del interés general, que ya no puede ser algo al margen de las finalidades constitucionalizadas del Estado, ha de ocupar un protagonismo que ciertos viejos planteamientos habían limitado al circunscribir su regulación a la problemática de su cristalización en intereses individuales. Dos palabras pueden centrar la profundización de estas pro-

puestas constitucionales: organización y participación, que van a tener una precisa significación en orden al estatuto ordinario del ciudadano. Es cuestión ya relativamente vieja destacar la significación de los aspectos organizativos, pero su importancia crece con la progresiva multiplicación de las tareas públicas. Incluso el constituyente español consideró necesario recoger algunas indicaciones -la Administración pública... actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (art. 103.1 CE)- que constituyen elementos imprescindibles para vertebrar una organización social compleja cual es la administración. Debe destacarse, por otra parte, la significación de las fórmulas de participación asociativa o grupal en las tareas administrativas. Posiblemente, ésta pueda tomar un mayor vigor y ser frecuentemente cauce idóneo para realizar los propósitos anunciados en la Constitución, cuyo artículo 9.2 contiene un expreso reconocimiento de las realidades sociales colectivas. En todo caso, ocioso es decirlo, esta participación tiene un carácter necesariamente complementario respecto a las vías exquisitamente políticas.

El mandato constitucional en orden a dar contenido sustancial al principio de igualdad obliga a retomar, evidentemente con una nueva lectura la antigua critica de Duguit sobre el desequilibrio individualista en la construcción del ordenamiento y otorgar a las instituciones administrativas una dimensión real, que no supone olvidar los planteamientos garantizadores sino precisamente definirles un complemento. Un examen realista de las instituciones y procedimientos de las Administraciones Públicas permitirá completar el análisis habitual con la observación de su parcial funcionalidad. Así, deberán tomarse en consideración fenómenos como la inaplicación del derecho -"el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma legal o ilegal que tiene la Administración de aplicar las normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas que es una de las formas más refinadas de ilegalidad" (Nieto)-; la persistencia de las infracciones del ordenamiento si no existe iniciativa singular que utilice las correspondientes acciones, la existencia de sectores de la actividad de los poderes públicos exenta, no de derecho pero sí, de hecho, del control jurisdiccional, que se proyecta casi exclusivamente en la vertiente patrimonial; la mediación de los cuerpos burocráticos; los controles sociales preventivos, etc.

De manera resumida, y como colofón de las consideraciones anteriores, podemos señalar que el status constitucional del ciudadano en su relación con la administración trata de asentarse en los siguientes principios:

a) legalidad y supremacía del Derecho

b) sometimiento a los tribunales y tutela judicial efectiva

c) dirección política de la Administración

d) búsqueda de los intereses generales, objetividad y eficacia y proyección del principio de igualdad

e) sometimiento a procedimiento y publicidad

f) imparcialidad y confianza legítima

g) colaboración y participación

h) indemnidad y responsabilidad

Un conjunto, pues, de principios y precisiones que constituyen el marco en cuyo seno debe situarse la definición y la articulación del estatuto ordinario del ciudadano.

II. CIUDADANO Y ADMINISTRADO

Dos son los aspectos que han de centrar la atención a continuación. Por un lado, habrá que reflexionar sobre el concepto de ciudadano en la relación jurídico-administrativa. Por otro, de la mano de las soluciones concretas del ordenamiento español, exponer los principales derechos -y deberes- del que hemos denominado estatuto ordinario del ciudadano.

Como hemos destacado, en nuestra época existe, al menos a nivel formal un reconocimiento universal de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ciudadano, piedra angular para definir su status. En estas normas internacionales se establece expresamente -dato que se quiere destacar- la prohibición de medidas discriminatorias en el disfrute de los derechos básicos. (art. 2º.1 Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Naciones Unidas; artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Asimismo, la Constitución española (art. 13.1) acoge este criterio, que no comprenden los derechos civiles activos, aunque esta exclusión no afecta a los ciudadanos de la Unión Europea en lo que se refiere a las elecciones locales, todo ello modulado con las precisiones aportadas por leyes y tratados internacionales. Debe tenerse en cuenta además que según el artículo 10.2 de la Constitución española las disposiciones internas sobre derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de acuerdo con los tratados y pactos internacionales en la materia. Ahora bien, ¿cómo se refleja esta globalización del status del ciudadano en la más concreta dimensión de la relación jurídico-administrativa?

Hoy puede constatarse que se ha roto una equivalencia directa entre ciudadano y nacional de un Estado. Y no sólo como consecuencia de la generalización de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Piénsese a este respecto en la significación que se desprende de la creación de la ciudadanía de la Unión Europea (art. 8.1 "será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro"). Entre los derechos y deberes más destacables derivados de esta ciudadanía pueden mencionarse los de circular y residir libremente en los Estados que componen la Unión, la participación en las elecciones municipales y europeas en el país de residencia, el derecho de petición… Hay por tanto en este caso una ruptura de la vieja equivalencia directa entre Estado, nacionalidad y ciudadano aunque se crea otra -parcial en sus manifestaciones- entre Unión Europea y nacionales de los Estados que la componen.

Por otra parte, en las propias Constituciones recientes se contienen referencias heterogéneas para referirse a los sujetos de derecho y deberes. Así en la Constitución española de 1978, si bien se utiliza principalmente la expresión ciudadano para aludir al sujeto activo y titular de derechos también aparecen con idéntica finalidad otras expresiones como *españoles, personas, todos*. En este sentido, puede localizarse en la ley fundamental un concepto amplio de ciudadano que se reflejaría implícitamente en numerosos preceptos. Así en el artículo 24 que consagra el principio de tutela judicial efectiva o en el artículo 105 en relación con el acceso a los archivos. En ocasiones de forma implícita se recoge en el ordenamiento jurídico esta configuración amplia: así el art.19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para aludir a una norma estructural derivada de la Constitución, alude a los *ciudadanos de nacionalidad española*… Por contra, en otros supuestos la referencia a los ciudadanos tiene un carácter más estricto (artículo 23 CE). Y en otros (art.14 CE). aún cuando la literalidad de la expresión -*los españoles*- podría inducir a pensar en una visión limitada, el mandato de no discrimi-

nación de los pactos internacionales y su valor interpretativo obligan a dar a este texto una significación amplia. De este panorama, brevemente descrito, se deduce una conclusión clara: actualmente, en nuestros ordenamientos se contiene una concepción gradual de ciudadano, coexistiendo supuestos en que con la expresión ciudadano se alude al nacional de un Estado o conjunto de Estados (por ejemplo, Unión Europea), con otros, con creciente significación, particularmente cuando no se está en procesos electivos políticos, en el que va imponiéndose una concepción general de ciudadano como persona titular de derechos y obligaciones al margen de su nacionalidad.

Ahora bien, a pesar de esta ampliación incluso la concepción gradual del ciudadano -se dice- es insuficiente para describir la pluralidad de actores y destinatarios de la relación jurídico-administrativo. A parte de las limitaciones que aún se dan respecto de los extranjeros, la presencia en una relación jurídico-administrativa de las personas jurídicas o de otras administraciones públicas pone de relieve las limitaciones derivadas de la escueta expresión de ciudadano. De ahí que se haya defendido una recuperación del concepto de administrado, una vez eliminada su connotación de carácter pasivo, ya que -se afirma- puede abarcarse con mayor completitud la totalidad de las contrapartes de una administración. Ahora bien, siendo todo ello cierto, no puede no obstante olvidarse el valor que implica realzar la condición de ciudadano al identificar la contraparte de la administración sin personalización jurídica. El sentido político de ciudadano (su reafirmación en la Ley 30/1992, con esta referencia la Ley española de 16 de noviembre de 1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) es un activo que no debe perderse, a pesar de que en determinadas ocasiones, por lo demás perfectamente acotadas, alcance una mayor virtualidad la noción de administrado .

Antes de entrar en la consideración de los derechos y deberes del ciudadano en la relación jurídico-administrativa todavía debe hacerse otra precisión. A la condición de ciudadano en ocasiones ha de añadirse un complemento para ejercitar determinadas facultades: la de interesado. Así se dan posiciones ligadas a esta última condición (art. 35 a) Ley 30/1992, los ciudadanos tienen derecho "a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados". En la definición de interesado realizada por la Ley 30/1992 (art. 31) se dan dos novedades importantes: el interesado se define a partir de la noción de interés legítimo (concepto que ha sido asumido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1985: "…el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico…"); en segundo lugar se reconocen los intereses colectivos (los apartados a) y c) del artículo 31 de la Ley 30/1992 prevén la actuación en el procedimiento de "las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales" que serán "titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca" -art. 31.2-).

III. EL ESTATUTO ORDINARIO DE LOS CIUDADANOS

Entendemos como *estatuto ordinario* de los ciudadanos el conjunto de los derechos subjetivos y también deberes, definidos por el ordenamiento que los ciudadanos detentan como contraparte de la administración. Estos derechos, a diferencia de los fundamentales, sólo ostentan la protección ordinaria de los tribunales (no puede utilizarse el recurso de amparo ni remedios sumarísimos) y en general, aunque no siempre, se definen en relación con el procedimiento. Entre el estatuto fundamental -los derechos fundamentales y libertades públicas- y el estatuto ordinario existen diferencias claras en cuanto a su regulación y protección (regulación por ley y protección extraordinaria en el primer caso). Sin embargo, algunos derechos ordinarios tienen una conexión directa con los derechos fundamentales y en todo caso todos encuentran su funcionalidad en la concepción global de la relación entre los ciudadanos y los poderes públicos a la que de forma reiterada se ha hecho referencia.

Cabe recordar que el status del ciudadano no comprende tan solo derechos sino que también se definen deberes. Asimismo se puede establecer fácilmente la diferencia entre deberes constitucionales (por ejemplo, los tributos) y los deberes *ordinarios* de los ciudadanos (entre estos, los definidos en los artículos 39 y 40 de la Ley 30/92).

A continuación se exponen los distintos derechos que pueden considerarse parte integrante del *estatuto ordinario* de los ciudadanos. La Ley 30/92 ha realizado una cierta codificación de los mismos, asumiendo previsiones de la propia Constitución o del ordenamiento, o, en otras ocasiones, ha configurado nuevos derechos. Sin ánimo de exhaustividad y en función de los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa estos elementos del estatuto ordinario del ciudadano se estructuran en varios grupos.

En relación a los derechos de los ciudadanos de carácter informativo, la Constitución española ya recogió una previsión concreta sobre un derecho ciudadano de esta naturaleza en relación con las administraciones públicas. El artículo 105.b) CE remite a la ley la regulación del "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". El artículo 37 de la Ley 30/92 ha regulado este derecho. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos de expedientes finalizados que obren en los archivos administrativos, si bien se reserva a las personas concernidas cuando se afecta su intimidad. Por lo demás, de acuerdo con el número 4 de este artículo, el derecho de acceso podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o por disposición legal específica. Asimismo, la Ley 30/92 excluye del derecho de acceso determinados tipos de expedientes (párrafo 5) y señala determinados supuestos en que el derecho de acceso se regirá por disposiciones específicas (párrafo 6).

Por otra parte, los ciudadanos en su relación con la administración pública tienen derecho a "conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y (a) obtener copias de documentos contenidos en ellos". Es, como vemos, uno de los supuestos en los que a la condición de ciudadano se añade la de interesado para poder ejercer el derecho. La articulación concreta del mismo se encuentra en el artículo 3, particularmente el primer apartado, del R. Decreto 208/1996, de 9 de febrero.

Un tercer derecho de los ciudadanos de carácter informativo está definido en la letra b) del artículo 35 de la Ley 30/92, constituyendo una novedad muy significativa. De acuerdo con este precepto, los ciudadanos tienen derecho a "identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos". Lógicamente, el alcance de este derecho queda limitado en determinados supuestos.

Otro derecho de carácter informativo está definido en la letra g) del artículo 35 de la Ley 30/92 según el cual los ciudadanos tienen derecho a obtener "información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar". Por la amplitud de la formulación puede considerarse también una novedad. Se trata de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos con un apoyo de información y asesoramiento. Ahora bien, las actuaciones de la administración en esta dirección no suponen ni una interpretación normativa de los preceptos que puedan ser objeto de referencia "ni consideración jurídica o económica, sino una simple determinación de conceptos, información de opciones legales o colaboración en los cumplimientos de impresos o solicitudes" según expresamente señala el artículo 4.b) del R. Decreto 208/1996.

En un segundo grupo se incluyen los derechos de los ciudadanos relativos a la tramitación y documentación. En primer lugar, mencionamos el derecho "a obtener copia sellada de los documentos que se presenten, adjuntándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento" (artículo 35.c) de la Ley 30/92). Mayor novedad ha representado la precisión de la letra f) del mencionado artículo 35, precepto que declara el derecho del ciudadano a no presentar documentos no exigidos por las normas, o incluso cuando éstas lo exigen si ya están en poder de la administración que instruye el expediente de que se trata.

El artículo 105.a) CE dispone que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. Este precepto además de su alcance concreto contiene una orientación de significación más general. Y es en el marco de estas directrices que cabe situar la precisión del artículo 35.e) de la Ley 30/92 cuando dispone que los ciudadanos tienen derecho "a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución".

En un tercer grupo incluimos los derechos del ciudadano específicamente relativos a su relación con la administración pública. Mencionaremos primeramente el derecho a ser tratado con respeto y deferencia por parte de las autoridades y funcionarios, al que hace referencia la letra i) del tantas veces citado artículo 35. Si la previsión en términos generales puede no constituir una novedad, sí lo es, en cambio, el énfasis que se pone en la definición con la doble mención del respeto y de la deferencia, actitudes orientadas a facilitar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes por parte de los ciudadanos.

Otro derecho del ciudadano en la relación jurídico-administrativa, lógicamente derivado de la pluralidad lingüística reconocida en el artículo 3 de la Constitución, se refiere al uso de las lenguas en los procedimientos administrativos. El artículo 36 de la Ley 30/92 establece las reglas concretas para el ejercicio del derecho -recogido en la letra d) del artículo 35- a utilizar la lengua oficial de preferencia por parte del ciu-

dadano partiendo de la configuración territorial de los derechos lingüísticos. Aunque este planteamiento sólo interesa a los territorios con varias lenguas oficiales no es preciso insistir en la gran relevancia y complejidad de la regulación y de la aplicación de las normas de este tipo.

Incluimos también en este tercer grupo el derecho del ciudadano a exigir responsabilidades de la Administración y del personal a su servicio. El ordenamiento español, ya en su etapa anterior, ha venido recogiendo con la mayor amplitud la institución resarcitoria respecto de las actuaciones de las administraciones públicas y sus agentes. Desde las referencias más directamente relativas a éstos de los artículos 35.b) y 41 hasta la formulación más general de los artículos 139 a 146, la Ley 30/92 ha dado el mayor énfasis al derecho del ciudadano "a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio" para decirlo con las palabras de la letra j) del artículo 35. En todo caso, al establecer esta regulación el legislador no hacía sino asumir el mandato y desarrollar la regla expresamente contenida en el artículo 106.2 CE que establece: "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En otro grupo incluimos los derechos de los ciudadanos relacionados con la dimensión participativa de su status frente a las administraciones. Así pueden mencionarse el derecho de petición y la acción pública. De forma más precisa puede hacerse referencia a la participación en la elaboración de disposiciones generales, derecho ya enunciado en el artículo 105.a) CE, que habrá de articularse de diversas formas, frecuentemente de forma asociada. Asimismo, pueden mencionarse otras modalidades de participación en la formulación de decisiones administrativas singulares previstas por el ordenamiento.

Aludiremos finalmente a un conjunto heterogéneo de derechos que pueden considerarse incluidos en el estatuto ordinario del ciudadano cuyo denominador común estriba en su condición de correlativa respecto de obligaciones precisas de las Administraciones Públicas. Así, la obligación de resolver y la prohibición de abstenerse por parte de los órganos administrativos o el deber de éstos de realizar los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible con sus obligaciones laborales o profesionales, el reconocimiento de la asistencia de los interesados con apoyo de asesoramiento propio y la garantía del principio de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento. O, aunque obviamente en su ámbito específico, el reconocimiento de derechos específicos en situaciones de carácter disciplinario o sancionador.

A lo largo de esta última parte, se han destacado, de la mano del ordenamiento jurídico español y en particular de la Ley 30/92, elementos significativos que han de configurar este estatuto ordinario del ciudadano en su relación con las administraciones públicas. Constituye un dato básico para asegurar la plena irradiación de los valores constitucionales en la relación jurídico-administrativa.

En la Exposición de Motivos de la Ley 30/92 se dice: "La Constitución de 1978 alumbra un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto es responsable de dirigirla. El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe

establecerse desde este concepto y transcender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos". Y más adelante: "La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano…".

Siguiendo el mismo impulso, el Tribunal Supremo español en una sentencia de 21 de noviembre de 1990 ya había tenido ocasión, aunque sus palabras se refieren a un procedimiento concreto, de asumir y realzar esta visión constitucional de la relación jurídico-administrativa: "esta audiencia corporativa es una más en la constelación de normas que a lo largo y ancho del texto constitucional van diseñando la imagen de una administración pública auténticamente democrática y, en consecuencia, el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. Efectivamente, la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente (artículo 23), como lo son también las modalidades de tal principio con reflejo en la justicia (artículo 125). Se configura así una administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o *administrados* con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta y contrapuesta de los problemas".

En este horizonte ha de verse, y en un sentido dinámico y abierto, preocupado por su auténtica virtualidad, la posición del ciudadano, reivindicado como tal, en su relación con la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

Entre los numerosos estudios publicados en torno a la Ley 30/92, señalamos, en relación con el tema aquí considerado, los siguientes:

EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *REDA* nº 75, julio-septiembre 1992, p. 325

SÁINZ MORENO, Fernando, "Principios y análisis de aplicación de la LAP" (en particular, artículos 1 a 3) en PENDAS GARCÍA, Benigno (Coordinador), *Administraciones públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona 1993, p. 107 y ss.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, "Los derechos ciudadanos en la ley de administraciones públicas", *RAP* nº 132, 1993, p. 41 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi DL, Madrid 1993, pp. 130 y ss.

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lubín Aguirre
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

No se discute hoy día si los principios de Derecho Penal se aplican o no al Derecho Administrativo Sancionador, pues la Administración pública, cuando ejerce esta actividad, necesita ajustarse al esquema penal de tipificación de la infracción y de la sanción, así como a todos los demás principios generales inspiradores de los ordenamientos penales. Se trata de la aplicación de principios no de normas.

¿Cuáles son esos principios penales aplicables al Derecho Administrativo sancionador y cuál va a ser el alcance de tal aplicación extensiva? Cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace referencia en realidad a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, si no a aquéllas a las que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales.

La doctrina jurisprudencial viene enumerando una serie de principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador como son: el de presunción de inocencia, el de legalidad y el de interdicción de arbitrariedad. Queda por resolver el problema fundamental de precisar cuál es el alcance con que tales principios han de aplicarse, y ello sobre todo en el ámbito procedimental. La doctrina viene advirtiendo de manera reiterada que tal aplicación ha de hacerse *con matices* que dimanan de la naturaleza de las sanciones administrativas que atienden al debido cumplimiento de los fines propios de la Administración. Pero hay mucha incertidumbre todavía justamente por la falta en nuestro país de una legislación general sobre el procedimiento administrativo sancionador, a pesar de la cada vez más empeñada orientación de la Administración para imponer sanciones a los administrados.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1999 se despeja un poco el panorama con los postulados del artículo 49, que en su encabezamiento especifica que el debido proceso se dará en *todas las actuaciones judiciales y administrativas.* Con esa norma pareciera avanzarse bastante en orden a perfilar una auténtica identidad en cuanto a su esencia entre las infracciones y las sanciones penales, lo cual supone que los mismos principios imbricados se aplican a todo el Derecho punitivo del Estado. No obstante, muchas cuestiones son todavía dudosas, cuya solución definitiva sólo puede venir por una ley reguladora de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas.

Se ha dicho, por ejemplo, que la parte general común a delitos e infracciones administrativas únicamente puede referirse a las sanciones administrativas de protección del orden general, quedando excluidas las que corresponden a las infracciones llamadas de autoprotección que son las que se aplican en las llamadas relaciones de sujeción especial (de empleo público, carcelarias, de disciplina militar, de colegios, etc...). Alejandro Nieto, el eminente tratadista español, critica fuertemente esta idea y dice que ello supo-

ne privar a los ciudadanos de un repertorio de garantías que la Administración debe respetar en toso caso "si no se quiere admitir una gravísima quiebra y casi un radical falseamiento del Estado de Derecho. (Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos S.A. Segunda edición. Madrid. 1994).

Justamente hemos visto en nuestro país cómo recientemente, a propósito de declaraciones políticas emitidas por algunos militares activos -que sostienen que al suprimirse en la Constitución de 1999 el carácter no deliberante de la Fuerza Armada ellos pueden, en virtud de la garantía de la libertad de expresión, emitir tal tipo de declaración- se ha emprendido un debate sobre la vigencia o no de vetustos reglamentos militares sancionadores que al amparo del viejo régimen imponían sanciones disciplinarias de arresto a militares. Se ha dicho con meridiana precisión que hoy día ese tipo de sanciones son inconstitucionales por violar el principio de la legalidad y porque, además, a tenor de lo establecido en el artículo 44 de la CRBV tampoco es posible la privación de la libertad por vía administrativa.

Así pues, lo que está fuera de dudas es que los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a serlo en forma mecánica, sino con *matices*, es decir, debidamente adaptados al campo que los importe. Ni la legalidad, ni la reserva de ley, ni la tipificación, ni la culpabilidad, ni el *non bis in idem*, ni la prescripción tienen entonces el mismo alcance en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La potestad sancionadora de la Administración en Venezuela ha sido convalidada con la puesta en vigencia de la Constitución de 1999. En efecto, el artículo 49 establece el principio de la legalidad en materia punitiva tanto penal como administrativa ("El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes").

La Sentencia 77/1983 del Tribunal Constitucional español, ha dejado establecido las condiciones para la imposición de sanciones administrativas en los siguiente términos:

a) Sujeción de la potestad sancionadora al principio de la legalidad, lo que determina la necesaria cobertura de ésta en una norma con rango de Ley.

b) La interdicción de las penas de privación de libertad, a las que pueda llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas. Si dicho límite se traspasase podría utilizarse el procedimiento del *habeas corpus* previsto en la Ley Orgánica... No obstante, en la Sentencia de 15 de junio de 1981 se matiza que dicho límite no es aplicable al régimen disciplinario militar, pues "del artículo 25.3 se deriva, a *sensu* contrario, que la Administración militar puede imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad". (Una disposición del mismo tenor no existe en la Constitución venezolana).

c) El respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la administración siga por imposición de sanciones; y

d) Finalmente, la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial, que consiste en el control posterior de los actos sancionadores por la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la preferencia de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento y determinación de los hechos susceptibles de ser enjuiciados por el orden administrativo y aquella jurisdicción.

Ha considerado igualmente inexcusable el Tribunal Constitucional español la concurrencia del elemento de la culpabilidad, si bien matizado por la aceptación, a diferencia del Derecho penal, de la responsabilidad de las personas jurídicas.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

El artículo 49 de la Constitución bolivariana contempla, como se dijo, el principio de la legalidad en materia punitiva estableciendo de manera general que "ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes". Este precepto implica no sólo la exigencia de una ley habilitante, o de reserva de ley, sino también la traslación a la actividad administrativa sancionadora de los principios de tipicidad, de irretroactividad de la norma sancionadora (art. 24 CRBV) y retroactividad de la más favorable, de prohibición de analogía y del doble castigo (*bis in ídem*) y, en general, la aplicación de los principios condicionantes de la potestad punitiva del Estado, como el de culpabilidad.

No hay duda entonces de que la expresión *ley preexistente* alude al de ley formal emanada de los cuerpos legislativos en las materias de su competencia. En algunos países se emplean vocablos que dan lugar a discusiones. Por ejemplo, en España la palabra *legislación* en la Constitución no ha creado problemas en el Derecho penal, porque el Tribunal Constitucional ha dicho que se trata en este campo de una reserva absoluta de ley, que debe ser orgánica cuando se limiten derechos fundamentales. Sin embargo, el mismo término *legislación* tiene para el Tribunal Constitucional un distinto alcance en materia de sanciones administrativas, pues han dicho: "la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto" (S. 42/1987). Se entiende, por ello, que en el ámbito administrativo no es necesaria una reserva absoluta de ley, bastando, se ha dicho, con una *cobertura legal.*

En definitiva, la diferencia entre el principio de reserva absoluta de ley -que opera en materia penal- y de *cobertura legal* -aplicable a las sanciones administrativas- es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidades de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de *cobertura legal* de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.

En nuestro Ordenamiento constitucional, como dijimos, la norma es categórica al usar el término *ley preexistente,* lo cual pareciera no dar lugar a ninguna duda referente a que se trata de una reserva absoluta de ley. Sin embargo, la realidad es otra: que dicha expresión sigue interpretándose de forma genérica como el término *legislación* en España.

Así, las leyes administrativas suelen precisar de ordinario las sanciones y sus cuantías máximas cuando se trata de multas y definen genéricamente como infracción el incumplimiento de los preceptos legales, remitiendo al reglamento de ejecución de la ley la enumeración o tabla de conductas sancionables.

Hay quienes piensan que el principio de la legalidad en materia de sanciones administrativas, al igual que en materia penal, sin equívocos debe entenderse como referido a leyes estatales, es decir, a leyes emanadas de la Asamblea Nacional, negando, en consecuencia, a los parlamentos regionales y municipales toda posibilidad de aprobar normas sancionadoras administrativas, apoyándose en las competencias atribuidas al Poder Nacional (art. 156 ordinal 32 CRBV) a través de la Asamblea Nacional de establecer regulaciones a las condiciones básicas de los venezolanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Pero esa no es, sin embargo, la opinión, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español, para el que "las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 de la CE básicamente) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicables en otras partes del territorio".

III. LA CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El proceso de asimilación material de las sanciones administrativas al régimen penal se proyecta también sobre los aspectos subjetivos de la conducta infraccional y sus resultados mediante la exigencia de los elementos subjetivos que permiten un juicio de reprochabilidad sobre los responsables.

En materia penal la culpabilidad es un juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un hecho típico y antijurídico. Para que este reproche sea posible es necesario previamente que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita a título de autor, cómplice o encubridor de los hechos ilícitos; en segundo lugar, que sea imputable, es decir, que no se den en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar, y, en fin, por último, que sea culpable, es decir, que haya tenido consciencia, voluntariedad a título intencional o culposo de los hechos.

Ahora, ¿significa la falta de regulación en leyes administrativas sobre estos temas que no rigen en el Derecho administrativo los mismos elementos incriminadores del Derecho penal y que, en consecuencia, no hay grados en la autoría, castigándose igualmente ésta que la complicidad o el encubrimiento o bien, por el contrario, que no es exigible el elemento culpabilidad en la infracción? ¿Significa igualmente esa omisión que no existe una edad mínima para la imputación de responsabilidad u otras circunstancias que excluyen la imputabilidad, como la enajenación mental, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc.? A juicio de la más avanzada doctrina, la igual sustancia entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo y la interpretación restrictiva aplicable a todo Derecho punitivo del Estado obliga a entender que las normas penales son aplicables aquí a favor y en beneficio del sancionado. Por ello, a falta de previsión expresa, sólo se puede ser administrativamente incriminado en concepto de autor, no de

cómplice o encubridores, y, por el contrario, siempre serán aplicables las normas penales sobre excepción de responsabilidad criminal previstas en los artículos 62, 65 y 69 del Código Penal, como la enajenación mental, la minoría de edad, la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, etc.

Sobre la culpabilidad, las leyes administrativas en nuestro país parecen no hacer referencia alguna a la voluntariedad, a la intencionalidad o a la culpa del autor de los hechos infraccionales. Es más, nuestro Código Penal dice: "El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley", por lo que parece admitir una responsabilidad sin culpa, esto es, a título de simple inobservancia de la ley; y en fin, parece desdeñarse el elemento de la culpabilidad cuando se admite la responsabilidad administrativa de las personas morales o jurídicas. De interpretarse de manera tal que resulte irrelevante tanto la ausencia de intencionalidad como el error, por no ser precisa una conducta dolosa, sino simplemente irregular para castigar la inobservancia de las normas, entonces se conferiría a la responsabilidad en esta rama del Derecho una naturaleza cercana a la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, dice Parada, no puede admitirse esa interpretación, diga lo que diga la ley, pues no puede darse infracción alguna, penal o administrativa, sin el elemento subjetivo de la culpabilidad, a título de dolo o negligencia. La culpabilidad tiene que estar siempre presente. Incluso, tal exigencia trasciende el plano substantivo, proyectando sobre el procedimiento sancionador la observancia del derecho a la presunción de inocencia, pues dicha presunción comporta, como ha afirmado la más moderna doctrina jurisprudencial española, que para condenar hace falta la certeza de culpabilidad o bien "que toda resolución sancionadora sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenidos mediante pruebas de cargo y certeza del juicio de la culpabilidad sobre esos mismos hechos" (S. 55/1982. TC). En contra de esos equívocos -prosigue el mencionado autor- hay que insistir en que es fundamental la consolidación de la doctrina constitucional relativa a la exigencia de culpabilidad en las infracciones administrativas y tributarias.

De otra parte, la culpabilidad como elemento de la infracción administrativa es exigida por las más modernas regulaciones, como la de Alemania Federal de 19 de febrero de 1987: "como ilícito administrativo puede punirse únicamente el hecho doloso, salvo que la Ley conmine expresamente con una pena pecuniaria administrativa al hecho culposo"(art. 10), haciéndose referencia en otros preceptos a circunstancias excluyentes de la culpabilidad, como el error o la edad inferior a catorce años (arts. 12 y 13). Asimismo, la Ley italiana 698/1981 determina que "en las infracciones administrativas cada cual es responsable de su propia acción u omisión, consciente o voluntaria, ya sea ésta dolosa o culposa", refiriéndose también a las causas de exclusión de la responsabilidad y a la inimputabilidad (arts. 2, 3 y 4).

Una quiebra de la exigencia de culpabilidad es, sin embargo, la admisión de la responsabilidad de las personas jurídica. Ciertamente la culpabilidad está ausente en las infracciones cometidas por las personas jurídicas desde el Derecho romano (*societas delinquere non potest*), aunque lo esté en los titulares de sus órganos de gobierno o en sus empleados. Castigar a la persona jurídica como tal (asociación, sociedad, etc.) y no a los titulares de sus órganos de gobierno (presidentes, consejeros, gerentes) y a sus empleados es, a la vez que una excepción al principio de la necesidad del elemento culpabilidad propio del Derecho punitivo, una singularidad notable del derecho administrativo sancionado con respecto al Derecho penal. El art. 129.1 de la LRJAPPAC estable-

ce: "sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas física o jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple negligencia".

Precisamente porque falta en este caso la culpabilidad ha sido necesario encontrar una justificación expresa a la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas. El TC español ha dicho que "la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden esos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y por ende reprochabilidad directa, que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma". Como se ve es la invocación del principio de eficacia de la represión administrativa, que se concreta en la mayor solvencia económica de las personas jurídicas, frente a la de sus miembros o empleados, lo que ha determinado esta admisión. La LRJAP-PAC cubre con el manto de la culpa in vigilando esa excepción a la exigencia de culpabilidad -aunque sabido es que dicha forma de culpa sólo justifica la responsabilidad civil-, al afirmar que "serán responsables subsidiarios o solidarios, por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleva el deber de prevenir la infracción cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores"(art.130).

Sostiene Parada que la legislación administrativa especial española ha sido muy directa ya que, saltando por encima del principio *societas delinquere non potest*, descarga toda la artillería en la propia sociedad y olvidan sancionar a los dirigentes, lo que no es justo, pues antes que paguen los desconocidos e ignorantes accionistas es menester que la represión administrativa se centre el los *personalmente* responsables, es decir, en los directivos que no salven su responsabilidad.

IV. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El principio *non bis in ídem* hoy día está reconocido como un principio general de Derecho que supone que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujetos, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionaria, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración. Su fundamento va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 49 de la Constitución.

Entonces, el principio *non bis in ídem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, pero conduce también al resultado de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

V. EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Conforme al Código Penal (Título X), la responsabilidad penal se extingue por la muerte del procesado, la amnistía, el cumplimiento de la condena, el indulto, el perdón del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte. Es obvio que todas esas formas de extinción de la responsabilidad se aplicarán a la extinción de las infracciones y sanciones punitivas.

La muerte del infractor tiene sentido ya que, en principio, la personalidad de la sanción propia de toda materia punitiva implica que la pena o sanción no se transmite a los herederos.

La cuestión es más compleja cuando se trata de la disolución de personas jurídicas ya que, precisamente, el desarrollo del poder sancionador de la Administración, se explica en parte, como una forma de compensación ante la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto tales, responsabilidad que habría encontrado acomodo en el ámbito administrativo. Pues bien, parece claro que la solución justa es que el patrimonio social, no obstante la disolución, quede afecto al pago de las sanciones impuestas como si de cualquier otra deuda se tratare. Si quedan obligaciones pendientes se transmiten a los socios en proporción a su participación en el haber social. Esta es una forma de evitar que la creación de personas jurídicas se utilice como medio para lograr la transgresión del ordenamiento.

La amnistía equivale a una ley posterior derogatoria de la sanción, y el indulto o condonación de las sanciones administrativas, hay que decirlo, no existe en el Derecho Administrativo una regulación análoga a la materia penal que suponga la condonación de una singular sanción administrativa.

La prescripción, es, por último, la extinción de las infracciones y sanciones administrativas por el transcurso del tiempo, regulada por las leyes que establezcan las respectivas infracciones y sanciones, y en su defecto, por la ley general.

El plazo de prescripción de las infracciones empezará a contarse desde el día en que la infracción se hubiere cometido, interrumpiéndose ésta cuando se inicia el expediente sancionador con conocimiento del interesado.

VI. GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

La constitución condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración a la observancia de determinados procedimientos y garantías judiciales. Así, el artículo 49 establece que "el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas". Ese debido proceso obviamente supone un trámite de audiencia y reconoce el derecho a revisar los actos sancionadores ante una instancia judicial.

Algunos principios puede decirse que están totalmente proscritos, el *solvet et repete* (pague antes de recurrir) y el *reformatio in peius*, que faculta a la autoridad o Tribunal de alzada a agravar una sanción, lo que en cierto modo puede atemorizar al eventual recurrente, haciéndole desistir de su empeño, y, por último, la regla de la ejecutoriedad inmediata de las sanciones antes de la resolución de los recurso administrativos y jurisdiccionales.

La primera garantía en el ejercicio de la potestad sancionadora es, sin duda, la de la exigencia de un procedimiento sancionador. Se ha dicho que la actividad administrativa equivale substancialmente a una primera instancia judicial, y del proceso contencioso administrativo al proceso de apelación, equiparando en el plano de las garantías al administrado con el inculpado en un proceso penal, dándose así oportunidad de conocer y alegar contra la acusación y proponer las pruebas oportunas en su defensa.

En los ordenamientos modernos los procedimientos sancionadores suelen establecer de manera separada la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

Entre los principios de rigurosa observancia está el derecho de audiencia y defensa al que expresamente alude el art. 49 de la Constitución, derechos que se concretan en el trámite de audiencia y el derecho a aportar las pruebas de descargo frente a la acusación. Este derecho supone que se integran en él los siguientes derechos: a) a ser notificado de los hechos que se le imputan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya la competencia; y b) a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

El procedimiento sancionador debe asegurar el respeto a la presunción de inocencia que es un derecho fundamental (ord. 2, art. 49 CRBV) frente a todos los poderes públicos y por ello vigente en el ámbito sancionador administrativo. Sobre el respeto al principio de presunción de inocencia se ha pronunciado el TC español en estos términos: "ya que no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas".

La regla de la presunción de inocencia cede, sin embargo, cuando se parte de hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes, las cuales vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien. Fuera de este supuesto, toda imposición de sanción debe ir precedida de una actividad probatoria, impidiéndose la condena sin pruebas, y requiere que las pruebas tenidas en cuenta sean constitucionalmente legítimas, siendo la carga de la actividad probatoria de los acusadores y nunca del acusado al que no se puede trasladar en ningún caso la prueba o de su inocencia o no participación en los hechos.

En virtud de este principio de presunción de inocencia, las actas de inspección que de acuerdo con la Ley levantan algunos funcionarios competentes para ello, no pueden tener valor probatorio pleno, por cuanto, una cosa es el valor *imparcial* que un documento público tiene en un juicio civil entre particulares, y otra cosa es la inicial tacha de parcialidad que tiene cualquier actuación funcionarial o policial en un proceso penal o procedimiento administrativo sancionador. Justamente por eso, frente al valor máximo que en el proceso civil tienen los documentos públicos, que prueban aquellos hechos de conocimiento directo del funcionario que es fedatario público a estos efectos, en procedimiento administrativo sancionador como en el proceso penal, rige el principio contrario de que la Administración ha de probar los hechos cuando el interesado no los tenga por ciertos o los contradiga. Así, las declaraciones de funcionarios de policía judicial sobre hechos de conocimiento propio se asimilan a declaraciones testificales.

En cuanto al derecho a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables previsto en el ordinal 5 del artículo 49 de la CRBV, si impide a los jueces en los procesos penales coaccionar a los inculpados para que declaren sobre los hechos que se le imputan, respetando su derecho al silencio, debe impedir igualmente en los procedimientos sancionadores que los funcionarios fuercen a declarar a los administrados o les obliguen a presentar documentos o pruebas para documentar los procedimientos que instruyan contra ellos. También es un fraude al derecho a no declarar contra sí mismos que el silencio o la negativa del inculpado a presentar pruebas sobre los hechos que se le imputan pueda convertirse en todo caso en una presunción en su contra de la veracidad de las imputaciones.

Por eso es muy difícil justificar la adecuación a la Constitución de tipificaciones -muy comunes en materia tributaria, por cierto- como las que contemplan como infracción la falta de aportación de pruebas contables o la negativa a su exhibición. El TSJ español ha planteado cuestiones de inconstitucionalidad respecto a este tipo de normas, por entender que ese tipo de colaboración con la Administración encontraba un límite cuando se trataba del propio contribuyente y de su derecho a no declararse culpable, lo que se concretaría en el derecho del contribuyente a la reserva de sus datos económicos frente a la Administración, bajo el amparo de los derechos a la presunción de inocencia y a no declararse culpable.

El Estado de Derecho -nos dice Parada- se caracteriza por la protección a ultranza de los derechos del hombre, que jamás deben rendir sus banderas ante la eficacia policial, funcionarial o judicial. Por otro lado, la incongruencia a la que se presta una práctica o doctrina según la cual en materia tributaria los contribuyentes deben *colaborar* con la aportación de datos personales de alcance económico, es manifiesta: ahora resulta que los poderes que se reconocen a las inspecciones administrativas o tributarias son superiores a las que se permiten a los jueces por delito fiscal, el derecho del inculpado a guardar silencio y a no proporcionar pruebas o documentos que la comprometan.

El principio de separación entre la fase instructora y sancionadora, encomendándosela a órganos distintos constituye otro de los principios esenciales y sagrado de todo procedimiento punitivo. Es el derecho constitucional a un juez imparcial que constituye sin duda una garantía fundamental. Sobre la aplicación de este principio en la esfera administrativa sancionadora encontramos una Sentencia de 26 de abril de 1990 del TC, en la que afirmó: "por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales", considerando suficiente, para cumplir con este principio, la mera separación de dos autoridades, la instructora y la decisora, unidas por una línea jerárquica directa.

El TC -que Parada lo critica por hacer primar la eficacia del sistema sobre las garantías del contribuyente- ha afirmado que "tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuye ambas a un mismo órgano el contribuyente estará ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios (...). El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas la independencia e imparcialidad de juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los

órganos administrativos". Critica Parada que con esta doctrina el TC vacía de todo contenido en el ámbito sancionador administrativo el "derecho a un juez imparcial" y lo hace con un argumento nada convincente, pues, ciertamente, aun en el caso de que se atribuyan funciones diferentes "el funcionario que liquidará estaría integrado en la misma organización jerárquica que el que hiciera la inspección", pero existiría una independencia mucho mayor, al no estar integrado en un mismo órgano y sometido el segundo a la autoridad directa del primero. La imparcialidad no podrá nunca, es obvio, entenderse en el ámbito administrativo de un modo tan estricto como en el derecho penal, pero una garantía mínima de este principio exige la separación de funciones entre los órganos instructores y los decisores.

Por último, hay que considerar el derecho a ser asistido por un abogado. En nuestro criterio este ya no es un derecho predicable para los procesos penales, supuesto que, ahora, con lo establecido en la Constitución *bolivariana*, se trata incluso de un derecho que el inculpado puede reclamar también en los procedimientos administrativos sancionadores. En efecto, el artículo 49 de la Carta Magna en su ordinal primero nos dice que toda persona tiene derecho de "...disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa". Desde luego, si tomamos en cuenta que muchas sanciones administrativas desbordan escandalosamente en términos cuantitativos las penas de multa establecidas en el Código penal, entonces por que no garantizar también en estos procedimientos sancionadores la presencia de una defensa técnica, así sea prestada por el Estado. El mismo asunto valdría para muchas sanciones profesionales o disciplinarias, cuando implican la privación de una carrera o la inhabilitación definitiva para el ejercicio de una profesión. Son todas cuestiones que en nuestro país están por dilucidarse, pero que, aparentemente, por tratarse del ejercicio de una misma potestad punitiva la que actúa, la del Estado, donde no hace distinción el constituyente no puede hacerlo el intérprete. Por lo tanto, es de pensar que las defensorías públicas también puedan ser exigidas para una defensa *adecuada* requerida en un procedimiento sancionador.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Quinta edición, Tomo II, Madrid 1998.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos S.A., Segunda edición, Madrid 1994.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Quinta edición, Tomo I, Madrid 1993.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Volumen II, Segunda edición, Madrid 1998.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

María Elena León Álvarez
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda acerca de que dentro de los recientes textos legislativos promulgados en Venezuela, la Ley Orgánica de la Administración Pública del 17 de octubre de 2001[1] sobresale por su complejidad, y por su adaptación a las nuevas reglas que promueven a la gestión planificada y controlada, como instrumento esencial de una administración pública tanto eficiente como eficaz.

En concordancia, el nuevo modelo se orienta en Venezuela, hacia la búsqueda de una gestión por resultados; es decir, de una "*administración de los recursos públicos centrada en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, en un período de tiempo determinado*"[2].

Ello supone, una nueva ley acerca del funcionamiento de la administración pública, cuyos objetivos a cumplir serían los siguientes:

-establecer los principios y bases que rigen la organización y funcionamiento de la administración pública, y los principios y lineamientos de organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional[3] y de la administración descentralizada funcionalmente;

-la regulación de los compromisos de gestión;

-la creación de mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y

-el establecimiento de las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

Todo en concordancia, con la norma prevista en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[4], según la cual: la administración pública "está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas", y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, "con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

---

1. *G.O.* n° 37.305.
2. MAKÓN, Marcos, *El Modelo de Gestión por Resultados en los Organismos de la Administración Pública Nacional*" Ponencia presentada en el V Congreso Internacional del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana 2000, s/p.
3. De acuerdo a la Ley, sólo los principios y normas en general para la administración pública, o expresamente, serán de obligatoria aplicación para los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios; artículo 2.
4. *G.O.* n° 36.860 del 30-12-99.

Puede ser afirmado, en consecuencia, que aún a la espera de una reglamentación específica, el ejercicio ordenado y responsable de la gestión pública, parece haber encontrado un mecanismo inmediato de aplicación en la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP).

En su primera parte, el presente trabajo se dirigirá a describir el modelo venezolano previsto en la citada Ley, y a contrastar su contenido respecto a la modernas concepciones de la administración pública en el mundo.

II. LA GESTIÓN PÚBLICA POR RESULTADOS EN EL NUEVO ORDEN LEGISLATIVO VENEZOLANO

La presencia de la gestión por resultados en el texto legislativo en estudio, obedece, en primera instancia, a la aceptación en nuestro país[5] de reglas acerca de una administración pública gerencial, básicamente contenidas en el *New Public Management*; y cuyas premisas esenciales serían las siguientes:

1. Desempeño de las organizaciones del Estado y de sus funcionarios con consecuencias claras y explícitas; esto garantiza el compromiso y responsabilidad de los mismos.

2. Medidas e Instrumentos que le permitan al Estado, concretar y dar vida a las decisiones tomadas a nivel político.

3. Accionar estatal centrado en el *cliente*.

4. Autonomía gerencial de las agencias y de sus gestores, complementadas con nuevas formas de control. Control realizado *a posteriori*, previa definición de objetivos claros y de procedimientos para llevarlos a cabo.

5. Modelo gerencial que promueva la autonomía, la transparencia y la democracia.

6. Descentralización de las decisiones y flexibilización de las relaciones ente quienes controlan y quienes son controlados.

7. Transparencia que promueva mecanismos que permitan el control social; y

8. Fortalecimiento de la democracia, en la medida en que un ejercicio transparente y que produzca resultados, fortalece la legitimidad y credibilidad del Estado, y la confianza entre los diferentes actores.

A tal efecto, se consagra en el artículo 18 de a LOAP, el "Principio de Funcionamiento Planificado y Control de la Gestión y de los Resultados", sin perjuicio de otras disposiciones en referencia al tema que nos ocupa.

Es el caso del artículo 19, en relación al "Principio de Eficacia en el cumplimiento de los Objetivos y Metas Fijadas"; del artículo 20, acerca del "Principio de Eficiencia en la Asignación de Recursos y utilización de Recursos Públicos"; y el 21, sobre el "Principio de Suficiencia, Racionalidad y Adecuación de los Medios a los Fines Institucionales"; entre otros.

5. Al menos en el aspecto formal.

Respecto al primero, se señala en dicha Ley, que "la actividad de los órganos y entes de la administración pública perseguirá el cumplimiento eficaz *de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión*"*;* entendiéndose como eficaz, un cumplimiento evaluado en base a los resultados obtenidos, y su impacto en la satisfacción de las necesidades públicas.

Acerca de la eficiencia, el artículo 20 prevé una utilización del presupuesto destinado al sector correspondiente, no mayor que el estrictamente necesario; pero el funcionamiento de la administración pública se hará dirigido, a la utilización racional de "los recursos humanos, materiales y presupuestarios" y una asignación, ajustada *estrictamente al logro de sus metas y objetivos.*

De igual forma, la suficiencia y racionalidad, de acuerdo al artículo 21, alude a la adecuación a *los fines y propósitos asignados*; por lo que se establece, que el "tamaño y la estructura organizativa de los órganos y entes de la administración pública", deben corresponderse a los objetivos trazados.

Se observa, por lo tanto, una eficacia, eficiencia, suficiencia y racionalidad, condicionadas al logro de metas específicamente propuestas en los programas de gestión, y partir de lo cual, se aplicarían los mecanismos de control a los que alude la Constitución y la ley.

Es así, como el "Principio de Funcionamiento Planificado y Control de la Gestión y de los Resultados" previsto en el artículo 18, es erigido como *principio fundamental* de la nueva concepción de la administración pública en Venezuela; y ello no es más, que un funcionamiento *de los órganos y entes de la Administración Pública* sujeto "a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos y compromisos de gestión"[6].

Es decir, de una administración pública sometida a:

1. Las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes, objetivos y compromisos de gestión.
2. El seguimiento de las actividades.
3. La evaluación; y
4. El control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados.

1. Sujeción a Planes, Objetivos y Compromisos de Gestión

Como primer aspecto, la Ley Orgánica de la Administración Pública prevé, tanto una sujeción de tipo general a "políticas, estrategias, metas y objetivos previstos en los respectivos planes", en concordancia con el derecho político de los electores y electoras a que sus representantes rindan cuentas "de acuerdo con el programa presentado[7]; como una más específica, a través de compromisos de gestión, dirigidos a "la obtención de *determinados resultados*"[8].

6. Artículo 18.
7. Artículo 66 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *G.O.* n° 36.860 del 30-12-99.
8. Artículo 129 de la LOAP.

Como ejemplo de la primera categoría, encontraríamos la disposición contenida en el artículo 77[9], según la cual: "las memorias que los ministros o ministras deban presentar a la Asamblea Nacional" "...contendrán una exposición razonada y suficiente de las políticas, estrategias, planes generales, objetivos, metas, resultados, impactos y obstáculos obtenidos en la gestión de cada ministerio en el año inmediatamente anterior, así como los lineamientos de sus planes para el año siguiente".

Sin embargo es importante destacar, que a pesar de que el derecho político señalado, se refiere específicamente a los cargos por elección, la disposición que se alude, extendería la obligación a los ministros y las ministras, funcionarios de libre nombramiento y remoción[10]; ello, estimamos, en concordancia, con la rendición de cuentas como principio de -toda- la administración pública, de acuerdo al artículo 141 ejusdem.

No obstante, y como primera observación, el sistema de representación proporcional prevista en la misma Constitución, implicaría que, en ciertos casos, la presentación del programa de gestión, tuviera que ser realizada en fecha posterior a la elección del funcionario; igual consecuencia, por la declaratoria con lugar de los recursos interpuestos ante los órganos electorales.

Asimismo, se observa la omisión de mecanismos de divulgación de los programas de gobierno y mecanismos de consulta ciudadana, tendientes a priorizar las necesidades colectivas a plasmar en los programas de gestión; en definitiva, dirigidos a lograr, *políticas públicas definidas, para atender las demandas de la sociedad*[11].

En sentido opuesto, el artículo 135 de la LOAP señala tan sólo que, "sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y leyes especiales", los órganos y entes de la administración pública "promoverán la participación ciudadana en la gestión pública", a través de *propuestas* y *opiniones* sobre la gestión de los órganos y entes de dicha administración.

Es importante destacar el criterio del legislador con relación al procedimiento de consulta acerca de las normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, y cuyo resultado *no tendrá carácter vinculante*[12].

A. Los Compromisos de Gestión

Como un aspecto más formal del control de la gestión y de los resultados, dichos compromisos, se encuentran previstos en el Título V en la LOAP, sin precedentes en el derecho administrativo venezolano.

Según lo previsto en el artículo 129 de dicho título,

9. Las hermenéutica jurídica debe ser empleada con frecuencia en la interpretación de la LOAP, dada algunas fallas de técnica legislativa, que conducen a la ubicación de otras normas para conocer el sentido de lo leído.

10. Ello en concordancia con la rendición de cuentas como principio de -toda- la administración pública, de acuerdo al artículo 141 de la Constitución nacional.

11. MAKÓN, Marcos, "El Modelo de Gestión por Resultados en los Organismos de la Administración Pública Nacional", *ob. cit.*

12. Artículo 136.

> *Los compromisos de gestión son convenios celebrados entre órganos superiores de dirección y órganos o entes de la Administración Pública entre sí, o celebrados entre aquellos y las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales, de ser el caso, mediante los cuales, se establecen compromisos para la obtención de determinados resultados, en los respectivos ámbitos de competencia, así como las condiciones para su cumplimiento, como contrapartida al monto de los recursos presupuestariamente asignados*. (Destacado y subrayado nuestro)

Por lo que, y de acuerdo a la Ley, dichos convenios podrían adoptar las siguientes modalidades:

1. De Gestión Sectorial: entre el Vicepresidente Ejecutivo (a) y los Ministros (as) del ramo respectivo

2. De Gestión Territorial: entre el Vicepresidente Ejecutivo (a) y los Gobernadores (as) de Estado.

3. De Gestión de Servicios Públicos: entre el Vicepresidente Ejecutivo (a), el Ministro (a) de adscripción y la autoridad máxima del órgano o ente responsable; y

4. De Gestión con Comunidades Organizadas u Organizaciones Públicas No Estatales: celebrados entre el Vicepresidente Ejecutivo (a), el Ministro (a) del ramo afín al servicio prestado, y la o las autoridades del servicio público no estatal[13].

Digno de resaltar es el ámbito de aplicación: órganos superiores de dirección y órganos[14] o entes[15] de la Administración Pública, y *comunidades organizadas* y *organizaciones públicas no estatales*; por lo que, si bien el derecho político previsto en el artículo 66 de la Constitución de 1999, serviría de fundamento a la rendición de cuentas de los representantes públicos sobre la base de programas de gobierno, esta segunda modalidad tendría como sustento constitucional, *la cogestión*, prevista como medio de participación en lo económico y social en el artículo 70 *ejusdem.*

Es ese el sentido aparente del artículo 70 de la LOAP, según el cual:

> En los casos en que las actividades de los órganos y entes de la Administración, en ejercicio de potestades públicas *que por su naturaleza lo permitan*, fueren más económicas y eficientes mediante la gestión del sector privado o de las comunidades, *dichas actividades serán transferidas a éstos*, de conformidad con la ley, reservándose la Administración Pública la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados *de la gestión transferida*. (Subrayado nuestro)

Nótese, sin embargo, que en la modalidad de convenio de gestión-comunidad organizada, se omite regulación alguna respecto al órgano representativo de la comunidad.

De suma importancia es, asimismo, la ausencia de soporte constitucional y por ende, de marco legal, con respecto a las *transferencias* aludidas, incluido el aspecto presupuestario.

Al margen de lo anterior, de acuerdo a la LOAP, los compromisos de gestión habrían de determinar y regular, en cada caso, por lo menos:

---

13. Artículo 133.

14. Definidos en la LOAP, como: "las unidades administrativas de la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo"; artículo 15.

15. Entendidos como: "toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios"; *idem.*

1. La finalidad del órgano desconcentrado, ente descentralizado funcionalmente, comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales, con el cual se suscribe.

2. *Los objetivos, metas y resultados, con sus respectivos indicadores de desempeño, que se prevé alcanzar durante la vigencia del compromiso nacional de gestión.*

3. Los plazos estimados para el logro de los objetivos y metas.

4. Las condiciones organizacionales.

5. Los beneficios y obligaciones de los órganos y entes de la Administración Pública y de las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales encargadas de la ejecución.

6. Las facultades y compromisos del órgano o ente de control.

7. La transferencia de recursos en relación con el cumplimiento de las metas fijadas.

8. Los deberes de información de los órganos o entes de la Administración Pública, o las comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales encargadas de la ejecución del convenio.

9. *Los criterios e instrumentos de evaluación del desempeño*; y

10. *Los incentivos y restricciones financieras, institucionales e individuales de acuerdo al resultado de la evaluación, de conformidad con las pautas que establezca el respectivo reglamento de la LOAP.*

Desde el punto de vista de su divulgación, de acuerdo al artículo 134, dichos compromisos deben ser del *conocimiento público* y entrarían en vigencia, "a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de permitir *el control social sobre la gestión pública*". (Subrayado nuestro)

Al margen de otras consideraciones, sorprende la utilización de aspectos hasta la fecha previstos, en las más modernas corrientes de modernización del Estado, y en países como "Australia, E.E.U.U., Nueva Zelanda, países bajos, países escandinavos y algunos países latinoamericanos"[16].

2. El Seguimiento de las Actividades

Este segundo elemento, se relaciona tanto al principio de jerarquía previsto en el artículo 28 de la LOAP, según el cual: los órganos inferiores estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva; como al control de adscripción[17], respecto a la administración pública descentralizada funcionalmente.

16. MAKÓN, Marcos, "El Modelo de Gestión por Resultados en los Organismos de la Administración Pública Nacional", *ob. cit.*, s/p.

17. Que incluiría al control de tutela (institutos autónomos), control accionarial (empresas del Estado) y control estatutario (fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado). *V.*, en PEÑA SOLÍS, José Manual, de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, Italgráfica, S.A., Caracas 2001, p. 487.

Es así como en cuanto a lo segundo, la misma LOAP establece, que: "todo instituto autónomo, empresa o fundación, asociación y sociedad civil del Estado" deberá estar adscrito *a un determinado Ministerio u órgano de la administración pública*[18]; y dichos "Ministerios u otros órganos de control, nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, ejercerán *permanentemente*, funciones de coordinación, supervisión y control"[19]. (Subrayado nuestro)

3. La Evaluación

Hay coincidencia en la opinión de los especialistas extranjeros acerca de la importancia de la evaluación como elemento de la gestión por resultados; entendiéndose por la primera, al "*proceso de indagación y valoración de la planificación, ejecución y finalización de un programa social*"[20], que implicaría: "*indagar y analizar permanentemente, el grado en que las actividades realizadas y los resultados obtenidos, cumplen con lo planificado, con el fin de detectar oportunamente eventuales deficiencias, obstáculos y/o necesidades de ajustes en la ejecución*"[21]. (Destacado nuestro)

La importancia radica, en que fundamentalmente:

> *la información sobre cuáles programas son exitosos, permite que decisiones de los legisladores y ejecutivos públicos se apoyen en criterios no apenas políticos y dan indicaciones sobre en cuáles programas se deben invertir recursos en caso de que se quiera aumentar esfuerzos en determinado sector*[22].

> *Las evaluaciones producen informaciones que auxilian a los responsables por la formulación de las políticas en el cuestionamiento sobre la vialidad de determinados programas, así como la delineación de nuevos programas*[23].

En Venezuela, la LOAP prevé la evaluación de la gestión pública, tanto para la Administración Pública Central, como para la no central; y, conforme a las nuevas tendencias, acerca de las políticas públicas, y del *desempeño institucional y de sus resultados*[24].

> *El papel de la evaluación en el proceso de aumento de* "*responsabilización*" *sobre las políticas públicas, viene adquiriendo una importancia cada vez mayor y está relacionada con la creciente autonomía proporcionada por las reformas gerenciales y con la preocupación con la legitimidad de las acciones públicas*.

---

18. Artículo 116.
19. Artículo 117 n° 2.
20. GUARDIA, Viviana, "Hacia una Gestión Social Eficiente: Aportes del Sistema de Información, Monitoreo y Evaluación de Políticas y Programas Sociales", Ponencia presentada en: *VI Congreso Internacional del Clad*, Buenos Aires 2001, s/p.
21. *Idem.*
22. OSBORNE, D. y GAEBLER, T., "Reinventando o Goberno. Como o espíritu emprendedor está transformando o Sector Público", Citados por NASSUNO, Marianne en *Evaluación de Resultados y Evaluación de Satisfacción del Usuario-Ciudadano: Elementos para Reflexión*, Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional del CLAD, Buenos Aires 2001
23. NASSUNO, Marianne, *Evaluación de Resultados y Evaluación de Satisfacción del Usuario-Ciudadano: Elementos para Reflexión*, *ob. cit*., s/p.
24. Artículo 46.

La evaluación al ilustrar sobre le resultado y el impacto de las acciones gubernamentales, puede mejorar la transparencia para la sociedad en su conjunto.

Al demostrar que los programas presentan resultados en forma de beneficios medibles, la evaluación puede garantizar apoyo público[25].

En consonancia, de acuerdo con la Ley, correspondería a "...los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central[26]..." la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados[27]; así como a "los ministerios u otros órganos, nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos", la evaluación "en forma continua del desempeño y de los resultados de la gestión"[28].

A tal efecto se indica, que:

El Ministerio u órgano de control nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, a cargo de la coordinación y planificación determinarán los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño institucional de los órganos desconcentrados y descentralizados funcionalmente, de conformidad con el reglamento respectivo[29]. (Subrayado y destacado nuestro)

Por lo que en principio debemos indicar, que contrario a las opiniones citadas acerca de la importancia de la evaluación como elemento del modelo de gestión por resultado, en esta última modalidad dicha fase destaca por la ausencia de mecanismos, prontos, de ejecución.

Llama la atención, no obstante, la incorporación de conceptos que nuevamente reflejan concepciones modernas sobre la gestión pública; como es el caso de los indicadores de gestión como "criterios de referencia para vigilar, controlar, darle seguimiento y evaluar las acciones que desarrollan las dependencias o entidades de la administración pública, a través de los programas que ejecutan"[30]; y que necesariamente conducen, a los "diferentes objetivos que pretende alcanzar cada dependencia o entidad"[31].

Respecto a ello es importante señalar, que a pesar de la determinación asignada al "ministerio u órgano de control nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal", dichos indicadores antes que decisiones aisladas, se supondrían determinados por las políticas, estrategias, metas y objetivos previstos en los planes estratégicos y convenios de gestión.

4. Control del Desempeño Institucional y de los Resultados Alcanzados

Como fuera inicialmente señalado, de acuerdo al *New Public Management*, los "desempeños de las organizaciones del Estado y de sus funcionarios" deben ser expresamente previstos, *con consecuencias claras y explícitas*, a fin de garantizar el compromiso y responsabilidad de los mismos". (Subrayado nuestro)

---

25. NASSUNO, Marianne, *Evaluación de Resultados y Evaluación de Satisfacción del Usuario-Ciudadano: Elementos para Reflexión, ob. cit*., s/p.

26. Los cuales, según el artículo 45, son: el Presidente (a) de la República, el Vicepresidente Ejecutivo (a), el Consejo de Ministros, los Ministros (as) y los Viceministros (as).

27. Artículo 46.

28. Artículo 117.

29. Artículo 119.

30. AVALOS AGUILAR, Roberto, "Propuesta de creación de un Sistema de Evaluación de la Gestión Pública por medio de Indicadores", Ponencia presentada en el *VI Congreso Internacional del Clad*, Buenos Aires 2001, S/P.

31. *Idem.*

Ése pareciere ser el antecedente, en los compromisos de gestión, de los incentivos y de las *restricciones financieras institucionales e individuales de acuerdo al resultado de la evaluación* . No obstante, nuevamente la remisión a un reglamento[32], contradice la responsabilidad de los funcionarios, como elemento esencial de la gestión por resultados.

Aunado a ello, ni al *control social* relacionado con la divulgación de los compromisos de gestión, artículo 134, ni como efecto de la "Obligación de Informar a la Población de las Actividades, Servicios, Procedimientos, y Organización de la Administración Pública", artículo 138[33], se les otorgó mecanismo alguno de ejecución inmediata; se deduce, la remisión a las normas constitucionales acerca de los referenda, en las cuales la revocatoria del mandato, sobresale por limitante, por su *difícil materialización*[34], como mecanismo de participación popular.

III. CONCLUSIONES

"Un Estado Moderno debe ofrecer resultados que expresen en últimas los intereses de los electores"[35].

"Una buena gestión pública consiste en lograr resultados que respondan a las demandas de la población"[36].

Es decir, dirigir su funcionamiento, no al cumplimiento exclusivamente gerencial de "los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión", sino primordialmente, al logro de la satisfacción, total o parcial, de las necesidades colectivas que dieron origen a las políticas de gobierno.

Al respecto se aprecia en la LOAP, el reconocimiento de la eficacia como conductora del cumplimiento de los programas de gobierno; lo que supondría:

- la debida participación de la sociedad en la formulación de los planes de gobierno, y no solo a través de consultas no vinculantes;
- la evaluación permanente, a fin de retroalimentar la gestión pública, no solo a través de estáticos indicadores de gestión, sino también, por medio de la orientación expresada por la colectividad; y
- el reemplazo de los representantes públicos, en discordancia con las exigencias de los representados.

Premisas a ser tomadas en cuenta en la reglamentación del modelo venezolano, que en oportunidades, se aprecia formalmente definido, pero sin posibilidades inmediatas de ejecución.

---

32. Artículo 131.

33. Según el cual: "la administración pública nacional de los Estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios deberán establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de ejercer el control social sobre la gestión pública".

34. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 75.

35. WHITTINGHAM, María Victoria y OSPINA, Sonia, "Reflexiones sobre una propuesta de Evaluación de Resultados de la Gestión Pública: El Sistema Nacional de Evaluación de Resultados en Colombia", Ponencia presentada en el *V Congreso Internacional del Clad*, Santo Domingo, República Dominicana 2000, S/P.

36. *Idem.*

Ello es particularmente notorio, en aquellos aspectos relacionadas con la participación de los ciudadanos; es decir, en la formulación de las políticas públicas, en la determinación de los indicadores de gestión, y en la presencia de formas no mediatas de r*esponsabilización* de los funcionarios públicos; elementos todos esenciales del modelo gerencial en el presente trabajo analizado.

Sólo en la medida en que se le otorgue a la satisfacción de las demandas de los ciudadanos, antes que al cumplimiento hueco de las políticas públicas, el carácter de verdadero objetivo de los programas, estrategias y metas de la administración pública, podrá hablarse *realmente* de una gestión por resultados en Venezuela.

Antes de ello, aunque recientemente instaurado, se presenta en Venezuela dicho modelo, como un *desideratum* de una administración pública eficiente, pero principalmente eficaz.

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

Ricardo Hoyos Duque
Consejero de Estado, Colombia

El establecimiento de los organismos reguladores de servicios públicos en el mundo es un tema que no ha sido pacífico; ha estado erizado de dificultades. No ha sido fácil. Nadie desconoce la conveniencia de la existencia de los organismos de regulación autónomos, pero hay y ha habido dificultades para su incorporación en el marco constitucional de algunos países[1].

Dividiré mi trabajo en dos partes. En primer lugar voy a ocuparme de la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación; en segundo lugar me referiré a las competencias de las Comisiones de Regulación a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional y por último, presentaré la síntesis de mi trabajo a manera de conclusión.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

La naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación en el derecho colombiano fue definida por ley 142 de 1994, más conocida como la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (LSPD). De acuerdo con el artículo 67 de esta ley, las Comisiones de Regulación son unidades administrativas especiales, con *independencia administrativa, técnica*, y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio que actúan como delegatarias de las funciones que la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República en el artículo 370 de la Carta Política. De acuerdo con este último artículo, corresponde al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, el art. 68 de la ley 142 establece que esa fijación de políticas de administración y de control no sólo de los servicios públicos domiciliarios sino de los demás a los que se refiere esta ley, la cumplirá el Presidente de la República por medio de las Comisiones de Regulación.

El inciso segundo de la misma disposición, a su vez, establece que las normas de la ley 142 que se refieren a las Comisiones de Regulación se aplicarán sólo si el Presidente resuelve delegar la función aludida, en caso contrario, el Presidente ejercerá en forma directa tales funciones que se atribuyen a las Comisiones. Este precepto legal señala en forma inequívoca, clara y contundente que las Comisiones de Regulación creadas por la ley 142 de 1994, reciben su competencia del fenómeno jurídico regulado también por la Constitución que se conoce como la delegación de las funciones presidenciales.

---

1. Para un análisis más detallado de las dificultades del establecimiento de los organismos reguladores en el derecho francés y español puede verse la obra de BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las administraciones independientes un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid 1994. También GUEDON, Marie-José, *Les autorités administratives indépendant,*. L.G.D.J., París 1991.

Por tal motivo y para poder definir claramente la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación, hay que remitirse al artículo 211 de la Constitución Política que establece la manera de llevarse a cabo la delegación de las funciones presidenciales.

1. La delegación de funciones presidenciales

El artículo 211 en primer lugar señala los posibles sujetos delegatarios de esas funciones presidenciales. Así, dice que ésta puede recaer en los ministros, los directores de Departamentos Administrativos, los representantes legales de las entidades descentralizadas, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y las *demás agencias del Estado que determine la ley*. Claramente se deduce que las Comisiones de Regulación, a la luz del artículo 211 de la Constitución, no son sino agencias del Estado, delegatarias de funciones presidenciales en la medida en que el Presidente quiera, si él a bien lo tiene, delegar algunas de las funciones que la Carta Política le otorga en materia de señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

En segundo lugar, se encuentra como elemento de la delegación en la norma que comentamos, la previa autorización de la ley. Debe subrayarse que lo que la ley hace en cuanto a la delegación de funciones presidenciales es simplemente autorizarlas y no delegarlas, porque como lo tiene dicho la doctrina en el derecho comparado, frente al tema de la delegación lo que existe finalmente es un acto de confianza del legislador en el delegante: autoriza al titular de una competencia para que si a bien lo tiene, por razones de conveniencia que evaluará soberanamente, pueda a través de un acto de delegación transferir parte de su competencia. Es importante retener esta idea, porque es la que nos permite comprender a cabalidad el alcance del inciso segundo del artículo 68 de la ley 142 cuando señala que las competencias de las Comisiones de Regulación sólo se aplican a condición de que el Presidente de la República decida delegar las atribuciones que la Constitución Política en el artículo 370 le otorga en materia de servicios públicos domiciliarios. *Contrariu sensu*, si el Presidente de la República no decide y no considera conveniente la transferencia de ese tipo de atribuciones, entonces será él el llamado a ejercer tales competencias en forma directa.

Y una última característica de la delegación de funciones en nuestro régimen constitucional es que ésta "exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente". Por tal motivo el inciso final del art. 211 de la Constitución preceptúa que la ley establecerá los recursos que pueden interponerse contra los actos de los delegatarios, entre los cuales como apenas resulta obvio, no debería consagrarse el de apelación por medio del cual se ejerce el control jerárquico para asegurar la unidad de la acción. Al respecto, el Consejo de Estado, ha dicho.

> Naturalmente cuando la función es delegada puede ser posible la revisión *ex oficio* del acto por el superior que delega, mediante el procedimiento de aprobación u otro análogos, pero de ninguna suerte a través del recurso, porque se supone que el delegatario obra como si fuera el propio delegante[2].

2. Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia del 20 de noviembre de 1975.

2. Las competencias del Presidente de la República en materia de Servicios Públicos Domiciliarios

La pregunta obligada que tiene que formularse el intérprete al momento de definir la constitucionalidad y el alcance de las competencias de las Comisiones de Regulación es esta: ¿cuáles son las competencias que tiene el Presidente de la República en relación con los servicios públicos y en particular, en materia de servicios públicos domiciliarios?

Esto por cuanto el artículo 68 de la ley 142 expresamente señala que son las competencias que el artículo 370 de la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República en relación con tales servicios, las que este puede ejercer a través de las comisiones de regulación.

Las atribuciones o competencias del Presidente de la República en relación con los servicios públicos domiciliarios que consagra el art. 370 de la Constitución son de dos tipos: en primer lugar, señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y en segundo lugar, ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los prestan, las cuales ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el propio art. 370 de la Constitución.

Esto significa que en la medida en que la Constitución ya estableció que el control, la inspección y la vigilancia se ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo único que puede delegar el Presidente de la República, si a bien lo tiene, en materia de servicios públicos domiciliarios, es lo concerniente a la fijación de las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos.

Debe precisarse que la atribución presidencial de señalar las políticas generales de administración y control de los servicios públicos domiciliarios, no es una competencia autónoma o constitucional del Presidente de la República en los términos del artículo 370 de la Constitución, sino que es una función subordinada, en tanto esa disposición establece que el Presidente señalará esas políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios de acuerdo con la ley.

Adicionalmente, el artículo 150 numeral 8 de la Constitución Política establece como función del Congreso, expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

A su vez, el numeral 23 del mismo artículo establece que le corresponde al Congreso de la República, expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Por último, el artículo 365 señala que los servicios públicos deben estar sometidos al régimen jurídico que fije la ley, todo esto simplemente para destacar cómo la materia de los servicios públicos y en particular el tema de los servicios públicos domiciliarios, no es un asunto que pueda examinarse o que pueda ser objeto de regulación por fuera de la intervención del órgano representativo, sin la intervención del congreso que es el titular en nuestro sistema constitucional de la cláusula general de competencia[3].

Así mismo, podría señalarse que en materia de servicios públicos domiciliarios el Presidente de la República es titular de la potestad reglamentaria de la ley de que que habla el artículo 189 en el numeral 11 de la Constitución, competencia que siempre se

3. El art. 150 de la Constitución es enfático en señalar que corresponde al congreso hacer las leyes.

ha considerado como propia de éste, en tanto esa labor de reglamentación de la ley no es más que la manera de concretar y de precisar los alcances de la norma que le corresponde justamente aplicar al órgano ejecutivo del poder público.

II. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

1. La Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994

Al leer la exposición de motivos de la ley 142, se advierte un tanto de perplejidad, porque lo que allí aparece en cuanto a las funciones las Comisiones de Regulación no es tan ambicioso como finalmente quedó en el artículo 68 y siguientes.

De acuerdo con la exposición de motivos

> la misión de las Comisiones es, ante todo, evitar los abusos monopolísticos, evitar el abuso de la posición dominante y, en general, proteger la libertad de competencia, bien señalando reglas abstractas, bien resolviendo casos particulares cuando no existe una regla apriorística que permita establecer que es lo que más conviene para ello (art.72). Una de las funciones principales consiste en señalar las fórmulas dentro de las cuales pueden las empresas de servicios públicos fijar sus tarifas. Y otras, de singular importancia, consiste (sic) en definir los *indicadores de gestión* que permitirán evaluar el desempeño de las empresas.

Esta forma de concebir las Comisiones de Regulación armoniza perfectamente con el esquema de los decretos de intervención en el manejo de la economía de que habla el artículo 333 de la Constitución y en materia de servicios públicos y privados a los que se refiere el artículo 334 del mismo texto, pero de allí a pretender derivar una competencia que de alguna manera pudiera sustituir la competencia propia del legislador, titular de la cláusula general de competencia en nuestro sistema jurídico (art. 150 *ibídem*), hay mucha distancia y el camino que falta por recorrer es bastante largo.

2. La ley 142 de 1994

No obstante, el art. 73 de la ley 142 de 1994 establece 26 funciones y facultades especiales, entre las cuales cabe destacar la prevista en el numeral 73.26:

> Todas las demás que le asigne la ley y *las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica*. (¿cuáles?)

Lo cual significaría que si la ley no asigna una atribución especifica en materia de servicios públicos domiciliarios a ninguna autoridad, las comisiones tendrían una competencia residual[4].

---

4. Tal como está concebida la asignación de competencias a las Comisiones de Regulación en la ley 142 de 1994 podría caerse en un excesivo *reglamentarismo*. Al respecto se advierte como hace 10 años las regulaciones federales de las comisiones autónomas en Estados Unidos llenaban 127 volúmenes del *Federal Register*, con un total de 62.249 páginas y 50 millones de palabras equivalentes a 70 veces la Biblia. *Cf.*, VÉLEZ GARCÍA, Jorge, ¿El consejo de la magistratura es uno de los errores de la reforma?, Periódico *Ámbito Jurídico*, edit. Legis, año 1, número 16, Bogotá 31 de agosto al 13 de septiembre de 1998, p. 3.

Resulta curioso por lo mismo, advertir que la Constitución en el artículo 150 señala 25 funciones al Congreso de la República, órgano que en el estado democrático por su carácter representativo ostenta la cláusula general de la competencia para proferir las reglas que han de regir la vida en sociedad; es lo que se desprende del artículo 150 cuando en forma perentoria señala que corresponde al Congreso entre otras funciones, hacer las leyes, interpretar, reformar y derogar las leyes, expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

Cabe destacar que hay ciertas materias que por su trascendencia sólo pueden ser reguladas por el Congreso. Así, se habla en la doctrina de las materias reservadas a la ley. El profesor español Rafael Entrena Cuesta explica este fenómeno en los siguientes términos:

> Hasta que surge el Estado de Derecho se consideraba como ley toda norma general y abstracta dictada por el príncipe, pero, al producirse la revolución francesa, quienes la realizar exigen como tutela de sus derechos fundamentales, la libertad y la propiedad, que sólo pueda legislarse acerca de los mismos con su participación. Surge así la técnica de las materias reservadas al Poder legislativo, como medio de protegerse frente a la arbitrariedad de la administración. Y, con ello, el concepto de ley formal, como contraposición a las leyes materiales, subordinadas a aquellas, que podrá dictar el poder ejecutivo[5].

3. La jurisprudencia del Consejo de Estado

1. Mediante auto del 11 de julio de 1996 (Expediente N° 11.977), la Sección Tercera del Consejo de Estado en razón de la demanda de nulidad instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones -Telecom- suspendió provisionalmente algunos apartes de la Resolución 028 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomuni-caciones, concretamente en cuanto ordenaba la escisión de dicha empresa, por entender que estaba haciendo uso de su posición dominante y que había una práctica monopolística que había que romper.

Un aspecto que es interesante subrayar es que esta decisión no se tomó en una sentencia sino en un auto de suspensión provisional, es decir, en una providencia que se toma en el proceso con la admisión de la demanda. El juez administrativo examina en el umbral mismo del proceso la legalidad y la constitucionalidad del acto acusado y sólo en el evento en que encuentre que hay una violación manifiesta, ostensible, clara, fácilmente evidenciable, entonces es pertinente proferir la suspensión provisional, y eso fue lo que halló la Sección Tercera del Consejo de Estado en este caso. Es decir que de entrada advirtió el desconocimiento por parte de esa resolución que se pretendía justificar en la ley 142, de normas de rango superior, de normas constitucionales. Por qué razón? Porque la empresa Telecom como empresa industrial y comercial del Estado que es la naturaleza jurídica que actualmente ostenta, hace parte de la Administración Pública Nacional, y resulta que la alteración, la modificación, el cambio de la estructura de la Administración Pública Nacional es un tema claramente reglado dentro de la Constitución Política, y allí se dice que la competencia para la definición de la estructura de la Administración Pública Nacional en primer lugar es del Congreso de conformidad con el artículo 150 numeral 7.

5. *Curso de derecho administrativo*, 6ª. ed. edit., Tecnos, Madrid 1979, p. 94.

Esas leyes de definición de la estructura de la Administración Pública Nacional, de acuerdo con el artículo 154 en su inciso 2, no pueden tener iniciativa en cualquier persona sino en el gobierno, que es un requisito que aparecía también soslayado allí. Y por último, la Constitución también señala que la modificación de la estructura de la Administración Pública Nacional, es una competencia del Presidente de la República señalada claramente en el artículo 189 numerales 15 y 16. Adicionalmente, en esta providencia se hace alusión al artículo 210 de la Constitución, según el cual las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios, como lo es Telecom en razón de su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta con fundamento en los principios que orienten la actividad administrativa. Y la resolución 028 de 1995 proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que ordenaba la escisión de Telecom en dos empresas, en el fondo significaba la creación de otra nueva entidad administrativa del orden nacional, que entraría a variar o modificar sustancialmente la estructura de la Administración Pública Nacional.

2. La sección tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de septiembre de 1997 (Ex. 11857) declaró la nulidad de los arts. 9, 25 26 y 27 de la Resolución 028 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por medio de la cual se reglamentó "la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido, se señalan las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión, se establecen los requisitos generales para utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado, se fijan los cargos de acceso e interconexión, se expiden disposiciones para promover la competencia, se adoptan medidas para impedir abusos de posición dominante y proteger al usuario y se dictan otras disposiciones".

Tres aspectos merecen destacarse en esta providencia:

a) En primer lugar, para el Consejo de Estado la atribución que el artículo 370 de la Constitución Política del año de 1991 le confiere al presidente de la república en cuanto a la formulación de políticas generales de administración y de control de los servicios públicos domiciliarios, es una competencia que éste no puede delegar.

Si bien como se explicó en un comienzo el art. 68 de la ley 142 de 1994 establece que dicha facultad puede delegarse en las comisiones de regulación, para poder llegar a la conclusión que llegó el Consejo de Estado inaplicó en el caso concreto con fundamento en el art. 4º de la Constitución el citado artículo 68, porque entendió que la ley no podía facultar la delegación de una atribución que el Presidente no ostenta en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa, sino como Jefe de Gobierno. Allí se dijo:

> En suma, las Comisiones de Regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente le otorga, en forma exclusiva, al Presidente en el art. 370 de la Constitución. En esa formulación éste compromete su responsabilidad política y no podrá liberarse de ésta a través del fácil mecanismo de la delegación, que desplaza dicha responsabilidad hacia el delegatario (art. 211).

b) La segunda conclusión que formula esta sentencia es que el Congreso tampoco puede delegar su competencia legislativa en las Comisiones de Regulación, porque si la propia ley 142, el propio congreso definió las Comisiones de Regulación como simples agencias del Estado delegatarias de funciones presidenciales, es apenas lógico que las únicas atribuciones que pueden tener dichas comisiones son aquellas que tiene el Presidente de la República y que además, de acuerdo con el criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado puede delegar. En consecuencia, las Comisiones de Regulación tampoco pueden ser titulares de potestades legislativas ya que La potestad legislativa es

propia del Congreso y excepcionalmente del Presidente, esto último en los casos tasados por la propia Constitución cuando hay una expresa delegación de la función legislativa en virtud de las leyes de facultades extraordinarias (art. 150 numeral 10 de la Constitución), o bien, en los casos de los estados de excepción a que se refieren los artículos 212 y siguientes, o excepcionalmente en lo que se ha conocido como los decretos del plan (art. 341 *ibidem*). Son esos y solamente esos los casos que regula la Constitución como delegación de competencias legislativas en el ejecutivo, lo cual por ser una quiebra al principio de la separación de poderes debe ser interpretado en forma restrictiva y referirlo solamente a los casos taxativamente señalados por la ley.

c) El tercer punto de la providencia del Consejo de Estado que comentamos es el siguiente: Las Comisiones de Regulación no pueden definir procedimientos administrativos. Y esta se apoyó en el máximo intérprete de la Constitución Política como lo es la Corte Constitucional y concretamente en la sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994, en la cual se dijo:

> Estima la Corte, que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del art. 158 de la C.P., que dice: *La ley que sea objeto de la reforma parcial se publicará en un sólo texto que incorpore las modificaciones aprobadas*.

Prácticamente, de ser consecuentes con este criterio de la Corte Constitucional, debe existir un solo estatuto de procedimientos administrativos, el cual será un verdadero vademécum gigantesco de la materia.

Como respuesta a esta declaratoria de nulidad y en vista de que se podía ver afectado el procedimiento que se hallaba en curso para la concesión de licencias para el establecimiento de operados del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD), el presidente de la república con fundamento en los arts. 187 y 370 de la Constitución y la Ley 142 de 1994 expidió el 16 de octubre de 1997 el decreto 2542 en el que recogió los aspectos de la resolución 028 de 1995 que había proferido la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que se referían a ese tema.

3. Mediante sentencia del 10 de noviembre de 1997 la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad de los arts. 9, 25,26 y 17 de la resolución 028 de 1995, a la que me referí antes y que había suspendido provisionalmente por auto del 11 de julio de 1996, que ordenaba la escisión de Telecom en dos empresas. Este resultado era apenas obvio, por cuanto la suspensión provisional de conformidad con el art. 152 del Código Contencioso Administrativo procede cuando existe una violación manifiesta del acto administrativo acusado con las normas invocadas por el demandante, violación que puede percibirse a partir de una simple confrontación y sin entrar a efectuar mayores elucubraciones por el juez. De suerte que si esa ilegalidad se advirtió en el umbral mismo del proceso, con mayor razón debió confirmarse al momento de dictar la sentencia cuando el Consejo de Estado pudo ahondar en mayores argumentos, entre otros en el de la inaplicación por inconstitucional del art. 68 de la ley 142 de 1994 que ya había efectuado en la sentencia del 25 de septiembre de 1997 mencionada en el punto anterior.

En esta sentencia se dijo:

> Para la sala la creación de las Comisiones de Regulación, dotadas de poderes legislativos amplios, no fue más que otra desafortunada copia del sistema anglosajón, hecha sin beneficio de inventario, con olvido no sólo de que el régimen constitucional colombiano vigente desde 1991 es diferente al de los EEUU, como también lo es el de la separación de poderes que rige en uno y

otro país. En el aludido sistema, con una Constitución diferente a la nuestra, la delegación de poderes legislativos encuentra su respaldo en múltiples precedentes, entre los cuales pueden citarse *Mistretta vs. United States*, *Amalgamated Meat Cutters vs. Connally*, *Amalgamated Meat Workers y Buttfielders Stranaham*.

Cabe hacer aquí la siguiente reflexión: si el legislador sólo por excepción puede delegar su poder en el presidente (art. 150 nl 10), no tendría sentido que pudiera hacerlo sin límites en un organismo o agencia jerárquicamente inferior a éste y a sus ministros, salvo en lo que respecta con las asambleas departamentales, según el nl 5 de ese mismo art. 150.

Tan consciente fue el anterior gobierno de lo débil que era la competencia de las Comisiones que trató de otorgarla por la doble vía de la delegación y de la desconcentración y con apoyo en la supuesta formulación de políticas generales; y para el efecto dictó un exótico decreto (el 1524 de 1994), en el cual mezcló, como tratando de cubrir todos los obstáculos, los arts. 370, 189 nls 11, 14 y 16 y 211 de la constitución, con los arts. 68 y 105 de la ley 142 de 1994 y el 23 de la 143 del mismo año. Es decir, de un lado delegación de funciones presidenciales y de otro desconcentración de poderes legislativos, para la creación de un super órgano, con poderes en la práctica superiores a los que poseen los dos sedicentes delegantes.

Llama la atención que el documento de políticas operativas OPE 708 sobre servicios públicos domiciliarios del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), justamente recomienda que la formulación de políticas en esa materia debe radicarse en el órgano político.

Allí se dice:

las condiciones básicas que deben cumplirse para asegurar el logro de los objetivos son: primero, separación de funciones. La contribución singular más importante al logro de los objetivos en conjunto consiste en separar las funciones de *formulador de políticas, regulador y empresario*. Conforme al modelo tradicional, el Estado combinaba una variedad de funciones en la prestación de los servicios públicos. Esta suma de papeles comprometía el logro de los objetivos de la política, al crear una estructura operativa caracterizada por tarifas insuficientes, limitaciones presupuestarias frágiles, débiles incentivos para la eficiencia y escasa responsabilidad. Esta situación debe remediarse definiendo claramente cada una de las funciones y asignándola a una institución distinta y apropiada. De esta manera las autoridades conservarán la responsabilidad de *formular la política* [yo entiendo por autoridades el gobierno - Presidente y los ministros], un ente público separado dictará el *régimen reglamentario* [que en el caso colombiano serían las Comisiones de Regulación] y se asignará al proveedor del servicio una función exclusivamente *empresarial* por el funcionamiento de la empresa de servicios públicos, sea ésta de propiedad estatal o de propiedad privada. (Los resaltados son del original)

La doctrina ha formulado apreciaciones similares en torno a la diferenciación de las órbitas de competencia del gobierno y los entes reguladores:

Para compatibilizar la lógica de la responsabilidad política del gobierno y la autonomía de la gestión por la autoridad se requiere la delimitación de las competencias de uno y otra. El gobierno debe retener aquellos poderes necesarios para el diseño y la ejecución de las líneas políticas que presiden la intervención pública en un determinado sector, mientras que a las instancias de regulación les corresponde el control del cumplimiento de las normas aprobada por los poderes Legislativo y Ejecutivo[6].

6. BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 84. Para este autor en el derecho español la independencia que se reconoce a esos entes tiene que ser compatible con principios tan trascendentales para el estado social y democrático de derecho como el de la dirección de la administración por el gobierno.

4. La posición de la Corte Constitucional

1. La Corte Constitucional mediante sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997 declaró la constitucionalidad de los arts. 31 y 35 de la ley 142 de 1994 que le asignan como competencia a las comisiones de regulación, determinar de manera general la inclusión obligatoria o facultativa de las cláusulas exorbitantes del derecho privado en cierto tipo de contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Corte Constitucional no se detuvo en examinar la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación, tal como las define el art. 68 de la ley 142 de 1994 -delegatarias de las facultades que al presidente le confiere el art. 370 de la Constitución- como hubiera sido lo indicado al momento de pronunciar el juicio de constitucionalidad sobre la competencia que se cuestionaba, a fin de determinar si dicha función encajaba dentro de las atribuciones del presidente. En efecto, la Corte Constitucional se limitó a señalar:

> En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el art. 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohibe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los arts. 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el acto en razón a (sic) que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley.

2. En la sentencia C-272 del 3 de junio de 1998 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del art. 68 de la Ley 142 de 1994, el cual había sido inaplicado por inconstitucional por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de septiembre de 1997, mencionada antes, con fundamento en las siguientes razones:

> …en el debate constituyente fue claro que se colocaba en cabeza del presidente la formulación de esas políticas, pero en los términos de la ley, en la medida en que se entendía que actuaba como jefe de la Administración, y no como jefe de Estado o de gobierno[7].
>
> La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que, a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, más aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el Constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia y celeridad de la administración.
>
> …el legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 367 de la C.P.) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estima conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran compe-

7. *V.*, Comentario del Constituyente Guillermo PERRY. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Transcripciones Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes de los artículos 365 a 370 de la Constitución.

tentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencia del estado fijadas por la ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la Administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el Constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declarará su exequibilidad[8].

3. Mediante sentencia C-444 del 26 de agosto de 1998 la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los literales c y d del numeral 74.3 de la Ley 142 de 1994, los cuales habían sido inaplicados por inconstitucionales en la sentencia del 25 de septiembre de 1997 del Consejo de Estado (Exp. 11857).

Para la Corte, la facultad de establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado se refiere a la forma en que aquellos pueden realizar la actividad y los presupuestos indispensables para participar en la misma referente a los *aspectos estrictamente objetivos, de carácter técnico, operativo y netamente administrativo, con los cuales se pretende asegurar un desarrollo eficiente de la respectiva entidad.* De manera que, allí no se está señalando quienes pueden acceder al derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado, cuya asignación se encuentra radicada en los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia. Así pues, la materia, relativa a la fijación de dichos requisitos *se concreta a aquellas condiciones de carácter operativo y técnico a través de las cuales se ofrecen las mayores garantías para asegurar un adecuado uso de las redes.*

De esta manera, *la atribución* conferida a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones en el literal c) acusado, *se ubica en el campo administrativo y técnico encomendado a la mejor eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que puede ser ejercido por ésta, sin perjuicio de las potestades directas del legislador y del Presidente de la República, con sujeción a la ley (C.P. arts. 189-11 y 370).*

Frente a la función que se atribuye a la citada comisión para "*fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley*", *dicha atribución no implica el ejercicio de derechos, sino el desarrollo de una materia igualmente técnica, operativa, mediante la cual se precisa el valor del acceso y de la interconexión legalmente autorizados a esas redes, lo que es susceptible de delegación en los términos indicados en la misma ley, pero, desde luego, supeditada a la reglamentación que sobre dicha materia ejerza el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad constitucional (C.P., art. 370) o reglamentaria (C.P., art. 189-11).*

Ahora bien, en lo que concierne al literal d), igualmente demandado, según el cual se le asigna a la mencionada Comisión Reguladora de Telecomunicaciones la posibilidad de "*reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de los operadores de servicios de telefonía*

8. Allí se formularon diferentes intervenciones ciudadanas para coadyuvar e impugnar la demanda. Llama poderosamente la atención la intervención del ciudadano CEPEDA, Manuel José hoy magistrado de la Corte Constitucional, para quien no sólo el art. 68 sino los demás conexos de la ley 142 que se refieren a las comisiones son contrarios a la Constitución porque las subordinan "al ejecutivo cuando deberían preservarlas garantizando su autonomía y porque las convierte en un apéndice administrativo en lugar de reconocerlas como agencias estatales en cuanto instrumento de intereses públicos que el Estado debe promover dentro del marco general, los criterios, los objetivos y las condiciones que fije el legislador". Para refutar ese argumento la Corte Constitucional en el fundamento 13 de la sentencia expresó lo siguiente: "Es cierto que bien hubiera podido la Carta, con el fin de tecnificar la formulación de las estrategias en materia de servicios públicos, atribuir esa función a una autoridad técnica autónoma, tal y como lo hizo en relación con la política monetaria (arts. 371, 372 y 373 sobre el Banco de la República) o la regulación de la televisión (art. 77 sobre la Comisión Nacional de Televisión). Es más, en los propios debates en la Asamblea Constituyente se llegó a plantear esa posibilidad. Sin embargo, lo cierto es que finalmente no se adoptó ese modelo y se atribuyó esa función al Presidente tal y como lo establece el art. 270 superior. Un breve examen de los debates en la asamblea nacional es ilustrativo en este punto".

> *básica de larga distancia nacional e internacional*", la Sala encuentra que las anteriores consideraciones también son aplicables al asunto *sub examine*, por *cuanto no se regula tampoco lo atinente a la determinación de quien puede ejercer la actividad en el servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, lo que es del resorte del legislador, sino que, por el contrario, lo que hace la norma bajo estudio es atribuir a aquellas una función especial de señalar las condiciones que objetivamente deben primar par la concesión de las respectivas licencias de los mencionados operadores, situación que reviste un carácter administrativo, que puede ser ejercida, sin perjuicios de la potestad presidencia, en los términos indicados*. (Los subrayas no son del original)

Por tal motivo, declaró la *exequibilidad condicionada* de los literales c y d del numeral 74.3 de la ley 142 de 1994 al señalar que dichas atribuciones de las comisiones de regulación se ejercerían "sin perjuicio de la potestad que corresponde ejercer al Presidente de la República de conformidad con los mandatos constitucionales".

Olvidó la Corte que de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, la fijación de políticas en materia de servicios públicos domiciliarios es competencia del presidente de la república que debe ejercer de acuerdo con la ley, la cual lo autoriza para delegarla en las Comisiones de Regulación, como efectivamente lo hizo a través del decreto 1524 de 1994. Por consiguiente, tales políticas las trazan hoy las comisiones, quienes actúan a nombre del Presidente (Art. 68 ley 142 de 1994, declarado exequible mediante sentencia C-272 de 3 de junio de 1998).

4. En la sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000 la Corte Constitucional tuvo oportunidad de volver a pronunciarse sobre la naturaleza de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las comisiones de regulación, a propósito de la demanda de inexequibilidad formulada en contra del articulo 69 de la ley 142 de 1994, particularmente su parágrafo en cuanto señala que "cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo". En este caso, la Corte procedió a establecer *unidad normativa* con el art. 14 numeral 18 de dicha ley, el cual define la regulación como "la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos"[9].

De esa sentencia[10] cabe destacar los siguientes aspectos:

a) La Corte empieza por recordar que en cuanto las comisiones fueron definidas por la Ley 142 de 1994 como unidades administrativas especiales[11] (art. 69), de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente

9. Cabe preguntar si no debió establecerse igualmente unidad normativa con el art. 48 de la ley 489 de 1998, ya que esta disposición establece que las comisiones tienen competencia para la *regulación* de los servicios públicos domiciliarios no sólo en virtud de delegación por parte del presidente de la República sino mediante *asignación de la propia ley*, "para promover y garantizar la competencia entre quienes lo presten". Cabe destacar que el art. 23 de la ley 143 de 1994 enuncia las funciones generales de la Comisión de Energía y gas sin referirlas a la delegación de las funciones presidenciales que establece el artículo 370 de la Constitución, como si lo hace el art. 68 de la ley 142 de 1994.

10. Un análisis crítico de esta sentencia puede verse en el artículo "Existencia Jurídica de la Regulación" de BEDOYA GIRALDO, Hubed, publicado en la *Revista Letras Jurídicas* n° 1, Empresas Públicas de Medellín, marzo de 2001, pp. 31 y ss.

11. Por carecer de personería jurídica hacen parte del sector central (art. 38 numeral 1, literal e) ley 489 de 1998).

…hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), e integran la Administración Pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas (artículo 39 *ibidem*) y por eso, respecto de aquéllas el Presidente actúa como suprema autoridad administrativo (artículo 189 C.P.)[12].

b) No obstante afirmarse en la sentencia que

para la Corte resulta indudable que el precepto del artículo 211 de la Carta no excluye la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos, ni tampoco la que puede tener lugar en cabeza de unidades administrativas especiales.

Más adelante se advierte en forma contradictoria que

ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable.

Carece de toda lógica jurídica que la Corte Constitucional haya declarado exequible en la sentencia C-272 de 3 de junio de 1998, la autorización conferida por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 al Presidente de la República para delegar la definición de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que con sujeción a le ley establece el art. 370 de la Carta y por el contrario, afirme el carácter indelegable de la potestad reglamentaria de las leyes por considerar que es exclusiva del presidente de la República.

Como lo precisamos antes (I,1), la Constitución en el art. 211 se limita a establecer que "la ley señalará las funciones que el presidente de la república podrá delegar", sin establecer excepciones de ninguna índole, como si lo hacía el artículo 135 de la Constitución anterior que sólo autorizaba delegar las atribuciones que ostentaba el presidente en su condición de suprema autoridad administrativa, lo cual significaba que no eran delegables las funciones de jefe de estado[13].

Justamente por la ausencia de límites a la delegación de funciones presidenciales en la Carta, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que por vía interpretativa las ha establecido.

-Así, en la sentencia C-214 del 9 de junio de 1993 la Corte sostuvo que la firma de los acuerdos de paz con los grupos alzados en armas, en cuanto es ejercicio de la atribución presidencial de conservar en todo el territorio nacional el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (art. 189 numeral 4 Constitución Política), es indelegable por tratarse de una *decisión de alta política*.

---

12. El art. 67 de la ley 489 de 1998 define las unidades administrativas especiales como organismos creados por la ley, *con autonomía administrativa* y financiera *que aquella les señale*, sin personería jurídica, *que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo* (subrayo). Repárese que el art. 69 de la ley 142 de 1994 establece que si bien las comisiones de regulación son unidades administrativas especiales, están dotadas de *independencia* administrativa, *técnica* y patrimonial.

13. La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 12 de diciembre de 1986 declaró inexequible la ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, en cuanto fue sancionada por el ministro delegatario de funciones presidenciales cuando el Presidente se hallaba en territorio extranjero (art. 128 Constitución anterior), por considerar que la atribución de sancionar leyes aprobatorias de tratados era indelegable, "por tratarse de una función del presidente cumplida como Jefe de Estado, ya que deben quedar en cabeza del Presidente las que ha menester para conservar su *status* de Jefe de Estado en la misión a cumplir mientras dure su ausencia del territorio nacional y, además, todas aquellas inherentes a la naturaleza del Jefe del Gobierno".

Hoy el artículo 189 de la Constitución le atribuye al Presidente la triple condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa, cuando es claro que la distinción entre la condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno es propia de los regímenes parlamentarios.

Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). *Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables.* La figura prevista en el artículo 211 de la Carta no sería aplicable a ellas, en especial si se recuerda que, por mandato de la propia norma, la delegación exime de responsabilidad al delegante.

Mientras que el ejercicio de las atribuciones de los estados de excepción compromete al Presidente de la República (artículo 214-5 C.N.), precisamente por su gravedad y trascendencia. (se subraya)

- En la sentencia C-315 de 19 de julio de 1995 afirmó la Corte que:

…las funciones atribuidas al gobierno pueden, en principio ser materia de delegación. La delegación es un instrumento de manejo estatal al cual puede legítimamente apelar el Presidente y se justifica en términos de eficacia, celeridad y desconcentración del poder. Se ha anotado que a pesar de no tratarse de funciones propias, sino radicadas en el gobierno, el Presidente puede delegarlas al Ministro Delegatario (C.P., art. 196). *En otras palabras, el hecho de que una función sea del Gobierno, no impide su delegabilidad por parte del Presidente*. Igualmente, se ha puesto de presente que el *artículo 211 de la C.P., no circunscribe la materia delegable a las funciones propias del Presidente. La norma, por el contrario, se abstiene de hacer distinciones dentro del conjunto de funciones que el Presidente puede delegar. Descartar, por lo demás, esta modalidad de gestión de asuntos públicos, cuando se está en presencia de una materia gubernamental no resulta razonable, pues también aquí puede militar suficientes motivos de eficacia, celeridad y conveniencia pública para hacerlo*. (se subraya)

- En la sentencia C-272 del 3 del junio de 1998, al declarar exequible el artículo 68 de la ley 142 de 1994, que autoriza al presidente para delegar en las Comisiones de Regulación la función constitucional (art. 370) de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, dijo la Corte que la Constitución

…no define de manera expresa cuáles funciones de las incluidas en el artículo 189 de la Carta pueden ser delegadas o no sino que defiere a la ley la precisión de las atribuciones presidenciales delegables. Por ende, se debe a entender que el principio general es que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, sin que esa posibilidad esté restringida a aquellas que el primer mandatario ejecuta como suprema autoridad administrativa, razón por la cual esta Corte ha explícitamente reconocido que también son susceptibles de delegación las funciones en su calidad de jefe de gobierno. *Es entonces claro que la mayor parte de las funciones presidenciales pueden ser delegadas, como efectivamente lo ha manifestado esta Corte en varias oportunidades*; sin embargo, esta misma corporación ha considerado que *excepcionalmente es improcedente la delegación, cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial, que se requiere una actuación directa del Presidente como garantía de unidad nacional.*

En la medida en que la regla general es la delegación y la Constitución confiere una amplia libertad al Legislador en esta materia (C.P. art. 211), debe entenderse que la ley puede facultar la delegación de cualquier función presidencial, salvo que existan razones imperiosas que muestren que en un caso específico se afecta a tal punto el fuero presidencial, que la figura prevista en el artículo 211 superior no es aplicable.

Conforme a lo anterior, *es claro que la función constitucional atribuida al Presidente por la norma acusada es delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario*. (Se subraya)

En nuestra opinión, si no se compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional con la delegación de la definición de políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370 Constitución Política), al punto que se

requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario, mucho menos sucedería con la delegación en las comisiones de regulación, integradas por expertos, de la potestad presidencial de reglamentar las leyes de servicios públicos (art. 189 numeral *ibidem*), por tratarse de aspectos especializados y de carácter técnico.

Hoy la ley 489 de 1998 en el art. 11 enuncia, no con la claridad que sería deseable en un aspecto tan significativo, las funciones indelegables en los siguientes términos:

> Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:
>
> 1.- La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
>
> 2.- Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
>
> 3.- Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Esto significa que la expedición de reglamentos de carácter general si es susceptible de delegación, cuando la ley expresamente así lo autorice, lo cual no es más que la reiteración de lo establecido por el 211 de la Carta según el cual la ley debe señalar las funciones que el presidente puede delegar.

Cabe destacar que el artículo 13 de la ley 489 de 1998 al referirse a la delegación del ejercicio de funciones presidenciales establece

> Delegación del ejercicio de funciones presidenciales. *Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales*, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la constitución Política. (Se resalta)

Lo cual pone de manifiesto que las comisiones de regulación están sujetas al régimen de la ley 142 de 1994 y que nada impide que la ley autorice la delegación de la potestad reglamentaria del presidente (art. 189 numeral 11 Constitución Política) en las comisiones de regulación[14], a menos que se llegue a concluir que se trata de una *función que por su naturaleza es indelegable* (art. 11 numeral 3 ley 489 de 1998), lo cual sucedería como lo ha puesto de presente la Corte, sólo cuando se trate de "decisiones de alta política" (sentencia C-214 de 1993) o "cuando se trata de una atribución que comprometa a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial que se requiere una actuación directa del presidente como garantía de unidad nacional" (sentencia C-272 de 1998)[15].

---

14. El consejo Constitucional Francés (sentencia de 18 de septiembre de 1986) ha admitido la constitucionalidad de la ley que atribuye potestad de reglamentación a las instancias de regulación, sobre la base de que debe estar sujeta no sólo a la ley sino al reglamento. "Las relaciones entre ambos poderes reglamentarios son las propias de las relaciones entre un poder reglamentario general que corresponde al Primer Ministro y un poder reglamentario especial que corresponde a las autoridades independiente. En consecuencia, éste poder no puede condicionar el ejercicio de su poder por el Primer Ministro ni impedir que los Reglamentos de éste condicionen el poder reglamentario de las autoridades independientes, máxime cuando no existe una reserva reglamentaria a favor de estas autoridades pues su poder es meramente residual y, por tanto, subordinado no sólo a las determinaciones legales, sino también reglamentarias del primer Ministro. De no admitirse tal condicionamiento, se incurriría en inconstitucionalidad, pues el legislador vendría a disponer de la titularidad de la potestad reglamentaria que la constitución establece a favor del Primer Ministro". *Cf.*, BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit*., pp. 91 y 92.

Esta solución plantea el interrogante sobre la realidad de la independencia o autonomía de estas autoridades.

15. La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de diciembre de 1986, a propósito de la declaratoria de inexequibilidad de la ley aprobatoria del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos, mencionó

c) La corte señala la necesidad de precisar

> el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de *regular*, toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas ni en las políticas del Gobierno, se violaría la Constitución, y el parágrafo debería ser declarado inexequible.
>
> A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales.

Más adelante afirma que

> los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias.
>
> Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.

Los actos de las comisiones para la Corte resultan "subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios"[16], no pueden *crear derecho* en forma compartida con el legislador ordinario ni expedir una *legislación secundaria* porque aceptar esa posibilidad *afectaría gravemente el principio democrático*.

Con fundamento en tales consideraciones, la Corte concluye que

> las comisiones resultan ser tan solo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativo, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios.
>
> Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. *Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.*
>
> La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fine primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.
>
> Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República.

---

entre otras, como funciones indelegables, la declaratoria del estado de sitio (hoy conmoción interior) y emergencia económica, la potestad nominadora de los ministros, la declaración de guerra y la dirección de sus operaciones, el manejo de las relaciones diplomáticas la concesión de indultos por delitos políticos.

16. Olvidó la Corte que de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, la fijación de políticas en materia de servicios públicos domiciliarios es competencia del presidente de la república que debe ejercer de acuerdo con la ley, la cual lo autoriza para delegarla en las Comisiones de Regulación, como efectivamente lo hizo a través del decreto 1524 de 1994. Por consiguiente, tales políticas las trazan hoy las comisiones, quienes actúan a nombre del Presidente (Art. 68 ley 142 de 1994, declarado exequible mediante sentencia C-272 de 3 de junio de 1998).

> Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales. (Se resalta)[17]

d) El último aspecto de la sentencia que queremos destacar no deja de ser menos problemático. Allí se afirma que

> al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias.
>
> Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.

Olvidó la Corte Constitucional que las comisiones son organismos colegiados de carácter técnico, en tanto están integrados por expertos y en las cuales las decisiones se adoptan por mayoría de votos[18].

Convertir, pues, las comisiones en subordinadas no sólo de la política gubernamental sino de los ministros supone poner en duda la constitucionalidad de su funcionamiento y reducirlas a un papel bastante secundario[19], frente al cual cabría preguntarse por la conveniencia de que se mantuviesen o de su replanteamiento aún en el orden constitucional[20].

---

17. *V.*, nota 14.

18. El art. 71 de la ley 142 de 1994 establece que las Comisiones de Regulación estarán integradas por el Ministro respectivo o su delegado, quien las presidirá, tres expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República para períodos de tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa y el director del Departamento nacional de Planeación. A su vez, el artículo 73.17 señala como función de las comisiones: dictar sus estatutos y su propio reglamento y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

Debe precisarse que de acuerdo con el art. 21 de la ley 143 de 1994 la Comisión de Regulación de Energía y gas está integrada además por los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Nacional de Planeación y por cinco (5) expertos en asuntos energético de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años.

19. La independencia frente al gobierno que es consustancial a los entes reguladores implica por lo menos dos garantías consistentes en la prohibición de que este pueda: i) impartirles órdenes o instrucciones o ii) remover de manera discrecional a su personal directivo. Se trata de entes atípicos por cuanto gozan de una *autonomía real*, garantizada por la estabilidad de sus órganos, pero que están, al mismo tiempo, bajo la dirección del Gobierno sin que ello implique la posibilidad de éste de impartirles órdenes o instrucciones. No son representativos, más buscan la identificación, la legitimidad del sector sometido a su ordenación. Por último, no son entes a los que les atribuya puras facultades de gestión, sino que son beneficiarios de una transferencia de verdaderas competencias o poderes públicos. Son, en definitiva, entes *contrapoder*, en oposición a los demás entes públicos y, en particular, a los organismos autónomos, los cuales son entes *instrumentos* de los que se vale la Administración pública para alcanzar sus fines y para gestionar un servicio que le es propio, a través de entes completamente domesticados". BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 211, 212. "Independencia no implica un control administrativo, ni la posibilidad de los demás órganos del Estado de inferir en las funciones desarrolladas por el ente regulador. Independencia implica la capacidad del ente para desarrollar su función sin que exista interferencia, más si coordinación con los demás entes públicos. Se trata de entes con un régimen especial, ajenos a los tradicionales controles propios de los entes dencentralizados. Precisamente, estos controles fueron creados para garantizar la intervención del gobierno central, situación completamente contraria y ajena a la de los entes autónomos e independientes". SÁNCHEZ GARCÍA, Carlos Andrés y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo, "Regulación de los Servicios públicos: Redefinición constitucional del Estado Colombiano. Un estudio crítico constitucional de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios" en *Derecho Constitucional perspectivas críticas. Observatorio de justicia constitucion*al, Universidad de Los Andes, Legis editores n° 2, Bogotá 2001, p. 129.

20. En concepto rendido por el exmagistrado de la Corte Constitucional NARANJO MESA, Vladimiro y quien suscribió la sentencia C-1162 de 2000 al ministro de minas y energía el 9 de marzo de 2001, sobre el alcance y

III. CONCLUSIONES

1. La credibilidad y la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios está ligada indefectiblemente a la existencia de un órgano regulador autónomo, que goce de un aislamiento eficaz respecto de las interferencias políticas por un lado y de la posibilidad de caer bajo la dominación de las partes interesadas, por otro.

2. La creación de una nueva estructura reguladora en materia de servicios públicos domiciliarios es una empresa compleja en cuanto presenta múltiples facetas. Cualquier esfuerzo que busque establecer un nuevo sistema regulador, debe comenzar por definir como encaja esa función reguladora dentro de la estructura constitucional del país.

3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha roto con el mito que pudiera rodear a las Comisiones de Regulación de servicios públicos domiciliarios y ha hecho compatible su supuesta independencia y neutralidad, con principios tan trascendentales para el estado social y democrático de derecho como el de la dirección de la administración por el gobierno.

No son entes realmente independientes sino dotados de *autonomía* para la supervisión de acuerdo con criterios técnicos de los sectores en los que actúan.

4. "Los organismos reguladores constituyen administraciones actuantes para la consecución de los objetivos de interés general que les impone la ley.

En consecuencia, están sometidos como el resto de los poderes públicos al control de legalidad que es presupuesto del Estado de derecho y por ende su labor ha de ser fiscalizada por los tribunales de justicia en el orden estricto de sus competencias"[21].

---

los efectos prácticos de ese fallo, ya se advierte el interés del gobierno en reestructurar las comisiones de regulación. Allí se afirma que las comisiones "no pueden actuar como órganos independientes". En esa medida, no se opondría a la Constitución el que el Presidente de la República, a través de un Decreto, adopte reglas de carácter procedimental o funcional, destinadas a garantizar la preservación de las políticas trazadas por el Gobierno, pues -se insiste- la CREG ni ninguna otra comisión de regulación gozan de la autonomía que les ha sido atribuida constitucionalmente a otros órganos o entidades, como son los casos, ya mencionados, del Banco de la República o de la Comisión Nacional de Televisión.

Las reglas en comento podrían contemplar, entonces, la fijación de un voto especial o calificado en cabeza del Ministro del ramo, cuando de por medio se encuentre una contradicción o un desconocimiento de las políticas gubernamentales en materia de servicios públicos domiciliarios.

Muy seguramente en acatamiento de esta recomendación el Presidente de la República, mediante decreto 314 del 26 de febrero de 2002, adicionó el reglamento interno de la Comisión de Energía y Gas -CREG- para establecer que los empates serían decididos por el Ministro de Minas y Energía.

21. CHILLÓN MEDINA, José María, *Los organismos reguladores en telecomunicaciones: una administración sectorial independiente,* III Seminario sobre derecho de las telecomunicaciones, *s.f*

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA

Jaime Vidal Perdomo
Director de la Maestría de Derecho Administrativo
de la Universidad del Rosario de Bogotá, Colombia

I. INTRODUCCIÓN

La organización administrativa nacional o del Estado en Colombia es nueva en cuanto procede de normas expedidas no hace mucho tiempo, principalmente de la Constitución Política de 1991 y de la ley 489 de 1998.

No es fruto del azar sino de ciertos principios que se han venido formulando en el campo del derecho administrativo y que están recogidos por los instrumentos normativos de esta disciplina, como son la Constitución y la ley citadas; por tanto, pueden explicarse en función de una cierta teoría o cuadro teórico que caracterizan esa parte del derecho administrativo de un país, pero que pueden existir -y existen, como es natural- con variantes y modalidades en otros países, con lo cual se abre un campo interesante de comparación jurídica, o sea de derecho comparado.

Desde el punto de vista del derecho interno colombiano, esa aproximación teórica ofrece motivos de interés en cuanto puede relacionarse con otra organización, que fue la que rigió con anterioridad y fue expedida en 1968, con fundamento en las reformas constitucional y administrativa de aquel año. Surge de este hecho histórico la posibilidad de analizar el cuadro teórico en que se asientan los dos esquemas administrativos, lo cual puede mostrarnos las diferencias más relevantes y su origen, que es, particularmente, la evolución de la administración pública en un país determinado, la cual puede coincidir con la que hayan sufrido otras naciones de similares condiciones de desarrollo político y social.

Otro rasgo que puede examinarse en el trazo de lo que se está anunciando es si se advierte la tendencia a la expedición de leyes generales sobre la materia organizativa -lo cual reforzaría la posibilidad de plantear estas reflexiones dentro de un marco teórico- como es el ejemplo sobre el cual se va a discurrir, y el de España con la *Lofage*, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997, por ejemplo.

La última observación introductoria muestra, si se quiere, una faceta nueva de la dinámica del derecho administrativo, que se localiza en el campo que solía designarse de la *estática*, o sea de lo quieto, de lo que poco se mueve, acercando la parte organizativa del Estado a los otros capítulos del derecho administrativo, llamados precisamente de la *dinámica* administrativa, y donde por la razón de ser de las cosas, puede y debe advertirse mayor movimiento, o cambio.

En este sentido de lo estático y de lo dinámico, referido ya no a lo que designa el aparato administrativo y la actividad administrativa, conforme lo hacemos en un esfuerzo teórico general[1] -a tono con actitud que se encuentra en otros autores- sino a la movilidad conceptual que brinda hoy la disciplina del derecho administrativo, podría afirmarse que si el capítulo de los servicios públicos se encontraría en punta en cuanto a los cambios que se han operado como consecuencia de las transformaciones vividas en el accionar económico del Estado, hasta el grado de hablarse de un *nuevo servicio público* como se hace en parte de la doctrina[2], otros como el organizativo estarían en trance de seguir similar camino, esto es, de exhibir movilidad en el tiempo de acuerdo con exigencias de la vida del Estado, y dejar el campo de lo casual o circunstancial para pasar a integrarse en lo que puede responder a cierta teoría general, consagrada al menos en estatutos de carácter general.

Para quien esto escribe resulta grato hacer estas reflexiones y hasta divagaciones teóricas para rendir testimonio de admiración a la obra del jurista venezolano Allan R. Brewer-Carías, contribuyendo con el libro que en su homenaje va a publicarse.

En el análisis del tema seleccionado las consideraciones que en el desenvolvimiento de lo planteado van a exponerse vamos a agruparlas en dos partes, las que atañen a disposiciones de estirpe constitucional y las que están estampadas en la ley general. Como una tercera parte y a fin de introducir reflexiones que permitan asomarnos al derecho comparado, vamos a referirnos al derecho español, señalando el interés que lo caracteriza por pertenecer al régimen parlamentario, mientras que en Colombia y en Iberoamérica escribimos desde la otra orilla del sistema presidencial, lo cual marca una diferencia de partida notable.

Esa comparación se hará de los textos legales, sin perjuicio de que se hagan referencias comparativas de orden constitucional en la primera parte de este trabajo, para oponer las principales diferencias derivadas de la naturaleza parlamentaria del sistema político español y presidencialista del colombiano.

Del mismo modo parece interesante en el plano constitucional de la primera parte mencionar ciertas diferencias entre la Constitución colombiana de 1991 y la venezolana de 1999 en los temas que serán evocados aquí, más tratándose de constituciones nuevas de países hermanos.

II. PRINCIPALES ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS QUE SE DEFINEN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Es natural que las constituciones tomen partido acerca de las líneas esenciales del poder ejecutivo y de la organización administrativa del Estado; por tanto, es de ellas de donde emanan los signos que permiten examinar, en primer término, los poderes del ejecutivo y su forma de operar; otros aspectos esenciales también emanan de las cláusulas constitucionales, conforme se pasa a ver.

1. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 11ª Edición, Temis, Bogotá 1997.
2. GASPAR ARIÑO y OTROS, *Principios de Derecho Público Económico*, Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial, Granada 1999.

1. La definición de la forma política-administrativa del Estado y su sistema de gobierno

Conocido es que desde este ángulo los sistemas políticos ofrecen la gran división entre parlamentarios y presidencialistas, asunto fundamental de que se ocupan los manuales y tratados de derecho constitucional. Obviamente , no es el momento de profundizar en estas materias; no obstante, en orden a precisar las diferencias van a hacerse referencias a la Constitución española de 1978 como modelo que se toma para ilustrar el régimen parlamentario, y a mencionar las principales normas de las Constituciones colombiana y de Venezuela que estipulan el modelo presidencial.

Dos aspectos consecuenciales merecen la atención también: el del ejercicio de la potestad reglamentaria y el de la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros.

A. El régimen parlamentario en España

El párrafo 3. del artículo 1 de la Constitución española define la naturaleza del régimen al establecer que "la forma política del Estado es la Monarquía parlamentaria". Luego en el artículo 56 al tratar de la Corona , se declara que "el Rey es el Jefe del Estado". Más adelante, artículo 97, surge la distinción de esa jefatura del Estado con el Gobierno y la administración, y en el 98 se describe que el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, de los Ministros y demás miembros que establezca la ley, asignándole al Presidente la dirección de la acción del Gobierno.

Sabido es que la existencia del régimen parlamentario no depende solamente de esa dualidad (jefe del Estado y jefe del Gobierno) en el ejecutivo de que habla la teoría del Derecho Constitucional[3], sino que el segundo elemento esencial es la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento.

En la Constitución española de 1978 el Título V se ocupa de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, del cual surgen dos principios claves del régimen parlamentario cuales son el de la integración del Gobierno mediante la confianza del Parlamento, y el de la responsabilidad política del primero ante las segundas, y los mecanismos principales de relación que son la *cuestión de confianza* y la *moción de censura.*

B. La naturaleza del régimen presidencial

A diferencia del sistema parlamentario, no suele encontrarse en las constituciones una definición puntual de la existencia del régimen presidencial; a él se llega más bien por una suma de elementos como la elección para el cargo y el otorgamiento de las atribuciones reunidas de jefe del Estado y jefe del Gobierno que andan precisamente separadas en el sistema parlamentario, como se ha visto del sistema español.

La Constitución colombiana después de hablar de las ramas del poder público declara en el artículo 115 que el presidente de la República es jefe del Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. Puede considerarse redundante esa acumulación de

3. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Legis, 8ª. Edición, Bogotá 1999.

atribuciones que pone en tres lo que antes se expresaba en dos y que, de todos modos, quiere indicar que están reunidas las calidades de jefe del Estado y del gobierno en una sola persona; el triple enunciado se repite luego en el artículo 189 donde se agrupan las facultades del jefe del ejecutivo.

Con mayor sobriedad y precisión la Constitución venezolana de 1999 declara (artículo 226) que "el Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno", acumulación de atribuciones que conforman el sistema presidencial en Venezuela[4].

No vamos a desarrollar ahora las diferencias que en el funcionamiento administrativo de un Estado trae su pertenencia al sistema parlamentario o presidencial; para limitarnos a las más prominentes, vamos a hacer algunas anotaciones sobre la potestad reglamentaria y el Consejo de Ministros.

C. La potestad reglamentaria

Esta facultad, de enorme influencia en cuanto a la organización y el funcionamiento administrativo, se ejerce de manera diferente según se esté en presencia de un régimen presidencial o parlamentario.

En el régimen presidencial, la titularidad de la potestad reglamentaria está en manos del presidente de la República, como lo manifiesta la Constitución colombiana al colocar (artículo 189.11) dentro de las atribuciones presidenciales la de "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios par la cumplida ejecución de las leyes".

En la Constitución venezolana se encuentra disposición similar. En efecto: el artículo 236. 10 da facultad al Presidente o Presidenta para "reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón".

Mientras que en los regímenes parlamentarios el ejercicio de la potestad reglamenaria corresponde, en principio, al jefe del gobierno o primer Ministro. La Constitución española declara (artículo 97 que el Gobierno "ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes". La Constitución francesa, por su parte, en el artículo 21 prevé que el Primer Ministro "dirige la acción del Gobierno. El es responsable de la Defensa Nacional. El asegura la ejecución de las leyes. Bajo reserva de las disposiciones del artículo 13, él ejerce el poder reglamentario y nombra para los empleos civiles y militares".

Mientras que en los regímenes parlamentarios hay ocasiones en que el jefe del Estado participa en ese ejercicio, como consecuencia de la dualidad en el ejecutivo y de la participación del jefe del Estado en ciertas tareas administrativas; participación que suele darse por su intervención en el Consejo de Ministros y sobre todo si no hay Monarquía sino República, como es el caso de Francia, donde el artículo 13 de la Constitución contempla que el presidente de la República firma los decretos que se han discutido en Consejo de Ministros. Pero en España también el Rey (artículo 62) expide los decretos acordados en el Consejo de Ministros.

4. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000.

D. El Consejo de Ministros

También en cuanto a la organización y funcionamiento de este cuerpo es notable el significado diferencial según opere en régimen parlamentario o régimen presidencial. Debe recordarse que el Consejo de Ministros es un organismo propio de los regímenes parlamentarios y que él refleja el carácter colegial del sistema, esto es, que evoca la noción del gabinete compuesto por el Primer Ministro y los demás ministros actuando en forma colectiva, como responden políticamente ante el Parlamento, en forma que la moción de censura aprobada implica la partida del poder de todos.

Aquí sólo podemos anotar que existe la tendencia a crear consejos de ministros en regímenes presidencialistas, donde no son necesarios dada la filosofía *unipersonal* o vertical de su gobierno, que depende en mayor grado del presidente de la República, mientras que el sistema parlamentario es colegial, alrededor del primer ministro, que surgió siendo un primero entre iguales como lo atestiguan los libros de derecho constitucional.

En algunos países de Sudamérica, como Perú y Argentina, es a través de los consejos de ministros que los regímenes presidencialistas toman visos parlamentaristas, como lo hemos estudiado en otro trabajo que da cuenta de este fenómeno o tendencia[5].

Sin mayor significado político pero sí administrativo la Constitución colombiana de 1886 se refería de manera tangencial al Consejo de Ministros (artículo 208), para la apertura de créditos suplementales o extraordinarios en el presupuesto cuando no existieren partidas o fueren insuficientes, en receso de las Cámaras.

Desde la primera edición del libro Derecho Administrativo General (6) hace ya bastante tiempo, tuvimos curiosidad por la implantación de este organismo de estirpe parlamentaria dentro de la rigidez del presidencialismo colombiano, y porque su funcionamiento colegial ordenado por la ley 63 de 1923 y la adopción de decisiones por mayoría podía colocar al presidente de la República en el sector de la minoría, en contra de su atributo de *suprema autoridad administrativa* y la misma noción de gobierno (Presidente más ministro del ramo) en casos específicos ; no obstante, la preocupación ha sido teórica porque no se conoce hipótesis semejante en la práctica ya que las decisiones se adoptan por consenso.

Curiosamente la Constitución de 1991, que redujo poderes presidenciales en varias áreas y ha sido acusada de dificultar la gobernabilidad de la nación, no menciona para nada el Consejo de Ministros, cuerpo que queda, entonces, de puro nivel legal, como lo veremos más adelante dentro de ese análisis, favoreciendo si se quiere el gobierno presidencial de tipo personal.

En cambio, la Constitución venezolana de 1999 destina varios artículos al Consejo de Ministros. Comienza con el artículo 242 que determina su integración, por la reunión de los ministros o ministras con el Presidente o Presidenta y con el Vicepresidente o Vicepresidenta; sigue (mismo texto) con la presidencia del Consejo, que corresponde al Presidente o Presidenta de la República, pero se menciona que éstos podrán autorizar al Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutiva cuando no puedan asistir a las reuniones, pero estableciendo un control por el titular, de modo que las decisiones tomadas serán ratificadas por el Presidente o Presidenta de la República.

---

5. VIDAL PERDOMO, Jaime, "Tendencias parlamentarias en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Revista Jurídica del Perú* nº 11, Lima abril-junio de 1997, y *Revista de Derecho Público* nº 6, Universidad de los Andes, Bogotá junio de 1996.

Haciendo una venia a la colegialidad el artículo 242 termina definiendo que de las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva y los ministros o ministras que hubieren concurrido, salvo los que hayan hecho constar su voto adverso o negativo.

2. La determinación de la estructura de la administración pública

Desde 1968 se introdujo en la Constitución colombiana el concepto de estructura de la administración nacional. En los antecedentes de la enmienda constitucional que hemos estudiado[6] se daba cuenta de la necesidad que había con anterioridad de que interviniera la ley para la creación de todo empleo y el señalamiento de todo sueldo. Dicha minuciosidad legislativa era impracticable, por lo que se reemplazó por la noción de estructura en que aparecen las partes de la administración nacional que la integran, dejando a cargo de la ley la creación de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, como se leía en el anterior artículo 76.9 de la Constitución.

La Constitución de 1991 recogió el concepto de estructura aumentando la tipología de entidades (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos) con *otras entidades del orden nacional*, sin indicar denominación, separando las Corporaciones Autónomas Regionales de los establecimientos públicos y predicando su régimen de autonomía, dejando también a cargo de la ley la autorización para la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, como venía de atrás.

Es esta la disposición constitucional que se desarrolla con la ley 489 de 1998, principalmente, como se verá más adelante.

3. Principios constitucionales de organización y funcionamiento administrativos

Aparte de lo que ya se ha explicado en los dos aspectos fundamentales de la determinación del sistema político de gobierno y en cuanto a la noción de la estructura o columnas fundamentales de la administración nacional en Colombia, se pueden agregar algunos principios constitucionales que permiten completar el esquema que se busca presentar.

Puede decirse que esos principios constitucionales se ubican como desarrollos del concepto principal de estructura, mientras que hay otros que miran más a ciertos aspectos del funcionamiento administrativo, como pasa a verse.

A. Principios sobre la intervención de la ley en la organización administrativa principal

La Constitución colombiana concede a la ley un gran papel en la organización administrativa. La creación de las entidades que hacen parte de la estructura administrativa corresponde a la ley, según se advierte de la lectura del encabezamiento del artículo 150

6. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1970.

de la Constitución del cual hace parte del numeral 7º. sobre la estructura; en efecto allí se dispone que corresponde al Congreso de la República por medio de leyes cumplir las funciones enumeradas en el largo texto.

Pero además de darle nacimiento jurídico a los tipos de entes contemplados como parte de la estructura, se exige a la ley que señale sus objetivos y estructura orgánica, y que es ella la que los suprima o fusione. Por objetivos se ha de entender los fines que debe proponerse como agencia de la administración nacional, lo cual desemboca en el establecimiento de sus funciones generales. Por estructura orgánica ha de entenderse como está compuesto como órgano, esto es, las divisiones internas que ha de tener.

En este último punto surge una diferencia con la teoría de la organización de los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, pues mientras estos estatutos perseguían la uniformidad de la estructura interna de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, la Constitución de 1991 deja en manos de la ley hacerlo para cada uno de los entes, con lo cual puede dejarse de lado la existencia de una equivalen-cia de divisiones o nomenclatura interna. Esto significa que los compartimientos interiores de, por ejemplo, dos ministerios, pueden tener nombres y funciones distintas, contrario al criterio de uniformidad que guió la redacción de la reforma administrativa de 1968.

Puede afirmarse que esta reserva legislativa sobre la organización y funcionamiento es consecuencia del principio estampado en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución colombiana que dispone como competencia general que corresponde al Congreso por medio de ley: "expedir las leyes que regulen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos".

B. La intervención complementaria del presidente de la República

No obstante darle a la ley el establecimiento principal de la organización y el funcionamiento administrativos, la Constitución colombiana es consciente de darle al Presidente, que está a la cabeza de todo el aparato administrativo, poderes jurídicos importantes, colocados precisamente en el artículo 189 que se refiere a las funciones presidenciales.

La Constitución de 1991 buscó claridad en esta materia para evitar la frecuencia de leyes de facultades extraordinarias concedidas al gobierno, como ocurría con anterioridad a su expedición; esta es la razón por la cual la reforma administrativa de 1968 está contenida en decretos con fuerza de ley permanente.

Que se haya logrado o no dicha claridad es cuestión de un análisis de fondo que no puede hacerse en este momento. Por la tesis negativa estaría en primer término el artículo 120 de la ley 489 de 1998 que, como en el pasado, dio extensas facultades extraordinarias al ejecutivo. Por la tesis positiva podría alegarse que esas facultades ordinarias enumeradas en el artículo 189 de la Constitución y de las cuales pasa a hablarse son suficientes puesto que le permitieron al gobierno con posterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional[7] sostener el edificio administrativo en pie, pero este planteamiento debe estar precedido de un estudio de fondo del empleo de esas facultades ordinarias.

Dentro de las facultades del presidente de la República en este campo examinado aparecen las del numeral l5 del artículo 189 para "suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley". La idea inicial es que si la

7. Sentencia nº C-702/99, septiembre 20, en *Revista Foro Colombiano* nº 364, oct. 99.

ley debe crear los organismos administrativos, el gobierno pueda suprimirlos o fusionarlos; esto último ha sido propuesto por el Presidente Alvaro Uribe Vélez con respecto a los Ministerios de Justicia y Trabajo, que quedarían fusionados con los de Interior y Salud.

Pero el Presidente no puede hacer la supresión o la fusión por su propia iniciativa sin autorización de la ley, lo cual hace indispensable la expedición de un decreto de carácter reglamentario que la haga efectiva; de otro lado, como los eventos de supresión o fusión también están contemplados en el artículo 150. 7, se debe concluir que ellos están en manos de la ley de todos modos.

En el numeral 16 del artículo 189 se contempla una importante facultad presidencial para modificar la estructura de los entes componentes de la administración nacional, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. Esta concurrencia de facultades de la ley y del jefe del ejecutivo también evita el fenómeno el otorgamiento de las facultades extraordinarias, a que se apelaba con anterioridad a la Constitución de 1991. La forma como el gobierno debe atender esta tarea está regulada con detalle en el artículo 54 de la ley 489 de 1998.

Por último, en el numeral 17 del artículo 189 la Constitución incluye una facultad reorganizativa permanente que permite al gobierno trasladar el conocimiento de ciertos asuntos administrativos entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos. El criterio que emplea la Constitución es el de la *naturaleza de los negocios*, y este guía esa asignación competencial que permite poner bajo el conocimiento de un despacho de los mencionados lo que estaba en otro, dando prefe-rencia a la decisión presidencial sobre la que tuvo la ley al crear y fijar la competencia inicialmente.

C. La organización ministerial en Venezuela

En la idea de comparar la perspectiva constitucional de las dos naciones, encontramos en la Constitución de Venezuela de 1999 una disposición contraria a la colombiana en esta materia. Es el numeral 20 del artículo 236 que al tratar de las atribuciones del Presidente o Presidenta de la República los encarga de "Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica".

Esta es una función presidencial que debe ejercerse en Consejo de Ministros, pero que le otorga al Jefe del Estado un poder inmenso para disponer de todo el aparato administrativo, limitado por la ley orgánica del ramo. En síntesis: podría decirse que lo que es excepcional en la Constitución colombiana es normal en la Constitución venezolana, con el elemento común de la necesidad de la ley que en la segunda eventualidad debe restringirse a los principios y lineamientos. El cambio es notable en relación con la anterior Constitución de Venezuela de 196, como lo señala el profesor Brewer-Carías[8].

La facultad presidencial del artículo 236 citada ofrece similitud en su redacción con el artículo 206 de la Constitución colombiana que confía a la ley la determinación del número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos, el cual puede decirse que le sigue en importancia al artículo 150.7 sobre la estructura de la administración nacional.

8. BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, p. 83.

D. Algunos otros mecanismos constitucionales

Los mecanismos mencionados ya de la Constitución colombiana nos permitirían explicar la teoría de la organización y el funcionamiento de la administración pública; a los ya expuestos habría que añadir la noción de gobierno que integran el presidente de la República y los ministros (artículo 115), en sentido general y en sentido específico, la delegación de funciones presidenciales a los ministros y otros funcionarios (artículo 211), y la participación de los particulares en las funciones administrativas, contempladas en los artículos 123 y 210 del texto constitucional.

Todo ello amplía la teoría de las bases constitucionales del derecho administrativo, nombre que a veces se utiliza para enfatizar la estrecha relación entre las dos disciplinas, o hace indispensable agrandar las referencias a la primera disciplina al entrar al estudio de la segunda, haciéndolas inseparables, como se suele plantear en manuales y tratados.

III. LOS PRINCIPOS DE LA LEY 489 DE 1998

Descritos los principios constitucionales que le sirven de fundamento a la teoría de la organización y funcionamiento de la administración pública en Colombia, e ilustrados por las referencias que se han hecho al derecho español y a la Constitución venezolana de 1999 en aspectos puntuales, debe este trabajo consagrarse al examen de la teoría de la organización administrativa contenida en la ley 489 de 1998.

El análisis que debe emprenderse no podrá entrar en todos los aspectos de esta ley, ni en sus detalles, sino restringirse a aquellos asuntos generales que más tienen que ver con la manera como está organizado y funciona el aparato administrativo colombiano.

La comprensión general de la ley estará precedida de una introducción y una explicación que da cuenta de las razones de su expedición y alcances.

Para la parte final y en tema separado, para insistir en los enfoques comparatistas, se dará una visión del derecho español, tal como estuvo anunciado al presentar la problemática abordada.

1. Introducción relativa a la reforma administrativa de 1968

Puede decirse que el esquema teórico de organización y funcionamiento de la administración nacional en Colombia se realizó en la conocida como "reforma administrativa de 1968", que comprende normas de fuerza legal (principalmente los decretos-leyes 1050 y 3130 de aquel año), que se expidieron en forma paralela a las disposiciones que modificaron la Constitución colombiana y que pueden mirarse en una perspectiva de conjunto[9].

Bajo el esquema teórico de los dos estatutos citados se reorganizaron los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos, de manera que hacia adelante quedaron diferenciados los dos campos: digamos el de la teoría general administrativa y el de la reestructuración de los despachos oficiales en concreto.

9 . VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo,* Capítulo IV, 3ª Edición, Temis, Bogotá 1972.

O sea que se continuaron modificando los ministerios y demás organismos principales pero sin alterar en mayor grado la teoría general estipulada en los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, ni siquiera a partir de los cambios introducidos por la nueva Constitución de 1991[10].

No obstante, la preparación y puesta en vigencia de la ley 489 de 29 de diciembre de 1998 han sido presentadas, en síntesis, como repuesta necesaria a los cambios de la Constitución de 1991, al fenómeno de la globalización y de la modernización del Estado, como se plantea en un estudio introductorio de la ley[11].

De todos modos, dos conclusiones pueden adoptarse en este momento: la reforma administrativa de 1968 con la teoría administrativa que ella incorporó duró vigente 30 años; en segundo lugar, la ley 489 de 1998 es fruto de la impulsión de las administraciones de César Gaviria, Ernesto Samper Pizano y Andrés Pastrana Arango.

Las diferencias que esa ley y sus desarrollos ofrezcan con respecto a la reforma administrativa de 1968 es asunto que no va a acometerse en este trabajo académico.

Por tanto, pasan a examinarse los principales rasgos teóricos que se advierten en la ley mencionada, a partir de la cual debe iniciarse hoy el estudio sobre la organización y funcionamiento de la administración nacional en Colombia.

2. Los principales rasgos teóricos de la ley 489 de 1998

La ley es ambiciosa y comprende diversas materias que se van a describir acá.

A. Funciones según el título de la ley

Según el título de la ley, ella comprende, principalmente, normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las facultades de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política; éstas son facultades presidenciales ya mencionadas para suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos de conformidad con la ley.

La manera como el Presidente cumpla esta tarea que completa la estructura administrativa nacional es desarrollada a espacio por los artículos 51 y siguientes de la ley 489 de 1998; con posterioridad a la ley y particularmente después de que la sentencia c-702 de 1999 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 120 de la ley que otorgaba facultades extraordinarias amplias al gobierno para la reorganización, ganó en importancia práctica tal facultad, para apuntalar el edificio golpeado ; al quedar privado de esos poderes jurídicos excepcionales de reorganización, adquirieron mayor valor, para la realidad actual, los decretos ordinarios emanados de esas facultades.

Sólo una investigación de profundidad puede dar cuenta más tarde de los resultados en el terreno práctico y del derecho positivo que se han enunciado.

---

10. GONZÁLEZ SALAS, Edgar, *El laberinto institucional colombiano, 1974-1991*, Un. Nal. de Colombia, Esap, Fescol, Bogotá 1997.
11. ZULUAGA RUIZ, Mauricio, *La ley 489 de 1998*, Diké, Bogotá 1999.

B. El alcance de la ley según los artículos 1º y 2º

No existe coincidencia en el título de la ley que se acaba de mencionar y los alcances de su normatividad que se describe en sus dos primeras disposiciones. En efecto: estos últimos son mayores en cuanto que deben cubrir el ejercicio de la función administrativa y los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública; teniendo en cuenta estos objetivos finales puede hablarse de una teoría general plasmada en la ley. Sin embargo, el texto de la segunda disposición restringe la proyección de la ley en cuanto la circunscribe a los organismos y entidades de la *rama ejecutiva del poder público*, o sea en torno del concepto que presenta el Título VII de la Constitución, a partir del artículo 189, que se denomina *de la rama ejecutiva*, o sea la parte del aparato administrativo del Estado que actúa bajo la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República.

De este modo estarían excluidas las tareas administra-tivas que se cumplen en las ramas legislativa y judicial del Estado, que según se predica por la generalidad de la doctrina jurídica de tiempo atrás, significan función admi-nistrativa del Estado aunque sea a través de órganos que no dependen de la autoridad del Presidente de la República.

Hacia esa hipótesis se dirige la segunda disposición de la ley que recuerda el propósito de la ley de regular íntegramente la función administrativa, inclusive cuando los particulares cumplen tareas de esa índole.

C. Visión de los principales aspectos de la ley

Con estas observaciones que van despejando el terreno dentro del cual se mueve la ley 489 de 1998 y que deben profundizarse en los cursos universitarios y en los análisis investigativos, podemos afirmar que la ley es ambiciosa en sus finalidades pero que no alcanza a cubrir todos sus propósitos de una teoría de la función administrativa en Colombia (existen capítulos que evidentemente están por fuera en el llamado Código Contencioso Administrativo, decreto-ley 01 de 1984 y sus numerosas modificaciones), y que más bien se queda en la descripción de lo orgánico y la manera como funciona esa parte del aparato administrativo, en buen porcentaje trasvasando a un cuadro normativo nuevo lo que se había dispuesto en los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, que se pueden así derogar por medio del artículo final (121) de la ley.

D. La descripción general del contenido de la ley

Se inicia con el comentario de que si bien la ley se centra en lo nacional, es decir, lo que cubre todo el territorio nacional, algunas de sus disposiciones se aplican a Departamentos y Municipios, que son las entidades territoriales en que se divide el país (artículo 286 de la Constitución Política), dentro de la teoría de la centralización política y la descentralización administrativa de que da cuenta el estudio del derecho administrativo, conforme al modelo de organización territorial que ha tenido Colombia desde que hizo el tránsito de la Federación al sistema unitario con la Constitución de 1886.

La ley es cuidadosa al recordar (parágrafo del artículo segundo) el principio de la autonomía administrativa que emana de este tipo de organización territorial, pero es clara en entender que los conceptos de administración pública y de función administrativa, por provenir de la Constitución y de la ley, están por encima de los límites territoriales de la descentralización.

Correspondientes a esas finalidades de teoría jurídica y administrativa, el capítulo segundo de la ley formula declaraciones sobre principios de *buena administración* derivados de la Constitución (buena fe, igualdad, moralidad, imparcialidad, etc.).

También se encuentran en el articulado de la ley capítulos más dedicados a esa teoría de la buena administración, sin perjuicio de que dentro de ellos aparezcan disposiciones de esencia jurídica.

De aquella índole se pueden leer normas de pautas más de ciencia de la administración que de mandato jurídico en el capítulo tercero sobre *modalidades de la acción administrativa*, aunque allí se coloquen talvez impropiamente definiciones jurídicas sobre descentralización y desconcentración administrativa, delegación y régimen jurídico; en el capítulo cuarto sobre *sistema del desarrollo administrativo*; en el capítulo quinto sobre *incentivos a la gestión pública*; en el capítulo sexto sobre *sistema nacional de control interno*; en el capítulo séptimo sobre *escuela de alto gobierno*; en el capítulo octavo sobre *democratización y control social de la administración pública* en e capítulo noveno sobre *sistema general de información administrativa del sector público*, y en el capítulo décimo quinto sobre "*control administrativo*.

Ya a la altura del capítulo décimo se entra en el campo más jurídico de la *estructura de la administración pública* (nacional), de la creación, fusión, supresión y reestructuración de organismos y entidades del capítulo undécimo, para que en el capítulo duodécimo siguiente se haga la teoría jurídico-administrativa de los principales organismos (presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos y superintendencias), para poder reemplazar lo estatuido en 1968 según se advirtió, y se pueda pasar en el capítulo décimo tercero a las denominada *entidades descentralizadas* por servicios, las *sociedades de economía mixta* del capítulo décimo cuarto. La ley, al tratar el tema *del control administrativo*, desciende de nuevo a conceptos más de ciencia de la administración pública que a la normatividad jurídica obligatoria, como ya se observó.

El dispositivo de la ley finaliza con el *ejercicio de funciones administrativas por particulares* del capítulo décimo sexto, y *las disposiciones finales* del capítulo último (décimo séptimo), dentro del cual se localizan preceptos jurídicos sobre actos que deben publicarse en el Diario Oficial, así como el texto sobre facultades extraordinarias concedidas al gobierno para completar en la administración *modular* -o sea la que está en pie-, la aplicación de los principios expuestos.

IV. ALGUNAS REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CONCLUSIONES

Para terminar este trabajo parece indispensable hacer algunas referencias a la legislación española reciente e ir sacando algunas conclusiones sobre la ley 489 de 1998.

1. La legislación española de los últimos tiempos

El interés adicional que puede tener el análisis emprendido es el de comenzar a relacionar los propósitos y contenido de la ley mencionada con otros estatutos, para valorar sus aportes en función de un estado más amplio del tema, como cuando se habla del *derecho de organización*[12]

Dada la importancia que hoy tiene el conocimiento del derecho administrativo español, queremos agregar unas notas dentro de esa perspectiva.

Un primer aspecto es el de la renovación de la legislación en España, esto es, que se trata de estatutos recientes que aparecen dentro de esta etapa de florecimiento político y jurídico peninsular.

En segundo término, está la variedad de esos estatutos, dentro de los cuales cabe destacar:

La ley 6/1997, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, llamada Lofage, que contiene dentro de una mayor amplitud, aspectos similares a los regulados por la ley colombiana.

La ley 50 de 1997 sobre el Gobierno, donde se consagran principios propios del régimen parlamentario en el terreno administrativo que sería útil comparar más adelante con los que resultan de la inspiración presidencialista de un sistema, aspecto que se suele quedar en el campo del derecho constitucional.

La ley 30 de 1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, que contempla temas de teoría jurídica sobre funcionamiento principalmente (por ejemplo de órganos colegiados, sobre lo cual poco o nada tenemos en Colombia), y luego materias semejantes a la de nuestro Código Contencioso Administrativo (decreto-ley 01 de 1984). Esta ley fue modificada por la de 1999.

La ley 29 de 1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo examen comparatista también puede resultar muy fructuoso.

2. Ciertas conclusiones

El centro de gravedad de este estudio es mostrar el esquema de la organización y el funcionamiento principales de la administración nacional colombiana. No se extiende a las administraciones departamentales y municipales, salvo en algunos aspectos como se indicó, pues ellas están cobijadas por normas legales de 1986.

Los aportes que la ley haya podido hacer a la teoría del derecho administrativo colombiano quedan para el estudio interno detallado de los juristas colombianos, pero algún perfil puede ir resultando de comenzar a colocar la ley dentro de un contexto de derecho comparado.

Además de la legislación española cuya sola cita invita a pensar en el enorme esfuerzo legislativo en temas cruciales del derecho administrativo, también se conocen otros valiosos trabajos, como el que ha cristalizado en el Perú con la expedición de la nueva ley número 27444 de 2001 sobre *procedimiento administrativo genera*"[13].

---

12. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid 2000.

13. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y otros, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley nº 27444*, Ara Editores, Lima 2001.

Al comentar la ley colombiana número 489 de 1998 hemos querido abrirnos a la posible relación de dicha estatuto con otros de naciones hermanas dentro de la imprescindible necesidad de hoy de que los países y sus derechos se conozcan por encima de las fronteras.

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Alfonso Pérez Moreno
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla, España

(Con esta Ponencia de Apertura del Congreso de Archiveros celebrado en Córdoba (Andalucía, España) me uno al Homenaje del Profesor Allan R. Brewer-Carías, gran comunicador del Derecho Administrativo en el mundo latinoamericano)

I. INTRODUCCIÓN

El núcleo del tema de esta ponencia está surcado por dos encrucijadas: la del Sistema Español de archivos y la del Sistema de Administraciones Públicas. En ambos sistemas se han producido importantes transformaciones que, a su vez, han incrementado las dudas e incertidumbres sobre conceptos, términos y principios orientadores de la ordenación de la importante materia del patrimonio documental. No es una desmesura que para abordar en concreto el campo de la ponencia tengamos que profundizar en las cuestiones nucleares. Cabalmente la disfunciones y anomalías en el plano organizativo encuentran su génesis y motivación en aquellas transformaciones.

La extensión de la materia, que cuenta con una bibliografía cada día más copiosa y profunda, nos obliga a utilizar una síntesis instrumental cuidando en todo caso de no invadir los aspectos del tema que están atribuidas a otras ponencias, especialmente a la tercera, sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a los registros y archivos. Para satisfacer a quienes deseen una mayor información podemos destacar dos obras, cada una referida a cada encrucijada: "El derecho de acceso a los documentos administrativos", de Severiano Fernández Ramos (Marcial Pons, Madrid, 1997), y "El Sistema Español de Archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad en el 20º aniversario de la Constitución", de Luis Martínez García, en Actas del VIII Congreso Nacional de ANABAD, Toledo 22 a 24 de Abril de 1999, Boletín de la Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas.

II. CUESTIONES PREVIAS

El razonamiento sobre el estado de evolución de los dos sistemas -que conjuntamente apuntan al objeto de las competencias y a los titulares de las mismas- requiere unas aclaraciones preliminares tanto en el campo de la archivística, como en el de la legislación general y sectorial y en el de la sociología administrativa.

A. Hay que recordar que el sistema de archivos viene a contribuir a dar fijeza y certidumbre, y con ello seguridad jurídica, a la vida social en todas sus dimensiones. La fragilidad de la memoria colectiva ha obligado a la creación de unos instrumentos de historificación al servicio de las relaciones sociales. Alguno de ellos es puramente subjetivo-: la intervención de un fedatario, sea funcionario común (Secretario municipal), o cualificado (Notario), -y otros son objetivos: los Registros con todas sus modalidades y efectos-. Los archivos son instrumentos objetivos pero tradicionalmente no han tenido atribuidos otros efectos que el valor probatorio dimanante de la *auctoritas* de la autenticidad documental y las presunciones de exactitud y veracidad. Esta dimensión operativa asoció el archivo a la idea de datos del pasado. En los desarrollos contemporáneos se ha superado esta visión historicista del archivo porque la complejidad de la vida de las Administraciones Públicas y otros Entes del Sector Público lo ha realzado como instrumento necesario de la gestión administrativa. La contraposición entre archivos históricos y archivos administrativos carece cada vez más de valor jurídico y puede considerarse superada. Dos innovaciones legislativas han venido a producir la transformación en la consideración de los archivos: una fue la incorporación de todos los documentos cualquiera que sea su fecha en el concepto de Patrimonio Documental; aún los documentos que se producen en la gestión corriente y cotidiana de las Administraciones Públicas forman parte de ese patrimonio. La función archivística se convierte así en la base de existencia y de seguridad de las funciones públicas, e incluso puede calificarse como la garantía de la validez de los actos jurídicos públicos, toda vez que las actuaciones procedimentales son indispensables para la validez de dichos actos de tal manera que su carencia puede determinar la nulidad (Art. 62.1.d de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común). Además, el Art. 54 de la misma Ley ordena la motivación de los actos que normalmente vendrá contenida en los informes y antecedentes insertos en el expediente. La gestión administrativa sería imposible sin una correcta ordenación de los archivos, con custodia de los documentos, pero también con una eliminación controlada de los mismos y una respuesta cierta al reto de las nuevas tecnologías (soporte electrónico, bases de datos).

B. La legislación posterior a la Constitución de 1978 ha incidido intensamente en las bases de los sistemas de archivos y de Administraciones Públicas. La primera innovación la aportó la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español al incluir en el patrimonio Documental a todos los documentos de cualquier fecha producidos por organismos públicos e incluso concesionarios y gestores de servicios públicos. Esta circunstancia ha servido de estímulo para la lucha por las competencias entre el Estado (Ministerio de Cultura) y las Comunidades Autónomas (Consejerías de Cultura). Ambas Administraciones han intentado controlar la coordinación del sistema de archivos y el funcionamiento técnico del sistema. Además esta ley del Patrimonio Histórico Español diseñó una red normativa de protección del Patrimonio documental y unos principios técnicos de la archivística, estableciendo en sus Art. 49 y siguientes una especie de código sustantivo de una parte referido a los documentos mismos (deberes de conservación, de no retención, de protección frente a la eliminación indiscriminada y frente al expolio, de limitaciones a la consulta) y de otra, relativa al sistema y funcionamiento de archivos (art. 59 a 66).

Especial consideración merece la función de los archivos en relación con la garantía de los derechos fundamentales a la intimidad, a la información y al acceso a los documentos. El Art. 57 de la ley del Patrimonio Histórico Español avanzó una regulación suficiente que tan sólo debería de haber sido complementada por la Ley 30/92 de

Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo común en cuanto al derecho a la información durante la tramitación de los expedientes administrativos antes de finalizar el procedimiento. Desafortunadamente el Art. 37 de esta Ley 30/92 -uno de los que más atención doctrinal han merecido- optó por regular globalmente la materia incluyendo los casos de prohibiciones y los de restricciones al derecho a la consulta.

C. Finalmente, como cuestión previa hay que considerar las aclaraciones sobre el objeto mismo de las competencias en este sector de los archivos. En unos casos se refieren a archivo, en otros, a registro, y, en general, a documento. El término archivo se utiliza en dos acepciones:

a) Como "conjunto orgánico de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa" (Art. 59.1 de la Ley Patrimonio Histórico Español).

b) Como edificio sede de una institución cultural que acoge los documentos.

En la perspectiva del derecho a la información y al acceso, la mayoría de la doctrina considera que el concepto nuclear sustantivo es el de documento verdadero objeto de aquellos derechos. De aquí derivan los conflictos de competencias que pueden suscitarse entre las Administraciones cuando alguna invoca la titularidad dominical o física y otra se basa en el interés como centro de su competencia. Los fenómenos de invasiones y conflictos de competencias se producen bajo la confrontación de esos criterios.

III. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

La tan comentada imperfección del Título VIII de la Constitución Española vigente se manifiesta en los términos competenciales en el tramo Estado-Comunidades Autónomas. Las Corporaciones Locales quedaron reconocidas pero desplazadas del centro de gravedad de la distribución de competencias. Por esta razón las nuevas Entidades emergentes, las Comunidades Autónomas, han venido afirmando sus competencias frente al Estado pero sin atender debidamente a las Administraciones locales. Los conflictos constitucionales se han producido tanto en el plano general de las competencia sobre cultura, como en los temas concretos del Patrimonio Histórico y de los Archivos.

La conclusión que deriva del conjunto normativo es que existe una concurrencia de competencias administrativas y que no pueden considerarse legítimos los intentos de las Entidades concurrentes de convertir sus competencias -o el tramo o fragmento de sus competencias- en exclusivas y excluyentes. El recuerdo de los textos legales permite intuir los puntos de posibles conflictos sobre los que ya se ha pronunciado varias veces el Tribunal Constitucional.

El Art. 59.1.28 de la Constitución Española atribuye al Estado competencia exclusiva sobre "Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas". Y el Art. 149.2 contiene la regla difusa de atención a la comunicación cultural: "…el Estado considerará el servicio a la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas".

El Estatuto de Andalucía delimita las competencias de la Comunidad en estos preceptos:

> Los Art. 13, 26, 27 y 28 atribuyen como exclusivas las competencias sobre "promoción y fomento de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones, sin perjuicio del artículo 149.2", "patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio del Art. 149.1.28" y "archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones análogas que no sean de titularidad estatal, Conservatorios y Centros de Bellas Artes de interés para la Comunidad Autónoma".

También hay que recordar que corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en materia de museos, archivos y bibliotecas y otras colecciones análogas de titularidad estatal.

En la Administración Local, el Art. 137 de la Constitución les atribuye autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Aunque el sistema de concreción de esos respectivos intereses locales sea tan deficitario para sus competencias como el trazado en el Art. 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril sobre las bases de Régimen Local, hay que subrayar que en el Art. 4.1.a) reconoció a los Municipios, Provincias e Islas "las potestades reglamentarias y de autoorganización", y en el Art. 25.2, competencias sobre Patrimonio histórico-artístico. La Ley andaluza 11/1987, de 26 de diciembre regula las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las Diputaciones, y dedica dos artículos importantes para nuestro tema:

> *Artículo 3*: Las Diputaciones Provinciales andaluzas gozan de autonomía plena para la gestión de sus intereses y administración de sus recursos y *Artículo 20*: En materia de cultura son competencias de las diputaciones Provinciales las siguientes:
>
> a) La gestión de los archivos de titularidad provincial.
>
> b) La animación y promoción.
>
> Se atribuye a las Diputaciones Provinciales la prestación subsidiaria de la municipal en materia de animación y promoción cultural en los municipios menores de 20.000 habitantes.

IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ARCHIVOS LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ANDALUZA

Sobre el cañamazo de este conjunto de preceptos el Tribunal Constitucional ha ido bordando las imágenes más clarificadora para conseguir un conjunto normativo armónico. Hay que añadir a aquel conjunto las Leyes autonómicas de carácter sectorial, y concretamente la Ley andaluza de Archivos 3/1984, de 9 de enero, contra la que el Gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad número 255/84, resuelto por la Sentencia número 103/88, de 3 de abril.

En cuanto a la cultura en general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado "la existencia de una competencia concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas", y la reconoce también al Estado "en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias" (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 enero, que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1984).

Asimismo, el Art. 149.2 de la Constitución Española, en la misma Sentencia de 1991, se interpreta en el sentido de evitar que se aplique el concepto cultura en sentido amplio que atribuya al Estado ámbitos que no ha querido asignarle el constituyente. También debe servir de freno a los intentos autonómicos de resistir la función de comunicación general del Estado.

En materia de archivos, la Sentencia del Tribunal constitucional número 103/1988, de 24 de mayo, resolvió el recurso interpuesto por el Gobierno contra la ley andaluza 3/84, desestimándolo en el contexto de una interpretación pro Constitución de los preceptos impugnados. La Ley distingue entre documentos y archivos. Entiende el Tribunal que las definiciones y mandatos que contienen rebasarían los límites constitucionales si no se consideran tan sólo referidos a los archivos de competencia de la Comunidad Autónoma. En cuanto al motivo de impugnación de considerar vulnerado el principio de territorialidad si la competencia andaluza se extiende a todos los archivos de su territorio aunque no sean de interés de la Comunidad Autónoma, la Sentencia argumenta que "el ámbito de la competencia sobre esta materia no viene definido por el criterio del interés sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad".

Entre uno y otro argumento pudieran existir algunas contradicciones porque si sólo es constitucional la Ley si se interpretan sus preceptos como referidos a los documentos y archivos de la Comunidad Autónoma, ¿qué solución cabe aplicar a los de las Administraciones Locales cuya titularidad, ordenación y gestión está habilitada incluso en las normas de Régimen Local según hemos ya recordado?

V. CONTRADICCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En ejercicio de su potestad reglamentaria la Comunidad Autónoma publicó el Reglamento de organización del Sistema Andaluz de Archivos y desarrollo de la ley 3/84, por Decreto número 73/1994, de 29 de marzo. Por entender que esta norma no se ajustaba a la Ley ni al conjunto del ordenamiento jurídico aplicable a la materia, la Asociación de Archiveros de Andalucía interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla. Uno de los motivos procedimentales del recurso fue la falta del dictamen previo del Consejo de Estado. En 1993 se creó por Ley el Consejo Consultivo de Andalucía que entró en funcionamiento ya avanzado el año 1994. La falta de dictamen preceptivo del órgano consultivo fue determinante para que la Sentencia de dicha Sala de 25 de noviembre de 1996 declarara la nulidad del Reglamento, sin entrar en el fondo del asunto.

En su valor de colaboración la Asociación citada presentó una propuesta de reglamento, y se suscitó una reacción interesante de la Consejería de Cultura que culminó en un nuevo borrador de Reglamento mucho más ajustado a los criterios objetivos, pero, tras algunas puntualizaciones cesó la elaboración de esa norma. Hasta 1998 no se elaboró otro texto, pues un trabajo intermedio no se ajustaba a la nueva estructura orgánica de la Consejería. En una primera etapa la Asociación participó en las reuniones de trabajo hasta que se retiró de las mismas por estar en desacuerdo con el contenido de la norma en puntos referentes a regulación de las competencias y crea-

ción de órganos nuevos, desvirtuación del sistema de archivos al polarizar la materia a través del Archivo general, vaciamiento de las competencias de la Administración Local, limitación de las materias de necesaria reglamentación, limitación de los derechos constitucionales sobre información y acceso, incorporación de normativa técnica propia de la *regula artis* e improcedente en un reglamento ejecutivo general, etc.

Finalmente por Decreto 97/2000, de 6 de marzo (publicado en el BOJA número 43, de 11 de Abril siguiente), se aprobó el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivos y desarrollo de la Ley 3/1984, de 9 de enero, integrado por 130 artículos y que entró en vigor el día 12 de abril de 2000. Actualmente la Asociación tiene interpuesto recurso contencioso-administrativo.

Es ciertamente difícil garantizar el acierto en la regulación de un sistema de archivos, con el debido respeto y equilibrio a los subsistemas correspondientes, cuando se trata de un Estado compuesto. En el ya destacado trabajo de Martínez García se encuentran las peores taras de nuestro sistema en la falta de coordinación y cooperación. Quizás interese para cerrar estas reflexiones detenernos en una consideración global del juego de esos principios en el nuevo Sistema de Administraciones Públicas.

VI. LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LAS RELACIONES COMPETENCIALES

1. Un cambio de perspectiva: el ciudadano común como criterio predominante en la ordenación de la cooperación entre los entes públicos. El sistema de administraciones públicas

Buscando el fundamento último de todas las razones que explican y justifican la cooperación entre los Entes públicos se descubre que el cimiento es el hombre mismo, el ciudadano que legitima todas las atribuciones de poderes y competencias y que ha de recibir las prestaciones en que se manifiestan.

A todos los niveles constituyentes o delimitadores de la teleología o de la macrofinalidad de cada uno de esos niveles de asignación de competencias, encontramos preceptos esenciales que se inspiran en aquel cimiento. La unidad de la nación, el pueblo español como fuente de todos los poderes, en el que reside la soberanía nacional (Art. 2 C.E.), la atribución a los poderes públicos de la promoción de "las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas" (Art. 9 C.E.), el obligado servicio con objetividad y eficacia a los intereses generales impuesto a la Administración Pública (Art. 103 C.E.), etc.; son ya esenciales en el nivel de la Constitución Estatal.

También resalta en el Tratado de la Unión Europea el protagonismo del ciudadano: el Art. A ya califica la nueva etapa de proceso creador de la Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, "en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos". Unión que "tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos" (Art. A). *La Unión respetará los derechos fundamentales* (Art. F del T.U.E.).

En los niveles normativos de consagración de los derechos fundamentales hay que considerar incrustado el derecho del ciudadano a una buena Administración. El ciudadano tiene derecho a no soportar más *carga de Administración* que la que sea proporcionalmente adecuada para el correcto ejercicio de las competencias necesarias o más convenientes en cada nivel (subsidiariedad). El ciudadano debe tener derecho a la máxima productividad mediante la concurrencia armónica de las distintas instancias administrativas.

Sobre este cimiento se asienta el principio de unidad y continuidad de la Organización administrativa pública (Parejo Alfonso, Muñoz Machado, Fanlo Loras). Principio en el que converge el Sistema de Administraciones Públicas. No se trata ya de una concurrencia de Administraciones, sino de un Sistema de Administraciones.

Cuando el Art. 103 C.E. menciona a *la Administración Pública* está refiriéndose realmente al *Sistema de Administraciones Públicas* que actúan bajo la rectoría del principio de unidad y continuidad de la organización administrativa pública. Conectados con este principio están todos los principios organizativos, y, ante todo, como un principio que actúa su inmediata articulación, el principio de cooperación.

2. La significación del principio de cooperación y su articulación técnica

En el conjunto de los principios de la organización administrativa el de cooperación es un principio dinámico o funcional, rector de las relaciones competenciales administrativas, y trasunto del principio de lealtad exigible en todos los supuestos de integración de instancias de poder a todas las Entidades que concurren en la unidad aglutinante (sea cualquier modalidad de Federación o de Estado compuesto -federalismo cooperativo-, sea institución supranacional). Bien entendido que la lealtad a la unión es una exigencia tanto para los entes miembros como para la entidad integradora (R. Smend, *lealtad o fidelidad a la federación*, criterio tan hábilmente utilizado por el Tribunal federal alemán).

La articulación técnico-jurídica de la cooperación se produce en tres aspectos: a) su consagración como derecho-deber (función); b) su supraordenación a otros principios; y c) su estructuración por métodos diversos.

a) La consagración expresa del derecho-deber (función) de cooperación se ha positivizado en los últimos tiempos en documentos y en textos legales sobre autonomía local y sobre las relaciones entre Administraciones Públicas.

La Carta Europea de Autonomía Local (Estrasburgo, 15 de octubre de 1985, ratificada por España) establece el derecho de las Entidades locales de cooperar, asociarse con otras, e incluso *de cooperar con las Entidades de otros Estados* (Art. 10).

Asimismo aplica el principio de subsidiariedad -puede entenderse como un inmediato antecedente del Tratado de la Unión Europea, T.U.E., Art. 3B-, en su Art. 4.3:

> 3. El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a una autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

En nuestra Ley Básica de Régimen Local (1985) se realza para atribuir las competencias locales el criterio "de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos" (Art. 2.1). En cuanto a las relaciones con las demás Administraciones

Públicas, el Art. 10 establece los "deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos". Los Arts. 57 y 58 regulan modalidades técnicas de cooperación, que luego consideraremos. Y los Arts. 7.2, 10.2 y 59 se ocupan de la coordinación.

Esta regulación local ha sido ampliada en la nueva Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, especialmente en los Arts. 3 y 4:

> Art. 3.2:
>
> Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.
>
> El Art. 4 consagra el respeto al ejercicio de las competencias propias ponderando la totalidad de los intereses públicos implicados, facilitando a las otras Administraciones la información que precisen y prestando "en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

b) Así positivizado el principio de cooperación aparece supraordenado a los principios de competencia, de coordinación, de jerarquía y de subsidiariedad. Es también distinto de la idea de colaboración. Mientras que la cooperación es una función derivada de la integración en el Ente complejo o en el Sistema de Entidades públicas con competencias atribuidas, de tal manera que actúa como la inmediata tecnificación del principio de unidad y continuidad de la organización administrativa pública; el principio de coordinación es consecuencia de una ordenación jurídica concreta, una especie de cooperación obligada o exigida, sometida a cautelas y controles en evitación de la desnaturalización de la posición de los Entes coordinados. En los términos de los citados Arts. 7.2, 10.2 y 59 de la Ley Básica de Régimen Local puede comprobarse el establecimiento de una ordenación imperativa de la coordinación, que ofrece importantes problemas interpretativos.

La idea de colaboración, en cambio, hace referencia a la dimensión de la voluntariedad. Por ello, cuando no es posible la colaboración (mediante convenio de colaboración, Art. 57, o mediante órganos de colaboración, Art. 58) se da paso a la imposición de la coordinación por la técnica de los planes sectoriales (Art. 59).

c) La estructuración de la cooperación puede revestir formas comunes -mediante los mismos órganos y reglas de las competencias a desarrollar-, o fórmulas específicas, bien mediante las técnicas de entificación, con utilización de la personalidad instrumental, o bien mediante técnicas de teoría de la organización. En el actual momento de desarrollo de las relaciones interadministrativas en un sistema de entes autónomos, es más eficaz utilizar fórmulas organizativas matizadas y adecuadas, que actuar mediante la entificación (puede recordarse el caso de las Areas Metropolitanas, que están en crisis).

Esas fórmulas organizativas pueden ser participativas, de delegación, de suplencia, encomienda de gestión, etc.; podría ser interesante elaborar una teoría de la representación o apoderamiento en el Derecho público.

Nótese que la cooperación será desigual entre las distintas partes de un todo, cuando exista diversidad de intensidad y de extensión en las competencias distribuidas entre aquéllas. Sobre todo, en el marco de la Unión Europea esas desigualdades las engendrará la aplicación del principio de subsidiariedad.

3. El principio de subsidiariedad como expresión de la cooperación

Ya hemos citado el Art. 4.3 de la Carta Europea de Autonomía local como antecedente próximo de la formulación del principio de subsidiariedad en el Art. 3B del T.U.E. En aquél su enunciado es aún más puro, pues se le contempla no desde la perspectiva de insuficiencia del ente-parte o de más eficacia de la gestión por la Comunidad, sino como regla general de preferencia de las autoridades más cercanas a los ciudadanos en el ejercicio de las competencias. De esta manera es una positivación de un principio general organizativo.

Sin embargo, consideramos que el principio de subsidiariedad no sólo debe operar en una relación intersubjetiva de preferencia en la asignación de las competencias, sino también en una vertiente participativa, en la cual, aunque no se produzca un desplazamiento de la titularidad de la competencia, sí puede reconocerse una participación a otro Ente miembro. Esta dimensión hace operativa la subsidiariedad en fase anterior a la distribución de competencias, mediante una intensificación de la cooperación. Queda así vinculado este principio con el de subsidiariedad antes, durante y después de la aplicación del segundo. Antes, como intensificación de técnicas de cooperación; durante la redistribución de competencias impuestas por la subsidiariedad, y después de sustituida la distribución, si cambiaran las circunstancias, por la incidencia general de la cooperación.

Por consiguiente, la cooperación puede ser entendida como principio de actuación concurrente de la Entidad más cualificada para asegurar la mayor eficacia de la gestión de la competencia. Así, por ejemplo, el Comité de las Regiones con funciones consultivas en la Unión Europea podría llegar a ser llamado por vía de cooperación a otras participaciones. En nuestro orden interno hay que recordar la Conferencia Sectorial para asuntos relacionados con la C.E., como fórmula participativa de las Comunidades Autónomas.

El principio de subsidiariedad vuelve por esta vía técnica de un mecanismo redistributivo de competencias en el Art. 3B del T.U.E., a revitalizar sus hondas raíces de gran palanca defensora y reivindicativa de libertades, principalmente con el propósito de potenciar al hombre como persona y como ciudadano. Doctrina constante en la concepción cristiana del poder temporal (Encíclicas, Giménez Fernández, Concilio Vaticano II), su invocación táctica en esta inicial etapa del impulso al proceso de la Unión Europea ha tenido un eco más poderoso aún, quizás por la proximidad de los acontecimientos del hundimiento de los sistemas del Este europeo, y por el ímpetu coyuntural de la privatización.

4. El sistema de autonomías integradas, factor determinante de la cooperación

Concebido el Estado compuesto español como sistema de autonomías integradas (Royo Villanova, Pérez Moreno), la cooperación de las Entidades con autonomía garantizada es una consecuencia natural del modelo de Estado. El Estado unitario compuesto acentúa la fuerza centrípeta de su soberanía única; pero también tiene que acentuar la perspectiva centrífuga que exige la convergencia de las Entidades autónomas integradas para obtener, con la complitud de todos los impulsos (*cooperación y asistencia activas*), una buena administración.

En este sentido también la cooperación debe implicar el deber de actuación de la Entidad más próxima, sobre todo en casos de urgencia o de *fumus utiliter gestio*. Proximidad que hay que entender como física o como cualitativa, por razón de conocimiento, posesión de datos o elementos objetivos, o de bienes más afectados; e, incluso, la proximidad a los ciudadanos en el sentido también de conocimiento de las cuestiones que les afecta, o de mejor accesibilidad participativa de ellos en la toma de decisiones.

La emergencia histórica de nuevas estructuras superiores de organización del poder ha podido producir el efecto de marginar a las Entidades miembros.

La distribución de las competencias entre los Entes públicos sólo puede equilibrarse si se restablece el criterio sustantivo de poner todo el Sistema de Entidades públicas al servicio del ciudadano, y para ello es imprescindible un desarrollo activo de la cooperación entre esas Entidades.

Hay que recordar también que en la última versión de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo común, se han enriquecido los principios rectores de las relaciones interadministrativas y con los ciudadanos incorporando las de buena fe, lealtad institucional, transparencia, participación, eficiencia y servicio a los ciudadanos.

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Hildegard Rondón De Sansó
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA

El Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública fue publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria Nº 5557 del 13 de noviembre de 2001, esto es, en la misma fecha de su elaboración. Precedido de una exposición de motivos, contiene 161 artículos, 6 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales. La entrada en vigencia de la nueva normativa fue fijada para que tuviese lugar, en el cuarto mes siguiente a su publicación en la *Gaceta Oficial*. (Primera Disposición Final), por lo cual, la misma deberá producirse el 14 de marzo de 2002.

El Estatuto deroga a la Ley de Carrera Administrativa del 13 de mayo de 1975, al Decreto Nº 211 de julio de 1974, y al Reglamento sobre Organización Sindical de Funcionarios Públicos, dictado por decreto 585 del 28 de abril de 1971.

El nombre de la nueva normativa es el de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública.

Por lo que atañe justamente a la designación aludida es bueno acotar al respecto el significado que ese cambio revela. En efecto la utilización del nombre de Ley de Carrera Administrativa indica que, al regular la relación de empleo público, el legislador quiso acentuar el elemento en su criterio más resaltante de la misma, como lo es la situación del funcionario dentro de la administración. Idealmente aparecía definida así tal situación por el legislador, como una *carrera*, esto es, como un conjunto de etapas destinadas a ser paulatinamente cubiertas por los servidores públicos, a los cuales se calificaba como *aspirantes* para el ingreso que, preferentemente debía efectuarse mediante concursos, esto es, a través de la evaluación de su idoneidad para el cargo. De allí que esta primera normativa legal que tuvimos sobre el ejercicio de la función pública fue un texto que acentuaba la condición de los funcionarios que hacían del desempeño de la función pública su carrera profesional. Es cierto que, la Ley de Carrera Administrativa, además de desarrollar el sistema habilitante para el ingreso y la permanencia del funcionario en el servicio, contenía un régimen de administración de personal, constituido por los diferentes sistemas que sirven de soporte al mantenimiento y ejercicio de la función pública. Estableció también la ley un ordenamiento jurisdiccional especial, señalando -aún cuando lo hiciese en forma muy escueta-, las acciones, que podían ser ejercidas, el procedimiento en sus líneas generales y la estructura jurisdiccional llamada a atender y a decidir los conflictos y otras cuestiones planteadas sobre la materia.

El decreto con el cual fuera dictada la nueva normativa se denomina Ley sobre el *Estatuto* de la Función Pública, nombre éste que pone el acento sobre el régimen de deberes, derechos, cargas, incompatibilidades y situaciones administrativas que rigen a los funcionarios al servicio de las estructuras públicas.

Por una parte, no podemos menos que criticar la designación que alude a la *Ley sobre el Estatuto* ya que hablar de *ley y de estatuto* es en cierta forma, tautológico. Una ley destinada a regular un régimen en el cual existen relaciones jurídicas, es un estatuto, o bien, estatuto es un cuerpo de disposiciones creadoras de los derechos y establecedoras de los deberes, vínculos, cargas y condiciones que rigen una determinada relación jurídica. En Venezuela hay antecedentes del uso de una denominación análoga ya que a una ley de particular importancia -por haber sido considerada como una *ley constitucional*- fue denominada Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones, cuando lo correcto habría sido que indicase que era el estatuto legal en materia de jubilaciones y pensiones. En el caso presente el legislador, en nuestro criterio, incurre en el mismo vicio al aludir a la ley sobre el estatuto. Con tal designación pareciera referirse a los lineamientos que debería tener el estatuto y, en esa forma configuraría una ley previa que simplemente iría a determinar la forma en que una futura normativa debería regular la función pública.

Ahora bien, a la consideración de forma se une una más profunda sobre la necesidad misma de la nueva regulación en el sentido de determinar si efectivamente es *nueva*, esto es, si implica un cambio sustancial y necesario del sistema anterior. Por lo que atañe al título éste no revela tal transformación, sino que nos hace pensar que el legislador continuó la nefasta tendencia iniciada en la Constitución del 99, de cambiar las cosas simplemente por cambiarlas. Al efecto, tal manía legisladora por lo que atañe a las modificaciones de las leyes y de las instituciones, ha sido en el sentido de cambiar por el simple cambio, generalmente sin que ello implique una verdadera transformación de la materia regulada. Al designarse como Estatuto de la Función Pública a la que sustituye a la Ley de Carrera Administrativa, no hay una modificación relevante en el nombre, ya que ambos aluden a la regulación del vínculo entre los funcionarios y la Administración. Asimismo, hay que acotar que en ambos textos por igual, los respectivos contenidos no se agotan en el estatuto propiamente dicho, constituido por los derechos, los deberes, las incompatibilidades, las prohibiciones y las acciones, sino que se extiende al sistema de administración de personal y al régimen jurisdiccional.

Una crítica mucho más grave al nombre está en el hecho de que la designación de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, hace pensar en un régimen general para todos los funcionarios lo cual induce a un grave error, por cuanto la norma al definir su ámbito, lo limita a regular exclusivamente las relaciones entre la Administración Pública Nacional y sus funcionarios. En consecuencia, el anuncio que el título de la ley ofrece no llena las expectativas que sugiere ya que no se trata de una ley general reguladora de todos los ámbitos del Estado, que es donde se ejerce la función pública, sino limitada exclusivamente a la Administración Pública Nacional[1].

1. La Ley sobre el Estatuto, está integrada por 161 artículos, seis Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales. La distribución temática se realiza a través de nueve (9) títulos los cuales en su gran mayoría presentan una división en capítulos. Los títulos son los siguientes: *Título I*: Disposiciones Fundamentales; *Título II*: Dirección y Gestión de la Función Pública; *Título III:* Funcionarios; *Título IV:* Deberes de los Funcionarios Públicos; final *Título V*: Incompatibilidades, *Título VI*: Personal Contratado; *Título VII*: Sistema de Administración de Personal; *Título VII*: Responsabilidades y Régimen Disciplinario; *Título VIII*: Medidas Cautelares Administrativas; *Título IX*: Derecho Colectivo Funcionarial; *Título X:* Contencioso Administrativo en materia de Función Pública.

En el texto se analiza el contenido del Título I por cuanto el mismo constituye el marco general de la normativa. En esta nota se expone en forma muy general el contenido de los restantes títulos.

El Título II que se intitula Dirección y Gestión de la Función Pública, se divide en cinco capítulos, a saber: el Capítulo I que contiene Disposiciones Generales; el Capítulo II relativo a los órganos de dirección y de gestión de la función pública; el Capítulo III regula los del Registro Nacional de Funcionarios Públicos; el Capítulo IV alusivo a las oficinas de recursos humanos y, el Capítulo V que versa sobre los Planes de personal.

II. CONTENIDO GENERAL DE LA NORMATIVA

El contenido general de la normativa se encuentra en el Título I que, como vimos, se denomina Disposiciones Fundamentales: En efecto, este Título está constituido por tan solo cuatro artículos en los cuales se desarrollan los siguientes preceptos: a) el señalamiento de que la ley del estatuto constituye el régimen rector de los funcionarios al servicio de la administración pública nacional, y al mismo tiempo configura el sistema de administración de personal, estableciendo los elementos que lo integran; b) el calificativo de que *son de orden público* todas las materias tratadas en el texto, atribuyéndole, en virtud de tal hecho, la consecuencia de que las mismas no pueden ser objeto de contratación colectiva; (Los dos principios asentados están contenidos en el artículo primero y en el tercero).

Igualmente se define el objeto del estatuto, indicándose en el mismo que es: a) establecer el marco regulador para garantizar que la administración Pública Nacional esté al servicio de los ciudadanos; b) identificar al funcionario público como servidor público; c) crear un régimen orientador de la conducta de los funcionarios; d) crear las condiciones para el acceso de los funcionarios a los más altos niveles de la Administración; e) establecer las normas para el ingreso y el ascenso en la forma más igualitaria posible (artículo segundo).

Al efecto consideramos necesario exponer algunas notas sobre la noción del estatuto de la función pública.

Régimen estatutario: El régimen estatutario es la vinculación laboral existente entre un sujeto y una determinada organización, regulada por normas anteriores a la conformación de dicha relación e inmodificable por las partes de la misma, salvo que dicha normativa en forma expresa, los faculte para hacerlo. El contenido de vida de la relación, desde el *ingreso* hasta las formas su terminación, regulando en la fase intermedia todo lo relativo a las llamadas situaciones administrativas, los sistemas de remuneración, de ascenso, de evaluación; de calificación y clasificación de los cargos.

El Título III se refiere a los *Funcionarios*, presentando cinco capítulos; el primero con Disposiciones Generales; el Capítulo II relativo a los Derechos; el Capítulo III correspondiente a los Derechos Exclusivos de los funcionarios de carrera; el Capítulo IV que contempla los deberes de los funcionarios públicos y el Capítulo V concerniente a las incompatibilidades.

El Título IV alude al personal contratado.

El Título V se refiere al sistema de Administración de Personal y está divido en nueve (9) capítulos: el Capítulo I corresponde al de selección, ingreso y ascenso; el Capítulo III al de remuneraciones; el Capítulo IV es relativo a la evaluación del desempeño; el Capítulo V contempla la capacitación y desarrollo del personal; el Capítulo VI concerniente a la Escuela Nacional de Gerencia Pública; el Capítulo VII a la jornada de servicio; el Capítulo VIII se refiere a las situaciones Administrativas de los funcionarios y el Capítulo IX a el retiro y reintegro.

El Título VI alude a las responsabilidades y régimen disciplinario y se refiere a tres capítulos: el Capítulo I que concierne a las responsabilidades, el Capítulo II al régimen disciplinario y el Capítulo III a los procedimientos disciplinarios.

El Título VII, alude a las medidas cautelares administrativas.

El Título VIII, se refiere al derecho colectivo funcionarial.

El Título IX que alude al contencioso administrativo en materia de función pública.

Hay seis Disposiciones Transitorias que se refieren a la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo la última que ordena la evaluación inmediata de los funcionarios para actualizar sus condiciones y capacidad profesional.

Hay una sola Disposición Derogatoria que señala los textos que serán objeto de tal medida al entrar en vigencia la nueva norma.

Hay dos Disposiciones Finales: la primera alude a la vigencia de la normativa y la segunda a la asignación de la competencia relativa a su divulgación y explicación al Ministerio de Planificación y Desarrollo.

Hemos aludido a *ingreso* porque en la relación estatutaria, la incorporación de un sujeto al régimen de prestación de servicio es la vía de entrada al régimen estatutario. (Símil: entrada a un edificio ya construido).

Elementos del estatuto funcionarial

El Régimen preestablecido, preexistente a las relaciones laborales que regula al régimen estructurado en base a una potestad normativa, generalmente legislativa; pero bien puede ser una potestad reglamentaria o el fruto de una potestad autonómica. Las condiciones de trabajo están previstas en el régimen estatutario y no pueden ser modificadas por las partes, salvo que el propio régimen expresamente lo prevea. Implica la estabilidad laboral permanencia en el cargo. Adquisición de la investidura (poderes que derivan del cargo).

Tipos de régimen estatutario

Régimen rígido: es aquel que no admite modificación alguna por las partes. No hay previsión normativa con respecto a la posibilidad de cambios establecidos con relación a situaciones concretas.

Régimen flexible: permite variaciones introducidas por las partes a su relación de trabajo.

Puede ser: Flexible-sectorial se refiere a grupos enteros de funcionarios:

a. *Personalizado:* se refiere a situaciones individuales que pueden se modificadas por la vía de la concertación.

b. Geográficamente por clases de cargo, por grupos, e incluso, por ramas: *Flexible total* cualquiera de los elementos que lo integran pueden ser objeto de modificación por las partes; *flexible parcial* la modificación sólo puede versar sobre aspectos determinados (salario, comisiones de servicios, etc.)En el otro extremo organizativo se encuentra el régimen contractual que es un sistema de libre concertación en virtud del cual los organismos públicos escogen a sus servidores bajo las modalidades que consideren más oportunas (tiempo, estabilidad, sueldo).

Finalmente, se define lo que se entiende por funcionario público señalándosele las siguientes características: a) una persona natural; b) que desempeña una función pública; c) desempeño que deriva de un nombramiento emanado de una autoridad competente (artículo cuarto).

Es decir que, con tal definición se comprendería a todos los que prestan su servicio al Estado y a los entes públicos, cualquiera que sea el Poder u organización a la cual están adscritos, siempre que su desempeño implique el ejercicio de una función pública, entendida como una actividad destinada a cumplir los fines del Estado, independientemente de la entidad dentro de la cual la misma se preste. Con esta definición quedan englobados en el concepto todos los sujetos al servicio del Estado, porque la exigencia del nombramiento no excluye a los funcionarios por elección ya que éstos también complementan su investidura con una designación o acreditación, que emerge de la autoridad competente para otorgarla (que es en general, el Consejo Nacional Electoral, órgano integrante del Poder Electoral).

La definición enunciada obviamente no se consustancia con el sujeto a quien el estatuto regula que no es *cualquier funcionario público*, sino el que presta sus servicios a la Administración.

El planteamiento que antecede nos obliga a buscar una definición del funcionario público en el texto de la Constitución de 1999.

III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

¿Qué se entiende por funcionario público en el texto de la Constitución de 1999? Hay una sección (sección tercera) en el Título relativo al poder público (Título IV) que se destina a regular la función pública y, en consecuencia, a señalar quien la ejerce, en la forma siguiente.

El Art. 144 alude a funcionario público como *funcionario de la administración pública*. En igual sentido lo hace el Art. 146. El Art. 147 agrega que la administración pública puede ser: nacional, municipal y estadal.

El Art. 145 alude a los funcionarios públicos como los que están al servicio de los entes territoriales, de las personas jurídicas de derecho público y de las *personas jurídicas de derecho privado estatales.* El Art. 149 define a los funcionarios públicos como cualquiera que preste servicios a los entes públicos.

El Art. 148 alude a los funcionarios públicos como los titulares de un *destino público remunerado.*

De los anteriores enunciados debe deducirse que la Constitución enuncia un concepto amplio y un concepto restringido del funcionario:

Criterio amplio: los funcionarios públicos son los que están al servicios de los entes públicos, bien sean *territoriales* (municipio, estado, República) o, *no territoriales* (institutos autónomos; o entes privados estatales (fundaciones, corporaciones, asociaciones).

Criterio restringido: el funcionario público es el que está al servicio de la administración pública, bien sea ésta una administración municipal, estadal o nacional.

Es decir que la orientación que manifiesta el texto constitucional está en el sentido de un criterio uniforme.

Ahora bien, no puede entenderse la noción del funcionario público sin vincularla a la de poder público. En efecto, el funcionario está vinculado con la idea general del poder público ya que conforma una de sus bases operativas.

Debe recordarse al efecto que los medios de los cuales dispone el poder público son las potestades y los recursos: Las potestades son elementos inmateriales, a diferencia de los recursos que son medios materiales.

Las potestades: son *cargas* asignadas para operar sobre las estructuras públicas (potestad organizativa), operar sobre el funcionamiento (múltiples potestades como lo son la potestad normativa; la potestad reglamentaria; la potestad tributaria; la potestad sancionatoria) e incidir sobre la situación sujetiva del conglomerado humano constitutivo de la llamada *plurisujetividad* del ordenamiento jurídico (creación, extinción y modificación de situaciones jurídicas.)

Las cargas son facultades-deberes, esto es las posibilidades legítimas de actuación en determinadas esferas, (competencia) que, al mismo tiempo implican la sujeción a realizar determinadas actuaciones.

Los recursos: son los elementos materiales para la realización de las actividades públicas. Los mismos pueden ser: financieros; patrimoniales y recursos humanos. Es en esta categoría donde se ubican los funcionarios públicos.

Funcionarios públicos: son los sujetos que en base a una relación de permanencia, originada por un *vínculo estatutario o contractual* realizan las tareas asignadas al Estado.

Es conveniente recordar como se realiza la división del poder público a a división de las funciones y de los poderes ha sido una regla de aplicación permanente en la estructura del Estado. Originariamente fue concebida en forma rígida; pero se ha ido suavizando a través del llamado vínculo de *cooperación.*

La trilogía clásica que permite la coincidencia de funciones y poderes ha cambiado con la aparición de nuevas necesidades cuya satisfacción es asignada al Estado y con el desarrollo de nuevas ideas políticas y organizativas.

La Constitución del 99 por ejemplo, modificó la trilogía tradicional de la división de los poderes públicos, para incluir dos nuevos poderes: el Poder Ciudadano y Poder Electoral.

La Administración no es un poder, sino una figura subjetiva que no se identifica con ninguno de los poderes pero constituye el instrumento o aparato a través del cual los mimos realizan sus funciones de atención de las necesidades públicas, en forma inmediata y directa.

Tradicionalmente la administración pública es el aparato del Poder Ejecutivo, cuya función es ejecutar las normas para satisfacer las necesidades públicas.

La concepción actual es que todos los poderes tienen administraciones públicas a su cargo para realizar sus objetivos concretos. Podemos afirmar que la administración pública no puede actualmente ser definida desde el punto de vista orgánico, sino desde el punto de vista sustantivo.

La noción de la Administración Pública en la Constitución del 1999

La Constitución presenta una sección ubicada en el Título IV que se denomina *De la Administración Pública*. Se trata de tres artículos de los cuales sólo uno de ellos (el 141) señala los principios en los cuales se fundamenta, los restantes aluden a los lineamientos generales de los institutos autónomos (Art. 142) y al derecho a la información de los administrados frente a la administración (Art. 143).

Principios rectores de la administración pública en la Constitución son los siguientes:

Ante todo la destinación de la figura de la administración pública al servicio de los ciudadanos. Este concepto a nuestro juicio no es correcto porque *la administración pública es el aparato* de un poder público en ejercicio de la función administrativa, por lo cual, su objetivo inmediato, es el servicio de tal poder y sólo de forma mediata el de los administrados.

Los restantes principios rectores son enunciados en forma entremezclada, por lo cual nos hemos permitido sistematizarlos en la siguiente forma:

A. Principios relativos a la eficiencia administrativa: Ellos son la eficacia y la celeridad.

B. Principios relativos a la moral administrativa: se enuncia al respecto la honestidad, la transparencia y la rendición de cuentas.

C. Principios relativos a la forma de la actuación: La norma constitucional se refiere al sometimiento pleno a la ley y al derecho y alude igualmente al principio de participación. Al respecto no se explica su significado en este contexto ya que el principio de participación significa la facultad de los ciudadanos o de los administrados en particular, de actuar por si mimos en la decisión de los asuntos que interesan a la colectividad. Obviamente este principio no es aplicable a la administración. Seguramente se trataba del principio de *cooperación* que tiene una diferente connotación.

D. Principios relativos a la consecuencias de la conducta: principio de responsabilidad.

Los restantes artículos relativos a la administración aluden a la creación de los institutos autónomos y al derecho de información de los ciudadanos. Con relación a los: *Institutos autónomos* se establece que su creación esta sometida a la reserva legal y se indicó que los intereses públicos que tutelen así como las corporaciones u otras entidades están sujetos al control del Estado.

Por lo que atañe al *derecho a la información oportuna y veraz de los administrados* es necesario recapitular la materia relativa a tal derecho: El artículo 28 *ejusdem* consagra en forma general el derecho a la información. El derecho a la información se desdobla en derecho de obtener información y el derecho de otorgar información.

El derecho de otorgar información se identifica con el derecho de expresión y en cierta forma con el derecho de comunicación previsto en el Art. 58.

El derecho de expresión es aquel que permite a toda persona expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura. Este derecho sólo tiene constitucionalmente los siguientes límites: no se permite el anonimato, no se permite la propaganda de guerra, no se permiten los mensajes discriminatorios, no se permiten los mensajes que promuevan la intolerancia religiosa (recuérdese que la sentencia de la Sala Constitucional Nº 1013 del 12 de junio de este año señala una limitación práctica de los propietarios de los medios al *derecho de expresión* por tal vía de los ciudadanos, constituido por las limitaciones de espacio y tiempo disponibles. Justamente por ello, la Sala lo denominó *derecho de expresión comunicacional*).

El ejercicio del derecho de expresión implica responsabilidad por lo expresado. El derecho de solicitar información implica que esta sea *oportuna, veraz, imparcial, sin censura y sometida a los principios constitucionales.*

El derecho de otorgar información que, está vinculado al derecho de expresión, implica el de acordar la *réplica* y la *rectificación* cuando cualquiera se siente afectado por informaciones inexactas o agraviantes

El *Art. 143* consagra el *derecho de pedir información de los administrados frente a la administración*. Es decir, se trata de la misma norma del Art. 58 pero establecida en beneficio de los sujetos que actúen frente a la administración, quienes han de ser informados oportuna y verazmente por la administración pública sobre: El estado de las actuaciones que el conciernen y sobre las resoluciones definitivas que se adopten sobre los procedimientos en los cuales están involucrados.

Señala la norma que los titulares del derecho de pedir información frente a la Administración tienen el acceso a los archivos y registros administrativos salvo los siguientes límites: los relativos a la seguridad interior; a la seguridad exterior; a la investigación criminal y, a la investigación de la vida privada.

Las consecuencias de tales calificaciones son: El principio de intangibilidad (ninguna ley puede establecer normas contrarias a los derechos y beneficios laborales; el principio de progresividad (ninguna ley puede desmejorar los derechos y beneficios laborales; el principio de sustancialidad en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las apariencias); el principio de irrenunciabilidad (según el cual es nulo todo acuerdo que implique renuncia o menoscabo, salvo transacción y convenimiento al término de la relación); el principio a la ley más favorable en virtud del cual en caso de dudas sobre aplicación de varias normas se aplicará al que más favorezca al trabajador; el principio de nulidad de los actos inconstitucionales del patrono; la prohibición de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo u otra condición.

En el cuadro que sigue se determina su aplicación en cada uno de los regímenes objeto de comparación:

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Rigen todos los principios relativos al trabajo como hecho social. (Art. 89, ordinales del 1º al 5º)	*Los principios son parcialmente aplicables a los funcionarios públicos por cuanto no rigen para los de elección popular, libre nombramiento y remoción y contratados, con respecto a los cuales predominan los intereses fundamentales del Estado.*

El derecho a la seguridad social

Es calificado por el Art. 86 de la Constitución en la siguiente forma: a) Se trata de un servicio público no lucrativo; b) Su objeto es garantizar la salud y asegurar la protección de la maternidad, la enfermedad, la invalidez, las enfermedades catastróficas, la discapacidad, las necesidades especiales, los riesgos laborales, la pérdida de empleo, el desempleo, la vejez, la viudedad, la orfandad, vivienda, las cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social; c) la actuación del Estado para atender a la obligación de crear un sistema de seguridad social que sea: universal; integral; de financiamiento solidario; unitario; eficiente; participativo; de contribuciones directas o indirectas.

La regulación de este derecho debería efectuarse mediante ley orgánica especial veamos su aplicación con relación a los dos regímenes:

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Beneficiarios del derecho y régimen a la seguridad social (Art. 86)	Deberán incorporarse al régimen general de seguridad social (Art. 144).

Derecho al trabajo

Naturaleza: Derecho-deber.

Contenido: ocupación productiva capaz de proporcionar una existencia digna y decorosa.

Restricciones: las que establezca la ley.

Condiciones: patrono garantizará condiciones de seguridad de higiene y ambiente adecuado.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
El Estado garantiza la adopción de las medidas para satisfacer el derecho al trabajo (Art. 87)	El trabajo en el sector público estará regulado por normas propias al respecto por cuanto la Constitución alude a las relativas al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro. (Régimen estatutario Art. 144) Determinación legal de las funciones y requisitos para el ejercicio de los cargos.

Igualdad en el trabajo

Significa paridad de la condición de los hombres y las mujeres en el ejercicio del derecho.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
El principio de igualdad está garantizado por el Estado (Art. 88)	El régimen de concurso para el ingreso implica la escogencia de los mejores (Art. 146) Excepciones: a) Funcionarios de elección popular; b) funcionarios de libre nombra-miento y remoción; c) los contratados; d) los obreros; e) los demás que determina la ley.

Duración de la jornada del trabajo, los límites son en las jornadas diurnas ocho(8) horas o cuarenta y cuatro horas semanales en las nocturnas 7 horas diarias o treinta y cinco semanales.

Prohibición de obligar a los trabajadores a trabajar horas extraordinarias. Progresiva disminución de las jornadas de trabajo dentro del interés social (Art. 90).

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Rige el Art. 90 en toda su extensión.	Sometida a los límites laborales establecidas en la Constitución salvo los de elección popular y los contratados o los que determine la ley.

Descanso semanal y vacaciones, se prevé el descanso semanal y las vacaciones remuneradas en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laborados (Art. 90 único aparte).

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Régimen general	Sometido al régimen general salvo funcionarios de elección popular, contratados y los que determine la ley.

Derecho al salario, se rige por las siguientes reglas: 1) debe ser suficiente en el sentido de que le permita al trabajador vivir con dignidad, cubrir sus necesidades básicas y las de su familia; 2) la regla de que igual salario por igual trabajo; 3) participación

de los trabajadores de los beneficios de la empresa; 4) inembargabilidad; 5) pago periódico y oportuno en moneda de curso legal.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Las reglas relativas al salario son absolutas (Art. 91)	-El salario debe estar previsto en el presupuesto correspondiente. -Las remuneraciones se rigen por las *escalas de salario* dictadas reglamentariamente. -Por ley orgánica pueden establecerse límites a los emolumentos de los funcionarios nacionales, estadales y municipales.

Salario mínimo vital, es como su nombre lo indica, la cantidad más baja que sea idónea para cubrir las necesidades esenciales del trabajador. Esta cantidad constitutiva del salario mínimo será sometida a ajustes anuales fundado en la referencia al costo de la canasta básica.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Público*
Rige el salario mínimo vital	Rige el salario mínimo vital

Derecho a las prestaciones sociales son beneficios destinados a recompensar la antigüedad en el servicio y a amparar al trabajador en caso de cesantía.

Características: 1) Crédito laboral; 2) exigibilidad inmediata; 3) la mora en su pago genera intereses que constituyen deuda de valor; 4) gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Rigen las reglas sobre prestaciones sociales.	Rigen las reglas sobre prestaciones sociales en virtud de la reforma en el año 1974 de la Ley de Carrera Administrativa y de la normativa de la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 08). Sin embargo se plantean dudas sobre las prestaciones de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. La jurisprudencia no ha reconocido el derecho a las prestaciones sociales de tales funcionarios, pero el Proyecto de Ley mediante el cual se dicta el estatuto de la Función Pública del 12-01-201 establece (Art. 78) el derecho *de todos* los funcionarios a percibir las prestaciones sociales contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo.

Estabilidad laboral. La Constitución no define la estabilidad laboral pero pareciera considerar que alude a la prohibición de despidos injustificados.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Existe una estabilidad relativa. El propio Art. 93 cuando alude a la estabilidad laboral señala que "la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado" la formula anterior revela que los despidos no justificados serán *limitados*; pero no prohibidos.	La estabilidad de los funcionarios de carrera es absoluta en el sentido de que sólo pueden ser destituidos por las causales establecidas en la ley. Los funcionarios de libre nombramiento y remoción no tienen estabilidad ni tampoco la tienen los contratados ni aquellos a quienes la ley expresamente excluya de la carrera.

Responsabilidad laboral

Es la responsabilidad de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta un servicio. Esta persona bien puede ser el patrono, el intermediario o el contratista. La Constitución habla de una responsabilidad de los patronos en caso de simulación o fraude que: a) desvirtúe; b) desconozca; c) obstaculice la aplicación de la legislación laboral. (Art. 94).

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Para los trabajadores rige la regla de la responsabilidad laboral (del patrono, intermediario o contratista) en toda su extensión.	La responsabilidad del Estado y de los entes públicos se rige por las siguientes reglas: *Art. 28*: Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la Ley en nulo y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa sin que le sirvan de excusa ordenes superiores (responsabilidad del funcionario). *Art. 139*: El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o la ley (responsabilidad individual). *Art. 140:* El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. (Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración Pública).

Derecho a la sindicación

El derecho a la sindicalización, de acuerdo con el Art. 95 es el derecho de los trabajadores a constituir libremente organizaciones para la defensa de sus derechos o intereses.

Estas organizaciones no están sujetas a intervención suspensión o disolución administrativa y sus promotores e integrantes de las directivas gozan de inamovilidad laboral por el tiempo que se requiera para el ejercicio de sus funciones.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Principio fundamental del derecho laboral colectivo.	La Constitución no señala en el régimen de los funcionarios su derecho a la sindicación pero el Art. 95 en materia de derechos sociales al consagrar el derecho a la sindicación habla de los trabajadores *sin distinción alguna*. Además como veremos el Art. 96 en materia de negociación colectiva voluntaria lo hace extensivo a los trabajadores del sector público. Esta negación presupone la existencia de los sindicatos.

Democracia sindical esta definida en el único aparte del Art. 95 a través de las reglas que los estatutos y reglamentos que las organizaciones sindicales deben establecer. Justamente estas reglas son las que conforman la democracia sindical ellas son:

1.-La alternabilidad de los integrantes de las directivas y representantes sindicales;

2.- La elección de la directiva y representantes sindicales mediante el sufragio universal, directo y secreto; el control de los directivos y representantes sindicales para impedir que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Están sometidos completamente al régimen.	Las mismas observaciones hechas con respecto al derecho a la sindicación.

El derecho a la negociación colectiva voluntaria. El Art. 96 establece que la negociación colectiva voluntaria y la celebración de convenciones colectivas de trabajo está dirigida a mejorar las condiciones de los trabajadores tanto de los activos al momento de su inscripción, como de quienes ingresen con posterioridad.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Rige plenamente el Art. 96 de la Constitución	El Art. 96 señala expresamente que el derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo se aplica a los trabajadores del sector público.

Derecho a la huelga. Las Constitución no define el derecho a la huelga sino que se limita a señalarlo dentro de las condiciones que establezca la Ley.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Se rigen por Art. 97.	El Art. 97 señala que todos los trabajadores del sector público y del privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

Régimen jurisdiccional. Existencia de un fuero especial para todas o algunas de sus acciones o recursos.

Trabajadores en General	*Estatuto de la Función Pública*
Existencia de la Sala de Casación del Trabajo en el Tribunal Supremo de Justicia.	No hay ninguna previsión especial en la Constitución salvo el enunciado genérico del Contencioso Administrativo (Art. 259).

IV. MOTIVACIONES QUE DETERMINARON LA DEROGATORIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA POR EL MISMO CREADO

En la Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública se señalan las razones que determinaran su elaboración, esto es, la conformación de un texto sustitutivo de la Ley de Carrera Administrativa que, con pocas transformaciones, regulaba la materia desde 1.971, indicando como tales a las siguientes:

1. Su inidoneidad para cumplir con los fines propuestos

Según el propósito la Ley de Carrera Administrativa no satisfacía la necesidad de transformación de la Administración Pública para hacerla eficiente y desburocratizada. Esta inidoneidad derivaba de lo que el proyectista definió como sus *debilidades* que estriban en lo siguiente:

a. La consagración de la estabilidad absoluta de los funcionarios lo cual resulta, ajeno al cumplimiento eficiente de las funciones.

b. La rigidez de las condiciones establecidas para la prestación de los servicios. Según el proyectista, la razón de esta rigidez emerge del hecho de que, para evitar los abusos de las autoridades administrativas, se restringieron en exceso las potestades de gestión de la Administración.

c. La desarticulación de las carreras estadales y locales por no haber sido previstos procesos como los de desregulación y descentralización.

d. La desarmonización del régimen laboral y la función pública que resulta evidente en la huelga y en la contratación colectiva.

e. La inexistencia de los concursos para la selección de los funcionarios con los requisitos legales, debido todo ello a la falta de coacción sobre la clase política.

f. La falta de regulación efectiva de la evaluación en el desempeño del cargo.

g. La debilidad de los órganos de gestión.

2. Su incapacidad de atender a los cambios

La Ley de Carrera Administrativa no pudo prever dos importantes circunstancias:

a. La evolución de la propia administración.

b. Los efectos que sobre las relaciones con los funcionarios tendría la reforma del Derecho Laboral.

V. OBJETIVOS DEL DECRETO DE REFORMA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Los objetivos que persigue la reforma de la Ley de Carrera Administrativa son enunciados en la Exposición de Motivos en la siguiente forma:

1. Establecer un sistema de incentivos para los funcionarios públicos, a fin de que orienten su gestión hacia garantizar que la administración se coloque al servicio de los ciudadanos, fundada en los principios de honestidad, participación, solidaridad, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad.

2. Promover a un funcionario público identificado como servidor público, esto es, alguien al servicio de la ciudadanía.

3. Orientar el régimen hacia la rígida aplicación de los códigos de ética administrativa.

4. Lograr que el ingreso y permanencia de los funcionarios a la administración responda a los más altos niveles de capacitación y experiencia técnica.

VI. NOVEDADES RELEVANTES DEL DECRETO LEY

El propio proyectista señala que los aportes más significativos de la nueva normativa son los siguientes:

1. Fortalecimiento de las potestades administrativas, definiendo las atribuciones del Presidente de la República como órgano de dirección de la función pública con amplios poderes.

2. Determinación de que el Registro de Asignación de Cargos es el instrumento fundamental del crecimiento y control de la estructura de los cargos.

3. La clasificación de los funcionarios públicos en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, con la indicación de que los primeros sólo pueden ser nombrados una vez aprobado el correspondiente concurso.

4. La obligación de los supervisores de efectuar la evaluación en el desempeño de cargos basada en factores objetivos.

5. La atribución del carácter obligatorio, público y participativo a los concursos para el ingreso.

6. La facilitación de la transferencia de los funcionarios de un sector a otro del Estado.

7. La creación de la Escuela Nacional de Gerencia Pública.

8. Consagración de un Contencioso-Administrativo con las siguientes características:
   a. Expedito
   b. Gratuito
   c. Sin preeminencia escrita y
   d. Constitutivo de una jurisdicción contencioso-administrativa especial, conformada en primera instancia por los jueces superiores. Esta jurisdicción es competente para conocer de lo siguiente: de las solicitudes de declaratoria de inconformidad con el derecho de las huelgas que interrumpan u obstaculicen los servicios públicos esenciales; de la nulidad, de las cláusulas, de los convenios colectivos y, de las reclamaciones, de los funcionarios públicos por los actos de la Administración que lesionan los derechos que el decreto les otorga.

VII. ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El ámbito de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública esta determinado en el artículo 1º en el cual se señala que el mismo se aplica a los funcionarios al servicio de la Administración Pública Nacional. Este carácter limitativo lo ratifica el artículo 3º al establecer que sus disposiciones están destinadas a regular las relaciones de prestación de servicio de los funcionarios públicos a la Administración Pública Nacional. Este carácter limitado de la ley a la regulación del empleo público solo a la Administración Pública Nacional, está presente en el ordinal 3º del artículo 5, cuando señala como facultad de la dirección de la función pública, establecer en Consejo de Ministros los criterios técnicos y financieros para la Administración Pública Nacional en las convenciones colectivas. Es indudable entonces que las administraciones estadales y municipales quedan fuera del estatuto de la administración pública.

Puede afirmarse así que la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública se aplica solo a la Administración Pública Nacional, esto es, a la Administración Central, constituida por los órganos del Poder Ejecutivo Nacional, que son los organismos de la Presidencia de la República, de la Vicepresidencia Ejecutiva y de los Ministerios y por los órganos de Administración Descentralizada que conforman los institutos autónomos y los órganos sin personalidad jurídica entre los cuales figuran los patrimonios autónomos.

VIII. LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN

La ley distingue entre la *dirección* de la función pública y la *gestión* de la función pública. La dirección de la función pública que le corresponde al Presidente de la República, implica las siguientes tareas: a) el establecer la política general en materia de recursos humanos; b) el fijar la política de remuneración para los funcionarios públicos y c) el establecimiento, en Consejo de Ministros, de los criterios técnicos y financieros que corresponden a los representantes de las Administraciones Públicas en las convenciones colectivas.

Por lo que atañe a la *gestión* de la función pública, la misma corresponde al Vicepresidente Ejecutivo, a los Ministros y a las máximas autoridades directivas y administrati-

vas de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. La ejecución de la gestión de la función pública es tarea de las oficinas de recursos humanos de cada órgano y ente de la Administración Pública.

Ahora bien, la ley en forma poco sistemática, una vez que ha distinguido entre órganos de dirección y órganos de gestión, dedica un capítulo denominado *Órganos de Dirección y de Gestión*, a fijar las competencias del Ministerio de Planificación y Desarrollo como "órgano rector, responsable de la planificación y desarrollo de la función pública nacional". Es decir, que sin previamente haberlo establecido como una categoría especial, el capítulo se dedica a señalar las competencias del Ministerio de Planificación y Desarrollo en materia de función pública. Esta compleja figura organizativa opera como asesora del Presidente de la República; como evaluadora y contralora de la aplicación de la política rectora en dicha materia y como reglamentista del sistema de administración de personal.

Veamos en detalle las atribuciones precedentemente aludidas:

1. Organizador del sistema de función pública

Dentro de tal enunciado el Ministerio de Planificación y Desarrollo debe organizar el sistema y supervisar su aplicación. Para los fines anteriores tiene facultades para dictar normas y procedimientos relativos a: reclutamiento, selección, ingreso, clasificación, valoración, remuneración de cargos, evaluación del desempeño, capacitación, ascensos, traslados, transferencias, licencias, permisos, viáticos, registro de personal, régimen disciplinario y egresos. Igualmente tiene facultades para organizar otros planes, normas y procedimientos inherentes al sistema.

2. Órgano de control de otros órganos y entes de la Administración Pública

En el ejercicio de la función enunciada en el epígrafe puede aprobar los planes de personal y sus modificaciones, una vez verificada por el Ministerio de Finanzas la disponibilidad presupuestaria; realizar auditorías, estudios, análisis e investigaciones; efectuar todo lo concerniente al Registro Nacional de Funcionarios Públicos; aprobar los informes técnicos de las clases de cargos; aprobar las bases y los baremos de los concursos para ingresos y ascensos.

3. Como órgano de asesoría

Realiza las siguientes funciones: a) presta asesoría técnica a los órganos y entes que lo soliciten; b) evacua las consultas que le formulen los órganos y entes con relación a la administración de personal.

4. Como órgano de enlace de los sindicatos

En el ejercicio de la funciona enunciada en el epígrafe, le corresponde:

a. Dirigir las negociaciones de las convenciones colectivas de la Administración Pública Nacional

b. Llevar el registro de organización sindical de los funcionarios públicos.

5. En materia de reducción de personal es de su competencia

a. Aprobar los informes técnicos de las reducciones de personal que planteen los órganos y entes por reajustes presupuestarios, cambios en la organización administrativa y modificación de la estructura de cargos.

b. Solicitar al Ejecutivo Nacional, conjuntamente con el Ministro de Finanzas, los correctivos y ajustes presupuestarios en aquellos órganos y entes de la Administración Pública Nacional que incumplan con las metas de los planes de personal en lo relativo a los aspectos presupuestarios.

6. En materia de formación debe:

Establecer los lineamientos políticos que en materia de desarrollo gerencial debe desarrollar la Escuela Nacional de Gerencia Pública.

IX. LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Ya hemos visto como el artículo cuatro, define al funcionario público como toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeña en el ejercicio de una función pública. Señalábamos en su oportunidad que, con tal definición podía englobarse a todos los que prestan su servicio a los diferentes poderes del estado y con cualquier modalidad. Los funcionarios administrativos que son el objeto específico de la regulación legal aparecen en el Título III que se denomina escuetamente *Funcionarios*, pero que es obvio se destina tan solo a los que es tan al servicio de la Administración

La norma no da una definición del funcionario administrativo pero del articulado puede deducirse que es todo funcionario público que ejerce un cargo administrativo ya cumple al efecto con los siguientes requisitos:

1. Ser venezolano.
2. Ser mayor de 18 años de edad.
3. Tener título de educación media diversificada.
4. No estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política.
5. No gozar de jubilación y pensión otorgada por un organismo del Estado salvo para el ejercicio de cargos de alto nivel, caso en el cual deberán suspender la jubilación o la pensión, salvo que los cargos resulten compatibles.
6. Reunir los requisitos correspondientes al cargo.
7. Cumplir con los procedimientos de ingreso.
8. Presentar declaración jurada de bienes.

Clasificación de los funcionarios

La ley establece que los funcionarios de la Administración Pública son de carrera o de libre nombramiento y remoción. Igualmente está la existencia del personal contratado cuyo régimen contradictoriamente, aparece en un título independiente, título éste que está constituido por dos artículos nada más. Veamos las tres categorías señaladas.

Funcionarios de carrera:

Los funcionarios de carrera son aquellos que llenan los siguientes requisitos:

- Ante todo el haber ganado un concurso público.

- En segundo lugar el haber sido designado mediante nombramiento.

- El tercer requisito es el prestar servicios remunerados y, finalmente, el último, es la exigencia de que tales servicios sean permanentes

Los funcionarios de carrera tienen derechos que son exclusivos de su status siendo tales derechos los siguientes:

1. El derecho a la estabilidad en virtud del cual solo pueden ser retirados del servicio por las causas contempladas en forma expresa en la ley.

2. El derecho al ascenso. En efecto el llamado ascenso de clase o de grado solo corresponde a los funcionarios de carrera *en los términos previstos en este decreto ley y sus reglamentos*.

3. En el campo del Derecho Colectivo del Trabajo, el derecho de organizarse sindicalmente; a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga de conformidad con la ley.

4. Finalmente, el derecho a una bonificación equivalente a un mes de sueldo en caso de egreso.

Establece el único aparte del artículo 36 que los funcionarios de carrera que sean retirados por una causal distinta a la destitución tendrán derecho a una bonificación equivalente a un mes de sueldo y egresarán inmediatamente del servicio.

Los funcionarios de libre nombramiento y remoción

La ley define a los funcionarios de libre nombramiento y remoción (artículo 21 primer aparte) como aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos *sin otras limitaciones que las establecidas en este decreto ley y su reglamento*. Es decir que por su ingreso no es necesario que se realice mediante concurso y el retiro puede producirse por la decisión discrecional de la Administración, es decir no poseen *estabilidad* en el ejercicio del cargo.

Los funcionarios de libre nombramiento y remoción pueden ocupar dos tipos de cargos: a) los cargos de alto nivel y b) los cargos de confianza.

Los cargos de alto nivel

Los cargos de alto nivel son los que se enuncian a continuación:

1. *El Vicepresidente Ejecutivo.* Con respecto al Vicepresidente Ejecutivo debemos recordar que si bien es designado por el Presidente de la República quien puede igualmente removerlo, también está sujeto a la remoción por parte de la Asamblea Nacional. En efecto, la aprobación de una moción de censura en su contra por una votación no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional implica su remoción, caso en el cual no podrá optar de nuevo al cargo por el resto del período presidencial.

2. *Los Ministros*. En el caso de los Ministros los mismos están sometidos a un régimen análogo al del Vicepresidente Ejecutivo, en el sentido de que la aprobación de una moción de censura significa su remoción, sólo que se exige en su caso de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional y no de los 2/3 a los fines de su aprobación. Igualmente se les aplica la regla de que no podrán optar al mismo cargo por el resto del período presidencial.

3. *Los Jefes de las Oficinas Nacionales o sus equivalentes.* Según el artículo 36 de la Ley Orgánica de Administración Central, la creación de las Oficinas Nacionales corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a los fines de que operen como órganos desconcentrados. La creación sólo es procedente en aquellos casos en que sean requeridas para operar sistemas de apoyo administrativo a la Administración Central. Sus funciones y estructura administrativa serán establecidas en el respectivo decreto de creación.

4. *Los Comisionados Presidenciales.* Que son funcionarios nombrados por el Presidente de la República para que coordinen las actividades de diversas entidades públicas y organismos del Estado que atienden conjuntamente necesidades en determinados sectores, áreas o programas. (Art. 34 de la Ley Orgánica de Administración Central).

5. *Los Vice Ministros* que, según el artículo 55° de la Ley Orgánica de Administración Central no son necesariamente únicos en el respectivo Ministerio, sino que podrán ser tantos como sean necesarios y lo disponga el reglamento orgánico, de acuerdo con los sectores que dicho organismo deba atender. El Vice Ministro podrá tener asignado más de un sector, pero no podrán nombrarse Vice Ministros sin asignación de sectores. Los Vice Ministros serán de libre nombramiento y remoción del Presidente e la República, oída la propuesta del Ministro correspondiente.

6. *Los Directores Generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía* al servicio de la Presidencia de la República Vice Presidencia Ejecutiva y Ministerios.

7. *Los Miembros de la Junta Directiva de la Institutos Autónomos* y los Directores Generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía de dichos institutos.

8. *Los registradores y notarios.* Los registradores y notarios son expresamente mencionados por la Ley sobre el Estatuto; sin embargo la Ley de Registro Público y del Notariado, dictada mediante Decreto Nº 1.554 con fuerza de ley, de fecha 13 de noviembre de 2001, establece el siguiente régimen con respecto a dichos funcionarios: los Registradores Titulares ingresan mediante concurso de oposición y su nombramiento estará a cargo del Ministro del Interior y Justicia. En el mismo sentido se regula a los notarios, ya que su elección se realiza mediante concurso de oposición y el nombramiento corresponde al mismo Ministerio del Interior y Justicia. Ahora bien, en la ley especial que los rige, ni los registradores ni los notarios son de libre remoción por cuanto están sometidos a un severo régimen disciplinario cuyas sanciones son la suspensión y la destitución. En consecuencia, a pesar de lo señalado en la Ley sobre el Estatuto los registradores y los notarios de acuerdo con la nueva ley que los regula no son funcionarios ni de libre nombramiento ni de libre remoción.

9. Las máximas autoridades de los entes u órganos que se crearen. (Obviamente la previsión es residual porque el acto de creación puede darles a las funcionarios un régimen especial).

Los cargos de confianza:

Los cargos de confianza son los siguientes:

a. Aquellos cuyas funciones exigen de un alto grado de confiabilidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública Nacional, de los Vice Ministros, de los Directores Generales y de los directores o sus equivalentes.

b. Los cargos que se desempeñen en los organismos de seguridad del Estado.

c. Los cargos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de fiscalización e inspección, en especial, de rentas y aduanas y control de extranjeros y fronteras.

Los funcionarios contratados

Ya hemos señalado que, a pesar de que la ley le dedica todo un título al personal contratado es poco lo que el mismo señala ya que está constituido solamente por cuatro artículos.

Los supuestos que permiten la contratación de funcionarios quedan limitados a dos únicas hipótesis, a saber: cuando se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas por tiempo determinado y, un segundo supuesto constituido por una previsión altamente discrecional. En efecto, la ley establece que puede procederse por la vía de contrato en aquellos casos en que "por causa justificada se haga indispensable la contratación". Es decir, que será a la autoridad administrativa a la que corresponderá determinar los dos elementos que harán posible la contratación, a saber: la causa justificada y el carácter indispensable de la contratación.

El régimen aplicable al personal contratado es el previsto en el respectivo contrato, aplicándose subsidiariamente la legislación laboral.

Existen dos normas limitativas por una parte de las atribuciones administrativas que permiten la contratación y por otra parte, de las posibilidades de los contratados de pasar por tal vía a la condición de funcionarios de carrera.

Por lo que atañe al primer supuesto, la ley categóricamente establece la prohibición de que se contrate personal para realizar funciones correspondientes a los cargos que están previstos en su normativa. La redacción de esta prohibición no es suficientemente clara por cuanto al no incluir la ley, como es lógico que no lo contenga, un manual descriptivo de clases de cargos, no puede saberse cuáles son los *cargos previstos* que pueden ser objeto de contratación y sería injusto considerar que la simple mención de la existencia de dicho manual implique que todo lo que pudiese estar en el mismo queda fuera del ámbito de la contratación.

Por lo que atañe a la otra norma restrictiva con relación a los contratados, la misma está constituida por una disposición tajante que prohibe que quien haya ingresado por vía de contrato pueda ser considerado como un funcionario público de carrera. Como es bien sabido, dentro de las prácticas viciosas de la administración, existía la de proveer los cargos con contratados a los cuales se les mantenía en tal condición por tiempo indefinido. La jurisprudencia de los tribunales de carrera fue en el sentido de calificar la situación de los contratados caso por caso y mediante el examen de cada una de las situaciones involucradas le fueran planteados, en forma tal que si de tal examen resultaba evidente que lo que se había querido con el contrato era burlar el régimen estatutario se equiparaba el contratado a los funcionarios de carrera. Los índices que se tomaban en cuenta para efectuar tal equiparación eran los siguientes:

1. El desempeño por parte del contratado de un cargo de carrera.

2. El sometimiento del contratado al mismo horario de los funcionarios ordinarios o a un horario correspondiente a la mitad del tiempo habitual de servicio (se trata del llamado *medio tiempo*).

3. El sometimiento del contratado a las mismas condiciones que ostentan los funcionarios de carrera, tales como, el horario y el mismo régimen de beneficios y deberes.

X. LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

Ya de la exposición anterior se ha puesto en evidencia que hay dos tipos de derechos: los derechos en general de todos los funcionarios públicos y los derechos específicos, exclusivos de los funcionarios de carrera.

Por lo que atañe a estos últimos, esto es, a los derechos exclusivos de los funcionarios de carrera los mismos como hemos indicado son los de estabilidad; la bonificación de un mes de sueldo al egreso; el derecho al ascenso y los derechos a la sindicalización, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga.

Por lo que atañe a los derechos comunes a todos los funcionarios, los mismos son al efecto los siguientes:

1. Derechos funcionales

Aludimos en este renglón a los derechos que están vinculados al ejercicio mismo de la función que se ejerce.

Ellos son:

a. *El derecho al ejercicio del cargo.* Es decir el funcionario no puede ser privado del ejercicio de las tareas que le corresponden. Este derecho es esencial en la relación funcionarial y con ello se rechaza la nefasta práctica de inducir a la renuncia o al traslado de funcionarios, mediante el sistema de no asignarle tarea alguna. Sea de libre nombramiento, de carrera o contratado el funcionario tiene el deber esencial de laborar, correlativo a su derecho, también esencial, de poder hacerlo.

b. *El derecho de conocer los fines, la organización y el funcionamiento de la unidad administrativa* que le corresponde y de ser informado de ello por su superior inmediato.

c. *El derecho de conocer las atribuciones, deberes y responsabilidades del cargo,* y de ser informado de ello por el superior inmediato.

d. El derecho a obtener los permisos y licencias que se establezcan en los reglamentos, los cuales pueden ser con o sin goce de sueldo.

2. Los derechos de naturaleza económica

Son aquellos que se refieren al régimen salarial y de las prestaciones dinerarias. Son ellos los siguientes:

1. *El derecho de percibir la remuneración correspondiente al cargo que se desempeña.*

2. *El derecho a la bonificación de fin de año,* equivalente a un mínimo de quince días de sueldo.

3. *El derecho a la prestación de antigüedad* que se adquiere después del tercer mes ininterrumpido de servicio y es equivalente a cinco días de sueldo por cada mes. Después del primer año de servicio o fracción superior a seis meses la administración debe pagar al funcionario, adicionalmente, dos días de sueldo por cada año acumulativo hasta treinta días de sueldo.

La prestación de antigüedad se rige por la regla que se indica a continuación: El funcionario, debe manifestar su voluntad por escrito de que la misma sea depositaria o liquide mensualmente en forma definitiva en un fideicomiso individual, en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad, o que se mantenga en el presupuesto de gastos de la respectiva entidad oficial. Lo depositado o liquidado mensualmente se pagará al término de la prestación de servicios y devengará intereses según las siguientes opciones:

1. Al rendimiento que produzcan los fideicomisos o los Fondos de Prestaciones de Antigüedad, según sea el caso y en ausencia de éstos o hasta que los mismos se crearen, a la tasa del mercado si fuere en una entidad financiera.

2. A la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia a los seis principales bancos comerciales y universales del país; si el funcionario hubiese requerido que los depósitos se efectuasen en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o en una entidad financiera, y el órgano o ente no cumpliera con lo solicitado.

3. A la tasa promedio entre la activa y la pasiva, determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos comerciales y universales del país, si fuere con cargo al presupuesto de gastos del respectivo órgano o ente.

El órgano o ente donde preste sus servicios el funcionario deberá informarle anualmente, en forma detallada, el monto que le acreditó por concepto de prestación de antigüedad.

La entidad financiera o el Fondo de Prestaciones de Antigüedad, según el caso, entregará anualmente al funcionario los intereses generados por su prestación de antigüedad acumulada. Asimismo, informará detalladamente al funcionario el monto del capital y los intereses.

Los intereses están exentos del Impuesto sobre la Renta, serán acreditados o depositados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el funcionario, mediante manifestación escrita, decidiere capitalizarlos.

4. La prestación de antigüedad por retiro. Esta prestación de antigüedad se causa por el retiro del funcionario de la Administración Pública por cualquiera de las causas previstas en la ley, equivalente a: 1) quince días de sueldo cuando la antigüedad excediera de seis meses y no fuere mayor de seis o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado y depositado mensualmente; 2) cuarenta y cinco días de sueldo si la antigüedad excediere de seis meses y no fuera mayor de un año o la diferencia, entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente; sesenta días de sueldo después del primer año de antigüedad o la diferencia entre dicho y lo acreditado y depositado mensualmente siempre que hubiere prestado por lo menos seis meses de servicio durante el año sobre el cual cese la prestación del servicio.

La prestación de antigüedad como derecho adquirido será calculada con base en el sueldo inicial devengado en el mes al que corresponda lo acreditado o depositado, incluyendo las compensaciones por servicio eficiente y antigüedad y las demás asignaciones que puedan evaluarse en efectivo y correspondan a la prestación del servicio del funcionario independientemente de su denominación.

5. Derecho a la jubilación. Los funcionarios tienen derecho a obtener el beneficio de la jubilación por límite de edad y años de servicio, de conformidad con la ley. La ley rectora de la materia es la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de fecha 1º de enero de 1989.

6. Derecho al anticipo de la prestación de antigüedad. Los funcionarios tendrán derecho al anticipo de un 75% de lo acreditado o depositado por concepto de prestación de antigüedad, para satisfacer obligaciones derivadas de:

a. La construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familia.
b. La liberación de hipoteca o de cualquier otro gravamen sobre la vivienda de su propiedad.
c. Las pensiones escolares para él, su cónyuge, hijos o con quien haga vida marital.
d. Los gastos por atención médica y hospitalaria de las personas indicadas en el numeral anterior.

7. Prestación de antigüedad a los herederos en caso de fallecimiento del funcionario. Los beneficiarios son:

a. Los hijos menores de dieciocho años, o mayores cuando padezcan de defectos físicos permanentes que los incapaciten para ganarse la vida.
b. La viuda o el viudo que no hubiere solicitado u obtenido la separación de cuerpos, o la concubina o el concubino que hubiere vivido en concubinato con el difunto hasta su fallecimiento.
c. Los ascendientes que hubieren estado a cargo del difunto para la época de la muerte.
d. Los nietos menores de dieciocho años cuando sean huérfanos, y cuando sin serlo, el padre o la madre de ellos no tengan derecho a la indemnización y sean incapaces de subvenir a la subsistencia de aquellos.

Derechos de contenido social

1. *Descanso pre y post parto.* La funcionaria en estado de gravidez tendrá derecho a un descanso durante seis (6) semanas antes y doce (12) semanas después del parto. Si no hace uso del descanso prenatal por autorización médica o porque el parto sobrevenga antes de la fecha prevista o por cualquier otra circunstancia, el tiempo no utilizado se acumulará al período del descanso postnatal. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha prevista, el descanso prenatal se prolongará hasta la fecha del parto y la duración del descanso postnatal no podrá ser reducida. Si la funcionaria tiene vencido el lapso de vacaciones y decide hacer uso del mismo inmediatamente después del período postnatal, le debe ser concedido este derecho.

2. *Indemnización a la funcionaria de libre nombramiento y remoción*. La funcionaria de libre nombramiento y remoción en estado de gravidez podrá ser retirada en cualquier momento del servicio, previo el pago de una indemnización equivalente a seis meses de sueldo.

Los derechos colectivos funcionariales

La ley contiene un Título relativo a lo que se denomina derecho colectivo funcionarial término que contempla lo referente al derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva, al procedimiento conflictivo y a la huelga. Tales derechos son desarrollados en la siguiente forma:

3. Derecho a la sindicalización

No existe una norma que defina el derecho de sindicalización, sino que el mismo emerge del articulado que figura bajo la denominación de *Organización Sindical*. De ese articulado se pone en evidencia lo siguiente:

a. El derecho de sindicalización, esto es, el de la organización sindical de los funcionarios, está reservado a los que desempeñan cargos de carrera.

b. La organización sindical de los funcionarios públicos se rige por el principio de alternabilidad de los integrantes de las directivas cuya elección se realiza mediante el sufragio universal directo y secreto.

c. Los integrantes de las directivas sindicales deben hacer declaración jurada de patrimonio ante la Contraloría General de la República, antes y después de haber ejercido la representación sindical.

d. El registro de las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos debe realizarse ante el Ministerio de Planificación y Desarrollo.

e. Los órganos o entes de la Administración Pública no pueden afectar el derecho de sindicalización de los funcionarios y, en consecuencia, se les prohibe: (Art. 114)

- Inmiscuirse en los procesos electorales o en la toma de sus decisiones.
- Prohibir la afiliación o la renuncia de los funcionarios a las organizaciones sindicales.
- Descontar a los funcionarios las cuotas que correspondan a la organización sindical por cualquier concepto.
- Prestar las instalaciones del organismo para el establecimiento de la sede de la organización sindical.

4. Derecho a la negociación colectiva

El derecho a la negociación para concertar una convención colectiva debe ser ejercido por la organización que represente a la mayoría absoluta de los funcionarios, del órgano o del ente de la Administración Pública correspondiente. A los efectos de la negociación colectiva se constituirá una comisión que estará integrada por un representante del Ministerio de Planificación y Desarrollo quien la presidirá, tres representantes del órgano o ente respectivo; tres representantes de la organización sindical y un representante de la Procuraduría General de la República con el carácter de asesor, y se seguirá el siguiente procedimiento:

a. Recibido el proyecto de convención colectiva la administración realizará un estudio económico comparativo de costos entre las condiciones de trabajo vigentes y las que resulten del proyecto de convención colectiva, el cual deberá concluirse en un lapso no mayor de 30 días continuos.

b. Al vencimiento del término precedentemente aludido se designarán tres representantes para actuar en nombre del órgano o ente respectivo de la negociación colectiva.

c. El órgano de la Administración Pública remitirá el estudio económico al Ministerio de Finanzas, el cual debe rendir un informe en un lapso no mayor de 30 días continuos contados desde la fecha de su recepción. En el informe en cuestión se establecerá si existe o no disponibilidad presupuestaria y si el estudio se corresponde con los lineamientos técnicos establecidos por el Presidente de la República.

d. Cuando el Ministerio de Finanzas le remita el informe económico al órgano de la Administración Pública, éste debe informarle lo conducente al Ministerio de Planificación y Desarrollo a fin de fije la oportunidad para el inicio de las negociaciones, las cuales no excederán de un plazo de 180 días continuos que puede ser prorrogado hasta por 90 días.

e. El órgano empleador no puede suscribir la convención colectiva hasta tanto no disponga del informe emitido por el Ministerio de Finanzas donde conste que los compromisos que se pretenden asumir no exceden los límites técnicos y financieros establecidos por el Ejecutivo Nacional. Las convenciones firmadas en desacato de tal disposición son nulas.

5. El derecho al procedimiento conflictivo

Las máximas autoridades de los entes y órganos de la administración están obligados a promover la solución pacífica y armónica de las diferencias que surjan con los funcionarios públicos antes de que éstas revistan carácter conflictivo. Así, al tener conocimientos de que está planteada una diferencia de naturaleza contractual los órganos de la Administración deben abrir una etapa de negociación con la organización sindical respectiva. La Procuraduría General de la República debe ser notificada para que participe mediante un representante.

El procedimiento conflictivo se desarrolla en la forma siguiente:

a. Comienza con la presentación de un pliego de peticiones ante el Ministro de Planificación y Desarrollo, relativas a las condiciones de trabajo o a la celebración de una convención colectiva o al cumplimiento de la que estuviese pactada.

b. Presentado el pliego contentivo de uno o más planteamientos, al día siguiente el Ministro de Planificación y Desarrollo debe verificar lo siguiente: (Art. 131)

i. El cumplimiento de los requisitos que deben observar las solicitudes presentadas, de conformidad con la ley y los reglamentos.

ii. Que su objeto atienda a los siguientes objetivos: a) a que le Ministerio de Planificación y Desarrollo tome o deje de tomar ciertas medidas relativas a las condiciones de trabajo; b) que se celebre una convención colectiva; c) que se dé cumplimiento a lo que se tiene pactado.

iii. La presentación del acta auténtica donde conste la celebración de la Asamblea que acordó la introducción del pliego conflictivo.

iv. La constatación de que se han agotado los procedimientos conciliatorios legales o convencionales.

c. Si el Ministerio de Planificación y Desarrollo estima que se han incumplido los requisitos que el mismo examinara debe hacerlo constar por acto motivado que agregará al expediente. La organización sindical deberá subsanar los errores u omisiones dentro de las 24 horas. Si el Ministerio desestima la subsanación deberá decidirlo por acto motivado y la organización podrá corregir de nuevo los errores dentro de las 24 horas siguientes.

d. Una vez que la organización sindical haya subsanado los errores, el Ministerio de Planificación y Desarrollo deberá ordenar la instalación de una Junta de Conciliación dentro de las 24 horas siguientes. Asimismo se procederá si el Ministerio de Planificación no hubiere hecho observaciones, ya que deberá notificarlo al órgano empleador y al sindicato, a fin de que dentro de las 48 horas siguientes proceda a constituir dicha junta.

e. La Junta de Conciliación estará integrada en la forma siguiente: dos funcionarios de alto nivel con sus respectivos suplentes; el órgano empleador; un representante del órgano empleador; dos representantes de la organización sindical y un representante del Ministerio de Planificación y Desarrollo quien la presidirá.

f. Instalada la Junta de Conciliación en la oportunidad establecida por el Ministerio de Planificación, continuará reuniéndose o bien hasta acordar una recomendación que debe ser unánimemente aprobada o bien hasta que decida que la conciliación es imposible, todo lo cual no podrá tener una duración superior a cinco días continuos. La recomendación de la Junta de Conciliación o el acta en que se deja constancia de que la conciliación ha sido imposible pondrá fin a esta etapa del procedimiento.

6. Derecho de huelga

La ley define a la huelga como la suspensión colectiva de las labores por los funcionarios interesados en un conflicto de trabajo. El derecho de huelga puede ejercerse en los servicios públicos cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones. Si la huelga afecta a un servicio público esencial se deberá asegurar la prestación de los servicios mínimos indispensables. La no prestación de los servicios mínimos indispensables será causa para declarar la ilegalidad de la huelga y dará lugar a la destitución de los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera que se negaren a prestarlos o impidiesen el funcionamiento de tales servicios.

a. La ley menciona como *servicios públicos esenciales* a los siguientes: “salud; sanidad e higiene pública; producción y distribución de agua potable; producción y distribución de energía eléctrica; producción y distribución de hidrocarburos y sus derivados; producción y distribución de gas y otros combustibles; producción y distribución de alimentos de primera necesidad; seguridad ciudadana; recolección y tratamiento de desechos urbanos; aduanas; administración de justicia; protección ambiental y de vigilancia de bienes culturales; transporte público; control del tráfico aéreo; seguridad social; educación; servicios de correos y telecomunicaciones; y servicios públicos informativos de la radio y la televisión, y las demás que prevea el Reglamento”. (art. 141)

b. Los funcionarios públicos quedarán relevados del deber de asistir a sus labores mientras dure la huelga, y los órganos vigentes involucrados estarán igualmente exonerados de la obligación de remunerarlos.

XI. DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La Ley del Estatuto indica que además de los deberes que imponen las leyes y los reglamentos, los funcionarios están sometidos a los que se enuncian de inmediato:

Deber de prestación personal

Los servicios de los funcionarios deben ser prestados personalmente y bajo el horario establecido para ello.

Deber de obediencia

Es deber del funcionario acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos.

Deber de información

Los funcionarios están obligados a informar a los particulares sobre los asuntos y expedientes con respecto a los cuales tengan *algún interés legítimo*.

Deber de reserva

Al lado del deber de información antes aludido, y dejándolo a salvo la ley consagra el deber de reserva el cual enuncia como la obligación de guardar *la reserva, discreción y secreto* que requieran los asuntos relacionados con las funciones que tengan atribuidas.

Deber de vigilancia y conservación

Los funcionarios tienen el deber de vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso y administración.

Deber de inhibirse

Los funcionarios deben inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida en los siguientes casos:

a. Cuando personalmente, o bien su cónyuge, su concubino o concubina o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto.

b. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en un asunto.

c. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto; o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.

d. Cuando tuvieren relación de subordinación con funcionarios directamente interesados en el asunto.

Por lo que atañe a la posibilidad de *recusación* la ley establece que todo aquel que esté enterado de alguna causal por la cual un funcionario deba inhibirse, puede recusarlo ante su superior jerárquico, quien decidirá si procede o no la recusación planteada, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si procediese la recusación, el superior jerárquico deberá pasar el asunto a otro funcionario competente. Ahora bien, la recusación puede interponerse en el propio expediente administrativo y el funcionario instructor deberá hacer del conocimiento de su superior jerárquico la recusación formulada para que éste la decida.

Deberes de capacitación, perfeccionamiento personal y mejoramiento del servicio

Se trata de dos deberes con diferentes objetivos:

El primero es de naturaleza personal y consiste en la obligación del mejoramiento del desempeño mediante el cumplimiento de las actividades de capacitación y perfeccionamiento.

El segundo de los deberes enunciados es relativo al mejoramiento de los servicios, de los bienes y de las actividades que estén a su cargo. Así, el ordinal 9º del artículo 39 de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, señala que los funcionarios deben: "Poner en conocimiento de sus superiores las iniciativas que estimen útiles para la conservación del patrimonio nacional, el mejoramiento de los servicios, y cualesquiera otras que incidan favorablemente en las actividades a cargo del órgano o ente".

Deberes relativos a la conducta personal y a las relaciones con los restantes funcionarios y con el público

Se trata del deber de guardar una conducta decorosa en las relaciones con los superiores y con los subordinados y de mantener con respecto al público la consideración y cortesía debidas.

XII. PROHIBICIONES

1. Con relación a la celebración de contratos

Hay dos prohibiciones relativas a la celebración de contratos: una alude a la actuación directa por parte del funcionario y la otra a su eventual intervención en contratos celebrados por terceros. Vamos a exponer cada una de las señaladas especies:

a. A los funcionarios les está prohibido celebrar contratos por si, por personas interpuestas o en representación de otros, con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes. (Ordinal 1º art. 40).

b. A los funcionarios le está prohibido intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República, los Estados, los Municipios y demás personales jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales.

Debe observarse que en la prohibición de celebrar contratos directamente, tal prohibición se refiere a los contratos, con la República, con los Estados, con los Municipios y las demás personas jurídicas de derecho publico o de derecho privado estatales. Ahora bien, cuando se trata de la prohibición de intervenir directa o indirectamente en las gestiones de otros, la prohibición se limita a la celebración de contratos con la República.

2. Con relación a la actividad política

Les está prohibido a los funcionarios realizar propaganda, ejercer coacción política u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político cuando estén en el ejercicio de sus funciones.

3. Con relación a los gobiernos extranjeros

A los funcionarios les está prohibido aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización de la Asamblea Nacional. (Ordinal 4º del art. 40).

4. Con relación a las acciones u omisiones limitativas de las actuaciones públicas

A los funcionarios le está prohibido realizar cualquier acción o incurrir en omisiones que contribuyan a interrumpir, obstaculizar o impedir la prestación de los servicios públicos o el ejercicio de las potestades públicas. (Ordinal 5º del art. 40).

XIII. INCOMPATIBILIDADES

Las incompatibilidades son los motivos que impiden el ejercicio simultáneo de otras actividades, tareas o funciones con un cargo administrativo. En el régimen de la ley sobre el estatuto, las incompatibilidades son:

1. Es incompatible el ejercicio de *más de un cargo público remunerado.*

2. Es incompatible el ejercicio de un *cargo público con la profesión o actividad que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario*, con las siguientes excepciones: cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes determinados por la ley. Ahora bien en los casos de excepción antes mencionados. el ejercicio de los destinos excluidos de la incompatibilidad se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes al cargo.

La aceptación del segundo cargo público que no sea de los exceptuados, implica la renuncia del primero, con la única excepción de que se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al titular.

XIV. DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

La Ley sobre el Estatuto de la Función Pública no sólo contempla un régimen estatutario propiamente dicho, esto es, el regulador de la relación de empleo público de la Administración y sus funcionarios, sino que igualmente regula dos aspectos vinculados con dicho régimen constituidos por los que se expresan a continuación:

a. Un sistema de administración de personal.

b. El sistema contencioso-administrativo establecido para dirimir los conflictos entre los funcionarios y la administración.

Pasemos a analizar el primero de los aspectos mencionados.

La administración de personal es un régimen que abarca a varios sistemas regulados de la estructura orgánica, del funcionamiento y de los procedimientos que operan en el ámbito de la administración para permitir el mejor desarrollo de la relación de empleo

público. Estos subsistemas a los cuales hemos aludido están regulados en varios capítulos del Título V (Sistema de Administración de Personal) de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública y son los siguientes: el sistema de *selección;* el sistema de *ingreso* y el sistema de *ascenso;* (Estos tres sistemas mencionados son presentados en forma conjunta, a pesar de que cada uno de ellos tiene su propia entidad); el sistema de remuneraciones; el sistema de *evaluación*; el sistema de *capacitación*; el sistema de *retiro* y de *reingreso* de la Administración.

En nuestro criterio es necesario precisar que el sistema de *clasificación de cargos* es la base que rige a los restantes. En efecto, nuestro régimen se ha regido -y este hecho no ha cambiado en el actual estatuto- por una noción básica que es la de *cargo*, que es la unidad organizativa elemental, primaria, de la cual emerge toda la restante estructura de los subsistemas de administración de personal, por lo menos en los que presentan las características que el nuestro posee. Al efecto se observa que por lo que atañe a su sistemática la ley enuncia en su título a los sistemas de administración de personal y pasa de inmediato a regular a los que antes habíamos enunciado, sin previamente señalar los principios básicos de toda la organización que, como lo señaláramos, están constituidos por las reglas generales sobre la clasificación de cargos. Algunas de estas reglas sin embargo aparecen contempladas en el Capítulo I, que es el relativo a los sistemas de selección, ingreso y ascenso. Indudablemente que tal ubicación es incorrecta y asistemática. Repetimos que el legislador ha debido: o bien establecer un capítulo especial para regular el sistema de clasificación de cargos, o bien, crear un capítulo introductorio contentivo de disposiciones generales donde habría sido definido lo que es un cargo, lo que es una clase de cargos y los datos fundamentales inherentes a cada clase. Asimismo en este capítulo debía regularse el régimen de modificación de las clases de cargos.

Tal como lo habíamos señalado precedentemente es en el capítulo relativo a la selección donde aparecen algunos principios del régimen de clasificación, en el cual se señala el concepto de cargo, definiéndolo como "la unidad básica que expresa la división del trabajo en cada unidad organizativa". Indica igualmente que el mismo comprende las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas, con una interrelación tal que puedan ser cumplidas por una persona en una jornada normal de trabajo. (art. 55).

Más adelante la norma define a las clases de cargos indicando que, "los cargos sustancialmente similares en cuanto al objeto de la prestación de servicio a nivel de complejidad, dificultad, deberes y responsabilidades y cuyo ejercicio exija los mismos requisitos mínimos generales, se agrupan en clases bajo una misma denominación y grado común en las escalas generales de sueldos". (Art. 56)

Se define igualmente a las *series*, señalando que las clases de cargos sustancialmente similares en cuanto al objeto de la prestación de servicio, pero diferentes en niveles de complejidad de los deberes y responsabilidades, se agrupan en series en orden ascendente.

Por lo que atañe al sistema de clasificación, el mismo comprende el agrupamiento de éstos en clases definidas. Cada clase deberá ser descrita mediante una especificación oficial que incluirá los siguientes elementos:

1. Denominación, código y grado en la *escala general de sueldos.*

2. Descripción a título enunciativo de las atribuciones y deberes generales inherentes a la clase de cargo, la cual no eximirá del cumplimiento de las tareas específicas que a cada cargo atribuya la ley o autoridad competente.

3. Indicación de los requisitos mínimos generales para el desempeño de la clase de cargo, la cual no eximirá del cumplimiento de otros señalados por la ley o autoridad competente.

4. Cualesquiera otros que determinen los reglamentos respectivos.

Por lo que atañe a la aprobación de las denominaciones de clases la misma es de la competencia de Presidente de la República mediante decreto y, una vez aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales, sin perjuicio del uso de la terminología empleada para designar, en la respectiva jerarquía, los cargos de jefatura o de carácter supervisorio. (Art. 59)

Por lo que respecta a la posibilidad de efectuar cambios en el sistema de modificación de cargos, los órganos de la Administración pueden proponerlos al Ministerio de Planificación y Desarrollo.

Finalmente, la especificación oficial de la clase de cargos se publicará en la *Gaceta Oficial* con la denominación de *Manual Descriptivo de Clases de Cargos.* Los cargos de alto nivel y de confianza se mencionarán en los respectivos reglamentos orgánicos de los entes de la Administración.

El sistema de selección

El sistema de selección tiene como objeto garantizar el ingreso de los mejores aspirantes a los cargos de carrera de la Administración Pública Nacional tomando como base para su escogencia, las actitudes constatadas a través de la realización de concursos públicos. Señala la ley que serán nulos los actos de nombramiento de funcionarios de carrera que no hubiesen sido realizados en forma previa a los respectivos concursos.

De los concursos va a obtenerse el llamado *registro de elegibles.* La persona seleccionada por concurso será nombrada por un período de prueba que no puede exceder de seis meses, superado el cual el seleccionado ingresará como funcionario de carrera, para el cargo para el cual concursará. Si el funcionario no supera el período de prueba el nombramiento será revocado.

Una vez adquirida la condición jurídica del funcionario de carrera, de acuerdo con la ley, no se extingue sino en el caso de que el funcionario sea destituido.

Una norma atípica que aparece dentro del sistema de selección es la contenida en el artículo 53 que indica que "los funcionarios de libre nombramiento y remoción pueden ser seleccionados mediante concurso", lo cual es verdaderamente contradictorio con el hecho de que se trate justamente de funcionarios de libre nombramiento, esto es, que son designados por las razones que discurcionalmente posea el órgano designante. Más atípica aún es la norma final del mismo artículo que señala que los resultados de los concursos para estos cargos no tienen carácter vinculante.

Por lo que atañe al sistema de *ascenso* el mismo deberá fundamentarse en el llamado *mérito*, que contempla la trayectoria, los conocimientos y todos los aspectos que sean relevantes en el desempeño del cargo.

Sistema de remuneraciones

El sistema de remuneraciones comprende los sueldos, compensaciones, viáticos, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias o de otra índole que reciban los funcionarios públicos por sus servicios. En dicho sistema se establecerán escalas generales de sueldos, divididas en grados, con montos mínimos, intermedios y máximos. Cada cargo deberá ser asignado al grado correspondiente, según el sistema de clasificación, y remunerado con una de las tarifas previstas en la escala. (Art. 63).

Señala la ley que los sistemas de remuneraciones deberán ser aprobados mediante decreto del Presidente de la República, previo informe favorable del Ministerio de Planificación y Desarrollo y en el mismo se establecerán las normas para la fijación, administración y pago de sueldo iniciales; aumento por servicios eficientes y antigüedad dentro de la escala; viáticos y otros beneficios y asignaciones que por razones de servicio deban otorgarse.

La norma expresa que el sistema deberá también comprender las normas relativas al pago de acuerdo con horarios de trabajo, días feriados, vacaciones, licencias con o sin goce de sueldo y trabajo a tiempo parcial.

Las escalas pueden ser rebajadas pero solo provisionalmente y con la autorización de la Asamblea Nacional por circunstancias especiales de carácter económico o financiero pero deben ser restituidas al cesar tales circunstancias. Las escalas de los funcionarios de alto nivel deben ser aprobadas en la misma oportunidad en que se aprueben las escalas generales.

Sistema de evaluación

El sistema de evaluación comprende el conjunto de normas y procedimientos tendentes a evaluar el desempeño de los funcionarios de la Administración Pública Nacional. El resultado de las evaluaciones debe ser presentado al Ministerio de Planificación y Desarrollo como soporte de los movimientos de personal que pretenda realizar en el próximo año fiscal y su incidencia en la nómina del personal activo.

Hay dos tipos diferentes de evaluación: la evaluación ordinaria y la evaluación extraordinaria. La evaluación ordinaria debe ser realizada dos veces por año sobre la base de los registros continuos de actuación que debe llevar cada supervisor. La evaluación extraordinaria tendrá lugar cuando el órgano de gestión así lo considere necesario.

En el proceso de evaluación el funcionario debe estar informado de los objetivos de dicha evaluación que ha de estar acorde con las funciones inherentes al cargo.

La evaluación de los funcionarios es obligatoria y su incumplimiento acarreará sanciones al supervisor encargado de efectuarla. Sus resultados deben ser notificados al evaluado quien podrá solicitar por escrito se objeto de reconsideración dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación.

Sistema de capacitación y desarrollo

Este sistema comprende la formación y el mejoramiento técnico profesional y moral de los funcionarios públicos; su preparación para el desempeño de funciones más complejas; la incorporación de nuevas tecnologías; la corrección de las deficiencias detectadas en la evaluación; la habilitación para que asuma nuevas responsabilidades, se adapte a los cambios culturales y progrese en la carrera emprendida al servidor de la Administración.

Vinculado con el tema de la capacitación y desarrollo se encuentra la regulación de una entidad docente que se denomina *Escuela Nacional de Gerencia Pública* la cual ha de ser creada con el carácter de fundación del Estado; tendrá su sede en la ciudad de Caracas y podrá establecer dependencias en otras ciudades.

Se pretende que los gerentes públicos en todo sus niveles, propicien el trabajo en equipo, la participación democrática de los funcionarios y la profesionalización de la función pública.

Un largo artículo enuncia las atribuciones de la Escuela Nacional de Gerencia Pública que, deben cumplirse de conformidad con las políticas de desarrollo gerencial que establezca el Ministerio de Planificación y Desarrollo. Del extenso enunciado de tareas y competencias vamos a reproducir las más significativas, a saber:

1. Planificar, ejecutar, coordinar, promover políticas y programas de formación y capacitación del personal gerencial de nivel alto y medio, de los órganos y entes que integran la Administración Pública.

2. Promover y realizar programas de investigación acordes con el desarrollo de las capacidades gerenciales del sector público.

3. Realizar actividades de cooperación técnica en el campo de la gerencia pública para beneficio de los órganos y entes que integran la Administración Pública Nacional y con las administraciones estatales y municipales que las soliciten.

4. Producir y apoyar la producción de casos, juegos de simulación, programas para educación a distancia, documentos técnicos, y otros materiales de enseñanza que puedan ser útiles para el continuo perfeccionamiento de los programas de formación de gerentes públicos.

5. Contribuir a la formación de recursos docentes especializados en gerencia pública.

6. Promover la eficiencia, la probidad, la acción sistemática a favor del desarrollo económico y social, *y la equidad, en el ejercicio de la gerencia pública*.

7. Promover y apoyar la profesionalización gerencial del sector público.

8. Propiciar el desarrollo de una cultura en los organismos públicos centrada en valores y actitudes destinados a desarrollar una gestión transparente, orientada al servicio del ciudadano.

La Escuela Nacional de Gerencia Pública podrá emitir certificaciones y diplomas que acrediten el cumplimiento de sus programas.

Las situaciones administrativas

A pesar de que la ley no los contempla dentro de una nación general, las mismas necesariamente están presentes en el régimen legal, por cuanto se trata de las diferentes modalidades que puede revestir el desempeño de la función administrativa de los funcionarios en su relación con la Administración. Las más importantes son los siguientes:

a. El servicio activo.

b. Las comisiones de servicio.

c. Los traslados o transferencias.

d. La situación de permiso y licencia.

De allí que, aún cuando no están concebidos como un sistema autónomo, las situaciones administrativas están reguladas en el Título relativo a los Sistemas de Administración de Personal en un Capítulo especial (Capítulo VIII). En dicho capítulo se considera en *servicio activo* al funcionario que ejerza el cargo o se encuentre en comisión de servicio, traslado, suspensión con goce de sueldo, permiso o licencia. (Art. 87).

Por lo que respecta a la *comisión de servicios*, el artículo 88 señala que "es la situación administrativa de carácter temporal por la cual se encomienda a un funcionario el ejercicio de un cargo diferente, de igual o superior nivel del cual es titular, para el que reúna los requisitos exigidos".

Igualmente señala la última norma citada que podrá ser realizada en el mismo órgano o ente donde el funcionario presta servicio o en otro de la Administración Pública Nacional. Si el cargo que se ejerce en comisión de servicio tuviere mayor remuneración, el funcionario tendrá derecho al cobro de la diferencia, así como a los viáticos y remuneraciones que fueren procedentes.

Por lo que atañe a los *traslados,* el artículo 90 señala "Por razones de servicios, los funcionarios de carrera podrán ser trasladados dentro de la misma localidad de un cargo a otro de la misma clase, siempre que no se disminuya su sueldo básico y los complementos que le puedan corresponder. Cuando se trate de traslado de una localidad a otra, éste deberá realizarse de mutuo acuerdo con las excepciones que por necesidades de servicio determinen los reglamentos".

A su vez el artículo 91 indica "Los funcionarios de carrera podrán ser transferidos cuando tenga lugar la descentralización de las actividades a cargo del órgano o ente donde presten sus servicios. En tales casos deberá levantarse un Acta de Transferencia".

Sistema de retiro y reingreso

El retiro de la Administración Pública de acuerdo con lo que emerge de la normativa legal no es otra cosa que la ruptura de la relación activa de empleo público. El uso del término *relación activa* es un término con valor comparativo. En efecto, la relación puede permanecer solo para limitados fines, como es el caso de la jubilación en la cual el funcionario continúa vinculado a la Administración, aún cuando no ejerza ningún cargo dentro de ella ni posea responsabilidades derivadas de los vínculos que de la misma emergen. Por el contrario, la relación activa implica un vínculo que se desarrolla en toda su plenitud.

Las causas de retiro de la aludida relación activa son enunciadas en la siguiente forma (Artículo 98):

1. La renuncia escrita del funcionario debidamente aceptada.
2. La pérdida de la nacionalidad.
3. La interdicción civil
4. La jubilación o la declaratoria de invalidez de conformidad con la ley.
5. La reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambio en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa.
6. La destitución
7. *Cualquier otra causa prevista en el presente Decreto Ley*.

Los cargos que quedaren vacantes por reducción de personal no podrán ser provistos durante el resto del período fiscal. Por lo que atañe a los funcionarios de carrera que sean retirados conforme a dicha causa, o bien que lo sean de un cargo de libre nombramiento y remoción, quedarán incorporados en el registro de elegibles y les será aplicable la disposición que establece que "los funcionarios de carrera que sean retirados por una causal distinta a la destitución tendrán derecho a una bonificación equivalente a un mes de sueldo y egresarán inmediatamente del servicio", (indudablemente que el legislador fue poco cuidadoso al hacer la mención de la norma aplicable por cuanto alude al aparte único del artículo 38, artículo éste que no tiene ningún aparte y que no guarda relación con la materia de la cual se trata. En realidad la referencia ha debido hacerse al único aparte del artículo 36 que es aquel al cual hemos aludido).

La ley a pesar de que intitula al Capítulo IX del Título V al cual hemos estado haciendo referencia, como retiro y reingreso; no alude en forma alguna al reingreso.

El régimen disciplinario

El régimen de las sanciones disciplinarias comprende solamente la *amonestación escrita* y la *destitución.* La primera corresponde aplicarla al supervisor inmediato y contra ella se puede interponer recurso jerárquico para ante la máxima autoridad de la administración, dentro del plazo de 15 días hábiles. No es necesario así agotar previamente el recurso de reconsideración. La autoridad máxima deberá decidir el recurso jerárquico dentro de los 30 días hábiles siguientes a su recepción y su falta de pronunciamiento en dicho lapso constituirá un *silencio negativo* que permitirá al funcionario ocurrir al tribunal contencioso-administrativo.

Las faltas sancionables con amonestación escrita prescriben a los seis meses a partir del momento en que el supervisor inmediato tuvo conocimiento del hecho y no inició el procedimiento.

Las faltas de los funcionarios públicos sancionadas con destitución prescribirán a los ocho meses a partir del momento en que el funcionario de mayor jerarquía tuvo conocimiento de los hechos y no solicitó la apertura de la correspondiente averiguación administrativa.

La ley contempla el procedimiento disciplinario para el caso de destitución señalando en el mismo los siguientes pasos:

1. Al enterarse de que un funcionario está incurso en una causal de destitución, el de mayor jerarquía dentro de la unidad, debe solicitar de la oficina de recursos humanos la apertura de la averiguación.

2. La oficina de Recursos Humanos instruye el expediente y determina los cargos que han de ser formulados al funcionario.

3. La oficina de Recursos Humanos notifica al investigado para que tenga acceso al expediente.

4. En el quinto día hábil después de haber sido notificado el investigado, la oficina de Recursos Humanos le formulará los cargos a que hubiere lugar. En el lapso de tres días hábiles siguientes el funcionario debe consignar su escrito de descargo.

5. Concluido el acto de descargo se abre un lapso de cinco días hábiles para que la Administración y el funcionario promuevan y evacuen las pruebas.

6. Dentro de los dos días siguientes al vencimiento de lapso de prueba se remitirá el expediente a la consultoría jurídica correspondiente para que opine sobre la procedencia o no de la destitución.

7. La Consultoría dispone de una lapso de diez días hábiles. Para presentar su dictamen.

8. La máxima autoridad decidirá dentro de los cinco días hábiles siguientes al dictamen de la consultoría y notifica al funcionario investigado el resultado, indicándole en el mismo acto el recurso que procediere, el tribunal ante el cual debe interponerlo y el término para su interposición.

Señala la ley que el incumplimiento del procedimiento disciplinario por parte de los titulares de las oficinas de RRHH será causal de retiro de la Administración.

La ley contempla una serie de medidas cautelares que pueden dictarse durante el procedimiento disciplinario. La medida fundamental es la suspensión del cargo con goce de sueldo con una duración máxima de 60 días continuos. El lapso aludido puede ser prorrogado por una sola vez.

También está prevista la suspensión sin goce de sueldo que se da en los casos en los cuales a un funcionario le ha sido dictado auto de detención.

XV. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

El Contencioso-Administrativo de la función pública implica la regulación de sus tres elementos constitutivos, que son:

a) Las acciones que pueden ser ejercidas

b) El procedimiento para el trámite jurisdiccional de tales acciones

c) Los tribunales competentes para conocer de dichas acciones.

Por lo que atañe a las acciones, la ley es muy genérica cuando dice que la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de la Función Pública tiene competencia para decidir de todas las controversias que se susciten con motivo de su aplicación. Posteriormente ejemplifica algunas de las controversias que pueden plantearse sin que ello le dé carácter taxativo a su enunciado. La ejemplificación aludida establece las siguientes acciones:

a) La reclamaciones que formulen los funcionarios o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional.

b) Las solicitudes de declaratoria de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos.

c) Las solicitudes de declaratoria de inconformidad a derecho de las huelgas que interrumpan u obstaculicen las actividades esenciales de los servicios públicos en perjuicio de la población, que afecten el normal ejercicio de las potestades públicas del Estado o que, en general, se consideren ilegales.

Es decir que las acciones son: a) las reclamaciones que configuraron la llamada *querella* en el contencioso-administrativo de la Carrera Administrativa, regulado por la Ley de Carrera Administrativa, término éste que la ley que examinamos también utiliza; b) un recurso de nulidad que versa sobre las cláusulas de los convenios colectivos y, c) finalmente, una acción de calificación de la ilegalidad de las huelgas que interrumpan u obstaculicen los servicios públicos. Es decir, que han sido añadidos al régimen de la Ley de Carrera Administrativa, los dos últimos supuestos que tienen un carácter muy específico ya que se refieren a la nulidad de las cláusulas de los contratos colectivos y a la impugnación de la declaratoria de huelga. En contrapartida ha sido eliminado el recurso de interpretación.

El lapso para el ejercicio de las acciones es de caducidad y es de tres meses a contar del día en que se produjo el hecho que da lugar al recurso.

La legitimidad para el ejercicio del recurso es bastante amplia por cuanto pareciera que basta con tener un interés, ya que la ley no exige ninguna otra calificación.

Por lo que atañe al procedimiento el mismo está sucintamente desarrollado mediante las etapas que a continuación se indican:

La introducción de la querella escrita; la admisión de la querella previo examen de la existencia de los requisitos de admisibilidad; la solicitud del expediente administrativo y la conminación a la parte accionada a dar contestación a la querella dentro de un plazo de 15 días de despacho a partir de la fecha de la citación, la cual puede efectuarse por oficio, por aviso de recibo o por correo certificado; el acto de la audiencia preliminar y la excitación en la misma a la conciliación; la apertura del lapso probatorio y la evacuación de las pruebas y, la audiencia definitiva. En esta última, las partes tendrán derecho de palabra y el juez podrá interrogarlas y luego se retirará para estudiar su decisión definitiva que deberá dictar de inmediato, salvo que la complejidad del asunto exija que sea prorrogada para los cinco días de despacho siguientes. El juez dictará sentencia escrita sin narrativa y sin transcripciones de actas o documentos. Contra tal sentencia podrá apelarse en el término de cinco días para ante la Corte Primera del Contencioso-Administrativo.

Por lo que se refiere a los tribunales, son las Disposiciones Transitorias las que señalan: "Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 151 de este Decreto Ley, los jueces superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública Nacional que dio lugar a la controversia".

Por vía de disposición transitoria se estableció que los actuales integrantes del Tribunal de la Carrera Administrativa pasarán a constituir los jueces superiores 5to, 6to y 7mo del Tribunal Administrativo.

APÉNDICE

DIFERENCIA ENTRE RÉGIMEN ESTATUTARIO Y EL RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL

Debemos responder al interrogante de que diferencia sustantiva existe entre el régimen estatutario del Art. 144 de la Constitución y el relativo a la relación de trabajo para el sector privado contendió en el mismo texto.

Vamos a establecer las diferencias con relación a los principios rectores del trabajo y a los derechos otorgados por la constitución a los trabajadores.

Por lo que atañe a los principios rectores del trabajo los mismos parten de dos calificaciones esenciales que son:

a. El trabajo es un hecho social.

b. Goza de la protección del Estado.

Este apéndice está destinado a señalar las diferencias esenciales entre el régimen estatutario y el régimen sometido al contrato de trabajo, a la luz de las normas constitucionales.

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Manuel Rodríguez Costa
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho Administrativo en su evolución ha vivido distintas facetas. En su origen surgió como un fuero especial de protección a la Administración Pública, garante de los intereses generales, impidiendo que la actuación de ésta fuera sometida a las reglas del derecho ordinario.

Posteriormente, el Derecho Administrativo sufre un cambio total, convirtiéndose en garantía de los derechos del ciudadano frente al poder del Estado. En la actualidad, esta rama del derecho se debate entre los extremos antes aludidos, tratando a través de distintas técnicas jurídicas de lograr un equilibrio entre las prerrogativas de la Administración Pública y las garantías del ciudadano.

En la búsqueda de ese equilibrio se han desarrollado distintas técnicas de protección de los intereses y derechos de los particulares, tales como la ampliación del control ejercido por el contencioso administrativo sobre la totalidad de la actividad administrativa (incluyendo la inactividad), desarrollo de los criterios de legitimidad (artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que amplia el espectro de la protección jurisdiccional a los titulares de derechos e intereses, incluso colectivos y difusos) y la tutela judicial cautelar, constituyen buenos ejemplos de ello.

Pero los medios antes mencionados no han sido los únicos. En los últimos años se han desarrollado normas que regulan los mecanismos a través de los cuales se desenvuelve la actividad administrativa, constituyéndose el procedimiento administrativo en una garantía más de los particulares.

Es en este ámbito donde adquiere una importancia esencial el principio participativo. La idea de la participación de los ciudadanos atribuye un sesgo nuevo al Derecho Administrativo, incorporando un nuevo punto de referencia que disciplina el comportamiento de la Administración Pública.

En esta área de garantías del ciudadano se inserta el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que constituye un reflejo del principio de transparencia administrativa, que es un mecanismo de control de la actuación administrativa, en un doble aspecto: de una parte, en el más inmediato que se encuentra vinculado a la posición del interesado en cada concreto procedimiento administrativo, en la medida en que puede reconocerse su derecho a conocer el contenido concreto del mismo; de otro lado, en el más amplio relacionado con el derecho de los ciudadanos a estar informados del funcionamiento ordinario y cotidiano de la Administración Pública.

La transparencia de la *rex publica* aparece hoy en día como un ineludible corolario de la democracia, independientemente de la forma política de gobierno y de la estructura territorial del poder público, pues la idea de la transparencia administrativa, contribuye innegablemente a ofrecer a la Administración una legitimidad que es hoy en día abiertamente cuestionada, dado que la transparencia coadyuva a la consecución del rigor y de la eficacia en la acción administrativa.

En este punto resulta ilustrativo recordar el principio de Brandeis, de que la publicidad es un remedio para muchas enfermedades sociales, es especialmente aplicable para la mayor parte de los vicios y corrupciones públicas; para ellos, "*La luz del sol... es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía*", de allí que se afirme que la Administración Pública debe desplegar sus funciones desde oficinas de cristal.

Difícilmente puede hablarse de transparencia de la actividad administrativa si no se garantiza un derecho del público a la comunicación de la documentación en poder de la Administración.

La *transparencia administrativa* se utiliza para englobar instituciones jurídicas diversas, como la motivación de los actos y la participación en los procedimientos y funciones administrativas. Por ello, las doctrinas italiana y francesa indican que la transparencia administrativa es, más bien, un modo de ser de la Administración.

Al convertirse el acceso a los expedientes y registros de la Administración Pública en un derecho de los ciudadanos resulta necesario establecer cuáles son los límites del mismo.

II. EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de efectuar el análisis de nuestro ordenamiento jurídico relacionado con el derecho de acceso a los expedientes de la Administración Pública, consideramos necesario el estudio del mismo en el ámbito del derecho comparado, para lo cual procederemos de inmediato a la revisión de los siguientes sistemas jurídicos:

1. El derecho de acceso en Estados Unidos

La Ley de Procedimientos Administrativos de 1946 estableció que los organismos federales únicamente debían comunicar la información solicitada a las personas *legítima y directamente afectadas*; situación que consagró un amplio poder discrecional a la Administración, la que encontró en esta disposición un refugio fácil para sus secretos.

El 4 de julio de 1966 es dictada la Ley sobre libertad de información, que entraría en vigor un año después, cuyo objeto era invertir los términos de la normativa anterior, de modo que la regla general debía ser la publicidad y el secreto la excepción. En este sentido la Ley no exigía la acreditación de un interés específico y trasladó la carga de la prueba de los ciudadanos a la Administración Pública la cual debía motivar las razones por las cuales se negaba a suministrar la información solicitada[1].

1. La referida Ley sufrió importantes cambios en los años 1974 y 1976, con la finalidad de agilizar el trámite a través del cual los particulares podían tener acceso a la información de los archivos de la Administración.

La Constitución norteamericana no consagra de un modo explícito un derecho de acceso a la información gubernamental. El único precepto dedicado a la información es la conocida Primera Enmienda de 1791, que únicamente consagró la libertad de palabra y la libertad de prensa, del cual la jurisprudencia ha derivado el *derecho a saber* (*right to know*) como derecho del público a la noticia.

Este derecho a saber no alberga en realidad un derecho individual de la ciudadanía a ser informado, sino que el derecho del público a la noticia se traduce en la reivindicación por parte de los profesionales de la información de una posición jurídica privilegiada frente al Estado, como legítimos representantes del derecho a saber del pueblo norteamericano, en su condición de intermediarios entre la noticia y el público.

A pesar de lo anterior, parte de la doctrina ha tratado de encontrar en la Primera Enmienda el fundamento del derecho de acceso a los registros públicos, al permitir ésta la libre discusión de los asuntos gubernamentales.

La Ley sobre libertad de información consagraba como sujetos activos de éste derecho a cualquier persona, es decir, todo individuo (nacional o extranjero, residenciado o no en los Estados Unidos de Norteamérica), toda sociedad comercial o asociación o todo organismo público o privado distinto de una *Agency*, en otras palabras, exterior a la Administración federal.

Debemos recordar que adicionalmente la Ley no exigía la existencia de interés calificado.

La única limitación impuesta por la normativa comentada era el derecho a la privacidad y protección de la vida privada.

En cuanto a los sujetos pasivos, la Ley sobre libertad de información remitía este concepto a la Ley de Procedimientos Administrativos de 1946, la cual prevé la figura de la *Agency*, todo organismo ejecutivo, quedando excluidos en consecuencia los órganos consultivos de la Administración Activa[2].

También se encuentran excluidos de esta regulación legal el Congreso, El Senado y los Tribunales. Finalmente debemos destacar que esta normativa no se aplica a las Administraciones Locales, para las cuales rige el derecho de cada Estado, que coincide en buena medida con los planteamientos de la Ley federal.

Sobre el objeto de este derecho debemos señalar que la Ley hace referencia a los *documentos de la Administración*, entrando en su ámbito todo documento, cualquiera que sea su consistencia material, que presente una forma apta para recibir información administrativa[3].

No entran en el ámbito de la Ley los documentos futuros o que necesitan de trabajos de compilación de datos informales o de síntesis o cálculos de estadísticas particulares.

Es necesaria la posesión actual, en el sentido de que el documento debe estar en posesión de la Administración afectada en el momento de la petición, sin que sea suficiente una cierta facultad de control sobre los documentos requeridos que pudiera permitir la obtención de los mismos, y además debe tratarse de una posesión efectiva, en el sentido de que el documento debe ser creado u obtenido para su posesión efectiva por la Administración.

2. Una enmienda del año 1984 permitió la exclusión de la CIA del ámbito de aplicación de la Ley.
3. Quedan comprendidos en este ámbito las películas, los disquetes informáticos.

La legislación de los Estados Unidos de Norteamérica prevé una serie de excepciones al derecho de acceso, que no significan una prohibición de la comunicación de los documentos, sino que únicamente atribuyen a la Administración una facultad discrecional de apreciación sobre la comunicación eventual de los documentos cubiertos por el secreto.

Entre las limitaciones previstas en la Ley encontramos un primer grupo por razones de *interés público*, referido a la protección del secreto por imperativo de la defensa nacional y de la política extranjera y la tutela del secreto por necesidades de eficacia de la acción administrativa. Un segundo grupo está previsto por razones de *interés privado*, referido a la protección del secreto de la vida privada y la protección del secreto industrial y comercial.

Por lo que respecta al ejercicio de este derecho, la Ley no exige su formulación por escrito, sin embargo por razones de seguridad y prácticas es la forma usual, debiendo identificarse con precisión el documento al cual se desea acceder. La revisión puede efectuarse directamente por el solicitante o a través de la expedición de copias, debiendo el solicitante cargar con una parte, al menos, de los costes de la tramitación de la solicitud.

Formulada la petición la Administración debe pronunciarse expresamente respecto de ella, cualquier negativa debe ser motivada, prohibiéndose la posibilidad de decisiones presuntas. Contra la negativa de la Administración, pueden ser interpuestos los recursos gubernativos y judiciales previstos en la Ley.

2. El derecho de acceso en Francia

A diferencia de la doctrina norteamericana, la cuestión del fundamento constitucional del derecho de acceso a los documentos administrativos no ha preocupado excesivamente a la doctrina francesa, de modo que parece conformarse con su fundamento legal, limitándose a señalar el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en virtud del cual la sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público cuentas de su administración.

Para G. Braibant el derecho de acceso a los documentos públicos debe ser considerado como derecho perteneciente a una tercera generación de derechos humanos, después de los derechos civiles y políticos de 1789 y de los derechos económicos y sociales de 1946. En cambio, J. Rivero considera que el derecho a la transparencia administrativa no puede configurarse como un verdadero derecho del hombre.

Conforme a la Ley 79-587 de 11 de julio de 1979 es sujeto activo de este derecho *toda persona*, es decir, tanto las personas físicas, como las jurídicas, nacionales o extranjeros (residenciados o no en Francia), administrados y funcionarios.

Respecto de la exigencia de legitimación, para los documentos no nominados la Ley no formula ningún requisito de interés.

En cuanto a los sujetos pasivos, tenemos a la Administración del Estado, las entidades locales y los establecimientos públicos vinculados a las Administraciones Públicas territoriales. Además, a los servicios administrativos dependientes del poder ejecutivo han sido asimilados los servicios de las asambleas parlamentarias en lo que se refiere a los documentos relativos a sus funciones, no los relativos a la función legislativa.

Por su parte, la doctrina del Consejo de Estado ha incluido a las llamadas autoridades administrativas independientes (Tribunal de Cuentas, Comisión de Operaciones de Bolsa, Comisión Nacional de Informática y de las Libertades).

También son considerados como sujetos pasivos de este derecho los organismos de Derecho Privado encargados de la gestión de un servicio público, tales como las sociedades nacionales de radio y televisión, Air-France, etc.

Al igual que en el sistema norteamericano, la jurisprudencia exige la posesión efectiva del documento por parte del ente u organismo administrativo.

En cuanto al objeto del derecho de acceso, éste no es otro que el *documento administrativo*.

El derecho a la información que garantiza la Ley de 17 de julio de 1978 se circunscribe a la libertad de acceso a los documentos administrativos -de carácter no nominativo- lo que presupone que el documento exista, materializado de cualquier forma (escrita, registros sonoros o visuales, tratamientos automatizados de informaciones no nominativos).

La jurisprudencia francesa ha precisado que el documento debe existir en el momento de la solicitud de comunicación, de modo que los particulares no pueden exigir a la Administración efectuar un trabajo de síntesis o de confección del documento; asimismo, no es posible solicitar el acceso a documentos de producción futura, de tal modo que la petición se convertiría en una especie de suscripción. Finalmente la jurisprudencia exige que el documento debe estar acabado, en el sentido de que los bocetos y notas informales o versiones parciales o provisionales de un documento no son comunicables[4].

El documento administrativo es definido en base a los siguientes criterios: 1) el documento debe emanar de la Administración (aunque se admiten como documentos administrativos los emanados de los particulares en poder de la Administración), 2) deben ser el producto de la función pública (quedando excluidos los documentos producto de las funciones judiciales[5] y legislativas), 3) para el Consejo de Estado, el documento debe ser el producto del ejercicio de una competencia regulada por el Derecho Público[6] y 4) finalmente, el Consejo de Estado exige que se trate de un documento interno.

Este derecho, al igual que ocurre en el sistema norteamericano, se encuentra sometido a algunas restricciones por razones de interés público o privado, en el sentido de conferir a la administración un poder discrecional de apreciación sobre la aplicación de una excepción a la comunicación de los documentos.

Los límites establecidos por razones de interés público son los siguientes: 1) el secreto de las deliberaciones del Gobierno y de las autoridades responsables del poder ejecutivo (con la finalidad de proteger el carácter confidencial de las reuniones precedentes a las decisiones adoptadas por ellos), 2) el secreto de la defensa nacional y la política exterior, 3) los documentos cuya comunicación pueda perjudicar a la moneda y al crédito público, a la seguridad del Estado y a la seguridad pública, 4) los documentos cuya comunicación perjudique el desarrollo de los procedimientos iniciados ante las jurisdic-

4. La jurisprudencia ha incluido en este concepto de documentos no acabados los dictámenes y opiniones que se produzcan durante la tramitación del expediente administrativo, limitando su acceso hasta el momento en que sea dictado el acto definitivo.

5. Incluidos los actos notariales y de estado civil.

6. Esta posición es criticada por la doctrina, quien considera que el concepto del documento administrativo es independiente de la naturaleza de las normas jurídicas que originan el mismo.

ciones o a las operaciones preliminares de tales procedimientos, 5) los documentos cuya comunicación perjudique a la investigación por los servicios competentes de las infracciones fiscales o aduaneras.

En cuanto a los límites por razones del interés privado, la Ley 78-753 excluye el derecho de acceso respecto de los documentos administrativos cuya comunicación pueda atentar al secreto de la vida privada, de los expedientes personales y médicos, así como al secreto en materia comercial e industrial. A este tipo de documentos (nominativos) sólo pueden tener acceso aquellas personas que se puedan ver afectados por el contenido de los mismos, según alguno de los siguientes criterios: a) una persona se considera afectada cuando el documento se ha producido en consideración a ella misma, es decir, se considera *afectada* la persona *nominalmente* designada en el documento; b) se considera también a una persona *afectada* cuando el objeto del documento, su contenido, su función le interesan personal y directamente (en estos supuestos se encuentran ciertos parientes de la persona mencionada en el acto). Cuando el documento hace referencia a una pluralidad de personas en forma nominativa, la jurisprudencia ha adoptado el criterio de permitir el acceso parcial al contenido del documento.

También se encuentran sometidos a excepción los asuntos relacionados con el secreto industrial y comercial, entendiéndose por tales los siguientes supuestos: a) el secreto de los procedimientos de fabricación (técnicas de fabricación propiamente dichas, así como los trabajos de investigación y el *saber-hacer*), b) el secreto de las informaciones económicas y financieras, c) el secreto de las estrategias comerciales (por ejemplo la negociación de contratos).

No se exigen formalidades para el ejercicio de este derecho, aunque es práctica común que este sea formulado por escrito, debiéndose identificar con precisión el documento.

La revisión puede efectuarse directamente por el solicitante o a través de la expedición de copias.

Cualquier negativa por parte de la Administración al ejercicio de este derecho debe ser notificada al administrado y encontrarse debidamente motivada, admitiéndose la posibilidad de negativas presuntas. En ambos casos, resulta procedente la interposición de los recursos contenciosos administrativos.

En cuanto a las garantías administrativas de este derecho, vemos en primer lugar la existencia de la Comisión de Acceso a los Documentos Públicos (CADA), creada por la Ley 78-753, cuya función es velar por el respeto a la libertad de acceso a los documentos administrativos.

3. El derecho de acceso en Italia

Al igual que en los sistemas norteamericano y francés, la Constitución italiana no contiene un reconocimiento explícito del derecho de acceso a los documentos. A pesar de ello la doctrina ha encontrado sin dificultad diversos fundamentos constitucionales para esta figura. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que el derecho de acceso es una derivación de los principios de imparcialidad y de buen funcionamiento de la Administración Pública, consagrados en el artículo 97 del texto constitucional, puesto que permite un control democrático de la sociedad sobre la Administración.

El acceso a los expedientes administrativos se encuentra regulado en la Ley 241/1990, como un derecho subjetivo autónomo, la cual en su artículo 1.1 consagra el principio de publicidad de la actividad administrativa, como mecanismo para garantizar la transparencia de la misma, dedicando todo el Capítulo V al acceso de los documentos administrativos.

Por lo que respecta a los sujetos activos de este derecho, la Ley 241/1990, en su artículo 22, atribuye esta condición a "cualquiera que tenga interés por la tutela de situaciones jurídicamente relevantes". El Reglamento de 27 de junio de 1992, extiende esta legitimación incluso a las Administraciones, asociaciones y grupos portadores de intereses públicos o difusos.

Como podemos observar de lo anterior, en el sistema italiano se exige que el solicitante cuente con un interés en la tutela de situaciones jurídicas relevantes, debiendo motivar su solicitud (artículo 25). La normativa reglamentaria resulta mucho más exigente en este aspecto, al prever el Reglamento 352/92 la necesidad de la existencia de un interés *personal y concreto*.

Esta situación ha sido atacada por la doctrina mayoritaria, para quien el derecho de acceso debe ser concebido en forma generalizada, ligado a las exigencias de información y control social de la acción administrativa, a los fines de garantizar el principio de transparencia e imparcialidad en la actuación administrativa.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que en el ordenamiento italiano el derecho de acceso, si bien no está limitado a las partes del procedimiento, exige, no obstante, una cualificación jurídica de los intereses que no admite configurar el derecho de acceso en forma de una pura participación de todo ciudadano en las funciones administrativas y excluye un interés meramente *emulativo* o, en cualquier caso, no cualificado.

A pesar de lo anterior, el propio Consejo de Estado ha estimado que la posición que legitima al ciudadano el acceso a los documentos administrativos no debe necesariamente poseer todos los requisitos que legitimarían el recurso ante el Juez administrativo, sino que es suficiente que el solicitante sea titular de una posición jurídica relevante y que su interés al acceso se funde en tal posición.

La Ley 241/1990 dispone, en su artículo 23, que el derecho de acceso se ejercita en relación con la Administración del Estado, incluidos las *aziende autonome*, los entes públicos (incluidos los entes públicos económicos que realizan actividades empresariales sujetas al derecho privado y las administraciones locales) y los concesionarios de servicios públicos.

Por lo que respecta a las Administraciones regionales, como sujetos pasivos, las normas contenidas en la Ley 241/1990 le resultan aplicables, en cuanto las mismas no hayan ejercido su potestad de reglamentar los procedimientos administrativos que se desarrollen en su seno.

El documento administrativo es definido como toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética *o de cualquier otra especie* del contenido de los actos de la Administración, aun los internos (artículo 22 de la Ley 241/1990). Se entiende que el derecho de acceso no está limitado a la actividad realizada directamente por las Administraciones Públicas, sino que comprende también los actos, de cualquier procedencia, que se integren en el procedimiento administrativo.

Quedan excluidas del concepto de documento las informaciones en sentido estricto, es decir, las peticiones de información sobre asuntos más o menos concretos, pero no materializados en documentos.

En cuanto a la comunicación de los documentos preparatorios, la Ley 241/19990 en su artículo 24.6, faculta a los sujetos pasivos a retrasar el acceso a los documentos solicitados mientras su conocimiento pueda impedir u obstaculizar gravemente el ejercicio de la acción administrativa. Esta limitación no existe respecto de los sujetos interesados en el procedimiento administrativo, quienes tienen derecho de acceso libre al mismo.

La Ley 241/1990 contempla, artículo 24.2, diversos límites taxativos con objeto de salvaguardar los intereses públicos siguientes: 1) La seguridad, la defensa nacional y las relaciones internacionales; 2) la política monetaria y de divisas; 3) el orden público y la prevención y represión de la criminalidad.

A los supuestos anteriores debe sumarse la información que haya sido catalogada como secreto de Estado, es decir, los actos, documentos, noticias, la actividad y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar daño a la integridad del Estado democrático, los acuerdos internacionales, la defensa de las instituciones contempladas en la Constitución, el libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, la independencia del Estado respecto de otros Estados y en sus relaciones con éstos y la preparación de la defensa militar.

El derecho de acceso a los documentos de la Administración también presenta algunas limitaciones en defensa de los intereses privados. En este sentido, la Ley 241/1990 excluye el libre acceso respecto a los documentos que puedan afectar la intimidad de personas, grupos o empresas, garantizando a los interesados la vista de los actos relativos a los procedimientos administrativos cuyo conocimiento sea necesario para velar o para defender sus intereses jurídicos.

En cuanto al ejercicio de este derecho, la Ley exige que la petición deba formularse en forma motivada[7], en virtud de la exigencia de legitimidad. Por otra parte, la petición deberá dirigirse a la Administración que ha producido el documento o que disponga de él habitualmente, debiendo indicar los extremos del documento objeto de la petición o bien los elementos que consientan su individualización. El acceso al expediente puede verificarse en forma directa o a través de la expedición de copias del documento solicitado.

4. El derecho de acceso en España

La Constitución española de 1978, a diferencia de los textos constitucionales antes analizados, contempla de un modo explícito el acceso a los documentos administrativos. En concreto, el artículo 105.b) del texto constitucional ordena que la ley regulará, entre otras materias, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Respecto de este derecho, la doctrina española ha formulado diversas configuraciones del mismo, que pueden reconducirse a tres posturas sustanciales: la primera de ellas considera que el derecho de acceso debe considerarse como *un derecho no fundamental*, sino de configuración legal; la segunda postura, partiendo de la configuración general anterior, admite que en determinados supuestos el derecho de acceso adquiere el carácter de derecho fundamental por su instrumentalidad en relación con determinados

7. El Reglamento de desarrollo de la Ley permite el ejercicio verbal de este derecho.

derechos fundamentales, y por último, la tercera línea doctrinal configura directamente el derecho de acceso como *derecho fundamental*, como concreción del derecho a la información.

Este derecho es desarrollado por el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual prevé:

> 37. Derecho de acceso a archivos y registros.
>
> 1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.
>
> 2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.
>
> 3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.
>
> 4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.
>
> 5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:
>
> a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.
>
> b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.
>
> c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.
>
> d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.
>
> e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.
>
> 6. Se regirán por sus disposiciones específicas:
>
> a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.
>
> b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
>
> c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.
>
> d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.
>
> e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.

f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembros de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local.

g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallan legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegados por los particulares en sus relaciones con la Administración.

El artículo antes transcrito ha sido fuertemente criticado por la doctrina, en virtud de su confusa sistematización, la abusiva utilización de conceptos jurídicos indeterminados y su carácter restrictivo.

En cuanto a los sujetos activos del derecho, nos encontramos, a diferencia de los sistemas antes estudiados, que el texto constitucional y legal español limitan el mismo a los *ciudadanos*, a pesar de ello una parte de la doctrina española ha considerado necesario extender este derecho a los extranjeros y personas jurídicas (quienes pueden potencialmente ser interesados en un determinado procedimiento, con el consiguiente derecho de acceso al mismo, motivo por el cual resultaría absurdo, que una vez culminado éste, perdieran el derecho de revisar los documentos que lo constituyen), así como a otras Administraciones Públicas.

En el ordenamiento español, la primera doctrina que estudió el derecho de acceso en la Constitución ya observó tempranamente que la finalidad de este derecho consiste en reconocer una facultad a los ciudadanos en cuanto tales, no *uti singuli*, como partes o interesados en un procedimiento, sino *uti cives*, como simples ciudadanos, miembros de una comunidad y que por pertenecer a ella gozan del disfrute de determinados derechos y libertades.

El sujeto pasivo está representado por las Administraciones Públicas, sin excepción.

El sistema español establece como objeto del derecho de acceso, a diferencia de los estudiados anteriormente, a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, motivo por el cual, según la doctrina, no resulta tan necesario efectuar una delimitación del concepto de documento administrativo, sino que por el contrario, debe profundizarse en la noción de archivos y registros administrativos.

Los archivos son definidos como el conjunto organizado de documentos, independientemente de los fines a que respondan. En cuanto a los registros, éstos son instrumentos o centros de ordenación o gestión de documentos, ya sean con la simple finali-

dad de controlar los documentos que entran, circulan y salen de los distintos centros administrativos, o para las muy diversas finalidades a las que responde el conjunto de los registros especiales de la Administración.

El documento ha sido definido como unión de soporte y mensaje o la plasmación de un mensaje, de cualquier clase que sea, en un soporte, sea también de cualquier especie.

Evidentemente, para el ejercicio de este derecho el documento debe existir, no desplegando sus efectos respecto de documentos futuros o inexistentes.

Como en los sistemas antes estudiados, en el español existen límites al derecho de acceso a los registros y archivos administrativos por razones de interés público y privado. Respecto de los primeros, encontramos los siguientes motivos: a) los actos políticos (actuaciones no sometidas al derecho administrativo), b) la defensa nacional y la seguridad del Estado y c) averiguaciones administrativas de delitos.

Las limitaciones establecidas por razones de interés privado son las siguientes: a) derecho a la intimidad, b) documentos nominativos, c) procedimientos sancionadores y disciplinarios y d) secreto comercial e industrial.

La Ley no establece como debe formularse la solicitud de revisión de los documentos contenidos en los archivos y registros de la Administración, en la práctica ésta generalmente se presenta en forma escrita, debiendo el administrado motivar la misma, debiendo identificar el documento al cual desea acceder.

El acceso puede ser autorizado en forma directa o a través de la expedición de copias o certificados.

III. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

Analizado el derecho de acceso en el derecho comparado, nos referiremos a las normas constitucionales y legales que regulan este derecho en nuestro sistema jurídico.

El reconocimiento al público de acceder a los documentos en poder de la Administración es reciente. Hasta hace muy poco tiempo coexistían normas que restringían esta posibilidad.

Nuestra Carta Magna de 1961 no contemplaba disposición específica alguna relacionada con el derecho de acceso a los documentos de la Administración Pública; sin embargo, en términos genéricos garantizaba el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso (artículo 68).

Como disposición remota, encontramos el artículo 31 del Estatuto Orgánico de los Ministerios, según el cual:

> Los archivos son de uso oficial y *para su consulta* por otros funcionarios y por *particulares debe recaer autorización previa, especial y concreta del ministro respectivo.* También para la expedición de copias certificadas debe recaer orden expresa del ministro aun cuando el solicitante sea una autoridad. (Énfasis nuestro)

La entonces vigente Ley Orgánica de la Administración Central, en sus artículos 54 y 55 disponían que los archivos de la Administración Pública Nacional están reservados al servicio oficial y prohibía que se ordenase la exhibición o inspección general de los

archivos de ninguna de las dependencias públicas sino por los organismos a los cuales la ley les hubiese atribuido específicamente tal función, e incluso limitó los poderes judiciales de averiguación respecto de aquellos expedientes que hubieran sido declarados de carácter reservado o confidencial por el órgano superior respectivo. Asimismo, el artículo 56 prohibía a los funcionarios públicos a conservar para sí papel alguno de los archivos y tomar o publicar copia de ellos sin autorización del órgano superior respectivo, o revelar el secreto sobre asuntos que hayan tramitado en sus oficinas.

El artículo 58 de la citada Ley permitía el derecho a la expedición de copias certificadas de la solicitud que formularé, los documentos que la acompañen y la providencia que hubiere recaído. El artículo 59 disponía la forma cómo se expedían las copias certificadas y la imposibilidad de dar certificaciones cuando lo solicitado se haya catalogado como de carácter reservado o confidencial.

Es el artículo 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el que viene a consagrar la regla de publicidad, al establecer el concepto de confidencialidad como la excepción y eliminar la figura de la reserva.

IV. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la información en los siguientes términos:

> *Artículo 28.* Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

En primer lugar debemos observar que el derecho de acceso se encuentra consagrado en el texto constitucional como un derecho fundamental de la persona.

Como puede observarse de la lectura de este artículo toda persona tiene derecho a acceder a los archivos públicos o privados para conocer los datos que sobre su persona y bienes reposan en los mismos, contando con una acción judicial especial, habeas data, para lograr la actualización, rectificación o destrucción de aquellos datos que resulten erróneos o puedan afectar sus derechos.

Al respecto la jurisprudencia ha asentado, mediante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 332 de 14 de marzo de 2001:

> De la lectura del artículo 28 citado, que se refiere a registros, se deduce que el derecho a conocer, y el llamado habeas data en general, *no funciona en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas -no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación.* Se trata, por lo tanto, de bancos de datos,

> no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público. Los registros objeto del habeas data, como todo registro, son compilaciones generales de datos sobre las personas o sus bienes ordenados en forma tal que se puede hacer un perfil de ellas, de sus actividades, o de sus bienes. Los registros oficiales, y por tanto los privados, objeto de la norma, tienen un sentido general, ellos están destinados a inscribir documentos, operaciones, actividades, etc., de las personas en determinados campos o temas, por lo que se trata de codificaciones de series de asuntos que forman patrones, matrices y asientos temáticos, que tienen repercusión sobre las personas en general, así sean ajenas a las actividades que se recopilan y las personas no las conozcan, y tal criterio debe ser aplicado al *registro* de datos e informaciones a que se refiere el artículo 28 constitucional. (Énfasis nuestro)

En el ámbito administrativo este derecho no se limita a las previsiones del artículo 28, debiendo analizarse además el artículo 143 del texto constitucional, que prevé:

> *Artículo 143*. Los ciudadanos... tienen derecho a ser informados... oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados..., y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos... que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

La amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa, que ha adquirido ya carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico, en disposiciones como las siguientes:

a) *Artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece*:

> La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos... y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, *transparencia*, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

b) *Artículo 8.2 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos que prevé*:

> Los planes de simplificación de trámites administrativos que elaboren los organismo sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, deberán realizarse con base en los siguientes principios:
>
> 2. La simplicidad, *transparencia*, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.

c) *Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública*:

> La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, *transparencia*, buena fe y confianza.

Nuestro constituyente y legislador han fijado las bases de una Administración Pública auténticamente democrática, fijando para ello un denominador común que consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática.

Pero estas no son las únicas disposiciones que en el ordenamiento jurídico venezolano regulan el derecho de acceso a los expedientes y archivos de la Administración Pública. En efecto el artículo 7.1 y 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, repitiendo el contenido del texto constitucional, lo prevé como un derecho de los particulares:

> Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:
>
> 1. Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.
>
> 7. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

Como podemos observar del artículo 143 del texto fundamental, el derecho de acceso se limita a los ciudadanos, con lo cual en principio quedarían excluidos los extranjeros y las personas jurídicas, como ocurre en el sistema español. Consideramos al respecto, al igual que la doctrina española, que este concepto debe extenderse, entendiendo como legitimado a cualquier persona, natural y jurídica, a los fines de garantizar el desarrollo transparente de la actividad administrativa.

V. EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 155 de la Ley Orgánica de la Administración Pública prevé el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración, sin más limitaciones que las previstas en el texto constitucional y las que establezca la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial (texto legal que no podría prever supuestos distintos de confidencialidad a los estatuidos en la Constitución: *seguridad del Estado, investigación de delitos e intimidad de la persona*).

Conforme a dicha disposición los particulares pueden tener acceso a cualquier tipo de información que repose en los archivos y registros públicos, salvo la referida a las materias de seguridad interior y exterior, investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, las cuales por expresa disposición del artículo 143 de la Constitución podrán ser objeto de limitación en la ley especial que regule la materia.

Para el ejercicio de este derecho debe mediar solicitud escrita previa, a los fines de no entorpecer el normal funcionamiento de la Administración Pública. Consideramos que dicha solicitud no puede ser negada por la Administración, ya que el particular tiene derecho a acceder a la información, ésta simplemente debe limitarse a suministrarla en la medida y forma que no perjudique su normal funcionamiento (artículo 156 de la ley).

Existe también la posibilidad de otorgar acceso directo a los archivos cuando el particular sea un investigador que acredite un interés histórico, científico o cultural relevantes.

El derecho de acceso incluye la posibilidad de obtener copias simples o certificadas de los registros (artículo 157).

Como puede evidenciarse las normas de la Ley Orgánica de la Administración Pública concuerdan plenamente con el texto constitucional en el sentido de establecer un acceso amplio a los archivos y registros de la Administración Pública, en aplicación del principio de transparencia administrativa.

VI. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula en su artículo 59 el derecho de acceso a los archivos de la Administración, en los siguientes términos:

> *Artículo 59*. Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado.

Como se indicó con anterioridad al referirnos a interesados, debemos tener como tales a cualquier ciudadano. Se establece como contenido de ese derecho de acceso el leer y copiar el expediente. Por último, mientras no sea dictada la ley que establezca el procedimiento para declarar como confidencial determinados documentos, deberán aplicarse los lineamientos previstos en este artículo, debiendo provenir la declaratoria del máximo jerarca de la organización, mediante acto motivado.

En estos términos ha sido aceptado por nuestra jurisprudencia, al precisar en sentencia de la Corte Primera de la Contencioso Administrativo, del año 2002, expediente 01-25278, caso Vifran Jesús Meza Aranguren contra el Director de Investigaciones de la Inspectoría General de la Guardia Nacional, bajo ponencia de Juan Carlos Apitz Barbera:

> En el caso bajo análisis, la Corte estima que efectivamente, tal como lo aduce el recurrente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, describe el derecho de los particulares a tener acceso al expediente, a examinarlo y a copiarlo (artículo 59), derecho que se configura como base para su defensa.
>
> Ante este principio general existe una excepción, la cual consiste en que los interesados no podrán tener acceso a los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben archivarse en cuaderno aparte, siendo esta la única excepción a la unidad e integridad del expediente.
>
> Sin embargo esta Corte no puede dejar de observar que ese derecho a la información administrativa y acceso a los documentos oficiales, actualmente se ha elevado al rango Constitucional, pues el artículo 143 del Texto Fundamental dispone:
>
> En tal sentido, la omisión de serle entregadas al recurrente las copias certificadas solicitadas, no podrían enmarcarse dentro del supuesto de confidencialidad al que alude el artículo 6 del Reglamento Para la Clasificación, Seguridad y Manejo de las Informaciones, Documentos y Materiales Clasificados pues en este artículo se alude a que dicha clasificación de *confidencial*, "(...) se asignará a las informaciones, documentos y materiales cuyo conocimiento y divulgación a personas no autorizadas, causen daños a la Nación Venezolana o a sus Fuerzas Armadas".
>
> Por lo que lo procedente en el presente caso es acordar que la omisión de serle entregadas al recurrente las copias certificadas solicitadas sus legítimos derechos, y en consecuencia debe esta Corte ordenar a la Dirección de Investigaciones de la Inspectoría General de la Guardia Nacional que haga entrega de las referidas copias, visto que, es la única vía para satisfacer la pretensión expresada por el recurrente, de que se detenga la presunta violación de su derecho a recibir respuesta por parte de la Dirección de Investigaciones de la Inspectoría General de la Guardia Nacional, a la solicitud de copias certificadas realizada en fecha 15 de mayo de 2001, y que se le permita al mismo tiempo ejercer las acciones que considere más convenientes para la defensa de sus derechos e intereses. Así se declara.

VII. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO

1. Ámbito de aplicación subjetivo

En primer lugar debemos señalar que el derecho de acceso, conforme lo previsto en el artículo 143 de la Constitución, se refiere a los archivos y registros administrativos.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, que desarrolla el derecho de acceso, establece como ámbito de aplicación la Administración Pública Nacional (central y descentralizada), señalando que las normas que se refieran en general a la Administración Pública le son aplicables a las administraciones estaduales y municipales. Prevé igualmente la Ley que sus principios se aplican supletoriamente a los demás órganos del Poder Público.

Consideramos que el derecho de acceso a los archivos y expedientes se aplica a todo tipo de administración pública (nacional, estadual o municipal) por cuanto el artículo 156 hace referencia al acceso a los archivos y registros de la *administración pública*, en consecuencia por imperio del artículo 2 de la Ley, esta disposición resulta aplicable a todo tipo de administración.

Pero adicionalmente, estimamos, en virtud del ya citado artículo 2 de la Ley, así como de los artículos 19 y 28 de la Constitución, que este derecho es aplicable a los archivos y registros de todos los Poderes Públicos.

2. Ámbito de aplicación objetivo

Conforme al derecho francés, el objeto del derecho de acceso son los documentos administrativos, y de acuerdo con la Ley de 17 de julio de 1978, son documentos administrativos: todos los expedientes, informes, estudios, memorias, procedimientos verbales, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas ministeriales que conlleven una interpretación del derecho positivo o una descripción de los procedimientos administrativos, opiniones, con la excepción de las opiniones del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, previsiones y decisiones que revistan la forma de escritos, de grabaciones sonoras o visuales, de tratamientos automatizados de informaciones no nominativas.

La doctrina francesa considera que no estamos en presencia de un documento público en los siguientes casos: documentos no *acabados*, tales como proyectos de decisión. Una definición similar es empleada en el derecho español.

En nuestra opinión ningún documento que repose en los archivos de la Administración Pública puede quedar excluido del derecho de acceso, ni siquiera los documentos no concluidos o proyectos, cuando en el caso concreto se haya tomado una decisión definitiva, ya que dichos proyectos pueden servir de prueba al particular de determinados vicios del acto, como por ejemplo el de desviación de poder.

Existen casos en los cuales el derecho de acceso a los expedientes o procedimientos está limitado por la propia ley, en atención a principios de igualdad y transparencia. Tal es el caso de la Ley de Licitaciones, la cual en su artículo 29 estatuye que todo oferente tendrá derecho a examinar el expediente, leer y copias cualquier documento en él contenido, así como obtener copias certificadas del mismo, una vez concluido el procedimiento.

Lo anterior se encuentra recogido en sentencia de 2001 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, expediente 99-21549, sentencia número 01-25897, caso *Telecomunicaciones IMPSAT, S.A.*, contra el SENIAT, ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera:

> ...a decir de los apoderados de la recurrente, sí se le ha causado indefensión en este caso, porque, además, no se le ha permitido tener acceso al expediente administrativo "en cualquier estado y grado del procedimiento" tal como lo dispone el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este sentido debe advertir la Corte, en primer lugar, que la aplicación de la mencionada Ley a los procedimientos de licitación no es, ni puede ser directa y de manera principal, debido a la preferente aplicación de las normas que rigen este procedimiento especial, tal como lo dispone el artículo 47 de la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
>
> Ahora, de acuerdo con dichas normas y principios, como ya se ha explicado, en beneficio de la igualdad entre los postulantes no es posible admitir que éstos intenten modificar las condiciones de su oferta o que aporten alegatos y documentación, luego de la recepción de las respectivas ofertas. En este contexto habría sido igualmente imposible e impertinente admitir que los oferentes tuviesen acceso al expediente administrativo antes del otorgamiento de la Buena Pro.
>
> En efecto, parte del expediente administrativo es la oferta de cada uno de los postulantes, por consiguiente, si se permitiese a alguno de ellos el acceso a la oferta de los demás, se le daría la oportunidad de alterar los términos de su propia oferta o de influir en la objetividad de la decisión administrativa, pues esta decisión debe estar fundada, exclusivamente, en una evaluación técnica, financiera y jurídica de cada oferta; evaluación que debe realizar la Administración de forma independiente y no en el marco de un debate entre los oferentes (esto es, precisamente, lo que distingue a la licitación de la subasta pública, en la cual sí se permite a los oferentes mejorar las ofertas del resto, esencialmente en lo que atañe al precio).
>
> Estos principios, propios de la licitación fueron hechos explícitos a través de la reforma de la Ley de Licitaciones el año 2000, la cual en su artículo 29 dispone lo siguiente:
>
> Todo oferente en un procedimiento regido por esta Ley tendrá derecho a examinar el expediente, leer y copias cualquier documento en él contenido, así como obtener copias certificadas del mismo, una vez concluido el procedimiento, cualquiera haya sido su resultado... (subrayado de la Corte).
>
> La norma parcialmente transcrita no sólo es consistente con los principios que rigen el procedimiento licitatorio, sino que además se compadece con las normas constitucionales que recogen el derecho al debido proceso y a la defensa de todos los participantes. Dicha disposición, en efecto, ha recogido, de manera sintética todo lo que en este fallo se ha razonado, esto es, que en el procedimiento licitatorio los postulantes pueden tener, en efecto, acceso al expediente, pero que ello se justifica sólo luego del otorgamiento de la Buena Pro. Antes de la emisión de este acto, los derechos e intereses de los postulantes no pueden verse lesionados por un limitado acceso al expediente administrativo, siempre que no se les impida injustificada o arbitrariamente participar en el procedimiento en aquellas fases o actos legalmente establecidos, durante las cuales de acuerdo con la Ley debe participar el interesado.
>
> La situación luego del otorgamiento de la Buena Pro es, sin embargo, muy distinta. Producida la decisión administrativa, ciertamente, quienes se sientan afectados por ella tienen la oportunidad de impugnarla y, por ende, deben contar con los elementos indispensables para el ejercicio (ahora sí) de su defensa, pues ya se habría concretado el acto que pudiera lesionar sus derechos e intereses y contra el cual sí es posible concebir una verdadera defensa. En este contexto el acceso al expediente se configura como un elemento determinante de la efectividad de la defensa que pueda ejercerse en cada caso. Pero no es esta la situación alegada por la empresa recurrente, la cual insiste en señalar que, al no permitírsele acceder al expediente en el procedimiento formativo del acto se le ha violado su derecho a la defensa y al debido proceso, lo cual, sin embargo, no es de recibo.

VIII. MATERIAS EXCLUIDAS DEL DERECHO DE ACCESO

Al igual que en los sistemas de derecho extranjero antes analizado, el derecho de acceso ha sido delimitado en la Constitución de forma positiva (al reconocerlo) y negativa, en la medida en que el artículo 143 ha impuesto un grupo de materias en las cuales puede restringirse su ejercicio. Tales materias son las referidas a la seguridad y defensa del estado, a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas.

Procederemos a analizar cada uno de estos supuestos:

a) La seguridad y defensa del Estado:

No se requieren grandes esfuerzos argumentativos para justificar que en esta materia el derecho de acceso pueda ser objeto de restricciones.

El derecho de acceso quedará limitado en todos los supuestos en los cuales pueda producirse destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, o bien afectarse la seguridad pública interior o exterior. Ejemplo de estas circunstancias serían los planes de defensa en caso de conflicto interno o externo, informes sobre adquisición de equipos militares, número de personas que conforman los contingentes de la Fuerza Armada Nacional, etc.

Sobre el particular se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 23 de agosto de 2001 de la Sala de Constitucional, expediente número 01-0620, Ponente Jesús Eduardo Cabrera, según la cual:

> De lo anteriormente expuesto, concluye esta Sala que, dentro del conjunto de bienes ocupados durante la ejecución de la orden de allanamiento previamente referida, figuran documentos cuyo contenido es de índole reservada, en razón de que los mismos se refieren a asuntos que tienen que ver, directa o indirectamente, con la seguridad del Estado y algunos de ellos inciden, además, sobre la seguridad personal de quienes integran o han integrado dicho cuerpo policial, lo cual permite concluir que, sustraer del conocimiento público esta información, es, potencialmente, de importancia estratégica para el eficaz cumplimiento de los fines de la D.I.S.I.P. y es igualmente importante para proteger a las personas que prestan servicios a la misma.
>
> De manera, pues, que, aun cuando, como lo expone la Juez disidente de la recurrida, pudiera afirmarse la licitud de la posesión privada de los objetos en cuestión, ello sería útil a los efectos de la eventual exoneración de responsabilidad penal al particular poseedor de dichos objetos por razón de dicha tenencia, mas no puede oponerse el interés privado de dicho poseedor al interés social de la seguridad del Estado, habida cuenta, entre otras razones, de la suma de intereses individuales protegidos que la misma supone.
>
> Por otra parte, debe recordarse que, de conformidad con la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, los archivos de dicha Administración (a la cual está integrada la D.I.S.I.P.) eran, por su naturaleza, reservados para el servicio oficial y, previa autorización especial, otorgada por el funcionario u órgano competente, dichos archivos podían ser consultados, incluso, por particulares (artículo 54).
>
> Ahora bien, debe entenderse que la consulta supone solamente el acceso, *ad effectum videndi*, de los documentos archivados, no a la posesión o tenencia de los mismos; más aún, su reproducción sólo era legalmente posible en el caso de que la misma fuera acordada judicialmente (artículo 55).
>
> En este orden de ideas y de conformidad con la ley que regulaba la Administración Central para la época en la cual, presumiblemente, el ciudadano Arpad Bango Stagel entró en posesión de los documentos en cuestión, éste sólo podría haber tenido acceso a los documentos que formaran parte del archivo de la D.I.S.I.P., en los términos expresados en el citado artículo 54 de la Ley

Orgánica de la Administración Central; tampoco le era dado ser tenedor de los mismos o de sus copias, conforme con lo que se establecía en el artículo 55 eiusdem; disposiciones estas que aparecen reproducidas más o menos fielmente en los artículos 75 y 76 del vigente Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. En el prenombrado texto legal se prohibe, además, a los funcionarios y empleados públicos conservar para sí documentos de los archivos de la Administración Pública Nacional, así como tomar o publicar copia de ellos sin autorización del órgano superior respectivo, disposición esta que sería aplicable, para el caso de que el referido ciudadano hubiera detentado la expresada condición funcionarial para el momento en el cual pasó a ser tenedor de los antes nombrados efectos. Por tanto, no puede afirmarse que el ciudadano Arpad Bango Stagel hubiera demostrado su mejor derecho a poseer o tener los documentos, credenciales y material audiovisual en cuestión, efectos respecto de los cuales debe presumirse más bien que, con fundamento en el análisis que precede, forman parte del archivo o son de exclusivo uso, según el caso, de la D.I.S.I.P.

Con base en lo dispuesto en los artículos 143 y 325 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en las disposiciones legales previamente señaladas y atendiendo, en definitiva, a las razones de orden público y de seguridad del Estado que son contrarias a la tenencia privada de los prenombrados documentos y objetos, de cuyo contenido y presentación se deduce la razonable convicción de que los mismos se encuentran afectados por los conceptos que se acaban de mencionar y de que son recaudos que presumiblemente forman parte de un archivo de la Administración Pública Nacional y de uso reservado por razones de seguridad de Estado, o, en su caso, sirven para el uso exclusivo del organismo policial en referencia, estima esta Sala que a dicho cuerpo deben, en consecuencia, serle reintegrados los documentos y efectos que aparecen expresados en el inventario inserto en la decisión recurrida, así como el material audiovisual incautado en la orden de allanamiento anteriormente referida y en cuya titulación aparezca la D.I.S.I.P. como órgano de origen o procedencia policial previamente mencionado. Así se decide.

b) La averiguación de delitos:

Este supuesto se presenta en aquellos casos en que la Administración Pública coadyuva con los Tribunales de Justicia en la persecución de determinados delitos.

Durante la fase de investigación desarrollada por la Administración, los documentos relacionados con ésta son de carácter reservado, ya que su conocimiento público podría obstaculizar las investigaciones. Un buen ejemplo de esta materia son las investigaciones desarrolladas por las unidades de inteligencia financiera en materia de legitimación de capitales.

En derecho comparado, se observa que la doctrina extiende este criterio a los procedimientos en los cuales la Administración ejercita su potestad de sanción, quedando el acceso al expediente limitado a los interesados, tal como lo prevé la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 59, hasta tanto se adopte una decisión definitiva, momento en el cual cesa la restricción.

c) Intimidad de las personas:

El derecho a la intimidad protege todas aquellas informaciones de carácter secreto o íntimo del particular cuyo conocimiento público pudiera afectar su normal desenvolvimiento y tranquilidad.

Como ejemplos del derecho comparado en esta materia podemos citar: los archivos de instituciones psiquiátricas públicas o privadas, datos personales utilizados en la elaboración de estadísticas (por ejemplo los cuestionarios del censo), historias médicas.

IX. ADMISIBILIDAD DE DECLARAR RESERVADAS PARTES DEL EXPEDIENTE

La Administración tiene la facultad para declarar que algunas partes de las actuaciones sean de carácter reservado y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tomar vista de las piezas que fueren del caso.

Esta facultad debe ser ejercida por la Administración Pública con suma cautela, ya que puede ser empleada en la práctica como un mecanismo de corrupción y abuso.

Por ello, toda decisión que declara reservada una actuación debe aclarar expresa y específicamente cuáles piezas del expediente son las que se declaran reservadas (nunca podría declararse como reservado la totalidad del expediente, ya que ello vulneraría el derecho de acceso), evitando la calificación genérica y fundando en cada caso la determinación adoptada, en forma correcta y razonada; además, esa decisión debe emanar de órgano competente, pues como ya vimos no todo funcionario tiene potestad para ello.

Consideramos que los casos en los cuales puede declararse la confidencialidad del documento son sólo los supuestos previstos en el artículo 143 de la Constitución.

Ahora bien, declarada la confidencialidad de parte del expediente administrativo se producen dos efectos, por una parte la imposibilidad de que los interesados puedan acceder a dichos documentos, y por la otra, la imposibilidad de que la Administración Pública fundamente algún tipo de decisión en dicha información.

El hecho de que la Administración no pueda emplear documentos o información confidencial como fundamento de sus actos se justifica por el principio de la razonabilidad de los actos administrativos, lo que comprende el que éstos no se funden en hechos o pruebas inexistentes.

Como ya lo señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos "*...nada puede ser considerado como prueba si no es introducido como tal*".

Por ello no puede la Administración invocar como fundamento de su decisión *pruebas* que no pone en conocimiento de las partes afectadas y cuya existencia, en definitiva y por lo tanto no le consta a los administrados ni a la justicia.

Una decisión fundada en piezas *reservadas*, pues, es una decisión fundada en hechos o pruebas inexistentes jurídicamente y, por ende, debe reputarse arbitraria si no aparece sustentada tácitamente de otro modo. Admitir una solución contraria, a más de violar la garantía constitucional de razonabilidad, dejaría abierta una fácil vía a la Administración que con la mera invocación de supuestas pruebas que sólo ella *conoce* pero que no divulga, podría a su arbitrio tener por *fundadas* todas y cuantas decisiones quisiera, sin posible revisión administrativa o judicial. Semejante conclusión, repugna a todo sentido de justicia, es totalmente inadmisible en un estado de justicia social.

La Administración podrá en ciertos casos declarar reservadas o secretas partes de las actuaciones, pero bajo la condición inevitable de no poder utilizar dichas piezas del expediente como fundamento directo o indirecto de sus decisiones.

X. DISPOSICIONES EN LEYES ESPECIALES

En diversos instrumentos legales se han dispuesto normas relacionadas con el acceso a los documentos de la Administración y que de alguna manera lo limitan. A continuación sólo mencionaremos las contenidas en las leyes del sector financiero.

Primeramente citaremos el articulado del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros que prevé:

> Artículo 37. Los datos e informaciones obtenidos por la Superintendencia de Seguros en sus funciones de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización son, por su naturaleza, *reservados exclusivamente para uso de las autoridades competentes y a los fines previstos en este Decreto Ley, sin perjuicio del derecho que tienen los interesados de acceder a los expedientes en los que conste información y datos sobre sí mismos.*
>
> Cuando las circunstancias lo requieran y, a juicio del Superintendente... de Seguros, la información a que se refiere el párrafo anterior podrá ser suministrada al Presidente del Consejo Nacional de Seguros.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el encabezamiento de este artículo, la Superintendencia de Seguros dará a conocer al público información global sobre las actividades, inversiones, coberturas, estadísticas, indicadores económicos, financieros y técnicos y cualquier otra información que considere relevante de las empresas de seguros y demás personas naturales o jurídicas reguladas en el presente Decreto Ley.

En iguales términos, el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras dispuso:

> Artículo 233. Sin perjuicio de lo establecido en este Decreto Ley o en otras disposiciones legales, los datos o informaciones obtenidos por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en sus funciones de inspección, supervisión y vigilancia, serán suministrados, previa la correspondiente solicitud al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo de la República, al Presidente de la Asamblea Nacional, al Defensor del Pueblo, al Procurador General de la República, al Contralor General de la República, a los Magistrados Presidentes de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General de la República, al Ministro de Finanzas, al Presidente del Banco Central de Venezuela, al Presidente del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, al Presidente de la Comisión Nacional de Valores y al Superintendente de Seguros, para fines oficiales.
>
> Igualmente, serán suministrados al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de la Defensa, a los órganos del Poder Judicial, y a la administración tributaria, según las leyes, así como a los organismos a que se refieran los acuerdos de cooperación suscritos con otros países.
>
> Cuando las circunstancias lo requieran, la información a que se refiere el párrafo anterior podrá ser suministrada al Presidente del Consejo Bancario Nacional y a organismos de supervisión bancaria y financiera de otros países.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el encabezamiento de este artículo, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, dará a conocer al público, trimestralmente, información sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones supervisadas, expresando los principales indicadores de la situación financiera de las instituciones.
>
> Artículo 234. Los receptores de la información a que se refiere el artículo anterior, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido.

Por su parte, la Ley del Banco Central de Venezuela prevé un capítulo completo, artículos 38 al 43, relacionado con la *Información, Seguridad y Protección:*

Artículo 38. El personal del Banco Central de Venezuela, aun cuando hubiera cesado en sus funciones debe guardar secreto de las informaciones reservadas y confidenciales de las que pudiera tener conocimiento. La infracción de dicho deber se sancionará...

El deber de secreto alcanza asimismo a todas las personas que, por cualquier motivo, tengan acceso a la información clasificada y, en particular, a aquellas que desempeñen funciones de control o asistan, por derecho de invitación, a reuniones con la Administración del Banco.

Artículo 39. El Directorio del Banco Central de Venezuela podrá clasificar determinada información como secreta o confidencial, cuando de la divulgación o conocimiento público anticipado de las actuaciones sobre política monetaria fiscal o financiera pudieren derivarse perjuicios para los intereses generales o, en su caso, para la propia efectividad y eficacia de las medidas adoptadas.

El Banco Central de Venezuela deberá satisfacer las peticiones formuladas por los ciudadanos en ejercicio del derecho de acceso a los registros y archivos administrativos previstos en el artículo 143 de la Constitución, salvo por lo que respecta a los documentos e informaciones calificados como secretos o confidenciales.

Por último, la Ley de Mercado de Capitales dispone en su artículo 20:

Artículo 20. Los datos, informes y documentos en general que la Comisión reciba o recabe en el ejercicio de sus funciones, salvo los que ella califique de confidenciales, serán de libre acceso a quien los solicite.

La Comisión Nacional de Valores podrá suministrar datos o informaciones confidenciales al Poder Público Nacional en ejercicio de sus funciones específicas.

Los infractores de esta norma incurrirán en las sanciones establecidas en el artículo 137 de esta Ley.

A la luz de las reflexiones formuladas anteriormente sobre el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública, resulta forzoso concluir que los datos que obtengan los organismos referidos no pueden tenerse como de carácter confidencial o reservado al uso oficial. Resulta necesaria una relectura constitucional de dichas normas, en consecuencia salvo la información que pueda afectar la estabilidad interna o externa del país, la referida a la investigación de delitos (como las actividades desarrolladas por las Unidades de Legitimación de Capitales) y las que puedan afectar la intimidad de las personas, el resto de la información que reposa en los expedientes y archivos deben ser de libre acceso a cualquier persona, tal como lo prevé el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 155 y 156 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Consideramos que las normas contenidas en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos son de aplicación preferente a la regulación contendida en las leyes antes citadas que regulan el sector financiero, por lo que respecta al derecho de acceso a los registros y archivos, por tratarse de disposiciones de rango superior a estas.

Queda a salvo la potestad del máximo jerarca de la organización administrativa para declarar confidenciales partes de un expediente administrativo, con las consecuencias que ello implica, de imposibilidad de su utilización como fundamento directo o indirecto de una decisión. También se exceptúan aquellas políticas o medidas que se pretendan adoptar cuyo conocimiento anticipado por parte del público pueda afectar la medida, o bien pueda poner en riesgo la estabilidad del sistema que a cada uno de los organismos compete.

BIBLIOGRAFÍA

BENAIM AZAGURI, Salvador, "Notas sobre la Reserva de Documentos por Confidencialidad en el Procedimiento Administrativo Ordinario", en *Revista de Derecho Probatorio* n° 8, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1997; p. 393 y ss.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, decimotercera edición, Civitas, Madrid 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho de Acceso a los Documentos Administrativos*. Marcial Pons, Madrid 1997.

JIMÉNEZ RUIZ, Pilar, "Análisis de la Regulación del Tratamiento de Datos Personales realizado por las Entidades de Crédito en España", en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 110, Civitas, Madrid 2001; pp. 227 y ss.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *El Derecho de Acceso a Archivos y Registros Administrativos*, 2° edición, Civitas, Madrid 1998.

MOLES CAUBET, Antonio, *El Procedimiento Administrativo en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV 1980-1981, U.C.V., Caracas 1983.

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA[1]

Jesús González Pérez
Catedrático de Derecho Administrativo, España

Cuando se llega a mi edad, después de 56 años dedicado al Derecho administrativo, estudiándolo -y explicándolo en las aulas universitarias-, aplicándolo -litigando ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo- y creándolo -colaborando en las tareas legislativas-, se acumulan los recuerdos de hechos que constituyen hitos de la historia del Derecho administrativo.

Al pedirme Allan R. Brewer-Carías unas letras para este su nuevo libro sobre el procedimiento administrativo, me insistió en que no quería unos de esos prólogos dedicados a ensalzar al autor. Ni tampoco de los que tratan dar una idea del contenido del libro y destacar su significado en la Ciencia del Derecho, pues de esto ya se encargaba él en la nota explicativa. Quería que hablara del procedimiento administrativo. Por lo que pensé que nada mejor para atender a sus deseos que evocar aquí algunos de aquellos recuerdos sobre la evolución de la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

El Instituto de Estudios Políticos, que durante muchos años fue el centro de investigación más importante sobre las Ciencias políticas y sociales que ha habido en España, editaba, aparte de una revista general (la *Revista de Estudios políticos*), algunas especializadas. En 1948, la Sección de Administración pública propuso a la Dirección del Instituto la edición de una nueva Revista que se dedicara a lo que constituía el objeto de estudio de la Sección. Javier Conde, Director del Instituto, dudó de la viabilidad del proyecto. Al final, ante nuestra insistencia, accedió a que, por vía de ensayo, se encargara la Sección de Administración pública de redactar un número monográfico de la *Revista de Estudios políticos*, con todas las Secciones habituales, dedicadas exclusivamente a temas de la Administración pública. Y así se elaboró y apareció en 1949 el número 48 de la *Revista de Estudios Políticos*. Precedente que olvida Eduardo García de Enterría en la completa y emotiva historia que hace de la *Revista de Administración pública* en su número 150, al conmemorarse el 50 aniversario de su nacimiento.

En la Sección de aquel número de la Revista dedicada a Estudios aparecían trabajos de los entonces tres viejos maestros del Derecho administrativo: José Gascón y Marín, Luis Jordana de Pozas y Segismundo Royo-Villanova. Y dos de ellos estaban dedicados al procedimiento administrativo: el de Gascón y Marín llevaba el título expresivo *Necesidad de un Código de procedimiento administrativo*, y el de Royo-Villanova, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica.*

1. Este trabajo es el estudio preliminar del libro de igual título, de que es autor BREWER-CARÍAS, Allan R., que publicó el Colegio Mayor Nª Sra. del Rosario, Bogotá, Colombia.

En la Sección dedicada al *Mundo hispánico* (una de las Secciones fijas de la Revista) se incluía un trabajo mío sobre *El proceso contencioso-administrativo argentino* (páginas 250 a 280), en el que examinaba uno de los muchos proyectos de una Ley nacional reguladora del proceso administrativo, que todavía no existe en Argentina. En aquél, uno de mis primeros trabajos en letra impresa, decía:

> Al hacer la exposición de los distintos puntos del proceso contencioso argentino, nos referiremos al Derecho español, resaltando, en los casos de divergencia entre ambas legislaciones, cuál de los criterios es preferible, pues creemos que esta labor de Derecho comparado es altamente interesante para llegar a sentar unos principios jurídicos que puedan inspirar a los distintos pueblos de la comunidad hispánica en la regulación de sus instituciones fundamentales, pues si la existencia de una comunidad nacional implica un conjunto normativo que sea expresión de la vida que anime a esa comunidad (Derecho nacional), la existencia de una comunidad hispánica ha de implicar la existencia de una idea de la vida que debe plasmar en las normas de los distintos pueblos de la misma, no sólo en aquellas de sus normas que, por estar más íntimamente ligadas a la vida íntima del pueblo, reflejen mejor el espíritu común, sino también en aquellas otras que, por su carácter más técnico y formal, se encuentran más alejadas de ese vivir íntimo; en éstas, como en aquéllas, debe encontrarse también la expresión de unos mismos principios de Derecho: la expresión de cómo un conjunto de pueblos entiende y realiza el Derecho natural para regular sus relaciones.

Su publicación constituyó para mí una de las más grandes satisfacciones de mi vida, al constituir el inicio de unas relaciones con los administrativistas de los pueblos de América que fueron intensificándose con los años. Porque con motivo de aquel artículo publicó un elogioso trabajo Jorge Tristan Bosch (a cuyo hijo, también administrativista, tuve ocasión de conocer personalmente años más tarde en Tucumán) y recibí una carta efusiva de felicitación del gran maestro argentino Rafael Bielsa, que fue el comienzo de una correspondencia epistolar bastante frecuente y de un intercambio de publicaciones, en el que yo resultaba claramente favorecido, porque Bielsa era mucho más prolífico que yo. En mi biblioteca ocupan un lugar destacado sus libros, con sus muy expresivas dedicatorias.

El número 48 de la *Revista de Estudios políticos* constituyó un éxito, lo que satisfizo plenamente a Javier Conde. Y poco después aparecía el número 1 de la *Revista de Administración pública*, en el que se incluía un trabajo de Villar Palasí sobre *La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos*. Y comenzó la que se ha llamado *década prodigiosa* del Derecho administrativo español. Porque en ella se promulgaron tres leyes, con las que se culminó la construcción del Estado de Derecho: la Ley de expropiación forzosa de 1954, que instauró en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que garantizó -salvo de pocas pero importantes materias- el pleno control de la actuación administrativa por órganos jurisdiccionales especializados encuadrados en el Poder judicial, y la Ley de procedimiento administrativo de 1958, que reguló los cauces formales a que debía sujetarse la actividad del Estado, haciendo posible la satisfacción de las necesidades públicas, sin detrimento del derecho de defensa de los administrados.

Una regulación uniforme de los procedimientos que se tramitan ante las Administraciones es tarea imposible. La diversidad de los fines a realizar y las modalidades de la función administrativa se traducen en la exigencia de tal número de procedimientos adecuados a cada una de ellas, que se resisten a una ordenación sistemática. Pretender que una Ley de procedimiento contuviera la regulación de todas las funciones administrativas sería tanto como una codificación de la legislación administrativa desde la pers-

pectiva formal. Y hace ya mucho tiempo que se constató que la codificación administrativa constituía un ideal inaccesible. Los procedimientos administrativos, cada procedimiento, ha de regularse en la ordenación de cada una de las funciones administrativas, sea de provisión de medios o de realización de fines. El procedimiento de selección de funcionarios vendrá regulado en el ordenamiento de la función pública; el de adquisición de bienes, en las leyes sobre el patrimonio de los entes públicos y, en su caso, en la legislación expropiatoria; los procedimientos de gestión, liquidación y recaudación de tributos, en las leyes de los respectivos impuestos, además de en la reglamentación sobre procedimientos recaudatorios; los procedimientos para el otorgamiento de concesión de aprovechamiento de aguas en la legislación de aguas; los de aprobación, modificación y revisión de planes de urbanismo, en la legislación sobre ordenación del suelo y sus reglamentos, etcétera. En cada uno de estos bloques normativos, en atención a la finalidad perseguida, se articulará el procedimiento idóneo en cada caso.

Esto supuesto, ¿hasta dónde puede llegar una regulación uniforme del procedimiento administrativo? A tal efecto puede ser útil la distinción entre los que se han llamado procedimientos formalizados y procedimientos no formalizados.

Porque el legislador, al regular una actuación administrativa, puede adoptar uno de estos dos criterios: establecer el cauce formal que ha de seguirse determinando en qué orden y en qué momento han de realizarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trata, o dejar al instructor en libertad para seguir el procedimiento que estime idóneo, atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía.

Pues bien, ¿cuál ha de ser el contenido de una ley de procedimiento administrativo respecto de cada una de estas categorías de procedimiento administrativo?

Existen, por supuesto, una serie de normas de la ley de procedimiento administrativo que deben tener -y realmente tienen- una aplicación general, cualquiera que fuera el tipo de procedimiento. Son normas que regulan aspectos, incluso estrictamente procedimentales, respecto de los que no tiene la menor relevancia el objeto sobre el que incida el procedimiento. Pensemos, como ejemplo típico, el de las normas reguladoras de la actividad de ordenación. No tiene sentido que los actos por ellas regulados deban estar sujetos a régimen distinto en función de la materia. Los actos de notificación, comunicación entre órganos, certificación, desglose de documentos y todos los estrictos de ordenación deben ser idénticos y, por tanto, una sola la regulación: las normas sobre ellos de la ley de procedimiento administrativo serán aplicables cualquiera que sea el procedimiento.

Pero, en general, la función de una ley de procedimiento administrativo será muy distinta según la categoría de los procedimientos.

Respecto de los procedimientos no formalizados, una ley general de procedimiento administrativo ha de contener la regulación de las exigencias mínimas a las que en todo caso ha de ajustarse aquél al que corresponde la instrucción del procedimiento, así como los instrumentos jurídicos que necesita para realizar la función administrativa encomendada. La ley general regulará -y regulará detalladamente- cada uno de los instrumentos que puede utilizarse -alegaciones, prueba, información pública, audiencia y vista, etcétera-. Y el instructor utilizará en cada caso aquéllos que sean necesarios, y prescindirá de todo trámite inútil. Reducido al mínimo el principio de preclusión, se realizarán sólo todos los que sean estrictamente indispensables para cumplir con la debida eficacia los fines perseguidos.

Respecto de los procedimientos formalizados, se impone una elemental distinción. Porque si bien la naturaleza de la función ejercitada y la materia sobre la que recae condicionan decisivamente el cauce formal al que debe ajustarse la actividad administrativa, esto es así en líneas generales. Pero existen procedimientos que no están condicionados por el objeto. No influye para nada la materia sobre la que puedan versar. El ejemplo típico lo constituyen los procedimientos de revisión de los actos administrativos. Los trámites que han de seguirse para la decisión de un recurso administrativo no variarán en absoluto por el hecho de que el acto objeto de impugnación sea una licencia de construcción, una liquidación tributaria o el acto de destitución de un funcionario. Cuando de lo que se trata es de verificar la legalidad de un acto, su conformidad con el ordenamiento jurídico, es irrelevante su contenido. Como también es irrelevante en los procedimientos sancionadores: podrá variar, según la materia, el cuadro de las faltas y el de las sanciones aplicables a cada una de las faltas tipificadas por la ley. Pero el procedimiento para imponer la sanción debe ser el mismo, en cuanto viene informado por las garantías constitucionales frente al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que deben ser las mismas que la Constitución establece frente al ejercicio de la potestad penal.

En este supuesto, resulta evidente que la función de una ley de procedimiento administrativo ha de ser distinta respecto de unos y otros procedimientos.

Si la razón por la cual estimamos que una ley de procedimiento administrativo no puede -ni debe- ser una ley de procedimiento no es otra que la diversidad de procedimientos impuestos por la materia sobre la que versen; en los supuestos en que no ocurra así y sea posible una reglamentación al margen de la función administrativa ejercitada y materia sobre la que recae, debe ser una ley de procedimiento administrativo la que regule el procedimiento. Estamos ante procedimientos formalizados, y formalizados en la propia ley general. No tiene sentido, por ejemplo, que en cada uno de los bloques normativos, al regular las diversas funciones administrativas, se articule un sistema de recursos o, en general, de revisión de los actos administrativos.

Respecto de aquellos procedimientos que están condicionados por el objeto, en los que se estima que no debe quedar la tramitación al criterio del instructor, la reglamentación detallada corresponderá al ordenamiento de la función administrativa respectiva.

Pero ello no supone que esta reglamentación detallada no guarde la menor conexión con la ley de procedimiento administrativo. Pues, aun cuando ésta es una ley ordinaria -y, por tanto, no tiene fuerza vinculante respecto de otra norma ulterior del mismo rango jerárquico-, al contener los principios y garantías que, dimanantes de la Constitución, deben informar los procedimientos administrativos, constituye la ley cabeza de grupo de las normas sobre procedimiento de las distintas ordenaciones sectoriales.

Por otro lado, al formalizarse el procedimiento en cada uno de estos Ordenamientos, no será necesario que reiteren, reproduciendo la normativa de la ley general, la regulación de los distintos trámites. Sino que podrán -y lo lógico y procedente es que así se haga- remitirse a la regulación general. Así, una ley de ordenación urbanística o de otorgamiento de una concesión administrativa de servicio público o cualquier otra pueden estimar necesario que en un determinado procedimiento exista un trámite de información pública; pero si este trámite está regulado con carácter general entre los instrumentos previstos en la ley general de procedimiento administrativo, bastará que la ordenación sectorial establezca el trámite, remitiéndose a aquélla.

España ha sido la primera Nación que ha tenido una ley de procedimiento administrativo, la ley de 19 de octubre de 1889; pero se trataba de una ley de bases que había de desarrollarse por los distintos Departamentos ministeriales a través de los correspondientes Reglamentos, que se aprobaron en fechas muy distintas, dando lugar a un conjunto heterogéneo de disposiciones en pugna con la idea directriz que había presidido la promulgación de la ley. De aquí la necesidad de una ley que superara el caos normativo existente. A esta necesidad se refería Gascón y Marín en aquel trabajo publicado en el número 48 de la *Revista de Estudios Políticos*, en estos términos:

> Se impone el ir a la promulgación de un Código único de procedimiento administrativo. La diversidad de materias sobre que versan las reclamaciones o peticiones formuladas por los particulares no debe llevar a la variedad de plazo, de denominaciones y naturaleza de recursos que se advierten en los Reglamentos en vigor. Partiendo de una nueva Ley de Bases, y realizando, no una mera recopilación o refundición de los diversos Reglamentos, sino una verdadera obra de codificación sistemática y revisora del vario Derecho existente, debe ser publicado un Código de procedimiento administrativo para la Administración central, partiendo de la necesaria separación entre las disposiciones orgánicas de estructuración burocrática de cada Departamento ministerial y las verdaderas de procedimiento administrativo. Derecho procesal administrativo que debe ser uniforme. Cabe, sí, establecer inicialmente una delimitación de los diversos órganos administrativos que existen por igual en los diversos Departamentos ministeriales, dejando la organización interna de cada uno de los servicios a normas singulares de los mismos; debe aparecer determinada concretamente la competencia de cada uno de los órganos de intervención en el proceso administrativo. Señalada y definida también la diversa naturaleza y alcance de las decisiones de trámite y de resolución que puedan adoptar las autoridades administrativas, la posibilidad y casos de adoptar el procedimiento oral y el escrito obligatorio; unificar todo lo relativo a incoación de expedientes, a la condición de interesados en los mismos, a la comparecencia personal o por modo de representantes, a señalar la diferencia entre reclamantes e interesados, los casos de posibilidad de reclamaciones colectivas, simplificando el procedimiento, tanto en única como en ulterior instancia; unificando lo relativo a plazos, paralización, caducidad de expedientes, incidencias, notificaciones, recursos ordinarios y extraordinarios, potestad correctiva en los casos de anormalidades en la tramitación, diferenciando la acción que pueda ejercitar el interesado, para obtener la normalidad de procedimiento, de la correspondiente a los Jefes jerárquicos de quien dirige el procedimiento para imponer la normalidad en el mismo; significación del silencio administrativo; acción del particular para obtener decisión de la autoridad, incorporando en libros especiales al Código general lo especial de ciertos procedimientos, como el económico administrativo y el sancionador[2].

Respondiendo a esta demanda unánime, se hicieron varios intentos de elaboración de una ley, hasta que, siendo Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno Laureano López Rodó, se nombró una Comisión encargada de la redacción de un anteproyecto de ley de procedimiento administrativo. Cuando, ya ultimado el trabajo, nos despedíamos con motivo de las vacaciones de Semana Santa de 1958, López Rodó nos dijo, a Manuel Ballbé y a mí -que habíamos tenido una importante participación en la Comisión- que quería tener la Exposición de Motivos de la Ley el lunes de Pascua. Recordándole que ese día era fiesta en Barcelona, logramos que nos prorrogara el plazo hasta el martes. Día en que me reuní con Ballbé para ensamblar las partes que habíamos redactado cada uno, el en Barcelona, y yo en Madrid precisamente el día de Viernes Santo, lo que resultó fácil dada la coincidencia de criterios. Y pudimos entregar el texto en el plazo fijado. De este modo, pudo repartirse el anteproyecto al día siguiente, y en el primer Consejo de Ministros, convertirse en proyecto, al ser aprobado y remitido a las Cortes[3].

---

2. *Revista de Estudios Políticos* n° 48, pp. 39 y ss.

3. Así lo recuerdo en mi trabajo "Laureano López Rodó, *in memoriam*", que sirve de introducción al libro *El procedimiento administrativo y el control jurisdiccional*, INAP, 2001, pp. 11 y ss., que recoge las intervenciones en

La ley respondía a los principios antes resumidos. No trataba de regular un procedimiento administrativo al que hubiera de ajustarse la actuación administrativa de las distintas Administraciones públicas, siempre que la legislación aplicable no tuviera previsto un procedimiento especial. La ley reguló los distintos aspectos del procedimiento administrativo comunes a todos -formalizados y no formalizados-, así como aquellos procedimientos formalizados en cuya tramitación no incidía el objeto, como los de revisión -de oficio y recursos administrativos- y los ejecutivos; los instrumentos de los que podrían hacer uso los sujetos que intervienen en el procedimiento para su normal desarrollo cuando no existiera un procedimiento formalizado, y las garantías esenciales que habría que respetar en todo caso. Pero los aspectos procedimentales constituían solo una parte -y no la más importante- de la regulación en ella contenida. La ley regulaba el régimen jurídico de la acción administrativa en sus diversos aspectos, y no sólo el procedimental. En consecuencia, en ella se encontraba el ordenamiento jurídico de los sujetos de la acción administrativa -órgano administrativo y administrados-; del objeto; de los actos, no sólo los de trámite que integran el procedimiento, sino del régimen general del acto, administrativo -requisitos, validez y efectos-, y del procedimiento administrativo en el sentido antes expuesto, como la regulación de los procedimientos formalizados no condicionada por el objeto y, muy especialmente, los de revisión.

La influencia de la ley española de procedimiento administrativo en los Ordenamientos jurídicos americanos ha sido destacada por el Prof. Brewer-Carías en uno de los libros que, según nos dice en la *Nota explicativa*, constituye uno de los precedentes del que ahora aparece. Esta ley -dice- "ha tenido una enorme importancia, no sólo en el propio desarrollo del derecho administrativo español, el cual es, precisamente, a partir de finales de la década de los cincuenta que comienza a renovarse y a alcanzar los extraordinarios niveles de excelencia de la actualidad, sino en el desarrollo del derecho administrativo contemporáneo de América Latina pues, puede decirse, que en una u otra forma dichas leyes han inspirado las leyes reguladoras de la actividad administrativa que se han dictado en nuestros países, en las últimas cuatro décadas"[4].

La primera reglamentación americana del procedimiento administrativo con influencia de la ley española fue el "Reglamento de Normas Generales de Procedimientos administrativos" de Perú, aprobado por Decreto Supremo número 006-67,56, de 11 de noviembre de 1967, a las que se otorgó fuerza de ley por el Decreto-Ley nº 26111, que distaba mucho de lo que debía ser una reglamentación básica del procedimiento administrativo, tal y como se configuraba en la ley española. De aquí las críticas de que fue objeto, así como las modificaciones ulteriores[5], hasta llegar a la ley nº 2744 titulada *Ley de procedimiento administrativo general*, publicada en el DO de 11 de abril de 2001, en cuya elaboración la Comisión tuvo en cuenta, aparte de los precedentes iberoamericanos -en España ya estaba vigente la ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común-, la legislación alemana y la italiana, como reconoce uno de los más relevantes miembros de la Comisión[6].

---

las *VI Jornadas hispano-argentinas de Derecho administrativo en homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, celebradas en Santiago de Compostela en marzo de 2000.

4. *Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1990, p. 24. En términos análogos, VIDAL PERDOMO, en DANOS y otros, *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general. Ley 27444*, Ara Editores, Lima 2001, p. 85.

5. Críticas que se reflejan en la obra de MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, I, 2ª ed., Lima 1999, pp. 115 y ss.

6. DANOS ORDÓÑEZ, Jorge, en el estudio preliminar de la primera edición oficial de la Ley, agosto 2001.

El significado de la ley queda reflejado en el art. 159.1, reproducción casi literal del art. 78.1 de la ley española de 1992, que, a su vez, reitera el art. 81.1 de la ley de 1958. El art. 159.1 de la ley peruana, dice:

> Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciársela resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias.

Teniendo en cuenta el rango reglamentario y ámbito de la Reglamentación peruana de 1967, puede considerarse que la primera Ley americana en el que tuvo reflejo el procedimiento español, fue la ley de procedimientos administrativos argentina nº 19.549 de 1972 la que, después de un Título I, en el que, además de delimitar el ámbito de aplicación, se consagran los principios generales informantes del procedimiento administrativo y los requisitos generales de la actuación administrativa, se regula: el régimen de la competencia y de los titulares del órgano administrativo en el Título II; los requisitos y efectos del acto administrativo y del silencio, en el Título III, y la impugnación de los actos en el Título IV. Como afirmaba Tomas Hutchinson, al comentar la ley varios años después, "la ley nacional de procedimientos administrativos es un cuerpo legal que, además de organizar recursos contra ciertos actos administrativos, establece normas respecto de la actuación de los funcionarios en lo que atañe a compaginación de expedientes, un trámite interno al margen de todo petitorio del particular y, en general, a ciertas formas procedimentales que deben observarse por quienes ejercen funciones administrativas. Como dijimos, contiene también normas de fondo. Es un instrumento político-arquitectónico útil para una buena conducción del Estado actual"[7].

La parquedad de la ley nacional argentina, contrasta con la extensión de la ley nº 27444 de Perú (243 artículos, 7 disposiciones finales y 5 transitorias), y de las *Normas Generales de actuación administrativa en la Administración central*, de Uruguay, aprobadas por el D. 500/991, con sus 239 artículos, que sustituyó al D. 640/973, que si bien constituye norma básica que modifica los reglamentos sobre procedimientos especiales o técnicos a que se refiere su artículo 1º, en cuanto "contradigan con la naturaleza de estos procedimientos", sólo se aplicará supletoriamente a los procedimientos administrativos sometidos a regímenes particulares en razón a la especialidad de las reparticiones en las que se aplican", en los puntos en que esos regímenes especiales carezcan de regulación[8].

Costa Rica rompió la tradición legislativa con su *Ley General de la Administración pública*, en la que se reflejan las genialidades del gran jurista que fue Eduardo Ortiz Ortiz. Ley elaborada con una tan depurada técnica, que al promulgarse me planteé serias dudas sobre su viabilidad, y así se lo hice ver a Eduardo. No obstante, funcionó. Lo que refleja el alto nivel del funcionariado de aquella Nación. Me lo comentaba años después, cuando coincidimos en Toledo con motivo de unas Jornadas sobre el *Derecho político a finales del siglo, una perspectiva iberoamericana*, unos meses antes de su muerte.

Como dice Brewer-Carías, esta ley constituye casi un *Manual* de Derecho administrativo redactado en forma de artículos, en los "que se encuentra explicado el Derecho administrativo como si se tratarse del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto".

---

7. *Ley nacional de procedimientos administrativos*. Ley 19549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, Buenos Aires 1985, I, p. 7.
8. CAJARVILLE, *Procedimiento administrativo en el D. 500/991*, Montevideo 1992, p. 15.

En Colombia se aprovechó la reforma del Código Contencioso-Administrativo de 1984 para llenar uno de los más grandes vacíos de su legislación que radicaba en la ausencia casi total de regulación de los procedimientos administrativos con la incorporación a aquél de un libro (el primero) dedicado a los procedimientos administrativos[9].

La ley de Honduras (Decreto nº 152-87), de 28 de septiembre de 1987 es, sin duda, la que en su estructura y contenido sigue más fielmente el modelo de la española.

Méjico no tuvo una ley de procedimiento administrativo a nivel federal ni al de las entidades federativas hasta la ley federal de procedimiento administrativo de 14 de julio de 1994. Un importante precedente fue un proyecto elaborado por la Coordinación General Jurídica del D.F. (integrada por Fix-Zamudio, García Ramírez, Gutiérrez De Velasco, Ovalle, Soberanes y Vázquez Alfaro) que puede conocer y comentar en unas conferencias que pronuncié en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a las que sugirieron unos interesantes coloquios en los que intervinieron los redactores del proyecto y cualificados funcionarios del Distrito Federal. La nueva Ley de 1994 no fue muy bien recibida por la doctrina[10], ni positivos los comentarios posteriores, al destacar la vaguedad e imprecisión de su articulado y llegarse a dudar de la constitucionalidad para la denegación global y tácita de leyes anteriores que en ella se contenía y por la violación de las garantías de seguridad jurídica y de legalidad[11]. No obstante, constituyó un paso importante en la estructuración de esta pieza esencial que es el procedimiento administrativo en un sistema de justicia administrativa[12]. Y dio lugar a que los Estados

9. Aunque en estricto rigor de técnica legislativa la regulación no encuadra exactamente dentro de un Código contencioso-administrativo, "las críticas que pueden hacerse a dicha inexactitud formal no pueden desmerecer la bondad, la utilidad y la oportunidad de un Ordenamiento jurídico cuya existencia se venía echando de menos de vieja data". Así, EZQUERRA PORTOCARRERO, en "El campo de aplicación de los procedimientos administrativos", en la Obra colectiva *Comentarios al Código contencioso*, 2ª ed., Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá 1986, p. 48.

10. Así, en *Boletín jurídico*, *Despacho de Emilio Margáin y Asociados* n° 200, octubre de 1994, p. 6, dice: "De la lectura del articulado de la Ley Federal de Procedimiento administrativo, que entrará en vigor el 1º de julio de 1995, se observan grandes confusiones, aclaraciones innecesarias, omisiones, etcétera, que indican la intervención de numerosas personas -se sostiene que el proyecto fue modificado por el grueso de las Direcciones Generales Jurídicas de las Secretarías de Estado y hasta por la Unidad Jurídica de la Presidencia- que terminaron por desnaturalizar lo que inicialmente redactaron sus autores.

Si buen número de los directores de las unidades jurídicas de las Secretarías de Estado poco conocen del Derecho administrativo, volviéndose prácticos de las leyes que corresponden a sus dependencias, piénsese en el problema con que se enfrentarán los nuevos directores de esas unidades que tomarán posesión con el nuevo Poder Ejecutivo que entrará a gobernar al país el 1º de diciembre próximo y que se van a encontrar con esta ley que trabajo les costará entenderla".

NAVA NEGRETE, *Derecho administrativo mexicano*, México 1995, p. 290, dice que "debiera revisarse con gran acuciosidad, pues fue una ley producida sin debate, sin una mínima apreciación por los legisladores, indudablemente más preocupados por sus futuras posiciones políticas y personales".

11. ACOSTA ROMERO, Herrán y VENEGAS, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* y *Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal*, comentadas, Porrúa, México 1996, pp. 105 y ss. y pp.167 y ss.

12. Así, en mi trabajo *Procedimiento administrativo federal*, Editorial Porrúa y UNAM, 2000, pp. XIV y ss. Se aparta en cierto modo de esta opinión general Lucero ESPINOSA, al decir en su trabajo *Ley federal de procedimiento administrativo comentada*, México 1998, p. X, que "aunque la promulgación de la Ley Federal de Procedimiento administrativo representa un avance que se había buscado, sin lograrlo, durante un buen número de años, el ordenamiento en estudio adolece de obscuridad, imprecisiones y contradicciones, y hasta faltas gramaticales. Si la ley está promulgada, con sus fallas y deficiencias; ahora nos toca a nosotros, los integrantes de asociaciones jurídicas, profesores de la materia y profesionales del derecho en general, hacer las observaciones correspondientes para depurar lo que ya está hecho, a fin de lograr una mejor regulación en este ámbito. Es cierto que hubiera sido mejor que previamente a la promulgación de la ley, las Comisiones legislativas consultaran escuelas y facultades de derecho y asociaciones jurídicas, para lograr un mejor instrumento legal; pero como ya había sucedido antes, también existía el riesgo de que las buenas intenciones nuevamente se quedaran en el camino. En lo particular, en los últimos 10 años nos tocó conocer tres diversos anteproyectos de Ley de Procedimiento Administrativo, que sólo

de la República vayan promulgando sus leyes de procedimiento, después de que el Distrito Federal promulgara la suya de 14 de diciembre de 1995. Concretamente, el Estado de México promulgó, el llamado Código de procedimientos administrativos el 6 de febrero de 1997, en el que, después de un Título primero dedicado a las disposiciones comunes al procedimiento y al proceso administrativo, dedica el Título segundo al procedimiento administrativo (arts. 106 a 198) y otro, el Título tercero, al proceso administrativo (arts. 199 a 293). Y el 9 de febrero de 1999, el Estado de Aguascalientes publicó su ley de procedimiento administrativo.

En Brasil, el 29 de enero de 1999 se sancionó la *Ley nº 9.784 que regula el procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración pública Federal*, en la que se nota la influencia del Código de procedimiento administrativo portugués aprobado por Decreto-Ley nº 442/91, de 15 de noviembre, en cuya exposición de motivos se reconoce que en su elaboración se han tenido en cuenta las enseñanzas del Derecho comparado y la larga experiencia de la aplicación de "leyes de procedimiento administrativo en países con sistemas político-administrativos tan dispares como Argentina, los Estados Unidos de América, España, Yugoslavia y Polonia, por citar algunos de los más importantes sobre este punto de vista", mereciendo "particular atención la ley de procedimiento administrativo de la República Federal Alemana publicada en 1976". El Profesor Freitas Do Amaral destacaría después la "marcada influencia de la ley de procedimiento administrativo española de 1958, de la ley norteamericana de 1946 y del Código alemán de 1976[13].

Del elenco de leyes de procedimiento administrativo de lengua española merece destacarse la Ley Orgánica de procedimientos administrativos de Venezuela, que publicó el nº 2818 extraordinario de la *Gaceta Oficial* de 1º de julio de 1981. Y entró en vigor el 1º de enero siguiente. En la introducción que redactó Brewer-Carías para la publicación de su texto en la Colección de textos legislativos de la Editorial Jurídica venezolana, decía:

> Esta Ley Orgánica, sin duda, producirá un impacto fenomenal en el funcionamiento de nuestra Administración Pública, similar a una revolución administrativa, pues cambia radicalmente la situación anterior. En efecto, en primer lugar, producirá un cambio de carácter jurídico, al transformar la informalidad administrativa anterior en un formalismo procedimental positivizado, y la situación anterior de los administrados, de impotencia y sujeción, en una situación colmada de garantías y derechos; y en segundo lugar, producirá un cambio de carácter administrativo, al transformar la irracionalidad anterior por normas y procedimientos técnicos racionales. Queremos insistir brevemente en estos dos aspectos en los cuales incidirá la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre el funcionamiento de nuestra Administración Pública, pues en ellos es que la Ley Orgánica provocará un cambio radical respecto de la situación anterior, que sólo su aplicación sucesiva consolidará. Las revoluciones administrativas, estamos convencidos, no se producen de un plumazo, sino que sólo pueden resultar de un esfuerzo deliberado y consciente de transformación continuada, el cual sin embargo, debe iniciarse mediante un acto formal. La Ley Orgánica, en este sentido, es el inicio de un proceso de transformación que dará sus frutos, dentro de algo más que una década, siempre que se defina una política adecuada para su aplicación permanente[14].

---

lograron alcanzar ese nivel. Hoy el paso está dado; vayamos adelante con la depuración que nos toca proponer para mejorar esta ley".

13. En "A Codificáo do procedimento administrativo em Portugal: razäo de ser. Tradicoes e enquadramento constitucional" en *Procedimiento administrativo. Ponencias del I Coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela 1995, p. 32.

14. Pp. 10 y ss. de la 8ª edición.

Precisamente por la revolución que suponía, a fin de facilitar el proceso de transformación, el Gobierno venezolano fletó un avión en el que viajaron a España altos funcionarios cualificados que habrían de tener una intervención decisiva en la aplicación de la nueva ley, para que durante unas semanas participaran en un curso intensivo que se organizó en la entonces Escuela Nacional de Administración pública de Alcalá de Henares, en el que intervinimos los que habíamos colaborado en la elaboración de la ley española de 1958 y la aplicábamos diariamente, como funcionarios o como abogados de los administrados. La experiencia acumulada durante los más de veinte años de vigencia de nuestra ley nos permitiría dar a conocer a nuestros colegas venezolanos las dificultades con que nos habíamos encontrado -que serían análogas a las que ellos se encontrarían- y el modo de poder superarlas para que pudieran cumplirse las finalidades de todo Ordenamiento del procedimiento administrativo. Aquellos días de gratísima convivencia, tan útiles para todos -siempre se aprovecha mucho en los cambios de impresiones entre quienes tienen preocupaciones comunes- culminaron en una cena que nos ofreció el Embajador de Venezuela, a la que asistió como testigo cualificado Manuel García Pelayo, a la sazón Presidente del Tribunal Constitucional español.

Las leyes de procedimiento administrativo objeto del estudio del Prof. Brewer-Carías consagran, de forma más o menos expresa, los principios que informan la regulación del procedimiento administrativo, reiterando a veces las normas de las Constituciones respectivas. Principios que tienen valor muy distinto, pues no pueden ser en modo alguno homologables los de *economía, celeridad y eficacia*, que figuraban en el artículo 29 de la ley española de 1958 y se han reiterado en casi todas las americanas con más o menos variantes, con los de legalidad, debido procedimiento o de confianza legítima. Mientras estos son auténticos principios generales del Derecho, aquellos son más bien principios de organización. Y así lo ha destacado la doctrina. Ya Hildegard Rondón de Sansó, en el estudio preliminar que, con la introducción de Brewer-Carías, se incluye en el texto de la ley orgánica de Venezuela publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, distinguía entre los "principios relativos a las garantías jurídicas (*audire alteram partem*, principio de imparcialidad, principio de publicidad)", y los "principios relativos a la eficacia administrativa (economía procedimental, racionalización, actuación de oficio)"[15]. Y Cajarville, al estudiar las *Normas Generales de actuación administrativa de la Administración central* de Uruguay, dice que los principios generales por los que se rige el procedimiento administrativo -que enumera el artículo 2º del D. 500/91, indiscriminadamente- pueden agruparse en dos grandes categorías: "Unos, -dice- son, realmente, principios generales del Ordenamiento en su conjunto, que como tales se aplican también en esta materia; otros, son específicos del procedimiento administrativo y derivan de las características de la función que en él se ejercita". Incluye entre los primeros a los siguientes[16]:

-Debido procedimiento o derecho a defenderse.

-Derecho al honor y a la dignidad. Presunción de inocencia.

-Imparcialidad.

-Derecho a la seguridad.

-Buena fe, lealtad y producción de verdad, salvo prueba en contrario.

-Incluye entre los segundos a estos otros:

-Legalidad objetiva.

15. Pp. 63 y ss. de la edición citada.
16. Procedimiento administrativo, *cit.*, pp. 20 y ss.

-Verdad material.

-Impulsión de oficio.

-Delegación material.

-Principios relativos a las formalidades.

-Gratuidad.

Clasificación que no responde al criterio diferencial señalado, porque algunos de estos últimos -legalidad objetiva y antiformalismo- son auténticos principios generales del Derecho y, como tales, sirven de fundamento al Ordenamiento, orientan la labor interpretativa y se aplicarán para llenar las lagunas de la ley. Y es que el art. 2º de las Normas, después de enumerar indiscriminadamente los principios, establece que "servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento".

El problema de la delimitación de lo que constituyen auténticos principios generales de Derecho que informan la regulación del procedimiento administrativo de los principios de organización ha preocupado especialmente a Eloy Espinosa-Saldaña al estudiar la ley del Perú nº 27444. Ya Danós, al estudiar el proyecto, había explicado que deliberadamente la Comisión redactora sólo había incorporado los principios que regulan la actuación administrativa y que tenían repercusión en los distintos procedimientos, no habiendo considerado los que configuraban la organización de la Administración pública[17]. Espinosa-Saldaña estima que debió haberse determinado cuándo estamos o no ante un principio general según que se fundamentase en el reconocimiento de mandatos constitucionales que presiden e informan toda la actuación administrativa o la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los administrados[18].

Principios del procedimiento administrativo en América Latina es el título del libro que tengo el honor de prologar. Pero el libro es mucho más. Estudia, efectivamente -y exhaustivamente- los principios que informan los Ordenamientos jurídicos de estas Naciones. Pero, partiendo de cada uno de ellos, va examinando las reglamentaciones respectivas, con sus similitudes y diferencias, ofreciendo un ejemplo de lo que debe ser un estudio de Derecho comparado. Y como el procedimiento administrativo es el cauce de la función administrativa y las leyes de procedimiento administrativo extienden su regulación al régimen jurídico de la actividad en que se concreta tal función, este nuevo libro del Prof. Brewer-Carías viene a ser un Manual, un excelente Manual de Derecho administrativo, del que puede decirse lo que él dijo de la Ley General de la Administración pública de Costa Rica de Eduardo Ortiz Ortiz: que en él se encuentra explicado el Derecho administrativo, como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina expuesto en un muy hermoso y rico texto.

Recordaba al principio que el día de Viernes Santo de 1958 escribía la parte que me correspondió de la Exposición de Motivos de la ley española de 1958. Y es precisamente el Viernes Santo de este año 2002 cuando termino de escribir estas líneas que servirán de introducción a este precioso libro de Allan Randolph Brewer-Carías. Al que debemos expresar nuestra gratitud por esta importante aportación a la Ciencia del Derecho administrativo iberoamericano.

---

17. DANOS, "Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos administrativos", *Thenis* n° 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 237 y ss.

18. En la obra colectiva comentarios a la *Ley de procedimiento administrativo general,* Ara Editores, Lima 2001, pp. 262 y ss.

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE

Pierre Delvolvé
Profesor de la Universidad de París II, Francia

1. Parmi les nombreux travaux du Professeur Brewer Carías, ceux qu'il a consacrés à la procédure administrative non contentieuse tiennent une place importante.

Il en a fait bénéficier les étudiants en doctorat de l'Université Panthéon-Assas-Paris II dans un cours donné en 1990 et qui a heureusement pu profiter à un public plus large grâce à sa diffusion écrite[1].

Il a pu montrer, au regard des solutions adoptées dans d'autres pays, les limites de celles du droit français. Non que la France n'ait pas eu de procédure administrative non contentieuse: plusieurs études en ont aussi montré les aspects et les insuffisances[2].

Toutes ont appelé à des améliorations. Elles ont trouvé des réponses dans le grand mouvement qui a atteint le droit administratif en France au tournant du siècle et a porté sur la procédure administrative non contentieuse autant que sur d'autres aspects du droit administratif.

2. De ceux-ci on ne peut évoquer que les plus marquants tant pour le fond du droit que pour le contentieux dont son application fait l'objet.

Ils ont porté d'abord sur les institutions. Le phénomène des autorités administratives indépendantes s'est particulièrement développé[3]. Il n'était pas entièrement nouveau: des organismes anciens pouvaient correspondre à la notion sans avoir l'appellation; désormais celle-ci est officiellement attribuée par le législateur à de nouvelles créations. Leur originalité tient à ce que non seulement elles sont placées hors de la hiérarchie administrative et soustraites à l'autorité du gouvernement, mais aussi elles détiennent des pouvoirs qui sont normalement ceux de l'exécutif (pouvoir réglementaire) ou du judiciaire (sanctions, solution de différends).

Les exemples de la Commission des opérations de bourse, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de l'Autorité de régulation des télécommunications, de la Commission de régulation de l'électricité sont les plus significatifs, mais ils ne sont pas les seuls. Le

1. "Les principes de la procédure administrative non contentieuse". *Etude de droit comparé (France, Espagne, Amérique latine*), préf. MODERNE, F., Economica, París 1992. *L'ouvrage est paru également en espagnol* (préf. GARCÍA DE ENTERRIA, E.), Civitas, Madrid 1990. Il figure aussi dans les *Etudes de droit public comparé*, qui rassemblent heureusement les principaux travaux du maître, Bruylant, Bruxelles, 2001, préf. R. DRAGO.

2. Notamment HOSTIOU, R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, 1975; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968; DUPUIS, G. (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1978; AUBY, J.M., "La procédure administrative non contentieuse", D. 1956 chr. 27; HONORAT, E., "L'acte administratif unilatéral et la procédure administrative non contentieuse", *A.J.D.A.* n° spécial, 1996, p. 76; LOPEZ-RODÓ, L., "La procédure administrative non contentieuse", *R.D.P.* 1980, p. 607.

3. *V.*, notamment Conseil d'Etat, Rapport public 2001, "Les autorités administratives indépendantes", *E.D.C.E* n° 52, 2001, pp. 253 et ss.

Conseil constitutionnel en a admis la constitutionnalité[4], notamment eu égard aux garanties qui encadrent l'exercice de leurs pouvoirs et qui relèvent de la procédure administrative non contentieuse.

C'est une des illustrations de l'enrichissement du droit administratif par le droit constitutionnel. Il en est d'autres, comme pour des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", dont la liste s'est enrichie non seulement par les décisions du Conseil constitutionnel, auxquelles le Conseil d'Etat a donné suite, par exemple à propos de l'indépendance des professeurs d'université[5], mais directement par les arrêts du Conseil d'Etat lui-même, sans intervention préalable du Conseil constitutionnel, comme l'interdiction d'extrader un étranger dans un but politique[6]

D'autres branches du droit encore ont enrichi récemment le droit administratif: de *l'extérieur*, le droit communautaire par exemple pour tout ce qui concerne les marchés publics et concessions de travaux publics[7], le droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, par exemple en ce qui concerne les publications étrangères ou le respect des biens[8] de *l'intérieur,* le droit pénal[9], le droit de la concurrence[10], le droit de la consommation[11], qui s'insèrent pleinement aujourd'hui dans la légalité.

La responsabilité administrative aussi s'est étendue: la condition de la faute lourde a été abandonnée pour plusieurs activités[12]; la responsabilité sans faute a été reconnue dans de nouveaux cas[13]

3. Ces progrès résultent essentiellement du contentieux.

Celui-ci en a connu lui-même, dans son organisation et dans son exercice.

La même année, en 1987 a été identifié comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe "selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, les organismes placés sous leur autorité ou leur contrôle"[14], et ont été créées les cours administratives d'appel, s'insérant en principe entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat (loi du 31 décembre

4. C.C. n° 88-248 *DC* 17 janvier 1989, Rec. 18; "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", par FAVOREU, L. et DALLOZ, Philip L., 11e éd., 2001, p. 713; n° 89-260 *DC* 28 juillet 1989, *Rec.* 71; *RFDA*, 1989. 671, note GENEVOIS; n° 96-380 *DC* 23 juillet 1996, *Rec*. 107; *A.J.D.A*. 1996. 694, note SCHRAMECK.

5. C.C. n° 83-165 *DC* 20 janvier 1984, *Rec*. 30; "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", p. 571 ; C.E. 22 mars 2000, *Ménard*, *Rec*. 124.

6. C.E. Ass. 3 juillet 1996, *Koné*, *Rec*. 255; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P. et GENEVOIS B., DALLOZ, 13e éd., 2001, n° 109, n° 777.

7. C.E. Ass. 6 février 1998, Tête, *Rec.* 30, concl. Savoie: Sect. 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, Rec. 201, concl. Savoie.

8. C.E. Sect. 9 juillet 1997, *Association Ekin*, *Rec*. 300; *Les grands arrêts ...*, n° 111, p. 794; Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *Rec*. 288, concl. Abraham; Ass. 11 juillet 2001, *Ministre de la défense C. Préaud*, *RFDA*, 2001, 1047, concl. Bergeal.

9. C.E. Sect. 6 décembre 1996, *Société Lambda*, *Rec.* 466, concl. Piveteau; *Les grands arrêts...*, n° 110, p. 785.

10. C.E. Sect. 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Rec*. 406, concl. Stahl; *Les grands arrêts...*, p. 112, p. 803.

11. C.E. Sect. 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *A.J.D.A.* 2001.853, Chr. Guyomar et Collin.

12. C.E. Ass. 12 avril 1992, *Epoux V.*, *Rec*. 171, concl. Legal; *Les grands arrêts ...*, n° 105, p. 743.

13. C.C. Sect. 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, Rec. 412; *RFDA*, 1998.90, concl. Pécresse.

14. C.C. n° 86-224 *DC* 23 janvier 1987, *Rec.* 8; *Les grands arrêts* ..., n° 99, p. 688.

1987); puis les restrictions à leur compétence en excès de pouvoir ont été progressivement supprimées et leur nombre a été accru[15].

Le pouvoir d'injonction, que le juge administratif se refusait à exercer à l'encontre de l'administration, lui a été expressément reconnu par la loi du 8 février 1995[16]. Il en a été fait un usage très fort[17].

Les procédures de référé ont été profondément remaniées par la loi du 30 juin 2000 principalement pour permettre d'obtenir, en urgence, la suspension de l'exécution d'une décision administrative faisant l'objet d'un recours en annulation ou en réformation lorsqu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ou encore, toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale[18].

4. Les nouveaux aspects de la procédure administrative non contentieuse ne sont ainsi qu'une des manifestations du développement récent, voire du renouveau, du droit administratif.

Ils méritent d'être présentés en eux-mêmes, ne serait-ce qu'en hommage au dédicataire de ces lignes.

Ils sont marqués par la volonté d'améliorer les relations entre l'administration et le public. Cela ne se limite pas à la procédure administrative non contentieuse. La recherche de la transparence administrative et de la démocratie administrative a porté sur d'autres objets[19]

En particulier l'accès aux documents administratifs, déjà ouvert par la loi du 17 juillet 1978, a été étendu par celle du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Cette même loi a voulu, plus largement, faciliter l'accès aux règles de droit, reconnu comme une liberté: à cette fin "les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent"; bien plus, "la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon fonctionnement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller". C'est ainsi que, par un décret du 7 août 2002, a été créé un service public de la diffusion du droit par l'internet, qui permet d'obtenir gratuitement les textes constitutionnels, législatifs, réglementaires, les conventions collectives nationales, les traités et accords auxquels la France est partie, les directives et règlements communautaires, la jurisprudence (constitutionnelle, administrative, judiciaire, communautaire, européenne)[20]. L'ouverture du site le 16 septembre 2002 a connu un succès tel que le système a été rapidement engorgé et que son renforcement technique a dû être réalisé en urgence.

Dans la même ligne est recherchée la simplification des démarches et formulaires administratifs. Deux décrets (2 décembre 1998, 2 février 1999) y avaient contribué; la

15. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice prévoit la création d'une nouvelle cour administrative d'appel, ce qui portera leur nombre à 8.

16. Aujourd'hui art. L. 916-1 et s. du code de justice administrative.

17. C.E. Ass. 29 juin 2001, *Vassilikiotis*; 27 juillet 2001, *Titran*, *A.J.D.A.* 2001.1046, chr. Guyomar et Collin.

18. Art. L. 521-1 et 2 du code de justice administrative. V.C.E. Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, et 5 mars 2001, *Saez, Les grands arrêts* ..., n° 118, n° 864.

19. DELAUNAY, B., *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, LGDJ, 1993.

20. http:/www.legifrance.gouv.fr.

loi du 12 avril 2000 y incite encore; le décret du 25 mai 2001 améliore le système avec un nouveau site, où peuvent être réalisées des *téléprocédures*[21].

La loi du 12 avril 2000 (art. 3) confirme l'œuvre de codification entreprise depuis plusieurs années, et qui, si elle ne se limite pas au droit administratif, s'y est particulièrement appliquée avec le code général des collectivités territoriales[22] et le code de justice administrative[23].

5. Cette même loi du 12 avril 2000 comporte d'autres dispositions, propres à la procédure administrative non contentieuse. Elle apparaît comme un texte central, pour celle-ci autant que pour d'autres aspects.

Elle n'est pas le seul. D'autres dispositions législatives et réglementaires ont également été adoptées.

La jurisprudence a aussi apporté sa contribution, non seulement pour préciser le sens des textes et en garantir l'application, mais pour adopter, de sa propre autorité, d'autres solutions. Son rôle créateur s'est illustré particulièrement dans l'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001 dont on parlera plus loin (N° 34). Lui non plus n'est pas le seul exemple d'innovation récente.

La conjonction des différents apports du *jurislateur* a abouti à des infléchissements sensibles du régime applicable aux actes administratifs unilatéraux, aussi bien dans leur préparation que dans leur adoption.

Les nouveaux aspects de la procédure administrative non contentieuse en France sont en effet les uns, antérieurs à la décision (I) et les autres, propres à la décision (II).

I. LES ASPECTS ANTERIEURS AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES

6. Les décisions administratives donnent lieu, avant d'être prises, à toute une procédure en vue de leur adoption. Cette procédure comporte des aspects collectifs (A) et des aspects individuels (B). Les uns et les autres ont donné lieu à des innovations récentes.

1. Les aspects collectifs

7. Les aspects collectifs de la procédure sont ceux par lesquels un grand nombre de personnes sont associées à la préparation des décisions administratives. Dans certains cas, il s'agit de personnes indifférenciées, des administrés en général, voire de collectivités: leur participation est aujourd'hui élargie (1°). Dans d'autres cas (qui peuvent d'ailleurs parfois se combiner avec les précédents), des organismes collégiaux, dont la composition est arrêtée par les textes qui les constituent, sont saisis en vue de la décision, soit pour donner un avis soit même pour prendre la décision: avant d'arriver à celle-ci, ils doivent de toute façon respecter certaines règles ou certains principes de procédure (2°).

8. *La participation du public* à la préparation d'un projet n'est pas une nouveauté.

21. Service-public.fr.

22. Adopté par la loi du 21 février 1996 pour la partie législative et le décret du 7 avril 2000 pour la partie réglementaire.

23. Adopté le 4 mai 2000 par ordonnance pour la partie législative et par décret pour la partie réglementaire.

Depuis longtemps, des enquêtes publiques doivent précéder l'adoption de certaines mesures: le meilleur exemple est celui des enquêtes préalables aux déclarations d'utilité publique. Leur insuffisance a pu être dénoncée. Plusieurs réformes ont déjà cherché d'une part à les étendre, d'autre part à les renforcer.

La loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement répondait à ce double objectif.

C'est précisément la préoccupation de l'environnement qui a conduit à compléter le dispositif et à l'élargir de l'enquête publique au *débat public*.

Le législateur a formulé à ce sujet, dans la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement "le principe de participation, selon lequel chacun à accès aux informations relatives à l'environnement", qui a été renforcé par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité en précisant que "le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire"[24].

Ces mêmes lois ont institué, puis réformé "la Commission nationale du débat public, autorité administrative indépendante", "chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées... dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. / La participation du public porte sur l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet./ La participation du public est assurée pendant toute la phase d'élaboration du projet, depuis l'engagement des études préliminaires jusqu'à la clôture de l'enquête publique". La Commission nationale peut constituer des commissions particulières pour certains projets.

Le rôle de la Commission nationale et des commissions particulières du débat public est exclusivement procédural : elles "ne se prononcent pas sur le fond des projets qui leur sont soumis". Au vu des projets dont elle est saisie, la Commission nationale décide s'il y a lieu d'organiser un débat, soit par elle-même soit par une commission particulière. Si c'est le cas, à l'issue de la procédure (dont la durée ne peut normalement excéder quatre mois), le débat fait l'objet d'un compte rendu et d'un bilan.

C'est au maître d'ouvrage ou à la personne responsable du projet qu'il appartient ensuite de décider du principe et des conditions de la poursuite de celui-ci, en précisant le cas échéant les principales modifications qui lui ont été apportées au vu du débat.

9. L'enquête publique à laquelle doit donner lieu le projet ne peut être engagée qu'à l'issue du débat public, selon les règles qui lui sont propres. Elle aboutit à un rapport dans lequel les personnes chargées de l'enquête (commission ou enquêteur unique) doivent émettre un avis, favorable ou défavorable.

Qu'elle succède à un débat public ou qu'elle soit engagée pour un projet au sujet duquel un tel débat n'est pas nécessaire, l'enquête publique doit être menée dans des conditions permettant encore au public de connaître le projet et d'émettre une

24. Dispositions figurant à l'article L.110-1 du code de l'environnement. Sur le sujet, *v.*, HELIN, J. Cl. et HOSTIOU, R., "Participation, décentralisation et déconcentration: une nouvelle donne en matière de grands projets" *A.J.D.A.* 2002.291. La convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dont l'approbation a été autorisée par la loi du 28 février 2002 et la publication a été effectuée en vertu du décret du 12 septembre 2002 (J.O. du 21), a contribué à l'adoption des dispositions nouvelles en France.

appréciation. Elle avait déjà été améliorée par la loi de 1983 pour les projets concernant l'environnement. Celle de 2002 apporte quelques aménagements, notamment pour permettre aux collectivités locales d'engager elles-mêmes une enquête pour les projets ne nécessitant par une expropriation.

De plus, dans tous les cas, l'enquête en vue d'une déclaration d'utilité publique peut donner lieu, à l'initiative du commissaire enquêteur, à des réunions d'information et d'échange avec le public.

Ainsi peuvent se succéder deux phases de participation du public: celle du débat public, celle de l'enquête publique.

10. L'enquête publique peut elle-même, le cas échéant, déboucher sur deux décisions.

La loi du 27 février 2002 prévoit un effet qu'à l'issue d'une enquête publique en vue d'une expropriation, doit être adoptée une déclaration de projet se prononçant sur l'intérêt général de l'opération. Si l'expropriation est réalisée au profit de l'Etat, la déclaration d'utilité publique tient lieu de déclaration de projet. Mais si l'expropriation doit bénéficier à une collectivité locale, celle-ci doit adopter la déclaration de projet avant que l'Etat prononce l'utilité publique.

Il y a là une source de complication dont le législateur a eu conscience puisqu'il a limité les possibilités de contester la déclaration de projet.

Il n'évite pas pour autant les difficultés pouvant naître de la consultation de certains organismes qui peut être également nécessaire avant d'arriver aux décisions en cause.

11. Pour les *organismes collégiaux*, de nouvelles exigences procédurales ont été apportées récemment.

Déjà le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers avait, parmi d'autre dispositions, plus ou moins discutables[25], précisé le fonctionnement des organismes consultatifs placés auprès des autorités de l'Etat et des établissements publics administratifs de l'Etat.

C'est la jurisprudence qui, au cours de la période récente, a été amenée à préciser la portée du principe *d'impartialité.*

Ce principe n'est pas nouveau[26] Mais ses exigences ont dû être particulièrement rappelées et précisées pour des organismes collégiaux érigés en autorités administratives indépendantes et dotés notamment de pouvoirs de sanction (supra, N° 2).

Le Conseil constitutionnel en a fait lui-même état à leur sujet[27].

La Cour de cassation a eu l'occasion d'en censurer la violation par des autorités administratives indépendantes dont, par dérogation au principe de séparation (v. note 14), le contentieux lui a été confié: Commission des opérations de bourse[28], Conseil de la concurrence.

25. Par ex. C.E. Sect. 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët, Rec.* 591; D. 1967.92, concl. BRAIBANT ; *A.J.D.A.*, 1967, 34, chr. Lecat et Massot; R.D.P., 1967, p. 334, note WALINE.

26. Décision du 28 juillet 1989, précitée note 4, à propos de la Commission des opérations de bourse.

27. Cass. Ass. plén. 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/Oury*, Bull. Civ., A.P. n° 1, p. 1.

28. Cass. Com. 5 octobre 1999, *SNC Campenon-Bernard*, Bull. Civ. IV, n° 158, p. 133.

Le Conseil d'Etat a eu également à vérifier le respect du principe d'impartialité par les autorités dont il a conservé le contentieux[29].

12. L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui donne droit à *un tribunal indépendant et impartial* pour les "contestations sur (les) droits et obligations de caractère civil" et *toute accusation en matière pénale*, a contribué à préciser les solutions en matière administrative, puisqu'il ne se limite ni, d'une part, aux seuls litiges d'ordre civil au sens français, ni, d'autre part, aux seules juridictions: il s'applique notamment aux sanctions infligées par les autorités administratives. Même en dehors de son champ d'application[30], le principe d'impartialité s'impose à titre de principe général du droit[31], voire comme principe constitutionnel en tant que corollaire du principe d'égalité.

Il détermine en particulier dans quelles conditions le rapporteur d'un dossier relatif à une sanction peut participer à la formation collégiale qui va statuer. Si le rapporteur n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs, n'a le pouvoir ni de classer l'affaire ni d'élargir le cadre de la saisine, si ses pouvoirs d'investigation ne l'habilitent à exercer aucune contrainte, et s'il n'a pas outrepassé ses pouvoirs, son rôle parfaitement neutre, qui ne se différencie pas de ceux de la formation collégiale à laquelle il appartient, ne l'empêche pas de participer à celle-ci quand elle statue[32].

En revanche, lorsque le rapporteur ou toute autre personne exerce des pouvoirs impliquant une prise de position avant la délibération de l'organisme compétent pour statuer, il ne peut y participer[33].

Les mêmes solutions valent évidemment pour les juridictions[34].

Ainsi la procédure administrative non contentieuse peut rejoindre la procédure contentieuse. Ce peut être le cas aussi pour certains de ses aspects individuels.

2. Les aspects individuels

13. L'administré peut avoir l'impression d'être méconnu par l'administration, en particulier lorsqu'il ignore le sort des demandes qu'il lui adresse (1°) ou parce qu'elle ignore la situation où ils se trouvent (2°). Sur ces deux aspects, des améliorations récentes ont été réalisées.

14. Les demandes à l'administration avaient déjà donné lieu à des dispositions du décret du 28 novembre 1983 (art. 4 à 7). Mais celles-ci ne valaient que pour les services administratifs et les établissements publics administratifs de l'Etat.

La loi du 12 avril 2000, couvrant (art. 1er), non seulement les administrations de l'Etat, mais les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère

29. C.E. Ass. 3 déc. 1999, *Didier*, *Rec.* 399; *Les grands arrêts...*, n° 115, p. 836, à propos du Conseil des marchés financiers; du même jour, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, *Rec.* 397; *R.F.D.A.* 2000.574, concl. Combrexelle, à propos de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

30. Ainsi pour la C.N.I.L. : en ce sens l'arrêt *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, cité note 29.

31. En ce sens notamment C.E. 27 octobre 1999, *Fédération française de football*.

32. En ce sens les arrêts *Didier* et *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, cités note 29.

33. En ce sens a contrario les arrêts cités note 32 ; positivement les arrêts de la Cour de cassation cités notes 27 et 28, et Cass. Civ. 23 mai 2000, Bull. I. n° 151, p. 99; *A.J.D.A.*, 2000, 762, note Sargos.

34. C.E. Sect. 3 déc. 1999, *Leriche*, *Rec.* 402, concl. Schwartz; Ass. 23 février 2000, *Société Labor Metal*, Rec. 83, concl. Seban; Ass. 6 avril 2001, *S.A. Entreprise Razel frères*, L.P.A. 7 août 2001 concl. Seban.

administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif, a élargi les solutions antérieure dans leur champ d'application organique.

Elle étend aussi leur champ d'application matériel puisqu'elle régit aussi bien les demandes formulées à l'occasion d'un recours gracieux ou hiérarchique que les demandes initiales alors que seules celles-ci bénéficiaient du régime antérieur[35].

15. De manière générale art. (16), toute demande devant être présentée avant une date limite ou dans un certain délai, comme le dépôt d'une déclaration, l'exécution d'un paiement ou la production d'un document, peut être effectuée jusqu'à la date prescrite soit par un envoi postal, le cachet de la poste faisant foi, soit par un procédé télématique ou informatique permettant de certifier la date d'envoi.

En second lieu (art. 19), toute demande adressée à une autorité administrative fait normalement l'objet d'un accusé de réception sauf si elle n'appelle pas d'autre réponse que le service d'une prestation ou la délivrance d'un document. Cette exception marque le lien entre la nouvelle mesure et la procédure administrative: l'accusé de réception n'est nécessaire que si la demande est destinée à provoquer une décision.

C'est pourquoi il doit préciser, outre la date de la réception, si la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ou d'acceptation et dans quel délai; il doit indiquer également les délais et voies de recours contre une décision implicite de rejet - faute de quoi ces délais sont inopposables.

Des dispositions particulières permettent de pallier les erreurs de la demande: si elle a été adressée à une autorité incompétente, celle-ci doit la transmettre à l'autorité compétente en avisant l'intéressé; si la demande est incomplète, elle doit lui demander de produire les pièces manquantes.

Il n'est fait exception à ces règles que, d'une part, pour les demandes auxquelles des textes font naître au profit du demandeur une décision au terme d'un bref délai (15 jours ou moins), d'autre part, pour celles qui sont abusives notamment par leur nombre, leur caractère abusif ou systématique[36].

Lorsqu'un administré adresse une demande à l'administration, cela la dispense d'appliquer les dispositions régissant *les observations des intéressés*.

16. La loi du 12 avril 2000 (art. 24) procède à ce sujet à une extension.

Depuis longtemps, la jurisprudence avait imposé à l'administration de mettre à même une personne à l'encontre de laquelle elle projette d'infliger une sanction ou même seulement en considération de laquelle elle envisage une mesure, de faire valoir sa défense ou ses observations[37].

Le décret du 28 novembre 1983 est venu réglementer cette obligation mais seulement pour certains services de l'Etat et de ses établissements publics.

Comme pour le régime des demandes, la loi du 12 avril 2000 élargit le dispositif à toutes les administrations (v. N° 14).

17. Il s'applique aux décisions individuelles qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979, c'est-à-dire principalement à celles qui sont défavorables aux

35. C.E. Sect. 29 mars 1991, *S.A. Laboratoire Lafon*, *Rec.* 113.
36. Sur les détails, *v.*, le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001.
37. C.E. Sect. 5 mai 1944, *Danse Trompier-Gravier*, Rec. 133; *Les grands arrêts...*, n° 58, p. 357; Sect. 20 janvier 1956, *Nègre*, *Rec*. 24.

intéressés: non seulement sanctions, mais mesures de police, autorisations subordonnées à des conditions restrictives ou imposant des sujétions, retrait ou abrogation d'une décision créatrice de droits, refus d'un avantage dont l'attribution constitue un droit, refus d'une autorisation, invocation d'une prescription, d'une forclusion ou d'une déchéance.

Comme sous le régime du décret de 1983, ne sont donc pas couvertes les décisions qui n'ont pas un caractère individuel (qu'elles soient réglementaires ou non).

Ne le sont pas non plus les décisions individuelles prises en cas d'urgence ou de circonstances particulières, celles pour lesquelles une procédure contradictoire particulière est instaurée par d'autres dispositions législatives.

De plus le risque de compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales peut aussi justifier que le dispositif de la loi ne soit pas mis en œuvre - ce qui peut prêter à bien des discussions et contestations.

18. Normalement, pour les décisions visées, l'administration doit mettre à même la personne intéressée de présenter des observations écrites, et, si celle-ci le demande, de présenter des observations orales, le cas échéant avec l'assistance d'un conseil ou par un mandataire (il peut ne pas être donné suite aux demandes d'audition abusives).

19. La loi de 2000 va ainsi plus loin que les solutions antérieures, non seulement parce que, organiquement, elle étend le champ d'application du décret de 1983, mais parce que, comme lui, elle ne se limite pas aux mesures pour lesquelles étaient déjà garantis les droits de la défense. En exigeant que les intéressés puissent formuler des observations au sujet de décisions qui les concernent personnellement, elle organise une sorte de participation individuelle à la préparation de ces décisions, de la même manière que pour des mesures générales est organisée la participation du public (supra N° 8 et s.).

Liant cette participation individuelle à l'obligation de motivation, elle tient compte des aspects propres à la décision.

II. LES ASPECTS PROPRES AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES

20. Le statut des décisions administratives elles-mêmes a été mis au point depuis longtemps: la manière de les prendre, leur formulation ont fait l'objet d'apports successifs de la législation et de la jurisprudence. Si des précisions et des améliorations pouvaient encore être souhaitées, elles ne paraissaient devoir être que des ajustements.

Les solutions récemment adoptées vont à certains égards beaucoup plus loin. Il ne s'agit pas de révolution, mais au moins de réformes assez sensibles.

Les unes concernent l'adoption des décisions (A), les autres leur retrait (B).

1. L'adoption des décisions

21. S'agissant de l'adoption des décisions, c'est essentiellement leur forme qui a donné lieu à des modifications: le régime des décisions implicites a été renouvelé dans son ensemble (1°); celui des décisions explicites n'a pas donné lieu à des mesures aussi générales, mais a été précisé pour certaines d'entre elles (2°).

22. Les décisions implicites sont apparues avec la loi du 17 juillet 1900 qui, pour permettre de lier le contentieux malgré l'inertie de l'administration, a donné valeur de décision de rejet à son silence consécutif à une demande, pendant une durée fixée classiquement à quatre mois[38].

Déjà des textes épars avaient modifié le régime de droit commun soit pour modifier la durée du délai à l'expiration duquel apparaît une décision implicite, soit pour donner à cette décision implicite la valeur, non d'un rejet de la demande, mais au contraire d'une acceptation: cette solution a particulièrement été appliquée aux autorisations, notamment en matière d'urbanisme (permis de construire), d'agriculture (défrichement, cumul d'exploitations agricoles), de santé (ouverture ou extension de cliniques privées). Le système s'était développé au point de rendre nécessaire des précisions juridictionnelles tant dans le principe[39] que sur les modalités: en particulier sur la nécessité que la demande soit adressée à une autorité compétente[40] et ait été accompagnée d'un dossier complet[41] pour que le délai commence à courir, ainsi que sur la computation du délai[42].

La loi du 12 avril 2000 est venue renouveler le système pour favoriser l'adoption de décisions implicites.

Les solutions ne sont pourtant pas uniformes. Elles comportent encore une distinction entre les cas de rejet et ceux d'acceptation.

23. L'article 21 maintient le *principe* selon lequel "le silence gardé... par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de *rejet*".

Un délai différent peut être établi par des décrets en Conseil d'Etat "lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie".

Les décrets pris postérieurement à la loi du 12 avril 2000 n'ont guère établi le délai plus court. Ils ont au contraire repoussé soit à quatre mois, selon le droit commun antérieur, soit à six mois et même à neuf mois, selon les cas, le délai à l'expiration duquel est acquise la décision implicite de rejet[43] : les exceptions au droit commun sont nombreuses.

Elles se justifient par l'objet des décisions sur lesquelles elles portent. Mais on ne peut pas dire que la simplification et l'unification recherchées par le législateur soient réalisées.

24. Cette observation se confirme si l'on considère les décisions implicites *d'acceptation*, auxquelles la loi du 12 avril 2000 consacre son article 22.

Le législateur, s'il n'a ni voulu ni pu ériger à ce sujet une solution de principe (c'est au contraire le rejet qui s'attache en principe au silence), a cherché néanmoins à étendre les solutions existant déjà, car elles sont favorables aux administrés: lorsque le silence consécutif à une demande vaut acceptation, ils bénéficient de la solution.

---

38. Le dernier texte général avant des mesures récentes était le décret du 11 janvier 1965.

39. Sur la question de savoir si l'aménagement de la portée, négative ou positive, d'une décision implicite, relève du domaine de la loi ou du règlement: C.C. n° 69-55 L 26 juin 1969, *Rec.* 27; n° 94-352 *DC* 18 janvier 1995, Rec. 170; C.E. Ass. 27 février 1970, *Commune de Bozas*, *Rec.* 139; *A.J.D.A.*, 1970, 225, chr. Denoix de Saint Marc et Labetoulle.

40. C.E. Sect. Sect. 18 décembre 1981, *Vernet-Lozet*, Rec. 483; Dr. soc. 1982.225, concl. BIANCARELLI.

41. C.E. Sect. Sect. 4 juin 1982, Hensel, Rec. 213; Dr. social 1982; 641, concl. Stirn; D. 1983.260, note MODERNE; M. Monnier, *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, LGDJ, 1992.

42. C.E. 6 mai 1985, *Ministre de l'agriculture c/Mme Bonnaire*, *A.J.D.A.* 1985.488, concl. Dutheillet de Lamothe ; Sect. 24 janvier 1986, *Mattei et Maynard*, Rec. 13, concl. Bonichot.

43. Décrets du 20 juin 2001, du 3 octobre 2001, du 3 mai 2002.

Mais celle-ci peut dans certains cas nuire à l'intérêt public, aux tiers, voire à l'administration elle-même.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 18 janvier 1995 (v. note 39), avait marqué les limites d'un système de décision implicite lorsqu'il est de nature à priver de garanties légales des principes et droits de valeur constitutionnelle, notamment la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile. C'est pourquoi il avait censuré une disposition réputant acquise au bout de quatre mois après la demande, l'autorisation nécessaire pour établir un système de vidéo-surveillance.

Le législateur de 2000 s'en est souvenu et a exclu le régime de décision implicite d'acceptation lorsque s'y opposent l'ordre public, la protection des libertés ou la sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle. Il a ajouté deux ordres d' exceptions: l'une tient aux exigences résultant d'engagements internationaux de la France ; l'autre, plus pragmatique est destinée à empêcher que l'administration soit engagée financièrement par surprise (n'ayant pas su que son silence produirait un tel effet) ou par connivence avec le demandeur: sauf dans le domaine de la sécurité sociale, aucun régime d'acceptation implicite d'une demande présentant un caractère financier ne peut être établi.

Même lorsqu'un tel régime est possible, il ne peut résulter que de décrets en Conseil d'Etat. Cela confirme que ce n'est pas un régime de droit commun.

Pourtant la loi tend à une solution générale lorsque de tels régimes sont institués: normalement le silence vaut acceptation au bout de deux mois (comme pour les décisions de rejet); et le bénéficiaire de la décision peut en obtenir l'attestation.

Mais ici encore des délais différents peuvent être fixés lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie.

Le décret du 20 juin 2001, qui comporte déjà des dispositions propres aux décisions de rejet, en comporte quelques-unes au sujet de l'acceptation, mais elles sont beaucoup moins nombreuses. Elles ont pu réduire le délai de décision implicite dans certains cas (art. 35, art. 38: 15 jours; art. 62: un mois). Restent les dispositions antérieures qui imposent un délai plus long (par ex. en matière d'urbanisme).

25. L'ensemble du système garde une complexité qui l'éloigne des intentions de simplification du législateur. Les administrés peuvent s'y perdre.

C'est pour qu'ils s'y retrouvent qu'a été aménagée l'obligation d'accuser réception des demandes adressées à l'administration (supra, N° 15), leur indiquant notamment si et en quel sens elles peuvent provoquer une décision implicite.

26. Pour les décisions explicites, c'est seulement *l'obligation de motiver* qui a donné lieu récemment à quelques innovations.

On a déjà rappelé, en liaison avec l'obligation de mettre les intéressés à même de faire valoir leurs observations (v. N° 16 et s.), que la loi du 11 juillet 1979 avait imposé à l'administration de motiver ses décisions individuelles défavorables ou dérogatoires, non les autres.

Or l'obligation de motivation a été étendue à d'autres décisions, non par des mesures générales qui auraient pu avoir leur place dans la loi du 12 avril 2000, mais dans des mesures particulières de la loi du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité, portant sur deux actes relevant du régime de l'expropriation.

27. Le premier est la déclaration d'utilité publique elle-même.

N'étant pas individuelle, même si elle n'est pas non plus réglementaire, elle n'avait pas à être motivée en vertu de la loi du 11 juillet 1979[44].

Selon l'article L. 11-1-1 ajouté au code de l'expropriation par l'article 145 de la loi de 2002, "l'acte déclarant l'utilité publique est accompagné d'un document qui expose les motifs et considérations justifiant le caractère d'utilité publique de l'expropriation".

On peut relever la particularité de la formule. Elle ne se borne pas à prévoir, comme la loi de 1979, que l'acte doit être motivé -ce qui normalement se traduit par des considérants précédant le dispositif-, mais qu'il doit être complété par un document. Il ne faut pas attacher d'importance à cette différence de forme: le *document* ne peut être considéré comme une annexe n'ayant pas de partie juridique; pour se distinguer formellement de l'acte, il sera un élément nécessaire à sa validité. De la même manière que l'absence ou l'insuffisance de motivation lorsque celle-ci est imposée par la loi de 1979[45], l'absence ou l'insuffisance du document devant compléter la déclaration d'utilité publique entachera celle-ci d'illégalité.

Ce document doit être relié à d'autres aspects de la procédure

L'un se situe en amont. Il tient d'abord à la participation du public, notamment par le débat public (*supra*, N° 8) et l'enquête publique (N° 9); le document permettra au public de retrouver éventuellement la trace de ses opinions. En second lieu, l'avis du commissaire enquêteur pourra et même devra être pris en compte par le document, notamment si l'avis est défavorable; il faudra justifier l'utilité publique du projet.

L'autre aspect se situe en aval et concerne la procédure contentieuse : le contrôle juridictionnel de l'utilité publique, notamment en application de la fameuse théorie du bilan[46] devrait être facilité par le contenu du document exprimant les motifs et considérations justifiant l'utilité publique.

L'illégalité de ce document pourra ainsi tenir à des raisons soit quantitatives (absence ou insuffisance de la motivation: illégalité externe) soit qualitatives (motifs ne justifiant pas l'utilité publique: illégalité interne).

28. Le second acte pour lequel l'article 145 de la loi de 2002 impose la motivation est la décision de refus de déclarer l'utilité publique d'un projet ou d'une opération (art. L. 11-1-nouveau du code de l'expropriation).

Classiquement de tels refus n'ont pas à être motivés et, au contentieux, ne donnent lieu qu'à un contrôle restreint à l'erreur de fait ou de droit, au détournement de pouvoir et l'erreur manifeste d'appréciation[47].

Désormais l'obligation de les motiver pourra conduire le juge à contrôler non seulement l'existence de la motivation (légalité externe) mais sans doute aussi le contenu des motifs, non plus de manière *restreinte*, mais de manière normale.

La question se pose de savoir si la même solution s'appliquera en amont au refus d'ouvrir l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, qui, s'il n'est pas à proprement parler un refus de déclarer l'utilité publique, empêche de le faire. Si la réponse est positive, le contrôle de ce refus pourra également passer du stade *restreint*[48] au stade normal.

---

44. C.E. 11 février 1983, *Commune de Guidel*, *Rec.* 54; *A.J.D.A.* 1983.296, chr. Lasserre et Delarue.
45. Par ex. C.E. 24 juillet 1981, *Belasri*, *Rec*. 322; *A.J.D.A.* 1981.464, chr. Tiberghien et Lasserre.
46. C.E. Ass. 28 mai 1971, ..., "*Ville Nouvelle est*", *Rec*. 409, concl. Braibant; *Les grands arrêts...*, n° 93, p. 623.
47. Par ex. C.E. 20 mars 1991, *Commune du Port*, *Rec*. 95; *A.J.D.A.* 1991.651, note TEBOUL.
48. C.E. 7 mars 1979, *Commune de Vestric-et-Candiac*, *Rec*. 102.

Ici encore la procédure non contentieuse peut entraîner des conséquences sur la procédure contentieuse.

Des liens semblables vont se retrouver à propos du retrait.

2. Le retrait des décisions

29. Le régime du retrait des actes administratifs tient surtout au fond du droit; mais il relève aussi de la procédure administrative non contentieuse en ce qu'il comporte des règles de délai.

Il a été essentiellement déterminé par la jurisprudence à partir du célèbre arrêt *Dame Cachet* du 3 novembre 1922[49]: un acte créateur de droits ne peut être retiré que pour illégalité, tant qu'il est susceptible d'être annulé par le juge administratif, c'est-à-dire pendant la durée de recours contentieux et, en cas de recours, pendant la durée et dans les limites de l'instance.

Ce principe a donné lieu à des solutions qui ont été aménagées tant par le législateur (1°) que par la jurisprudence (2°).

30. Le législateur, par l'article 22 de la loi du 10 avril 2000, est revenu sur le régime de retrait qu' avait précisé la jurisprudence au sujet des *décisions implicites d'acceptation pour lesquelles aucune publicité n'est imposée*.

Pour celles-ci, le Conseil d'Etat, considérant que l'autorité compétente était dessaisie à l'issue du délai de décision implicite et n'avait donc plus de pouvoir au-delà de ce délai, ne pouvait pas retirer la décision[50]. Le souci de préserver la sécurité juridique qui avait conduit à instituer un régime de décision implicite d'acceptation a conduit aussi à en empêcher le retrait: si celui-ci avait été admis selon le droit commun, pendant la durée du délai du recours contentieux, il aurait été possible indéfiniment puisque, faute de publicité, le délai de recours n'aurait jamais commencé à courir.

Mais la solution inverse qu'avait adoptée le Conseil d'Etat aboutissait à un autre extrême: l'impossibilité du retrait.

31. L'article 22 de la loi du 12 avril 2000 arrête une solution plus équilibrée.

Pour les décisions implicites d'acceptation pour lesquelles aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre, le retrait est possible pendant un délai de deux mois à compter de la date à laquelle la décision est intervenue; en outre, si un recours contentieux a été formé, le retrait est possible pendant la durée de l'instance. Sur ces deux aspects, la loi revient sur la jurisprudence *Eve*.

Si elle couvre aussi le cas des décisions implicites d'acceptation donnant lieu à des mesures de publicité à l'égard des tiers, elle n'établit pas de solution nouvelle: le retrait est possible pendant la durée du recours contentieux et, en cas de recours, pendant celle de l'instance.

32. La loi n'innove pas non plus quant aux conditions de fond (tenant à l'illégalité de l'acte initial) ni quant aux actes autres que les décisions implicites d'acceptation: ni le actes explicites ni les actes non créateurs de droits ne sont régis par elle.

Pour eux, les solutions sont déterminées par *la jurisprudence.*

---

49. *Rec*. 790*; Les grands arrêts...,* n° 40, p. 241.
50. C.E. Sect. 14 novembre 1969, *Eve, Rec*. 498, concl. BERTRAND.

33. Celle-ci a elle-même apporté des innovations qui sont encore liées à la procédure administrative non contentieuse.

Elle a réglé d'abord le cas des décisions explicites au sujet desquelles l'administration doit indiquer au destinataire les voies et délais de recours, faute de quoi ceux-ci ne sont pas opposables. L'application des principes de la jurisprudence *Dame Cachet* aurait permis à l'administration, lorsqu'elle a omis de préciser les délais de recours, de retirer indéfiniment sa décision puisque le délai de retrait est normalement lié au délai du recours.

Par l'arrêt du 24 octobre 1997, *Mme de Laubier*[51], le Conseil d'Etat (Ass.) a fait échec à une solution dont la rigueur juridique aurait été une inconséquence pratique. Il a jugé que l'auteur de l'acte ne pouvait invoquer les dispositions lui imposant d'indiquer les voies et délais de recours pour retirer, de sa propre initiative, une décision au-delà du délai de deux mois consécutif à la notification.

L'arrêt ne touche pas aux autres cas de retrait: en particulier il laisse possible le retrait sur demande d'une personne ainsi qu'en cas de recours intenté contre la décision.

34. L'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001[52], a procédé à un revirement beaucoup plus important, en découplant, au moins dans certains cas, le retrait et le recours:

> sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de décision.

Ainsi il n'est fait référence ni au délai de recours ni au recours: le retrait est possible dans un délai de quatre mois (alors que le recours ne l'est que dans un délai de deux mois); le point de départ du délai du retrait est la date de la décision (alors que celui du délai de recours est la date de la publicité de la décision); au-delà de quatre mois, le retrait n'est plus possible alors même qu'un recours a été intenté.

C'est fondamentalement le souci de la sécurité juridique qui a conduit à cette *révolution* contentieuse. Mais si une révolution est l'achèvement d'un cycle, le retour aux origines, c'est bien ce sens qui s'applique ici, car, comme en 1922, le Conseil d'Etat a voulu en 2001 assurer une sécurité juridique que des solutions antérieures ne permettaient plus de garantir.

35. La solution nouvelle n'en a pas moins ses limites.

Elle ne s'applique qu'aux décisions individuelles explicites créatrices de droits.

Pour les décisions individuelles implicites créatrices de droit, c'est le régime établi par la loi du 12 avril 2000 qui continue à s'appliquer (supra, N° 31).

Pour les décisions non créatrices de droits, l'arrêt Ternon n'apporte aucun élément nouveau, pas plus que la loi: tel est le cas pour les décisions réglementaires et pour les décisions individuelles de rejet (à moins que celles-ci créent des droits pour les tiers), que ces dernières soient implicites ou explicites.

De plus, pour des décisions individuelles explicites créatrices de droits, l'arrêt *Ternon* d'une part fait lui-même exception pour le retrait demandé par le bénéficiaire (qui n'est donc pas enfermé dans le délai de quatre mois à compter de la décision), d'autre part

51. *Rec*. 371; *R.F.D.A.* 1998.527, concl. Précresse; *A.J.D.A.* 1997.936, chr. GIRARDOT et RAYNAUD.

52. *R.F.D.A.* 2002.77, concl. Seners, note DELVOLVÉ, P., *A.J.D.A.* 2001.1034, chr. GUYOMAR et COLLIN, et 2002.738, note GAUDEMET, Y.

laisse ouvertes les exceptions résultant de dispositions législatives ou même réglementaires (ce qui est un appel à des aménagements par les textes).

Si la sécurité juridique s'est développée, on ne peut en dire autant de la simplicité. L'administration et a fortiori les administrés peuvent se perdre dans les solutions.

36. Les remarques qui viennent d'être formulées à propos des différents régimes de retrait peuvent être étendues à l'ensemble des nouveaux aspects de la procédure administrative non contentieuse: à rechercher le perfectionnement, on trouve la complexité; on perd d'un côté ce que l'on veut obtenir de l'autre.

Or le Conseil constitutionnel a reconnu comme un "objectif de valeur constitutionnelle" l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi"[53]. La formule peut valoir aussi bien pour le droit en général, le droit administratif en particulier, et tout spécialement la procédure administrative non contentieuse.

On peut se demander si les progrès récents ne constituent pas à cet égard un recul plutôt qu'une avancée.

Certes les administrés sont mieux associés aux décisions, mieux informés de leur préparation et de leur adoption, mieux protégés. La transparence administrative se développe. La *démocratie administrative* vient compléter la démocratie politique.

La sécurité juridique devrait en être renforcée.

37. Il n'est pas sûr qu'elle le soit lorsque l'accumulation et la combinaison des procédures finissent pas constituer des pièges pour la légalité et des causes de contentieux.

Car plus les règles de procédure se développent plus les risques de contentieux s'accroissent. On a relevé à plusieurs reprises les liens entre la procédure administrative non contentieuse et la procédure administrative contentieuse. Ces liens peuvent déboucher sur le contentieux tout court.

Celui-ci, déjà encombré, peut se trouver surchargé par le développement des procédures non contentieuses: le non-contentieux peut accroître le contentieux.

Ce n'est sans doute pas une amélioration.

38. L'accessibilité et l'intelligibilité pourraient être atteintes par la rédaction d'un code de procédure administrative non contentieuse englobant toutes les règles la régissant.

L'idée a été émise et discutée il y a longtemps[54], notamment par le Professeur Brewer-Carías (v. note 1).

En France elle se traduira dans le *code de l'administration* actuellement en préparation[55]. "Ce code doit grouper des dispositions générales sur les procédures et les structures administratives qui ne sont pas reprises dans des codes spécifiques". Sous le thème *des relations des administrations avec le public*, "il a vocation à codifier les règles de portée générale s'imposant à l'ensemble des activités administratives, par opposition aux règles particulières résultant des législations ou réglementations sectorielles, c'est-à-dire aussi bien les grands textes... qui sont habituellement rattachés

53. C.C. n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* 136; *A.J.D.A.* 2000-31, notre SCHOETTEL.

54. WIENER, C., *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF, 1975; GAUDEMET, Y., "La codification de la procédure administrative non contentieuse en France", *D.* 1986 chr. 107

55. DOUZIEME, V., *Rapport annuel de la Commission supérieure de codification*, 2001, Editions des Journaux officiels, p. 20.

aux thématiques de l'amélioration des relations entre l'administration et ses usagers ou de la transparence administrative, que ceux régissant ce que l'on a coutume de désigner sous le terme de procédures administratives non contentieuses".

39. Cette présentation suscite deux sortes de remarques.

L'une concerne la notion même de procédure administrative non contentieuse, qui apparaît comme ambiguë puisqu'elle est ici présentée comme distincte de l'amélioration des relations entre administration et administrés et de la transparence administrative, alors que ces deux objets sont recherchés par la procédure administrative non contentieuse.

L'autre observation est que la procédure administrative non contentieuse ne sera dans ce code traitée ni de manière autonome ni de manière complète. Elle sera associée à des règles régissant l'organisation administrative, même si deux parties distinctes en traiteront. Elle ne donnera lieu dans le code qu'à la formulation de règles générales, que l'on pourrait qualifier de *transversales*. Resteront hors de ce code, pour se trouver éventuellement dans d'autres, celles qui régissent des activités particulières.

40. Quels que soient les progrès, déjà réalisés ou en cours de réalisation, grâce notamment au projet de *code de l'administration*, on peut exprimer une crainte devant le développement actuel de la procédure administrative non contentieuse: celle d'un excès, entravant l'action de l'administration et à travers elle, la satisfaction de l'intérêt public.

Selon la formule célèbre, la procédure est la sœur jumelle de la liberté. Elle l'est aussi de l'administration. Il ne faudrait pas quelle devienne fratricide.

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (*NON REFORMATIO IN PEIUS*) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

Luis Fraga Pittaluga
Profesor de la Universidad Católica del Táchira,
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, a diferencia de los particulares, tiene el extraordinario privilegio de revisar sus propias actuaciones para corregirlas, modificarlas, o extinguirlas, si así lo exige la aplicación de la regla de derecho o si la oportunidad y conveniencia de los intereses generales tutelados por ésta, así lo reclama, con el único obstáculo, según se suele sostener con apoyo en la interpretación más ortodoxa de las normas pertinentes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, del respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos, particulares y directos de los administrados. Este privilegio exorbitante es una de las manifestaciones de la potestad de autotutela administrativa.

Ahora bien, la potestad que tiene la Administración para revisar sus actos oficiosamente, corre paralelamente a la posibilidad que tienen los titulares de derechos subjetivos o de intereses personales, legítimos y directos, de instar al ente emisor del proveimiento para que examine su manifestación de voluntad y establezca si la misma está viciada de nulidad, relativa o absoluta, en atención a la intensidad del vicio que se denuncia. Los mecanismos fundamentales para lograr esta revisión son los recursos administrativos -de reconsideración, jerárquico y extraordinario de revisión- y la solicitud de reconocimiento de nulidad absoluta, llamada por algunos *acción de nulidad*.

Esta posibilidad de provocar la revisión de los actos administrativos, desarrollada por la ley, tiene sin embargo rango constitucional y se enmarca, principalmente, en las previsiones de los artículos 49 (derecho al debido proceso y en particular a la defensa) y 51 (derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta) de la Carta Fundamental de 1999. De otra parte, su estudio se encuadra en la teoría general de los medios impugnativos[1], o sea, en los principios generales que incardinan el control de la regularidad de los actos procesales o administrativos, a través de la interposición de recursos[2].

---

1. VESCOVI, E., *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires 1988.

2. Como en otros lugares (PITTALUGA FRAGA, L., *La Terminación anormal del proceso administrativo por inactividad de las partes*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1996, pp. 1, 14 y 15), aquí nuevamente insistimos en no confundir los recursos con las acciones. El *recurso*, desde el punto de vista procesal, es una de las especies del género *medio de impugnación* cuyo objetivo es corregir o remediar las irregularidades que se producen durante el curso del proceso; se trata pues, de una actividad de las partes que procura la corrección o eliminación jurisdiccional de los posibles defectos o injusticias en que incurre el acto procesal. Esa actividad deriva de un poder que

En estas breves líneas pretendemos analizar hasta dónde alcanza la exorbitante potestad revisora de la Administración cuando la misma es incitada por el administrado, es decir, cuando se inicia un procedimiento administrativo de segundo grado por voluntad de un titular de derechos subjetivos o de un interesado legítimo, a través de la interposición de un recurso de reconsideración, jerárquico o de revisión y en concreto nos interesa analizar el fenómeno de la reforma en perjuicio o peyorativa (*reformatio in peius*) en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado.

La razón que justifica analizar la posibilidad de la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo sancionatorio, radica en que en este tipo de procedimiento es frecuente que la situación jurídica del recurrente sea desmejorada y, por otra parte, es en este caso, tal vez con más intensidad que en cualquier otro supuesto, donde pueden percibirse las graves consecuencias que la reforma peyorativa comporta.

Trataremos entonces de establecer si cuando se intenta un recurso administrativo, la Administración puede modificar el acto administrativo sancionatorio en tal medida que desmejore o agrave la situación del impugnante o si tal posibilidad está proscrita en el ámbito de la revisión gubernativa en mérito de la confrontación de la amplísima potestad de autotutela con las normas constitucionales y legales y los principios que gobiernan el procedimiento administrativo sancionatorio. Así entonces, examinaremos lo que para algunos es la posibilidad de aplicar el principio procesal de la *non reformatio in peius* o prohibición de reforma peyorativa o en perjuicio, en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado.

II. LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* EN EL ÁMBITO PROCESAL

La sentencia es el acto procesal que pone fin al proceso de conocimiento que se inicia con la interposición de la acción. De acuerdo con Guasp, la sentencia "…es aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso"[3]. Se trata entonces del acto crucial y culminante del proceso, porque a través del mismo se da respuesta a la pretensión procesal, materializando de esta forma uno de los cometidos fundamentales de la jurisdicción, esto es, el acto de juzgar.

Es un acto procesal complejo que contiene en sí mismo dos partes fundamentales, a saber, la formalización del razonamiento judicial o del silogismo mediante el cual se resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses planteado en el proceso, a partir de la

---

tienen las partes, el cual a su vez dimana del derecho de acción. En el ámbito del procedimiento administrativo, el recurso también es un mecanismo de revisión, control y corrección de los defectos, pero esta vez del acto administrativo. La *acción*, por su parte, es, según ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y CASTILLO, N., "La posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa". La acción así concebida es un derecho subjetivo procesal que constituye la energía o principio anímico de toda la actividad realizada por las partes dentro del proceso, que únicamente así, y no recluida en la demanda, alcanza su pleno desarrollo y se erige, por su trascendencia, en uno de los tres conceptos fundamentales del Derecho Procesal. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, N., "Enseñanzas y Sugerencias del Algunos Procesalistas Sudamericanos Acerca de la Acción", *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1974, pp.317 y ss.

3. GUASP, J., *Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos*, Madrid 1968, t I, p.511.

confrontación de la pretensión deducida y de la resistencia a la misma (*litis*), y una manifestación de voluntad del Estado producida a través del juez, que pone fin al señalado conflicto aplicando el derecho objetivo al caso concreto.

Ambos aspectos del más importante de todos los actos procesales, están condicionados por la causa que le da origen al pronunciamiento judicial y que, como hemos dicho, se ubica en el conflicto intersubjetivo de intereses creado por la pretensión procesal y la resistencia a la misma. Suele llamarse a este condicionamiento la *congruencia*, esto es, la relación entre el objeto del proceso y la sentencia. Guasp define la congruencia como "…la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos uno de los cuales es la sentencia misma (…) y otro el objeto procesal en sentido riguroso"[4].

Este requisito impone que el fallo no contenga más de lo pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*), so pena de incurrir en incongruencia positiva; ni menos de lo pedido (*ne eat iudex citra petita partium*), lo que supone incongruencia negativa; ni algo distinto a lo pedido (*ne eat iudex extra petita partium*), lo que genera incongruencia mixta. Así pues, la jurisdicción tiene un límite objetivo muy claro (objeto y causa del proceso) y el juez está obligado a proferir su fallo dentro de ese límite. Nuestra Ley procesal señala que la "Toda sentencia debe contener: (…omissis) 5º Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia" (artículo 243, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Civil).

Esta limitación objetiva impuesta a la función jurisdiccional, cuyo origen primigenio es el principio dispositivo, se proyecta en todas las instancias del proceso. Así, mientras la sentencia de primera instancia debe ser *congruente* con la pretensión procesal, la defensa o excepción correspondiente y las pruebas ofrecidas y evacuadas durante la secuela del proceso, la decisión de segunda instancia debe ser igualmente congruente con el recurso interpuesto y el contenido de la decisión del *a quo*. De esta forma se manifiesta también el principio dispositivo en la segunda instancia, a través de la regla *tantum devolutum quantum apellatum*. Dice Vescovi que "Resultaría inconsecuente con lo sostenido antes de que el objeto de la sentencia (de primera instancia y también de segunda…) está delimitado por las pretensiones de las partes (principio de congruencia), admitir ahora que el tribunal del alzada puede ir más allá de lo pedido por el apelante"[5].

Al lado de esta regla que dibuja los confines del efecto devolutivo de la apelación, surge otra norma procesal de principalísima importancia que impide desmejorar la situación del recurrente como consecuencia del recurso interpuesto, siempre que no haya apelación de la otra parte. Es aquí donde nace, como otra manifestación del principio dispositivo, la prohibición de reforma peyorativa.

Señala el profesor Arístides Rengel Romberg, que en nuestro sistema procesal y, específicamente, respecto al efecto devolutivo[6] de la apelación rige el principio según el

4. *Ib.*, p. 517.

5. VESCOVI, E., Los recursos judiciales…*cit.* p. 163.

6. Entendiendo por tal, "la transmisión al tribunal superior del conocimiento de la causa apelada. O como dice COUTURE: 'el efecto inherente al recurso de apelación, consistente en desasir del conocimiento del asunto al juez inferior sometiéndolo al superior'. El efecto devolutivo se produce en la apelación y es, por tanto esencial a la misma, puesto que por un lado hace perder al juez *a quo* el conocimiento del asunto y, por otro, hace adquirir al juez *ad quem* la jurisdicción sobre la cuestión apelada; ya sea el mérito de la pretensión planteada ante el primer

cual "el conocimiento del juez superior se produce en la medida de la apelación" (*tantum devolutum quantum apellatum*); principio éste que a su vez se fundamenta en los principios *dispositivo* (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex oficio*); del *vencimiento como causa de la apelación* (*non gravatus non potest appellare*), y en el de la *personalidad de la apelación*, según el cual la decisión de alzada no produce beneficio a la parte que ha consentido el fallo sino a aquella que lo ha apelado. Como consecuencia de ello, advierte que en nuestro sistema procesal rige el principio llamado de la "prohibición de la *reformatio in peius*", que es una limitación que tiene el poder del juez de alzada en ciertos casos y que puede definirse así: "*Cuando existe vencimiento recíproco entre ambas partes y una sola de ellas apela, el juez de alzada no puede reformar la sentencia apelada empeorando la condición del apelante*"[7]. La doctrina procesalista española entiende la *reformatio in peius* como una violación del requisito de la congruencia que debe satisfacer la sentencia.[8]

Así pues, nuestro sistema de apelación está dominado por el principio que prohibe la *reformatio in peius*, por lo cual el juez de alzada no puede reformar la sentencia empeorando la situación del apelante, salvo en aquellos casos en los que la contraparte haya interpuesto también apelación principal o se haya adherido a la apelación de la contraria[9]. De acuerdo con lo expuesto, la prohibición de la *reformatio in peius* es -en pala-

---

juez, o bien de alguna cuestión o punto incidental controvertido resuelto en la instancia inferior". RENGEL-ROMBERG, A., "Teoría General del Proceso", *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, t III, , Editorial Arte, Caracas 1992, p. 416.

7. De acuerdo con RENGEL-ROMBERG que "la jurisprudencia de nuestra casación ha sido constante bajo el Código de 1961en el sentido de considerar que la violación de la *reformatio in peius* constituye una infracción del Art. 189 de dicho Código (hoy Art. 297), así como de los Arts. 12 (hoy también 12), 21 (hoy Art. 15) y 162 (hoy Art. 243) *ejusdem*, pues al excederse en el límite en que había recibo el problema a decidir, no se atiende el juez de alzada a lo alegado y probado en autos, ni mantiene a las partes en los derechos que le son privativos, ni se atiene a las acciones deducidas en el límite establecido por la apelación; y esta doctrina se mantiene bajo el nuevo Código. *Ib*., pp. 417-420.

8. Señalan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES que: "Se ha venido considerando como una manifestación característica del principio de la congruencia en la segunda instancia, la prohibición de la denominada *reformatio in peius*, es decir, la prohibición de que el tribunal *ad quem*, al resolver el recurso, modifique por sí la sentencia apelada en perjuicio del apelante, empeorando o agravando la posición del mismo. Si el ámbito de la apelación y de las facultades decisorias del Tribunal *ad quem* vienen determinados, conforme al principio dispositivo, por la regla *tantum appellatum quantum devolutum* y la esencia de la legitimación para recurrir radica en la existencia de gravamen, ello implica que aquellos pronunciamientos de la sentencia de instancia que no haya sido objeto de impugnación y que resulten favorables al apelante, conservarán plena eficacia para él, pues lo que pretende con la interposición del recurso genera, por tanto, para el recurrente una expectativa de reforma de la resolución recurrida en aquello que le resulte desfavorable, sin que en ningún caso le quepa esperar un resultado que le perjudique. La sentencia de apelación que introdujera, sin petición de la parte contraria, una reforma peyorativa incurriría, evidentemente, en incongruencia. Es por ello por lo que la prohibición de la *reformatio in peius* solamente puede tener lugar si la otra parte no apeló o no impugnó la resolución apelada, pues en tal caso, por efecto de los mismos principios antes aludidos, el tribunal *ad quem* entra a conocer de todo lo que se le propone como materia de decisión en la segunda instancia por las dos partes litigantes y también recurrentes, de modo que en caso de estimar la pretensión deducida por una de ellas que hubiera sido desestimada en la primera instancia, provocará, obviamente, una reforma peyorativa para la contraria, pero ella será consecuencia, precisamente, del principio de la congruencia". MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., "Los recursos en el proceso civil", Tirant lo blanch, Valencia 2001, pp. 346-347.

9. Según el maestro LORETO, Luis de acuerdo con nuestro sistema procesal, "...todo litigante debe tomar la iniciativa de la reforma de la sentencia en todo aquello que le es gravoso, ya de manera autónoma, por la interposición de un recurso principal, ya en forma subordinada mediante el ejercicio del derecho a adherir, lo que presupone en este caso la preexistencia de la apelación de la parte contraria. Por ello, para dicho autor no cabría distinguir entre sentencias que contienen un sólo punto o puntos distintos y opuestos de los cuales se apela, siempre que en la decisión de ellos se produzca perjuicio a ambas partes. TICIO demanda a CAYO para que le pague 100 y éste es condenado en primera instancia a pagarle sólo 50, habiendo negado la obligación. De esta decisión que contiene un

bras de Eduardo Couture- un principio negativo, ya que consiste principalmente en una prohibición "no es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del único apelante". Aduce dicho autor que no faltaron intentos de la doctrina, sobre todo penalista, que sostuvieran la inexistencia de este principio en todas las ramas. Sin embargo, justificadamente estas tesis no hallaron eco en el pensamiento procesal más autorizado.

En efecto, para la mayor parte de la doctrina procesal, "la prohibición de reformar en contra del recurrente no es sino la consecuencia de ciertas normas generales ya anticipadas. Así, conducen hacía esa prohibición los principios *nemo judex sine actore*, expresión clásica del proceso dispositivo vigente en nuestros países; del *ne procedat ex officio*, que prohibe, en línea general, la iniciativa del juez fuera de los casos señalados en la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación. El juez de la apelación no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tatum devolutum quantum apellatum*"[10].

De lo anterior podemos afirmar que en virtud de la *reformatio in peius*, en nuestro sistema procesal el juez *ad quem* no puede reformar de oficio la sentencia para empeorar la situación del apelante, salvo que exista un acto expreso de adhesión del apelado que le permita beneficiarse del efecto devolutivo pleno de la apelación principal, determinando así los confines dentro de los cuales pretende también que se efectúe el examen y control de la alzada[11].

La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que el principio de la *non reformatio in peius* impide al juez de alzada empeorar el agravio causado por la sentencia sometida a revisión, cuando la contraparte no haya hecho a su vez uso del recurso de apelación ni

---

sólo punto, el demandado CAYO apela únicamente (sic). En tal supuesto, si el actor TICIO no adhiere en forma alguna a la apelación de CAYO, por no concurrir a la segunda instancia o por cualquier otro motivo, el juez de alzada no podría reformar la sentencia en favor de TICIO empeorando la situación de CAYO, aun cuando de las actas procesales pudiere surgir la convicción de que el apelante debe pagar efectivamente 100. A falta de adhesión de TICIO a la apelación de CAYO éste no podría ver empeorada su condición de condenado a pagar 50, debiendo confirmarse la sentencia. La adhesión tiene precisamente por finalidad ampliar el campo de conocimiento de la causa y decisión del juez *ad quem*, incorporando al debate de segunda instancia todas aquellas cuestiones que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción u omisión para la parte apelada y sin cuya denuncia mediante la adhesión, el juez no podría decidirlas de oficio, empeorando con ello la condición del apelante. Lo propio sucede cuando la decisión se refiere a varios puntos decididos algunos de modo favorable y otros desfavorablemente a ambas partes, en cuyo caso el juez no podrá agravar la situación del apelante si el apelado no manifiesta su voluntad de obtener una reforma de la sentencia en su favor, mediante un acto de adhesión. En tratándose de puntos completamente distintos u opuestos a los de la apelación, el Tribunal de alzada no podría decidir nada sobre ellos, sino en tanto que el apelado haya manifestado con la adhesión, su voluntad de que sean reformados en la medida de los gravámenes que denuncie. Si en todos estos supuestos el apelado no concurre a la alzada, o guara silencio, no habiendo adherido, el juez no podría proveer a sus intereses (...) Quedan a salvo, desde luego, la aplicación de las leyes de orden público y el problema de la correcta subsunción de los hechos bajo las normas, en todo lo cual la figura de los litigantes no vincula al juzgador (*iura novit curia)*". LORETO, L., "Adhesión a la apelación". *Ensayos Jurídicos*, Fundación Roberto GOLDSCHMIDT, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1987, p. 445.

10. COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981, p. 368.

11. Siendo que la adhesión en nuestro derecho es un verdadero y propio recurso o, mejor dicho, un remedio de naturaleza subordinada a la del recurso principal, lógicamente supone que quien lo ejerza se halle perjudicado por la decisión. Recuérdese que lo pretende el apelado al adherirse a la apelación es mejorar la situación en que le colocó la sentencia recurrida. Por tales motivos, cuando el apelado se limita en la segunda instancia a defender la sentencia y solicitar su confirmación, aun cuando le sea gravosa, sin utilizar para ello el recurso de adhesión a la apelación contraria, no podrá aspirar obtener en la alzada una reforma del fallo a su favor, pues el juez se encuentra limitados sus poderes para tal fin (*ne procedat iudex ex officio; no eat iudex ultra petita partium*). *V.*, LORETO, L., *ob. cit.*, p. 450.

se haya adherido al de la otra[12], puesto que la apelación transmite al tribunal superior el conocimiento de la causa, en la extensión y medida en que fue planteado el problema en el libelo introductivo de la instancia ante el juez de origen, y en la extensión y medida del problema, tal como haya quedado reducido el debate en el momento de la apelación. Es decir, que "…el efecto devolutivo que provoca la interposición del recurso de apelación, no se produce sino en cuanto a los puntos de la sentencia que hayan sido atacados por los litigantes, de manera que la parte apelada del fallo será la única que pasa al conocimiento del tribunal de alzada, y el resultado de esa apelación no afectará, naturalmente, sino a los litigantes que hayan intervenido en el punto o proceso accionado, pues los puntos o negocios no apelados habrán causado ejecutoria, y el superior no tendrá sobre ellos jurisdicción alguna: son cosa juzgada"[13].

En forma constante y pacífica la Corte Suprema de Justicia y la doctrina más conspicua, sostenían que el vicio de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa comporta una violación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, implícito en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, y no constituye *ultrapetita*, que consiste en acordar algo que no ha sido pedido en la fase de alegación del proceso, vicio en el cual pudiese incurrir tanto el juez de alzada como el de primera instancia; en tanto que la *non reformatio in peius* es una obligación que se impone exclusivamente a los jueces de alzada, de ceñirse rigurosamente a lo que es el tema del recurso de apelación, sin favorecer a quien no lo interpuso[14]. Sin embargo, este criterio ha sido modificado, en los siguientes términos:

> Vista la figura del (sic) *reformatio in peius*, como un principio jurídico que emerge en abstracto de la conducta del juridiscente, a través de la cual desmejora la condición del apelante, sin que haya mediado el ejercicio del precitado recurso por la contraria, es de lógica concluir, que no existe norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que la contemple y la cual pudiera ser, verdaderamente objeto de violación directa; siendo así, no se puede continuar inficionando dentro del campo de los artículos 288 del Código de Procedimiento Civil y 1.365 del Código Civil, para justificar la violación de una norma inexistente, argumentándose dicha ficción, en los principios de *tantum apellatum quantum devolutum*; la realidad de la conducta del *ad quem*, al desmejorar al apelante, está circunscrita a la figura jurídica de la ultrapetita, pues viola el principio de congruencia de la sentencia, conectado a la limitación de decidir solamente sobre lo que es objeto del recurso subjetivo procesal de apelación; en igual manera la *reformatio in peius*, está ligada a la garantía constitucional del derecho a la defensa, por lo cual quien ejerce ese derecho no puede ver deteriorada su situación procesal, por el sólo hecho de haberlo ejercido. Sobre la base de estos considerandos, se deja establecido que el principio de la *reformatio in peius*, en el cual incurre el juez de alzada, al conocer en función jerárquica vertical, debe ser denunciado como una infracción de forma, sobre la violación de los preceptos establecidos en los artículos 12, 15, 243, ordinal 5 y el 244 del Código de Procedimiento Civil, y con apoyo en el ordinal 1, del artículo 313 *eiusdem*[15].

En cuanto a la gravedad de este vicio, se ha considerado que la *reformatio in peius* configura una violación del derecho a la defensa de los litigantes, de manera que se trata de una trasgresión al orden público procesal que habilita a casar de oficio el fallo que incurra en la misma, de acuerdo con la facultad que en ese sentido establece para la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Pero adicionalmente, desde el punto de vista constitucional, se ha

12. *Cf.*, Ss. CSJ/SCC, 23-09-92 y 25-11-99.
13. *Cf.*, S. CSJ/SCC, 16-12-92.
14. *Cf.*, Ss. CSJ/SCC, 23-09-92 y 25-11-99.
15. *Cf.*, TSJ/SCC, 16-02-01.

reconocido la posibilidad de utilizar los mecanismos procesales extraordinarios como el amparo constitucional para accionar contra la sentencia que incurra en la reforma peyorativa, porque la misma supone una violación del derecho a la defensa[16] y una trasgresión del principio de la seguridad jurídica[17].

III. LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

El principio de la *non reformatio in peius* que, como hemos visto, es una institución oriunda del derecho procesal, tiene, no obstante ello, proyección en el Derecho Administrativo Formal, desde que en el ámbito interno de la Administración existe la posibilidad de que la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento de ésta, que afecta los derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos de un particular, sea objeto de una revisión rogada (recurso), bien ante el mismo órgano que dictó el acto o bien ante el superior jerárquico correspondiente.

Así, en mérito de esa revisión existiría en principio la posibilidad de que el órgano que revisa pueda modificar totalmente la decisión examinada, al punto de desmejorar o agravar la situación jurídica de quien insta dicha revisión. Esta posibilidad, ya se ha dicho, no existe en el proceso judicial y la interrogante es entonces, si tampoco ha de existir en el procedimiento administrativo de segundo grado, en especial cuando el acto objeto de revisión comporta una sanción para el administrado.

De allí que, entenderemos por *reformatio in peius* en el Derecho Administrativo Formal, la modificación de un acto administrativo en su contenido material como consecuencia de la decisión de un recurso administrativo, que comporta disminuir los efectos favorables, agravar los desfavorables o incluir nuevos resultados perjudiciales para el recurrente. Alguna doctrina incluye dentro del concepto la extensión del impacto del acto original a sujetos que no estaban afectados en principio por el mismo[18], pero nosotros creemos que tal supuesto es distinto al de la reforma peyorativa, que sólo debe ser examinada, en nuestra opinión, con respecto al sujeto que recurre y no en relación a los terceros. En el supuesto anotado, el problema que sea plantea no es si el acto ha sido modificado para afectar de manera distinta (peor) la situación de quien interpone el recurso, sino si el acto que originalmente se dirigía a un sujeto en particular, puede ampliar su radio de acción hasta tocar los derechos subjetivos e intereses personales, legítimos y directos de terceros ajenos al procedimiento administrativo constitutivo y,

16. "En orden a lo anterior, esta Sala considera que la *reformatio in peius*, además de ser un vicio de carácter legal que afecta la validez del fallo, también resulta ser un vicio que vulnera tanto el derecho a la defensa como al debido proceso del apelante. De allí que la procedencia de la acción de amparo contra el fallo que en él incurra , puede ser factible, en tanto sea inadmisible contra dicho fallo el extraordinario recurso de casación, que es el medio judicial apropiado e idóneo para remediar la situación jurídica lesionada como consecuencia de la indebida reforma de la sentencia, que desmejore la situación del único apelante (*reformatio in peius*); pues, se reitera una vez más que el mecanismo del amparo está condicionado a la inexistencia de otros medios procesales que permitan el restablecimiento de la situación jurídica que se alega infringida, o de la situación que más se le asemeje, tal como lo dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica de la materia". *Cf.*, S. SCJ/SCC, 15.07.98.

17. *Cf.*, S. CSJ/SCC, 18-11-99.

18. GONZÁLEZ NAVARRO, F., "La *reformatio in peius* en materia de contrabando", *Revista de Administración Pública* n° 76, Instituto de Estudios Políticos, Madrid enero-abril, p.182.

por supuesto, extraños al procedimiento de segundo grado. No es un problema del contenido del acto (elemento objetivo), sino de los sujetos pasivos del mismo (elemento subjetivo).

De entrada es preciso señalar que las razones por las cuales la sentencia de primera instancia no puede ser modificada por el juez *ad quem* en perjuicio del apelante, no son trasladables al ámbito del procedimiento administrativo porque ambos cauces formales -el proceso judicial y el procedimiento administrativo- presentan características no sólo diversas, sino en ocasiones diametralmente opuestas.

Esto ha llevado a algunos a descartar de plano que la *non reformatio in peius* sea un principio susceptible de ser transportado al terreno de los recursos administrativos. Pero es el caso que la respuesta no es tan sencilla, porque a pesar de las indiscutibles diferencias que han de reconocerse entre ambos mecanismos de revisión de actos precedentes (el acto administrativo definitivo por una parte y la sentencia por la otra), el *telos* de la revisión pareciera ser el mismo: el escrutinio de la decisión original para lograr su conformidad con el derecho.

La discusión teórica ha sido enconada, larga e irreconciliable y en algunos países como España, ha debido ponérsele fin mediante reformas legislativas drásticas[19]. Pero en otras latitudes, como ocurre en nuestro país, tales cambios no se han producido y las dudas siguen y, lo que es peor, la realidad cotidiana enseña que, en efecto, los actos administrativos sometidos a revisión a través de los recursos administrativos, son en muchas ocasiones modificados para desmejorar o empeorar la situación del recurrente.

Tratar de encontrar una salida a este *atolladero* teórico, no es tarea sencilla porque como apuntaba Juan Alfonso Santamaría Pastor, antes de que el asunto recibiera solución legislativa en España, la *reformatio in peius* "…es uno de esos temas sobre los

19. El artículo 89 de la Ley de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), dispone que la resolución que ponga fin al procedimiento debe decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Explica SANTA MARÍA Pastor que el término *cuestiones* que emplea el precepto no tiene el mismo sentido que en el ámbito del proceso y en ese sentido señala que son cuestiones, como la propia norma señala, las peticiones concretas formuladas por el propio interesado en su solicitud, pero también todos aquellos otros temas sustantivos que él mismo o la Administración pudieran plantear con posterioridad al acto de iniciación. Ahora bien, indica el autor que la resolución de cuestiones que no hubieren sido planteadas por los interesados, sino por la Administración, están sujetas a límites que tratan de impedir que el procedimiento se convierta en una trampa para aquéllos: i) Con carácter general y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89.1 de la LRJAPPAC, que cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieren sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba. Lo que en nuestra opinión indica que el legislador español ha entendido que lo contrario supondría una violación del derecho a la defensa y a la prueba. ii) En el caso exclusivo de los procedimientos iniciados a instancia del interesado y según lo previsto en el artículo 89.2 *ejusdem*, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el interesado, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede. Con esta salvedad, dice SANTA MARÍA, Pastor, se ha querido excluir la posibilidad de a vieja práctica de las resoluciones que suponen una *reformatio in peius*, forma indirecta de desalentar las solicitudes comprometidas o incómodas para la Administración y que lo mismo han sido consideradas como contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva. SANTA MARÍA, Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo.* Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, S.A., 2da. Edición, Volumen II, Madrid 2000, pp. 103-104. De acuerdo con MENÉNDEZ RESACH "...si la Administración considera que la tramitación del expediente ha puesto de relieve la existencia de hechos que deben comportar un empeoramiento de la posición jurídica del interesado, no puede extraer las consecuencias pertinentes al resolver el procedimiento iniciado a instancia de aquél, sino que deberá incoar de oficio un nuevo procedimiento, limitándose a terminar el iniciado a instancia de parte de acuerdo con el principio de congruencia". MENÉNDEZ RESACH, A., "Procedimientos Administrativos: Finalización y Ejecución". *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid 1993, p. 253.

cuales es literalmente imposible ponerse de acuerdo, en los cuales parece que ambas partes llevan razón, por muy anticientífico que esto resulte en pura lógica aristotélica". Y no le faltaba razón al distinguido profesor español pues el tema no sólo ha sido arduamente discutido, sino que, en efecto, cada una de las posturas contrapuestas ofrece argumentos bastantes sólidos.

El aserto precedente, sin más explicación, conduciría entonces a replantear la utilidad del esfuerzo que hemos emprendido, el cual, por lo visto, podría ser un intento más, tal vez frustrado, de abordar con éxito la solución de un problema impenetrable. Sin embargo, esta renuncia apriorística, a pesar de las enormes dificultades apuntadas, no es aceptable, pues las consecuencias de tal actitud no se quedan en el plano teórico, sino que dejan sin respuesta un importantísimo problema práctico y absolutamente cotidiano, cual es la creciente desconfianza y rechazo de los recursos administrativos como medios idóneos para conciliar el ejercicio de la potestad de autotutela, por una parte, y el pleno goce y disfrute del derecho constitucional a la defensa, por la otra, en particular en un régimen jurídico en el cual, desafortunadamente y en la mayoría de los casos, tales recursos son una antesala inexcusable que ha de transitarse antes de acceder al proceso contencioso administrativo.

Por ello, no es casual que antes de abordar el tema específico de la *non reformatio in peius* en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, comencemos por refrescar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos en el ámbito de dicho procedimiento, para luego recordar los alcances y los límites que enfrenta la potestad revisora de la Administración, pues definitivamente estos son los extremos antagónicos que es preciso conciliar si se pretende encontrar la respuesta que buscamos.

La referencia a estos derechos y garantías constitucionales, no está en lo absoluto desconectada del tema que nos ocupa, sino, muy por el contrario, íntimamente vinculada al mismo, desde que algunos de ellos son de inexcusable consideración para saber si la autotutela de segundo grado en el procedimiento sancionador, puede tener el mismo alcance que su hermana gemela en el procedimiento administrativo ordinario o si, en cambio, debe verse modulada en este ámbito particular[20]. Además, no cabe duda de que la Constitución de 1999, ha provocado un cambio profundo al proclamar categóricamente que el *debido proceso* debe aplicarse no sólo en el ámbito judicial, sino también en el de los procedimientos administrativos, y no se ha quedado en una mera afirmación de tal principio sino que se ha ocupado, sin limitarlo, de darle un contenido concreto.

20. Dice el profesor BREWER-CARÍAS que: "La primera y más importante de las fuentes del derecho administrativo y, por tanto, fuente de legalidad administrativa es la Constitución del 23 de enero de 1961 (...) De acuerdo con nuestra tradición constitucional que se remonta al primer Texto constitucional de la República del 21 de diciembre de 1811, la Constitución, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática, contiene una serie de normas que están en la cúspide del ordenamiento jurídico y que son de aplicación directa e inmediata a los funcionarios y ciudadanos, Todos los principios del ordenamiento jurídico administrativo encuentra su fuente y consagración en dicho Texto, el cual es la Ley Suprema del ordenamiento. Por tanto, toda ley, norma o acto está subordinado a la Constitución y no puede haber acto alguno superior a ella (...) Ahora bien, cuando se indica que una de las fuentes del derecho administrativo -la primera y de carácter supremo- es la Constitución, ello significa que la Administración debe, ante todo, respetar las normas constitucionales, tanto las que se establecen en los *artículos* del texto, como las que resulta de los *principios* constitucionales". BREWER-CARÍAS, Allan R., "La Constitución como fuente del Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Público* n° 47, EJV, Caracas julio-septiembre 1991, *V.*, también, BREWER-CARÍAS, Allan R., "Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela", *Revista de Derecho Público* n° 16, EJV, Caracas octubre-diciembre 1983.

IV. BREVE APUNTE SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Una de las manifestaciones más importantes del poder de policía administrativa se produce a través del ejercicio de la potestad sancionatoria[21], esto es, de aquella actividad administrativa que encuentra su fundamento en el genérico *ius puniendi* del Estado[22] y que supone la imposición de sanciones administrativas, que no son otra cosa que actos de gravamen que disminuyen o debilitan la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (interdicción de una determinada actividad), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena al pago de una suma de dinero). Se trata pues de lesiones jurídicas que el particular tiene el deber de soportar como consecuencia de su actuación ilícita[23] o, como ha dicho la jurisprudencia, de castigos a las infracciones del orden jurídico administrativo[24].

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria tiene como fundamento constitucional el *ius puniendi* del Estado[25] y como presupuesto de hecho, la ocurrencia de un ilícito administrativo. Los ilícitos administrativos se producen cuando ocurre el incumplimiento de los compromisos de subordinación al Estado o, como expresa el profesor Chiossone, cuando hay una trasgresión de un deber o de una obligación frente a la Administración.[26]

Las sanciones administrativas tienen la naturaleza de actos administrativos[27], es decir, manifestaciones de voluntad de la Administración proferidas en ejercicio de una potestad administrativa sometida al bloque de la legalidad y dictada con miras a la consecución de un fin de interés público. Para un sector importante de la doctrina, las sanciones administrativas se distinguen de las penales (Garrido Falla, Villar Palasí, Nieto, Sosa Gómez, Chiossone y De Laubadére), mientras que otros consideran que se trata de categorías idénticas (Parada Vazquez, García de Enterría, Martín Retortillo, Suay Rincón)[28].

---

21. "La actividad de policía administrativa puede, ciertamente, suponer la imposición de sanciones por parte de la Administración. En este ámbito, la aplicación de los principios desarrollados a la luz del Derecho Penal a la actividad punitiva de la Administración en cuestión ampliamente sostenida por la doctrina, y que nuestro más Alto Tribunal y esta Corte han sostenido reiteradamente..".. *Cf.*, S. CPCA, 12-07-95, Caso *Merck, Sharp & Dohme de Venezuela, C.A*, exp.16.613.

22. Así lo reconoce la doctrina patria, *V.*, RONDÓN DE SANSÓ, H., "La potestad sancionatoria en el derecho venezolano", *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1996, p. 239.

23. SUAY RINCON, J., *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Consejo de España, Bolonia 1989, p. 27.

24. *Cf.*, CSJ/SP, 29-04-97, Caso *Eloy Lares Martínez y otros en amparo constitucional*, expediente n° 853.

25. Al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, la potestad sancionatoria de la Administración forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado (NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid 1994, p. 80.). La potestad sancionadora no es un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales. La tesis del *ius puniendi* único del Estado no es obstáculo para reconocer que una correcta política punitiva pasa por depositar en manos de la Administración la potestad de sancionar, en aquellos sectores en que tiene potestad para intervenir y ordenar (DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid 1996, p. 38.).

26. CHIOSSONE, T., *Sanciones Administrativas*, UCV, Caracas 1973, pp. 43-44.

27. LAUBADERE, A., VENEZIA, J.C., GAUDEMET, Y., *Traité de Droit Administratif*, t. I, L.G.D.J., París 1996, pp. 709-710.

28. Sobre este particular nuestra jurisprudencia ha señalado lo siguiente: "Ardua y sostenida ha sido la discusión en el campo doctrinario en materia de sanciones administrativas, en dos orientaciones. En un primer aspecto, la controversia se ha suscitado entre quienes sostienen la existencia de un Derecho Penal Administrativo, distinto del Derecho Penal, propiamente dicho, y aquellos autores que niegan en forma absoluta esa posibilidad y mantienen la unicidad del Derecho Penal. En un segundo aspecto, respecto al cual la polémica ha sido más ardorosa, se

En nuestra opinión, las sanciones administrativas son categorías jurídicas autónomas de las sanciones penales fundamentalmente por el interés que protegen y por el órgano encargado de su aplicación, pero en todo caso, con independencia de la posición que se adopte en torno a la naturaleza jurídica de la sanción administrativa, bien como categoría jurídica autónoma, bien como especie de la sanción penal, lo verdaderamente importante para nuestro particular propósito es dejar sentado que la misma comporta, indiscutiblemente, una lesión.

Por tal motivo, todos los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado se ocupan de crear diversos límites al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado, de modo que las sanciones administrativas no trasciendan las fronteras del castigo razonable, ni afecten a quien no ha podido defenderse, ni, por supuesto, a quien no ha cometido infracción alguna. En nuestro sistema, la máxima expresión de tales límites está conformada por una serie de derechos y garantías que recoge, expresa o implícitamente, la Constitución y que vertebran toda una estructura ordenada a la protección del ciudadano frente a la potencial arbitrariedad del titular del poder sancionador.

Puede hablarse entonces de un verdadero *sistema* de derechos y garantías que protegen al administrado frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que por tal razón debe ser entendido y aplicado como una unidad. Cada uno de estos derechos y garantías constitucionales está íntimamente vinculado con los demás, a tal punto que muchos de ellos son causa necesaria y eficiente para la existencia de otros, dentro de una perfecta y continua relación simbiótica.

Por esa razón, nos ha parecido necesario un breve repaso de estas garantías y derechos constitucionales que se aplican dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, pues ello servirá luego para determinar si la *reformatio in peius* puede convivir con éstos sin transgredirlos o si por el contrario, la vigencia de estos derechos y garantías constitucionales y su proyección e influencia en el resto del derecho positivo, hace ilegítima la aplicación de la reforma peyorativa.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria no es un poder ilimitado que poseen las Administraciones Públicas; antes por el contrario, se trata de una actividad modulada intensamente, como hemos dicho, por una serie de principios que, en su mayoría, derivan de la Constitución y por otros que, aun careciendo de una regulación expresa en el Texto Fundamental, tienen conexión con derechos inherentes a la persona humana y que por tanto pueden estimarse también reconocidos por la Constitución, de acuerdo con lo previsto en su artículo 22, o derivan de principios generales del derecho.

---

discute la naturaleza misma de la infracción administrativa en comparación con la infracción penal. El Profesor de la Universidad de Barcelona, España, MONTERIO PUERTO, Miguel en su obra la *Infracción Administrativa, Características, Manifestaciones y Sanciones*, recoge esta última controversia y divide en tres grupos las opiniones doctrinarias: 1.- concepciones opuestas a una diferencia entre la infracción penal y la infracción administrativa; 2.- concepciones que admiten diferencias entre la infracción penal y la infracción administrativa, aun cuando tal diferencia no sea tomada sobre la base de una distinta naturaleza; 3.- doctrinas que admiten distinción, por razón de la naturaleza, entre la infracción penal y la infracción administrativa. Faltaría agregar, dentro de ese mismo contexto, que es abundante la doctrina que niega a la sanción administrativa el carácter de pena en sentido técnico. Se ve pues, que aun en el caso de las infracciones administrativas propiamente dichas, teniendo por tales las violaciones a determinadas reglas contenidas en estatutos legales, en sentido general, no hay acuerdo doctrinario respecto a si la infracción tiene carácter penal y tampoco sobre si la sanción que amerita, constituye una pena". *Cf.*, S. CSJ/SP, 29-04-80, bajo la ponencia del Magistrado Dr. NUÑEZ ARISTIMUÑO, José.

El principio de seguridad jurídica exige que la sanción de todas las conductas que están legalmente tipificadas como ilícitos administrativos, se realice a través de un procedimiento que permita la salvaguardia del interés general y de los derechos y garantías de los administrados[29]. De allí surge el concepto del debido proceso (*due process of law*[30]), en el cual quedan comprendidas las siguientes garantías formales fundamentales, a saber:

1. Derecho a la defensa o a ser oído

Dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, con más intensidad que en cualquier otro supuesto posible, es de esencial importancia la existencia de una oportunidad para que el imputado se defienda, para que alegue en cualquier estado y grado del mismo todo aquello que contribuya a la defensa de sus derechos a intereses. Así lo establece de manera categórica la Constitución en su artículo 49, numerales 1 y 3, en los que se prevé que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso y que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso. Esta garantía es de cardinal importancia en el tema que ocupa nuestras reflexiones, desde que una de las críticas fundamentales que se hacen al ejercicio de la reforma en perjuicio en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, es que ésta no permite que el interesado se defienda antes de antes de que la sanción agravada o las nuevas sanciones, le sean impuestas en la resolución del recurso intentado.

2. Derecho a promover y evacuar pruebas

Asimismo, una de las garantías procedimentales de trascendental importancia y profundamente vinculada e interdependiente con el derecho a la defensa y al debido proceso, es la libertad de pruebas, es decir, la posibilidad de promover y evacuar toda clase

29. Así lo ha establecido en numerosas ocasiones la jurisprudencia: "El procedimiento administrativo sancionatorio constituye uno de los medios a través de los cuales se materializa la potestad sancionatoria. De allí que para el ejercicio de esta potestad, la Administración debe abrir el procedimiento y notificarle a los presuntos transgresores las faltas que se le imputan, es decir, debe hacerle conocer con toda claridad y certeza de qué se le presume responsable a los fines de que en ejercicio de su derecho a la defensa, presenten el escrito de descargos con sus respectivas pruebas…"*Cf.*, S. CPCA, 04-02-97, Caso *Griselda Zorrilla de Mora vs. UCV*, expediente n° 95-16851. "El trámite administrativo para la imposición de sanciones pecuniarias agota una primera instancia, la cual por eso mismo, debe iniciarse con la notificación del administrado y en ella debe dársele oportunidad para promover y evacuar las pruebas que estime pertinentes, en ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución Nacional. Dicho procedimiento administrativo puede y debe ser definido por vía Reglamentaria o por Resolución Ministerial, caso de no estar previsto en una norma legal de superior categoría, en beneficio de la Administración misma y del particular. Sin embargo, su inexistencia no puede privar al administrado de su legítimo e impostergable derecho de defensa (…). Los lapsos y oportunidades de actuar que se establezcan en el procedimiento administrativo, constituyen verdaderas garantías procesales para el administrado y son las que van a dar sentido y contenido práctico a su derecho de defensa constitucional (…). En estos casos, de infracciones a la Ley de Hidrocarburos, la notificación del concesionario, requisito indispensable para iniciar la primera instancia administrativa, debe constar en el acta fiscal prevista en el artículo 128 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 420 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y es po esto que la omisión de la firma del concesionario en dicha acta, o de la constancia de la autoridad de que aquél se negó a firmarla, constituyen un vicio que afecta la validez del procedimiento que se ha seguido". *Cf.*, S. CSJ/SPA, 21.01.75, ratificada en S. de la misma Sala 24-04-80, bajo la ponencia del Magistrado Dr. CORONIL, Domingo A.

30. Sobre el particular consúltese, GELLHORN, E., LEVIN, R., *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., Minnesota 1997.

de medios de prueba durante el trámite formal correspondiente. En este sentido el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, señala que toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. El principio de libertad probatoria es reafirmado en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y es recogido también en algunas leyes especiales que tipifican ilícitos administrativos y sanciones de la misma especie. También esta garantía viene muy a propósito pues, al igual que en el caso anterior, la reforma peyorativa también implica la privación de una oportunidad normalmente concedida para probar contra la nueva sanción.

3. Interdicción de las pruebas ilegítimas

Otra de las garantías fundamentales de los procedimientos administrativos sancionatorios, incorporada ahora de manera expresa por la Constitución de 1999, es la interdicción de las pruebas ilegítimas. En efecto, señala el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Esto significa que la demostración de que determinado sujeto ha cometido un ilícito administrativo, no puede estar basada en pruebas que han sido obtenidas: i) sin el debido conocimiento del sujeto imputado; ii) sin permitir al imputado la contraprueba correspondiente; iii) en violación de la garantía constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (artículo 48 de la Constitución); iv) mediante el robo, hurto o apropiación indebida de documentos incriminadores; v) mediante el forjamiento o elaboración de pruebas *ad hoc* preparadas con la finalidad de apoyar los hechos descritos en un acto administrativo sancionatorio definitivo; vi) en violación del derecho a no autoinculparse (artículo 49, numeral 5, de la Constitución). De acuerdo con lo expuesto, si existe una prueba incriminadora que ha sido obtenida por la autoridad pública violando la garantía del debido proceso según lo antes expuesto, tal prueba será nula y por tanto, no podrá en ningún caso convertirse en el fundamento de un acto administrativo sancionatorio, so pena de que el mismo también esté viciado de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, ordinal 1ro, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en concordancia con el artículo 49, numeral 5, de la Constitución.

Más adelante analizaremos si el hecho de que la sanción administrativa originalmente impuesta al término del procedimiento administrativo constitutivo, sea modificada con base a hechos que el imputado no pudo discutir ni con respecto a los cuales tuvo la oportunidad de presentar pruebas en contrario, podría calificarse como la fundamentación de actos sancionatorios en pruebas ilegítimamente obtenidas.

4. Derecho a la formación del expediente administrativo y de acceder al mismo

También es una garantía procedimental de principalísima importancia en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la existencia de un expediente administrativo debidamente foliado y certificado por la autoridad correspondiente, en el cual consten, en perfecto orden consecutivo y sin alteraciones ni enmendaduras de ninguna especie, todas y cada una de las actuaciones cumplidas durante el procedimiento sancionatorio

de primer grado, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31, 32, 51 y 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. A este expediente administrativo debe tener acceso constante el sujeto interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio, para consultarlo cuantas veces sea necesario dentro del horario normal de la oficina pública de que se trate, pudiendo tomar anotaciones del mismo o pedir, si fuere el caso, copias simples o certificadas de todos o algunos de los documentos que reposen en él. El acceso al expediente para el interesado debe ser fácil, sencillo, sin trabas de ninguna especie ni trámites burocráticos engorrosos e innecesarios, debiendo existir un lugar apropiado para su consulta en la oficina pública correspondiente (artículos 37 y 38 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos).

5. Derecho a la notificación

De acuerdo con el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga. Esta garantía tiene una trascendencia superlativa en el procedimiento administrativo sancionatorio y supone que el sujeto imputado conozca a plenitud la iniciación de un procedimiento para determinar la comisión de un ilícito administrativo en el cual él aparece como presunto infractor. Por tanto, como condicionante del efectivo ejercicio del derecho a la defensa, el administrado tiene derecho a imponerse o enterarse de todo acto administrativo de efectos particulares que afecte sus derechos, incluso de aquellos que sean de mero trámite, tal como se deduce del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es decir, cualquier acto que se produzca dentro del procedimiento o que le ponga fin, si afecta los derechos del administrado, debe notificársele y esa notificación debe reunir todas las formalidades a las que se refiere el referido artículo 73 de la referida Ley.

Para que esta garantía formal sea efectiva, ha de privilegiarse la notificación personal practicada en el domicilio del sujeto imputado (sea persona natural o jurídica), tal como lo revela la lectura concordada de los artículos 74 y 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al señalar que las autoridades administrativas deben dar preferencia a la notificación personal, agotando todos los medios necesarios para que ésta se lleve a cabo y es lógico que así sea pues la notificación personal es la forma más idónea de garantizar la posibilidad de ejercicio del derecho a la defensa[31].

De igual manera, de acuerdo con el artículo 73 de la misma Ley, la notificación ha de contener una serie de requisitos formales que están destinados a asegurar que el imputado pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa; tales requisitos son: i) información suficiente sobre el acto que se notifica; ii) recursos u oportunidades para promover alegatos y pruebas a que haya lugar y plazos para ello; iii) información suficiente sobre el organismo competente que sustancia el procedimiento. La notificación es una condición de eficacia del acto[32], es decir, mientras la manifestación de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración no sea comunicada al administrado, no

31. *Cf.*, CSJ/SPA, 4-12-97, Caso *Consorcio Autopistas Barlovento*, consultada en original.

32. Para un breve panorama del asunto en nuestra legislación, consúltese, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La eficacia de los actos administrativos", *Revista de Derecho Público* n° 38, EJV, Caracas 1989, pp. 17 y ss.

surte efecto alguno frente a éste[33]. La ineficacia del acto comporta dos consecuencias fundamentales; la primera de ellas es que el mismo no puede ser ejecutado válidamente por la Administración; y la segunda, que no corren los lapsos para que el acto sea impugnado en vía administrativa o judicial.

La ausencia de la notificación entonces puede ser causa eficiente de la indefensión del administrado frente a la conducta de la Administración, si es posible comprobar que los derechos o intereses de aquél han resultado lesionados por no habérsele comunicado formalmente, no sólo el contenido del proveimiento, sino también los medios de defensa contra el acto, los plazos para ejercerlos y los órganos ante los cuales debe hacerlo[34].

También aquí surge la interrogante sobre si la *reformatio in peius* satisface el derecho a la notificación e información de cargos, pues, como se verá, el administrado se entera de los nuevos hechos que se le imputan o de la nueva apreciación que de los mismos hace la Administración, cuando ya la sanción ha sido impuesta, no durante el procedimiento formativo de la voluntad de la Administración.

6. Derecho a la motivación

El administrado tiene derecho a conocer las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo sancionatorio. Así pues, no basta con que estas razones existan, sino que las mismas deben ser expresadas pues lo contrario supone una violación flagrante del derecho a la defensa y por ende la nulidad del acto.

En efecto, por exigencia de los artículos 9 y 18, ordinal 5, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los actos administrativos definitivos deben ser motivados, es decir, deben expresar formalmente las razones de hecho y de derecho en que la Administración se ha fundamentado para emitir su manifestación de voluntad en un caso concreto.

La exigencia de la motivación proscribe en nuestro ordenamiento jurídico la arbitrariedad de los entes administrativos, obligándoles a circunstanciar sus decisiones de tal suerte que el juez contencioso, de cuyo control no escapa ningún acto administrativo, pueda valorar la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho realizada por la autoridad que ha dictado el acto.

Pero además, la motivación o expresión formal de los motivos, se enlaza con la protección del derecho constitucional a la defensa del cual no puede ser privado, en ningún caso, el ciudadano.

---

33. Al respecto la jurisprudencia ha señalado: "Todo acto administrativo para ser perfecto requiere validez y eficacia: válido es todo administrativo que ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente, la eficacia sólo se vincula a su ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria, a la posibilidad de ponerlo inmediatamente en práctica. Un acto administrativo se hace eficaz adquiriendo ejecutoriedad mediante su publicación o notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter general o de carácter particular, respectivamente. Es decir, la notificación o publicación, según sea el caso, es una formalidad posterior a la emisión del acto. Sin el previo cumplimiento de la publicidad o notificación el acto administrativo podrá ser válido más no eficaz, pues en la medida en que no se haya efectuado se considerará que los administrados ignoran su existencia, ya que el fundamento de la publicidad y de la notificación consiste en llevar al conocimiento del interesado el acto administrativo". *Cf.,* S. CSJ/SPA, 20-07-93 y también. S. CSJ/SPA, 10-10-89, 23-02-94, *et passim*.

34. Sobre este particular la jurisprudencia ha indicado lo que sigue: "La notificación de los actos administrativos, prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es más que la materialización de la garantía del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna". *Cf.,* S. CPCA, 04-05-94.

Ciertamente, sólo el adecuado, completo y exhaustivo conocimiento que tenga el administrado de las razones que impulsaron a la administración a actuar, le permitirá esgrimir argumentos y aportar pruebas en su defensa.

Ante el silencio de la administración o frente a las parcas motivaciones, el administrado no sólo se confunde y queda sumido en las sombras de la ignorancia, sino que es incapaz de defenderse de aquello que afecta sus derechos subjetivos o sus intereses, personales legítimos y directos[35].

La garantía formal de la motivación tiene también especial relevancia en los procedimientos administrativos sancionatorios porque éstos envuelven siempre, como se comprende con absoluta facilidad, un contenido gravoso, a veces en grado superlativo, para el administrado.

No puede entonces la Administración salvaguardarse en la odiosa interpretación conforme a la cual la motivación no tiene por qué ser exhaustiva, porque tal criterio sólo es válido cuando no estamos en el campo de los actos administrativos de gravamen. Se ha dicho al respecto, que la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos[36].

7. Derecho al doble grado de instancia

Es un principio general dentro del derecho administrativo sancionatorio, que antes de que la sanción sea impuesta, ha de concederse al imputado la posibilidad de alegar y probar todos los hechos que coadyuven en la defensa de sus derechos e intereses.

En consecuencia, el derecho a ser oído, que como hemos visto es reconocido de manera expresa por la Constitución a toda persona y en cualquier clase de procedimiento o proceso (artículo 49, numeral 3), debe ejercerse antes de que se pronuncie el acto administrativo sancionatorio.

---

35. Sobre la vinculación entre el derecho a la motivación y el derecho a la defensa la jurisprudencia ha dicho lo que sigue: "El derecho a la defensa en el procedimiento administrativos está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre os intereses públicos y particulares involucrados en la decisión, a iniciativa de los interesados. Basta por lo tanto con que el acto administrativo no esté debidamente motivado para que se considere que tácitamente ha habido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación, aludida en el ordinal 5° del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". *Cf.,* S. CPCA, 14-03-88, Caso *Nelly M. Chirinos vs. Instituto Nacional del Menor*, consultada en: *RDP* n° 34, EJV, Caracas 1988, pp. 85-86.

36. *Cf.,* S. Tribunal Constitucional Español, 17-06-81. En este orden de ideas la jurisprudencia ha expresado lo que sigue: "(…) En efecto, al exigírsele a la Administración que las sanciones deben imponerse mediante resolución motivada y con fundamento en las actas en las cuales se consignen los hechos relacionados con la infracción, se busca dejar sentado que los funcionarios actuantes ajusten su proceder a principios de legalidad y se cumpla en su actuación con el requisito de motivación indispensable para que el administrado conozca los hechos y fundamentos legales en que la Administración apoya su actuación permitiéndole conocer si actúa ajustada a la realidad de los hechos y, bien informada del derecho, pudiendo el administrado ejercer, así, su legítimo derecho a la defensa, si la actuación administrativa no responde a aquellos principios legales…". *Cf.,* S. CSJ/SPA, 16-02-95, Caso *Nalco de Venezuela, C.A.*, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. SOSA GÓMEZ, Cecilia.

Esto es lo que se ha llamado el derecho al *doble grado de instancia* en los procedimientos administrativos sancionatorios y que supone que el imputado no sólo pueda defenderse cuando ya la Administración ha impuesto la sanción, sino, principalmente, antes de que esto ocurra, es decir, durante el procedimiento administrativo constitutivo[37].

37. Sobre este particular, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente: "Por lo que respecta a la presunta violación del primero de los derechos mencionados, esto es, el derecho a la defensa y al debido proceso, esta Sala observa que el presunto agraviante señala en su informe que el agraviado sí tenía conocimiento de que la Administración estaba haciendo el análisis de la Resolución n° 310, que le asignara la ruta internacional Caracas-Lisboa-Madrid-Roma y viceversa, lo cual deriva, según expone, de los escritos presentados en fecha 3 de junio de 1997, así como el dirigido al Procurador General de la República el 20 de mayo de 1997. Constata esta Sala que tal afirmación no se atiene a las constancias en autos, por cuanto los alegatos en torno a la validez de la Resolución n° 310 contenidos en el escrito que fuera dirigido al Procurador General de la República por el Ministro de Transporte y Comunicaciones, no revela la intención del Ministerio a su cargo de declarar la revocatoria de dicha resolución, sino que, por el contrario, en la misma se afirma que tanto AVENSA como las demás líneas aéreas venezolanas tenían capacidad para explotar las rutas internacionales (…). Por otra parte, la decisión de revocar la Resolución n° 310 fue tomada mediante la Resolución DM1028 del 7 de julio de 1997, sin que se notificase previamente a sus destinatarios de la apertura de un procedimiento contradictorio que les permitiese defender los intereses que con la misma se consagraban a su favor infringiéndose así su derecho fundamental a la defensa, al no permitírsele participar en el iter de una decisión que afectaría sus intereses. Ahora bien, este primer acto, cualquiera que sea la calificación que al mismo se intente darle, se pronuncia sobre uno de los efectos directos y necesarios de la Resolución n° 310, negándolos y fundamentando tal negativa en la consideración de que la decisión de la cuestión no pudo haber creado derecho alguno ni producir efectos jurídicos, por cuanto era de imposible e ilegal ejecución. En consecuencia, con esta decisión se dictó un pronunciamiento que incide sobre la esfera jurídica de los solicitantes del amparo, afectando sus eventuales derechos, sin que se les hubiese permitido la defensa de los mismos durante un procedimiento formal, planteado en forma contradictoria. Este primer acto, una vez que ha hecho el pronunciamiento sobre la invalidez de la Resolución n° 310 y su consiguiente ineficacia, ordena la apertura de un procedimiento sumario en la forma prevista en el artículo 67 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos 'a los fines de pronunciarse sobre la legalidad de la referida resolución y sobre su revocación'. De allí que, en el texto de la decisión Ministerial en forma inmediata a la negativa de reconocimiento de efectos de la Resolución n° 1310, lo que implica la declaración de su invalidez, se les informa a los interesados (quienes habían solicitado del organismo ministerial intervenir ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste comunicase a los países correspondientes a la ruta que le fuera asignada por la mencionada resolución, el contenido de la misma) que se decidió abrir un procedimiento sumario de cinco (5) días para que demuestren que tal resolución es válida. Choca indudablemente, incluso al menos versado en el campo jurídico, la contradicción e inconsecuencia del acto, por su evidente falta de coherencia conceptual, por cuanto mal puede hacerse efectiva una sanción y, en la misma oportunidad, requerirse del sancionado, que ejerza su derecho a la defensa contra ella. De lo anterior emerge la flagrante evidencia de la violación al derecho a la defensa, con el agravante de una intención simulada de abrir un contradictorio que era a todas luces innecesario al haberse ya producido el pronunciamiento invalidante, lo cual resalta de los propios términos de la primera decisión. Por lo que atañe a la segunda decisión, en la misma no hay ningún elemento nuevo de juicio, sino que, a través de un brevísimo procedimiento sumario, la Administración simplemente confirma todos y cada uno de los elementos sobre los cuales se había precedentemente pronunciado. En efecto, la ausencia de voluntad real del Ministro de Transporte y Comunicaciones, de abrir un procedimiento administrativo contradictorio, una vez declarado como lo fuera la ineficacia de la Resolución n° 310, constituye un acto de simulación que se confirma con los recortes de prensa (…) que aparecen mencionados y transcritos en la sentencia de esta Sala del 7 de agosto de 1997, relativa a la admisión de la presente acción de amparo. Estas declaraciones, que fueron formuladas en el lapso que mediara entre la Resolución originaria y la reeditada -y que no han sido desvirtuadas por el Ministro de Transporte y Comunicaciones-, informan que el despacho a su cargo aspira a que las empresas que participen en el proceso de subasta de las rutas de Viasa, tengan las características que en las mismas se señalan. Igualmente, en la noticia periodística se comunicaron detalles, tales como la determinación de si las rutas serían subastadas en bloque o por separado; y se aludió a la posibilidad de que las empresas que compareciesen fuesen nacionales o en sociedad con compañías extranjeras. Todo lo anterior revela que existió un estado de total indefensión de la empresa destinataria del acto administrativo, inicialmente declarado ineficaz (…) y posteriormente anulado por la Resolución n° 006 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Ahora bien, es indiscutible que la Resolución n° 310 que le confiriera a AVENSA las rutas internacionales, creó en ella, por lo menos, una expectativa de derechos. En efecto, esta Sala no puede calificar en esta sede de amparo, la titularidad de la actora como la de un derecho subjetivo o como la de un interés, por cuanto tal calificación sólo puede derivar del examen de los

La conexión de esta garantía con el tema de la reforma en perjuicio es patente, pues cuando el acto administrativo que culmina el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, agrava la sanción originalmente impuesta o sanciona hechos originalmente no considerados, pareciera que se priva al sujeto imputado de la oportunidad de defenderse que normalmente hubiera tenido durante la secuela del procedimiento administrativo constitutivo.

8. Derecho a ser presumido inocente

Uno de los principios fundamentales más importantes en el derecho administrativo sancionador y que ahora tiene expresa consagración constitucional (artículo 49, numeral 2), es que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. En materia de infracciones y sanciones administrativas, este principio ha tenido importantes limitaciones para lograr su plena vigencia pues, en numerosos casos, diversas leyes administrativas otorgan una presunción de certeza a ciertas actuaciones cumplidas por Administración. Afortunadamente, la jurisprudencia ha sido bien contundente al destacar la preeminencia de esta garantía sobre cualquier presunción de legitimidad que acompañe las actuaciones de la Administración[38].

Este mismo principio, enlazado con el del debido proceso, supone que quien acusa debe imputar de manera pormenorizada los cargos y notificarlos al presunto infractor para que se defienda de los mismos, contando con el tiempo suficiente para preparar su defensa y teniendo acceso a todos los medios de prueba que sean admisibles en derecho para tal fin, todo lo cual encuentre ahora expresa previsión constitucional en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución. Pero además, no basta con que la Administración impute los cargos; antes bien, la presunción de inocencia opera una inversión automática de la carga de la prueba haciéndola recaer en el acusador, quien está obligado, en consecuencia, a acompañar sus imputaciones de las pruebas legales, pertinentes y suficientes para sustentar la acusación.

---

eventuales vicios que le fueron imputados al acto generador de sus pretensiones, esto es, de la Resolución n° 310 y, en el caso de que tales vicios existiesen, de la naturaleza de los mismos, es decir, de si podían o no ser subsanados. Los aspectos mencionados no pueden ser materia de la decisión de una acción de amparo que, como en el caso presente, se limita a constatar que el presunto agraviante tenía una situación aparentemente protegida por un acto administrativo publicado en la *Gaceta Oficial* y dotado de una presunción de legitimidad, capaz de crearle, por lo menos, un interés personal, legítimo y directo a su destinatario. En consecuencia, la aludida situación no podía ser afectada a espaldas del beneficiario sin que mediara un procedimiento contradictorio, verdadero y propio, no simulado ni predeterminado en sus resultados en la forma en que se realizara, como ha quedado demostrado. El derecho a la defensa que las modernas corrientes subsumen dentro de la noción más amplia del derecho al debido proceso, extendiéndolo tanto al campo jurisdiccional como a la esfera administrativa, es un derecho fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige". *Cf.*, S. CSJ/SPA, 18-08-97, Caso *Aerovías Venezolanas*, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard.

38. "Asimismo vulneró el Consejo de la Judicatura la presunción de inocencia que constituye una garantía fundamental e indispensable de seguridad de la persona humana (artículo 50 Constitución; artículo 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 11, ordinal 1, Carta General de la ONU; Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVII). Esta garantía requiere que la acusación aporte la prueba individual de culpabilidad más allá de la duda (*V.*, en este contexto el principio *in dubio pro reo*), manteniéndose la inocencia del indiciado mientras no exista una sentencia condenatoria (...)". *Cf.*, S. CSJ/SPA, 1.12.94, Caso *Flor Morán Beda vs. Consejo de la Judicatura*.

9. Derecho a no autoinculparse

La nueva Constitución incorpora en su artículo 49, numeral 5, una garantía formal que supone un remarcable avance en cuanto a la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos en general y que, lógicamente, tiene trascendental proyección en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios. Se trata del derecho a no declarar contra sí mismo o a no autoinculparse, que recluido antes en el ámbito del proceso penal, pasa ahora a convertirse en una garantía universal que protege a todo ciudadano en cualquier clase de proceso judicial o de procedimiento administrativo. Tal como veremos más adelante, esta garantía tiene especial significación a los fines de determinar si la reforma peyorativa es constitucionalmente posible en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado.

V. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POTESTAD REVISORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO

En el capítulo precedente realizamos un breve recorrido por los derechos y garantías de las que disfrutan los ciudadanos en el seno de los procedimientos administrativos sancionatorios, con el objeto de remarcar que los mismos forman parte de un todo orgánico que funciona en perfecta relación de interdependencia y que, por tanto, exige una visión de conjunto para su correcta comprensión y eficacia. Así, la legitimidad de la reforma en perjuicio dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, sólo es posible en tanto y en cuanto satisfaga plenamente las exigencias impuestas por el referido sistema de derechos y garantías.

Ahora bien, conviene analizar seguidamente la potestad revisora de la Administración en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, pues es precisamente el ejercicio de esta potestad la que da origen al problema de la reforma peyorativa.

Nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se encarga de precisar cuáles son los alcances particulares de la potestad revisora de la Administración en los procedimientos recursivos o de segundo grado, al establecer en su artículo 90 que: *"El órgano competente para decidir el recurso de reconsideración o el jerárquico, podrá confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la administración para convalidar los actos anulables*".

La precitada disposición puede ser disgregada en las cinco potestades fundamentales en las cuales se manifiesta la llamada autotutela administrativa de segundo grado:

a.- La potestad de confirmar, esto es, de ratificar y asumir como propios los argumentos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión del inferior jerárquico, sometida a revisión, manteniendo incólume la voluntad del órgano del cual emanó el acto administrativo.

b.- La potestad de revocar en sentido amplio que comprende a su vez, la potestad revocatoria *estricto sensu* por cuya virtud la administración retira o extingue los efectos de los actos administrativos que son contrarios al interés que ella tutela y que no hayan

hecho nacer derechos subjetivos o intereses particulares, legítimos y directos en un administrado, y la potestad anulatoria, mediante la cual el órgano administrativo revoca los proveimientos administrativos afectados por un vicio de nulidad absoluta[39].

c.- La potestad de reponer el procedimiento en caso de que el mismo se encuentre afectado de vicios formales de tal magnitud que no puedan ser convalidados y que ameritan un nuevo trámite del asunto.

d.- La potestad convalidatoria o de saneamiento, mediante la cual la administración subsana los vicios procedimentales -para no incurrir en las llamadas reposiciones inútiles-, o los vicios del acto calificables como intranscendentes o que sólo lo hacen anulable.

e.- Y, finalmente, la potestad modificatoria, en uso de la cual el jerarca, al asumir el control del acto, lo hace con *plena jurisdicción*, conociendo tanto de los hechos como del derecho, pudiendo en consecuencia apreciar nuevamente las circunstancias fácticas del caso, dándoles una nueva calificación jurídica o, manteniendo la apreciación de los hechos realizada por el inferior, aplicar normas distintas a las invocadas erróneamente por éste. Precisamente el ejercicio de esta última potestad *modificatoria* es la que puede dar origen a la reforma en perjuicio.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en el nuestro las facultades de la Administración en los procedimientos administrativos de segundo grado o recursivos no están circunscritas a los límites que impone la teoría general de las nulidades de los actos administrativos, pues ésta no sólo puede revisar para anular o no, cuando así lo pide el interesado, sino que está facultada para reponer, convalidar o modificar el acto.

Se dice con frecuencia que la revisión de los actos administrativos se produce a través de dos mecanismos fundamentales, a saber, la revisión de oficio y la revisión rogada o por vía de recurso. La primera encontraría su fundamento en la autotutela administrativa y tendría la extensión que permite esta exorbitante potestad; la segunda, en cambio, no sería una manifestación de la autotutela, sino de la teoría de las nulidades de los actos administrativos y allí encontraría sus límites[40].

En nuestro ordenamiento jurídico no puede predicarse, en nuestra opinión, tal diferencia, pues la revisión de los actos administrativos que se produce como consecuencia de un recurso, aun cuando en principio se activa como consecuencia de la presunta nulidad del acto, comprende también las extensas facultades que son acordadas a la Administración en el caso de la revisión de oficio o del ejercicio de la autotutela en su forma más pura. La pregunta es si esa circunstancia, por sí sola, es fundamento suficiente para considerar que la *reformatio in peius* es perfectamente legítima en nuestro sistema jurídico-administrativo.

El artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo, debe interpretarse concatenadamente con el artículo 89, *ejusdem*, a los fines de precisar los límites de la

---

39. Aunque alguna doctrina y jurisprudencia confunde las potestades anulatoria y revocatoria como si fueran una sola y hasta llegan a pensar que la Administración carece de facultad para reconocer la nulidad absoluta de sus actos, no obstante que la LOPA es clara e inequívoca al respecto, nosotros nos adherimos a quienes diferencian ambos poderes: *V.*, RONDÓN DE SANSÓ, H., "Las Potestades de la Administración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. IV, UCV, Caracas 1983; SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo 1986, pp.516 y ss.

40. BOCANEGRA SIERRA, R., *La revocación de los actos administrativos, en especial su anulación de oficio*. *III Jornadas internacionales de Derecho Administrativo, Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1997, pp. 277 y ss.

autotutela de segundo grado. Esta norma indica que el órgano administrativo debe resolver todos los *asuntos* que *se sometan* a su consideración *dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados.*

Se observa en primer término que la revisión no es una facultad, sino, como claramente lo impone el texto expreso de la norma, un *deber* o, mejor dicho, una *potestad-deber*. En segundo lugar, la revisión se circunscribe a los *asuntos que se someten a la consideración del órgano dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no los haya planteado el interesado*, de manera que aunque no puede predicarse la existencia de un requisito de congruencia similar al que existe en el proceso judicial, en el cual debe haber, por obra del principio dispositivo, perfecta sintonía entre lo alegado y probado por las partes y lo decidido por el juez, es lo cierto que sí debe haber conexión entre lo decidido y lo que se ha sometido a la consideración del órgano o lo que ha surgido con motivo del recurso. En todo caso, parece claro que las facultades inquisitivas de la Administración son bastante amplias y no están cercadas por las peticiones, alegatos, defensas y pruebas de los interesados, sino por el alcance del *asunto* del cual conoce. Nuevamente cabe preguntarse si esta circunstancia, aunada a la potestad modificatoria, sirven para justificar plenamente la aplicación de la *reformatio in peius* en el ámbito que nos concierne. Las respuestas a estas interrogantes son el objeto del próximo capítulo.

VI. APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

Quienes propugnan la interpretación del ordenamiento procedimental administrativo con sujeción estricta al texto expreso de las normas positivas correspondientes, prescindiendo de considerar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y su impacto en el Derecho Administrativo Formal, ofrecen una sola respuesta al tema que nos hemos planteado: la *non reformatio in peius* no tiene cabida en el procedimiento administrativo recursivo o de segundo grado en Venezuela, sea el ordinario o el especial sancionatorio. Esa posición, de entrada, no podemos compartirla.

Otros sostienen la plena aplicación de la *non reformatio in peius* en el procedimiento administrativo venezolano, pero tal vez en razón del contexto en el que dichos análisis han sido efectuados, los mismos no son lo suficientemente exhaustivos.

Conviene entonces revisar cada una de las posiciones antagónicas que se han esbozado sobre el asunto que nos ocupa, sin que ello suponga extraviarnos en la poco útil reproducción de doctrina que suele acompañar este tipo de análisis. Trataremos, por el contrario, de resumir los perfiles fundamentales de cada posición para entrar seguidamente y sin mayores preámbulos, a ofrecer nuestra visión del tema.

1. Perfiles fundamentales de las tesis que rechazan la admisibilidad de la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo

La interpretación gramatical de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, puede conducirnos fácilmente a descartar *a priori*, sin mayores discusiones, la aplicabilidad de la prohibición de reforma en perjuicio en el procedimiento administrativo en general y en el sancionatorio en particular.

La mayoría de las tesis que apoyan la no aplicación del principio en el procedimiento administrativo, se sustentan en el texto expreso de las leyes de procedimiento administrativo de cada país en las cuales, con ciertos matices, se confiere a la Administración la potestad-deber de resolver todos los asuntos que surjan del expediente administrativo correspondiente, hayan sido o no planteados por los interesados. Nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos parece alinearse con esta posición, de acuerdo con lo que se lee del texto expreso de su artículo 89, según el cual:

> El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido planteados por los interesados.

Esta norma es ordinariamente concatenada con el artículo 90, *ejusdem*, que faculta a la Administración, como tuvimos la oportunidad de analizar precedentemente, para confirmar, modificar o revocar el acto administrativo impugnado.

Esta ha sido la posición de nuestra jurisprudencia:

> ...el principio *non reformatio in peius* no le es aplicable a la administración, principio consagrado en la doctrina y jurisprudencia venezolana con anterioridad a la vigencia de la Ley que rige la materia, según se precisa en la citada sentencia de la Sala 14-5-85, y, por supuesto, aplicable actualmente de conformidad con el artículo 90 en concordancia con los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[41].

> Debe analizar igualmente la Sala la afirmación del recurrente en orden a que el acto impugnado empeoró su situación respecto a la que tenía antes de la interposición del recurso jerárquico y al respecto se observa: Con arreglo al artículo 39 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos 'el órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados'. Ha interpretado la doctrina que esta potestad general subrayada por la Sala otorgada por el legislador a la autoridad administrativa, permite a ésta, contrariamente a lo que sucede en elorden judicial, desmejorar la situación del recurrente (*reformatio in peius*) en vía administrativa si del examen del asunto encuentra razones que justifiquen un cambio en la calificación de los hechos y, por ende, sus consecuencias jurídicas[42].

En definitiva, quienes apoyan esta tesis sostienen, resumidamente, lo que sigue:

i) Que si la Administración tiene la potestad-deber de analizar y resolver todos los aspectos que derivan del análisis del expediente administrativo y que tal actividad ha de cumplirla, según el texto expreso y categórico de la norma, aun cuando deba pronunciarse sobre asuntos no planteados por el interesado, luce claro que, a diferencia del juez, el órgano administrativo no se encuentra limitado por el principio dispositivo, en tanto no son solamente los planteamientos del administrado los que exigen su decisión y delimitan su labor indagatoria y valorativa, ni, por vía de consecuencia, su pronun-

41. *Cf.*, S. CSJ/SPA, 11-08-88, Caso *Protinal del Zulia, C.A.*
42. *Cf.*, S. CSJ/SPA, 4-10-94, Caso *Rafael Alcántara Van Nathan*.

ciamiento está gobernado por el principio de congruencia que, como hemos visto con anterioridad, es uno de los postulados que nutren la prohibición de reforma en perjuicio en el ámbito procesal.

ii) Que si la ley autoriza a la Administración a modificar la decisión que revisa y no señala expresamente, en apariencia, que tal modificación tenga un límite específico o, más concretamente, que no pueda conducir a desmejorar o agravar la situación del recurrente que insta la revisión del acto, nada obsta para que la resolución que se dicte en el procedimiento de segundo grado, al modificar el acto revisado, empeore la condición del administrado impugnante.

iii) Que el procedimiento administrativo está sometido a normas y principios muy distintos de aquellos que se aplican en el proceso judicial y que por tanto, el traslado no depurado de instituciones propias de este último al primero, no puede hacerse sin correr el riesgo de violar normas expresas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, lo que es por aún, desarticular la buena marcha del procedimiento administrativo.

Así, mientras en el juicio son las partes quienes tienen la carga fundamental de impulsar el proceso hasta su conclusión definitiva, so pena de sufrir la perención de la instancia, no ocurre lo propio en el procedimiento administrativo, constitutivo o de revisión, en el cual es la Administración quien tiene la potestad-deber de impulsión.

De la misma forma, mientras en el proceso ordinario las indagaciones historificadoras del juez, la captura de los elementos necesarios para conformar su convicción y, en general, el cumplimiento de todos los actos procesales que le corresponde ejecutar dentro del juicio hasta el definitivo y culminante que es la sentencia, deben conciliar la aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo, según el caso y la naturaleza de las pretensiones deducidas por las partes, la situación en el procedimiento administrativo es totalmente distinta, pues el órgano encargado de decidir está obligado a buscar por todos los medios la verdad material y no la meramente formal y, por tal virtud, no son ni los planteamientos del interesado ni aun el contenido del acto administrativo objeto de revisión, los que delimitan su labor, pues ésta, como se ha dicho, es principalmente inquisitiva, oficiosa y exhaustiva.

iv) Que donde existe la necesidad de recorrer un procedimiento administrativo para obtener una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento de la Administración, hay sin duda un interés general tutelado y, por tanto, los sostenedores de esta tesis piensan que sin desconocer el interés particular del administrado que insta la revisión del acto administrativo en un procedimiento de segundo grado, el propósito fundamental que persigue el órgano decisor en dicho trámite formal es cuidar, por encima de todo, el interés colectivo y ello significa, en un sistema como el nuestro, la subordinación total de la actuación administrativa al bloque de la legalidad. Por tanto, la posición jurídica del recurrente puede ser desmejorada si así lo exige la recta aplicación de la ley (*lato sensu*).

Por el contrario, el proceso judicial no existe necesariamente para proteger el interés general, sino como un medio de encausar los conflictos intersubjetivos de intereses particulares, evitando así las graves consecuencias de la autodefensa. De esta forma, el juez dará la razón al que haya probado tenerla dentro del juicio, en un complejo proceso intelectual que, simplificadamente, exige examinar las pretensiones contrapuestas, la prueba rendida en el juicio por cada parte y la aplicación del derecho objetivo al caso concreto. Por eso el juez no puede dar menos, más o algo distinto a lo pedido por las partes, so pena de que su decisión esté viciada de incongruencia (*citra petita, ultra peti-*

ta o *extra petita*, respectivamente), y si revisa la decisión del inferior, sólo puede hacerlo dentro de los límites fijados por quien apela (*tantum devolutum quantum apelatum*), quedándole vedado desmejorar la posición del recurrente (*non reformartio in peius*).

Como puede advertirse con facilidad, nada simple resulta rebatir estos argumentos, hilvanados a partir de clásicas interpretaciones de las normas que rigen el ordenamiento procedimental administrativo.

2. Perfiles fundamentales de las tesis que admiten la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo

En general, quienes aceptan la traspolación del principio procesal de la *non reformatio in peius* al procedimiento administrativo, expresan lo que sigue[43]:

i) Que los recursos administrativos han sido creados en garantía de los ciudadanos y que esta naturaleza prima sobre cualquier otra, lo que como hemos visto es totalmente opuesto a la tesis conforme a la cual la Administración siempre actúa para proteger el interés colectivo y obedientemente sometida al bloque de la legalidad, incluso en el ámbito de los procedimientos administrativos recursivos.

Hay pues un aparente conflicto entre el principio de la legalidad administrativa y el principio de la seguridad jurídica, que en el plano de los recursos, según la posición que ahora comentamos, debe resolverse en favor de este último, pues es la propia Administración la que vulneraría, con el acto que *a posteriori* pretende modificar, el principio de la legalidad y es sólo ella quien debe soportar las consecuencias negativas de tal proceder.

ii) Que la posibilidad de la reforma peyorativa pugna con elementales principios constitucionales de garantía del administrado y en particular trastoca la garantía de la seguridad jurídica, pues nadie puede confiar en la posibilidad de obtener una decisión justa en la vía gubernativa, si existe el grave riesgo de que se le sorprenda con una resolución más gravosa que aquella que originalmente impugnó.

iii) Que la Administración no puede desconocer la existencia del acto previo que justamente es el que constituye el objeto de su revisión, pues ello desnaturalizaría la esencia del recurso.

---

43. Uno de los autores venezolanos que ha estudiado el tema, pero reconociendo que el mismo amerita un tratamiento individualizado y más exhaustivo, es el profesor ARAUJO JUÁREZ, José, quien ha expresado lo siguiente: "El tema ofrece perfiles muy sutiles y no es posible tratarlo aquí con extensión. Sin embargo, la admisión del principio de la reforma peyorativa pugna con elementales principios de garantía y seguridad jurídica. En efecto: (i) El recurso administrativo presupone la existencia de un acto administrativo que el órgano decisor no puede desconocer. El órgano administrativo no puede actuar como si no existiera la decisión objeto de impugnación, lo que iría contra la esencia del recurso administrativo. (ii) Lo que permite la revisión es, precisamente, la existencia del recurso administrativo, pues fuera del mismo, el acto declarativo de derechos sólo puede ser objeto de revisión administrativa en los supuestos y a través de los procedimientos que prevén los artículos 82 y 83, LOPA. Por lo que fuera de tales casos, las facultades de la Administración para resolver sobre sus actos, sólo existen en la medida en que se beneficie al administrado. (iii) Es cierto que el artículo 89, LOPA, reconoce al órgano competente potestad para decidir cuantos asuntos surjan del expediente, hayan sido o no alegados. Pero ello no puede conducir a la admisión de la reforma peyorativa, por cuanto del examen de la cuestión de fondo hemos de señalar que es evidente que el órgano puede decidir la anulación, por motivos distintos a los invocados como fundamento del recurso. Es en este sentido como ha de entenderse la expresión asuntos no planteados que surjan con motivo del recurso". ARAUJO JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas 1998, pp.434-435.

iv) Que el resultado de ejercer un derecho constitucional, en este caso el de la defensa, no puede ser dañoso al punto de colocar a quien hace uso del mismo en una situación jurídica peor que la que tendría si hubiera permanecido pasivo frente a la manifestación de voluntad original de la Administración. Hay que reconocer en verdad, como apunta con acierto González Navarro, que "…es muy difícil convencer a un particular que ve agravada su situación como consecuencia de la utilización de un recurso administrativo, de que aquello que ha manejado es una garantía"[44].

v) Que la posibilidad de la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo recursivo, es una poderosa arma disuasiva en manos de la Administración, que puede conducir a que el administrado claudique injustificadamente de defenderse de un acto administrativo que viola sus derechos subjetivos o intereses legítimos, sólo por el fundado temor de que ese acto pueda llegar a ser aún más gravoso.

3. Nuestra posición

La *reformatio in peius* no es admisible en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, pues a ello se oponen razones de orden constitucional, de orden legal y, finalmente, varios principios que rigen el Derecho Administrativo Formal en nuestro ordenamiento jurídico.

A. Derechos y garantías constitucionales que impiden la *reformatio in peius*

(a) El derecho a la defensa

Los recursos administrativos son, cualesquiera sean sus características particulares y su regulación adjetiva, la proyección más evidente e importante del derecho constitucional a la defensa en el ámbito de la actividad administrativa. Todas las teorías que parten de considerar a los recursos administrativos como un cauce formal orientado, casi exclusivamente, al ejercicio de la autotutela administrativa, arrancan de una premisa absolutamente falsa y por ello arriban a conclusiones erradas.

La llamada autotutela de segundo grado no es el fin, sino a lo sumo un producto derivado y totalmente secundario del ejercicio de los recursos administrativos. Quien impugna un acto administrativo porque éste lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, no lo hace impulsado por el altruista y ferviente deseo de que se restablezca la legalidad objetiva quebrantada por virtud de la defectuosa actuación del órgano administrativo; antes por el contrario, lo hace en ejercicio de su derecho constitucional a defenderse de una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que le perjudica en su esfera individual y que por tanto rechaza en su propio interés, no en el de la colectividad. Pensar lo contrario es aislarse de la realidad para flotar perdido en el mundo de las abstracciones teóricas.

Desde la perspectiva anterior, única aceptable en el plano terrenal, es imprescindible entender que el recurso administrativo persigue lograr la revocación total o parcial del acto y que el único escenario admisible por quien recurre como el peor de todos, es la

44. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo* (apuntes), ENAP, Madrid 1968, p. 55.

confirmación del proveimiento impugnado, nunca la agravación de sus efectos negativos o la disminución de los positivos que pueda contener.

Si se admite que por virtud del ejercicio del derecho a la defensa, mediante la interposición de un recurso administrativo, la situación jurídica del recurrente puede ser peor o menos favorable de la que hubiese tenido de no haber actuado, al provocar con ello la firmeza del acto, ha de admitirse también que el ejercicio del derecho a la defensa puede dar lugar a la indefensión, conclusión que, sin la menor duda, repugna a la lógica más elemental.

En efecto, la indefensión es un fenómeno que puede producirse, a grandes rasgos, como consecuencia de cuatro causas fundamentales:

i) La primera tiene lugar cuando el sujeto afectado permanece pasivo, inerte, admitiendo, tácita o expresamente, el perjuicio infligido a sus derechos o intereses. Este es un estado de indefensión que es, salvo que medie violencia, error o cualquier otro elemento que perturbe la libre manifestación del consentimiento, perfectamente legítimo, aunque moralmente reprochable.

ii) La segunda fuente de indefensión se materializa cuando, simple y llanamente, se niegan al justiciable los medios formales o materiales necesarios para defenderse. Esta es la manifestación más aberrante y atípica de la indefensión y sólo podría producirse donde el Estado de Derecho fuera un régimen totalmente inexistente y desconocido.

iii) La tercera causa de indefensión tiene lugar cuando, a pesar de existir los medios formales y materiales para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa, tales medios admiten la posibilidad de que la situación jurídica del que actúa en protección de sus derechos o intereses, pueda ser agravada o empeorada como consecuencia de esa actuación. Sin ser tan grotesca como la anterior, esta es sin duda una forma ilegítima de indefensión, que burla la efectividad del derecho a la defensa, convirtiéndolo en un ornamento inoperante, recogido en una hipócrita declaración de derechos y garantías.

iv) Finalmente, la indefensión puede originarse cuando el justiciable es sorprendido en su buena fe a través de la alteración intempestiva e inesperada de la situación jurídica original frente a la cual reaccionó. Esta alteración priva al justiciable de una oportunidad de defensa que en otras circunstancias hubiera tenido. También esta es una forma ilegítima de indefensión pues supone que el esfuerzo defensivo primigenio se ha desperdiciado, con lo cual, como hemos dicho, se disminuye el alcance y la efectividad del derecho a la defensa.

Puede apreciarse de lo expuesto que dos de las causas principales que originan indefensión frente al ejercicio ilegítimo de las potestades y competencias administrativas, concretamente las señaladas en los incisos iii) y iv), se producen como consecuencia de la reforma en perjuicio. En este orden de ideas, es evidente que la posibilidad de que se produzca la *reformatio in peius* como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo, supone el paradójico efecto de colocar en situación potencialmente más desventajosa a aquel que ejercita el derecho constitucional a la defensa, frente a aquel que renuncia al disfrute del mismo o, lo que es igual, que *la posibilidad de la reforma peyorativa premia al que no se defiende y castiga al que lo hace*. Este último aserto es, como se puede advertir con facilidad, suficientemente revelador de los perniciosos efectos que comporta la *reformatio in peius* dentro de los procedimientos administrativos de segundo grado, sobre todo en el ámbito de las sanciones administrativas, pues pone de bulto como

ésta se constituye en una forma de amedrentamiento, en una amenaza velada para que se toleren, resignadamente, las actuaciones ilegítimas del poder administrativo.

(b) El derecho a la notificación e información de cargos

Tal como fue expuesto en el capítulo segundo, de la segunda parte de estas breves reflexiones, la Constitución de 1999, consagra, dentro del concepto más amplio del debido proceso, el derecho de los ciudadanos a ser notificados de las actuaciones del poder público que afecten sus derechos e intereses, en especial en el plano sancionatorio, en el que existe la previsión expresa del derecho a la información y notificación de cargos, *ex* artículo 49, numeral 1.

Ahora bien, ya hemos advertido que la reforma peyorativa comporta en definitiva una innovación, desventajosa o menos provechosa, con respecto al contenido material de la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento proferida originalmente por la Administración. Desde luego, esta innovación no es conocida y ni siquiera es previsible para el administrado cuando se le notifica el acto administrativo definitivo, es decir, el que pone fin al procedimiento administrativo constitutivo o de primer grado.

Trasladando lo anterior al ámbito de los procedimientos sancionatorios, la *reformatio in peius* significa que la sanción originalmente impuesta y frente la cual se defiende el presunto infractor, es *ab initio* indeterminada, pues su contenido material puede cambiar, para agravarse, como consecuencia del recurso intentado.

Naturalmente, el derecho a la notificación e información de cargos resulta gravemente violado cuando al acto original es sorpresivamente alterado en su contenido para hacerlo más gravoso, sin el conocimiento previo de su destinatario. Para algunos este reclamo es simplemente una fruslería, pues también se modifica el acto en su contenido material, sin informar antes al recurrente, cuando el recurso es declarado con lugar. Tal objeción no podría menos que calificarse de absurda pues, en primer lugar, en este caso se produciría justamente el resultado aspirado por el recurrente, de manera que no habría sorpresa alguna ni traición a la buena fe; y en segundo término, no hay en este supuesto lesión alguna a los derechos e intereses del recurrente y sin daño no hay nulidad (*pas de nullitè sans grief*).

Cosa distinta ocurre cuando los cargos originalmente imputados se alteran para hacerlos más graves y esa alteración transcurre totalmente a espaldas del afectado, quien no puede defenderse de la nueva imputación, sino a través del recurso administrativo siguiente o acudiendo a la vía judicial.

(c) El derecho a la prueba

También el derecho constitucional a la prueba resulta afectado cuando se aplica la reforma en perjuicio en los procedimientos administrativos de segundo grado. En efecto, notificado el acto administrativo, el destinatario del mismo diseñará la estrategia argumentativa que sea menester para reaccionar contra la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que afecta sus derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos. Sin embargo, la argumentación que tienda a desvirtuar la validez del proveimiento administrativo no es suficiente para demoler la presunción de legiti-

midad que lo acompaña, salvo que la disputa verse sobre cuestiones de mero derecho o que se trate de alguno de los supuestos donde el *onus probandi* recae sobre la propia Administración.

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionatorio, aun cuando es la Administración quien está obligada a ofrecer suficientes, concordantes y pertinentes pruebas de cargo para sustentar el acto administrativo correspondiente, es indiscutible el derecho del supuesto infractor de aportar la prueba que sustente su defensa, y es además prudente que lo haga aun cuando se sienta amparado -ya que en efecto lo está- por el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Ahora bien, si después de desahogada la prueba en el procedimiento administrativo de segundo grado, el acto administrativo que culminó el procedimiento constitutivo es modificado para agravar la sanción impuesta a través de éste, bien porque la Administración invoque hechos nuevos o bien porque modifique la apreciación de los examinados originalmente, se habrá privado al supuesto infractor de una oportunidad que normalmente hubiera tenido de presentar pruebas que desvirtuaren la ocurrencia de tales hechos o la valoración que de los mismos haya hecho la Administración.

La gravedad de esta violación al derecho constitucional a la prueba, se aprecia en forma descarnada cuando se desciende del plano teórico a la realidad cotidiana de nuestros procedimientos administrativos. Imagínese por un instante que para lograr la anulación en vía administrativa de una grave sanción, que no sólo implique consecuencias de orden patrimonial, sino que suponga, por ejemplo, la pérdida de un derecho, el presunto infractor haya desplegado un magno esfuerzo de historificación de los hechos realmente ocurridos, distorsionados o no apreciados por la Administración respectiva al imponer el ilegítimo castigo, trazando para tal fin toda una estrategia probatoria, recopilando y promoviendo el material documental correspondiente, presentando e interrogando testigos, evacuando experticias e inspecciones judiciales y cualquier otro medio de prueba legal, pertinente y conducente a la defensa de sus derechos e intereses. Supóngase entonces que todo este despliegue de recursos económicos y humanos resulte, no sólo totalmente inútil sino además contraproducente, en tanto la respuesta de la Administración no será simplemente una confirmación del acto recurrido, sino su alteración para hacerlo más gravoso.

Compréndase que el derecho constitucional a la prueba no es una mera aspiración o una idealista declaración de principios, sino la columna vertebral del derecho a la defensa, el elixir vital sin el que éste no puede jamás existir. Para que el derecho a la prueba tenga un resultado proficuo, es preciso reconocerle plena efectividad y, para ello, no ha de permitirse bajo ningún concepto que quien hace uso del mismo, vea desperdiciado su esfuerzo al ser emboscado por un nuevo acto cuyo contenido no pudo prever y contra el cual, lógicamente, nada pudo probar oportunamente.

En adición a todo lo que ha quedado expuesto, y en sintonía con lo que se expuso al recordar los derechos y garantías constitucionales de los que disfruta el administrado dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, conviene señalar que la *reformatio in peius* puede tener su origen en pruebas ilegítimas, cuyo uso está proscrito por la Constitución. Ciertamente y como ya fue señalado con anterioridad, uno de los casos de obtención ilegítima de una prueba, se configura cuando no se ha dado la oportunidad al interesado de presentar la prueba contraria antes de que se produzca la decisión definitiva del asunto de que se trate. Esto es precisamente lo que ocurre con la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, desde

que la misma debe estar basada en pruebas de cargo nuevas o no apreciadas durante el procedimiento administrativo constitutivo, pero con respecto a las cuales no ha existido la oportunidad para el interesado de presentar la prueba contraria.

(d) El derecho al doble grado de instancia

También expresamos con anterioridad que es un principio general dentro del derecho administrativo sancionatorio, que antes de que la sanción sea impuesta, ha de concederse al imputado la posibilidad de alegar y probar todos los hechos que coadyuven en la defensa de sus derechos e intereses y que, en consecuencia, el derecho constitucional a la defensa debe ejercerse antes de que se pronuncie el acto administrativo sancionatorio.

Ahora bien, es claro que cuando opera la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, el imputado no tiene la posibilidad de defenderse del acto que le impone una sanción distinta a la que recurrió antes de que tal acto se pronuncie, de manera que sin lugar a dudas se produce en este caso una violación del derecho al doble grado de instancia.

B. El derecho a no autoinculparse

Tal como antes señalamos, la Constitución de 1999, incorpora el derecho de todos los ciudadanos a no declarar contra sí mismos. Este derecho no sólo significa la proscripción de las confesiones arrancadas a través de la violencia o el engaño, sino también, que las actuaciones del imputado, especialmente aquellas que se orientan a su defensa, no pueden ser utilizadas en su perjuicio.

En el asunto que nos concierne, no cabe duda que la admisión de la reforma peyorativa en los procedimientos administrativos de segundo grado, implica aceptar que el recurso administrativo puede generar el efecto totalmente opuesto al que persigue quien lo intenta, es decir, que aunque el recurso es interpuesto para defenderse y lograr la revocación total o parcial del acto impugnado, el resultado puede ser no sólo la confirmación total de dicho acto, sino también su alteración en desmedro de la posición del recurrente.

En efecto, la reforma en perjuicio en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado se produce porque la Administración se vale del recurso para examinar el acto y todas las circunstancias que han rodeado su emisión y, al hacerlo, encuentra nuevos hechos que suponen nuevas infracciones al ordenamiento jurídico-administrativo o descubre que los hechos originalmente constatados no fueron apropiadamente calificados o las normas fueron incorrectamente aplicadas; así, y como consecuencia de ello, el órgano que resuelve el recurso intentado decide entonces imponer nuevas sanciones o agravar las que fueron originalmente aplicadas.

En este caso, el recurso administrativo puede calificarse como una especie de *declaración contra sí mismo* que hace el recurrente, desde que conduce no sólo a un fracaso de la defensa, sino a la obtención de un resultado más perjudicial de aquel que provocó la impugnación. Es el recurrente quien ofrece a la Administración la oportunidad de perjudicarlo. Paradójicamente, el recurrente actúa en perjuicio de sí mismo, porque su reacción es el medio a través del cual la Administración va a agravar su situación antes de defenderse.

En nuestra opinión, el recurso administrativo, en especial en un procedimiento administrativo sancionatorio, no puede obrar contra quien lo intenta, pues ello significa institucionalizar la *declaración contra sí mismo* como el mecanismo a través del cual la Administración corrige los errores o los defectos de su actuación. Por tanto, no cabe duda que la reforma peyorativa viola el derecho constitucional a no autoinculparse.

C. Normas legales que impiden la *reformatio in peius*

(a) La irretroactividad de los nuevos criterios administrativos

Afirma en forma generalizada la doctrina, que el acto administrativo no produce efectos sino hacia el futuro y que esto constituye uno de los pilares básicos del Derecho Administrativo, materializado en el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, cuyo propósito es preservar la seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto que llevar los efectos del proveimiento hacia el pasado, afectando situaciones jurídicas ya consolidadas, supone arbitrariedad y desorden[45].

Ya desde finales del siglo XIX el Consejo de Estado francés declaraba la nulidad de los actos administrativos que adolecían del llamado *vicio de retroactividad*, cada que vez que se constataba la anterioridad de los efectos del acto con respecto a la fecha de su entrada en vigencia. En 1925 el Consejo de Estado francés formula por primera vez el principio general de que los reglamentos no podían estatuir sino para el futuro[46], lo cual se extiende en 1948 a los actos administrativos individuales[47].

Sin duda, reconocer la posibilidad abierta e indiscriminada de la Administración de afectar relaciones jurídicas trabadas con anterioridad a la emanación del proveimiento administrativo, choca abiertamente con el principio de la legalidad en tanto es un atentado contra la seguridad y certeza jurídica de que deben gozar tales relaciones.

Afirma el profesor Rivero que el acto no produce efectos sino hacia el futuro y de allí la regla de la no retroactividad de los actos administrativos de la cual el Consejo de Estado ha hecho un principio general del derecho (25.06.48, *Société du journal L'Aurore*).

Dice el profesor francés que la Administración no puede remontar el efecto de su acto más allá de la fecha en la que intervino, sino cuando la ley la ha autorizado expresamente para ello[48]. Comparten esta opinión Vedel[49], Garrido Falla[50], García de Enterría y Fernández[51] y Dromi[52], todos ellos admitiendo, sin embargo, algunas excepciones a la regla general.

---

45. Doctrina de la Procuraduría General de la República, Caracas 1983, p.43.
46. *Cf.*, S. CE, Caso *Sieur Rodière*.
47. *Cf.*, S.CE, Caso *Société de filatures et tissages de Madagascar*.
48. RIVERO, J., *Derecho Administrativo*, UCV, tr. 9a. ed., Caracas 1984, p.115.
49. VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, Aguilar, tr. 6ta. ed., Madrid 1980, p.159.
50. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, Tecnos, Madrid 1987, p.454.
51. GARCIA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Civitas, Madrid 1993, p. 568.
52. DROMI, J. R., *El acto administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid 1985, p.25.

También con este parecer coinciden en nuestro país los profesores Brewer-Carías[53] y Lares Martínez, aclarando este último que puede ser retroactivo el acto si así lo dispone la ley o lo exige la naturaleza misma del proveimiento (*i.e.* actos declarativos)[54].

A la misma conclusión arriba Hernández Breton en una excelente monografía dedicada al tema, afirmando que el principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos aparece admitido hoy, a la luz de la jurisprudencia venezolana[55], como principio general del derecho[56].

El principio de la no retroactividad se refiere en general a la prohibición de que una norma nueva se aplique a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia; así, la nueva norma es ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado[57]. En el caso específico de los actos administrativos el principio alude a la nulidad de aquellos proveimientos cuyos efectos pretendan aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado antes de que el acto adquiriese eficacia jurídica. Por tal razón, deben distinguirse claramente tales actos de aquellos que se refieren a hechos o situaciones ocurridos en el pasado, pero cuyos efectos se proyectan hacia el futuro, en los cuales, lógicamente, no hay irretroactividad[58].

---

53. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, EJV, Caracas 1982, p.196.

54. LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, 8va. ed., Caracas 1990, p.186.

55. "La jurisprudencia de esta Corte ha acogido el principio de que los actos administrativos particulares deben surtir efecto únicamente a partir del momento en que, después de perfeccionados, son notificados a los interesados, o lo que es lo mismo, que los actos de tal naturaleza no deben tener efectos retroactivos, porque tal circunstancia los viciaría de ilegalidad" *Cf.*, S. CSJ/SPA, 11-08-83.

56. HERNÁNDEZ BRETÓN, E., "El principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo", *Revista de Derecho Público* n° 24, EJV, Caracas 1985, p.228.

57. *Cf.*, S. CPCA, 25-11-92, *RDP* n° 52, p.95.

58. Nuestra jurisprudencia ha definido la retroactividad del acto administrativo en los siguientes términos: "la retroactividad del acto administrativo se dirige a conferirle efectos en el pasado, es decir, antes de que el mismo entre en vigor, de donde resulta que la problemática de la irretroactividad del acto administrativo se enlaza con la de su eficacia, entendida ésta como la imposibilidad del acto para producir efectos jurídicos directos sobre terceros, si no ha sido exteriorizado debidamente a través de la publicación, bien por medio de su notificación, según se trate de actos generales o singulares". *Cf.*, S. CSJ/SPA, 31-07-80. También se ha ocupado la jurisprudencia de advertir las diferencias que cabe distinguir entre los efectos retroactivos del acto administrativo y sus efectos inmediatos, señalando que los primeros suponen la eliminación o modificación de hechos pasados y consumados, de modo que se trata de regular una situación hacia el pasado; mientras que, por el contrario, los segundos son los efectos normales y ordinarios de las leyes y demás actos jurídicos, es decir, la regulación de las situaciones futuras. *Cf.*, S. CPCA, 29-01-87. Así pues, según la jurisprudencia que se comenta, la retroactividad consiste en cambiar situaciones y consecuencias consumadas, y sustituirlas por otras simplemente para hacerlas desaparecer, en tanto que la aplicación inmediata de los actos jurídicos a la realidad, cuyo origen es el pasado, es otra cosa. Entonces, lo importante es precisar si una decisión administrativa propiamente está desconociendo situaciones consumadas para aplicar consecuencias futuras, lo que sería retroactividad, o por el contrario, si al regular consecuencias futuras de situaciones pasadas, sin alterar éstas, lo que está haciendo es darle efectos inmediatos a dicha decisión. Esta misma decisión, especialmente didáctica, distingue situaciones claras de retroactividad de aquellas que suponen la simple y llana aplicación inmediata de las normas: "…pechar con nuevos impuestos de importación bienes que estaban libres de ello, es retroactividad, porque un hecho consumado, la importación exonerada o exenta de tributos, se modifica para gravarla cuando antes no lo era. Igualmente, efectuar un reintegro de un impuesto pagado, porque la actividad a la cual se refiere resultó después exonerada, es aplicar retroactivamente una exoneración para modificar el hecho pasado, o sea, la imposibilidad de la misma actividad. Pero, por ejemplo, si en un determinado momento los propietarios de inmuebles no soportan cierta obligación y posteriormente se les impone legalmente una nueva dentro del concepto de función social que trae el artículo 99 de la Constitución, no por ello los propietarios que lo fueran con anterioridad podrían alegar que a ellos no les es aplicable aquella obligación porque la adquisición de la propiedad ocurrió mucho antes. Por el contrario, esta nueva obligación es aplicable a los nuevos propietarios y a los antiguos,

En el pasado el fundamento del principio de la irretroactividad de los actos administrativos se hizo descansar sobre la intangibilidad de los derechos subjetivos de los particulares, a modo de límite infranqueable para la aplicación retroactiva de las manifestaciones voluntad de la Administración. Se decía que "El fundamento de esta regla, como en el caso de la anulación (...) es la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de los particulares"[59], pero hoy en día, al menos en nuestro país, es el artículo 24 de la Constitución de 1999 (44 de la Constitución de 1961), el principal basamento de dicho principio[60]. En definitiva:

- El principio de la irretroactividad tiene rango constitucional.

- La regla de la irretroactividad debe ceder sólo en casos excepcionales, que no quebranten en modo alguno la norma constitucional y el principio fundamental que la inspira, esto es, el de la seguridad jurídica.

- La libertad de apreciación de la Administración y del juez contencioso de aquellos casos en que es posible la retroactividad del acto administrativo, es mínima y se encuentra irremisiblemente atada a la norma constitucional y a los límites que de su contexto dimanan.

Ahora bien, la reforma peyorativa supone aplicar hacia el pasado los efectos de un acto nuevo. Ciertamente, el acto administrativo que es producto del procedimiento constitutivo es capaz de crear derechos subjetivos o intereses legítimos, pero en todo caso, aun cuando lo anterior no ocurra, no puede discutirse que dicho acto genera una particular situación jurídica en cabeza del destinatario correspondiente. Cuando el acto administrativo resultante del procedimiento administrativo de segundo grado modifica

esta situación jurídica para hacer más gravosa la condición del recurrente, se materializa un caso de retroactividad que debe calificarse como inadmisible por inconstitucional, tal como hemos tenido la oportunidad de ver.

En efecto, al dictar el acto administrativo definitivo que luego es recurrido, la Administración ha constatado unos hechos, los ha calificado jurídicamente y los ha encuadrado en el presupuesto hipotético de la norma aplicable al caso concreto. Como consecuencia de estas operaciones, se ha producido una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que al exteriorizarse ha creado una situación jurídica determinada en cabeza del destinatario del acto. Ahora bien, cuando el interesado recurre permite que la Administración revise su actuación para corregir los defectos de su actividad, pero esa corrección no puede llegar hasta alterar extemporáneamente la calificación jurídica de los hechos constatados en perjuicio del recurrente, simplemente porque el órgano ha cambiado de criterio con respecto al caso concreto.

---

porque ello no significa una modificación del derecho mismo de propiedad, que sí sería retroactivo, sino que regula su ejercicio futuro". Esta decisión ha sido ratificada en S. CPCA, 9-11-94, *RDP* n° 59-60, pp. 150-151.

59. GUAITA, A., "Eficacia del acto administrativo", *Revista de Administración Pública* n° 25, Madrid 1958, p.164.

60. "(...) el principio de la retroactividad es en Venezuela de orden constitucional (art. 44 Constitución Nacional), y aún cuando aparece redactada refiriéndose únicamente a *disposiciones legislativas* o *leyes*, ya la jurisprudencia de esta misma Sala lo aplicó también a los *Reglamentos*, o sea, a los actos administrativos de efectos generales (...) y en esta oportunidad, lo extiende a los actos administrativos de efectos particulares" *Cf.*, S. CSJ/SPA, 05-08-80. Así pues, sin desmedro del principio general de respeto a las situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, puede sostenerse que en nuestro país, por vía de interpretación jurisprudencial, el principio de irretroactividad de los actos administrativos tiene su fundamento en la propia Constitución y es, como lo ha afirmado reciente sentencia de la Corte Suprema, bajo la ponencia del Magistrado LA ROCHE, Humberto "…*piedra angular de la seguridad jurídica*…". *Cf.*, S. CSJ/SPA, *RDP* n° 69-60, 21-07-94, p. 223.

Naturalmente y como ya hemos sostenido, los criterios de la Administración no pueden ser inmutables, pero la permisible modificación de los mismos sólo puede tener efectos *pro futuro* y en ningún caso hacia el pasado. Esta afirmación cobra relevancia superlativa cuando la nueva interpretación que pretende retrotraer sus efectos, se hace con respecto a una norma sancionatoria, porque en este supuesto la única retroactividad admisible es precisamente la opuesta a la reforma peyorativa, es decir, la que favorece al imputado.

Ciertamente, en la formulación constitucional del principio de irretroactividad puede encontrarse con facilidad la orientación necesaria para entender proscrita la posibilidad de la *reformatio in peius* en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado. Dice el principio que ninguna ley -ni como hemos visto, un acto administrativo- podrá tener efectos retroactivos, salvo cuando imponga menor pena, o, lo que es lo mismo, que la irretroactividad es inadmisible excepto cuando sea en beneficio del justiciable. Por tanto, si en violación de esta regla general pretenden retrotraerse los efectos del acto que culmina el procedimiento de segundo grado o recursivo, y si además esa retroacción supone crear *ex novo* una situación jurídica más perjudicial que la que existía antes de intentar el recurso, no hay duda que la inconstitucionalidad de tal proceder es escandalosa.

Muy ilustrativo resulta el criterio que sostuvo la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, cuando señaló que la irretroactividad de la ley ha sido establecida en nuestro ordenamiento jurídico como una garantía *a la no alteración in peius de los derechos de los particulares* mediante la aplicación de una ley o reglamento cuya vigencia es posterior al nacimiento de tales derechos. Se trata pues, dice la Corte, de una amplia protección a los derechos de los ciudadanos, cuyo punto crucial lo constituye la determinación del momento en que efectivamente nace el derecho que se alegue *alterado in peius* bien por una ley o bien por un reglamento, pues para que el mismo entre en el ámbito de protección de la garantía es menester que sea anterior a la norma de cuya aplicación resulte la modificación desfavorable[61].

Lo anterior, de acuerdo con todo lo que fue expuesto precedentemente, es perfectamente aplicable en el ámbito de los actos administrativos y en especial en cuanto a los de carácter sancionatorio, y pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre la garantía constitucional de no retroactividad y el principio *non reformatio in peius*. La garantía de la irretroactividad está ordenada a la protección del valor fundamental de la seguridad jurídica y este también es el valor supremo que quiere satisfacer la interdicción de la reforma peyorativa. La retroacción de las normas o los actos administrativos está proscrita y sólo se le consiente cuando se hace en favor o beneficio del afectado, sencillamente porque no hay en este caso lesión alguna ni quebranto de la seguridad jurídica.

Pero la alteración sobrevenida y más dañosa de una situación jurídica pasada, no sólo trae consigo, evidentemente, una lesión, sino que sorprende y crea total desconfianza en el sistema, conspirando, precisamente, contra la seguridad jurídica.

61. *Cf.*, S. n° 9, CSJ/SPA, 24-01-97.

(b) La irrevocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos o intereses legítimos

Dispone el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, de lo que se ha deducido con acierto que si el acto hace nacer un derecho subjetivo o un interés legítimo, no puede en modo alguno ser revocado por la Administración, salvo que tal proveimiento se encuentre afectado de un vicio de nulidad absoluta y así sea establecido por sentencia definitivamente firme.

Este importante postulado -positivizado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- es la proyección concreta en el ámbito de la actividad administrativa de la garantía de la seguridad jurídica. Nadie es libre ni puede usar y gozar sus derechos si estos pueden ser desconocidos espasmódicamente, según el humor y los caprichos de los detentadores temporales del poder.

Por eso, cuando la Administración profiere una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento de carácter definitivo, que reconoce un derecho subjetivo o lo crea *ex novo,* o que coloca al destinatario del acto en una especial situación de hecho que éste tiene interés legítimo, personal y directo en conservar, no puede luego desdecirse, pues ello supone el quebranto más grave que pueda imaginarse a la seguridad jurídica y un espaldarazo al imperio absoluto de la arbitrariedad.

Quienes defienden la posibilidad de la *reformatio in peuis* en el procedimiento administrativo recursivo, no atisban a comprender que este mecanismo permite, precisamente, la revocación -so pretexto de un recurso- de actos administrativos preexistentes que al menos generan un interés legítimo que consiste en que sus efectos positivos no desaparezcan y que los negativos no sean más nocivos de lo que ya son.

En efecto, es absolutamente indiscutible que quien resulta afectado por un acto de la Administración y en mérito de ello lo impugna, desea la revocación total o parcial del mismo, previendo como el escenario menos favorable el fracaso del recurso y, por vía de consecuencia, la confirmación del acto. Puede sostenerse entonces que el acto impugnado hace nacer un interés legítimo a que el mismo se conserve, en el peor de los casos, en los términos en que ha sido dictado. Por el contrario, resulta casi una *perogrullada* afirmar que ningún recurrente puede estar interesado en que el acto impugnado se modifique para hacerlo más lesivo a sus derechos e intereses.

Para quienes invocan como justificación de la *reformatio in peius* la posibilidad que tiene la Administración de pronunciarse sobre todas las cuestiones que surjan en el caso concreto, hayan sido o no planteadas por el recurrente (artículo 89 LOPA) y la facultad que la asiste de revocar, confirmar o modificar el acto (artículo 90, *ejusdem*), conviene recordar que estas exorbitantes facultades no han sido creadas para auspiciar o proteger el uso arbitrario del poder, sino para satisfacer, a través de una autotutela responsablemente ejercida, el principio de la legalidad administrativa, cuya única razón de ser es el valor supremo, y por tanto más importante, de la seguridad jurídica, al cual apunta precisamente el principio de la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos subjetivos o de intereses personales legítimos y directos.

D. Principios del Derecho Administrativo Formal que impiden la *reformatio in peius*

(a) El principio de la buena fe

El principio de la buena fe, cuya aplicación en el ámbito del derecho administrativo ha sido objeto de interesantes estudios[62], comporta la necesidad de que los sujetos guarden en sus relaciones una conducta leal, honesta, vale decir, la que ordinariamente puede esperarse de un buen padre de familia. Expresa Rondón de Sansó que "…la buena fe es un concepto jurídico indeterminado que, en su sentido semántico, alude a la conciencia, convicción o intención de no perjudicar a otro o de no violar la ley (…) De todo lo anterior, podemos deducir que la buena fe como hecho ético social, alude a la lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad y a la segura creencia o convicción de no lesionar a otro"[63].

Este principio tiene consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1.160 del Código Civil y al igual que se ha expresado en otros ordenamientos jurídicos[64], en el nuestro esta norma, como muchas otras del señalado Código (principio de irretroactividad, vigencia de las leyes, reglas de la interpretación jurídica, etc.), tiene el carácter de *ius comune* en tanto se aplica a todo el ordenamiento jurídico.

En el ámbito específico de la actividad administrativa, el principio de la buena fe tiene expreso reconocimiento constitucional y legal, pues la Constitución de 1999 dispone en su artículo 141, que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta, entre otros, en los principios de *honestidad y transparencia*, valores que sin duda están implícitos en el concepto más amplio de la buena fe en las relaciones Administración-administrados. Por su parte, el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública[65] señala que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en una serie de principios entre los cuales destacan los de *buena fe y confianza*. Lo propio ocurre con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, la cual dedica un capítulo especial, dentro de su título III, a la *presunción de buena fe.*

El respeto del señalado principio adquiere una especial relevancia en el ámbito de las relaciones entre los administrados y la Administración, pues la actuación de ésta no puede equipararse a la de cualquier sujeto, en tanto que la coherencia, pulcritud, objetividad y transparencia de sus actuaciones debe ser la regla y no la excepción. La Administración actúa en el ejercicio de potestades administrativas y de esta forma invade la esfera jurídico-subjetiva de los administrados, afectándola en formas muy diversas. No es posible otorgar tal poder sin la necesaria contrapartida de un sometimiento absoluto al derecho. Pero además, aun en el campo en que la Administración actúa con cierta libertad, la sumisión de sus comportamientos al principio de la buena fe, el respeto irrestricto de la confianza depositada en ella por los ciudadanos, es una obligación inexcusable.

---

62. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, 1989.
63. RONDÓN DE SANSÓ, H., *El principio de la confianza legítima en el derecho venezolano, III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1997, pp. 303 y ss.
64. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe…cit.*, pp. 37-38.
65. *G.O.* n° 37.305 del 17-10-01.

En definitiva, el principio de la buena fe implica en el ámbito del Derecho Administrativo:

- Que en tanto la actividad administrativa se lleva a cabo en ejecución de la ley, sus resultados han de ser siempre previsibles para los interesados, no sorpresivos ni encubiertos.

- Que la actividad administrativa debe desarrollarse mediante procedimientos formales transparentes, abiertos, accesibles y totalmente participativos, en los cuales el administrado debe tener la posibilidad de enterarse de todo hecho, acto, decisión, prueba o en general de cualquier acontecimiento que le interese y que todo aquello que le haya sido ocultado no puede servir válidamente de fundamento a ninguna resolución que afecte sus derechos e intereses.

- Que por cuanto toda la actividad administrativa debe estar ordenada hacia la consecución del bien colectivo, la Administración debe esforzarse porque todas y cada una de sus actuaciones inspiren una sensación permanente e inquebrantable de confianza en los ciudadanos.

No cabe la menor duda que la posibilidad de la *reformatio in peius* conspira contra la buena fe, en tanto se encuentra en contradicción con los pilares fundamentales sobre los cuales descansa este principio. En efecto, la reforma peyorativa supone: i) Una alteración inesperada e imprevisible de la situación jurídica del recurrente, que refleja incoherencia y contradicción en el actuar administrativo y que es recibida por el destinatario del acto como una acción desleal y sorpresiva que lo toma desprevenido y que, en definitiva, lo castiga por ejercer el derecho constitucional a la defensa. ii) Al suponer un cambio urdido a espaldas del recurrente, la reforma en perjuicio es opuesta a la transparencia y a la honestidad con la que debe conducirse la Administración Pública. iii) Del mismo modo, por cuanto la reforma peyorativa supone una contradicción evidente entre el acto administrativo que pone fin al procedimiento constitutivo o de primer grado y el que culmina el procedimiento recursivo o de segundo grado, no hay duda de que la misma derrumba la sensación de confianza que deben tener los particulares en la Administración. iv) Finalmente, la sola posibilidad de ser emboscado por una decisión inesperada e incongruente con la propia actuación del órgano administrativo, desploma la presunción de buena fe que debe existir en las relaciones de los ciudadanos con la Administración -sobre todo en el curso de un procedimiento sancionatorio- trocándola en una actitud defensiva, desconfiada, predispuesta y de poca o nula colaboración con el órgano encargado de decidir el recurso.

(b) El principio venire contra factum proprium non valet

En íntima vinculación con el principio de la buena fe, que rige en todas las relaciones intersubjetivas, existe un postulado que prohibe a los sujetos ir en contra de sus propias actuaciones. La raíz de este principio puede ubicarse en el hecho de que la convivencia social exige que las personas guarden un cierto grado de coherencia, constancia y estabilidad en sus actuaciones, generando con ello la confianza necesaria para poder interrelacionarse normalmente con los demás. Aunque toda relación debe iniciarse sobre la base de una presunción de buena fe, es preciso que el hombre, como ser social, satisfaga la confianza que otros depositan en él y el primer paso que debe dar en tal sentido es ser consecuente con sus propios actos, desde que éstos constituyen la exteriorización de su voluntad, al menos en apariencia.

No significa esto que las contramarchas y rectificaciones producto de errores cometidos, sean moral o jurídicamente reprochables; al contrario, estas son las conductas apropiadas cuando se ha incurrido en una equivocación que precisa ser enmendada. En realidad, lo que predica la llamada *doctrina de los actos propios* no es la inmutabilidad

del comportamiento, sino que las consecuencias de las necesarias rectificaciones recaigan principal y especialmente sobre aquél que ha cometido un error y no sobre quien se ha relacionado de buena fe con éste y que luego se ve sorprendido por un cambio de actitud que frustra sus naturales expectativas.

Según Mairal, los particulares adoptan posiciones o siguen cursos de acción en sus relaciones jurídicas que luego descubren que son inconvenientes para sus propios intereses, por lo que luego procuran desdecirse y quienes habían confiado en el mantenimiento de la posición inicial de su contraparte para adoptar sus propias resoluciones, se ven sorprendidos ante el cambio inusitado de posición que defrauda sus expectativas y puede, incluso, generarles pérdidas o privarlos de un lucro esperado[66].

Si bien es cierto que el derecho no puede prohibir, como hemos dicho, que las personas vuelvan sobre sus pasos para tratar de corregir sus actuaciones erróneas, ni es posible pretender una coherencia impoluta en la conducta de los sujetos; es lo deseable, sin embargo, que exista un principio de autovinculación, que permita una cierta tranquilidad en el ámbito de las relaciones interpersonales, sancionando las contradicciones constantes y aviesas, producto de subterfugios y maniobras tendentes a generar incertidumbre en los demás, para obtener provecho propio.

En el ámbito del derecho administrativo en general, una moderna tendencia ha comenzado a estudiar las consecuencias que se derivan de los actos de la Administración que luego son contrariados por ésta, en perjuicio de los administrados, por una actuación posterior. Se trata aquí de la doctrina de los actos propios, resumida en el viejo aforismo latino *venire contra factum proprium non valet*. En el caso de la Administración Pública, nadie pone en duda la facultad exorbitante de la autotutela administrativa, en su diversas manifestaciones, que le permite a ésta modificar, corregir, revocar o anular sus propias actuaciones con el único obstáculo de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, siempre y cuando éstos no pretendan derivarse de una actuación absolutamente nula. Sin embargo, toda vez que la Administración actúa en busca de la satisfacción del interés colectivo, es de presumir que sus cambios de posición sólo pretenderán satisfacer mejor éste. Lo cierto es, no obstante, que la constancia e intensidad con la que incide la Administración en la vida de los particulares, su omnipresencia y omnipotencia en la vida cotidiana de los administrados, hace que éstos, normalmente, depositen su confianza en las actuaciones de aquélla, de tal manera que es razonable esperar una coherencia y constancia mayor que la aspirada en el ámbito de las relaciones privadas.

Se ha dicho que la Administración puede contradecir su conducta anterior cuando ésta es jurídicamente ineficaz por adolecer de un vicio de ilegitimidad, pero en opinión de Mairal[67], esta conclusión es demasiado simplista en cuanto pasa por alto la frecuencia con que la validez de una determinada conducta administrativa constituye cuestión opinable ante el entrecruzamiento, la falta de precisión o la ambigüedad de las normas aplicables. La doctrina de los actos propios puede ofrecer una solución justa en los casos en los cuales la interpretación inicial no era evidentemente contraria a derecho, sino que se trataba de una exégesis preliminar de las disposiciones aplicables, razonablemente acertada. Mairal señala que en aquellas situaciones en que la conducta administrativa posteriormente declarada ilegítima motivó un cambio en la conducta del particular, la doctrina de los actos propios puede servir para aceptar la nueva interpretación de la

66. MAIRAL, H., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires 1988, pp.1 y ss.

67. MAIRAL, H., *La doctrina*..., pp. 138 y ss.

Administración pero dejando a salvo el derecho del particular de demandar una indemnización por los daños y perjuicios causados, o bien repartiendo equitativamente la responsabilidad entre la Administración y el administrado[68].

En el caso que ocupa nuestras reflexiones, es claro que la aplicación de la reforma en perjuicio comporta un desconocimiento del propio acto, desde que la Administración se desdice de la manifestación de voluntad consignada en el acto administrativo que es producto del procedimiento constitutivo sancionatorio, a través de una nueva manifestación de voluntad, en este supuesto más gravosa para el particular, reproducida en el acto que culmina el procedimiento recursivo. Como hemos reiterado a lo largo de esta líneas, es obvio que quien intenta un recurso aspira que el acto original sea revocado o al menos modificado, pero naturalmente, la modificación deseada no es, en ningún caso, una que suponga la disminución o pérdida de un beneficio ya acordado, el incremento de una carga o el agravamiento de las sanciones originalmente impuestas.

Así, desde esa perspectiva, el recurrente aspira, con razón y amparado por el derecho, la estabilidad de aquella parte del acto administrativo que le favorece y que, por tanto, hace nacer para él un interés legítimo en su conservación. Si bien no es posible desconocer la potestad de autotutela de la Administración y que como resultado de la misma se corrijan errores cometidos por ésta, es claro que las consecuencias desfavorables de esa rectificación no deben recaer sobre el recurrente. Admitir lo contrario sería aupar los cambios espasmódicos y caprichosos de criterio por parte de la Administración, sin respeto alguno por las expectativas legítimas que su actuación ha generado en los particulares y, lo que es más grave, la aplicación retroactiva de nuevos criterios sobre un asunto previamente decidido, a lo cual se opone no sólo la doctrina de los actos propios, sino, como hemos visto, el principio de irretroactividad de los actos administrativos, *ex* artículos 24 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[69].

(c) El principio de la confianza legítima

De acuerdo con la doctrina más autorizada, con la noción de confianza legítima "…se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses (…) la nueva figura que analizamos va a constituir la base de una nueva concepción de los vínculos que los poderes públicos (poder legislativo, administraciones públicas) y los entes de autoridad en general poseen frente a los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella, esperan que se mantenga. Igualmente alude a la expectativa de otorgamiento de una ventaja jurídica, aun cuando no exista un texto expreso que lo avale (…)[70].

---

68. Tal como lo resolvió el Consejo de Estado francés en el caso *société des Huileries de Chauny*, 24-4-64. Recueil Lebon, p. 245.

69. En nuestro derecho positivo, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que los criterios establecidos por la Administración pública, podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados y que, en todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes. Consagra el precitado artículo, como se advierte, tres principios: i) Que la Administración puede cambiar sus criterios; ii) Que tales cambios no pueden aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fueren más beneficiosos a los administrados; iii) Que la revisión de los criterios no puede conducir a la revisión de los actos administrativos definitivamente firmes ni de aquellos que han creado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos.

70. RONDÓN DE SANSÓ, H., *El principio de la confianza legítima…cit.*, pp. 295-296.

Hemos dicho precedentemente que la interposición del recurso genera la expectativa legítima de obtener la anulación del acto recurrido o al menos su modificación en términos más favorables para el recurrente, y que el escenario más negativo sólo puede ser el fracaso del recurso y por tanto la total confirmación del acto. Quien recurre lo hace para proteger sus derechos e intereses y obtener una decisión favorable, aunque sea parcialmente, en especial cuando el acto impugnado impone un sanción. Nadie se aventura a intentar un recurso si tiene la firme creencia de que va a perder o, peor aún, que va a resultar perjudicado en mayor medida por actuar contra el acto administrativo. Existe, pues, la *confianza legítima* en la posibilidad de ganar y, al propio tiempo, en que lo peor que puede ocurrirle al recurrente es ver confirmada en todas sus partes la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento impugnada.

No hace falta mayor esfuerzo intelectual para concluir en que la sola potencialidad de la reforma peyorativa da al traste con la confianza legítima que se supone debe dimanar del ejercicio de un recurso administrativo. Lejos de existir tal confianza, el riesgo de la reforma en perjuicio convierte al recurso en una especie de *ruleta rusa*, una peligrosa apuesta de resultados inciertos e impredecibles, que puede desembocar en un mayor daño que aquel que ha querido conjurarse. De esta forma, los recursos administrativos dejan de ser la manifestación del derecho constitucional a la defensa en el seno de la Administración, para convertirse en un riesgoso juego de azar que sólo una de las partes -la Administración- puede manipular antojadizamente en su beneficio. Cuan difícil resulta explicar a un ciudadano común que el mecanismo creado en la ley para que se defienda de aquello que cree injusto, puede llegar a acrecentar la injusticia de la que se defiende. Que difícil es mantener la confianza hacia la Administración, en quien ha sido víctima de semejante atropello.

En conclusión y como corolario de todo cuanto ha sido expuesto, debemos afirmar que la aceptación de la *reformatio in peius* en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, significa sacralizar algo que todo el mundo aborrece, una posibilidad que se opone a la razón y al ideal de justicia más básico que habita en el ciudadano común y que por tanto, el operador jurídico está obligado a rechazar.

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO

Alberto Baumeister Toledo
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Universidad Central de Venezuela

DEDICATORIA

A Allan Brewer-Carías, insigne estudioso y difundidor del Derecho Administrativo, con el deseo de que esta modesta investigación, sirva para testimoniarle mi reconocimiento como autor, docente y académico, y contribuir con ella al merecido reconocimiento que comporta la publicación de este Libro Homenaje.

"*Después de esto podríamos continuar (nuestro discurso) hablando de la amistad. Esta es en efecto una virtud o va acompañada de virtud y, además, es lo más necesario de la vida. Sin amigos, nadie querría vivir, aun cuando poseyera todos los demás bienes*".....
"*Cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad de justicia hay (entre ellos) mientras que aún siendo justos, necesitan además de la amistad, de tal manera que parece que son los justos los más capaces de amistad. Pero la amistad no es solo algo necesario, sino algo hermoso*".

(Aristóteles, Libro VII de su "Ética a Nicómaco")

I. PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL TEMA OBJETO DE EXAMEN

El 13 de noviembre del año 2001[1] tuvo lugar la promulgación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por vía de Decreto con rango de Ley con fundamento en una Ley habilitante dictada por el Congreso de la República para delegar en el Poder Ejecutivo Nacional la preparación y puesta en vigencia de un considerable nuevo número de Leyes en diversos campos, de capital importancia para la economía y debido funcionamiento del Estado Venezolano[2].

1. *G.O.* de la República Bolivariana de Venezuela nº 37.323, ordinaria, en lo adelante citados abreviadamente, LTDA y *G.O.* respectivamente.

2. En torno a la modalidad adoptada por el Estado para llevar a cabo la promulgación de la citada Ley, se tejen las mas diversas opiniones que sustentan la inconstitucionalidad de la aludida habilitación, mas cuando que la nueva LTDA contempla la instauración de un nuevo impuesto predial, como medida expedita para procurar la total incorporación de fincas como factores de producción agroalimentarios efectivos y como medio para combatir el Latifundio (en general, pues como lo comentaremos más adelante, la Ley ahora no distingue entre latifundio útil cualitativamente o no, sino simplemente declara tales, aquellos fundos que exceden de una determinada mensura, de acuerdo a su calidad de tierras (Art. 7 LTDA), lamentable calificación que hace la Ley sin fundamento técnico de ninguna especie), consagra en general limitaciones al derecho de propiedad, estableciendo insólitas figuras tales

La nueva ley que regula la materia de Tierras y Desarrollo Agrario, crea un nuevo marco normativo a la materia Agraria nacional, dándole una nueva ideología en lo que refiere a la temática al desarrollo, organización, destino y vocación de las tierras en el ámbito nacional, su destino y fines y con ello al igual que lo ha sido menester para todo lo relacionado con la regulación de expropiaciones, manejo de tierras propias y adquisición de las mismas, fue menester preparar y consagrar un nuevo procedimiento administrativo para atender al manejo de toda la actividad administrativa que supondrán la peticiones, decisiones, regulaciones y control de toda esa nueva gama de nuevas instituciones que han entrado en vigor con la puesta en marcha de las nuevas ideas que inspiran la materia de tierras y desarrollo agrario, así como la nueva concepción, tanto constitucional como agraria sobre el desarrollo sustentable agroalimentario, y en lo que no ha supuesto cambios radicales de las viejas instituciones consagradas en la Ley de Reforma Agraria, evidentemente que por igual se han aplicado cambios y modificaciones en la nueva ley, en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales y otras varias peculiares instituciones[3].

Dentro de los más resaltantes cambios en la nueva normativa e ideología legislativa a nuestro entender está ahora la nueva concepción sobre la función social de la propiedad privada con vocación agrícola, condicionada ahora a las necesidades de la seguridad agroalimentaria del Estado, en virtud de lo cual, los propietarios de dichas tierras vienen obligados a someter su actividad productiva, en lo que les resulta propio (sus tierras) a las necesidades de producción de rubros alimentarios de acuerdo con los planes de seguridad agroalimentarias establecidos por el Ejecutivo Nacional (Art.2, numeral 5 LTDA), así como algunos nuevos procedimientos que se cumplen en sede administrativa relacionados con ocupación temporal de tierras, recuperación de tierras del Estado, etc., tal como lo hemos sostenido en trabajos de investigación y conferencias sobre dichas materias[4].

---

como una orden de *Intervención* de fundos ociosos, o en situación de *rescate*, sin formula de juicio, ni intervención judicial, desconocimiento del valor y pertinencia de la indemnización de mejoras en fundos que pertenecen al Estado, a los Estados y a los Municipios, al Instituto Nacional de Tierras (nuevo ente ejecutor de las políticas de la LTDA) y entes a ellos pertenecientes. En torno a tan insólitas disposiciones chocantes con cualquier ordenamiento jurídico civilizado, y en curso ya de este Trabajo, el Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de noviembre de 2002 ya hubo de declarar la nulidad total de los artículos 89 y 90 de la referida LTDA, lo cual si no constituye remedio total a los desaguisados de la mencionada Ley, cuando menos deja sin efecto dos de las mayores arbitrariedades que la misma consagraba relacionadas con la Intervención Administrativa y el no reconocimiento de mejoras y bienhechurías a que antes hicimos referencia. Más delante insistiremos en el contenido de dicho fallo.

Sobre la eventual inconstitucionalidad de la llamadas leyes de la Habilitante, *V.*, los trabajos contenidos en Publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *La Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, autores varios, MELICH O, José R., Ediciones de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales nº 17, Serie Eventos, Isbn- 980-6396-17-0; Venezuela 2002, p. 308.

3. Todo ese nuevo ordenamiento ha sido concebido fundamentalmente para reordenar los fines y principios que inspiran la nueva concepción política del Estado venezolano en materia de desarrollo agroalimentario y usos de las tierras agro productivas contenida en la Constitución de la ahora llamada República Bolivariana de Venezuela, o constitución de 1999, cuya última publicación se encuentra realizada en la *G.O.* Extraordinaria nº 5.453 de fecha 24 de marzo del 2000 (en lo sucesivo CN), sobre la cual se han esgrimido argumentos de inexistencia e ilegitimidad, en tanto esa así publicada reproduce cambios y una exposición de motivos, que no emanó del órgano constituyente, ni tuvo autorización expresa del mismo para que así se la reprodujere.

4. Al respecto nuestra conferencia en Maturín, Estado Monagas, abril 2002, *El Nuevo Procedimiento Ordinario Agrario*; la dictada con patrocinio de la "Fundación de Derecho Agrario", en Caracas y Maracaibo, sobre los Regímenes de Propiedad en la LTDA, 2002 y nuestro trabajo, Aportaciones al Estudio del nuevo procedimiento de Expropiación contemplado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en el *Libro Homenaje al Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, a esta fecha por salir a la luz pública.

En materia de Procedimientos Administrativos internos, propios de las instituciones de la nueva Ley de Tierras, los mismos vienen regulados en diversos capítulos de la Ley, con ocasión de la creación de nuevas instituciones y mecanismos de índole agraria o agroalimentario, algunos de los cuales serán objeto de comentarios específicos en el curso de este trabajo, y adicionalmente, lo relacionado con el Procedimiento Contencioso Administrativo Agrario y al aplicable a las Demandas contra los Entes Estatales Agrarios contemplado en el Título V, (Jurisdicción Especial Agraria) Capítulos II, III y IV, artículos 171 al 198, ambos inclusive, en los cuales ciertamente se han introducido particularidades novedosas, una de las cuales tiene especial connotación, como resulta ser que de ese Contencioso, conoce ahora en Segunda Instancia, una Sala especial que se constituye en la Sala de Casación Social del ahora Tribunal Supremo de Justicia (Art. 191), que no la Sala Político Administrativo del mismo Tribunal, como parecería normal que lo fuere, de acuerdo a la naturaleza de la materia inmediata a que él se refiere y como resulta de la tradición administrativa que se ha impuesto en Venezuela desde hace ya algunos años

El objetivo de nuestro trabajo lo será precisamente el análisis y observaciones que nos merecen las nuevas disposiciones sobre algunos de los nuevos procedimientos administrativos internos, las peculiaridades de los estatuidos para ciertas materias y en general todo lo atinente al procedimiento administrativo ordinario, en primera y segunda instancia (Contencioso administrativo pleno y lo que refiere a las demandas contra entes públicos vinculados a la tierra y desarrollo agrario), pero no al Procedimiento Expropiatorio agrario, sobre lo cual ya hemos emitido nuestro parecer en otro trabajo publicado este mismo año y que por su especialidad e importancia en torno a éste y cualquiera otra materia por él afectada merece un tratamiento autónomo[5].

Debe observarse, que la anterior Ley no dedicaba especial normativa general a lo relacionado con los procedimientos administrativos, ordinarios ni para el contencioso, estableciendo solo ciertas particularidades para algunas instituciones que se cumplían ante el Instituto Agrario (permanencia agraria, regulaciones de cánones arrendaticios, autorizaciones para desalojo y el de Expropiación agraria, que si se lo reguló de manera mas profusa)[6].

Finalmente queremos recalcar, como se lo dijo antes, que la nueva Ley, se la promulgo como *Decreto con fuerza de Ley* con fundamento en una Ley habilitante dictada por el Congreso de la República para delegar en el Poder Ejecutivo Nacional la preparación y puesta en vigencia de un considerable nuevo número de Leyes en diversos campos, de capital importancia para la economía y debido funcionamiento del Estado Venezolano, pero dicha modalidad de instrumento normativo puede ser objeto de serias críticas, y hasta de poner en duda su constitucionalidad, más cuando que como lo hemos reseñado,

5. Aportaciones al Estudio del nuevo procedimiento de Expropiación contemplado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, ya citado.

6. La anterior ley que regulaba la materia de reforma agraria, se denominaba Ley de Reforma Agraria, y fue promulgada el 19 de marzo del 1960 en *G.O.* nº 611 Extraordinaria "en lo sucesivo identificada abreviadamente LRA" y separadamente se pusieron en vigencia dos Leyes sobre Tribunales y Procedimiento Ordinario Agrario, sin que en aquella, ni en normativa posterior se contemplaran de manera sistemática normas especiales para el procedimiento administrativo interno o el contencioso administrativo agrario, con algunas precisas excepciones, los que como consecuencia de lo dicho se regulaban por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *G.O.* Extraordinaria nº 2818 de fecha 1 de julio de 1981 "en lo sucesivo LOPA", y por lo que respecta al procedimiento contencioso jurisdiccional lo que dispone aún la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, *G.O.* Extraordinaria nº 1893 de fecha 30 de julio de 1976 "LOCSJ", con la expresa excepción del procedimiento de expropiación agraria, que tenía especial normativa en la LRA y su Reglamento.

en ella se contemplan entre otras instituciones, procedimientos judiciales y administrativos, atinentes a normar y regular la propiedad, establecimiento de impuestos, que por igual constituyen materia delicada de reserva legal, todo lo cual, a nuestro modesto modo de ver, resulta innecesario e intempestivo haberlo puesto en vigencia mediante el indicado mecanismo de una Ley habilitada, la que, en adición y a juicio de especialistas, dejó también de cumplir requisitos y formalidades que imponía la propia Constitución vigente, bajo cuyo amparo fue promulgada[7].

A tono con los cambios constitucionales, por igual debe destacarse que en la nueva Ley se introduce una nueva ideología y filosofía del Estado sobre la materia y actividad agraria y así, como por igual se lo señaló *supra*, se sientan los principios que fijan lo que debe entenderse sea la función social de la propiedad privada con vocación agrícola, la que queda condicionada a las necesidades de la seguridad agroalimentaria del Estado, en virtud de lo cual, los propietarios de dichas tierras vienen obligados a someter su actividad productiva, en lo que les resulta propio (sus tierras) a las necesidades de producción de rubros alimentarios de acuerdo con los planes de seguridad agroalimentarias establecidos por el Ejecutivo Nacional (Art. 2, numeral 5 LTDA), todo ello de acuerdo a expresas disposiciones de la CN, lo que explicará así mismo varios de los profundos cambios que encontraremos en algunos de los procedimientos administrativos que se cumplen ante los entes de dirección agraria, que ahora consagra el legislador, o los nuevos principios y reglas que ahora los rigen, así como la desaparición de otros que estaban en la LRA.

Para concluir esta breve introducción al tema, estimamos prudente repetir las palabras de quienes fueron los redactores del Decreto Ley, en torno a los cambios fundamentales que el mismo contempla en materia de procedimientos, tanto administrativos como judiciales, y que literalmente se expresan en la *exposición de motivos* de la LTDA, así:

> El nuevo marco legal agrario no solo regula lo referente a la materia sustantiva, sino igualmente a la materia procesal. Así, se consagra un título en el cual se desarrolla todo lo relativo a la jurisdicción agraria, tanto en lo referente a la jurisdicción ordinaria agraria, como a la jurisdicción contencioso administrativa en materia agraria. El título viene a sustituir, de esta manera, la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrario.
>
> En lo relativo al contencioso agrario, se procura establecer un procedimiento más sencillo y rápido que el procedimiento contencioso administrativo general regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hasta que se dicte la ley que rija la jurisdicción contenciosa administrativa. Con la finalidad de fomentar la unidad de jurisdicción y competencia material, evitando procesos paralelos y sentencias contradictorias, se prevé la creación, como sala especial dentro de la Sala de Casación Social, de una Sala Especial Agraria. Dicha Sala en virtud de la especialidad de la materia agraria, será la cúspide de la jurisdicción agraria tanto en lo relativo a los litigios ordinarios agrarios como en el contencioso administrativo agrario. Se busca así una unificación de criterios de especial importancia en virtud de la novedad que representa el presente Decreto Ley dentro del ordenamiento jurídico venezolano…….” (de la exposición de motivos que precede la publicación oficial en Gaceta de la citada Ley).

7. *V.*, la comentada obra *La Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus decretos -Leyes*, autores varios, el propio Profesor BREWER-CARÍAS, Allan R., tiene extensos comentarios sobre las irregularidades con las que se promulgó esta y otras leyes de las habilitadas, a cuya lectura remitimos a los interesados.

II. LOS PRINCIPIOS REGULADORES, TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN SEDE INTERNA ADMINISTRATIVA AGRARIA

A falta de norma que disponga lo contrario, debe entenderse que en esta materia y en sede ordinaria administrativa privarán como normas ordenadoras del procedimiento administrativo, las de la LOPA[8], en todo lo que expresamente no tenga regulación especial la LTDA, por ello, a objeto de hacer una aproximación adecuada a las novedades de la normativa examinada, nos limitaremos a destacar sólo lo que a nuestro juicio constituyen las modificaciones mas resaltantes y sus consecuencias o efectos, así como las eventuales diferencias que puedan presentar frente a la normativa administrativa ordinaria, a reserva de que pueden haber otros que podamos haber omitido o quienes piensen que deba o pueda insistirse en otros que para ellos les merezcan mas atención.

1. Enunciado de principios rectores

A. El artículo 21 LTDA dispone al respecto: "Para la ejecución de sus competencias, los organismos agrarios actuarán conforme a los principios constitucionales de las seguridad alimentaria, utilidad pública y función social de la tierra, el respeto de la propiedad privada, la promoción y protección de la función social de la producción nacional, la promoción de la independencia y soberanía agroalimentaria de la nación, el uso racional de las tierras los recursos naturales y la biodiversidad genética".

Indiscutiblemente que en esta disposición fija el legislador los principios que deben inspirar los actos de las autoridades Agrarias, o cuyo cargo está la gestión del desarrollo agrario nacional, y representan la expresión de la filosofía del constituyente sobre el nuevo desarrollo agrario nacional, teniendo como norte precisamente los postulados constitucionales para el logro de la seguridad alimentaria, todo lo cual está investido del carácter de función social y se le reputa de interés y utilidad pública.

Dicha norma se complementa con la contenida en el artículo 275 *ejusdem*, que determina que "la interpretación y ejecución de los contenidos de las normas del presente Decreto Ley, están sometidas al principio constitucional de seguridad y soberanía nacional y privarán sobre cualquier otras disposición sustantiva o adjetiva que verse sobre la materia".

En orden de importancia consideramos que la segunda de dichas normas que fija principios de interpretación de las regulaciones en el entorno de lo agrario, es la mas importante a la vez que deja un amplio margen de interpretación a la Ley y sus instituciones, al Ejecutivo Nacional, pues en esta materia, no hay siquiera lineamientos que permitan interpretar adecuadamente si la conducta oficial se apega o no a los principios constitucionales y no que interesadamente se las integre o interprete contra el concepto de propiedad privada[9].

---

8. En torno a los principios que regulan la actividad, notas características, sistemas de recursos, etc. Debemos hacer referencia obligada y remitir a los lectores a la obra del mismo BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos nº 16, 6ª edición, Isbn 980-365-063-7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, a la que se añadió ahora otro trabajo complementario del mismo autor, esto es *Los Principios del Procedimiento Administrativo*, absolutamente vigentes en la materia de procedimientos administrativos agrarios, en todo lo que, como hemos dicho, no haya quedado modificado por la nueva LTDA.

9. Es este, como lo señalaremos en varias ocasiones durante nuestra investigación, uno de los graves defectos y peligros de esta Ley, esto es, dejar a la interpretación dependiente o proveniente de otros entes y órganos, sin

La primera de dichas normas en cambio, repite y fija las bases en las cuales se sustenta la declaración de los fines de la Ley, contenidos en el artículo 1 de la misma Ley, todo a tono con lo dispuesto en el artículo 307 de la Constitución Nacional, lo que a juicio de Duque Corredor[10] pone de relieve el fin mismo de la nueva regulación de la Ley de tierras, pero a nuestro modesto entender, tales declaraciones subyacen a los principios impuestos en el artículo 275 citado.

En torno al artículo 21, el nuevo concepto que se introduce con particular interés en la nueva filosofía agraria del Estado es el de que la misma debe cumplirse con miras a llenar las necesidades agroalimentarias y el autoabastecimiento del país, tal cual lo expresa el artículo 305 CN, para lo cual debe proveerse a una política de agricultura sustentable que debe promover el Estado[11].

Esos mismos principios, como por igual lo anota Duque C., hacen que se tome como criterio fundamental para establecer los límites al Derecho de Propiedad Privada, el concepto de Productividad de las tierras y actividades agroalimentarias [12], con lo que se sustituyen por igual los elementos que en la LRA permitían establecer los conceptos de función social de la propiedad.

La importancia a nuestro modo de ver de esta declaración de principios y fines de la Ley, y en ello coincidimos con Duque, es que ella establece en cierto modo los límites a la facultad de interpretación de los funcionarios administrativos (y también a los judiciales de la competencia agraria especial) para evitar las arbitrariedades en la aplicación del concepto de función social y utilidad pública de las tierras, lo que juega importante papel en una serie de instituciones especiales del desarrollo agrario nacional (expropiación, ocupación temporal de fundos, rescate de propiedades, etc.)[13]

Sin embargo es de apreciar, como lo hemos sostenido en conferencias y trabajos sobre la materia, y por igual así lo destaca Duque, en la Ley se dejan establecidos conceptos indefinidos, etéreos, que se prestan a interpretaciones vagas y genéricas, y no precisas, como lo es, en especial el de *conveniencia o necesidad agroalimentaria*, que queda librada, como lo dice el comentado autor, a los planes de seguridad agroalimentario que establezca el Ejecutivo Nacional, que es la afectación de su uso mediante su inclusión en la poligonales rurales y el ajuste de dichos planes, todo lo cual constituye una fuerte crítica a dicho instrumento legislativo, en tanto , los límites de los derechos fundamentales, como lo es el de propiedad, no pueden ser indeterminados, sino que deben precisarse, lo mas concretamente posible todos los criterios para evitar abusos y desviaciones.

El adecuado uso e interpretación de los principios contenidos en el citado artículo, y el debido desarrollo que a los mismos dé la jurisprudencia administrativa y judicial, constituirán el único freno sensato a las potestades ahora conferidas a la administración

---

parámetros ni condiciones especificas, la interpretación y aplicación de principios relacionados con el uso de las tierras y la agroalimentación, creando inseguridad, provocando desencanto y abandono en la actividad agroproductiva seria.

10. DUQUE CORREDOR, Román J., "Consideraciones Generales sobre el Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario", *Libro Homenaje a José Luis Aguilar G.*, t I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Editor Fernando PARRA ARANGUREN, Caracas 2002, pp 411 ss.

11. En torno al contenido de esa política agraria o al concepto agricultura de la Ley, DUQUE C., *op. cit.*, p. 414, considera que comprende lo propiamente agrario, ganadería, piscicultura, silvicultura e inclusive lo forestal. La nueva concepción filosófica, a la vez permite dar cabida a los principios que hacen repudiable y perseguible la existencia de latifundios y tierras improductivas.

12. *Op. cit.*, p 422.

13. *Op. cit.*, p 423.

pública y a los jueces de la competencia agraria, para lograr la debida protección contra intervenciones administrativas de las propiedades no justificadas y el abusivo ejercicio de las potestades cautelares del juez agrario (Arts. 36, 72, 73, 167 y 211 LTDA).

Con base a lo antes expuesto, resulta evidente, que la mentada norma servirá de guía a la administración y al poder judicial contencioso, en la interpretación racional de la LTDA, a la vez que hará como criterio de aplicación de los principios así establecidos, los de proporcionalidad, racionalidad y adecuación para su justa interpretación tal como lo disponen las normas de la LOPA (Arts. 11 y 12).

Precisa recordar por igual que a juicio precisamente de Brewer-Carías, el enunciado de estos principios y conceptos guía contenidos en los mandatos legislativos, no son puerta abierta a la absoluta discrecionalidad de la administración publica, sino que deben entenderse son conceptos jurídicos indeterminados, no vacíos de contenido, sino que el interprete o ejecutor de la norma debe llenar, racionalmente, interpretando el verdadero sentir del legislador, quien con la consagración de tales postulados procura mantener vigentes las normas, facilitando que las mismas sean interpretadas en el momento pertinente, de acuerdo a los conceptos imperantes en el medio social.

Esta interpretación, como también lo destaca Brewer-Carías ha sido adoptada por igual por nuestra Jurisprudencia del mas alto Tribunal de la República, y día a día es la interpretación predominante por igual a nivel de Derecho Comparado [14]

B. Otra novedosa norma referida al mismo tema de los principios de interpretación aplicables en los procesos de interpretación e integración de la ley, y que consagra en materia agraria el principio de primacía del fondo sobre las formas, es la regulada en el artículo 25 *ejusdem*, conforme al cual se faculta a los órganos jurisdiccionales de la competencia agraria y a los órganos de la administración ordinaria agraria, para apartarse y desconocer los efectos de actos, contratos y figuras jurídicas, cuando los mismos hayan sido utilizados con el fin de evadir, disminuir o lograr la desaplicación de los principios y postulados agrarios consagrados en la LTDA, lo cual será aplicable inclusive, frente a actos, contratos e instituciones constituidas o celebradas antes de la vigencia de la Ley, si de alguna manera con ellos se logra la evasión fraudulenta de los principios legales.

Si bien es cierto que dicha norma reproduce principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, público y privado, que protegen el orden público y la integridad de la Ley, lo que resulta a todas luces criticable es que tales pronunciamientos sobre nulidad de dichos convenios o pactos, o en todo caso de inoponibilidad de los mismos, sean efectuados en sede administrativa, que no exclusivamente judicial.

No es necesario poner de relieve el peligro que supone dejar en manos de la propia administración la declaratoria de nulidad o inoponibilidad de convenciones, existencia de personería jurídica etc., dejando por lo demás sin debido derecho de defensa a los ciudadanos.

Podemos avizorar serios problemas derivados de esta normativa, la que a todas luces aparece exagerada e inconveniente en un Estado de derecho moderno y la que tampoco encuentra adecuada justificación, en la concepción del ahora propiciado *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia* en la CN[15].

---

14. BREWER-CARÍAS, Allan R., "Principios del Procedimiento Administrativo", en el *Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, *op. cit.*, pp. 458 y ss.

15. En torno al peligro y posible confusión que genera esta concepción del "estado de justicia y derecho", nos hemos pronunciado profusamente en nuestro trabajo: Las Modificaciones de la Constitución Nacional. Aproxima-

C. Determinación de fuentes supletorias a todos los procedimientos administrativos de la LTDA. En extraña ubicación, y como formando parte del Capítulo VII comentado, se inserta el artículo 100 que fija las fuentes supletorias sobre normas procedimentales en materia de LTDA, el que dispone que serán aplicables a todas las modalidades de procedimientos en ella contemplados, supletoriamente, las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos, o como mejor lo destaca dicha norma, "las disposiciones de la Ley que regule los procedimientos administrativos"[16] así como lo dispuesto en la Ley de Simplificación de trámites Administrativos[17].

D. Adecuación de las normas procesales y precisión de su debido contenido y alcance. Para concluir con este tema de los principios, conviene resaltar por último, el nuevo mecanismo que se instituye en la LTDA, consisten en dar competencia a la Sala especial Agraria, para conocer de los recursos de interpretación sobre el alcance e inteligencia de cualquiera de las normas de dicha Ley, siempre que el peticionario demuestre interés inmediato y directo sobre el alcance e interpretación de una norma para un caso concreto.

Esta potestad del Tribunal Supremo, ya concedida por la misma CN a la Sala Constitucional para la interpretación de las normas o en los supuestos de colisión y conflictos por aplicación de las mismas, facilita cuando menos la adaptación de la norma a las realidades sociales, a parte de que evita en cierto modo un inadecuado manejo de las leyes (claro está si el Tribunal Supremo -a prueba de toda influencia y con absoluta independencia- se dedica a disponer cual sea la correcta interpretación del texto y alcance de las normas)

Novedad de recurso para la correcta aplicación de las normas que ya ha sido puesta a prueba en algunos casos por nuestra Sala Constitucional, con beneplácito para la comunidad, e inclusive por la propia Sala Especial Agraria.

Creemos que la clara descripción de la norma que establece el recurso hace innecesaria toda explicación adicional en torno a los supuestos, sujetos, legitimación e interés que exige la Ley para interponerlo, pero valiendo la pena referirnos al último aparte del artículo comentado, que diáfanamente destaca que no procede el recurso, cuando ya se ha producido un pronunciamiento sobre el asunto respecto al peticionante, para el momento en que ha sido planteado el recurso.

2. Procedimientos en torno al Régimen de uso de aguas con fines agrarios

El capítulo II del Titulo I de la LTDA, se refiere al régimen de las aguas, pero obviamente que estas son y solo pueden ser las que precisa el artículo 26 *ejusdem*, esto es, las que se destinan a fines de riego agrario y planes de acuicultura, en tanto, las demás

---

ciones en torno a algunos de sus efectos en especial en lo atinente a los conceptos de "norma jurídica, Justicia, Administración de Justicia, Función del Poder Judicial y Proceso" entre otros; en *III Jornadas de Derecho Procesal Civil, Dr. Arístides Rengel Romberg*, Editorial UCAB y Fundación Fernando Pérez-LLantada Sj., Caracas 2000, p 148 ss.

16. Nos llama la atención la forma en que se hace la remisión a la fuente supletoria sobre los procedimientos, pareciera que el Legislador tiene en mientes una reforma de la LOPA o bien que en la ya avisada Ley de Procedimientos del Contencioso, o Ley del Contencioso, se modificaran las normas generales sobre los procedimientos administrativos.

17. *G.O.* Extraordinario nº 5393 de fecha 22 octubre de 1999, Ley que por lo demás no ha tenido ni la difusión ni la aplicación deseable, pues de haberlo sido serían muchos los problemas y agilización de trámites que se hubiere logrado, pero la misma ha sido letra muerta para la propia administración y para el Gobierno que la promulgó.

vienen ordenadas normativamente en las de carácter general dictadas por el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables, que resultarán así mismo aplicables en lo que constituyan su especialidad, y con la advertencia de que hasta tanto no se dicte el Reglamento de la nueva Ley, seguirán siendo aplicables las normas que sobre la materia ya consagra el actual Reglamento de la Ley de Reforma Agraria (Arts. 22 ss y 233 ss)[18].

3. En torno al Registro Agrario

Es esta otra novedad en la nueva Ley, que posiblemente conlleve una innecesaria duplicidad en el sistema registral venezolano, el cual ahora por cierto procura concentrarse y dársele una nueva base catastral, materia esta que por igual ha sido objeto de una reforma por vía de la misma legislación habilitarte a que hemos hecho alusión.

El registro en referencia está adscrito al Instituto Nacional de Tierras, y se supone realizará un análisis documental, geodésico y de ubicación de las propiedades con vocación agrícola y que operará vinculado al nuevo sistema de Catastro Nacional, también ahora recién establecido [19].

El requisito de inscripción se demostrara mediante la emisión de la constancia o Carta de inscripción (Art. 32 *ejusdem*)

En lo relativo al procedimiento, solo destacamos que la nueva Ley (Art 30) impone la obligación de registrarse en él a los propietarios y ocupantes de tierras en las zonas afectadas por las poligonales de tierras con vocación agraria, con la peculiaridad, a nuestro modo de ver, absolutamente violatoria del orden constitucional, de que la inscripción con lleva la fijación de valor registral de las tierras, de acuerdo a su vocación agraria y *demás condiciones existentes*, sin precisar de paso, cuales sean ellas[20].

La ley en esta materia, no precisa tampoco el término dentro del cual los propietarios y ocupantes mencionados deben hacer la mencionada inscripción, ni aparece de otras disposiciones sanción alguna por el incumplimiento de dicho registro, sin embargo, como se lo verá la existencia de constancia de registro es requisito formal para lograr calificaciones y expedición de constancias relacionadas con los fundos y propiedades agrarias.

18. *G.O.* Extraordinario nº 1089 de fecha 2 de marzo de 1967 en lo sucesivo RLRA, el cual resulta aplicable a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la LTDA, en todo lo que no se oponga a las nuevas regulaciones.

19. *G.O.* nº 37002 del 28-07-2000 (Gl 998 31-7) Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional.

20. Puede destacarse como un deplorable defecto legislativo de la LTDA, la frecuente alusión a términos, condiciones, instituciones y principios, no precisados adecuadamente, que se dejan abiertos o a la libre interpretación de las autoridades administrativas o judiciales, quedando un amplio margen a la discrecionalidad administrativa y por tanto proclive a generar inseguridad jurídica y motivo seguro de conflictividad. A nuestro modo de ver, este valor, en tanto lo hace aparentemente la autoridad registral administrativa, a su solo arbitrio, no puede tener influencia alguna para los efectos de la fijación de costo, valor de mercado, o valor de referencia para los efectos del nuevo impuesto predial, expropiaciones, ni instituciones similares contempladas en la nueva ley, o en todo caso susceptible de ser impugnado, atacado o controvertido por los afectados en dicha valoración en los citados casos, pues de lo contrario se establecería una notoria injusticia y se violaría el derecho de los particulares.

4. Procedimiento de Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas

El Titulo II de la LTDA regula la Afectación de Uso y redistribución de tierras, y en él, se contempla el régimen para la Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas, sean de índole privada o de las que son propiedad de los entes encargados de la gestión agraria.

En los Capítulos II al V de dicho Titulo, artículos 37 al 61, se establecen las normas que contemplan la declaratoria de tierras privadas como *incultas* u *ociosas*, la situación de fincas productivas y la de las fincas *mejorables*.

Son dichas nuevas regulaciones unas de las que resultan mas delicadas en el nuevo régimen de la propiedad de la tierra, y en las que eventualmente como podremos apreciar se causa mayor lesión al derecho de propiedad privada, en tanto que no existe claramente definido procedimiento ni efectos de los actos de los órganos agrarios en torno a dichos pronunciamientos, y por las consecuencias que a su vez produce la calificación de las tierras en las categorías indicadas de fincas ociosas o incultas, fincas productivas o mejorables.

No entraremos, para no salirnos del tema, al análisis sustantivo de dichas calificaciones, pero si analizaremos los procedimientos administrativos que deben cumplirse y las consecuencia de los mismos.

El proceso de declaratoria de propiedades ociosas o incultas se tramita en sede administrativa ante las Oficinas regionales del Instituto Nacional de tierras (en lo sucesivo INTI), sea por averiguación de oficio de la misma oficina o bien a solicitud de cualquier persona, sin acreditar inclusive interés alguno.

La LTDA no precisa que debe entenderse por ocioso o inculto, pero suponemos deba interpretarse a contrario *sensu*, que son las no productivas eficientemente, de acuerdo a los parámetros de producción agroalimentaria que tenga establecido el INTI, en todo caso, la declaratoria como tal supone la opinión técnica de los organismos competentes del INTI, que obviamente no será necesariamente vinculante y podrá ser desvirtuada a nuestro entender por cualquier medio de prueba, pero especialmente por la contra prueba que se realice por vía de una experticia.

La denuncia o la apertura de oficio de la averiguación dan lugar a la apertura de un expediente administrativo (ex art. 38 LTDA) el cual debe llenar todos los requisitos que exige la LOPA, en el que además del auto de apertura, debe ordenarse la elaboración del mencionado informe técnico.

Si del informe técnico resultare demostrado cuando menos con indicios serios, en tanto consideramos que un estudio a fondo de dicho aspecto podría suponer dispendio de considerable tiempo, se ordenara el emplazamiento al propietario de los mismos, o cuantas personas pudieren tener interés en dicho fundo, emplazamiento que supone llenar los requisitos de identificación del bien y sujetos, denunciantes, si los hay, del propietario y ocupantes, si se los conoce, el cual se publicará en la *Gaceta Oficial* Agraria.

En torno a este requisito de publicidad, igualmente novedoso, se observa que es una manera de dar publicidad especial, oficial, a todo lo que se relaciona al entorno de la LTDA, viene expresamente consagrado en el artículo 277 LTDA y resulta ser un órgano de difusión cuya impresión estará a cargo de la Imprenta Nacional, se publicará en días hábiles, entendiéndose entonces que los serán todos, y no solo en aquellos en que exista material de publicación, pudiendo haber números extraordinarios, si fuere necesario, y en ella deberán (obsérvese la condición de imperatividad establecida por el legislador) insertarse todos los actos que por dicha Ley deban publicarse.

Los actos e informaciones en ella publicados están dotados de una presunción de certeza que les permite atribuirles carácter de públicos, y adicionalmente, dicha impresión, tiene la condición de documento público (ex Art. 278 *in fine*)[21].

Debe aclararse, que tal notificación no debe reputarse válida y apta para cumplir sus efectos, con la sola publicación en ese o cualquier otro medio de publicidad, pues en efecto, como lo tiene recogida constante jurisprudencia de nuestros Tribunales, y la doctrinan dominante, en la medida que se tenga conocimiento de quien o quienes sean los interesados en el proceso, debe y tiene que agotarse previamente la notificación, citación o llamado a juicio, personalmente, sin menoscabo de que para salvaguarda del derecho de terceros, por igual se ordene la mencionada publicación.

En ese mismo sentido se pronunció sobre dicho tema el Tribunal Supremo de Justicia, cuando para rechazar la denuncia por inconstitucionalidad que se hiciera de los artículos 40 y 43 de la LTDA en el proceso aludido en la nota 2 de esta investigación[22] se dispuso y argumentó:

De manera que, el desconocimiento de la notificación personal de las personas que resultarán afectadas directamente por el acto administrativo es una conclusión que no compagina con el precepto constitucional que contiene el artículo 49, resultando no sólo insuficiente, sino improcedente, sostener -con base en el artículo 100 de la misma ley- que la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede complementar lo dispuesto en el Título referido a la Afectación de Uso de Redistribución de las Tierras, pues, en las normas contenidas en los artículos 40 y 43 no existe supuesto insuficiente alguno que suplir, no hay, dentro del contexto literal, un vacío en el tipo normativo que haga permisible la aplicación supletoria de la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera que la interpretación a la cual fuerza la redacción de la norma atenta contra el derecho a la defensa, debiéndose entonces entender, en aras de lo que dispone el artículo constitucional y con apoyo adicional en el principio del procedimiento administrativo de *audire alteram partem*, que siempre, de ser conocidas o identificables, las personas a cuyo favor o en contra a los cuales deriven los efectos propios del acto, éstas sean notificadas personalmente de la apertura del procedimiento administrativo como del acto administrativo que dentro de él se dicte.

Con la declaratoria anterior, obviamente, como se acotó en el apartado correspondiente de este fallo, subsisten las normas, ya que no toda notificación por cartel o mediante Gaceta Oficial vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso, pues, debe recordarse que tal mecanismo se instauró como una forma de garantizar, precisamente, Tales derechos, por lo que en el caso de que se desconozca o no se pueda identificar al propie-

21. En todo caso, consideramos que lo así dispuesto no resulta de todo adecuado para garantizar la debida publicidad y transparencia de los actos de contenido agrario o relacionados con la LTDA. En efecto ya es costumbre nacional la irregularidad de la publicación de la *Gaceta Oficial de la República*, y de todos conocido es, el manipuleo que se hace con la misma para insertar, reinsertar y modificar actos en ella ordenados publicar, así como el descaro de las modificaciones de las resoluciones y actos oficiales mediante el conocido procedimiento de "error de transcripción" o las demoras acomodaticias en sacar a la luz pública Gacetas donde deban aparecer insertos determinados actos. En todo caso, además, la circulación de dicha publicación no es del todo pública, no circula abiertamente en todo el entorno del país y en tal sentido nos permitiríamos señalar que no es confiable, ni garantiza adecuadamente la necesaria publicidad de los actos en ella insertados. Somos de opinión que se ha debido dejar el sistema a la publicación en Diarios de alta circulación Nacional, con lo cual los órganos jurisdiccionales podían hacer de censores en su las publicaciones cumplían o no el fin realmente divulgativo que con ellas se supone se persigue.

22. Es el mismo fallo aludido en la Nota 2 de esta investigación, correspondiente a Decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de noviembre del 2002, consultada en la p. web del TSJ, el 21-11-02.

tario o a los interesados para lograr su notificación personal, los supuestos establecidos en ellas se aplicarán, pero en caso contrario, la publicación en la Gaceta Oficial Agraria del cartel de emplazamiento, en el supuesto del artículo 40, y de la notificación del acto administrativo que declare como ociosas o incultas las tierras, en el caso del artículo 43, sólo se hará inmediatamente después de la consignación en el expediente administrativo de la notificación personal efectuada al propietario de la tierra o a los interesados del acto administrativo en los supuestos respectivos.

De esta manera acoge esta Sala, en los términos expuestos, el argumento esgrimido por la parte recurrente en este sentido, y, a su vez, hace suyo también el razonamiento que expusieron las sustitutas de la Procuradora General de la República cuando indicaron que "[s]*i bien es cierto que la norma bajo análisis prevé la notificación del acto que declare las tierras como ociosas o incultas al propietario y a los interesados, mediante publicación en la Gaceta Oficial Agraria, ello en manera alguna significa, que tratándose de un acto administrativo de esta naturaleza no sea procedente agotar la notificación personal a quien afecta, a fin de salvaguardar la eficacia del mismo*", aunque el resto de la argumentación por ellas realizadas en este sentido no sea congruente con el extracto citado.

En todo caso emplazamiento será a fin de que el propietario o derecho habiente exponga las razones que le asistan en defensa de sus derechos, calificativos que a nuestro modo de ver resultan imprecisos, pues realmente lo que se entiende debe o puede hacer el afectado, es o bien acogerse a la condición de fundo como mejorable, o a desvirtuar las calificaciones del Informe pericial que hace suponer el carácter de ocioso o inculto del fundo correspondiente, lo cual deberá hacer en el término de ocho días hábiles a contar de la publicación .

La negativa a la apertura de la investigación o de ordenar la comparecencia, da lugar a recurso de reconsideración (si bien no lo dice la norma) para ante el Directorio del INTI, sin que se contemple ese ni otro recurso a la resolución que si acuerde la averiguación, lo cual coloca en franca desigualdad al propietario, quien debe resultar amparado de mayores seguridades.

La oposición fundada en que la propiedad en referencia si cumple la función agroproductiva, eficientemente (es decir que no permite la catalogación del mismo como ocioso o inculto) da lugar a una incidencia probatoria, que debe estar fundada en los requisitos que se exigen para la declaratoria de la finca como Productiva (Art. 45 LTDA).

Ese material probatorio resultará a todas luces costoso y demorado, pues supone acreditar la condición del debido aprovechamiento de la propiedad (inspecciones, recorrido, evaluación, etc., adecuación de la finca a los planes y lineamientos fijados por el Ejecutivo Nacional, situación socioeconómica del propietario (que realmente no viene al caso, en tanto el requisito de productividad responde a criterios objetivos y no subjetivos), y finalmente entre otros, la constancia de inserción en el registro Agrario, a que se aludió antes.

Si se formularé la oposición en la forma dicha y con o sin la prueba indicada, se deberá pasar el expediente al Directorio del INTI.

La decisión que recaiga sobre dicho asunto, en todo caso se pronunciara sobre la declaratoria del mismo como inculto u ocioso, o en su caso, con la Finca Productiva.

Si por el contrario el emplazado conviniere en que el fundo es ocioso o inculto, y opte por solicitar el certificado de finca mejorable, deberá hacerlo valer formalmente así, cumpliendo los requisitos del artículo 52 *ejusdem*, lo que por igual obligará remitir el expediente al Directorio del INTI, para que este resuelva.

La no comparecencia del propietario o derecho habientes, darán lugar a la declaratoria de las tierras como ociosas o incultas, para lo cual se remitirán las actuaciones al Directorio del INTI.

Conforme lo dispone el Art. 42, de forma poco clara, pero que entendemos es siguiendo los parámetros que seguidamente se destacan, el Directorio si no hubiere comparecencia, o si se encontrare procedente la condición de ocioso o inculto del fundo, podrá optar por acordar la Intervención Administrativa de las tierras, o bien ordenar el proceso expropiatorio contra el mismo, según los casos y en un todo conforme lo establecido en la LTDA. En todo caso recuérdese que respecto a la medida de Intervención, el mismo fallo a que hemos venido refiriéndonos, cuando examinó el artículo 89 LTDA, en que por igual se declara pertinente dicha medida de INTERVENCIÓN, se pronunció en los siguientes términos:

> y no existiendo tampoco una proporcionalidad entre la intervención instituida por el artículo y el carácter ocioso o inculto de la tierra, pues una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración, por el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, podrá entrar en posesión directa del bien, lo cual no justifica una intervención momentánea, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la norma en referencia porque transgrede el derecho constitucional a la propiedad, dado que no es posible una interpretación que la adecue al ordenamiento constitucional.

Para nosotros tal pronunciamiento no dejó sin efecto totalmente la MEDIDA DE INTERVENCIÓN, reputando que se la debe entender procedente cuando la misma se la dicta como una modalidad de ejecución del proceso de declaratoria de las tierras como ociosas, al cual venimos haciendo referencia ahora, por lo que perfectamente puede entenderse que las autoridades Administrativas si pueden acordar la intervención cuando la finca es declarada OCIOSA[23].

El auto que declare ociosas o incultas las tierras, por parte del Directorio del INTI, causa estado y agota la vía administrativa, y deberá notificarse mediante publicación en la *Gaceta Oficial* Agraria, al propietario o derecho habiente, así como a los peticionantes, si fuere el caso, indicándose que contra el mismo podrá interponer recurso contencioso administrativo de nulidad en lapso no mayor a 60 días *continuos* por ante el Superior Agrario competente de acuerdo a la ubicación del inmueble[24].

La indicada norma a nuestro entender tiene una perversidad notoria, se trata en efecto de un acto de suma gravedad, que apareja inclusive la medida de intervención administrativa (vulgar ocupación), la que salvo justificado caso de desconocimiento del lugar donde se encuentre el propietario o derecho habiente, no puede dar lugar a que la notificación se entienda por cumplida con la pura publicación en la *Gaceta Oficial* Agraria, so pena de que se sorprenda a quienes tengan derecho para impugnar dicha resolución.

5. Certificación de Fincas productivas (Art. 44 a 51)

Al mismo se llega mediante la utilización de un procedimiento en que se constatan por parte del ente especializado (INTI) que una determinada finca, ubicada dentro de la poligonal rural, está ajustada a los planes de seguridad alimentaria, establecidos a su vez por el propio ente o el Ejecutivo Nacional, y en cuyo certificado o constancia, se

23. El fallo aludido es el del 20 de noviembre del 2002, y al que mas adelante nos volveremos a referir.

24. Consideramos por igual, si es cierto que no lo dice la Ley, que la negativa a dar curso a la averiguación, resulta recurrible, siguiendo las mismas pautas que para el caso de que lo reclamado fuere la declaratoria de ociosidad.

hará constar la identificación plena del fundo, extensión, calidad de tierras, rubros de producción y demás elementos que permitan identificar la productividad de la finca (Art. 44).

Al certificado se accede bien voluntariamente, mediante la formulación de la solicitud correspondiente que debe llenar los requisitos establecidos en el artículo 45, más suministrar la información técnica que por igual exige la última citada norma, por parte del peticionante, que no del INTI, o bien hacerla valer como defensa en el supuesto de que la finca haya sido denunciada como ociosa o inculta, siempre cumpliendo con los indicados requisitos.

El INTI deberá dar curso a la petición dentro de los treinta días hábiles siguientes, durante el cual el citado instituto constatará la veracidad y calidad de los informes técnicos y demás recaudos, o solicitar las ampliaciones pertinentes, con vista a lo cual declarará si es o no productiva.

Si se concede la calificación de productiva, la misma tendrá una validez de dos años a partir de su expedición, pudiendo ser renovada.

Si el pronunciamiento fuere de que no es productiva, se concederá al interesado un término de 20 días hábiles para que solicite la calificación de finca mejorable, bajo la sanción de que si no lo hiciere, continuara el proceso de declaración de intervención preventiva.

La constancia de finca productiva no impide que los órganos agrarios puedan ejercer cualesquiera otros derechos sobre la finca, en un todo conforme a la propia Ley.

6. Procedimiento de otorgamiento del Certificado de Finca Mejorable

El concepto de finca mejorable, al igual que el de Finca productiva es otro concepto clave y nuevo dentro de la normativa agraria, podría decirse complemento del concepto de Finca Productiva, a nuestro entender, igual que éste último, predominantemente técnico, pero por igual inadecuadamente indeterminado y el mismo se encuentra consagrado en el Capítulo IV del Titulo I, bajo la denominación de Certificación de Finca Mejorable.

El mismo es la constancia que expide el INTI, de que el propietario o derecho habiente de una finca rural, dentro de la poligonal de tierras agrarias aptas, que se encuentre en situación de ociosa o inculta, en el que, con vista al compromiso asumido por dichos titulares del derecho a la propiedad de comprometerse a ejecutar un plan de mejoramiento y adaptación de su propiedad, durante un término perentorio de dos años, de acuerdo a los lineamientos y planes del Ejecutivo Nacional sobre el destino y vocación de esa zona, para convertir dicha finca de inculta en finca productiva , so pena de que si así no lo hiciere, o sin no lo lograse dentro del término establecido, comience a gravarse dicha finca con el Impuesto sobre Tierras Ociosas que contempla la misma Ley (Art. 101 ss.), por cada hectárea de tierra ociosa o inculta, y que en todo caso, deja en manos del INTI la potestad de que sea *intervenida* o *expropiada* dicha propiedad[25].

Podría sostenerse que la declaratoria de finca mejorable es un incentivo para el propietario, a fin de sustraer su propiedad de la condición de ser susceptible de expropiación o que se la intervenga administrativamente, y a la vez para que logre un mejor rendimiento de la misma, o mejor dicho el rendimiento optimo mínimo, de acuerdo a los planes oficiales agroalimentarios para mejorar e incorporar y a la vez una causa para prorrogar la obligación de los titulares de tierras.

25. Art. 52 LTDA.

Se observa que la institución esta concebida por y para el propietario o derecho habiente de la propiedad en condiciones de ser tierra agroproductiva, y que esté dentro de la poligonal de tierras rurales, pues el Estado se limitará en todo caso a evaluar el potencial de dichas tierras, calificarla y asignarles el uso para un rubro productivo, es pues el propietario quien debe instar la solicitud si la fina es inculta u ociosa.

El trámite o procedimiento para lograr la declaración, es sumamente simple, partiendo de la petición o solicitud que debe formular el interesado ante el INTI, suponemos ante la Oficina regional respectiva, si bien no lo dice expresamente la Ley, pero no es una mera manifestación de voluntad para acogerse a la calificación de mejorabilidad, sino que en éste caso comporta asumir el compromiso de hacer (obligaciones de hacer) lo menester para que la finca se mejore efectivamente y se la pueda parangonar con los prototipos y lineamientos de productividad establecidos por el Ejecutivo Nacional.

La Ley contempla en el artículo 58 el que por caso fortuito o fuerza mayor, o cualquier otro hecho no imputable al propietario, no pueda lograrse el mejoramiento y en tal sentido se haya incumplido total o parcialmente el programa fijado, facultado al INTI para renovar la validez de la certificación por un lapso de dos años prorrogable, tomando en cada caso en cuenta las circunstancias del caso.

Entendemos que para ser posible dicha situación, esto es, optar por el certificado de mejorabilidad, es menester siempre que el Ejecutivo Nacional ya tenga preestablecidos los planes y lineamientos agroproductivos de la región concreta donde se encuentre la finca, con el objeto obviamente de evitar que se rompa la igualdad, y que efectivamente, con la anticipación necesaria, cada propietario conozca a que debe atenerse en cuanto al destino y esfuerzo técnico y económico que será menester realizar para mantener la finca en condiciones de productividad que satisfagan los criterios del INTI y no haga que la finca sea susceptible de ser denunciada como ociosa o inculta.

Dentro de los requisitos a nuestro modo de ver fundamentales para instar la declaratoria, se encuentra el de presentar el plan de mejoramiento, que por supuesto debe adaptarse a los indicados parámetros fijados por el INTI, en tanto que será ello lo que terminará siendo evaluado técnicamente por el Estado a fin de considerar si realmente la finca cumple o no con su posible mejorabilidad, tal como se lo establece en el artículo 54 *ejusdem*.

Este proceso de incorporación de fincas incultas u ociosas a la productividad, supone además una evaluación permanente por parte del INTI, lo que queda ratificado en la potestad de dicho ente de *revocar* anticipadamente el certificado de mejorabilidad otorgado, si vencido el primer año, se determinare precisamente que no se han iniciado los trabajos indispensables para llevar adelante la incorporación productiva de la finca, en cuyo caso procederá igualmente la declaratoria de la finca como ociosa o inculta.

Con el objeto de preservar el derecho de la defensa del afectado, dispone la norma en comento (Art. 60) que a tal efecto se supone la existencia de un expediente administrativo, y en el cual se haga el emplazamiento del sujeto afectado para que en el término de diez (10) días hábiles exponga las razones que le asistan en su descargo.

Entendemos que entre otras puede alegarse precisamente el caso fortuito o fuerza mayor, el impedimento no dependiente de la voluntad del afectado (por ejemplo la perisología no expedida), el incumplimiento por parte del Estado de planes generales para la zona donde se encuentre el fundo y de los cuales dependiere precisamente la mejorabilidad, etc.

Si bien nada dice la Ley en estos casos sobre la recurribilidad de dicho acto, no tenemos la menor duda de que si lo serán, por vía de reconsideración e inclusive el contencioso, en tanto dichos pronunciamientos obviamente ponen en riesgo el derecho de propiedad.

La discusión técnico jurídica puede ser el efecto del recurso, pero a falta de norma expresa en contrario y por aplicación de los principios generales de procedimiento administrativo, debe sostenerse la ejecutividad del acto salvo que se solicitare, y constaren los elementos necesarios, para la suspensión de los efectos de dicho acto.

Presentada la solicitud con sus recaudos, el INTI, dispone de un plazo de treinta días hábiles, siguientes al recibo de la solicitud para su examen y evaluación, así como para que en caso de reputarlo factible, fije el programa de mejoramiento y adaptación a los planes y lineamientos oficiales (Art. 54), plazo que nuevamente nos permitimos considerar demasiado exiguo si se toma en consideración la conveniencia y necesidad de que dicha evaluación sea realmente seria y técnicamente realizada, y lo que dependerá en todo caso del tamaño de cada finca, condiciones edafológicas, ubicación, factores externos que incidan en la mejorabilidad, etc. no siempre fáciles de evaluar en tan corto tiempo.

La certificación en ningún caso se expedirá por periodo mayor a dos (2) años contados a partir de su expedición.

Si la evaluación es favorable y se logra la mejora e incorporación a la producción adecuada de la finca, el propietario, al vencimiento del término fijado para validez de la certificación solicitará el certificado de *Finca Productiva* (Art. 58), por el contrario si venciere el plazo y sus eventuales prórrogas sin haber logrado la mejora, o si la finca o los planes no satisficieren los parámetros de mejorabilidad, el INTI procederá a declarar las tierras como ociosas o incultas, en cuyo caso se generará el correspondiente impuesto (Art. 55).

Al igual que para los casos de control de las Fincas Productivas, se impone al INTI la obligación de llevar un Registro de las Finca que se encuentren bajo la situación de mejorabilidad (Art. 59).

7. Primacía del interés social y público en la protección del fin agroalimentario

Como se lo dejó esbozado precedentemente, es importante advertir, que tanto la calificación de finca productiva, como la que se conceda para mejorarla, a pesar de estar vigentes y llenar todos los requisitos establecidos por la Ley, ceden ante el interés social y los fines de protección de la sociedad, así como para hacer prevalecer la finalidad agroalimentaria de la política de desarrollo agraria del Estado, de tal manera, que si es menester establecer un plan o proyecto especial de producción o uno ecológico, o cuando exista un grupo poblacional apto para el trabajo agrario que no posea tierras o las tenga en cantidades insuficientes (*rectius…* y no tengan como satisfacerse racionalmente las necesidades de su ubicación y asignación de tierras para su sostenimiento), siempre prevalecerá la potestad del INTI de proceder a la expropiación de dichas fincas, tal como lo dispone categóricamente el artículo 61 de la LTDA.

Este principio de prevalencia de los fines superiores, o de jerarquización de los fines de la administración, por lo demás es normal en la doctrina, y encuentra su precedente igualmente en la misma LRA, que preceptuaba idéntica excepción para los casos de fincas que gozaban de la calificación de inexpropiabilidad o se aplicaban aún a la *reservas* establecidas en beneficio de los propietarios de fincas afectadas a expropiación.

8. Procedimiento para la Adjudicación de Tierras

Viene contemplado en el Capítulo V del mismo Título que venimos examinando, artículos 62 al 70 de la LTDA.

Es quizás la figura de la *adjudicación*, la más importante desde el punto de vista de Derecho Agrario, por los efectos y fines que con ella se persiguen.

Cabe decir que la figura sustituye el anterior régimen de las denominadas *dotaciones* contemplado en la LRA, si bien no por ello deroga o menoscaba los efectos de las que en su momento fueron concedidas, siempre que se cumplan los requisitos y supuestos de hecho que fijaba la Ley para reputarlas válidas y con plenos efectos.

Respecto a su peculiaridades, caben destacarse las siguientes: Es un acto administrativo de efectos plenos ante terceros y el propio solicitante, su principal efecto, como lo señala la misma Ley (Art. 69 y 12) es que constituye un acto jurídicamente válido para producir la "transferencia legitima de la posesión de tierras agrarias agroproductivas" esto es, supone que solo transfiere los derechos de uso y goce de las tierras cuya posesión se transfiere, que mantiene en el tiempo sus efectos plenos mientras lo adjudicado se mantengan ocupado y trabajado por el adjudicatario, no transferible sino por causa de muerte (herencia) y aún en tal supuesto condicionado a que los beneficiarios lo sean sus descendientes y en defecto de ellos sus colaterales y cuya enajenación simple a cualquier título y directa por el titular de la misma está expresamente prohibida[26].

La misma no es pues forma de *adquisición de la propiedad* ni mucho menos, ni pública ni privada, si bien la doctrina especializada en materia Agraria se empeña en sostener que es un modo especial de adquirir la *Propiedad Agraria*, que es, en el nuevo modelo legislativo, una forma de propiedad limitada, o como lo señala el argot popular, *chucuta,* incompleta, pues solo concede a sus beneficiarios dos de sus atributos clásicos, el *ius utendi* y el *ius fruendi*, lo que choca expresa y precisamente con el dispositivo constitucional vigente a cuyo amparo se promulgó la LTDA, el que ahora, por vez primera, no solo se limita a consagrar el respeto a la propiedad privada como garantía constitucional, sino que invoca y desarrolla los elementos que la constituyen e integran.

Con lo dicho, precisemos por igual entonces, que lo transferido por vía de adjudicación agraria es la *posesión* que legalmente tenga el INTI sobre tierras agroproductivas, pues en las que no lo sean, si bien puede facultar la posesión temporal a los no titulares, lo es por medida especial de *intervención administrativa,* sin que pueda en tal caso provocar los demás efectos anexos al de uso y disfrute temporal.

El acto de adjudicación es un acto administrativo formal, que dimana de un acto administrativo complejo, que supone precisamente el trámite, formalidades y pronuncia-

26. Sobre el nuevo concepto de posesión agraria, estimamos pertinente remitir a los interesados a los trabajos de UXUA OJER, San Miguel, "Efectos de la posesión de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario", *Libro Homenaje a José Luis Aguilar G, cit.*, t II, pp. 1 y ss., y al de ARGÜELLO LANDAETA, Israel en la misma obra, t I, pp. 113.

mientos de diversas dependencias de la administración y que culminan en la adjudicación.

La principal de las formalidades de dicho acto es su publicidad especial, en tanto que debe ser promulgadas (publicadas) dichas adjudicaciones en la *Gaceta Oficial* Agraria (Art. 66) y la sigue en orden de importancia, el que en su otorgamiento deben hacerse constar, con base a los planes de desarrollo del Ejecutivo Nacional, cual es el proyecto de producción de la parcela adjudicada.

Este ultimo, aparente insignificante requisito de Ley, reviste especial importancia, pues permitirá controlar el que efectivamente las adjudicaciones se hagan con un fin útil y que sea el perseguido por la Ley, y propiamente por la CN esto es, que sean hechas con miras a garantizar la producción agroalimentaria, el autoabastecimiento, y llenar las necesidades agrícolas para un lugar y tiempo determinados y que no se las destine a la politiquería barata, ni para complacer el populismo.

Esto último fomentara la arbitrariedad y constituirá siempre *desviación o abuso de poder*, en tanto será quitar a uno lo suyo, bajo la excusa de destinarlo a un mejor fin y darlo a otro, que sin tal requisito, podrá tenerlo para idéntico fin no loable, o para uno inclusive mas depauperado.

Consideramos que esta interpretación, por demás racional y lógica, impuesta clara y terminantemente por el Legislador, debe y tiene que hacerse cumplir con toda fuerza, pues será, repetimos, una verdadera garantía del buen fin perseguido por la Ley, y de protección al derecho de propiedad.

No pudiendo detenernos mas en el escabroso pero interesante tema de la propiedad y efectos de las adjudicaciones, so pena de sacrificar el verdadero objeto de nuestro estudio, continuaremos analizando el procedimiento administrativo *strictu sensu* de la comentada modalidad de transferencia de la posesión de tierras agrarias, destacando que el mismo no pareciere un acto de origen directo de la administración, sino que supone siempre la petición o solicitud por parte de quien asume la carga de mantenerlas bajo su posesión y en trabajo efectivo, y de preferencia quienes ya las mantuvieren en su poder, con o sin autorización del INTI, y en este último caso, que hayan logrado su eficiencia productiva por término mayor de tres años consecutivos, en cuyo caso, además les da preferencia para ser adjudicatarios.

Tocado tangencialmente el tema de la eficiencia productiva, vale la pena destacar y observa que en la nueva regulación de la LTDA, a diferencia de la LRA, en la que especialmente se insistía en este elemento para medir, apreciar o calibrar, como mejor se lo quiera, la finalidad agroproductiva, no hace mención expresa a ello sino en especiales ocasiones, como lo es en el caso recién citado, pero como se lo observa en la definición misma de la adjudicación, no se hace referencia alguna a ello, sino al deber de trabajarlas sin calificar si ese trabajo debe o tiene que ser eficiente o no siendo ese por igual el compromiso que debe mantenerse, so pena de que sea revocada la adjudicación, que no el de que dicho trabajo sea eficiente y eficaz o que llene o cumpla parámetros agroproductivos o agroalimentarios.

Cabe observar igualmente, que la inalienabilidad de lo adjudicado o inexistencia del atributo del *ius abutendi* en los derechos cedidos por el INTI, no comportan la no transferibilidad a ningún titulo de lo que es objeto de aquella.

En efecto, conforme al artículo 68, lo que está vedado y no produce efecto alguno es la transferencia del adjudicatario a un tercero, sea cual fuere la modalidad de negocia-

ción, si la misma no viene autorizada por el INTI, mediante un acto formal que denomina la Ley *Acta de Transferencia*, en la que adicionalmente se contempla la asunción de obligaciones de diversa índole por parte del nuevo adquiriente o llamémosle mejor sujeto transferido o beneficiario de la transferencia.

Para que no se nos acuse de inconsecuentes con las opiniones que dejamos vertidas antes, precisa destacar que esas transferencias pueden operar en la forma dicha sobre dos tipos de tierras, las adjudicadas sobre tierras ordinarias, sometidas a los requerimientos de un plan, tal cual se lo determinó antes, atenido a lo dispuesto en el Art. 65, en cuyo caso interpretamos que tales obligaciones son solo de continuar o mantener el cumplimiento de dichos planes; o cuando se trate de adjudicaciones de los llamados *fundos estructurados*[27] en cuyo caso las obligaciones de hacer se incrementan e imponen el compromiso de mantener la producción eficiente por un término no menor de tres años, y durante los cuales, según lo dispone la norma indicada, la autorización de transferencia, da solo cualidad temporal al título de adjudicación.(Art. 68 *in fine*).

Finalmente, esa adjudicación no permite, comprometer ese derecho, a pesar de que puede usarse la modalidad de crédito agropecuario para facilitar el destino productivo de la adjudicado, en tanto que no teniendo el beneficiario adjudicatario el *ius abutendi*, solo puede comprometer la cosecha como garantía de dichos créditos (Art. 11) y siempre que se cuente con la autorización escrita de la Oficina regional del INTI (ahora denominada Certificado para constituir Prenda Agraria).

Para concluir con este procedimiento, destacaremos que la adjudicación es susceptible de *revocatoria*, pero condicionado a que la misma se la fundamente en que el adjudicatario no ha cumplido con el compromiso de trabajo de la tierra, destacando, una vez más, que ese trabajo no tiene que ser calificado de especialmente apto, productivo o eficiente, a tenor literal de la norma que lo consagra (Art. 70 *ejusdem*).

9. Procedimiento de rescate de las tierras

El Capítulo VII del comentado Título I de la LTDA pauta lo relacionado con el procedimiento administrativo del rescate de tierras, lo que constituye otra novedad mas de la Ley, pues ahora modifica el viejo y tradicional sistema que se contemplaba para el rescate de baldíos y tierras del dominio privado de la Nación, confiriendo la competencia para ello al INTI, bien sea que dichas tierras estén ocupadas ilegal o ilícitamente, e independientemente de que sean de su propiedad, de la República o de otros entes de la misma (Art. 86 y 87).

Destaca la Ley que tal procedimiento no menoscaba las garantías que reconoce la Ley a los ocupantes, arrendatarios y conuqueros, que efectivamente, en forma directa, vengan trabajando y usando las tierras, tal como lo precisan los artículos 17, 18 y 29 de la LTDA, que les otorga el derecho de permanencia agraria[28]

---

27. Contemplado dicho concepto tanto en la mencionada norma, como en el Arts. 8, 15 y 17 LTDA, de una manera otra vez genérica e imprecisa, con las consabidas objeciones que hemos hecho a tal estilo de establecer instituciones y principios dentro de la nueva Ley.

28. En torno al Derecho de Permanencia Agraria, directamente derivado de la posesión agraria especialmente calificada, es uno de los principales mecanismos agrarios que se concede doctrinariamente y a nivel general en Derecho Agrario Comparado, para proteger, consolidar y ejercitar el derecho a que mantengan la tierra quienes efectivamente la explotan, a pesar de que como se observa de la Ley, y así lo destacan entre otros el Profesor ARGUELLO LANDAETA, Israel, *ob. cit.*, p 132, no se establece ningún procedimiento especifico para tramitarlo

Por igual establece la Ley una excepción general a la procedencia de la pretensión de rescate, materialmente convertida en un obstáculo de admisibilidad con fundamento en la falta de interés procesal y sustancial, cuando las tierras susceptibles de rescate se encuentren en condiciones de *optima producción con fines agrarios*, en total adecuación a los planes y lineamientos establecidos por el Ejecutivo Nacional y que no excedan de dos (2) unidades del patrón de parcelamiento establecido en la zona por el INTI (Art. 88 LTDA), dejando a salvo de una vez, casos excepcionales en que el INTI por razones de interés social o interés público las repute necesarias de rescate, haciendo prevaler la utilidad pública o social.

Obsérvense los claros términos que usa en éste caso el Legislador, a diferencia de cómo lo acostumbra hacer en otros, cuando califica que el tipo de explotación realizado sea *optima* y que en adición sea compatible o comprendido dentro de los lineamientos de los planes establecidos por el Ejecutivo Nacional, requisitos que deben ser coetáneos y simultáneos.

Adviértase también que la legitimación en los procesos de recuperación de las tierras es exclusiva y excluyente para el INTI, quien a tales efectos debe ser titulado como propietario para poder incoar las acciones, no bastando que sea mero mandatario de la entidad titular real del bien ilegal o ilegítimamente ocupado, tal como se desprende del artículo 87 *in fine*, de allí que cuando actúe rescatando terrenos de la República, o de otros entes, estos le deban efectuar la transferencia plena de la propiedad.

Respecto a esta situación especial de tierras no pertenecientes al INTI, es preciso referirnos al articulo 99 de la LTDA, no del todo claro, conforme al cual, a nuestro entender, lo que pretendió establecer el legislador es que a pesar de haberse operado la transferencia de esas tierras ocupadas, al INTI, para los expresados fines (recuperación) las mismas no cambian su estatus o régimen jurídico (baldíos, bienes del uso privado, etc.) en virtud de lo cual, aún rescatadas, conservan su coedición de bienes del dominio público, si lo fueren y por tanto y como tales, son imprescriptibles[29].

En torno al procedimiento administrativo para el logro del rescate, no es muy afortunada la redacción del capítulo entero, y puede dar lugar a entender que tal rescate se cumple con la sola intervención de las tierras en referencia, si las mismas se encuentran ociosas o incultas (Art. 89 LTDA), lo cual no es acertado, constituyendo ello, a nuestro entender una especie de medida preventiva y temporal y así parece ratificarlo el contenido del mismo citado articulo en los apartes primero y siguientes.

> Precisa recordarse que la medida contemplada en el Art. 89, esto es la INTERVENCIÓN de la propiedad o tierras, fue declarada igualmente inconstitucional, tal como lo declara el fallo de la Sala Constitucional de fecha 20 de noviembre del 2002, en la se dispone:
>
> d) De la inconstitucionalidad del artículo 89.

---

administrativamente, en forma alguna ha desaparecido en la LTDA, pues por un lado se exteriorizan y reconocen sus efectos principales, inamovilidad, preferencias, etc., para continuar en posesión de la tierra que se ocupa, con los condicionantes legales y por otro, expresamente se reconoce la pretensión jurisdiccional para su declaratoria, dentro del proceso jurisdiccional agrario y que encuentra sustento inclusive en la propia CN (Arts 305 y 306) el cual và mas allá que el simple derecho a no ser desalojado, tal como lo sostiene ARGÜELLO, *op. cit.*, p. 134 y en ello por igual, con mayor énfasis. insiste el tratadista de Derecho Agrario VENTURINI, Alí José, *El derecho de permanencia Agraria y el Desalojo de Fundos rústicos arrendados u ocupados unilateralmente*, Publicaciones del Ian, Venezuela, s/f, pp. 128.

29. En torno a la imprescriptibilidad, es preciso recordar que la doctrina y la propia jurisprudencia no han sido unánimes, y que una celebre sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Suplente POLANCO A., Tomás, reconoció la prescriptibilidad de los baldíos.

> Respecto a la inconstitucionalidad de la norma que contiene el artículo 89, que dispone que iniciado el procedimiento de rescate de tierras, la Administración *podrá intervenir* las mismas, expresó la parte recurrente que ésta transgrede el principio de separación de los poderes públicos, ya que dispone el rescate de tierras de propiedad pública que se encuentre en manos de terceras personas y presenten la característica de estar en estado de ociosidad, lo que constituye una violación al principio constitucional de la separación de los poderes públicos, pues con dicho dispositivo la Administración, con su sola voluntad, puede declarar inculta la tierra y la faculta para dictar una medida cautelar en una causa donde el mismo es parte y asume el rol de juzgador.
>
> En su criterio (...) *tal atribución debería ser producto de la materialización de un proceso judicial que conduzca al juzgador a tal concepto, garantizándole al ciudadano los derechos fundamentales de igualdad, defensa e imparcialidad que la actividad jurisdiccional otorga a diferencia del ente administrativo, el cual por esencia tiene el predominio del ius imperium y un compromiso con una gestión política, imprescindible pero que le hace parcial en sus criterios*.

En este sentido, la Sala hace valer acá los argumentos expuestos en el apartado anterior para señalar que, con el ejercicio de los poderes inquisitivos de la Administración en el procedimiento administrativo, *per se*, no se está transgrediendo el principio de división de poderes, ya que la estructura orgánica y funcional del Estado, que estableció nuestra Constitución vigente, al igual que la imperante bajo la vigencia de la Constitución de 1961, estipula una División de Poderes (conceptualización flexible) que permite que cada uno de los órganos que ejercen los distintos Poderes Públicos colaboren entre sí, surgiendo como corolario de esta situación que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes, encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado, que éstos ejerzan, además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

Sin embargo, también es de indicar que los procedimientos administrativos ablatorios, aquellos que tienen por objeto disminuir la esfera jurídica de los administrados mediante la restricción de un derecho, deben estar dotados de mayores garantías para aquéllos, de forma tal que la potestad administrativa sea ejercida de manera congruente y adecuada a los fines propuestos por el ordenamiento, garantizándose así el apego a la ley de la actuación administrativa.

Es así como el *test* de constitucionalidad de una norma que disponga la posibilidad de que la Administración instaure un procedimiento ablatorio es más estricto, pues con ella se están restringiendo, de manera directa, derechos subjetivos afectándose enormemente la situación jurídica del administrado. En tal sentido, se observa que si bien el título al cual pertenece la norma en referencia trata del rescate de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras, el artículo 89 trata de la intervención de esas tierras, rubricadas como ociosas o incultas, de manera preventiva, para hacer cesar esa situación, esto es, el carácter ocioso o inculto.

Como puede desprenderse, la finalidad de la intervención previa no guarda correspondencia con la instauración del procedimiento ablatorio, esto es, la necesidad de recuperación de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras ocupadas ilegal o ilícitamente, inexistiendo la debida adecuación a los hechos de esa potestad otorgada a la Administración, ya que, en todo caso, esa será una medida que corresponde con la necesidad de solventar el carácter ocioso o inculto de la tierra y no con la ocupación ilegal o ilícita de la misma, por lo cual, ante esa situación, y no existiendo tampoco una proporcionalidad entre la intervención instituida por el artículo y el carácter ocioso o inculto de la tierra, pues una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración, por el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, podrá entrar en posesión directa del bien, lo cual no justifica una inter-

vención momentánea, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la norma en referencia porque transgrede el derecho constitucional a la propiedad, dado que no es posible una interpretación que la adecue al ordenamiento constitucional. Así se decide".

Toma mayor fuerza nuestra posición, en tanto que los artículos 94 y siguientes pautan una secuencia de actuaciones procedimentales, que a nuestro criterio si constituyen realmente el procedimiento administrativo del rescate, el cual a nuestra manera de ver, debe y tiene que concluir con un pronunciamiento que declare la titularidad del INTI, de la República o del ente que corresponda, donde se declare quien o quienes son los ocupantes irregulares y donde se disponga la obligación que tienen los mismos de entregar, lo ocupado ilegal o ilegítimamente, sin reparación ni indemnización alguna, y sin perjuicio de que durante el curso de dicho procedimiento el INTI como titular legitimo, pueda disponer de sus tierras autorizando temporal o definitivamente la intervención de las mismas o su adjudicación.

Ese proceso pues, conforme a los artículos 89 y 94 al 98 inclusive, se cumple en la siguiente manera:

El Directorio del INTI, resuelve acometer el proceso de rescate, disponiendo si podrá o no acordarse de que se haga ocupación colectiva, temporal y condicional, el tiempo de intervención, las normas de protección al medio ambiente y cualquier otra condición que se estime pertinente (Art. 89).

Con dicha disposición, se abrirá el procedimiento mediante auto en que se identifiquen debidamente las tierras y sus posibles ocupantes ilegítimos, si se conocieren (Art. 94) y en todo caso se ordenará librar e insertar en la *Gaceta Oficial* Agraria un cartel notificando a los ocupantes, si se les conociere o a cualquier otro interesado a fin de que comparezcan a exponer las razones que les asistan como tales ocupantes, acreditando sus títulos y derechos en el plazo de ocho días siguientes a la publicación.

En ningún caso los ocupantes podrán hacer valer contra el INTI su condición de poseedores (ni de ocupantes, agregaríamos nosotros) ex artículo 96 *ejusdem*, ni tampoco reclamo por indemnización derivada de la existencia de mejoras o bienhechurías por ellos fomentadas sobre las tierras ocupadas ilegalmente (Art. 90).

Por igual y respecto a esta norma del articulo 90, también objetada por inconstitucionalidad, ya a la presente fecha está declarada nula de nulidad absoluta, como se lo comentó al referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de noviembre del 2002, la cual en sus partes pertinentes dispone:

> *e) De la inconstitucionalidad del artículo 90:* el artículo 90 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que dispone que los ocupantes ilegales de las tierras susceptibles de rescate no podrán reclamar indemnización, aseverando que ninguna calificación, ni tan siquiera la de ejercer ocupación ilegal, puede autorizar al Estado negarle la propiedad de las bienhechurías del ocupante y negarle el derecho a que se le pague el valor de tales derechos de dominio, por cuanto, en un supuesto contrario, se atentaría contra el derecho a la propiedad.
>
> Al respecto, las sustitutas de la Procuradora General de la República indicaron que la ocupación ilícita o ilegal de las Tierras era una conducta irregular que despliega un ocupante; que en el primero de los casos no existe una relación jurídica preexistente entre el ocupante y el propietario de la tierra, y, en el segundo, el ocupante ha rebasado los límites de la relación jurídica preestablecida, colocándose al margen de lo que ha sido permitido por la ley.
>
> Que, siendo ese el escenario, era indiscutible que el Estado como propietario despojado de sus tierras despliegue una actividad tendente a rescatarlas. De allí, que no era procedente el pago de indemnización alguna, como dispondría el artículo impugnado, ya que, como principio general

del Derecho, lo ilícito no genera derecho alguno, por lo que sostuvieron la constitucionalidad del dispositivo en referencia.

Al respecto se debe señalar que, si bien, es cierto que por principio general del Derecho, lo ilícito no genera derecho alguno, tampoco es menos cierto que el Estado Social de Derecho y de Justicia, que propugna nuestro Texto Fundamental en su artículo 2, tiene implicaciones más profundas que ameritan una revisión de las instituciones jurídicas cuando se trata del aspecto social, aspecto al cual las mismas sustitutas de la Procuradora General de la República de una u otra manera hicieron referencia cuando, en un pasaje de su escrito, citaron parcialmente la exposición de motivos del Decreto legislativo impugnado.

Precisamente, del texto de la exposición de motivos del Decreto legislativo objeto de impugnación se evidencia que la idea sustancial de la reforma del régimen jurídico de las tierras productivas obedeció a que "[e]*l valor del ámbito agrario no se limita a los efectos económicos beneficiosos sobre la producción nacional, sino que trasciende dicha esfera y se ubica dentro de la idea mucho más integral, del desarrollo humano y social de la población*" (Exposición de Motivos del Decreto legislativo).

Que, las "(...) directrices constitucionales no hacen sino manifestar la decisión fundamental hecha por el soberano de constituirse en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en el cual (...) la tierra y la propiedad no son privilegios de unos pocos, sino que están al servicio de la población, dentro de los valores de solidaridad e igualdad de oportunidades" (*eiusdem*).

La función social de la propiedad no es incompatible con el reconocimiento de los derechos que al superficiario puedan corresponder por bienhechurías o frutos, pues el desideratum del Decreto legislativo es "(...) *profundizar y dar operatividad concreta a los valores constitucionales de desarrollo social a través del decreto orgánico*" (*cf.* Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario).

El artículo 90, en definitiva, no se corresponde con la idea sustancial de la Constitución y de la ley misma, pues pretende desconocer la existencia de la propiedad y la utilidad social que dentro del ámbito agrario cumple, con lo cual, de admitirse la tesis que propugna el indicado artículo, se estaría atentando no sólo contra el derecho a la propiedad estatuido en el artículo 115 de la Constitución, sino contra todo aquello que ha inspirado durante décadas el Estado Social y de Derecho recogido tanto en el texto constitucional vigente como en la Constitución de 1961.

No reconocer la propiedad de los bienes que existan sobre las tierras del indicado Instituto Nacional de Tierras, atenta contra el derecho a la propiedad, y hace que el Instituto incurra en un enriquecimiento sin causa, pues se subvierte la idea de accesión inmobiliaria en sentido vertical, que acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

El derecho a la propiedad es un derecho esencialmente limitable, dado su utilidad social, pero dicha limitación no puede suponer un desconocimiento del derecho, por su rango constitucional, una absorción de las facultades del propietario al extremo que llegue a eliminarlo, pues de ese modo no se estaría garantizando esa protección que la Constitución le otorga. De tal manera que, siendo que con la norma en referencia se desconoce de manera absoluta el derecho a la propiedad sobre las bienhechurías realizadas por los ocupantes de las tierras del Instituto Nacional de Tierras, esta Sala declara la nulidad del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Con este fallo cuando menos parcialmente ha sido enmendada lo que he debemos reputar cuando menos desatinado instrumento jurídico, al declarar inconstitucional el artículo 90 de la LTDA, que consagraba un evidente atropello la propiedad privada y que en adición creaba graves problemas a los ocupantes y detentadores de tierras nacionales, en tanto desconocía valor alguno al trabajo y vicisitudes de la naturaleza, a quienes normalmente soportan las peores consecuencias del campo, esto es los pequeños

sembradores que habitualmente se desenvuelven en las tierras baldías nacionales, las estadales y las municipales .

Vencido el plazo para acreditar derechos o justificar la ocupación, el INTI deberá resolver (acordar el rescate y demás pronunciamientos complementarios) dentro de los diez días hábiles siguientes (Art. 97).

La decisión en referencia es recurrible en vía Contencioso administrativa por nulidad, ante el Juez Superior Agrario competente por la ubicación del fundo, dentro de los sesenta días continuos siguientes a la notificación que de la resolución pertinente hubiere dictado el INTI, sea por los ocupantes o a los interesados que se hubieren hecho parte del procedimiento (Art. 98).

10. Pronunciamientos complementarios en casos de rescate

De acuerdo a los artículos 91, 92 y 93, declarada la ocupación ilegal, son por cuenta e los ocupantes los daños causados a los recursos naturales y al medio ambiente, en cuya determinación podrá intervenir el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales renovables (Arts. 91 y 92) Si en el inmueble existieren bienhechurías adheridas al inmueble destinadas a vivienda del ocupante y las mismas no afectaren el proyecto de desarrollo establecido en la zona, el INTI podrá convenir en adjudicar al ocupante precario (ilegal o ilegítimo) el lote al cual correspondan las citadas bienhechurías, ajustándose en todo caso a los patrones del parcelamiento (Art. 93).

Para nosotros, repetimos, la redacción de las normas de este capítulo realmente dejan mucho que desear y se prestarán a todo género de confusión y reclamos.

En efecto en lugar alguno se establece cual es el fin y pronunciamiento final del procedimiento de rescate (¿la sola declaración de ocupación ilegal o ilegítima?, ¿La disposición de obtener la efectiva posesión del bien así ocupado e identificado en el procedimiento administrativo? ¿La disposición de que uno o más terceros puedan ocupar dicho bien para fines agrarios?)

En torno a los pronunciamientos accesorios ocurre lo mismo, así cabe preguntarse ¿Quien dispone, liquida y ordena el pago de los daños o gastos de recuperación del ambiente y los Recursos?

Finalmente, cuando se dispone sobre la preferencia reconocida al ocupante (aún precario, ilegal o ilegítimo) para que mantenga la posesión del lote donde se encuentren ubicadas las bienhechurías que constituyen su vivienda ¿Antes o después de ordenar el parcelamiento?

Como se observa quedará mucho camino bien a la Sala especial para aclarar por vía del Recurso de Interpretación que y como culmina y se lleva a cabo este procedimiento, a la jurisprudencia administrativa, sobre como llevar a cabo el procedimiento y las medidas complementarias, y a la doctrina para escudriñar mas a fondo cual es el verdadero objeto de dicho proceso.

En torno al desconocimiento que en todo caso queda hecho a la posesión, inclusive anterior a la vigencia de la LTDA, ya en un serio e interesante estudio, el Dr. Ángel Viso A se ha pronunciado cuestionando seriamente el desconocimiento que en la ley se hace de la posesión, las disposiciones sobre intervenciones temporales, etc., todo ello en sede administrativa, sin proceso jurisdiccional, y con evidente o eventual daño para esos poseedo-

res, dignos de analizarse y estudiarse con detenimiento y a ello remitimos a nuestros lectores[30].

III. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO

En el título V de la LTDA se contempla lo relacionado con la Jurisdicción Especial Agraria, disponiendo en su Capítulo I lo relacionado con las Disposiciones Fundamentales, comunes al Proceso Ordinario Agrario y al Contencioso Administrativo agrario, incluyendo lo atinente a las demandas patrimoniales contra los entes estatales agrarios y los procedimientos.

1. Principios rectores en el contencioso agrario

i- Guía y norte de las potestades del Juez y potestad cautelar especial para la protección de los fines públicos de la actividad agraria y agroalimentaria:

Tiene particular interés en este capítulo, en lo que refiere al Contencioso Administrativo, lo dispuesto en el artículo 167 LTDA, donde el Legislador fija los principios cardinales a los que deben estar dirigidas las actuaciones y potestades del Juez especial Contencioso Administrativo Agrario, y que denotan por así decirlo los fines de esta competencia, que aparecen claramente determinados en la mentada norma así:

a- La continuidad de la producción agroalimentaria,

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

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

d- La conservación de la infraestructura productiva del Estado,

e- La cesación de actos y hechos que puedan perjudicar el interés social y colectivo,

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

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

En la primera parte de la norma, de forma clara y terminante, se establecen los fines y principios de la Competencia judicial Agraria, lo que antes no estaba tan claramente

30. VISO, Angel Gabriel, "El Derecho de Propiedad en la V República", en *Libro Homenaje a José L. Aguilar G., cit.,* pp. 805 y ss. En concreto, al referirse a los efectos de la Ley de Tierras y desarrollo agrario, objeta y destaca el que dicho proceso de rescate viola abiertamente el principio de separación de los poderes, la potestad de administrar justicia, el derecho a ser juzgado por los jueces naturales, etc.; por igual el sacrificio que se impone a los poseedores de sus mejoras y bienhechurías que se encuentran en las tierras rescatadas en franca contradicción a disposiciones del Código Civil, la ineficacia de la posesión ejercida, frente a la que se reconoce en otros campos y finalmente el que dicho procedimiento se lo establece en beneficio exclusivo de tierras del INTI, República y otros entes públicos, en franca desigualdad ante lo que se dispone para la propiedad particular.

consagrado, si bien se deducía perfectamente del contenido general de la Ley de Tribunales y Procedimientos Agrarios[31].

Con base a dichos principios, nuevamente se establece, en resguardo de los intereses públicos que tiene confiados, la potestad cautelar necesaria, para aún de oficio y con motivo de cualquier procedimiento, adoptar las medidas necesarias y convenientes para dejar a salvo los altos intereses sociales de orden público y que invisten todo lo agroalimentario y el especial y particular interés del Estado en mantener la autosuficiencia agrícola y la actividad agroalimentaria en los niveles necesarios para atender las necesidades colectivas.

Dichas medidas, y así lo tenía interpretado ya la Jurisprudencia durante la vigencia de la Ley anterior, pueden ser tomadas en cualquier estado y grado de la causa, conjunta o separadamente de las demás cautelas ordinarias en beneficio de las partes o de los fines mismo del proceso administrativo, y pueden consistir en obligaciones de hacer o no hacer impuestas tanto a los particulares involucrados o no en el proceso, como a las propias autoridades a quienes se tiene confiado velar por el desarrollo agroalimentario y agrario en general[32].

ii- Facilitar y provocar la solución conciliatoria de los conflictos, aún tratándose de los intereses públicos que supone el actuar administrativo, a reserva claro está del cumplimiento de las formalidades y requisitos que permitan la homologación de acuerdos que versen o tengan por objeto intereses, cometidos o bienes públicos (Art. 168 *ejusdem*). Es esta ahora una tendencia general en todos los procedimientos reglados a posteriori de la CN en tanto reconoce ésta como una vía para lograr la paz social y administrar justicia, los medios alternativos de solución de conflictos, y en especial la conciliación[33].

iii- Acorde también a los nuevos principios de la CN y para el logro de una justicia mas perfecta y expedita, se recalca que el proceso es un instrumento para la realización de aquella, que no un fin en si mismo, y así mismo que las formas esenciales del proceso deben acatarse y respetarse, pero no pueden predominar sobre el fondo mismo del asunto, dando lugar a reposiciones inútiles y sin sentido. Solo la infracción de aquellas formas que realmente sean sustanciales y cuya omisión impida que los actos cumplan su fines son las que resultan dignas de especial protección y su omisión dará lugar a rehacer los actos para cumplir con las formas (Art. 169).

iv- En torno a los rasgos fundamentales que debe inspirar la conducción del proceso contencioso agrario, al igual que los demás jurisdiccionales de esa competencia, se

31. *G.O.* Extraordinaria n° 3015 de fecha 13 de septiembre de 1982, derogada obviamente por disposición expresa de la LTDA y en lo sucesivo aludida como LOTPA.

32. En el pasado fue característica del uso de esta potestad cautelar general especial en previsión para la protección del orden público e interés general, su indebido o mejor dicho *inadecuado uso*, así como la confusión que suponía su aplicación cuando se lo invocaba, terminando por proteger intereses privados o colectivos pero dejando a un lado su verdadero fin, esto es, la protección del interés general. Por ello lo difícil para el Juez Contencioso será no perder el norte de sus actuaciones, analizar debidamente lo que está en juego y cual es realmente el efecto final de la cautela que se dicte y el para que se la decreta.

33. Es esta realmente una tendencia casi mundial, y se la reconoce en asuntos tan atinentes al interés público como lo relacionado a familia, niños y adolescentes, tomando particularmente en cuenta que la mejor de las soluciones en casos de conflictos, donde estén en juego intereses individuales o colectivos, es que las partes eventualmente involucradas o lesionadas, sean quienes se den las soluciones más convenientes para lograr el arreglo de las diferencias, la adecuada reparación de los daños, etc. Un ejemplo claro es en la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, donde por igual se impone al Juez instar siempre la conciliación.

declaran como fundamentales los de inmediación, concentración, brevedad, oralidad, publicidad y el carácter eminentemente social del mismo.

En torno a los cinco primeros, recordemos que la idea es la de que predominantemente puedan aplicarse los mismos, sin que por ello deban o pretendan excluirse la mediación, la escritura, etc., cuando sean convenientes al mejor desarrollo de los actos, no entorpezcan el buen curso de los procesos, y constituyan la vía más adecuada para garantizar la seguridad jurídica.

v- Se establece de manera general una "caducidad para la válida y tempestiva presentación de los recursos contenciosos, contra cualesquiera clase de actos administrativos agrarios, que ocurre al vencimiento de sesenta días continuos a partir de su notificación o de la publicación de los mismos en la Gaceta Oficial Agraria (Art. 194, con el expreso señalamiento de que la citada norma y las que se citan seguidamente, forman parte del Capítulo IV, bajo la denominación Disposiciones Comunes al procedimiento Contencioso Administrativo Agrario y las demandas contra los Entes Estatales Agrarios).

vi- En el mismo Capítulo, artículo 198, se precisa que los lapsos de prescripción de las acciones y derechos, se regulan por lo que al respecto contempla para cada caso el derecho común.

vii- La perención de la instancia en los procesos contencioso administrativos agrarios procederá de oficio o a instancia de parte, cuando hayan transcurrido seis (6) meses sin que se haya producido ningún acto de impulso procesal por la parte actora. La inactividad del Juez después de vista la causa o habiéndose producido paralización por causas no imputables a las partes, no producirá perención.

viii- El requisito previo de antejuicio administrativo para la interposición de demandas patrimoniales contra entes agrarios se rige por lo dispuesto en la Ley que regule la Procuraduría General de la República[34].

ix- Por último, la misma Ley determina que mientras no se encuentre operando la Gaceta Oficial Agraria los actos cuya divulgación y publicidad venga impuesta por la Ley, se insertarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Disposición Transitoria décima sexta de la LTDA).

2. Regulaciones propias del Contencioso Administrativo agrario

Con la advertencia de que por igual se extiende a los procedimientos en los cuales se demanden entes estatales agrarios, en el Capítulo II del Titulo V se establecen las normas y regulaciones propias del Contencioso específicamente.

A. Competencia

El artículo 171 dispone que la competencia de Primera Instancia será exclusiva de los Tribunales Superiores Agrarios de la ubicación del inmueble y la Segunda Instancia

34. También modificada el pasado año y publicada *G.O.* Extraordinaria n° 5554 del 13 de noviembre del 2001.

corresponderá a la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia[35].

Observamos que la redacción del numeral primero no es del todo pertinente, en la medida que en muchas ocasiones el contencioso administrativo agrario, no necesariamente estará vinculado a la propiedad inmobiliaria, dejando ello lagunas por definir cuando se trates de causas del contencioso donde no se debata nada relacionado con inmuebles o derechos sobre los mismos.

Quizás lo recomendable bebió haber sido establecer que tal competencia devendría del lugar donde estuviere ubicado el inmueble si ese fuere el caso, o de aquel donde se hubiere pronunciado el acto, en los demás supuestos.

Esta nueva redacción facilita la descentralización, lo cual era deseable para garantizar mejor acceso a la justicia, en tanto que la legislación anterior centralizaba en el Superior Agrario de la Capital todo asunto relacionado con actos emanados del Instituto Agrario Nacional.

B. Materia abarcada por la competencia especial

El artículo 172 *ejusdem* precisa que son de esa competencia y atribuyen potestad a los indicados órganos jurisdiccionales en sus correspondientes instancias todos los actos relacionados con la actividad u omisión de los entes administrativos a cuyo cargo esté la gestión agraria, incluyendo el régimen de contratos administrativos, de expropiaciones, demandas patrimoniales y demás acciones que con arreglo al derecho común sean interpuestas contra cualesquiera órganos o entes agrarios.

Nos merece comentario adicional a la citada disposición que la enumeración de supuestos que conceden competencia, no es taxativa, sino meramente enunciativa, y por tanto comprende, sin lugar a dudas toda otra que directa o indirectamente tenga relación con lo agrarios o con organismos, dependencias o instituciones agrarias.

3. El trámite procesal propiamente dicho

La materia viene extensa y profusamente regulada en los artículos 174 al 190 de la LTDA en lo que refiere a la Primera Instancia y en las normas del 191 al 193, en lo que hace a la Segunda Instancia.

Como se podrá observar de lo que seguidamente se analiza, el proceso contencioso administrativo agrario, se regula ahora por dispositivo especifico, diferente del general que se contemplaba en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo que le da fisonomía y peculiaridades propias, sin negar por ello que siga siendo fuente de aplicación supletoria, en todo lo que no se encuentre regulado en la nueva Ley, la citada LOCSJ.

35. En lo atinente a la competencia de la Sala Especial Agraria, como Segunda Instancia del Contencioso Administrativo Agrario, el artículo 199 numeral 3, ratifica el criterio de atribución de competencia aludido en la otra norma citada.

A. Ley procesal aplicable

Tales disposiciones, por estar referidas directamente al proceso, son normas adjetivas procesales y con ello supone que son de aplicación inmediata, con lo cual no aplica al Contencioso administrativo agrario, la *vacatio* de las nuevas normas procesales impuesto a los juicios ordinarios agrarios (272 *ejusdem*).

Conforme adecuada técnica, a pesar de la paliación inmediata que se impone como regla sobre nuevas normas procesales, el legislador, establece una serie de disposiciones transitorias para facilitar la adecuación al nuevo régimen procesal, cuales son las contenidas en los artículos 268 al 271, conforme a las cuales queda establecido que:

i- las nuevas normas relacionadas con el proceso contencioso son aplicables a los procesos en curso al momento de entrada en vigencia de la LTDA, dejando a salvo la integridad de los actos procesales y hechos cumplidos bajo la vigencia de la Ley anterior, los cuales continuarán rigiéndose por lo en ella dispuesto, (Art. 268 encabezamiento)

ii- en lo atinente a recursos interpuestos, pruebas ya admitidas, pero en período de evacuación y términos o lapsos que hubieren comenzado a correr, se regirán por lo pautado en la LOTPA. (Art. 268)

iii- si la causa se hallare en primera instancia y no se hubiere verificado contestación de la demanda, el proceso se continuará instruyendo por el nuevo procedimiento de la LTDA. (Art. 269)

iv- si la sentencia definitiva de primera instancia estuviere apelada, el procedimiento de la segunda instancia se regulará conforme el procedimiento de la LTDA, (Art. 270) y

v- si estuviere anunciado y pendiente Recurso de Casación, el mismo se tramitará conforme lo establecido en la LTDA (Art. 271).

B. Forma para interponer los recursos y/o acciones contra entes públicos agrarios

Lo será ante el Tribunal que resulte competente, conforme las reglas ya expresadas, siempre por escrito, el cual debe llenar los siguientes requisitos:

i.- Determinación del acto cuya nulidad se pretende, acompañando copia simple o certificada del mismo o señalando la Oficina Pública u organismo donde repose y los datos que lo identifican.

ii.- Indicación de las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncia,

iii.- Acompañar el documento del cual se demuestre el carácter con el cual se actúa, si los actos provienen (sic se relacionan) con la titularidad de un derecho real, se identificará el inmueble con expreso señalamiento de linderos y copia certificada (sic se acompañará adicionalmente….) de los documentos o títulos que acreditan la titularidad aludida.

iv.- Los instrumentos o pruebas que se estime pertinente acompañar.

Como comentario a la norma que establece lo anterior (175 LTDA), nos permitimos destacar que no se exige el adelantamiento de prueba, como ahora se lo hace en casi todos los nuevos prototipos de procedimiento, para lograr una mejor preservación y control de la prueba por parte del Juez y permitiendo que sea un proceso más diáfano, más cuando una de las partes del mismo lo será la administración pública.

Por lo demás debe recordarse que dicho requisito ya existe en la LOCSJ, si bien es cierto que no se le ha conferido la importancia que el mismo merece.

C. Admisión o inadmisión (Art. 174, 176, 178 y 179):

Conforme a la LTDA solo serán admisibles en vía contencioso administrativa los recursos y demandas que no estén proscritos por la Ley, aquellos cuyo conocimiento no corresponda a otra autoridad judicial , pues si lo fuere deberá declinarse la competencia, que no estuviere caduca la acción o el lapso para interponer el Recurso, ni que se encuentre prescrita la acción, cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del accionante o recurrente, cuando se acumulen pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí o cuyos procedimiento resulten incompatibles, cuando no se acompañan los instrumentos fundamentales para verificar la admisibilidad de la demanda, cuando el correspondiente escrito que los contenga resulte ininteligible o de tal modo contradictorio que haga imposible su tramitación o contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos, o cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuye el actor, o cuando habiéndose recurrido en vía administrativa, no hayan transcurrido los lapsos para que esta decida, así como cuando no se haya agotado la vía administrativa previa, ni cuando no se haya agotado la instancia obligatoria o el avenimiento que correspondan conforme a la Ley, cuando la pretensión sea manifiestamente contraria a los fines de la LTDA y a los preceptos constitucionales que rigen esta materia.

Respecto a dichos conceptos (Art. 177), llamamos especialmente la atención respecto al último citado criterio para negar la admisión, en tanto entraña el grave peligro que el Juez excediendo sus potestades, opte por considerar que en efecto, lo peticionado contradice los fines de la Ley o los preceptos constitucionales.

Respecto a la caducidad para interponer recursos contra los actos administrativos agrarios, la misma se establece de modo general en la LTDA (Art. 177 N° 3 y 194) en sesenta días continuos desde la publicación en la *Gaceta Oficial* Agraria, o de su notificación al interesado recurrente[36].

El lapso para proveer o no sobre la admisión, es de tres días hábiles siguientes a la interposición del recurso o la acción, lo cual se hará constar obviamente por escrito. (176).

En todo caso, ponemos de relieve que esa especie de Despacho saneador que debe hacer el Juez con la admisión no sustituye el derecho de los interesados opositores a la pretensión, los interesados opositores pueden hacer valer en la contestación al fondo cuantas razones de inadmisibilidad existieren, todas las cuales serán resueltas con las defensas de fondo en la sentencia definitiva.

No cabe recurso contra el auto que ordene la admisión, pero si contra el de negativa, que deberá ejercerse dentro del quinto día hábil.

36. La prescripción, obviamente, salvo norma especial agraria que disponga lo contrario, se regula por las disposiciones ordinarias del Derecho Común (195 *ejusdem*).

D. Emplazamiento

Pronunciada la admisión se ordenará la notificación del Procurador y a cuantos terceros hayan sido notificados o hubieren intervenido en la vía administrativa, quienes podrán oponerse al recurso dentro de un lapso de diez días hábiles y así mismo dispondrá el Tribunal le sea remitida, a tenor de lo dispuesto en los artículos 178 la remisión del expediente administrativo, los cuales se insertarán en pieza separada.

Nada se establece en cuanto a la forma para emplazar a los *demás interesados*, habiendo sido deseable se pautara la publicación de un edicto, para tales fines, convocando a cuantos tuvieren interés.

Si se tratare de admisión de demandas patrimoniales contra entes públicos a que se contrae la LTDA, se dispondrá la notificación al Procurador General de la República y la citación del ente administrativo agrario estatal, a fin de que den contestación a la demanda dentro de un plazo de quince días hábiles siguientes.

De una vez conviene destacar que la rebeldía de la República ni la de los representantes de los entes agrarios, jamás provocará confesión ficta, y a falta de contestación, en todo caso, se entenderá contra dicha la demanda (Art. 180).

En los casos de demandas o recursos interpuesto contra cualquier ente agrario o contra cualquier acto administrativo agrario, así como cuando sean proferidas sentencias interlocutorias o definitivas, será menester la "notificación al Procurador General de la República, y la falta de tal notificación dará lugar a la reposición de la causa, sea peticionada por él, o que el Juez la acuerde de oficio (Art. 181)

E Pruebas

Se admitirán como medios de prueba todos los previstos en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes (libertad general de medios probatorios), incluyendo por ello, los llamados medios libres de prueba, los cuales se tramitan conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil (Art. 185 LTDA)[37].

En todo caso se mantiene vigente el privilegio general para las autoridades y representantes legales de entes agrarios, conforme al cual los mismos no vienen obligados a absolver posiciones juradas ni a prestar juramento decisorio recordando por igual que la confesión espontánea del funcionario público o de sus sustitutos no tiene valor probatorio (Art. 185 *ejusdem*).

En torno a la prueba de experticia la misma podrá acordarse aún de oficio y en todo caso la practicará un solo experto designado por el Juez de la causa, quien fijará el lapso prudencial para su consignación en autos y con la advertencia de que el dictamen pronunciado no será vinculante para el Juez, quien podrá apartarse del mismo si existen otros medios de prueba que produzcan suficientes elementos de convicción, siempre que consten del expediente administrativo o reposen en los autos judiciales (Art. 186 *ejusdem).*

37. El citado Código, denominado Código del 87, en su última versión, luego de ligeras modificaciones que fuere menester realizarles es el publicado en la *G.O.* Extraordinaria n° 4.396 de fecha 2 de agosto de 1990, y en lo sucesivo se lo identifica como Cpc.

En cuanto al lapso probatorio y su pertinencia, vale la pena destacar que no habrá apertura del mismo cuando la controversia fuere de mero derecho o bien cuando el demandante o recurrente y el representante de los entes agrarios, así expresamente lo estipulen (187).

Conforme lo prevenido en el articulo 184 *ejusdem*, el trámite de las pruebas, es el siguiente: Si se admitiere la procedencia de pruebas, la causa quedará dispuesta para recibirlas a partir del día siguiente (hábil por supuesto) del vencimiento del término fijado para que tuviera lugar la contestación de la demanda o la oposición al recurso, y será de tres días hábiles, las cuales se agregarán a los autos al vencimiento del término de promoción, pero la parte no promoverte podrá oponerse a aquéllas, dentro del primer día de despacho siguiente.

Dentro de los tres días hábiles siguientes, el Tribunal proveerá sobre la admisión, y contra la negativa de admitir se oirá recurso en el solo efecto devolutivo, que deberá ser interpuesto dentro de los tres días hábiles siguientes.

El lapso para la evacuación será en todo caso de diez días hábiles.

F. Informes, sentencia y apelación: (Arts. 188 al 190 LTDA)

Vencido el lapso probatorio se fijará uno de los tres días hábiles siguientes para oír los informes, que en todo caso ahora serán recibidos en audiencia oral, y realizados estos o transcurrido el lapso para recibirlos, la sentencia deberá pronunciarse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes.

Contra lo resuelto en el proceso, se podrá interponer recurso para ate la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de publicación del fallo, o a partir de que conste la notificación del mismo a las partes, en el supuesto de que se la hubiere proferido fuera de lapso.

La apelación en todo caso será fundada y en ella se expondrán las razones de hecho y de derecho en las cuales se la pretenda sustentar.

G. Trámite de la Segunda Instancia: (Art. 191 al 193 LTDA)

Transcurridos cinco días hábiles de la fecha en que se hubiere dado cuenta en Sala del recibo de un expediente en apelación, la causa quedará abierta a pruebas, sin requerimiento de auto expreso, y sin que la normativa limite las que puedan promoverse en dicha instancia, y a partir del vencimiento de dicho término transcurrirán tres días hábiles para la promoción, en los cuales se agregarán a los autos las que se estimen pertinentes y tempestivas, vencido el cual la contraparte podrá ejercer su derecho a oponerse a las consignadas, dentro del día hábil siguiente, para que en los tres días hábiles que le siguen, la Sala provea sobre su admisión.

El lapso para evacuación en segunda instancia será de cinco días hábiles, vencidos los cuales empezará a computarse un lapso de diez días hábiles para que tenga lugar la audiencia oral de Informes, transcurrido el cual la causa deberá ser sentenciada en los treinta días continuos siguientes.

Nos merecen comentario especial en torno al procedimiento contencioso administrativo, el que a pesar de las largas páginas que ya lleva la discusión sobre el tema de las potestades probatorias del juez contencioso, la LTDA nada hubiere contemplado al respecto, dejando abierta la ya tradicional discusión sobre si el magistrado del contencioso tiene o no potestades probatorias plenas, que no solo *ad aclarandum*, lo que atiene a la naturaleza misma de dicho proceso, pues como se sabe, hasta hay quienes ponen en duda que lo sea.

Nos adherimos al respecto a la doctrina clásica, y compartimos con el maestro Devis Echandia[38] de que este tipo de debates es realmente un proceso, y es además un proceso contencioso, en el que con toda claridad ante órganos jurisdiccionales se desarrolla la pretensión, defensa y pruebas que controvierte entre sendas partes, aún cuando que tratándose de las nulidades administrativas, el concepto de legitimado pasivo se extiende de manera general a toda la administración del Estado, sin que sea inclusive menester su comparecencia a dicho proceso, para que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia o no de vicios que impidan validez al acto impugnado, mas ello no significa que no tenga oportunidad para ejercer la defensa de su acto, ni que terceros puedan intervenir en el proceso con esa intención, en tanto para ellos puede derivar interés en la preservación del acto.

Dados los intereses en juego, y más en materia agraria, cuando que la Ley especial los declara de especial connotación pública, al menos en Venezuela, no cabe duda que el Juez contencioso goza de una potestad probatoria más amplia que el del ordinario civil y que el propio especial agrario, pues debe y tiene interés en preservar el interés público agroalimentario y los principios que sustentan el interés en el auto abastecimiento en dichos rubros y con ello la actividad administrativa impugnada.

Somos pues de opinión, que a diferencia de otros sistemas, en Venezuela el Juez del contencioso en cuenta de los hechos que dimanan del expediente administrativo y de los que se le invocaren o pudiere él deducir de los alegatos en la instancia, puede ejercer con toda largueza la potestad probatoria, siempre que preserve el derecho de control de la prueba para la contraparte y mantenga la absoluta igualdad entre los intereses en juego.

IV. POTESTAD CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A esta materia se dispone especial normativa en los artículos 182 y 183 de la LTDA, estableciendo principios reguladores novedosos y aclarando situaciones que se prestaban a duda bajo la regulación existente antes de dicha Ley.

En primer lugar, se admite plenamente la potestad cautelar ordinaria, con lo cual se despeja de que en dicha competencia, cabe, sin lugar a duda todo lo que se refiere a cautela nominada e innominada, lo cual se rige, a falta de normas expresas, por lo que al respecto disponen o bien el Cpc o los ordenamientos especiales que las contemplen.

En segundo término, en adición a la potestad cautelar ordinaria, especial o general, se ratifica expresamente la pertinencia de la "suspensión de los efectos de los actos impugnados, total o parcialmente, cuando así lo soliciten las partes se compruebe que su

38. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "La prueba en el procedimiento contencioso en Colombia", en *Derecho Procesal Administrativo*, GONZÁLES PÉREZ, J., DORMI, J. Roberto, MORALES MOLINA, H. y otros, Ediciones Rosaristas, Colombia 1980, pp 167 ss.

inmediata ejecución comporta perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva y se acompañe garantía suficiente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquella en que se acuerde dicha suspensión.

No entraremos a desarrollar los presupuestos ni el carácter presuntivo de los elementos de prueba que deban aportarse, pues la jurisprudencia y doctrina, ya han allanado mucho los inconvenientes de la regulación que rige al respecto.

Destacamos sí que ahora no es de la libre apreciación del Juez exigir o no caución suficiente por los daños que pueden derivar de la suspensión, dada la forma de redacción al exigir la aludida garantía, sino que es mandataria, salvo los dos únicos casos de excepción que contempla la misma norma (Art. 182), esto es, cuando el peticionante de la suspensión, beneficiario de la LTDA carezca de recursos necesarios y lo compruebe fehacientemente, o cuando el beneficiario peticionante lo sea un representante de los entes estatales agrarios (en este último caso tampoco podrá revocarse por falta de impulso procesal) tal como se lo contempla en el aparte cuarto y final de la norma comentada.

A pesar de no dejar duda de la pertinencia de la posible suspensión, demostrados los extremos y cumplidos los requisitos adicionales que establece la Ley, se impone al Juez en todo caso el examen del posible conflicto de intereses que suponga la suspensión de los efectos, con los intereses colectivos en juego, debiendo entenderse el predominio de estos últimos cuando se deriven perjuicios al entorno social, por la sola protección de los intereses individuales.

Será esta una dura tarea para el Juez del contencioso agrario y el adecuado uso de la potestad, requerirá de hombres en el Poder Judicial, como los que preconiza la doctrina moderna para un verdadero Poder Judicial eficaz y comprometido con las causas de la Justicia[39].

La suspensión total o parcial acordada podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte por falta de impulso procesal de la parte beneficiada con la cautelar, cuando no se consigne la garantía suficiente tempestivamente o cuando hayan variado las circunstancias originales que aconsejaron la suspensión.

Como modalidad interesante de reseñar, determina la nueva Ley (183) que cuando se peticione en el proceso sobre una cautelar ordinaria, y a reserva de la que debe ejercer conforme al artículo 167 *ejusdem* (cautela en protección de los intereses públicos de mayor entidad), el Juez ordenará la realización de una instancia única oral a fin de conocer las posiciones de las partes en conflicto, concluida la cual, se dispondrá sobre la cautela solicitada, pudiendo diferirse dicho pronunciamiento por una sola vez, y hasta por 48 horas adicionales, en el caso de que el juez lo estimare necesario para un mejor conocimiento del asunto.

V. OBSERVACIONES FINALES

A nuestro entender, la importancia y trascendencia del tema del desarrollo agrario y las necesidades agroalimentarias del país, merecían una nueva Ley que contara cuando menos con mayor información de la ciudadanía y mejor participación ciudadana en su elaboración.

39. Los que preconizan entre otros los maestros MORELLO, BERIZONCE y PEYRANO, Jorge W., entre otros.

En ningún caso, a no ser, por el mero aspecto político, era recomendable su preparación y promulgación por vía de una Ley Habilitada, pues a nuestro modo de ver perdió el necesario apoyo popular y seriedad, por ese solo hecho. Por lo demás no existían razones ni circunstancias fácticas ni políticas, que así lo exigieran o lo justificaran

En la Ley se aprecia una clara desjudicialización de todo lo que atiene al entorno agrario, en especial de lo que se refiere a la conflictividad derivada de la posesión y tenencia de las tierras, lo que a nuestro juicio rompe toda igualdad y pone en tela de juicio la real protección de la propiedad privada. Acusar a la anterior LRA de haber obstaculizado el proceso de reforma del campo y el agro, o al poder judicial especializado de crear conflictividad resulta además de injusto, carente de todo fundamento. La conflictividad y parálisis del proceso tuvo su origen como otras muchas cosas en nuestro país, en la politicastreria barata

En la nueva ley se omite toda referencia a la protección e incentivación a los procesos empresariales agrarios, a las nuevas modalidades contractuales que caracterizan la actividad agroproductiva a nivel mundial y a la conveniencia de su protección e impulso.

En la nueva Ley se confieren peligrosamente potestades a la administración pública para resolver sobre conflictos generados entre particulares entre sí y entre particulares y la propia administración, que no garantizan verdadera imparcialidad ni transparencia.

Inusitadamente se pretermite la debida atención al concepto de posesión agraria, y se desnaturaliza el de propiedad, para crear un extraño híbrido, que, según hemos podido precisar persigue evitar el encarecimiento del factor tierra para el adecuado desarrollo agrario, cuando que existían otros mecanismos legales o contractuales que podían coadyuvar a una solución menos compleja del problema.

En nuestro criterio es conveniente un proceso de revisión a la brevedad posible del ordenamiento contenido en el Decreto con fuerza de Ley para Tierras y Desarrollo Agrario.

Hemos tenido que recurrir en muchos de los análisis al método exegético para el examen de las instituciones y modificaciones de la Ley, pero la inexistencia de modelo anterior, la novedad en las regulaciones y los nuevos substratos dados a aquellos, nos obligan a efectuarlo de tal manera, dejando abierto el camino para investigaciones mas profundas sobre origen, naturaleza y efectos de las novedades y cambios producidos.

Ciertamente que queda mucho por decir, pero cuando menos pensamos que hemos dejado abierta la puerta para la inquietud investigativa y las siempre fértiles discusiones doctrinarias.

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD

Blanca Lozano Cutanda
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONSIDERACIÓN TRADICIONAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROCEDER A SANCIONAR, POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO Y PROBLEMAS QUE COMPORTA

El artículo 25 de la Constitución española de 1978 establece que el principio de legalidad en materia punitiva se aplica tanto a la represión penal como a la administrativa, y prohíbe la imposición de sanciones administrativas que "directa o indirectamente impliquen privación de libertad". De esta forma, a la vez que se realiza un inequívoco reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora administrativa, adopta una visión unitaria del fenómeno represivo, al situar en pie de igualdad las categorías de *delitos*, *faltas* e *infracciones administrativas* respecto del principio de legalidad. Esta regulación unitaria ha sido ampliada por el Tribunal Constitucional a todos los aspectos de la potestad sancionadora administrativa, al reconocer, desde sus primeras sentencias de amparo en la materia, que "*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales*" (Sentencias de 30 de enero y 8 de junio de 1981).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha declarado aplicable a la potestad sancionadora administrativa no sólo los principios sustanciales de legalidad o de culpabilidad sino también las garantías procesales previstas en el art. 24 de la Constitución, "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de este precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1081), principios que, en su mayor parte, han sido incorporados a nuestra legislación en el Título IX ("De la potestad sancionadora") de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, en adelante).

Uno de los principios rectores del proceso punitivo penal que se esquiva tradicionalmente en el procedimiento sancionador es el denominado *principio de oficialidad o de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva derivado del de legalidad*. Este principio comprende, como se deduce del artículo 4 del Código Penal y ha explicado el Tribunal Supremo:

> "dos terminantes declaraciones, una de ellas, de naturaleza *negativa*, puesto que, los Tribunales, no pueden incriminar hechos que no se hallen penados por la Ley, absteniéndose de todo procedimiento sobre ellos y debiendo limitarse a exponer al Gobierno las razones que les asistan para creer que deberían ser objeto de sanción penal, y, la otra, de índole *positiva*, consagrada en el segundo párrafo de dicho artículo (art.2 -actualmente párrafo 3º del artículo 4-), la cual *compele a los Tribunales a ejecutar desde luego la sentencia, aunque, ellos, estimen que la acción u omisión de que se trate no debería ser punible, o que la pena es notablemente excesiva*" (STS de 23 de mayo de 1987, R.A. 3119).

Pues bien, en el ámbito sancionador administrativo tradicionalmente se ha venido aceptando una pretendida *discrecionalidad* de la autoridad administrativa para proceder o no a iniciar las actuaciones, lo que conlleva como consecuencia ineludible que no puede compelerse a la Administración a abrir un expediente sancionador y, por tanto, el denunciante no está legitimado para recurrir contra el archivo de una denuncia.

Se trata éste de un tema sobre el cual todavía se discute en la doctrina, como vamos a ver, con posiciones a favor y en contra de su aceptación, a lo que contribuye sin duda el que en las normas que regulan con carácter general el procedimiento sancionador administrativo no encontramos disposiciones que lo aclaren explícitamente.

Lo que se deduce a nuestro entender de la regulación que, de modo general y subsidiario[1], realiza el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RP en adelante), es más bien un apoyo a esa pretendida discrecionalidad de la Administración para ejercitar su potestad sancionadora. De acuerdo con el RP, la iniciación del procedimiento sancionador se produce de oficio, esto es "*por acuerdo del órgano administrativo competente*, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia".

Por denuncia, añade el reglamento, se entiende "El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa". Estas "peticiones -añade el RP- deberán expresar, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas presuntamente responsables (las denuncias *anónimas* no se reputan por tanto formalmente como tales, aunque constituyen una fuente de información que puede dar lugar, en su caso, a la iniciación del procedimiento sancionador por propia iniciativa de la autoridad competente); las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron".

---

1. La Ley 30/92, a diferencia de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, no regula de forma completa un procedimiento sancionador sino que se limita a establecer una serie de principios a los que deben sujetarse los procedimientos sancionadores. *V.*, J. PEMÁN GAVÍN, "La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Notas sobre su tramitación parlamentaria" en *Revista de Administración Pública* n° 132, 1993. Para justificar esta falta de regulación, con carácter general y básico, de un procedimiento sancionador completo, la Exposición de Motivos de la Ley 30/92, invoca la doctrina constitucional en virtud de la cual el procedimiento es una cuestión adjetiva y va por ello siempre asociada a una determinada materia, afirmando que "el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración pública en el ejercicio de sus competencias". De esta forma, a quien corresponde la competencia sustantiva, corresponde constitucionalmente también la competencia sobre el procedimiento. En principio, por tanto, el Estado regula sus propios procedimientos en relación con las materias de su competencia y las Comunidades Autónomas y Administraciones locales los suyos propios. Con base en el art. 149.1.18 el Estado puede, todo lo más, establecer a lo sumo, en la Ley 30/92, los principios básicos del procedimiento administrativo (y en el título IX lo hace respecto de la potestad sancionadora).

El Reglamento afirma que "La formulación de una petición *no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador*, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento", y "*cuando se haya presentado una denuncia*, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación". Esta "comunicación" al denunciante es el único elemento de mayor toma en consideración de las peticiones de apertura de expediente formuladas por los particulares que el RP ha introducido respecto de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Por lo demás, la discrecionalidad del órgano competente para determinar o no la iniciación del expediente sancionador se mantiene en los mismos términos, no existiendo ningún deber de motivar o justificar la apertura o no del procedimiento sancionador.

Lo curioso es que, siendo ésta una cuestión de enorme trascendencia, la doctrina administrativista apenas ha prestado atención a esta cuestión hasta tiempos muy recientes. Y hoy no puede considerarse como una cuestión intrascendente, dada *la actual proliferación de la previsión de infracciones y sanciones*. En los últimos treinta años se ha producido lo que puede calificarse de una "*eclosión de la potestad sancionadora de la Administración*". Esta ampliación del campo de aplicación se corresponde con la extensión de los ámbitos de intervención del Estado, pues a las misiones de regalía tradicionales se han venido a añadir funciones de lo más diversas (entre las que cabría destacar la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico- artístico o de la ordenación urbanística), o bien asociadas a la idea de un Estado supervisor, responsable de conciliar los diferentes imperativos u objetivos de interés público en las actividades privadas liberalizadas (dado que las actuales tendencias liberalizadoras de la economía o de reducción del intervencionismo administrativo inclinan hoy la balanza hacia la prestación de servicios, tradicionalmente reservados al monopolio estatal, por empresas particulares), mediante la utilización de la regulación, y toda extensión de la regulación se acompaña, por regla general, de nuevas infracciones. Este fenómeno se ve impulsado además por una cada vez mayor demanda de seguridad por parte de la sociedad, hasta el punto de que se ha llegado a hablar de una *infantilización* generalizada de la sociedad, que se hace cada vez más exigente respecto a las garantías de la seguridad por parte del Estado, lo que impone cada vez mas la articulación de medios de concertación en un principio, y de constricción y sanción a continuación[2].

2. *V.*, QUASTANA, J., "La sanction administrative estelle encore une decisión de l'administration?" en *L'actualité juridique- Droit administratif*, número especial dedicado a "Les sanctions administratives. Actualité et perspectives", 20 de octubre de 2001, pp. 143 y 144.

Un ejemplo de actualidad lo tenemos en la creación de las *Agencias de Seguridad Alimentaria*, constituidas por una Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria que se coordina con las Agencias nacionales creadas con el mismo objetivo, que no es otro que el de reducir, eliminar o evitar los riesgos para la salud derivados de los alimentos. Este sistema de protección de la seguridad en los alimentos se ha articulado en gran medida como respuesta al mal conocido de las *vacas locas*. En nuestro país, la Ley 11/2001, de 5 de julio, creó la Agencia de Seguridad Alimentaria como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, con el objetivo general, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, "de proteger la salud pública, contribuyendo a que los alimentos destinados al consumo humano -considerando la cadena alimentaria en su integridad desde la producción primaria hasta el consumo- sean seguros y garantizar su calidad nutricional y la promoción de la salud".

Pues bien, el riesgo de la *encefalopatía espongiforme* derivada del consumo de carne procedente de vacuno alimentado con piensos animales es uno de los supuestos que ADAMS, John, profesor del University College of London, define como *riesgos virtuales*. Junto a los riesgos directamente perceptibles (subir a un árbol, conducir un coche etc.), y a los riesgos perceptibles con la ayuda de la ciencia, tales como una epidemia de cólera u otra enfermedad contagiosa, ADAMS, en un libro expresivamente titulado *Cars, Cholera and Cows: Virtual Risk and the management of Uncertainty* (*Coches, Cólera y Vacas: Riesgos virtuales y la gestión de la Incertidumbre*) -Londres

Como consecuencia de la confluencia de estos factores, el catálogo de infracciones ha aumentado tan prodigiosamente que no es exagerado afirmar, como dice Alejandro Nieto, que "no existe ni un solo ciudadano que pueda estar seguro de no estar contraviniendo alguna norma. El Ordenamiento Jurídico ha colocado a todos los ciudadanos, incluso a los más escrupulosos, fuera de la ley, y sólo la tolerancia personal de las autoridades y sus agentes, así como la propia debilidad del aparto represivo evitan que todos los españoles estén 'empapelados'"[3].

Hasta tiempos bien recientes, sin embargo, esta potestad apenas ha sido ejercida por la Administración, lo que a juicio de Nieto, hace más *tolerable* esta potestad. Mientras la proliferación de la previsión de infracciones y sanciones iba acompañada de una tolerancia administrativa generalizada, salvo en algunos ámbitos muy concretos como las multas de tráfico o las sanciones tributarias, los efectos perversos que podían derivarse de la discrecionalidad administrativa para el principio de seguridad jurídica de los administrados apenas resultaban perceptibles.

Por ello, hay autores que, como el propio Alejandro Nieto, han venido justificando el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora, aunque este autor muestra una posición cada vez más matizada en las sucesivas ediciones de su obra *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte Nieto de un presupuesto fáctico en virtud del cual, como hemos expuesto, "*la Administración no ejerce de ordinario su potestad sancionadora, de tal manera que sólo una mínima parte de las infracciones que se cometen llegan a ser castigadas*"[4]. Lo cierto, sin embargo, es que en determinados ámbitos en los que existe una fuerte conciencia social de la necesidad de protección de los bienes puestos bajo la tutela de la Administración, este presupuesto está cambiando aceleradamente, pudiendo citarse en este sentido las sanciones en el ámbito de la protección del medio ambiente. La Administración de la protección del medio ambiente, impulsada por una cada vez mayor concienciación social y por un aparato burocrático que ha ganado mucho en eficacia (hay que alabar en este punto la labor que están llevando a cabo los agentes del SEPRONA, "Servicio de Protección de la naturaleza de la Guardia Civil"), está comenzando a sancionar con dureza a las empresas que incurren en ilícitos medioambientales[5].

1999-, califica de virtuales los riesgos en los que "Los científicos no están de acuerdo. No existen pruebas irrefutables. Se basan en una hipótesis". Los riesgos virtuales que alarman a la sociedad occidental están sufriendo un incremento espectacular, cuando paradójicamente (o precisamente por ello) las cotas de salud y bienestar son más altas que nunca, desde la comida transgénica, el agujero de la capa de ozono, el *síndrome de la clase turista*, el recalentamiento de la tierra..., y el problema es que, como señala este autor "los riesgos virtuales pueden ser o no imaginarios, pero tienen consecuencias reales" en cuanto vivimos en una sociedad, como dice John CARLIN, "que exige garantías totales contra todo riesgo, que ha cogido el hábito de echar inmediatamente la culpa a las autoridades si no se imponen todas las medidas para que la utopía de la seguridad absoluta se haga realidad algún día" ("Riesgos virtuales", artículo publicado en el diario *El País*, de 4 de febrero de 2001).

3. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª edición ampliada, Editorial Tecnos, 2002.

4. *Ibidem*, p. 142.

5. Por lo que respecta a la Comunidad de Madrid, la Consejería de Medio Ambiente en el año 2001 impuso 3.430 multas por delitos medioambientales, un 35% más que el año anterior. La mayor parte de las multas se debió a vertidos ilegales, motocicletas circulando por zonas rurales protegidas u hogueras en acampadas no autorizadas. La sanción más grave hasta ahora impuesta lo ha sido, en el año 2002, a una empresa dedicada a la extracción de áridos, por actuar de manera ilegal en una zona declarada por la Unión Europea de especial protección de las aves. Los infractores han de pagar 600.000 euros en concepto de multa, 140.636 como indemnización por daños y perjuicios, y además, están obligados a reparar los daños causados en la zona, que pueden establecerse en unos 120.000 euros (datos extraídos del periódico *El País*, de 22 de abril y de 4 de octubre de 2002).

Y la justificación que da este Nieto al ejercicio facultativo de la potestad sancionadora administrativa, que a su juicio "también en esto se distingue de la necesidad, salvo excepciones, de las acciones penales", es puramente fáctica, basada en *la realidad*. Así lo explica el autor:

> Sería ingenuo decir que la realidad debe imponerse porque ya se encarga ella de hacerlo sin que nadie lo propugne: la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que *es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores*. Sostener, por tanto, el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así. *Ad impossibilia nemo tenetur*; el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible[6].

La consideración de que la incoación de un expediente sancionador o su archivo son facultativos para la Administración aparece para este autor, como bien señala Magide Herrero, como "un intento de racionalizar una situación patológica, fruto de la combinación de la escasez de medios de la Administración y de un régimen sancionador desproporcionado". Ante la evidencia de que sólo un pequeño número de las infracciones se persigue, que deriva en muchos casos en situaciones verdaderamente arbitrarias, la abierta consideración como discrecional de la persecución de las infracciones administrativas que propugna, como veremos, este autor, se presenta, añade Magide, "probablemente con cierta razón, como una respuesta garantista dentro del realismo (...). Este planteamiento supone un ejercicio de realismo, siempre sano, más hay que ser conscientes de que *la aceptación de esta situación no colabora en absoluto a su deseable corrección"*[7].

Ciertamente, el planteamiento realista defendido por el profesor Nieto y más recientemente por Huergo Lora[8], aparte de que resulta imposible de conciliar con el principio de legalidad, dada la redacción imperativa que revisten las normas sancionadoras, puede ser además refutado con argumentos extraídos también de la realidad práctica, y en este sentido pueden hacerse dos tipos de consideraciones:

> *El mismo argumento podría aplicarse a la potestad represiva del juez penal en determinados delitos*, como en el caso, por ejemplo, de ciertos delitos societarios, como es el tipificado en el art. 290 del Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), en el que se castiga con pena de prisión de hasta tres años y multa el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Resulta bien conocido que la doble contabilidad o falseamiento en alguna medida de los datos contables de las empresas es un fenómeno muy extendido, y que reprimir todas las conductas incumplidoras exigiría, al igual que dice Nieto respecto de las infracciones administrativas, "multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así", pero eso no empece que, cuando un fraude de este tipo es descubierto, la maquinaria judicial deba necesariamente ponerse en marcha para su represión.
>
> Si las sanciones administrativas se aplicaran sin excepción en todos los supuestos previstos, *no haría falta esa "inflación" de sanciones administrativas* y, sobre todo, *se lograría mucho mejor el fin de las sanciones* que, como dice el propio Nieto, "es, en último extremo, el cumplimiento de determinadas normas" o, lo que es igual, *la disuasión de la infracción del ordenamiento jurídico*. No resulta en absoluto contrastado por los hechos, sino más bien lo contrario, "que en ocasiones es más eficaz a tales efectos la benevolencia que el rigor y tal es la política que se sigue actualmente en casi todas las administraciones públicas".

---

6. *Ibidem*, p. 144.
7. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes, Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid 2000, p. 340.
8. HUERGO LORA A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos" en *Revista de Administración Pública* n° 137, 1995, pp. 189 y ss.

Late aquí, y el propio autor lo reconoce, una concepción de la sanción como *amenaza* en virtud de la cual "La Administración advierte primero, antes de castigar, o castiga por días o por zonas, si es que cree que con ello se propicia el respeto posterior a las normas". La sanción, sin embargo, no puede operar como una amenaza, lo que supondría vulnerar frontalmente el principio de legalidad en materia sancionadora, sino como el castigo vinculado necesariamente por la ley a determinada conducta infractora, pues lo contrario supondría volver a una idea premoderna del *ius puniendi* del Estado, pudiéndose citar en este sentido las palabras de M. Foucault: lo característico del castigo en el Estado moderno es que "se pide eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; *es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen*"[9].

Tal concepción va además en contra, como hemos señalado, del propio efecto disuasorio de la potestad sancionadora, como el propio Nieto reconoce más adelante, al afirmar que "la conciencia de vivir fuera de la ley desestimula al individuo a la hora de cumplirla. Sabiendo que es imposible (*sic*) evitar las infracciones y sabiendo que depende del azar el ser sorprendido por un agente o de la tolerancia (comprada o gratuita) de autoridades o funcionarios, ya no se tiene demasiado interés en legalizar las situaciones"[10].

Experiencias recientes en materia de tráfico vienen a demostrar que un sistema sancionador que funcione con eficacia y de acuerdo con el principio tolerancia cero despliega una enorme eficacia disuasoria de las conductas infractoras: cuando se establece un régimen de aparcamiento controlado, como el que se ha implantado en los últimos años en muchas ciudades españolas, en el que el infractor sabe que con una altísima probabilidad, casi certeza, va a ser sancionado si no cumple con la norma (pagar la tasa de estacionamiento y no permanecer en la plaza más tiempo del permitido), el cumplimiento se convierte en la norma y no hace falta incrementar la cuantía de las sanciones para que éstas tengan mayor capacidad disuasoria. Por ello, señala el magistrado Sabán Godoy, la obligatoriedad de la acción sancionadora administrativa es posible "que produjera una disminución de previsiones sancionadoras con lo que éstas volverían a ser únicamente consecuencia de una agresión al interés público y no una amenaza"[11].

Este último argumento, de especial peso en cuanto supone que la falta de obligatoriedad en el ejercicio de la potestad sancionadora viene a *desvirtuar por completo el carácter disuasivo de la sanción* ha sido puesto de manifiesto también por M. Rebollo Puig, que señala que la eficacia disuasoria de las sanciones administrativas se ve completamente desactivada desde el momento en que la sanción "ya no sería consecuencia jurídica necesaria de la infracción que puede lícitamente quedar impune a voluntad de la Administración, sino de la *conjugación de una serie de factores aleatorios entre los que jugarían un papel fundamental las buenas relaciones con las autoridades y funcionarios, empezando por los mismos inspectores*"[12].

Y enlazamos así con el segundo y gravísimo problema que entraña esta tradición de que la Administración pueda libremente decidir no imponer la sanción aunque concurrieran todos los requisitos para ello. Nos referimos al *fenómeno de la corrupción*, que

9. Vigilar y castigar, traducción española, Siglo XXI, Madrid 1992, p. 17 (tomo la cita de A. HUERGO LORA, *ob.ult.cit.*).

10. *Ibidem*, p. 146.

11. SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1991.

12. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, editado por el Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1989, p. 714.

tanto en el sector económico como en el de la actuación de los poderes públicos es un tema que mantiene por desgracia su actualidad incluso en las democracias más desarrolladas[13]. Con mucha claridad expone este problema A. Sabán Godoy:

> Ante el exceso de poder y la amplitud de posibles infractores, *la inacción, en su sencillez y comodidad, otorga la más incontrolable potestad*. Sancionar es tarea comprometida, penosa y expuesta; no hacerlo, o dejar prescribir la facultad, en la práctica resulta impune. Asociada esta posibilidad a las cuantías en juego en algunos sectores (nuclear, mercados, fiscal etc.) aquélla nos da una idea de los eventuales efectos que puede tener para la introducción de intereses ajenos a los públicos[14].

El problema no se limita, a mi entender, a la introducción de "intereses ajenos a los públicos", lo cual puede suceder evidentemente, sino a que el ejercicio de la potestad sancionadora se haga depender de la concurrencia de otros intereses públicos, que no fueron los contemplados en la norma cuando reguló determinadas conductas y previó para el incumplimiento de la regulación la imposición de determinadas sanciones. Pensemos, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente, en el que una empresa puede estar, por ejemplo, contaminando por encima de los umbrales permitidos por la legislación, pero las autoridades competentes para sancionar consideran que, puesto que se trata de una empresa que proporciona muchos puestos de trabajo y enriquece a la colectividad, y la aplicación estricta de las sanciones conduciría con toda probabilidad a su cierre, prefieren mirar hacia otro lado y permitir que la empresa siga infringiendo la legalidad y, lo que es más grave, vulnerando los derechos e intereses de los vecinos[15].

El ejercicio facultativo de la potestad sancionadora genera además *un problema grave de inseguridad jurídica en los ciudadanos* que ha sido detectado por Nieto. Este autor reconoce que, ante la libertad de la Administración de proceder o no a sancionar, "el ciudadano está en manos de la Administración, cuya tolerancia ha de comprar con la sumisión política y con la colaboración en la corrupción. El individuo que hace un gesto de protesta o de crítica no será castigado por ello, naturalmente; pero corre el riesgo -y en determinados casos, la certeza- de que será visitado por inspectores fiscales, inspec-

13. Sobre el fenómeno de la corrupción, *V.*, entre otras, las siguientes obras (ordenadas cronológicamente): MENY,Y., *La corruption de la République*, Editorial Fayard, París 1992; DELLA PORTA D. y MENY Y., *Démocratie et corruption en Europe*, Ediciones La Découverte, París 1995; SÁNCHEZ F.J., *Detrás del escándalo político: opinión pública, dinero y poder en la España del siglo XX*, Tusquets Editores, Barcelona 1995; ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: causes, consequences and reform*, Cambridge University Press, 1999; CAIDEN, G.E., DWIVEDI, O.P., JABBRA J., (editores), *Where corruption lives*, Connecticut 2001.

14. *Ob. cit*., p. 43.

15. Este riesgo de corrupción o, como mínimo, de desviación de poder, es señalado también por el profesor REBOLLO PUIG:

> "La *libertad de disposición* sancionadora puede conducir en el sector concreto que nos ocupa a distorsionar de tal forma el mercado que sustituya completamente sus mecanismos por el de la voluntad política de turno, pues no otra cosa será regular hasta en los más ínfimos detalles la actividad empresarial -lo cual resulta lícito en defensa de la salud pública y los intereses del consumidor- y prever sanciones ante su transgresión que pueden suponer de hecho la práctica imposibilidad de subsistir para la mayor parte de las empresas, y después hacer depender la efectividad de todo ello -no sólo de las sanciones, sino de la real efectividad de la regulación material de la actividad, pues una cosa conllevará la otra normalmente- de una decisión administrativa completamente libre que puede atender en su selección de los sancionados a los criterios más variados, desde electorales hasta puramente personales, incluso muy lícitos, como la confianza que para los funcionarios y autoridades pueda merecer una empresa en que se detecta la infracción muy grave y la desconfianza en aquella otra en que se detecta una leve. No hace falta decir que todo ello da cabida también a cualquier criterio menos legítimo que los anteriores y sin que haya ningún medio para combatirlo, pues perfectamente ajustada a Derecho sería la imposición de una sanción a una empresa que realmente ha cometido la infracción y la no imposición a otra en igual situación, sin que tan siquiera quepa alegar en el primer caso desviación de poder, ni violación de la igualdad (...)" (*ob. cit*., p. 713).

tores de industria, inspectores de policía, que constatarán inevitablemente infracciones suficientes como para hacerle arrepentirse de su gesto desencadenante. Dicho en una palabra: *el ciudadano vive entre la arbitrariedad y el azar: unas condiciones que convierten en un sarcasmo (...) las garantías del Derecho Administrativo Sancionador y* permiten sospechar razonadamente de las pregonadas virtudes del Estado de Derecho"[16].

A pesar de detectar estos problemas, algunos autores, como el propio Nieto tal y como hemos visto, o de forma reciente E. Cobreros Mendazona[17], no propugnan la supresión del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa sino su limitación.

En el caso de Alejandro Nieto[18], parte de que "parece conveniente (o más bien inevitable) dejar en manos de la Administración la decisión de perseguir, o no, a los infractores, salvo que haya interesados -afectados en sus derechos o intereses legítimos, se entiende- que así lo soliciten", pero "*la oportunidad debe entenderse como discrecionalidad -y, en cuanto tal, controlable- y no como arbitrariedad*", y los "criterios de tal control" (supuesto que, obviamente, se parte de la no obligatoriedad) se basan fundamentalmente, a su juicio, en que, para no incurrir en arbitrariedad "la Administración tiene que justificar las razones que le impulsan a perseguir una infracción concreta en un contexto de tolerancia".

Este argumento es equivalente a la necesidad que se le impone a la Administración de motivar sus actos cuando se separen de los precedentes anteriores, pero presenta la quiebra de que, como el propio autor reconoce, "tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han sentado la doctrina de que la igualdad no puede invocarse dentro de la ilegalidad", lo que ha sido incluso aplicado a los denominados "precedentes ilegales"[19], por lo que por mucho que la Administración se haya separado del criterio mantenido con carácter general nunca podrá alegarse, ni contemplar los jueces que se ha vulnerado el principio de igualdad de los ciudadanos y que, por tanto, se ha incurrido en arbitrariedad[20]. Curiosamente, el argumento que ha avanzado el Tribunal Supremo para justificar esta inoperancia del principio de igualdad frente a la ilegalidad es el mismo que le ha llevado a Nieto a defender el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción sancionadora y su pretendido límite en la arbitrariedad, y no es otro que la imposibilidad de sancionar a todos los infractores. Así lo argumenta el TS en la Sentencia de 4 de noviembre de 1996 (R.A. 7887):

> "existe una justificación posible para un posible tratamiento desigual" pues "el respeto a las garantías procedimentales y procesales y la necesidad de una prueba de cargo *impide que pueda afirmarse que necesariamente todas las conductas objetivamente punibles puedan ser sancionadas*".

16. *Derecho administrativo sancionador, cit*., p. 146.

17. COBREROS MENDAZONA, E., "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado" en el *Derecho Administrativo Sancionador en el umbral del siglo XIX. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coordinador SOSA WAGNER, F., Editorial Tirant lo blanch, t II, Valencia 2000, pp. 1437 y ss.

18. *Ob.ult.cit*., pp. 146 y 147.

19. De acuerdo con la STS de 20 de febrero de 1991, R.A. 1053, "El precedente ilegal no vincula, puesto que el principio de igualdad juega tan sólo dentro de la legalidad" (...) "el precedente ilegal no justifica la impunidad ni excluye la antijuricidad".

20. Entre otras muchas, podemos citar la STS de 16 de marzo de 2001, R.A. 4143, que, ante la separación definitiva del servicio impuesta a un policía de la Ertzaintza por haber sido condenado penalmente como autor de un delito de colaboración con banda armada y frente a la alegación del sancionado de vulneración del principio de igualdad porque a otros compañeros suyos en situación similar no se les impuso la misma sanción, sostiene que "el principio de igualdad (...) es demandable en la legalidad y no en la ilegalidad".

Cobreros Mendazona, por su parte, establece dos criterios "a partir de los cuales no sea legítimo reconocer a la Administración competente margen alguno de discrecionalidad en el caso de que se trate, como son: 1º) la gravedad del hecho constitutivo de infracción; y 2º) las repercusiones de dicha acción o, más concretamente, la entidad del riesgo originado o del riesgo efectivamente producido. En los restantes casos, esto es, en los que podemos considerar como infracciones leves o de livianas consecuencias, de mejor o peor grado quizá haya que rendirse a la evidencia de un cierto margen de discrecionalidad en manos de la Administración". El problema de estos límites fundamentales (pues el autor establece también algunos límites o elementos correctores como él los denomina, del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa[21]), estriba en que los límites que impone están constituidos por conceptos jurídicos indeterminados ("*la gravedad del hecho*", "*la entidad del riesgo originado*"), que habrá de apreciar la Administración al aplicar unas sanciones que, con frecuencia, presentan ya en su tipificación un amplísimo margen de apreciación, recurriendo también a conceptos muy semejantes, por lo que difícilmente podrá controlarse la discrecionalidad de la Administración al apreciar si concurren o no las circunstancias requeridas para que resulte obligatorio poner en marcha el aparato sancionador[22].

Nos adscribimos, por ello, con la que puede considerase doctrina mayoritaria, a la defensa de el principio de oficialidad u obligatoriedad del ejercicio de la potestad sancionadora. Pueden destacarse en este sentido, además de las opiniones ya reflejadas de Rebollo Puig y de Saban Godoy, la muy autorizada de E. García De Enterría y T. R. Fernández, que afirman taxativamente que "*En modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración*"[23].

Esta posición resulta hoy, a nuestro entender, *la única defendible en cuanto resulta una consecuencia ineludible del principio de legalidad que rige la potestad sancionadora de la Administración* y la única además, que permite que la potestad sancionadora siga expandiéndose sin poner en grave peligro la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad de los interesados, y así lo corroboran además, como expondremos a continuación, tanto la evolución desde el principio de oportunidad al de oficialidad que ha tenido lugar en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como nuestra jurisprudencia y alguna norma de reciente aparición.

---

21. Estos *elementos correctores* destinados a impedir la arbitrariedad administrativa son los siguientes: "En primer lugar, ha de insistirse en que la discrecionalidad, caso de existir, se referirá sólo al momento previo del ejercicio de la potestad sancionadora; una vez decidida su incoación y puesto en marcha el correspondiente procedimiento, la actuación dejará de ser discrecional para ser, en principio, estrictamente reglada. En segundo lugar, debe seguir manteniéndose el control pleno de la Jurisdicción contencioso-administrativa tanto de su ejercicio como de su omisión, si ello resultara discriminatorio, desviado o inspirado por finalidad desviada respecto de la específicamente prevista. Finalmente, no puede reconocerse discrecionalidad alguna a la hora de incoar un procedimiento sancionador cuando la infracción sea denunciada por un interesado, sin perjuicio de las facultades que tiene la Administración de comprobar la veracidad de los hechos denunciados", *ob. cit*., pp. 1454 y 1455.

22. Así, por ejemplo, si en caso de las infracciones a la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (Ley 16/2002, de 1 de julio), la diferencia entre las sanciones muy graves y las graves cuando se trata de "incumplir las condiciones establecidas en la autorización ambiental integrada", es que se haya o no "producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente" o que se haya o no "puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas" (art. 31), los criterios que propone COBREROS otorgan un doble margen de discrecionalidad a la Administración: para decidir si la sanción es muy grave o grave y, para en cualquiera de los dos casos, determinar si la entidad de "la gravedad" le obliga o no a sancionar. En el caso de las sanciones *muy graves* parece que en todo caso habrán de estimarse concurrentes, pero ¿qué ocurre en el caso de las graves?. Se trata de un criterio que reduce sólo en una medida muy limitada la amplísima discrecionalidad de la Administración para iniciar o no el expediente sancionador.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, vol. II, 5ª edición, Madrid 1998, p. 186.

II. LA OFICIALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA COMO NECESARIA CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y LA EVOLUCIÓN SUFRIDA EN ESTE SENTIDO POR OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre el principio de obligatoriedad de la acción penal, y lo ha hecho declarándola como una consecuencia insoslayable del principio de legalidad en materia punitiva que vincula tanto a la Administración como a los Tribunales. En la Sentencia 173/2002, de 9 de octubre de 2002, afirma así que:

> Es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ5). Ahora bien, tampoco cabe duda de que el art. 117.3 CE no faculta al juez a que, una vez seleccionada la única norma aplicable al caso concreto, simplemente la inaplique, soslayando, por una parte, el procedimiento expresamente establecido en la norma suprema a tal fin (la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163), y *desconociendo, por otra parte, el principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título preliminar (art.9.3), y que es un límite no sólo de la actuación administrativa (art.103.1) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2).* La norma legal, en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y, por ello, nula, está vigente (STC 23/1988, de 22 de febrero, FJ 2).

De esta última Sentencia del Tribunal Constitucional se deduce ya que el principio de legalidad, con su corolario de obligatoriedad de aplicación de la norma sancionadora prevista, resulta de necesaria aplicación en el ámbito de la actuación administrativa. Así lo confirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de mayo de 1999 (R.A. 10096): "*el principio de legalidad, de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, que gobierna la actuación de las Administraciones públicas, impone la corrección de las infracciones administrativas que hayan podido cometerse*" (en el mismo sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1992 -R.A. 2245[24]-).

Del mismo modo, y por lo que respecta a la vertiente negativa de la vinculación de la potestad sancionadora al principio de legalidad, el Tribunal Supremo ha declarado que

---

24. En esta Sentencia, ante una denuncia en materia urbanística que se había archivado de modo improcedente, el Tribunal declara:

"El último argumento del Ayuntamiento apelante, convirtiendo en una simple facultad el deber de abrir expediente ante una denuncia del tipo de la de autos, es aún más rechazable, ya que ante el problema de una posible infracción administrativa, en general, y muy especialmente ante una de naturaleza urbanística, *la Administración no tiene opciones, puesto que la simple sospecha de encubridora de cualquiera de ellas, no sólo representa una dejación de sus deberes de orden público, sino hasta motivo de reprobación por la ciudadanía de carácter ético-político*.

Deber que en esta materia no sólo se impone por las consideraciones de orden teórico y de principio que hemos señalado, ya que viene reforzado por una norma inequívoca de derecho positivo, como es la contenida en el art. 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística".

De acuerdo con este precepto del Reglamento de Disciplina Urbanística (aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio), "En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas". De la redacción de este precepto se deduce claramente una obligación de la Administración de reponer los bienes afectados por las infracciones al estado interior, lo que conlleva necesariamente, la determinación de la infracción como presupuesto necesario y la consiguiente imposición de la sanción correspondiente.

la Administración "no puede a su libre voluntad, sancionar cualquier hecho que considere constitutivo de infracción jurídica, ni imponer la sanción que tuviere por conveniente" (Sentencia, Sala 3ª, de 4 de noviembre de 1980).

Ha de notarse que, al reiterar el Tribunal Supremo el sometimiento pleno de la Administración "*a la ley y al Derecho*" que impone el art. 103 de la CE, está reconociendo que el principio de legalidad se vería vulnerado por la no corrección de las infracciones administrativas que hayan podido cometerse, *sin perjuicio del rango, legal o reglamentario, que revista la norma tipificadora*, que es en el único aspecto en el que el Tribunal Constitucional ha admitido una cierta flexibilización del principio para las sanciones administrativas.

La vulneración frontal del principio de legalidad que provoca la aceptación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es evidente, pues la aplicación de la norma, con la imposición de la sanción correspondiente, ya no se deriva exclusivamente de la realización de las conductas establecidas en la norma, sino que se incorpora también, como condición necesaria, una decisión de la Administración no vinculada por la predeterminación normativa de los ilícitos y su sanción.

Consideramos, por tanto, que los principios que rigen nuestro derecho sancionador imponen, tal y como confirman diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, el principio de oficialidad de la acción punitiva del Estado, cuyo reconocimiento legislativo propugnamos. Hoy tal reconocimiento resulta necesario y urgente, cuando la tolerancia administrativa, además de generar los problemas de seguridad jurídica apuntados, puede encubrir fenómenos de connivencia entre las autoridades sancionadoras y los infractores, como ocurre, en concreto, en el ámbito de los nuevos delitos en los que el sistema penal actúa como un refuerzo de acción administrativa, como es el caso, ya señalado, del sector de la protección del medio ambiente. En este ámbito, *si el sistema sancionador administrativo no funciona con un respeto escrupuloso del principio de legalidad, se desploma todo el sistema de garantía de la protección del medio ambiente mediante la represión pública*, dado el carácter accesorio que reviste la represión penal a través del fenómeno de los llamados *delitos en blanco*, en los que se utiliza la técnica del reenvío a la normativa o a las técnicas de control administrativas (contar o no con la autorización pertinente, por ejemplo), para la descripción de la conducta merecedora de reproche penal[25].

Salvo en los supuestos en los que los particulares acudan directamente a la jurisdicción penal utilizando la acción pública, será la Administración quien, mediante los sistemas de control e inspección establecidos[26], determinará la concurrencia de ilícitos y habrá de pasar el tanto de culpa a los Tribunales cuando consideren que revisten gravedad penal. Ahora bien, determinadas autoridades administrativas, ante los poderosos y más rentables políticamente a corto plazo intereses económicos, podrá tolerar industrias o actividades económicas que incumplan la normativa ambiental, y guardarse incluso la amenaza de la sanción como instrumento de coacción o de corrupción, con lo que la ilegalidad podrá no ser descubierta y dejará de reprimirse aun en el caso de que por su entidad revistiera un supuesto de delito ecológico.

---

25. Sobre la configuración de la mayoría de los delitos ecológicos en el Código Penal español como "delitos en blanco", *V.*, LOZANO B., *Derecho ambiental administrativo*, Editorial Dykinson, 3ª edición, Madrid 2003, pp. 503 y ss.

26. Sobre los distintos medios de inspección con que cuenta en la actualidad la Administración, *V.*, el reciente y completo estudio de FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada 2002.

Hay que señalar que el principio de oficialidad de la acción punitiva de la Administración se está imponiendo de hecho gradualmente en los países de nuestro entorno jurídico.

En el caso de Alemania, la Ley Reguladora de las Infracciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten -OwiG-* de 2 de enero de 1975), establece la discrecionalidad *vinculada* para la persecución de las infracciones administrativas[27], pero esta inicial libertad de ha ido acotando por la jurisprudencia, en especial, limitando la posibilidad de no persecución a las infracciones leves[28].

Pero sobre todo, resulta destacable el caso de Italia, puesto que fue Guido Zanobini quien más contribuyó, incluso en España, a imponer la clásica concepción de la sanción como una penalidad "cuya aplicación constituye para la Administración, a la que se refieren los deberes de sancionar, *un derecho subjetivo*"[29]. Esta concepción tradicional ha sufrido sin embargo una evolución radical, hasta el punto de que la doctrina actual afirma como uno de los principios rectores del ilícito administrativo el de "*legalidad- obligatoriedad procedimental*", por el cual en el ejercicio de la actividad sancionadora la Administración se halla obligada a ejercitar la acción represiva al igual que el juez penal[30].

El fundamento de este principio de obligatoriedad procedimental se halla, como señalan Paliero y Travi, en las exigencias de imparcialidad y racionalidad sancionadas por los arts. 97 y 3 de la Constitución italiana, entendidas "no sólo en su aspecto sustancial -de adecuación de la entidad de la sanción a la gravedad del ilícito-, sino también desde su aspecto formal -de no discriminación en su irrogación-, sin admitirse condicionamientos de "oportunidad, ni *objetiva* (intereses administrativos particulares), ni, aun menos, *subjetiva* (persona del infractor)"[31].

El Tribunal Constitucional italiano así lo ha reconocido expresamente, al afirmar que "también respecto de las sanciones administrativas rige la exigencia de la predeterminación *ex lege* de rigurosos criterios de ejercicio del poder relativo a la aplicación (o a la no aplicación) de éstas" (Sentencia de 14 de abril de 1988, núm. 147).

A juicio del Tribunal Constitucional italiano, esta exigencia se fundamenta en el principio de imparcialidad del art. 97 de la Constitución, y en la prescripción, contenida en el art. 23, de que "ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta si no

27. Art. 47.1 de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OwIG): "La persecución de las infracciones depende de la discrecionalidad vinculada (pflichtgemesses Ermessen) de la Administración sancionadora, quien puede ordenar el archivo del expediente mientras el procedimiento sea de su competencia" (tomo la traducción de NIETO, *Derecho sancionador administrativo, cit*., p. 143).

28. *V.*, en este sentido, las observaciones de TIEDEMANN K., en ROXIN, ARTZT y TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ariel, Barcelona 1989.

29. Esta tesis fue formulada por primera vez por ZANOBINI G., en *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Turín 1924, y en nuestro país fue recibida por MONTORO PUERTO M., quien afirmó que "poseyendo la Administración la potestad de sancionar las infracciones cometidas contra el ordenamiento jurídico administrativo, surge de esa potestad el derecho de imponer la sanción al caso concreto, derecho que puede ser ejercitado o no, según convenga al mejor cuidado de los intereses de cautela" (*La Infracción administrativa, características, manifestaciones y sanción*, Editorial Nauta, Barcelona 1965). Esta concepción aún late en los autores que se inclinan por el principio de oportunidad en la persecución de las infracciones administrativas, y en este sentido aparece citada en la obra de NIETO, A., aunque el autor se inclina, como "más moderna y más sencilla", hacia "la explicación dogmática a través de la discrecionalidad" (*Derecho administrativo sancionador, cit*., p. 142).

30. *V.*, PALIERO C.E. y TRAVI A., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Editorial Giuffrè, Milán 1988; y SANDULLI, M. A., *Le sanzione amministrative pecuniarie, principi sostanciali e procedimentali*, Ed. Jovene Editore, Nápoles 1983, pp. 196 y ss.

31. *Ob. cit*., p. 143.

es en base a la ley". Ello no obsta, a juicio del Tribunal, para que sea la propia ley la que autorice, con carácter general, la renuncia a la punición[32].

Resulta por tanto preciso en nuestro ordenamiento un reconocimiento legislativo, con carácter de legislación básica, del principio de oficialidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva derivado del de legalidad, aunque su falta no obsta su necesaria aplicación en todo caso, en cuanto consecuencia ineludible, como hemos visto, del principio de legalidad. Algún avance se contiene en la *legislación sectorial* a este respecto, pudiendo señalarse a este respecto:

> En materia de infracciones de tráfico, donde parecería que por el ingente número de sanciones a imponer y la abundancia de sanciones leves, debería imponerse el principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, la Ley establece claramente el principio de oficialidad. Así, de acuerdo con el art. 75.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo), se establece que "Los agentes de la Autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico *deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial*"[33].
>
> El Reglamento de Costas (aprobado por RD 1471/1989, de 1 de diciembre), en el que se establece que siempre que los denunciantes hayan fundamentado suficientemente los hechos denunciados, los funcionarios y autoridades correspondientes, *están obligados a tramitar las denuncias* (art.192).
>
> En el ámbito de la defensa de la competencia puede deducirse *a sensu contrario* la vigencia del principio de la obligatoriedad del ejercicio del *ius puniendi* con carácter general, de la previsión expresa que realiza la Ley de Defensa de la Competencia de determinados supuestos concretos en los que, al modo de la *OwiG*, se permite excepcionalmente "acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas". Así lo dispone el Artículo Vigésimo tercero de la Ley 59/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se añade a esta Ley un nuevo artículo 36 bis, con el siguiente contenido:
>
> *Artículo 36 bis.* Supuestos de inadmisión y terminación convencional.
>
> 1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá:
>
> 1. Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los *artículos 1 y 6 que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia*.

32. Así ocurría en el caso decidido por este pronunciamiento, y fue por ello por lo que el Tribunal Constitucional italiano declaró la legitimidad de una ley regional (Ley de la Región de Toscana, de 21 de febrero- 26 de abril de 1978), que autoriza "la renuncia de los créditos de módico valor (no superior a 2500 liras) incluyendo los créditos derivados de la irrogación de una sanción administrativa" *V.*, un comentario de esta Sentencia en PALIERO y TRAVI, *ob. cit.*, pp. 144 y ss.

33. En desarrollo de este precepto, el Reglamento de Procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero), establece en su artículo 4 dos tipos de denuncias: las de carácter voluntario, que podrá interponer *cualquier persona*, y las de *carácter obligatorio* que corresponden a los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico. En concreto, el precepto dispone:

Artículo 4. "Denuncias de carácter obligatorio y voluntario.

1. Los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial (artículo 75, apartado 2, del Texto articulado).

2. Cualquier persona podrá, igualmente, formular denuncias por hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial o de sus Reglamentos".

2. Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas previstas en el *artículo 7 de esta Ley* cuando estime que no concurren las circunstancias previstas en *dicho artículo*.

3. Acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los *artículos 1*, *6* y *7 de la Ley*, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.

2. En los *procedimientos de terminación convencional*, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.

La terminación convencional de los procedimientos *no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros*. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos.

Nuestra legislación parece por tanto avanzar hacia el reconocimiento del principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa. Ahora bien, el mero reconocimiento legal del principio de obligatoriedad de la acción no resultaría sin embargo suficiente para garantizar su cumplimiento, dado que no operaría ningún elemento de control sobre la decisión, aun motivada, de no abrir el expediente sancionador. Señala en este sentido el magistrado Saban Godoy, que "*En el derecho penal, la inacción se transforma necesariamente en un acto, la inadmisión o el archivo que, a su vez, puede ser objeto de recurso, cuya estimación daría lugar a la acción*". En la órbita administrativa, añade con agudeza este autor, "esto sería, en la práctica, inviable por la opacidad del comportamiento público sin cuya voluntad positiva es inabordable la imposición de sanciones. La única forma de franquear el obstáculo consiste en algo tan simple como la admisión del interés del tercero en el ejercicio de potestades sancionadoras, quizás con la limitación exclusiva de la disciplinaria por ofensas personales, y la estimación de la obligatoriedad en el ejercicio de la potestad, de tal forma que la infracción haya de seguir la sanción y ello con abstracción de quién lo solicite"[34].

Resulta por lo expuesto necesario analizar la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico del reconocimiento al denunciante de la condición de interesado, como requisito *sine qua non* para que pueda aplicarse con eficacia el principio de oficialidad de la acción administrativa.

III. EL RECONOCIMIENTO AL DENUNCIANTE DE LA CONDICIÓN DE INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CUANDO SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES LEGÍTIMOS Y LA NECESARIA INTRODUCCIÓN EN AQUELLOS ÁMBITOS EN LOS QUE SE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DEDICADAS A SU DEFENSA

Como hemos señalado, la mejor forma de garantizar que la Administración proceda a ejercitar la acción sancionadora en aquellos supuestos en que resulta obligado es *la admisión del interés del tercero denunciante en el ejercicio de las potestades sancionadoras.* Dos son los supuestos en los que, a nuestro entender, este reconocimiento resulta obligado:

34. *Ob. cit*., pp. 45 y 46.

- Cuando exista un tercero perjudicado en sus derechos o intereses legítimos.

- Cuando se trate de ámbitos en los que la Administración actúe tutelando intereses de carácter colectivo, como son, por ejemplo, la defensa de los consumidores y usuarios o la protección del medio ambiente.

- Los supuestos son distintos y para ellos se postulan soluciones diferenciadas, por lo que requieren un tratamiento por separado.

1. Superación de la negación tradicional de legitimación procedimental al denunciante cuando éste es titular de derechos o intereses legítimos. Su reconocimiento por la jurisprudencia y la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco

La legislación general no reconoce, como hemos visto, la condición de interesado al denunciante en ningún caso, pues el RP se limita a reconocer el derecho del denunciante, cuando haya acompañado su denuncia de una solicitud de iniciación, de que la Administración le comunique la iniciación o no del procedimiento (art. 11.2 RP). De ello se desprende, como señala Garberí Llobregat, que "la denuncia no genera efecto vinculante alguno de cara a la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, entrando dentro de las facultades de la unidad competente para la iniciación el determinar, previa o no la realización de las actuaciones investigadoras a que se refiere el art. 12 RP, la procedencia de dictar el oportuno acuerdo de iniciación"[35].

La idea de que el denunciante no es interesado en el procedimiento sancionador es predominante en la jurisprudencia, que tiende a considerar como único interesado en este procedimiento al presunto infractor[36], y califica al denunciante como *Agente de la Administración* o *testigo cualificado* y, carentes, en cuanto tales, para recurrir la desestimación de la denuncia o participar como interesados en el procedimiento sancionador[37].

Esta postura resulta hoy, sin embargo, únicamente sostenible *cuando el denunciante carece de derechos o intereses legítimos afectados*, por imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el art. 24 de la Constitución. La idea de que no todos los denunciantes son, por esta circunstancia, de la misma condición, la expresa muy bien R. Parada:

> (Resulta) inexacta la tesis que se recoge en alguna jurisprudencia de que el denunciante no es un interesado en el procedimiento o de que por ello no tiene derecho a su tramitación, es decir a que una vez denunciados los hechos, el órgano competente decrete la iniciación del expediente (Sentencia de 23 de julio de 1987) o de que, una vez iniciado, deba reconocérsele derecho al

35. GARBERÍ LLOBREGAT J., *El procedimiento administrativo sancionador, comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993)*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1994.

36. *V.*, REBOLLO PUIG, M., *Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador* en "Poder Judicial", n° 29, 1993, pp. 59 y ss. Esta obra puede consultarse también en el libro, coordinado por BARNÉS VÁZQUEZ, J., *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Editorial Cívitas, Madrid 1992, pp. 227 y ss.

37. La Sentencia de 12 de diciembre de 1970 (R.A. 5052), declara en este sentido que "los denunciantes tienen el carácter de Agentes de la Administración y como tales carecen de acción para recurrir e impugnar en esta vía jurisdiccional las resoluciones que aquélla dictara tanto si desestiman la denuncia como si no imponen la multa o la impuesta o es en cuantía que el denunciante no considera adecuada a los preceptos legales". En el mismo sentido, pero calificando al denunciante como *testigo cualificado*, *V.*, la Sentencia de 30 de octubre de 1991 (R.A. 9176). HUERGO LORA cita, además de estas sentencias, otras muchas que niegan la legitimación del denunciante para recurrir el archivo de las actuaciones (*V.*, *ob.cit.*, nota n° 45).

> trámite de vista y audiencia antes de la resolución (Sentencia de 16 de diciembre de 1985). Esta doctrina valdrá realmente para supuestos en que el denunciante no tiene ninguna otra vinculación con los hechos que el de su conocimiento, ni otro interés que el de cumplir en abstracto con su deber de colaboración ciudadana; *pero la solución no debe ser la misma cuando, además de que se instruya o no el procedimiento y de que se resuelva en uno u otro sentido, se deriven para él beneficios concretos, como las primas de denuncia, o la prevención de daños para el denunciante o su entorno, como pudiera entenderse en el caso de denuncia de conductas que perjudican como puede ser el caso de denuncia de infracciones urbanísticas*[38].

De esta forma, si ciertamente en el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora está en juego el interés público, puede haber también, como destaca Cobreros Mendazona[39], otros intereses de particulares en liza, y entre ellos, el más claro es el del perjudicado, cuando existe, de la infracción cometida. "Es incomprensible -afirma en este sentido Nieto- que el perjudicado por los humos de una fábrica vecina no pueda exigir de la Administración la sanción de la infracción de las medidas de filtrado"[40]. En este ámbito de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas es donde más interés pueden tener los denunciantes en que se apliquen las sanciones previstas, especialmente si se trata de la imposición de una sanción rescisoria, de clausura o cierre a una industria o actividad que está produciendo molestias a los vecinos, molestias que hoy, de acuerdo con doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español, pueden constituir una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18 de la Constitución[41].

Existen también muchos supuestos en los que a la Administración le corresponde la función de supervisión del cumplimiento de la normativa en un ámbito remitido a la actuación de personas públicas y privadas (pensemos en aquellos sectores de servicio público abiertos hoy a la competencia entre varios operadores o concesionarios: telecomunicaciones, energía, servicio postal...). En estos casos la condición de denunciante y de interesado suelen ir unidas, pues al ejercer su actividad de supervisión muchas veces la Administración realiza una "*actividad arbitral*", en el sentido amplio que otorga a este término R. Parada[42], en cuanto "decide controversias o conflictos entre los particulares sobre derechos privados o administrativos". Pensemos, por ejemplo, en la competencia que puede producirse entre los consumidores y las empresas que realizan un acuerdo contrario a la competencia, y que se resuelven mediante las sanciones que pueda imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En estos supuestos en los que concurre en el denunciante la condición de interesado, la jurisprudencia se muestra más favorable a admitir la legitimación del denunciante. Especialmente significativas resultan las sentencias que cita en este sentido Huergo Lora[43], entre las que podemos destacar:

---

38. PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1993, p. 279.
39. *Ob. cit*., p. 1440.
40. *Derecho Administrativo Sancionador, cit*., p. 26.
41 *V.*, LOZANO CUTANDA B., *La ecologización de los derechos fundamentales:* "La doctrina López Ostra C. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC" en Cívitas, *Revista española de Derecho Europeo* n° 1, 2002; y, en el mismo sentido, "The greening of Fundamental Rights and the Post- Constitutional Act on the Right of Petition" en *European Public Law*, septiembre de 2002.
42. *Derecho Administrativo. II Organización y empleo público*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, p. 568.
43. *Ob. cit*., pp. 1443 y 1444.

La Sentencia de 12 de febrero de 1992 (R.A. 2817), en un caso de sanciones impuestas a un taller de reparación de automóviles, rechaza la alegación del recurrente (el sancionado), que pretendía que el denunciante (propietario del vehículo sometido a reparación) no estaba legitimado para intervenir como interesado en el procedimiento, diciendo que "es con él (con el denunciante) con quien (...) se establece la relación comercial de clientelaje de la que nace ese interés personal y directo que le legitima a efectos procedimentales".

También es muy esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1998 (R.A. 5046), en donde un particular, que había formulado una denuncia contra una agencia de viajes, se encontró con que la Administración, por su parte, había archivado las actuaciones; a la vista de lo cual el denunciante acudió a la vía contencioso- administrativa. El Tribunal Supremo reconoció expresamente la concurrencia en el denunciante de intereses legítimos en el procedimiento sancionador con la siguiente argumentación: "Esta doble circunstancia que se da en la recurrente, que se considera perjudicada por una determinada conducta de una empresa turística, de tal forma que la resolución que se dicte en el expediente le va a afectar, por la repercusión que pudiera producir en el litigio en el que se ventila una posible responsabilidad civil de dicha empresa en orden a la constatación o no de la realidad de los hechos que la determinan. Por eso no se le puede considerar como simple denunciante, a los efectos de denegar su legitimación, pues su posición le permite intervenir en el procedimiento, haciendo alegaciones y aportando los elementos probatorios que estime oportunos para acreditar las circunstancias fácticas que han de fundar la decisión que se tome (...)".

En el mismo sentido, la Sentencia de 20 de marzo de 1992 (R.A. 3113), en la que se dice que, incoado el expediente sancionador, "el denunciante, *si es precisamente el perjudicado por la conducta*", puede intervenir en el procedimiento administrativo.

En definitiva, y como expresa con gran claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000 (R.A. 1811), "conceptualmente, no son situaciones equiparables la de denunciante y la del interesado, pues cabe que quien facilita la *notitia infractionis* a la Administración carezca de interés legítimo concreto en el caso", pero cabe la figura del "*denunciante portador o titular de un interés legítimo*" supuesto en el que "estaría legitimado para exigir el control jurisdiccional de una resolución como la impugnada", que acordó no iniciar procedimiento sancionador. En la Sentencia se precisa que es "*atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto como ha de decidirse si el denunciante es o no portador o titular de un interés legítimo en obtener una respuesta sancionadora*"[44].

Hemos de concluir, en atención a lo expuesto, que la consideración de interesado del denunciante dependerá de que ostente algún derecho o interés legítimo vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora. Existiendo tal interés, no puede negársele la legitimación necesaria para ser parte en el procedimiento sancionador, bien personándose en el mismo y recibiendo información de las actuaciones, o bien recurriendo la decisión de no iniciación del mismo.

Este reconocimiento va a servir de control sobre el ejercicio de la potestad sancionadora cuando proceda, esto es, del respeto por la Administración del principio de oficialidad de la potestad sancionadora, pues cuando ésta no actúe debiendo hacerlo, el denunciante- interesado podrá recurrir la denegación de abrir el expediente ante los Tribunales, que podrán revisarla y declararla, en su caso, ilegal. Hay que señalar en este sentido que, si bien el acto de iniciación del procedimiento es un acto *de trámite*, que, en

44. Se trataba de una resolución que, ante la denuncia de un corredor de comercio contra otros corredores, decidió, tras la información reservada, no abrir expediente disciplinario a los corredores denunciados por estimar que no concurrían causas para ello. En este caso, el TS consideró que no había interés legítimo porque el recurrente "ningún beneficio legítimo puede obtener de la incoación del expediente y su eventual sanción".

principio no son recurribles de forma autónoma, en este caso si cabe el recurso en cuanto se trata de un acto que "determina la imposibilidad de continuar el procedimiento" (art. 107.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Hay que destacar que ya existe una norma que acoge la propuesta aquí realizada de que se reconozca con carácter general la consideración de interesado en el procedimiento sancionador de quienes han visto afectados como consecuencia de la infracción sus derechos o intereses legítimos. Se trata de la *Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco* (Ley 2/1998, de 20 de febrero), que ha sido calificada en este punto por la doctrina de "*vanguardista y original*"[45].

En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, como señala en su Exposición de Motivos, "El régimen sancionador y el procedimiento administrativo son elementos instrumentales en la configuración jurídica de una materia, y, por ende, la competencia sobre los mismos deriva de la competencia que se tenga sobre la materia de que se trate, ello con el límite que marcan las competencias del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre el procedimiento administrativo común, amen de la establecida en el artículo 149.1.1 de la Constitución (...). Siguiendo esta pauta, se afirma que "Debido a la conexión entre competencia sobre régimen sancionador y procedimiento y competencia sobre la materia sustantiva a que tal régimen y procedimiento hagan referencia, resulta obligado comenzar la ley expresando que *solamente será aplicable respecto de la potestad sancionadora que se ejerza en el territorio de la Comunidad Autónoma y en las materias en que las instituciones comunes de ésta tengan competencias normativas, bien plenas bien de desarrollo normativo* (artículo 1)". La norma no se aplicará, por tanto, a aquellas materias en las que la Comunidad Autónoma sólo tiene competencias de ejecución (como sería, por ejemplo, en materia de defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español, o de tráfico y seguridad vial).

Por lo que respecta al tema que aquí nos ocupa, el artículo 30 de la Ley, titulado Interesados, establece: "Son interesados en el procedimiento, además de los inculpados, quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos".

El artículo 34, referido a la iniciación de oficio, ha considerado conveniente precisar aún más que la condición de interesado no la ostenta *per se* todo denunciante:

> La denuncia no convierte, por sí sola, al denunciante en interesado en el procedimiento sancionador. El denunciante, salvo que tenga legitimación en los términos establecidos en el artículo 30 de la presente ley y solicite la apertura del procedimiento, no tendrá más participación en el procedimiento que el derecho a recibir comunicación del órgano competente sobre la apertura o no de aquél y, en su caso, de la resolución que le ponga fin.

En el caso de que se trate de un denunciante *no interesado*, la Ley recoge el deber general de comunicarle o no la apertura del procedimiento, sin necesidad, como vemos, de que haya acompañado su denuncia de una solicitud de iniciación, y a ello añade, por lo que respecta a la regulación general del RP, el deber de comunicarle la resolución que, en su caso, le ponga fin.

---

45. TOLA RÚA, M.A., *La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador* en *Actualidad Administrativa*, n° 31, 1999.

Ahora bien, cuando se trata de un denunciante- interesado y solicita la apertura del procedimiento, a esta solicitud se le exigen por un lado determinados requisitos formales, destacando una preocupación por la motivación de la misma[46], y, cuando estos requisitos se cumplen, se establece una tramitación específica de las misma, en virtud de la cual:

> De la solicitud y de lo que con la misma se aporte se dará traslado a las personas que aparezcan en ella como presuntos responsables, a fin de que en el plazo común de diez días aleguen lo que a su derecho convenga.
>
> Recibidas las alegaciones a que se refiere el punto precedente o pasado el plazo al efecto señalado, el órgano competente para resolver decidirá sobre la admisibilidad de la solicitud de apertura del procedimiento.
>
> Si el órgano competente entendiera inadmisible la solicitud de apertura así lo expresará en resolución motivada. Si por el contrario, estimara que tal solicitud es admisible procederá a dictar el acuerdo de apertura del procedimiento.
>
> Aunque la Ley no lo dice expresamente, se entiende que la denegación de la solicitud de apertura que cumpla con todos los requisitos previstos por la Ley es susceptible de recurso, como lo prueba la exigencia de motivación, necesaria para que el órgano revisor pueda conocer y enjuiciar los motivos de inadmisión. Hemos de recordar aquí que, aunque la inadmisión es un acto de trámite, resulta recurrible, por aplicación de los principios generales establecidos en la Ley 30/92, en cuanto "determina la imposibilidad de continuar el procedimiento" (art.107.1).

La Exposición de Motivos de la Ley explica de forma muy clara, con argumentos de puro sentido común, los motivos por los que se ha introducido esta innovación legislativa:

> El artículo 30 y 35 pretenden introducir el equivalente de la acusación particular del proceso penal.
>
> No se encuentra motivo alguno para limitar la virtualidad del concepto general de interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador. El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero, en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio. *La infracción administrativa puede perjudicar los derechos e intereses individuales tanto como el delito o la falta penales (amén del perjuicio al interés general siempre presente), por lo que no se alcanza a comprender la causa de la limitación consistente en que en el procedimiento administrativo sancionador únicamente estén presentes el interés general y el individual del imputado*.

Esta regulación, unida a las cautelas adoptadas, como veremos, para impedir las acusaciones particulares infundadas, nos parece un modelo que debía adoptarse a nivel general, y que, incluso aunque no se haga, debe reconocerse, como ya hemos expuesto, por aplicación del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el art. 24 de la Constitución.

---

46. La Ley distingue entre la iniciación *tradicional*, esto es, de oficio, en virtud de la cual "Los procedimientos sancionadores se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de petición razonada de otros órganos o de denuncia" (art. 34), y la iniciación "a instancia de parte interesada", en cuyo caso la solicitud "será motivada y deberá contener, amen de lo indicado en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, los hechos constitutivos de la presunta infracción, la fecha, fechas o periodo continuado en que se produjeron, los preceptos en que se encuentren tipificados, las personas presuntamente responsables, la sanción o sanciones que correspondan y los preceptos en que se encuentran recogidas. Ello sin perjuicio de la posibilidad de modificar dichos extremos en las alegaciones posteriores que la parte interesada haga durante el procedimiento.

Con dicha solicitud podrán aportarse todos los documentos, instrumentos o pruebas en que el solicitante funde su condición de interesado y su pretensión".

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que no existen particulares que ostenten un interés legítimo en la punición pero concurre, sin embargo, un interés colectivo para cuya protección se establece una regulación que otorga a la Administración la potestad sancionadora de sus incumplimientos?

2. El necesario reconocimiento de la acción pública y de la consiguiente legitimación en todo caso del denunciante cuando está en juego la defensa de derechos o intereses colectivos. El caso, especialmente significativo, de la protección del medio ambiente

Existen determinados ámbitos en los que el ordenamiento jurídico reconoce la denominada acción pública o acción popular, que supone que cualquier ciudadano puede ejercitar la acción para instar la potestad represiva, son independencia de que haya sido o no ofendido por el ilícito. Así ocurre con carácter general en el *ámbito penal*, en el que la acción denominada *pública* (art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882), o *popular* (art. 270 de la misma Ley), la pueden ejercitar todos los ciudadanos españoles con arreglo a las prescripciones de la Ley (arts. 101 a 103 de la Ley), por lo que cualquiera puede querellarse por la comisión de un delito y la inadmisión o archivo puede ser objeto de recurso. El ejercicio de la acción penal cuenta con un profundo arraigo, y se halla garantizada por la Constitución (por la combinación de los artículos 24 y 125, de acuerdo con la interpretación de los mismos del Tribunal Constitucional, Sentencias 55/90, 241/92 y 37/93)[47].

Por lo que se refiere a la legitimación, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación amplia del término ciudadano empleado por la Constitución, en virtud de la cual "no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares" (Sentencias 241/1992, 34/1994 y 50/1998).

En el ámbito del *proceso contencioso-administrativo*, la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, hace mención expresa de la posibilidad de que ostente legitimación activa ante este orden jurisdiccional *"Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular"*, pero limita el reconocimiento de esta acción a *"los casos expresamente previstos por las leyes*" (art.19.1.h).

En aquellos supuestos en los que las leyes reconocen la acción popular para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquier ciudadano podrá denunciar las infracciones administrativas y, ante la negativa o pasividad de la Administración para proceder a su punición, podrá recurrir ante los tribunales. En la actualidad, y a nivel estatal, no son muchos los ámbitos en los que se reconoce la acción pública para recurrir las actuaciones de la Administración ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

El más conocido es el del urbanismo, en el que el art. 304 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Le-

47. Esta acción pública es gratuita, aunque el particular querellante ha de prestar fianza de la clase y en la cuantía que fije el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (art. 280 Ley de Enjuiciamiento Criminal), teniendo en cuenta que la fianza no podrá ser de tal cuantía que impida el ejercicio de la acción (en este sentido se pronunciaron dos Sentencias del Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 1983 y de 29 de noviembre de 1984, cuya doctrina ha recogido la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 20.3).

gislativo 1/1992, de 26 de junio, declara que "Será pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos y Ordenanzas"[48].

En estos supuestos en que se reconoce la acción pública, los Tribunales han de reconocer la condición de interesado del denunciante y la obligación administrativa de, al menos, realizar algunas actuaciones para comprobar si los hechos denunciados deben ser sancionados. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2000 (R.A. 1609), por la que se resolvió un supuesto en el que el denunciante de una supuesta infracción urbanística recurrió la decisión del Alcalde de "no iniciar expediente alguno dada la escasa entidad de las infracciones que en dicho informe (el del Aparejador municipal) se constataban". La Sala estima que tal decisión no es ajustada a Derecho por varios motivos:

> En primer lugar, "porque se adoptó con el único fundamento del informe del técnico municipal, *pero sin dar trámite de audiencia al hoy recurrente, quien había reiteradamente pedido que se le tuviera por parte*".
>
> En segundo lugar, "*porque procedía depurar el alcance real de tales infracciones a través del procedimiento correspondiente*, y no emitiendo una resolución, en rigor de fondo, al margen del mismo, y pasando el hecho de que aquella actuación edificatoria al margen de la licencia concedida (...) puede en sí mismo considerado constituir una conducta infractora merecedora de sanción".

El fundamento del reconocimiento de esta acción pública en materia de urbanismo, como ha declarado el Tribunal Supremo, "*no es otro que el clásico de suscitar la colaboración ciudadana en la función de control de la legalidad*" (Sentencia de 24 de mayo de 1980). La legislación urbanística, en cuanto afecta muy directamente a las condiciones de vida de los ciudadanos, presupone de esta forma un *interés de todos los ciudadanos en la defensa de la legalidad*, así como un derecho de información y participación en los procesos de elaboración y aplicación de las normas de urbanización[49].

Esta colaboración ciudadana resulta a nuestro entender especialmente importante, por no decir indispensable, *en todos aquellos sectores en los que están en juego intereses colectivos*, para cuya defensa, aunque el legislador la encomienda *prima facie* a la Administración, pueden y deben concurrir los particulares.

En la actualidad, como ha puesto de relieve A. Nieto, los intereses sociales no están organizados bipolarmente, entre los intereses *individuales* y los intereses *públicos*, sino que *también hay que tener en cuenta los intereses colectivos entendidos como los que afectan a una comunidad o grupo concreto*[50]. Aparecen así en escena los denominados "*derechos o intereses colectivos*", concepto difícil de definir y de encuadrar en las categorías tradicionales de los derechos subjetivos, pero cuya existencia, como señala N. López Calera, resulta innegable, por cuanto "la experiencia demuestra que hay valores,

---

48. Hay que señalar que este precepto no fue anulado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que anuló aproximadamente un 80 por ciento de los preceptos de esta Ley, y que su vigencia ha sido igualmente mantenida por la Disposición Derogatoria única de la Ley básica estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

49. En este sentido, puede citarse el art. 6 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en el que se dispone que "La legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión, así como el derecho a la información de las entidades representativas de los intereses afectados por cada actuación y de los particulares".

50. NIETO, A., "La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo" en *Revista de Administración Pública* n°76, 1975.

intereses, valores y necesidades que no son estrictamente individuales o atribuibles a unos individuos concretos; hay valores, intereses o necesidades que son de todos o de muchos, pero que no son de ninguno y se expresan mejor siendo denominados como colectivos, porque desde luego individuales no lo son"[51].

El mejor rasgo que, sin duda, define estos derechos colectivos es el de su titularidad, en cuanto no la ostenta un individuo, un sujeto individual, sino un grupo o conjunto de individuos. Como dice Jean Rivero, por el titular del derecho, cabe hacer una diferenciación elemental, y es que *los derechos colectivos expresan que los individuos no son los únicos titulares de derechos*. Los derechos del hombre pueden ser también los derechos de los diferentes grupos o sociedades, como serían los derechos de la familia, de la nación, de la colectividad local o regional, de la etnia, etc. En el contexto de las Naciones Unidas los derechos de las colectividades son cada vez más frecuentemente ampliados e identificados con los derechos de la tercera generación, como son el derecho al desarrollo, el derecho a la paz o el derecho al medioambiente[52].

El desarrollo de los derechos colectivos responde a nuestro actual modelo de Estado social de Derecho, en el que ya no resulta posible, como en el modelo constitucional liberal, realizar una contraposición entre la sociedad civil y el Estado y, por consiguiente, entre el ámbito de aplicación de los intereses públicos y de los intereses privados, porque de algún modo toda la esfera de los intereses legítimos se publifica, de tal forma que el Estado es más hoy un garante que una amenaza de los derechos e intereses de los ciudadanos, pues en esta defensa de los intereses legítimos, aún más que en los cauces de la democracia representativa, encuentra su justificación y su razón de ser. No se trata de que la distinción entre el derecho privado y el derecho público, la gran dicotomía del pensamiento político y jurídico, como la califica Norberto Bobbio[53], haya dejado de existir, sino de la imposibilidad de trazar una frontera clara entre el ámbito de aplicación de estas dos categorías, por su profunda interpenetración en la actual ordenación jurídica.

Surge de esta forma una exigencia de "*democratización*", de participación del pueblo -*demos*- en la *res publica*, que va más allá de las tradicionales fórmulas de democracia representativa propias del Estado liberal, para calar en la gestión cotidiana que las autoridades públicas hacen de los intereses generales. Intereses cuya concreción y defensa, dentro de los límites dispuestos por el legislador, ya no va a ser una tarea monopolizada por la Administración, sino que en ella participarán los ciudadanos y grupos de forma activa a través de las formas que se arbitren para ella. Así lo ha reconocido recientemente el legislador en la Ley de 23 de diciembre de 2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo[54], que flexibiliza y amplía los beneficios tributarios del denominado tercer sector, afirmando expresamente en su Exposición de Motivos que lo hace con "una finalidad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la consecución de fines de interés general, en aten-

51. LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel Derecho, 2000, p. 92.

52. RIVERO, J., "Les droits de l'homme: ¿droits individuels ou droits collectifs?" en *Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979*, Annales de la Faculté de Droit et Sciences politiques et de l'Institut de Recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, t XXXII, París, LGDJ.

53. *La gran dicotomía: público/privado, dentro de Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México 1989, pp. 11 y 12. Tomo la cita de JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994) en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 84, 1994.

54. Ley 49/2002, *Boletín Oficial del Estado* de 24 de diciembre de 2002.

ción y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en la tarea de proteger y promover *actuaciones caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, cuya única finalidad es de naturaleza general y pública*".

El reconocimiento de los derechos colectivos, o dicho en la expresión de Rivero, de que los individuos no son ya los únicos titulares de derechos, cuenta hoy con una expresa apoyatura en la Constitución española de 1978. Así, el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y *los grupos* en que se integra sean reales y efectivas", y el artículo 16 garantiza "la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y *las comunidades*". Asimismo, la Constitución reconoce que la Universidad, configurada como sujeto colectivo, el derecho fundamental a su autonomía (art. 27.10), y afirma, por otro lado, derechos cuyo titular no puede ser sino un sujeto colectivo, como son el derecho de sindicación (art. 28.1), el derecho a la huelga (art. 28.2), y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1).

Existen asimismo otros derechos que se reconocen de manera más difusa a determinados colectivos, pues aunque no se arbitran constitucionalmente vías de defensa de los mismos, se configuran como bienes o derechos colectivos de los que surge un correlativo deber tuitivo y prestacional por parte de los poderes públicos, de acuerdo con el marco que defina el legislador. En este sentido hay que destacar algunos de los "*principios rectores de la política social y económica*" reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, como son: el "derecho a la protección de la salud" (art. 43), el derecho al "acceso a la cultura" (art. 44.1), el "derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona" (art. 45.1), el "derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47), el derecho de la juventud a la participación "libre y eficaz (...) en el desarrollo político, social, económico y cultural", el derecho de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a "la atención especializada que requieren" y al "disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos" (art. 49)[55].

En el caso de estos llamados derechos económicos y sociales, el hecho de que la constitución los configure como un bien o interés colectivo informador del ordenamiento jurídico, no significa en modo alguno que su proclamación en el texto constitucional carezca de operatividad normativa directa. El valor informador del artículo 45 no constituye una pura "invitación" al legislativo sino que tiene, como todo el texto constitucional, un valor normativo y, por tanto vinculante[56].

Lo único que varía, como pone de relieve certeramente Tomás Ramón Fernández, "son los términos concretos de esa vinculación, que en este campo operan *prima facie* sobre el legislador, a quien nuestra Constitución obliga desde luego, a convertir el deber genérico en obligación exigible, y la mera expectativa de derecho en derecho subjetivo en sentido propio, a través del adecuado desarrollo de dichos principios".

---

55. En ocasiones, se habla de estos derechos, cuando son reconocidos a la comunidad en su conjunto, como *derechos difusos*, pero estimamos que la creación de una nueva categoría no viene sino a introducir aún más confusión en esta nueva configuración de los derechos humanos. Incluso hay quien sostiene, como HARTNEY, Michael, que hubiera sido conveniente no introducir la categoría de los derechos colectivos en este mundo, ya de por sí confuso y problemático, de los derechos ("Some Confusions concerning Collective Rights" en KYMLICKA, W., (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Nueva York 1995), pero, como bien señala LÓPEZ CALERA, "los hechos son tozudos y demuestran que los derechos colectivos están ahí como categoría y como práctica humana" (*ob. cit.*, p. 92).

56. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional desde su temprana Sentencia de 2 de febrero de 1981, no hay en la Constitución normas meramente programáticas, sino que todos su preceptos encierran un mandato preciso que vincula en sus propios términos a todos los poderes constitucionales.

En consecuencia, añade este autor, "si la Ley, al llevar a cabo el desarrollo al que la Constitución la obliga, no realiza esa labor de conversión que la propia Constitución también reclama o la realiza de forma que el derecho no termina de alcanzar la operatividad individual y social que le es propia, *incurrirá, sin duda, en un vicio de inconstitucionalidad susceptible de ser denunciado ante (y depurado por) la jurisdicción constitucional* (...)"[57].

En consecuencia, la defensa de estos derechos de tercera generación exige, como dice A. Nieto, formular y poner a disposición de la sociedad "técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos, de la misma manera que ahora existen ya para la defensa de los intereses individuales. Técnicas que han de responder a la sociedad en que nos encontramos (y no a la liberal) pero que no han de pretender imponer una forma social tecnocrática"[58]. La doctrina germana, que califica a estos derechos colectivos como sociales, habla en este sentido de una obligación positiva del Estado "a hacer todo para realizar los derechos fundamentales, aun cuando no exista al respecto ningún derecho subjetivo de los ciudadanos"[59]. El problema de la tutela y realización plena de los derechos o intereses económicos y sociales, se plantea así primariamente como una cuestión de meras obligaciones objetivas del Estado[60].

En un marco tan complejo de derechos subjetivos, bienes y derechos colectivos o intereses económicos y sociales, es lógico que los conflictos surjan con frecuencia. R. Alexi enuncia en este sentido, la posibilidad de colisión tanto entre "derechos fundamentales sociales y derechos de libertad individual" (mencionando en este sentido "el derecho al trabajo" y el reconocimiento de la "libertad de empresa" que supone la capacidad de decisión de la economía privada), como entre "derechos fundamentales sociales con otros derechos fundamentales sociales como así colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre un derecho al trabajo y un derecho fundamental ambiental. Colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos, por ejemplo, la defensa del país, resultan del hecho de que la realización de ambos absorbe considerables partes del presupuesto" con la consiguiente "incompatibilidad financiera" para la plena realización de ambos[61].

A pesar de los problemas prácticos que plantea el concepto teórico de los derechos o intereses colectivos, sus consecuencias para el conjunto de la sociedad son, como señala Freeman, beneficiosas, en cuanto "El reconocimiento de los derechos humanos colectivos y la reconciliación de lo colectivo con los derechos humanos individuales diluye la distinción entre las concepciones individualistas y colectivistas de los derechos. Esto no elimina los desacuerdos sobre valores y políticas entre individualistas y colectivistas, pero crea un tercer espacio ("*third space*") en el que los defensores de estas dos clases de sistemas de valor pueden comprometerse a dialogar y reconoce el valor de la autonomía individual y de la solidaridad colectiva. El concepto de derechos humanos colec-

57. FERNÁNDEZ, T.R., "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor" en *Revista Española de Derecho Administrativo* n°76, 1992.

58. *La vocación del Derecho administrativo..., cit*., p. 898.

59. HESSE, K., *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutchland* en "EuGRZ", 1978, pp. 427 y ss.

60. De un modo muy claro lo expresa HÄBERLE: "así en el Estado de prestaciones, el derecho objetivo iusfundamentalmente relevante *se adelanta* al derecho (fundamental) subjetivo. Existen mandatos constitucionales (*principios*) de *uso de derecho fundamental* a los cuales (todavía) no corresponde ningún derecho subjetivo público"(HÄBERLE, P., *Grundrechte im Listungsstaat*, en VVDStRL n° 30, 192, pp. 43 y ss.).

61 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 492 y ss.

tivos, por tanto, sirve para reconciliar los valores del universalismo liberal y el pluralismo cultural, y de este modo proporciona un marco teorético para políticas prácticas que pueden reconciliar la justicia y la paz"[62].

El problema de mayor calado consiste, sin embargo, en que, en cuanto el ordenamiento jurídico- constitucional atribuye a los poderes públicos la plena realización de estos derechos o intereses colectivos o sociales, en ocasiones es la propia Administración la que se va a ver envuelta en estos conflictos, bien porque tenga que hacer de mediadora o árbitro entre derechos individuales y colectivos, o bien porque tenga que decidir a cuál de dos derechos de carácter social o económico debe dar preferencia. Se le otorga así a la Administración un poder de decisión sobre la realización de los derechos e intereses constitucionales que necesariamente debe tener un contrapeso en la posibilidad de los particulares de poner en marcha mecanismos jurídicos de control.

Muy claro resulta en este sentido el caso del conflicto que se suscita en las sociedades actuales entre "medio ambiente y desarrollo económico"[63]. Nuestro Tribunal Constitucional se ha planteado en diversas ocasiones la relación entre medio ambiente y desarrollo, y ha afirmado desde un principio "la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico" (Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre). Tal armonización no resulta como es obvio fácil de realizar en la práctica, pues en una economía de mercado el logro del beneficio económico prima desde la perspectiva individual sobre el perjuicio colectivo que se causa al medio ambiente como recurso común.

Esta dificultad es precisamente la que hace necesaria la intervención de los poderes públicos en la defensa del medio ambiente, con la adopción de medidas de limitación y control de las actividades nocivas para el entorno y la introducción de técnicas que permitan tomar en consideración los costes ambientales en la actividad económica, incentivando las actividades respetuosas con el medio o incorporando los costes de degradación del entorno en el capítulo de los costes de producción de las empresas de acuerdo con el principio *quien contamina paga*. Se trata, en definitiva, de armonizar los intereses generales ambientales con los intereses económicos particulares a fin de lograr un desarrollo sostenible, apoyándose para ello, como dice el art. 45 de la Constitución, "en la indispensable solidaridad colectiva". El problema surge, sin embargo, porque no sólo los particulares sino también la propia Administración se ve condicionada por los intereses económicos, mucho más en ocasiones de lo que resulta necesario para el logro de un desarrollo sostenible.

De esta tensión medio ambiente-desarrollo se derivan dos peculiaridades que presenta la actuación de la Administración en esta materia:

> La intervención de la Administración permite con frecuencia *dirimir los conflictos concretos entre particulares que causa la tensión medio ambiente- desarrollo*, por lo que la Administración, cuando concede o deniega por ejemplo una licencia para la instalación de una industrial molesta o insalubre, puede ejercer también, junto a la defensa del bien colectivo medio ambiente, una *actividad arbitral* entre los administrados.
>
> La Administración actúa como principal defensora del interés colectivo medio ambiente, pero en ocasiones *puede aparecer también como potencial agresora del mismo*. Esta paradójica situación es fruto, como señala el profesor Martin Mateo, "de la constatada ampliación de competen-

62 FREEMAN, M., "Are there collective human rights?" en *Political Studies*, 1995, XLII, p. 40.

63. *V.*, LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, Editorial Dykinson, 3ª edición, Madrid 2003.

cias públicas materializadas en proyectos e iniciativas de gran envergadura, de trascendencia para el medio y de la dispersión de responsabilidades en múltiples organismos y entes que propenden a defender celosamente sus funciones y a anteponer quizá los intereses que sectorialmente administran a los más amplios y globales que se concitan en la defensa del ambiente"[64]. La Administración debe estar sujeta también a los postulados ambientales cuando lleva a cabo cualquier actividad o proyecto potencialmente lesivo del entorno y sometido por ello a normas ambientales: obras públicas sometidas a evaluación de impacto, actividades clasificadas, vertidos, operaciones de producción y gestión de residuos etc.

Esta *doble condición de la Administración*, como defensora del bien jurídico situado bajo su tutela pero a la vez potencial agresora del mismo explica, por un lado, la particular importancia que en este ámbito tiene *la participación pública en la defensa del medio ambiente.* Esta participación se instrumenta mediante fórmulas muy variadas[65], que comprenden desde su intervención en los trámites de audiencia o información pública que el ordenamiento abre, cada vez con mayor generosidad, en las normas que regulan técnicas de protección ambiental (Evaluación de Impacto Ambiental, Autorización para el control y la prevención integradas de la contaminación etc.), la llamada participación orgánica, mediante la incorporación de ciudadanos en órganos ambientales, normalmente de carácter consultivo, la creación y el fomento por los propios poderes públicos (vía normalmente de subvenciones) de organizaciones especiales para la realización de fines ambientales, o las formas de participación ciudadana tendentes a instar la actuación de la Administración, entre las que se pueden destacar las peticiones, propuestas, iniciativas y sugerencias dirigidas a la adopción de medidas de protección ambiental, *y las denuncias de actividades lesivas del medio ambiente* a fin de que la Administración abra un procedimiento sancionador administrativo.

Pero para que las denuncias resulten efectivas es preciso en este ámbito de la protección ambiental, más que en ningún otro, debido a los potenciales conflictos entre los intereses económicos y ambientales, que se reconozca la legitimación de cualquier ciudadano para interponerlas y, por ende, para recurrir su archivo ante los tribunales. De esta forma se da una nueva vía de entrada a los tribunales para que éstos aseguren el cese de las prácticas ilegales lesivas del entorno y el efectivo cumplimiento de las medidas ambientales adoptadas por el legislador, *tanto respecto de las actuaciones privadas como de la conducta de la Administración*. La potenciación de las acciones de los particulares, y en especial de las asociaciones ecologistas, en defensa del bien colectivo del medio ambiente resultan fundamentales para que los tribunales puedan garantizar un escrupuloso cumplimiento de las normas ambientales frente a los poderosos intereses económicos (y, por ende, con frecuencia políticos) que postulan a favor de un desarrollismo incontrolado.

No es casual, en este sentido, que siempre que los autores quieren poner un ejemplo de *interés legítimo afectado* por el no ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración lo hagan utilizando ejemplos sacados del medio ambiente[66]. Pero el problema

64. MARTÍN MATEO M., *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial Trivium, volumen 1, Madrid 1991.

65. *V.*, LOZANO CUTANDA B., *ob.cit*; ALONSO GARCÍA E., "La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales" en Cívitas, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 61, 1989; GARCÍA DE ENTERRÍA E., "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa" en *Libro Homenaje a Villar Palasí*, Madrid 1989; CIRCO SEIRA C., presentado por PEMÁN GAVÍN J., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Editado por el Real Colegio de España en Bolonia 2002.

66. Recordemos en este sentido las palabras de NIETO A., "Es incomprensible que el perjudicado por los humos de una fábrica no pueda exigir de la Administración la sanción de la infracción de las medidas de filtrado" en *Derecho administrativo sancionador, cit*., p. 26.

es aún más grave, porque dado que en *el medio ambiente está fundamentalmente integrado por bienes públicos*, ya sea del dominio público de la Administración, como es el caso de las aguas continentales, del dominio público marítimo terrestre, o de los montes públicos, ya sea de titularidad pública, como es el caso de los espacios naturales protegidos, o ya sea simplemente de bienes carentes de titularidad pero de utilización pública por todos los ciudadanos, como es el caso de la atmósfera, *existen multitud de atentados ambientales que no producen perjuicios individuales*, por lo que, o bien en estos casos se reconoce la acción pública para denunciar las infracciones ambientales, o quedará al puro arbitrio de la Administración el proceder o no a castigar los ilícitos cometidos.

Se habla en este sentido, con gran expresividad, de "*lugares huérfanos*", en los que no existen intereses particulares que puedan verse afectados y que estimulen, por tanto, la acción de los ciudadanos en su defensa, por lo que sólo el reconocimiento de la acción pública, y el consiguiente acceso a su defensa de las asociaciones ambientales y de los ciudadanos preocupados por su protección, puede en estos casos permitir que se controle que en la actuación de los poderes públicos los intereses ambientales no son ilícitamente preteridos a los económicos, siempre más *rentables*, incluso políticamente. Resulta por ello especialmente necesario en este ámbito de la protección del medio ambiente, la introducción de la acción pública en defensa de su ordenación, de tal forma que *se suprima el requisito de la acreditación del interés del accionante en el asunto concreto*, por la presunción legal de que tan interés concurre *per se* en todo ciudadano.

Se da, sin embargo, la paradoja de que mientras a nivel estatal son aún muy pocas las leyes que reconocen esta acción pública, las leyes autonómicas dictadas para el desarrollo o la protección del medio ambiente la reconocen con mucha mas amplitud. A nivel estatal, consagran la acción pública algunas normas con trascendencia ambiental como son la Ley de Costas (art.109.1), la Ley de Caza (art.47.b), y la Ley del Patrimonio Histórico Español (art.8.2). Falta sin embargo el reconocimiento de esta acción en otras leyes ambientales muy importantes y necesitadas de la colaboración ciudadana para su plena efectividad, como son, entre otras, la Ley de Aguas (Texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), la Ley de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna Silvestre (Ley 4/1989, de 27 de marzo), el Real Decreto Legislativo de Evaluación de Impacto Ambiental (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, modificado por la Ley 6/2001, de 38 de mayo), la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico (Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico) y la Ley de Residuos (Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos)[67].

Frente a este parco reconocimiento de la acción popular a nivel estatal, son muchas las normas autonómicas que reconocen expresamente esta acción, incluso en sectores en los que la legislación básica estatal de carácter sectorial no la ha introducido[68]. Debe

67. Especialmente injustificable resulta, como señala JORDANO FRAGA (*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Editorial Bosch, Barcelona 1995), la ausencia de acción popular en la ley 4/1989 de Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna Silvestres, cuando dicha acción había sido consagrada anteriormente por las leyes de creación o reclasificación de los parques naturales (pueden citarse, en este sentido, entre otras, la Ley del Parque Nacional de Doñana, de 28 de diciembre de 1978, la Ley del Parque Nacional de las Tablas del Daimiel, de 3 de mayo de 1980, la Ley del Parque Nacional de Garajonay, de 25 de marzo de 1981, y la Ley del Parque Nacional de Timanfaya, de 25 de marzo de 1981), lo que da la impresión, como dice este autor, de que "se hubiese pretendido huir del control en una materia en la que el asociacionismo ecológico ha mostrado su interés y beligerancia".

68. Entre las leyes autonómicas sectoriales que reconocen la acción pública en materia ambiental podemos citar, entre otras:

destacarse, en este sentido, la Ley de la Región de Murcia de Protección Ambiental (Ley 1/1995, de 8 de marzo), por cuanto consagra la acción pública con carácter general "*para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales, la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación*" (art.89), comprendiendo sus preceptos aspectos muy diversos de la protección ambiental, como son: las directrices y planes de protección del medio ambiente, la autorización de actividades que puedan afectar al medio ambiente (que comprende el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), los instrumentos económicos de imputación de costes ambientales, los instrumentos de garantías y responsabilidad ambiental, la etiqueta verde regional, las auditorías ambientales, la disciplina ambiental, y la información y participación ciudadana).

Se trata, como vemos, de un reconocimiento prácticamente general de la acción pública para denunciar los ilícitos ambientales, como sería deseable que se introdujera a nivel de legislación básica estatal[69].

De igual modo que en el ámbito de la protección del medio ambiente, propugnamos la introducción de la acción pública *en todos aquellos sectores en los que el ordenamiento jurídico se dirija a la protección de bienes o intereses colectivos* (defensa de consumidores y usuarios, conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico -donde esta acción, como hemos visto, ya está reconocida con carácter general-, protección de la salud etc..), aunque el medio ambiente constituye, y por ello lo hemos expuesto con mayor detenimiento, el supuesto más paradigmático de necesario reconocimiento de la acción pública para que los ciudadanos puedan participar en la defensa de un interés o bien colectivo, dado que la Administración puede no ejercitar su potestad sancionadora llevada por otros intereses que entran en conflicto, singularmente el de desarrollo económico y defensa de los puestos de trabajo[70].

- En el ámbito de los espacios naturales protegidos: la Ley Valenciana reguladora de Parajes Naturales (Ley 5/1988, de 24 de junio, art. 15.7); la Ley de Castilla- León de Espacios Naturales (Ley 8/1991, de 10 de mayo, Disposición Adicional Primera); y la Ley foral de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitat (Ley 2/1993, de 5 de marzo, art.110.1).
- En materia de aguas y espacios naturales puede citarse la Ley Madrileña de Protección de Embalses y Zonas Húmedas (Ley 7/1990, de 28 de junio, art. 20).
- En materia de actividades clasificadas y evaluación de impacto ambiental podemos citar la Ley de Baleares sobre Actividades Clasificadas (Ley 8/1995, de 30 de marzo, art. 54), y la Ley de Canarias de prevención del impacto ecológico (Ley 11/1990, de 13 de julio).

69. El reconocimiento por las normas autonómicas de la acción pública en ámbitos en los que la legislación estatal no la establece nos exige cuestionarnos sobre su constitucionalidad, en cuanto las normas de legitimación se insertan en el ámbito de la legislación procesal, que es de competencia exclusiva estatal. Así lo dispone el artículo 149.1.6º de la Constitución, pero se admite sin embargo como excepción "las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas", lo que permite cohonestar las disposiciones autonómicas citadas si se entiende que constituyen una especialidad derivada de un derecho sustantivo más riguroso en la protección ambiental, en el ejercicio por las Comunidades Autónomas de su facultad de dictar normas adicionales de protección.

Debe en todo caso señalarse que en esta materia de la acción popular, como en tantas otras relativas a la protección del medio ambiente, sería necesario -en aras de la eficacia de la tutela jurídica del medio ambiente pero también del ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos por todos los ciudadanos-, lograr una mínima uniformidad normativa en todo el territorio nacional, que podría en este caso obtenerse bien mediante el reconocimiento general de la acción pública en una norma estatal, o bien mediante la incorporación de esta acción a las distintas leyes sectoriales básicas de protección ambiental.

70. Pensemos, por ejemplo, en una fábrica que ha cometido una grave infracción ambiental, cuya sanción conllevaría con toda seguridad su cierre, pero que constituye para la localidad en el que se sitúa una fuente de riqueza y de puestos de trabajo muy importante, ¿no habrá en este caso una tendencia de la Administración a *tolerar* la

3. La legitimación de las Asociaciones representativas de intereses económicos y sociales para la defensa de los intereses colectivos. Insuficiente reconocimiento legal y posibilidad de una interpretación amplia por la jurisprudencia de la condición de "interesado"

En aquellos ámbitos en los que no opera la acción pública, para una mejor defensa de bienes e intereses colectivos resulta necesario, en orden a que la denuncia de las infracciones incluya la posibilidad de recurrir su inadmisión, el reconocimiento como titular de un *interés legítimo* -que ha de abrir, como hemos visto, esta posibilidad-, el ser titular de un derecho colectivo afectado por la infracción. De esta forma se permite que las asociaciones dedicadas a la protección de estos intereses puedan denunciar como interesadas, puesto que de lo contrario sólo estarían legitimadas cuando se viera afectado un derecho o interés directo de los socios o de la asociación en cuanto tal.

En este sentido, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre), dispone, en el artículo 31, dedicado al *concepto de interesado*, que "Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, *serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca*". De esta forma, se está reconociendo que dentro de los intereses legítimos entran también los *colectivos* cuando se trata de "asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales", pero se exige la previa habilitación legal para su ejercicio. Del mismo modo, la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso- administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), reconoce legitimación activa a las corporaciones, asociaciones, sindicatos, y a los grupos y entidades carentes de personalidad jurídica pero que tengan reconocida expresamente por una ley capacidad procesal ante este orden jurisdiccional, siempre que "*resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos*" (art.19.1.b).

Y aquí es donde el sistema falla, puesto que son muy pocas, de nuevo, las leyes que habilitan expresamente a las Asociaciones y organizaciones representativas de intereses colectivos para actuar jurídicamente con carácter general como titulares de los derechos que constituyen su razón de ser. En este sentido, pueden citarse: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[71], la Ley de Procedimiento Laboral[72], y la Ley de Propiedad Intelectual[73].

---

conducta o a *negociar* con la empresa en vez de sancionar, aunque los daños ambientales producidos hayan sido irreparables?.

71. Ley 26/1984, de 19 de julio, que habilita a las asociaciones de consumidores y usuarios que cumplan determinados requisitos (figurar inscritas en un libro registro que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan, para "representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios", otorgándoles además, en determinados casos, el beneficio de justicia gratuita (art.20).

72. Aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido, cuyo art. 17 dispone que "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios".

73. Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, cuyo art. 150 dispone que "Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa".

Son escasos, por tanto, los supuestos en los que se habilita a las asociaciones y organizaciones para la defensa de los intereses colectivos, y falta, sobre todo, un precepto de este tipo *en el ámbito de la protección del medio ambiente*, a pesar de ser éste un ámbito en el que, como hemos expuesto, la participación ciudadana resulta capital para una eficaz tutela de los bienes implicados, y esta participación ciudadana se canaliza fundamentalmente a través de las asociaciones ecologistas. Hay que señalar, en este sentido, que aunque el interés por la defensa del medio ambiente ha calado de modo muy profundo en la sociedad, los particulares no suelen decidirse a ejercitar acciones públicas para la defensa del medio ambiente, pues son muchos los factores que les disuaden, tales como el costo del litigio, la complejidad de los problemas ambientales y la necesidad por consiguiente de obtener el asesoramiento de expertos, la sensación de inferioridad frente a la autoridad pública etc. La experiencia demuestra por ello, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, que la mayor parte de las acciones dirigidas a controlar la legalidad de la actuación administrativa en materia de medio ambiente son de carácter asociativo.

En tanto no se introduzca una regulación de este tipo para las asociaciones ecologistas, serán los tribunales los que, caso por caso, habrán de decidir si la asociación resulta "*afectada*" por el acto o disposición recurridos cuando la denuncia no atendida lo ha sido por una infracción que afecta a los intereses ambientales para cuya defensa la asociación ha sido creada. A favor de reconocer una legitimación de este tipo a las asociaciones ecologistas en materias relacionadas con el medio ambiente se ha pronunciado ya alguna Sentencia, pudiendo citarse en este sentido, entre otras:

> La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de junio de 1992[74], en la que se reconoce a la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza (AEDENAT), la condición de interesada en un procedimiento administrativo para la defensa de los intereses de carácter colectivo que atañen a la Asociación, lo que se fundamenta en la amplia interpretación que el Tribunal Constitucional había realizado de los presupuestos legitimadores exigidos por la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "(...) como afirma el Tribunal Constitucional, (...), las asociaciones legalmente constituidas, tienen al igual que las demás personas jurídicas y las físicas, derecho a ejercitar ante Jueces y Tribunales las acciones que les corresponden en defensa de sus intereses legítimos, derecho que no está integrado en el de asociación, sino en el más específico y concreto de la tutela judicial que garantiza el artículo 24.1 de la CE". En consecuencia, declara el Tribunal que "Si la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza solicita tener conocimiento de una serie de resoluciones referentes al almacenamiento, instalación, recogida y transporte de residuos radiactivos sólidos procedentes de centrales nucleares, es evidente que, *dada la naturaleza y actividad de la entidad recurrente, está interesada y puede afectarle todo cuanto pueda incidir o rozar la conservación de la naturaleza* y de ahí que el interés por conocer el alcance y términos de la concesión hecha en esa materia a la empresa ENRESA, no resulte desprovisto de justificación (...) (Fundamento de Derecho Sexto).
>
> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de noviembre de 2000 (R.A. 37), que admitió la legitimación como interesada de una Asociación de Defensa del Medio Ambiente en un procedimiento sancionador incoado a un particular por infracción de la Ley de Caza (cazar un corzo con arma en terreno común, estando en época de veda, con niebla y suelo cubierto de nieve).

74. *V.*, un comentario de esta Sentencia, en ROSA MORENO J., "Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva" en Cívitas, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 81, 1994.

> La Sentencia señala que si se conecta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto con el art. 31.1 LAP, "ha de concluirse que en la medida que la infracción perseguida en el procedimiento sancionador en el que pretende personarse como interesada afecta al medioambiente del Valle de Lozoya, cuya defensa es uno de los fines estatutarios de la Asociación recurrente, su intervención como interesada en dicho procedimiento sancionador es uno de los instrumentos con los que cuenta para el cumplimiento de dichos fines".

También el Tribunal Constitucional ha reconocido, aunque de forma incidental y en relación a una cuestión atinente al proceso penal, que "resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal *tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa*, en este caso respecto de la revocación de la sanción impuesta a un cazador que había abatido a una avutarda" (Sentencia 34/1994, de 31 de enero)[75].

Existe así la posibilidad de que, por vía jurisprudencial y en tanto no se apruebe una norma *ad hoc*, se amplíe el concepto de *interesado* para incluir en él tanto los intereses individuales como los de carácter colectivo, cuando la denunciante o recurrente sea una Asociación dedicada a la defensa de los mismos.

4. Garantías necesarias para evitar denuncias infundadas o abusivas

En todos los supuestos en los que hemos defendido el reconocimiento de la condición de interesado al denunciante cuando se vean afectados sus derechos o intereses legítimos, o la posibilidad de ostentar tal condición para la mera defensa de la legalidad mediante la introducción de la acción pública o la legitimación de las asociaciones dedicadas a su tutela en aquellos ámbitos en que estén en juego bienes o intereses colectivos, es obvio que habrá que adoptar algunas precauciones para evitar un uso abusivo de la denuncia administrativa, por ejemplo mediante la amenaza de su interposición sin ningún fundamento con el único propósito de *coaccionar*, o mediante la denuncia infundada con fines de venganza (puesto que tratándose de una empresa, es obvio que el sufrir un procedimiento sancionador, aunque sólo sea en su fase previa de instrucción preliminar, constituye ya *per se* una cierta *sanción* que puede tener efectos económicos indirectos, especialmente si transciende y se hace público).

Estas precauciones muy bien podrían ser las ya adoptadas por la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuya Exposición de Motivos se afirma que "Es propósito de la ley impedir las acusaciones particulares infundadas o carentes de los datos necesarios para una adecuada defensa, y por ello se establece un trámite de admisión y unos rigurosos requisitos al respecto".

Además de la exigencia de determinados requisitos formales, singularmente una motivación suficiente, en la denuncia para que pueda admitirse la solicitud a instancia de parte que ya hemos expuesto, la Ley (art. 35.4) prevé como cautela la posibilidad de inadmitir la solicitud de iniciación del procedimiento en los siguientes casos:

a. Cuando alguno de los requisitos exigidos no se contenga en la denuncia "con la claridad necesaria", y no se subsane esta carencia en el plazo otorgado al efecto.

---

75. *V.*, un comentario de esta Sentencia en SANZ RUBIALES, I, "La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial" en *Revista de Administración Pública* n°141, 1996.

b. Cuando carezca notoriamente de fundamento, para cuya apreciación "se tendrá en cuenta, fundamentalmente, la argumentación de la solicitud y el apoyo probatorio que con ella se aporte", sin que se admita en este caso plazo de subsanación.

c. Cuando "se presente por quien no es interesado" (cautela que no operaría, obviamente, en los supuestos de reconocimiento de la acción pública para denunciar las infracciones administrativas).

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Caterina Balasso
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Régimen del procedimiento para la determinación de prácticas anticompetitivas en la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

I. INTRODUCCIÓN

La Ley para la Promover y Proteger la Libre Competencia (*G.O*. nº 34.880 de 13 de enero de 1992), como su nombre lo indica, tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia como bien jurídico (artículo 1), entendiéndose que la misma existe cuando cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tiene libertad plena para entrar o salir del mercado; y cuando quienes están dentro de él, no pueden, ni individualmente ni en colusión con otros, imponer condiciones en las relaciones de intercambio (artículo 3).

El objeto tutelado por la Ley, por tanto, no lo constituyen los derechos individuales de los agentes económicos, sino la libre competencia y el mercado; aunque sin duda deba admitirse, que la protección del mercado pueda, a la postre, resultar en un beneficio colectivo para dichos agentes[1].

En este orden de ideas, se reconoce como principio fundamental en el régimen legal de la libre competencia "...que todas las normas e instituciones legales en la materia están directamente orientadas a la protección y tutela de un bien jurídico preciso: la libre competencia, tal como es conceptuada por el artículo 3 de la Ley que rige la materia. No otra cosa puede predicarse desde que el artículo 1 de la misma Ley establece que su objeto es, precisamente, promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia, lo cual, además -y casi de forma suplementaria- se traduce en beneficio de los productores y consumidores. Es con este mismo objetivo (promover y proteger el ejercicio de la libre competencia) que, igualmente, se prohiben "las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que pueden impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica"[2].

---

1. Este aspecto ha sido reconocido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia pronunciada en el Expediente n° 00-23011, con ponencia del Magistrado APITZ BARBERA, Juan Carlos (Caso *Wellhead Inc. vs. Resolución n° 000204 emanada de Procompetencia el 21 de febrero del 2000*) en la cual esa Corte estableció: "...la legislación sobre la libre competencia tiene como objetivo la protección del mercado y la competencia como bien jurídico, mas no de los derechos individuales de los agentes económicos, aunque la protección del mercado pueda, en definitiva, resultar en un beneficio colectivo de dichos agentes".

2. Sentencia pronunciada en el Expediente n° 00-23011 con ponencia del Magistrado APITZ BARBERA, Juan Carlos, Caso *Wellhead Inc. vs. Resolución n° 000204 dictada por Procompetencia el 21 de febrero del 2000*.

Esta circunstancia se pone de manifiesto tanto en la prohibición general (artículo 5) como en las prohibiciones particulares (artículos 6 al 13) establecidas en la ley, mediante las cuales se sancionan diversas conductas y prácticas tipificadas, en la medida que produzcan -o puedan producir- efectos en el mercado que impliquen alteraciones (impidan, restrinjan, falseen o limiten) a las condiciones de libre competencia.

Por otra parte, el hecho de que el objeto tutelado por la Ley sea la libre competencia resulta determinante para la comprensión del alcance de las normas prohibitivas de prácticas constitutivas de competencia desleal establecidas en la Ley (artículo 17), pues se traduce en la necesidad de que se verifique una relación con la libre competencia. En efecto, así lo tiene establecido la doctrina administrativa de Procompetencia y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señalando:

> A la luz de esta expresa declaración que pone al descubierto el fundamento y objetivo de toda la normativa que se analiza, resulta evidente que, al prohibirse -como lo hace el artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia- el desarrollo de prácticas de competencia desleal, se pretende, también, la protección de la libre competencia, bien jurídico este que se erige en fundamento de toda la Ley. Es por ello, precisamente, que el Legislador ha sido enfático en destacar, que la prohibición contenida en el mencionado artículo 17 tiene como objeto no cualquier conducta de competencia desleal, sino de manera concreta "el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores", con lo cual es manifiesta también en este caso, la relación necesaria entre la conducta prohibida y la protección de la competencia. (Sentencia pronunciada en el Expediente N° 00-23011 con ponencia del Magistrado Apitz Barbera, Juan Carlos. Caso: *Wellhead Inc. vs. Resolución N° 000204* dictada por Procompetencia el 21 de febrero del 2000)[3].

Esa protección y defensa de la libre competencia se traducen, al mismo tiempo, en una intervención del Estado en el mercado, mediante la cual se controla, supervisa y dirige el comportamiento de los agentes que en él participan, para asegurar el mantenimiento de un régimen que garantice la existencia de las condiciones necesarias para asegurar la existencia de una competencia libre y efectiva.

En este orden de ideas, la legislación sobre libre competencia se inserta dentro del Derecho Público Económico y, como ha señalado recientemente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a través de sus normas se concreta la intervención del Estado en lo relativo a la libertad de entrar y salir del mercado de cualquier agente económico, sin que persona alguna que esté dentro de él, pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio:

> …Si bien es cierto que la intervención y control en materia de los mercados comerciales e industriales privados por parte del Estado surgió originalmente bajo la concepción de la necesaria reacción frente a situaciones que pudieran afectar la libre economía, no es menos cierto que esa intervención estatal constituye una finalidad propia de la estructura del Estado moderno. Es por ello, que estas medidas de intervención estatal, más que soluciones de carácter temporal, son un instrumento de política económica.

---

3. En el mismo sentido se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia recaída en el Expediente n° 00-23011, al señalar: "...al colocarse en el dominio público un secreto industrial no necesariamente se produce un daño en la competencia, en el mercado, lo cual no excluye la posibilidad de sostener que se hayan perjudicado efectivamente los derechos de la empresa legítima poseedora del secreto; sin embargo, la protección de estos derechos no forma parte de los fines para los cuales ha sido diseñado el régimen sobre la libre competencia, por lo que no podía esperarse que ello fuera lícitamente apreciado al momento de la producción del acto recurrido. (Ponencia del Magistrado APITZ BARBERA, Juan Carlos, Caso *Wellhead Inc. vs. Resolución n° 000204 dictada por Procompetencia el 21 de febrero del 2000*).

> La intervención del Estado en la economía y, concretamente, en la defensa del libre mercado, se justifica porque, en estos casos, lo que básicamente está en juego es la defensa de los superiores intereses de la colectividad.
>
> El Estado moderno está llamado a intervenir en la economía con el firme propósito de lograr el equilibrio en las relaciones económicas y para ello cuenta con un medio jurídico preciso: la policía económica. En efecto, el conjunto de normas que regulan el desarrollo de actividades económicas por parte de los particulares constituyen una clara manifestación de esa específica función del Estado[4].

Por otra parte, sin embargo, no puede dejar de observarse que el mercado cuenta con sus propias reglas de control, y que en atención a ello, se hace necesario establecer dónde éstas terminan y dónde comienza la necesidad de intervención; correspondiendo al órgano administrativo encargado de la tutela de la libre competencia y el mercado, considerar las circunstancias concretas de cada caso particular, y determinar cuándo su actuación es requerida y cuándo conviene *permitir que sea el juego del mercado el que establezca una relación económica adecuada*[5].

En este orden de ideas, la Ley Procompetencia dispone, en su artículo 19, la creación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional Centralizada, que goza de autonomía funcional en las materias de su competencia, y se encuentra adscrito al Ministerio de Producción y Comercio.

La Superintendencia de Procompetencia es el órgano de policía administrativa creado por el Estado para la vigilancia y control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, y por tanto, el ente garante de la libre competencia y su relación con el mercado. En este sentido, el fin último perseguido por las actividades que desarrolla, en ejercicio de las facultades que tiene atribuidas, es el restablecimiento del orden público económico, específicamente el resguardo de la libre competencia y la eficiencia del mercado, con el debido respeto de los derechos y garantías de los administrados.

---

4. Sentencia de la CPCA de 19 de diciembre de 2002 con ponencia del Magistrado ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia en fecha 26 de mayo de 1995*.

5. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 21 de noviembre de 2002, recaída en el Expediente n° 02-1995, con ponencia del Magistrado: HERNÁNDEZ B., César J., Caso *C.V.G. Industria Venezolana del Aluminio, C.A.* (*CVG VENALUM) vs. Resolución n° SPPLC/0021-2002 emanada de Procompetencia el 6 de agosto de 2002*, estableció: "....se busca establecer dónde terminan las reglas del mercado y dónde comienza a ser necesaria la intervención de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, cuyo planteamiento debe consistir en la posibilidad de que el órgano decisor considere cuándo debe intervenir y cuándo debe permitir que el juego del mercado establezca una relación económica adecuada, tomando en consideración los postulados de la teoría económica como base o *marco de conceptualización* y los principios de congruencia, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de sustentar qué comportamientos atentan contra el bien jurídico tutelado por la norma y, cuáles son permitidos o excluidos del control por parte de la Superintendencia Procompetencia.

Es por ello, que el riesgo de no aplicar el modelo adecuado a un caso concreto, como contexto de interpretación de la Ley que rige la competencia, implica a criterio de esta Corte, la posibilidad de incurrir en ambigüedades interpretativas, provocando en las Resoluciones que emita el Órgano decisor una desregularización excesiva o un intervencionismo a ultranza que afectarían las decisiones empresariales, por lo que la teoría económica constituye de manera certera un límite en la actuación de la Superintendencia Procompetencia."

Este carácter determina que la Superintendencia Procompetencia esté legitimada para limitar los derechos de particulares mediante las actuaciones coactivas para cuyo ejercicio está facultada (artículo 38 de la Ley Procompetencia), las cuales le permiten alcanzar el fin para el cual ha sido creada[6].

El alcance de actuación del organismo está establecido en la norma contenida en el artículo 29 de la Ley, el cual lo define mediante una cláusula general, la atribución a la Superintendencia de la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, fórmula que en definitiva resume todas las facultades atribuidas a dicho ente[7]; así como a través de la enumeración de algunas atribuciones específicas que, sin embargo, no las agotan exhaustivamente, entre las cuales se encuentran: la de realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas (ordinal 2º); la de dictar medidas preventivas, de oficio o a solicitud de interesados, para evitar los efectos perjudiciales de las prácticas prohibidas (ordinal 4º); y la de determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas, tomar las medidas para que cesen e imponer las sanciones previstas en esta Ley (ordinal 3º).

Las atribuciones últimamente referidas (relativas a las prácticas o conductas prohibidas por la Ley) son ejercidas por Procompetencia a través de procedimientos administrativos que ese organismo sustancia y decide, los cuales están regulados en los artículos 31 y siguientes de la Ley.

En el presente estudio se realiza un análisis crítico de la regulación de esos procedimientos administrativos, poniendo de manifiesto algunos aspectos particulares que han sido objeto de controversia durante su vigencia y aplicación.

6. Ha dicho la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al respecto que "...la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, en virtud de la potestad de policía administrativa que le ha conferido la Ley, puede conforme al artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia: 1) ordenar la cesación de las prácticas prohibidas; 2) imponer condiciones u obligaciones; 3) ordenar la supresión de las prácticas prohibidas; y 4) imponer sanciones a los particulares, a los fines de resguardar el orden público, las cuales deben estar plasmadas en alguna norma jurídica.

Tales determinaciones dictadas por la aludida Superintendencia, conforme a su potestad de policía administrativa, ha sido determinada por el tratadista GARRIDO FALLA, Fernando como "aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos" (Sentencia del 21 de noviembre de 2002, recaída en el Expediente n° 02-1995, con ponencia del Magistrado: HERNÁNDEZ B., César J., Caso *C.V.G. Industria Venezolana del Aluminio, C.A.* (*CVG VENALUM) vs. Resolución n° SPPLC/0021-2002 emanada de Procompetencia el 6 de agosto de 2002*).

7. *V.*, Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 25 de marzo de 1999, recaída en el Expediente n° 97-19404. Magistrado Ponente: GARCÍA DE CORNET, Teresa, Caso *Transporte Maquigas, S.R.L. vs. Resolución n° SPPLC/010-97 de Procompetencia de 19 de mayo de 1997*.

II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al igual que en los demás procedimientos administrativos regulados por el ordenamiento jurídico, en los procedimientos para la determinación de la existencia -o no- de prácticas anticompetitivas, pueden distinguirse tres fases o etapas: iniciación, sustanciación y decisión.

Esta segmentación procedimental ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial entre nosotros, destacando el criterio general sentado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual:

> ...en general, el procedimiento administrativo distingue tres fases fundamentales. Una primera fase enmarcada por la iniciativa, según sea el caso, del particular o del órgano administrativo, de llevar adelante el procedimiento encaminado a decidir las cuestiones que se hayan planteado como objeto del mismo; una segunda fase destinada a la sustanciación del procedimiento y en virtud de la cual se incluye un gran número de actos de instrucción, dirigidos a guiar a la Administración en la toma de una decisión adecuada; y una tercera fase de terminación, comprendida por el acto decisorio que pone fin al procedimiento administrativo; siendo necesario, en algunos casos, implementar una cuarta fase, de ejecución, a fin de imprimirle eficacia a la decisión emanada del órgano administrativo[8].

Similar ha sido el criterio establecido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, tribunal que refiriéndose a los procedimientos seguidos por ante la Superintendencia de Procompetencia, se ha pronunciado en los términos que siguen:

> ...En efecto, en toda averiguación sancionatoria de la Administración pueden distinguirse tres fases. En la primera, surgen indicios de culpabilidad respecto un sujeto en específico, los cuales motivan la apertura de la investigación. Tales indicios de culpabilidad constituyen los "cargos" a que se refiere el numeral primero del artículo 49 constitucional. Nunca se podría permitir la condena a un particular por estos simples indicios, puesto que ello sería contrario con el espíritu constitucional.
>
> En la segunda fase, tales cargos deben ser notificados al sujeto indiciado, para que éste ejerza su derecho a la defensa. Igualmente, en dicha fase deberá la Administración, mediante medios de prueba concretos, pertinentes y legales y, atendiendo a las razones y defensas expuestas por el sujeto indiciado, determinar, definitivamente, y sin ningún tipo de duda, la culpabilidad del sujeto indiciado.
>
> Por último, corresponderá a la Administración aplicar las sanciones consagradas expresamente en leyes, de manera proporcional a los hechos incriminados[9].

En este orden de ideas, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha reconocido implícitamente la existencia de las tres fases procedimentales cronológicas a que se ha hecho referencia, en los procedimientos administrativos que se siguen por ante la Superintendencia de Procompetencia para la determinación de la comisión -o no- de prácticas anticompetitivas.

---

8. Sentencia nº 00030 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado: ZERPA, Levis Ignacio pronunciada en el expediente nº 16500 y publicada el 22 de enero de 2002.

9. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 19 de diciembre de 2002, con ponencia del Magistrado: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia en fecha 26 de mayo de 1995*.

Ahora bien, en el caso particular de esos procedimientos, la distinción de las fases o etapas procedimentales se ve reforzada por una clara separación de las actividades inherentes a cada una de ellas, y por la atribución de la dirección de las mismas a funcionarios diferentes dentro de la organización del ente administrativo.

En efecto, tal como se evidencia de los comentarios que siguen, mientras que el inicio y la decisión de los procedimientos referidos, corresponden al Superintendente, la sustanciación de los mismos está asignada a la Sala de Sustanciación, dirigida por el Superintendente Adjunto[10].

1. Inicio

La fase inicial del procedimiento para la determinación de prácticas anticompetitivas está regulada en la norma contenida en el artículo 32 de la Ley Procompetencia, que es del tenor siguiente:

> El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio.
>
> La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente.
>
> Cuando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en esta Ley, el Superintendente ordenará la apertura del correspondiente procedimiento e iniciará, por medio de la Sala de Sustanciación, la investigación o sustanciación del caso si éste fuere procedente.

La interpretación del artículo citado, y por ende la determinación de su alcance, no han sido uniformes, planteando dificultades en su aplicación con consecuencias no poco importantes, tanto desde un punto de vista formal como desde una perspectiva práctica.

En efecto, históricamente la posición sostenida por la Superintendencia de Procompetencia en relación con la interpretación que correspondía a la norma en cuestión, había sido la de considerar que, incluso en los casos de procedimientos iniciados por solicitud de parte, tocaba a ese órgano la emisión de un pronunciamiento previo a la apertura del expediente respectivo, en el que analizara su competencia, la legitimación del solicitante y el carácter del agente económico en contra del cual se dirigiera la solicitud, la prescripción y, de ser el caso, la procedencia o no de la adopción de medidas preventivas.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Procompetencia había considerado que, a todo evento, prevalecía la necesidad de realizar una valoración preliminar en la que, analizados los señalamientos realizados por el solicitante, así como las pruebas eventualmente aportadas para soportarlos, ese ente determinase la existencia de indicios que fueran suficientes para presumir la violación de las prohibiciones establecidas en la Ley de la materia.

---

10. De acuerdo con lo establecido en la Ley Procompetencia y su Reglamento Interno, y según ha reconocido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, "…la Sala de Sustanciación de la Superintendencia Procompetencia es la encargada de sustanciar los procedimientos administrativos que pueden devenir en sanciones, para lo cual debe realizar toda la actividad probatoria que le ha sido facultada por ley y que le ha de servir de base al Superintendente en la oportunidad de dictar la decisión final. "Esta separación de la actividad sustanciadora, de aquella desplegada por el Superintendente, entiende esta Corte que tiene por finalidad garantizar la imparcialidad que exige el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues la decisión en estos casos, será realizada por un órgano y funcionario distinto a aquél que decretó la apertura del procedimiento administrativo, para lo cual debió haber presumido, en su oportunidad, la comisión de hechos ilegales o violatorios de la ley" Sentencia de 19 de Diciembre de 2002. Magistrado Ponente: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 de Procompetencia de 26 de mayo de 1995*.

En atención a dicha interpretación, el organismo antimonopólico, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, adoptaba la decisión relativa a la apertura de los expedientes, a efectos de la tramitación subsiguiente de las diligencias necesarias para la determinación de la existencia o no de prácticas anticompetitivas; o la adopción de la decisión contraria y ulterior archivo de las actuaciones correspondientes, de acuerdo con la motivación que así lo sustentare.

Similar fue la interpretación inicialmente acogida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para la norma en cuestión, recogida en sentencia de 25 de marzo de 1999 en la cual se estableció que "…los particulares interesados están efectivamente legitimados para iniciar el procedimiento destinado a la investigación sobre prácticas prohibidas por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, luego de lo cual, si surgieren indicios que hicieran presumir la violación de las normas de la Ley de la materia corresponde a la Superintendencia ordenar la apertura del correspondiente procedimiento destinado al esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades"[11].

En este orden de ideas, tanto la Superintendencia de Procompetencia como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo admitían la procedencia de una valoración preliminar realizada por el Superintendente, considerando -sin embargo- que los procedimientos se abrían mediante esa actuación administrativa.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo abandonó posteriormente ese criterio jurisprudencial interpretativo, estableciendo la obligatoriedad de la Superintendencia de Procompetencia de abrir los procedimientos para la determinación de prácticas anticompetitivas en todos los casos en que fueran presentadas solicitudes por los particulares, independientemente de cualesquiera otras consideraciones. De acuerdo con lo sostenido por la Corte Primera en apoyo a su nueva tesis "…la exigencia de la existencia de una presunción de comisión de hechos prohibidos sólo está dirigida al Superintendente cuando pretenda iniciar de oficio un procedimiento. En cambio, cuando se trata de solicitudes de la parte la norma señala "el procedimiento se iniciará", en consecuencia, ante tal supuesto, la Superintendencia está obligada a abrir un procedimiento para determinar si los hechos narrados por el solicitante efectivamente constituyen hechos prohibidos por la Ley"[12].

La interpretación establecida mediante el fallo citado parcialmente *ut supra* parecía prevalecer en la jurisprudencia contencioso administrativa, siendo confirmada mediante posterior pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el cual se ratificó, sosteniéndose una vez más que en los casos de solicitudes de parte interesada, los procedimientos administrativos debían iniciarse sin más condición exigible

11. Sentencia recaída en el Expd. n° 97-19404. Magistrado Ponente: GARCÍA DE CORNET, Teresa, Caso *Transporte Maquigas, S.R.L. vs. Resolución n° SPPLC/010-97 de Procompetencia de 19 de mayo de 1997*).

12. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo recaída en el Expediente nº 20657 el 4 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado ORTIZ ORTIZ, Rafael, Caso *RCTV vs. Resolución nº SPPLC/018-98 emanada de Procompetencia el 20 de mayo de 1998*.

que la existencia de la petición, correspondiendo a la Superintendencia el deber de ordenar, en tales casos, la apertura del procedimiento solicitado, a los fines de la determinación de la veracidad de los hechos, a lo largo de la sustanciación respectiva[13].

13. En efecto, en sentencia de 8 de mayo de 2001, Caso *Marcos Raúl ROMERO S.R.L. vs. Resolución nº SPPLC/023-98 de Procompetencia de 10 de julio de 1998*, Magistrado Ponente: MORALES LAMUÑO, Luis Estela, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció lo siguiente:

"En vista de lo anterior, es imperativo determinar, como debe interpretarse el contenido del artículo 32 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, a los fines de verificar la legalidad de la actuación de la Superintendencia en el presente caso, y definir si la misma ante la solicitud que le fue presentada por las empresas hoy recurrentes, estaba compelida o no, a iniciar el procedimiento administrativo requerido, en aras de constatar en el curso del mismo la veracidad o falsedad de la comisión de las prácticas prohibidas denunciadas o, si por el contrario, realizar la investigación preliminar que llevó a cabo, y decidir en función de los resultados obtenidos de la misma, como lo hizo, no dar inicio al procedimiento solicitado.

La disposición legal en referencia, plantea la posibilidad de que el procedimiento administrativo se inicie, bien a solicitud de parte interesada o, de manera oficiosa, es decir, por iniciativa de la propia Administración. En tal sentido vale señalar lo expresado textualmente por la norma:

"El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio.

La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente.

Cuando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en esta Ley, el Superintendente ordenará la apertura del correspondiente procedimiento e iniciará por medio de la Sala de Sustanciación, la investigación o sustanciación del caso si éste fuere procedente".

De la norma en comento, se desprende que la Administración puede actuar por su propia cuenta, sin esperar necesariamente que haya instancia de parte. De forma que, en beneficio de la celeridad, y en aras de que la Superintendencia ejerza su atribución fundamental de vigilar y controlar las prácticas que impidan o restrinjan la competencia, el legislado prevé tanto el poder como la obligación de actuar de dicho organismo. No obstante, tal actuación, cuyo origen es imputable a la voluntad e iniciativa de la autoridad administrativa, debe desenvolverse dentro de ciertas limitaciones, previstas en la segunda parte del artículo en referencia, según criterio propio de esta Corte.

Así, tomando en cuenta que la Administración Pública en ninguna de sus manifestaciones puede actuar a su libre albedrío y arbitrio, el legislador con la finalidad de regular el actuar oficioso de la Superintendencia, estableció dos limitantes para el inicio del procedimiento en ejercicio de tal modalidad, por una parte, prevé que la apertura del procedimiento de oficio sólo puede ser ordenada por el Superintendente y, por la otra, que sólo puede iniciarse, cuando exista una presunción de la comisión de hechos que vulneren las disposiciones contenidas en la Ley.

La consagración de tales limitaciones, a juicio de esta Corte, tiene por objetivo fundamental evitar conductas caprichosas por parte de la Administración, que a su vez, pudieran constituir violaciones a los derechos e intereses de los sujetos sometidos a su esfera de regulación y control, pues al exigirle a la Superintendencia que su actuación está precedida por la existencia de una presunción, supone que su iniciativas esté fundamentada, necesariamente, en todo un proceso analítico e intelectivo, en virtud del cual considere la existencia de hechos y circunstancias en razón de las cuales estime que existen fundados inicios de que se están consumando prácticas o conductas violatorias al ordenamiento jurídico vigente.

Ello así, y tomando en consideración, como ha sido afirmado en jurisprudencia reciente de este órgano jurisdiccional, que la presunción, de conformidad con el contenido del artículo 1.394 del Código Civil, es un mecanismo lógico por medio del cual puede constatarse, a partir de un hecho conocido y cierto, la certeza de uno desconocido, tal presunción puede extenderse no sólo a la ley y al juez, sino también a cualquier autoridad, como en el presente caso a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en lo que se refiere a la actividad presuntiva prevista en el artículo 32 mencionado.

En este estado de cosas, el inicio oficioso del procedimiento administrativo sancionador, tiene su origen en una serie de indicios que hacen presumir al Superintendente que se están realizando prácticas restrictivas a la libre competencia por parte de los sujetos económicos del sector investigado, en consecuencia, la causa está configurada por una presunción, sin llegar a constituir un perjuicio del caso, por cuanto ello, pudiera quebrantar el principio constitucional, según el cual se presume la inocencia hasta que se demuestren los hechos que deben ser adecuadamente comprobados a lo largo de iter procedimental.

En vista de lo anterior, la existencia de fundado indicios prevista en el artículo 32 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se encuentra dirigida y, por tanto, es exigible a quien tiene la posibilidad de aplicarla, vale decir, la autoridad administrativa, por ello sólo se perfila como condición para la procedencia de los procedimientos iniciados de oficio.

Dicho lo anterior, cuando se trata de solicitudes de parte interesada, como en el caso bajo análisis, según se desprende de la disposición comentada, el procedimiento administrativo se iniciará sin más condición exigible que la existencia de la misma, tal y como lo exige la literalidad de la norma de acuerdo con las normas de interpretación

La reacción del foro ante el criterio jurisprudencial de interpretación de la norma contenida en el artículo 32 de la Ley, en los términos expuestos, fue crítica y hasta cierto punto escéptica.

En efecto, la doctrina cuestionó la adopción de ese criterio interpretativo, por considerar que el mismo erraba y contradecía el tenor literal del artículo de la Ley, mientras que la Superintendencia de Procompetencia decidió ignorar el criterio interpretativo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en atención a lo cual continuó realizando una valoración preliminar, incluso en los procedimientos iniciados a solicitud de parte interesada ante su seno, en los cuales, continuó emitiendo el correspondiente pronunciamiento previo estimatorio o desestimatorio, según los indicios a su disposición fueran suficientes, o no, para presumir la violación a las normas de la Ley de la materia, que hiciera procedente la subsiguiente sustanciación del procedimiento correspondiente.

Paradójicamente, la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contradecía de manera implícita su criterio interpretativo sobre la obligatoriedad de apertura de los procedimientos administrativos para la determinación de prácticas anticompetitivas, en los casos en que la iniciativa correspondiera a particulares, al establecer que la determinación del ámbito de los procedimientos estuviera determinada por los respectivos actos de apertura, y permitir -por tanto- la desestimación parcial de las solicitudes en etapa preliminar, mediante dichos actos.

En efecto, la jurisprudencia de ese Tribunal había venido -y continúa- disponiendo, que el ámbito particular de los procedimientos para la determinación de la existencia de prácticas anticompetitivas, se contiene en los respectivos actos de apertura, sin haber establecido distinción alguna entre los casos de procedimientos iniciados de oficio y aquellos iniciados a solicitud de parte. De esta manera, la Corte Primera reconocía que solamente en relación a los hechos respecto de los cuales la Superintendencia se pronuncia favorablemente a través de esos actos de valoración preliminar, versaría la sustanciación de los procedimientos y recaerían las decisiones respectivas[14], admitiendo por tanto una desestimación parcial de las solicitudes de particulares.

---

dadas por el artículo 4 del Código Civil, y además, que quien la represente goce de la legitimación requerida para ello, razón por la cual, la Superintendencia en tales supuestos debe ordenarla apertura del procedimiento solicitado, a los fines de determinar a lo largo de su sustanciación la verdad de los hechos denunciados por los particulares interesados.

Tal situación debe obedecer, no sólo a que lo exige la norma ya indicada, sino además, porque los principios de economía, eficacia y celeridad exigen una actuación directa de la administración una vez que los interesados recurren a la misma en búsqueda de que sean resueltas las cuestiones que se llevan a su decisión. De ahí que no puede quedar al arbitrio de la administración, determinar, salvo materia de orden público en juego, si debe o no realizar un procedimiento ordenado por la ley, pues de ser así, la administración, en cada caso, podrían realizar un procedimiento previo, atentando de este modo en contra de los principios mencionados anteriormente, originándose por otro lado una violación de los derechos de los particulares afectados en la medida en que la oportuna respuesta a sus requerimientos no se obtiene en vista de la realización de procedimientos sólo para determinar su pertinencia o no".

14. En efecto, según lo establecido por la Corte en el acto de apertura debe expresarse de manera expresa, determinada y suficiente el objeto del procedimiento, y por tanto, todos los asuntos que pretenden investigarse o aclararse, pues en virtud del principio de intangibilidad de los cargos, aplicable en el ámbito de este tipo de procedimientos administrativos, no pueden traerse posteriormente hechos o asuntos diferentes, ni tampoco, sancionarse a los sujetos intervinientes en el procedimiento, por hechos diferentes a los contenidos en el auto de apertura del procedimiento, contentivo de los cargos. (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de Noviembre de 2002, recaída en el Expediente n° 02-1995, con ponencia del Magistrado: HERNÁNDEZ B., César J., Caso *C.V.G. Industria Venezolana del Aluminio, C.A.* (*CVG VENALUM) vs. Resolución n° SPPLC/0021-2002 emanada de Procompetencia el 6 de agosto de 2002*). *V.*, también Sentencia del 24 de octubre de 2002. Magistrado

La armonización de este criterio, con áquel que se refería a la obligatoriedad de apertura y sustanciación de los procedimientos iniciados a solicitud de parte hasta su decisión final, implicaba, por contra, la imposibilidad de que se desestimaran hechos planteados por los particulares en sus solicitudes.

Sin embargo, en algunos casos iniciados a solicitud de particulares que fueron objeto de ulterior conocimiento por parte de la referida Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no se condenó su apertura, sustanciación y decisión, a pesar de que la Superintendencia había desestimado parcialmente las respectivas solicitudes mediante los correspondientes actos de apertura; y por tanto, abierto, sustanciado y decidido los respectivos procedimientos sólo respecto de las solicitudes inicialmente estimadas o *admitidas*.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo parece apuntar hacia una nueva modificación del criterio establecido, orientándose en la dirección inicialmente adoptada. En efecto, en reciente fallo emitido por ese Tribunal, se estableció lo siguiente:

> ...De la lectura de estas normas se concluye que, el inicio del procedimiento administrativo, por parte de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, puede tener su origen en una actuación de oficio o a solicitud de parte interesada y, en ambos casos, la orden de la apertura del expediente, que emana del Superintendente, sólo tendrá lugar "[c]uando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en [la] Ley"; de allí que, a juicio de la Corte, resulta suficiente que exista dicha presunción -sobre la posible comisión de una práctica prohibida- para que el Superintendente ordene la apertura del expediente, a fin de que la Sala de Sustanciación del mencionado órgano, proceda a realizar todas las actividades de investigación y fiscalización tendientes al esclarecimiento de los "hechos", y que los presuntos infractores tengan oportunidad de exponer sus pruebas y alegar sus razones (artículo 36 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia)[15].

El fallo parcialmente transcrito *ut supra*, parece poner de manifiesto una evolución del criterio interpretativo que había venido sosteniendo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y trata de imponer una clarificación que haga racionalmente posible la aplicación de la norma contenida en el artículo 32 de la Ley Procompetencia, reconociendo la existencia de una diferenciación entre el inicio de los procedimientos y lo que considera su apertura -así como la de los expedientes respectivos- , en aparente armonía con las regulaciones contenidas en los demás artículos referidos al procedimiento; particularmente por lo que respecta al artículo 36 *ejusdem*.

Sin embargo, el criterio ahora anunciado por la Corte Primera reproduce la referencia única a la *apertura* de los procedimientos, haciendo suyo un elemento que considerado de manera aislada aleja la interpretación de lo establecido por el legislador en el texto regulador (vgr. Ley Procompetencia).

En efecto, si bien es cierto que la clave para lograr una interpretación racional de la norma en el caso de los procedimientos iniciados a solicitud de parte, parece desprenderse del reconocimiento de la diferencia existente entre el inicio de esos procedimientos y su subsiguiente apertura y sustanciación, resulta más apropiado considerar la referencia a ambos conceptos.

Ponente: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *C.A. Cervecera Nacional (Brahma) vs. Resolución nº SPPLC/0022-02 emanada de Procompetencia el 06 de agosto de 2002.*

15. Sentencia de 10 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: APITZ BARBERA, Juan Carlos, Caso *Consorcio Guaritico-Guaritico III vs. Resolución nº SPPLC/012-99 de Procompetencia de 25 de marzo de 1999*.

Tal razonamiento se desprende de la letra de la Ley, debiendo mantenerse la referencia pero también siendo necesario complementarla mediante una lectura armónica de las normas que regulan los procedimientos en cuestión, tal como a continuación se expone.

Resulta indiscutible que la Ley prevé dos modalidades para el inicio de los procedimientos sancionatorios[16]: una, a solicitud de parte interesada y otra de oficio. En el primer caso, la sola interposición de la solicitud, por el particular interesado, resulta suficiente para que el procedimiento se entienda iniciado[17]. En el segundo caso, en cambio, como la iniciativa corresponde al Superintendente, se requiere de un acto administrativo mediante el cual dicho funcionario declare el inicio del procedimiento en cuestión.

Ahora bien, la apertura y sustanciación de los procedimientos iniciados a solicitud de parte no procede de manera automática, sino que se resuelve con posterioridad a su inicio, estando doblemente marcada la diferenciación existente, tanto por el carácter de la *parte* a que corresponde cada una de esas actuaciones, como por el *momento* en que las mismas ocurren. En efecto, mientras que la actuación que da lugar al inicio de los procedimientos administrativos es ejecutada por un particular (solicitante), el acto por el cual se ordena su apertura corresponde al Superintendente, quien, a través de la Sala de Sustanciación, también da inicio a la sustanciación de los mismos (artículo 32, *in fine*). Por otra parte, dichas actuaciones se encuentran separadas y diferenciadas temporalmente, pues la actuación a través de la cual los procedimientos inician es anterior y diferenciable en el tiempo de aquella mediante la cual se declara su apertura y se ordena el inicio de la sustanciación, teniendo ambas lugar en momentos distintos.

En los procedimientos iniciados de oficio por la Superintendencia la situación es distinta, pues atendiendo a los mismos criterios que ponen de manifiesto la diferenciación en el caso de los procedimientos iniciados a solicitud de parte, se puede apreciar una identidad entre el inicio del procedimiento y la determinación relativa a su apertura, a la que se apareja el inicio de la investigación correspondiente (artículo 32, *in fine*). En efecto, en primer lugar, tanto la iniciativa para el inicio de los procedimientos, como para su apertura, corresponden a la misma parte, esto es, al Superintendente, quien a través de la Sala de Sustanciación dispone también el inicio de las investigaciones respectivas.

---

16. De acuerdo con lo establecido en el Reglamento Interno de la Superintendencia de Procompetencia son procedimientos sancionatorios aquellos tendientes a determinar la existencia o no de hechos violatorios de la Ley, y a la aplicación de las consecuencias jurídicas correspondientes (Artículo 4).

17. Sin embargo, es necesario precisar que para que la solicitud presentada por un particular interesado produzca dicho efecto, la misma debe satisfacer los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (aplicable por vía de la remisión normativa a que se contrae el artículo 41 de la Ley Procompetencia). Esta precisión tiene especial relevancia si se toma en cuenta que entre nosotros se han utilizado los términos *solicitud* y *denuncia* alternativa e indiferenciadamente, asimilándose. Lo cierto es que la *denuncia* no constituye una actuación de iniciativa procedimental propiamente dicha, siendo que en lo casos en que se presenta, puede dar origen a la apertura de un procedimiento de oficio, y así ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: "...la denuncia no es propiamente una forma de inicio del procedimiento administrativo sino, constituye una vía para poner en conocimiento al órgano administrativo de presuntas irregularidades cometidas por funcionarios públicos, para que éste abra de oficio el procedimiento, en caso de existir motivos para ello. (Caso *Iván PULIDO MORA*)" (Sentencia nº 01668 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia pronunciada en el Expediente nº 13131 con ponencia del Magistrado ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos de fecha 18 de julio de 2000). Ciertamente, resulta procedente la interposición de *denuncias* en el ámbito de Procompentencia, pero en estos casos, realizada la valoración e investigaciones preliminares correspondientes, el procedimiento que se iniciare consecuentemente lo sería oficiosamente, y no por solicitud de parte interesada.

Por otra parte, tanto el inicio del procedimiento como su apertura, la del respectivo expediente y la orden de inicio de las investigaciones respectivas, se manifiestan a través del mismo acto administrativo.

Esta identidad circunstancial, sin embargo, no elimina la diferenciación que subyace al fondo, y que debe ser tomada en consideración pues resulta determinante para la clarificación del modo de proceder que corresponde en atención a lo dispuesto en la Ley para el inicio de los procedimientos sancionatorios.

En efecto, en aplicación de lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 32 de la Ley, y tal como estaría reconociendo ahora la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, independientemente de la modalidad a través de la cual se inicien los procedimientos[18], una vez que han comenzado, corresponde al Superintendente la realización de una valoración preliminar, a efectos de emitir un pronunciamiento que determine la pertinencia de su apertura -así como la de los expedientes respectivos-o por el contrario, su archivo. Así mismo, cuando mediante el pronunciamiento resultante de la valoración preliminar se determine la apertura de los procedimientos, corresponde al Superintendente en esa misma oportunidad, iniciar las investigaciones (*para los procedimientos iniciados de oficio*) o la sustanciación del caso (*para los procedimientos iniciados a solicitud de parte*), a través de la Sala de Sustanciación.

De manera que en los procedimientos sancionatorios iniciados a solicitud de parte, el Superintendente debe verificar la competencia del órgano para conocer del asunto, la no prescripción de la infracción, la legitimación del agente económico señalado como presunto infractor, y también la existencia de indicios suficientes para presumir la posible violación del ordenamiento regulador de la competencia y el mercado, para entonces poder proceder a la apertura -que no al inicio- de los mismos, e iniciar la sustanciación de los mismos, para su ulterior decisión[19]. Análogamente, si de la verificación realizada se desprende que el asunto planteado no corresponde al conocimiento de Procompetencia, que la infracción ha prescrito, que el agente económico señalado como presunto infractor no está sujeto a la Ley Procompetencia, o que no existen indicios suficientes para presumir la posible comisión de prácticas anticompetitivas, debe declararse su terminación.

2. Sustanciación

La realización de las investigaciones necesarias para la determinación de la existencia de hechos que puedan ser constitutivos de infracción a la Ley, así como la práctica de los actos requeridos para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las res-

18. Sentencia de 10 de octubre de 2002. *V.*, nota 13.

19. Por virtud de la vinculación de la actividad de la Administración Pública a la Ley, que determina el ámbito de sus atribuciones y potestades (principio de legalidad al cual está sujeta la Superintendencia de Procompetencia como órgano de la Administración Pública, sólo puede ejercer las potestades que la Ley le atribuye y en los casos y con las limitaciones establecidas. En este orden de ideas, para poder tramitar, conocer y decidir los procedimientos para la determinación de la existencia de prácticas anticompetitivas, Procompetencia está obligada a verificar que estén dados los presupuestos esenciales para hacer procedente su actuación: que los hechos denunciados sean materia de su competencia, que la infracción cuya comisión verificaría no se encuentre prescrita, que los sujetos señalados como presuntos transgresores de la Ley Procompetencia estén sujetos a ese instrumento legal.

ponsabilidades a que haya lugar, corresponden a la Sala de Sustanciación de la Superintendencia (artículo 32 en concordancia con el artículo 34)[20].

Esta Sala está a cargo del Superintendente Adjunto, quien la dirige; y cuenta con funcionarios instructores que, bajo la coordinación de aquél, coadyuvan en la ejecución de las atribuciones que atañen a esa dependencia, para así garantizar la mayor celeridad en la decisión de la materias de competencia de la Superintendencia (artículo 25)[21].

Durante esta etapa del procedimiento la Ley de Procompetencia prevé la notificación de los presuntos infractores, "...con indicación de los hechos que se investigan, concediéndoles un plazo de quince días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones..." (artículo 36). Se trata de la oportunidad otorgada a los interesados cuyos derechos y/o intereses puedan verse afectados como consecuencia del procedimiento, para que comparezcan a exponer sus descargos, en cumplimiento de la garantía del derecho a la defensa establecido en la Constitución y aplicable también al ámbito administrativo.

Durante ese plazo se lleva a cabo la actividad probatoria de los intervinientes, aplicándose para ello -en la medida de lo posible y de manera supletoria- , las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Enjuiciamiento Criminal y demás leyes, en virtud de la remisión al artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a que se contrae el artículo 41 de la Ley Procompetencia[22].

---

20. De acuerdo con el criterio establecido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo "...la Sala de Sustanciación de la Superintendencia Procompetencia es la encargada de sustanciar los procedimientos administrativos que pueden devenir en sanciones, para lo cual debe realizar toda la actividad probatoria que le ha sido facultada por ley y que le ha de servir de base al Superintendente en la oportunidad de dictar la decisión final.

"Esta separación de la actividad sustanciadora, de aquella desplegada por el Superintendente, entiende esta Corte que tiene por finalidad garantizar la imparcialidad que exige el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" Sentencia de 19 de diciembre de 2002. Magistrado Ponente: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia el 26 de mayo de 1995*.

21. Siguiendo el mandato establecido por el artículo 25 de la Ley Procompetencia, el Reglamento Interno de la Superintendencia establece las atribuciones del Superintendente Adjunto, mereciendo destacarse las siguientes: "i) Promover, admitir y dirigir la evacuación de las pruebas necesarias para esclarecer los hechos investigados, en la sustanciación de los procedimientos para los que sea competente la Sala; j) Otorgar o negar, cuando lo estime necesario, la prórroga a la que se refiere el artículo 36 de la Ley, de oficio o a instancia de parte interesada; k) Dirigir a los interesados y a los terceros las notificaciones y comunicaciones a que hubiere lugar durante los procedimientos llevados por la Sala; o) Determinar la confidencialidad de los documentos presentados o recabados por la Superintendencia para aquellos expedientes que se encuentren en su Despacho". Por otra parte: El Reglamento Interno también establece las atribuciones de los funcionarios sustanciadores, disponiendo en su Artículo 8 lo relativo a las facultades generales: "El funcionario instructor, previa autorización del Superintendente o del Adjunto, tendrá las más amplias facultades de investigación, las cuales podrán ejercer en la sustanciación de procedimientos. Estas facultades de investigación comprenden: a) Requerir de cualquier persona la presentación de documentos o informaciones por escrito, que puedan tener relación con el caso; b) Examinar libros y documentos, y obtener copias de los mismos; c) Levantar actas, que serán firmadas por el funcionario instructor y las personas presentes, dejando constancia de hechos y circunstancias; d) Elaborar cuestionarios, entrevistas o encuestas, y obtener las correspondientes respuestas". El Artículo 9 *ejusdem* se refiere en especial a las facultades de sustanciación de los funcionarios instructores, estableciendo que "Además de las facultades de investigación ordinarias, al funcionario instructor le corresponderá, en la sustanciación de los procedimientos para los cuales haya sido designado para su instrucción, la realización de las actividades siguientes: a) Velar por el cumplimiento de los actos procesales dentro de los lapsos legalmente establecidos; b) Velar por la integridad del expediente; c) Realizar las diligencias probatorias necesarias para establecer los hechos relevantes del procedimiento; d) Elaborar los respectivos resúmenes, informes y proyectos de autos y actuaciones; e) Realizar las demás actuaciones que le sean encargadas; f) Rendir cuentas periódicamente sobre las actividades de instrucción de expedientes y sobre cualquier otra actividad que le haya sido encomendada.

22. El artículo 41 de la Ley Procompetencia establece a la letra: En todo lo no previsto en este Capítulo, el procedimiento se regirá conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio anunciado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la aplicación de los principios contenidos en las normas procesales supletorias habría de realizarse en armonía con lo dispuesto en la Ley Procompetencia, de manera que no implique la imposición de reglas o formalidades que desnaturalicen las regulaciones contenidas en ese instrumento regulador. En este orden de ideas, la Corte se ha pronunciado en contra de la aplicación rigurosa de los lapsos procesales establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la promoción, admisión y oposición de medios probatorios, por considerar más favorable la previsión genérica establecida por la Ley Procompetencia[23]. En el mismo orden, de manera más reciente, expuso su criterio sobre el particular señalando:

> Ante esta solicitud, la Superintendencia emitió un auto en fecha 11 de diciembre de 2000, en el cual aclaró que (folio 78 de las actas que integran este expediente):
>
> > (...) en la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, no se prevé la figura de la comisión para la evacuación de pruebas. Asimismo, que la remisión realizada por el artículo 41 *eiusdem* al Código de Procedimiento Civil, opera en materia de pruebas, en cuanto sea posible; siendo por tanto una habilitación legal a los efectos de la procedencia de la comisión, tal y como existía en la normativa laboral. En este orden de ideas, lo dispuesto en el artículo 234 *eiusdem*, no resulta aplicable por cuanto la Superintendencia es la instancia administrativa que tutela el orden del mercado, con funciones propias de un órgano de policía administrativa y no de un órgano jurisdiccional, en razón de lo cual se NIEGA (...). Por otra parte, el artículo 34 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia le ha otorgado a esta Sala amplias facultades de investigación, entre ellas, citar a cualquier persona en relación con la presunta infracción. (...) Ahora bien, con relación a la solicitud realizada por la representación del denunciante relativa al traslado de la Sala de Sustanciación al Estado Zulia, para que de forma directa tome la declaración de los ciudadanos promovidos como testigos, esta Sala juzga oportuno precisar que esta instancia administrativa no posee oficinas en el interior de la República, y que el volumen de casos que le involucran, aunado a que es doctrina administrativa de esta Sala, el que sea el Superintendente adjunto quien presida el acto de testigos, no le permiten su traslado inmediato, sin que ello implique un daño o eventuales perjuicios a las partes de otros procedimientos, que igualmente se encuentran en fase de sustanciación.
>
> Sobre estos razonamientos, el Organismo administrativo accionado, se negó a utilizar los mecanismos probatorios del caso, para determinar la veracidad de uno de los extremos fundamentales en la suerte de la denuncia planteada: la confusión en el mercado de los anunciantes publicitarios. Esta negativa a ratificar los señalados documentos privados, debe analizarse a la luz de los principios que contemporáneamente informan la actividad probatoria de los organismos de policía administrativa; siendo el Derecho Administrativo norteamericano uno de los sistemas de derecho comparado, que de manera más sistemática ha trabajado esta materia, a partir de la actividad sustanciadora de sus conocidas agencias administrativas.

---

23. "...de conformidad con el citado artículo [*36 de la Ley Procompetencia*] la accionante presuntamente se encontraba dentro del lapso de los 15 días para ejercer los medios de defensa que estimara pertinentes. En consecuencia, surgen de la lectura de los autos del expediente suficientes indicios para presumir -hasta prueba en contrario- que la Administración erró al aplicar el lapso de los 5 días hábiles que establece el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de desconocer un instrumento privado cuando este es consignado después del acto de interposición de la demanda. En concordancia con lo anteriormente expuesto, esta Corte considera que en el caso de autos se configuró el requisito del *fumus boni iuris*, dado de que existen elementos probatorios que hacen presumir –*ab initio*– de una violación del derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, ya que aparentemente la Administración le conculcó los mencionados derechos a la accionante al declarar extemporánea el desconocimiento de la carta de diciembre de 1999, estando esta dentro del lapso probatorio establecido en el artículo 36 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Así se decide: Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 20 de diciembre de 2000 con ponencia del Magistrado ROCHA CONTRERAS, Perkins, recaída en el Caso *C.A. Seguros Guayana vs. Resolución n° SPPLC/028-2001 emanada de Procompetencia el 29 de junio de 2001*.

En este orden de ideas, una temprana decisión "In re Pacific Ry. Commn" (1887), estableció que las agencias administrativas no estaban limitadas en su actuación probatoria, de la misma manera que los tribunales (*courts*) respecto a las *rules of evidence*. Es decir, que las agencias cuentan con una mayor flexibilidad probatoria, para lograr los resultados de salvaguarda de los diversos contenidos del interés público que le han sido encomendados. Sin embargo, esta no sujeción a las reglas probatorias que imperan en la esfera judicial norteamericana, no puede implicar en ningún momento un relajamiento en las facultades sustanciadoras de la agencia; al contrario, de lo que se trata es de exponenciar al máximo el carácter técnico de las autoridades de policía administrativa, permitiéndoles apreciar pruebas que de ordinario serían rechazadas en los tribunales, bajo las reglas adjetivas que ordenan la materia probatoria en juicio (*Tyra vs. Secretary of HHS* de 1990, y *Metro Utility vs. Comerse Commn* también de 1990; ambas consultadas en Schwartz, Bernard. "*Administrative Law*". Little Brown and Company. Tercera Edición. Estados Unidos de Norteamérica, 1991). Esta posición jurisprudencial aparece positivizada en la Federal Administrative Procedure Act de ese país.

Ahora bien, la legislación venezolana permite la adopción, *mutatis mutandi*, de la doctrina precedentemente reseñada. Por una parte, el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece que: "Los hechos que se consideren relevantes podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes". Por la otra, para el caso de marras, dispone en su artículo 41 la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia "En todo lo no previsto en este Capítulo, el procedimiento se regirá conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en adición al artículo 34 *eiusdem*, que le establece a la Sala de Sustanciación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, el deber de practicar "(…) los actos de sustanciación requeridos para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidad", para lo cual "(…) tendrá los más amplios poderes de investigación y fiscalización y, en especial, los siguientes (...)".

En definitiva, la remisión que hacen ambas normas (una por vía directa y otra por vía indirecta), al sistema probatorio del Código de Procedimiento Civil, conduce a la conclusión de que el legislador ha optado, en materia de procedimientos administrativos, por un sistema de prueba libre, apto para moldearse a las especificidades y complejidades técnicas de cada procedimiento. Dentro de esta dinámica, se entiende la funcionalidad del principio de no sujeción a los cánones formales del procedimiento probatorio ordinario, sino en cuanto le sean aplicables y en tanto y en cuanto suponga una averiguación más efectiva por parte de la respectiva Administración.

Entendido así, acierta la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, al afirmar que no le es dado (por ausencia de habilitación legal expresa), expedir comisiones a jueces; sin embargo, y he aquí que esta Corte disiente de ese ente administrativo, en ningún momento ello puede significar un detrimento de los derechos de los administrados, es decir, la inaplicación de determinadas reglas del Código de Procedimiento Civil al régimen probatorio administrativo, debe entenderse sólo desde la eficacia del procedimiento (postulado este derivado de los corolarios que fija el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), nunca como un obstáculo para incorporar por canales formales, la certeza que dimanan los hechos objeto de la averiguación.

No podía la señalada autoridad de policía administrativa, invocar ninguna causal por la cual le fuera negada aportar certeza procesal a los documentos privados aportados por el actor. La organización administrativa existe en función del interés público, no se agota en sí misma, y su dinámica en todo momento debe perseguir la mayor eficacia de su actividad normativa o reguladora, de acuerdo al contexto que le imponen los datos de la realidad social. Así, estima esta Corte en esta fase preliminar del proceso contencioso administrativo, que la actuación probatoria de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, estuvo presuntamente apartada de los principios constitucionales que rigen la actividad administrativa (en especial, el de la eficacia ya referido), por lo que determina la existencia de una presunción grave de violación al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del ciudadano Leonardo Núñez Martínez, al impedirle aportar al procedi-

> miento administrativo, uno de los elementos fundamentales de su denuncia por competencia desleal: la confusión en los anunciantes publicitarios del mercado zuliano, frente a la transmisión simultánea de un programa de televisión nacional con el mismo nombre; y así se decide[24].

Por lo que respecta a la coincidencia o identidad del lapso de comparecencia con la sustanciación de los procedimientos, debe advertirse que aunque la Ley establece el plazo referido, para que los interesados comparezcan, aleguen sus razones y expongan las pruebas que estimen convenientes a sus derechos e intereses, la sustanciación del procedimiento no se agota en dicho plazo. En efecto, así se desprende de manera implícita del artículo 40 de la Ley, y lo ha reconocido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sosteniendo:

> ...según la interpretación doctrinaria de dicha Ley [*Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*] -que supletoriamente aplica la Superintendencia en referencia- en el procedimiento administrativo la etapa de sustanciación se extiende hasta un día antes de la emisión del acto administrativo contentivo de dicha decisión definitiva -vid. Artículo 62-, por ello estima esta Corte que en le presente caso, la etapa de sustanciación del procedimiento administrativo llevado a cabo en Procompetencia contra las empresas accionantes de amparo no ha culminado, más aún cuando ambas partes han afirmado en la audiencia que se han ampliado experticias y que se han realizado otras actuaciones aún con posterioridad al lapso probatorio...[25].

De manera que la estapa de la sustanciación de los procedimientos sancionatorios se prolonga hasta la resolución del asunto; la cual debe producirse dentro del término de treinta días a partir del vencimiento del plazo otorgado a los presuntos infractores para exponer los alegatos o razones que a bien tengan, o del vencimiento de la prórroga que del mismo haya sido acordada[26].

Fuera del lapso de comparecencia, sin embargo, sólo se permite a los interesados exponer sus alegatos; por lo que, en principio, no podrían aportarse elementos probatorios sino durante el plazo otorgado expresamente por la Ley para tales fines[27]. La Sala de Sustanciación, por su parte, sí estaría habilitada para ejercer diligencias probatorias, en virtud de los poderes inquisitivos que le corresponden y atendiendo a la carga probatoria que tiene asignada. En efecto, no debe olvidarse que "...es la Administración quien tiene la carga probatoria en materia sancionatoria, lo que implica que son los organismos públicos quienes deben demostrar los supuestos que motivan la aplicación de un gravamen"[28].

---

24. Sentencia de 13 de junio de 2002 con ponencia de la Magistrada MORALES LAMUÑO, Luisa Estella, recaída en el Caso *Núñez Martínez, Leonardo vs. Resolución n° SPPLC/014-2001 emanada de Procompetencia el 27 de marzo de 2001*.

25. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Magistrado PASCERI SCARAMUZZA, Pier Paolo, Caso *CANTV-CANTV Servicios vs. Resolución emanada de Procompetencia*.

26. Conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley Procompetencia "en aquellos casos en que la Sala de Sustanciación lo estime necesario, podrá conceder una prórroga de quince (15) días" al plazo igual concedido a los presuntos infractores para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

27. Sobre el particular hay quienes sostienen que semejante interpretación constituye una lesión del derecho a la defensa. De acuerdo con ese criterio debería permitirse el aporte de elementos probatorios incluso fuera del lapso de comparecencia, siempre y cuando se mantenga la igualdad procesal y se garantice el debido control de la prueba a quienes tengan participación en el procedimiento. El argumento de quienes se pronuncian en contra de la interpretación referida ha sido que permitir el aporte de elementos probatorios fuera del lapso de comparecencia, contraría la letra de la Ley, y hace materialmente imposible que en la resolución del asunto sean tomados en consideración los elementos probatorios aportados, al permitirse su incorporación hasta dos días antes de que la decisión se produzca.

28. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 19 de diciembre de 2002 con Ponencia del Magistrado: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia el 26 de mayo de 1995.*

3. Terminación

Los procedimientos sancionatorios terminan mediante la adopción de las decisiones definitivas de lo mismos; resoluciones, que como ya se dijo, deben producirse dentro del término de treinta días a partir del vencimiento del plazo otorgado a los presuntos infractores para exponer sus alegatos o razones, o del vencimiento de la prórroga que del mismo haya sido acordada (Artículo 37).

En tal sentido, la Superintendencia de Procompetencia no ha admitido la aplicación de medios alternativos de terminación de los procedimientos sancionatorios, por considerar que el orden público económico y el objeto tutelado mediante los mismos no lo permitirían. La transacción, conciliación e incluso el desistimiento no son aceptados por el ente administrativo en cuestión, el cual ha hecho suyo el criterio sentado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el pasado, según el cual "…el arbitraje no procede según lo establece el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil sobre asuntos en los cuales no cabe transacción; y de acuerdo al artículo 1714 del Código Civil, no se puede transigir sobre lo que no se puede disponer. En este sentido, *la promoción y protección de la libre competencia constituye un imperativo de orden público, que las partes no pueden derogar*…"[29].

Ante tal posición, quienes se inclinan por la aceptación de la introducción de figuras que permitan la terminación *anómala* de los procedimientos administrativos (no sólo en el ámbito de la Superintendencia de Procompetencia) han señalado que la aceptación de medios alternativos de solución a los conflictos que surgen en virtud de las relaciones subjetivas de la administración pública con los particulares, e incluso en los conflictos que surgen entre particulares pero que por su naturaleza interesan a la Administración, que está llamada a conocerlos, no implica necesariamente un relajamiento de sus potestades, ni mucho menos un compromiso de los intereses supremos que ésta está llamada a tutelar. Por el contrario, en algunas ocasiones es posible obtener una protección igual o superior a esos intereses supremos por medio de la solución de los conflictos de que se trate por la vía de medios alternativos, de la que se obtendría por la vía de la tradicional resolución.

Y es que el interés público también está presente -como Norte- en la adopción de soluciones no tradicionales a conflictos inter-subjetivos en el campo del Derecho Administrativo, por lo que los resultados de las negociaciones, en caso de que se acepten, deben mantenerse siempre dentro del ámbito del respeto del principio de la legalidad, atendiendo en todo momento a las limitaciones legales existentes en cuanto al margen de autonomía de la voluntad presente; de manera tal que reflejen situaciones que estén orientadas a la satisfacción del interés público preponderante.

En tal sentido, debe tomarse en consideración que el criterio de la Sala Político Administrativa ha variado, en términos generales, hacia la aceptación de figuras de autocomposición procesal incluso respecto de procedimientos en los cuales la naturaleza de los mismos atañe al orden público. En sentido similar se ha orientado la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo[30], lo cual siembra dudas en relación con la vigencia del criterio anteriormente referido.

---

29. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de 29 de mayo de 1996.

30. Y es que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, además de anunciar un criterio que sería cónsono con la admisión de figuras alternativas para la terminación de los procedimientos administrativos en general, ha reconocido que los procedimientos sancionatorios seguidos por ante la Superintendencia de Procompe-

A todo evento, actualmente en todos los casos la terminación de los procedimientos para la determinación de la existencia o no de prácticas anticompetitivas, se produce a través de la resolución correspondiente.

La adopción de esas resoluciones definitivas corresponde al Superintendente, y mediante las mismas debe determinarse la existencia o no de prácticas prohibidas en la Ley; en cuyo caso, puede además ordenarse la cesasión de la conducta en un plazo determinado; ordenarse la supresión de sus efectos; imponerse condiciones u obligaciones determinadas al infractor; e imponerse las sanciones que prevé la Ley (Artículo 38). Adicionalmente en la resolución que dicte la Superintendencia, "...debe determinarse el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el Artículo 54"[31].

En cuanto a las sanciones pecuniarias que pueden imponerse, la Ley Procompetencia establece la posibilidad de multas entre el 10% y el 20% del valor de las ventas del infractor, atendiendo a la gravedad de la infracción y fijando ciertos parámetros que deben considerarse. Adicionalmente, se prevé la posibilidad de aumentarla en casos de reincidencia[32].

---

tencia, pueden terminar mediante un acto distinto a la resolución mediante la cual se establezca la existencia o no de prácticas anticompetitivas, al establecer en sentencia del 25 de julio de 2002 lo siguiente: "…tal circunstancia sobrevenida ha debido ser apreciada por esa Superintendencia y, en consecuencia, declarar que resultaba inoficioso la continuación del procedimiento administrativo sancionatorio que concluyó con la Resolución impugnada n° SPPLC/002-2001, de fecha 8 de enero de 2001." Magistrada Ponente: MARRERO ORTIZ, Evelyn, Caso *TEPUY MARINA, C.A. vs. Resolución nº SPPLC/002-2001 emanada de Procompetencia el 8 de enero de 2001. Exp. 02-26739.*

31. En sentencia del 15 de noviembre de 2000 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo destacó al respecto que "...además de las medidas de suspensión de efectos generalmente utilizadas en el contencioso, los efectos de las resoluciones dictadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia pueden ser objeto de una especial medida de suspensión de efectos semi-automática de acuerdo al artículo 54 de la Ley de la materia.

"En principio, de la interpretación concatenada de los artículos 54 y 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se evidencia, que cuando sean recurridas las resoluciones dictadas por la Superintendencia, se suspenderán los efectos de las mismas, si el recurrente presenta caución por el monto que en cada caso determine dicho organismo. Sin embargo, desde la promulgación del instrumento legal que contiene dicho artículo, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional, han realizado interesantes disquisiciones tendentes a definir los parámetros de interpretación del dispositivo legal *in commento*, que se relaciona, como quedó dicho, con la posibilidad de suspensión semi-automática de las resoluciones dictadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

"En tal sentido, las posturas sobre el particular, han oscilado entre quienes propugnan la suspensión semi-automática u *ope legis* de las referidas resoluciones, hasta quienes defienden la necesidad imperativa de que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la referida suspensión, a la luz del análisis e implicaciones del caso bajo estudio, pudiendo llegar, inclusive, a desaplicarse dicho artículo en el caso concreto". Magistrada Ponente: MORALES LAMUÑO, Luisa Estella, Caso *Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) vs. Resolución n° SPPLC/029-2000 emanada de Procompetencia el 7 de julio de 2000.*

32. El Artículo 49 establece: "Quienes incurran en las prácticas y conductas prohibidas señaladas en las Secciones Primera, Segunda y Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, podrán ser sancionados por la Superintendencia con multa hasta del diez por ciento (10%) del valor de las ventas del infractor, cuantía que podrá ser incrementada hasta el veinte por ciento (20%). En caso de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%). El cálculo del monto de las ventas a las que se refiere este artículo, será el correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución de la multa". Por su parte, la norma contenida en el artículo 50 reza: "La cuantía de la sanción a que se refiere el Artículo anterior, se fijará atendiendo a la gravedad de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: 1º La modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; 2º La dimensión del mercado afectado; 3º La cuota de mercado del sujeto correspondiente; 4º El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; 5º La duración de la restricción de la libre competencia; y 6º La reincidencia en la realización de las conductas prohibidas". Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en el

La decisión del Superintendente con respecto al artículo anterior, debe notificarse a los interesados, siguiéndose para ello los parámetros establecidos por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y debiendo entregarse a los infractores, la correspondiente planilla de liquidación de la multa impuesta, caso de que así fuera.

Parágrafo Tercero del Artículo 38 "La falta de pago de la multa o el pago efectuado después de vencido el plazo establecido para ello, causa la obligación de pagar intereses de mora hasta la extinción de la deuda, calculados éstos a la tasa del seis por ciento (6%) por encima de la tasa promedio de redescuento fijada por el Banco Central de Venezuela durante el lapso de la mora".

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

José Gregorio Silva Bocaney[*]
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Santa María

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación, como medio de descubrir o redescubrir, crear o recrear el significado y aplicación de un texto, nos debería conducir al perfeccionamiento del Estado de Derecho y de Justicia que proclama la Constitución, siempre que el mismo se construya bajo premisas válidas y coherentes, lo suficientemente fuertes para construir un encadenamiento sólido. Cuando nos referimos a la potestad de revisión de la Sala Constitucional, conforme el principio plasmado en el artículo 335 de la Constitución[1]; en consecuencia, debe en primer lugar determinarse cuál es el alcance de la facultad de revisión y de interpretación de la Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución y determinar la construcción de ese sólido encadenamiento necesario.

En este marco, se plantea la problemática del alcance de los conceptos de Justicia y Derecho, y los límites aparentes de la argumentación y las falacias, por cuanto la errónea interpretación de la norma, implica a su vez, la negación del derecho; y en consecuencia, del Estado de Derecho, lo cual se agrava ante los criterios contradictorios que conduce a un estado de inseguridad jurídica.

Pero cuando nos referimos a una teoría de la argumentación, -dependiendo del argumento utilizado-, y analizamos el mismo objeto o problema, podemos llegar a conclusiones diferentes, lo cual nos lleva a un escenario común en nuestra profesión de abogados que enriquece la doctrina e igualmente la jurisprudencia, cuando es aplicado con cautela; pero cuando se evidencian contradicciones en el discurso o en el método, por un órgano al que corresponde unificar los criterios, o se detectan argumentos falaces, se está muy lejos a contribuir acertadamente a la consolidación -siempre constante-, del Estado de Derecho.

1. "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República".

Dentro de este contexto, y en cuanto al principio de ejecutoriedad y ejecutividad[2] de los actos dictados por la administración, que puede ser un tema sumamente amplio, decidí analizar la sentencia de fecha dos de agosto de dos mil uno, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[3], con referencia a la ejecución de las providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo y el empleo del Amparo Constitucional, como medio de ejecución de tales providencias ante la contumacia en el cumplimiento por parte del patrono, -en principio-, bajo los conceptos del argumento teleológico; sin embargo, en muchos casos nos encontramos que una decisión se fundamenta en distintos argumentos para sostener distintos puntos; siendo posible que en el uso de estos argumentos podamos entrar muchas veces en el campo de las falacias, lo cual, a mi entender, sucedió en la decisión que nos ocupa.

En tal sentido, considero necesario comenzar con un somero análisis de la teoría de la argumentación, para posteriormente, bajo la óptica de dicha teoría, proceder a su aplicación al caso que nos ocupa.

II. DE LOS ARGUMENTOS Y EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO

Parafraseando a Ferrater Mora[4] (Ferrater, 1984), corresponde al sentido de argumento el razonamiento utilizado para convencer a alguna persona de la verdad o falsedad de una tesis a través de un método de apreciación de los intereses que se funda principalmente en la introducción de consideraciones de oportunidades y de valor. Conforme la lógica, el argumento se construye en un encadenamiento de proposiciones (premisas) a las que se sigue una conclusión; siendo las premisas, las razones que justifican la conclusión. Constituyendo un encadenamiento -y recordando las leyes de *Murphy*-, la fuerza de la conclusión dependerá exclusivamente de la fuerza de sus eslabones (premisas); si una premisa [eslabón] falla, toda la cadena falla, y en consecuencia, falla a su vez la conclusión.

Ahora, conseguimos casos en los que este encadenamiento de premisas es perfectamente sólido, incluso en posiciones encontradas. Es precisamente, del uso de las diferentes tesis que se enriquece el Derecho, y encontramos como soportes de éstas, los distintos argumentos, que en definitiva, nos darán una u otra conclusión; pues, tal como lo señala Dworkin[5] (Dworking, 1992), "*Si el debate legal es principalmente o en parte*

2. Para algunos autores (entre los que se encuentra PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, "La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos" *III Jornadas Internacionales Allan Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1997), "ejecutoriedad", "ejecutividad", al igual que "acción de oficio", "privilegios de decisión ejecutoria" no son más que sinónimos, con que "*se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere. Esta cualidad es la que realmente separa y distingue los actos administrativos de los actos privados que necesitan del apoyo judicial para tomar medidas ejecutorias*". Para otros autores le ejecutoriedad y ejecutividad corresponde a términos distintos, correspondiendo la primera a la necesidad de cumplimiento por parte del obligado, y la segunda a la posibilidad de exigencia compulsiva del acto. Sin embargo, aún cuando el título del trabajo podría sugerir entrar con detenimiento en el tema, debemos aclarar que la intención es someter a análisis las decisiones del Tribunal Supremo con especial referencia a la ejecución de los actos emanados por las inspectorías del trabajo.

3. Sentencia de la Sala Constitucional n° 1318. Recurso de revisión, Suárez de Hernández, Teresa en representación de Alcalá Ruíz, Nicolás José, Expediente n° 01-0213 con ponencia del Magistrado GARCÍA GARCÍA, Antonio.

4. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, 5ta Edición, Madrid 1984

5. DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Segunda Edición, Editorial Gedisa, Barcelona 1992. p. 43.

sobre casos cruciales, entonces todos los abogados no pueden estar utilizando los mismos criterios objetivos para decidir cuándo las propuestas de ley son verdaderas o falsas".

Dentro de estos medios argumentativos, encontramos el teleológico, como uno de los medios para descubrir la ley, que tal como lo señala Jiménes de Asúa[6]:

> *El juez, para descubrir la voluntad de la ley, debe usar medios interpretativos, gramaticales y teleológicos y elementos muy varios para descubrir el fin de la ley. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. Advirtamos que la interpretación debe ser siempre única y que el juez ha de valerse armónicamente del medio gramatical y del teleológico. ... En suma, hemos superado la etapa en que sólo se consideraba justa la interpretación literal y ya no pensamos, con Beccaría, que el espíritu de la ley puede depender de la buena o mala lógica del juez, de su buena o mala digestión, de sus pasiones, de su debilidad, de sus relaciones con el ofendido, etcétera, etcétera. Alegatos ciertos, puesto que son seres humanos, pero que no bastan para reducir la empresa de juzgar a una tarea filológica. Ya dijo Cicerón que la interpretación apegada a las palabras, sin tener en cuenta la mens legislativa, sería callída et malítiosa iuris interpretatio. ...Si nuestra disciplina es finalista y sólo puede ser trabajada con el método teleológico, teleológico ha de ser también la interpretación de las leyes. Esta es la que mejor descubre la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley, deduciéndola, no sólo de las palabras, sino de los múltiples elementos que contribuyen a formar las disposiciones legislativas*.

Pero no debe confundirse con la intención legislativa de que trata Marmor[7] (Marmor, 2001), cuando habla de "*la intención del legislador y la autoridad del derecho*", pues el mismo se refiere a la intención del legislador como un elemento estático, al momento de la promulgación de la norma, lo cual se identifica más bien con el argumento psicológico o de la voluntad del legislador concreto; sino desde el punto de vista de la adaptación dinámica de la norma al momento actual, manteniendo la finalidad del legislador, identificándose así con el *argumento teleológico o hipótesis del legislador provisto de fines*, pretendiendo *reconstruir* la norma, "*imaginarse cuales son las hipótesis que se deben resolver si en este momento si se tuviera que regular el caso que tengo presente, ello para reconstruir a partir de los textos ese propósito, esa finalidad que la ley persigue en la actualidad*" (Zerpa [2001], siguiendo la ideas básicas de Tarello)[8]. Incluso, considerando el *derecho* como ciencia, y en consecuencia, sometido a un *sistema*[9], podría hablarse de la reconstrucción de la norma frente a la Constitución, manteniendo la vigencia de la norma.

---

6. JIMÉNES DE ASÚA, Luis, *La Ley y El Delito*, Ed. Andrés Bello, Caracas 1945, pp. 132 a 135, citado en la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29-02-2000.

7. MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona 2001.

8. ZERPA, Levis Ignacio, "La Argumentación Jurídica", Ponencia registrada en el *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie *Eventos nº 3*, Caracas 2001, pp. 249-250.

9. Aún cuando ATIENZA, refiriéndose a las teorías de PERELMAN, TOULMIN MACCORMICK y Alexy señala en su obra *La Razones del Derecho*, que: "Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, como lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifiesta o latente, cumple. Las teorías de la argumentación jurídica que se han examinado en los anteriores capítulos son deficitarias en esas tres dimensiones".

III. DE LA INTERPRETACIÓN Y LA REVISIÓN

Para referirnos al carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, -ya que la decisión objeto de análisis, al igual que muchas otras parten del principio del carácter vinculante de éstas-, debemos realizar un ejercicio para determinar cuales sentencias de la referida Sala, tienen -efectivamente- tal carácter. La vigente Constitución, señala que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último interprete de la Constitución, por lo que debemos partir del principio que no es el único interprete de la Constitución, conforme se desprende del ejercicio del *control difuso* de la Constitución que el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil le otorga a cualquier juez, principio este recogido por el artículo 34 Constitucional. De la misma manera, conforme Javier Pérez Royo, citado por Oswaldo Padrón Amaré[10], el legislador es el interprete normal y ordinario de la Constitución, criterio que compartimos, y que determina entonces que no existe un monopolio interpretativo de la Constitución.

Dentro de este marco debemos citar a Duque Corredor[11], cuando señala:

> *Sin embargo, el mismo Texto Constitucional circunscribe esa eficacia obligatoria a las interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República y no con relación a los otros poderes. De modo que para determinar esa obligatoriedad se exige distinguir entre la esencia de la argumentación y los puntos marginales de la decisión. Así, como se ha advertido en el sistema norteamericano donde funciona este sistema, el precedente obligatorio se sigue porque emana del intérprete final de la Constitución y porque de ordinario es un criterio acertado, pero no exige a los tribunales seguir un criterio claramente equivocado. Y además, como lo ha señalado la propia Suprema Corte norteamericana, que su opinión sobre la interpretación de la Constitución está siempre abierta a la discusión, cuando se supone que está fundada en el error y que su autoridad judicial dependerá en el futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya. Al igual como asienta Manuel Atienza, al referirse a la naturaleza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional español, que si bien son las últimas y definitivas, sin embargo, no quiere decir que sean infalibles; ni siquiera que sean correctas, sino que incluso pueden existir otras interpretaciones más adecuadas o más correctas desde el punto de vista de la argumentación jurídica o desde las virtudes de la razón práctica*.

---

10. En una cita del profesor español PÉREZ ROYO (El Tribunal Constitucional: entre política y derecho en los reveses de la justicia. Barcelona 1993) por parte de PADRÓN AMARÉ, Oswaldo publicada en el semanario *Quinto Día*, "Los Límites Necesarios de la Justicia Constitucional I", Caracas 22 de febrero de 2002 señala: "*Conviene no perder de vista que, aún después de la existencia de un Tribunal Constitucional, el legislador continúa siendo el principal intérprete de la Constitución exactamente igual que lo era antes. Es el intérprete más asiduo, más constante d la Constitución, ya que de él depende la ceración de las normas inmediatamente, posteriores a la Constitución en la jerarquía normativa, a través de las cuales se da vida propia a la Constitución y se hace frente a los problemas que surgen en la sociedad.*

Dicho en pocas palabras, es el intérprete (normal, ordinario) de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, por el contrario, es el intérprete (excepcional, extraordinario) que sólo interpreta la Constitución cuando hay alguna duda acerca de la constitucionalidad del acto del legislador. Hablar, por tanto, de monopolio interpretativo de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, como a veces se hace, carece de sentido. Cuantitativamente y cualitativamente el peso de la interpretación constitucional recae en el legislador. No hay sociedad democrática que podría funcionar si así no fuera".

11. DUQUE CORREDOR, Román José, "Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. La Interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces", publicado en la obra de las *XXVII Jornadas* "*J. M. Domínguez Escovar",* Imprecolor C.A., Barquisimeto 2002, p. 2.

Debemos entonces diferenciar el *recurso de Interpretación* de la facultad o potestad de interpretación de los textos legales, así como la atribución de revisión otorgada expresamente a la Sala Constitucional.

Así tenemos que la decisión de la Sala Político Administrativa del 30 de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, señaló:

> *Indica el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que es competencia de este Alto Tribunal "conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley", atribución ésta que está asignada a la Sala Político-Administrativa por disposición del artículo 43 eiusdem. Han sido numerosas las oportunidades en que esta Sala ha actuado de conformidad con la referida competencia, resolviendo las dudas que determinados actos normativos han suscitado con motivo de su aplicación. Los distintos pronunciamientos han ido delineando las características que conforman este peculiar recurso, así como las exigencias de procedencia del mismo, dentro de las cuales destaca la necesidad de que exista un caso concreto al cual sería aplicable la interpretación judicial solicitada. Sin duda esta exigencia tiene sentido lógico, ya que la labor de este organismo jurisdiccional es dar solución a situaciones fácticas y no puede pretenderse que el mismo resuelva solicitudes que simplemente aspiran a una labor intelectual, casi pedagógica o de asesoría de este Máximo Tribunal*.

El criterio sostenido por la extinta Corte Suprema de Justicia, por mandato de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica que regula la materia, era la de reservar la competencia para decidir este especial recurso a la Sala Político Administrativa; sin embargo, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, este criterio ha sido modificado, señalando que por cuanto se trata de una competencia atribuida directamente por la Constitución, la competencia se ha ampliado a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, indicando: "Así, puede inferirse del citado precepto constitucional, que al no indicarse específicamente a cual de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo adoptado por el legislador en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24 artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reserva la decisión en esta materia a la Sala Político Administrativa"[12].

En este mismo orden de ideas la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión del 17 de febrero de 2000[13], señaló:

> *...en relación a la competencia en materia de amparo constitucional, considera necesario esta Sala precisar su criterio y, en este sentido, referir la jurisprudencia que viene aplicando en materia de amparo constitucional en virtud de la cual, a partir de la decisión de fecha 16 de noviembre de 1989 recaída en el caso COPEI, modificó el criterio respecto a la competencia exclusiva de los Tribunales de Primera Instancia para conocer de las acciones de amparo autónomas, considerando que cuando en materia de amparo lo que se pretenda sea el restablecimiento de situaciones jurídicas infringidas por la Administración, es el Juez Contencioso Administrativo, el único juez competente para conocer de tales acciones, en virtud de su competencia que abarca el conocimiento de los recursos contenciosos administrativos de anulación, de los recursos por abstención de los funcionarios públicos, de las demandas patrimoniales contra la República y personas jurídico-públicas, de las acciones de amparo, como el mecanismo idóneo para el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, como ya se ha indicado supra.*

12. *V.*, entre otras, la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia n° 055 del 31-05-01.
13. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Aerolink Internacional S.A.* Expediente n° 044. Magistrado Ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos, 17 de febrero de 2000.

Ciertamente, esta Sala Político-Administrativa al interpretar el artículo 27 del Texto Fundamental, considera que cuando éste refiere que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella, en modo alguno, se modifica el sistema de amparo constitucional que se venía aplicando antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y, por consiguiente, tampoco afecta la jurisprudencia referida que viene aplicando esta Sala Político-Administrativa, dado que el Texto Constitucional no modifica el postulado esencial bajo el cual, todos los tribunales de la República siguen teniendo la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella y, consecuentemente con este criterio, de conformidad al artículo 259 y los ordinales 4º y 5º del artículo 266 eiusdem, corresponde a esta Sala el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa y en virtud de la conservación de la interpretación constitucional como hecho y valor democrático sujeta siempre a revisión, otorgada por el Poder Constituyente a todos los jueces de la República y, respecto a la cual, si bien la interpretación de la Constitución realizada para cada Sala de este Tribunal, tiene el carácter de máxima y última, sin embargo, no es la única y, por demás, requiere de la interpretación previa por parte de los jueces naturales, ya en la jurisdicción ordinaria o apelada por ser el control difuso de la Constitución un valor fundamental de nuestro ordenamiento...

Según lo expuesto, la Sala Político Administrativa seguiría siendo la competente para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, aunado a la obligación constitucional que tiene esta Sala de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y velar por su uniforme interpretación y aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución.

Asimismo, considera esta Sala necesario indicar que, a tenor del artículo 262 de la Carta Magna vigente, las integraciones y repartos competenciales entre las distintas Salas que conforman este Tribunal Supremo de Justicia, requieren de la existencia y aprobación de la Ley Orgánica que regirá sus funciones, lo cual no es impedimento para que ante el vacío legal transitorio y la necesidad de la no paralización de la justicia, tales integraciones y repartos, se efectúen de manera provisional, tanto por vía jurisprudencial vinculante como por vía legal ordinaria, teniendo siempre en cuenta el principio de supremacía constitucional. (Resaltados y subrayados propios)

La misma Sala Político Administrativa, en decisión del diecinueve de mayo del año 2000[14], determinó los requisitos de procedencia y el procedimiento (en ese caso) del Recurso de Interpretación, indicando:

Pasa esta Sala a pronunciarse respecto de la admisibilidad del presente recurso a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el entendimiento de que el recurso de interpretación debe aplicarse con gran amplitud a fin de que cumpla uno de los fines y deberes más importantes de este órgano jurisdiccional como único tribunal con la potestad para conocer del referido recurso, como lo es preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia; y en virtud de que en la nueva concepción del Estado, la noción de justicia material implica que ésta debe prelar por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal Artículo 257), y que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 25).

(omissis)...En este sentido, debe destacarse que en aras del debido proceso y del derecho a la defensa, y por cuanto los efectos de la sentencia de un recurso de interpretación pueden recaer sobre situaciones concretas que afecten derechos o intereses de particulares distintos a quien instaura el proceso, considera esta Sala la importancia del auto de admisión, para lo cual, deben examinarse las reglas generales de admisión establecidas en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en este sentido, se observa que no se verifica causal alguna de inadmisibilidad, en consecuencia, se admite el presente recurso y así se decide.

14. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso *Juan Abraham Martínez.* Expediente n° 451. Magistrado Ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos, 19-05-00.

Por otra parte, a tales fines, debe tenerse en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia pacífica y reiterada han desarrollado los caracteres y alcance de este especial recurso, estableciendo como requisitos esenciales al mismo, los siguientes: 1) que la norma a ser interpretada sea de rango legal, 2) que la Ley cuya interpretación se solicita contemple una disposición que permita el ejercicio de este tipo de recurso, y, 3) la necesaria conexión de la norma con un caso concreto, como presupuesto consagrado con el doble propósito de legitimar al recurrente y permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda alegada (vid. Sentencias del 27-9-84; 17-4-86 y 10-10-91, entre otras).

Tales condiciones anteriormente anotadas deben ser reinterpretadas bajo la vigencia de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el Juez no puede tener las mismas limitantes en lo que se refiere a las dos primeras de las condiciones.

1.- En cuanto al primer requisito, cabe destacar que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 42, numeral 24, contempla dentro de las competencias del máximo Tribunal, y concretamente de esta Sala Político Administrativa, la de conocer de recurso de interpretación respecto al "...alcance e inteligencia de los textos legales...", la jurisprudencia había interpretado que, tomando en cuenta el carácter restrictivo asignado a este particular medio judicial, tal previsión se contrae a la Ley en sentido formal, es decir, a aquella que emana de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores, según el procedimiento pautado en la Constitución para la formación de las leyes.

Se sostuvo en la jurisprudencia que la expresión "textos legales" no debía entenderse en sentido material, ya que ello implicaría extender las facultades interpretativas de la Corte a cualquier fuente de derecho dotada de normatividad, independientemente de su jerarquía, lo cual no se compadecía con el sentido mismo del dispositivo a que se hace referencia ni con la interpretación que de éste ha hecho la Sala Político Administrativa. En otros términos, se limitó el recurso de interpretación a normas de rango legal, lo cual, por argumento a contrario, conduce a la imposibilidad de tener como objeto del mismo, textos de jerarquía inferior a la Ley (Reglamentos, Decretos, Resoluciones, Ordenes o Providencias Administrativas)...

Observamos entonces que el criterio dominante, es que la potestad de interpretación conforme al nuevo texto constitucional corresponde a cualesquiera de las Salas la facultad de interpretación, bajo el argumento que la Constitución no determina la competencia específica de alguna de las Salas del Tribunal Supremo para conocer del mismo, como tampoco la Constitución asigna a ninguna de las Salas la facultad expresa para conocer del Recurso de Casación, sin que por ello pudiera interpretarse que ahora corresponde a todas las Salas. Sin embargo, así como correspondería -según el criterio del propio Tribunal Supremo de Justicia- a cualesquiera de las Salas la facultad de interpretación de leyes y normas, corresponde solamente a la Sala Constitucional el conocer de la acción de interpretación constitucional, y que conforme al Magistrado Antonio García[15], "*En efecto, considérese que el Tribunal Supremo de Justicia ha sido designado para que, única y exclusivamente, a través de una de las Salas que lo integra, la Constitucional, a la cual se le ha conferido las máximas funciones dentro de la jurisdicción constitucional, garantice la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, además de haberse distinguido con la cualidad de ser e máximo y último intérprete de la Constitución, y titular de la custodia de la uniforme interpretación y aplicación de los dispositivos normativos insertos en la Constitución*".

En cambio, la Constitución sí estableció la competencia expresa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 336, numeral 10 indica expresamente, como atribución de la referida Sala:

15. GARCÍA GARCÍA, Antonio, "Orientaciones Jurisprudenciales de la Sala Constitucional" en *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia, ob. cit*., p. 44.

Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Si nos atenemos a la disposición constitucional, la atribución o facultad de revisión, está limitada a aquellas decisiones de amparos o de control de la constitucionalidad que sean dictadas por otros Tribunales. Si bien es cierto, esta atribución estaría reglamentada por una Ley Orgánica, la Sala Constitucional la ha asumido de forma inmediata, bajo la premisa que las normas constitucionales no pueden estar supeditadas a la existencia de la ley que las regule.

En tal sentido, se pronunció la Sala Constitucional en sentencia del 20 de enero de 2000[16], en la que, al referirse al ámbito competencial de la Sala, se señaló:

La jurisdicción constitucional comprende, entre otros asuntos, no sólo declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución).

Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aún cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

...omissis...

Por las razones expuestas, esta Sala declara que, la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la ley antes citada, se distribuirá así:

...omissis...

5.- La labor revisora de las sentencias de amparo que atribuye el numeral 10 del artículo 336 de la vigente Constitución a esta Sala y que será desarrollada por la ley orgánica respectiva, la entiende esta Sala en el sentido de que en los actuales momentos una forma de ejercerla es mediante la institución de la consulta, prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero como la institución de la revisión a la luz de la doctrina constitucional es otra, y las instituciones constitucionales deben entrar en vigor de inmediato, cuando fuera posible, sin esperar desarrollos legislativos ulteriores, considera esta Sala que en forma selectiva, sin atender a recurso específico y sin quedar vinculado por peticiones en este sentido, la Sala por vía excepcional puede revisar discrecionalmente las sentencias de amparo que, de acuerdo a la competencia tratada en este fallo, sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia, quienes conozcan la causa por apelación y que por lo tanto no susceptibles de consulta, así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de esta Sala, dictada en materia constitucional, ello conforme a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

16. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de enero de 2000, Caso *Emery Mata Millán*. Sentencia n° 002. Magistrado Ponente: CABRERA, Jesús Eduardo.

En sentencia del 25 de enero de 2001[17], con ponencia del Magistrado José Delgado Ocando, y en referencia de la facultad de revisión de la Sala Constitucional y su actuación frente a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional señaló:

IV. DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL

1.- Desde esta perspectiva, tiene firme asidero la posibilidad de que este Máximo Intérprete revise decisiones, autos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya fijado la Sala...

Dicha potestad de revisión se deduce positivamente del artículo 335 eiusdem, cuando afirma que las "interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República". Tal vinculación no podría ser meramente ética, como lo era la Ley para el Monarca en un estadio de la evolución política del Estado Moderno, quien estaba supuesto a cumplirla en tanto código valorativo de conducta, pero no existía poder alguno, más que su propia conciencia, para hacer que la cumpliera.

(Omissis)

2.- Por otra parte, algún autor ha expresado que la garantía de la Constitución de cara a la actuación inconstitucional de las demás Salas del Tribunal Supremo podría ensayarse por otras vías de solución de orden institucional, mas no propiamente judiciales. Frente a esta afirmación, esta Sala considera que tales mecanismos carecen de la objetividad, imparcialidad y formalidad de los propiamente judiciales... (Omissis).

V. ALCANCE DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.- La potestad de revisión abarca, pues, tanto las decisiones que se denuncien violatorias de la doctrina de la Sala Constitucional, como las decisiones que infrinjan principios o reglas de rango constitucional, siempre que hubieren sido dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución. Ello en razón de que sería un contrasentido que la Sala Constitucional (órgano en ejercicio del Poder de Garantía Constitucional), pueda vincular con sus decisiones a las demás Salas (cúspides en sus respectivas jurisdicciones: penal, civil, político-administrativa, social, electoral, plena), pero que éstas no estuvieran vinculadas a la Constitución más que formalmente, y sus posibles decisiones inconstitucionales, no estén sujetas a ningún examen...(Omissis)

17. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de enero de 2001, Caso *Baker Hughes S.R.L.* Expediente n° 1712. Magistrado Ponente: Dr. DELGADO OCANDO, José.

VI. RESPECTO A LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

1.- En el mismo fallo mencionado anteriormente, esta Sala dejó sentada la igualdad jerárquica entre las Salas que componen al Tribunal Supremo.

Según lo reseñado ampliamente, el principio de supremacía, que explica la potestad de la Sala para ejercer la revisión de las sentencias provenientes de las demás Salas, que se pretendan inconstitucionales, atiende a la "vinculación más fuerte" de la Constitución respecto a todos los actos del Poder Público, en la tradición del constitucionalismo norteamericano (higher, superior obligation and validity), seguido por los alemanes (stärkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes). Por lo tanto, su imperatividad es política, ejecutable a través de medios judiciales, y priva sobre muy respetables pero secundarios criterios organizacionales, como lo sería el de jerarquía, por lo que siendo las Salas iguales desde el punto de vista jerárquico, la función de garantía constitucional que ejerce esta Sala Constitucional, exige la puesta en práctica del recurso de revisión anotado, aun ante la igualdad que fue destacada en la decisión N° 158...

La Sala estima, en definitiva, que el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo prevé el artículo 266.1 y el Título VIII sobre la Protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no implica superioridad jerárquica de la Sala Constitucional, sino potestad para garantizar la supremacía Constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia, proclamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La doctrina constitucional clásica ha asignado al Máximo Tribunal la atribución de dirimir los conflictos dentro de los poderes públicos ex auctoritate, pese al principio de la división del poder y la propiedad de las potestades que corresponden a cada rama del poder público. De modo que cuando el artículo 335 eiusdem atribuye a la Sala competencia para revisar las sentencias de las otras Salas, conforme a las disposiciones constitucionales citadas, no afecta el artículo 136 eiusdem, sino que consagra una atribución exigida por la racionalidad del sistema democrático, a saber, la de la garantía jurisdiccional de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo dispone el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En suma, la competencia revisora de la Sala Constitucional no es jerárquica sino potestativa, y así se declara...

Sin embargo, de la propia norma atributiva de la competencia, que determina a su vez los límites para el ejercicio de la misma [competencia], dentro de un principio de igualdad de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, -tal como lo anota la sentencia anteriormente señalada (y que trata más que de explicación, de justificación)-, esa potestad de revisión se limita *a las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas*, y ante el ejercicio de la facultad de interpretación de la Constitución es que las decisiones de la Sala Constitucional tienen carácter vinculante para las otras Sala del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, si no se trata propiamente de la interpretación, o de la revisión de sentencias de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas o revisión de decisiones de amparo, no podría tener carácter vinculante tales decisiones.

VII. PLANTEAMIENTOS DE LA DECISIÓN OBJETO DE ANÁLISIS

En el caso que nos ocupa, la solicitante del Recurso de Revisión, plantea la situación de su representado, que resultó favorecido por parte de una Inspectoría del Trabajo, ordenando su reenganche, y ante la contumacia del patrono en ejecutar la referida providencia, solicita, mediante la acción de amparo constitucional, el reenganche, deci-

diendo los tribunales que conocieron del planteamiento, la falta de jurisdicción frente a la administración, pues correspondería a ésta ejecutar sus propias decisiones. El órgano administrativo, impuso las multas correspondientes, conforme las previsiones del artículo 647 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. Solicita en el recurso planteado, que "*...se defina de una buena vez en una forma clara y precisa, si es competente o no la autoridad judicial para conocer de los amparos que se introduzcan en los tribunales por la contumacia de parte de los patronos de acatar las decisiones de las Providencias Administrativas dictadas por los Inspectores del Trabajo...*"

Reconociendo el principio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos[18], conforme a calificada doctrina (Ramón Parada), a la Ley Orgánica de Procedi-

18. Al respecto debemos traer a colación lo señalado por el profesor BADELL MADRID, Rafael en su trabajo "La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales", publicado en la página web www.badellgrau.com , que señala:

"2.- La búsqueda de mecanismos destinados a evitar la ejecución directa de los actos arbitrales.

Son tales las distorsiones creadas por la aplicación del principio de ejecución directa, respecto de los actos administrativos de sustancia jurisdiccional o arbitral, que tanto la Administración, como los propios Tribunales de lo Contencioso Administrativo, han tenido que crear un conjunto de mecanismos destinados a contrarrestar este principio.

a.- *Mecanismos adoptados por la Administración.*

Encontramos así, que las decisiones que dicta actualmente la Administración, al resolver un conflicto de desalojo entre el arrendador y su inquilino, no ordenan *el desalojo* del inmueble, como lo hacían anteriormente, sino que se limitan a "autorizar al arrendador para que proceda por ante la jurisdicción ordinaria a demandar la desocupación del inmueble objeto del procedimiento"..

b.- *Mecanismos aplicados por los Tribunales*.

También los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, han establecido mecanismos que tienden, en forma indirecta, a evitar que el acto dictado por la Administración, en ejercicio de función jurisdiccional, pueda ejecutarse, al menos en forma inmediata, por el órgano administrativo. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tiene establecido, como criterio general, que "en los casos en los cuales se solicite la suspensión de efectos de un acto cuasi-jurisdiccional, esto es, de aquellos en los cuales la administración actúa como un árbitro que decide una controversia entre particulares, ...la ejecutoriedad del mismo debe ser apreciada con un criterio menos rígido que el que se aplica para los actos en los cuales la administración ejerce su función natural y típica como lo es la de satisfacer en forma inmediata las necesidades públicas concretas". ...en tales actos -señala la Corte- el recurso contencioso administrativo se acerca al sentido de una apelación de una sentencia definitiva en muchos aspectos, en la cual, el efecto suspensivo es inmediato...

3.- *La ejecución directa por la Administración es un atributo de la función administrativa.*

Ahora bien, en nuestra opinión, ese esfuerzo de inventiva no hace más que confundir las cosas, pues, la ejecución directa de los actos administrativos, es un atributo que se explica y justifica, únicamente, cuando la Administración ejerce su función natural de dar satisfacción a los intereses colectivos. Por lo tanto, los actos administrativos que produce la Administración en ejercicio de otras funciones públicas, y específicamente, los que dicta actuando en ejercicio de función jurisdiccional, esto es, decidiendo, como un arbitro, una controversia entre particulares, no son susceptibles de ejecución forzosa en vía administrativa.

La ejecución directa de los actos administrativos aparece entonces, no como una exorbitante facultad del sujeto administrativo, sino como un mecanismo para desplazar los intereses individuales, en aras de satisfacer los intereses de la colectividad. Tal desplazamiento se logra mediante el uso de la coacción directa contra el administrado, que se resiste a cumplir, voluntariamente, la orden contenida en el acto administrativo, y solo se justifica, repetimos, cuando el acto ha sido dictado en ejercicio de función administrativa, es decir, para satisfacer interés colectivos.

...En esos supuestos, el acto dictado por la Administración no tiende a satisfacer los intereses de la colectividad, sino que se limita a reconocer el derecho de un administrado frente a otro (inquilino vs. arrendador; trabajador vs. empleador), por lo que ninguna razón puede admitirse como válida para justificar el uso directo y oficioso de la fuerza administrativa, con la intención de obtener el cumplimiento de tales decisiones de sustancia jurisdiccional.

...Consideramos, en definitiva, que debe producirse una evolución jurisprudencial en este tema, de modo que se reconozca que el cumplimiento forzoso de un acto administrativo de sustancia jurisdiccional, no puede ser solicitado ante la Administración Pública, sino que ello debe ser elevado siempre al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

mientos Administrativos (artículos 8 y 79) y a la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Político Administrativa del 21 de noviembre de 1989, caso: Arnaldo Lovera), señala la sentencia de fecha 02-08-2001, objeto del presente análisis:

> ...[que] *Las Inspectorías del Trabajo, como órganos insertos en la Administración Central, pueden y se encuentran compelidos a ejecutar sus propias providencias, dictadas en ejercicio de sus competencias, es irrefutable. El problema parece presentarse por el hecho que, luego de cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Trabajo para el caso de despido de aquellos trabajadores que gozan de fuero sindical, maternal o en general de inamovilidad y, de ordenarse la reposición del trabajador a su situación anterior al despido y el correspondiente pago de los salarios caídos, no se prevé el procedimiento específico que deba seguir la administración autora del acto, para la ejecución forzosa en caso de contumacia del patrono, la cual a pesar de que dicha ley le atribuye expresamente el poder decisorio para este tipo de conflictos, no previó su forma en caso de desacato. En efecto, una vez obtenida la decisión del órgano administrativo, y siendo el caso que el patrono se niegue a acatar lo ordenado, no prevé la ley sino un procedimiento sancionatorio, regulado en el artículo 647 eiusdem, consistente en una multa que el condenado deberá pagar dentro del término que hubiere fijado el funcionario, la cual, en caso de no ser pagada, puede conllevar a su arresto. Multa que por cierto, aparece haberse pagado en autos... Las sanciones causadas por el desacato constituyen indudablemente un mecanismo compulsivo a la persona obligada (el patrono transgresor) para que la decisión administrativa sea efectiva. No obstante, se observa que, por una parte, la aplicación de una consecuencia jurídica tal, establecida a favor del fisco, sólo es posible concebirla como un mecanismo dirigido a preservar la autoridad de la voluntad de la Administración expresada a través de la providencia administrativa, contentiva de un mandato inobservado por su destinatario; y, por la otra, se advierte que, la situación del trabajador continúa sin ser resuelta, es decir, el empleado permanece sin trabajar, en franca negación de su derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y a la libertad sindical, sin que sean operativas las garantías establecidas en la Constitución, mientras la situación del trabajador se eterniza ante la imposibilidad del cobro del dinero que le sirva para su sustento.*
>
> *Ante la situación planteada esta Sala Constitucional considera necesario reflexionar acerca de las siguientes interrogantes ¿Cuántas multas serán necesarias para que sea satisfecha la legítima pretensión del trabajador, ya declarada por el órgano competente para ello?. En virtud de la inobservancia del patrono a dar cumplimiento a la obligación contenida en el acto emitido, ¿lo único que puede hacer el órgano administrativo es imponer una multa a través de un procedimiento sancionatorio?; ¿esa omisión del órgano administrativo no puede ser revisada y controlada por los órganos de administración de justicia?; ¿a través de qué mecanismo debe ser controlada la falta de ejecución de las decisiones administrativas en esta materia?*
>
> *Si tomamos en cuenta la mecánica del régimen sancionatorio previsto por la ley, a propósito del incremento del quantum de las multas por reincidencia, cabría preguntarse, además, ¿cuál sería el quantum que determine la suficiencia capaz de constreñir al patrono a dar cumplimiento a la orden que emana del órgano administrativo del trabajo? y si, en definitiva, conviniera en tal posibilidad, como único medio para la ejecución de tales actos administrativos ¿no constituiría acaso tal práctica la legalización de un terrorismo económico para la ejecución de los actos administrativos?.*
>
> *Jurídicamente no puede ser el procedimiento sancionatorio el destino procesal de la ejecución, pues su objeto constituye una premisa distinta a la que anima al trabajador, parte en un proceso administrativo, que no tendría interés alguno en la reivindicación del imperium por par-*

De ese modo, gana la Administración Pública, cuyos órganos ordinariamente no saben qué hacer, carecen de medios efectivos para la ejecución forzosa y se muestran desinteresados frente al incumplimiento de un acto que resuelve un conflicto entre dos partes; y en segundo lugar, gana también el particular interesado en el cumplimiento del acto, toda vez que las autoridades judiciales sí están facultadas para dictar medidas ejecutivas contra el patrimonio del obligado, cuando éste se niega a cumplir voluntariamente la orden contenida en el acto administrativo.

te de la administración pública, lo que sin dudas nos lleva a la interrogante, ¿puede ser legítima la carga procesal que se me imponga si ella en nada contribuye a la realización de mi pretensión?. Es decir, si lo que se persigue es concretar mi reenganche, ¿qué interés puedo tener en que se multe a mi patrono? y, por otra parte, la facultad sancionatoria prevista en la Ley Orgánica del Trabajo se encuentra atribuida a la Inspectoría del Trabajo, por lo que mal podría depender la satisfacción de mi pretensión de circunstancia distinta a la que constituye mi propia esfera de actuación procesal.

Me permito hacer una cita extensa, por cuanto es menester detenerse ante tales pronunciamientos, pues como señala Atienza[19] (Atienza, 2001), "*...en el Derecho no importan únicamente los valores formales (la previsibilidad de las decisiones, la seguridad jurídica), sino también valores materiales (como la verdad y la justicia) y valores políticos (la aceptabilidad, el consenso)*", y es precisamente en este punto, donde deben converger y ponderarse los principios de justicia y derecho, para que la argumentación sea válida. Si no se encuentran equilibrados estos principios, puede llegarse a una conclusión inapropiada. Continua el autor citado[20] (Atienza, 2001), "*la argumentación se ve ahora como un proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar si una inferencia es o no válida, sino si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción...*"

Bajo tales premisas, no cabe duda que el argumento invocado por la sentencia comentada, tiene la fuerza de convencimiento suficiente, para los fines que persigue, que no es otro que el de preservar y lograr de forma verdadera, la *Tutela Judicial Efectiva*, como principio de derecho, ya que de nada valdría el ejercicio de la calificación por ante el órgano administrativo, si el mismo no resulta ejecutable, bien por la administración o por el órgano jurisdiccional, a los fines de no convertirse en una mera manifestación declarativa.

Pero resulta el caso, que como lo señala el mismo Atienza (Atienza, 2001), en la misma obra[21], "...no basta con que el argumento presente una determinada forma. Se necesita además que lo que las premisas enuncian sea verdadero (esté bien fundado) y que supongan razones relevantes para la conclusión". Pues como lo señala el mismo autor, en otra de sus obras[22] (Atienza, 1997), "...una teoría de la argumentación no debe proporcionar únicamente criterios para la identificar los buenos argumentos, sino que ha de permitir también -quizás sobre todo- reconocer los malos y, en particular, un tipo especialmente insidioso de malos argumentos -los malos argumentos que parecen buenos- a los que llamamos falacias", dado pues que los argumentos se pueden usar bien o mal (usando la terminología de Chirino[23]), ya que "El problema no es sólo el de aclarar qué es un argumento o en que consiste la actividad de argumentar, sino también, cuándo un argumento (un argumento jurídico) es correcto o es más correcto que otro"[24] (Atienza, 1993), y aún cuando el argumento sea loable, debe verificarse si es correcto, observando precisamente, el encadenamiento de las premisas que fundamentan la conclusión.

---

19. ATIENZA, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona 2001, pp. 263 y ss.
20. ATIENZA, Manuel, *El Sentido....*, *ob. cit*., p. 257.
21. ATIENZA, Manuel, *El Sentido....*, p. 259.
22. ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho n° 6, Bogotá 1997, p. 60.
23. CHIRINO, Alfredo, "Las Falacias", publicado en el *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, serie Eventos n° 3, Caracas 2001.
24. ATIENZA, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona 1993, p. 131.

VIII. DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

En la argumentación dada en la sentencia sometida a análisis, se parte del supuesto que la Ley Orgánica del Trabajo, no establece cuál es el procedimiento para ejecutar efectivamente la Providencia Administrativa, sino que ante el incumplimiento se limita sencillamente a tramitar una multa ante la contumacia de la ejecución por parte del patrono, y entender esta multa, como el agotamiento otorgado a la administración de cualquier procedimiento de ejecución; sin embargo, la misma sentencia, transcribe las normas sobre ejecución de los actos administrativos, citando algunos artículos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que en lo referido a este punto señala:

> *Artículo 8. Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente*
>
> *Artículo 79. La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.*
>
> *Artículo 80. La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:*
>
> *1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado.*
>
> *2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieran aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará éstas.*

Debe señalarse, que pocas leyes en Venezuela, establecen expresamente el procedimiento para la ejecución de los actos que dicten los distintos órganos de la administración, y aún contra lo previsto en el ordinal tercero del artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece las multas dentro del procedimiento de ejecución, no puede considerarse que tales multas constituyan el procedimiento de ejecución, pues tal consideración constituiría una antinomia frente al postulado del artículo 79 de la misma Ley. En todo caso, la multa constituye la sanción ante la contumacia de cumplir con la obligación de dar cumplimiento al acto dictado. En este orden de ideas, refiere en la obra de García de Enterría y Fernández[25] (1993), que: "*De este modo, la ejecución forzosa no transforma el contenido del acto a ejecutar ni añade ninguna obligación nueva, antes bien, lleva dicho contenido en sus propios términos a su cumplida realización, sin innovarlo o sustituirlo. En lo cual se distingue la ejecución forzosa, por una parte, de la sanción por el incumplimiento de obligaciones y deberes; por otra, de la llamada -expropiación-sanción-, que es otra fórmula de reacción frente al incumplimiento de un deber funcional afectante a una propiedad. Tanto la sanción (penal o administrativa) como la expropiación-sanción añaden a la obligación que resultaba inicialmente para el destinatario obligaciones nuevas, la de cumplir la priva-*

25. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 747.

ción de bienes en que la sanción consiste, en el caso del acto punitivo, la de perder su propiedad". Sin embargo, los mismos autores indican que existe una figura intermedia entre la ejecución forzosa y la sanción, la cual es la denominada "multa coercitiva", que conforme (citan lo autores) al artículo 99 de la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Española de 1992, "*...considera la multa coercitiva como medio de ejecución forzosa porque su finalidad se dirige a quebrantar la resistencia opuesta al cumplimiento, determinando el cumplimiento por el propio deudor (compulsión indirecta o astreindre), lo cual no es la finalidad de la sanción, que es más bien (con independencia de sus finalidades generales) una retribución por una conducta ilícita ya consumada. Pero es evidente que la multa coercitiva añade un plus al contenido de la obligación cuya ejecución intenta forzarse, el plus del pago de la cantidad e que la multa se cifra, por lo cual excede en realidad del marco del simple medio de ejecución forzosa*".

En el caso que nos ocupa, si bien puede considerarse la multa ante la inercia o contumacia de la ejecución del acto por parte del obligado (patrono), como una multa coercitiva, que tiende igualmente romper esa resistencia al cumplimiento del acto, no puede considerarse, tal como lo expresa la sentencia que nos ocupa como un acto de ejecución, por cuanto la obligación del cumplimiento no se agota con la cancelación de dicha multa, ni puede considerarse que en consecuencia, la administración que dicta el acto perdió competencia o capacidad para ejecutar el acto, considerando tal argumento como una falacia de atinencia, que "..*son precisamente esas falacias que consisten en errores de razonamiento, ya sea que construyan premisas o lleguen a conclusión, lo hacen de manera equivocada o errada al caer efectivamente en una vinculación incorrecta, tanto en la formulación de la premisa como en la construcción de esas conclusiones o esas derivaciones*[26]" (Chirino, 2001). La falacia se patentiza cuando la misma decisión reconoce sin lugar a dudas no sólo la facultad, sino la obligación de la administración de ejecutar su propio acto, para posteriormente manifestar, en cuanto a la ejecución de los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo que el mismo deba limitarse a la imposición de una multa (o multas), ya que la Ley "*...no previó* [la] *forma de ejecución* [de la providencia] *en caso de desacato. En efecto, una vez obtenida la decisión del órgano administrativo, y siendo el caso que el patrono se niegue a acatar lo ordenado, no prevé la ley sino un procedimiento sancionatorio, regulado en el artículo 647 eiusdem, consistente en una multa que el condenado deberá pagar dentro del término que hubiere fijado el funcionario*".

La multa *in abstracto*, a diferencia de lo que se infiere de la decisión comentada, no constituye un mecanismo compulsivo a la persona obligada que podría liberar a la administración de la ejecución forzosa, sino que constituye una advertencia para su cumplimiento, un medio persuasivo, cuya amenaza, trata de evitar el incumplimiento de la disposición y en caso de incurrir en el desacato, se perfecciona el supuesto de hecho contenido en la norma y en consecuencia, sobreviene la imposición de la multa a objeto de vencer la resistencia a la ejecución propia del acto por el obligado.

La misma decisión en el texto parcialmente transcrito, se plantea una serie de interrogantes que conllevan una aseveración; es decir, constituyen una interrogación asertiva, que en el contexto en que fue formulada y a la propia inferencia que la parte motiva de la decisión comentada lleva a una conclusión, lo que puede constituir una variación de

26. CHIRINO, Alfredo, *ob. cit.*, p. 288.

lo que Copi[27] (Copi, 1981), ha calificado como *pregunta compleja* dentro de su clasificación de las falacias, al señalar, luego de su explicación sobre estas formas erróneas de razonamiento que: "*menos explícitamente, la falacia de la pregunta compleja puede implicar un solo orador que plantea la pregunta compleja, la responde él mismo y luego extrae la inferencia falaz*", o dentro de la misma clasificación que este autor califica como "*ignoratio elenchi*", que se comete "*cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente*", sin entrar a considerar que se trata de una decisión de la Sala Constitucional, cuya aplicación resulta vinculante y no es objeto de discusión, lo que me haría incurrir en la falacia del *argumentum ad baculum.*

Aceptar que tal imposición de multas pudiera constituir "*la legalización de un terrorismo económico para la ejecución de los actos administrativos*" constituiría a su vez consolidar las bases para aplicar éste argumento a cualquier multa que imponga la administración, en aplicación del ordinal 3 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como aplicar [el argumento] a la sanción consecuencia del desacato al mandamiento de amparo constitucional otorgado por cualquier Tribunal Constitucional, pues se basaría en las mismas premisas, lo cual conduciría a la negación misma de estas normas, pues no sería jurídicamente aceptable la aplicación de un terrorismo económico, ni la amenaza eventual de la pérdida de la libertad de una persona como la manifestación de otra forma de terrorismo, para lograr el cumplimiento de una determinada orden. Sería en consecuencia, la negación de los actos sancionatorios en tales casos.

IX. DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES JUDICIALES TENDENTES A LA EJECUCIÓN DEL ACTO

La decisión objeto de análisis, del 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318 de la Sala Constitucional), igualmente analizó la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de las acciones de amparo a los fines de ejecutar el acto dictado por la administración, cuando el obligado se niega a dar cumplimiento a la decisión del órgano administrativo, y en tal sentido indicó:

> *Esto no quiere decir que, efectivamente, los órganos del Poder Judicial carezcan de jurisdicción en determinadas ocasiones (respecto de la Administración Pública o del juez extranjero); es que, ciertamente, carecen de jurisdicción para ejecutar ese tipo de actos, en virtud de ese carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos dictados por la Administración, sin embargo, el inconveniente que debe plantearse el juzgador, en casos como el presente, es que, ante la ausencia de un procedimiento apropiado -en relación con el administrado- que permita la ejecución real y efectiva de la providencia dictada por el ente administrativo, y ante la indiferencia de la Administración -justificada o no- para ejecutar sus actos, deben los órganos del Poder Judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional controladora, conocer de las conductas omisivas de aquellos, a los fines de garantizar el ejercicio de los legítimos derechos de los administrados que, en tales circunstancias, se hallan desamparados e impotentes para alcanzar su objetivo*.

27. COPI, Irving, *Introducción a la Lógica*, Editorial Eudeba, Vigésimo segunda edición, Buenos Aires 1981, pp. 95 y 96.

Reconociendo expresamente la obligación de la administración de ejecutar sus propios actos, pero ante la presunta falta de solución legal al problema de la contumacia y a los fines de buscar una solución satisfactoria en ejercicio del argumento "*a completudine*"[28] (Zerpa, 2001), indicó que deben los Tribunales conocer de las acciones judiciales tendentes a lograr la ejecución de la providencia planteada, basado igualmente en la premisa, que en la ley no aparece un procedimiento para obtener la ejecución forzosa de la providencia administrativa, pese a que en sentencia posterior, en un caso similar, que también se refería a la ejecución de los denominados por un sector de la doctrina como actos cuasijurisdiccionales, de fecha 02/11/2001, basados en los supuestos principios (de ejecutoriedad del acto) establecidos en la decisión que nos ocupa, señaló:

> *En consecuencia no podía la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo asumir la ejecución del acto administrativo y así se declara... Con relación a la petición en la audiencia del tercero coadyuvante, de que se determine quien y cómo debe ejecutar la resolución N° 0553 de la Dirección General Sectorial de Inquilinato del 06 de marzo de 1995, la Sala ordena a dicha Dirección que proceda a ejecutar el acto, conforme a lo señalado en este fallo...Se anula la señalada sentencia, pero como esta Sala está resolviendo quién es el órgano competente para la ejecución, no se hace necesario dictar nuevo fallo en la segunda instancia, ni esperar la decisión de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia contenida en el expediente 01-9500. Estas declaraciones las hace la Sala en aplicación del estado social de derecho y de justicia contemplados en los artículos 2 y de los principios del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

No observa quien suscribe, coherencia en la decisión de dos casos similares, siendo entonces contrario a los principios que postula el argumento *a completudine o del carácter completo del ordenamiento jurídico*, constituyendo en consecuencia un argumento no-correcto. En la decisión objeto de análisis en este trabajo, del 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318 S.C.), la Sala Constitucional manifiesta que el acto dictado por la administración, debe ser ejecutado -ante la contumacia del obligado-, por el órgano judicial; en cambio, la misma Sala, en decisión posterior (tres meses después), señala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (órgano judicial) no podía asumir la ejecución del acto, pese a que en ese caso igualmente había contumacia por parte del obligado a cumplir el acto dictado, aún cuando igualmente, el particular a quien el acto favorece *se halle desamparado par alcanzar su objetivo*, que no es otro que la ejecución del acto que le favorece. En consecuencia, se evidencia la contradicción existente entre las dos sentencias analizadas de la misma Sala Constitucional, con una diferencia de tres meses, que en casos similares, en una resulta competente para su ejecución la Administración que dicta el acto, y en la otra no, señalando por el contrario, que son los órganos judiciales lo competentes para la ejecución de tales actos.

Igualmente conseguimos otra contradicción entre distintas sentencias de la misma Sala. En la decisión de fecha 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318 S.C.), en ejercicio del argumento *a fortiori*, que conforme lo expuesto por Zerpa[29] (Zerpa, 2001), se "*encuentran fundamentados para sostener que si el caso está previsto en una determinada manera, luego caso que guarda con éste estrecha relación, con mayor razón debe decidirse de esta manera*", la sentencia de marras indicó:

---

28. Tomado de la ponencia citada de Levis Ignacio ZERPA., *ob. cit*., p. 232.
29. ZERPA, Levis Ignacio, *ob. cit*., pp. 223 y ss.

Así, dado que a la jurisdicción contencioso administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste, para conocer de su nulidad.

Sin embargo, en sentencia del 6 de abril de 2001; es decir, menos de cuatro meses antes, en un proceso similar, con referencia a un amparo constitucional con la intención de ejecutar una providencia administrativa otorgada por la Inspectoría del Trabajo a una trabajadora que gozaba del fuero maternal, la misma sala Constitucional declaró que la competencia para conocer de la acción de amparo propuesta, le corresponde a los Tribunales laborales, indicando:

En consecuencia, en virtud del precepto contenido en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en particular en su primer aparte, en concordancia con la disposición del penúltimo aparte del artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual el conocimiento de la acción de amparo constitucional le corresponde al órgano jurisdiccional que efectivamente resulte competente, debe esta Sala revocar el fallo dictado, en fecha 5 de diciembre de 2000, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y ordenar al señalado órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el mérito de la acción de amparo propuesta, para que sean cumplidos a plenitud en el caso, los postulados del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide....ORDENA al Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que se pronuncie sobre el mérito de la acción de amparo propuesta ...

En tan sólo tres meses, analizando casos idénticos, indicó en uno que el competente para conocer de esas acciones de amparo interpuestas, eran los juzgados laborales; y en otra, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Para analizar los argumentos que ha sostenido la Sala Político Administrativa, y concluir la oscilación habida en los criterios de esta Sala, la sentencia que nos ocupa analizó diversas sentencias de la Sala Político Administrativa, sobre las cuales debemos igualmente hacer un análisis. En tal sentido indicó la Sentencia del 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318):

En esta materia, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, tanto la de la extinta Corte como del Tribunal Supremo de Justicia, evidencia una absoluta oscilación entre los criterios utilizados para determinar a quién corresponde la jurisdicción para la ejecución de los actos administrativos dictados por la Inspectoría del Trabajo, que ofrece dudas acerca de la necesaria seguridad jurídica y la uniformidad en el tiempo que debe caracterizar a los órganos judiciales. En efecto, en algunas oportunidades esa Sala ha reconocido de manera inequívoca la posibilidad de acudir al amparo como único mecanismo idóneo para proceder a la ejecución de este tipo de providencias dictadas por las Inspectorías del Trabajo. Sin embargo en otras decisiones, cuando conoce de la regulación de la jurisdicción que le corresponde de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, se ha pronunciado indistintamente en relación a la posible ejecución de los actos de aquélla por los órganos del Poder Judicial. En tal sentido, expresó:

Atendiendo a lo antes expuesto, advierte la Sala que en casos como el de autos, independientemente de la idoneidad o no de la vía escogida por el accionante, es el Poder Judicial quien tiene jurisdicción para conocer y decidir el asunto planteado, ya que lo que se ventila ante el tribunal remitente es la apelación de un auto que declara inadmisible una acción de amparo constitucional. (N° 2169 del 14 de noviembre de 2000. En igual sentido, decisión N° 1993 del 19 de octubre de ese mismo año) (Destacado de la Sala).

La anterior sentencia refería a una acción de amparo, que indudablemente corresponde a los órganos jurisdiccionales su conocimiento, para posteriormente referirse a la sentencia 1578 del 04-07-00, en el cual el peticionante alegando inamovilidad, interpone una calificación de despido. En este caso la Sala Político Administrativa declaró que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer del asunto planteado, pues la misma corresponde efectivamente a las Inspectorías del Trabajo, la cual ya había decidido el asunto planteado. Por supuesto, si lo que se solicita es la calificación ante la inamovilidad, corresponde a estos órganos administrativos el conocimiento del planteamiento, además que en el caso concreto, ya había sido resuelto por el órgano competente. En este caso, el inconveniente fue la forma como la acción estuvo planteada.

Posteriormente, a los fines de la procedencia del amparo para conocer de la efectividad del amparo para lograr la ejecución de los actos emanados de las inspectorías, analiza las sentencias de la Sala Político Administrativa del 11 de mayo de 2000 (sentencia 1089) y del 23 de abril de 1998 (Caso: Jesús Antonio Cabezas), en la cual efectivamente en la segunda, se señaló que por cuanto no existe otro medio idóneo para lograr el efectivo cumplimiento de la providencia, el amparo constitucional luce acertado, y en la primera de las nombradas que sólo puede ser ejecutada por la propia Inspectoría que dictó el acto.

Tomando el criterio que efectivamente el medio idóneo es el amparo constitucional, determinó la Sala Constitucional, en la sentencia que nos ocupa (2 de agosto de 2001, sentencia n° 1318), en este último caso, aplicando el argumento *a fortiori*, para concluir, que si los mencionado Tribunales tienen la competencia para conocer de la nulidad de los actos de las inspectorías, con mayor razón son competentes de los amparos que buscan su ejecución.

En cualquier decisión -de la cual no escapa la sentencia objeto de este estudio- podemos encontrar varios de los argumentos sistematizados por Torello, pero en ciertos casos, alguno de esos argumentos no tienen pertinencia, como es precisamente el de mayor razón, para asignar competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues la competencia de los tribunales está marcada precisamente por el mandato expreso de la Constitución y la Ley Orgánica de la Corte Suprema Justicia, lo que se enmarca -nuevamente- en el contexto general de las falacias, que según Copi[30] (Copi, 1981), designa cualquier idea equivocada o creencia falsa. En este orden de ideas debemos señalar que tanto en la decisión de fecha 6 de abril como en la del 2 de agosto, ambas del año 2001, se trataba el problema de un amparo interpuesto por el trabajador, amparado por fuero y previa decisión favorable de la Inspectoría del Trabajo, basados en la solicitud de protección de sus derechos laborales, y como se observó anteriormente, el tratamiento fue distinto.

En ninguno de los dos casos se está atacando la actuación de ningún órgano del Poder Público; en consecuencia, no puede corresponder a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia para decidir sobre el caso planteado. Igualmente, al no privar el criterio orgánico en el planteamiento del amparo solicitado, priva el principio general atributivo de competencia previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales; esto es, el criterio material o de afinidad con los derechos denunciados como violados o amenazados de violación.

En el supuesto absolutamente negado que fuere competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de estos amparos ejercidos por el trabajador contra el

30. COPI, Irving, *ob. cit.*, p. 81.

patrono, ante la contumacia de éste último de ejecutar las Providencias Administrativas que favorecen a los primeros, la asignación de la competencia para conocer de tales acciones a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos parte de un falso supuesto de derecho, pues estos Tribunales, conforme la competencia atribuida en los artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, son competentes apara conocer de:

1.- Las acciones o recursos de nulidad contra o actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades de *autoridades estadales o municipales* de su jurisdicción, si son impugnados por razones de ilegalidad.

2.- De la abstención o negativa de las *autoridades estadales o municipales* a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas.

3.- De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de un millón de bolívares y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

4.- De las apelaciones contra las decisiones que dicten otros Tribunales de su jurisdicción en los juicios intentados ante ellos contra un *Estado o Municipio*.

5.- De las apelaciones contra las decisiones que dicten los Jueces de Distrito [Municipio] en materia inquilinaria.

6.- De los Recursos de hecho cuyo conocimiento les corresponda de acuerdo con la Ley.

7.- Y agregamos. De cualquier otra competencia atribuida de acuerdo a la *Ley*.

La misma decisión comentada (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 1318 del 02-08-2001), atribuye a los mismo Tribunales Superiores Contencioso Administrativos, la competencia para conocer de los Recursos de Nulidad contra las Providencias Administrativas, indicando:

> *En este sentido, se observa que la jurisdicción laboral ha venido conociendo de los juicios de nulidad de estas resoluciones, siguiendo el criterio sostenido en decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 1992, en el juicio conocido como caso: Corporación Bamundi, C.A., sin que en realidad exista en la Ley Orgánica del Trabajo una norma que expresamente le asigne a los juzgados laborales el conocimiento de este tipo de juicios. Es preciso al respecto advertir, que la competencia de los órganos del Estado, viene determinada por una norma jurídica que de manera formal le atribuya competencia. De allí que, siendo que en los casos de los juicios de nulidad, a que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, ésta no le atribuyo dicha competencia de manera expresa a esta jurisdicción especial, sino que se limitó a señalar que contra estas decisiones se podían ejercer los recursos correspondientes ante los Tribunales, sin que indicara a cuáles se estaba refiriendo.*
>
> *La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 eiusdem, sino que lo razonable era establecer que como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe ser abandonado. En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dic-*

tadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios.

Así, dado que a la jurisdicción contencioso administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste, para conocer de su nulidad.

Cabe destacar que el criterio de atribución de competencia en que se basó la decisión conocida como *Corporación Bamundi*, fue el de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, que le atribuye la competencia a los Tribunales del Trabajo, y que si bien, no se trata de Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la doctrina lo ha clasificado como *contenciosos eventuales*.

En todo caso, si equiparamos la solicitud de ejecución de un acto de esta naturaleza, emanado de una Inspectoría del Trabajo, a la solicitud de impugnación de un acto, y bajo estos principios atributivos de competencia, no procedería la asignación de esta competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, pues no se trata de actos donde el Poder Público Estadal o Municipal se encuentren presentes, o puedan ser considerados legitimados. Si nos basamos estrictamente en el principio constitucional que regula la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, efectivamente, tal como lo indica la sentencia comentada, corresponde a esta especial jurisdicción su conocimiento, pero no estaría atribuida a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, sino en virtud del principio de competencia residual, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, criterio pacífico hasta la sentencia Corporación Bamundi, de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, dictada en fecha 13 de febrero de 1992. Si por el contrario, nos acogemos al criterio de la última decisión señalada (Corporación Bamundi), y conforme las previsiones de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, correspondería a los Tribunales Laborales, criterio éste mantenido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y ratificada recientemente en fecha 30 de enero de 2002, caso: *Jairo Domínguez y otros*. Esto nos lleva a que para esa fecha, nos encontramos con la posición de la Sala Constitucional (competencia de los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos para la impugnación de estas providencias administrativas); y la de la Sala Político Administrativa (la competencia para la impugnación se encuentra atribuida a los Juzgados Laborales). Pero es el caso, que igualmente nos encontramos con la posición de la Sala de Casación Social, de fecha 5 de febrero de 2002, sentencia N° 39, en la cual expresó:

Por lo tanto, al tratarse el presente caso de un recurso de nulidad contra un acto administrativo de efecto particular emanado de un órgano administrativo del trabajo de carácter nacional, como lo es la Inspectoría del Trabajo, considera esta Sala de Casación Social que de conformidad con el ordinal 3º del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la resolución del presente asunto debe ser sometida al conocimiento de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, siendo la competente para la resolución del recurso de nulidad propuesto contra la providencia administrativa de fecha 17 de abril del año 2001, proferida por la Inspectoría del Trabajo de la Zona de Hierro del Estado Bolívar. Así se declara.

Observamos cómo en el caso analizado por la Sala de Casación Civil, se aplica el criterio que efectivamente corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, -por tratarse de la nulidad de un acto dictado por un órgano del poder público-, pero atribu-

yendo a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de estos recursos de nulidad[31].

Del mismo modo, en sentencia de la Sala Constitucional, dictada en fecha 3 de agosto de 2001[32] (un día después a la sentencia objeto de análisis), señaló:

> *Como ya lo ha señalado esta Sala, las decisiones administrativas deben ser ejecutadas por la administración o por los órganos contencioso administrativos, y no puede el órgano jurisdiccional que no actúa como órgano contencioso administrativo sustituirse en las obligaciones de los órganos administrativos ordenando la ejecutabilidad de los actos y llevándolas a cabo, a menos que la Ley así lo establezca.*
>
> *En vista de lo anterior considera la Sala que por la vía de amparo constitucional no podía ordenarse el cumplimiento del acto administrativo, y menos aun, cuando dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa se había ordenado la suspensión de los efectos del act*.[33].

La sentencia objeto de estudio, de fecha 2 de agosto de 2001 (caso Teresa Suárez de Hernández) dictada por la Sala Constitucional, apelando a un argumento de autoridad, expresó:

> *En consecuencia, siendo que esta Sala considera admisible la revisión extraordinaria de los fallos recaídos con ocasión de las acciones de amparo intentadas por el ciudadano Nicolás José Alcalá Ruiz y por cuanto, en su criterio, la presente decisión contribuiría* "*a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales...*" *por imperar al respecto un grosero*

---

31. Cabe destacar que en esta decisión (Sala de Casación Social) se produjo por la solicitud de Regulación de Competencia, basado bajo diferentes interpretaciones de la misma sentencia del 2 de agosto de 2001, dictado por la Sala Constitucional. Esto nos coloca en tres posiciones de principios atributivos de competencia para conocer de la impugnación judicial de los actos dictados por la Inspectoría del Trabajo:

La Sala Constitucional, en sentencia 2 de agosto de 2001, atribuye la competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, contrariando la posición que había sostenido la Sala Político Administrativa desde 1992.

La Sentencia de la Sala Político administrativa, de enero de 2002, manteniendo el criterio de había sostenido desde 1992, señaló que la competencia corresponde a los Juzgados Laborales.

La Sala de Casación Social, en febrero de 2002, señaló que la competencia corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, volviendo al criterio existente antes de la sentencia Corporación Bamundi de 1992.

Si bien es cierto, corresponde el presente trabajo la ejecución de los actos dictados por la Inspectorías del Trabajo, no podemos dejar de comentar el problema que se ha tejido en torno a la competencia para su impugnación judicial. En puridad de derecho, consideramos que el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil, es ciertamente el correcto, con el problema que implica acudir a la Capital de la República, lo cual no constituye la justicia efectiva y garantista. Ante esta interpretación, que fue la sostenida hasta 1992, y conforme la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, atribuyó la competencia a los Tribunales Laborales, bajo el criterio de los *contencioso eventuales*; es decir, aquellos tribunales que formalmente no se encuentran insertos en la jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo, por atribución expresa de la ley, eventualmente, y en los casos previstos en la Ley ejercen la jurisdicción contenciosa. Este criterio acercaba igualmente la justicia a los interesados. En canto al criterio sostenido por la Sala Constitucional, cabe destacar que basado en una premisa absolutamente cierta, de atribución del conocimiento de tales causas a la jurisdicción contencioso administrativa, erradamente la atribuyó a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, cuando tal atribución de competencia no encuentra soporte alguno en *ninguna* Ley.

Nos encontramos ante una situación que debe ser solucionada, sin menoscabar nuestro sistema legal que en general, garantiza el *Estado de Derecho*.

32. Caso *Usafruits*, sentencia n° 1387. Cabe destacar que la referida decisión es comentada como fundamento de la decisión del 2 de agosto de 2001, refiriéndola como decisión del 26 de julio de 2001. Sin embargo, en la página Web del Tribunal Supremo Justicia, aparece publicada en fecha 3 de agosto de 2001. En este sentido se invoca una decisión como precedente, que no había sido publicada para el momento.

33. La primera parte es la usada como fundamento de la decisión, sin embargo, la redacción del párrafo siguiente, pareciera indicar que no es el amparo, el medio idóneo para ejecutar las providencias administrativas, con la -en el caso concreto que refería la decisión-, que dicho acto había sido suspendido por un Tribunal Contencioso Administrativo.

error de interpretación de la norma constitucional. De allí que, los motivos expuestos la autoricen para que en uso de la potestad que le confiere la norma constitucional antes referida y, obligada como se encuentra a garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de las normas y principios constitucionales, como máximo y último intérprete de la Carta Magna; en su condición de custodio de su uniforme interpretación y aplicación, procede a la revisión y consecuente nulidad de los fallos dictados por los Juzgados antes identificados…Es obvio, entonces y así debe ser declarado por esta Sala, que la conducta asumida por los diferentes Tribunales que tuvieron bajo su conocimiento el asunto planteado, constituye una denegación de justicia para aquel que, imposibilitado de hacer efectiva su pretensión ya estimada y declarada por el órgano administrativo, se vio en la necesidad de acudir a los órganos judiciales para controlar la inactividad de la Administración, para alcanzar la producción de los efectos de la decisión que le era favorable, pero que no había sido ejecutada. Actuaciones judiciales éstas que, en opinión de la Sala, constituyen una flagrante y grotesca violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...

En otro orden de ideas, debe esta Sala reprender la actitud omisa de los Jueces Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo, Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo, Segundo de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo y Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores, todos del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, pues debiendo declarar su incompetencia y remitir los autos al tribunal competente, esto es, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, no lo hicieron...

Se ha visto que el caso sometido a examen de la Sala Constitucional no es pacífico, y por el contrario, tal como lo reconoce la misma sentencia, dinámico, y cambiante, a lo que agregamos ambiguo en unos casos y contradictorio en otros, no sólo por tratarse de un punto siempre controvertido, como es, el de la ejecución de los actos administrativos denominados por algún sector de la doctrina *cuasijurisdiccionales*, sino que la misma Sala Constitucional ha emitido criterios totalmente disímiles en un plazo de poco menos de 7 meses; y que los jueces que conocieron del proceso objeto de revisión, siguieron el criterio que había sostenido la jurisprudencia de forma reiterada, por lo que igualmente puede sostenerse que constituye igualmente una incongruencia como otra forma de falacia, ya que de los conceptos de "*denegación de justicia*" y que su actuación constituye "*...una flagrante y grotesca violación del derecho a la tutela judicial efectiva*", como términos que constituyen una falta grave por parte de los jueces que conocieron el caso, podría incluso conllevar a sanciones de los mismos; en consecuencia, resulta a todas luces excesiva la reprensión a los jueces que conocieron de los casos planteados, dadas las condiciones y antecedentes que rodean la situación comentada.

X. CONCLUSIONES

No cabe duda que corresponde a los órganos jurisdiccionales conocer de los amparos que le sean planteados, pues de tal figura procesal -el amparo- corresponde conocer exclusivamente a los Tribunales de Justicia, sólo que en el caso planteado, según se desprende de la misma decisión, no se trataba sobre la inactividad de la Administración, lo cual correspondería a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativos, (pero nunca a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos), sino que conocía de la contumacia del patrono a ejecutar o dar cumplimiento a una providencia administrativa, lo cual constituye supuestos diferentes; y en todo caso, se trataba del cumplimiento de un acto administrativo que corresponde su ejecución al propio órgano de la administración que lo dictó, en virtud de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad

de los actos administrativos, y que como principio al fin, coexisten con los otros y debe buscarse su armoniosa convivencia.

Del mismo modo hay que observar, que si bien, en la sentencia comentada, priva el argumento teleológico, que busca indagar o recrear la norma en su aplicación actual, no puede pretenderse que implique la derogatoria de principios; y especialmente, de expresos textos legales, no sometidos ni al control concentrado de la Constitución, ni bajo la especial figura del control difuso de la misma.

Igualmente, se trata de un tema controvertido a nivel jurisprudencial, (en especial, cuando de los actos dictados por el órgano de inquilinato a nivel nacional se trata), que en el caso de los actos de las Inspectorías, se consideraba resuelto de forma pacífica y aceptada, conforme las previsiones de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, criterio éste que solo a nivel de la Sala Constitucional varió considerablemente en un lapso sumamente breve, con sentencias contradictorias en unos casos, y en otros, con premisas erróneas, que indudablemente, ni pueden consolidar dichas decisiones, ni puede ser tratadas como argumentos válidos. No olvidemos que la ambigüedad y ambivalencia en los pronunciamientos, le hacen un flaco favor al *Estado de Derecho*.

En el caso sometido a análisis, contenido en la sentencia del 2 de agosto de 2001 (caso Teresa Suárez de Hernández, sentencia n° 1318), el argumento por el cual se le otorga la competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, de conocer los amparos que se ejerzan contra la contumacia de los patronos a cumplir y ejecutar las providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo, por parte de los trabajadores protegidos por algún fuero, y en general, que gocen de inamovilidad, parte de una falsa premisa, situación ésta que lo enmarca en el campo de las falacias.

A los fines de preservar el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, debe preverse la posibilidad cierta y efectiva que las Inspectorías del Trabajo ejecuten sus propias providencias administrativas. Mientras tal situación se logra, es cierto que los derechos de los trabajadores no pueden verse burlados o vulnerados ante la contumacia de los patronos de ejecutar dichas decisiones; pero si el patrono es un particular, y se trata de una acción contra la contumacia de ese particular que a su vez vulnera un derecho constitucional, no consideramos apropiado el criterio atributivo de competencia al contencioso administrativo para incoar la acción de amparo.

En la práctica, la decisión del 2 de agosto de 2001, de la Sala Constitucional, también ha traído problemas, pues:

a. En varias oportunidades hemos observado como la Inspectoría del Trabajo ha *comisionado* a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativo para proceder a la ejecución del acto.

b. Se ha considerado al amparo como la única vía idónea para lograr la ejecución del acto.

c. Por cuanto se trata únicamente de ejecutar la providencia ya dictada, y ante el ejercicio de un amparo constitucional, debe el Juez, así como la representación Fiscal y las propias partes, atender una audiencia constitucional, cuando ya los planteamientos han sido (o debido ser) formulados en sede administrativa. Esto a su vez nos lleva al problema que siendo el amparo una acción subjetiva, debe el Juez analizar los argumentos de las partes, en cuyo caso, sin ser un recurso tendente a impugnar el acto, puede el Juez, ante los alegatos expuestos, considerar que efectivamente no procede el reenganche (por ejemplo, cuando la inspectoría del Trabajo consideró que una persona, por ser

miembro de la Junta Directiva de un Sindicato, goza de fuero sindical, y sin embargo, dicha persona no ejerce un cargo amparado por este fuero).

Consideramos, como un medio de preservar mas eficazmente el derecho reclamado, y a los fines de evitar procesos innecesarios, que debería tratarse en sede judicial como un acto de mera ejecución; darle el tratamiento de fuerza ejecutiva a ser conocido por los Juzgados de Municipio, tal como se ha sostenido anteriormente, conociendo en ejecución de actos arbitrales[34], lo cual igualmente garantizaría el acercamiento de la justicia al justiciable[35], y así, -por ejemplo- ante un acto dictado por una Inspectoría del Estado Táchira o Mérida, no debería acudirse al Estado Barinas (muchas veces implica más de 4 horas de carretera), que corresponde a la Sede del Juzgado Superior Contencioso de la Región Los Andes.

En todo caso, tres criterios distintos y disímiles no favorecen para nada la *tutela judicial efectiva*.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Editorial Gedisa, Colección Estudios Alemanes, Segunda edición, Barcelona 1997.

ATIENZA, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona 1993.

----------. *El Sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona 2001.

----------. "Derecho y Argumentación", *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho* Nº 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997.

----------. *Las Razones del Derecho teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

----------. *Sobre la Analogía en el Derecho, Ensayo de Análisis de un Razonamiento Jurídico*, Civitas, Madrid 1986.

34. Para utilizar la misma denominación usada por BADELL, que nos parece más apropiada que la de "actos cuasijurisdiccionales".

35. Tal como lo señala BADELL, Rafael en *La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales*.

"*4.- Aplicación supletoria del proceso de ejecución de sentencias.*

En ausencia de un proceso especial para obtener la ejecución forzosa de estos actos administrativos de sustancia jurisdiccional, consideramos que puede aplicarse el procedimiento ordinario de ejecución de sentencias consagrado en el Título Cuarto, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, conviene tener presente que, según dispone la Ley Procesal, este procedimiento ejecutivo rige no sólo para lograr la ejecución de las sentencias, sino también para obtener la ejecución forzosa de "*cualquier otro acto que tenga fuerza de tal*".

Obviamente, para que el interesado pueda acudir al procedimiento ejecutivo, es necesario que el acto administrativo de sustancia jurisdiccional haya adquirido firmeza (fuerza de sentencia), bien porque no se hubiere impugnado oportunamente, o porque el recurso ejercido haya sido declarado sin lugar. De aplicarse estos principios, se producirá un doble beneficio, pues, por una parte, la actividad de ejecución forzosa realizada en el seno de la Administración quedara reducida a su justos límites, desde que sólo tendrá lugar cuando el acto hubiere sido dictado en orden a satisfacer necesidades públicas; y en segundo lugar, el derecho de los administrados a la tutela jurisdiccional efectiva quedará incólume, pues siempre habrá forma de obtener la ejecución en especie de lo ordenado por el acto administrativo, cuando dicho acto resuelva una controversia entre dos particulares, sin necesidad de replantear un juicio completo con fase de cognición ante los Tribunales, como viene sucediendo hasta ahora".

BADELL MADRID, Rafael, "La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales", publicado en la página web *www.badellgrau.com*.

CHIRINO, Alfredo, "Las Falacias", publicado en el *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie "Eventos" Nº 3, Caracas 2001.

COPI, Irving, *Introducción a la Lógica*, Editorial Eudeba, Vigésimo segunda edición, Buenos Aires 1981.

DUQUE CORREDOR, Román, "La Interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces", publicado en las *XXVII Jornadas* "*J.M. Domínguez Escovar*", Barquisimeto 2002.

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Editorial Gedisa, Segunda Edición, Barcelona 1992.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, "La Motivación de la Sentencia y su Relación con la Argumentación Jurídica", Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Serie estudios* nº 57, Caracas 2001.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, 5ta Edición, Madrid 1984

GARCÍA, Antonio, "Orientaciones Jurisprudenciales de la Sala Constitucional", publicado en las *XXVII Jornadas* "*J.M. Domínguez Escovar*", Barquisimeto 2002.

MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona 2001.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, "La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos", *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARÍAS*", Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 1997.

ZERPA, Levis Ignacio, "La Argumentación Jurídica". Ponencia registrada en el "Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica", Tribunal Supremo de Justicia, *Serie Eventos* nº 3, Caracas 2001.

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO*

Franck Moderne
Catedrático de Derecho Público de la
Universidad de París I, Francia

Es un tema de gran interés y muy controvertido en Francia el de la validación de actos administrativos -e incluso de actos privados-, en la medida en que desvela un enfrentamiento directo o indirecto entre el poder legislativo y el poder judicial y obliga a tener en cuenta las tensiones excesivas entre ambos poderes en un Estado de derecho, tensiones que podrían afectar al equilibrio global del sistema.

No parece que la situación sea exactamente similar en España. Si no me equivoco, una de las primeras sentencias del juez constitucional sobre el tema de la validación legislativa y el alcance de un control de su constitucionalidad es muy reciente: se trata de la sentencia N° 73/2000 de 14 de marzo[1], dictada a partir de una cuestión de constitucionalidad promovida por la Audiencia Nacional en relación con una ley foral de Navarra cuyo objetivo final (y posiblemente único) hubiera sido hacer imposible la ejecución de una sentencia previa que había decretado la nulidad de una resolución administrativa, concretamente la suspensión de las obras de construcción de un dique del embalse de Itoiz, y la anulación del proyecto correspondiente. Esta anulación se había basado en el hecho de que la zona que sería inundada por el vaso del embalse supondría la desaparición de una parte de las bandas de protección de las reservas naturales al quedar bajo las aguas, en el marco de una ley foral de 1987 de espacios naturales de Navarra. Sin embargo una nueva ley foral de 1996 derogó expresamente la disposición legal anterior al suprimir la obligación de establecer bandas de protección de las reservas naturales navarrenses. De modo que no tenía sentido la ejecución de la sentencia inicial en un panorama normativo conscientemente cambiado por el propio legislador.

No vamos a entrar en el detalle de la sentencia del Tribunal constitucional español, sino para subrayar el planteamiento de la duda de inconstitucionalidad por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En relación con el famoso articulo 24-1 CE, se ha sostenido que, al establecer la nueva ley foral de 1996, un nuevo régimen jurídico de las zonas periféricas de protección en las reservas naturales de Navarra, la modificación del canon legal había convertido en ilusoria la declaración de nulidad contenida en la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo haciendo que su fallo no pueda ejecutarse por la Sala que promueve la cuestión de inconstitucionalidad. De modo que hubo en estas circunstancias una injerencia inadmisible del poder legislativo en el ejercicio normal del poder judicial.

---

* El tema de este estudio, dedicado al Profesor BREWER-CARÍAS, Allan R., ha sido elegido por su doble enfoque, de derecho constitucional y de derecho administrativo, que corresponde a dos de las principales dimensiones de la obra del dedicatorias.

1. B.O.E. de 14 de abril de 2000, suplemento al n° 90, p. 61; *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2000, pp. 648 y ss., nota de ALBERTI, E., BON, P., CAMBOT, P. y REQUEJO PAGÉS, J.L.

En otros términos, la duda de inconstitucionalidad de la Sala en relación con otro artículo conocido de la carta fundamental (el art. 9-3: prohibición de la arbitrariedad administrativa) se suscita a partir de la premisa que la finalidad que llevó el legislador de Navarra a dictar una nueva ley sobre la protección de los espacios naturales no fue otra que la de dictar una ley especial para hacer que fuera inejecutable una posterior sentencia del Tribunal Supremo anulatoria del proyecto -y así mismo la de impedir en el futuro el control judicial sobre los actos administrativos de delimitación concreta de las zonas de protección de las reservas naturales mediante la elevación inesperada al rango de ley de la anterior norma reglamentaria- lo que justificaría la calificación de *arbitraria* atribuida a una disposición con rango de ley dictada con esa finalidad.

Veremos más adelante por que el juez constitucional español no ha sido aparentemente convencido por la argumentación de la Sala proponente y por que ha sido rechazada la cuestión de inconstitucionalidad en este asunto.

Otra sentencia, N° 273/2000 de 15 de noviembre[2], ha permitido al juez constitucional español precisar algunos puntos relativos a una eventual validación legislativa, a propósito de una disposición adicional de la ley catalana N° 17/1987 de 13 de julio reguladora de la administración hidráulica, que había integrado en el texto de la ley las normas reglamentarias de carácter sustantivo en materia de tarifa y de saneamiento por abastecimiento de aguas en dicha Comunidad autónoma. Estas normas habían sido dictadas sin la consulta previa de la Secretaría técnica del departamento de política territorial y obras públicas, siendo tal consulta preceptiva según la ley de procedimiento administrativo de 1981.

La audiencia territorial de Cataluña había decretado la nulidad de los reglamentos impugnados por falta del dictamen, y mientras el Tribunal Supremo estudiaba la apelación del asunto se aprobó una ley autonómica que elevaba retroactivamente el rango de las normas cuestionadas con la intención evidente de evitar los efectos de la probable declaración de nulidad de dichas normas.

Pero, al haber sido elevado el contenido de los reglamentos anulados al rango de ley formal de forma retroactiva, los actos de aplicación de los mismos no podían ser anulados lo que dio lugar a una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional.

Se puede admitir que la disposición adicional de la ley catalana, por haber venido a subsanar retroactivamente una serie de actos dictados como consecuencia de la aplicación de una norma nula de pleno derecho, constituye una manifestación del llamado fenómeno de validación legislativa, poco estudiado hasta la fecha en la doctrina *juspublicista*[3].

Eso dicho, el Tribunal constitucional no ha tenido que enfrentarse con el problema espinoso de las normas validantes en el ordenamiento jurídico español, ya que, por fin, la *litis* se había planteada desde otra perspectiva constitucional, la del artículo 9-3 de la carta fundamental (principio de irretroactividad).

2. *Revista española de derecho administrativo* 2001 n° 111, pp. 439 y ss., nota GARCÍA LUENGO, J.

3. Sobre el tema de las validaciones legislativas, *V.*, las observaciones de MUÑOZ MACHADO, Santiago *en La reserva de jurisprudencia,* La Ley, Madrid 1989, pp. 75 y ss.

Cabe observar de manera general que Francia, a diferencia de España, tiene una tradición sentada de control riguroso de las validaciones legislativas de actos administrativos o privados[4].

Para valorar correctamente el sistema francés, resulta útil precisar lo que es una validación legislativa y cuales son las modalidades de su control jurisdiccional.

Lo que intentaremos hacer a continuación.

I. ANÁLISIS DE LA TÉCNICA JURÍDICA DE VALIDACIÓN LEGISLATIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Debemos partir de la idea simple que la validación legislativa -o ley de validación- se configura como toda intervención del legislador cuyo objetivo o efecto sea el de considerar como regular un acto administrativo (o privado) de regularidad dudosa susceptible de ser anulado por el juez administrativo (por lo esencial) o por el juez judicial (a título excepcional) en el marco de sus competencias respectivas.

La delineación de la figura jurídica de la validación legislativa lleva a analizar el mecanismo utilizado por el legislador en sus elementos esenciales y en sus consecuencias previsibles.

1. La configuración global de la validación legislativa

Antes de presentar, a partir del derecho francés, las diferentes clases de validaciones legislativas, cabe separar, en términos necesariamente generales, la técnica de la validación legislativa y otras técnicas que no tienen por objeto la neutralización del control jurisdiccional sobre la norma, pero sí pueden producir ese efecto.

Estas técnicas son, por una parte, la de ratificación por el legislador de actos gubernamentales, las llamadas *ordenanzas* del artículo 38 de la Constitución francesa de 1958 (Vª República) (son los decretos legislativos del derecho español, dictados sobre la base del artículo 82 de la Constitución de 1978) y, por otra parte, la técnica de la codificación legislativa.

1°- La técnica de la ratificación de las ordenanza del articulo 38 CF

El artículo 38 de la Constitución francesa concreta un sistema conocido en todos los Estados europeos, el de la delegación o habilitación legislativa. En el orden jurídico francés es sumamente conocido que se ha adoptado une diferenciación material entre el campo de la ley y el campo del reglamento gubernamental. Los artículos 34 y 37 CF delimitan el ámbito material de la ley (las llamadas *materias legislativas*) y el del reglamento (las otras materias).

Sin embargo ha sido imposible mantener firme una distinción tan rigurosa. En particular, la delegación legislativa abre al reglamento, a titulo excepcional y provisional, la disponibilidad sobre una materia normalmente reservada a la ley, lo que permite al Gobierno participar de otra manera en la ordenación jurídica de la sociedad actual.

4. *V.*, DÍAZ GÓMEZ, A., "Las validaciones legislativas en derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia", *Revista de administración pública*, 1999 n° 149, pp. 457 y ss.

El efecto primario y esencial de la delegación legislativa es por tanto el de ampliar el poder normativo de la administración gubernamental por vía singular. La ley de habilitación opera evidentemente sobre la relación habitual ley reglamento en la medida en que el legislador apela al reglamento para que éste colabore a la tarea normativa.

La delegación legislativa así entendida como la instrumentación de las técnicas colaborativas entre la ley y el reglamento, cuenta en el sistema francés con una expresa cobertura constitucional.

Pero eso no significa que el texto elaborado por el Gobierno en el marco de una habilitación legislativa expresa sea inmediatamente elevado al rango legislativo. La *ordenanza* (ordonnance) como norma delegada conserva provisionalmente su rango reglamentario propio. No se trata exactamente, como en el derecho español, de una delegación recepticia en la que, por una determinación adicional expresa del legislador, se viene a asignar a la norma delegada el rango de ley.

Dicho sencillamente, no puede el legislador francés hacer una asunción anticipada de la norma elaborada por el poder ejecutivo, en virtud de la delegación, prestándola su propio rango. Hay que pasar por una ratificación por el Parlamento del texto reglamentario.

El artículo 38-2 de la Constitución de 1958 regula en concreto el procedimiento que habrá de seguirse a esos efectos. Según dicho precepto, la elevación de la ordenanza al rango legislativo se entendería otorgada si, dentro del plazo fijado por la ley de habilitación, el proyecto de ley de ratificación no se hará remitido al Parlamento para su tramitación normal como ley. Se puede añadir que la discusión efectiva del proyecto de ratificación por las Cámaras no resulta necesaria en este caso. Agotado el plazo legal (normalmente 6 meses), la ordenanza gubernamental será considerada como tachada de caducidad definitiva.

Mientras tanto la ordenanza estará sometida al control del juez administrativo (concretamente del Consejo de Estado), habilitado para controlar los abusos de la delegación y las otras exigencias del principio de legalidad *lato sensu* : la ordenanza del artículo 38 debe ser conforme con la Constitución y con los principios generales del derecho o con los tratados y convenios internacionales regularmente incorporados en el derecho interno. Este tipo de control es por tanto el medio más eficaz y el único que ofrece garantías reales a los ciudadanos.

La ley de ratificación tiene como consecuencia la calificación retroactiva, *ab origine*, como ley del texto gubernamental. Efectivamente esta técnica conlleva la inmunidad jurisdiccional del acto ratificado como ley, por lo menos respecto del juez ordinario: un control de constitucionalidad es siempre posible pero su alcance se encuentra limitado a la verificación del texto aprobado respecto del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo la elevación de un texto reglamentario al rango legal en virtud de una ratificación expresa (o, en ciertos casos, tácita) no tiene por objeto único ni siquiera principal la supresión del control jurisdiccional ordinario de dicho acto.

Por eso se diferencia claramente la ley de ratificación de una *ordenanza* del artículo 38 y la ley de validación legislativa de cualquier acto administrativo.

2°-. La técnica de la codificación legislativa

El fenómeno de la codificación puede ser entendido en sentido amplio o estricto.

Considerada en sentido amplio, la codificación se presenta como una recopilación de textos jurídicos de diferente índole.

En sentido estricto, la codificación se refiere a una ideología racionalista, a un esfuerzo ordenado para la *legalización* del sistema jurídico a partir de presupuestos teóricos: la uniformidad de la regla codificada, su capacidad para regular prácticamente todos los aspectos de la vida económica y social, la ilimitada potencialidad codificadora basada en la convicción que el instrumento codificador es aplicable a todos los campos jurídicos[5].

En Francia, la obra de codificación tiene por objeto ambicioso el de abarcar todas las manifestaciones de la realidad jurídica a medio plazo.

Normalmente, el codificador francés no puede modificar el derecho vigente: la codificación pretende ser una técnica *con derecho constante* que supone respetar las innovaciones sucesivas pero reduciéndolas a sistema, y integrándolas en los valores constitucionales o internacionales superiores, renunciando así a cerrar definitivamente la continua movilidad del derecho en las sociedades contemporáneas.

Estos nuevos códigos, elaborados bajo los auspicios de una Comisión Superior de codificación incluida entre los servicios del Primer Ministro, no se presentan como meras recopilaciones, sino que pasan (por lo que se refiere a la codificación de las leyes vigentes) al Parlamento que los estudia y articula y los presta el valor superior de la ley con efectos derogatorios plenos sobre todo lo no expresamente recogido en ellos.

Desde 1989 se han promulgado varios códigos en diferentes materias. Esta técnica codificadora permite descargar al derecho de la complejidad de las acumulaciones constantes e inciertas, dar a los nuevos códigos un valor normativo pleno y superior y por fin aclarar y despejar el panorama normativo caótico de *un mundo de leyes desbocadas*, según una fórmula acertada de E. García de Enterría[6].

Puede ocurrir que una ley de codificación eleva al rango superior de la ley una disposición inicialmente reglamentaria ya que, en la concepción francesa de la delimitación de las materias legislativas y de las materias reglamentarias, es prácticamente imposible elaborar un texto de ley coherente que no contenga ciertas disposiciones reglamentarias.

De todo modo, se debe subrayar que el juez constitucional francés no sanciona la intromisión del poder legislativo en el campo reglamentario, lo que afecta necesariamente a la distinción material entre ley y reglamento; la ley puede incidir así en las materias reglamentarias sin incurrir una anulación por inconstitucionalidad[7].

Sin embargo, los textos de forma legislativa y de contenido reglamentario podrán ser modificados o derogados a través de decretos reglamentarios una vez el Consejo constitucional, a petición del Gobierno, haya declarado que estos textos tienen un carácter reglamentario, lo que corresponde a una técnica de delegalización formal.

Una ley de codificación produce efectos distintos. Se trata de una intervención voluntaria del legislador cuyo efecto podría ser la modificación del rango de un texto inicialmente reglamentario y su elevación al rango de la ley. Normalmente esta posibilidad parece reducida en el marco de una codificación, *con derecho constante*; pero sí se puede realizar en ciertas circunstancias (por ejemplo en materia tributaria), lo que plantea el problema de la naturaleza de la ley de codificación, comparándola con la ley de validación de un acto administrativo.

---

5. CARZOLA PRIETO, L.M., *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Aranzadi, 1999.
6. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid 1999.
7. *V., La calidad de las leyes* (SAINZ MORENO, F. y SILVA ONCHOA, J.C. da coord.), Parlamento Vasco, Gasteiz, Vitoria 1989.

Así planteada, la diferencia resulta bastante clara: en ningún caso, una ley de codificación pretende tener efectos retroactivos mientras que, precisamente, la validación legislativa de un acto administrativo tiene que ser retroactiva si se quiere evitar un control judicial de dicho acto.

Por otra parte, la técnica codificadora no tiene por objetivo único ni incluso esencial el de modificar el rango jerárquico de los textos codificados. La condición del *derecho constante* da muestra por el contrario de la neutralidad oficial de la codificación respecto de la calificación correcta de los actos codificados

2. Las categorías de actos administrativos susceptibles de validación legislativa

Toda validación es necesariamente preventiva: la intervención del legislador pretende evitar una anulación jurisdiccional posible (e incluso probable) de un acto administrativo (o privado) de dudosa validez jurídica.

Eso dicho el derecho francés contempla diferentes situaciones de las cuales destacaremos las siguientes:

1°- En primer lugar, la validación legislativa se produce en favor de actos administrativos dictados en aplicación de un reglamento anulado por vía de recurso directo o declarado ilegal por vía de excepción (o recurso indirecto).

En la medida en que la vía de excepción permite al recurrente invocar la nulidad del acto reglamentario que sirve de fundamento, de base jurídica, al acto recurrido, el riesgo de anulación amenaza virtualmente todos los actos consecuencias sean reglamentarios o individuales. Para conjurar este riesgo y en nombre de la seguridad jurídica, el legislador será invitado a validar los actos incurribles.

Es sobradamente conocido, en el derecho francés como en el derecho español, que una de las funciones específicas de la jurisdicción contencioso-administrativa es la de controlar la legalidad de los reglamentos y la de declarar consecuentemente la nulidad de los que estén afectados de un vicio de legalidad formal o material[8].

Se sabe bien por otra parte que desde el punto de vista de los administrados, los particulares pueden adoptar la iniciativa del control judicial de los reglamentos bien impugnando directamente el reglamento viciado, bien impugnando el acto concreto de aplicación de dicho reglamento en base, precisamente, a la ilegalidad de este último (recurso indirecto)[9].

Ambas posibilidades están claramente enunciadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (actuando como juez supremo en el orden contencioso-administrativo) como en la Ley jurisdiccional española de 13 de julio de 1998 (art. 26).

En el secundo de ambos supuestos, lo que se impugna en concreto es un acto administrativo de aplicación de un reglamento ilegal.

8. En este sentido, el artículo 106-1 de la Constitución española.

9. *V.*, para todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, t. I, 6a ed., Madrid 1999, pp. 222 et ss.

Se puede añadir que la falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad de la disposición reglamentaria.

La Ley jurisdiccional española de 1998 ha dispuesto por fin en su artículo 27-2 que "cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso fundado en la invalidez de una disposición general lo fuese también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general" -aparte de la del acto de aplicación impugnado. El recurso indirecto produce así, de manera derivada, el mismo efecto que el recurso directo, esto es la depuración definitiva y con efectos *erga omnes* de la nulidad o de la validez del reglamento sospechado en beneficio de la seguridad y del rigor jurídicos.

La técnica de la validación legislativa tiene por objeto evitar precisamente las consecuencias imprescindibles de la anulación jurisdiccional (o de la declaración de nulidad) de un reglamento ilegal, es decir las anulaciones en cascada de los actos de aplicación y proteger así la situación de los terceros y la seguridad jurídica. Los terceros no deben ser perjudicados, por actos aparentemente válidos cuando hayan sido aplicados; por ejemplo, la irregularidad en la composición de un órgano colegial o un organismo consultivo podría afectar teóricamente a todos los actos dictados por la autoridad administrativa concernida.

2°- En secundo lugar, el problema de la validación legislativa se plantea en Francia a propósito de los llamados *actos colectivos* que no son exactamente actos reglamentarios pero que interesan a un conjunto de personas perfectamente identificadas y se caracterizan por su indivisibilidad.

Tal es el caso de las listas de candidatos seleccionados a través del sistema de concurso o de concurso-oposición al ingreso en la función pública (del Estado, de las corporaciones locales o de los establecimientos hospitalarios), de las listas de *aptitudes* (o *méritos*) que sirven para la selección interna de funcionarios en ciertos cuerpos, o de los llamados "*tableaux d'avancement*" utilizados para la promoción interna de los funcionarios en un cuerpo determinado.

En el caso de la anulación de un acto de este tipo, la administración competente tendría que reexaminar todas las decisiones individuales dictadas con fundamento en estos actos colectivos. La validación legislativa ofrece la ventaja de descartar los efectos nefastos o inesperados de una aplicación demasiado estricta de las sentencias jurisdiccionales de anulación y de la retroactividad que tales sentencias necesariamente conllevan.

3°- En tercer lugar, no es infrecuente que una decisión administrativa anulada, de carácter individual, sea un ejemplo entre muchos otros, en cuanto al fondo o al procedimiento utilizado; de modo que la anulación crea un riesgo serio de anulación de todas las decisiones hermanas. Por eso, una ley de validación tratará de consolidar la validez de los actos no todavía impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa: tal fue el caso en ciertos asuntos (en materia tributaria o de tarificación hospitalaria o en materia de nombramiento de funcionarios o de jueces).

Duramente criticadas por un cierto sector doctrinal, mal aceptadas por los jueces del orden administrativo como del orden judicial (en este último caso, se trata de la validación legislativa de actos privados), las validaciones legislativas se presentan como medidas pragmáticas, dictadas por las circunstancias y justificadas por razones de interés general.

Desde un punto de vista estadístico, hubo en Francia entre 15 y 20 validaciones legislativas al año entre 1995 y 2000.

Eso dicho, la validación legislativa se encuentra sometida a un control jurisdiccional riguroso como vamos a explicarlo a continuación.

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS

La validación legislativa, tal como está concebida en el derecho francés contemporáneo, se halla sometida a un doble control jurisdiccional un control de constitucionalidad y el llamado control de *convencionalidad"* (esto es de conformidad con los tratados y convenios internacionales regularmente incorporados en el derecho interno).

Esta dualidad de controles corresponde a la dualidad de las jurisdicciones competentes para pronunciarse sobre la validez de la técnica de validación legislativa:

-el juez constitucional por lo que se refiere al control clásico de constitucionalidad

-el juez ordinario (el juez administrativo en el caso de validación legislativa de un acto administrativo; el juez judicial si se trata de un acto de carácter privado) por lo concerniente al control de *convencionalidad*.

Conviene recordar que el juez constitucional francés se ha negado hasta la fecha a incluir los acuerdos internacionales en los parámetros del control de constitucionalidad de la ley. Aunque sea esta interpretación criticada por varios autores, sigue siendo utilizada por el Consejo constitucional en sus funciones esenciales de control *a priori* de las leyes aprobadas por el Parlamento anteriormente a su promulgación.

La situación en España parece muy similar, desde el punto de vista jurídico.

1. El control de constitucionalidad

A partir de una primera sentencia de 22 de julio de 1980, la jurisprudencia del juez constitucional francés se ha reforzado y consolidado en el sentido de un control más riguroso de las leyes de validación de actos administrativos (o privados).

El Consejo constitucional ha impuesto al legislador cinco condiciones cumulativas para que la ley de validación sea considerada como compatible con la carta fundamental.

1°- En primer lugar, está prohibida toda injerencia abusiva del legislador en la actuación del poder judicial.

Las intervenciones abusivas del poder legislativo en el funcionamiento de la justicia administrativa o judicial condenan sin apelación, teóricamente, la validación legislativa de los actos de la administración.

Con la fuerza de las declaraciones de principio, el Consejo constitucional ha afirmado nítidamente, en su sentencia de 1980, la independencia de las jurisdicciones, constitucionalmente garantizada a través del artículo 64 de la Constitución de 1958 (tratándose de la jurisdicción ordinaria) o por los principios generales reconocidos por las leyes de la República (a propósito de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Esta afirmación rotunda trae como consecuencia la interdicción formal dirigida tanto al legislador como al gobierno de inmiscuirse en la función jurisdiccional. Concretamente están formalmente prohibidas la revisión por el gobierno o por el legislador de un fallo judicial firme, las *in junciones* dirigidas al juez por el poder legislativo o el poder ejecutivo y *a fortiori* la sustitución del juez por estos poderes en el enjuiciamiento de los litigios que corresponden a la competencia judicial.

Resulta evidente que toda validación por la ley de una sentencia, sea cualquiera su contenido, que tiene el valor de cosa juzgada, sería inconstitucional (sentencias N° 84-186 DC de 29 de diciembre de 1985; N° 85-192 DC de 24 de julio de 1985, etc.).

A partir de una sentencia N° 86-223 DC de 29 de diciembre de 1986, el juez constitucional francés ha precisado que la ley de validación no podría lesionar los derechos o intereses legítimos de los terceros, una vez reconocidos por una sentencia con valor de cosa juzgada.

Resulta claro que, en base a este razonamiento, se diseña una cierta desigualdad entre los ciudadanos según la sentencia firme de justicia haya o no sido pronunciada antes de la promulgación de la ley de validación. Sin embargo, esta desigualdad ha sido considerada como aceptable por el juez constitucional (sentencias N° 86-223 DC de 29 de diciembre de 1986; N° 88-250 DC de 29 de diciembre de 1988, etc.).

Parece lógico que el mismo juez constitucional, invocando el carácter de cosa juzgada de la sentencia firme para neutralizar la ley de validación del acto recurrido, se haya conformado a la interpretación dada por el artículo 500 del Código de procedimiento civil de la expresión *sentencia dotada de la fuerza de cosa juzgada*: se trata de sentencias que no son susceptibles de recurso suspensivo en cuanto a su ejecución.

La consecuencia es que la interposición de un recurso de casación no será suficiente para asentar una ley de validación (Consejo de Estado, Ass., 27 de octubre de 1995, *Ministre du Logement c. Mattio ;* 6 de abril de 1998, *Ministre du Budget c. SARL Courcelles-Investissements*, etc.).

Se podría discutir, en el marco de la sentencia del TCE N° 73-2000 de 14 de marzo, el problema de saber si el solo hecho de impedir, a través de una nueva ley, el cumplimiento de un determinado fallo judicial, constituye una infracción constitucional.

La posición del Tribunal constitucional en este punto es inequívoca "...no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley... cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme" (STC n/4/1988 de 21 de enero). La sentencia ha precisado que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquél en que viene integrado". De modo que la legitimidad constitucional de toda limitación o condición al ejercicio de este derecho fundamental tiene que corresponder a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar debida proporcionalidad con dichas finalidades (STC N° 113-1989 de 22 de junio).

El derecho a la ejecución de una resolución judicial firme se integra en el derecho general a la tutela judicial proclamada en el famoso artículo 24-1 de la Constitución española.

Se imponía pues, en el caso analizado, determinar si el efecto optativo de la nueva ley foral navarrense sobre la ejecución de la sentencia podría encontrar una justificación en una razón atendible determinar si el sacrificio del pronunciamiento contenido en el fallo guardaba debida proporcionalidad con las razones invocadas o iba más allá de lo necesario al implicar un manifiesto desequilibrio entre los intereses en colisión (comp. STC N° 113-1989 de 22 de junio).

En este asunto, el Tribunal constitucional por fin concluyó que la ley foral cuestionada no era en sí misma lesiva del derecho a la ejecución de una sentencia firme.

Otro tema de discusión vinculado con la sentencia N° 73/2000 de 14 de marzo es el del efecto de la elevación de rango operado por el legislador autonómico sobre un régimen jurídico hasta entonces formalizado en normas de rango reglamentario. En el caso del embalse de Itoiz, la Sala de la Audiencia Nacional sostenía que al incluir el nuevo régimen jurídico de las zonas periféricas de protección de la reservas naturales en una norma de rango legal y no en una norma reglamentaria como era el caso con anterioridad a la ley de 1996, se había producido una vulneración del artículo 24-1 como del artículo 9-3 de la Constitución española.

Una de las consecuencias directas de la *legalización* de la norma es evidentemente excluir *pro futuro* el nuevo régimen jurídico de fiscalización por parte del juez ordinario (judicial o administrativo) ¿Constituye este cambio normativo una intromisión inadmisible del legislador en el ejercicio del poder judicial?

No resulta fácil responder tajantemente a este interrogante. No parece *prima facie* contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario. El sistema constitucional español desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria, inaccesible al legislador tanto nacional como autonómico. El Tribunal constitucional español ha declarado reiteradamente que el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no se impongan constricciones, condiciones o requisitos indebidos al poder legislativo. Dentro del marco de la Constitución, la ley puede tener cualquier contenido y el legislador puede asumir una tarea que antes realizaba el ejecutivo, en principio.

En aplicación de esa doctrina, otra sentencia N° 248/2000 rechazó que la ley de las Islas Baleares que declaró un determinado paraje como área de interés natural fuera contraria al artículo 24-1 CE. Y la sentencia. N° 273/2000 hizo otro tanto, igualmente, la ley del Parlamento de Cataluña de 13 de julio de 1987 de administración hidráulica de dicha Comunidad, que dio rango legal a reglamentos anteriores sobre el canon de saneamiento a pesar de que habían sido anulados por sentencia no firme por omisión de un informe preceptivo; en esta sentencia se rechazó que la elevación de rango de un reglamento vulnere los principios constitucionales de irretroactividad de normas y de seguridad jurídica.

Se puede afirmar así que el sistema español "continua en cuanto al papel del reglamento en su línea tradicional de consagrar la primacía general, absoluta y formal -con cualquier contenido- de la ley"[10] .

Para conjurar el riesgo de rémora para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, el modelo español ha elegido la técnica de impugnación en amparo de los actos de aplicación de normas legales respecto a los artículos 14 a 30-2 CE[11].

La situación no resulta muy diferente en el sistema francés en la medida en que el reparto material del campo normativo, tal como fue establecido en la Constitución de 1958, entre las materias legislativas y las materias reglamentarias ha perdido su efectividad al rechazar nuestro juez constitucional que la invasión por la ley del campo del reglamento constituye en sí misma una inconstitucionalidad.

---

10. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, *op. cit*., 9a ed., Civitas, Madrid, p. 232; ver por ejemplo STC n° 239/1992 ; STC n° 108/1986; STC n° 73/2000, etc.

11. Desde la STC n° 41/1981, con la posibilidad de autocuestión de inconstitucionalidad contra la ley misma, de estimarse la demanda por causas imputables a la ley aplicada al caso (art. 55-2 LOTC).

2°- En secundo lugar se exige, para cada ley de validación de un acto administrativo (o privado), una justificación en el interés general defendido por el legislador al decidir la validación de un acto verosímilmente ilegal. Esta condición ha sido planteada desde la primera sentencia del Consejo constitucional (N° 80-119 DC de 22 de julio) y continuamente reiterada (N° 85-192 DC de 24 de julio; N° 87-228 DC de 20 de julio; N° 96-375 DC de 9 de abril, etc.)

Además el juez constitucional francés no sería convencido por la simple afirmación que toda ley corresponde al interés general; se esfuerza por controlar los objetivos concretos del legislador; el interés general exigido debe ser *suficiente* para fundamentar una medida excepcional como la validación de un acto administrativo de regularidad dudosa (v. la sentencia N° 99-245 DC de 29 de diciembre). El interés general será considerado *a priori* como suficiente si corresponde a una exigencia o a un objetivo constitucional (sentencia N° 97-393 de 18 de diciembre).

Se debe notar que el mero interés financiero de la administración no sería tenido en cuenta por sí sólo (sentencia N° 93-232 DC de 13 de enero de 1884; N° 95-369 DC de 28 de diciembre, etc.); sin embargo, el argumento financiero puede consolidar una motivación fundada por lo esencial en otros motivos de interés general.

No parece imposible que la consideración del equilibrio global del presupuesto sea algún día calificada de motivo de interés general (N° 99-425 DC de 29 de diciembre).

En el fallo N° 99-425 DC se había igualmente invocado el hecho de que los contribuyentes se hubieran beneficiado de un enriquecimiento injusto al ser declarada inconstitucional la ley de validación tributaria impugnada ante el juez constitucional.

3°- En tercer lugar, la ley de validación no podría infringir el principio constitucional de irretroactividad, particularmente vigilado en materia de penas y de sanciones administrativas.

Cierto es que el legislador francés puede modificar la regulación jurídica de una determinada materia o de un sector del ordenamiento, haya sido o no aplicada por los tribunales en procesos anteriores o, incluso, pendientes. Lo contrario supondría una petrificación del ordenamiento jurídico y una lesión grave de la legítima libertad del legislador.

Pero la libertad del legislador encuentra un límite constitucional absoluto en el artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (incorporada en el *bloque de constitucionalidad*, en el sentido francés de la expresión sobre la *legalidad lato sensu* de las infracciones y de las penas).

Corresponde pues al juez constitucional determinar, en atención a las circunstancias de cada caso, si el acto convalidado por la ley hubiera o no efectos retroactivos en materia represiva. Es inútil recordar que las únicas conductas sancionables en un Estado de derecho son las establecidas por la legislación vigente en el momento de su comisión. Este principio posee, tanto en el derecho español como en el derecho francés, un contenido obvio que no es necesario explicitar aquí (sentencia N° 79-109 DC de 9 de enero de 1980; N° 82-155 de 30 de diciembre; N° 97-390 de 19 de noviembre, etc.).

En virtud de una sentencia N° 88-350 DC de 29 de diciembre, se puede añadir que la validación legislativa de un acto administrativo no sería suficiente para neutralizar los efectos de una prescripción legalmente adquirida en materia represiva.

4°- En cuarto lugar, el juez constitucional francés no acepta fácilmente la validación total de un acto administrativo por vía de ley, sea cual sea la ilegalidad de que estará tachado.

En particular, una sentencia N° 99-422 DC de 21 de diciembre exige que el legislador precise concretamente el vicio de legalidad cubierto por la validación. Lo que significa que este mismo acto no está elevado al rango de ley y que la validación no constituye una garantía de inmunidad jurisdiccional completa. La prohibición de las validaciones totales y la obligación impuesta al legislador de especificar el vicio de legalidad en función del cual la validación ha sido decidida marcan un límite nuevo al poder del legislador en materia de validaciones de actos administrativos (o privados).

5°- En quinto lugar, la sentencia N° 97-390 de 19 de noviembre establece que el acto convalidado no puede infringir una regla o principio de valor constitucional - salvo en el caso de que la validación corresponda a un objetivo de valor constitucional. En este último caso, tiene el juez constitucional que conciliar las diferentes exigencias constitucionales en cuestión.

En la medida en que el acto convalidado sería inconstitucional, igualmente lo serla la ley de validación. Por eso, esta ley debe beneficiarse de objetivos constitucionales legítimos que superan la inconstitucionalidad inicial del acto convalidado. El razonamiento del juez constitucional se analiza a través de la ponderación razonable y proporcionada de los valores, bienes o intereses acogidos en la Constitución (sentencia N° 97-393 DC de 18 de diciembre; N° 99-425 DC de 29 de diciembre).

Esta argumentación ha sido criticada en este punto por algunos autores[12].

2. El control de convencionalidad

El problema se plantea en términos similares en el sistema jurídico francés y en el sistema español. ¿Cual es el valor del tratado internacional en derecho interno?

En España, el articulo 96 de la Constitución establece al respecto que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente… formarán parte del ordenamiento interno".

En Francia, el artículo 55 de la Constitución vigente dispone lo siguiente: "Los tratados o convenios internacionales legalmente ratificados o aprobados tienen, a partir de su publicación, un valor superior al de la ley bajo reserva, para cada uno de ellos, de su aplicación por la otra parte" (principio de reciprocidad).

La formulación francesa es indudablemente más clara; en España, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de acuerdos internacionales requiere en ciertos casos (tratados de carácter político, militar, que afectan a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales de los Españoles, que impliquen obligaciones financieras para la hacienda pública o que supongan modificación o derogación de alguna ley o que exigen medidas legislativas para su ejecución), la previa autorización de las Cortes Generales (eventualmente bajo forma de una ley orgánica) (art. 93 y 94 CE).

Lo mismo ocurre en Francia para las mismas categorías de convenios internacionales.

12. Por ej. LUCHAIRE, F. nota, *Revista de derecho público*, 1988, p. 23.

Además, el artículo 96 CE establece que las disposiciones contenidas en los tratados "sólo podrán ser derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados y de acuerdo con las normas generales del derecho internacional".

De este no cabe deducir, al menos formalmente, que el tratado sea superior a la ley. La respuesta debe ser aparentemente buscada en el principio de competencia y no en el principio de jerarquía normativa, mientras que la concepción francesa se basa claramente en el primero de ambos principios.

Lo que significa que, en Francia, el juez ordinario está perfectamente habilitado para descartar una ley de validación que le parezca contrario a un acuerdo internacional regularmente incorporado en el derecho interno.

Por lo que se refiere a las validaciones legislativas, los tratados que sirven de referencia usual son los tratados comunitarios y sobre todo el Convenio de Roma de 1950 de salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales en los Estados miembros del Consejo de Europa.

Tratándose del derecho comunitario, el juez administrativo no vacila en descartar una ley de validación incompatible con los tratados iniciales o con el llamado *derecho derivado*. Lo ha hecho, por ejemplo, en una sentencia de 5 de mayo de 1995, *Ministre de l'Equipement et des Transports c. S.A. Der*[13] o en otra sentencia de 6 de noviembre de 1998, *S.A. des Laiteries du Pont de Sauldre*[14]

La jurisprudencia más significativa es sin la menor duda la del Tribunal europeo de derechos humanos, órgano jurisdiccional encargado de vigilar la aplicación correcta del Convenio de Roma por los Estados europeos. La referencia al derecho del Tribunal de Estraburgo resulta imprescindible tanto en Francia como en España (v. especialmente el artículo 10-2 de la Constitución española).

Ahora bien, precisamente, el Tribunal europeo de los derechos humanos ha elaborado una doctrina específica en relación con aquellos supuestos en los que se ha dictado una ley cuyo efecto directo es de influir en el desenlace judicial de un litigio en el cual el Estado es parte.

El artículo esencial al respecto es el famoso artículo 6-1 que impone a todos los Estados miembros la noción de proceso justo.

En una sentencia conocida de 9 de diciembre de 1994, *Refinerias griegas Stran y Stratis Andreatis v. Grecia*[15], el Tribunal europeo, aún reconociendo que la finalidad de la ley era legítima, había declarado que resultaba contradictoria con el principio de preeminencia del derecho consagrado por el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa como con la noción de proceso justo del artículo 6-1 del Convenio de Roma "cualquier injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con la finalidad de influir en el desarrollo judicial de litigio" -por estimar que, en tales supuestos, el Estado había intervenido mediante una ley *ad hoc* y de forma decisiva para orientar en su favor la solución judicial del caso (en el mismo sentido, v. TEDH 20 de noviembre de 1995, *Pressos Comnania Naviera S.A. v. Bélgica*[16]; TEDH 22 de octubre de 1997, *Papageorgiu y* Grecia; TEDH 28 de octubre de 1999, *Antonakopoulos y Grecia ;* TEDH 28 de diciembre de 2000, *Dimitrios Gergadis v. Grecia,* etc.).

13. *Rec*. CE, p. 192.
14. Req. n° 171.499.
15. Serie A, n° 301.
16. Serie A, n° 301-B.

Cierto es que, en otras sentencias y particularmente la de 23 de octubre de 1997, *National and Provincial Building Society y otras v. Reino Unido*[17], el Tribunal europeo ha matizado su posición, al afirmar que el artículo 6-1 del Convenio de Roma no puede interpretarse en el sentido de que es incompatible con toda injerencia de los poderes públicos en un proceso judicial pendiente. Ha tenido en cuenta el Tribunal el hecho de que la intervención legislativa se había producida en una etapa preliminar del proceso judicial; había insistido la sentencia en la noción de interés general como justificación aceptable de una validación legislativa, que afectaba a varias empresas igualmente concernidas, y también en la previsible reacción del legislador nacional para corregir a corto plazo una deficiencia técnica de una ley anterior (v. TEDH 29 de agosto de 2000, *Organisation nationale des syndicats d'infirmiers libéraux*, a propósito de una ley de validación promulgada antés de todo litigio)[18].

Sin embargo, en una sentencia más reciente (TEDH 28 de octubre de 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales y otros v. Francia*)[19], el Tribunal de Estraburgo ha reiterado su condenación firme de cualquier injerencia del legislador en el desenlace judicial del litigio, salvo por razones imperiosas de interés general. El Tribunal europeo, a propósito de una serie de litigios relativos a la interpretación de una cláusula financiera de un convenio colectivo celebrado entre un organismo de seguro social y ciertos sindicatos obreros, ha denunciado la intervención tardía del legislador en un proceso en curso, la imprevisibilidad de dicha intervención, la insuficiencia del interés general invocado para fundamentar la inmisión legislativa en un asunto judicial y el apoyo manifiestamente aportado por la ley al gobierno francés aunque este no sea directamente parte en el litigio.

La dificultad mayor venia de que la misma ley de validación había sido declarada expresamente conforme con la Constitución por el propio juez constitucional[20].

Como ya lo hemos expuesto, corresponde al juez ordinario (el juez administrativo o el juez judicial) aplicar preferentemente el tratado o el convenio internacional debidamente incorporado en el derecho interno y descartar consecuentemente la ley nacional incompatible.

Los jueces franceses utilizan efectivamente (y eficazmente) este arma.

Por su parte, el juez administrativo se ha referido esencialmente al artículo 6-1 del Convenio de Roma para neutralizar eventualmente una ley de validación incompatible con esta disposición convencional. Tal es el sentido de la argumentación invocada en sentencias recientes del Consejo de Estado (5 de diciembre de 1997, *Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie c. Organisme de gestion des Ecoles catholiques de Saint-Sauveur-le-Vicomte*; 5 de diciembre de 1997, *Mme Lambert*). En estos casos, sin embargo, el juez administrativo supremo desestimó la demanda al observar que el Estado se prevalecía legítimamente de un interés general suficien-

17. *Rec*. TEDH 1997, VII.

18. Req. n° 39.971.

19. *Revue française de droit administratif* 2000, p. 289, nota MATHIEU, B.; *J.C.P*. 2000.1.203, nota SUDRE, F.; *Petites Affiches* 8 juin 2000, n° 114, p. 21, nota BOUJEKA, A.; *Gazette du Palais* 21-23 mai 2000, p. 35, nota PETTITI, C.

20. Decisión n° 93-352 DC de 13 de enero de 1994, *Rec. Cons. const*. 1994, p. 21; *Revista francesa de derecho constitucional* 1994 n° 19, p. 545, note GAÍA, P.; *Petites Affiches* 29 de marzo de 1995, p. 7, nota MATHIEU, B.

te, en las circunstancias del litigio, para que sea rechazada la aplicación rigurosa del artículo 6-1 del Convenio de Roma[21].

En otro asunto (CE 28 de julio de 2000, *Tête*)[22], el mismo Consejo de Estado descartó por la primera vez una ley de validación de un decreto gubernamental por lo cual se había aprobado las tarifas de peaje de una autopista urbana.

La sentencia dictada el 13 de julio de 2001, en un asunto *Ministre de la Défense c. Préaud*[23] constituye un paso adelante en la misma dirección: el juez administrativo francés se ha referido al derecho de propiedad garantizado por el Protocolo adicional 1 del Convenio de Roma para dejar por un lado una ley de validación aprobada precisamente para neutralizar una sentencia inicial del propio Consejo de Estado (a propósito del pago de complementos de sueldo a funcionarios militares).

Por su parte, los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación adoptan la misma interpretación[24].

En cuanto a la Corte de Casación, juez supremo en el orden judicial, las sentencias más significativas podrían ser las de 20 de junio de 2000, dictadas por la Primera Sala Civil en los asuntos *Banque Crédit Lyonnais* et *M. et Mme Lecarpentier*[25]. Sin embargo, la Corte ha preferido identificar, en base a la ley de validación de un acto privado (a propósito de contratos de préstamo concluidos entre los bancos y los particulares se cuestionaba la ausencia de las tablas de amortiguación y de los intereses correspondientes), un interés general suficiente para justificar la intervención del legislador y la modificación retroactiva de las reglas de referencia. Agrega la jurisdicción suprema que el legislador, en el ejercicio de su función normativa, había entendido limitar *pro futuro* el alcance de una interpretación jurisprudencial y no solucionar un litigio en el cual el Estado hubiera sido parte. Además de eso, los consumidores interesados, beneficiarios de préstamos de dudosa legalidad, no podían invocar sus esperanzas legitimas a no pagar los intereses debidos. Por fin, el carácter retroactivo de la ley era admisible, tratándose de una materia civil.

Tal es la problemática actual de las validaciones legislativas. En el sistema jurídico francés, no son pocas ni de escaso interés las cuestiones planteadas a través de esta temática. Se verifican en ella los rasgos de identidad de un sistema de fuentes del derecho, en particular una cierta debilitación de la ley no en su posición central respecto del reglamento, sino en sus relaciones con la Constitución y con el derecho internacional de carácter *convencional*. En el sistema español, el problema no ha sido todavía planteado en todas sus dimensiones.

---

21. *Rec*. CE, p. 464, conclusiones TOUVET, L.; *Revue française de droit administratif*, 1998, p. 160, concl. TOUVET, L.; *Actualité juridique Droit administratif* 1998, p. 97, nota GIRARDOT, T.X. y RAYNAUD, F.; y las conclusiones de Mme BERGEAL sobre el asunto *Mme Lambert* in *Actualité juridique-Droit administratif* 1998, p. 149.

22. *Revue française de droit administratif* 2001, p. 121, concl. Savoie; *AJDA* 2000, p. 796, nota GUYOMAR, M. y COLLIN, P.

23. Req. n° 219.312.

24. CAA Nantes 30 dic. 1999, Ministre de la Justice c. Jalabert, Actualité juridique. Droit administratif 2000, p. 646, concl. E. COENT-BOCHARD; CAA París 15 jun. 2000, Ministre de l'Equipement, des Transports et du Logement c. SA Cise et Erimo, *Revue française de droit administratif* 2001, p. 214; *Revue de jurisprudence fiscale* 2001, n° 86, p. 262, concl. J.Y. BARBILLON; CAA Marseille 19 jul. 1999, Colombeau, *Revue française de droit administratif* 2001, p. 488, concl. J. Chr. DUCHON-DORIS.

25. *Revue française de droit administratif* 2000, p. 1139, concl. SAINTE-ROSE, J., nota MATHIEU, B.; *Petites Affiches* 5 de marzo de 2001, p. 12, nota THIOYE, M.

Parece diseñarse en ambas países un marco más equilibrado en el derecho público entre las exigencias del control objetivo de la legalidad de los actos administrativos y los requisitos de una protección eficaz de los derechos subjetivos de los administrados.

Debería evitarse así una posible guerra de los poderes: se comprueba con la sentencia de 13 de julio de 2001 que el Consejo de Estado francés sabe servirse del Convenio europeo de derechos humanos para recuperar una solución jurisprudencial que el legislador había pensado neutralizar al validar el acto cuestionado.

De lo anterior se desprende fácilmente que el derecho internacional *convencional* puede ser un arma particularmente eficaz entre los manos del juez ordinario.

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES

Juan de Stefano
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. LAS RENUNCIAS Y LAS DISPENSAS

1) Es principio general que las autoridades administrativas no pueden renunciar a los propios derechos. Sin embargo, en los casos contemplados por la ley, casos limitados, una vez que se cumplan los requisitos y los supuestos en ella indicados, el órgano puede renunciar total o parcialmente a determinadas contribuciones, de modo particular a recaudar multas, tasas, condonar sanciones. Los ciudadanos tienen la obligación de pagar las multas o tasas, los impuestos, y para la administración existe el deber o derecho de cobrar los importes respectivos. Sin embargo, en los casos previstos por la ley, un Ministerio, una Gobernación, un Concejo Municipal pueden renunciar al ejercicio del propio derecho, cuando a juicio de sus funcionarios no se cree estrictamente necesario, en el interés de la propia administración, realizar tal derecho.

Hay unos actos administrativos de particular interés: las *dispensas*. En el significado común la dispensa es un acto que libera al ciudadano de cumplir una obligación positiva, por ejemplo, dispensa del servicio militar, del pago de sendas contribuciones. En tales casos el proveimiento asume el significado de dispensa para los sujetos favorecidos y, a la vez, se presenta como una renuncia a un propio derecho por parte del Ente público. Según esta corriente (Zanobini), la dispensa que exime a determinadas personas del pago de una multa, una tasa, de la prestación de una actividad o servicio, implica una renuncia de la misma administración al ejercicio de un propio derecho.

Sin embargo, resultan procedentes las observaciones de Pietro Bodda (*La dispensa administrativa*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo V, p. 1128 y ss., 1960) en el sentido de que dispensa y renuncia parecen similares pero no son idénticas.

Cuando un Ente público expide dispensas, no tiene por fin el de dejar de ejercer un derecho propio; él quiere cuidar el particular interés público en el caso concreto, de modo que el ordenamiento jurídico dicte al individuo una especial regla de derecho, la cual, la mayoría de las veces, amplía la esfera jurídica del particular, a veces implica la posibilidad de recibir sendos actos, sin cumplir todos los requisitos o las formalidades que comúnmente se exigen; otras veces, vuelve lícito un acto que en caso contrario sería ilícito. Estos cambios no son el resultado de una renuncia por parte de la Entidad pública, sino la falta de aplicación a los varios casos de las respectivas normas jurídicas.

La diferencia entre los dos proveimientos consiste en que la renuncia es un acto extintivo del cumplimiento por parte del sujeto renunciante, sin que con esto se enfoque la posición particular del sujeto en favor del cual se renuncia; lo que está requerido, al contrario, en el acto de dispensa. En la renuncia falta el efecto típico de la dispensa, es decir, la norma general no califica jurídicamente el caso particular para el cual se otorga la dispensa.

La dispensa puede significar aun la sustracción de una persona de un impedimento, puesto por una ley prohibitiva de carácter general, por ejemplo, las dispensas de algunos impedimentos matrimoniales. Hay dispensas tanto en el matrimonio religioso, como en el civil. El juez dispensa a una determinada persona de un impedimento puesto de modo absoluto, por lo que le da facultad para ejercer un negocio jurídico para el cual, de modo general, existe un impedimento.

Pietro Bodda, quien estudió *ex novo* la dispensa administrativa en su obra homónima de 1943, señala que se tiene tal dispensa, cuando el legislador establece que la Administración Pública puede no aplicar la norma positiva, en virtud de dados aspectos y circunstancias en que viene a encontrarse una determinada situación, por lo que el otro sujeto resulta fuera de la reglamentación dispuesta en vía general por el ordenamiento jurídico.

II. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y EXENCIÓN

2) No se debe confundir la *dispensa* con la *exención* prevista por la misma ley, por cuanto en este caso es la norma que por su misma disposición no tiene aplicación. En la dispensa el órgano administrativo interviene para decidir discrecionalmente, si aplica o no la norma en un caso dado. De ordinario, cuando se atribuye a un sujeto público una potestad de dispensa, la ley determina los supuestos de hecho y/o de derecho, cuya existencia hace posible que la dispensa se expida de modo legítimo; por consiguiente, la discrecionalidad que en cada caso ejerce la autoridad administrativa puede ser más o menos amplia.

De aceptar tal distinción entre *dispensa* y *exención*, se infiere que en los casos de exención es la misma norma que de modo general, mediante reglas propias, señala las situaciones o relaciones jurídicas en las cuales ella no tendrá aplicación.

III. EJEMPLO DE EXENCIÓN EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DEL 05-10-1999 Y EN LAS LEYES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL 22-12-1999, DEL 13-11-2001 Y DEL 28-12-2001

3) En virtud de los conceptos expuestos, *ejemplos de exención* se encuentran en la Ley de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones del 5 de octubre de 1999, en las tres situaciones previstas por el artículo 8: 1) en favor de los entes públicos territoriales; 2) la cuota que corresponde a los ascendientes, descendientes, cónyuge y padres e hijos por adopción, cuando no excedan de 75 unidades tributarias; 3) las entidades públicas no territoriales que ejerzan actividades de beneficencia y de asistencia o protección social, siempre que destinen los bienes recibidos, o su producto, al cumplimiento de esos fines. Por lo tanto, en tales casos los Entes públicos y los sujetos privados están exentos del pago del impuesto de sucesión.

En materia de Donaciones el artículo 66 contempla la respectiva exención de pago en los casos señalados en los ordinales 1 y 3 del artículo 8, arriba señalado; además, se tipifican las cuatro situaciones jurídicas que se transcriben: 1) las donaciones de bienes

cuyo valor no excede 25 U.T.; 2) las rentas periódicas constituidas para cumplir obligaciones de pensión y alimentos en favor del cónyuge, o de los descendientes o ascendientes legítimos, naturales o adoptivos; 3) los fondos de ahorro constituidos en bancos y otros institutos de crédito en beneficio de los hijos menores de edad del donante y hasta un máximo de 250 U.T. por cada beneficiario; 4) las primas pagadas en contrato de seguro mediante pólizas en beneficio de los hijos menores del donante, hasta 375 U.T., y los capitales o valores de rescate de esas pólizas.

Las tres leyes de Impuesto sobre la Renta emanadas por: 1) Decreto Nº 307 del 12-9-1999 y publicado en la *G.O*. Nº 5390 Extraordinaria del 22-10-1999; 2) Decreto Nº 1544 del 9-11-2001 y publicado en la *G.O*. Nº 5557 Extraordinaria del 13-11 2001; 3) Ley Nº 71 expedida por la Asamblea Nacional el 28-12-2001 y publicada en la *G.O*. Nº 5566 Extraordinaria del 28-12-2001, en el respectivo artículo 14 señalan catorce exenciones de pago del impuesto sobre la renta. De las mismas se indican las que se consideran más importantes y significativas: 1) las entidades venezolanas de carácter público, el Banco Central de Venezuela y el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, así como los demás institutos autónomos que determina la ley; 2) los agentes y demás funcionarios diplomáticos extranjeros y consulares acreditados en la República, por las remuneraciones que reciban de su Gobierno; 3) las instituciones benéficas y de asistencia social previo el cumplimiento de los requisitos allí indicados; 4) los trabajadores o sus beneficiarios, por las indemnizaciones que reciban conforme a la ley, a los contratos de trabajo, por los fondos de retiro y de pensiones, por los intereses de los fideicomisos constituidos conforme a la ley del trabajo; 5) los asegurados y sus beneficiarios por las indemnizaciones que reciban por concepto de retiro, jubilación o invalidez; 7) los donatarios, herederos y legatarios, por las donaciones, herencias y legados que perciban; 9) las personas naturales por los enriquecimientos provenientes de los intereses causados por depósitos a plazo fijo, cédulas hipotecarias, certificados de ahorro previstos en la Ley General de Bancos y demás instituciones financieras, así como las rentas que obtengan por inversiones de fondos mutuales o de inversión de oferta pública; 10) las instituciones dedicadas a actividades religiosas, artísticas, científicas, de conservación y mejoramiento del ambiente, culturales y deportivas, que llenen los requisitos allí previstos; 13) los enriquecimientos provenientes de los bonos de la deuda pública nacional y de otro título valor emitido por la República; 14) los estudiantes becados por las cantidades que reciban para cubrir sus gastos de manutención, de estudios o de formación.

Se pueden incluir en las *exenciones* las situaciones previstas: 1) en el artículo 62 de los 2 Decretos y la Ley de Impuesto sobre la Renta, antes señalados: "Las personas naturales residentes en el país gozarán de una rebaja de impuesto de 10 unidades tributarias anuales. Además, si ellas tienen personas a su cargo, gozarán de las rebajas de impuestos siguientes: 10 UT por el cónyuge no separado de bienes; 2) 10 UT por cada ascendiente o descendiente directos, residentes en el país; 2) las cuatros situaciones contempladas en el precedente artículo 60 *ejusdem*, aunque para ellas el legislador reserva el término de *desgravámenes*.

Cabe también en las *exenciones* las categorías de bienes, para los cuales la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, antes mencionada, prescribe en su artículo 10 que, a los fines de la liquidación del impuesto, el valor de tales bienes no se incluirá en la herencia. Hay que advertir, sin embargo, que el legislador reserva para las respectivas operaciones el término de *desgravámenes*. A título de ejemplo se considera por su frecuente aplicación la 1° categoría de bienes: "La vivienda que haya servido de asiento permanente al hogar del causante y se transmite con este fin a los ascendientes, descendientes, cónyuge, padres e hijos adoptivos".

En derecho comparado son muchos los Estados, que en sus leyes sobre educación pública eximen del pago de las tasas escolásticas a los muchachos y jóvenes de escasos recursos económicos, o pertenecientes a familias numerosas.

IV. EJEMPLOS DE DISPENSA EN LA CITADA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

4) La citada Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás ramos conexos, presenta casos de dispensa en el artículo 9. De los seis casos enunciados, todos importantes y útiles, se consideran tres: El Ejecutivo Nacional podrá exonerar del impuesto a: 1) las entidades y establecimientos públicos, cuyo objeto sea de carácter científico, docente, artístico, cultural, deportivo, recreacional o de índole similar; 2) los establecimientos privados sin fines de lucro, que se dediquen a realizar actos benéficos, asistenciales, de protección social, o de culto religioso, o a las actividades referidas en el ordinal anterior; 3) las fundaciones instituidas por testamento, cuando se dediquen a los fines previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo.

V. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y AUTORIZACIÓN

5) La distinción entre dispensa y autorización para que no se cumpla un deber, para Zanobini y Vitta es más bien formal. Zanobini sostiene que no es necesario considerar la dispensa como un acto autónomo, con validez propia. Bodda (obra citada), Sandulli (*Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964) sostienen que la dispensa no puede asimilarse a la autorización, por cuanto tiene una individualidad propia. Ranelletti (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, pág. 26) se adhiere a dicha doctrina y dice: "La dispensa se distingue de la autorización, por cuanto ésta permite que una persona desarrolle una actividad o ejerza un derecho, y a tal fin remueve el límite que la ley para la tutela del interés público ha puesto, para el ejercicio de tal actividad por parte del interesado. La dispensa exime, al contrario, al individuo del cumplimiento de una obligación, o de la observancia de una prescripción que la ley ha puesto en general y de modo absoluto, o sea, ella es una excepción a una regla de derecho". Sandulli anota: "Las dispensas se diferencian de las autorizaciones por cuanto, mientras éstas últimas suponen en el sujeto interesado una esfera de acción institucionalmente libre (por tanto, una posición de preexistente derecho subjetivo), aunque condicionada, las primeras suponen una esfera institucionalmente impedida, prohibida al sujeto interesado. Sin embargo, el ordenamiento admite que la autoridad consienta por vía derogatoria que la acción, la actividad, o el negocio jurídico se cumpla (por ejemplo, licencias edilicias por derogación, que consisten en la dispensa para una construcción particular del cumplimiento de las disposiciones sobre edificaciones urbanas".

Pietro Bodda aprecia y evidencia entre autorización y dispensa varios elementos de distinción: a) la actividad que contempla la autorización no está propiamente prohibida por la ley al particular, sino simplemente condicionada a una apreciación positiva y discrecional de la autoridad administrativa. En la dispensa existe, a veces, una verdadera y propia prohibición legislativa de actuar en determinado modo. En otras palabras, el individuo que recibe la autorización obtiene por ley una situación jurídica por ella crea-

da *a priori,* y sólo necesita la autorización para hacerla efectiva. En la dispensa cada actividad le está vedada al particular; con la dispensa se le crea al individuo un derecho subjetivo o un interés legítimo; b) la noción de autorización parece que no se puede utilizar en los casos de actos administrativos que dispensan a determinadas personas de obligaciones positivas, por ejemplo, el pago de multas, tasas, impuestos. Tanto es así que algún escritor (ya se ha visto) piensa que en tales casos se trata más bien de renuncias por parte de la administración. De todos modos, precisa recordar que las dispensas producen el efecto de quitar al particular la obligación de la prestación de dar o hacer; c) la autorización reviste carácter de normalidad, por cuanto la ley misma prevé la verificación de los supuestos y condiciones necesarios, para quitar obstáculos al ejercicio del derecho perteneciente al individuo. En la dispensa la disposición en favor del particular asume carácter excepcional, por cuanto ella debe consentir una falta de aplicación de la norma jurídica".

Es preciso observar que en muchas oportunidades la ley relaciona la dispensa con la presencia de circunstancias personales o familiares, tal como acontece para contraer matrimonio.

Massimo Severo Giannini se adhiere a las distinciones y consideraciones de los autores citados (*Diritto Amministrativo,* Vol. II, págs. 1101 a 1104). Presenta particular interés el ejemplo que él señala sobre la disciplina de las armas, la cual se verifica también en la legislación venezolana.

VI. EL JURISTA H. FRÁGOLA SOSTIENE QUE LA DISPENSA NO SE DEBE CONFUNDIR CON LA CONCESIÓN, NI CON LA AUTORIZACIÓN. ÉL TOMA POR EJEMPLO LA APERTURA DE UNA CASA PARA JUEGO DE AZAR, Y DEMUESTRA QUE EL PROVEIMIENTO PERTINENTE ES LA DISPENSA

6) Humberto Frágola sostiene, de su parte, que la dispensa es un acto con carácter discrecional que no debe confundirse con la concesión, ni con la autorización. "Se trata de una figura autónoma de acto administrativo, que confiere una determinada capacidad al sujeto y convierte en lícita una actividad, la cual antes de la dispensa le estaba prohibida, o bien extingue la obligación por parte del particular de dar o hacer algo en favor de la administración pública.

Sin embargo, la dispensa se presta a discusiones, por cuanto a menudo viene confundida con otros actos administrativos: No sólo en la práctica de las oficinas, sino también en algunas sentencias, determinados proveimientos se definen de modo impropio. También en algunos actos legislativos el redactor no se preocupa de la exacta calificación o definición de las figuras jurídicas. Estos son inconvenientes que pueden dar lugar a cuestiones, si no se recurre al *error legislativo* (el cual está admitido), o si la interpretación de las normas la hacen personas inexpertas en derecho administrativo.

Frágola expone un ejemplo con la autorización para abrir una casa de juego de azar. Él se pregunta: ¿cuál es la naturaleza de un acto administrativo de tal categoría? ¿qué es su causa jurídica? Y explica: no puede hablarse de concesión, aún cuando las leyes, a veces, usan indistintamente los términos de concesión y autorización.

De aceptarse la conocida teoría formulada por Oreste Raneletti, los autores están de acuerdo sobre dos posiciones: a) la concesión atribuye al particular un derecho, una potestad, una actividad, que es propio de la administración concedente; b) la autoriza-

ción supone el derecho subjetivo preexistente en el particular que lo solicita, y el acto permisivo remueve los impedimentos para su libre ejercicio, puestos por la ley para tutelar el interés público.

Ahora bien, si la norma jurídica considera inmoral el juego de azar, la actividad relativa no puede ser atribuida a la Administración Pública, y por no ser titular de ella (está considerada de inmoral por la norma), el organismo no puede concederla. En efecto, el ente público no puede conceder lo que a él no pertenece. Por lo tanto, se afirma algo inexacto, cuando se habla de concesión para la apertura de un casino.

Tampoco se puede hablar de autorización o licencia por parte de la policía o de la administración. La actividad comercial es un derecho que la Constitución garantiza y como tal es preexistente, pero es obvio que el derecho tiene por objeto una actividad mercantil lícita y no ilícita o inmoral. Para el ejercicio de una actividad inmoral no existe ningún derecho subjetivo, al contrario, existe la prohibición en el Código Penal para que se ejerza una actividad ilegal (Arts. 552 a 535 Código Penal). Por faltar un derecho preexistente a favor del sujeto que quiere desarrollar una actividad, la cual está prohibida hasta por la norma penal, no se puede hablar de autorización.

Dicho jurista concluye: "La figura jurídica de la dispensa en la teoría de los actos administrativos puede ser aplicada útilmente a la presente facticidad. En efecto, si es cierto que la dispensa es el proveimiento mediante el cual se remueve una obligación negativa de no hacer, y se elimina una prohibición puesta por el legislador o por la misma administración, se infiere que se puede configurar precisamente como una *dispensa* el proveimiento con el cual se consiente, mejor dicho, se tolera la apertura de una casa para juego de azar".

VII. PERTENENCIA AL ESTADO DE LAS ARMAS DE GUERRA, SEGÚN EL ART. 133 -CONSTITUCIÓN DE 1961, Y SEGÚN EL ART. 324-CONSTITUCIÓN 1999. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE POR LA TRANSGRESIÓN EN MATERIA DE ARMAS (ARTS. 273, 275, 277 Y 279)

7) La Constitución de 1961 en el artículo 133 reserva exclusivamente al Estado la propiedad de las armas de guerra, por lo cual… "todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país, pasarán a ser de propiedad de la República, sin indemnización, ni proceso".

La vigente Constitución de 1999 ratifica esta disposición en el artículo 324, que se transcribe: "Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la república, sin indemnización, ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva, la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas municiones y explosivos".

Es necesario, hacer constar que el actual Código Penal del 20 de octubre de 2000 considera en el Art. 273 delito la introducción, fabricación, comercio, posesión y porte de armas, que se efectúen en contravención del presente Código y de la Ley sobre Armas y Explosivos. El Art. 275 aplica la pena de prisión de 5 a 8 años, a los que realizan la actividad señalada por la presente disposición del Art. 273. Se sanciona también con la prisión de 5 a 8 años, si el comercio, la importación, la fabricación y el suministro de

las demás armas que, aunque no fueren de guerra, resulten prohibidas por la Ley sobre Armas y Explosivos (Art. 277). En los casos previstos en las disposiciones anteriores, las armas en objeto se confiscarán (Art. 279).

VIII. LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE 1939 Y LOS CASOS DE EXENCIÓN Y DISPENSA EN EL USO DE LAS ARMAS POR PARTE DE LOS MILITARES, POLICÍAS Y CIVILES

8) La, Ley sobre Armas y Explosivos de 1939 reglamenta la anterior disposición del Art. 324 de la vigente Constitución de 1999, la cual se encuentra también en la Constituciones anteriores de 1936 (Art. 15, ord. 8) y de 1947 (Art. 98).

Aparte de especificar las armas de guerra, esta ley declara aun armas de prohibida importación, fabricación, comercio, porte y detentación las escopetas de uno o más cañones rayados, los revólveres y pistolas de todas clases y calibre y los rifles de cacería de cañón rayado y de largo alcance, de calibre 22 o 25 milímetros en adelante, y las municiones respectivas.

La misma ley señala (Art. 22) la *exención* en favor de los militares en servicio, inclusive los de la Guardia Nacional, de policía y demás cuerpos de seguridad, los empleados de inspectorías y fiscalías de Rentas Nacionales. Dichos militares y empleados portarán y usarán las armas que indiquen los reglamentos respectivos.

El principio de estricta observancia es el de no llevar consigo armas de fuego, tal como atestiguan las normas penales y las que contiene la Ley sobre Armas y Explosivos.

Es indudable que hay, sin embargo, personas expuestas más que otras a riesgos, por ejemplo, los que transportan dinero, joyas, documentos reservados, o bien la naturaleza de un trabajo les obliga a estar en zonas periféricas, donde la seguridad pública resulta precaria. Con relación a este tipo de casos, dicha ley contempla (Arts. 23 y 24) que el Ejecutivo derogue la prohibición de carácter general, absoluto y permita, que tales personas vayan armadas para su legítima defensa, o en defensa del orden público. Ahora bien, en virtud de los conceptos expuestos, el proveimiento que deroga la prohibición y admite el porte de armas de fuego constituye precisamente una *dispensa*.

No se puede omitir la iniciativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, que el 6 de febrero de 2001 con la Ley Nº 21 aprobó la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros minerales relacionados. Esta ley fue promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo en la *Gaceta Oficial* Nº 37217 del 12 de junio de 2001.

Con la Constitución de 1961, lo referente al control de la importación, fabricación, instalación, tenencia de porte de armas y municiones no consideradas armas de guerra, lo ejercía la Dirección Nacional de Armas y Explosivos del Ministerio de Interior y Justicia. En lo sucesivo, con Resolución Nº 5761/Nº 6756 de los Ministerios del Interior y Justicia y de la Defensa, publicada en la *G.O.*, Nº del 5 de junio de 2000, de modo consecuente el primer Ministerio transfiere al Segundo todas las funciones, equipos y presupuesto asignado en el presente ejercicio fiscal, con la finalidad que el Ministerio de la Defensa cumpla el precepto contenido en el Art. 324 - Constitución de 1999, antes transcrito.

IX. LAS AUTORIZACIONES EN SUS TIPOS DE LICENCIA Y PERMISO EN LA LEY DE CAZA Y EN LA LEY DE PESCA Y ACUICULTURA DEL DERECHO VENEZOLANO: 1) LA LEY DE CAZA DEL 15-08-1944 Y LA LEY DE PROTECCIÓN A LA FAUNA SILVESTRE DE AGOSTO DE 1970

9) Las autorizaciones en sus tipos de licencia y permiso en la Ley de Caza y en la Ley de Pesca y Agricultura del derecho venezolano. 1) La Ley de Caza del 15 de agosto de 1944, de admitirse a favor de los ciudadanos el derecho de cazar, con las obligaciones de acatar sendos términos y condiciones, dispone en el artículo 12 que el Ministerio de Agricultura y Cría puede otorgar licencia para cazar a los ciudadanos que cumplan los requisitos de los artículos 8 y 9 sobre el empadronamiento de las armas y del Art. 10 sobre las cuatro clases de personas, a las que no pueden pertenecer.

Durante la Presidencia de Rafael Caldera, en la *G.O*. Nº 29289 del 11 de agosto de 1970, se publica la Ley Protección de la Fauna Silvestre, que el Congreso había mencionado el 22 de julio de 1970. Esta Ley deroga la Ley de Caza de 1944 y disciplina *ex novo* el entero sector del aprovechamiento racional de la fauna silvestre y de sus productos, y el ejercicio de la caza. La forma exhaustiva con la cual expone y explica los distintos capítulos y temas respectivos, demuestra la funcionalidad de la presente Ley. En nuestra exposición nos limitamos a las *licencias de caza*, las cuales por el Art. 61 se clasifican en: a) licencias para cazar con fines deportivos; b) licencias para cazar con fines comerciales; c) licencias para cazar con fines científicos; d) licencias para caza con fines de control de animales, perjudiciales. No se puede omitir la norma del Art. 60: "Las licencias para el ejercicio de la caza, sea cual fuere su tipo, en ningún caso podrán expedirse por un lapso mayor de un año, a partir de la fecha de expedición".

También esta ley, al requerir la licencia, según el tipo de caza que se quiere ejercer, ratifica el principio que reconoce a los ciudadanos el derecho de cazar, sin embargo, para su ejercicio es necesario solicitar a la autoridad competente la autorización pertinente y, por cuanto tal ejercicio se realiza por medio de una actividad, el proveimiento jurídico asume la acepción de *licencia* o *permiso*.

En atención a que dicha Ley de Protección a la Fauna Silvestre faculta al Ejecutivo Nacional, para que expida por el Ministerio competente "la Resolución de carácter general", la cual actualice las situaciones y relaciones que las nuevas exigencias y circunstancias requieran; el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales emanó el 17-9-2001 la "Resolución Nº 98 publicada en la *G.O.* Nº 37286 el 19 de los mismos. Dicha Resolución dispone que el ejercicio de la Cacería Deportiva se regirá por las disposiciones que en ella se indican y por las especificaciones, que en ella se señalan. El texto de esta Resolución, al cual se reenvía, es un ejemplo que demuestra la experiencia jurídica y los conocimientos técnicos, por los cuales se disciplina todo lo referente a la cacería deportiva.

2) La Ley de Pesca, publicada en la *G.O*. de fecha 6-10-1944 con Nº 21529, estatuye en el Art. 13 que se requiere el permiso del Ministerio de Agricultura y Cría, para pescar con fines comerciales, científicos y deportivos. Ella contempla, además, un caso de *exención*, cuando en el Art. 14 exceptúa de permiso la pesca para consumo doméstico.

En la *G.O*. Nº 37323 del 13-11-2001 se publica el Decreto Nº 1524 de fecha 3 de noviembre con fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura, el cual deroga la Ley de Pesca del octubre de 1944, y entra en vigor el 28 de noviembre de 2001.

La presente Ley de Pesca y Acuicultura es amplia y exhaustiva en cada una de sus partes y sectores: 1º) de acuerdo con su finalidad (Art. l0), la pesca se clasifica de: a) subsistencia; b) comercial, que puede ser artesanal e industrial; c) científica o de fomento; d) deportiva; 2º) en virtud del Art. 11 la acuicultura se clasifica de acuerdo a su finalidad: a) de subsistencia; b) comercial, la cual puede ser rural o artesanal, e industrial, complementaria, turística-recreativa.

Se ha creado el Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, que es un Instituto Autónomo con sede en el Estado Vargas y establecerá direcciones en las principales regiones pesqueras y de acuicultura. El Título V trata de las *autorizaciones* para ejercer las actividades de Pesca, Acuicultura o conexas. Conforme al Art. 45, toda persona natural o jurídica que desee dedicarse a la pesca, a la acuicultura, o a las que fueren conexas, deberá obtener la autorización pertinente, que expide el Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura. De acuerdo con el Art. 46, las autorizaciones expedidas por dicho Instituto son: 1) licencia de Pesca artesanal e industrial; 2) Concesiones otorgadas para actividades de pesca artesanal o de acuicultura en terrenos baldíos, ejidos o en cuerpos de aguas nacionales y jurisdiccionales; 3) Permisos otorgados a personas naturales o jurídicas para: a) pesca comercial; b) pesca deportiva; c) acuicultura; d) actividad didáctica o científica de pesca; 4) Aprobaciones sobre construcción, modificación de buques pesqueros, mayores de 50 unidades de arqueo bruto, en astilleros nacionales o internacionales; 5) Certificaciones: para realizar cualquier otra actividad derivada de pesca y acuicultura, que requiera ser autorizada por el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura.

Esta Ley de Pesca y Acuicultura, de la cual se han tocado sólo las relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los sujetos naturales y jurídicos, interesados en las actividades de pesca y acuicultura, ha sido objeto de recurso por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, por el modo no correcto y ecuánime como se han interpretado y aplicado varios de sus preceptos.

BIBLIOGRAFÍA

BODDA, Pietro, *La dispensa amministrativa*, Milano 1943. BODDA, Pietro, *La dispensa amministrativa*, "Novissimo Digesto Italiano", Tomo V, Torino 1960, p. 1128 y ss.

ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano 1947, p. 203. VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Torino 1948, pp. 314 y 339. RANELLETTI, Oreste, *Teoria degli atti amministrativi specili*, Milano 1945, p. 26. SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli 1964, p. 343. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano 1970, pp. 1101 a 1104. FRÁGOLA, Umberto, *Gli atti amministrativi*, Napoli 1964, pp. 123 y 124.

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

Daniel Fernando Soria
Profesor de la Universidad Católica Argentina y
Universidad Austral

PRELIMINAR

No descubriría algo novedoso si me permitiera destacar el conjunto de méritos que aquilata la personalidad del profesor Allan R. Brewer-Carías. Pues, desde hace bastante tiempo ya, el insigne jurista venezolano se halla situado en la cima de la ciencia del derecho público de Hispanoamérica. De obra amplísima y variada, diálogo siempre ameno y aleccionador, su trayectoria académica me exime de cualquier comentario. Sólo he de expresar aquí el sincero honor que he sentido cuando fui invitado a participar en esta obra. Por ello, agradezco a la dirección de este libro, la oportunidad que me han brindado para adherirme a tan justificado homenaje.

I. INTRODUCCIÓN

a. Una primera aproximación al concepto de caducidad conduce a la consideración del paso del tiempo y la inactividad del interesado en el ejercicio de un derecho o interés, en beneficio propio o de terceros. Es una noción emparentada con la prescripción, que podríamos denominar *caducidad-decadencia*[1].

b. En general, la *caducidad-decadencia* está informada por la nota de automaticidad. Es perceptible que el fundamento para extinguir *ipso iure* la situación subjetiva o la actividad (el cese de efectos jurídicos del acto que las generó) radica en la inobservancia de un obrar (carga) fijado en el interés de quien experimenta la medida, por no llevarlo a cabo o por hacerlo tardía, parcial o defectuosamente. Ya veremos que ello marca una diferencia de grado[2], con otra especie de caducidad, que adquiere un contenido

---

* Texto basado en la ponencia presentada ante las *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento* organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, mayo de 2001.

1. Son conocidas las matizaciones que se hacen entre esta primera acepción de la caducidad y la prescripción: a) el carácter necesariamente legal de la prescripción frente al eventualmente convencional de la caducidad; b) la posibilidad de interrupción y suspensión de la prescripción frente la indetenibilidad de la caducidad; c) la apreciación oficiosa de la caducidad frente a la necesidad de alegación de la prescripción, etc.

2. Decimos de grado porque, en último análisis, la caducidad-decadencia y la caducidad-sanción, son ambas sanciones *lato sensu* en el sentido de consecuencias jurídicas derivadas del acaecimiento obrar u omitir enunciado (incumplimiento de cargas o inejecución de obligaciones) por la norma. Ahora bien, en sentido estricto, la retirada del acto administrativo en que consiste la caducidad, como mal infligido por la Administración a un interesado o beneficiario por consecuencia de su conducta violatoria de deberes prefijados, reviste la connotación más propia-

sancionador[3], sobre la cual el derecho administrativo -entre otras ramas[4]- ha transitado en abundancia, campo en el que posee tradicional arraigo[5] y que ofrece una amplia como variada regulación[6].

c. Tributaria de las más diversas coloraciones en las normas sectoriales, la caducidad a que nos referimos ahora da cuenta de un instrumento de supresión o cesación de determinadas situaciones subjetivas. Es una especie dentro del género de la extinción del acto, que suele estar consagrada de modo general en las Leyes de Procedimiento Administrativo. En el orden nacional se corresponde con el enunciado normativo del Art. 21 de la LPA.

d. Trataremos de exhibir los contornos de la figura, en sus líneas generales y a la luz del muestreo de diferentes entramados normativos especiales. Luego de lo cual estableceremos los requisitos de tipo general en función del citado del Art. 21. Haremos una previa delimitación del instituto, buscando aislarlo de otras formas del obrar administrativo, no sin dejar de advertir que el uso promiscuo de los términos que denotan los textos legislativos, poco contribuye para clarificar el perfil del instituto[7].

---

mente sancionatoria. Es el tipo de caducidad-sanción por antonomasia. Lo que no obsta a reconocer la existencia de otros supuestos en donde la caducidad acaece como consecuencia de la pérdida de las condiciones objetivas vinculadas con la finalidad de interés público perseguida por la Administración para la subsistencia del bien jurídico otorgado o reconocido por el acto administrativo que ésta ha de extinguir.

3. Aspecto en el que coincide la doctrina nacional: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t II, Bs. As., 1975, p. 388; tº III-A, 561 pp. y ss.; íd. "Permiso especial de uso de bienes del dominio público", Bs. As. 1996, pp. 43 y ss. FIORINI, B.A., *Derecho Administrativo*, Bs. As. 1976, t I, p. 585, recalca que es una sanción. En su opinión no es un medio extintivo específico de los contratos, sino que se aplica a "muchos actos policiales, especialmente permisos, habilitaciones, autorizaciones", (*ob. cit.*, p. 585). *V.*, tb. HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Bs. As., 1985, pp. 426 y ss.; SPOTA, Alberto G., *La caducidad de la concesión de servicios públicos*, en JA 1946-III- pp. 780 y ss.; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. 1976, t II. P. 350; DROMI, José R., *Caducidad del acto administrativo*, en J.A. 1982-IV-745; BUJ MONTERO, Mónica, en *Ferrando I.* MARTÍNEZ, Patricia, *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., 1998, p. 257. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Bs. As., 1999, XIII-18, quien ubica a la caducidad dentro de las formas de extinción de los actos legítimos dispuesta por acto administrativo. CASSAGNE, Juan Carlos (*Derecho Administrativo*, t II, Bs. As. 1998, pp. 271-273 y ss.) sostiene que se trata de un medio de extinción autónomo, que opera en el ámbito de los contratos administrativos, en razón que extingue *relaciones* o *vínculos*, pero también fuera de los contratos, cuando tales relaciones surgen del acto unilateral, p.ej. caducidad de un beneficio de promoción industrial.

4. En el derecho privado, cabe recordar que el proyecto de Código Civil redactado por la Comisión Creada por el Decreto 685/95 contemplaba la caducidad de los derechos (art. 2506) tanto por *vencimiento de plazos* o como por *incumplimiento* de ciertos actos requeridos para el mantenimiento del derecho.

5. Baste remontarse a los contenidos de la Cuarta Reunión Nacional de Abogados Celebrada en Tucumán en 1936 (*V.*, Jurisprudencia Argentina, t 61, Sec. Doctrina, ps. 91 y ss.) para conocer el estado de opinión de la época sobre la caducidad en los servicios públicos concedidos. La Comisión integrada por los doctores BIELSA, VILLEGAS BASAVILBASO, Rafael, COROMINAS SEGURA, Benjamín, GOTILLA, R., y OJEA, J. O., empleó el vocablo para referirse tanto a la sanción por incumplimiento del contratista, como para explicitar la extinción por motivos de interés o utilidad general. Tiempo después, VILLEGAS BASAVILBASO reconoció que el uso de la caducidad para explicar esta última modalidad extintiva había sido un error (*V.*, *Derecho Administrativo*, vol. IV, p. 274, n° 35).

6. Aun cuando, vale recordarlo, no es una institución propia del derecho administrativo. La caducidad-sanción puede pactarse en los contratos privados. Y, además, está legislativamente contemplada para algunos de ellos, como *v.gr*. en el contrato de seguro (Ley nº 17.418, Arts. 36 y siguientes).

7. En efecto, lo que en alguna regulación se denomina caducidad, en otra, idéntica o básicamente análoga, puede ser calificado como *rescisión* o *resolución* (*v.gr*. Decreto PEN nº 436/00, Art. 157) *cancelación* (*v.gr*. Ley nº 23.661, art. 43 inc. c) *revocación* (Ley nº 24.241, Art. 152) *retiro* (*v.gr*. Ley nº 20.337, Art. 101 inc. 3), o, simplemente, se lo define como una *extinción*.

II. APORTES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA

Cabe ahora formular un esquema de distinción con otros institutos. Desbrozada la figura, señalaremos sus notas salientes como acto administrativo.

1. Esquema de distinción

A. Caducidad del acto administrativo y caducidad del procedimiento administrativo

Prevista en el Art. 1º inciso e) apartado 9 de la LPA, la caducidad procedimental conduce a la finalización de una tramitación administrativa -con archivo del expediente- por razón del estado de parálisis que ella evidencia, atribuible al interesado, una vez transcurrido un lapso previsto en la norma (noventa días) mediando previa notificación por el órgano responsable de las actuaciones. De esta suerte de perención administrativa se exceptúan, además de los expedientes de la previsión social, los que traten sobre asuntos en que se halle comprometido el interés público, o aquellos que deban continuar a criterio de la Administración por mediar una particular circunstancia que conlleve la necesidad de su persecución. Fuera de tales supuestos, el abandono por el interesado de las actuaciones administrativas permite a la autoridad declarar (de oficio) aquella finalización de los procedimientos. No se trata, pues, de una medida extintiva de posiciones jurídicas materiales (derechos o intereses) sino que afecta primordialmente al *status procedimental* de uno o más interesados (aunque ello puede repercutir en aquellas posiciones subjetivas). Es así como la caducidad del procedimiento no obsta que el interesado reinicie su petición incoando otro trámite. He aquí algunas de las claras diferencias que presenta con la caducidad del Art. 21 de la LPA. De un lado, ésta última incide sobre un acto administrativo y, del otro, ella denota la privación del ejercicio de derechos o intereses substanciales.

Con la caducidad-decadencia hallamos un punto diferencial trascendente en cuanto, como hemos dicho, la declaración prevista en el Art. 1º inciso e, apartado 9 de la LPA requiere del pronunciamiento expreso de la entidad pública, pues no opera automáticamente o de pleno derecho[8].

B. Caducidad de la pretensión procesal administrativa

En buena parte de los procesos administrativos, la consecuencia jurídica de la imposición legal de un plazo fatal y perentorio para la interposición de cierto tipo de pretensiones (básicamente las impugnativas de actos y reglamentos), cuyo acaecimiento impide la admisión del proceso, es la caducidad. Su campo de aplicación concierne, pues, a los juicios que se planteen en esa materia. No consiste en una sanción extintiva de la vigencia de un acto administrativo impuesta por la Administración a causa de un incumplimiento o una infracción, sino en un motivo de inadmisión de la pretensión del litigante fundado en la inobservancia de un requisito de orden temporal. Tal, el régimen que en el orden nacional consagra la LPA en su Art. 25. Es perceptible la diferencia con la figura de la caducidad-sanción.

8. *Cf.*, COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1996, p. 185.

C. Caducidad y condición resolutoria

Supuesta la legalidad de la introducción de cláusulas accesorias, condicionales o modales, a los actos o contratos administrativos, es claro que la condición resolutoria provoca la extinción de una situación jurídica subjetiva por el acaecimiento de dicho evento. Ahora bien, como se ha señalado[9] la necesidad *de declaración expresa de la caducidad* marca una de las diferencias principales con la condición resolutoria (Art. 553, C.C.) en cuya virtud el acto originario puede extinguirse de pleno derecho o por la mera realización del evento condicionante. Ello, lógicamente, es aplicable a la figura de Art. 21 de la LPA, no así a la *caducidad decadencia*. Por otra parte, el supuesto generador de la caducidad está dado por el incumplimiento grave y esencial de obligaciones o prestaciones a cargo del particular. En tanto que la condición resolutoria implica subordinar la extinción del derecho nacido del acto o del contrato, no ya a un incumplimiento o a una pérdida de condiciones subjetivas, sino a un acontecimiento futuro e incierto (Art. 528, C.C.).

D. Caducidad y renuncia

Bien es cierto que la caducidad-decadencia, por la dejación que supone, se asimila a la renuncia tácita, a la voluntaria declinación del ejercicio del derecho. Mas, como la renuncia no se presume (Art. 874 C.C.) y, además, puede ser retractada (Art. 875, C.C.) parece impropio equiparar ambas figuras. Por otra parte, la renuncia de un derecho nada tiene que ver con el supuesto que regula el Art. 21 de la LPA.

E. Caducidad y revocación

Al examinar la extinción de las concesiones, Rafael Bielsa refería que entre la caducidad y la revocación existe una relación de especie a género, porque la primera es una extinción *fundada en el interés público*[10]. Así planteada, esta semejanza entre caducidad y revocación, pese a no ser infrecuente en el derecho administrativo[11], no encaja en el régimen de la LPA, en que se distingue entre revocación, como extinción del acto por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia o por motivos de legalidad (Arts. 17 y 18, LPA) y la caducidad, sanción extintiva por incumplimiento -grave y de condiciones esenciales del acto- atribuible al interesado o beneficiario (Art. 21, LPA)[12]. La revocación por inoportunidad se origina en la inexistencia actual de las razones de interés público que justificaron la sanción del acto y que justificarían la subsistencia de sus efectos. Se basa en la incompatibilidad del acto con las nuevas circunstancias valoradas

9. BOTASSI, Carlos, *Ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata 1988, p. 488.

10. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª Ed., t II, 1955, pp. 298 y ss.

11. *Cf.*, ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid 1960, p. 682.

12. En un pronunciamiento no muy distante (relativo a la habilitación de establecimientos comerciales) la SCBA sostuvo que la extinción o *revocación* de la habilitación configuraba un acto de la Administración policial de contenido represivo y, por ello, requería hallarse motivado, esto es expresar la razón que lleva a disponer el cese (causa B-50.333, *Nida S.A.C.I.F.I. contra Municipalidad de Quilmes.* Demanda contencioso administrativa" sentencia de 2-3-99). Más allá de compartir esa afirmación del deber de motivar los actos, lo notable es verificar cómo se confunde la revocación con la caducidad.

por la Administración[13]. Y la revocación por ilegitimidad (o anulación administrativa) actúa para extinguir un acto por los vicios de legalidad que lo afectaron al tiempo de su emisión.

Hay, pues, diferencias netas entre las figuras señaladas. Con todo, en algunas legislaciones sectoriales se utiliza el vocablo *revocación* para referirse a la caducidad-sanción.

F. Caducidad y anulación

La caducidad supone la existencia de un acto legítimo a extinguir. No se expide en vista de un acto inválido, pues allí la figura aplicable para retirarlo del orden jurídico es la revocación por ilegitimidad (Arts. 14, 17 y concs. LPA) o anulación administrativa (en la terminología del Decreto Ley 7647/70 de la Provincia de Buenos Aires, Arts. 113, 114 y concs.). Las situaciones jurídicas que emergen de un acto cuya caducidad se declara, tienen el respaldo de un acto-título perfecto o, al menos, regular. Supuesta la validez del acto que ha acordado o autorizado la actividad o el disfrute o ejercicio de los derechos, con la declaración de caducidad el órgano administrativo suprime esos efectos, porque el titular de tales bienes jurídicos ha incurrido en conductas (actuaciones u omisiones) disfuncionales.

Por lo demás, la caducidad priva de eficacia a un acto administrativo hacia el futuro[14], no lo extingue retroactivamente.

G. Caducidad y retiro

En el sentido asignado al término por la Ley de procedimiento administrativo de Córdoba (Ley 5350, t.o. 1981 con sus reformas, Art. 103) el retiro es el modo de extinción de un acto (cualquiera sea su motivación) *antes de que adquiera eficacia* por medio de la publicación o notificación, según correspondiere. Obviamente, la diferencia con la caducidad es clara; ésta viene a tener cabida cuando el acto ha surtido -y surte- sus efectos. Y, como vimos también, esta modalidad supone la legitimidad del acto extinguido. Ahora bien, existen ciertos regímenes especiales en los que el vocablo *retiro* adquiere un significado que lo aproxima a la caducidad-sanción (v.gr. la Ley 20.337).

H. Caducidad y rescate

En las concesiones de servicios públicos era tradicional emplear la caducidad. A veces se la ha confundido con el rescate, pero se trata de dos modalidades distintas.

Entre nosotros, se ha calificado al rescate como el acto por el cual se dispone la reorganización de un servicio público, por razones de interés general, extinguiendo o suspendiendo la ejecución de un contrato de concesión u otro acto o contrato administrativo que otorgue la explotación de un servicio público a título no precario, antes del vencimiento de su plazo, asumiendo la Administración concedente la prestación de dicho

13. *Cf.*, GALLEGO ANABITARTE, A. DE MARCOS, A., *Derecho Administrativo*, t I., Madrid 1989, p. 347.
14. SCBA, causa B-50.381, "Fryd A. D. c/Pcia. de Buenos Aires", sent. de 5-6-90.

servicio[15]. Con la caducidad son varios los aspectos que permiten distinguirlo. En primer lugar, no se restringe a los servicios públicos; expande su campo de aplicación a las autorizaciones, habilitaciones, licencias y permisos así como a otro tipo de concesiones (v.gr. de bienes del dominio público). En segundo lugar, el rescate carece de la connotación sancionatoria que posee la caducidad. En tercer lugar, en el rescate la Administración asume o reasume la actividad prestacional, cosa que no ocurre con el desempeño extinguido a causa de una declaración de caducidad.

I. Caducidad y rescisión o resolución

Distinguir la caducidad de la rescisión es un poco más complejo, porque los motivos de procedencia de ambas son, en varios supuestos, similares o equivalentes[16] y, además, por cuanto, como bien se ha señalado aquélla forma parte del grupo de sanciones administrativas *rescisorias*[17].

Lógicamente, una primera distinción a formular surge del campo de aplicación de ambas figuras, que es más amplio en la caducidad. Así, tratándose de un vínculo emergente de un acto administrativo (licencias, autorizaciones, permisos, etc.) y no de un contrato (por más que proyecte una cierta reciprocidad de consecuencias o genere obligaciones para la Administración y el destinatario directo del acto) sólo se aplica la caducidad y no la rescisión o resolución, que únicamente juega en el campo contractual. Ahora bien, la inversa no es siempre necesaria; si bien hay regulaciones de concesiones de servicios públicos que califican a la sanción por incumplimiento del prestatario como rescisión o resolución del contrato[18] otras, en cambio, utilizan la figura de la caducidad[19].

Podría aducirse, con Berçaitz[20], que -al menos en el campo de los contratos públicos- la rescisión opera por *hechos relativos al cocontratante* que no comportan una infracción de su parte (v.gr. la quiebra o el concurso, el fallecimiento o una inhabilidad sobreviniente) y que la caducidad viene a intervenir cuando hay *hechos imputables al cocontratante* (actos u omisiones violatorios de las obligaciones a su cargo). De todas formas este distingo no es contundente. Hay regímenes positivos en los que, bajo el *nomen iuris* de caducidad, se regula una forma de extinción fundada en la pérdida de las cualidades subjetivas del interesado o de las condiciones objetivas de interés público bajo las cuales fueron otorgados los actos autorizativos o concesionales, que prescinden de la comprobación de incumplimientos en que éste pudiera haber incurrido (v. *infra* Cap. 5).

---

15. *Cf.,* PRITZ, OSVALDO, Ángel F., "El Rescate" en V.A. *Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Bs.As. 2000, pp. 243, 244.

16. Como se ha dicho en algún fallo, aun cuando recaiga sobre licencias administrativas la caducidad recuerda la resolución de los contratos en el derecho civil (Trib. Sup. Esp. sent. de 3-3-92, Ar. 1778).

17. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª Ed., t II, Madrid 1998, p. 168.

18. *V.gr.*, en el caso de las concesiones para la prestación del transporte ferroviario de pasajeros otorgadas al amparo del régimen de la Ley nº 23.696, Decretos nº 1105/89, 1143/91 y concs., *V.* Art. 41 inc. b) y 41.2 del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado por Resolución M.E.y O.y S.P. nº 1456/91; o en el de las concesiones viales, Art. 56 del Pliego de Bases y Condiciones Generales en concordancia con el Título VII, Capítulo I, del Pliego de Condiciones Particulares, punto 2.

19. CASSAGNE, en la obra *El contrato administrativo* Bs. As. 1999, considera la incorporación a las concesiones de servicio público y de obra pública, de la caducidad como causal de extinción, constituye una "rémora de la teoría de los actos de autoridad" (*ob. cit.*, p. 102).

20. BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª Ed., Bs. As., 1979, pp. 563 y ss.

J. La cuestión frente a otros modos de extinción de vínculos jurídicos

Existe cierto tipo de actos sancionatorios, que extinguen situaciones subjetivas a los que el ordenamiento denomina, por tradición, con otros términos. Pero, en buena medida, el régimen jurídico que poseen los asemeja a la caducidad. Es, por ejemplo, el supuesto del cese de la relación de empleo público, a través de medidas expulsivas adoptadas en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, como la cesantía (Ley Nº 25.164 Ley Marco de Empleo Público Nacional, la contempla en el Art. 30 inc. c). O también, el caso de *remoción* con causa justificada prevista en el régimen de los directivos de ciertos entes reguladores (p.ej. los miembros del Directorio de la CNRT, Art. 10 y 11 del Estatuto aprobado por Decreto 1388/96). Algo similar puede decirse de los actos de cancelación de la matrícula dispuesta por los Colegios Profesionales.

2. Notas salientes de la figura

Para continuar con la delimitación conceptual de la figura de la *caducidad-sanción*, prevista en el Art. 21 de la LPA, tomaremos, de las múltiples clasificaciones que han sido aplicadas a los actos administrativos, algunas de las que ilustran mejor sobre sus contornos jurídicos.

a. Por lo pronto, es un *acto administrativo*. Ha de ser siempre *expreso*, en el sentido de no poder derivar del silencio o inactividad formal administrativa. Y *unilateral*, aun cuando proyecte sus consecuencias al seno de un vínculo bilateral o deba estar previsto en las normas contractuales o las que regulan el otorgamiento del bien jurídico autorizado o permitido.

b. Es un acto de *alcance particular*, aun cuando pueda afectar a una cantidad de destinatarios, que opera sobre relaciones o situaciones jurídicas válidas y vigentes, de contenido ampliativo o favorable, que extingue.

c. Su campo de aplicación lo constituyen los actos de alcance particular; en este sentido, no extingue o deroga (status o situaciones subjetivas nacidas de) actos generales o *reglamentos*[21].

d. Se trata, además, de un acto *constitutivo*, como opuesto al declarativo, porque extingue una relación o situación jurídica[22] no se limita a acreditar su cesación o vigencia (como una certificación), que reviste carácter resolutorio o *definitivo* a los fines de su impugnabilidad. En cambio la intimación o constitución en mora, así como el otorgamiento de un plazo suplementario para cumplir lo debido, diligencias regladas como trámite esencial en el Art. 21 de la LPA, en principio, tienen carácter instrumental[23].

21. Ello marca una de las tantas diferencias que guarda con la *derogación*,como medio de extinción típico de los actos reglamentarios.

22. PAREJO ALFONSO, L., en PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed. t 1, Madrid 1996, p. 565.

23. Ello empero, si la intimación es de suyo errónea y predetermina un resultado desfavorable al interesado (o si fija un plazo suplementario harto irrazonable) podría decirse que, por sus efectos, resulta asimilable o equiparable a una resolución. Implícitamente, en algún *dictum* se ha considerado la posibilidad de impugnar esos actos, incluso peticionar la suspensión cautelar de los mismos (SCBA, B-52.977, de 22-8-95, Ac. y Sent. 1995-III-317).

e. Tiene cabida, pues, normalmente, para reaccionar frente a *incumplimientos graves* o esenciales[24] del titular de la licencia, autorización, habilitación, permiso o concesión, a quien ha de serle conferido *un plazo suplementario* para que supere la infracción en que se ha encuadrado su conducta.

f. Constituye, por fin, un acto *de gravamen* o limitativo, en cuanto provoca una pérdida o afectación en la esfera jurídica del destinatario de la medida que la expresa. Así pues incide negativamente en la esfera jurídica del destinatario[25]. Como sanción administrativa, se encuentra influida por los principios estructurantes de esa potestad[26].

III. LA CADUCIDAD Y ALGUNAS REGULACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

a. Como hemos dicho, la LPA[27] ha previsto la caducidad en el Art. 21. El precepto dispone lo siguiente: "*La Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto*".

b. En la Provincia de Buenos Aires, el Art. 119 de la LPA prescribe: "*Se producirá la caducidad del acto administrativo, cuando habiendo sido impuestas por el mismo determinadas condiciones que debe cumplir el beneficiario, éste no las satisface dentro del plazo fijado y previa interpelación para que lo haga dentro del plazo adicional y perentorio de diez días*".

Al margen de otras consideraciones, parece evidente el error de técnica legislativa que registra la norma en cuanto define de antemano un único plazo suplementario de diez días. La multiplicidad de circunstancias que presenta la experiencia jurídica seguramente demuestra en más de una oportunidad la exigüidad de ese plazo. En tal supuesto, cabría admitir la petición -y su concesión- de solicitudes de prórroga de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 73 del Decreto Ley 7647/70, toda vez que el Art. 119 alude al carácter perentorio del plazo, no a su improrrogabilidad.

---

24. *Cf.*, LAFUENTE BENACHES, Ma. Mercedes, *La concesión del dominio público*, Madrid 1988, p. 116.

25. Esto apareja diferentes consecuencias: a) el necesario tránsito de una audiencia previa; b) la motivación del acto; c) la revocabilidad del mismo una vez notificado (salvo el caso de las relaciones triangulares, en las que la caducidad del status jurídico de un interesado favorezca a un tercero).

26. Si bien, ni las normas generales ni la experiencia jurídica tornan claramente imperativo en nuestra materia el principio de *tipicidad*, la caducidad presupone la *responsabilidad o culpabilidad* del destinatario del acto. Junto con ello, en su aplicación, la Administración debe observar el principio de la *proporcionalidad*, por lo que le será exigible verificar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose el factor subjetivo, la reiteración, la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la implicación con el interés general y otros factores circunstanciales. De todas formas, en las regulaciones en que la caducidad opera como instrumento de extinción basado no ya en incumplimientos del afectado, sino en la configuración de un estado actual de cosas contrario al interés público (*v.gr*. déficit prestacional, menores ingresos que los previstos, etc.) la concurrencia de los principios señalados no ha de ser requerida.

27. Solución similar en la LPA de Córdoba (Art. 112), Chaco (Art. 127), Catamarca (Art. 36), Tucumán (Art. 55), San Juan (Art. 21 i*dem* LPA); La Rioja (Art. 99 y ss.); Corrientes (Art. 165) Salta (Art. 99 y ss.) Mendoza (Art. 102 y ss.) entre otras.

c. El Art. 21 de la LPA de la Ciudad de Buenos Aires, el DNU N° 1510 dispone: "*La administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones o prestaciones estipuladas, previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto*".

Este texto mejora la redacción de su fuente nacional. Porque, por una parte, alude a *condiciones o prestaciones* precisando el sentido del instituto. Y, por la otra, no reduce las obligaciones incumplidas a aquéllas fijadas en el acto caducado. Con lo que, los incumplimientos graves sancionados por la Administración pueden tener origen en normas legales o reglamentarias o en otro tipo de estipulaciones no necesariamente consignadas en el acto administrativo extinguido.

d. Una norma más rica en contenidos está prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo de La Pampa, Ley Nº 951, inspirada por el Profesor Miguel S. Marienhoff.

Primeramente, en el Art. 84 se habilita la declaración unilateral de caducidad del acto administrativo frente al incumplimiento *imputable* de las obligaciones a cargo del interesado. Por otro lado, en lo atinente a la exigibilidad de la constitución en mora junto con la concesión de un plazo suplementario, la norma aclara que: "*Si en el acto administrativo o en el contrato se hubiere establecido expresamente que el mero vencimiento del respectivo término produce la mora del administrado, la caducidad podrá declararse directamente sin previa intimación de cumplimiento al administrado*".

e. A su vez, la LPA de Neuquén, Ley Nº 1284, ha previsto la caducidad en el Art. 86. Allí se la establece por "*incumplimiento grave de obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto*" y que sea "*imputable a dolo o culpa del interesado*". Hay una técnica más depurada para delimitar la conducta susceptible de sanción por medio de la caducidad.

Además, de acuerdo con esta norma si el incumplimiento no revistiese gravedad, la Administración deberá acudir a los medios de coerción directa previstos en el ordenamiento, y de persistir en el incumplimiento, *podrá declararse la caducidad*, dispone la norma. También en casos de urgencia o necesidad, se habilita expresamente a la administración a decretar la suspensión de la ejecución del acto (pasible de caducidad) hasta tanto se resuelva definitivamente el procedimiento generado a partir del emplazamiento al interesado para que presente su descargo (Art. Cit.).

IV. BREVES APUNTES COMPARADOS

a. Probablemente sea la doctrina italiana la que con mayor esmero ha estudiado la figura que nos ocupa. Suele hacerlo al examinar el régimen de los actos favorables, o *ampliativi* -como dice Virga- (esto es las autorizaciones y concesiones).

Tales actos, para Virga son esos que o bien remueven un límite para el ejercicio del derecho (autorización) o bien atribuyen una nueva facultad de matriz pública al destinatario (concesión). En estos casos el ordenamiento reserva a la Administración un *poder de vigilancia*, con el fin de garantizar que la actividad autorizada o concedida se desarrolle con observancia de las prescripciones impuestas por la ley o por el mismo acto ampliativo[28]. En ejercicio de tal potestad la autoridad administrativa tiene la atribución de decretar la extinción, básicamente, por las siguientes causas:

28. VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, 2ª Ed., t 2, Milano 1992, pp. 162 y ss.

- vencimiento del plazo de vigencia, cuando tienen un término lo cual no siempre ocurre;

- *pronuncia di decadenza* o caducidad: regulación que, erróneamente dice Virga, en algunas normas se denomina *revoca* (revocación);

- rescate (para la concesión-contrato).

b. La *pronuncia di decadenza* ha de ocurrir, pues, por: a) incumplimiento de las obligaciones, prescripciones u órdenes, siempre que sea grave, injustificado y reiterado; b) falta de ejercicio de facultades inherentes al acto dentro de los límites temporales previstos por las normas (p.ej. falta de inicio de las obras previstas en la concesión edilicia dentro de un año) o del mismo procedimiento; c) desmejoramiento de las condiciones de idoneidad cuando ellas sean no sólo requisito de acceso al otorgamiento del acto sino para la continuidad del mismo.

c. Esta posición ya había sido sostenida por Landi-Potenza[29]. Los autores citados distinguen la caducidad por transcurso del tiempo, de aquélla que tiene naturaleza sancionatoria y que consiste en la pérdida de un derecho como consecuencia de un comportamiento del titular o del incumplimiento de un requisito esencial para la permanencia de la relación jurídica. La aplicación de esta figura, recuerdan, es frecuente, por ejemplo, en materia de concesiones mineras y de aguas públicas[30].

d. A su turno, Rocco Galli[31] entiende que en el caso de las concesiones la extinción puede provenir por la ocurrencia de *causas automáticas de carácter objetivo*, como el vencimiento del plazo de vigencia o la muerte del concesionario o por factores de apreciación subjetiva. Uno de ellos, que entiende se trata de un tipo unilateral de resolución, es la caducidad o *decadenza*. La que actúa ante la hipótesis de incumplimiento del concesionario o también *cuando éste ha perdido su idoneidad subjetiva* (v.gr. si ha sido privado de la cualidad empresarial que investía) o la concesión sufre una afectación en la idoneidad objetiva (v.gr. la destrucción de los elementos indispensables o del bien) para desarrollar la actividad concedida. En opinión de Galli estamos en presencia de un instituto de similar calibre al de la revocación de la autorización para operar en el mercado financiero concedida a los bancos. Funciona, nos señala, como una sanción. Y como tal debe actuarse frente a incumplimientos graves y reiterados del concesionario.

Ante la disyuntiva de considerar a la caducidad como una figura publicística (que requiere de acto expreso que la disponga) o como una figura meramente negocial, que pueda operar de pleno derecho, independientemente de la voluntad de la Administración, por su sola configuración, Galli opta por la primera[32], por mérito del principio de tipicidad de los actos y en resguardo de los derechos de los ciudadanos, que pueden reaccionar mejor frente a la emisión de un acto inválido.

e. Otros autores, analizando la figura en el marco de las concesiones de obra pública, han asimilado la caducidad a la resolución por incumplimiento prevista en el derecho común[33].

f. Dentro de los diferentes tipos de sanciones administrativas, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han ubicado a la caducidad en el grupo de las llamadas *sanciones rescisorias de actos o contratos administrativos anteriores.* En ellas, el mal en que la sanción consiste es la pérdida de la situación jurídico-administrativa de

29. LANDI, Guido, POTENZA, Guiseppe; *Manuale di diretto amministrativo*, 10ª, ed. Milano 1997, pp. 165 y ss.
30. *Ob. cit*., p. 166.
31. GALLI, Rocco, *Corso di Diritto amministrativo*, 2ª ed. Actualizada, Milano 1996, p. 567.
32. *Ob. cit.*, p. 568.
33. *Cf.*, ASSINI, N., MAROTA, L., *La concessione di opere pubbliche*, Milano 1981, p. 168.

ventaja, lo cual demanda dos precisiones: la primera, que la medida ha de ser respuesta a una conducta ilegal previa; la segunda, que en el campo contractual y en las relaciones bilaterales distintas de las de empelo público, la responsabilidad por incumplimientos se sustancia en el seno -y en los términos cabría acotar, por nuestra parte- de la propia relación contractual, por aplicación de sus principios inherentes y no de los vinculados al genérico poder sancionatorio[34]. Como ejemplos salientes mencionan a las "*revocaciones o caducidades de licencias, autorizaciones y permisos"* que extinguen los derechos de los afectados cuyo ejercicio esos actos posibilitan [35] .

g. Al margen de estas consideraciones generales, en la doctrina española la institución de la caducidad ha sido abordada principalmente en estudios relativos a regímenes especiales o sectoriales, destacándose los vinculados con las concesiones del dominio público.

Por ejemplo, María Mercedes Lafuente Benaches ha definido como una "*manifestación de voluntad de la Administración que pone fin a la concesión de dominio público por haberse producido un estado de cosas contrario a la finalidad pública que justificó su otorgamiento*"[36]. Criterio que, en parte, desborda los límites de la simple sanción por incumplimiento del concesionario.

Como sostiene la autora, también procede en supuestos en los que la concurrencia de la causa legalmente prevista obedece a hechos o circunstancias no imputables al mismo[37]. Allí se empalidece la connotación estrictamente sancionatoria de la figura en análisis. Más aún, la autora precisa que la declaración de caducidad, antes que una modalidad represiva se exhibe como una forma del *poder general de resolución que tiene por finalidad la defensa o protección del interés público objeto de la propia concesión*, agregando que *esta finalidad no tiene por qué tener matices sancionadores*[38].

h. Algunos ejemplos de la doctrina del Consejo de Estado español, relativos a las concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos cuyas obras no habían sido concluidas, dan forma al sentido principal de este instituto. En general, se ha destacado que no todo incumplimiento del concesionario determina de manera fatal la declaración de caducidad, sino sólo aquél que reviste un carácter *sustancial*[39], por más que en los pliegos de condiciones se disponga que la transgresión de cualquiera de las cláusulas dará lugar a la caducidad. Ahora bien, se ha considerado que la inobservancia *del plazo de iniciación* o de *terminación* de las obras comprometidas, constituyen incumplimientos sustanciales que dan lugar a la declaración de caducidad de la concesión. Ello se ha equiparado a la ejecución parcial de tales obras[40].

---

34. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso ..., cit.*, t II, p. 168.
35. *Ob. cit.*, p. 169.
36. *Cf., La concesión de dominio público*, Madrid 1988, p. 129.
37. *Ob. cit.*, p. 130, n° 208.
38. *Ob. cit.*, p. 144.
39 *Cf.*, Dictámenes del Consejo de Estado de 26-3-92, nº 75/1992, 26-12-91, nº 1552/1991; 19-9-91, nº 1054/1991; 18-4-85, nº 47.575; 17-3-83, nº 45.068; 19-11-81, nº 43.806; 8-6-78, nº 41.658, etc. Sobre estos temas, *V.*, TORRES DE SILVA, Víctor y LÓPEZ DE LETONA, "En torno a la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico y a su situación inicial" en *REDA* nº 79, Madrid 1993, pp. 457 y ss.; y GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *RAP* nº 16, Madrid 1955, p. 261.
40. *Cf.*, Dictamen de 16 de noviembre de 1978, nº 41.690.

i. En todo caso, ha sido Jaime Rodríguez Arana Muñoz[41] quien, con mayor amplitud, ha examinado las variadas facetas que ofrece este instituto, lo que lo ha llevado a describir desde la caducidad del procedimiento administrativo y de la pretensión procesal administrativa, hasta la caducidad de las concesiones de servicios públicos, de las concesiones y licencias del dominio público, así como de las licencias administrativas.

Excluyendo las dos primeras manifestaciones, ajenas al objeto de nuestra ponencia, cabe destacar los puntos salientes de las restantes, por la relativa afinidad que guardan con las que en el ordenamiento nacional suelen ser aplicables bajo el mismo *nomen iuris*.

Las peculiaridades que exhibe la caducidad en la concesión de servicios públicos es una de las preocupaciones del citado autor. Así, antes de perfilar los contornos que ofrece en diversos regímenes concretos (servicio de transporte de viajeros por carretera, suministro de gas, televisión privada, etc.) Rodríguez Arana previene que aquellas peculiaridades llevan a modular significativamente las notas típicas de lo que denomina *caducidad administrativa* (carácter sancionador, procedimiento previo y acto declarativo de la misma) en función de los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos[42]. Bien es cierto que en esta materia, el incumplimiento sancionado con la caducidad ha de referirse, como es natural, a alguna de las *condiciones esenciales* prevista en el pliego concesional, mas también lo es que, a su turno, tal infracción ha de hacer perder operatividad a los citados principios liminares del servicio[43]. Por otra parte, encuentra posible en esta materia decretar la caducidad cuando existe un *prolongado déficit en la explotación del servicio*[44], supuesto en el cual la nota sancionadora cede ante la función de declinación o renuncia a la continuidad del servicio[45].

En las concesiones y autorizaciones de uso del dominio público, a la vista de los elementos que ofrece la legislación sectorial Rodríguez Arana halla más complejo reconducir las formas de la caducidad a una significación unitaria. A veces, nos dice, aparece como un modo general de extinción de la concesión, en otras como sanción por incumplimiento de deberes esenciales del concesionario (v.gr. impago del canon por un determinado lapso) o como una consecuencia jurídica derivada del vencimiento del término de la concesión, como renuncia del concesionario aceptada por la Administración o por un cambio en las condiciones intrínsecas del objeto concedido que impide la satisfacción de la finalidad pública perseguida al otorgarlo[46].

Probablemente la figura más afín a la definida en el Art. 21 de la LPA sea la caducidad de las licencias administrativas. Aun así, Rodríguez Arana Muñoz previene que el carácter ciertamente sancionador que la doctrina le atribuye también debe modularse a la luz del juego de esta institución según se trate de concesiones o licencias. La diferencia la encuentra en que las primeras trasuntan un acto discrecional de la Administración mientras que las segundas operan, básicamente a partir de un acto preferentemente reglado, sobre un derecho preexistente del interesado[47]. Por otra parte, en el campo de las licencias, particularmente las urbanísticas, tiene más cabida la *caducidad-decadencia* por inejecución de determinadas cargas impuestas al interesado a llevarse a cabo dentro de un plazo dado.

41. *Cf.*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el derecho administrativo español*, Madrid 1993.
42. *Ob. cit.*, p. 37.
43. *Ob. cit.*, pp. 39-40.
44. *Ob. cit.*, p. 40.
45. *Ob. cit.*, p. 47
46. *Ob. cit.*, pp. 92 y ss.
47. *Ob. cit.*, p. 219.

j. El maestro Brewer-Carías nos enseña que el acto administrativo no sólo puede extinguirse *en virtud del propio acto*[48] o *de otros actos* (v.gr. anulación y revocación) sino también *en razón de alguna conducta u omisión de su destinatario*.

Así, explica que en algunos supuestos de actos administrativos el cese de sus efectos se produce por la abstención de una acción prescrita al particular. Tal, la figura de la caducidad del acto administrativo, consistente, entonces, en la extinción generada por el incumplimiento de una obligación que el acto o la Ley le impone al interesado beneficiario del mismo[49].

Como ejemplo, cita la situación prevista en la Ley de Propiedad Industrial, que establece que el titular de una marca de fábrica debe pagar unos impuestos en timbres fiscales dentro de un plazo dado de obtenido el registro de la marca, el cual habrá de caducar si aquél no cumple con aquella exigencia.

V. VISUALIZACIÓN DE LA CADUCIDAD Y DE FORMAS AFINES DE EXTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ALGUNAS REGULACIONES SECTORIALES

Para la mejor comprensión del instituto estimamos prudente realizar un examen sobre las distintas modalidades que asume la caducidad en una serie de regulaciones sectoriales.

1. Medidas extintivas -de caducidad- en regímenes de fomento

a) En recuerdo de la Ley Nº 21.608 de promoción industrial nos permite apreciar la distinción entre la *extinción de los beneficios promocionales* y *la extinción del acto autorizativo* de la promoción[50]. El primer supuesto, precisamente, remite a la *caducidad* por inconducta del titular de los beneficios promocionales: es un tipo de extinción, parcial o total, de los derechos, de carácter sancionatorio, contemplado en el Art. 17 inc. b, de la Ley Nº 21.608. Carece de efectos retroactivos y se distingue del "ingreso de los tributos o derechos no ingresados con motivo de la promoción acordada", aunque trae aparejada de pleno derecho esa consecuencia[51].

b) La Ley Nº 23.877 que regula la Promoción de la Investigación y Desarrollo Tecnológico ha previsto el funcionamiento de esa entidad singular denominada *unidad de vinculación*[52]. El Poder Ejecutivo de acuerdo al Art. 9 puede instrumentar con arreglo a

48. El autor citado, menciona los siguientes supuestos: a) *agotamiento de sus efectos*, v.gr. al pagarse la multa determinada en un acto; al demolerse la construcción conforme lo ordenado, etc.; b) *decaimiento;* v.gr. cuando se opera un cambio de circunstancias sobrevinientes al acto; c) *condición resolutoria*, si se produce el acontecimiento futuro e incierto a cuya realización se subordinó la finalización del acto; d) *término extintivo*, cuando se verifica el hecho cierto y futuro previsto para el cese de la eficacia del acto (BREWER-CARÍAS, Allan R., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1985, pp. 221-2).

49. *Ob. cit.*, p. 222.

50. WINKLER, Dora Paula, *Régimen de la Promoción Industrial*, Bs. As. 1983, pp. 242.

51. El decreto 2541/77 reglamenta el procedimiento sumarial a seguir para decretarla. Complementariamente, la Ley 23.614 en su Art. 48 inc. b) apartado 1 prevé para los incumplimientos que exceden lo meramente formal, la "*caducidad total o parcial de los beneficios promocionales otorgados en la forma que disponga el decreto reglamentario general*" .

52. Es una unidad de vinculación el "ente no estatal constituido para la identificación, selección y formulación de proyectos de investigación y desarrollo, transmisión de tecnología y asistencia técnica. Representa el núcleo

esa ley diferentes mecanismos de promoción[53]. A su turno, la autoridad de aplicación -la actual Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva- (art. 14) habilita estas *unidades de vinculación* (Art. 15 inc. b), aprueba y determina los porcentajes con que serán beneficiados los proyectos[54].

Sobre tal base, el Decreto 1331/96 reglamenta el régimen legal. Y prevé la formación de un registro de las unidades de vinculación habilitadas y un legajo individual para cada una de ellas (Art. 5º) que se extingue tanto por disolución de la persona jurídica como por caducidad (Art. 6º). Además regula las causales de caducidad de la habilitación y su inscripción en el registro[55]. De ellas interesa detenerse en la prevista en el Art. 7 inciso a) del citado reglamento. La norma alude a la pérdida de idoneidad en el caso del Art. 4 inc. b) del presente (se exige en este artículo acreditar idoneidad para la administración y gestión tecnológica mediante la presentación de los antecedentes específicos de la entidad, de sus socios y de los miembros de sus órganos de dirección, fiscalización y asesoramiento) "*la que deberá ser probada por información sumaria sustanciada por la autoridad de aplicación*"[56].

Este supuesto se corresponde con los ejemplos mencionados por la doctrina italiana (Galli, Landi-Potenza) cuando apuntan al *desmejoramiento de las condiciones subjetivas del beneficiario cuando ellas son exigidas para el acceso al título jurídico y para la continuidad del mismo*. Es una de las particularidades dignas de destacar en el citado régimen promocional[57].

---

fundamental del sistema, aportando su estructura jurídica para facilitar la gestión, organización y gerenciamiento de los proyectos. Puede estar relacionado o no con un organismo público" (Art. 3 inc. d). En el régimen de esta ley son beneficiarios las personas físicas y las de existencia ideal, públicas o privadas, que desarrollen actividades productivas, científicas, tecnológicas o financieras, y que adhieran voluntariamente a las obligaciones y derechos que emanan de la ley (Art. 4).

53. Ellos son, básicamente: a) de *promoción y fomento financiero*; b) de *promoción y fomento fiscales*, se fijarán créditos fiscales que podrán ser utilizados sólo para los proyectos de investigación y desarrollo por agrupaciones de colaboración y para proyectos de transmisión de tecnología y/o de asistencia técnica cuya ejecución esté a cargo de una unidad de vinculación (Art. 9 inc. b); c) de *promoción y fomento no financieros* (ayudas con cargo de devolución pero sin intereses, inc. c); d) de *promoción y fomento especiales*, que no estén contemplado dentro de los anteriores (Art. 9, *cit.*).

54. Los beneficios no pueden superar el 80% de aportes promocionales reintegrables, o el 50% de aportes subvenciones no reembolsables. (Art. 20, Decreto 1331/96).

55. El Art. 9 prescribe sin perjuicio de las consecuencias jurídicas propias de la extinción y la caducidad de la habilitación, los siguientes efectos específicos: a) *Impide el otorgamiento de nuevos beneficios* a los proyectos en cuya administración participe la persona jurídica afectada y "*paraliza la efectivización de los otorgados y no percibidos*"; b) *Obliga al reintegro de los saldos de los beneficios percibidos* por la persona jurídica afectada que se encuentren en su poder; c) No relevan a la persona jurídica afectada de las obligaciones emergentes de los beneficios percibidos respecto de las etapas cumplidas e importes ejecutados.

56. El inciso b) refiere al uso indebido de los beneficios de la ley 23.877, por desvío de la finalidad en que se fundó su otorgamiento y el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones restantes emergentes del beneficio promocional, cuando la transgresión sea imputable a la unidad de vinculación aunque no fuere ella titular del beneficio.

57. Otra particularidad del régimen sancionatorio es que cuando los proyectos se presentan en modo coparticipado entre empresas y unidad de vinculación, alguno de tales sujetos puede no ser alcanzados por la medida –quienes serán igualmente notificadas del acto administrativo declarativo de la extinción o caducidad de la habilitación-. De allí que se admita peticionar el reemplazo *de la persona jurídica afectada en la administración del proyecto, para posibilitar su iniciación o prosecución en su caso*. Es decir, el efecto de la caducidad puede limitarse parcial y subjetivamente, en beneficio del proyecto promovido (art. 10 del Reglamento). Las provincias adheridas, a su vez, han dictado normas regulatorias de los beneficios fiscales emergentes de la ley 23.877. Un caso es el de Río Negro, que adhirió al régimen por la ley 2501 y lo acaba de reglamentar. El Decreto 326/2001 de esa provincia, contempla, pues, en el capítulo de *las infracciones* la sanción de caducidad del beneficio fiscal asignado pendiente de certificación y entrega al beneficiario cuando éste incurra en incumplimiento de su obligación de ejecutar el

c) La Ley Nº 22.428, de Conservación de Suelos, prevé un régimen para el fomento de la iniciativa privada destinada a la conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos (Arts. 1 y 2). Con ese propósito, las respectivas autoridades de aplicación pueden declarar *distrito de conservación de suelos* a una zona donde sea necesario o conveniente emprender programas de conservación y recuperación (Art. 3). Declaración procedente a iniciativa pública o de los productores. También pueden conformarse *consorcios de conservación* integrados por los productores agrarios (Art. 4).

Pues bien, el Art. 14 contempla una sanción (equiparable a la caducidad). La norma dispone que los productores que hubieran recibido subsidios con arreglo a dicha ley, "*deberán reintegrar los importes que reciban cuando hubieren transcurrido 6 meses, sin que se hubieren presentado los certificados de obra que acrediten la realización de las inversiones dispuestas en el plan que aprueba la autoridad de aplicación o si los hubieren falseado. La misma sanción se aplicará a los productores que hayan destruido las obras subsidiadas, sin autorización de la autoridad de aplicación*". Si no se produce el reintegro la Secretaría de Agricultura debe intimar el pago en un determinado plazo, vencido el cual se aplica un interés punitorio (Art. 15). Esta intimación es recurrible, prescribe esta misma norma[58].

d) La Ley Nº 25.080 de Promoción de Inversiones para Nuevos Emprendimientos Forestales y Ampliaciones en Bosques Cultivados, regula el otorgamiento de beneficios para el desarrollo de proyectos forestales o foresto-industriales, para aumentar la oferta maderera a través de la implantación de nuevos bosques[59].

El interesado debe obtener su inscripción en el Registro de Emprendimientos, por parte de la Dirección de Forestación. Pero la inscripción no genera derecho alguno en tanto no se haya concretado el emprendimiento y no se cumplan los requisitos de la ley

---

proyecto de investigación y desarrollo así como el de su obligación de presentar los informes de avance y final de ejecución, dentro de los plazos establecidos, *"así como cualquier otro incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones asumidas"*. (punto 22 del Anexo I del Decreto). La norma dice que tales incumplimientos *facultan* a la autoridad provincial -la Subsecretaría de Innovación Tecnológica- a disponer la caducidad (punto 22 citado). Ahora bien con carácter previo, impone una "*intimación al beneficiario por el término de 15 días hábiles para regularizar el estado de cumplimiento de sus obligaciones y para alegar lo que crea conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos..."* (punto 22 *cit.*). El acto que declare la caducidad será notificado al beneficiario y al asegurador, configurará el siniestro que hace exigible la efectivización de la garantía prestada por el asegurador". Ahora bien, el punto 23 precisa otra situación diferente. Que es aquella originada por el *ocultamiento o la falsedad en la solicitud del beneficio, su documentación o información suministrada a la Administración*. En tales casos, una vez acreditada se dispondrá la "*revocación o anulación del acto o actos administrativos falsamente causados que se hubieren dictado en su consecuencia*". Se trata de un régimen de buena factura técnica, que ha deslindado los campos de aplicación de las dos figuras extintivas.

58. La norma examinada (Ley nº 22.428) exceptúa de la obligación de restituir cuando las obras e inversiones cuya realización formaba parte el programa promocional, *no haya podido efectuarse total o parcialmente por razones de caso fortuito o fuerza mayor*, que a juicio de la Secretaría de Agricultura puedan justificar por su gravedad, la demora producida. Tal es la solución contemplada en el art. 17. En tal caso la Administración podrá acordar plazos supletorios para la realización de los trabajos incumplidos.

59. Se les asegura un régimen de estabilidad fiscal por 30 años, contados a partir de la fecha de aprobación del proyecto respectivo. Que puede incluso ser ampliado, a solicitud de las autoridades provinciales, hasta un máximo de 50 años de acuerdo a la zona y ciclo de las especies que se implanten. El Art. 17 prevé, aparte de los beneficios tributarios, un apoyo económico no reintegrable (subsidio) a los titulares de proyectos que abarquen una extensión inferior a las 500 ha, que según los casos, (zona, especie y actividad forestal) varía entre el 80% y el 20% de los costos de implantación y que en la región patagónica se incrementa. El pago se realiza por única vez, para las actividades de plantación, tratamiento de silviculturales (poda y raleo), en la forma y plazos que fija la ley (Art. 18) la que también prescribe que para el pago se requiere "la certificación de las tareas realizadas conforme a las condiciones establecidas reglamentariamente". Por Resolución nº 22/2001 es autoridad de aplicación de la ley la Secretaría de la Producción.

25.080 y su Decreto reglamentario Nº 133/99 (Art. 7). Los titulares de emprendimientos que hayan solicitado beneficios fiscales tienen la carga de presentar anualmente y hasta el turno de corte una Declaración Jurada con la información que prescriben estas normas. El incumplimiento determina la caducidad de los beneficios fiscales otorgados hasta el turno de corte[60].

El reglamento ejecutivo no desarrolla el capítulo relativo a las infracciones y sanciones, con lo que solamente es aplicable el Art. 28 de la Ley Nº 25.080 y las normas análogas. En este contexto regulatorio el citado Art. 28 dispone que "*toda infracción a la presente ley y a las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten, será sancionada, en forma acumulativa, con: a) caducidad total o parcial del tratamiento otorgado...*"[61].

e) La Ley de Promoción del Libro Nº 20.380 contempla beneficios crediticios. Y como sanción por infracciones a la ley, la multa y la caducidad de los plazos estipulados para el reembolso de tales créditos (Art. 16).

f) La Ley Nº 25.422 sobre régimen de la ganadería ovina, es una de las más recientes normas de fomento. Posibilita conferir a los titulares de planes de trabajo y proyectos de inversión una serie de beneficios diversos, subvenciones y asistencia técnica a los productores. En su Art. 23 se ha dispuesto un régimen de sanciones, graduales y acumulativas, de: a) Caducidad total o parcial de los beneficios otorgados; b) Devolución del monto de los subsidios; c) Devolución inmediata del total de los montos entregados como créditos pendientes de amortización.

2. Medidas extintivas en materia de concesiones de uso de bienes del dominio estatal

a) Para las concesiones de uso de bienes del dominio público o privado del Estado Nacional, el nuevo Reglamento de Contrataciones aprobado por el Decreto 436/2000 (Titulo XII) fija un conjunto de normas, en consonancia con el marco general regulatorio que surge del Art. 2 de la normativa. En el Art. 157 enuncia las causales de "*rescisión* por culpa del concesionario", entre las que menciona la falta de pago del canon (inc. a), la aplicación de los bienes para un uso o goce distinto del estipulado (inc. c), las interrupciones reiteradas en el cumplimiento de las obligaciones emergentes de la concesión (inc. e) entre otras. Siendo típicos motivos de una caducidad la norma no habla de ésta sino, según vimos, de *rescisión*, sobre la base de la calificación contractual del vínculo.

b) El Decreto ley 9533/80 establece el régimen general de los bienes del Estado provincial y municipal en la Provincia de Buenos Aires. En su capítulo IV relativo a las concesiones de uso de tales bienes, regla las formas de extinción. En concreto, el Art.

60. Art. 13 Res. 22/2001. El subsidio se hará efectivo en una sola cuota, cuando se haya constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 5 (presentación completa del proyecto de inversión y registraciones). Además la autoridad provincial efectuará inspecciones *in situ* a fin de comprobar lo expresado en el certificado presentado y lo enviará a la Secretaría conjuntamente con el Certificado de Inspección de Plantación y Actividades Silvícolas Realizadas en un plazo de 30 días, sin perjuicio de las inspecciones que practique la autoridad de aplicación.

61. A la que añade las siguientes medidas "... b) devolución del monto del subsidio otorgado con las actualizaciones e intereses correspondientes, c) restitución de los impuestos no abonados; d) multas que no excederán el treinta por ciento de las sumas declaradas como inversión....e) el reintegro a las administraciones provinciales de los montos de las franquicias otorgadas por ellas con motivo de su adhesión a la presente ley".

32 prevé, al par del vencimiento del plazo (inc.a), muerte del concesionario (inc.b), imposibilidad de cumplimiento del objeto (inc.c), revocación (inc.d), la *"caducidad por causas imputables al concesionario"*, que enumera en lista ejemplificativa, a saber: "*falta de pago, cambio de destino, cesión* (se supone no autorizada) *pérdida material de la tenencia* por la acción de intrusos, *abandono, daño deliberado en el bien* por acción u omisión del beneficiario y *hechos que en forma potencial o efectiva tiendan a disminuir su valor*".

c) El Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, Ley Nº 12.257, ha previsto en el Art. 50 la *caducidad* de la concesión del uso o aprovechamiento del agua pública, o de la ocupación de sus cauces o lechos, o para la construcción de obras en beneficio común o para la prestación de servicios públicos vinculados con tales elementos (sin derecho del concesionario a indemnización alguna) cuando no ejerciere sus derechos o no pagara el canon durante tres años consecutivos, no efectuare las obras en los plazos previstos, no cumpliere con las restantes obligaciones esenciales de la concesión, o contraviniere el régimen de los desagües. A su vez, la *revocación* procede "por razones de interés general" y con el pago de la indemnización (Art. 51).

También establece un régimen de caducidad de concesiones el Código de Aguas de la Provincia de Santiago del Estero (Ley Nº 4869, reformada por Ley Nº 6537).

d) En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el todavía aplicable Decreto PEN 2409/66, para los permisos de ocupación uso y explotación de bienes del dominio público y privado municipal, instituye, entre otras reglas, un sistema de penalidades. Y, como podrá apreciarse, la norma utiliza promiscuamente la calificación jurídica.

Allí se dice, por un lado, que la falta de constitución de garantías determina la aplicación de multas y si transcurre un plazo adicional que se le otorga al permisionario podrá disponerse la *rescisión* del contrato, reza el Art. 38. Mas, para el caso de falta de pago de canon sin que el permisionario haya regularizado su situación, cabe aplicar la *caducidad del permiso* (Art. 41) con pérdida de los depósitos en garantía. De igual modo, cuando es impuesta una multa y ésta queda impaga, la entidad local puede declarar *caduco el permiso* (Art. 43). Empero, el Art. 45, al referirse a la consecuencia de las *faltas graves y repetidas* del permisionario, menciona, aparte de las multas, a la *rescisión del contrato*. Tras cartón, el Art. 46 prescribe que *"declarada la caducidad del permiso por incumplimiento del adjudicatario de las obligaciones a su cargo, perderá éste la totalidad de las garantías constituidas y se procederá de oficio al cobro y ejecución de las mismas"*. Finalmente, la revocación procede, entre otros supuestos, por *cambio de destino* (*del bien*)... (Art. 49) que claramente comporta una infracción del titular del uso del inmueble.

La norma, entonces, plantea un verdadero galimatías.

e) En el ámbito local, de ordinario, los municipios otorgan a las empresas que lo solicitan, autorizaciones, licencias o permisos para la utilización del espacio público aéreo y subterráneo local, para la realización de los tendidos o colocación de postes necesarios a los fines de la transmisión de televisión por cable. Y en los actos respectivos, suele condicionarse la vigencia de tales autorizaciones o bien al pago de ciertos de derechos, o a un determinado plazo para la realización de los trabajos, o a la acreditación del otorgamiento de la licencia de radiodifusión, *bajo apercibimiento de caducidad*[62].

62. Por ejemplo la Ordenanza nº 14.048/94 de la Municipalidad de Morón o la Ordenanza nº 12.601 de la Municipalidad de General Pueyrredón.

3. Medidas extintivas de licencias o actos autorizativos en materia ambiental, urbanística y de edificación

Este rubro merecería un tratamiento diferenciado en otro estudio. Por ello nos limitaremos a poner de resalto algunas situaciones dignas de mención.

a) Ley Nº 11.723, de la Provincia de Buenos Aires, en el Capítulo VIII, entre otras sanciones, determina, como de la mayor gravedad a la *caducidad total o parcial de la concesión, licencia y/o autorización otorgada* (Art. 70, inc.d) que puede acumularse a la clausura temporal o definitiva del establecimiento (inc. e).

b) Algo similar se explícita, bajo el equívoco término de *revocación* (del certificado de aptitud ambiental) en el régimen bonaerense de radicación industrial (Decreto Nº 1741/96 reglamentario de la Ley Nº 11.459; Art. 87 inc. d).

c) La caducidad de las licencias urbanísticas por lo común se encuentra asociada al transcurso de los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras o actividades autorizadas. Es un modo de extinción del derecho a edificar, a desarrollar un emprendimiento urbanístico de escala o a urbanizar por incumplimiento de los plazos fijados, que opera mediante su declaración formal, en un procedimiento con audiencia del interesado[63].

Aparte de la caducidad-sanción, la figura de la caducidad-decadencia entronca perfectamente en esta materia toda vez que el factor temporal es una de las condiciones a las que se subordina la eficacia y subsistencia de las licencias urbanísticas; su inobservancia, por ende, apareja aquella sanción[64]. ¿Cuál es el fin de esta caducidad? El mismo del establecimiento de plazos para el ejercicio de las facultades urbanísticas: evitar la obtención de licencias con fines meramente especulativos, desvinculadas de la concreta decisión de edificar, urbanizar o instalar un determinado equipamiento. Los requisitos de la caducidad suelen ser:

> La inexistencia de motivo que justifique el no uso del derecho contemplado en la licencia (v.gr. fuerza mayor u otro tipo de circunstancias imprevistas o inevitables[65]) o actos o hechos de terceros. Hay que tener presente que de mediar esta imposibilidad de cumplir con el plazo conlleva una severa sanción, y que ésta debe ser apreciada con estrictez.
>
> La previsión de la caducidad en los planes o disposiciones urbanísticas, aprobados por las ordenanzas municipales y, en su caso, en la misma licencia o autorización.
>
> La declaración formal de caducidad en un procedimiento específico.

Ello sentado veamos algunos ejemplos en nuestro ordenamiento.

d) La Ordenanza General Nº 214/77 de la Provincia de Buenos Aires, otorgaba un tratamiento especial a los *permisos de construcción* conferidos con anterioridad a la sanción del Decreto ley 8921/77 y de las normas locales dictadas en su consecuencia. Se

63. Así estaba previsto en el Art. 35.1 de la LS/92 de España, norma que pese a haber sido declarada inconstitucional, en la famosa sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, fue incorporada por algunas Comunidades Autónomas a sus regulaciones locales.

64. En las legislaciones autonómicas españolas se fijan plazos: p.ej. el Decreto Legislativo 1/1990, Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Urbanismo de Cataluña, en los Arts. 223 y siguientes fija una serie de plazos residuales, a falta de precisión en las normas locales (planes o programas de actuación urbanística), transcurridos los cuales, en caso de no haberse comenzado o terminado las obras, según los supuestos, se opera la caducidad de las licencias (*v.gr*. dos años para la edificación en la parcela correspondiente a las áreas consolidadas o tres años en casos en que esté incluida en obras de urbanización).

65. Trib. Sup. Sent. de 24-7-95, RJ 6095.

permitía su subsistencia condicionada por plazos y cargas de actividad cuyo incumplimiento determinaba la caducidad. Entre otras, la incorporación definitiva y firme de materiales hasta un nivel de estructura como mínimo de una planta (es decir principio de ejecución de la obra) en un período de 6 meses, la finalización de las obras en los plazos que el Municipio acuerde a propuesta del interesado (Art. 4).

e) El Decreto Nº 4931/88 de la Provincia de Buenos Aires, sobre la gestión, aprobación y ejecución de urbanizaciones de interés social consagraba, entre otras dispensas, la facultad de no observar las dimensiones mínimas para parcelas, unidades rodeadas de calles y espacios circulatorios, supuestas determinadas condiciones (art. 3) con el objeto de desarrollar estos planes sociales. La aprobación de los proyectos correspondía a la por entonces Subsecretaría de Urbanismo y Vivienda (Art. 7) en tanto que la Dirección de Geodesia tenía a su cargo dar su conformidad a los planos de subdivisión correspondientes (Art. 10). Ahora bien el Art. 15 prescribía que la aprobación "caducará siempre que no haya tenido principio de ejecución a los 180 días corridos contados a partir de la fecha de su inclusión en el programa". Y agregaba "si caducara la aprobación a que alude el párrafo anterior, los planos de subdivisión" de estos proyectos que hubieran sido aprobados "...serán *anulados* por la Dirección de Geodesia, previa comunicación de su situación por parte de la Subsecretaría de Urbanismo y Vivienda". He aquí una confusión, por cuanto, no mediando vicio alguno de legalidad, la anulación era una medida extintiva que no cabía utilizar.

f) El Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires, en su numeral 3.1.1.7 alude a la "pérdida de los derechos de delineación y construcción, caducidad y archivos de los respectivos expedientes". Es un ejemplo de la caducidad-decadencia que tiene lugar cuando durante un lapso de 3 años contados a partir de la fecha del registro de los planos y otorgamiento del respectivo permiso, la obra no tuviera comienzo. Ello importa la consiguiente pérdida de los derechos de delineación y construcción, así como la finalización del respectivo expediente, el que una vez dictado el acto pertinente es archivado.

g) Algo similar acontece con el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires, Ley Nº 449. En lo atinente al régimen del *certificado de uso conforme*, que es menester requerir y tramitar para usar una parcela, edificio, estructura, instalaciones o parte de ellas con destino a cualquier de las actividades admitidas; (Art. 2.1.1.) el Código fija una vigencia de 180 días (2.1.4). Si al vencimiento del plazo el interesado no hubiese presentado el expediente de obra, o instalaciones o habilitaciones o la solicitud de categorización de las actividades para obtener el certificado de aptitud ambiental Ley Nº 123, se produce la decadencia, pérdida de vigencia o caducidad del certificado. De modo similar, si el legajo se presenta incompleto, o si las observaciones que se le formularan no fueran corregidas en 60 días de su notificación, operará esa decadencia. En este caso hay una especie de plazo suplementario dado por el citado período de corrección, lo cual matiza la automaticidad predicable acerca de esta modalidad de extinción.

4. Figuras equivalentes bajo otras calificaciones jurídicas

En otras regulaciones sectoriales se establecen fórmulas de extinción administrativa de bienes jurídicos emergentes de actos favorables, *lato sensu*, que operan bajo otras denominaciones, aunque, por su consistencia, encuadran en la figura de la caducidad.

a) Así, la Ley Nº 20.091 de Entidades de Seguros y su Control, en su Art. 48 prevé los supuestos de *revocación de la autorización* otorgada a las compañías de seguros. En muchos casos se trata un acto netamente sancionatorio homologable con la caducidad. Adviértase que procede cuando: a) el asegurador no inicie sus operaciones en el 'término de 6 meses' típico supuesto de *caducidad-decadencia*, o b) no cumpla con las normas sobre pérdida de capital mínimo, c) cuando no funcione de acuerdo a sus estatutos, entre otros.

b) Algo similar acontece con la Ley Nº 21.526 de Entidades Financieras. Ella contempla la *revocación de la autorización para funcionar* (Art. 41 inc. 6) como una de las sanciones aplicables por el BCRA. De todos modos, conforme a lo dispuesto en el Art. 44 de la ley 21.526, texto según ley 24.144, aquella medida es aplicable a solicitud de las autoridades legales o estatutarias de la entidad (Art. 44 inc. a) por afectación de la solvencia o liquidez de la entidad que no sea susceptible de superarse por medio de un plan de regularización y saneamiento (inc. c, de la citada norma). Sería un supuesto vinculado a la *pérdida de condiciones subjetivas o de subsistencia*, más que a la producción de incumplimientos o la inobservancia de deberes o cargas.

c) Ley Nº 24.241 reguladora del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones aborda una similar cuestión. En el Art. 71 diseña el régimen de *liquidación* de la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)[66]. En tales circunstancias, el Art. 72 inc. a) prescribe que la Superintendencia debe "dictar resolución *revocando* la autorización para operar en la administración de un fondo de jubilaciones y pensiones...". Y agrega: "esta resolución implicará la disolución por pérdida de objeto de la administradora y conlleva la caducidad de todos los derechos" de ésta y de sus directivos a administrar el fondo.

Aparte de las sanciones penales, el Art. 152 contempla sanciones administrativas por incumplimientos de las obligaciones de las AFJP. Ellas van desde el apercibimiento hasta la *revocación de la autorización para funcionar de la administradora* (inc. d). Más allá de su *nomen iuris* la figura mentada es la de la caducidad.

d) La ley Nº 19.227 sobre Mercados de Interés Nacional determina un capítulo sancionatorio para los usuarios. Contempla penalidades más severa como la "*revocación* del carácter de usuario" (Art. 27 inc.d). Y similar catálogo de sanciones procedía en relación con los concesionarios de un mercado de este tipo (Art. 28). Es evidente que esta *revocación* participa del régimen descripto en los Arts. 17 y 18 de la LPA. Se asemeja a la caducidad-sanción.

e) En la Ley Nº 23.661 sobre el Régimen Nacional del Seguro de Salud están normadas las sanciones que la ANSSAL puede aplicar. Van desde el apercibimiento hasta la *cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores* (Art. 43 inc. c) acto que es afín al de caducidad.

f) Una regulación análoga puede observarse en el Código Aduanero -Ley Nº 22.415- en cuanto a la eliminación del Registro de Despachantes de Aduana, por faltas graves y reiteradas, o por no haber realizado operación alguna o el mínimo de operaciones que determinare la ANA de acuerdo con las características de las distintas aduanas (este último, un supuesto similar a la caducidad-decadencia) (Art. 45 inc. 2)[67].

---

66. Por ejemplo: (i) cuando se verifica una disminución en el capital de la AFJP inferior al mínimo legal establecido (Art. 63) y no se hubiere reintegrado en el plazo establecido, (ii) cuando se verifica dentro de un año un déficit de encaje en más de dos oportunidades, cuando no hubiere cubierto la rentabilidad mínima establecida en el Art. 86 de la ley, (iii) cuando la Superintendencia de AFJP hubiera verificado hechos de los que tengan previsto como sanción tal consecuencia, o (iv) cuando la AFJP hubiera entrado en cesación de pagos (incisos "a" a "f").

67. Lo mismo se dispone en el Art. 98 (eliminación del Registro respectivo) para los importadores y exportadores.

g) De igual forma, la Ley de Pesca Nº 24.922 penaliza con la "*cancelación* de la inscripción" los registros (Art. 51) y con la "*cancelación* de la habilitación para navegar" (Art. 62, inc. d) a propietarios y armadores.

h) La *cancelación definitiva*, es también una sanción que, entre otras, y en atención a la gravedad del incumplimiento, autoriza aplicar la Ley Nº 25.163 sobre Designación y Presentación de Vinos y Bebidas Espirituosas de Naturaleza Vínica. Acto que puede recaer sobre "...(d)el uso de la Denominación de Origen Controlada, Indicación de Procedencia o Indicación Geográfica" (Art. 45 inc. d).

i) La Ley Nº 22.375 de Habilitación y funcionamiento de establecimientos de faena de animales y elaboración de productos de origen animal, consagra también una sanción de *inhabilitación* definitiva (o temporaria) (Art. 4 inc. e), que equivale a la *caducidad* de la habilitación allí disciplinada.

j) A los señalados regímenes se asemeja el de la Ley Nº 18.829 regulatoria de la actividad de las agencias de viaje. Según sus términos, a los titulares de las licencias puede llegar a caberles como penalidad administrativa hasta la *cancelación* de dicho título autorizativo (Art. 13, ley cit.).

k) En la Ley Nº 24.481 t.o. 1996, dec. 260/96, sobre Patentes de Invención y Modelos de Utilidad pueden hallarse ejemplos del instituto bajo estudio. En ella se regulan los motivos de la *caducidad* de las patentes de invención y certificados de modelos de utilidad (Art. 62). Lo cual ocurrirá: (i) al vencimiento de su vigencia; (ii) por renuncia de su titular; (iii) por no cubrir el pago de tasas anuales de mantenimiento al que están sujetos, fijados los vencimientos respectivos (debiendo tenerse en cuenta que el titular cuenta con un plazo de gracia de 180 días para abonar el arancel actualizado, a cuyo vencimiento se operará la caducidad, salvo que el pago no se haya efectuado por causa de fuerza mayor); (iv) "cuando concedido el uso a un tercero no se explotara la invención en un plazo de dos (2) años por causas imputables al titular de la patente". El primero y el cuarto supuestos son típicos casos de caducidad-decadencia; el tercero, de caducidad-sanción.

l) La Ley de cooperativas Nº 20.337 prescribe que las infracciones a las normas aplicables harán pasibles a las entidades -entre otras sanciones- del "*retiro* de la autorización para funcionar" (Art. 101 inc. 3). Sanciones que se graduarán teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, los antecedentes de la imputada, su importancia social o económica y en su caso los perjuicios causados.

m) Un ejemplo de caducidad decadencia lo hallamos en la Ley Nº 25.192, norma que consagró un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del SINAPA por el coeficiente 100 para los "causahabientes de las personas fallecidas entre el 9 y el 12 de junio de 1956, con motivo de la represión por el levantamiento cívico militar de esas jornadas o de su disidencia política" (así lo expresa el Art. 1º). La indemnización, de trámite especial ante el Ministerio del Interior, debe solicitarse dentro de los dos años de la fecha de entrada en vigencia de la ley "bajo apercibimiento de *caducidad*" (Art. 7).

n) El Decreto ley Nº 6823/63 Productos Medicinales, ratificado por Ley Nº 16.478, relativo a la importación y exportación de drogas y medicamentos en general, la producción, elaboración y comercialización en jurisdicción nacional de esos productos, así como la producción, elaboración y comercialización destinada al comercio interprovincial, etc. (Art. 1) entre otras prescripciones prohibe la elaboración de productos fuera de los establecimientos habilitados por el Ministerio de Salud (Art. 3). Pues bien, el in-

cumplimiento de este requisito o la realización de actos vedados por la regulación aplicable conlleva la inhabilitación en el ejercicio de la profesión y la "*cancelación* de la autorización de venta de los productos en infracción o de aquellos compuestos en que intervengan elementos o sustancias cuestionadas". Tales medidas se aplican en función de la gravedad y circunstancias de la infracción, sus proyecciones desde el punto de vista sanitario y los antecedentes del imputado. Vale decir, se exige un análisis para dictar el acto declarativo de la caducidad-sanción.

5. Servicios Públicos y actividades de Interés Público

En este campo sólo mencionaremos algunos ejemplos.

a) En materia de transporte son variados los supuestos en los que la caducidad integra el catálogo sancionatorio.

Así en materia de autotransporte público de pasajeros de jurisdicción nacional, la Ley Nº 21.844 fija las bases del procedimiento aplicable frente a las transgresiones o infracciones a las disposiciones legales y reglamentarias en que incurran los prestatarios de esos servicios públicos. Estas penalidades van desde el apercibimiento hasta la "caducidad de los *permisos*" (Art. 1).

Sucesivas reglamentaciones han terminado de perfilar este régimen de penalidades administrativas (v. Decretos 696/92 t.o. dec. 2254/92, 2673/92; 656/94 253/95; 808/95; 1387/96) en el que es preciso distinguir entre el transporte que desarrolla su actividad bajo el régimen de servicio público y el de habilitación o autorización (v.gr. servicios de oferta libre). A semejanza de lo que ocurre con otros sistemas normativos de reciente factura, en el Decreto 1388/96, por el que se ha aprobado, en su anexo I, el Estatuto de la CNRT, se habilita al ente regulador (v. Art. 7) a propiciar *la suspensión y caducidad de los permisos y licencias para la ulterior resolución* de la autoridad de aplicación (actualmente, el Secretario de Transporte).

b) Un servicio urbano típico es el de taxis. La Ordenanza de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 41.185/87 que, con modificaciones, rige la actividad, exige para prestarlo, tanto la "*licencia de taxi* -calificada como permiso municipal que habilita la prestación del servicio (Art. 1º inc. c)- como la *habilitación del vehículo* (Art. 3)[68].

La aplicación del régimen de penalidades estaba asignada a la, por entonces existente, Justicia Municipal de Faltas. De acuerdo a la gravedad y reiteración de las infracciones cometidas por los titulares de licencia de taxi, pueden disponerse administrativamente sanciones de apercibimiento hasta *caducidad* del permiso (Art. 40 inc. c). Esta última procede cuando por la "*comisión de hechos dolosos en fraude a las normas de este régimen en perjuicio de los usuarios y/o de la municipalidad*". A su vez el Art. 44 reza que "en todos los casos de plazos vencidos se procederá a *intimar al titular* ...con notificación fehaciente de que tendrá un plazo de treinta días para regularizar la situación, caso contrario se procederá a la *baja de la habilitación*". Se trata de un supuesto equivalente al de la caducidad.

68. El servicio tiene una serie de fiscalizaciones y controles pautados, como v.gr. la inspección de la aptitud técnica (Art. 8 inc. k) o el contralor de seguros, pago de impuestos, libre de deuda de faltas, etc. (Art. 6) que debe efectuarse en oportunidad de la renovación anual o periódica de la licencia. Por otra parte el *reloj taxímetro* debe ser provisto por responsables habilitados a tal fin (Art. 12).

c) La actual Ley de radiodifusión Nº 22.285 estatuye las sanciones a aplicar a los titulares de licencias de radiodifusión. Ellas comprenden la "*caducidad* de la licencia" (Art. 81 inc. a, apartado 5) sin perjuicio de otras, como la *inhabilitación* (inc. b, apartado 4). Las causales de caducidad (Art. 85) son:

- el incumplimiento grave o reiterado de la ley, de la ley de telecomunicaciones o de las estipulaciones consignadas en los pliegos de condiciones y en las propuestas de adjudicación;
- el fraude o simulación con que se desvirtúe la titularidad de las licencias;
- la realización y aprobación de una transferencia de cuotas o acciones que la ley prohíba;
- la ejecución de maniobras de monopolio;
- las declaraciones falseadas sobre la propiedad de los bienes afectados al servicio;
- la emisión de mensajes *terroristas*;
- la condena en proceso penal (art. 85)[69]

Hay situaciones anteriores al momento de inicio de las transmisiones que pueden originar una declaración de caducidad[70] que, tal cual ha sido regulada, configura una medida que combina ciertos atributos de la caducidad-sanción con otros más cercanos a la caducidad-decadencia. Por ejemplo, en el Pliego de Condiciones para el otorgamiento de licencias para la instalación, funcionamiento y explotación comercial de servicios complementarios de radiodifusión, aprobado por Res. 725/91 del COMFER, aún vigente, se fija un plazo para la instalación y funcionamiento de tales servicios (12 meses, prorrogable por causa justificada por 6 meses más) (Art. 20). A su vez, en el Art. 21 se prescribe que dentro de los diez días hábiles de notificada la resolución por la que se otorga la licencia, el adjudicatario debe constituir un depósito en garantía del cumplimiento del montaje e instalación del sistema, según una tabla que la misma normativa prevé. Si no es constituido, la consecuencia establecida por la norma es la *caducidad* de la licencia adjudicada y la pérdida del depósito. Ambos efectos se producen *de pleno derecho* (Art. 23). Lo mismo ocurre cuando el licenciatario no incumple con la carga de instalación del servicio en los plazos arriba señalados (Art. 23)[71].

d) Por último basta mencionar que en el régimen de telecomunicaciones, Decreto Nº 62/90 y modificatorios, aprobatorio del Pliego de Condiciones del servicio telefónico (Anexo I, punto 13.10.1) la caducidad de la licencia es la sanción ciertamente más gravosa.

Como hemos dicho, ella podía recaer sobre el derecho a mantener por el plazo predispuesto el *régimen de exclusividad*, a más de ser factible su aplicación total o parcial (p.ej. una provincia determinada) y tiene cabida, entre otros casos, cuando se comprueba una reiteración de sanciones de multas o por incumplimiento de las metas del servi-

69. La caducidad debe ser dispuesta por el PE salvo para los servicios complementarios cuya extinción se atribuye al COMFER. (Art. 86). Paralelamente, la Res. COMFER 626/98 (ADLA LVIII-D-4353) estableció el Régimen de Sanciones aplicables; reformada por Res. 609/2001 COMFER (aprueba el texto ordenado; deroga las Res. COMFER 1413/96 y 60/97). Distingue entre faltas leves y graves. Luego realiza una escala progresiva de sanciones que aparecen reiteradas. Las *faltas graves* de los explotadores de servicios de radiodifusión pueden sancionarse con la caducidad de la licencia.

70. Estos son -y eran bajo el régimen del decreto 1577/69- casos de caducidad en forma directa, sin necesidad de sumario previo. Tau Anzoátegui critica la exención del sumario, porque la gravedad de la sanción exige la audiencia previa (*Cf.*, TAU ANZOÁTEGUI, Carlos, A., *Derecho de la radiodifusión*, Bs. As. 1998, p. 397). Por ejemplo, señala que pueden concurrir razones de caso fortuito o fuerza mayor que impidan a la emisora concluir los requerimientos previos para la habilitación.

71. Otra causal de caducidad es la falta de constitución en el plazo legal de 180 días, de la sociedad que ha de explotar la licencia (Art. 29).

cio obligatorio. La *caducidad de la licencia*, 13.10.6 del Pliego, estaba prevista para situaciones de incumplimiento grave de las obligaciones, siendo de aplicación luego de haberse impuesto la caducidad total del régimen de exclusividad, o la interrupción total o parcial reiterada del servicio. Además, el Pliego estableció con precisión las consecuencias y alternativas a seguir en caso de decretarse la caducidad[72].

A su vez, el Decreto 1185/90 dispone que la Comisión Nacional de Comunicaciones tiene competencia para la declaración de caducidad (así como el otorgamiento) de las licencias a las que no corresponda régimen de exclusividad" (Art. 9 inc. a) o de *las autorizaciones y en su caso los permisos* (inc. c). En tanto que el Art. 25 impone sujetar la declaración de caducidad de las licencias, autorizaciones o permisos por el Poder Ejecutivo Nacional o la CNC, según el caso, a "*...las reglas del debido proceso adjetivo, en particular las contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo"*.

e) Inscripta en la dinámica contractual, la caducidad de las concesiones puede ser modulada a través de un instrumento predispuesto por la Administración con carácter general o, aún, de pacto específico, supuesta una cierta laxitud en el marco normativo de base[73]. Para cubrir el vacío de la falta de la interpelación previa parece pertinente extender aplicación de la norma del Art. 21 de la LPA.

En tal sentido, Cassagne no encuentra obstáculo en extender la causal del Art. 21 de la LPA a los contratos de concesión, en la medida en que no hubiere prescripciones específicas en la legislación o en los documentos que rigen tales concesiones. Y añade que con arreglo a aquel precepto, que a su juicio comporta un típico medio de resolución o rescisión unilateral que dispone la Administración frente al incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario, con el fin de preservar el servicio o la explotación de la obra pública, el principio es que la resolución contractual no se produce *ipso iure*. De ello se deriva la inaplicabilidad al derecho administrativo del Art. 1204, 3ª parte del Código Civil, en cuanto contempla la posibilidad de pactar la rescisión de pleno derecho[74].

VI. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD

1. Subjetivos

El Art. 21 de la LPA dice *la Administración podrá declarar* con lo que es claro que el órgano competente puede decidir y disponer (Art. 12, LPA) el acto de caducidad. La autoridad administrativa tiene un margen de apreciación que está reforzado en el texto al consignar el vocablo *podrá*.

---

72. Entre otros en los apartados 13.10.3.2; 13.10.6; 13.10.5.2; 13.10.7.1 ; 13.10.7.2 ; 13.10.7.3; 13.10.7.4.; 13.10.7.5; 13.10.7.6; 13.10.7.7; 13.10.7.8; 13.10.7.9, 13.10.7.10; 13.10.7.11; 13.10.7.12; 13.10.7.13 del Pliego respectivo.

73. Sin utilizar el *nomen* caducidad, el régimen previsto en los Contratos de Concesión de Servicio Público de Transporte de Energía Eléctrica, celebrados bajo el régimen de la Ley 24.065, contempla un procedimiento singular para la *ejecución de la garantía* por incumplimientos graves de la empresa transportista, que exige para su configuración la intimación y el otorgamiento de un plazo razonable para subsanar los defectos (*V.,* Art. 30, Contrato citado) y, en su caso, la *venta por el Concedente de las acciones prendadas* (Art. 31).

74. Conf. "El Contrato …" *cit.*, p. 102 nota 39.

En el campo regulatorio de ciertos servicios públicos y de actividades de interés público, suele establecerse una distinción competencial a la hora del tratamiento de la caducidad-sanción, entre la *propuesta* o *iniciativa* para el pronunciamiento de la caducidad, asignada al ente regulador, y el acto declarativo de la caducidad, competencia de la autoridad de aplicación o titular de la Administración[75].

2. Objetivos

a. ¿Qué es lo que dispone el acto de caducidad? ¿Sobre qué bienes jurídicos recae? ¿Y en cuáles supuestos típicos procede?

Ciertamente, la caducidad extingue el acto administrativo con el efecto de gravamen al que antes nos hemos referido, por incumplimientos o inejecuciones de deberes o cargas, impuestas en el interés de la Administración, de terceros (v.gr. usuarios) o del propio incumplidor, privando al interesado del disfrute de un bien jurídico. Como excepción, bajo algunas regulaciones sectoriales, se acude a esta modalidad por motivos de índole objetiva, referidos a la frustración o la imposibilidad de obtener la finalidad pública perseguida por la Administración al otorgar el acto cuya extinción se dispone, sin repararse mayormente en la conducta observada por el interesado.

La caducidad actúa sobre las consecuencias jurídicas de actos favorables o ampliativos generadores de relaciones jurídico administrativas, aun de sesgo bilateral, o bien sobre las consecuencias de vínculos contractuales, o sobre títulos de atribución exigidos para el ejercicio de derechos o para la delegación de cometidos de preferente interés público. Esos actos, como se ha dicho ya, han de ser de efectos singulares, no normativos o reglamentarios.

De allí que el campo de aplicación más corriente esté conformado por:

- Las relaciones de fomento.
- Las concesiones de uso de bienes del dominio estatal.
- Las licencias o autorizaciones urbanísticas.
- Las autorizaciones de funcionamiento.
- Las habilitaciones.
- Las concesiones y licencias de servicios públicos.
- Excepcionalmente, supuesto que en estos vínculos anteriores no se refleje con cabalidad, en relaciones especiales de sujeción.

75. Así, tanto el Estatuto de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (Decreto 1388/96), el Marco Regulatorio Eléctrico, como el similar del Gas, Leyes nº 24.065 (Art. 56 inc. h) y nº 24.076 (Art. 52 inc. j), respectivamente, se atribuye a los correspondientes entes reguladores la *propuesta* de la caducidad. Y al Poder Ejecutivo u órgano correspondiente de la administración activa compete dictar el acto extintivo. El problema se suscitará si el acto resolutorio del P.E.N o autoridad competente de aplicación no está precedido de la propuesta o si se aparta de ésta. La propuesta, como el dictamen, son actos preparatorios de carácter esencial, que, de un lado, deben ser expedidos (salvo que en situaciones de urgencia comprobada existiere una inercia inexcusable o la imposibilidad de funcionamiento del organismo regulatorio) y que, por lo menos, agravan la carga motivadora de la autoridad competente para resolver. En el caso de la radiodifusión, el Poder Ejecutivo dispone las caducidades de las licencias cuyo otorgamiento le compete (p.ej. las de televisión abierta; Art. 39, inc. a, Ley nº 22.285); y lo propio cabe para el COMFER (p.ej. los denominados servicios complementarios de radiodifusión como la TV por cable; Art. 39, inc. b, Ley nº 22.285) conforme al Art. 86 del mismo texto legal, que recoge el principio del *paralelismo de las competencias.*

b. El presupuesto objetivo o material básico de la declaración de caducidad se afinca en el incumplimiento de obligaciones, prestaciones o condiciones *esenciales*, impuestas por las normas de aplicación o fijadas en el propio acto cuyos efectos se extinguen. Trátase, pues, de una transgresión u omisión *injustificada* (culpable, *lato sensu*), en rubros principales o definitorios para la Administración (v.gr. pago del canon por la concesión de uso del bien), atribuible o imputable a la persona ha de ser desalojada de su situación subjetiva[76].

c. Acotemos algo más sobre el contenido principal del acto de caducidad. En primer lugar, ya se ha dicho que incide sobre la subsistencia de un bien jurídico de la persona vinculada con la Administración en el marco de una relación jurídico administrativa particular (que no necesariamente genera prestaciones recíprocas y fluentes de una parte a favor de la otra). Y puede hacerlo sobre esta situación subjetiva *in totum* o sobre algún aspecto de ella. Valga el ejemplo de la caducidad prevista en el régimen originario de la privatización del servicio telefónico (Decreto Nº 62/90) que preveía una secuencia sancionatoria que comenzaba por la caducidad en la situación de exclusividad que beneficiaba a las licenciatarias del servicio básico -que rigió durante el primer tramo de la licencia- y que podía concluir con la caducidad de la licencia misma.

La medida extintiva puede conllevar, a la vez, la aplicación de sanciones accesorias o aparejar consecuencias de índole complementaria (p.ej. en la Ley ambiental general de la Provincia de Buenos Aires, Nº 11.723, en su art. 70, junto con la *caducidad* contempla la aplicación de la *clausura* del establecimiento involucrado). Y, desde luego, deja subsistente la pretensión para el resarcimiento de los daños, que puede ejercer la Administración.

El Art. 21 de la LPA apunta a la declaración de caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo. ¿Qué quiere decirse con la expresión *condiciones fijadas*? Gordillo apunta que el enunciado hace referencia a las obligaciones que el acto imponga al particular destinatario[77]. Como vimos, el defecto de redacción de la norma ha sido corregido en la versión consignada en la LPA de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 21).

Estimamos necesario superar una inteligencia meramente literal o estrecha en la interpretación del precepto. Independientemente de lo dispuesto en el acto cuyos efectos sean extinguidos o declarados caducos, las condiciones u obligaciones referidas puedan ser tanto las determinadas en él, cuanto aquellas otras que resulten de la aplicación de normas superiores o correlacionadas con dicho acto (v.gr. leyes, reglamentos, pliegos, contratos, etc.). Más aún, esto último ocurrirá muchas veces. En las concesiones, autorizaciones, licencias o habilitaciones, las obligaciones y cargas impuestas al interesado, así como las sanciones (incluida la caducidad) por su incumplimiento se incorporan a complejos normativos en los que encaja -y a los que debe sujetarse- el acto de concesión, autorización, dispensa o habilitación.

---

76. En ocasiones, la jurisprudencia ha calificado tal comportamiento (refiriéndose a la caducidad de un permiso de edificación) como una sanción que adoptada ante el incumplimiento grave y culpable de obligaciones esenciales del administrado" (SCBA, B-47.881, "Lovardo"; B-47.882, "Ravinovich").

77. "A menos que se quiera interpretar el artículo en el sentido de que la caducidad sólo procede si el incumplimiento se refiere a obligaciones del interesado que fueron condición del otorgamiento del acto. Pero tampoco creemos que esta interpretación sea correcta, pues no se estaría hablando de una condición en sentido jurídico, ya que no lo sería ni suspensiva ni resolutoria. En lugar de *condiciones fijadas*, pues, ha de entenderse simplemente *obligaciones impuestas* (*Ob. cit.*, XIII-19).

Por ello, la LPA de Neuquen (v. *supra* 3) resuelve con mayor sabiduría esta cuestión, al no limitar la fuente de las obligaciones o condiciones al acto favorable objeto de la extinción. Idéntica interpretación se corresponde con el Art. 21 de la LPA de la Ciudad de Buenos Aires.

En fin, lo importante es tener presente que, con mayor o menor laxitud, las causales de caducidad han de estar objetivadas en una norma preexistente al acto extinguido (ley, reglamento, pliego de bases y condiciones, contrato, según el caso). O, a lo sumo, en el mismo acto de otorgamiento del derecho o beneficio otorgado. Pero siempre antes del incumplimiento que la Administración pretenda invocar a los fines de la declaración de caducidad.

d. Porque involucra el ejercicio de una potestad pública, en la declaración de caducidad, la Administración debe observar los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad.

Sobre el punto, la Suprema Corte provincial ha tenido ocasión de trazar adecuadas líneas interpretativas en un precedente de una década atrás[78]. El tribunal[79] tuvo en cuenta que el acto revestía el carácter de una sanción por supuestos incumplimientos del continuador del concesionario original. A partir de lo cual, y al valorar la gravedad de la conducta reprochada, consideró que las faltas no reunían entidad suficiente para justificar la determinación extintiva. Por otra parte, entre otros elementos, valoró que el continuador había explotado la unidad balnearia *por casi siete años sin merecer objeciones a su desempeño ni incumplir el pago del canon*. De allí que la Administración al declarar, tanto tiempo después, la caducidad por la ausencia de aquellos elementos documentales, había incurrido -a juicio de la Corte provincial- en un verdadero exceso y, por su desproporción, que dicho acto se tornaba manifiestamente irrazonable. En el entendimiento del fallo, la razonabilidad del acto de caducidad debía centrarse en la "*la comprobación de incumplimientos graves y culpables ...del particular*". En definitiva, la medida extintiva carecía de *...un justo motivo*[80].

Sintetizando: en el ejercicio de la potestad administrativa que venimos examinando, el *test* de razonabilidad, como el de *proporcionalidad*[81] (entre la falta y la sanción) inherente a aquélla, debe estar presente a la hora de disponer una caducidad.

e. Reconocerle a la Administración un cierto margen de maniobra para apreciar la pertinencia de la medida, contribuye no sólo al resguardo de los derechos subjetivos de quienes han accedido a una autorización, licencia o concesión, sino también a la mejor satisfacción de los intereses generales. Así, p. ej., en las concesiones de servicios públicos, el principio de continuidad podrá inclinar la balanza a favor de la salida menos drástica frente a una crisis prestacional, evitando la caducidad. De tal modo, el carácter sancionador de este acto queda en cierto entredicho cuando el órgano administrativo,

78. SCBA, causa B-50.010 *Herederos de Amalia del Carmen Gómez de Valenzuela c/Municipalidad de General Alvarado. DCA*, sent. de fecha 17-10-90. Se trataba de un caso en el que los herederos del concesionario de una unidad fiscal balnearia, que habían solicitado y obtenido la continuidad de la concesión de uso, conforme al Pliego de Bases y Condiciones, impugnaron una declaración de caducidad dispuesta por el Municipio sobre la base de un informe administrativo en que se señalaba que aquéllos no habían acompañado unas constancias y planillas referidas a las capacidades económico-financieras y comerciales, que se hallaban expresamente previstas en la Documentación licitatoria.

79. Que descartó, en primer término, que la decisión involucrada (cese de la concesión) se hubiera fundado o no en la ilegitimidad del acto que convalidó la continuidad en la explotación del balneario.

80. Con cita de los precedentes de la SCBA en las causas B-48.179, *Fryd*, de 29-VI-82 y B-47.879, *Nebenschoss* de 19-2-90.

81. *Cf.*, BREWER CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid 1990, pp. 72 y ss.

valorando este tipo de exigencias o motivaciones de interés general, no se pronuncia por la extinción, existiendo causas objetivas para hacerlo[82]. Igualmente, en materia urbanística se han dado casos en que la Administración optó por la rehabilitación de licencias que, estando incursas en caducidad[83], no eran formalmente declaradas como tales, precisamente por motivos de interés público[84].

En esta misma línea de razonamiento, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la Administración tiene la potestad de valorar las circunstancias y motivaciones que invocara el interesado para verificar si hay razones justificativas del incumplimiento[85].

Todo ello inhibe la automaticidad en la solución legal o en la aplicación de la sanción de caducidad[86].

f. En vínculos contractuales, las causales de extinción deben provenir de norma expresa del acuerdo negociado o predispuesto. La única causal que cabría admitir en la lógica contractual, pública o privada, en defecto de estipulación expresa, podría ser el *distracto* o la resolución de común o mutuo acuerdo[87].

3. De procedimiento

a. El procedimiento ordinario de la declaración de caducidad tiene un trámite esencial que es la *intimación previa* integrada con el adicional *emplazamiento* (concesión de un plazo suplementario) que la Administración debe efectuar al interesado, a fin de que éste pueda superar el estado de incumplimiento o inejecución obligacional. Trámite que deberá concretarse por medio de un acto expreso, debidamente notificado al interesado, potencial destinatario de la declaración de caducidad.

b. En torno a la observancia de este recaudo se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Hermes Francisco, Borgo c. Junta Nacional de Granos*[88]. Se cuestionaba la legitimidad o, visto de otra manera, el grado de invalidez, de una resolución de la Junta Nacional de Granos que había dejado sin efecto el acto de reincorporación al organismo de un agente por no haber tomado posesión del cargo. Aquélla resolución extintiva había sido dictada sin previa intimación ni concesión de plazo suplementario alguno al afectado.

---

82. *Cf.*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el derecho administrativo español*, Madrid 1993, pp. 40, 41 y ss.

83. *Cf.*, RODRÍGUEZ ARANA, *cit.*, pp. 242 y ss.

84. Sobre esta cuestión mucho tiempo atrás la Corte ha sostenido que, tratándose de concesiones otorgadas por la Nación, *la caducidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquéllas*, sin que ningún interés de orden privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente (Fallos 114: 124; 124: 626).

85. PTN, Dictámenes, t 148: 204, de fecha 6-3-79.

86. Este criterio que, ha sido aplicado por la Procuración del Tesoro en el análisis de las decisiones a adoptar en materia de relaciones de fomento, se relaciona también con la reconocida facultad administrativa de aceptar modificaciones en los planes industriales, con base a la doctrina de Dictámenes 132:163; luego sostenida en 157:248.

87. Con todo, no parece impropio aplicar en determinados supuestos, como norma supletoria, el Art. 21 de la LPA, pues su regulación, con las garantías que ofrece al interesado, debiera prevalecer sobre la extensión analógica de normas del derecho privado, tales como los Arts. 509 y 1204 del Código Civil.

88. CFCA Sala IV, sent. 19-6-84; CSJN Fallos 308:108, sent. de 13-2-86.

La sentencia de Cámara, contraria a la pretensión, consideró que esa omisión de procedimiento generaba en el acto extintivo una *mera anulabilidad subsanable*, criterio compartido por el Procurador General de la Nación[89].

La Corte Suprema se inclinó por una solución diferente, revocando el pronunciamiento del tribunal inferior[90]. En su fallo sostuvo que la caducidad decretada reconocía como fundamento *una conducta reprochable* del agente. Y que requería de la interpelación para que al empleado pudieran aplicársele los efectos propios del retardo imputable en la esfera de relación de empleo público. La falta de este requerimiento, a juicio de la Corte, determinó la nulidad del acto por el vicio de violación de la ley (Art. 14 inc. b, LPA)[91].

En nuestra opinión, la ilegitimidad apuntada encuadra, principalmente, en la inobservancia de un procedimiento esencial (Art. 14 inc. d, LPA)[92].

c. Por esta última solución (nulidad absoluta de la caducidad que omite la previa intimación, por violación de una formalidad esencial del procedimiento, Arts. 7 inc. d y 14 inc. b, LPA) se ha inclinado la Procuración del Tesoro[93].

d. Las consideraciones anteriores tienen cabida en el terreno de los principios generales. Pero no es improbable que su virtualidad ceda ante específicas y justificadas normas administrativas.

---

89. Ambos tuvieron en cuenta, además, el tiempo transcurrido entre el acto que había decidido la reincorporación y aquel que resolvió luego dejarlo sin efecto; lapso que para la Cámara había podido hacer creer a la Administración que no era menester el cumplimiento de tales recaudos.

90. El Alto Tribunal consideró que "*...aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente... la demora en que se hubiera incurrido al asumir el cargo correspondiente carecía de relevancia jurídica y no podía válidamente sustentar la legalidad del obrar administrativo ni atenuar los defectos de un acto que presuponía el cumplimiento de aquella exigencia*" (Cons. 5º).

91. En otro caso, diferente y encuadrado en un régimen especial (de la ley 22.529) la Corte Suprema, a los fines pronunciarse por la ilegitimidad del obrar extintivo (acto de revocación de la autorización bancaria fundado en el fracaso del plan de saneamiento presentado ante el BCRA) pareció exigir al impugnante la demostración del agravio que había significado la omisión del respeto o el establecimiento de plazos adicionales con el objeto de evitar la resolución de gravamen, en la medida en que no se había argumentado una hipotética solución distinta de haberse contado con ellos (*in re* Banco de Ultramar S.A., de 28-6-88, Fallos 311: 433).

92. En un fallo judicial más reciente se ha reafirmado la obligatoriedad de la intimación y la concesión de un plazo suplementario, que establece el Art. 21 de la LPA. En el caso, el actor cuestionada una resolución de Lotería Nacional S.E. por la que se había extinguido el contrato de agencia oficial de la que era titular, por no haber cumplido con el monto mínimo promedio de recaudación que se había fijado. El agravio del actor se centró en que la medida (denominada *revocación*) se había adoptada sin aviso previo, lo cual le hubiera permitido tomar alguna determinación para evitar la cancelación de su estatus de *agenciero*, a pesar de que en el contrato respectivo las partes no habían impuesto esa *puesta en mora*. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, por su Sala I, consideró que la omisión del emplazamiento legal (Art. 21, LPA), entre otros vicios que declara probados, afecta la validez del acto extintivo. Porque, como dice, "...de haber mediado la intimación previa y ante la consecuencia a la podría llevar persistir en el incumplimiento de la exigencia, bien pudo el actor haber intentado redoblar esfuerzos para alcanzar el mínimo exigido o, en caso de resultarle imposible, pudo haber adoptado medidas alternativas, como la alegada eventual cesión de los derechos y obligaciones del contrato... con la hipotética posibilidad de obtener una lleve por la venta del fondo de comercio, impidiendo o restringiendo la negativa incidencia sobre su patrimonio que es susceptible de provocar la caducidad decretada por la Administración" (Expte. nº 28.936/99 *Lapeña, Francisco c/Lotería Nacional S.E. -Resol. 263/99 s/amparo Ley 16.986* de 22-2-00)

93. Dictámenes t 200: 14 (parecer emitido el 9-1-92. expte. 3294/87). En el caso aludido se había declarado la caducidad de la resolución de la Subsecretaría de Pesca que había aprobado un proyecto pesquero presentado por una empresa del sector, inicialmente aprobado y materializado a través de un permiso de pesca, a realizarse con dos buques. La medida extintiva se había dispuesto a pesar de que el beneficiario había solicitado sucesivas prórrogas (así como el reemplazo de los buques por otros) alegando *dificultades objetivas que le impedían comenzar o desarrollar el proyecto*.

Así, en materia tributaria o de ingresos públicos en general, las disposiciones que regulan las moratorias o los planes de facilidades de pago o los convenios de pago de deudas impositivas en cuotas, suelen encadenar una caducidad automática al vencimiento impago de una o más cuotas de los planes que suscriben los contribuyentes deudores o dar el carácter de condición resolutoria a ciertos incumplimientos de quienes se acogieron a dichos planes (v.gr. el régimen de las Ley Nº 12.937 de la Provincia de Buenos Aires; Res. 1405/01 de la Dirección de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires; la Res. AFIP 4383/00)[94]. Con esta misma línea de razonamiento, en algún fallo jurisprudencial se ha considerado innecesaria la emisión por parte de la D.G.I. de un acto administrativo que declare operada la caducidad, dado que ésta se había producido de *pleno derecho*[95].

7. Como hemos visto en ciertos procedimientos administrativos correspondientes a los regímenes sectoriales, la caducidad se exhibe como el eslabón final de un trámite sumarial, a sustanciarse con plena audiencia del interesado. Estos trámites, en principio, dejan de lado la aplicabilidad de los procedimientos que impone el Art. 21 de la LPA.

VII. APUNTES COMPLEMENTARIOS

Para concluir la descripción general del instituto cabe examinar brevemente algunos aspectos complementarios.

1. Concurrencia de causales de revocación y de caducidad

a. Sin tratarse de un supuesto habitual, puede suceder que en una determinada situación confluyan en un mismo acto administrativo las razones para revocarlo por ilegitimidad o, según el caso, por inoportunidad, con las que permitirían declarar su caducidad. Por ejemplo, si al tiempo de decidirse la sanción extintiva el órgano administrativo descubriera un vicio de origen en acto, que, además, era de conocimiento del beneficiario. O cuando coincide un cambio de valoración del interés público implicado con la configuración de supuestos que podrían dar lugar a la caducidad.

Cierto es que estos ejemplos se enuncian en el modo más simplificado y lineal posible; y que la realidad es mucho más compleja, lo que descarta la aplicación de criterios rígidos. Con todo, en líneas generales, parece útil marcar algunos trazos gruesos en este asunto. Y, así, cabe sostener que:

(i) Si la convergencia se da entre vicios de legalidad y faltas generadoras de la caducidad-sanción, el principio de legalidad impone al órgano administrativo una precisa determinación de la juridicidad o invalidez de origen del acto en cuestión. En caso de descartarse el ejercicio de la potestad anulatoria por tratarse de un acto válido o regular, recién entonces la Administración debería enderezar su accionar hacia la declaración de caducidad.

94. Por su lado, la Res. nº 321/00 de la Secretaría de Comunicaciones, ha previsto la caducidad de *pleno derecho* de las autorizaciones o permisos para operar sistemas, estaciones y servicios radioeléctricos, por falta de pago. De igual modo, en el régimen de regularización de deudas por sanciones dispuestas por la autoridad de aplicación en materia laboral en la Provincia de Buenos Aires, aprobado por Decreto 1385/01 se establece la caducidad automática del plan de cuotas, en caso de incurrirse en mora en el pago de tres de ellas consecutivas o cinco alternativas (Art. 6º, Dec. *cit.*).

95. CNCAF, Sala I, cauda 6138/97, "Davisa S.A." de 5-8-97.

(ii) Si concurre una valoración negativa del interés general comprometido en la subsistencia del acto (a los fines de la revocación por inoportunidad) y el incumplimiento grave del interesado, se impone, antes que nada, atender a la configuración de las causales de caducidad. Pues, de hallarse reunidos sus recaudos, la Administración deberá ejercer la potestad sancionatoria, no sólo por imperativo legal, sino por cuanto sería difícilmente compatible con el interés público eludir su ejercicio e incurrir, además, en el coste de las indemnizaciones que apareja la revocación por inoportunidad.

b. La Procuración del Tesoro de la Nación ha tenido ocasión de examinar un mismo acto extintivo de situaciones subjetivas, desde la perspectiva revocatoria y desde la que ofrece la caducidad[96]. En el caso, se trataba de un agente que había sido designado en una entidad pública federal, cuyo nombramiento fue considerado irregular, por no acreditar la condición de ciudadano argentino[97].

El órgano de asesoramiento, que había afirmado la pertinencia de la potestad revocatoria (Art. 17, LPA) en un *obiter dictum*, añadió que parecía aplicable al caso el art. 21 de la LPA. Ello por cuanto la designación del funcionario había sido efectuada "...*sujeta a que el nombrado -beneficiario con su incorporación a la planta del personal permanente- diera satisfacción a las exigencias legales en lo que a la nacionalidad refiere*: se trataba de una *condición implícita, a cuyo cumplimiento fue intimado en numerosas ocasiones, habiéndosele acordado al efecto plazos suplementarios por demás razonables*".

Si bien compartimos la idea general del dictamen, no podemos dejar de llamar la atención sobre los conflictos a que puede dar lugar la afirmación de la existencia de alguna *condición implícita*, a los fines de la aplicabilidad del Art. 21 de la LPA.

2. Efectos de la caducidad

a. Según lo comentáramos al comienzo, la caducidad proyecta sus consecuencias *ex nunc*. De todos modos, estos efectos se manifiestan de manera consistente con la condición jurídica del acto extinguido. Así, cuando opera sobre una habilitación implica la imposibilidad de continuar realizando la actividad. Cuando recae sobre la concesión de un bien del dominio público, suprime el derecho real administrativo que gozaba el concesionario[98].

96. Lo hizo en el dictamen registrado en el tomo 146: 522, de su Colección de Dictámenes. Expte 80250, del 29-9-78.

97. Se había violado el art. 3 del decreto ley 6666/57, a la sazón aplicable al caso, por tratarse de un ciudadano paraguayo.

98. *Cf.*, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t 4, Bs. As. 1954, pp. 271. Por otra parte, como lo ha sostenido la Corte Suprema en un antiguo pronunciamiento, la caducidad de la concesión no puede tener más consecuencia que la de privar al concesionario del derecho de hacer aquello mismo que el acto de concesión le otorgaba como privilegio (o como derecho, diríamos ahora), esto es, la facultad de ejercer su actividad futura en esa parte de la administración pública que, dentro de ciertos límites, le había sido delegada (CSJN, t 141:190, sent. de 18-4-22).

b. En diversos regímenes la caducidad apareja sanciones accesorias o complementarias[99]. Por ejemplo, la inhabilitación para ser permisionario o concesionario de la Administración o la interdicción no ya al titular del beneficio, autorización, permiso, etc., sino al profesional actuante.

c. Finalmente, por principio, la declaración legítima de caducidad, a diferencia de la revocación por interés público (Art. 18, LPA) no genera derecho a indemnización por parte de la Administración.

VIII. CONCLUSIONES

La caducidad a la que nos hemos referido preferentemente en esta ponencia (*caducidad-sanción*) ofrece las siguientes notas características:

a. Es un modo extintivo de actos administrativos vigentes, susceptible de modulación por la administración pública en el diseño reglamentario con base legal o en las estipulaciones consignadas en actos ampliativos o en dispositivos contractuales.

b. Actúa sobre los efectos jurídicos de los actos de alcance singular, válidos, favorables y en perjuicio del destinatario.

c. Opera por lo general sobre autorizaciones, habilitaciones, licencias o permisiones que facilitan una actividad o uso, actos cuyos efectos se hallan en curso de ejecución al tiempo de su dictado.

d. En principio, genera sus consecuencias hacia adelante; a menos que como producto de la sanción deba evitarse un enriquecimiento indebido del incumplidor (v.gr. restitución de subsidios o beneficios promocionales) por lo que el reintegro puede ser un accesorio procedente.

e. Supone un título válido o no irregular en su origen en el ejercicio de los derechos luego caducos.

f. No es aplicable frente a las omisiones o incumplimientos menores, o de obligaciones accesorias o prestaciones no esenciales, o ante la realización de faltas aisladas, no reiteradas.

g. Exige, por vía de principio, la acreditación de conductas culpables y de gravedad, consistiendo en una reacción a modo de sanción rescisoria, aun cuando, excepcionalmente, puede actuar por causas objetivas no culpables, como la pérdida de ciertas condiciones de interés público bajo las cuales fue otorgado el acto favorable.

h. También requiere de acto expreso; no hay posibilidad de caducidad automática, sin declaración de voluntad administrativa.

i. A falta de regulación en sentido contrario, exige de la intimación para constituir en mora al incumplidor y la concesión de un plazo suplementario para que cumpla la prestación debida o regularice la situación.

---

99. SCBA, Causa B. 50.701, *Alvarez de Allue, Inés contra Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa* de 29-12-92. En esa sentencia se trató -y consideró ajustada a derecho- la desestimación de una oferta presentada por una persona que había formado parte de una sociedad cuya concesión de uso fuera caducada por falta de pago de canon, por la autoridad licitante. En el Pliego de Bases y Condiciones se había dispuesto la inhabilitación por un período de 4 años.

j. Como acto administrativo, su razonabilidad está ligada, básicamente, a la *proporcionalidad* que debe observar entre la gravedad de la infracción cometida, los intereses en públicos y privados presencia y el contenido de la privación que ha de provocar o de la actividad que ha de interrumpir o afectar.

k. Las causales de caducidad pueden haberse dispuesto en el acto de otorgamiento del status subjetivo o tener soporte en disposiciones o acuerdos que lo complementan o informan; mas siempre han de estar pautadas en una norma legal, reglamentaria o incluso contractual, anteriores, a la que aquél se ajustó.

l. Por fin, la declaración válida de la caducidad no genera, por vía de principio, el deber de indemnización por parte de la Administración.

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Rafael Gómez-Ferrer Morant
Catedrático de Derecho Administrativo. España

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características del Derecho Administrativo es su sensibilidad a la configuración del Estado en cada momento histórico, y a las ideas políticas predominantes en cada época e incluso en el Gobierno del momento, dado que el pluralismo político es uno de los valores propios del Estado democrático.

De ahí que en las instituciones del Derecho Administrativo se refleje una línea de evolución continua que es perceptible en cada época e incluso en períodos muy cortos de tiempo.

De esta forma, si tomamos en consideración el contrato administrativo podemos efectuar afirmaciones aparentemente tan diferentes como las siguientes:

- el contrato administrativo se configura inicialmente, a mediados del s. XIX, como un contrato privado con modulaciones.

- el contrato administrativo se configura como una institución jurídica substantivada en la Ley de Contratos del Estado de 1965, y también, a partir de la Constitución, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.

- existe una línea de tendencia que coexiste con la anterior, claramente perceptible en el momento actual, a volver a configurar determinados contratos de obras públicas como un contrato privado con modulaciones.

Y por otra parte, debe señalarse que la regulación de los contratos de las Administraciones Públicas se encuentra lejos de haber llegado a una fase de estabilidad. Cada año se modifica la Ley de Contratos de 1995 por medio de las denominadas *Leyes de Acompañamiento* que son Leyes de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, y, además, en el momento actual se encuentra en tramitación un proyecto dirigido a modificar más de 100 artículos de esta Ley.

Todo ello acredita un modo de legislar al hilo de los problemas que se van planteando, sin la pausada y necesaria reflexión de fondo que requieren las leyes estructurantes del ordenamiento jurídico; pero evidencia también la existencia de una realidad cambiante que va por delante del legislador el cual -hasta ahora- se muestra impotente establecer una regulación general dotada de la necesaria estabilidad. A ello contribuye sin duda la desconfianza en la Administración, que al quedar encorsetada por una ordenación rígida, promueve sucesivos cambios legislativos para solucionar cuestiones concretas suscitadas en el período que transcurre entre dos Leyes de Acompañamiento.

Dentro de este continuo cambio legislativo, fuente de inseguridad jurídica, resulta especialmente oportuno intentar detectar cuáles son las cuestiones de base, las líneas de tensión que permiten explicar la mutabilidad de la figura del contrato administrativo.

II. LA CONFIGURACIÓN INICIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EN EL ESTADO LIBERAL, COMO UN CONTRATO PRIVADO CON MODULACIONES

El surgimiento del contrato administrativo se produce en el s. XIX, al hilo de la solución de cuestiones concretas que se van suscitando en el tiempo, y no como producto de una construcción dogmática.

En el contexto de un Estado abstencionista como el Estado Liberal, la cuestión que se plantea es la realización por el Estado de obras públicas[1], cuya construcción viene a remover obstáculos para el libre juego de la iniciativa privada. Y como en este contexto ha de justificarse toda intervención del Estado, resulta necesaria la búsqueda de títulos[2] que justifiquen la incidencia que la obra pública puede producir sobre la propiedad, la libertad, y la igualdad. Y también es objeto de consideración, desde otra perspectiva, cuál es la posición jurídica que ha de ostentar la Administración para la mejor consecución del interés general[3].

A continuación se desarrolla brevemente cada uno de estos aspectos.

1. Obra pública y propiedad privada

La realización de obras públicas requería privar de su propiedad a los propietarios afectados, y la propiedad se consideraba en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como un derecho sagrado e inviolable, lo que planteaba la cuestión de si la realización de la obra pública justificaba la privación de la propiedad privada.

Este problema será solucionado por la Ley de 17 de julio de 1836 sobre "enajenación de la propiedad particular por causa de utilidad pública"; de acuerdo con esta Ley, siendo inviolable el derecho de propiedad sólo podrá obligarse a la enajenación para *obras de utilidad pública*.

Si únicamente la obra de utilidad pública justificaba la expropiación forzosa, que suponía el sacrificio de un derecho calificado de *inviolable*, como el de propiedad, se explica fácilmente que resultara necesario determinar qué debía entenderse por obra de utilidad pública. Y ello no sólo desde la perspectiva parcial de la expropiación forzosa y consiguiente incidencia sobre la propiedad privada, sino también desde la perspectiva del interés general en presencia, que exigía tomar en consideración las distintas cuestiones que planteaba la promoción y ejecución de la obra pública.

---

1. La importancia de la obra pública en el proceso de formación del Derecho Administrativo y sus instituciones han sido objeto de estudio por FERNÁNDEZ,T.R., "Las obras públicas", *RAP*, n° 102, vol. III, pp. 2.427 a 2.471.

2. Sobre la búsqueda de títulos de intervención, en general, *V.*, VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid 1964, esp. pp. 121 y ss.

3. Esta doble perspectiva ha sido desarrollada en mi trabajo "El contrato de obras. La concesión de obra pública como contrato", publicado en el libro colectivo *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 1996.

En esta línea, el R.D. de 10 de octubre de 1845 aprobó y mandó observar la *Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas*, cuyo concepto delimitaba mediante una enumeración abierta, que sería completada por la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

2. Obra pública y libertad de empresa: planificación pública e iniciativa privada

En la regulación de la época se refleja la idea liberal de la incapacidad empresarial de la Administración, lo que conduce a que la Instrucción establezca que el sistema normal de realización de la obra es el contrato; y junto a este criterio general, determina también los casos en que puede realizarse por *empresa*, es decir -en terminología actual- mediante concesión en la que el adjudicatario financia la obra y se resarce con los productos y rendimientos de su explotación; y finalmente, enumera también los supuestos tasados en que puede realizarse la obra por la propia Administración.

De estos tres sistemas la Instrucción determina que el preferible es el contrato siempre que haya fondos suficientes para satisfacer a los contratistas el importe de las obras, en cuyo caso -y tomamos como referencia las obras costeadas por el Estado- era necesaria la inclusión en el correspondiente plan, la aprobación del proyecto, y la consignación presupuestaria (arts. 34 y 35 de la Instrucción de 10 de octubre de 1845). Mientras que en el sistema de realización por empresa -concesión- la Instrucción permitía que la obra fuera promovida por particulares, dado que el coste no gravitaba sobre el presupuesto.

De esta forma queda ya perfilado que el contrato ha de ser la institución que ha de utilizar la Administración normalmente para la realización de la obra pública.

3. La selección del contratista y el principio de igualdad

Una de las características de la revolución liberal, frente a la sociedad estamental, es la proclamación del principio de igualdad ante la Ley.

Este principio se va a traducir, en relación con la contratación de obras públicas, en los principios de publicidad y de concurrencia; es decir, en que se garantice la mayor publicidad, de forma que quienes estén interesados en realizar la obra pública puedan concurrir y presentar sus ofertas.

Ahora bien, la igualdad no se garantiza sólo con la publicidad y la concurrencia, sino, además, con un sistema de selección que asegure que la obra se adjudica a la mejor oferta.

De ahí que, con carácter general, el procedimiento de selección del contratista sea el de subasta, que permite la adjudicación automática al mejor postor, lo que asegura la igualdad y la trasparencia. Y además, para evitar bajas inmoderadas, el RD de 27 de febrero de 1852 de "Reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas" estableció que los contratos se celebraran generalmente por subasta y pliegos cerrados.

La Exposición de Motivos de este RD de 27 de febrero de 1852 no tiene desperdicio, y evidencia cómo la preocupación por la igualdad y por seleccionar la oferta más adecuada para el interés general -con absoluta trasparencia- es propia de todas las épocas,

así como también la necesidad de "establecer ciertas trabas saludables evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia".

4. Contrato de obra pública e interés general: el modelo de contrato privado y el modelo del acto administrativo

Si se observa la legislación de mediados del siglo XIX sobre el contrato de obra pública, se llega a la conclusión de que toman en consideración dos modelos de referencia: de una parte el modelo del contrato, tal y como había sido elaborado esencialmente por el Derecho privado; y de otra el modelo que deriva de las actuaciones de la Administración como poder, de los actos de autoridad.

En efecto, aunque se partiera de la figura del contrato elaborado por el Derecho privado, resultaba evidente que tal figura se utilizaba para conseguir la realización de un fin de utilidad pública -la obra pública-, y que la consecución de este interés podía exigir como medida proporcionada un régimen jurídico-administrativo peculiar no sólo en la preparación del contrato (competencia, procedimiento y, en particular, selección del contratista de acuerdo con el principio de igualdad, por un precio justo), sino también en la ejecución del contrato.

De aquí que la configuración del contrato de obra pública se mueve entre los modelos del contrato privado y del acto de autoridad. En este sentido, debe señalarse que la Exposición de Motivos del RD de 27 de febrero de 1952, que vino a establecer las *Reglas para la celebración de toda clase de contratos*, expresa con toda claridad tanto las razones que justifican las reglas que se establecen para la selección de contratistas -subasta con carácter general y ofertas mediante pliegos cerrados-, como también la posición de autoridad que tiene la Administración para obligar a los contratistas -por sí misma- para que cumplan el contrato. La posición de la Administración puede no ser la propia de los actos de autoridad cuando adjudica el contrato -que requiere la voluntad o consentimiento del adjudicatario-, pero sí lo es en la ejecución, dado que la obra pública cumple un fin de interés general. En esta línea de razonamiento, dice la Exposición de Motivos mencionada:

> En los pliegos de condiciones han de preverse los casos y penas de falta de cumplimiento, y puesto que la Administración es un poder público que tiene en sí medios constitucionales de obligar, y que, por otra parte, su acción no puede ser interrumpida, cuando ocurriere la necesidad de obligar a los contratistas al cumplimiento, podrá hacerlo, dejando a éstos, salvo su derecho, para recurrir por la vía contenciosa, siempre que se crean perjudicados.

Ahora bien, la determinación de este régimen jurídico-administrativo quedaba remitida -en parte- a los pliegos de condiciones, en cuanto a la determinación de las causas de incumplimiento y a la acción "que haya de ejercer la Administración sobre las garantías y demás medios por los que hubiere de compeler a aquéllos (los contratistas) a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa"; pero el propio RD determinaba el carácter ejecutivo de las *disposiciones* que adoptara la Administración para el cumplimiento, la forma de hacer efectivas *gubernativamente* las multas y demás indemnizaciones a que dieren lugar los contratistas, y la actuación por la *vía de apremio* en la ejecución y venta de los bienes en que haya de hacerse efectiva la responsabilidad de los contratistas y sus fiadores, con arreglo a lo que para la recaudación de tributos, rentas y créditos del Fisco, establecen las leyes e instrucciones de la

Hacienda Pública. Y junto a esta clara adopción del modelo del acto de la Administración como poder, del *acto de autoridad*, en la ejecución y cumplimiento del contrato, este mismo modelo se tomaba también a efectos jurisdiccionales; en este sentido, el artículo 12 del propio RD de 27 de febrero de 1852 decía que "Ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes".

La lectura de este RD evidencia que si bien se parte de la figura del contrato elaborada por el Derecho privado, se establece ya un régimen diferente justificado por razón de los fines de interés general que cumple la Administración[4]. Ahora bien, como la concreción de este régimen quedaba en buena parte remitido a los pliegos, surgía el problema técnico-jurídico de justificar esta desviación sustancial del régimen jurídico propio de los contratos privados. Y el punto de engarce, la bisagra que permite solucionar esta cuestión es la *renuncia* por parte del contratista al derecho común, que le viene impuesta por los pliegos de condiciones generales que forman parte de la *invitatio ad offerendum* que formula la Administración al convocar la subasta, y que constituyen por tanto un aspecto básico del consentimiento de las partes[5] Así, en el artículo 6º del Pliego de Condiciones para los contratos de obras públicas aprobado por RD de 10 de julio de 1861, se establecía:

> Los contratistas quedan obligados a las decisiones de las autoridades y Tribunales administrativos establecidas por las leyes y órdenes vigentes en todo lo relativo a las cuestiones que puedan tener con la Administración sobre la ejecución de los contratos, renunciando al derecho común y a todo fuero especial.

De esta manera -máxime teniendo en cuenta que el sometimiento al régimen jurídico administrativo se efectúa mediante *renuncia al derecho común*- podía construirse la figura del contrato administrativo de obra pública como un contrato de Derecho común con *modulaciones*[6]; pero quedaba también apuntada otra posibilidad, que era la construcción del contrato administrativo partiendo de la figura del acto de autoridad con modulaciones, en cuanto era de carácter bilateral y las potestades de la Administración se hacían presentes en la ejecución del contrato; todavía sin embargo, y avanzando por este camino, quedaba también patente que en la preparación del contrato tampoco regían las reglas del Derecho común, y, por otra parte, que el sometimiento del contratista la régimen jurídico administrativo especial tenía poco de *voluntario*, puesto que la renuncia era al menos una *carga* que debía asumirse si se quería contratar con la Administración.

---

4. Por ello los contratos de obras públicas encajaban con dificultad en los actos de gestión, dado que la Administración actuaba como un poder en la fase de ejecución. El sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa no era, por tanto, una desviación aislada del régimen aplicable a los contratos privados, sino que reflejaba una peculiaridad más del régimen jurídico del contrato de obra pública. Sobre los actos de autoridad y de gestión y las peculiaridades de los contratos, es de cita obligada la obra clásica de LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, París 1887, pp. 428 y ss.

5. De esta forma el régimen jurídico administrativo especial que se establecía en normas sin rango de Ley, y que se detallaba en los pliegos, se fundamentaba también en el consentimiento de los contratistas. Por eso podía considerarse aplicable la figura expuesta por OTTO MAYER en su *Derecho Administrativo Alemán*, de los "actos administrativos en virtud de sumisión" (t I, trad. esp. Ed. Depalma, Buenos Aires 1982, pp. 129 y 130).

6. Dadas las peculiaridades que presenta además el contrato de obra regulado por el derecho privado como ha estudiado detenidamente GARCÍA DE ENTERRÍA en su trabajo "La figura del contrato administrativo", *RAP*, n° 41, pp. 99 a 131.

A partir de este momento, el tipo de regulación del contrato de obras públicas, y en particular su configuración, no va a modificarse en lo sustancial hasta la Ley de Contratos del Estado del año 1965. Pues, en efecto, el Pliego de condiciones para la contratación de obras públicas de 13 de marzo de 1903 y la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 va a seguir el modelo establecido por la legislación del siglo XIX, si bien ha de reconocerse que la citada Ley incorpora su articulado determinadas potestades de la Administración, que pasan así a estar recogidas en una norma con rango de Ley (carácter ejecutivo de las *disposiciones* de la Administración, facultades de la Administración para modificar o rescindir un contrato, ejecución forzosa para hacer efectiva la responsabilidad del contratista), además de regular la selección de la otra parte contratante y la formalización del contrato.

En definitiva el contrato de obra pública estaba sometido a un régimen jurídico-administrativo muy completo, fijado en las Normas aplicables y en los Pliegos Generales de Condiciones para la contratación de obras públicas; el hecho de que el pliego se configurara en teoría como una norma dispositiva -aplicable por la aceptación del contratista-, no puede hacer olvidar que su observancia era obligatoria para la Administración, lo que conduce ineludiblemente a la conclusión de que en la práctica la aceptación por el contratista era al menos una carga.

5. La posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos

En conclusión, la construcción jurídica del régimen aplicable al contrato de obra pública, cuya fijación quedaba remitida en una parte sustancial a los pliegos generales, permitía configurar el contrato de obra pública como un contrato de Derecho común con modulaciones, dadas las peculiaridades que presenta además el contrato de obra regulado por el Derecho privado. Pero considerando la regulación jurídico-administrativa en su conjunto, no cabe duda de que estaba operando también el modelo del acto de autoridad en la ejecución del contrato, con modulaciones propias de su carácter bilateral. Y, en definitiva, se reflejaba la posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos[7]: así, en la selección del contratista la Administración no disponía de libertad sino que -como regla general- debía aplicar los criterios de publicidad y concurrencia, la licitación mediante subasta y adjudicación al mejor postor; y en la fase de ejecución la Administración se encontraba en una posición de superioridad, sin perjuicio de que existieran otras peculiaridades, como la indemnización en caso de fuerza mayor, más favorable al contratista que la regulación del derecho común.

En definitiva, es lógico que ello fuera así. La obra pública perseguía la realización de un fin de interés general, y la posición jurídica peculiar de la Administración se justifica en cuanto es necesaria como medida proporcionada para la consecución de estos fines[8]. De ahí que en el momento en que se pasara de una concepción liberal del Estado -teóricamente abstencionista- a una concepción social, de carácter intervencionista, y en que se propusiera el criterio del servicio público para delimitar el ámbito del Derecho

7. Posición que puso ya de manifiesto RIVERO, Jean en su trabajo "¿Existe-t-il un critere du droit administratif?", pub. en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique* en France et a l'étanger n° 2, abril-junio 1953, pp. 279 a 286.

8. Afirmación que he desarrollado en mi trabajo "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos", *REDA* n° 83, pp. 183 a 208.

administrativo, se acentuaría la posibilidad de que los contratos de obra y servicios públicos quedasen sujetos a un régimen jurídico-administrativo establecido por la Ley y normas aplicables, sin tener que recurrir a la aceptación voluntaria por parte del contratista, más ficticia que real. Y en la medida en que se pusiera el énfasis en la consecución del interés general, se construiría una figura de contrato administrativo sustantivado, inspirado en el modelo del acto administrativo, si bien de carácter bilateral y por tanto con modulaciones.

III. LA SUSTANTIVACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social de Derecho representa la culminación de una trayectoria histórica que comienza con el Estado liberal -que consagra las libertades de carácter negativo- prosigue con el Estado democrático -que añade las libertades de carácter positivo y muy en particular el sufragio universal- y culmina con el Estado social y democrático de Derecho que intenta conseguir además fines de justicia material mediante los denominados derechos de carácter económico y social concebidos como derechos de prestación. Y de ahí que su efectividad, al menos en cuanto no se produzca en el seno de la sociedad, depende de los medios de que dispongan los poderes públicos por lo que, en general, no se reconocen como tales derechos sino como directrices o principios cuya consecución ha de guiar la actuación de tales poderes.

La línea de avance del Estado liberal y democrático al Estado social se reflejan así en una pérdida del protagonismo de la obra pública en beneficio del servicio público, que incluso llega a configurarse como elemento delimitador del ámbito del Derecho Administrativo[9]. Se trata de un concepto amplio de servicio público que comprende la obra pública, la cuál además es en muchas ocasiones la base necesaria para la prestación del servicio público entendido en el sentido más estricto; p. ej. la construcción del *camino de hierro* es la base necesaria para la prestación del servicio ferroviario.

Las características del Estado social que han quedado apuntadas, se reflejan en una superación o desaparición de los límites que existían en el contexto liberal para las actuaciones del Estado y demás entes públicos. En este sentido, y por lo que ahora interesa, la expropiación forzosa ya no se justifica sólo por razones de utilidad pública, sino también de interés social; ya no se considera que la Administración sea *incapaz* para la realización de actividades empresariales; se produce una confianza en la planificación económica, vinculante para el sector público, y en otras planificaciones de carácter territorial y urbanístico, concebidas como una proyección de futuro poco flexible -como si pudiera *adivinarse* el devenir de los acontecimientos-. Y, naturalmente, la ampliación de los fines del Estado y de sus técnicas de intervención desborda el concepto de servicio público y obliga a la doctrina a perfilar los distintos tipos de actuación, en cuanto tienen consecuencias importantes de régimen jurídico.

En este contexto va a producirse la sustantivación del contrato administrativo.

---

9. La concepción del Derecho Administrativo como derecho de los servicios públicos es sobradamente conocida y no requiere ahora un desarrollo que excedería con mucho de los límites de este trabajo. Me limito a recordar la obra de DUQUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1927; BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, París 1935; G. JÉZE, *Los principios generales del Derecho Administrativo*, trad. esp. Ed. Depalma, Buenos Aires 1928.

En efecto, el contrato es un medio necesario para la consecución de los fines de interés general propios del Estado social, y esta finalidad de interés general justifica que se atribuyan a la Administración determinadas prerrogativas y que se regule el régimen jurídico del contrato en su totalidad. Debe hacerse notar además que los contratos en los que concurren estas características ya no son sólo el contrato de obras públicas, y el de gestión de servicios públicos, sino una variada serie de contratos que puede llevar a cabo la Administración por razones de interés general.

De ahí que venga a establecer una regulación sustantiva del contrato administrativo en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y en el Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975[10]. Debe hacerse notar, sin embargo, que la Ley regulaba tres contratos, los de obras, servicios públicos y suministros, estableciendo unas disposiciones comunes a estos contratos típicos, y una detenida regulación del contrato de obra, que era aplicable a los contratos de servicios públicos y suministros en defecto de regulación específica de los mismos; a la vez que establecía -art. 18- el régimen jurídico aplicable a los demás contratos que, según su naturaleza, debieran quedar sometidos al ordenamiento jurídico administrativo.

De esta forma, en los contratos administrativos la Administración posee una posición jurídica peculiar que ya no depende -en absoluto- de la aceptación por parte del contratista.

La sustantivación del contrato administrativo viene a consagrar por tanto un tipo de contrato que parte históricamente de la figura del contrato elaborado por el Derecho Común, pero que consagra ya *ex lege* una posición jurídica peculiar *en más* y *en menos* respecto a la de un particular; posición que es característica del Derecho Administrativo y que no puede explicarse desde la perspectiva del Derecho privado.

Esta sustantivación se ha mantenido después de la Constitución, cuyo artículo 149.1.18ª reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de "legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas".

Pues bien, en desarrollo de esta competencia el Estado ha dictado la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que acentúa si cabe la sustantivación del contrato administrativo, al regular de forma completa y con carácter general el contrato administrativo (119 artículos), y establecer a continuación las peculiaridades de los contratos administrativos típicos que son los de obras públicas -incluida la concesión de obra pública- (arts. 120 a 154), de gestión de servicios públicos (arts. 155 a 171), de suministro (arts. 172 a 196), contratos de consultoría y asistencia, y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración (arts. 197 a 219). Esta estructura se mantiene en el actual Texto Refundido de 16 de junio de 2000.

La posición jurídica peculiar de la Administración aparece perfectamente delimitada *ex lege:* la competencia y el procedimiento de contratación, incluida la selección de la otra parte contratante de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia, se rigen por el Derecho Administrativo, así como también la ejecución y extinción de los contratos administrativos en los que la Administración es titular de una serie de prerrogativas que se estiman justificadas por razones de interés general: interpretación, modificación, extinción, e, incluso, revisión de oficio.

10. Como puso de manifiesto PARADA, "La nueva Ley de Contratos del Estado", *RAP* n° 47, y en su obra *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla 1963.

En esta línea de razonamiento, ha de partirse de que el contrato administrativo es una institución que tiene carácter instrumental para la consecución de fines de interés general, por lo que la posición jurídica que el Ordenamiento atribuye a la Administración se explica en función de la garantía de los interesados y de la necesidad de que la Administración disponga de medios proporcionados.

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL DERECHO COMUNITARIO

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha venido a culminar un período de adaptación de la legislación española en esta materia a la Constitución y al Derecho Comunitario Europeo, cuyas Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, tratan de los contratos públicos de servicios, suministros, y obras, respectivamente[11]. El objeto de estas Directivas, como es sabido, es el de garantizar el principio de igualdad de trato a los nacionales de todos los Estados, cuando se invierten fondos públicos, a cuyo efecto regulan en cada caso el ámbito de los contratos que comprende la Directiva correspondiente, las peculiaridades de contratar y los procedimientos de selección; en cambio al Derecho Comunitario le es indiferente la ejecución y extinción del contrato por lo que no trata en absoluto de estos aspectos.

De esta forma, parecía que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como norma estructurante del Ordenamiento, iba a ser una Ley dotada de estabilidad, como hubiera sido normal dado el carácter básico de la mayor parte de sus preceptos, que tienen así el carácter de un mínimo común denominador aplicable en todo el territorio nacional.

Pero no ha sido así. Cada año, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha sido modificada en mayor o menor medida, e incluso en el momento actual se está tramitando un Proyecto de Ley que modifica más de 100 artículos.

Podemos por ello preguntarnos cuáles son las causas de estos cambios sucesivos, que dan la imagen de una Ley inadecuada para regular la realidad.

Entre estas causas podemos considerar como relevantes la rigidez del modelo creado por la Ley, y el problema suscitado por la observancia de los criterios de convergencia de Maastricht[12].

La rigidez del modelo creado dio lugar a que una vez promulgada la Ley se paralizara la contratación de obras públicas -y la consiguiente inversión- dado que las prohibiciones de contratar, mucho más intensas que las exigidas por el Derecho Comunitario, daban lugar a que buena parte de las empresas de construcción de obras públicas estuvieran inmersas en la prohibición establecida por el artículo 20.1.a) de la Ley.

Estas exigencias se encontraban basadas en el objetivo de luchar contra la corrupción, pero los resultados a que conducían dieron lugar a una primera modificación de la Ley

11. En este sentido PIÑAR MAÑAS, J.L., "El Derecho Comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley", pub. en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cit.*, pp. 21 a 53.

12. Todos estos aspectos han sido objeto de consideración en la Ponencia que presenté en el Congreso hispano-italiano de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bari-Lecce en octubre de 1998, pendiente de publicación, sobre "Los contratos de las Administraciones Públicas: una regulación en continua evolución".

con objeto de facilitar la contratación, que se introdujo en la Ley 9/1996, de 15 de enero, de "Medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes como consecuencia de la persistencia de la sequía".

Algunas otras modificaciones introducidas por esta Ley, y otras posteriores, pueden explicarse desde esta perspectiva.

1. El cumplimiento de los criterios de convergencia

Un segundo orden de modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas va a producirse como consecuencia de la voluntad del Estado de cumplir los denominados criterios de Convergencia de Maastricht.

Este objetivo se considera prioritario -con toda claridad- en 1996, después de las elecciones generales, cuando el cumplimiento de tales criterios en materia de deuda, déficit e inflación se convierte en una aspiración política de primer orden, en un desafío que hay que superar.

Planteada así la cuestión, la Administración efectuó un estudio en el que se consideraban las distintas modalidades posibles de financiación de la construcción y gestión de las obras públicas, desde la perspectiva del cumplimiento de los criterios de convergencia.

Las modalidades objeto de consideración, que se han traducido en cuanto ha sido necesario en sucesivas modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fueron las siguientes: el modelo presupuestario puro o normal; el modelo concesional; la gestión directa a través de un ente público o de una sociedad estatal de carácter mercantil; el modelo alemán (pago total); el modelo inglés (peaje en la sombra); leasing o arrendamiento financiero.

De todas estas modalidades se van a poner el énfasis inmediatamente en las cuatro primeras; casi paralelamente se utilizará también el modelo inglés, y en el momento actual se encuentra formulado un Proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que viene a regular el leasing o arrendamiento financiero.

Desde la perspectiva de este trabajo interesa detenerse en uno de los modelos considerados, como es el de la gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil.

2. La gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil

En España no existe una regulación general relativa a los distintos modos de gestión de las obras públicas.

Ello puede deberse a que se han utilizado normalmente -y así estaba ya previsto en la Ley General de Obras Públicas de 1877, los dos primeros modelos a que me he referido: la realización de la obra a través de un contrato celebrado por la Administración con un contratista y la gestión indirecta mediante concesión; y sólo excepcionalmente y en supuestos tasados estaba previsto que la Administración construyera la obra mediante la realización de la misma *por administración*.

Sin embargo, en la legislación sectorial no dejaba de haber supuestos en los cuales el legislador había previsto otras formas de gestión de las obras públicas. Y así, en materia de urbanismo, la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 reguló distintas formas de ges-

tión, y, entre ellas, la ejecución de los planes de urbanismo mediante la creación de entes públicos y de sociedades mercantiles cuyo capital fuera en su totalidad -o en su mayor parte- del Estado o de un ente público, al que se encargara la gestión de la obra pública urbanizadora.

Estas previsiones legales obedecían sustancialmente a la necesidad de crear organizaciones adecuadas que puedan gestionar una regulación tan compleja como la urbanística, que puede superar las posibilidades de organización propias del Ayuntamiento, especialmente en las grandes ciudades.

Por otra parte, el modelo de la sociedad privada había sido utilizada también en relación con los Juegos Olímpicos de Barcelona, e incluso determinada Comunidades Autónomas como Cataluña -por medio de GISA-, y Madrid -por medio de Arpegio, S.A.-, estaban utilizando este modelo.

Pues bien, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995 al trasponer las Directivas Comunitarias ha debido concretar qué entiende por Administración Pública (es decir por *poderes adjudicadores*) y de ahí que haya debido regular cuándo los organismos autónomos y las restantes entidades de derecho público se consideran Administraciones Públicas. Pero la Ley no califica como Administración Pública a las sociedades mercantiles cuyo capital sea en su totalidad de un ente público, y de ahí los problemas que en orden al régimen jurídico aplicable van a plantearse cuando se confíe la construcción de obras públicas a sociedades de este tipo.

En efecto, las sociedades privadas cuyo capital pertenezca en su totalidad a una Administración Pública están sin duda integradas en el sector público, pero formalmente no son Administraciones Públicas ni tienen la consideración de tales desde la perspectiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por ello, los contratos que celebren cuyo objeto sea la construcción de una obra pública serán contratos privados. Y de ahí que, volviendo a los problemas que planteaban en el s. XIX, será necesario plantearse si esta sociedad mercantil pública debe observar en la contratación el derecho civil aplicable al contrato de obra o si existen razones que justifiquen la introducción en el modelo de determinadas *modulaciones* que sitúen a la sociedad en una posición jurídica peculiar *en más* y *en menos* respecto de los particulares que contratan la realización de una obra privada.

Siguiendo el orden antes expuesto, voy a referirme separadamente a la posición *en menos* en orden a la selección de la otra parte contratante, y a la posición *en más* respecto a la ejecución y cumplimiento del contrato.

A. La posición *en menos* en orden a la selección de la otra parte contractual

Si la Administración efectúa un contrato de obra pública ha de observar los principios de publicidad y concurrencia, en los términos y con el alcance previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que viene a trasponer las Directivas Comunitarias.

A partir de esta constatación, la cuestión que se plantea es la siguiente: si la propia Administración crea una sociedad mercantil cuyas acciones le pertenecen en su totalidad, y le encomienda la gestión de la obra pública, ¿tal sociedad podría contratar la obra pública sin sujetarse a los mismos principios de publicidad y concurrencia establecidos por la Ley -y las Directivas- para el contrato de obra pública?

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no regula las distintas formas posibles de gestión de las obras públicas, por lo que no contiene ninguna mención de la gestión de la obra pública por medio de una sociedad en mano pública. Unicamente se limita a establecer un criterio general en la D.A. sexta, según la cuál las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos o Entidades de Derecho Público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios[13].

De esta forma y aún cuando el precepto esté concebido con un carácter más general, resulta patente, a mi juicio, que estas sociedades han de aplicar los principios de publicidad y concurrencia en los contratos cuyo objeto sea la construcción de una obra pública, dado que se trata de un supuesto en el que la naturaleza de la operación a realizar no es incompatible con la observancia de tales principios.

Por otro lado, conviene precisar que no existe razón alguna que justifique *debilitar* la aplicación de dichos principios, en los términos establecidos por la Ley para la Administración, por lo que en consecuencia parece razonable entender que deberían observarse las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación.

En definitiva no parece lógico admitir una vía para eludir los principios de publicidad y concurrencia por el procedimiento de encomendar la gestión de la obra pública a una sociedad constituida por la Administración al efecto, cuyo capital le pertenezca en su totalidad; elusión que podría implicar una inobservancia del derecho comunitario si por razón de la cuantía del contrato entrara en el ámbito de la Directiva Comunitaria[14].

B. La posición *en más* en las fases de ejecución y cumplimiento del contrato

La posición jurídica *en más* de la Administración sólo se justifica, de conformidad con el artículo 103.1 de la Constitución, en cuanto es adecuada o proporcionada para la consecución de los fines de interés general que tiene confiados.

Resulta así, que si la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye determinadas potestades a la Administración en orden a la ejecución y extinción del contrato -interpretación, modificación, resolución- es porque las considera necesarias como medida proporcionada para la consecución del interés general.

---

13. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en dictamen 24/95, de 24 de octubre, ha considerado que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia que establece la D.A. sexta no supone la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente; y asimismo ha indicado que sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas ya que será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos.

14. Por todo ello entiendo que en el caso que se contempla en el texto el carácter normativo, y vinculante, de la D.A. sexta, y su alcance, es claro. En todo caso debe señalarse que existen autores como RUÍZ OJEDA, A., y GARCÍA BERNALDO DE QUIROS, J., que en su libro *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Madrid 1996, pp. 850 y 851, consideran que "Esta Disposición Adicional debe ser considerada más como una directiva que (como) una norma estrictamente vinculante y con plena eficacia frente a terceros".

En todo caso, creo que la trascendencia práctica y el alcance de la D.A. sexta, dado su carácter general, ha de establecerse a la luz del caso concreto planteado.

Partiendo de esta afirmación, hemos de plantearnos si es admisible que se constituya una sociedad anónima cuyo capital pertenezca en su totalidad a la Administración, a la que se encomiende la gestión de la obra pública, cuando tal sociedad no dispone *ex lege* de las potestades que la Ley atribuye a la Administración.

He aquí de nuevo como hay que acudir a la misma solución ya experimentada en el S. XIX. La sociedad podrá tener estas potestades -y así sucede en la práctica- por vía convencional, en cuanto se encuentran previstas en los pliegos, que forman parte del contrato, que han de ser voluntariamente aceptados por quienes pretendan contratar con la sociedad[15].

C. El sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa

Otra cuestión importante es la de establecer si la competencia para entender de los contratos de obras públicas celebrados por la sociedad debería atribuirse a la jurisdicción contencioso administrativa.

La respuesta a esta cuestión -teniendo en cuenta el objeto del contrato y el interés público en presencia- debería ser afirmativa, pero no puede ignorarse que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, no incluye este supuesto en el ámbito del recurso contencioso, aún cuando la enumeración que efectúa no es cerrada, ya que contempla que la Ley pueda establecer otros supuestos dentro del ámbito de la Ley de la Jurisdicción; y debe añadirse que tal Ley ha tomado en consideración la pertinencia de incluir en su ámbito determinados supuestos de actos no atribuibles directamente a la Administración por lo que encajaría con naturalidad en el sistema diseñado el que una Ley incluyera los supuestos de que ahora se trata en el ámbito del recurso contencioso[16].

---

15. La validez de estas cláusulas desde una perspectiva privada puede ser considerada, desde el principio de autonomía de la voluntad, en relación con la prohibición contenida en el artículo 1.256 del Código Civil, según el cual "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

El primer aspecto -principio de autonomía de la voluntad- ha sido considerado por MALARET GARCÍA, E., *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, esp., Ed. Civitas, 1993, pp. 89 y ss., que trata de las cláusulas exorbitantes pactadas en los contratos celebrados por sociedades privadas -integramente en mano públicas- cuyo objeto es la realización de obras públicas; cláusulas en las que se recogen todos los poderes tradicionales de la Administración en la ejecución de los contratos, y cuya validez considera desde la perspectiva de los contratos de adhesión, y también desde el principio de autonomía de la voluntad, al sostener que no pueden calificarse de contrarias al orden público, máxime teniendo en cuenta el juego del principio de la equivalencia económica de las prestaciones recogido en los diferentes contratos.

El segundo aspecto, relativo a si tales cláusulas vulneran o no el artículo 1.256 (que supone también un límite al principio de autonomía de la voluntad) ha de ser considerado en el momento actual teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que viene negando que el cumplimiento del contrato haya quedado al arbitrio de uno de los contratantes cuando éste limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo (SS. de 3.03.1992 -Ar. 2.156-, y de 9.01.1995 -Ar. 340-). Resulta también de gran interés la Resolución de la D.G. de los Registros de 25.02.1994, que recuerda la pertinencia de distinguir entre la condición puramente potestativa basada en la pura arbitrariedad, y la simplemente potestativa en la que han de valorarse otros intereses e impulsos, estando la jurisprudencia inclinada a calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad dependa de un complejo de intereses y motivos que influyen en la determinación de la voluntad, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado.

16. Precisamente este sometimiento evitaría las dificultades que ofrece el control de la observancia de la D.A. sexta por la jurisdicción ordinaria, a las que se ha referido S. del SAZ en su trabajo "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", pub. en la *Revista de Administración Pública* n° 133.

D. Regulación por Ley

La importancia de las cuestiones planteadas justifica la idea de que deberían regularse por Ley las distintas formas de gestión de las obras públicas.

El propio legislador ha sido consciente de esta necesidad y de ahí que, aun sin llegar a efectuar una regulación de carácter general, haya contemplado la creación de sociedades en mano pública cuyo objeto sea la realización de determinas obras públicas, especificando el régimen jurídico aplicable a los contratos de obras y a la propia obra pública: publicidad y concurrencia, potestades de la Administración y de la sociedad, e incluso el sometimiento al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

V. APLICACIÓN POR EL ESTADO DEL MODELO DE GESTIÓN DIRECTA DE LA OBRA PÚBLICA POR MEDIO DE UNA SOCIEDAD ESTATAL DE CARÁCTER MERCANTIL

El legislador estatal ha sido consciente de los problemas que suscita este tipo de gestión directa de la obra pública, y de ahí que haya optado por regular por Ley la utilización de este modelo para la ejecución de determinadas obras públicas.

Así, en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el legislador ha venido a regular la "gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas" (art. 158); estas obras públicas *determinadas* son las carreteras estatales, si bien el propio precepto prevé la aplicación del mismo régimen para la construcción de obras públicas hidráulicas.

En concreto, la Ley regula tres extremos concretos a los que me refiero a continuación: la autorización para constituir sociedades estatales, las relaciones entre la Administración y la sociedad, y los contratos que celebre la sociedad con terceros.

En cuanto a la autorización para constituir estas sociedades (art. 158.1), la Ley autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros.

Las relaciones entre la Administración estatal y estas sociedades (art. 158.2) se regularán mediante los correspondientes convenios, que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros, en los que se preverán el régimen de construcción y/o explotación de las carreteras estatales de que se trate; las potestades de la Administración del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad le corresponderá en todo caso; las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración a la sociedad estatal; y las garantías que hayan de establecerse en favor de las entidades que financian la construcción y/o explotación de las carreteras estatales.

La Ley regula los contratos que celebran estas sociedades con terceros para la construcción de carreteras estatales y establece correctamente que se aplicarán los principios de publicidad y concurrencia al decir que "se aplicarán las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y de las disposiciones que la desarrollan en lo concerniente a la capacidad de las empresas y publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación".

Pero no es éste el único problema planteado en relación con los contratos que celebre la sociedad para la construcción de carreteras, sino que al tratarse materialmente de un contrato de obra pública en el que se persiguen fines de interés general, se suscita la cuestión de la incidencia del fin en el propio contrato. En relación con este punto, y a falta de una regulación legal que establezca en concreto cuales son las potestades de que va a disponer la Administración y la posición que ha de ostentar la sociedad estatal en relación con la obra pública, la Ley remite la concreción de esta posición al propio contrato en el que "se incluirán las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados". Es decir, en definitiva, una técnica similar a la observada en el derecho español en el s. XIX, e incluso hasta la primera mitad del s. XX, en el que la posición de superioridad de la Administración respecto del contratista resultaba de la necesaria aceptación por el mismo del Pliego de Cláusulas, ya que de no aceptarlo no le era adjudicado el contrato.

Finalmente, también es importante determinar cuál es la jurisdicción competente, pues nos encontramos ante un supuesto de un contrato de obras públicas, sometido a un régimen jurídico administrativo. De ahí que el legislador se haya planteado cuál debe ser el orden jurisdiccional competente. Problema que ha resuelto en el sentido de establecer que "El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación" de tales contratos, lo que se explica porque la preparación y adjudicación se rige por el derecho administrativo; en cambio, todo lo relativo a los efectos y extinción -al no decirse nada y al ser una sociedad mercantil el ente contratante- estará sometido a la jurisdicción civil.

Entiendo que esta solución es excesivamente formal, y que, yendo a la sustancia de las cosas, la jurisdicción competente debería haber sido la contencioso administrativa; pues, en definitiva, nos encontramos ante un contrato de obra pública, por lo que las cuestiones que se planteen deberían ser enjuiciadas por la jurisdicción especializada para entender de tales contratos, que es la contencioso administrativa.

VI. CONCLUSIÓN

Las consideraciones expuestas acreditan la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo, dado que la configuración del mismo, según creemos haber demostrado, se encuentra en función de las ideas políticas dominantes en cada fase histórica.

En este sentido debe concluirse que la evolución no ha finalizado todavía, dado que coexisten dos líneas: una, que ha conducido a la sustantivación de la figura del contrato administrativo, cuya excesiva rigidez se traduce en cambios continuos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y otra, muy actual, que tiende a utilizarse cada vez más, que viene a configurar de nuevo al contrato de obra pública -gestionado por medio de una sociedad mercantil-, como un contrato de derecho privado con modulaciones.

De esta forma se produce el resultado de que existen dos modelos: el de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas y el de la legislación sectorial, que pueden utilizarse con la misma finalidad que es la construcción de la obra pública.

Ello no es en sí mismo negativo, en cuanto no lo es el que puedan utilizarse distintas técnicas para obtener el mismo resultado. Lo que debe evitarse es que se trate de dos modelos paralelos, de tal forma que la aplicación de uno u otro conlleve distintas garantías para la consecución del interés general o para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?

Jesús Caballero Ortiz
Jefe de la Catédra de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela

Dentro de los contratos que celebra la Administración, la jurisprudencia venezolana -de todos es sabido- ha aceptado la tipología de los llamados *administrativos*, dividiendo así los contratos en dos categorías, los de derecho privado y los administrativos.

I. LAS CONTRADICCIONES QUE PRESENTAN LAS TESIS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, antes y ahora se ha cuestionado esa distinción. Duguit consideraba que no existe diferencia en cuanto al fondo entre un contrato de derecho común y un contrato administrativo pues en sus elementos intrínsecos un contrato tiene siempre las mismas características y los mismos efectos. Conforme a esta tesis no existirían contratos administrativos como categoría autónoma sino solamente contratos cuyo contencioso corresponde a los tribunales administrativos porque son celebrados con una finalidad de servicio público; la diferencia entre estos contratos y los de derecho civil sería análoga a la que existe entre estos últimos y los contratos comerciales, cuyo contencioso se encuentra sometido a la jurisdicción mercantil[1]. Veremos más adelante que la situación no se presente tan simple en la actualidad.

Por su parte, Sayagués Laso ha sostenido que la división en contratos administrativos y contratos de derecho privado no se ajusta a la realidad de las cosas[2], sin embargo, debe reconocer que existen contratos cuyo vínculo jurídico queda regulado fundamentalmente por el derecho público, cuyo ejemplo más típico es la concesión de servicio público[3].

Más recientemente, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han pretendido negar la sustantividad del contrato administrativo al afirmar que "...hay quien cree incluso (no nosotros, como veremos)[4] que tales modulaciones concluyen en una verdadera *sustantividad* institucional de tales contratos"[5], afirmando como superada la etapa en que el contrato administrativo y el de derecho privado eran realidades diferentes.

---

1. *V.*, DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, t III, p. 44, *cit.*, por DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, París 1999, pp. 791 y 792.
2. *V.*, SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, Montevideo 1959, p. 536.
3. *Ibid*, p. 538.
4. Paréntesis de los autores.
5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 2001, p. 666.

Ahora bien, no puede negarse con tal categoricidad la existencia de los contratos administrativos cuando, tanto en España como en Venezuela, los mismos han adquirido carta de naturaleza, en el primero, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del 16 de junio de 2000, donde se califican de administrativos los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, de consultoría y de asistencias; y, en el segundo, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En fin, lo que más llama la atención de los destacados administrativistas es que, después de un largo estudio por suprimir el concepto como categoría jurídica, terminan reconociéndolo y lo definen en forma expresa así:

> Existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas
>
> Todos los demás contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados...[6]

Al respecto cabe preguntarse, en lo atinente al primer párrafo transcrito ¿Por qué definir un concepto que carece de individualidad jurídica? Y, respecto al segundo ¿Cómo reconocer que existen dos categorías diferentes de contratos que puede celebrar la Administración, luego de negar la *sustantividad institucional* de una de esas dos categorías?

Los destacados autores concluyen reconociendo que las prerrogativas de la Administración sólo se aplican a los contratos de carácter administrativo, pero, para justificar esa consideración, asientan: "Sin embargo, estos principios no agotan el problema, cuya solución exige tener en cuenta otras reglas diferentes..."[7]. Esas reglas la constituyen la comunidad de normas de competencia para todo tipo de contratos, en concreto, la formación de la voluntad contractual a través de los llamados actos separables como son los actos de adjudicación o actos preparatorios. No obstante, esas reglas comunes no son susceptibles de ignorar, en modo alguno, las que rigen los privilegios exorbitantes de la Administración.

La otra regla la constituye, como consecuencia de la anterior, la inexistencia de un régimen unitario para todos los contratos administrativos, cuando más bien de lo que se trata es de la inexistencia de un régimen excluyente, lo que no es extraño en el Derecho, donde muchas otras instituciones carecen de un régimen excluyente.

Por último, en nuestro país ha sido el destacado administrativista Gonzalo Pérez Luciani quien ha desconocido los contratos administrativos como categoría jurídica[8], cuando los mismos se encuentran expresamente previstos en nuestro derecho positivo.

Resulta obvio entonces, de acuerdo al título que le hemos dado al presente trabajo, que en la actualidad no podemos dejar de reconocer la existencia de los contratos administrativos. De otro modo no propugnáramos su exclusión del ámbito administrativo. Nuestro propósito radica entonces en poner de manifiesto el por qué de la necesidad de esa exclusión.

---

6. *Ibid*, pp. 690 y 691.
7. *Ibid*, p. 691.
8. *V.*, PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela" en *Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, UCV, Caracas 1986, pp. 247 y ss.

II. PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA CALIFICAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como veremos de seguidas, no existe un criterio único para definir al contrato administrativo y, de este modo, distinguirlo de los llamados contratos de derecho común.

1. Los criterios manejados en su país de origen

El origen de la dualidad de contratos se encuentra en el derecho francés. En efecto, en la famosa decisión del Consejo de Estado del 6 de febrero de 1903 (*arrêt terrier*), éste acoge la opinión del abogado del Estado Romieu al precisar:

> Todo aquello que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, nacionales o locales, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción contencioso administrativa...Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros, o entre personas públicas ellas mismas, fundadas en la ejecución, inejecución o mala ejecución de un servicio público son de la competencia administrativa[9].

Nótense entonces dos afirmaciones de importancia en el párrafo transcrito: la primera, el litigio que era sometido al Consejo de Estado se refería al pago de una prima por parte de un Departamento a un particular, luego de haberse adoptado que dicha prima se cancelaría a todo individuo que hubiese demostrado haber destruido una víbora, pero encontrándose de por medio un contrato celebrado entre un Departamento y los cazadores de víboras.

Al calificarse tal actividad como servicio público, esa connotación trae consigo la segunda afirmación: La jurisdicción contencioso administrativa es la conocedora del litigio como consecuencia de la previa calificación de contrato administrativo.

La segunda decisión de importancia que permite caracterizar al contrato administrativo es el *arrêt Société de Granits Porphiroïdes des Vosges*, dictado por el Consejo de Estado el 31 de julio de 1912. La sociedad antes mencionada había demandado a la ciudad de Lille con motivo de un contrato por medio del que se obligaba a suministrar adoquines para unas calles. En ella se decide que el contrato no tiene carácter administrativo, ya que los trabajos a ejecutar tenían por único objeto un suministro según las reglas y condiciones de los contratos que se celebran entre particulares.

Es importante sin embargo destacar el criterio del abogado del Estado de acuerdo con el cual los contratos celebrados en interés de un servicio público pueden ser contratos de derecho privado o contratos administrativos. Cuando estamos en presencia de un contrato es necesario buscar no el fin por el cual el mismo es celebrado, sino su naturaleza misma. No es suficiente que el suministro que es el objeto del contrato deba ser de inmediato utilizado para un servicio público; es preciso que ese contrato por sí mismo, y por su naturaleza propia, sea de aquéllos que sólo una persona pública pueda celebrar. El abogado del Estado, y ésta es la importancia de la decisión, consideraba que el criterio del contrato administrativo era la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común[10], entendiendo por ellas las cláusulas que son inusuales en los contratos entre particulares; aquéllas que tienen por objeto conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones que son extrañas a los que pueden ser libremente consentidos en el marco de las leyes civiles y comerciales.

---

9. *V.*, LONG, M., WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, París 1974, pp. 49 y ss.
10. *Ibid*, pp. 109 y ss.

En fin, una tercera decisión de principio lo constituye el *arrêt epoux Bertin*, dictado por el Consejo de Estado el 20 de abril de 1956. El matrimonio Bertin se había obligado por una suma de treinta francos por persona y por día a alimentar a los refugiados soviéticos albergados en un centro de repatriación. El Consejo de Estado consideró que ese contrato tenía por objeto confiar a unos particulares la *ejecución misma* del servicio público, lo que implicaba su calificación como contrato administrativo[11].

Ahora bien, la jurisprudencia posterior no se limitó, para caracterizar al contrato administrativo de acuerdo a la noción del servicio público, al concepto de *ejecución* misma del servicio público[12], sino que lo ha extendido a la *participación* directa del cocontratante en el funcionamiento del servicio público, sin que tenga a su cargo la verdadera ejecución del servicio; también lo ha extendido al contrato *que asocia* al cocontratante a la ejecución del servicio público o el que constituye *una de las modalidades* de la ejecución del servicio público[13]. Por ello, con razón ha dicho Chenot que el diagnóstico en este punto es incierto, controversial y variable, en virtud de la dificultad de delimitar la consistencia de la misión de servicio público. Al efecto, el suministro de televisores a un hospital lo ha considerado la jurisprudencia como administrativo; en cambio, el mismo suministro a un establecimiento carcelario no lo es[14].

Por lo que respecta a la cláusula exorbitante, ya desde 1983 Paul Amselek había puesto de manifiesto que la sumisión del contrato administrativo a un régimen exorbitante no era propiamente un criterio que lo calificase, sino su noción misma[15]. En todo caso, la jurisprudencia se ha mantenido fiel a este segundo criterio para tipificar a un contrato como administrativo y, en efecto, ha actuado de esta manera para evitar la calificación de servicio público a un bar restaurant. Así lo ha puesto de manifiesto Jean Virole al comentar la decisión del Tribunal de los Conflictos del 7 de julio de 1980 en la que se consideró como cláusula exorbitante la obligación de hacer funcionar un bar restaurant todos los días y con un horario determinado[16]. Más recientemente, el Tribunal de los Conflictos ha afirmado, en sentencia del 5 de julio de 1999, que basta la presencia de una cláusula exorbitante para calificar a un contrato como administrativo[17].

De este modo, el criterio de la cláusula exorbitante no es subsidiario del de la noción de servicio público, como lo pensaba Raymond Odent[18]. Tales criterios, como lo ha puesto de manifiesto André de Laubadère al comentar la precitada decisión del Tribunal de los Conflictos del 7 de julio de 1980[19], son alternativos.

---

11. *Ibid*, pp. 442 y ss.
12. RIVERO y WALINE, a pesar de la extensión ulterior del concepto, definen al contrato administrativo, en este aspecto, como aquél que tiene por objeto la ejecución misma del servicio público, manteniéndose fieles a la jurisprudencia *epoux Bertin*. *V.*, *Droit Administratif*, París 2000, p. 122.
13. *V.*, DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, París 1999, p. 800.
14. *V.*, CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, t 1, París 2000, p. 549.
15. *V.*, AMSELEK, Paul, "La qualification des contrats de l'Administration par la jurisprudence" en *L'Actualité Juridique Droit Administratif* nº 1, enero 1983.
16. Se trata del arrêt Societé d'exploitation touristique de la Haute Marianne. *V.*, la decisión y su comentario en *Cahiers Juridiques de L'Electricité et du Gaz* nº 352, enero 1981, p. 1.
17. *V.*, FARDET, Cristophe, "La clause exorbitante et la réalization de l'intéret général" en *L'Actualité Juridique*, *Droit Administratif* nº 2, febrero 2000, pp. 115 y ss.
18. *V.*, ODENT, Raymond, *Contentieux Administratif*, París 1978, p. 432.
19. *V.*, el comentario a la decisión que formula André de Laubadère en *L'Actualité Juridique Droit Administratif* nº 1, enero 1981, p. 48 bajo el título "Les critères du contrat administratif sont-ils hiérarchisés?"

Como se observa, no existe en Francia un criterio uniforme en cuanto al contrato administrativo. Sin embargo, André de Laudadère, Jean Claude Venezia e Yves Gaudemet lo sistematizan así:

A. Contrato administrativo por determinación de la ley, respecto a los cuales no existen dudas acerca de tal carácter, como el contrato de obra publica, el de venta de inmuebles del Estado y el que comporta la ocupación del dominio público. Tal determinación de la ley no es directa, sino que resulta de la interpretación de la misma que sólo señala que tales contratos quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativo. Hoy se cuestiona en Francia el carácter administrativo del contrato de obra pública si no está de por medio la ejecución de un servicio público o la cláusula exorbitante[20].

B. Por su objeto, son contratos administrativos las concesiones de servicio público.

C. Para el resto de los contratos de la Administración la jurisprudencia exige:

a. La condición de persona de derecho público de uno de los contratantes. No obstante, la jurisprudencia francesa ha admitido que un contrato celebrado entre dos particulares pueda considerarse como administrativo si una de las partes actúa por la cuenta de una persona pública bajo las ideas de la representación y del mandato. Así, el Tribunal de los Conflictos ha considerado, en 1963, que los contratos celebrados entre las sociedades de economía mixta concesionarias de autopistas son contratos administrativos porque esas sociedades actúan *por la cuenta del Estado*. Es la decisión del 8 de julio de 1963: Entreprise Peyrot. "Un nuevo caso de representación institucional", se ha comentado[21]. En este sentido Marcele Waline ha sostenido que las circunstancias por las cuales se estima que una sociedad ha actuado *por la cuenta* de una persona pública no son bien precisas[22].

b. Cuando tal condición se da, el criterio del contrato administrativo es hoy alternativo: ya bien radica en la relación del contrato con un servicio público, ya bien en la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común[23].

Por último, debe destacarse que la noción de contrato administrativo no guarda relación alguna con su importancia: El Consejo de Estado ha considerado como administrativo el contrato por medio del cual una persona realiza actividades artísticas para un teatro municipal, ya que así participa directamente en la ejecución de un servicio público (decisión del 15 de enero de 1979); aquél por medio del cual una persona se abona al servicio telefónico (decisión del 29 de junio de 1979), en virtud de las cláusulas exorbitantes del derecho común contenidas en el mismo, y el contrato que permite realizar actividades de jardinería en un parque, plazas y vías públicas, dada la participación directa en un servicio público (decisión del 14 de enero de 1980).

2. La amplia e incongruente caracterización del contrato administrativo en Venezuela

En la forma expuesta, y bajo los criterios señalados, la institución del contrato administrativo constituyó una figura novedosa que el derecho comparado estuvo presto a adoptar. En efecto, muchos países lo acogieron aun cuando sus ordenamientos jurídicos

20. *V.*, LLORENS, Francois, "*Note de* jurisprudence administrative" en *Reviste du Droit Public* nº 1, enero-febrero 2000, pp. 247 y ss., tal como resulta de la decisión del Tribunal de los Conflictos del 5 de julio de 1999.

21. DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, t I, *op. cit.*, pp. 796 y 797.

22. *V.*, la referencia en GODIRIN, Philippe, en "Contrats et marchés", *L'Actualité Juridique Droit Administratif* nº. 5, mayo 1985, pp. 274 y ss.

23. Por lo que respecta al contrato de obra pública, *V.*, DE LAUBADÉRE, André e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, t II, París 1998, pp. 376 y ss.

permitiesen la adopción de otras fórmulas más cónsonas con su idiosincrasia. Así Venezuela, en la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, se pronunció en los siguientes términos:

> Cuando en un contrato está interesado el *servicio público*, el particular que celebra contrato con la administración, se ha convertido en *colaborador* del servicio público y por lo tanto, está aceptando quedar subordinado al interés general, y sometido al derecho público[24].

La jurisprudencia posterior continuó fundamentada en los principios de la sentencia del 5 de diciembre de 1944: los contratos administrativos son aquéllos que interesan a los servicios públicos y, por ello, se contraponen a los de derecho privado. Ahora bien, si en Francia el contrato administrativo no se circunscribió a aquél que tiene por objeto encomendar al cocontratante la ejecución misma del servicio público, y se amplió la noción en la forma como lo hemos expuesto y bajo las críticas doctrinarias reseñadas, en Venezuela la noción fue objeto de tal ampliación que hoy son pocos los contratos que escapan al calificativo de administrativo.

En efecto, en la sentencia del 12 de noviembre de 1954 nuestro Máximo Tribunal Administrativo sostuvo que cuando la Administración Pública celebra con otra persona un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública "nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo". En el caso particular se trataba de una venta de conejos a un organismo administrativo para el fomento y mejoramiento de la cría de los mismos[25]. Otra sentencia, del 13 de agosto de 1964, dejó sentado que un contrato de explotación maderera en terrenos baldíos era indudablemente un contrato administrativo[26].

Si tales decisiones no permiten la obtención de un criterio de contrato administrativo, pues son conceptos bien diferenciados el interés de servicio público y la prestación de utilidad pública, las sentencias más recientes de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, así como las de la nueva Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no han hecho otra cosa que agravar el problema. Veamos en efecto tales criterios:

El criterio del contrato administrativo como aquél que ostenta una finalidad pública inminente o una finalidad pública a secas es acogido en las sentencias de fechas 6 de julio de 1999[27], 5 de agosto de 1999[28], 27 de abril de 2000[29], 10 de octubre de 2000[30], 24 de enero de 2001[31], 13 de febrero de 2001[32] y 22 de enero de 2002[33]. Como se observa, la circunstancia de que un contrato celebrado por la Administración ostente una finalidad pública constituye un criterio tan amplio, y hasta abstracto, que a lo que induce es a la imposibilidad de caracterizar el contrato administrativo. Recuérdese que en Francia, como antes expusimos, se le negó el criterio de contrato administrativo al de suministro de adoquines, pues lo que debe ser tomado en cuenta no es la finalidad en virtud de la cual es suscrito el contrato, sino su objeto.

---

24. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, p.733, subrayado nuestro.
25. *Ibid*, p. 730.
26. *Ibid*, p. 729.
27. *V.*, PIERRE TAPIA, Oscar R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* nº 7, julio 1999, p 122.
28. *Ibid*, nº 8, p. 210.
29. *Ibid*, nº 4, p. 170.
30. *Ibid*, nº 10, p. 74.
31. *Ibid*, nº 1, p. 120.
32. *Ibid*, nº 2, p. 239.
33. *Ibid*, nº 1, p. 116.

La jurisprudencia, al parecer, sin darse cuenta de ello, ha ido aún más allá y ha considerado como contrato administrativo aquél en el que se *evidencie* el interés o la noción de servicio público (sentencias del 16 de mayo de 2000[34] y del 3 de agosto de 2000[35]). Con posterioridad, el criterio queda radicalmente distorsionado en el fallo del 28 de noviembre de 2000[36] en el cual se sostiene que para caracterizar al contrato como administrativo basta que tenga por objeto la organización o funcionamiento de un servicio público o de *alguna* actividad de interés general; que *guarde relación* con una actividad de servicio público o de utilidad pública o que la actividad desarrollada sea *trascendente* para la prestación de un servicio público.

En fin, la demostración más radical de que el contrato administrativo pueda difícilmente constituir una categoría jurídica cierta, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales, queda demostrada en el fallo del 7 de marzo de 2002[37] en el que se afirma que "...en virtud de que la actividad contratada es *inherente* al desarrollo del servicio público...evidentemente estamos en presencia de un contrato administrativo".

Como se observa, los conceptos adoptados por nuestra jurisprudencia presentan una gran amplitud, y ello, por haberse sustentado sobre la base de la vaga e imprecisa noción de servicio público. En efecto, misión de servicio público, finalidad de servicio público, criterio de servicio público, finalidad pública inminente o utilidad pública son conceptos que pueden encontrarse en cualquier contrato celebrado por la Administración. En consecuencia, resulta difícil descartar la calificación de administrativo a contratos que revisten las características de contratos de derecho privado, de seguirse tal calificación. El carácter omnicomprensivo del concepto es tan relevante que algunos autores lo han venido considerando como una noción inútil y carente de efectividad[38].

Sin embargo, como tal institución ostenta un régimen sustantivo y adjetivo propios, es necesario referirse a esos regímenes a objeto de determinar si dicho concepto, aun con las distorsiones a las cuales lo ha sometido nuestra jurisprudencia, debe subsistir.

III. LA INNECESARIA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN BASE A UN RÉGIMEN ESPECIAL

1. El régimen jurídico sustantivo o sistema de prerrogativas no justifica la categoría

La noción de contrato administrativo, tal como la doctrina y jurisprudencia lo justificaban, en virtud de encontrarse de por medio la prestación de un servicio público, colocaba a la Administración en un plano de superioridad. Como ese servicio público interesa a toda la colectividad, era necesario dotar al contratante de poderes especiales o exorbitantes. Tal es la teoría clásica en los países que han adoptado la dualidad de contratos como Francia, Bélgica, España y Venezuela.

34. *Ibid*, nº 5, p. 342.
35. *Ibid*, nº 8, t 1, p. 230.
36. *Ibid*, nº 11, t 1, p. 325.
37. Consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia www.tsj.gov.ve
38. *V.*, PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela" en *Derecho Público en Venezuela y Colombia. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, U.C.V., Caracas 1986, p. 253.

Esas prerrogativas fueron claramente acogidas en nuestro país en la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944 antes citada, criterio confirmado en el fallo de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954[39] en la que se dejó claramente expuesto que cuando existe un contrato administrativo "la situación individual del derecho de los particulares es menos estable que la situación individual nacida de los contratos civiles, y ya se dijo que tal desigualdad se explica y se justifica por la supremacía y por el imperio de los intereses públicos".

Como sabemos, tales potestades son la de dirección y control en la ejecución del contrato, la imposición de sanciones, la interpretación, la modificación unilateral y la resolución del contrato por parte de la Administración, todas ellas trasladadas del derecho francés.

Ahora bien, tal como lo han precisado Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández[40], y ha sido aceptado por parte de nuestra doctrina[41], "este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, de modo que es en sí mismo extracontractual". Además, tales prerrogativas se ponen de manifiesto a través de actos administrativos denominados actos separables que pueden ser objeto de impugnación por ante la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante lo expuesto, el criterio del contrato administrativo podría haber quedado sustantivizado en virtud de que sólo respecto a los contratos denominados administrativos la Administración ostenta la potestad de ejercer esos poderes a través de actos administrativos. Sin embargo, dos razonamientos obran en contra de tal caracterización.

En primer lugar, el principio de desigualdad contractual, y las prerrogativas de la Administración que son consecuencia de esa desigualdad, se encuentra en nuestro país consagrado por vía legislativa, sin ninguna referencia a los contratos administrativos. En efecto, en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones del 17 de septiembre de 1999[42] se prevé, respecto a éstas, la potestad de inspección y control (artículo 37), la interpretación unilateral (artículo 38), la modificación unilateral (artículo 39) y el rescate anticipado (artículo 53), sin que se las califique de contratos administrativos. Entonces, si legislativamente se encuentran consagradas tales prerrogativas de la Administración en relación a determinados contratos, ¿Por qué entonces extenderlas a otros? Además, en tanto que prerrogativas, su interpretación es restrictiva y no cabe respecto a ellas la interpretación analógica.

En este mismo orden de ideas, en nuestro derecho positivo el decreto No. 1417 del 31 de julio de 1996, contentivo de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras[43], prevé la resolución del contrato por causas no imputables al contratista (artículo 112), lo que se encuentra ya previsto en el artículo 1639 del Código Civil. Además, se consagra la teoría de la imprevisión, típica situación del contratista aplicable a los contratos administrativos, con la particularidad de que, al acogerla, se separa de la jurisprudencia francesa, pues se adopta el sistema de la reparación integral: el ente contratante pagará al contratista los aumentos de los precios de los materiales de cons-

39. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t III, vol 2, *op. cit.*, p. 732.
40. *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Madrid 2001, p. 683.
41. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, p. 47.
42. *V.*, *G.O.* nº 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.
43. *V.*, *G.O.* nº 5096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

trucción utilizados en la obra y de los equipos destinados a ser incorporados a ella, que tuvieren su causa en las condiciones del mercado y que hubiesen sido adquiridos por el contratista durante la ejecución de los trabajos. Tampoco se formula en dicho decreto referencia alguna a los contratos administrativos, ni se le califica como tal al contrato de obras.

En segundo lugar, y en virtud de los amplios criterios interpretativos adoptados por nuestra jurisprudencia para sustantivizar el contrato administrativo, no dejan de presentarse situaciones evidentemente injustas al aplicar ese *formidable poder*, contentivo de prerrogativas en perjuicio de un particular, a contratos como los de venta de conejos, a título de ejemplo, calificado como administrativo por nuestra jurisprudencia.

De acuerdo con lo expuesto, desde el punto de vista del régimen sustantivo ninguna necesidad existe para justificar una categoría determinada de contratos calificados como administrativos. Basta entonces para el juez la aplicación de nuestro derecho positivo, en particular las normas que regulan determinados tipos de contratos, sin necesidad de recurrir a su previa calificación de administrativos bajo criterios tan disímiles como los que hemos expuesto con anterioridad. Por lo demás, de esa forma se evitarían los innumerables conflictos de competencia entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa en virtud del criterio que cada una pueda tener respecto a la calificación previa de un contrato en particular.

No obstante, queda en pié un problema a resolver: si desde el punto de vista sustantivo es innecesaria la categorización de los contratos administrativos, desde el punto de vista adjetivo ¿A quien corresponde conocer de los contratos respecto a los cuales el derecho positivo confiere prerrogativas a la Administración?

2. La manera equívoca como fue incorporado el contrato administrativo en la legislación procesal administrativa

A. Una disposición aislada

La figura del contrato administrativo, hasta donde sepamos, figuraba en nuestro derecho positivo sólo en la Ley Forestal de Suelos y Aguas del 30 de diciembre de 1965[44]. Su artículo 65 establece que el aprovechamiento de productos forestales en terrenos baldíos y cualesquiera otros terrenos que fueren del dominio privado de la Nación, cuando no fuere practicado directamente por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Agricultura y Cría, podrá ser ejecutado por particulares mediante *contratos administrativos* otorgados de conformidad con dicha ley.

Ahora bien, si aplicamos un criterio más o menos coherente, en realidad no podemos caracterizar a dicho contrato como administrativo de acuerdo a los criterios manejados por la doctrina y la jurisprudencia. En él no se le confiere al particular la ejecución de un servicio público, ni se le convierte en colaborador de un servicio público o de utilidad pública. Se trata simplemente de un contrato que va a beneficiar a un particular en el aprovechamiento de productos forestales.

44. *V., G.O.* nº 1004 Extraordinario del 26 de enero de 1966.

Obviamente, si aplicamos un criterio amplio de contrato administrativo, como lo ha hecho nuestro Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, ciertamente el contrato lo sería por su vinculación, aunque remota, con un servicio público, pues el contratista bien pudiere resultar propietario de un establecimiento que venda al público muebles elaborados con productos forestales, si es que algún tribunal se atraviese a calificar esa actividad como servicio público.

En nuestro criterio, en consecuencia, esa disposición aislada en modo alguno otorga carta de naturaleza a los contratos administrativos en nuestro país. Su denominación de administrativo es intrascendente pues más bien parece que con ella el legislador lo que quiso fue darle un carácter más restrictivo a determinados contratos cuya utilización abusiva, paradójicamente, en lugar de proteger a los servicios públicos, puede causar daños ambientales de diversa naturaleza.

B. La norma competencial

(a) La tradición constitucional y legislativa

En materia contractual, en todas nuestras constituciones, con excepción de la de 1961 y la vigente, y bajo diversas fórmulas, se le otorgó competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las controversias que resultaren de los contratos suscritos por la República. A partir de la Constitución de 1925 la competencia se restringe al especificarse concretamente los asuntos de naturaleza contractual que serían del conocimiento de la Corte (nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación y cumplimiento), pero, con evidente ausencia de técnica legislativa, toda esa enumeración iba a resultar innecesaria, pues a continuación se indicaba "...y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los contratistas...", fórmula que va a repetirse en las constituciones de 1928, 1929 y 1931. Con algunas variantes, la disposición se mantiene, en sus rasgos fundamentales, en las constituciones de 1936, 1947 y 1953.

Como se observa, ninguna referencia hacían las constituciones a los contratos administrativos. Nunca ellas se circunscribieron a una categoría específica de contratos, sino a todas las cuestiones relativas a todo tipo de contratos celebrados por la República, con prescindencia de que ésta fuese demandante o demandada.

En fin, la norma desaparece en la Constitución de 1961 y en la vigente. No obstante, la Ley Orgánica de la Corte Federal promulgada el 2 de agosto de 1953, y la cual mantuvo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1976 dispuso:

> Son atribuciones de la Corte Federal:
>
> *omissis*
>
> 28. Conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional.

En consecuencia, la Corte mantenía una competencia genérica en materia de contratos celebrados por la Administración, independientemente de que éstos pudiesen ser calificados de administrativos o no. En otras palabras, la caracterización de un contrato como administrativo carecía de toda connotación desde el punto de vista competencial.

(b) El surgimiento de la norma competencial

Ausente en el derecho positivo disposición alguna que confiriese competencia a los tribunales contencioso administrativos para conocer de los asuntos vinculados a los contratos administrativos, al discutirse la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en primera discusión en la Cámara de Diputados, en particular, el artículo referente a las competencias de la Corte, el diputado Juan José Caldera, en la sesión del día 14 de julio de 1976, formuló la siguiente observación:

> ...este artículo tiene una omisión importante: en el texto presentado originalmente por la Corte en agosto del año pasado se incluía un ordinal que está también en la Ley Orgánica de la Corte Federal, vigente todavía en Venezuela en virtud de la disposición transitoria decimoquinta de la Constitución, que le da competencia a la Corte de los asuntos relativos a contratos administrativos. La Corte lo incluyó en el texto que presentó en agosto del año pasado y, luego, en un documento anexo que pretendía corregir algunos errores que existían en ese primer texto, omite, a mi modo de ver, por simple descuido, el ordinal relativo a los contratos administrativos que es de especial importancia[45].

Como se observa, no resultaba cierto que en la Ley Orgánica de la Corte Federal existiese un artículo que le otorgase competencia a la Corte para conocer de los contratos administrativos. Por el contrario, tal como hemos citado textualmente esa disposición antes, tal competencia lo era para conocer de los asuntos vinculados a todo tipo de contratos. Lamentablemente, el diputado asimiló los contratos de la Administración con los contratos administrativos, respecto a los cuales existía ya una abundante y contradictoria jurisprudencia.

De esta forma quedó incorporada, luego de haber sido suprimida de la versión de agosto de 1975, la norma que le otorga competencia a la Sala Político Administrativa de la ahora extinta Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

> Es de la competencia de la Corte:
>
> *omissis*
>
> 14. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades[46].

No puede entonces dejar de objetarse la incorporación al derecho positivo de una noción que, si bien era manejada por la jurisprudencia al copiar un derecho extranjero, era ajena a nuestra tradición constitucional y legal[47]. Además, esa incorporación agravaba el concepto de contrato administrativo, el cual de por sí ostentaba ya la amplitud y variedad de criterios que antes hemos puesto de relieve.

De acuerdo con lo expuesto, si antes de 1977, al entrar en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, era necesario delimitar la noción de contrato administrativo a los fines de determinar la supremacía de la Administración, según el criterio que en cada oportunidad se adoptase, ahora lo es para determinar la jurisdicción competente, la ordinaria o la contencioso-administrativa.

---

45. *V., Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, t VI, vol. 1, marzo-julio 1976, p. 831, subrayado nuestro.

46. Artículo 42, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

47. Como magistralmente lo ha puesto de manifiesto, aun cuando no hace referencia a la norma procesal, el profesor PÉREZ LUCIANI, Gonzalo en el artículo antes citado.

IV. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE

En la medida en que subsista una norma atributiva de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las controversias que se susciten respecto a los contratos administrativos, habrá siempre que definir el concepto, y ya hemos visto la amplitud de márgenes dentro del que se desenvuelve. La variedad de interpretaciones y la multiplicidad de criterios que respecto a ellos existe desacreditan una institución y la desmeritan como categoría jurídica, pues carece de un criterio fundamental y preciso que la caracterice.

Es necesario entonces volver al sistema tradicional en nuestro país desde 1830, que no por ello es más racional, sino porque la sola presencia de la República en una relación contractual justifica ya la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, tomar como base la noción del servicio público es caer en una institución carente de unicidad, tal como el estudio de la jurisprudencia lo ha podido constatar.

Una fórmula que consideramos adecuada podría ser ésta: Conocer de las controversias que se susciten con motivo de los contratos en que sea parte la República y, tal como lo sugeríamos en un libro publicado en 1989 (aun cuando nos referíamos a los contratos administrativos)[48], las controversias contractuales en que sean parte los Estados y los Municipios podrían ser competencia, ya no de la Sala Político-Administrativa, sino de los juzgados regionales con competencia en lo contencioso administrativo, lo que, sin necesidad de reforma legal y en base a la interpretación del nuevo Texto Constitucional, ha sido ya adoptado por la jurisprudencia de la citada Sala Político-Administrativa[49].

Definida así la competencia contractual, sin las complicaciones a las cuales actualmente se encuentra sometida, las potestades exorbitantes de la Administración -como se dijo antes- se aplicarían respecto a los contratos y en la forma prevista en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Como resulta obvio, al juez le corresponde fundamentalmente la aplicación del derecho positivo, y ya hemos indicado con anterioridad que en Venezuela se encuentran precisados cabalmente los casos en que son aplicables tales prerrogativas, en concreto, en las concesiones a que se refiere el Decreto-Ley del 17 de septiembre de 1999 y, sólo algunas de esas prerrogativas, en los contratos para la ejecución de obras, no siendo extensible en modo alguno, por vía analógica, a otro tipo de contratos.

De este modo quedaría descartada la categoría del contrato administrativo. Sólo subsistiría una sola tipología de contratos dentro de los cuales, a un grupo de ellos, le serían aplicables algunas reglas especiales por mandato expreso del Legislador. Basta para ello conocer si se trata de una concesión de las ya mencionadas o un contrato de ejecución de obras, sin necesidad de entrar en el análisis, muchas veces subjetivo, acerca de si la Administración actuó con una misión o finalidad de utilidad pública, o de interés público; si la actividad a cargo del cocontratante guarda relación con un servicio público o es trascendente para su prestación, utilizando los términos empleados por nuestro Máximo Tribunal.

---

48. CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Contencioso de Plena Jurisdicción y Demandas contra los Entes Públicos*, Caracas 1989.

49. *V.*, las sentencias de la Sala Político administrativa del 12 de marzo de 2002 (PIERRE TAPIA, Oscar R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* nº 3, pp. 116 y ss) y del 23 de abril de 2002 (*ibid*, nº 4, pp. 151 y ss.).

Desde el punto de vista procesal, los inconvenientes que actualmente pone de manifiesto la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa justificarían también la unificación jurisdiccional de todos los contratos celebrados por la Administración a favor de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que la partición jurisdiccional da lugar no sólo a criterios interpretativos diferentes dentro de una misma jurisdicción -como lo hemos señalado con tanta insistencia- sino también a conceptos divergentes entre la jurisdicción civil y la contencioso administrativa.

Por último, debe a toda costa evitarse la tentación del Parlamento a legislar sobre contratos administrativos. Tal observación obedece a la tendencia que existe en nuestro país, ya bien sea por la Asamblea Nacional, o por el Presidente de la República a través de leyes habilitantes, a legislar sobre las más variadas materias, muchas veces sin tomar en cuenta las realidades fácticas. Esta reflexión parece obvia dado el contenido del presente trabajo, pero ella la motiva también la influencia que el derecho español ha venido ejerciendo sobre el nuestro y, en España, se ha dictado recientemente el Real Decreto Legislativo del 16 de junio de 2000 sobre Contratos de las Administraciones Públicas[50].

En dicho Texto legal los contratos se clasifican en administrativos y de derecho privado. Entre los administrativos se mencionan aquéllos cuyo objeto es la gestión de servicios públicos, la realización de suministros, los de consultoría o de servicios y, en una forma bastante original "los de objeto distinto pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la competencia de aquélla o por declararlo así una ley".

Nótese entonces el peligro que trae consigo la amplitud de los conceptos empleados y como afrontarían algunos jueces la naturaleza administrativa especial de un contrato para luego vincularlo al giro o tráfico específico de la Administración, y todo ello por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública. Una fórmula similar, de ser adoptada en nuestro país, nos llevaría a un laberinto del cual quizá sólo saldríamos desvirtuando más la noción de lo que actualmente se encuentra.

De igual forma, La Ley española de la jurisdicción contencioso administrativa prevé la dualidad de jurisdicciones en materia contractual al consagrar en su artículo 2.b. que el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos.

V. CONCLUSIÓN

Existen entonces sobradas razones para excluir a la llamada figura del contrato administrativo en una futura legislación, sin que con ello se infrinja disposición normativa alguna. Las razones teóricas y prácticas son altamente poderosas para evitar al juez una tarea en la que cada vez abre más las compuertas al concepto, en detrimento y perjuicio del cocontratante de la Administración y con menoscabo evidente de la seguridad jurídica.

Por lo demás, la tesis tradicional conforme a la cual correspondía al Máximo Órgano contencioso administrativo conocer de las controversias contractuales en que fuese parte la República nunca dio lugar a problemas. Extender esa competencia a los contra-

50. *V.*, MUJICA, Juan, *Contratos de las Administraciones Públicas. Texto Refundido 2000*, Madrid 2000.

tos de las entidades territoriales menores, bajo el pretexto de que se trataba de contratos administrativos, sí los ha originado, al punto de que la Sala Político-Administrativa ha debido resolver el asunto a la luz de una interpretación constitucional que se enfrenta a una clara disposición de la ley.

Excluir por tanto a los contratos administrativos en una futura legislación constituye una verdadera necesidad. Baste al respecto observar que la circunstancia de que una determinada actividad guarde relación con un servicio público, o sea inherente al desarrollo del mismo -como lo sostiene la jurisprudencia más reciente- dejan poco margen para que un contrato no ingrese dentro de esa categoría. Hemos llegado así, por la vía equivocada, a una errónea conclusión: asimilar contratos administrativos con contratos de la Administración.

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LA CLAÚSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Luis Corsi
Profesor de la Universidad Santa María y
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

"*...que por la acumulación de las circunstancias indicadas la economía del contrato se encuentra totalmente trastornada, que la Compañía tiene, pues, fundamento para sostener que no debe ser obligada, en las mismas condiciones previstas en su origen, al funcionamiento del servicio, mientras dure la situación anormal antes anotada*".

(*Conseil d'Etat, S. 1916, 3, 17, concl.Chadernet*)

"*On ne peut, donc pas invoquer* "*l autonomie*" *du droit administrative pour affirmer que la théorie genérale du contrat adminsitratif ecarterait, par principe, la théorie civiliste. Tout est une question d'analyse du droit positive: sur le fond dans quelles mesure les solutions du droit adinistratif s'écartent-elles de celles du droit civil en rappeller que la notion même de contrat? À cet égard, il faut rappeler que la notion même de*"*contrat' 'est une notion juridique général et nést pas, en tant que telle, plus une notion* "*civiliste*" *que une notion* "*administrativiste*". *Dès lors la logique voudrai qu' à un concept unique corresponde une théorie général unique, commune au deux/disciplines, sous réserve des adaptation (qui peuven parfois être inportantes) necessitées par le droit civil ou par le droit administratif. Reste à vérifier si cette hypothesèse correspondon ou non à le realité du droit positif. C'est ce que nous nous proposons de faire maitenant*". *Jean Waline*

I. INTRODUCCIÓN

Escribir sobre Napoleón ese sorprendente curso cuyo nombre atrajo la atención del mundo fue una empresa difícil. Esa fue la opinión de Stendhal, su mejor biógrafo, quien escribió para febrero de 1818 en el prefacio de su *Vie de Napoleón*: "*Es igualmente difícil satisfacer a los lectores escribiendo sobre cosas o muy poco o demasiado interesantes*"(Subrayado de L. C.).

A estas dificultades de tipo general para mi se añaden otras que deseo señalar en esta introducción:

Escribo sobre este tema, en efecto asaltado por la duda por varias razones:

1. Hay motivos para entender que, para cualquiera que desee incursionar en el acorralamiento sistemático de la problemática de la cláusula *rebus sic stantibus* resulta sobremanera arduo porque es emprender el camino de ilustres predecesores. Y es que, ciertamente, no resulta fácil continuar con decoro las grandes obras de maestros insignes, tanto extranjeros como venezolanos. Basta citar a Bonnecase[1], Ripert[2], Larenz[3],

1. *Supplement au Traité de Droit Civil* de Baudry-Lacantinerie, t. 3, n° 314.

Pino[4], etc., que han brindado su contribución al estudio de este tópico "una de las materia con mayor relieve y trascendencia práctica dentro del moderno derecho de las obligaciones"[5].

En la bibliografía venezolana el tema no es huérfano de doctrina.

El gran jurisconsulto Dr. Luis Felipe Urbaneja, quien en vida me distinguió y me honró con su amistad, escribió "Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados", Caracas, 1972, su Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el primer trabajo que aborda con seriedad el tema. Más recientemente debe resaltarse un enjundioso aporte del también jurista de acrisolado prestigio, el Dr. José Mélich Orsini, "La revisión del contrato por onerosidad excesiva", publicada en *la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, junio de 1999, número 54, págs. 55 a 98.

Al determinar el alfa y el omega de las aportaciones venezolanas no significa, según nuestro leal saber y entender, que no deben tenerse en cuenta y recomendarse también los aportes (cito en orden cronológico) de mi maestro Eloy Maduro Luyando[6], Jaime Otis Rodner S.[7], y en la dogmática *iuspublicistica* hasta donde llegan nuestra noticias, a Brewer-Carías[8], Lares Martínez[9], Linares Benzo[10], Lupini Bianchi-Ruan Santos[11] y Andrade Labarca *et allii*[12].

He de confesar, por ello, que emprendí *con temor y temblor* (así también lo ha reconocido alguien), el honroso encargo de mi buen amigo, también condiscípulo, el Dr. Alfredo Arismendi, Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas que *in illo tempore*, compartimos algunas inquietudes, entre ellas, la necesidad del hombre de crearse una vida mejor y nació una amistad que todavía perdura.

2. He tenido que recorrer las fuentes fundamentales, que afortunadamente están en nuestras bibliotecas jurídicas entre ellas, la Biblioteca de los Tribunales del Distrito

---

2. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligation civiles*, París 1949, n° 81.

3. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.), Madrid 1956.

. La teoría de LARENZ es considerada la más perfecta de todas. Así lo estima DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid 1993, p. 878.

4. *La excesiva onerosidad de la prestación*, (de DE MALLOL), Barcelona 1959.

5. DÍEZ-PICAZO, Luis, Prólogo a la obra de ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid 1968, p. 9.

6. *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*, reimp., Caracas 1983, pp. 199 a 202. Esta obra de tan esclarecido profesor ha sido revisada y puesta al día por el Dr. Emilio PITTIER SUCRE, en lo adelante MADURO-PITTIER. vol. II, Caracas 2000, pp. 821 a 824. PITTIER SUCRE, a diferencia de MADURO LUYANDO, que deja el problema de su adquisición librado a la doctrina y la jurisprudencia (p. 202), considera "que la teoría de la imprevisión no es aplicable en Venezuela, por no tener fundamentos muy sólidos, ni existir conceptos claros en relación a los requisitos para su procedencia, que justifique la violación de nuestro sistema contractual de derecho privado..." p. 823 y ss.

7. *El Contrato y la inflación. El uso de cláusulas de valores en Venezuela*, Caracas 1983. Más recientemente ver su monumental estudio, *El dinero, la inflación y las deudas de valor* (Prólogo de José MÉLICH ORSINI), Caracas 1995, que se pronuncia explícitamente y en líneas generales a su inadmisión por la jurisprudencia y se muestra, con el apoyo de MÉLICH ORSINI, cauteloso frente a la posibilidad de adoptarla en el derecho privado a menos que sea producto de una modificación legislativa. *Cf.*, p. 519 de dicha obra y nota 48.

8. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo*, Caracas, p. 210 con afirmación poco clara, que rectifica en su obra más reciente, *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, pp. 220 y ss.

9. *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª, ed. actualizada, Caracas 1999, pp. 302 a 305.

10. "La revisión de los precios en el contrato administrativo" en *RFPGR*, vol. 8, 1993, pp. 135 a 148.

11. Consideraciones sobre las condiciones generales para la ejecución de obras de la Administración Pública, en *Revista de Derecho Público* n° 12, 1982, pp. 5 y ss.

12. Imprevisión en los contratos de obra pública, en *RFDZ* n° 26, 1969, pp. 63 a 80.

Federal Fundación *Rojas Astudillo* y la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, nuestra *alma mater*, donde siempre hemos sido atendidos con exquisita amabilidad.

No obstante, sus fondos bibliográficos están bastante atrasados en fechas (libros y sobre todo revistas) lo que nos ha obligado a adquirir obras más recientes francesas e italianas.

El escollo de estar al día en bibliografía en parte, pues, ha sido obviado y estoy, por lo menos en documentación, en escribir, porque siempre trato de ser exhaustivo, un ensayo digno del homenajeado.

3. El tema de la *cláusula rebus sic stantibus* (*verbus* cosas, *sic* así, *stantibus*, estando permaneciendo es decir, permaneciendo (*así las cosas*) que responde a la interrogante de si debe o no, compelerse el cumplimiento de obligaciones concertadas en épocas normales, si a la fecha de la ejecución de las mismas circunstancias extraordinarias e imprevisibles hacen que la realización de la prestación sea de excesividad gravosa o ruinosa para el obligado, abre un ancho campo a la polémica especialmente en los ordenamientos como el nuestro en que no está positivamente consagrado por nuestro legislador o lo está (caso del contrato de obra pública), pero con deficiente formulación y en normas de rango sublegal.

Por otra parte, el tema es de una gran importancia práctica que deriva entre otras razones, del fenómeno económico de la inflación y del aumento de los precios que obligan a una solución de principio.

Para nosotros, constituye una motivo de honda satisfacción poder efectuar este modesto aporte a los fines de la publicación que efectuará la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en homenaje al ilustre Dr. Allan Randolf Brewer-Carías.

Hemos elegido, para ello como tema, "la cláusula *rebus sic stantibus*" en la contratación administrativa.

No ha sido tarea fácil escoger un tema que pueda ser de interés para un administrativista.

Aunque en el ejercicio profesional he manejado las categorías del Derecho público existía de mi parte cierta aprehensión, porque, según una opinión que no comparto, "el Derecho Administrativo es un mundo extraño al Derecho, o fuera del Derecho, o incluso es no Derecho"[13]. Pero los contratos administrativos son claramente tales y es indiscutible la "sustantividad del contrato administrativo".

A esta conclusión he llegado en plena consonancia con el eminente Forshoff[14] y, superado los escrúpulos aspiro con gran satisfacción y orgullo honrar a un brillante condiscípulo creador de una bibliografía apabullante, difícil de superar por su calidad y número[15].

No quiero terminar sin manifestar mi agradecimiento al Doctor Arismendi y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, por

13. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid 1994, p. 77 que afirma que "la historia de la formación singular de este Derecho, es sin duda la más alta expresión del monumento jurídico de la Revolución...".

14. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1958, pp. 373 a 374.

15. *V.*, "Biblio verbi grafía de Allan Brewer-Carías, 1957-2001", en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 287 a 427.

brindarme la ocasión de participar en esta justiciera exaltación, según se lee en la Partida 3, 1: pr. [2]: "*E non tan solamente ha logar Justicia en los pleytos que son entre los demandadores e los demandados en juyzio; mas aun entre otras cosas que avienen entre los omes, quier se fagan por obra, o se digan por palabra*".

1. Referencia a *la Cláusula*

Sólo se discute sobre en que fundamento basar la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en los contratos de tracto sucesivo.

La doctrina italiana ha realizado una investigación amplísima y circunstanciada sobre los precedentes y el desenvolvimiento histórico de la cláusula *rebus sic stantibus* que todavía no ha sido superada[16]. Si bien pueden encontrarse precedentes en la época romana tardía bajo la influencia de la filosofía estoica[17], las exigencias de mitigar el rigor de la inmutabilidad de los pactos (*pacta sunt servanda*) es de los post glosadores, que le dan su formulación definitiva. Una verdadera construcción teórica que se remonta a Alciato (1482-1550), Bartolo y Baldo, en el comentario al fragmento 8 D. XII 4 (1599)[18], cuando la cláusula aparece ampliamente extendida[19].

Su extensión con carácter general en los diferentes países y ramas del Derecho[20], es cuando adquiere verdadera y propia formulación jurídica en las fuentes canónicas; y la primera manifestación de su formulación está en la 2ª. Parte del Decreto de Graciano en el cap. 14 (*nequis*), Cap. XXII qu 2, que se estima que deriva de un pasaje de la *Summa Theologica* (Lib. II, qu 110, art. 3, que expresa "Pues como Séneca dice para que uno esté obligado a cumplir lo que prometió se requiere que nada haya cambiado: por el contrario ni mintió al prometer, porque prometió lo que tenía en la mente supuestas las condiciones debidas; ni tampoco falta a la palabra no cumpliendo lo que prometió, ya que no persisten las mismas condiciones. Por consiguiente el Apóstol tampoco mintió al no ir a Corinto adonde había prometido ir como se dice en la II a los Corintios, capítulo I, debido a los acontecimientos que sobrevinieron".

Desde este momento, determinándose los límites dentro de los cuales el incumplimiento de la promesa podía no considerarse *mendicium*, la cláusula se difunde en los comentarios del Digesto y en las recopilaciones de los Concilios"[21].

La influencia de autores como Grozio, Cocceio, Leyser, KOPP, Eberhard, Tevenar, Weber etcétera, de la escuela alemana y holandesa hacen posible que en las primera codificaciones de los países germánicos (*Allgemeines Land-Recht* bávaro de 1756 y *A. L. R* prusiano de 1794 y del Código civil austríaco de 1815), se hacen unas aplicaciones directas de la teoría del cambio de circunstancias que, sin duda, son considerados de un indudable interés práctico.

16. *Cf.*, OSTI, "La cosidetta cláusula reb. sic stant, nel suo svilupo storico" *en Riv, dir. Civ.*, 1912, I, pp. 1 y ss. que es fundamental.
17. CICERÓN y SÉNECA, que por medio de la filosofía escolástica, ejercieron su influencia sobre el desenvolvimiento del derecho contractual en general.
18. *V*: para ampliar, TERRAZAS MARTORELL, Juan, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad (teoría de la cláusula rebus sic stantibus*), Barcelona 1951, pp. 68 a 70. Y, también OSTI, *loc. cit*.
19. Así TERRAZAS MARTORELL..., *cit*., p. 74.
20. *Cf.*, PINO, Augusto, *ob. cit.*, p. 144.
21. *Cf.*, TERRAZAS Martoreel, *ob. cit*., p. 74.

Más tarde en el Código civil alemán (párrafos 321 y 610 BGB) no se dan reglas generales, sino una sistematización excepcional con limitación a casos particulares.

En la experiencia francesa del mismo período, la vitalidad del principio absolutamente no influencia a el *Code Napoleón* y resulta infructuosa toda tentativa de eludir el precepto de la inmodificabilidad unilateral de los pactos contratados sancionado en el art. 1134.

Sólo a partir de 1916 (caso *Gaz de Bordeaux*, Conseil d'Etat, 30 de marzo 1916, S. 16, 317) la jurisprudencia administrativa francesa propugnaba la aplicación de mecanismos de revisión para todos los contratos celebrados por la Administración Pública cuyo contenido fuese alterado por circunstancias imprevistas evitando así la interrupción del servicio público, y que este pacto debería considerarse implícito en todas las convenciones de ejecución prolongada.

Posteriormente, el Consejo de Estado fue haciendo extensiva la *teoría de la imprevisión* y excedió el campo del derecho administrativo para abarcar el derecho laboral (1915 y 1918) y el civil donde se produjeron pronunciamientos basados en esta teoría de litigios sobre contratos de suministros o transportes, seguros, etcétera[22].

Ostti[23], ha subrayado que hoy en día, no obstante, la doctrina de la *Imprévision*, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es objeto de debate, y la exigencia del mantenimiento del equilibrio contractual originario recientemente se fundamenta en términos de "moralismo" contractual, por la subsistencia de deberes de cooperación, de reglas de corrección y de cargas de información[24].

2. La Cláusula *rebus sic stantibus* en el Código civil

Es incuestionable que todo contrato debe ser cumplido en orden a sus términos: *pacta sunt servanda*.

La seguridad jurídica reclama individualmente la estabilidad de los contratos, o principio de la intangibilidad llamado también "principio del contrato-ley" que consagra el art. 1.155 del Código civil, y que ha sido justificado por nuestra mejor doctrina en los siguientes términos:

"Que el legislador al consagrar el artículo 1.159 C.C. haya apreciado que efectivamente existen pocas razones que puedan justificar una intervención extraña a la propia voluntad de las partes que lo formaron, se comprende fácilmente cuando se piensa que si las partes acuden al contrato para regular sus relaciones lo hacen precisamente en búsqueda de un piso firme sobre el cual cada una de ellas puede planificar sus iniciativas y proyectarlas en el porvenir. Esta necesidad social de darle estabilidad a las relaciones sobre las cuales se apoya la dinámica económica excluye que puede verse en la

22. Así, BENABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, 8a. ed., París 2001, p. 209.

No obstante, la tendencia actual de la jurisprudencia judicial francesa, en principio, es no admitir la revisión del contrato resultante de las nuevas circunstancias por el Juez.

Esta solución señala BÉNABENT, es contraria a las admitidas en la mayor parte de las legislaciones extranjeras y cita en la nota 119, bibliografía para ampliar.

Por otra parte, es una solución descartada por los principios UNIDROIT (art. 1-2-3).

Entre nosotros, para ampliar *V.*, MARTÍNEZ ESTÉVEZ, Jaime, "Anotaciones sobre los principios UNIDROIT" en *RFDUCAB* n° 51, 1997, pp. 199 y ss. especialmente, p. 221.

23. OSTI, "*Claúsula rebus sic stantibus*", *ad vocem*, *Noviss. Dig. it*, III, Turúm 1959, p. 358.

24. *Cf.*, REMY, en *L'évolution contemporaine del droit des contrats*, París pp. 113 y ss.

consagración de un principio que era dirigido a procurar tal estabilidad, un mecanismo susceptible de favorecer la mera explotación del débil por el fuerte. Por el contrario resulta patente que cuando se predica el respeto incondicional a la palabra dada, la ley desarrolla más bien el principio consagrado en el Art. 97 de la constitución al evitar que quien le prometió algún bien o algún servicio necesario al desenvolvimiento de su propia iniciativa o actividad empresarial, de que verse defraudado y perjudicado al punto de pretender este último a sus compromisos por mero capricho o por la complacencia de un juez. ¿Qué otra cosa perseguimos en verdad, cuando intentamos adelantarnos a lo porvenir y sustraernos a los inciertos cambios de la economía mediante la celebración de contratos que nos garanticen la estabilidad de los suministros y precios de los bienes, insumos y servicios, sin los cuales no podría mantenerse la empresa que hemos fundado y cuyas mismas bases de subsistencia dependen de una cierta fijeza en los datos económicos que hemos utilizado para realizar nuestros cálculos?".

"El principio de la intangibilidad del contrato significa, pues, que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar al contrato tal como él fue contraído en su conjunto y cada una de sus cláusulas. Pero significa, además, que ninguna consideración de piedad o de equidad, por mucho que golpee su conciencia, autoriza al juez para modificar los efectos de un contrato, ni de oficio ni a petición de alguna de las partes, ya que al juez no le está permitido procurarse por la mayor o menor severidad de las cláusulas aceptadas libremente y por las consecuencias más o menos perjudiciales, que de las mismas puedan seguirse para alguna de las partes[25]".

Ha llegado el momento de preguntarse, ante el silencio del ordenamiento, si en nuestro Código civil y Código de comercio se encuentran disposiciones que sirvan de punto de partida a la aplicabilidad de la cláusula.

El *Codice civile* de 1865 no contenía norma alguna en el tema *sub examine*. No obstante, en los primeros comentadores se notó la tendencia ha afirmar el principio, así los comentarios de Cataneo e Borda, de Galli y Ferrarotti citados por Giorgi[26].

Más adelante la doctrina italiana se aboca al estudio del problema y trata de establecer el fundamento jurídico del principio en algunos artículos del *Códice*.

Giovene, posteriormente, Osilia y Pugliese, entre otros autores, se preocuparon en encontrar en algunos dispositivos técnicos el *Códice* de 1865 "un único principio animatore".

Giovene[27] deducía el principio general para los contratos y todos los actos jurídicos de los artículos 888, 1083, 1081, 176, 1469 y 119; 1580, 1617,1618, 1641, 1916 y 1860 del *Códice* y 432 y 617 del *Códice di commercio* de 1882.

25. Así, MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas 1997, pp. 437-438.

26. *Cf.*, GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción española de 7ed., italiana, Madrid 1977, n° 207 *bis* que concluye: "Por esto, razones de equidad y de justicia distributiva exigen que la ley obligue al Magistrado a restablecer el equilibrio legal, cortando toda desigualdad, utilidad común y buscando aquella utilidad común que dio origen a la celebración y ejecución del contrato". (p. 217).

27. *L'imposibilita della prestazione e la sopravvemienza la doctrina dell clausula rebus sic stantibus*, Padua 1941, p. 111.

Pues bien, Osilia[28] y Pugliese[29] demostraron exhaustivamente que sólo de los artículos 1176[30]; 1469[31] y 1919 N° 2[32] puede deducirse un principio general, aquél que inspira la cláusula *rebus sic stantibus* sancionando indirectamente la cláusula con una serie de disposiciones fragmentarias.

La cláusula *rebus sic stantibus* es una de los tantos fallidos intentos de obtener "la adaptación del contrato a las circunstancias económicas"[33]. Pareciera que no queda sino pensar en la intervención del legislador con una *legislación casuística* o la *formación de principios más generales*[34].

Mientras tanto, habrá que recurrir en Derecho privado, a la tan desdeñada cláusula que, desde el Dr. Urbaneja recepta la doctrina nacional[35], "porque no existe un impedimento legal para la aceptación de la teoría de la imprevisión para modificar o alterar las prestaciones de un contrato sin incurrir por ello en ilegalidad".

Sólo se discute sobre en qué fundamento basar la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en los contratos.

3. La *Cláusula* en la jurisprudencia venezolana

Nuestros jueces *se han sentido seducidos* a reaccionar contra el clásico principio de la intangibilidad del contrato en jurisprudencia reciente que es proclive de admitir en algunos casos la llamada *corrección monetaria*[36].

Al respecto, traemos a colación una sentencia de la Casación venezolana del 30 de septiembre de 1992 bajo ponencia de Aníbal Rueda, reiterada por la Sala Político Administrativa, cuyo texto íntegro puede consultarse en Mélich Orsini[37].

Este autor destaca también distintos laudos arbitrales.

a) Un laudo arbitral de árbitros arbitradores, integrado por los doctores Jesús Carmona Borjas, Gonzalo Parra Aranguren y José Mélich Orsini del 19 de febrero de 1987, donde se lee: "los daños compensados con el interés legal al que se refiere el artículo 1277 del Código Civil venezolano son daños presuntos que no necesitan ser probados por el acreedor y que se generan por el solo hecho de la mora del deudor sin que el acreedor se exija comprobar culpa grave del deudor. Deben por tal motivo reputarse un mínimo de la indemnización a que pudiera haber tenido derecho al acreedor si le hubiera sido aplicable a la regla general de los artículos 1.264 y 1.271 C.C. y como derogato-

28. "La sopravenienza contrattuale" en *Riv. dir, comm*., 1924, I, pp. 320 y ss.
29. "Laesio supervienes" en *Riv. dir comm*., 1925, pp. 16 y ss.
30. Equivalente al art. 1.215 del C.c. venezolano: "Si al deudor se ha hecho insolvente o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas no puede reclamar el beneficio del término o plazo".
31. Equivalente al art. 1.493 del C.c. venezolano: "El vendedor que no acordado plazo para el pago, no está obligado a entregar la cosa si el comprador no paga el precio.
Tampoco está obligado a hacer la entrega, aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra de suerte que el vendedor se encuentra en peligro inminente de perder el precio a menos que se de caución de pagar en el plazo estipulado".
32. Equivalente al art. 1864 del C.c. venezolano.
33. Así, MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general ..., cit.*, pp. 448-9.
34. *Ibídem.*
35. URBANEJA, Luis Felipe, *ob. cit*., pp. 31 a 33.
36. Así, MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general..., cit*., pp. 437-38.
37. *Ob. cit*., pp. 643 y ss.

ria de la regla general que viene así a ser el artículo 1273 *ejusdem*, resulta lógica atribuirle al mencionado artículo 1.277 del Código Civil una interpretación restrictiva y volver a la aplicación de la norma general cuando se hayan dado por comprobados, como es el caso de ante todos los extremos necesarios para reclamar daños y perjuicios contractuales por el incumplimiento en el pago de una obligación pecuniaria". Así se declara[38].

b) Un laudo arbitral dictado el 20 de diciembre de 1989 por los doctores Enrique Lagrange, Ney Himiod y Gonzalo Pérez Luciani, que recoge la necesidad de la situación de las obligaciones mercantiles de las obligaciones civiles, hace resaltar que los intereses de que trata el artículo 108 del Código de Comercio[39] no son compatible con una simultánea aplicación del artículo 1.277 del Código Civil, "Lo contrario-agrega textualmente este laudo- conduciría al absurdo de someter al mismo trato al deudor moroso y al deudor no moroso de obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil uno y otro se encontrarían obligados a pagar intereses a la tasa corriente en el mercado sin exceder del doce por ciento (12%) anual; y al tratar de sostener, que la norma comentada contiene una liquidación que representa el máximo de la indemnización que debería pagar el deudor en mora se llegaría a la ilógica conclusión de que ésta no acarrearía para el que hubiese incurrido en ella ninguna consecuencia distinta de la obligación de pagar aquellos intereses, consecuencia ésta derivada no de su retardo culposo en pagar, sino de la sola circunstancia constitutiva del supuesto de hecho del artículo 108 del Código de Comercio de ser deudor de una suma de dinero líquida y exigible. La mora en pagar obligaciones derivados de la misma se harán irreversibles, lo cual estaría en contraste con todo el sistema del derecho de obligaciones en el cual la mora del deudor tiene una importancia fundamental".

"La fuerza contundente del anterior argumento ha de conducir -en rigor de lógica- a que como ha quedado dicho, aun los partidarios de la interpretación de que el Art. 1.277 C.C. niega la posibilidad legal de la reparación del llamado daño mayor o daño ulterior, convengan en que el Art. 108 Cód. como no expresa sanción alguna para el deudor moroso ni prejuzgar sobre la reparación de los daños derivados del retar culposos en pagar obligaciones pecuniarias. El artículo 108 del Código de Comercio descarta así cualquier posibilidad en materia de obligaciones mercantiles la idea de la liquidación legal de la indemnización debida por el deudor moroso, fijándola como un máximo de lo debido a un título de resarcimiento en el interés legal y conduce a la inevitable y lógica consecuencia de que la sanción del retardo culposo en pagar obligaciones secundarias mercantiles haya que extraerle las normas generales sobre la responsabilidad contractual, establecidas en disposiciones del Código Civil plenamente aplicables en material mercantil por no ser incomparables con éstas las normas del código civil sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (art. 1.264 y 1.271)"[40].

38. *V.*, el texto del laudo en CORSI, L. -GOVEA, L. G.- VEGAS Rolando, N., (Compiladores); *Los intereses y la usura*, (Prólogo del Dr. Luis Felipe URBANEJA), Caracas 1988, p. 426.

Este laudo acogió una doctrina que MÉLICH ORSINI había insinuado en su estudio sobre "La mora del deudor en el Derecho venezolano", *LHRG*, Caracas 1967.

39. Dicho artículo preceptúa: "Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengarán de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual".

Respecto a este dispositivo técnico *V.*, en la doctrina, PULIDO MÉNDEZ, Víctor, "Los intereses moratorios, correspectivos y compensatorios en el derecho venezolano vigente y en el anteproyecto de reforma del Código civil", en *RCADF* nº 133-134, 1968, pp. 186 y ss.

40. Trascripción tomada de MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general ..., cit.*, nota 73, pp. 651 a 652.

II. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Precisiones terminológicas

Junto al riesgo normal del contrato[41], existe otro más amplio. Existe otro derivado de una circunstancia sobrevenida que las partes no pudieron prever.

Estos supuestos de alteraciones encuentran una justificación predominantemente subjetiva y, para resolver el problema ha sobrevivido la concepción medieval de la cláusula *rebus sic stantibus* (*Contratus qui habut tractunm sucessivum vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelligentur*). Las llamadas teorías de la presuposición y de la base del negocio parte del dato fundamental de que ambas partes han debido considerar determinadas circunstancias económicas, jurídicas, sociales o de simple albedrío como influyentes para la celebración del contrato. Si posteriormente esa base o fundamento negocial desaparece, se considera que las partes pueden pedir la resolución o modificación del contrato.

Ciertamente, de hecho históricamente la cláusula no nace en el terreno contractual[42]. Pero la solución a través de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos administrativos se utiliza en Suiza y Alemania". "El instituto jurídico -escribe Forsthoff-[43] que hace posible la disolución del contrato es la cláusula *rebus sic stantibus*, que desde antiguo ha sido reconocida en el derecho internacional como en el Derecho civil y que también en este campo nuestra su eficiencia... Ahora bien, mientras en el Derecho civil la cláusula se limita a casos excepcionales, en el Derecho público debe reconocerle una aplicación extensiva".

Esta es la denominación que adoptamos y es la que propugnamos de *iure condendo* para nuestro Derecho.

No obstante, la teoría de la imprevisión, creación jurisprudencial del *Conseil d' Etat*, es la que ha sido admitida en nuestra doctrina, y en nuestra jurisprudencia.

---

41. Según el autorizado pensamiento de NICOLO (*Alea, ad vocem*, en Ed. D, II, Milán 1958, pp. 1024 y ss. el alea normal es *un factor externo* que no altera la función del negocio, porque es un riesgo implícito en cada contrato.

El alea, según este eminente autor, (p. 1026) es reducida como "estadísticamente connatural a este o aquel mecanismo contractual". Ergo, "variable en función de las singulares figuras contractuales" (*loc. cit.*).

El *álea normal*, por su puesto, favorable o desfavorable para el contratante recae sobre éste.

Pero cuando se rompe el equilibrio entre cargas y ventajas de las partes, por un hecho imprevisible que altera la economía del contrato *la ecuación económica o de equilibrio financiero* (*V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R, "Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un Contrato Administrativo por una Ley declarada nula por inconstitucional" en *CDP*, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Mérida 1976, p. 9, implícita o inherente a todo contrato administrativo ("el cocontratante tiene derecho a recibir de la administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo").

La noción de ecuación económica ha sido receptada en la doctrina nacional *Cf.*, LAREZ MARTÍNEZ, *Manual*, *cit*. p. pero con reservas; BREWER-CARÍAS, Allan R., *Las instituciones fundamentales*..., *cit.*, pp. 204 y ss. y ahora, en *Contratos ..., cit.*, pp. 185 y esp. 202 y ss.

V., el artículo 1.638 Cc. venezolano, de escasa importancia en la práctica porque regula el contrato de obra *a destajo* poco frecuente en la *praxis* negocial.

42. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid 1968, p. 280.

43. *Cf.*, FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid 1958, p. 381.

Ha sido formulada por Jéze en la siguiente forma: "Cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía del mismo con tal gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit sobrepasa los límites del riesgo normal toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit que le compense en parte de él".

2. Situaciones de imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico

Para solucionar los problemas y las situaciones excepcionales que dan lugar en Venezuela a la teoría de la imprevisión, se ha recurrido al expediente de la revisión de precios, en textos de rango sublegal.

La resolución N° 3721 de 15 de diciembre de 1986 (*G. O.* N° 3939 Extraordinaria de 15-12-869 reguló las tarifas de los servicios de electricidad en el Área Metropolitana[44].

Otras normas relativas a los ajustes de precios en los contratos que se realizan con la Administración Pública, son las "Condiciones generales de contratación para la ejecución de obras", que se refieren al contrato de obras públicas pero, por analogía (*sic*) se extienden a otros tipos de contratos como contratos de servicios, incluyendo servicios técnicos, contratos de suministro.

Inexplicablemente se discute si estas condiciones tienen el carácter de verdaderas normas legales o normas de carácter contractual[45].

En materia de aumento de precios derivados de las condiciones laborales, el art. 63 establece:

> El Ente Contratante pagará al Contratista las variaciones de los salarios , prestaciones sociales u otras indemnizaciones a los trabajadores que hubieran intervenido en la ejecución de las obras, cuando esas variaciones fueren consecuencia directa de Leyes, Decretos y Contratos Colectivos de Trabajo celebrados por parte de la República o de obligatoria aplicación de acuerdo con el Decreto sobre Contratos Colectivos por Ramas de Industrias posterior a la presentación del presupuesto de la obra y sólo a partir de la fecha de vigencia de las referidas Leyes, Decretos o Contratos Colectivos.
>
> La cuantificación de estas variaciones se determinará tomando en cuenta los análisis de Precios Unitarios de cada partida que conforma el Presupuesto Original, salvo que en el contrato se haya especificado la utilización del Sistema de Fórmulas Polinómicas, en cuyo caso se determinarán en la forma que especifique la Resolución correspondiente.

En cuanto a los aumentos consecuencia del alza en el costo de los materiales las previsiones contractuales son las siguientes:

> *Artículo 62*. Todas las variaciones de precios que hayan afectado realmente el valor de la obra contratada, deberán ser reconocidas y pagadas por el Ente Contratante, previa comprobación por el Contratista de la ocurrencia efectiva de las variaciones en relación con el Presupuesto Original. En todo caso, las variaciones alegadas deberán derivar de hechos posteriores a la fecha de presentación de la oferta y, ser por lo tanto, imprevisibles para el Contratista en ese momento.

---

44. *Cf.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ..., cit.*, p. 195, note 108.
45. *Cf.*, OTIS RODNER, James, *El dinero ..., cit.*, p. 684, notas 1 y 2.

> El Presupuesto de la Obra que forma parte del contrato deberá incluir una partida denominada *Variaciones de Precios* por un monto prudencialmente estimado por el Ente Contratante para que el Contratista pueda, en cada valuación, cobrar los montos que se le reconocieran por concepto de variación de precios.
>
> A estos efectos, el Ente Contratante establecerá en el contrato las reglas y procedimientos aplicables según su naturaleza y fines, a los casos de variación de precios ocurridos durante la ejecución de la obra contratada, sean ellos procedimientos de determinación en base a variaciones de índices según Fórmulas Polinómicas o de comprobación directa de las variaciones o una combinación de los sistemas anteriores o cualesquiera otros que el Ente Contratante considere adecuados.
>
> La variación de los precios por el Sistema de Fórmulas Polinómicas será de acuerdo a las normas generales o particulares que dicte el Ente Contratante.

En todo caso, en la Resolución que regule el sistema de Fórmulas Polinómicas, a las variaciones que se determinen por la utilización de dichos sistemas se les deberá aplicar por lo menos una reducción equivalente al porcentaje que exceda del diez por ciento (10%) del o de los anticipos otorgados.

Las variaciones así determinadas se pagarán contra la partida "*Variaciones de Precios*".

Estas cláusulas, como observa atinadamente Brewer-Carías[46], "han planteado una serie de problemas interpretativos que se refieren básicamente, a la legalidad misma de dichas cláusulas, a los efectos de las regulaciones nacionales de precios de artículos de primera necesidad y a la aplicabilidad eventual de la teoría de la imprevisión en caso de que dichas cláusulas no puedan utilizarse, en virtud de las regulaciones nacionales de precios".

3. Condiciones de existencia de la imprevisión : requisito para que proceda

Los *Boulerversemente économique* provocados por la I Guerra Mundial conducen a la jurisprudencia francesa al célebre *arrêl* del 30 de marzo de 1916, *Compagnie Generale d'éclarage de Bordeaux* (S. 1916,3,17, conclusiones (Chardenet, nota Hauriu, G.A.J.A. pág. 187) que admite la teoría de la imprevisión.

Como en la teoría de la sujeción imprevista, aunque no se confunde con ella, la situación de imprevisión supone[47]:

1° La ocurrencia de eventos imprevisibles al momento de la conclusión del contrato, porque la imprevisibilidad que el juez debe investigar si estaba prevista o era previsible, se entiende que el deudor contrató asumiendo el riesgo.

2° La imprevisión supone que las circunstancias no sean solamente excepcionales, es necesario también según la jurisprudencia, el aumento grave de la onerosidad de la prestación *dejuant toutles calculs* (*arrêt Gaz de Bordeaux*).

3° El estado de imprevisión requiere que el *L' economie du contrat se trouve absolument bouléverseè*, o sea, que el acontecimiento imprevisible no sólo produzca un sobrecoste y consiguiente pérdida para el contratista, sino que la lesión resulte desproporcio-

46. *Cf.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ..., cit.*, p.

47. RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 3ra. ed, París 2002, pp. 247 y ss. a quien seguimos para lo expuesto.

nada con lo que el contratista pudo prever. Es necesario que se produzca un verdadero *bouleversement* de la economía del contrato, en expresión constantemente utilizado por la jurisprudencia del *Cónseil d'etat* desde el *arrêt Gaz de Borbeaux*.

Como dice Laubadère[48] la imprevisión supone que se produce un déficit para el contratista y no una simple falta de ganancia o la desaparición de un beneficio.

Todavía es válida la afirmación de Brewer-Carías que "La jurisprudencia administrativa venezolana no se ha pronunciado concretamente sobre el particular".

Ortiz-Alvarez y Mascetti[49] reseñan una sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de abril de 1998 que desecha la teoría de la imprevisión al caso sometido a su consideración, bajo la ponencia del Magistrado, H. J. La Roche que se transcribe a continuación:

> No se puede aplicar la teoría de la imprevisión para los efectos de ajustar las prestaciones por dificultad sobrevenida como consecuencia de la inflación en aquellos casos en que la inflación pueda ser prevista por las partes como lo es el presente contrato suscrito entre la parte actora y la parte demandada, donde constituye un hecho notorio la inflación en los últimos años en nuestro país.
>
> En este sentido no se puede aplicar la teoría de la imprevisión, por el simple hecho de que Constructora Guarítico, C.A. alegue un aumento en la mano de obra y materiales, ya que la inflación en Venezuela no es imprevisible. La devaluación con lo imprevista que pueda resultar a veces, es una posibilidad presente en una economía en dificultades, y no puede afirmarse, que sea un hecho imprevisible.
>
> La teoría de la imprevisión, en caso de ser aceptada su aplicación, sólo sería útil para resolver casos extremos de desequilibrio contractual en materia de inflación. No siendo la inflación un acontecimiento absolutamente imprevisible y en consecuencia, sólo se podría decir, que tiene tal condición, un salto brusco del índice inflacionario, pero una alteración de los precios que se mantenga en el promedio de los últimos 10 años, no puede ser considerado imprevisible en forma alguna, como es el caso presente, donde la subida de los precios en mano de obra y materiales, pudo haber sido perfectamente previsible por las partes al momento de la celebración del contrato de obra. En consecuencia, se declara sin lugar la pretensión formulada por la parte actora, de que al contrato de obra que suscribió con Corpoven, S.A. le pueda ser aplicable la teoría de la imprevisión.
>
> Por otra parte, la imprevisión no es aplicable en aquellos casos, donde el contrato con la Administración Pública, esté sujeto a las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras; como es el caso del contrato suscrito entre Corpoven, S.A. y Constructora Guarítico, S.A.
>
> No se trata de la consagración de un texto legal de la imprevisión, sino por el contrario, la consagración de cláusulas de valor. Los ajustes se hacen de acuerdo con términos contenidos en las propias Condiciones Generales de Contratación (artículos 62 y siguientes).
>
> No se puede afirmar que se está aplicando la imprevisión en este caso; donde precisamente se han previsto los ajustes de acuerdo a las Condiciones Generales de Contratación, las cuales forman parte integrante del contrato de obra.
>
> Por cuanto las Condiciones Generales de Contratación, no son una consagración legal de la imprevisión, la misma se aplica independientemente del concepto de servicio público del contrato, que se celebra con la administración pública, e independiente de la calificación del contrato, como un contrato administrativo o un contrato privado de la administración.

48. *Traité théorique et pratique des contrats Administrtifs*, t III, París 1999, p. 24.
49. *Jurisprudencia de contratos administrativos* (1980-1999), Caracas 1999.

> Los contratos sujetos a las Condiciones Generales de Contratación, como es el caso bajo análisis, son ajustes que derivan de la aplicación de las cláusulas que regulan los precios, es decir, cláusulas de valor contenidas en las Condiciones Generales de Contratación.
>
> En vista de que las variaciones en los precios están expresamente contenidas dentro de las Condiciones Generales, cuando se celebran contratos con la administración pública, que estén sujetos a las normas de estas condiciones, ya no se puede hablar en el contrato de la teoría de la imprevisión del derecho administrativo, dado que las variaciones producidas por efecto de la inflación en el contrato, están expresamente previstas. Así se declara.

Ciertamente, la teoría de la imprevisión ha sido reconocida expresamente en el contrato de obra públicas al proveerse en los artículos 6, 2 al 67 del Decreto de cláusulas de variación de precios.

4. Los poderes exorbitantes de la Administración en el contrato administrativo: La buena fe y la equidad como fundamento del riesgo imprevisible

Dejando de lado el problema de la existencia y sustantividad de los contratos administrativos, conviene destacar que la noción de contrato administrativo depende principalmente de dos criterios clave que la jurisprudencia venezolana se ha encargado de determinar: el criterio del servicio público y el criterio de las cláusulas exorbitantes.

Estas prerrogativas exorbitantes que forman parte implícitamente de la relación contractual son según nuestra jurisprudencia las que distinguen los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la Administración[50].

La más acreditada y prestigiosa manualística pone de manifiesto en tal sentido que las reglas de derecho común (arts. 1.167, 1.276 y 1.768 Cc entre otros) son insuficientes para tutelar que "no se interrumpa la marcha de los servicios públicos y la actividad de la administración"[51].

---

50. Así, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ..., cit*., p. 164.

51. *Cf.*, LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual..., cit*., p. 293.

Otras sanciones están previstas en los contratos administrativos, incluso, se consideran implícitas si no han sido previstas al celebrar el contrato. Así lo ha decidido la Corte Federal de Casación, en un fallo memorable, bajo la ponencia del Dr. Pedro ARISMENDI LAIRET del 5 de diciembre de 1944 en la cual se expresó:

"Entre las sanciones normales está el derecho de la administración pública de tomar de oficio el riesgo del contratista, las medidas indispensables al buen funcionamiento del servicio público, así como también la resolución bajo la responsabilidad por falta (*aux torts*) del concesionario del empresario de obras o del proveedor.

"También se impone contra estos, como consecuencia necesaria de la inejecución de sus obligaciones, una indemnización de perjuicios a la administración pública, aunque no se haya establecido sanción alguna para los hechos de su incumplimiento en las cláusulas del contrato. Los daños y perjuicios, como sanción menos grave que resolución del contrato se tienen como más convenientes en lo casos en que el retardo en la ejecución no ha tenido consecuencias muy graves. Cuando en el contrato administrativo se han previsto expresamente ciertas sanciones, la administración pública no tiene el derecho de elegir entre esas sanciones previstas en el contrato y las que serían procedentes según los principios generales del derecho se ha establecido una pena para el caso de retardo, es ésta la que ha de aplicarse pura y simplemente. El empresario o contratista de provisiones y suministro pueden invocar en su provecho la estimación en una suma global de los daños y perjuicios, aunque ha sido establecido a favor de la administración. Este principio de que son las sanciones previstas expresamente en el contrato, las únicas que deben aplicarse con prescindencia del otro que fueren procedentes según el derecho común, reposa naturalmente en el otro principio de que el contrato es la ley de las partes, pero por esta misma razón, si el contrato, al prever determinadas sanciones, se hace reserva de cualesquiera otras aplicables, según las reglas generales de la responsabilidad contractual, entonces pueden demandarse, estas conjuntamente con aquellas" (S. de la Corte Federal y de Casación, en *Memoria*, 1945, I, p. 290).

La técnica contractual de la administración supone una ruptura con dos principios básicos de la teoría general del contrato, *la libertad contractual* consagrada en el art. 1.159 Cc. y el de la igualdad de las partes, principios fundamentales de contratación civil[52].

La cláusulas exorbitantes (potestad de dirección y control[53], potestad de sancionar administrativamente el incumplimiento del contratista[54]; potestad de interpretar el contrato[55], potestad de modificar unilateralmente el contrato[56] y, potestad de rescindir unilateralmente el contrato[57] que substraen la relación jurídica del derecho común, es la noción clave para la cualificación, y estas prerrogativas crean una desigualdad jurídica.

Recientemente un calificado jurista[58] hace una sucinta síntesis de la recepción del contrato administrativo en el Derecho venezolano: sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, ya referida, luego la decisión de 12 de noviembre de 1954; más tarde, el fallo de la misma Corte Federal de 3 diciembre de 1959 que sienta un criterio, luego confirmado por la Sala Político Administrativa de la CSJ de 14 de diciembre de 1961, de 14 de noviembre de 1963 y, por último, la sentencia de la misma Sala de 13 de agosto de 1964.

Según Amselek, "el régimen exorbitante no es propiamente el criterio que califica el contrato administrativo, sino su noción misma"[59].

Esta es la línea jurisprudencial que se remonta a 1944, y va a quedar confirmada en la jurisprudencia posterior de la SPACSJ en decisiones del 14 de junio de 1983, de 1° de abril de 1986 y de más recientes decisiones de la susodicha Sala del 6 de julio de 5 de agosto, 7 de octubre y de 25 de noviembre de 1999[60].

---

52. Por todos MELICH ORSINI, José, *Doctrina general ..., cit*., pp. 5.435 y ss.

53. *Cf.,* BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ..., cit.*, pp. 164 y ss. y la sentencia de la Corte Federal y de Casación transcrita parcialmente, puede consultarse en *Memorias* 1945, I, p. 290.

Incluso en la facultad de dirección y control significa en algunos caos *acatar ordenes V.*, el art. 40 de las Condiciones Generadas de Contratación para la Ejecución de obras (en lo adelante CGCEO).

54. *Ibídem*, pp. 165 y ss.

Entre las sanciones más graves que la administración pueda imponer al incumplimiento de las obligaciones del co-contratante, está la *rescisión unilateral*.

55. *Ibídem*, pp. 169 y ss.

56. *Ibídem*, pp. 182 y ss.

FARÍAS MATA, Luis H, "Teoría del Contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana en *LHAMC*, Caracas, II, pp. 944 y ss. expresa que "La doctrina en concordancia con aquella [la jurisprudencia], insistió en la idea de que debían entenderse como tales no solo las que ponían a la Administración en una situación de tipo privilegiado frente al cocontratante, sino que colocaban en nivel de desventaja, inconcebible para los particulares contratantes... pero justificada en el caso de los contratos administrativos en razón del interés general del cual la Administración es depositaria y de cuya gestión no puede desentenderse".

Acerca de la noción de servicio público remitimos a lo dicho por este prestigioso administrativista y *ex*-Magistrado, pp. 948 a 956.

Además, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Fundamentales ..., cit.*, p. 179 que adopta una noción de servicio público en su más amplio sentido.

57. BREWER-CARÍAS, *loc. cit.*

58. *Cf.,* CABALLERO ORTIZ, Jesús, "Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos", en *Régimen Legal de las Concesiones Públicas (Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 52 y ss.

59. La referencia en CABALLERO, *ob. cit*., p. 53.

60. Las cuales "Consideran al contrato administrativo como aquél que ostenta una finalidad pública inminente" el que "tiene una finalidad de utilidad pública, o la prestación de un servicio público", o aquél cuya finalidad "este destinada a cumplir un servicio de utilidad pública".

Los criterios como señala CABALLERO (p. 54) *son ostensibles amplios* y se sustentan *en la vaga e imprecisa noción de servicio público*.

Pero como admitió la sentencia del 1 de abril de 1986, la noción de servicio público recobra su sentido como criterio de cualificación en el contrato administrativo, cuando están *ausentes... las cláusulas exorbitantes*.

Es, pues, característico la ruptura del principio de igualdad de los contratantes, la cual, condiciona una superioridad de la Administración que se manifiestan "a través de las diversas prerrogativas que le son reconocidas"[61].

La buena fe cobra especial significado en el Derecho público actual como compensación de esos poderes exorbitantes: La buena fe según una conclusión de Villar Palasí[62] "continúa conservando la función de delimitación del *quantum* de derechos, deberes, obligaciones y cargas, como criterio judicial y administrativo, como una de tantas formas de caminos por los que el Derecho lógico pasa a convertirse en Derecho tópico en justicia del caso concreto; a modo de técnica jurídica que funciona como el freno de urgencia, (Zeidler) cuando la conclusión dogmática no es alcanzable o llega a resultados contradictorios".

La buena fe (con mayor virtualidad que en el Derecho privado) y la equidad, tienen una función esencial para facilitar la ejecución del contrato y para delimitar el *quantum* de derechos y obligaciones que de ellas se derivan para ambas partes[63].

La doctrina francesa considera que en el derecho administrativo del contrato debe prevalecer una interpretación finalista. Dentro de esta concepción hermeneútica la *bona fides* administrativa, como criterio de interpretación en los casos de riesgos sobrevenidos apunta más que al propio interés pecuniario de la Administración, *al fin del interés general del contrato* que objetivamente está plasmada en la relación contractual.

Por consiguiente, la buena fe en el contrato administrativo en caso de riesgos sobrevenidos es expansiva y juega, por tanto, un papel de más largo alcance que el asignado por el artículo 1.160 del Cc. para el contrato civil.

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA

Ariño Ortiz[64] señala que para resolver el problema de la prestación excesivamente onerosa cabe adoptar algunas de las siguientes soluciones:

a) que deje de prestarla: rescisión o resolución del contrato;

b) que se suspenda la prestación hasta tanto pasen las circunstancias sobrevenidas y vuelva la normalidad en las condiciones de ejecución del contrato, el cual entre tanto, queda en suspenso: *suspensión del contrato*;

c) que realice la prestación o que la siga realizando, pero haciendo participar a la otra parte en la carga extraordinaria que del acontecimiento imprevisto se ha derivado: *revisión del contrato.*

61. CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Algunas consideraciones ..., cit*., pp. 55 a 58.
62. *Cf.,* VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo,* t I, Madrid 1968, p. 549.
63. Así, RIDER LARENT, *Droit des contrats ..., cit.,* p. 259.
64. *Cf* ARIÑO ORTIZ, Gasper, *Teoría del equivalente económico..., cit*., p. 507.

1. Revisión del contrato

Existe un antecedente en el Derecho francés, el célebre caso de *Gaz de Bordeaux*, en donde contra decisiones anteriores que habían optado por la resolución o terminación, el Consejo de Estado ordenó a las partes la revisión amigable de las estipulaciones del contrato, y reenvió el contrato al juez de instancia a fin de que éste, en caso de no lograrse acuerdo entre aquéllas, fijase las nuevas en que habría de desarrollarse en el futuro la concesión.

Con Ariño[65], habrá que distinguir: si el acontecimiento imprevisto que origina la situación de imprevisión es de orden natural (cataclismo, por ejemplo) o la necesidad del ajuste deriva de "un déficit que se instala en la empresa como consecuencia de la elevación de precios de las primeras materias, salarios, cargas sociales, etc". Para delimitar los efectos de la imprevisión habrá que reparar, pues, entre las causas del desequilibrio contractual, si se haya o no sobrepasado el precio límite y hasta qué punto las partes pudieron prever o no las variaciones de precios.

La ruptura del equilibrio contractual puede sobrepasar el álea normal del contrato.

Según lo expuesto, el cambio de circunstancias conduce necesariamente a la revisión, cuando éstas son consecuencias de un riesgo extraordinario "el cual se determina, negativamente, por su falta de previsibilidad y de relación de causalidad con la ejecución misma del contrato"[66].

Dentro de este orden de ideas consideramos que el ajuste, salvo previsión expresa (caso del contrato de obra pública) no necesariamente debe ser entendido como sinónimo de incremento de valor. Ello dependerá de cada caso concreto. Ergo, una prestación puede ser reajustada bien sea aumentando o disminuyendo su valor.

Uno de los efectos de la imprevisión es el ajuste para restablecer la equidad en el contrato, conducentes a una indemnización cuyo precio límite vendrá determinado por el precio del coste total de la prestación. ¿La teoría de la revisión de precios dogmáticamente descansa en la teoría del hecho del príncipe o de la teoría de la imprevisión?

En nuestro ordenamiento jurídico la calificación, en nuestro concepto no ofrece dudas, según el tenor de algunos artículos de CGC que recogen los casos *de potestas varianda* en el contrato de obra pública. Se deberá encuadrar en la teoría de imprevisión (*arg*. entre otros, el artículo 62 CGC).

Ahora bien, la revisión de precios actúa cuando el contrato que realice el ente contratante, según "sus normas de contratación" que deberá elaborar en concordancia con lo dispuesto en los dispositivos técnicos contenido en las CGC (art 1°).

Se puede entender que estas cláusulas, por consiguiente, son *ex contractu*, aunque, con un contenido prefigurado, razón por la cual se las debe considerar como un pacto regulado, a pesar de que el órgano de contratación es el que las elige, de entre las fórmulas tipo.

Por otra parte desde el punto de vista de su naturaleza jurídica son "cláusulas de estabilización".

En cuanto a sus modalidades, resaltamos que dependerá de las reglas establecidas en el contrato. Variación de índices o fórmulas polinómicas, sistema matemático de cálculo de un coeficiente que se multiplica por el precio a revisar.

65. *Ob. cit*., p. 312.
66. *Ibídem*., p. 314.

Estas fórmulas polinómicas las dicta el órgano contratante con carácter general o de manera especial.

De la norma contenida en el artículo 66, parágrafo 2, se desprende que el procedimiento de revisión de precios deberá iniciarlo el contratista "dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que suceda el evento que motiva la variación".

Cuando el conjunto de factores dé lugar a un aumento de precios, se abrirá el procedimiento de revisión (*sevil du boulersèment*, en la teoría de la imprevisión).

Este Decreto merece una valoración crítica adversa. Sin buena técnica legislativa y con una tipificación de los principios y supuestos que adolecen de defectuosa redacción gramatical, razón por la cual estimamos que la misión creadora del Derecho que tiene la jurisprudencia encuentra aquí un campo adecuado para manifestarse.

2. Suspensión del contrato

El acaecimiento de hechos o circunstancias sobrevenidas pero temporales, con una duración determinada o determinables en el tiempo, puedan condicionar, sobremanera, si el cumplimiento de la prestación ha de entrañar la ruina del contratista, la suspensión o cesación de la colaboración.

No obstante, la suspensión como remedio de la excesiva onerosidad en los contratos administrativos, en principio, debe descartarse porque el contratista deberá asegurar el cumplimiento de las prestaciones estipuladas (siempre que sean posible). Como dice Jèze[67] "sería muy injusto hacer soportar al concedente todas las consecuencias que resultasen de los acontecimientos de fuerza mayor y de la dificultades excepcionales imprevistas que han surgido después de celebrarse el contrato, pero desligar al contratante del cumplimiento de sus obligaciones originaría un gran desorden, que repercutiría en el funcionamiento del servicio público, en la realización de la obra".

Es de notar, además, que muchas situaciones de imprevisión no imposibilitan totalmente el cumplimiento de la prestación y que, como dice Ariño Ortiz[68] aplicando "la mecánica del *solve et repete* [el contratista] deberá ejecutar a su costa las obras o prestaciones en el plazo convenido, sin perjuicio de que luego pueda solicitar de la Administración la compensación pecuniaria que restablezca el equilibrio financiero alterado; este es, precisamente, su campo de actuación".

Todo ello, sin perjuicio de que la Administración acuda en auxilio de su colaborador mediante una ayuda pecuniaria o decida participar en las pérdidas sufridas por el contratista.

3. Resolución del contrato

El Código italiano donde la teoría de la imprevisión ha sido consagrada positivamente, ha previsto como efecto de la imprevisión la resolución del acto o contrato.

67 *Cf.*, JÈZE, G., *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires 1950, p. 6 y nota.
68. *Ob. cit*., pp. 312 y ss.

Pero las diferencias del contrato administrativo con el civil determinan que la moderna doctrina, se ha mostrado más bien partidaria de restablecer el equilibrio económico perturbado mediante la revisión, con preferencia a la suspensión o resolución.

Para decidir con justicia expresa, Ariño Ortiz[69], "La solución más acorde con la naturaleza y finalidad del contrato administrativo es, sin duda la revisión del mismo: el interés público, que el contrato administrativo siempre encierra y su pronta realización exigen mantenerlo subsistente con las necesarias adaptaciones, bien mediante acuerdo entre las partes, que establezcan las condiciones en que se ha de desarrollar el contrato durante este período momentáneo de dificultades imprevistas, bien a través de la modificación judicial de los precios del contrato o de la concesión al contratista de una indemnización compensadora de la mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de su prestación".

4. Imprevisión y fuerza mayor

La fuerza mayor es una categoría de la teoría general del Derecho, construida sobre la base del Derecho positivo de un ordenamiento jurídico determinado[70].

El concepto de fuerza mayor hay que buscarlo, pues, en el Derecho civil. El artículo 1.272 del Cc. preceptúa: "El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios cuando a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido".

Cumplir es tanto como realizar el programa de prestación[71]. Por tanto, en principio, sería incumplimiento la omisión de la prestación en el tiempo previsto o la realización de la conducta de prestación infringiendo o desviándose de los parámetros de identidad e integridad, o sea, no existe ajuste de la prestación a los parámetros definidos en la relación obligatoria.

Los supuestos básicos de incumplimiento, siguiendo a Díez-Picazo[72] pueden reducirse a tres: el retardo en la ejecución; la ejecución de una prestación defectuosa y el incumplimiento definitivo de la obligación.

El incumplimiento de la obligación produce como consecuencia una especial reprobación de la conducta del deudor, el deber de reparar y una especial sujeción del patrimonio del deudor que puede ser objeto de agresión por parte del deudor (arts. 1.168, 1.185, 1.196, 1.264, 1.271, 1.273 de Cc. venezolano.)

De la ejecución, retraso o mala ejecución nace la obligación de reparar *el daño circarem* referido al valor de la prestación y los daños y perjuicios ulteriores[73].

---

69. *Ob. cit.*, 311-12.

70. Por todos, CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho* (F. Javier OSSET), Madrid 1955, p. 318, que expresa: "Análoga a la del *constreñimiento físico* es la noción de la *fuerza mayor* con la única diferencia de que la *vis, cui resisti non potest*, no está en caso dirigida a coaccionar, aunque obligue a realizar un acto determinado".

71. *Cf.*, MÉLICH ORSINI, José, *El pago*, Universidad Católico Andrés Bello, Caracas 2000, pp. 21 y ss.

Ya había escrito (*La sanción de la inejecución del contrato*, una ponencia a un congreso internacional, reproducida en *Estudios de Derecho Civil*, Ediciones Fabretón, Caracas 1974, p. 14) "que cabe hablar de *un cumplimiento en sentido estricto* cuando el deudor pone exactamente la conducta debida (art. 1264 Cc)".

72. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid 1993, p. 144.

73. La lesión del interés del acreedor constituye el presupuesto de un nuevo derecho de crédito (al resarcimiento del daño) que asegura al acreedor una tutela plenamente conforme al resultado prometido.

Esa es la consecuencia de las transgresiones jurídicas reconocida en la contratación administrativa por nuestra mejor doctrina así: "El derecho a indemnización surge para el co-contratante, no sólo por una acción de la Administración contratante con base en sus prerrogativas, sino también por la presencia en la ejecución del contrato de hechos o actos jurídicos ajenos a la voluntad de las partes y que afecten la ecuación económica del contrato. Estos hechos constituyen el álea económica del contrato y pueden ser, o un acto de una autoridad pública distinta de la Administración contratante o lo que se ha llamado la Teoría de la Imprevisión[74].

Dejando de un lado la polémica de si el artículo 1.272 distingue o no la fuerza mayor del caso fortuito, interesa poner de relieve que la fuerza mayor o el caso fortuito, exonera al deudor de pagar daños y perjuicios[75] en cuanto rompe la relación de causalidad entre las acciones u omisión del deudor y los daños experimentados por el acreedor.

Interviene una causa extraña no imputable que no se halla bajo control del deudor y que no le pueden ser imputadas por lo que se exonera del pago.

Puede ocurrir también la exoneración del deudor cuando es el propio acreedor que impide u obstaculiza la actividad del deudor dirigida al cumplimiento o incumplimiento de la carga de cooperación.

El artículo 1.275, Cc. ha subordinado el resarcimiento del daño a la circunstancia que los daños sean "Consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación".

"La expresión *daño previsto*, en realidad, alude a la determinación, practicada en el convenio, de los daños susceptibles de producirse por incidencia del acto antijurídico, es decir, a la predeterminación de la extensión y del *quantum* del perjuicio susceptible de generarse por el incumplimiento de la obligación (siempre que no envuelva la estipulación de una cláusula penal). La frase *daños previsibles* involucra una mera posibilidad de prever las consecuencias del evento dañoso antes de ocurrir el hecho generador. Pero la doctrina tradicional exige que la previsibilidad conserva estrecha vinculación con el curso normal del negocio jurídico y se refiera a la condición del agente del daño, lo cual elimina cualquier factor liberado a la exclusiva conveniencia del pretensor o al hecho subjetivo del responsable. La previsibilidad involucra, así, un criterio despersonalizado, ínsito, por tanto, a la configuración privativa del negocio jurídico y a la naturaleza de la prestación. La despersonalización progresiva (operada en la doctrina y en la jurisprudencia) del concepto de *previsibilidad* resultaría presumible para el hombre medio, para el diligente *padre de familia* (tomado como *standard* jurídico), al tiempo de la celebración del contrato. En contraposición, el daño imprevisible asume la categoría de daño excepcional dentro del rango de la resultantes directa e inmediatamente vinculadas a la conducta contraria del deudor".

En lo que atañe al perjuicio "El deber de resarcir el daño previsible (directo e inmediato), a cargo del incumpliente de proceder culposo, surge como una sanción típica y se esquematiza como una agravación de la responsabilidad en el marco de la teoría tradicional. Esto último no significa la liberación de toda prueba, a favor del legitimado activo *ad causam* en el ámbito de la relación obligacional, aserto que cobra relieve si se considera que es el pretensor quien económicamente aprovechará las resultas de un fallo que ordene la reparación de esa especie calificada del perjuicio. El deber de probar que el daño era previsible por el deudor "en el tiempo en que asumía la obligación más tarde incumplida' y además- que ese daño realmente se ha verificado, incide, pues sobre el pretensor.

En lo que atañe al perjuicio *imprevisible*, dentro de la esfera de la carga procesal de que se inviste al acreedor, la norma supra ordenada coloca la actuación *dolosa* del deudor incumpliente, como uno de los requerimientos para la materialización del acto coactivo apuntado al resarcimiento. El incumplimiento doloso significa, aquí, no sólo que el deudor conocía su deber de ejecutar la prestación y voluntariamente se abstuvo, sino la transgresión consciente del deber, aunada a la preordenada intención de causar la lesión patrimonial al acreedor"

Cf., KUMMEROW, Gert, "Esquema del daño contractual resarcible" en *AA. VV.*, Indemnización de Daños y Perjuicios, Caracas 2001, pp. 316 a 317.

Más recientemente, *V.*, MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general..., cit.*, pp. 468 al 473.

V., además, MADURO-PITTIER, Curso ..., *cit*., I, pp. 167 y ss., especialmente, n° 318 y 320.

74. Así, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ..., cit*., p. 220.

75. *Ibídem*, p. 242.

Esta elaboración doctrinal es recibida indiscriminadamente por nuestros mejores doctrinadores, y con ello, según Ariño Ortiz[76] *se comete un error metodológico*.

"Porque, en efecto, -sigue diciendo- la situación de intereses en la relación contractual ya no es la misma. Ya no son opuestos y contrarios el uno y el otro sino coincidentes en buena medida, y además, por encima de los intereses secundarios y privativos de las partes está el interés primario -común- del fin público al que el contrato sirve.

Una vez más *la finalidad se nos revela como el elemento clave*, para la comprensión de la institución contractual en el campo administrativo"[77].

Concluye, Ariño Ortiz, admitiendo que, "nada se opone al reconocimiento del juego de la fuerza mayor en los supuestos de grave onerosidad, ni en el terreno de la dogmática ni en el terreno de los resultados prácticos, pues también, como veremos, en este último aspecto resulta más beneficiosa esta solución para los intereses de la propia Administración"[78].

Cicerón en el libro I, capítulo X de su obra *De officiis*, haciendo referencia a los principios de la justicia por él enumerados (*primum ut ne cui noceatur; deinde ut communi utilitati serviatur*) afirma: el abogado que ha prometido su asistencia para una causa, no está obligado a mantener la promesa, si durante aquel tiempo se enferma gravemente su hijo.

Y más adelante en el capítulo XXV del libro III, dice: Luego, alguna vez no hay que hacer promesas, ni siempre se han de devolver los préstamos; por ejemplo: si se ha depositado una espada, ésta no deberá ser devuelta al deponente que se ha vuelto loco, ni deberá ser devuelto el dinero depositado, a quien ahora hace la guerra contra su patria; y en general sentencia: El dar la palabra, el cumplir lo prometido, el entregar los préstamos una vez cambiada la utilidad se convierten en cosas no honestas.

En términos también muy generales Séneca en el libro IV de su obra *De beneficiis*, después de haber dicho en el capítulo 34 que el sabio no cambia de parecer si permanecen las razones que existían cuando lo tomó; en el epígrafe voluntas mutari non praesumitur, (no se presume que la voluntad cambie) prosigue en el capítulo 35: Tan pronto como quebrante mi palabra entonces seré tachado de inconstante, siempre que quedando todas las cosas de la misma manera que cuando di mi palabra, no la mantenga. Por el contrario todo lo que cambia, me da la libertad de consultar de nuevo y me desliga de la palabra dada.

Todas las cosas deben quedar igual como estaban al dar la palabra para que cumplas la palabra prometida; si por ejemplo, yo te prometo mi asistencia legal y después resulta que la acción que tú quieres intentar es dirigida contra mi padre; si yo prometo acompañar a alguien en un viaje y posteriormente llega la noticia que los ladrones hacen inseguro el camino; si yo prometo asistirte, pero en tanto se enferma mi hijo o mi mujer es objeto de los dolores del parto, en todos estos casos el officium no me obliga a mantener la palabra que he dado.

76. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente..., cit*., p. 302.
77. *Cf.*, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico ..., cit*., p. 302.
78. *Ibídem*, p. 304

5. La teoría de la imprevisión y las exigencias del fin público o interés general propio del contrato administrativo

"El interés general ha escrito Garrido Falla[79] es el que explica y justifica la teoría de la imprevisión en materia de contratos administrativos pues la ruina del contratista privado atenta a la continuidad del servicio público".

Lo importante es que el contrato se lleve a feliz término, porque como señala Jèze ello "es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público". Lo importante es asegurar la preeminencia del fin del servicio público "y que éste se realice mediante el cumplimiento del contrato.

Para conseguirlo incluso en los casos de grave onerosidad sobrevenida y mientras no exista una imposibilidad absoluta del cumplimiento (fuerza mayor administrativa)[80] es necesario poner al contratista en condiciones de poder honrar sus compromisos con la Administración.

Este es el fin público, el interés público que juega en la contratación administrativa, su eje central, que hoy en día con el resurgimiento de la concesión de servicios públicos[81] presenta esencial protagonismo en la configuración de la figura del contrato administrativo.

Pacta sunt servanda, pero cuando circunstancias sobrevenidas crean para el contratista grave onerosidad, ¿Será o no necesario atenuar la rigidez del vínculo contractual cuando la economía del contrato se halla absolutamente turbada?

Al apreciar el estado de imprevisión en el contrato y valorar la necesidad del cumplimiento, no cabe otra cosa que considerar las necesidades públicas, las cuales permiten dar una respuesta positiva a la pregunta que nos hemos formulado.

La conveniencia del servicio público no justificaría la permanencia del contrato en los términos paccionados y se haría innecesario mitigar su rigidez a fin de facilitar el cumplimiento, lo cual, sin duda, hace posible la teoría de la imprevisión, al compensar la excesiva onerosidad sobrevenida.

Surgirá, pues, la necesidad de calcular la indemnización por imprevisión, para restablecer las circunstancias normales.

6. Significado y alcance de la indemnización

Si no hay acuerdo entre las partes el Juez debe determinar el alcance o monto de la indemnización.

La indemnización según jurisprudencia de la *CF* (*G.F*. N° 6, 1954, págs. 204 a 226) no debe exceder el monto de los perjuicios ocasionados.

---

79. GARRIDO FALLA, F., "*Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*" en *RAP* n° 7, 1952, p. 46 *cit.*, por ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico..., cit*., p. 305.

80. La *fuerza mayor* administrativa, no exige el requisito de la imposibilidad absoluta.

La noción ha sido introducida por el célebre arrêt de 9 de diciembre de 1932, *Compagnie des trainways de Cherbourg*.

Actualmente en Francia raramente se le aplica.

Cf., RICHER, Laurent, *Droit des contrats*…, *cit.*, pp. 250 y ss. especialmente, p. 205.

81. *Cf., V.*, la Ley de Licitaciones (*G.O.* n° 37.097 del 12 de diciembre del 2000) y especialmente el Decreto Ley n° 318, sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (*G.O*. n° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999).

Parece que esta sentencia ha sido influida por Jèze según el cual la indemnización, debe cubrir el *perjuicio sufrido* y el *sacrificio frustrado*[82].

La interpretación del contrato según el *arrêt GAZ de Bordeaux* permite determinar las reglas que señalan a continuación.

1ª) La indemnización no tiene el carácter de dommage-interêts, por lo tanto, la indemnización no repara la integridad del daño[83].

Tiende a cubrir una parte del *damnun e mergens*, pero no el *lucrum cessans*.

2ª) El carácter bilateral del principio de la imprevisión, es aquí reconocido, de manera que la necesidad de mantener la ecuación económica, presupone que el contratista debe ser indemnizado de los daños imprevisibles.

Estas normas orientadoras para el juez, le dejan un amplio margen de apreciación discrecional para fijar, salvo que existan cláusulas de variación de precios, para fijar la indemnización por la onerosidad sobrevenida que deberá ser apreciada por el juez equitativamente[84].

7. El sistema expuesto y su valoración crítica

Desde el punto de vista del contrato civil se ha hecho a la teoría de la imprevisión objeciones que quizá estén aquí fuera de lugar.

Mélich Orsini[85], a falta de texto expreso en nuestro ordenamiento jurídico considera que las únicas normas de nuestro Código civil (arts. 1.588, 1.624, 1.894) en las cuales se puede hallar una aproximación a la teoría de la imprevisión, son normas singulares "que nuestro codificador las ha considerado casos excepcionales del principio general que sería un cambio, el de la intangibilidad del contrato".

Reconoce, no obstante, entre otras, "el progresivo proceso de globalización de la economía"[86] y los "procesos inflacionarios", flagelo que nos toca padecer hoy en día, no es posible "empecinarse en una ciega defensa del principio de la intangibilidad del contrato".

---

82. *Cf.*, JÈZE, G., *Principios generales ..., cit.*, IV, pp. 234 y 24.

83. *Cf.*, RICHER, Laurent, *Droit des contrats …, cit*., p. 250.

84. Estas cláusulas configuran una solución convencional preestablecida de la situación de imprevisión y son de aplicación automática. Pero en algunos casos estos pactos son de dificultosa aplicación en cuyo caso, se aplicaría la teoría de la imprevisión.

Para esta problemática y en relación al Derecho francés *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, y allí bibliografía.

El juzgador deberá tener en cuenta el conjunto de las circunstancias de la empresa: capacidad financiera, diligencia puestas por el contratista, los beneficios de explotación de otras empresas.

Para ampliar *V.*, JÈZE, G., *Principios generales ..., cit.*, ver p. 79.

El estado de imprevisión se aprecia en relación a un contrato determinado y para ser indemnizado el contratista no debe haber interrumpido el contrato, Así RICHER, Laurent, *Droit des contrats ..., cit*., pp. 248 y ss. y allí más detalles.

Deberá consultarse con provecho, BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico ..., cit.*, especialmente, p. 158.

85. *Cf.*, MÉLICH ORSINI, José, "La revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad" en *RFDUCAB* n° 54, 1999, pp. 55 y ss.

86. *V.*, OTIS RODNER S., James, *La globalización: un proceso dinámico*, discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2001.

Ahora bien, manifiesta su poco entusiasmo por la incorporación de dispositivos técnicos que resuelvan *expressis verbis* la cuestión de la alteración de las circunstancias que obliguen a restaurar el equilibrio de la equivalencia de las prestaciones perturbadas.

La intervención legislativa le parece "menos riesgosa que una genérica consagración de la teoría de la imprevisión", por un Poder Judicial que deja hoy en día mucho que desear en cuanto a moralidad e imparcialidad.

No obstante, tales asertos, que *data venia* no compartimos, el insigne civilista reconoce que "la necesidad de preservar la no interrupción de los servicios públicos" justifa reputar implícita en la contratación administrativa la cláusula *rebus sic stantibus*.

Han dicho, en este sentido, García de Enterría y Fernández[87] "que la lógica del *contratus lex*, que postula la rescisión por incumplimiento, es así a la lógica del servicio público que aboga en pro de una solución que garantice la continuidad del mismo".

Al operarse un trastorno o quebranto en la ecuación económica financiera en el contrato administrativo, tanto el contratista como la Administración, puedan invocar "la Cláusula", para facilitar el cumplimiento del mismo (contrato de obra pública, suministro etcétera).

El evento de la alteración de las circunstancias produce la necesidad de la distribución del *alea económica* entre los contratantes, mediante la *revisión del contrato*, no su resolución, que en el Derecho administrativo está más limitada que en el Derecho civil en atención al interés público que se persigue.

Existe el peligro, dadas las diferentes distinciones que hay que hacer en su aplicación, lo que Hanriou llamaba *vue arbitraire de l' esprit*.

Para la aplicación de la teoría de la imprevisión con un innegable fondo de justicia entre otras razones, para "reconocer que toda esta construcción dogmática y jurisprudencial ha supuesto un inmenso esfuerzo para acercarse en toda su complejidad a la realidad misma de las cosas, con un sentido de justicia que va mucho más allá de lo que digan las leyes o los conceptos. Evitando todo aquello que suponga encerrar en moldes abstractos y esquemáticos lo que vario y multiforme, el *Conseil d' Etat* ha levantado así una pieza maestra de la jurisprudencia de todos los tiempos y países. Ello era más necesario, cuando, esos moldes -llámese principio del *contratus lex*, autonomía de la voluntad de las partes o equilibrio sinalagmático de las prestaciones- habían sido elaborados por la doctrina jurídica sobre supuesto distintos a los que el contrato administrativo contempla"[88].

La forma parcial y fragmentaria con la cual nuestro ordenamiento recepta casos de imprevisión y los postulados de la buena fe y la equidad que presiden la contratación civil y la administrativa, permite entender a quien escribe que *la Cláusula* se debe considerar implícita en los contratos, razón por la cual le damos *carta de naturaleza en nuestro Derecho*.

87. *Cf.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1998, I, p. 514.

88. Así ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente ..., cit.*, p. 324.

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE

Santiago González-Varas Ibáñez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León, España

I. LAS ACTIVIDADES NEGOCIADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cada vez más se discute acerca de las formas convencionales, de las transacciones o conciliaciones y de los arbitrajes en el Derecho administrativo. Paulatinamente van afianzándose al mismo tiempo que va surgiendo la necesidad de ir perfilando sus límites jurídicos. Es éste además un tema de indudable alcance práctico en toda Hispanoamérica, llegándose en ciertos Estados americanos a planteamientos más *progresistas* que en Europa.

El reto o ideal parece estar en lograr una sabia combinación que aglutine las ventajas que aquéllas presentan evitando al mismo tiempo los riesgos que conllevan.

En principio, dichas formas suponen una desviación frente a los cauces clásicos o *normales* de resolución de conflictos en el Derecho administrativo, es decir el acto uniletaral con posterior recurso ante la Administración y la impugnación del acto o actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es claro además que su espíritu está en permitir a los agentes administrativos un cierto margen de negociación con los particulares que pueda servir para una mejor consecución de los propios intereses públicos. Y es éste precisamente un problema de fondo de estas figuras, ya que el Derecho público contemporáneo ha surgido afirmando un principio de primacía de las leyes sobre los hombres y no lo contrario.

Pero los convenios, las transacciones o conciliaciones y los arbitrajes presentan ventajas prácticas, por ejemplo desde el punto de vista del logro de una mejor ejecución de la actuación administrativa por contar ésta con el previo consenso de los particulares, así como una mayor rapidez y eficacia a costa de evitar la tramitación de procedimientos o procesos innecesarios reduciendo el coste social y de tiempo que ello representa, entre otras ventajas.

De ahí que a veces se presenten conjuntamente todas las figuras mencionadas (transacciones o conciliaciones, convenios y arbitrajes) pues, aunque bien diferentes entre sí, todas ellas parecen situarse frente a ciertos problemas importantes, sociales y jurídico-administrativos, tales como la lentitud de la justicia administrativa o la conveniencia de abrir mayores cauces de participación o colaboración en favor de los ciudadanos en el ejercicio de funciones administrativas, etc.

En este sentido, las formas convencionales por ejemplo suelen verse como una consecuencia del creciente arraigo del Estado democrático y de la pujante participación activa de los particulares[1]. Así, J. Tornos nos explica que "de la Administración autoritaria se evolucionó hacia la Administración participada (...)" aunque "la decisión final seguía siendo un acto unilateral". "La Administración convencional supone un paso más, ya no basta con ofrecer la participación, cuando se reclama que el esfuerzo por llegar a posiciones comunes se formalice. El administrado busca garantías de estabilidad en lo acordado (...). En la Administración convencional pasamos del acto participado al acto acordado. Del acto como negocio jurídico unilateral al acto como negocio jurídico bilateral (...)"[2].

Sin mermar un ápice la significación de este tipo de razonamientos[3] a mi juicio la explicación última de la creciente presencia de este tipo de figuras se encontraría en la cada vez mayor presencia o incluso presión de intereses económicos en el seno del Derecho administrativo.

El arbitraje, por ejemplo, es una figura de especial desarrollo en el Derecho mercantil, hecha al modo y manera de los agentes económicos, a quienes no satisfarán las formas previstas en el Derecho administrativo para la resolución de sus conflictos con la Administración pública, representando en cambio el arbitraje un medio más ágil, rápido, más neutral y menos formalista y sobre todo más idóneo para resolver las cuestiones patrimoniales que a aquéllos interesan.

---

1. Por todos, MORÓN URBINA, J.C., "La solución alternativa de controversias en sede administrativa. De la imposición uniletaral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos", CEPSCON, Centro Peruano de Solución de Conflictos, administración, ciber *Revista de Derecho Administrativo* nº 12, octubre-diciembre 1999, www.derecho.unican.es/administracion.

2. Palabras de TORNOS MAS, J. en el prólogo a PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho administrativo*, Valencia 2000, autora para quien el acuerdo procedimental entre la Administración y el interesado aparece, en la actualidad, como un instrumento alternativo al tradicional acto administrativo unilateral para el ejercicio de potestades en el ámbito de la discrecionalidad. Por su parte apunta TORNOS MAS: "si la Administración era autoridad y aparato prestador de servicios, hoy las principales decisiones y actividades prestacionales se desenvuelven al mercado. La ordenación se convierte en regulación para garantizar el mercado y los clásicos servicios públicos pasan a ser servicios de interés general, es decir, actividades privadas de interés general, reguladas, pero ya no actividades propias. Esta nueva realidad no supone sin embargo la desaparición del Derecho administrativo (...)".

V., esta obra también para un estudio de la naturaleza jurídica de los acuerdos procedimentales y sus distintas clases, así como para un análisis de los elementos de los acuerdos procedimentales, es decir, el elemento subjetivo (la Administración como parte necesaria y la posición de otros sujetos), el elemento formal (formación de los acuerdos, formalización, publicación y registro), el elemento objetivo (objeto de los acuerdos, ámbito objetivo, es decir, la discrecionalidad y contenido del acuerdo), el elemento causal (causa y fin o función) y finalmente los elementos accidentales o cláusulas accesorias (la condición, el término y el modo). Esta obra, finalmente, en el capítulo V se refiere a la visión dinámica de los acuerdos procedimentales, analizando los principios rectores de la interpretación de los acuerdos procedimentales. Asimismo, se detiene la autora en comentar las vicisitudes de la relación jurídico-administrativa surgida del acuerdo procedimental.

3. Es más, cabría extender la relación hecha a las recientes reformas de la legislación administrativa que van consiguiendo erradicar la visión tradicional del administrado como un mero receptor de actos administrativos, como por ejemplo la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 y la introducción de pretensiones procesales no impugnatorias, en las el particular no impugna un acto sino que requiere un acto o actuación (o prestación). Para estas cuestiones y, a su vez, su relación con la teoría de la relación jurídica puede verse mi libro *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

El éxito del arbitraje, dicen J.M. Chillón Medina, J.F. Merino Merchán[4], es consecuencia de la *progresiva iusmercantilización* o lo que "los mercantilistas llaman generalización del Derecho mercantil y comercialización del Derecho civil".

Sin perjuicio de que transacciones, los convenios y los arbitrajes pueden manifestarse en distintas ramas del Derecho[5], *el empuje* de estas figuras estaría en la pujanza de intereses económicos[6] y (en menor medida) también en el contagio de maneras políticas de actuación[7].

4. CHILLÓN MEDINA, J.M., MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991 p. 74. Esta afirmación entrecomillada se mantiene aun reconociendo las notas *publicistas del arbitraje* o la presencia del arbitraje en el Derecho procesal (p. 113 de la citada obra).

5. Interesan ciertan referencias relativas a la presencia de la transacción tanto en el Derecho internacional público (arts.2.3 y 33.1 de la Carta de las Naciones Unidas; GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid 1992, pp.738 y ss.), como en el Derecho laboral (recuérdense los acuerdos o convenios colectivos que resuelven un conflicto; ALONSO OLEA, M., CASAS BAHAMONDE, M.E., *Manual del Derecho del trabajo*, Madrid 1997, pp. 911 y ss.) e incluso en el Derecho penal (M.B. SAN MARTIN LARRIONA, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, Bilbao 1997, pp. 31 y ss.) y en el propio Derecho tributario (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M.L., *Los procedimientos tributarios, su terminación transaccional*, Madrid 1998, pp.292 y ss.; *V.*, LOPERENA ROTA, *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, de quien tomo estas referencias).

6. El nuevo *Zeitgeist* o espíritu del tiempo, la *mercantilización*, que afecta también al Derecho administrativo, *afecta* más bien a cualquier fenómeno de nuestro tiempo. "Es en el siglo XIX cuando el teatro pasa a organizarse como mercado, confirmando y al mismo tiempo transformando su público" dice GIACCHÉ, Piergiorgio (*Teatro e Storia* 19 1997). Otra cita de interés, en este mismo sentido, ahora desde la musicología, es aquella de Jacques Attali para quien el músico, sucesivamente sacerdote, narrador, juglar, ministro, empresario, *vedette*, "ha terminado convirtiéndose en una mercancía que se compra, se vende, se consume, se gasta y se tira, bajo una pedagogía de consumo o *show business*" (*Ensayo sobre la economía política de la música*, Ruedo Ibérico 1977).

Precisamente, si se ha caracterizado la realidad del presente como *postmodernidad* es debido al eclecticismo de la realidad actual, donde todo cabe y todo entra y donde todo se lía con lo otro, creándose una especie de espejismo de abundancia o engaño de realidad: el *merchandising* publicitario cuyo sentido está en crear un universo de consumo-espectáculo (puede verse *Boletín de la Fundación Juan March*, 290, 1999).

Por tanto el *problema* no es el mercado. Mercado siempre hubo. El problema es que aquello que no se presenta como mercado lo sea en realidad, o termine siéndolo. Las actividades pierden sentido si se sitúan al margen de los negocios y esto llega a afectar a ámbitos propiamente intelectuales o o científicos. *V.*, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ,V., *La segunda realidad. Ensayo didáctico-satírico en busca de la realidad, sobre la fama y sobre las sensaciones*, Editorial Comares, marzo 2002.

7. Así, en los convenios y en las transacciones lo característico es la primacía de la cultura del pacto y del *do ut des*. Esto es precisamente lo propio de las decisiones política. En el Derecho administrativo, en cambio, viene primando la idea de legalidad positiva según la cual las decisiones tomadas por la Administración son aquéllas a las que necesariamente conduce la aplicación de la ley. Qué duda cabe que las disciplinas económica o mercantil y la política son aquellas disciplinas que predominan en el nuevo contexto social. Todo esto explicaría que se relacione la figura de la transacción con los pactos políticos y acuerdos parlamentarios así como con las transferencias de servicios del Estado en las CCAA, los convenios de transferencia sectorial, los convenios de colaboración y acuerdos de cooperación (LOPERENA ROTA, *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, pp. 109 y 177 y ss.): "los Pactos Autonómicos y el Pacto local son claros ejemplos de controversias políticas de hondo calado que se resuelven por la vía del compromiso (...)".

Pero la propia política es en parte también pura economía. En la financiación de los partidos políticos, por ejemplo, irrumpe desde hace algún tiempo esta cultura de las transacciones en el sentido de la posibilidad de realizar aportaciones a los partidos sin ocultar su vocación de influir en la toma de decisiones políticas una vez se proclama la candidatura que ha sido apoyada. Nuevamente, se pone de manifiesto, sobre el particular, el diferente tratamiento de esta cuestión en nuestra legislación española (donde las donaciones a los partidos se ven con especial escepticismo) y en la legislación de los países anglosajones (donde no sólo se admiten, sino que incluso se fomentan, dichas aportaciones, eso sí a cambio de la debida transparencia en cuanto al conocimiento de las personas que realizan estas prácticas, insisto admisibles, con una finalidad de *do ut des*). *V.*, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La financiación de los partidos políticos*, Editorial Dykinson, Madrid 1995. *V.*, también un reciente artículo publicado en *DÖV* 18, 2001, p. 750, de ROELLECKE cuyo expresivo título es precisamente: ¿*Se puede comprar la política*?

De hecho, también la deformación o abuso de este tipo de figuras jurídicas (los arbitrajes) vendrá igualmente asociada a factores económicos, cuando concretamente los árbitros (y con ello el funcionamiento de los arbitrajes) terminan por ceder a la presión de los intereses económicos de alguna de las partes (como ilustra la experiencia de ciertos arbitrajes en Colombia y ciertos casos de corrupción que allí se habrían manifestado).

El espíritu de todas estas figuras mencionadas está en una libertad de negociar, algo que no casa bien del todo con el Derecho administrativo clásico.

Se sufre así una *relajación* de un criterio estricto de legalidad positiva administrativa y se experimenta la irrupción de formas administrativas de actuación negociada[8] en contraposición a las formas y estilos jurídico-administrativos tradicionales de actuación.

Se habla, en este sentido[9], por referencia a las transacciones, de la necesidad de una nueva cultura administrativa (la *cultura del pacto*) que llevaría a considerar válidas todas aquellas transacciones que no contravengan el ordenamiento jurídico o los intereses públicos[10]. Transacciones, convenios, arbitrajes serían admitidos en esferas propias del giro o tráfico administrativo[11]. Asimismo, siempre que fuera posible, habría que procurar una conversión de dichas esferas en otras de carácter patrimonial, aplicándose entonces fácilmente las transacciones[12]. Lejos de su anormalidad, estaríamos ante figuras propias de Derecho administrativo (de naturaleza contractual[13]) *y no ante un traslado de figuras de Derecho privado a un ámbito administrativo*[14]. Eso sí poco desarrolladas y que necesitan de una mayor aplicación. A la búsqueda de testimonios de transacciones en nuestro ordenamiento, llega a mantenerse un concepto lato de transacción que conduce a relacionar directamente la transacción con todos aquellos casos en los cuales las decisiones de la Administración cuentan con un asentimiento de los particulares o existe una conjunción de voluntades o incluso si, con

8. Relaciono intencionadamente los términos *negocio* y actividad *negociada*. Interesa destacar que el primer significado que el Diccionario de la Real Academia ofrece de *negociar* es el de "tratar y comerciar, comprando y vendiendo géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal" pero también "tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro".

En este contexto, en el Derecho privado aparecen publicaciones donde se enseña, a los abogados, el manejo de las técnicas de negociación y mediación, como *técnicas* de futuro y de mayor rentabilidad que el propio pleito (MALARET, J., *Manual de negociación y mediación*, Madrid 2000).

9. Las que siguen son básicamente las tesis de LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000 *in toto*.

10. ¿Parece llegarse a un modelo de legalidad negativa? Se pueden celebrar transacciones a salvo de que "los acuerdos sean manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico" (LOPERENA ROTA, *La transacción...*, p. 240).

11 "La transacción que habilitan estas leyes (LRJAP-PAC, LJCA) está vinculada al giro o tráfico administrativo sin discusión alguna" (p. 200). "La transacción se produce en el giro o tráfico administrativo. Si la LJCA admite la transacción para terminar litigios que están sometidos a esta jurisdicción, es porque, de acuerdo con su art.1 y concomitantes se refiere a actos o disposiciones reguladas por el Derecho administrativo" (p. 215).

12. Sobre esta cuestión, de especial significación, *infra* en el contexto de los arbitrajes.

13. "He señalado que se trata de un contrato administrativo" (p. 216). Sin embargo, no deja de ser algo paradójico a mi juicio que, siendo un contrato, termine afirmándose que "la regulación general de los contratos administrativos que hace la Ley es en gran medida inaplicable al contrato de transacción (...)". "De este modo, principios como el de libertad de concurrencia, o procedimientos de selección del contratista carecen de posibilidad aplicativa" (p. 258).

14. "La transacción no es un hueco por donde entra el Derecho civil, sino que es una institución de Derecho común con unas peculiaridades propias en su aplicación por el Derecho administrativo, lo cual permite hablar de la transacción administrativa como una institución propia de aquella rama del Derecho con un régimen peculiar distinto del que pudiera deducirse del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento" (p. 200).

anterioridad a la decisión administrativa, existe un requerimiento[15]. Sería entonces preciso actualmente, como primer paso encaminado en esta dirección, flexibilizar las actuales *rigideces* de tipo procedimental o material presentes en la legislación administrativa (esencialmente arts. 39 LGP y 40 LPE que se estudian *infra*) abriendo en cambio *márgenes de negociabilidad*. Como argumento de Derecho comparado se presenta, lógicamente, el modelo anglosajón, en el cual arraigan las transacciones y los negocios y el cual impulsaría la normalización de estas figuras dentro del Derecho administrativo español[16].

En efecto, este fenómeno no es necesariamente, o en cuanto tal, algo negativo si uno considera las ventajas con las que se nos presentan estos nuevos productos que contrastan con la imagen de lentitud e inadaptación a los nuevos tiempos del Derecho administrativo. Salvando algún límite, la cultura del *do ut des* parece estar en la propia realidad de las cosas, pues éstas funcionan casi siempre mejor de este modo.

De ahí que se considere un logro la consagración de una *autonomía negocial* de la Administración, o de los *actos negociales sustitutivos* que "permiten una toma de decisión más acertada, con mejor conocimiento de causa, al conocer los puntos de vista de los propios interesados, lo que viene a favorecer la ejecución de la decisión misma"[17].

O que se diga, igualmente, que "el empleo de técnicas de negociación con agentes privados ha sido una cuestión cotidiana de las Administraciones públicas contemporáneas, pues en verdad resulta impensable abordar la ejecución de contratos administrativos o las relaciones laborales, *sin que las partes se encuentren transitando por caminos de la negociación*, sobre las modificaciones contractuales, los modos de ejecutar las prestaciones, la sustitución de obligaciones o la liquidación de contratos"[18].

---

15. Entre otros ejemplos LOPERENA ROTA considera en este contexto de la transacción casos como el del procedimiento de codecisión del art.251 del TCE, el requerimiento previo del art. 62 de la LOTC (aportando tres ejemplos de transacciones en las resoluciones del TC: autos 124/1988, de 8 de noviembre; 485/89, de 3 de octubre y auto de 12 de febrero de 1991), incluso los deslindes administrativos (cuando el particular acepta la demarcación propuesta). También la regulación de la interpretación *unilateral* de los contratos de la Administración, el privilegio del *ius variandi* o la propia fase de resolución del contrato serían ejemplos de transacciones, en tanto en cuanto existe un expediente contradictorio.

Esta concepción tiene el mérito de informarnos que la transacción en cuanto tal no es tan ajena al Derecho administrativo como inicialmente podríamos pensar, aunque es discutible si no va más allá de los límites conceptuales lógicos de la transacción entendiendo por tal toda decisión en torno a la cual existe una toma en consideración de voluntades diferentes de la instancia administrativa que dicta el acto o resolución.

16. A esto lo denomina LOPERENA ROTA, con evidente acierto y realismo, "la superación del dogmatismo paralizante", ya que "en el fundo anglosajón la preocupación se orienta fundamentalmente a la búsqueda de soluciones prácticas. Los conceptos no son tan importantes..." (*La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000 *in toto*).

17. DELGADO PIQUERAS, F., en *Jornadas de Estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, Madrid 1997; del mismo autor, *La terminación convencional del procedimiento expropiatorio*, Pamplona 1995.

18 MORÓN URBINA, J.C., "La solución alternativa de controversias en sede administrativa. De la imposición uniletaral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos", CEPSCON, Centro Peruano de Solución de Conflictos, administración, *ciberrevista de Derecho administrativo* nº 12, octubre-diciembre 1999, www.derecho.unican.es/administracion; *V.*, sobre estas cuestiones también BUSTAMANTE BELAUNDE, A., "Justicia alternativa", *Instituto de economía de Libre mercado*, 1993, p.116 quien aboga por desjudicializar de forma inmedita los procedimientos no contenciosos".

De ahí también que se apunte (por A. Peters) que "la tesis clásica de la actuación del Estado al margen de criterios económicos (*Fremdheit der fiskalischen Interessen des Staaten*) aparece en el mundo actual como una tesis desfasada considerando los modelos imperantes de carácter predominantemente económico"[19].

En conclusión, junto a otras posibles interpretaciones, las actividades negociadas, pueden ser vistas junto a todos aquellos fenómenos que actualmente informan de la progresiva mercantilización de ámbitos administrativos (tales como la creciente aplicación del Derecho de la competencia en ámbitos donde tradicionalmente imperaban las regulaciones de Derecho administrativo, el desarrollo de una idea de colaboración empresarial en el ejercicio de funciones públicas, o el triunfo de los fenómenos de privatización, liberalización y desregulación sobre los servicios públicos[20].

II. LA POSIBILIDAD DE CONVENIR CON LOS PARTICULARES

1. Manifestaciones principales de los acuerdos procedimentales

Los convenios no son un invento de la reciente legislación administrativa (por ejemplo la LEF en su art. 24 prevé los convenios expropiatorios para la determinación del justiprecio[21] y tampoco los convenios urbanísticos son desconocidos para el Derecho urbanístico clásico) aunque aquéllos empiezan a cobrar mayor auge en los últimos tiempos.

El punto de referencia principal en la actualidad sería la terminación convencional (o finalización de los procedimientos administrativos mediante acuerdo) prevista en los *arts.88, 109.e de la LRJAP-PAC* y Disposición Adicional cuarta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; SAN de 13 de marzo de 1995 *AA* 34 1998 § 662[22]).

---

19 PETERS, A., "Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen", *DÖV* 18, 2001, p.750.

20. Sobre todos ellos GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares (Granada), septiembre 2001; igualmente GARRIDO FALLA, "¿Réquiem por el servicio público"?, *Cuenta y Razón*, junio-julio 2000 p.7; y PIELOW, *Strukturen öffentlicher Versorgung*, Tubinga 2001. Y por supuesto imprescindible la consulta del Manual de *Gestión de servicios públicos locales*, de SOSA WAGNER, Editorial Aranzadi.

21. *V.*, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo* (II), Madrid 1993, pp.291 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO, FOS, *Los convenios expropiatorios*, Madrid 1979; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Madrid 1998; CHAMORRO GONZÁLEZ, "Terminación convencional y silencio administrativo", *AA* 41, 2001, p.1341.

22 En dicho art.88.1 se prevén (por primera vez expresamente en el Derecho español) los acuerdos procedimentales en general, en el contexto de la terminación o finalización del procedimiento (arts. 87 y ss. de la LRJAP-PAC). El artículo 88.1 de la LRJAP-PAC regula la *terminación convencional*: "las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo vinculante o no, a la resolución que les ponga fin" (*V.*, los art. 104 y DA 4ª de la LCAP y art.111 TRL).

En el art. 88.2 se recoge el contenido mínimo de los citados instrumentos. En el 88.3 se afirma que requerirán la aprobación expresa del Consejo de Ministros los acuerdos que versen sobre competencia directa de dicho

Además, pueden citarse otras manifestaciones de la terminación convencional:

1. Posibilidad de terminación convencional en caso de acuerdos indemnizatorios, es decir acuerdos en los que se determina la cuantía de la indemnización (arts. 2.2 y 3, 11.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

2. Posibilidad de terminación convencional para la determinación de la cantidad en concepto de reparación de daños en favor de la Administración (artículo 22.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, donde se admite la terminación convencional en estos casos en los que además de la imposición de una sanción es preciso reclamar de forma igualmente ejecutoria la reparación del daño causado en un procedimiento complementario al de la sanción).

3. Posibilidad de la terminación convencional en los casos de procedimientos complementarios de determinación de las cantidades que han de devolverse por un alto cargo en aplicación del Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de los Altos Cargos (art. 24) en desarrollo de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado.

4. Posibilidad de terminación convencional del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas (art. 7.1 del Real Decreto 225/1993, de 17 de diciembre).

5. Posibilidad de terminación convencional del procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (art. 5 del RD 1778/1994, de 5 de agosto).

6. Posibilidad de terminación convencional del procedimiento para otorgar la autorización administrativa en aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas[23].

7. Posibilidad de terminación convencional en el procedimiento para el control de las concentraciones económicas (art. 15ter del RD-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia)[24].

8. Posibilidad de celebrar acuerdos ambientales con repercusión sobre la autorización de actividades contaminantes o agresivas para el medio ambiente en el marco de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero[25].

órgano (*V.*, artículo 5 Ley del Gobierno). En el art. 88.4 se sienta que los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos (...).

Un problema importante, sobre el cual no existe solución unánime en la doctrina, es el de si el art. 88 citado tiene directa aplicación o si precisa de normas de desarrollo; *V.*, en detalle BUSTILLO BOLADO, R. O. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Pamplona 2001, pp. 264 y ss.

23 Sobre esta Ley 5/1995, de 23 de marzo, de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares, Granada septiembre 2001.

24. Para otros supuestos de terminación convencional previstos en la legislación autonómica PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho administrativo*, Valencia 2000, pp. 103. Y para la actividad convencional en el ámbito tributario pp. 178 y ss.; puede verse también VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias de los actos administrativos*, Madrid 1996.

25 Puede verse SANZ PÉREZ, "Los acuerdos ambientales como mecanismo de sustitución o compelemento del control preventivo unilateral de las actividades potencialmente contaminantes: las previsiones de la Ley 3/1998", *Revista interdisciplinar de gestión ambiental* nº 34, 2001, pp.11 y ss.

2. Selección de un ejemplo: los convenios urbanísticos; la influencia de los intereses privados en materia urbanística (la "privatización" del urbanismo)

Los convenios urbanísticos, institución en auge, representan ejemplarmente la *idea de colaboración* de los particulares en el ejercicio de la función pública urbanística.

No obstante su actualidad, al urbanismo histórico no han sido ajenos los convenios urbanísticos. En el siglo XIX los convenios aparecen junto a las distintas técnicas o acciones más características del momento. En el contexto de las alineaciones los convenios se celebran con el fin de evitar el procedimiento expropiatorio o de agilizarlo una vez que éste se ha puesto en marcha; pueden por tanto asociarse aquéllos a la necesidad de facilitar la adquisición de suelo por parte de los poderes públicos. Asimismo, cuando la Administración impulsa los característicos procesos de ensanche y reforma interior de las ciudades, surgen convenios como medio para fomentar la colaboración del particular en la realización de las obras de urbanización y por tanto como cauce de colaboración en el ejercicio de una función pública, la urbanística. En definitiva, desde siempre se han puesto de manifiesto ciertas limitaciones con las que se enfrenta la acción pública urbanística (en este contexto de cara a la realización de las obras necesarias) y por tanto la necesidad de buscar la colaboración de los particulares. También se deja espacio a la colaboración o iniciativa privada en el contexto de la implantación de las disposiciones higiénicas y sanitarias (mediante exenciones tributarias y subvenciones en favor de empresas colaboradoras; art. 12 de la Ley de Casas Baratas de 1911).

La LS 1956, a pesar de pretender la unilateralidad de decisiones, no pudo renunciar a la actuación de los particulares mediante convenios o formas convenidas de colaboración con los particulares en el ejercicio de la función pública urbanística (arts. 137 a 141, donde se regula la colaboración de los particulares en labores de ejecución, previéndose el concesionario de obra urbanizadora seleccionado por licitación pública; art. 117, donde se prevén convenios para costear las obras de urbanización de los propietarios).

Pero es precisamente por reacción frente a la LS 1956 como en realidad se introduce en sentido *moderno*, por el TRLS 1976, el llamado urbanismo concertado (con el antecedente del Decreto 2432/1972, de 18 de agosto). En suma, facilitando la actuación de los particulares mediante convenios se prevé la *posibilidad* de que las Entidades locales, de oficio o a instancia de parte, convoquen concursos para la formulación y ejecución de los Programas de Actuación Urbanística (por tanto en suelo urbanizable no programado), con la consiguiente adjudicación a un concursante que deberá formular el correspondiente Programa de actuación de acuerdo con el avance de planeamiento aprobado. No obstante, dichas Entidades podían ejecutar directamente los PAU o prescindir de la apertura del concurso (arts. 146 y ss. del TRLS 1976).

Por su parte, la LRSV 1998 considera que "en los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada", y en su filosofía la LRSV de 1998 no es distante del TRLS 1976 (ni tampoco del espíritu del desarrollismo económico de los tiempos del TRLS 1976)[26].

26 Por lo que se refiere al TRLS 1992 no parte éste de la *ratio* del urbanismo concertado, sino más bien de la idea del dirigismo de los poderes públicos (*V.*, el art. 19). No obstante, en primer término, el TRLS 1992

Pero la actuación de los particulares mediante convenios o formas convenidas de colaboración desbordan los márgenes de cualquier previsión legal (en general, véanse los arts. 88 de la LRJAP-PAC 30/1992, 111 TRRL 1986, 4 LCAP, art. 77 LJCA). Estamos ante uno de esos fenómenos que impulsan nuevas necesidades y tendencias sociales asociadas tanto a una ágil y eficaz gestión administrativa como a la conveniencia de abrir mayores cauces de participación de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, como es el caso de la urbanística.

Se generan así convenios urbanísticos atípicos dirigidos a la modificación del planeamiento urbanístico torpedeando el contenido y funcionalidad de los planes generales. Mediante este tipo de convenios, el Ayuntamiento se compromete a clasificar o calificar los terrenos atribuyéndolos determinados usos e intensidades y el propietario a compensar los beneficios adquiridos incrementando las cesiones gratuitas al Ayuntamiento más allá de las cesiones previstas en el ordenamiento jurídico. Pero los convenios también podrán celebrarse con fines recaudatorios o, lo que es más problemático, eludiendo la aplicación de medios coercitivos y sancionadores, a los efectos de conseguir la legalización de ciertas acciones urbanísticas. Es *problemático* cuando de esta forma se eluda la imposición de una sanción que deba aplicarse.

La colaboración mediante los convenios se inspira en parte en la idea del *do ut des*. Ambas partes convienen la satisfacción de sus intereses recíprocos, para mejor realización de los fines públicos en caso de la Administración. Y es obvio que este planteamiento lleva consigo la necesidad de aplicar límites jurídicos. Pero antes de mencionar los límites y garantías, es preciso insistir en la idea anterior, esencial a los pactos o convenios y que en lo urbanístico lleva a conceder a la Administración la posibilidad de aprovechar los márgenes de apreciación o discrecionalidad que le otorga la legalidad administrativa a la hora de realizar el planeamiento urbanístico; siendo varias las opciones posibles, podrá buscarse un punto de encuentro con los intereses de los particulares y sacar provecho de este tipo de circunstancias para la mejor realización de los fines públicos que, a la postre, es lo que interesa. El particular, movido por su particular interés, colabora en definitiva en la mejor realización de los intereses públicos. La posición jurídica del particular que pacta con la Administración no es la de un concesionario sino la de un *colaborador* en el ejercicio de funciones públicas.

---

confirma que las Entidades locales puedan convocar concursos para la formulación y ejecución de los Programas de Actuación Urbanística (arts. 177 a 184). Contempla asimismo otros casos o ejemplos relacionables de forma más o menos directa con formas de actuación convenida entre particulares y Administración. Este es el caso de los convenios que puede celebrar la Administración con los particulares para satisfacer el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos situados dentro o fuera del área de reparto donde se encuentran los expropiados (art.217), o para llevar a cabo una expropiación (art. 213) o para la constitución de servidumbres cuando "para la ejecución de un Plan no fuere menester la expropiación del dominio" (art. 211), o para fijar los compromisos que se hubieren de contraer entre el urbanizador y el Ayuntamiento en los casos de planes de iniciativa particular (art.105.2.d). Se sitúan en esta línea, los convenios mediante los cuales se permite que el pago de los gastos de urbanización, que han de asumir los propietarios, se haga mediante terrenos edificables o se haga de forma aplazada (arts.155.2 y 163.3 respectivamente). También puede encajar en este contexto el supuesto contemplado en el art.151.4, donde se faculta a la Administración a trasmitir los excesos de aprovechamiento siempre que el uso de los terrenos en la unidad de ejecución no sea adecuado a los fines del Patrimonio Municipal del suelo. En este contexto, el art.282.2 permite las cesiones de Patrimonio municipal de suelo, donde nuevamente puede ser encajado el convenio (con las limitaciones no obstante que prevén los preceptos siguientes).

En la práctica, las cesiones de terrenos vía convenio son uno de los objetos principales de los convenios (por todas, STS de 18 de junio de 1991 Ar.5186).

Es obvio, como decíamos, que este tipo de planteamientos acentúe la necesidad de transparencia y de publicidad en la celebración de convenios. El problema jurídico de los convenios es, en realidad, el problema de sus límites y controles jurídicos.

Los convenios *atípicos* son cada vez más *típicos*, desde el momento en que la legislación urbanística autonómica, superando ciertos reparos de la jurisprudencia, reconoce y matiza el empleo de los convenios urbanísticos (disposición adicional cuarta de la Ley valencia 4/1992, de 5 de junio, de Suelo no urbanizable).

El reconocimiento de los convenios pasa necesariamente por establecer límites jurídicos insistiendo en su transparencia y su publicidad. Esto es en definitiva lo que hace dicha legislación autonómica nada más reconocer los convenios urbanísticos, tanto respecto de los convenios para la ejecución del planeamiento (art. 74.3.a de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo) como de los convenios que se suscriban con motivo de la formulación y aprobación de los planes (disposición adicional cuarta de la Ley valencia 4/1992, de 5 de junio, de Suelo no urbanizable, apartado cuarto) o con el objeto de que la Administración tome la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación del planeamiento (art. 140.5.2 de la Ley 10/1994, de Navarra; arts. 83 y 84 de la Ley 5/1999 de Aragón).

Otros límites que es preciso aunque sólo sea recordar se refieren a la imposibilidad de contravenir el ordenamiento jurídico y a la indisponibilidad de las potestades públicas (art.94.2 de la Ley 5/1999, de 5 de abril, de Castilla y León). Dicha indisponibilidad es un criterio o límite sobre el que incide de forma especial la jurisprudencia. Así, la STS de 15 de abril de 1992 Ar. 4051 afirma que "no resulta posible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual (...)". "Nunca podría aquél (el convenio) limitar el contenido de las potestades autonómicas" (STS de 13 de febrero de 1992, Ar. 2828). "Aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores" (STS de 13 de julio de 1990 Ar. 6034).

De entre la numerosa jurisprudencia existente una sentencia ilustrativa, sobre el correcto funcionamiento de los convenios, es la STS de 15 de febrero de 1994 Ar. 1448, en tanto en cuanto primero establece ciertos límites y reservas y, segundo, admite la celebración de los convenios aportando datos de interés sobre su sentido y alcance práctico. Por una parte, "el convenio viene a ser un instrumento facilitador de la actuación urbanística que en modo alguno puede implicar derogación (ni un beneficio de la Administración ni en favor de los particulares) de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e irrenunciable".

Entendido así, añade dicha STS de 15 de febrero de 1994 Ar. 1448, no existen mayores problemas para admitir un convenio que venga a plasmar en la realidad lo establecido en el planeamiento. Concretamente en el presente supuesto el convenio *plasma* "la expectativa de aprovechamiento que la parte actora tenía por reconocérselo así las Normas subsidiarias (...) *favoreciendo y facilitando la gestión de la urbanización (...), por localizar y materializar parte del proceso ejecucional a efectos urbanísticos mediante la cesión de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita a que estaba obligada la parte actora al amparo de lo dispuesto en los artículos 83.3.1, 120 y 124.1 de la Ley del Suelo, concretando igualmente el volumen de edificabilidad de la parte actora de los terrenos de su propiedad (...).*

En esta línea de sacar partido, en buen sentido, a la figura del convenio se sitúa también la STS de 25 de marzo de 1992 Ar. 3387. El convenio viene a evitar, en este caso, la indemnización prevista en el artículo 41 y ss. de la LRSV, lo que evidentemente contribuye a realizar o favorecer los intereses públicos siempre que no se pongan en riesgo otro tipo de valores jurídicos superiores: "al tratarse pues de un Plan Parcial en curso de ejecución y sin posibilidad de consumación, el referido Convenio urbanístico ofrecía como la única posibilidad viable para eludir las consecuencias indemnizatorias a que se refiere el art. 87.2 de la Ley del Suelo, que, en otro caso, hubieran devenido inevitables".

Pero el convenio no sólo debe respetar las leyes sino también los planes urbanísticos: "el convenio urbanístico no tiene, en general, y por sí solo valor normativo reglamentario autónomo, ni puede prevalecer en definitiva contra las determinaciones del Plan que ulteriormente se apruebe" (STS de 29 de noviembre de 1993 Ar. 9062; igualmente, STS de 16 de febrero de 1993 Ar. 1204; STS de 30 de octubre de 1997 Ar. 7638).

No obstante, como esta misma sentencia (STS de 29 de noviembre de 1993 Ar. 9062) reconoce, "el convenio deja de ser convenio si es asumido validamente por el Plan, pues a partir de entonces sus estipulaciones cuentan como determinaciones de éste" (véase también la STS de 6 de noviembre de 1997 Ar. 8003).

El convenio, como forma de actuación administrativa, no podrá llevar a una huida del Derecho administrativo, lo que ocurre cuando se utiliza un convenio en lugar de otra forma de actuación, que es la que procede conforme al objeto que se pretende. Es el caso de la STS de 18 de octubre de 1990 Ar. 8145 que sienta la "nulidad radical" de un convenio de permuta de bienes, "por cuanto el mismo, pese a tratarse de una permuta de bienes de las Corporaciones locales, fue celebrado sin darse cumplimiento a lo prescrito en el artículo 98.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, precepto este último que exige para la procedencia de la permuta la previa tramitación de un expediente que acredite su necesidad así como la equivalencia de valores". La nulidad radical se presenta "al haber sido adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido" (otros ejemplos en la STS de 15 de febrero de 1999 Ar. 1705).

Pero será necesario estar al caso concreto. A veces un convenio será una simple forma de regular o definir el régimen de obligaciones de los propietarios definido en el ordenamiento jurídico. Una licencia condicionada a la realización de ciertas cesiones no es tanto un convenio como una obligación legal (STS de 25 de enero de 1999 Ar. 178).

Por su parte, alguna legislación autonómica urbanística afirma también el principio de concurrencia. En este sentido, el art. 74.2 de la citada Ley de Madrid afirma que la negociación, formalización y el cumplimiento de los convenios urbanísticos se rigen con carácter general por el principio de concurrencia. Esta mención se explica ante el interés especial, que antes se explicaba, de poner límites jurídicos a la celebración de los convenios. No obstante la bondad que encierra esta regla, lo cierto es que por pura lógica no siempre será factible la concurrencia, sin que ello suponga un problema jurídico (numerosos convenios son susceptibles de celebración con un único sujeto o grupo de sujetos: convenios expropiatorios, o de pactos de gastos de urbanización, etc.). De hecho, alguna legislación autonómica más reciente afirma, con acierto, que los convenios se rigen por "los principios de transparencia, publicidad y, *cuando proceda*, concurrencia" (art. 11.2 *in fine* de la Ley 2/1998 de Castilla-La Mancha).

Quiere decirse de esta forma que, si bien en los contratos administrativos típicos la observancia del principio de concurrencia es esencial al carácter público de dichos contratos, el *quid* del sistema jurídico-público de garantías en el ámbito de los convenios está más bien en la transparencia y la publicidad como forma de compensar la libertad de pactos, tan visible en la celebración de los convenios urbanísticos.

III. TRANSACCIONES

1. Transacción extraprocesal

A diferencia de los convenios, los cuales sustituyen o predeterminan un procedimiento administrativo, las transacciones sustituyen un proceso judicial (al igual, en esto, que los arbitrajes).

La transacción ha de entenderse, pues, como un medio de resolución extrajudicial de conflictos (así se caracteriza aquélla en el propio CC: art. 1809; para la delimitación entre transacciones y convenios puede también consultarse la STS de 29 de abril de 1988, RJ 3157).

En este sentido, cuando se realiza un convenio no se zanja una controversia judicial, ya que más bien se está acordando un régimen de derechos y obligaciones que servirá de pauta para el ejercicio de las potestades administrativas anticipando el resultado del procedimiento administrativo. Con la transacción, más bien, se zanjan las actuaciones y se evita un proceso judicial[27].

Por otra parte, si bien el presupuesto normativo general y directo del convenio puede encontrarse en el art. 88 de la LRJAP-PAC el de la transacción se encuentra en principio en el CC además de que la transacción, y no la terminación convencional, precisa obligatoriamente de dictamen del Consejo de Estado o de órgano autonómico equivalente. En el segundo caso precisan un Decreto (art. 39 LGP y 40 LPE), en el primero basta una autorización del Consejo de Ministros u órgano ejecutivo autonómico.

El presupuesto de la transacción es que exista una controversia. Entonces, su sentido será el de evitar el pleito al que conduciría dicha controversia, o ponerlo fin si éste hubiera comenzado[28]. Para ello, ambas partes pueden transigir mediante recíprocas concesiones. Su sentido práctico está, pues, en hacer posible que la Administración llegue a un acuerdo para zanjar las controversias e incertidumbres existentes.

---

27 Puede verse, sobre la transacción, BOQUERA OLIVER, "Administración Pública y transacción", *REVL* XXIV nº 141, 1965, pp. 321 y ss.; CLAVERO ARÉVALO, "Posibilidades de transacción con la Administración local", *REVL* nº 74, 1954, pp. 161 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, "La transacción en el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", *RAP* nº 145, pp. 7 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., "El régimen de los actos y los recursos administrativos en la LRJAP-PAC" en VVAA, *Ciudadanos y reforma administrativa*, Madrid 1995, pp.249 y ss.

28 Ilustra, por ejemplo, la noticia (tomada del periódico *El país* de noviembre de 2001) "el Gobierno rebaja de nuevo la tasa de los móviles para evitar el conflicto judicial": "el pacto se certificó mediante una enmienda a los Presupuestos de 2002 presentada ayer con carácter de urgencia por el Grupo Popular en el Senado)" pero "lo cierto es que el Gobierno ha adoptado esta decisión tras arduas negociaciones...". "Los operadores habían recurrido la tasa ante el Tribunal Económico-administrativo Central y tras ser desestimado en esta vía administrativa, anunciaron que llevarían el asunto ante la Audiencia Nacional. Sin embargo, los operadores se han comprometido a no seguir la vía judicial".

Con la evitación de un pleito se evita al mismo tiempo la incertidumbre del resultado en la resolución judicial de la controversia. De ahí que el Consejo de Estado haya podido condicionar la posibilidad de las transacciones a aquellos casos en que pueda suponerse probabilidad de éxito del recurso planteado (dictamen nº 36277, de 14 de mayo). Dichos dictámenes informan además que por la materia las transacciones administrativas tienen lugar *fundamentalmente respecto de cuestiones patrimoniales* (así por ejemplo indemnizatorias en casos de liquidaciones de concesiones administrativas[29]) y de Derecho privado de la Administración (especialmente explotación de bienes patrimoniales).

No obstante, de los arts. 88.1 de la LRJAP-PAC y 77.1 de la LJCA se infiere que la transacción ha de contar con ciertos límites. En principio, parece difícil sino imposible imaginar la posibilidad de una transacción en los casos en que la Administración ejercite una potestad reglada (en este contexto habría que mencionar el principio de la indisponibilidad de las potestades administrativas). Los límites se referirían por tanto a aquellos casos en que se ejercite una potestad discrecional (y serían entonces de obligado acatamiento principios tales como los de motivación, plena adecuación con los intereses presentes en la relación jurídica objeto de transacción, ausencia de desviación de poder, etc.).

Por otra parte, su ámbito propio parece ser, conforme a su propia naturaleza, el de las relaciones de tipo patrimonial[30].

Así pues, en todo caso la legalidad administrativa ha de respetarse. La propia definición del Diccionario de la Real Academia sobre el término *transigir* es a mi juicio bastante explícita de la problemática que encierra esta figura jurídica de la transacción. *Transigir* es "*consentir* en parte *lo que no se cree justo, razonable o verdadero* a fin de acabar con una diferencia". ¿Y es posible *consentir* en el ejercicio de las potestades públicas? Por otra parte, el renglón que acaba de escribirse *a fin de acabar con una diferencia* es también importante ya que nos indica el beneficio que se consigue, es decir la terminación de una contienda.

No pueden en efecto olvidarse los riesgos que presentan este tipo de figuras como la conciliación o transacción. La difusión de las soluciones negociales sin regulación apropiada puede llegar a poner en riesgo el resguardo del interés público (W. Brohm[31]).

---

29 Dictámenes de 11 de marzo de 1976 (nº 40027), 20 de mayo de 1977 (nº 40626), de 2 de noviembre de 1967 (nº 35577), 29 de abril de 1982 (nº 44122), etc.

30. Un ejemplo puede ser la STS de 25 de marzo de 1992, Ar.3387, es decir una transacción mediante la cual los interesados admiten una reubicación de los primitivos aprovechamientos urbanísticos a cambio de ceder en sus pretensiones indemnizatorias contra la revisión de un plan que realizaba una recalificación del suelo declarando no urbanizable el suelo donde dichos interesados habían realizado cuantiosas inversiones. Otro ejemplo es el recogido en la Ley 6/1996, de 8 de julio, que autoriza al Gobierno una transacción con el Canal de Isabel II para la cancelación de una deuda. *V.*, BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Pamplona 2001, pp.210 y ss.; esta obra, aunque no ignora que el ámbito propio de la transacción es el *patrimonial* o *hacendístico*, admite la transacción en otros casos no patrimoniales, a pesar de que deja esta afirmación sin concretar. Un caso que se analiza detalladamente es el de la transacción en los procedimientos concursales.

31. BROHM,W., "Sobre la aceleración de los procedimientos, ¿una mayor disciplina o una consensuación de la acción administrativa?", *Revista de Documentación Administrativa* nº 235-236, 1993, pp. 387 y ss.

Especialmente atentos habremos de estar a la posibilidad de que, mediante su empleo, se encubran fraudes de ley administrativa[32] o la satisfacción de intereses personales por encima de los propios intereses públicos.

Así pues, ni la transacción debe negarse alegando falsos límites (tales como desigualdad de los sujetos en las relaciones jurídicas administrativas, imposibilidad de comprometer al erario vía conciliación, la presunción de legalidad de los actos administrativos[33]) ni tampoco afirmarse olvidando ciertos límites esenciales frente a su aplicación en el caso concreto, es decir límites reales aunque no insuperables (principio de legalidad de las actuaciones públicas y por tanto solución conforme a Derecho, autonomía de voluntad en sentido de libertad de las partes para conciliarse, interés público o finalidad pública del acuerdo conciliatorio).

Pero lejos de una regulación precisa sobre el particular, en el Derecho administrativo español no existen más que normas de tipo procedimental, respecto de la transacción, esencialmente el art. 39.1 de la LGP[34] o 40 de la LPE[35] y el art. 77 de la LJCA[36], a diferencia por ejemplo del ordenamiento alemán, donde se ha conseguido una regulación sustantiva en la LPA (art. 55, junto al 106 de la LJCA) desarrollada y matizada jurisprudencialmente[37] conforme al frecuente uso que se hace en la práctica de las transacciones. También en el ámbito autonómico y local las referencias son esencialmente de igual carácter procedimental[38]. En el Derecho comunitario europeo está presente, en cambio, una voluntad más decidida por la instauración de sistemas u órganos de transacción o acuerdo, tanto mediante comisiones parlamentarias como a través de la actuación del Defensor del pueblo. En este sentido, también en el Derecho español, esta institución del Defensor del pueblo (en el ámbito estatal y en el autonómico) permite llegar a la concertación de transacciones y acuerdos entre Administración y particulares.

---

32. En esta línea, un dictamen del Consejo de Estado, de 30 de mayo de 1968 (nº 35965) reacciona contra una transacción que pretendía justificar una enajenación soslayando las garantías legales para la enajenación de bienes municipales y entre ellas la subasta pública.

33. MORÓN URBINA, J.C. *cit*., pp.16 y ss.

34. Según el citado art.39.1 de la LGP "no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en Pleno".

35. Respecto de los bienes o derechos del patrimonio del Estado dicho artículo exige Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, con audiencia del de Estado en pleno.

36. Asimismo, en el art.117.3.1 del RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TR de la LCAP se reconoce la posibilidad de transigir previa autorización del Consejo de Ministros "en los contratos con empresas extranjeras (...)".

37. En esta línea habría que considerar además el art.38.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales donde se afirma que si el tribunal declara admisible una demanda procederá al examen contradictorio del caso y procurará un acuerdo amistoso (...). Respecto del Derecho alemán es preciso tener en cuenta que en el proceso contencioso-administrativo alemán rigen los principios de investigación de oficio y de aclaración judicial en favor de las partes, con un importante y activo papel del juez, que permite a éste *forzar* la conciliación en el proceso. Sobre la conciliación puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid 1993, p.417. Según el significativo artículo 55 de la LPA, "cuando la Administración lo estime conveniente podrá celebrar contratos de Derecho público de los previstos en el art.54, por los que resuelva, mediante concesiones recíprocas, una incertidumbre que resulte de una valoración prudente de las circunstancias de hecho o de la situación jurídica" (puede verse FROMONT, M., "L'example allemand", *AJDA*, 1997, pp.59 y ss.).

38. Pueden verse los arts.23.1.a y 28.1.c del TRRL/1986 (atribuyendo al Pleno la competencia para transigir). En el caso autonómico la legislación, muy numerosa, sigue la ratio de la legislación estatal debiéndose consultar la legislación pública de patrimonio o de hacienda o régimen presupuestario.

Además, se regula un trámite de conciliación en los artículos 68 y ss. de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CE y 92/13/CEE.

2. Transacción judicial o conciliación

La introducción de la conciliación en el proceso administrativo puede verse también en sintonía con la paulatina evolución favorable que en el Derecho administrativo se advierte en relación con los fenómenos transaccionales que acaban de comentarse[39].

En este contexto, y sin salir de la LJCA puede, igualmente, citarse el artículo 29.1 *in fine*, cuando prevé que la acción procesal allí regulada sólo puede ejercitarse de "no haberse llegado a un acuerdo entre los interesados y la Administración".

En este sentido, y como es propio de las transacciones, pactos o convenios administrativos, el requisito o límite esencial de la conciliación es el de que lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros, así como que el juicio o proceso se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad (artículo 77 de la LJCA).

Este último inciso informa ya sobre su preferente aplicación práctica en materia de estimaciones de cantidad, como es propio de las transacciones en general según ya nos consta.

Considerando que la transacción en favor de la Administración es por esencia limitada (en el fondo por el propio principio de legalidad y por la observancia ineludible de los intereses públicos) se entiende que la LJCA exija que los representantes de las Administraciones Públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos. *Autorización* por tanto del Consejo de Ministros según dispone la LGP (artículo 39), en consonancia también con el artículo 88 de la LPC 30/1992 para la terminación convencional.

La conciliación en el proceso administrativo puede verse como un medio que contribuye a buscar solución frente al problema del retraso de los procesos administrativos y consigue por otra parte completar o perfeccionar la justicia administrativa.

La conciliación en el proceso administrativo está prevista, por otra parte, en el Derecho comparado (por ejemplo, en el Derecho alemán), y en el propio Derecho español la conciliación es conocida en el proceso civil (artículo 692 de la LEC) y es una fase procesal típica del proceso laboral; también se ha destacado que la técnica de la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles y laborales tiene carácter de *conciliación preprocesal* (STC 120/93), pese a que en realidad no pueda hablarse más que de un *semejanza* con la conciliación[40].

---

39. La conciliación puede verse además en conexión con el allanamiento y con el desistimiento como formas de terminación del proceso; *V.*, sobre aquéllos GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El allanamiento de la Administración", *RAP* 27, 1958, pp.89 y ss.

40. PIÑAR MAÑAS, J.L., en LEGUINA VILLA, J./SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid 1993, p.352; SANTAMARÍA

Por otra parte, la transacción del artículo 77 de la LJCA tiene un carácter plenamente judicial que hace que se diferencie también de la satisfacción extrajudicial de la pretensión.

Su aplicación práctica puede no obstante quedar condicionada por los propios requisitos o presupuestos de la conciliación, que acabamos de estudiar. Además, como medida propuesta de oficio por el propio Tribunal, no es fácil concebir una frecuente aplicación de la conciliación considerando el *factor tiempo* que repercute sobre la práctica judicial de cualquier orden jurisdiccional y del contencioso en particular. En este sentido, la conciliación se prevé con posterioridad a la demanda y contestación y antes de la sentencia (tal como dice el propio artículo 77 de la LJCA), por lo que es presumible que el proceso llegue a una fase en la que lo más realista sea, simplemente, dictar la sentencia.

En cualquier caso, si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento. Es interesante observar que, en la fase de ejecución de sentencias, la LJCA se haya referido a este supuesto de la conciliación (artículo 113):

Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo que implique la desaparición de la controversia cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa.

IV. LOS ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS

1. Presente y futuro del arbitraje en el Derecho administrativo[41]

También se va abriendo paso en un plano normativo el arbitraje dentro del Derecho administrativo durante los últimos años[42].

Encontramos menciones en el art. 39.1 de la LGP[43], el art. 41 de la Ley del Patrimonio del Estado[44], 60.2 del TR de la LCAP[45] y especialmente el fundamental *artículo 107.2 de la LRJAP-PAC* modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero[46].

PASTOR, J.A., *RAP*, 77, 1975, p.81; CLAVERO ARÉVALO, M.F., en *Estudios dedicados al Profesor* GARCÍA OVIEDO *con motivo de su jubilación*, Sevilla 1954, t I, pp.220 y ss.; VERA JURADO, D.J. *RAP* 134 1994, p.258.

41. Al margen de este supuesto queda la llamada actividad arbitral de las AAPP, es decir la función arbitral inter privatos de la AP. Con los distintos ejemplos, y la problemática que afecta a esta figura, puede verse mi libro *La reparación de los daños causados a la Administración*, Editorial Cedecs, Barcelona 1997.

42. Todo ello a pesar de las incertidumbres que plantea, tanto sobre sus límites (como vamos a ver) como sobre su tramitación (*V.*, MAGRO SERVET, "¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?", *Actualidad Aranzadi* nº 510, 2001. Sobre el tema también LÓPEZ ARGUMEDO PIÑEIRO, A., "Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional", *La Ley*, 4 de mayo de 2000.

43. Según el citado art.39.1 de la LGP "no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audicencia del de Estado en Pleno".

Es discutible si este régimen jurídico puede entenderse más que una regla referida al supuesto concreto de los derechos de la Hacienda como un régimen jurídico de validez general. Para CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO

Como es sabido, el arbitraje, en general, se regula en la Ley de arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre[47].

Los rasgos principales del arbitraje son, conforme a su definición propia, su carácter potestativo renunciando las partes a la protección judicial (a salvo del recurso que puedan interponer, conforme a ciertos motivos tasados, contra el laudo arbitral[48]), nombramiento pactado de los árbitros, existencia de una cuestión litigiosa como objeto del arbitraje.

Con este perfil no es fácil encontrar casos de arbitraje en el Derecho administrativo español. El art. 107 de la LRJAP-PAC piensa en los arbitrajes como un medio de sustitución de los recursos, por tanto con carácter forzoso[49]. El citado artículo 107 no parece conseguir más que desplazar la competencia en favor de otros órganos no directamente involucrados en la controversia en cuestión.

También se excepciona, por dicho art. 107, otro criterio esencial del arbitraje desde el momento en que las resoluciones que se dicten podrán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa ("con respeto a los principios, garantías y plazos..." dice la LRJAP-PAC en su art. 107.2 *in fine*).

MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.632 no es posible extender el art.39.1 LGP, previsto para la Hacienda Pública, a las distintas relaciones jurídico-administrativas de tipo patrimonial.

44. "Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales hará falta una Ley que lo autorice". A efectos de salvar una posible contradicción entre este art. y el 39 de la LGP téngase en cuenta que el citado art.39 LGP se aplica a los derechos de contenido económico o dinerario (arts.2, 22 y 27 LGP).

45. Este precepto, siguiendo el art.61.2 de la LCAP 13/1995, afirma que "el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la LGP (art.39.1 por tanto) o en las correspondientes normas de otras AAPP" (*V.*, art.107 de la LRJAP-PAC). Interesante es que dicho art.61.2 de la LCAP se separó de la prohibición de arbitraje que defendía el art.12.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales y propunaba asimismo el RD de 27 de febrero de 1852 (art.12); en este contexto puede verse la STS de 11 de marzo de 1980 (Ar.2146). *V.*, ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la ley de Contratos del Estado*, Madrid 1984, pp. 164 y ss.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentarios a la LCAP*, Madrid 1996, p.470.

46. "Las Leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo"

"En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado".

"La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por Ley".

47. En este contexto CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona 1995; LORCA NAVARRETE, A., *Comentarios a la Ley del Arbitraje*, Madrid 1991.

48. Sobre esta cuestión es importante la STC 174/1995 que declaró inconstitucional el art.38.2.1 de la LOTT, 16/1987, en tanto en cuanto implantaba un arbitraje obligatorio del que sólo se podía prescindir mediante acuerdo unánime de las partes; *V.*, MERINO MERCHÁN, J.F, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XI 1995, pp.223 y ss.; M. MATEO TEJEDOR, *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Madrid 1998; de la CUESTA SÁENZ, J.M., en *Derecho privado y Constitución* nº 9, 1996, pp.315 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M.J., en *Revista de Derecho Mercantil* nº 222, 1996, pp.1305 y ss.

49. En este sentido SÁNCHEZ MORÓN entiende que "los procedimientos en cuestión no podrán establecerse como cumulativos u opcionales respecto del recurso *ordinario* (actualmente de alzada), sino que en el ámbito para el que se establezcan desaparecerá este recurso" (*Recursos administrativos*, *cit*., p.346).

Difícil dilema el de este artículo: si se admite la posibilidad de recurso contencioso-administrativo disminuye la virtualidad del arbitraje, y si se excepciona la posibilidad de recurso contencioso-administrativo puede incurrirse en vulneración de dichos principios y garantías[50].

Es preciso dejar claro que actualmente el ordenamiento no prevé casos de arbitraje administrativo a salvo de ciertos arbitrajes interadministrativos[51].

Tampoco propicia la aplicación del arbitraje administrativo la Ley de arbitraje de 1988 cuando primero ignora dicho arbitraje administrativo[52] y cuando segundo exige el requisito de la *disponibilidad de la materia* (arts. 1 y 2.1.b), requisito que no se cumple en las materias reguladas por el Derecho administrativo.

En general, la posibilidad de admitir el arbitraje se enfrenta en el Derecho administrativo español con principios elementales de obligada consideración tales como la previsión del sistema contencioso-administrativo como sistema de solución de litigios entre particulares y Administración y de control de la legalidad de la actuación y actos de la Administración Pública (art. 1.1 y 1.2, art. 2 de la LJCA de 13 de julio de 1998). En cuanto al debate *lege ferenda* el tema o problema principal que plantea el arbitraje es el de la precisión de las materias que pueden quedar sujetas al mismo[53].

Se han apuntado en este sentido distintos criterios[54]. El hilo conductor parece estar en la índole patrimonial de la controversia. En este sentido, en el Derecho comparado

---

50. Por otra parte, no parece conveniente retornar al modelo de las jurisdicciones especiales. En términos generales véase sobre esta cuestión SOSA WAGNER, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla 1977; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., "La cláusula de renuncia al recurso y el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales", *REDA* 48, 1985, pp.597 y ss.

51. Me refiero a la Comisión Arbitral del País Vasco regulada en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, art.39 así como a las Juntas arbitrales de resolución de conflictos tributarios interadministrativos: art. 45 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre y arts, 23 y 24 de la LO 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA, art. 39 de la Ley 38/1997, de 4 de agoto. A estos supuestos podría sumarse el previsto en el RD 49/1993, de 15 de enero que, incorporando la directiva 89/662/CEE, de 11 de diciembre de 1989, sobre Sanidad Animal, prevé que, en caso de conflicto, si las partes lo acordaren, podrán someter el conflicto a la apreciación de un perito que figura en una lista de peritos de la Comunidad, sometiéndose las partes al dictamen que aquél emita. En general, las instituciones comunitarias muestran su interés por la aplicación o instauración de arbitrajes administrativos (puede verse GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid 2000, p.24) destacando la Resolución del PE sobre el *fomento del recurso al arbitraje de derecho para la resolución de los conflictos en el orden jurídico* (DOCE C 205, de 25 de julio de 1994, pp.519 y ss.).

52. Esta ausencia de mención no sería, no obstante, determinante ya que puede entenderse como una forma general de dar cabida a todo tipo de arbitraje, administrativo o privado, en la línea de lo que por ejemplo ocurre con la aplicación del Derecho de la competencia a la Administración pública. En este último ámbito está consolidada dicha aplicación precisamente partiendo de la ausencia de un criterio expreso que impidiera la sujeción de la Administración (en sus actividades de tipo económico) al Derecho de la competencia.

53. En este sentido, el artículo 107.2 de la LRJAP-PAC, cuando admite la sustitución de la vía de recurso administrativo por otros medios, entre ellos el arbitraje, presupone que la *especificidad de la materia así lo justifique.*

54. Los distintos enfoques o estudios realizados, sobre las materias susceptibles de arbitraje administrativo, parten de la consideración de ciertas actividades (*actividades de interés no general*, *la actuación discrecional administrativa*, la *actuación contractual o convenida*, la *actuación de Derecho privado*) a efectos de deslindar y admitir la figura del arbitraje administrativo.

Sobre esta cuestiones, y sobre el arbitraje en Derecho administrativo en general, CORTADA ESTEVE, M., "El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa", *RVAP* nº 51, 1998; CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.176; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M.L., "El arbitraje en el Derecho tributario", *Revista de Contabilidad y Tributación* nº 167, 1997, pp.11 y ss.; HORTALA y VALLVE, "El arbitraje en materia tributaria", *Crónica tributaria* nº 79, 1996, pp.55 y ss.; LÓPEZ MENUDO, F., "Arbitraje y Derecho Público", *Justicia Administrativa* nº 2, 1999, pp.13 y ss.; MARESCA CABOT, J.C., "El arbitraje en el Derecho administrativo", *Boletín del Tribunal Arbitral de*

(Derechos italiano o francés por ejemplo) llegan a admitirse los arbitrajes administrativos siguiendo el criterio material o funcional de las *cuestiones patrimoniales*[55]. En el propio Derecho español se ha admitido la aplicación de la Ley de arbitraje respecto de la actividad mercantil de entidades administrativas de Derecho privado[56].

Esta labor de selección o diferenciación de una determinada relación jurídica como de *índole patrimonial* presupone la aplicación de un criterio de carácter material o funcional, ya que la admisión del arbitraje depende del tipo de materia o función, diferenciando las de índole patrimonial a efectos de abrir así paso a los arbitrajes administrativos.

De ahí que pueda advertirse un posible riesgo de extensión de los arbitrajes, con apoyo en la aplicación de unos criterios funcionales que en principio lo hacen factible; según esto el *quid* del éxito del arbitraje en el Derecho administrativo estaría en el arraigo en la práctica jurídica de un criterio de carácter material o funcional, es decir una conversión de ciertos sectores de Derecho administrativo en ámbitos de consideración patrimonial. La cualidad subjetiva (pública o privada) de la entidad sería, entonces, indiferente, por ser en cambio determinante el tipo de función que desempeñe la Administración y que se traduce en un tipo concreto de relación y de controversia jurídicas. Tampoco sería relevante, para negar los arbitrajes, el argumento según el cual la Administración se rige por un principio de competencia incompatible con los arbitrajes o aquel otro en virtud del cual los bienes patrimoniales del Estado y de las personas públicas son indisponibles[57].

Podría por tanto repetirse el fenómeno, que serviría entonces de ejemplo y antecedente a los arbitrajes, de la progresiva aplicación -a ámbitos gobernados tradicional-

---

Barcelona nº 5, 1994, pp. 57 y ss.; MONTORO CHINER, "Técnicas pre y extraprocesales de resolución de los conflictos urbanísticos", *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona* nº 9, 1997, pp.44 y ss.; REQUEJO PAGÉS, J.L., "La nueva configuración del arbitraje", *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol.V, 1988-1989, pp. 51 y ss.; MORENO, Rosa, *El arbitraje administrativo*, Madrid 1998; SÁENZ CASALS, C., "Administración y arbitraje", *REALA* nº 264, 1994, pp. 709 y ss.; TORNOS MAS, J., "El arbitraje en el Derecho administrativo: posibilidad de esta figura jurídica", *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona* nº 6, 1995, pp. 11 y ss.; del mismo autor su trabajo sobre el particular en *RAP* nº 136, 1995, pp. 149 y ss.; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "El arbitraje en el Derecho administrativo", *RAP* nº 143, 1997, pp. 93 y ss.

55. En Francia el arbitraje administrativo termina admitiéndose en materia comercial y actuación patrimonial y de Derecho privado (AUBY, J.M., "L'arbitrage en matiére administrative", *Actualité juridique*, 1985, pp.1 y ss.); especialmente véanse distintas contribuciones (de diferentes autores) sobre el arbitraje, publicadas en el nº 1/1997, *AJDA*; también CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, 9 édition, París 2000, pp.235 y ss.; DURAND, P., "Le reglément par voie de transaction et d'arbitrage des diférends de droit privé interéssant les établessiment publics á caractére industriel ou commercial", *Droit social*, 1949, p.325; VEDEL, G., "Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé", *Rev. Arb*.,1961, pp.116. En Italia, igualmente, puede verse PANZARINI, G., "Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la Pubblica Amministrazione", en VVAA, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milán 1999, pp.119 y ss.; sobre la alusión a Costa Rica ver *infra*.

56. No sería tanto la actividad de Derecho privado, como la actividad de carácter mercantil, lo que a mi juicio explicaría esta sujeción. Puede verse, por ejemplo, la STS de 6 de marzo de 1987 Ar.1419 y la resolución publicada en el *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, de 30 de junio de 1995, asunto 310/95, boletín nº 7, 1995, pp.107 y ss., en la que fue parte el ente Gestor de Infraestructuras S.A., empresa pública de la Generalidad de Barcelona.

Por otra parte, considérense los laudos de las juntas arbitrales de consumo, de los Ayuntamientos, impugnables en la jurisdicción civil (por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 5 de enero de 2000, n° 1/2000, AC 2000\501).

57. En esta línea CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, pp.628 y ss. indican que tampoco es válido el argumento según el cual el orden jurisdiccional nacional contencioso-administrativo es el único que puede tener conocimiento en materia de servicios públicos.

mente por el Derecho administrativo- del Derecho mercantil de la competencia. Sin necesidad de una reforma legal. Pues ha bastado, en efecto, una aplicación en la práctica jurídica (en este caso, esencialmente por el TDC y el TJCE) de un criterio de tipo material o funcional, según el cual la identificación de una actuación de la Administración como mercantil o económica permite la aplicación del citado Derecho de la competencia[58]. Todo ello sin ignorar que, a toda esta evolución subyace, nuevamente, una presión de intereses económicos y empresariales que motivan la conversión de lo *público* en *económico* o *mercantil*.

Algo similar podría ocurrir con los arbitrajes si se afianzan en torno a la aplicación de un criterio funcional (actividades de *índole patrimonial*). Aunque por referencia a las transacciones, D. Loperena Rota aporta ciertas reflexiones que ilustran ejemplarmente de esta posible evolución a la que estamos aludiendo cuando llega a decir que "la Administración puede, entre los bienes con los que convenir transaccionalmente, incluir bienes de dominio público". ¿Cómo llegar a admitir esta conclusión? De forma sencilla: "*convirtiendo (el bien demanial) en patrimonial* el bien es susceptible de convenio transaccional", "sabiendo (la Administración) que deberá desafectarlo en el procedimiento de aplicación del convenio (transaccional)"[59].

Otro supuesto: la política de los pactos, el *do ut des*, de las transacciones, sería admisible en la esfera del empleo público aprovechando la corriente de laboralización (patrimonialización) del régimen funcional. De esta forma sería posible superar *objeciones dogmáticas* tales como *la reserva de Ley de régimen funcionarial*, *el principio de legalidad* o el de *legalidad presupuestaria*[60].

Son éstos ejemplos que ilustran del riesgo, al que nos estamos refiriendo, de cómo -convirtiendo lo público en patrimonial- se da entrada a la aplicación de este tipo de figuras aprovechando un cambio de funcionalidad de ciertos ámbitos de Derecho administrativo.

Ahora bien, podemos plantearnos dos cuestiones a efectos de profundizar en las afirmaciones anteriores. La primera: ¿y no es un obstáculo insalvable la vaguedad, o indefinición, propia del criterio *asunto patrimonial*?

No parece serlo. Así, para el TJCE el hecho de que pueda ser complejo en un caso determinado observar si la actuación tiene o no carácter *económico* (para aplicar o no el Derecho comunitario de la competencia) no impide llegar a una solución judicial caso por caso. Más bien, es ésta una típica función judicial la de ir delimitando este

58. Y cada vez más las actividades son susceptibles de ser consideradas como económicas. La condición del sujeto como Administración Pública cede frente al dato de la identificación de una actividad de tipo económico o mercantil con la consecuencia de la aplicación del Derecho de la competencia en estos casos. Asimismo, dicho Derecho de la competencia, con el apoyo del Derecho comunitario europeo, se ha convertido en un Derecho especialmente importante a la hora de regular aquellos sectores liberalizados que pasan a considerarse en gran parte como mercados y que tradicionalmente eran configurados como servicios públicos regulados casi exclusivamente por el Derecho administrativo. Puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares, Granada 2001.

59. *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, p.139. El autor pone en ejemplo de la Ley 6/1996, de 8 de junio, de la CA de Madrid por la que se aprobó un supuesto como el enunciado. Y en torno a la transacción sobre bienes comunales aporta Loperena el ejemplo de la Ley foral 6/90, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra y el Reglamento de bienes aprobado por Decreto foral 280/1990, de 18 de octubre cuyo arts.30 y ss. instan a celebrar convenios transaccionales para evitar pleitos cediendo el particular una parte del bien a cambio de que reconozca el resto como comunal.

60. *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, pp.171 a 176.

tipo de funciones[61]. Lo mismo podría decirse respecto de los arbitrajes, ya que es una típica función judicial la de decidir, en caso de litigio (más bien cuando se interponga un recurso de nulidad contra el laudo arbitral) cuándo estamos ante una *función patrimonial* es decir cuando la materia es susceptible o insusceptible de ser sometida a arbitraje administrativo.

Así pues, *nuevamente*, el Estado reduciría su posición a la esfera de los asuntos de soberanía o imperio, siendo el resto susceptible de dar entrada a las más diversas formas de intromisión de figuras desarrolladas especialmente en el Derecho privado.

De ahí que la pregunta ¿qué ámbitos podrían quedar afectados por el arbitraje administrativo? lleve a fijar como techo o límite máximo el de los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico administrativo.

El ámbito que puede abarcar el arbitraje se delimitaría por aquellas materias que, por su propio carácter o naturaleza, admiten una versión tanto de Derecho público como de Derecho privado. En estos casos, aunque la versión de Derecho administrativo es perfectamente legítima por ser una de las posibles versiones, no es en cambio la única forma posible de regulación, porque también es admisible y factible una versión de Derecho privado[62].

El reto del arbitraje es, en conclusión, afianzar un determinado criterio material o funcional que le sirva de aplicación. De esta forma, el arbitraje, aunque aparentemente no esté aplicándose respecto de asuntos administrativos, sino patrimoniales, en realidad o en el fondo se habrá entrometido dentro del campo del Derecho administrativo. *Y formalmente el arbitraje no sustituirá a la jurisdicción contencioso-administrativa porque se referirá a ámbitos que previamente se han sustraído a dicha jurisdicción.*

De hecho es interesante observar cómo la conversión que, cuando menos en parte, se ha producido durante los últimos años de los viejos servicios públicos en mercados (por ejemplo las telecomunicaciones, los sectores energéticos, etc.) ha traído consigo la aparición de los arbitrajes como medio esencial de resolución de contiendas[63].

---

61. Puede verse, con ejemplos, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo europeo*, IAAP, Sevilla 2ª edición 2002.

62. De ahí que en cualquier país los asuntos de policía o estrictamente administrativos serán siempre objeto del Derecho público, mientras que otras instituciones administrativas se incardinarán en algunos países en el Derecho público y en otros en el Derecho privado.

Con el arbitraje (figura desarrollada especialmente en el Derecho mercantil para dar satisfacción a agentes económicos) ocurre algo similar a aquello que acontece en todo fenómeno privatizador. La privatización (en cualquiera de sus formas) afecta a ámbitos respecto de los que, conforme a su posible consideración tanto prestacional como económica, es tan legítima y factible una versión jurídico-pública como una versión jurídico-privada. La versión jurídico-administrativa es el servicio público, la versión jurídico-privada de estos mismos sectores es el mercado liberalizado sujeto a regulación.

63. Destacaríamos, pues, este dato de la nueva presencia de arbitrajes como consecuencia de una privatización funcional de los servicios públicos. No obstante, lo cierto es que no estamos tanto ante casos de arbitrajes entre Administración y particulares como ante supuestos de arbitrajes para la resolución de controversias entre los agentes económicos privados que protagonizan estos nuevos mercados de interés general, conforme a su sentido y su configuración fundamentalmente privada. Ello a pesar de que estos arbitrajes sean susceptibles de ser aplicados a la Administración o a sus empresas. El supuesto se asemejaría más bien, por tanto, a aquellos arbitrajes presentes en sectores tales como el transporte o del consumo.

Sobre la función arbitral de la CMT ver la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones de 1997 (artículo 1.Dos.2), así como en el *Reglamento de la Comisión*, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre de 1996. Interesa destacar, sobre la citada CMT que los laudos que dicte esta Comisión en el ejercicio de su función arbitral tienen reconocidos los efectos establecidos en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; su revisión, anulación y ejecución forzosa se acomodarán a lo dispuesto en la citada Ley. No obstante, en puri-

Mención aparte merece el supuesto del arbitraje administrativo en aquellas parcelas dominadas por el comercio internacional, tal como se hará seguidamente después de terminar, con una última referencia jurídico-comparada, el estudio del arbitraje administrativo interno.

2. Un ejemplo de regulación de los arbitrajes: el Derecho de Costa Rica

En estos momentos en que en España se debate la posibilidad de regular normativamente el arbitraje importa hacer mención a la legislación comparada.

En Costa Rica se ha conseguido una regulación en materia de arbitrajes. La propia Constitución reconoce (en su art. 43) que "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente".

La Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, Ley nº 7727 de 9 de diciembre de 1997 en su artículo 2 (solución de diferencias patrimoniales) afirma que "toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible".

En el artículo 18 de la misma Ley (arbitraje de controversias) se afirma que cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes".

Finalmente se reconoce expresamente el derecho a todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, a someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3 de la Ley General de la AP.

---

dad no estamos ante un laudo sino ante una resolución que pone fin a la vía administrativa y que será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la doctrina española, por todos, MERINO MERCHÁN/PÉREZ-UGENA COROMINA, "Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones", en el libro coordinado por los citados autores, *Régimen de las telecomunicaciones*, Madrid 1998, p. 105, quien destaca que la CMT desplaza en su actuación arbitral a Administración y a tribunales. Similar es el planteamiento en Argentina (CASAGNE, "Los nuevos entes regulatorios", *Libro Homenaje al profesor P. Ramella*, Buenos Aires 1994, p. 38).

En el sector postal, las controversias que se susciten entre los operadores postales y los usuarios se resolverán por las Juntas Arbitrales de Consumo, con arreglo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Y cuando los usuarios no se hayan sometido a las Juntas Arbitrales el órgano competente para resolverlas es el órgano del Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine, pudiéndose impugnar la resolución que se dicte ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 5 de la Ley postal). En el sector de los hidrocarburos, la Ley de Hidrocarburos crea la Comisión Nacional de Energía, como único órgano encargado de la regulación y vigilancia del mercado energético y de velar por la competencia efectiva (disposición adicional undécima). Y dentro de sus funciones se establecen (en los apartados 9, 12 y 13) las facultades de resolución arbitral de los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos, así como velar por la libre competencia poniendo en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia las posibles prácticas colusorias, y resolver los conflictos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución.

En esta Ley General de la AP nº 6227 de 2 de mayo de 1978 se establecen reglas de competencia administrativa. Y en el art. 66 viene a limitarse el arbitraje administrativo diciéndose que "las potestades de imperio y su ejercicio y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Sólo por Ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso".

Además, la posibilidad del arbitraje se prevé en la legislación especial: art. 27 (arbitraje administrativo) de la Ley de Expropiaciones nº 7495, art. 61 in fine (recibo de la obra) de la Ley de contratación administrativa (ley nº 7494 de 2 de mayo de 1995), art. 39 (cláusula arbitral) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con servicios públicos (ley nº 7762, de 14 de abril de 1998), art. 3 del reglamento de la ley general de concesión de obras públicas nº 7762 de 14 de agosto de 1998, publicado en el alcance nº 27 a la gaceta nº 115 del 16 de junio de 1998, art. 53 (arbitraje) de la Ley de promoción de la competencia y defensa del consumidor n° 7472, de 20 de diciembre de 1994, art. 44 de la Ley orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad social nº 1860 de 21 de abril de 1955, reformada por la ley nº 7360 de 4 de noviembre de 1993.

En la jurisprudencia constan claros testimonios acerca del control judicial sobre los límites de la posibilidad de acudir al arbitraje, como por ejemplo la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 9 de marzo de 2001 (ex: 00-000063-004-CA, Res: 000210-F-2001) resolutoria de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral por entender una de las partes que la materia sobre la que entendió el tribunal arbitral no pudo haberse sometido a arbitraje: resolución de un asunto objeto de litigio ante un Juzgado contencioso-administrativo relativo a un recurso de lesividad.

En este supuesto, la Sala después de realizar ciertos razonamientos acerca del control judicial de nulidad de los laudos (próximo al control que propicia un recurso de casación civil limitado al examen de los errores *in procedendo*, no *in iudicando*) y después de reiterar el derecho a someter a arbitraje cuestiones patrimoniales y los límites que impone la legislación, sienta que "la competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo (a pesar del carácter patrimonial del asunto), mediante el cual el ente actor le canceló a la accionada los derechos laborales como consecuencia de la nota datada 23 de marzo de 1994, es una función pública que por tanto no puede ser delegada de arbitraje".

La propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de corregir o matizar la regulación legal sobre el arbitraje. La sentencia de 9 de mayo de 1995 resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado sienta que la legislación objeto de litigio es constitucional (Ley 5279 de 27 de julio de 1973 donde se disponía que toda cuestión relativa a contrato-póliza será resuelta por juicio arbitral excepto en lo que concierne a riesgos profesionales o actos administrativos sin vinculación con contratos de seguro o que no se refieran a cuestiones laborales...) siempre que se interprete en el sentido de que "las controversias entre el Instituto Nacional de Seguros y el Asegurado serán resueltas por juicio arbitral *cuando así lo elija el asegurado*", dejando clara la autonomía de las partes en cuanto a la posibilidad de acogerse a laudo arbitral, ya que "no se podrá impedir a ninguna persona en virtud de esta disposición normativa -ni de cláusula contractual que la reitere- el acceso a los tribunales de justicia para obtener la tutela judicial efectiva".

La misma Sala, en otro pronunciamiento éste de fecha 23 de agosto de 1992, estima una acción de inconstitucionalidad que afectó ciertos párrafos legales del Código de Trabajo en especial en tanto en cuanto este Código contemplaba la posibilidad de un *fallo en consciencia, no sujeto a las leyes, reglamentos y directrices gubernamentales*.

Otro testimonio importante es el Dictamen de la Procuraduría General de la República de 10 de mayo de 1999 (C-089-99) en el que se responde a la consulta sobre las posibilidades de una entidad de someter a arbitraje las controversias surgidas con los usuarios, por concepto de los servicios que se prestan en el muelle.

El dictamen se basa primeramente en la doctrina científica[64] para afirmar que, dentro de los servicios públicos, habrá que distinguir entre materias susceptibles y otras insusceptibles de arbitraje (entre las primeras, cuestiones de organización del servicio, de policía, de tarifas, tasas o contribuciones, de control administrativo sobre el concesionario o contratista) enlazando esta doctrina con el art. 66 de la Ley General de la AP que, como ya nos consta, considera las potestades de imperio y su ejercicio y los deberes públicos, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

A efectos de precisar las materias de índole patrimonial, en torno a las cuales procede el arbitraje según el Derecho costarricense, el dictamen se basa en la doctrina[65] que defiende que una cuestión patrimonial puede someterse a arbitraje cuando "simultáneamente es de índole patrimonial y objeto de regulación por el Derecho civil, mercantil o laboral"[66].

El dictamen se detiene igualmente en los límites del arbitraje (principio de legalidad positiva respecto del arbitraje, inexistencia de apariencia de buen derecho del particular, materias excluidas de imperio, motivación).

De esta forma, el dictamen está en condiciones de concluir que la sujeción a arbitraje dependerá (siguiendo los criterios apuntados) de la materia litigiosa que se origine en las relaciones jurídicas entre la empresa gestora y los usuarios[67].

---

64. Concretamente en el ilustre argentino BIELSA, R., *Derecho administrativo*, t V, Buenos Aires 1957, pp.538 y 539.

65. ORTIZ ORTIZ, E., "Aspectos legales de Concesiones ferrocarrileras", *Revista de Ciencias Jurídicas* nº 27, 1966, pp.221 y ss.

66. Una relación detallada y precisa, diferenciando entre distintos casos en que es posible y no es posible el arbitraje administrativo, puede encontrarse en ARTAVIA BARRANTES, S., *El arbitraje en el Derecho Costarricense*, sin fecha, p. 107; *V.*, también del mismo autor *El Proceso Arbitral en Costa Rica*, t I, 1996, p.45.

Ha llegado a proponerse, después de conocerse el sistema norteamericano y el histórico español de la Constitución de Cadiz, la posibilidad del arbitraje con independencia de la naturaleza pública o privada de la materia así como una regulación de los aspectos procedimentales del arbitraje en una línea siempre favorecedora a su aplicación (MILANO, A., *Borrador de propuesta de capítulo relativo al RAC en Derecho administrativo*, documento no publicado sin fecha, facilitado por cortesía del autor).

67. A mi juicio, es discutible el requisito según el cual la materia ha de tener naturaleza *jurídico-privada* para poder ser objeto de arbitraje. Incurre en contradicción en mi opinión esta afirmación común: por un lado, se pretende de esta forma excluir del Derecho administrativo el arbitraje, considerando éste posible sólo en torno a las cuestiones de Derecho civil; y por otro lado, las materias que quedan sujetas a arbitraje no terminan siendo sino *materias de Derecho administrativo*. Más bien, a mi juicio, los arbitrajes, al igual que ocurre en torno al fenómeno de privatización, podrían referirse a aquellos campos del Derecho que a pesar de poder estar regulados por el Derecho administrativo admiten, por su naturaleza, una configuración de Derecho privado. En otros términos, el arbitraje no podrá afectar al núcleo del Derecho administrativo.

3. El éxito del arbitraje administrativo en el ámbito del comercio internacional

El comercio internacional sufre una enorme expansión que repercute en favor de la aplicación de formas jurídicas de Derecho mercantil entre ellas el arbitraje[68].

Posibles postulados de Derecho público que no están en perfecta sintonía con el sometimiento del Estado a arbitrajes internaciones terminan cediendo en favor de la aplicación del arbitraje en estas relaciones jurídicas de este tipo comercial en que interviene la Administración, ante este empuje del mercado especialmente del mercado internacional[69].

En principio, el arraigo del arbitraje en el ámbito de los mercados internacionales se explica ante el hecho de que los grandes inversores están en condiciones de poder imponer a las Administraciones de otros Estados sus propios modos mercantiles y arbitrales de resolución de conflictos, eludiendo los mecanismos nacionales y jurisdiccionales de control que pueden no merecer a aquéllos la suficiente confianza como para someterse a los mismos. Las exigencias de mercado acaban entonces primando sobre los mecanismos del Derecho administrativo.

La inexistencia de una jurisdicción internacional donde dirimir los conflictos derivados del tráfico mercantil impulsaría asimismo el arbitraje internacional, a pesar de que ello no impide un interesante fenómeno de formación progresiva de un Derecho común en este ámbito del arbitraje internacional y del comercio internacional en general[70].

En esta esfera internacional del arbitraje las justificaciones o reticencias de tipo jurídico, frente al sometimiento de la Administración a arbitraje en el plano del Derecho interno (en esencia la incapacidad de las personas de Derecho público para someterse arbitraje), han terminado por no convencer en un pujante tráfico mercantil internacional que parte de otro tipo de postulados, sin convencer asimismo otras posibles *justificaciones* de carácter propiamente internacional tales como la inmunidad de jurisdicción en el arbitraje internacional o la inmunidad de ejecución.

Ilustrativa de la evolución apuntada en favor de la superación de las reticencias frente al arbitraje internacional en el plano administrativo ha sido por ejemplo la evolución del Derecho francés en el que, pese a las limitaciones con las que se enfrenta en Francia el arbitraje administrativo[71], llega a admitirse tanto jurisprudencial como doctrinalmente el arbitraje administrativo *internacional*[72].

---

68. Me refiero a los arbitrajes mercantiles internacionales dejando al margen el supuesto, menos relevante, de los arbitrajes entre Estados, los cuales caen dentro del ámbito del Derecho internacional público y el sistema de resolución de controversias de la OMC (Organización Mundial de Comercio).

69. *V.*, para una significación del auge del comercio internacional FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. -ed.-, *Derecho del comercio internacional*, Madrid 1996, p. 35. Puede también verse CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.386 para un estudio de las distintas manifestaciones de la expansión del arbitraje internacional, para las razones de la expansión y sobre el porvenir y tendencias del arbitraje internacional (pp.387 y ss.).

70. RIVERA, A., "El arbitraje al alcance de todos", documento sacado de www.inter-mediacion.com/papers/elarbitraje.htm.

71. En este sentido, art. 2060 del CC y antiguos arts.1004 y 83 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, por Ley de 5 de julio de 1975 se consiguió admitir los arbitrajes respecto de determinadas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial. A este supuesto habría que añadir la Ley de 19 de agosto de 1986, desplazando el CC y autorizando el arbitraje internacional de determinades colectividades territoriales y establecimientos públicos, por un interés particular (Caso *Eurodis-neyland*). Además, el art.1473.3

En el caso de España aunque nadie parece poner en tela de juicio la validez del arbitraje internacional en el que pueda formar parte la Administración[73], no es en cambio pacífica la vigencia, en un plano de las exigencias procedimentales, del art. 39 LGP que ya conocemos[74]. Una norma administrativa con referencia expresa a este tipo de arbitrajes es el art. 117.3.1 del RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TR de la LCAP a cuyo tenor "en los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros".

Al logro del arbitraje administrativo internacional contribuye la aplicación de las normas fundamentales en la materia que nos ocupa: principalmente, el Convenio de Nueva York de 1958 (sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras) en tanto en cuanto no prevé (y por tanto admite) la capacidad del Estado y de sus entidades para someterse a arbitraje internacional; la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional elaborado bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (en cuyo art. 2 reconoce explícitamente dicha capacidad); Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglos de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, donde se contiene una regulación de la elaboración de listas de conciliadores y árbitros y los respectivos procedimientos de conciliación y arbitraje a que pueden acudir las partes, quedando a libertad de los Estados firmantes tanto sujetarse al mecanismo arbitral como la posible previsión de una vía administrativa previa a dicho procedimiento (art. 26); Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), aprobado por Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 31/98, de 15 de diciembre de 1976[75].

---

del nuevo Código de procedimiento civil francés consagra la capacidad especial del Estado y de sus entidades en lo que concierne al arbitraje internacional.

72. Los hitos fundamentales en esta evolución han sido las conocidas y divulgadas sentencias de la Corte de Casación, sección civil 1ª de 2 de mayo de 1966, asunto *Trésor public c. Galakis* y la de 14 de abril de 1964, asunto *Onic c.Capitaine due San Carlo*, seguidas por la sentencia de la Cour d'appel de París de 13 de junio de 1996 (*société KFTCIC c. société Icori Estero et autre*), en todas ellas admitiendo dicho arbitraje internacional en que era parte el Estado francés.

73. Un ejemplo práctico puede ser el recogido en el RD 1525/1988, de 16 de diciembre.

74. ARTUCH IRIBERRI, E. en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. -ed.-, *Derecho del comercio internacional*, Madrid 1996, p.477 en sentido negativo a su aplicación; CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid 1989, pp.61 y ss. en sentido positivo; y CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho mercantil internacional*, Madrid 1993, p.288.

75. En el art.36 del reglamento citado en último lugar se afirma: "si antes de que se dicte el laudo las partes convienen una transacción que resuelva el litigio...". Interesante es, asimismo, el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 29s período de sesiones (de 28 de mayo al 14 de junio de 1996). Puede obtenerse en www.uncitral.org/spanish/sessions/unc/unc-29, junto a la Ley modelo de la CNUDMI sobre el atbitraje comercial internacional.

Además deben considerarse distintos Convenios bilaterales ratificados por España que afectan al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Para un estudio de otras Convenciones de carácter multilateral, CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, pp.538 y ss.; para el ámbito estrictamente europeo, GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid 2000. En el Mercosur, NOODT TAQUELA, M.B. *Arbitraje internacional en el mercosur*, Buenos Aires 1999, con cita de los Convenios aplicables a los Estados miembros en sus controversias con los ciudadanos de otros Estados.

En fin, la realidad mercantil ha superado estos posibles dogmas jurídico-públicos y, más bien, durante los últimos años se han concertado muy numerosos contratos en los cuales los Estados o sus entidades suscriben cláusulas por las que se comprometen a aceptar un arbitraje internacional, admitiendo los arbitrajes administrativos cuando dichos Estados intervienen en el tráfico económico realizando una actividad patrimonial o de gestión.

Por ejemplo[76], un interesante trabajo de A. Pérez Hualde[77] informa de cuatro arbitrajes internacionales recientes en los que ha participado la Administración Pública en Argentina como consecuencia de la cláusula compromisoria pactada en este sentido entre una empresa extranjera y el Estado de esta República, según la cual las controversias han de dirimirse en el "*Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*" organismo que funciona en el ámbito del Banco Mundial[78]. Los casos se refieren a empresas públicas gestoras de servicios públicos de ámbito local que contratan la realización de una determinada prestación en el marco de un servicio público de agua o electricidad con la Administración de este país[79].

Esta casuística lleva a decir que "el procedimiento que surge del Tratado afecta, sin lugar a dudas, el esquema de control judicial de nuestros contratos administrativos provinciales en tanto en cuanto los mismos ahora, cuando incluyen inversiones extranjeras, pueden ser revisados en una instancia que excede los límites nacionales"[80].

Por lo que se refiere a las instituciones arbitrales pueden distinguirse entre aquéllas de carácter nacional (American Arbitration Asociation, London Court of Arbitration, Cámara de Comercio de Zurich, Instituto Holandés de Arbitraje, etc.) y aquellas otras de carácter regional (Reglamento de la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Comisión económica para Asia y Extremo Oriente), instituciones de carácter sectorial y corportatvio, instituciones de carácter universal (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional), junto a otras formas de arbitraje (arbitraje *ad hoc* y arbitraje semiorganizado).

76. Otro caso interesante puede ser (por afectar al contrato administrativo más oneroso de la historia de Costa Rica) el contrato para la gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría.

Se ha dicho que "de un total de 300 procedimientos anuales en el marco de la Cámara de Comercio Internacional casi una tercera parte de ellos tiene lugar con una parte estatal o paraestatal" (CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.635 nota a pie de página 30, y notas siguientes, con otras referencias sobre el particular).

77. "Las provincias, sus contratos públicos y los Tratados internacionales de protección recíproca de inversiones", *La Ley*, Buenos Aires, 25 de junio de 2001, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho administrativo pp.1 y ss. *V.*, también RODRÍGUEZ, S.L. "Hacia un régimen regulatorio en el nuevo milenio", *JA* 6207, del 16 de agosto de 2000, p.13.

78. *V.*, TAWIL, G.S., "Los Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", *La Ley*, 2000-D, 1106; también C.A. MANFRONI, *La Convención Americana contra la corrupción*, Buenos Aires 1997.

79. *V.*, LECUONA, D., "Arbitraje internacional sobre la concesión del servicio de agua y cloacas de la Provincia de Tucumán. Estado de la cuestión a agosto de 1998", *ED* 180-1213.

80. PÉREZ HUALDE, A., "Las provincias, sus contratos públicos y los Tratados internacionales de protección recíproca de inversiones", *La Ley*, Buenos Aires, 25 de junio de 2001, *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho administrativo*, p. 4.

En el caso que comenta este autor (D.C. 2000/11/21, Caso nº ARB/97/3, *Compañía de aguas del Aconquija S.A. y otra contra República Argentina*) cuyo laudo puede consultarse en *La Ley*, 2001-A,230 o en inglés en www.worldbank.org/icsid el Tribunal arbitral no entró en el fondo del asunto por entender que era necesario haber acudido con anterioridad a la jurisdicción nacional argentina por el hecho, sólo por este hecho, de haberse pactado así en el contrato administrativo objeto de litigio.

Así pues, tanto en España como en otros Estados próximos se discute especialmente sobre una figura, el arbitraje, cuyos límites no están aún definidos con claridad. He pretendido aportar algún rayo de luz sobre la materia, advirtiendo de su insatisfactoria regulación y de su posible evolución, y habrá que esperar para observar el desarrollo jurídico que aquéllos alcancen en la práctica administrativa. Aunque sólo sea por la posible necesidad de fijar límites jurídicos conviene, ante todo, desechar actitudes apriorísticas que quieran llevarnos a ignorar la aplicación que se esté haciendo de ciertas figuras dentro de parcelas de actuación que afecten a la Administración pública.

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Juan Pablo Cajarville Peluffo
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

En el *Prefacio* de su obra *Contratos Administrativos*[1], el Prof. Brewer-Carías relata que su primer trabajo de investigación en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, en 1960, y también el último 27 años después, versaron sobre el tema de los contratos administrativos. "La vida quiso, por tanto -dice el ilustre maestro-, que mi labor en el Instituto comenzara y terminara con el estudio de este tema tan importante para el derecho administrativo".

No puede sino compartirse esa apreciación sobre la importancia de la contratación administrativa. Importancia a la vez práctica y teórica, porque la riquísima casuística que ofrece en la realidad debe resolverse por oferentes y contratantes, administradores y jueces sobre la base de escasas normas legales relativas sobre todo a cuestiones de procedimiento, y con necesaria y enriquecedora aplicación entonces de conceptos y principios de derecho *reglas de derecho* explícitamente integrantes de nuestro ordenamiento-, unos aplicables a toda actuación de la Administración y otros específicos de su contratación.

Por ambas razones, me ha parecido oportuno formular en homenaje a tan distinguido jurista latinoamericano, algunas reflexiones sobre temas concretos de la contratación de la Administración que no emanan de la fría reflexión del laboratorio, sino de la realidad. Las expondré haciendo referencia a las normas positivas uruguayas simplemente por ser el marco en el cual las cuestiones se plantearon, pero con la esperanza de que los conceptos y principios en que se basan sean útiles también en el ámbito de otros ordenamientos.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los procedimientos de selección del contratista

La legislación uruguaya sobre contratación de la Administración regula sobre todo el procedimiento de selección del contratista; muy pocas de sus normas se refieren a cuestiones de fondo de la contratación[2].

---

1. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997; el *Prefacio* está fechado en junio de 1992.

2. Las normas legales, contenidas formalmente en leyes diversas, han sido ordenadas por Decreto del Poder Ejecutivo n° 194/997 de 10 de junio de 1997, denominado "Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera" (en lo sucesivo: TOCAF). Aunque contenidas en un reglamento, sus disposiciones, que recogen a la letra las legales, tienen por ello valor y fuerza de ley formal.

La ley establece que "todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos"[3]. Pero a ese principio se establecen excepciones, unas en razón de montos de la contratación y otras específicas muy numerosas que responden a diversos criterios (calidad de los sujetos, de los objetos de los futuros contratos, urgencia, secreto, etc.), que permiten seleccionar al contratista mediante *licitación abreviada* -en todo similar a la *pública*, salvo en la abreviación de los plazos- o *directamente*, sin procedimiento competitivo previo.

2. Los "pliegos de bases y condiciones"

El procedimiento de selección del contratista y el propio contrato a que tiende se basan en *pliegos de condiciones* previamente elaborados por la Administración, unos generales para categorías de contratos[4] y otros particulares para cada licitación[5].

Los pliegos de bases y condiciones generales son por su naturaleza reglamentos, y están definidos como tales en la ley.

En cambio, es objeto de discusión la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones particulares.

---

3. TOCAF, art. 33.

4. TOCAF, art. 44: "El Poder Ejecutivo, con la conformidad del Tribunal de Cuentas, formulará reglamentos o pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos de:

Suministros y servicios no personales.

Obras y trabajos públicos.

Servicios personales.

Dichos reglamentos o pliegos deberán contener como mínimo:

Las condiciones que se establecen en la presente ley, determinando con precisión los requisitos de admisibilidad de las propuestas, los efectos de la falta de cumplimiento del contrato y, en particular, las penalidades por mora, causales de rescisión y la acción a ejercer con respecto a las garantías, y los perjuicios del incumplimiento.

Las condiciones especiales y económico-administrativas del contrato y su ejecución.

Los derechos y garantías que asisten a los oferentes.

Toda otra condición o especificación que se estime necesaria o conveniente para asegurar en pie de igualdad a los oferentes y la mayor concurrencia de los mismos a las licitaciones.

Dichos reglamentos o pliegos serán de uso obligatorio para todos los organismos públicos en los casos de licitaciones públicas y abreviadas, que superen $ ....., salvo en lo que no fuere conciliable con sus fines específicos establecidos por la Constitución de la República o la ley". (La cifra omitida se reajusta al inicio de cada cuatrimestre según índice de precios del consumo, TOCAF art. 135.)

5. TOCAF, art. 45: "El pliego de bases y condiciones generales será complementado con un pliego de bases y condiciones particulares para cada licitación, que será formulado por el organismo licitante y deberá contener: la descripción del objeto de la licitación, las condiciones especiales o técnicas, los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas, el tipo de moneda en que deberá cotizarse, el procedimiento de conversión en una sola moneda para la comparación de las ofertas, el momento en que se efectuará la conversión, la clase y monto de la garantía de cumplimiento del contrato, el modo de la provisión, el lugar, día y hora para la presentación y apertura de ofertas y, en su caso, el plazo para expedirse y toda otra especificación que contribuya a asegurar la claridad necesaria para los posibles oferentes.

Cuando el pliego no determine precisamente la cantidad a comprar, los oferentes podrán proponer precios distintos por cantidades diferentes de unidades que se adjudiquen.

Lo establecido precedentemente es sin perjuicio de las disposiciones sobre contenido de los pliegos a que se refiere el art. 8º de la Ley n° 16.134 de 24 de setiembre de 1990 y a las disposiciones contractuales sobre comparación de ofertas en los préstamos de organismos internacionales de los que el país forma parte". (La Ley n° 16.134 art. 8º contiene disposiciones sobre moneda en que se formularán las ofertas y cómputo en ellas de impuestos internos, con la finalidad de asegurar la igualdad de tratamiento de los oferentes nacionales y extranjeros.)

Abundante y valiosa doctrina considera que no son actos reglamentarios, sino actos administrativos particulares y concretos, cuya eficacia vinculante entre las partes resultará de su incorporación al contrato[6]. Es preferible la opinión que sostiene que se trata de verdaderos reglamentos, sin perjuicio de su integración al contrato una vez celebrado, porque esa naturaleza explica mejor la eficacia de los pliegos para terceros[7]; debiéndose precisar que en la categorización introducida reglamentariamente en nuestro derecho positivo, debe incluírselos en el rubro *disposiciones generales*[8].

En cualquier caso, ya se les considere como disposiciones generales o como cláusulas contractuales, los pliegos deben interpretarse atribuyéndoles el sentido que los haga conformes al ordenamiento jurídico, descartando toda interpretación que los ponga en conflicto con reglas de derecho de superior eficacia normativa[9].

II. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN

1. Objeto de la licitación y objeto del contrato; sus *variables*

El objeto de la licitación es en verdad el objeto del futuro contrato que celebrará con la Administración el oferente que resulte seleccionado en el procedimiento.

El objeto de un contrato se determina mediante pluralidad de características de los bienes o servicios que son objeto de las obligaciones asumidas por las partes, y del contenido de las propias obligaciones que las partes asumen; en lo que sigue, se denominarán *variables* a todas y cada una de esas características.

El número de variables aumenta con la complejidad de los bienes o servicios objeto del contrato. Cuando contrata la Administración y selecciona a su contratista mediante un procedimiento competitivo, los contenidos de esas variables pueden determinarse en diversos actos jurídicos: pueden estar determinados en los pliegos de condiciones, pueden determinarse en las ofertas de los concurrentes al procedimiento de selección y particularmente en aquélla aceptada, pueden determinarse posteriormente en el contrato cuando éste se distingue jurídicamente de la aceptación de una de las ofertas, e incluso pueden determinarse posteriormente por acuerdo de partes o por acto unilateral de la Administración.

Se analizan a continuación esas distintas posibilidades.

---

6. ABAD, Hernando, "Pliego de condiciones" en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos* n° 2/978, Montevideo 1979, p. 15; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho público*, Montevideo 1999, pp. 413/414; DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación administrativa*, Montevideo 1999, p. 167.

7. BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t 2, Buenos Aires 1986, pp. 485-486.

8. El art. 120 del Decreto n° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, dispone en lo pertinente:

"Llámase Reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo".

"Llámase Disposición General, a las normas generales y concretas creadas por acto administrativo".

9. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Supremacía constitucional e interpretación" en *Revista de Derecho Público* n° 1, Montevideo 1992, pp. 51 y ss., en esp. p. 61.

2. Determinación del objeto en los pliegos de condiciones

La ley dispone que los "reglamentos o pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos" de la Administración determinarán "con precisión los requisitos de admisibilidad de las propuestas" y "las condiciones especiales y económico-administrativas del contrato y su ejecución"; y prevé también que el pliego de bases y condiciones particulares de cada licitación "deberá contener: la descripción del objeto de la licitación, las condiciones especiales o técnicas, ...y toda otra especificación que contribuya a asegurar la claridad necesaria para los posibles oferentes"[10].

El pliego de bases y condiciones particulares, que describe el "objeto de [cada] licitación, [y] las condiciones especiales o técnicas", es "formulado por el organismo licitante", y es el órgano de ese *organismo* competente para perfeccionar esa *disposición general* el que establecerá el conjunto de variables del objeto del futuro contrato que estarán predeterminadas desde el comienzo del procedimiento de selección. En principio, esa es una decisión discrecional del órgano competente. Quiere decir que ese órgano definirá las características del objeto que entienda requeridas para que ese bien o servicio de que se trate sea adecuado para satisfacer el interés público que persigue la Administración con el contrato en cuestión.

3. Límites de la determinación del objeto en el pliego de condiciones

La opción sobre el grado de determinación del objeto en el pliego de condiciones particulares tiene los límites de toda opción discrecional. Como mínimo, debe permitir individualizar el tipo de bien o servicio que se procura; en el otro extremo, el pliego de condiciones no puede ni debe determinar todas las variables que definen el objeto del bien o servicio licitado.

En un plano de abstracción teórica, la *imposibilidad* de que el pliego de condiciones determine en todas sus variables el objeto del futuro contrato deriva de la manera de ser de toda norma jurídica. Uno de los más ilustres juristas del siglo XX, si no el que más, ha enseñado:

> La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. ...En todos estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades. ...En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible[11].

Los pliegos ni siquiera *deben* llegar al máximo *posible* de determinación del objeto. La doctrina señala que el pliego de condiciones no puede incluir en la determinación del objeto de la licitación, características excesivas o irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato, porque con ello se lesiona el *principio de igualdad* impidiéndose la concurrencia de eventuales

10. *V.*, los arts. 44 y 45 del TOCAF, transcriptos en notas anteriores.
11. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México 1979, pp. 350-351.

licitantes[12]. "El pliego tampoco podrá contener especificaciones tan minuciosas que lleven a singularizar un objeto que no es singular"; "el llamado que circunscribe excesiva o innecesariamente al objeto, aleja de la licitación a quienes podrían concurrir a ella con propuestas susceptibles de satisfacer los intereses de la Administración. En este caso, tampoco sería respetado el *principio de igualdad*"[13].

En todo caso, la medida legítima de la determinación del objeto se nivela con su aptitud para satisfacer el interés público de que se trate. Tanto es así, que la ley no excluye la determinación del objeto al punto de limitar el posible contratista a un único sujeto, siempre que el interés público únicamente pueda ser satisfecho con los bienes o servicios que solo él puede suministrar en exclusividad y que "no puedan ser sustituidos por elementos similares", haciendo de esa hipótesis una de las que habilitan la contratación directa prescindiendo de la licitación[14].

La legítima determinación del objeto en los pliegos de bases y condiciones sólo puede entonces contener aquellas características relevantes que aseguren su aptitud para satisfacer la necesidad pública en juego. La ley considera que "las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado"[15]; esta disposición subraya la necesaria vinculación entre la predeterminación de variables del objeto del contrato por los pliegos y su razonable aptitud "para la consecución del objeto del llamado"; la Administración debe limitarse a predeterminar en los pliegos aquellas variables en la medida necesaria para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato.

La legislación uruguaya sanciona con extremo rigor la violación de este principio: impone la anulación inmediata de aquel llamado en que "se hubieren formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares"[16]. No se trata sino del caso extremo de sobredeterminación del objeto sin que lo requiera el interés público a satisfacer.

Fuera de ese extremo, la sobredeterminación del objeto constituirá, según el caso, *desviación, abuso o exceso de poder* que viciará la actuación de la Administración[17]. Es importante señalar además, la vinculación que la doctrina establece entre la medida de la determinación del objeto y el *principio de igualdad*, porque este principio es la columna vertebral de todo el régimen de la licitación pública[18], y con ese carácter lo recoge expresamente la legislación vigente[19].

---

12. SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitacao e contrato administrativo*, San Pablo 1994, p. 102; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., San Pablo 2002, p. 522.
13. DROMI, Roberto, *Licitación pública*, Buenos Aires 1995, p. 249.
14. TOCAF, art. 33, inc. 2º, n° 3 (letra C).
15. TOCAF, art. 54 inc. 4º.
16. TOCAF, art. 46.
17. Decreto-ley n° 15.524, "Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", art. 23: son objeto de la acción de nulidad "los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual". CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Invalidez de los actos administrativos" en *Dos estudios de Derecho Administrativo*, 2a. ed., Montevideo 1995, pp. 71 y ss.
18. BREWER-CARÍAS, Allan. R., *Contratos administrativos, cit*., p. 120; BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires 1980, pp. 323; CASSAGNE, Juan Carlos, *La igualdad en la contratación administrativa* en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires 1987, pp. 93 y ss.; DROMI, R., *Licitación pública, cit*., p. 83; ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administra-*

En conclusión, la determinación del objeto de la licitación en los pliegos de condiciones particulares no puede incluir características irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato; sólo pueden incluirse, so pena de ilegitimidad por violación del principio de igualdad y, según el caso, desviación, abuso o exceso de poder, aquellas características necesarias para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato.

Es obvio entonces, por muchas razones, algunas inherentes a la propia índole de las normas jurídicas, otras derivadas de los principios generales y de soluciones positivas de nuestro derecho, que el objeto del futuro contrato de la Administración dista mucho de quedar determinado en los pliegos, y *necesariamente ha de ser objeto de futuras concreciones.*

4. Determinación del objeto en las ofertas

Las variables del objeto del contrato no determinadas en el pliego de condiciones podrán serlo en las ofertas. En principio, las desigualdades entre las ofertas que permitirán elegir a una u otra se referirán precisamente a estas variables no predeterminadas.

La distinción entre variables predeterminadas en los pliegos y variables no determinadas en los pliegos que podrán serlo en las ofertas, es la que a su vez permite distinguir dos actos del procedimiento de selección del contratista que aunque formalmente puedan llegar a confundirse, son conceptualmente diferentes: la *admisión* de las ofertas, y la *selección* del adjudicatario[20].

La *admisión* de una oferta en el procedimiento de selección del contratista depende de su adecuación -que la ley denomina *ajuste* y barra *correspondencia*- a "las condiciones y forma que se establezca en los pliegos respectivos". La adecuación a algunas de esas exigencias podrá comprobarse en el propio acto de recepción de las ofertas y otras requerirán la apertura de las propuestas, pero en todo caso la adecuación o inadecuación de una oferta a los requisitos del pliego resultará de la mera comparación de ambos -oferta y pliego- sin que intervenga en ello ninguna comparación con otras ofertas. La falta de adecuación -relevante, según luego se explicará- a las exigencias del pliego determina la no admisión de la oferta, que ocurrirá en el acto de recepción o en cualquier momento posterior del procedimiento[21], incluso al procederse a la adjudicación a otro oferente. La *selección* de una oferta y la consiguiente atribución de la calidad de *adjudicatario* al respectivo proponente resultará en cambio de una comparación entre las ofertas admitidas, lo que supone que han sido todas ellas adecuadas a las variables del objeto predeterminadas en el pliego, y la comparación para elegir la más conveniente recaerá en variables no predeterminadas en su contenido por los pliegos, pero sí definidas por éstos como factores relevantes para la selección.

---

tivos, vol. I, Buenos Aires 1977, p. 336; JEZÉ, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, t IV, Buenos Aires 1950, pp. 99 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo 1978, pp. 41 y 75.

19. TOCAF, arts. 34; 44 inc. 2º n° 4; (46; 56 inc. 5º y 131 ap. f).

20. BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t 2, Buenos Aires 1986, pp. 612/613 y pp. 616-617. Conf. BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 514, 534-536.

21. TOCAF, art. 54 inc. 2º, nota infra.

5. Adecuación de las ofertas al pliego de condiciones

Los oferentes deben ofrecer bienes o servicios adecuados a las variables predeterminadas en el pliego de bases y condiciones.

La adecuación de las ofertas a los requerimientos del pliego se impone por el *principio de respeto a los pliegos de condiciones*, uno de los principios esenciales -calificado así en el sentido más estricto, porque atañe a su esencia- de los procedimientos competitivos de selección de contratistas[22].

Es notable la reiteración con que Sayagues Laso, acompañado por la mejor doctrina[23], destaca el carácter fundamental de este principio de cumplimiento -que califica como *estricto*- del pliego de condiciones. El ilustre maestro afirma en su obra clásica sobre la licitación pública, al enunciar los "principios fundamentales de la licitación", que las normas del pliego son de interés general, y que su cumplimiento interesa tanto al orden público como a los licitantes[24]. En sentido coincidente, Carlos Ari Sundfeld señala el triple objetivo que cumple la necesaria adecuación al pliego de condiciones: por un lado, vincula a la Administración al Derecho, en la medida en que la sujeta al respeto de sus propios actos; por otro, impide la elección, después de iniciado el procedimiento, de criterios de habilitación o juzgamiento destinados a privilegiar a determinados licitantes; y finalmente, evita sorpresas a los proponentes, que pueden así formular sus propuestas con entero conocimiento de lo que de ellos pretende el licitador[25].

Lo expuesto muestra que el *principio de cumplimiento del pliego de condiciones* en verdad encuentra su fundamento en otros dos que son la médula, no ya solamente de los procedimientos de selección del contratista, sino del régimen administrativo todo: el *principio de legalidad*, que impone a la Administración el respeto de todas las normas que rigen su organización y actividad, incluso las que ella misma haya dictado; y el *principio de igualdad*, en el tema igualdad de todos los oferentes, verdadera columna vertebral de la licitación pública y de los demás procedimientos de selección (supra, par. 5 nota 18).

El *principio de cumplimiento del pliego de condiciones* no figura en la enumeración expresa de principios generales en materia de contrataciones que formula la ley uruguaya[26]; a pesar de esa omisión, sin duda es uno de los principios que rigen los procedimientos de selección del contratista, porque los *principios de legalidad* y *de igualdad*, de los cuales aquél deriva necesariamente, tienen ostensible raigambre constitucional y están por ende más allá de las potestades del legislador ordinario.

---

22. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, 7ª ed. puesta al día a 1998 por H. MARTINS, Daniel, Montevideo 1998, pp. 459-460.

23. JEZÉ, G., *Principios generales del Derecho Administrativo*, t IV, *cit*., pp. 172-173; BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, *cit*., p. 476; DROMI, R., *Licitación pública*, *cit*., pp. 262-263; SUNDFELD, C. A., *Licitacao e contrato administrativo*, *cit*., p. 21.

24. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo 1978, pp. 41-42, 74 y 94.

25. Licitacao e contrato administrativo , *cit*., p. 21.

26. TOCAF, art. 131: "Los principios generales de actuación y contralor de los organismos estatales en materia de contrataciones serán: a) flexibilidad; b) delegación; c) ausencia de ritualismo; d) principio de la materialidad frente al formalismo; e) principio de la veracidad salvo prueba en contrario; f) publicidad, igualdad de los oferentes y la concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.

"Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes".

En este principio descansa la disposición legal uruguaya que impone a los oferentes presentar sus ofertas en las condiciones y forma que se establezca en los pliegos respectivos, e impone el rechazo e impide la consideración de las que se aparten de sus exigencias[27]. La ley dispone que las ofertas deberán adecuarse a "las exigencias *esenciales* requeridas", que se rechazarán las que violen "requisitos *sustanciales*", y que no serán consideradas las que contengan "apartamientos *sustanciales* a dichas exigencias"; que "las ofertas deberán ajustarse *razonablemente* a la descripción del objeto requerido"; y finalmente que "se considerará que las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un *carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado*"[28].

La referencia de la norma a *la consecución del objeto del llamado* proporciona el criterio para valorar la *esencialidad* o *sustancialidad* de los requisitos o exigencias del pliego y de los apartamientos del mismo, así como la *razonabilidad* del ajuste de las ofertas a la descripción del objeto por el pliego. Se trata de la consagración en la ley del criterio que ya sostenía la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con anterioridad, admitiendo "apartamientos que no son *sustanciales* o *esenciales* respecto a las especificaciones de los pliegos de condiciones", en cuanto la solución propuesta, "desde el punto de vista técnico, se adecua estrictamente a los *requerimientos de la función a cumplir* por ese suministro"[29].

La calificación como *esenciales* de las exigencias contenidas en los pliegos que no se pueden omitir en las ofertas, así como el calificativo de *sustanciales* aplicado a los requisitos contenidos en el pliego cuyo defecto dará lugar al rechazo de una propuesta y a los apartamientos de dichas exigencias que determinarán que una oferta no pueda ser considerada, ciertamente no descartan el *principio de cumplimiento del pliego*, sino que *delimitan su alcance*, que hoy debe calificarse como *sustancial*.

De esa disposición resulta una clasificación de los requisitos o exigencias contenidos en los pliegos, así como de los apartamientos de ellos en las ofertas, en dos categorías: *esenciales o sustanciales*, y *no esenciales o no sustanciales*.

Si se tratare de *exigencias o requisitos esenciales* o *sustanciales* deberán ser cumplidos, porque así lo imponen los principios de legalidad y de igualdad. El *principio de cumplimiento sustancial del pliego de condiciones*, delimitado en su alcance por la legislación vigente, se aplica con todo rigor respecto a esas "exigencias *esenciales*" y "requisitos *sustanciales*" contenidos en el pliego, y las ofertas que contengan "apartamientos *sustanciales*" de dichas exigencias y requisitos serán rechazadas y "*no podrán ser consideradas*"[30].

---

27. TOCAF, art. 54, incs. 1º, 2º y 3º: "Los oferentes deberán presentar sus ofertas en las condiciones y forma que se establezca en los pliegos respectivos pudiendo agregar cualquier otra información complementaria pero sin omitir ninguna de las exigencias esenciales requeridas.

"La admisión inicial de una propuesta no será obstáculo a su rechazo si se constataren luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos sustanciales contenidos en el respectivo pliego.

"Las ofertas que contengan apartamientos sustanciales a dichas exigencias no podrán ser consideradas".

28. TOCAF, art. 54, inc. 4º: "Las ofertas deberán ajustarse razonablemente a la descripción del objeto requerido, teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo. Se considerará que las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado".

29. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sent. n° 13, de 13 de febrero de 1989, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IV, n° 509. Montevideo 1994, p. 157.

30. TOCAF, art. 54. *Cf.*, SAYAGUÉS LASO, E., *La licitación pública*, *cit.*, p. 42; DROMI, R., *Licitación pública*, *cit.*, pp. 247 y 263. El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales, aprobado por Decreto n° 53/993, aplicable por todos los organismos públicos (TOCAF,

En cambio, cuando se trate de *exigencias o requisitos no esenciales* o *no sustanciales* del pliego que la oferta ha omitido o de las que se ha apartado, esta circunstancia no dará lugar al rechazo de la oferta ni a que no sea considerada.

Las mentadas disposiciones son coherentes con el *principio general de materialidad*, que servirá "de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes". El *principio de materialidad*, "que con una terminología jurídica más usual podría tal vez explicarse como relevancia o trascendencia"[31], conduce inequívocamente a requerir el cumplimiento estricto de los requisitos esenciales o sustanciales, por ello *materiales*, de la licitación.

En cuanto ahora interesa especialmente, la propia ley califica como de *carácter esencialmente indicativo*, por ende *no sustanciales*, las "condiciones técnicas establecidas en el pliego"; el ajuste de las ofertas "a la descripción del objeto requerido" debe ser *razonable*, "teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo", y la razonabilidad existirá siempre que el apartamiento no impida "la consecución del objeto del llamado". Por lo tanto, una oferta no será admitida por inadecuación al objeto de la licitación y del futuro contrato, únicamente cuando al respecto omita *exigencias esenciales* o *requisitos sustanciales*, o contenga *apartamientos sustanciales* a las exigencias del pliego, o no se ajuste "razonablemente a la descripción del objeto, teniendo en cuenta la complejidad técnica" y teniendo presente que "las condiciones técnicas establecidas en el pliego tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado".

6. Determinación del objeto del contrato en el acto de adjudicación

El acto administrativo de adjudicación, por el cual se selecciona la oferta más conveniente y a su proponente como el futuro contratante con la Administración, determina el objeto del contrato con el contenido de esa oferta seleccionada. Conforme a lo expuesto, el objeto será así adecuado a los pliegos de condiciones en cuanto a los requisitos sustanciales allí predeterminados, porque de lo contrario la oferta no debió ser admitida, y sus demás variables resultarán de la propia oferta seleccionada.

La ley contiene normas referentes a las variables que se tendrán en cuenta al procederse a la selección de una oferta entre todas las admitidas. Prevé que el pliego de bases y condiciones particulares *deberá contener* la enunciación de "los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas"[32]; atribuye a las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones "el cometido de dictaminar o informar sobre la oferta más conveniente a los intereses del Estado y las necesidades del servicio"[33]; finalmente, dispone que "la adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente, ...sin que sea preciso hacer la adjudicación a favor de la de menor precio, salvo en identidad de circunstancias y calidad"[34].

---

art. 44) dispone en su cláusula 9.1 inc. 2º: "A estos efectos se consideran esenciales sólo aquellos aspectos cuya omisión pueda alterar o impedir la debida igualdad de los oferentes o la consideración de las propuestas y su adjudicación, de acuerdo con los principios establecidos en el art. 131 del TOCAF". Esta disposición ratifica la vinculación ya señalada entre el principio de igualdad y el de respeto al pliego de condiciones.

31. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Procedimiento administrativo*, Montevideo 1992, p. 26.
32. TOCAF, art. 45.
33. TOCAF, art. 57.
34. TOCAF, art. 59.

En principio, la definición de "los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas" ingresa en el ámbito de la discrecionalidad del órgano competente para perfeccionar el pliego de condiciones. Rigen también aquí todos los límites de principio a la discrecionalidad; como en el caso de las variables del objeto del contrato que se predeterminan en el pliego, estas otras variables que se definan como "principales factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas" no pueden incluir características irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato; sólo pueden incluirse, so pena de ilegitimidad por violación del principio de igualdad y, según el caso, desviación, abuso o exceso de poder, características relevantes para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato y que en cuanto tales puedan incidir en la mayor o menor aptitud para tal fin.

Como principio, los pliegos de condiciones deben incluir en la definición del objeto todas aquellas variables -y sólo ellas- que son imprescindibles para que ese objeto sea idóneo para lograr el fin debido perseguido con la celebración del contrato, de tal manera que las ofertas que no cumplan con esas características deberán descartarse por imposibilidad de lograr aquel fin. Los factores de evaluación de las ofertas, en cambio, se referirán a características que harán que ciertos bienes o servicios sean más o menos idóneos para lograr aquel fin; se tratará de diferencias de grado, que permitirán optar entre varios bienes o servicios ofertados, todos idóneos para lograr el fin perseguido, por aquél que lo sea en mayor grado.

La inclusión de una variable en una u otra categoría, pudiendo estar en algún caso determinada por una regla de derecho, es en principio cuestión de mérito, sometida a la discrecionalidad del órgano competente para dictar el pliego; pero el respeto a los límites externos y elásticos de esa discrecionalidad -principios de derecho, razonabilidad, desviación, abuso o exceso de poder- es siempre cuestión de legitimidad[35]; de manera que la inclusión o exclusión no razonables de alguna variable en la categoría que corresponda determinará ilegitimidad del pliego.

El precio -que ontológicamente, por sí mismo, puede no incidir en la aptitud del objeto para el fin- necesariamente es una de esas variables a considerar al resolver sobre la adjudicación, naturalmente cuando existen diferencias de precio entre las ofertas; la ley dispone que el pliego de condiciones debe contener los factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas *además del precio*. Es así porque aunque el precio por sí no aumente ni disminuya la idoneidad del objeto para el fin, en todo caso el gasto que deba realizar la Administración como contrapartida afecta necesariamente el interés público.

La consideración del precio y de las demás variables definidas en el pliego como principales factores de evaluación de las ofertas, debe conducir a determinar "la oferta que se considere más conveniente", y a quien la formuló se adjudicará la celebración del contrato. El menor precio no es necesariamente el factor decisivo ("*sin que sea preciso* hacer la adjudicación a favor de la de menor precio", dice la ley); pero puede serlo cuando la evaluación de los otros factores no llegue a compensar el mayor precio de una oferta, y *debe serlo* cuando los otros factores de evaluación no permitan establecer diferencias entre las ofertas que sean relevantes en cuanto a la aptitud de los bienes y servicios ofrecidos para satisfacer la necesidad pública que motiva el contrato ("salvo en identidad de circunstancias y calidad", dice la ley).

35. CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Invalidez de los actos administrativos*, *cit*., pp. 99 a 115.

7. Determinación del objeto del contrato con posterioridad al acto de adjudicación

Por las mismas razones expuestas (supra, Nos. 5, 7 y 8), la previsión de las variables incluidas por el pliego de condiciones en la definición del objeto del contrato más las consideradas asimismo en el pliego como factores de evaluación de las ofertas, no necesariamente agotarán acabadamente todas las características de los bienes o servicios que serán objeto de las obligaciones asumidas por las partes. Puede por excepción agotarlas cuando se trate de bienes o servicios muy sencillos, pero seguramente no lo harán tratándose de contratos que refieran a la realización de obras o prestación de servicios a la propia Administración o a terceros, de cierta complejidad y a cumplirse durante un lapso prolongado.

En principio, las variables no incluidas en el pliego, ni en la definición del objeto de la licitación ni como factores de evaluación de las ofertas, deberán considerarse indiferentes para el fin público perseguido con el contrato, por no ser imprescindibles para la idoneidad del objeto para el fin ni determinantes del mayor o menor grado de esa idoneidad.

Esas variables podrán definirse en varios actos jurídicos futuros. Podrán algunas acordarse en el contrato, cuando constituya un acto jurídico formalmente separable de la adjudicación y su notificación; este contrato no puede apartarse de lo establecido en el pliego de condiciones ni del contenido de la oferta aceptada, pero todas las otras variables no definidas e indiferentes para el fin perseguido, que se resuelvan sin lesionar la igualdad de los oferentes, podrán acordarse en el contrato o incluso en acuerdos posteriores durante la ejecución del contrato.

Cabe también la posibilidad de que algunas variables se decidan posteriormente de manera unilateral por la Administración, en ejercicio de sus potestades de dirección de las obras o de los servicios de que se trate e incluso de modificación unilateral del contrato[36]. Pero el ejercicio de esas potestades deberá cumplir con todos los requisitos de legitimidad de la actividad administrativa que son de principio: deberán haber ocurrido circunstancias de hecho o de derecho que hagan que aquella variable, indiferente para el fin perseguido en el momento de la adjudicación, haya ahora devenido relevante para el logro de ese fin, y la decisión que la Administración adopte en virtud de ese cambio de circunstancias deberá perseguir subjetivamente el fin debido del servicio y deberá ser objetivamente idónea para lograrlo.

Fuera de las circunstancias enunciadas, la Administración no podrá imponer al contratista soluciones sobre todas aquellas variables que, no incluidas por el pliego de condiciones en la definición del objeto de la licitación ni como factores de evaluación de las ofertas, deben considerarse indiferentes para el fin público perseguido con el contrato. El contratista cumplirá el contrato ejerciendo la libertad de trabajo, industria y comercio que la Constitución reconoce, y esa libertad no puede ser limitada unilateralmente por la Administración si no existen razones de interés público que justifiquen el ejercicio de las potestades expresas o implícitas de que sea titular[37].

---

36. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos administrativos*, *cit.*, pp. 164-165, 160 y 169 a 182; BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso de Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 563-564; DROMI, R., *Licitación pública*, *cit.*, pp. 508/509, 505/506 y 519; JEZÉ, G., *Principios generales del Derecho Administrativo*, t IV, *cit*., pp. 230 a 275; y SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, *cit*., pp. 473-474.

37. *V.*, lo que expone BARRA con referencia al contrato de obra pública, aplicable en sus principios a todo contrato que implique la prestación de actividad del contratista dilatada en el tiempo: *Contrato de obra pública*, t. 2, *cit*., p. 705.

III. UN CASO PARTICULAR DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO: LA CONTRATACIÓN *SOBRE MUESTRA*

1. Planteamiento preliminar

Es relativamente frecuente que cuando la Administración se dispone a contratar un suministro o la realización de una obra, incluya en el pliego de condiciones la especificación de que los bienes a suministrar o alguno de los materiales a utilizar en la obra, serán *iguales* o incluso *idénticos* a una muestra que se proporciona.

Frente a una especificación de tal tenor, es necesario comenzar por deslindar dos momentos conceptualmente separables, aunque en la práctica se superpongan y por ello parezcan confundirse.

El primero consiste en determinar cuál es el sentido de la cláusula del pliego cuando establece que el bien o material *será igual* o *idéntico* a la muestra. Es esta una cuestión de interpretación de un acto jurídico, que conduce a establecer, en el caso, un *modelo ideal* del bien o material, con el cual deberá luego compararse el que efectivamente se suministre o utilice en la obra.

El segundo momento es el de la efectiva comparación del bien o material a suministrar o utilizar en la obra, o en su caso del ya suministrado o utilizado, con aquel *modelo ideal* resultante de la operación anterior. Esta cuestión, que aquí se designará como de *aplicación* del pliego, según el momento en que se plantee puede conducir a admitir o rechazar una oferta, aceptar o no la entrega del bien o la utilización del material mientras la obra se ejecuta, o dar o no por bien cumplido el contrato después que el suministro se cumplió o la obra culminó.

Como se señaló, en la práctica ambos momentos se superponen, aunque conceptualmente puedan separarse. Pueden separarse incluso prácticamente; así ocurrirá, por ejemplo, cuando se formule oportunamente una aclaración sobre el sentido de esa locución; pero entonces se habrán de superponer prácticamente la interpretación y aplicación de esa aclaración. Es así porque necesariamente todo momento de aplicación de un acto jurídico requiere su interpretación, lo que no obsta al deslinde conceptual de ambas.

2. Interpretación del pliego

La interpretación de la cláusula del pliego de condiciones que determine el objeto de la licitación y del futuro contrato en cualquier sentido que requiera una igualdad o identidad con una muestra del bien a suministrar o del material a utilizar, que incluya en esa exigencia características irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público en juego, sería ilegítima por desviación, abuso o exceso de poder y violación del principio de igualdad (*supra*, par. 5). Por lo tanto, esa interpretación debe ser descartada (*supra*, par. 2).

Las características de la muestra que se tendrán en cuenta para configurar el *modelo ideal* con el cual deberá compararse el bien a suministrar o material a utilizar en la obra, sólo pueden ser aquéllas necesarias para que uno u otro sean aptos para satisfacer la necesidad pública a que se destinan.

Esa es la interpretación de la cláusula del pliego que la hace adecuada a las reglas de derecho que rigen la licitación, y por ende es la que debe admitirse.

3. Aplicación del pliego

La aplicación del pliego, consistente en la comparación del bien o material con aquel *modelo ideal* resultante de la interpretación de la respectiva cláusula, ocurrirá durante el procedimiento de la licitación, al admitir o comparar ofertas; durante la ejecución del contrato por el adjudicatario, para aceptar o no la entrega del bien o la utilización del material; y luego de producida la entrega o finalizada la obra, para dar o no por bien cumplido el contrato.

Las normas aplicables a esa comparación son las que la ley consagra para regular la debida adecuación de las ofertas al pliego, porque es obvio que el criterio positivamente establecido a tal efecto debe ser el mismo que se aplique al valorar y comparar las ofertas, al exigir el cumplimiento por el adjudicatario de la oferta aceptada y al juzgar su cumplimiento del contrato.

Por lo tanto, aun cuando el *modelo ideal* resultante de la interpretación de las normas del pliego sobre el objeto licitado incluyera (ilegítimamente) características no esenciales o no sustanciales, de cualquier manera deberá ser admitida una oferta que se aparte de aquel *modelo ideal* en tales variables; también deberá admitirse la oferta que se aparte de exigencias esenciales o sustanciales legítimamente incluidas en el *modelo ideal*, siempre que tales apartamientos no sean sustanciales, vale decir, siempre que pese a tales apartamientos fuera apta para la "consecución del objeto del llamado", por ser adecuada "a los requerimientos de la función a cumplir".

4. Criterio de igualdad o identidad con la muestra

De lo expuesto resulta, tanto a través de las reglas de derecho aplicables a la interpretación del pliego de condiciones particulares como de las que rigen su aplicación, que la igualdad o identidad con la muestra del bien a suministrar o del material a utilizar en la obra, sólo puede referir a aquellas características *esenciales*, *sustanciales*, necesarias para que ese bien o material sea apto para el fin perseguido, de tal manera que ambos cumplan igualmente, en el mismo grado que la muestra, con la función a que se los destina.

IV. CONCLUSIÓN

1. Importancia del control jurisdiccional de la determinación del objeto

La determinación del objeto es uno de los puntos cruciales de la legitimidad de los procedimientos de selección del contratista y de la contratación de la Administración.

El acierto de su descripción condiciona la aptitud del objeto para satisfacer el interés público que persigue la contratación; pero al mismo tiempo, mediante su sobredeterminación en los pliegos, se puede llegar a predeterminar ilegítimamente el adjudicatario, dando lugar a favoritismos y abriendo camino a la posibilidad de corrupción.

Seleccionado el adjudicatario, la determinación del objeto en el propio contrato, y aun posteriormente mediante acuerdos o actos unilaterales de la Administración, puede perjudicar o favorecer ilegítimamente al contratista; y otra vez aparece la posibilidad de favoritismos y corrupción.

Sin embargo, la infinita variedad de los objetos sobre los cuales la Administración contrata impide que el tema sea objeto de reglas rígidas generales y abstractas. Necesariamente, por su propia índole, debe admitirse a la Administración en la materia un amplio margen de discrecionalidad; necesariamente también, otra vez por su propia índole, los límites de la discrecionalidad serán aquí los elásticos derivados de principios generales del derecho: igualdad, legalidad, fin debido, razonabilidad, respeto sustancial al pliego de condiciones.

La adecuación de la actuación de la Administración contratante a esos principios de derecho no es cuestión de mérito sino de legitimidad. Se abre así un amplio campo al control jurisdiccional de la determinación del objeto de la contratación.

En este momento, cuando el combate a la corrupción en la contratación del Estado aparece en primer plano de las preocupaciones a nivel nacional e internacional, recae sobre los jueces, también en esta materia, una enorme responsabilidad a la que no pueden renunciar.

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

José Ramón Parada
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España

I. LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO

La actividad administrativa de prestación es aquélla en que la Administración satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Estos servicios pueden ser muy variados como la seguridad pública, el transporte, el abastecimiento, la enseñanza, la sanidad, etcétera.

La actividad de prestación se denomina también de servicio público. Un término polémico y polisémico al mismo tiempo. Polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y empresa privada, el no va más de la eficiencia económica y servicial; para otros, el servicio público es la técnica única de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explotación y el lucro que guía a la empresa privada.

Es también polisémico en cuanto por servicio público (como con el término intervencionismo) no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento. En este sentido, la calificación que algunas leyes hacen de una actividad como de servicio público no habilita sólo para actividades de prestación, sino que constituye un título general de intervención que justifica la limitación de derechos, la sanción e, incluso, el fomento de la acción de los particulares. Así ocurre, en general, con los servicios públicos sociales (sanidad y enseñanza, fundamentalmente) en que los establecimientos públicos conviven con los privados, sujetos a una estrecha reglamentación y que además disfrutan del apoyo económico del Estado. Todas las técnicas de intervención se concitan en una materia desde su previa calificación como servicio público. El término servicio público sirve también para designar una administración, un órgano administrativo. La generalidad pues, a que se presta el término servicio público, justifica que se destaque aquí que nos referimos a la estricta actividad de prestación.

1. De la creación de los servicios públicos a su privatización

Sintetizando la evolución de los servicios públicos desde su nacimiento con la Monarquía absoluta hasta nuestros días, puede afirmarse que se está cerrando el ciclo vital de este poderoso instrumento de gobierno y administración. Construido en la Europa

continental en los últimos siglos sobre la ideas de gestión directa por funcionarios, monopolio y carácter nacional, están desapareciendo en nuestros días por las contrarias ideas de privatización, libre competencia y globalización económica que socaban los fundamentos del Estado de Bienestar. Una señal más de la crisis del Derecho Público y de la degeneración del estado nacional.

La Monarquía absoluta sentó las bases de los primeros servicios públicos, los más ligados al ejercicio de la soberanía: la defensa nacional, las relaciones exteriores, la justicia, la moneda, la hacienda, los caminos, el correo (en régimen de arriendo). Pero la acción de la Monarquía no llegó la asistencia social o beneficencia ni a la educación, a cargo de la Iglesia.

En España el constitucionalismo supuso, a imagen y semejanza de Francia, la emergencia de una poderosa Administración, un *holding* de grandes servicios públicos gestionados de forma directa por eficientes cuerpos de funcionarios y que se harán cargo de los que antes asumió la Iglesia. Así desde el Estado se implantaron los servicios de justicia, carreteras y puertos, beneficencia, sanidad, correo y telégrafos, enseñanza, cultura (bibliotecas, museos y archivos), seguridad publica (Guardia Civil) y un Ejército y una Marina nacionales, etc. A destacar el carácter monopólico en la implantación de estos servicios y en la explotación de los bienes afectos a la riqueza nacional (aguas, minas), lo que obedeció sin duda a los intereses burocráticos de los funcionarios y al escaso vigor del capitalismo en la Europa continental; y frente a lo ocurrido en el mundo anglosajón, donde algunas de estas prestaciones eran satisfechas por la empresa privada en régimen de libre competencia, como después veremos.

La técnica de la concesión en monopolio sirvió para organizar al servicio de transporte ferroviario y para la explotación de los bienes de dominio público afectados al fomento de la riqueza nacional, aguas y minas,

En el siglo XX, la técnica del servicio público se extiende para satisfacer nuevas necesidades de interés general. El abastecimiento de agua, gas, energía eléctrica, teléfono, transporte marítimo y aéreo, suministro de carburantes, son declarados servicios públicos, aunque predomina el sistema de gestión indirecta, en todo caso monopólica, por concesionario interpuesto. A ello hay que sumar la actividad de refino y distribución de carburantes y comercialización del tabaco que constituyen, a la vez, monopolios fiscales y servicios públicos de abastecimientos de esos productos.

El crecimiento del sector público pasa incluso la barrera de las actividades de interés general, para invadir el campo de la actividad fabril, propia de los particulares, lo que Villar Palasí denominó la actividad industrial del Estado o de "*daccion de bienes al mercado*" Convertido en productor de bienes (automóviles, entre otros productos, el caso de Renault en Francia y de la SEAT en España) la empresa publica se disfraza con la forma mercantil de la sociedad anónima, a cuyo efecto ésta fue rediseñada admitiéndose, *contra natura*, la sociedad de un solo socio, una Administración Pública. La generalización de la empresa publica sirvió para corregir las insuficiencias del mercado y asimismo para combatir situaciones de monopolio ante la falta de una legislación sobre defensa de la competencia, que se introduce en Europa, por contagio norteamericano, con el tratado de Roma en 1957 y en España con la Ley de 1963 de creación del Tribunal de defensa de la Competencia.

Posteriormente, el derrumbamiento del socialismo real en los países comunistas, el auge del neoliberalismo económico globalizado, la exacerbación del principio de libre competencia, provocan en nuestros días, a finales del siglo XX, junto con la crisis ideológica del estado de bienestar, el comienzo de un proceso de privatización formal y material de los servicios públicos.

Privatización formal, porque la gestión directa de los servicios se puede llevar a cabo, además de por organismos públicos y funcionarios sujetos al Derecho administrativo, por Entidades públicas empresariales o sociedades anónimas de capital público, donde ya no hay lugar a la aplicación de aquel derecho a su personal ni a sus actos salvo que ejerzan funciones públicas. Tal es el caso (con antecedentes en la legislación local) de Correos, que pasó de ser una Dirección General del Ministerio de Gobernación o Interior a organismo autónomo y de ahí a Sociedad Anónima (con la anomalía de que los empleados mantienen su condición de funcionarios).

Asimismo los servicios públicos monopólicos en régimen de concesión a empresas públicas o de economía mixta son objeto de una privatización material, total o parcial, (teléfonos, transporte aéreo y marítimo, refinado y distribución de carburantes, energía eléctrica, transporte ferroviario, correos). Su actividad se ha abierto a diversos operadores en régimen de libre competencia, creándose en ocasiones entes reguladores específicos. Ya no más servicios públicos sino actividades privadas reguladas, es la nueva consigna. No obstante, en esas reglamentaciones, ya de actividades privadas, permanecen rasgos inequívocos del régimen de servicio público como la obligación de prestar el servicio con carácter universal o la limitación del número de operadores (del monopolio al oligopolio).

Ni qué decir tiene que en aplicación del mismo dogma neoliberal de reducción máxima del sector público, que el Estado, y con mayor motivo que en la privatización de los servicios públicos, se ha desprendido de las empresas públicas simples productoras de bienes de que era titular mayoritario o minoritario. Por consiguiente, ni más servicios públicos, o, en cualquier caso sin monopolio, y ninguna actividad industrial del Estado. Ese es el nuevo paradigma, el paradigma norteamericano que se introdujo por la vía del derecho comunitario con la glorificación del principio de libre competencia, paradigma que es necesario explicar para entender la nueva situación.

El Real Decreto Ley 5/1995, de 16 de junio, de creación de determinadas entidades de Derecho Público, suprimió los dos grandes *holdings* en que estaba estructurado el sector público económico: el Instituto Nacional de Industria, INI y el Instituto Nacional de Hidrocarburos, cuyas empresas serían reasumidas, en función de criterios de eficacia y no de vocación sectorial, por la SEPI, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, y la AIE, Agencia Industrial del Estado. La SEPI agrupaba las empresas públicas competitivas El nuevo Gobierno que llegó al poder en 1996 aprobó, en 28 de junio de 1996, el Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado, con previsiones de venta por valor de tres billones, que serían holgadamente superados. El marco legislativo sería el mismo, con algunas modificaciones estructurales, como las llevadas a cabo con la aprobación del Decreto Ley 15/1997, que suprime la AIE, Agencia Industrial del Estado, y la integra en el SEPI. Se crea también, lo que induce a confusión y no sólo terminológica, la SEPPA, Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, que agrupa a empresas dependientes del Ministerio de Economía; se modifica la Ley del Patrimonio del Estado para facilitar las enajenaciones, apoderando al Consejo de Ministros para autorizar la pérdida de posiciones mayoritarias. Pieza clave en este proceso ha sido el Consejo Consultivo de Privatizaciones, integrado por un Presidente y ocho Consejeros, nombrados por acuerdo conjunto del Vicepresidente segundo del Gobierno y los Ministros de Economía e Industria. El objetivo principal del Consejo fue garantizar que las operaciones de privatización se realicen de acuerdo con los principios de publicidad, transparen-

cia y concurrencia. Las modalidades de transferencia han sido las siguientes: oferta pública de venta; concurso con convocatoria restringida y procedimiento negociado, seleccionando previamente los candidatos en función de sus peculiares características; SubastaCon carácter instrumental participaron en los procesos asesores financieros, legales, publicitarios y sobre todo los coordinadores globales, Las empresas más rentables se vendieron bien ya que se trataba de empresas sólidas, prestigiosas y que nada tenían que envidiar a las mejores de sector privado como es el caso de Repsol, Gas Natural, Telefónica, Endesa, Argentaría o Aceralia, y finalmente Iberia.

2. El equivalente norteamericano del servicio público. El régimen de las *public utilities*

Si, como vimos, la Europa continental (Francia, España, Bélgica, Italia etc), el Estado resolvió la satisfacción de necesidades colectivas, anticipándose incluso a su demanda social, mediante poderosas organizaciones burocráticas y, como mal menor liberal, mediante gestión indirecta (concesiones monopólicas); en los Estados Unidos, carentes de una eficiente administración centralizada (en todo caso sin cuerpos de funcionarios especializados) pero con una sociedad enérgica y voluntariosa, la satisfacción de las necesidades de interés general fue abordada desde empresas privadas a las que se impusieron por ley obligaciones públicas (acceso al servicio a todos los usuarios, tarifas razonables) y un régimen riguroso en defensa de la libre competencia. Sirvió a este propósito la doctrina anglosajona del *common calling* y después del *common carrier* que se engloba ahora en el término más general de las *public utilities*.

En origen, el elemento definidor de las actividades de *common calling* no era el contenido mismo de la prestación sino la profesionalidad del prestador y su carácter lucrativo, que le obligaba a prestar el servicio de modo adecuado a todo aquél que lo requiriese bajo unas condiciones razonables. El fundamento de estas obligaciones especiales no estaba en la desconfianza hacia los profesionales sino en la utilidad pública de estas actividades. Esa doctrina se trasladó a los *common carrier* (transportistas comunes) y a los *common ing* (fondistas comunes) que según los tribunales habían hecho profesión de un comercio necesario para el bien común y por lo tanto ofrecido en su propio interés a todos los súbditos del Rey que lo empleen en el ejercicio de su comercio".

En los Estados Unidos fue la doctrina del *common carrier* la que ofreció un título de intervención y un cuadro jurídico para la organización de los servicios de interés general que comenzaron a popularizarse en el Siglo XIX, justificándose en que el contenido material de la actividad, el transporte, caracterizaba a los suministros de agua, electricidad, gas, telegrafía o telefonía etc. Esa doctrina se extendió después a cualquier tipo de actividad que fuera considerada de interés general. En el caso Mun v. Illinois de 1870 la Corte Suprema declaró valida una ley del Estado que definía los almacenes de cereales como de interés general e imponía a los propietarios la obligación de fijar y publicar tarifas anuales con un límite máximo. La Corte sentenció: "*volviendo la vista al common law, de donde proviene el Derecho que la Constitución protege, encontramos que cuando la propiedad es afectada por un interés público cesa de ser sólo ius privati. Esto fue dicho por Lord Chief Justice Hale hace más de doscientos años...la propiedad se ve investida con un interés público cuando es usada de modo que tiene repercusiones públicas y afecta a la comunidad en general. Cuando, por tanto, una persona dedica su propiedad a un uso en que la comunidad tiene interés está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común*".

La Corte Suprema, aparte la concurrencia de un interés público en la prestación, exigió que en la actividad se diera una concentración en el sector que impidiese la libre fijación de los precios; un requisito del que la jurisprudencia posterior liberó a las posteriores leyes intervencionistas, pero que no ha dejado de estar presente para justificar la imposición a quien está en posición de monopolio de las mismas obligaciones de interés público.

Obviamente no bastaba con dictar leyes intervencionistas que impusieran a los operadores de las *common utilities* obligaciones de interés público, consistentes en prestar el servicio a todos los solicitantes, sin trato discriminatorio y mediante unas precios o tarifas razonables, sino que era preciso crear organizaciones públicas garantizadoras de su aplicación. Con esta finalidad se crearon comisiones reguladoras *ad hoc* para cada sector, las agencias independientes, investidas de poderes reglamentarios, sancionadores y arbitrales. A estas organizaciones nos referimos en el Capítulo, VIII del tomo II de esta obra.

3. Los servicios compartidos entre la gestión pública y la privada

Para completar el panorama de cómo se satisfacen fines públicos es necesario referirse a dos aspectos significativos: la convergencia de organizaciones publicas y empresas privadas en determinadas materias (sanidad, educación y seguridad) y el surgimiento de un tercer sector de organizaciones que pretende satisfacerlas desde la filantropía, es decir, sin ánimo de lucro.

Con anterioridad al Siglo XIX, la Iglesia Católica había asumido en solitario o juntamente con la Corona la satisfacción de necesidades sociales de interés general. Así ocurrió en materia de educación y beneficencia, sin perjuicio de otras funciones, hoy claramente públicas, como el registro del estado civil, antes registros parroquiales. A este efecto la Iglesia se descentralizó funcionalmente y sus órdenes religiosas actuaron durante siglos al modo de organismos autónomos especializados que gestionaban establecimientos asistenciales que, sin perjuicio de sus fines espirituales, cumplieron cabalmente misiones educativas y asistenciales: desde la educación de los nobles (Jesuítas), pasando por la sopa de los conventos, y hasta la atención a los leprosos.

La aparición del constitucionalismo y la separación Iglesia-Estado desplazó a la Iglesia de aquellos cometidos y, en su lugar, se organizaron servicios públicos, atendidos desde los presupuestos estatales, nutridos ya con los fondos provenientes de la desamortización de los bienes eclesiásticos y manos muertas. El Estado sustituye a la Iglesia, que se repliega en su acción educativa benéfica, asumiendo aquel un protagonismo que recogen los textos constitucionales como una verdadera obligación del Estado y un derecho fundamental. Así, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, la Convención declaró (art. 21) que *la Beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar*". Nuestra Constitución de 1812 pone a cargo de Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimiento de beneficencia y ordena la creación de una instrucción pública a cargo de escuelas de primeras letras en todos lo pueblos, de universidades y otros establecimientos de instrucción.

En los países que vivieron la Reforma protestante, por el contrario, sus iglesias no crearon organizaciones asistenciales parangonables a las católicas, propiciando así la movilización y la emergencia de una fuerte sociedad civil. El resultado, que advierte *Toqueville* y que expresa en su *Democracia en América*, no podía ser otro que su asombro ante el hecho de que *allá todo lo resuelven los individuos por el simple procedimiento de asociarse: para dar fiestas, fundar colegios, edificar albergues, levantar iglesias, distribuir libros, enviar misioneros a las antípodas* ..... Por ello, en la Constitución americana no habrá la menor referencia a los derechos educativos o de asistencia social.

Ciertamente el esfuerzo de los Estado liberales europeos (Francia, España, Italia) para responsabilizarse en solitario de los servicios educativos y benéficos fue ímprobo y supuso en una primera fase su asunción plena por el Estado y la práctica marginación de la iniciativa privada. En la actualidad, sin embargo, sector público de gestión directa y empresas privadas concurren en la satisfacción de las necesidades educativas y sanitarias; modelo mixto adoptado también en la seguridad pública, donde empresas privadas de seguridad conviven con las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado.

La convergencia con el modelo norteamericano es evidente, aunque el proceso ha sido inverso: primero fue el colegio y la universidad privada y después la escuela y la universidad pública; allí primero es la seguridad privada, el derecho al uso de armas y el Sheriff costeado por el colonos. y después las policías municipales, estatales y el FBI.

Estos sectores de actividad, lucrativos en todo caso, en que los entes públicos perciben tasas o precios públicos, y las empresas privadas precios de mercado no se les aplica las reglas de la competencia, según veremos.

4. Servicios públicos y tercer sector

La satisfacción de necesidades atinentes a las personas económicamente necesitadas encontraron en el *ancien regime* en la caridad cristiana y en la generosidad social o filantropía un apoyo para su satisfacción. Esto no supone, como apuntamos, que la Corona, primero y el Estado después no hayan asumida como propia esta función. Particularmente celoso en asumirla fue el Estado liberal decimonónico que, siguiendo el ejemplo francés, centralizó todos los fondos de beneficencia procedentes de fundaciones y memorias y obras pías de patronato público o eclesiástico y sujetó la beneficencia privada, de patronato particular, a una rigurosa intervención del Protectorado de Fundaciones.

Este podía suprimirlas o fusionarlas con otras, suspender o destituir a los patronos, ordenar visitas de inspección, exigir rendición de cuentas y autorizar la disposición de sus bienes, una vez desapareció la obligación de vender los inmuebles e invertir todo su capital en títulos de la Deuda Consolidada al 3 por ciento (Leyes de 1822 de 1849 e instrucción aprobada por Real Decreto de 27 de abril de 1875); todo lo cual evidenciaba el profundo y justificado recelo hacia una gestión privada de bienes particulares, pero afectados a fines públicos por voluntad del fundador.

A la beneficencia se yuxtapondrá después la previsión social con la creación del Instituto Nacional de Previsión (1908), después Seguridad Social, y la apertura de ésta, en el ramo sanitario, a favor de los no asegurados, abriéndose a su progresiva universalización y financiación por los presupuestos del Estado (Sistema Nacional de Salud, Ley 14/1986,de 25 de abril, General de Sanidad); y lo mismo en el ramo de los seguros

sociales, al romperse la proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones y aceptarse las *prestaciones de modalidad no contributiva* a favor de todos los ciudadanos residentes o equiparados (art. 7.3 y 38 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social).

Pero el Estado social de nuestros días, mas allá del aseguramiento para todos de estos infortunios frente a la enfermedad y la pobreza de solemnidad, se ha empeñado en combatir a través de lo que se ha venido en denominar acción social otras miserias de la condición humana, a cuyo fin la actividad publica se orienta hacia contingencias extraordinarias y situaciones de extrema necesidad, asistencia domiciliaria, a invidentes o incapacitados, drogodependencia, albergues y centros de acogida, residencias de ancianos de mujeres maltratadas, comedores sociales, servicios de información, socioeducativos, ocupacionales, de rehabilitación, etc.

Al servicio de esta plúrima acción social, que ya contaba con la presencia de entes especializados (la Once, Asociación de Inválidos Civiles, Cruz Roja etc.) las Comunidades Autónomas han asumido sus competencias en la materia, dictado leyes *ad hoc* y creado Institutos de Acción social o Bienestar social o de asuntos Sociales que permite una gestión directa de la actividad prestacional. Nada nuevo. Pero si lo es que, como en el resto de Europa, y sin perjuicio de la acción directa pública, se este imponiendo en imparable progresión la satisfacción de estas necesidades mediante la colaboración del llamado *tercer secto,r* sector privado no lucrativo (*non profit*), una explosión y generalización de la filantropía, una suerte de caridad cristiana secularizada.

Ciertamente, y a imagen y semejanza norteamericana y en nombre de la *sociedad civil*, se pretende un retranqueo del Estado que, como primera manifestación muestra la atenuación de los controles y el aumento de los privilegios de las fundaciones privadas (Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general). Otra es el estímulo del voluntariado social y las organizaciones que lo encuadran, las ONGs, organizaciones no gubernamentales, cuyos rasgos según se desprende de la Ley 6/1996 de 15 de enero y de las correspondientes leyes autonómicas, son: constituirse como fundaciones o asociaciones, carecer de ánimo de lucro, democraticidad y autogobierno, utilizar el voluntariado en grado significativo e inscribirse en un registro público,

Esta apelación a la sociedad civil supone una corrección de ciento ochenta grados de la política con que la beneficencia se inició en el Estado liberal: un Estado sin recursos pero decidido a asumir directamente la gestión de los servicios sociales, para lo cual, como vimos, no dudó en nacionalizar los bienes particulares o eclesiásticos adscritos a este fin. Ahora vivimos un Estado débil pero con fuertes recursos que desparrama sus dineros sobre multitud de organizaciones privadas no lucrativas, en cumplimiento de la preferencia que se les atribuye sobre la gestión directa pública o indirecta por empresas privadas lucrativas que establecen las Leyes autonómicas y estatales (Ley 13/1982 de ayuda a minusválidos, Ley 23 1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo).

Además de la preterición del sector lucrativo en favor del no lucrativo, el tercer sector disfruta del privilegio de trabajar con una financiación pública estable y, eventualmente, la cesión de bienes públicos de equipo para su afectación al servicio concertado; por contra la ONG ha de someterse a las potestades administrativas de planificación coordinación e inspección. No obstante, frente a lo dispuesto para el contrato de gestión de servicios públicos, no existen poderes sancionadores ni se exigen garantías del cumplimiento efectivo de las misiones encomendadas, por lo que esta modalidad de gestión ofrece una inseguridad y riesgos de fracaso, fraude y corrupción notables.

II. LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y LA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN

Lo expuesto sobre la evolución histórica de los servicios públicos, contraposición de los sistemas continental europeo y norteamericano y la experiencia de los países comunistas, donde la actividad publica no dejó margen alguna a la iniciativa y a la empresa privada, pone de manifiesto como advierte Benoit, que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de aquellas prestaciones que han de satisfacerse desde la propia Administración depende de la ideología política, del pulso social de cada país en cada época, de la evolución tecnológica y organizativa de las empresas y, consecuentemente, de lo que a la vista de esos datos decida el poder político, mediante la asunción directa de los servicios o de su remisión a la actividad privada o de una combinación entre ambas fórmulas.

Así hemos visto cómo se ha hecho de la seguridad un negocio privado o cómo el el correo, antes servicio público monopólico, operan empresas privadas, o cómo conviven ahora la enseñanza pública y la privada.

Si no hay, pues, unos servicios públicos en razón a su naturaleza, ¿cómo se delimitan formalmente en nuestro Derecho los servicios que la Administración ha de prestar y cómo se precisan, en su caso, los límites y los títulos de la actuación privada? Para ello hay que atender a la regulación constitucional.

La Constitución, dictada en un momento en que el socialismo real de los países comunistas estaba vivo, el neoliberalismo y la globalización todavía en ciernes y España fuera de la Comunidad Europea, pretendió ser neutral, poniendo una vela en el altar del liberalismo económico al reconocer *la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado*, (art. 38), y otra vela en el del socialismo e intervencionismo público al prescribir que *toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general* y, sobre todo al reconocer *la iniciativa pública en la actividad económica*, añadiendo que *mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas, cuando así lo exigiere el interés general* (art. 128).

La Constitución pues, no es obstáculo formal para que el Estado o las Comunidades Autónomas creen por ley nuevos servicios públicos, declarando determinada actividad esencial con exclusión de la actividad privada. La realidad, sin embargo, la ideología liberal dominante y el Derecho de la Unión Europea hacen cada vez más impensable esa alternativa.

Para los entes locales, y en desarrollo de la previsión constitucional de iniciativa pública económica, la Ley de Bases de Régimen Local (artículo 86.3) después de reservar a las Entidades locales determinados servicios que se declaran esenciales (abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministros de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios) prescribe que *el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios*.

Dentro de ese deslinde legislativo, corresponde a cada Entidad local, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, ejercer la iniciativa pública para la efectiva ejecución de otras actividades económicas conforme al artículo

128.2 de la Constitución, si bien cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de monopolio se requerirá, además de la aprobación por el Pleno de la Corporación, la del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86.2 y 3, párrafo final).

La iniciativa pública no está limitada a los servicios esenciales o de interés general, sino que puede proyectarse, aunque en las mismas condiciones que la iniciativa privada, sobre cualquier sector de la actividad económica, sin sujetarse a la regla de subsidiariedad, antes vigente. Según ésta regla mientras una actividad económica pudiera ser asumida por el sector privado tal actividad estaba vetada al público. En el régimen preconstitucional esta regla condicionaba la creación de empresas públicas a la demostración en expediente ad hoc de la insuficiencia de la iniciativa privada (art. 4.2 de la Ley 194/1963, aprobatoria del Plan de Desarrollo Económico y Social), regla no vigente en la actualidad por lo que tanto el Estado como las Comunidades autónomas pueden crear empresas públicas.

Para los entes locales el único requisito que ahora se exige a la actividad económica pública competitiva con la privada es que sea de utilidad pública.

Así lo prescribe para las Corporaciones locales el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1986: *la iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes*.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de esta actividad puramente empresarial de los Entes públicos en la fundamental Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989. En ella se afirma que *el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada; pero el artículo 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; precepto este último que en la esfera local ha sido desarrollado por el artículo 86 de su ya aludida Ley Básica de 2 de abril de 1985 al establecer que las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden público anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional*.

No obstante, la misma Sentencia precisa que las anteriores afirmaciones deben matizarse en un doble aspecto. Por un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso, y necesariamente, siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el artículo 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación.

Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado.

III. EL REGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL. PRINCIPIOS GENERALES

La actividad de prestación o de servicio se sujeta a determinados principios, alumbrados la jurisprudencia y doctrina francesa e igualmente predicables de los servicios públicos en nuestro Derecho. Son éstos los de legalidad, continuidad o regularidad, adaptabilidad al progreso tecnológico, neutralidad e igualdad. Se trata de unos principios de aplicación general, cualesquiera que sea el objeto del servicio y la naturaleza, público o privada del gestor.

En virtud del *principio de legalidad* corresponde al poder legislativo el reconocimiento de una actividad como de interés general y la dotación de los créditos necesarios para su satisfacción mediante la creación de un servicio público. La ley estatal o autonómica puede también reservar en monopolio la actividad a la Administración si se trata de servicios esenciales un parámetro que podrá ser enjuiciado por el Tribunal Constitucional. Al poder reglamentario pueden remitirse las normas de organización del servicios. En todo caso la supresión exigirá también la intervención del legislativo estatal o autonómico.

En el ámbito local, según dijimos, el principio de legalidad ya está cubierto para determinados servicios por la Ley de Régimen Local que prevé los que éstos pueden llevar a cabo en régimen de monopolio. Para prestar otros con la misma ventaja será necesaria una Ley del Estado o de la Comunidad Autónoma

¿Existe un derecho a exigir el establecimiento de un servicio público? La respuesta es que sólo es exigible cuando la ley lo ha prescrito con carácter obligatorio. El Consejo de Estado francés admite acciones de responsabilidad por los daños ocasionados por la negligencia o la negativa a la creación de un servicio y acciones de anulación por exceso de poder contra las resoluciones que ilegalmente rechazan su establecimiento (*C.E Van Outryve*, S 1934,3,116). Pareja solución puede predicarse para nuestro derecho sobre todo en relación con los servicios obligatorios.

Por el principio de continuidad, el servicio público debe desarrollarse de forma ininterrumpida de acuerdo con la naturaleza de la prestación. Ello implica que unos servicios habrán de prestarse en forma continua (policía, abastecimientos en general) y otros en los días y horarios previstos (educación, transporte). Para los concesionarios es una obligación especifica: *prestar el contrato con la continuidad convenida* (art. 161, de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas). Sobre este principio se justificó la inicial prohibición de los sindicatos y las huelgas de los funcionarios públicos así como de los empleados de los concesionarios y, reconocido este derecho como un derecho fundamental, sirve hoy para justificar sus límites constitucionales (*asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*) y la regulación que permite a las autoridades gubernativas imponer a los huelguistas unos servicios mínimos (art. 10 del Real Decreto Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo)

El principio de perfectibilidad o adaptabilidad de los servicios públicos supone que quien los presta, sea la Administración o un concesionario, está obligado a incorporar a la prestación que suministra a los usuarios del servicio los adelantos técnicos que se vayan produciendo. Inicialmente esta obligación se insertaba como una de las condiciones de la concesión mediante la denominada *cláusula de progreso* (Meilan). Ahora no es necesaria su inserción en los contratos de gestión de servicios, pues una de las obligaciones legales de los concesionarios es soportar las modificaciones que la Administración introduzca en el contrato (art. 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), lo que cubre imponer toda clase de innovaciones tecnológicas que mejoren el servicio, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan para asegurar el equilibrio económico de la concesión.

Por el *principio de neutralidad*, una concreción del principio constitucional de objetividad en el funcionamiento de la Administración (art. 103 de la CE), los servicios públicos deben prestarse teniendo en cuenta las exigencias del interés general, siendo ilícita su utilización con fines partidistas, como un medio de propaganda o de favoritismo. Se trata de un principio reforzado mediante una organización específica en algunos servicios públicos especialmente sensibles a su utilización partidista. Justamente por esta razón la Constitución impone un determinada organización de los medios públicos de comunicación social que garantice el acceso a los mismos de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad (art. 21 C.E).

Por su parte, el *principio de igualdad*, y de acuerdo igualmente con su plasmación constitucional (art. 14 de la CE) implica un trato igual para todos los que tiene, derecho de acceso al servicio y la prohibición de todo trato discriminatorio. No obstante no implica un trato uniforme, pues son perfectamente normales y lícitas en función de la situación de determinados colectivos, como es el caso de las tarifas reducidas a favor de grupos socialmente desfavorecidos.

El principio de *gratuidad* sólo es aplicable cuando se deriva de la naturaleza del servicio (la protección ciudadana) o viene impuesto por una norma constitucional (art, 27 de la Constitución: la enseñanza básica es obligatoria y gratuita) o legislativa específica. Fuera de esa previsión nada impide, y es la situación normal, que el coste total o parcial del servicio sea recuperado por la Administración y el concesionario a través de las tarifas correspondientes, como más adelante veremos.

IV. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN EL ESTATUS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Toda actividad administrativa de prestación, en cuanto está definida explícita o implícitamente como de servicio público, comporta la existencia de una relación entre la Administración que la desempeña o el concesionario que en nombre de ella actúa y el particular, beneficiario de la misma.

1. Admisión del servicio

El primer aspecto relevante de esa relación es el derecho del particular a ser admitido al disfrute del servicio, derecho subjetivo incuestionable si reúne las condiciones legalmente establecidas, como puede ser poseer determinados títulos para matricularse en un

establecimiento universitario, o padecer determinada enfermedad para ser tratado en un centro hospitalario. Pero este derecho puede resultar enervado por la circunstancia de que la capacidad del servicio no sea suficiente para atender la demanda de prestaciones. En este caso es de aplicación para satisfacer o denegar la admisión a unos u otros, y supuesta la igualdad de otras circunstancias, el criterio del orden cronológico en la presentación de peticiones de admisión, regla gráficamente descrita por Jordana de Pozas con la expresión *régimen de cola*.

La aceptación de la solicitud del usuario al disfrute de la prestación, va precedida de la comprobación administrativa de las circunstancias de hecho alegadas por el usuario, tras de lo cual se produce la decisión administrativa por la que se admite al particular al disfrute del servicio. Se trata unas veces de un acto expreso y formalizado a través del recibo o resguardo del pago de una tasa, o de la expedición de un billete; otras veces se presume en virtud de hechos concluyentes o tácitos, como cuando se da curso a la correspondencia depositada en un buzón del servicio de correos.

La admisión del usuario al disfrute del servicio supone la sumisión de éste a una relación especial conforme a la normativa del servicio. A esta normativa se refiere el artículo 106 del Texto Refundido de la Legislación local de 1986, al decir que *los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio y, en su caso, a la Legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma que regule la materia*.

2. Derechos y deberes de los usuarios. La contraprestación económica del servicio. Tasas, precios públicos y tarifas

Supuesto el acceso al servicio, el contenido de la relación comporta el derecho de los usuarios a recibir las prestaciones previstas en términos de cantidad y calidad determinadas por las normas y a ser resarcidos por los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio. Incluso las normas del respectivo servicio pueden reconocer el derecho del usuario a participar en su gestión, como ocurre en la enseñanza universitaria, gestionada por órganos representativos en que los estudiantes tienen asiento.

Aparte del deber de observar las normas de funcionamiento del servicio, la principal obligación del usuario es satisfacer la contraprestación económica en el caso de que el servicio no fuere gratuito (así en la enseñanza universitaria frente a la primaria que es gratuita). Esta puede consistir en una tasa, un precio público o un simple precio privado.

Las tasas, *son tributos cuyo hecho imponíble consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes*: primera, que los servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados; y segunda, que no se presten o realicen por el sector privado. El importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida (Art. 6 de la Ley *25/1998*, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de carácter público).

Por su parte, tienen la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, *prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado*, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados. Los precios públicos se determinarán a un nivel que cubra, como mínimo, los costes económicos originados por la realización de las actividades o la prestación de los servicios o a un nivel que resulte equivalente a la utilidad derivada de los mismos. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen podrán señalarse precios públicos que resulten inferiores a los parámetros antes dichos previa adopción de las previsiones presupuestarias oportunas para la cobertura de la parte del precio subvencionada.

Especial interés tiene la regulación de las tarifas en los supuestos de gestión indirecta o contractual de los servicios públicos. La remuneración del concesionario o gestor privado del servicio es también un precio privado, pero intervenido, debiendo incluirse en los contratos de gestión de servicios las *tarifas máximas y mínimas que hubieren de percibirse de los usuarios, con descomposición de sus factores constitutivos, y procedimientos para su revisión* (art. 211.4 del Reglamento de Contratos del Estado). La Legislación local ofrece una regulación más minuciosa abordando cuestiones centrales como los criterios para la fijación de las tarifas y los supuestos y formas de revisión. Las tarifas han de ser iguales para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias. No obstante, también podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles (art. 150 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales). En todo caso, el conjunto de las tarifas deberá ser suficiente para la autofinanciación del servicio de que se trate, necesitando las Corporaciones locales la autorización de las Comunidades Autónomas o de la Administración competente para aprobar las tarifas conforme a módulos inferiores a la referida autofinanciación (art. 107 del Texto Refundido de Régimen Local).

Aprobadas las tarifas, deberán ser objeto de revisión, de oficio o a petición de las empresas, siempre que se produjere un desequilibrio en la economía de la Empresa mixta o de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otra (art. 152.3 del Reglamento de Servicios). Inicialmente, la competencia para la revisión de las tarifas de los Entes locales no crea problema alguno: la Corporación local como titular del servicio y Ente concedente es la que tiene la competencia para la revisión de la tarifa, competencia incuestionable, pues es la propia Corporación la que ha de compensar por vía de subvención con cargo a sus presupuestos la denegación de las subidas de tarifas cuando dichas subidas resulten exigibles para mantener el equilibrio económico de la concesión.

3. Relación de prestación y garantía judicial

La variedad de formas de gestión y, por consiguiente, la correlativa mayor o menor presencia del derecho público y privado lleva consigo un régimen diverso para su garantía judicial. Así, cuando se trate de una régimen de prestación directa por un ente administrativo la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para la efectividad de la relación de prestación, en caso de que el usuario no fuere admitido al disfrute del servicio, o fuese rechazado una vez admitido, o tratado de forma indebida o se le ocasionaron daños por el funcionamiento del servicio. Si la prestadora del servicio es una Administración en forma societaria la competente sería la Jurisdicción civil que

igualmente conocerá de las cuestiones relativas a los conflictos entre los usuarios y los gestores del servicio en régimen contractual. No obstante, en estos dos últimos casos siempre asistirá al usuario un derecho de denuncia ante la Administración de la que depende la entidad prestadora del servicio y la impugnación posterior de sus resoluciones o inactividad ante al Justicia Administrativa. Y ello es así, porque los aspectos más relevantes de la relación de prestación, que son, según se dijo, indubitablemente públicos, como ocurre con el derecho a la admisión y uso del servicio, son garantizados mediante medidas disciplinarias sobre los concesionarios. La garantía jurídica pues no se instrumenta únicamente a través de los Tribunales civiles, sino del proceso contencioso administrativo contra los actos dictados por la Administración en función de los poderes de vigilancia y control que ostenta sobre los gestores del servicio, sean personas públicas o privadas. Pero, al propio tiempo, además de esta garantía pública puede concurrir la de los jueces civiles, básicamente resolviendo acciones de responsabilidad contractual, cuando el conflicto enfrenta al usuario con el concesionario, o con la Administración si actúa a través del Derecho privado.

V. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Si en el terreno de los principios que informan el régimen de los servicios públicos hay una relativa claridad, reina la variedad (o confusión) a la hora de precisar el derecho, público o privado, aplicable a los diversos elementos que configuran el servicio público: la entidad gestora, el personal que la sirve, sus relaciones logísticas con terceros, fundamentalmente sus contratos, sus bienes, sus relaciones con los usuarios y, en fin, la jurisdicción competente para conocer de los conflictos suscitados. La variedad de regímenes de gestión no está en los orígenes de los servicios públicos, tal como se configuraron en el Siglo XIX. Entonces, la gestión directa por la Administración entrañaba la aplicación de un régimen integral de Derecho administrativo sobre todos los elementos reseñados. Así el órgano gestor era de naturaleza administrativa (dirección general o establecimiento públicos) el personal íntegramente funcionarial, los bienes de dominio público, e igualmente las relaciones con los usuarios, y, en fin, la Justicia administrativa que prestaba la garantía judicial. Sólo en los casos de concesión, y sin perjuicio de la relación administrativa que une al concesionario con la Administración, entraba en juego el derecho privado aplicable al concesionario en sus relaciones con los usuarios y terceros, así como la Jurisdicción civil para la resolución de los conflictos.

El crecimiento posterior, ya descrito, del ámbito material de los servicios desbordó esa estricta correlación de gestión directa-aplicación del Derecho administrativo. Primero, porque la nacionalización de empresas privadas concesionarios supuso, que el Estado asumiese su gestión con arreglo al régimen jurídico-privado en que venían gestionándose. Así ocurrió en el transporte ferroviario (el caso de la creación de Renfe) que obligó al Estado a asumir servicios antes gestionados por concesionario y por ello sujetos al derecho privado (régimen de bienes, personal, contratos con proveedores, contrato de trasporte mercantil con usuarios). De otra parte, la Administración no se contentó con las nacionalización de concretas empresas privadas sino que también expropió, valga la expresión, el derecho propio de éstas con la excusa de que el derecho privado es el *desideáatum* de la eficiencia. Aparecen así los servicios públicos gestionados por sociedades de capital íntegramente público que no son otra cosa que administraciones públicas disfrazadas de empresas privadas.

A ellas hay que añadir, como reciente novedad, la fundación privada creada por los entes públicos según prevé la Ley 30/1994 la Ley de Fundaciones (art.6). Una fórmula que se está aplicando como sustitutivo de los antiguos establecimientos públicos y que permite eludir la aplicación del Derecho administrativo en campos tan significativos como los hospitales públicos e, incluso, la universidad (Universidad Oberta de Cataluña, que de esta manera margina toda la legislación universitaria incluida el principio constitucional de autonomía).

A diferencia de lo acaecido en el Estado, la legislación local, como legislación uniforme para todos los entes locales, impuso una racionalización de los diversos modos de gestión, directa e indirecta que, se plasmó en la prestigiosa regulación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y de ahí pasó a la Ley de Bases de Régimen Local y a su. Texto Refundido de 1986. Para los entes locales las formas de gestión directa admite también formas de Derecho público y de Derecho privado. Entre las primeras están:

1. *La gestión por la propia Entidad local*, en cuyo caso el servicio estará a cargo del personal directamente dependiente en su actuación de los acuerdos y actos de los órganos de la Corporación local, fórmula pues análoga a la gestión del servicio desde una Dirección o Subdirección General estatal (art. 100).

2. La gestión por *Organismo autónomo local* que supone (como dice el artículo 101 del citado Texto Refundido) la creación de una organización especializada regida por un Consejo de Administración que será presidido por un miembro de la Corporación

Como forma privada de gestión directa se prevé la "*sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local*", adoptándose en todo caso una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada (arts. 85.3 de la Ley de Bases de Régimen Local y 103 del Texto Refundido).

En cuanto a las formas de *gestión indirecta o contractual*, todas ellas suponen la intervención de un particular o de una empresa mixta ligadas a la Administración titular del servicio por una relación contractual. Por ello, las modalidades de la gestión indirecta se regulan en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a propósito del contrato de gestión del servicio público, ya estudiado en el capítulo correspondiente a la contratación administrativa, al que nos remitimos.

VI. EL MODELO EUROPEO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

La alteración del modelo de los servicios públicos europeos trae causa Tratado de Roma de 1957 (arts 85 a 94) con la introducción de la doctrina norteamericana de la libre competencia (en 1963 se dictaría en España la primera ley sobre defensa de la competencia, una materia antes desconocida. A partir de aquí la cruzada por la libre competencia no es ya compatible con un modelo de servicios públicos económicos en que el monopolio concesional era la regla. No obstante, la prudencia impuso una aplicación flexible: se abre paso el modelo de *empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general sujetas* a la libre competencia, sin por ello deslegitimar a las empresas "*que tengan el carácter de monopolio fiscal a las cuales solo se les*

aplicará las normas de la competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellos encomendada" (art. 92).

> Sobre esa primera piedra (actual artículo 86 del Tratado del Ámsterdam) la política actual (Proyecto de Carta Europea de los Servicios de interés general de 14 de febrero de 1994, Comunicación de la Comisión sobre los servicios públicos de interés general de 1996) va derechamente a sustituir el servicio público tradicional por el régimen de las public utilities antes estudiado. Como dice la Comunicación de 1996 "las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, beneficiando a los consumidores que obtienen más calidad a mejor precio"), pero la conciencia de sus límites (que "corren el riesgo de excluir a parte de la población de sus beneficios y de no permitir el fomento de la cohesión social y territorial") obliga a buscar un equilibrio entre la competencia y las exigencias del interés general, equilibrio cuyo hallazgo justifica la exención parcial de las normas del Tratado con sujeción a condiciones de proporcionalidad. En la búsqueda de ese equilibrio en cada país y en cada sector concreto el protagonismo corresponde a cada Estado miembro, competente para definir en cada caso el interés general y sus exigencias en términos de servicio universal y de otras obligaciones de servicio público y establecer, en su caso, las compensaciones correspondientes a las empresas que hayan de soportar aquél y éstas con cargo a Fondos nutridos por las aportaciones de los demás operadores que estén libres de estas cargas. La noción de aquél "es flexible, en la medida en que su contenido está elaborado progresivamente en función de las características estructurales y técnicas y las necesidades propias de cada sector", y es también "evolutiva en cualquier caso, [ya que] debe adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas exigencias de interés general y a las necesidades de los usuarios".

En definitiva, cuando el servicio de interés económico general tenga carácter comercial su compatibilidad con la libre competencia queda asegurada con la expresa aceptación de las derogaciones parciales de ésta que guarden la debida proporción con aquel interés. En los demás casos *servicios de interés general que no tienen carácter comercial* (como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social o las funciones llamadas *de regalía* que corresponden al ejercicio del poder público, como la seguridad, la justicia, la diplomacia o el estado civil) "las condiciones del artículo 90 del Tratado no se aplican", porque "no pueden tratarse de la misma forma que los servicios de interés económico general".

En clara aplicación de esta política, y a partir de 1996, se inicia en España el proceso de desvirtuación del régimen de servicios públicos económicos con las leyes del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, de 13 de julio de 1998; General de las Telecomunicaciones, de 24 de abril de 1998; del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997, Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998.

1. Electricidad

El nuevo sistema eléctrico supone la plasmación normativa de las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad. Se trata de una directiva que permite la coexistencia de distintas formas de organización del sistema eléctrico, en las que introduce aquellas exigencias que son indispensables para garantizar la convergencia paulatina hacia un mercado europeo de electricidad.

A diferencia de regulaciones anteriores, el Sector eléctrico se asienta ahora en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone sin reserva al

Estado de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional.

La planificación estatal, queda restringida a las instalaciones de transporte, buscando su imbricación en la planificación urbanística y en la ordenación del territorio y se abandona la idea de una planificación determinante de las decisiones de inversión de las empresas eléctricas, que es sustituida por una planificación indicativa de los parámetros bajo los que cabe esperar que se desenvuelva el sector eléctrico en un futuro próximo, a fin de facilitar decisiones de inversión de los diferentes agentes económicos.

A través de la segmentación vertical de las distintas actividades necesarias para el suministro eléctrico, se introducen cambios importantes en su regulación. En la generación de energía eléctrica, se reconoce el derecho a la libre instalación (sin perjuicio de las concesiones hidroeléctricas sometidas al régimen de la Ley de Aguas) y se organiza su funcionamiento bajo el principio de libre competencia cuya retribución se asienta en la organización de un mercado mayorista. Se abandona el principio de retribución a través de unos costes de inversión fijados administrativamente a través de un proceso de estandarización de las diferentes tecnologías de generación eléctrica.

El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red. Asimismo, para garantizar la transparencia de esta retribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución económica.

La comercialización de energía eléctrica queda asentada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador. Se establece un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.

De otra parte, la explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema.

El operador del mercado, como responsable de la gestión económica del sistema, asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en los términos que reglamentariamente se establezcan.

El *operador del mercado* ejercerá sus funciones respetando los principios de transparencia, objetividad e independencia, bajo el seguimiento y control del Comité de Agentes del Mercado a que se refiere el apartado 4 del presente artículo Actuará como operador del mercado una sociedad mercantil de cuyo accionariado podrá formar parte cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 10%.

Asimismo, la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40%, no pudiendo sindicarse estas acciones a ningún efecto.

> El operador del sistema, ejercerá sus funciones en coordinación con el operador del mercado, bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. Actuará como operador del sistema una sociedad mercantil con las mismas características de la anterior. Son funciones, entre otras, del operador prever indicativamente y controlar el nivel de garantía de abastecimiento de electricidad del sistema a corto y medio plazo, programar el funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir del resultado de la casación de las ofertas, impartir las instrucciones necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan, y gestionar el mercado de servicios complementarios que sean necesarios para tal fin; coordinar y modificar, en su caso, los planes de mantenimiento de las instalaciones de transporte, establecer y controlar las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte, afectando a cualquier elemento del sistema eléctrico que sea necesario, así como los planes de maniobras para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro de energía eléctrica y coordinar y controlar su ejecución, el operador del mercado en la liquidación de la energía; ejecutar, en el ámbito de sus funciones, aquellas decisiones que sean adoptadas por el Gobierno en ejecución de lo previsto en el apartado 2 del artículo 10; impartir las instrucciones de operación de la red de transporte, incluidas las interconexiones internacionales, para su maniobra en tiempo real; Desarrollar aquellas otras actividades relacionadas con las anteriores que sean convenientes para la prestación del servicio.

Por ultimo, se crea la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico con amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia.

2. Servicio Postal

En el servicio postal se desmantela de forma parcial el monopolio del Estado. El Servicio de Correos que se prestaba de forma directa pasa a ser (convertido en sociedad anónima estatal en que los empleados siguen ostentando la condición de funcionarios, algo insólito) el *operador al que se encomienda el servicio público universal*, entendiendo por tal el conjunto de servicios postales de calidad determinada en la Ley y sus Reglamentos de desarrollo, prestados de forma permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuario". Además, se le reserva con carácter exclusivo, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución determinados servicios: de giro, envíos interurbanos y transfronterizos, con peso igual o inferior a 350 gramos, compatible con el de otros operadores si el precio que habrán de exigir a los usuarios es, al menos, cinco veces superior al montante de la tarifa pública; los envíos nacionales o la recepción, como servicio postal, de las solicitudes, de los escritos y de las comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas.

Para garantizar la prestación del servicio postal universal y la referida reserva se otorgan al operador los importantísimos derechos que recuerdan al monopolio anterior: la condición de beneficiario de la expropiación forzosa; exención de cuantos tributos graven su actividad vinculada a los servicios reservados; el derecho a entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con constancia fehaciente en su recepción; la cesión de espacios en red de ferrocarriles y los puertos y aeropuertos nacionales; el derecho al establecimiento de apartados postales destinados a la entrega de correspondencia; la preferencia de despacho en el control aduanero; la distribución de los sellos de *Correos* u otros medios de franqueo; el derecho a la utilización exclusiva de la de-

nominación Correos, del término *España* o de cualquier otro signo que identifique al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal o al carácter de los servicios que, dentro de su ámbito, éste preste.

3. Hidrocarburos

La liberalización de los Hidrocarburos (Ley de 7 de octubre de 1998), supone en principio que estas actividades "no requieren de la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo". A pesar de ello, los hidrocarburos siguen siendo dominio público del Estado cuya exploración y explotación está sujeta a autorizaciones y concesiones administrativos, como las minas y las mismas concesiones hidroeléctricas.

La novedad básica es la *privatización de las actividades de distribución y suministro* (antes a cargo de CAMPSA, empresa mixta y monopolio fiscal igual que Tabacalera SA y Telefónica) y así, suprimido el monopolio, las asume la iniciativa privada en régimen de competencia y libertad de precios, si bien gravadas con las obligaciones propias de los servicios económicos de interés general. No obstante el viejo concepto servicio público monopólico reaparece de nuevo para asegurar el abastecimiento de carburantes y para la explotación de la red gasista monopolio natural.

Lo primero se hace creando un ente corporativo con función monopólica, la *Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos*, que tiene por objeto la constitución, mantenimiento y gestión de las reservas estratégicas y el control de las existencias mínimas de seguridad. Se trata de una Corporación de Derecho Público con personalidad jurídica propia, que actúa en régimen de derecho privado y sujeta, en el ejercicio de su actividad, a la tutela del Ministerio de Industria y Energía. La Corporación tendrá igualmente por objeto controlar el cumplimiento de la obligación de mantener las existencias mínimas de seguridad y para ello se le atribuyen funciones publicas tales como recabar la información y realizar las inspecciones que sean precisas, así como promover, en su caso, la iniciación del expediente sancionador cuando proceda.

> En sus órganos de administración estarán suficientemente representados los operadores al por mayor así como representantes del Ministerio de Industria y Energía y de la Comisión Nacional de Energía. Los representantes de los operadores miembros de la Corporación, formarán parte de su Asamblea y su voto en ella se graduará en función del volumen de su aportación financiera anual. El Presidente de la Corporación y la parte de vocales de su órgano de administración que reglamentariamente se determine serán designados por el Ministro de Industria y Energía. El titular de dicho departamento podrá imponer su veto a aquellos acuerdos de la Corporación que infrinjan la Ley. La Corporación está exenta del Impuesto sobre Sociedades respecto de la renta derivada de las aportaciones financieras realizadas por sus miembros y del Impuesto sobre Sociedades la renta que pudiera obtener la Corporación como consecuencia de las operaciones de disposición de existencias estratégicas, renta que no podrá ser objeto de distribución entre los miembros, ni de préstamos u operaciones financieras similares con ellos. Para asegurar el cumplimiento de la obligación de mantener existencias estratégicas, la Corporación podrá adquirir crudos y productos petrolíferos y concertar contratos con los límites y condiciones que se determinen reglamentariamente. Toda disposición de existencias estratégicas por parte de la Corporación requerirá la previa autorización del Ministerio de Industria y Energía y deberá realizarse a un precio igual al coste medio ponderado de adquisición o al de mercado, si fuese superior. Los miembros deberán contribuir a la financiación de la Corporación, cederle o arrendarle existencias y facilitarle instalaciones en la forma que se determine reglamentariamente. La aportación financiera de cada miembro se establecerá en función de los costes en que la Corporación incurra para la constitución, almacenamiento y conservación de las existencias estratégicas que venga obligado a mantener, así como del coste de las demás actividades de la misma.

4. Gas

Respecto al gas, la liberalización sólo opera para los transportistas (personas jurídicas titulares de instalaciones de regasificación de gas natural licuado, de transporte o de almacenamiento de gas natural) los comercializadores (sociedades mercantiles que, accediendo a las instalaciones de terceros en los términos establecidos en la Ley, adquieren el gas natural para su venta a los consumidores o a otros comercializadores) y distribuidores (personas jurídicas titulares de instalaciones de distribución, que tienen la función de distribuir el gas natural por canalización, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo).

Pero la liberalización no se extiende al Gestor Técnico del Sistema, *transportista titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural,* que tendrá la responsabilidad de la Red Básica y de las redes de transporte secundario con objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución. A este efecto el Gestor del Sistema ejercerá, bajo la supervisión del Ministerio de Economía, sus funciones en coordinación con los distintos sujetos que gestionan o hacen uso del sistema gasista bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia, a cuyo efecto puede: impartir las instrucciones de operación a las instalaciones de transporte, incluidas las interconexiones internacionales, dar las órdenes oportunas para que las empresas titulares de las redes de transporte y de los almacenamientos hagan funcionar sus instalaciones de tal forma que se asegure la entrega de gas en las condiciones adecuadas en los puntos de salida del sistema ejecutar, en el ámbito de sus funciones, aquellas decisiones que sean adoptadas por el Gobierno en ejecución de lo previsto en la Ley, lleva el control de almacenamientos, etc. Estamos pues, ante un sujeto privado por su forma y su capital que disfruta de un monopolio natural (y legal) y al que la ley dota de poderes públicos indudables confiriéndole una situación superior a la de un concesionario tradicional.

5. Telecomunicaciones

La Ley General de Telecomunicaciones, de 24 de abril de 1998, en cumplimiento de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones las define como *servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia*», cuyo ejercicio requiere dos tipos de autorizaciones:

Autorización general para la prestación de los servicios y para el establecimiento o explotación de las redes de telecomunicaciones que no precisen el otorgamiento de una licencia individual, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo siguiente. Las autorizaciones generales se otorgan de forma reglada y automática y se sujetan a las obligaciones de cumplir los requisitos técnicos y de calidad, comportamiento competitivo de los operadores en los mercados de telecomunicaciones, la utilización efectiva y eficaz de la capacidad numérica, la protección de los usuarios, el encaminamiento de las llamadas a los servicios de emergencia, la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios, la protección de los intereses de la defensa nacional y de la seguridad pública.

Se requerirá licencia individual, para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones, para la prestación del servicio telefónico disponible al público, para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico.

A diferencia de las autorizaciones generales, las individuales podrán denegarse cuando el número de licencias sea limitado y quien solicite una no haya resultado adjudicatario del título en la correspondiente licitación. Una vez otorgada su transmisión se rige por lo previsto en la legislación de contratos en relación al contrato de gestión de servicios públicos.

En los supuestos de limitación del número de *licencias individuales* se tramitará un procedimiento de licitación, aplicándose lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto de las concesiones para la gestión de servicios públicos, en lo relativo a la convocatoria de la licitación, al pliego de bases que deba aprobarse y a la adjudicación, a la modificación, a la extinción y a la formalización de los títulos habilitantes.

Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes en el ámbito estatal, autonómico o local (dominante es quien una cuota de mercado superior al 25%) estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, que lo soliciten. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, cuando proceda, establecer las condiciones para la misma que facilitarán en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. De los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes, públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante que será recurrible en vía contencioso-administrativa.

Los titulares de una autorización individual, como igualmente los de una autorización general, aunque con menor intensidad, están sujetos al régimen de obligaciones de servicio público que obligan, en primer lugar, a la observancia de los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen, que serán objeto de adaptaciones periódicas. Asimismo, y respecto de las obligaciones de prestación del servicio, se aplicará el régimen establecido para el contrato de concesión de servicio público.

La ley distingue como obligaciones de servicio público el servicio universal de telecomunicaciones, los servicios obligatorios de telecomunicaciones, que se prestarán en todo o parte del territorio nacional y otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general.

Por servicio universal de telecomunicaciones, se entiende el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible de forma que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. La conexión debe ofrecer al usuario la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales y permitir la transmisión de voz, fax y datos, que los abonados dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbi-

to territorial que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional, y, en fin, que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la *prestación del servicio universal* implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo. En el primer supuesto, se establecerán y harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación. A este efecto se crea el Fondo Nacional del Servicio Universal de Telecomunicaciones tiene por finalidad garantizar la financiación del servicio universal.

En la categoría de los *servicios obligatorios* pueden incluirse los servicios de télex, los telegráficos y aquellos otros de características similares que comporten acreditación de la fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción, así como los servicios de seguridad de la vida humana en el mar y los que afecten, en general, a la seguridad de las personas, a la seguridad pública y a la protección civil. El déficit de explotación o, en su caso, la contraprestación económica que deba satisfacerse a quien se encomienda la prestación, se financiarán con cargo a los presupuestos de la Administración que tenga asignada la obligación de llevar a cabo los servicios obligatorios.

Por último, el Gobierno podrá, por necesidades de la defensa nacional y de la seguridad pública, imponer, mediante Real Decreto, otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal y de los servicios obligatorios, a los titulares de licencias individuales o de autorizaciones generales.

Pero no toda son obligaciones de servicio públicos. Como los antiguos concesionarios, los titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones se benefician de determinados derechos: la aplicación del régimen de expropiación forzosa, establecimiento de servidumbres y limitaciones y de los derechos de ocupación del dominio público La utilización de éste podrá ser impuesta de forma compartida entre diversos titulares tomando en consideración que la coutilización sea económicamente viable, que no se requieran obras adicionales de importancia, que el operador que se beneficie del uso compartido abone el precio que se fije por la coutilización, a la entidad a la que se otorga el derecho de ocupación.

> El régimen que implantaba la Directiva de 1997, al que responde la regulación española, no alcanzó, como refiere Fuentetaja, a quien puntualmente seguimos, sus objetivos armonizadores porque el margen de actuación que dejaba a los Estados miembros era excesivamente amplio en un momento tan sensible del proceso liberalizador como es la transición misma del servicio público al libre mercado. Aquellos, en efecto, no desaprovecharon la ocasión y, en muchos casos, sometieron a los nuevos operadores a unos regímenes de intervención tan intensos -a través de los denominados *títulos habilitantes*- que la situación resultante era cuando menos confusa desde el punto de vista del objetivo liberalizador..La propia Comisión pronto fue consciente de ello y así lo denunció explícitamente en sus Informes sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones El régimen de acceso es, en efecto, sumamente divergente entre los distintos países europeos que comprenden desde regulaciones muy leves en las que los operadores tienen libre acceso al mercado sin formalidad alguna (Dinamarca) o se les requiere simplemente registrarse (Holanda) o notificar la intención de prestar servicios (Finlandia, Suecia), hasta aquellos casos en que la intervención pública en el momento del acceso es muy intensa. De hecho, contraviniendo el espíritu de la Directiva, se ha convertido a la licencia en la regla y a la autorización en la excepción. Más aún, la complejidad del sistema se multiplica por las numerosas categorías de licencias -en función de los diferentes servicios- creadas por los Estados miembros, que

llevan consigo sus propios procedimientos, condiciones, tasas y cánones. Para solucionar esta situación se ha aprobado la Directiva 2002/20, de 7 de marzo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), que deberá ser transpuesta por los Estados miembros antes del 24 de julio de 2003. Los principales elementos de esta nueva Directiva -que se enmarca, evidentemente, en un proceso general de reforma del marco regulatorio de las telecomunicaciones- son la existencia de un solo título habilitante (la autorización general), la aclaración de las distintas categorías de condiciones, la simplificación de procedimientos de otorgamiento y la reducción de cánones y tasas.

VII. LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O ACTIVIDADES PRIVADAS REGLAMENTADAS

Antes incluso del relatado proceso de conversión de actividades de servicio público en régimen de monopolio en actividades reglamentadas con imposición de obligaciones de servicio público, al modo de las *public utilities* americanas, la dogmática había advertido que entre nosotros también se daba un fenómeno similar.

En Italia, De Valles, señaló que la noción informadora del servicio público es que sea establecido para el público, es decir, para la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y con las condiciones de reclamarlo, lo que da origen a que el derecho positivo tratase como servicios públicos tanto los prestados por entes públicos (directamente o por concesionario con monopolio), como los prestados por los particulares, servicios públicos impropios, sometidos a una intensa actividad administrativa. El Consejo de Estado francés llegó a análoga conclusión

En nuestro derecho, la Doctrina calificó de servicios públicos impropios (o actividades administrativas reglamentadas o *disciplínadas* como las nombra Villar Palasi) el servicio de taxis (Entrena), la enseñanza privada (Gómez Ferrer), la banca, las farmacias (Martín Retortillo, S.), etc. Dentro del mismo régimen y concepto podrían incluirse actividades tales como la notarial, al servicio de la seguridad jurídica preventiva (no ciertamente el registro de la propiedad y mercantil, servicio público en gestión directa si se considera el registrador funcionario, o, de gestión indirecta si, dado el sistema retributivo se pretende asimilarlo al concesionario) y hoy entrarían en esta categoría las nuevas actividades para realizar las inspecciones técnicas de vehículos (Real Decreto-Ley 7/2000 de 23 de junio) de embarcaciones de recreo (Ley 27/1992 de Puertos y de la Marina Mercante y Real Decreto 1434/1999), y el régimen homologaciones de productos industriales, y que suelen encajarse en el más inexpresivo concepto de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas.

La salvaguarda de esta iniciativa privada, frente a una publicatio que llevaba a la gestión directa por la Administración o indirecta a través de concesionario, en todo caso monopólica se abordó alternativamente en el derecho europeo con su remisión a la iniciativa privada sujeta a una fuerte intervención: autorización previa, poder reglamentario mediante instrucciones de servicio, potestad tarifaria y poderes arbitral y sancionador entre y sobre los operadores.

Ante esa realidad, ¿no será que la única la diferencia entre el régimen del servicio público prestado en gestión indirecta (concesión) y el servicio público impropio o virtual esté en la sustitución de un concesionario (monopolio) por varios operadores (oligopolio)? Ariño con una visión dogmática tendente a preservar el concepto de servicio público de generalizaciones excesivas, ha defendido la conveniencia de mantener la

distinción, no obstante las evidentes similitudes, entre el régimen jurídico de las actividades reglamentadas, disciplinadas o programadas, y el régimen jurídico propio del servicio público *strictu sensu* y gestionado por concesión administrativa. Esa diferenciación estaría justificada por: a) La diferente fuente y contenido del deber de prestación, que en las actividades reglamentadas no estaría en el acto de autorización sino en la norma, mientras que en la concesión estaría básicamente en el título contractual en la que ésta se legitima; b) El alcance de la potestad interventora de la Administración sería distinto: mientras que en las actividades reglamentadas estaría rígidamente establecido en la norma, en la concesión sería, además de lo que la norma diga, lo que la Administración en función de su potestad modificadora del contrato de concesión ordene; c) Un distinto alcance de la potestad sancionadora en uno y otro caso: para los ejercientes de actividades reglamentadas ésta aparece detallada en la norma de una manera estricta y pormenorizada, mientras que en el caso de los concesionarios de los servicios públicos, el régimen disciplinario se acercaría más al de los funcionarios con una mayor elasticidad del principio de legalidad y atipicidad de las infracciones; d) Por último, la posibilidad de renuncia a la actividad y la falta del derecho al equilibrio económico diferenciarían la posición del ejerciente de una actividad reglamentada de la del concesionario.

La mayor parte de estas diferencias son o puros formalismos (que las obligaciones de unos y otros estén en la norma o en la autorización o en el contrato de concesión, sin duda apoyado también en la norma) o contingentes. Así, por ejemplo, la posibilidad de renuncia a la actividad puede estar condicionada en la norma o en la autorización administrativa a la continuidad del servicio y asegurada mediante sanciones administrativas: y el derecho al equilibrio económico de la actividad reglamentada y las consiguientes indemnizaciones podría ser esgrimido frente a imposición de tarifas deficitarias o nuevas obligaciones impuestas en cambios normativos invocando el principio de confianza legitima y la responsabilidad de la Administración o, en su caso, la implícita o explícita modificación de la autorización.

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que la especificidad del régimen de las actividades reglamentadas o servicios públicos impropios y el nuevo modelo derivado de la privatización, recientemente llevada a cabo para determinados servicios públicos económicos (telecomunicaciones, energía, transporte, correo, etc.), frente al servicio público tradicional consiste en que la satisfacción de necesidades generales se remite a la actividad privada (principio de subsidiariedad), si bien sujeta a una fuerte intervención administrativa con repudio, en todo caso del monopolio; una técnica que el liberalismo decimonónico aceptó con naturalidad y que el neoliberalismo condena y sataniza allí donde es posible, como contrario a la libre competencia, el primer mandamiento de mercado. En definitiva, del monopolio al oligopolio, esa es la diferencia esencial.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ y DE LA CUETARA, *El nuevo servicio público*, Madrid 1997.

BASSOLS COMA, *Constitución y modelo económico*, Madrid 1985.

ENTRENA CUESTA, "El servicio de taxis", *RAP* n° 27, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, "La actividad industrial y mercantil de los municipios", *RAP* n° 17, 1955.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta nuestros días", *RAP* n° 150, 2000.

GARRIDO FALLA, "El modelo económico en la Constitución Española y la revisión del concepto de servicio público", *REDA* n° 29, 1981; FUENTETAJA, J.A., "Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes del mercado de las telecomunicaciones", *RAP*.

GÓMEZ FERRER, "El régimen general de los centros privados de enseñanza", *RAP* n° 70, 1973.

MALADET E., *Notas acerca de la caracterización de la iniciativa pública local*, Barcelona 1990.

MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico* n° 1, Madrid 1989.

MEILÁN GIL, "La cláusula de progreso en los servicios públicos", "El régimen jurídico de las centrales lecheras", *RAP* n° 72, Madrid 1968.

MONTERO PASCUAL, "Titularidad privada de los servicios de interés general", *REDA*, n° 92, 1996.

MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, Los Fundamentos*, Madrid 1998.

VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial, Administración Pública y actividad de los particulares*, Madrid 1999.

VAQUER CABALLERIZA, *La acción social*, Madrid 2002.

VILLAR PALASI, "La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo", *RAP* n° 3, 1950; Idem: "La intervención administrativa en la industria", Madrid 1964.

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO

Celso Antonio Bandeira de Melo
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil

1. Registre-se desde logo que, em linguagem leiga, muitas vezes usa-se a palavra *serviço* para nomear qualquer atividade estatal desenvolvida em relação a terceiros.

Assim, por exemplo, a construção de uma estrada, de uma ponte, de um túnel, de um viaduto, de uma escola, de um hospital ou a pavimentação de uma rua, pode aparecer, a pessoas estranhas à esfera jurídica, como sendo um "serviço que o Estado desempenhou" - um *serviço público*.

Sem embargo, para o Direito, estes cometimentos estatais não são serviços. São obras públicas. Com efeito, obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. Por isto, o Colendo Supremo Tribunal Federal recusa, como é lógico, validade a *taxas* instituídas em decorrência da realização de obras públicas (por não serem serviços públicos), as quais só podem ensejar contribuição de melhoria, se ocorrer a hipótese de sua incidência (RE 72.751, RS, 18.10.72; RE 71.010, RTJ. 61/160; RE 74.467, RTJ 63/829; RE 75.769, de 21.09. 73; RE 72.751, de 1973)

De fato, serviço público e obra pública distinguem-se com grande nitidez e o Direito acolhe tal disseptação, como acima se referiu. Basta considerar que (a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo, dinâmico; (b) a obra é uma coisa: o produto concretizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; (c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação, assim depende sempre integralmente dela; (d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.

Assim, não há confundir obra pública e serviço público.

2. Igualmente, a expressão *serviços* (ensejando a suposição de que seriam "serviços públicos) é utilizada em sentido natural -e não técnico-jurídico- para nomear atividades industriais ou comerciais que o Estado desempenha basicamente *sob regime de direito privado* -antítese do que ocorre com o serviço público- por se constituírem em *exploração de atividade econômica*, isto é, atividades ubicadas em setor reservado aos particulares, à iniciativa privada -igualmente antítese do que ocorre com o serviço púbico-, pois, conforme dispõe o art. 173: "*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*".

Aliás, por isto mesmo, o parágrafo primeiro, inciso II, do aludido artigo estabelece para as estatais que exploram atividade econômica "*sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias*"[1].

A separação entre os dois campos -serviço público, como setor pertencente ao Estado e domínio econômico, como campo reservado aos particulares- é induvidosa e tem sido objeto de atenção doutrinária, notadamente para fins de separar empresas estatais prestadoras de serviço público das exploradoras da atividade econômica, ante a diversidade de seus regimes jurídicos[2].

Donde, não há confundir serviços públicos com atividades econômicas desempenhadas empresarialmente pelo Estado, pois sues regimes são inteiramente diversos.

3. Finalmente, para o leigo, podem aparecer como *serviços* e, portanto, serviços públicos, as perícias, exames, vistorias efetuadas pelo Estado ou suas entidades auxiliares com o fito de examinar o cabimento da liberação do exercício de atividades privadas, ou com o propósito de fiscalizar-lhes a obediência aos condicionamentos da liberdade e da propriedade ou com a finalidade de *comprovar a existência de situações* que demandariam a aplicação de sanções (como multas, interdição de atividades ou embargo de suas continuidades até que estejam ajustadas aos termos normativos). Este tipo de atividade usualmente é designado entre nós como *polícia administrativa*.

Sem embargo, tal espécie de atuação estatal tem, até mesmo, sinalização oposta à de serviço público. Deveras, enquanto este último se constitui em uma oferta de utilidades a cada qual dos administrados, ampliando-lhes assim suas esferas de desfrute de comodidades, as medidas em questão, inversamente, visam (em nome, é certo, do bem estar de todos) restringir, limitar, condicionar as possibilidades de atuação livre das pessoas, fiscalizá-las e penalizar os comportamentos infracionais, a fim de tornar exeqüível um convívio social ordenado.

A confusão que alguns fazem entre elas ocorre sobreposse quando estas providências limitadoras estejam radicalizadas sob titulações genéricas, tais as de *coordenação*, *articulação*, *gerenciamento* e quejandas. Estas dicções vagas -diga-se de passagem- vieram a disseminar-se amplamente entre nós a partir do momento em que, lamentavelmente, economistas e administradores ganharam incompreensível prestígio, ao ponto de lhes ser atribuída a redação de textos legislativos. Despreparados para tal mister, jejunos na linguagem técnica do Direito e inscientes da necessidade de precisão comunicativa que este demanda, introduziram uma terminologia fluida, altamente imprecisa e, sobretudo, carente de referenciais jurídicos já estabelecidos.

O uso desta terminologia vaga é propício a engendrar equívocos entre os menos avisados, pois os coloca perante expressões que, em Direito, carecem de especificação. Em face delas cumpre, então, que o exegeta, mais que nunca, volte diretamente sua atenção ao conteúdo regulado por leis ou atos que se servem das mencionadas rotulações, advertido de que nelas nada encontrará de útil para identificar os institutos jurídicos aí disciplinados, mas apenas uma fonte de obscuridade.

---

1. *Cf.*, nosso. "O Estado e a Ordem Econômica" in *RDA*, vol. 143, pp. 37 e ss.

2. *Cf.*, LOPES MEIRELLES, Hely, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, Ed. Rev. dos Trib., 1977, vol II, pp. 151-152; GRAU, Eros, *Elementos de Direito Econômico*, Ed. Rev. dos Trib., 1981, p. 103 e ss. e nosso "Contrato de Obra Pública com Sociedade Mista", parecer, in *RDP* 74, pp. 107 e sgs., nos 12 a 15, assim como, alguns anos antes, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, pp. 101 e sgs., 119, 122, 124, 135 e 141 a 143).

Feitas estas advertências em relação ao uso promíscuo da palavra *serviço* e, consequentemente, dos enganos que, por obra de leigos, faz refluir sobre a noção de serviço público, cumpre verificar e do modo mais simples possível qual sua acepção própria em nosso Direito, deixando de lado outros questionamentos que historicamente se puseram, quais os atinentes às suas acepções subjetiva, objetiva e formal[3].

4. Serviço público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público -portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais- instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo[4].

Consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade *material*, como oferecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, tratamento da saúde, ministério de ensino etc. Esta oferta é feita aos *administrados em geral*. Daí falar-se, com razão, no princípio da generalidade do serviço público. Diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade. Por isso Cirne Lima o conceituou como "o serviço existencial à sociedade ou, pelo menos assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de que ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"[5]. Léon Duguit, o criador da "escola do serviço público", chefe desta corrente que tanta influência teve no direito administrativo, o configurou como "indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante"[6].

O serviço público, pois, é uma dentre as diferentes espécies tipológicas de atividade estatal e perfeitamente distinto da cópia de atividades inicialmente referidas.

5. Isto posto, vejamos quando se caracteriza uma concessão de serviço público propriamente dita.

Para caracterizar-se uma concessão cumpre que o exercício da atividade pública *seja juridicamente transferido a outrem*; ou seja, que se irrogue a alguém titulação de direito para relacionar-se diretamente com os administrados aos quais prestará a atividade (assumindo a posição que, em princípio, competiria ao Poder Público), remunerando-se pela exploração do serviço, normalmente mediante cobrança de tarifas diretamente dos usuários. Daí havermos averbado em outra oportunidade:

---

3. *Cf.*, ao respeito nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, Ed. Rev. dos Trib., 1968, pp. 140 a 168.

4. *Cf.*, nosso *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Ed., 10a ed., 1998, p. 434. Não se fez menção à conceituação legal prevista no art. 2o da lei no 8.987, de 13-02-95, por ser praticamente imprestável aos fins a que se destina. Basta ver que, nos termos dela, se tomada tal como redigida, nos casos de dispensa de licitação, inexigibilidade ou mesmo de concessão irregularmente outorgada, isto é, procedida sem o atendimento deste requisito, a relação jurídica formada não seria uma concessão. Ou seja: houve confusão óbvia entre o necessário para caracterizar o instituto e seus requisitos de validade. Demais disto, foi feita imperdoável confusão entre concessão de obra pública e concessão de serviço público. Acresce que a característica indeclinável *exploração do serviço* só foi apontada para a concessão de "serviço público precedido de obra pública (para servirmo-nos da terminologia legal). Pela quantidade de erros grosseiros já se vê que deve ter andado por aí a mão de economistas ou administradores públicos na definição de concessão.

5. *Princípios de Direito Administrativo*, Ed. Rev. dos Trib., 5ª ed., 1982, p. 82.

6. *Traité de Droit Constitutionnel*, 2a ed., 1923, vol II, p. 55.

> É indispensável -sem o que não se caracterizaria a concessão de serviço público- que o concessionário se remunere pela exploração do próprio serviço concedido[7].

Na concessão, o Estado interpõe o concessionário entre ele e o administrado no que atina ao desempenho da atividade concedida. Dessarte será o concessionário -e não o concedente- quem terá, de direito, seu *imediato* encargo e, por isto, responderá ante os usuários por sua prestação, por sua boa qualidade ou pela insuficiência ou, ainda, por danos que lhes causar ou que atingirem terceiros. É perante o concessionário que os usuários reclamarão o que tiverem a demandar em relação ao serviço. Daí dizer-se que o concessionário age *em nome próprio*, assim como também se diz que o fará por sua conta e risco, vez que sacará a remuneração daquilo que a exploração do serviço proporcionar.

Note-se que tal situação jurídica é perfeitamente distinta daquel'outras em que o Estado apenas concerta com alguém o encargo de efetuar materialmente dada atividade, sem, todavia, investi-lo em titulação para relacionar-se diretamente com o administrados, pois não lhe transfere a responsabilidade imediata do serviço; tão somente serve-se do contratado para que o realize materialmente *para o próprio Estado*. Daí que as relações estabelecidas transitam apenas entre o Estado e o contratado, sendo os terceiros, *beneficiários delas*, estranhos à tal vínculo. Donde, nestes casos, o contratado nada tem a cobrar dos administrados, visto que não é com eles que se relaciona. Quem lhe paga é o Estado, sujeito a quem prestará o serviço do qual foi encarregado.

6. É o que ocorre, por exemplo, com a coleta de lixo domiciliar no município de São Paulo e, aliás, em geral, em múltiplos municípios. Trata-se de um serviço público, como é evidente. E é prestado ao Poder Público por empresas privadas. Sem embargo, trata-se de um simples contrato de prestação de serviços e não concessão de serviço público.

Nada importa, pois, que a atividade prestada seja em si mesmo um serviço público, pois, em hipóteses quejandas, o contratado será apenas um agente material do Estado e não um sujeito investido de poderes para relacionar-se, de direito, com os usuários e para remunerar-se pela exploração do serviço. Foi o que de outra feita anotamos:

> Cumpre alertar para o fato de que prestação direta do serviço não é tão-só aquela que materialmente se efetua por obra imediata dos próprios órgãos administrativos ou pessoas integrantes da estrutura estatal. Se assim fosse, o Poder Público -caso não pretendesse materialmente prestá-lo mediante um órgão ou entidade componente de sua intimidade jurídica- teria de valer-se, obrigatoriamente, da concessão ou permissão, pois estaria impedido de concertar com terceiros um mero contrato administrativo de prestação de serviços -como o de coleta de lixo domiciliar, por exemplo. Nos simples contratos de prestação de serviço o prestador do serviço é simples executor material *para o Poder Público contratante*. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários, e, de conseguinte, como o responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado -e o faz para si próprio- é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material.

7. *Curso de Direito Administrativo, cit.*, p. 456.

> Já, na concessão, tal como se passa igualmente na permissão *e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos*, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade[8].

7. Visto o que é concessão ou delegação de atividade pública a outrem, vejamos agora, o que é *polícia administrativa* e quais as hipóteses em que atos encartados no âmbito de tal atividade podem ser exercidos por particulares.

A atividade conhecida entre nós como *Policia Administrativa* -hoje estudada, preferentemente sob a designação de "Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade"- corresponde à ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao *exercício* da liberdade e da propriedade das pessoas, a fim de compatibilizá-lo com o bem estar social. Compreende-se, então, no bojo de tal atividade, a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade, apreensões).

Como é comum nas atividades dos sujeitos de direito, envolve tanto a prática de atos jurídicos, quanto a de atos materiais que os executam ou mesmo, em alguns casos, que os precedem, para que possam ser produzidos. Sem embargo, a tônica que corresponde à chamada "polícia administrativa" -opostamente ao serviço público e à obra pública- não é a prática de atos materiais, mas de *atos jurídicos expressivos de poder público*. Esta idéia está, de certo modo, parcialmente abrigada na observação de Rivero, segundo quem, a atividade de polícia "*se exerce principalmente por via de prescrições, gerais ou individuais*", ao passo que, o serviço público "*toma a forma de uma gestão*" (Droit Administratif, Dalloz, 3ª ed., 1965, pag. 363, nº 431).

Com efeito, o que o serviço público *visa*, o que tem por objeto, é algo *material*: fornecer água, iluminação elétrica, comunicação telefônica, telegráfica, recolhimento de lixo, tratamento médico, ministério de aulas etc. A realização de obra pública, igualmente, é a oferta de uma utilidade material: a rua, a estrada, a ponte, o viaduto etc.

O que a *polícia administrativa visa*, diversamente, é a expedição de *provimentos jurídicos*: atos que *habilitam* os administrados à prática de determinada atividade (licença de construir, licença para dirigir automóveis, autorização de porte de arma etc.) ou que, inversamente a *proíbe* (denegando os atos referidos) ou a *impede* (expedindo ordens, como ocorre quando o guarda de trânsito o desvia, obstando a circulação por vias congestionadas por algum acidente) ou, ainda, *sanciona*, se desatendidas as normas pertinentes (expedindo multas, determinando o embargo de atividades), quando constatada sua violação, o que ocorre como resultado de *fiscalização* do comportamento dos administrados.

8. Os *atos jurídicos* expressivos de *poder público*, de *autoridade pública*, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas, ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados (caso "exempli gratia", dos poderes reconhecidos aos capitães de navio).

Daí não se segue, entretanto, que *certos atos materiais que os precedem* não possam ser praticados por particulares, mediante *delegação*, propriamente dita, ou em decorrência de um *simples contrato de prestação*, por força do qual o contratado prestará a atividade

---

8. *Curso de Direito Administrativo, cit*., p. 457, nota de rodapé nº 4.

para o Poder Público, sem vínculo *jurídico direto* com os administrados e sem remuneração captada diretamente destes; ou seja: nos termos dantes referidos ao se tratar da distinção entre contrato de prestação de atividade e concessão dela.

Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de *credenciamento*. Adilson Dallari, em interessantíssimo estudo recolhe variado exemplário de *credenciamentos*[9].

Existe, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material *sucessivo* a ato jurídico de Polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de *executar materialmente* ato jurídico interferente apenas com a *propriedade dos* administrados; *nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados*. Tome-se, como exemplo, a possibilidade da Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalcitrar em providenciá-la por seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto. Ou seja: o Poder Público não estaria obrigado a proceder a demolição ou implosão do edificado ou a desobstrução da faixa marginal de rodovias mediante servidores públicos.

Até mesmo, conforme ao diante se dirá, pode surdir hipótese peculiar em que *atos jurídicos sejam expedidos por máquinas detidas por particulares*, sem que nisto haja violação ao direito ou a seus princípios básicos.

9. No estudo *supra* referido, Adilson Dallari ressalta que é necessário, em relação aos atos envolvidos na atividade de Polícia, fazer uma distinção:

> uma coisa é o reconhecimento oficial (mediante emissão de um ato jurídico administrativo) de que o interessado preenche os requisitos legais para construir ou dirigir veículo; outra coisa é a atividade técnica destinada a verificar se esse ato jurídico pode ou não ser emitido. Esta última atividade, de natureza instrumental, pode ser delegada; a primeira (segundo entendimento predominante na doutrina e que não cabe, aqui, discutir) é exclusiva de órgão dotado de fé pública, de prerrogativas inerentes ao poder público..., *op. cit.* pag. 30).

Logo em seguida, depois de transcrever manifestação de Alvaro Lazzarini sobre a privatividade de órgãos públicos no exercício de polícia, anota:

> Esse entendimento não impede a atribuição a particulares das atividades técnicas, instrumentais, de mera verificação, com base nas quais a entidade emitirá a declaração de conformidade (habilitando ao exercício de um direito) ou aplicará alguma sanção, no caso de desconformidade (*op. e loc. cits*.)

10. Em suma, cumpre, desde logo, distinguir entre atos jurídicos *expressivos de uma determinação de autoridade pública* e atos de *mera atividade material de fiscalização* e *de averiguação*, suscetível de ser *objetivamente feita*, maiormente quando passível de ser realizada por instrumentos *precisos*, como ocorre no uso de máquinas que, ademais, conservam *registrados* os dados apurados *para fins de controle governamental*.

Nestas últimas hipóteses, para as constatações requeridas ao exercício de atividade fiscalizadora, graças ao concurso da tecnologia moderna utilizam-se equipamentos sofisticados que ensejam aferições exatas, *libertas do subjetivismo inerente às avaliações humanas* e que, de outro modo, se faria presente, *quer quando efetuadas por servidores públicos, quer quando efetuadas por terceiros*.

---

9. *Credenciamento*, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, obra coletiva, Malheiros Ed., vol II, 1997, pp. 38 a 54.

Para execução desta atividade material, precisa por excelência e desde que retentora de dados para controle governamental, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada.

É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela *impessoalidade* (daí porque não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma *igualdade* completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

Assim, *nestes casos* em que o ato material *instrumental à prática do ato jurídico de polícia* se efetue por via de máquinas, ensejadoras de verificação objetiva e precisa, não há violência alguma a regra ou princípio de direito administrativo no fato de que sejam operadas por meio de particulares para tanto habilitados pelo Poder Público.

11. Note-se, finalmente, que se poderia, inclusive, reconhecer uma hipótese na qual até mesmo a expedição de *ato jurídico administrativo vinculado* poderia ser efetuada por máquina, conquanto detida por particulares. Seria o caso de *parquímetros* instalados por empresas privadas, sob contrato com o Poder Público, os quais, sobre registrarem estacionamento além do tempo habilitado, ao cabo dele, emitissem o próprio auto de infração. Que ameaça, que risco, haveria para a liberdade dos cidadãos em tal proceder? Que violência ocorreria no que atina à igualdade dos cidadãos, se o auto infracional *não estaria em tal caso relacionado com a vontade de particular algum*, mas surgiria como fruto automático da objetiva e impessoalíssima verificação efetuada por um engenho mecânico ou eletrônico? Qual a importância do recurso tecnológico pertencer a um particular ou ao Poder Público, ser ou não instalado pelo primeiro ou pelo segundo?

12. Deveras, a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda -se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, *porque* ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.

Ocorre, todavia, que se estiverem em pauta meramente *atos materiais instrumentais preparatórios, não haverá nisto atribuição alguma de poder* que os invista em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados. É o que basta para descaracterizar a comparência da aludida razão impediente, se consistirem na simples constatação de situação ou evento apuráveis de maneira absolutamente impessoal, objetiva e precisa, graças a equipamentos, propiciados pela moderna tecnologia que ensejem este resultado prezável. Ganha-se nisto maior proteção e garantia para os administrados contra violações à igualdade e contra perseguições ou favoritismos. A objetividade por eles proporcionada, comparecerá, de todo modo, indiferentemente, quer sejam operados por particulares ou pelo Poder Público, visto que tal virtude decorre da máquina e não de quem esteja dela encarregado.

Em suma: deixando de lado algumas hipóteses excepcionais e clássicas de exercício de atividade de polícia por particular (“exempli gratia”, atos desta espécie exercíveis por capitães de navio) é certo que particulares podem ser contratados para a prática de certos atos que se encartam no bojo da atividade de polícia, pelo menos nas seguintes hipóteses:

(a) para atividade *sucessiva* a *ato jurídico de polícia expedido pelo Poder Público*, consistente em sua mera *execução material*, se não houver nisto interferência alguma com a liberdade dos administrados, mas, tão só, com a propriedade destes;

(b) para atividades *materiais* que *precedam a expedição de ato jurídico de Polícia a ser emitido pelo Poder Público*, quando se tratar de mera constatação instrumental à produção dele efetuada por *equipamento tecnológico que proporcione averiguação objetiva, precisa, independentemente de interferência de elemento volitivo* para reconhecimento e identificação do que se tenha de apurar, com a retenção dos pertinentes dados para controle, a qualquer tempo, por parte da entidade administrativa competente.

Existe, finalmente, como dito, a hipótese - que na atualidade ainda se pode considerar peculiar - na qual *ato jurídico de polícia inteiramente vinculado* pode ser expedido por máquina que sirva de veículo de formação e transmissão de *decisão do próprio Poder Público* (caso de parquímetros que expeçam auto de infração), inobstante o equipamento pertença a um contratado e esteja sob sua guarda e manutenção. Não cabe aqui aprofundar demasiadamente o tema, por requerer considerações de certa amplitude, a fim de ubicá-lo no panorama geral dos atos administrativos[10] e definir sua compostura teórica.

Diga-se, apenas que, em nosso entender, o fenômeno aí ocorrente explica-se pela preposição do bem do particular ao jugo da "relação de administração", nos termos em que a configura Rui Cirne Lima[11], de tal sorte que, for força dela, poderá operar como veículo de expressão do Poder Público (não sendo, pois de cogitar-se de uma *delegação*).

Em sintonia com o pensamento do eminentíssimo autor sobre a noção de "relação de administração", em nosso entender, bens afetados a uma atividade pública (como ocorre na concessão, por exemplo) embora não passem, só por isto, à propriedade pública, ficam desde logo afetados pela sobredita relação.

Por força disto, não poderão ser distraídos da finalidade pública, não poderão ser penhorados etc. Ou seja: o bem passa a ser um instrumento da satisfação de uma necessidade administrativa e como tal se qualifica.

Eis porque dissemos que, no caso de parquímetros, de propriedade e sob guarda de empresa privada contratada pelo Poder Público, a expedição de multa por tais máquinas *não pressupõe delegação ao particular para a prática de ato jurídico de polícia*.

É que a multa estará sendo expedida *pelo próprio Poder Público*, através da máquina em apreço, a qual, estando gravada pela relação de administração, servirá de veículo para prolação do ato administrativo em questão.

Note-se que isto é possível por não haver aí atividade alguma do particular. A atividade deste se desenvolve apenas em relação à guarda e conservação do equipamento, *não na produção do ato, que é inteiramente automática*.

---

10. Em nosso *Curso de Direito Administrativo*, *cit.*, p. 222, n° 2 e 3, expusemos a possibilidade de atos administrativos serem praticados por máquinas e nos servimos precisamente desta hipótese como uma das razões que exibem a insuficiência dos critérios tradicionais de separação entre ato jurídico e fato jurídico, obrigando-nos a produzir o discrímen que entendemos capaz de apartá-los corretamente.

11. *Príncípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Sulina, 1954, 3ª ed., pp. 54 a 57 e 76 a 78, n° 3 e 4. Conforme corretamente ensinou este notável administrativista, relação de administração e propriedade podem conviver, caso em que a primeira domina e paralisa a segunda.

Aliás, o advento das máquinas modernas e sua utilização na esfera publica já hoje desperta a necessidade de revisitar certos conceitos tradicionais do direito administrativo, como bem o demonstrou, em excelente artigo, o eminente administrativista argentino Tomás Hutchinson en excelente artigo sobre o assunto[12].

12. "La actividad administrativa, la maquina y el Derecho Administrativo" in *RDP* nº 55-56, pp. 37 a 45.

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

"*El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción del servicio público tal como lo expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo*". Con estas palabras Gastón Jèze, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de París, iniciaba en 1925 el Tomo I de la 3ª edición francesa de su monumental obra sobre los principios generales del derecho administrativo, en la que desarrolló en buena parte los trabajos doctrinales y constitucionales de León Duguit y, principalmente, el pensamiento jurisprudencial francés de la época en torno a los principios constructores del derecho administrativo.

Hoy estas afirmaciones resultan a todas luces relativas y pueden generar cualquier tipo de discusión sobre su validez y aplicabilidad. Incluso, frente a la problemática de los servicios públicos, se duda si realmente el derecho público administrativo tiene alguna importancia práctica, cuando actualmente las modernas concepciones económicas rechazan que el Estado a través de su aparato administrativo gestione u opere servicios públicos, en cuanto se entiende que éstos son materia de la competencia económica y la iniciativa privada, por lo tanto objeto del derecho privado.

Existen entonces razones de fondo para proponer una aproximación a toda esta problemática, con el propósito de decantar las incidencias e impacto que han tenido las diferentes concepciones sobre los servicios públicos en ordenamientos jurídicos dependientes, como los nuestros, que aun no han logrado consolidar su identidad jurídica, lo que aunado a sus crecientes conflictos sociales y económicos y a la degradación de las clases sociales y sectores relativamente productivos hacen dificultoso la discusión en torno a problemas de esta índole a la luz por ejemplo de la teoría del mercado, o de la libre competencia, cuando realmente grandes sectores de la población requieren de mínimos vitales para su sobrevivencia que solo se logran a partir del mantenimiento de un régimen asistencialista, generando en consecuencia la necesaria convivencia de interpretaciones económicas de los servicios públicos con discursos intervencionistas inevitables, procurando consolidar un *sui generis* Estado Social de Derecho.

Para estos efectos, hemos retomado los trabajos doctrinales de la teoría clásica de los servicios públicos procurando identificar sus fundamentos básicos, no con el pretexto de justificarla y retomarla como ejemplo de bondades y de grandeza de una época trascendental para el derecho administrativo, todo lo contrario, como simple parámetro

evolutivo y creador de principios, de los cuales algunos hoy se preservan en el régimen jurídico colombiano de los servicios públicos, aunque obviamente reducidos ante el empuje y presión de las fuerzas de la economía del mercado y la iniciativa privada que han estructurado un importante contexto normativo de gran importancia e incidencia para la interpretación y análisis de los servicios públicos en todos sus sentidos.

Finalmente, estas discusiones tenemos necesariamente que referirlas al marco constitucional, no solo al articulado correspondiente a la materia, artículos 365 a 370 de la Carta, sino también y de manera principal, a los contenidos normativos superiores fundadores del sistema económico nacional en cuanto inciden en la lectura que podamos hacer de los principios y normas sobre la materia. Una aproximación académica a los servicios seria prácticamente imposible hacerla por fuera de la economía e incluso de la misma sociología, de aquí que el trabajo aborde estos contextos como sustentadores de las exposiciones en torno al alcance del régimen positivo de los servicios públicos. Debo recordar que el presente estudio se hace respecto a un sistema jurídico predeterminado, luego asumimos toda la responsabilidad frente al mismo y sus realidades.

II. LAS TENTATIVAS PARA CONSOLIDAR EL SERVICIO PÚBLICO COMO FUNCIÓN TÍPICA ADMINISTRATIVA LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS SERVICIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL

1. Los servicios públicos como expresión del interés general

Aproximarse a los servicios públicos desde la perspectiva clásica del derecho público administrativo significa abordar bajo una concepción eminentemente sociológico-jurídica uno de los aspectos más complejos de convivencia humana en un determinado conglomerado al que históricamente[1], incluso en los ordenamientos de la antigüedad[2], ha acu-

1. HOMO, León, *La Roma Imperial y el Urbanismo de la Antigüedad*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México 1956, pp. 1,2,3,4 y 452. Es necesario destacar desde la perspectiva de la dialéctica profunda de la historia política e institucional que en los ordenamientos anteriores al surgimiento del Estado, como lo fueron el romano o el griego, se dejaban ya visualizar algunas responsabilidades en materias de servicios en cabeza del que pudiéramos catalogar hoy como sector público, consistente en la asistencia a la población en aspectos considerados como básicos para el bienestar diario los que se prestaban de manera general, o en algunos casos de manera concreta, según la jerarquía del usuario de acuerdo con el derecho de la época. Bajo esta perspectiva, las atribuciones públicas en servicios públicos gozan de profundas e innegables raíces en el desarrollo de las instituciones, lo que ha permitido forjar a través de los Siglos, conceptos y regulaciones vinculantes para las autoridades y la población en torno a la prestación y características materiales de los servicios públicos. En caso de Grecia, sostiene HOMO, León, las reflexiones sobre el ordenamiento urbanístico y de servicios en la ciudad estuvieron a cargo de los filósofos. Los grandes filósofos del Siglo IV aplicaron a la vida de la ciudad la noción soberana de *nous* organizador. Platón, por ejemplo, dentro de una compresión general e integradora del urbanismo, comprende los incipientes servicios a cargo de las autoridades locales como el de defensa. ARISTÓTELES en sus reflexiones sobre la política, se refiere a otros servicios básicos para la comunidad local como los de higiene, defensa, condiciones de vida social y plazas públicas. En el Imperio Romano, la ciudad imperial (Roma) "... *aparece ante la historia con un doble carácter: fue, a la vez, una ciudad inmensa -con un millón a millón y medio de habitantes- y la capital de un Imperio lo que implicó un tratamiento diferente en obras y servicios tales como vías públicas y monumentos y la expedición de reglamentaciones especiales de tránsito, edificación e higiene. No obstante se advierte que muchos servicios o no existían como hoy los conocemos o se prestaban de manera restrictiva a determinados grupos sociales como el caso del acueducto..., Durante el Imperio, fue abundante el agua en Roma, pero no se distribuía a particulares por domicilios de una manera regular. Tener agua en casa era*

dido el hombre en procura de abrigo, protección, asistencia, mejoramiento de condiciones o niveles de vida y demás respuestas a sus necesidades como sujeto actuante y vital para la comunidad; respuestas que por si solo estaría en incapacidad de obtener por sus limitaciones y la complejidad del mundo circundante; resguardo que por tradición reclama del Estado, principalmente a través de su vinculación con la vida local, esto es, de su ubicación en un territorio -urbano o rural- que considera óptimo para alcanzar los niveles de satisfacción que le permitan sobrevivir y progresar en lo social, político, económico y cultural[3].

En este sentido, los servicios públicos se destacan entonces por ser un tema vinculado de manera irremediable al interés general; al hombre social como objeto de la acción efectiva de las autoridades administrativas, quienes tienen en sus manos la materialización de los propósitos y finalidades de la organización política, por lo tanto, una materia reductible al ámbito del derecho en cuanto generadora de normas, principios y reglas jurídicas tendientes a garantizar su prestación oportuna, eficiente y continua. Disposiciones de evidente carácter social que en la evolución del sistema continental o europeo, por regla general, significaron un acrecimiento al derecho público administrativo[4], es

---

un privilegio personal que durante la república, otorgaba el senado y, en la época imperial resultaba una gracia del emperador...," Algunos otros servicios como los de alumbrado y tránsitos públicos fueron deficientes y rudimentarios, por ejemplo en Roma, se prohibió el tránsito en las horas del día por lo estrecho de las vías. En materia de alcantarillado, se poseía una extensa y excelente red, pero limitada a las necesidades de las vías públicas, sin posibilidad de conexión con las casas o edificios privados para la disposición final de sus inmundicias.

2. MASSIMO SEVERO, Giannini, *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, pp. 9 a 25. Recuerda el profesor GIANNINI que con anterioridad a la institucionalización del poder no se puede hablar de administración pública ni mucho menos de una función administrativa, conceptos que surgieron precisamente con ocasión de los grandes cambios ideológicos producidos por la gran Revolución Francesa. En este mismo sentido, resulta inadmisible referirse al fenómeno estatal con anterioridad al surgimiento del Estado moderno, por esta razón sugiere identificar fenómenos como el romano como meros ordenamientos y no como Estados en los términos y sentido de la hora actual de la evolución de nuestro derecho. En este mismo sentido, puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Lengua de los Derechos, La Formación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1994. "*...No es extraño por ello que la Revolución Francesa tuviese efectos inmediatos sobre la lengua. Toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente..., Todo el sistema léxico de representación del mundo colectivo tuvo que sufrir...*" La Revolución Francesa fue sin duda una verdadera revolución lingüística que llevó a replantear muchos de los conceptos tradicionales del derecho y de la ciencia política.

3. Históricamente es en la ciudad en donde el ser humano en primer lugar ha procurado la atención a sus necesidades vitales, de aquí la vinculación primordial de los servicios públicos con la política territorial y urbana; la sujeción de cualquier decisión en la materia a lo dispuesto en las normas urbanísticas resulta fundamental en los actuales momentos de nuestra evolución institucional. Bajo esta consideración, el derecho administrativo urbano y el urbanismo como su ciencia fundamentada nos muestran el papel trascendental que desde los orígenes mismos de la humanidad cumplió la ciudad en la prestación de los servicios básicos a sus habitantes. Para estos efectos puede consultarse las siguientes obras: LIBERAN, Mario, *L´ origine delle cittá. Le prime comunita urbane del Vicino Oriente*, Editori Riuniti, Roma 1986, pp. 20 y 28. Se destaca por este autor los esfuerzos de una antigua comunidad mesopotámica por obtener servicios públicos fundamentales como el de acueducto para el uso comunal dentro del contexto de la ciudad. CHUECA GOITI, Fernando, *Breve Historia del Urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid 1974, p. 48. La ciudad, señala este autor, es el centro de todas las aspiraciones de la vida colectiva y en muchos casos de la misma humanidad, de aquí su relación indudable con los servicios, sobre todo, con los generales y fundamentales para la comunidad. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Urbanístico, Instituciones Básicas*, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza 1986, p. 8. Ante el crecimiento desproporcionado y desordenado de las ciudades, el urbanismo, por lo menos para las ciudades inglesas de la Revolución Industrial, aporta técnicas de ordenación general en aspectos tan importantes como los servicios públicos básicos para la población desbordada de los mismos. Se proyectan servicios de alcantarillado, suministro de agua potable, diseño urbano y de las viviendas desde criterios o estándares sanitarios, etc.

4. WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 105. En su concepción inicial francesa y en general en los ordenamientos bajo su influencia, la identificación de un servicio público de interés general implicaba la asunción de competencia por la administración bajo reglas, criterios y principios propios del derecho administrativo.

decir, compromisos institucionales fundamentales de los órganos y servidores públicos frente a la comunidad y excepcionalmente de los particulares autorizados para estos efectos[5]. Responsabilidades o atribuciones consideradas por su inmediatez y vinculación con los intereses del común de la naturaleza misma de la función administrativa en cualquier país civilizado[6].

Esta tendencia de publificación de los servicios públicos no constituyó un aporte del Estado Constitucional o de Derecho, sus fuentes surgen del devenir histórico del fenómeno estatal, en este sentido, se puede sostener que "*la noción de servicio público corre prácticamente en paralelo con la evolución histórica del crecimiento de las tareas estatales*[7]", aspecto este perfectamente detectable en la evolución misma del Estado absolutista, en cuanto que dentro de él constituyó la materia de los servicios públicos tema básico de las regulaciones de policía, en lo que se ha dado en llamar por la doctrina publicista como el fenómeno de la ciencia de Policía[8], en donde la pax pública[9], el interés general e incluso el progreso económico y social constituían aspectos centrales de estas regulaciones intervencionistas de los príncipes, reyes y emperadores o monarcas absolutistas[10].

Vencido el estadio histórico del ejercicio subjetivo y personalizado del poder, esto es, lograda la institucionalización del mismo, estas regulaciones en su mayoría se conservaron, fueron retomadas por el naciente derecho administrativo como funciones propias y naturales del poder ejecutivo, consolidando de paso la idea de interés general como base de toda actuación pública[11], no obstante que en los primeros momentos del Estado liberal burgués de derecho se negaba y resistía a concebir un sector público presente y actuante frente a las necesidades comunitarias[12].

---

5. JESÉ, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1948, t II-1, p. 3. La prestación de los servicios públicos puede estar a cargo exclusivo de la administración, de los particulares autorizados o conjuntamente entre administración y particulares.

6. JESÉ, Gaston, *op. cit, supra*.

7. PAREJO ALFONSO, Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, vol. I, Barcelona 1998, p. 498.

8. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Editorial Depalma, t II, Buenos Aires 1950, p. 3. "*...La noción de policía tiene una historia llena de vicisitudes. La palabra lleva el sello de su origen, que tuvo lugar en el renacimiento. Cuando pasó a Alemania, el vocablo* "*policía*" *significaba el buen estado de la cosa común..., que es el fin que debe perseguir la autoridad pública...*". NIETO, Alejandro, *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1986, pp. 69, 75 y 80. En el Estado Nacional Absoluto, a diferencia de las relaciones jurídicas medievales, el monarca asume la regulación global de las relaciones económicas y sociales en perjuicio de los privilegios señoriales y estamentarios. En este sentido, bajo el emblema de la protección a la generalidad, se fue consolidando un sistema jurídico intervensionista que se conoció como de la policía o de los asuntos del común y que propendía por *la salus pública* y el *bonne ordre*, dentro del cual se incorporaban entre otras muchas materias las relativas al buen funcionamiento de los servicios públicos.

9. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid, Madrid 1968, p. 147. Se entiende por *pax pública* no otra cosa que el título genérico que justifica el ejercicio y la intervención del soberano en las cosas del común, el justificante de su poder.

10. PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 43 y ss.

11. PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Concepto, op. cit. supra*, p. 46. Sostiene PAREJO que la ciencia de la policía constituye "un antecedente inmediato de la administración y del derecho administrativo en sentido contemporáneo...".

12. SOGGIA, Bruno, "Capitalismo", Publicado en *Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Incola Matteucci*, Siglo Veintiuno Editores, t I, México 1985, pp. 210 y ss. La posición política y funcional pasiva y neutral del Estado liberal de derecho correspondió en lo económico a la consolidación del capitalismo de la revolución industrial radicalizado en sus concepciones de libre mercado y competencia, regulados exclusivamente por las leyes de la oferta y de la demanda, fenómeno éste que en el caso ingles comprende el periodo de 1783 a 1802, en Francia 1830 a 1860, en los Estados Unidos 1843 a 1860 y en Alemania 1850 a 1873. PELLICANI, Luciano, "Estado

Abandonadas estas concepciones limitativas del papel interventor del Estado y, por lo tanto, de la administración en la problemática social, se avanzó en torno de configurar al Estado como administrador de servicios públicos y prestador asistencialista de respuestas a otras necesidades sociales no cubiertas por el hombre individualmente considerado, ni mucho menos por la iniciativa privada. Surge de esta manera la seguridad social a cargo del Estado, haciendo de éste el gran responsable de respuestas a la problemática social. En la realidad de las cosas, de un simple Estado inactivo en lo social y prestacional, se pasó en poco tiempo a uno administrador de servicios públicos y con el mismo impulso y motivación a otro administrador, prestacional y asistencialista, es decir, como lo identifica algún sector doctrinal, se llegó por obra de la dialéctica social a un verdadero Estado administrativo, en virtud de su ostensible crecimiento y fortalecimiento de las responsabilidades de esta función pública ejecutiva[13].

La realidad social, política y económica que siguió al surgimiento del Estado constitucional se caracterizó por sus altos grados de conmoción, decadencia y crisis del capitalismo burgués clásico y de su sistema político. La explotación desmedida de los trabajadores, el crecimiento desordenado de los conglomerados urbanos, los índices de pobreza y desatención a todos los niveles de la población, la expansión incontrolable del capitalismo industrial en detrimento de las condiciones de vida de los trabajadores, el rápido aumento de la población en condiciones de miseria motivaron la reacción del Estado, quien asumió un papel protagónico[14] y actuante ante la crisis, fortaleciendo su aparato administrativo, en consecuencia colocándose en una posición de prestador de servicios y benefactor[15], haciendo presencia y asistiendo a todos aquellos sectores sen-

---

de Bienestar", publicado en Diccionario, *op. cit. supra*, p. 614. El surgimiento del Estado de Bienestar constituyó la natural reacción política y jurídica en defensa de la igualdad frente al inhumano mercado autorregulado, donde no existían hombres, valores morales, sentimientos, sino mercancías, en consecuencia generador de pobreza, miseria, desocupación y alineación. El Estado en consecuencia se trasforma en garante y en actor de una justicia distributiva, de la seguridad, del pleno empleo y de regular los abusos en el mercado. RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, p. 26. El surgimiento del derecho administrativo se dio dentro de un régimen de economía liberal, en donde no se le reconocía al Estado mayor papel regulador o interventor en las problemáticas generadas en estas materias. La decadencia de este sistema aceleró los procesos políticos y de publificación del derecho con el aumento de las responsabilidades de los órganos administrativos frente a la comunidad.

13. CASSESE, Sabino, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Giulio Einaudi Editore, Torino 1991, pp. 10 y 11. Si bien es cierto que la doctrina alemana desarrolló el concepto de Estado Administrativo para identificar el papel estelar y principal que el poder ejecutivo había adquirido en el régimen intervensionista (KELSEN, SCHMITT), Cassese se opone rotundamente a tal denominación con argumentos estrictamente gramaticales y jurídicos. Los primeros, en cuanto a la carencia de un concepto cierto y adecuado de Estado y la segunda, en la medida en que la administración no está incorporada como tal en el derecho positivo.

14. CHATELET, Francois y PISIER-KOUCHNER, Evelyne, "As Concepcoes Políticas do Seculo XX". *Historia do Pensamento Político*, Zahar Editores, Rio de Janeiro 1983, pp. 151 y ss. Ejemplo indiscutible del papel actuante que debió asumir el Estado se puede observar en la gran crisis norteamericana de los años veinte y treinta del siglo XX, que llevaron a la adopción de decisiones políticas y económicas dentro del denominado New Deal del Presidente Roossevelt y que tuvo como fundamento los trabajos del economista y profesor KEYNES. El gran compromiso del ex gobernador de Nueva York al asumir la presidencia de aquel país consistió en sacarlo de la peor depresión de su historia, para lo cual el sistema económico de la libertad no le brindaba mayores instrumentos, razón por la cual decidió abandonar las ideas del *laissez faire* y del Estado limitado e inactuante acudiendo en su reemplazo a defender la responsabilidad colectiva y la existencia de una administración centralizada y poderosa para la defensa de los intereses generales.

15. Históricamente, el primer país que introdujo responsabilidades benefactoras o de Estado de Bienestar fue el imperio Alemán, en la época de Otto Von Bismarck. A finales de los años ochenta del Siglo XIX, creó un amplio sistema de seguridad social.

sibles de la sociedad, interviniendo, regulando, controlando y garantizando condiciones mínimas de existencia[16].

La administración que hasta ahora había mantenido un perfil de simple garantizadora del orden, se transforma en un sujeto actuante y decisivo para el bienestar público, creando en consecuencia los mecanismos institucionales indispensables para cumplir con estos nuevos cometidos. Como consecuencia, crece no sólo orgánica, sino también funcional y laboralmente; penetra sectores hasta entonces inexplorados y en muchos cosas reservados a la iniciativa privada; desarrolla mecanismos empresariales e industriales y, en algunos casos, figuras societarias, a través de las cuales se orientan recursos públicos para satisfacer las crecientes necesidades de la sociedad, buscando de esta forma acercarse al sector productivo de la sociedad incentivando en beneficio general[17].

2. Las razones históricas para el compromiso entre Estado y servicios públicos. La teoría de los servicios públicos

Las alteraciones políticas y sociales generadas por el capitalismo industrial y por la economía de mercado circunscrita exclusivamente a las leyes del mercado repercutieron en el ámbito del derecho, generaron reacciones profundas en las consideraciones y percepciones jurídicas de los fenómenos económicos y sociales, esto es, suscitaron, como lo habíamos advertido, transformaciones jurídicas inevitables, principalmente para el derecho público administrativo, que tuvo que asumir la elaboración de novedosos conceptos, principios y reglas frente a las responsabilidades atribuidas a las administraciones públicas.

No en vano autores como Diguit[18] en Francia y Forsthoff en Alemania proclamaron y reivindicaron para el objeto del derecho administrativo todas aquellas materias acrecidas por la administración pública, en razón de la problemática económica y social y que la vinculaban de manera directa con el cumplimiento de los propósitos estatales, en especial el de la atención y asistencia al interés general. "...*Allí donde hay Estado*..."

16. FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pp. 61 y ss; 63 y 65.

17. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit. supra*, p. 65. La administración moderna, sostiene este autor, traspasó los límites tradicionales de la soberanía y del funcionalismo propio del ejecutivo del Estado liberal clásico, asumiendo sectores económicos y productivos en nombre del interés general y para brindarle respuestas claras y efectivas a una comunidad desprotegida. En este sentido, nos encontramos ante "...*un cometido político de la más alta importancia*...", que debe ser mantenido con el fin de afirmar a la administración como un cuerpo eminentemente de acción.

18. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", *REDA* nº 26, julio-septiembre de 1980. Como construcción sociológica jurídica, en consecuencia profundamente teleológica y finalística, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por el profesor DUGUIT, León dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esta etapa del derecho público francés, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, constituyó la más brillante de la historia. La época de "...*madurez de la disciplina en que ésta no sólo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes hallazgos, sobre todo jurisprudenciales del Siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado*". DUGUIT significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que "...*desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público*...". En este sentido, el aporte de DUGUIT es amplio y se torna cabeza doctrinal del derecho público. Tratándose del derecho administrativo, es el pensamiento de Gaston JEZÉ, el que consolida la teoría del *servicio público* en cuanto a su concepto y la determinación del contenido de la administración pública.

declara Forsthoff en su tratado de derecho administrativo, "...*hay administración, y allí donde hay administración hay derecho administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del derecho, también una ciencia del derecho administrativo...*"[19]. De esta manera, se abrían las puertas en el derecho público alemán a lo que vino a ser la teoría jurídica sociológica de la procura existencial, en cuya base estaban sin lugar a dudas prestaciones básicas como las de los servicios públicos[20].

La doctrina francesa a partir de los trabajos de León Duguit[21] y con fundamento en las elaboraciones del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos[22] fue mucho más allá

19. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit. supra*, nota 16, p. 70.

20. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit. supra*, nota 16, pp. 61 a 68; 96 a 119; 473 a 480. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "La Administración Pública y el Concepto de Daseinsvorsorge", *R.A.P* n° 38, mayo-agosto de 1962. Puede consultarse así mismo SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, t I, Bogotá, 2002, pp. 97 a 101.

21. DUGUIT, León, *Traite de Droit Constitutionnel*, t II, Ancienne librairie fontemoing & Cia Editeurs, París 1928, pp. 59 y ss. Para el decano de Burdeos al interior de toda nación, dentro del límite de su territorio, se relacionan permanentemente gobernantes y gobernados. La gran característica de los gobernantes es la de que tienen en sus manos el monopolio de la fuerza, con el propósito fundamental de organizar y controlar el adecuado funcionamiento de los servicios públicos. Desde esta perspectiva, los servicios públicos se consolidan como un claro elemento del Estado. "*...es más, los servicios públicos constituyen el punto culminante de la teoría del Estado que podemos resumir en los siguientes términos: el Estado no es más como en otros tiempos la fuente de poder fundada en la soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizada y controlada por los gobernantes...*" (la traducción es nuestra) En este punto gravita todo el Derecho Público Moderno. Las relaciones entre los gobernantes y los gobernados giran alrededor de la solidaridad social, en este sentido a los gobernantes les corresponde actuar siempre en razón y mediante todas las formas de la solidaridad social sin distinción alguna. "La solidaridad se convierte en el factor esencial para el libre desarrollo de la actividad individual..." (La traducción es nuestra) *Les transformations du Droit Public*, París 1925.

22. La concepción clásica de los servicios públicos fue sin duda el trabajo estelar del pensamiento *ius-publicista* francés, originado en la llamada escuela de Burdeos. Desde el punto de vista de sus fundamentos jurisprudenciales, los trabajos sobre servicios públicos se fundan en diferentes pronunciamientos, tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos, el principal de éllos es el denominado fallo blanco, el cual ha sido considerado como la columna vertebral y piedra angular de la autonomía y consolidación del derecho administrativo como un derecho especial para la administración pública en el sistema continental o europeo de influencia francesa Arret *Blanco (18 de febrero de 1873. Tribunal de conflictos).* El asunto puesto a consideración del tribunal y la profundidad de sus razonamientos le dan a esta providencia un carácter sustancial y definitorio en torno a la autonomía del derecho administrativo, la universalidad del fallo le permitió servir de fundamento a gran cantidad de los planteamientos típicos del derecho público administrativo, incluso la justificación del criterio de los servicios públicos como determinante de la administración, su derecho, la jurisdicción contenciosa y los servicios públicos como elementos clave de cualquier análisis administrativo. Los hechos que fundamentan esta providencia no tienen nada especial frente a algunos otros, anteriormente resueltos por los tribunales. Lo importante de este fallo es que dio origen a un conflicto de competencias sobre la jurisdicción llamada a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Los sucesos ocurrieron en la ciudad francesa de Burdeos en el año 1872, Agnes Blanco, una pequeña de sólo cinco (5) años de edad, es atropellada y herida gravemente al atravesar una calle de aquella población por un carro transportador de tabaco, de propiedad de la fábrica estatal de este producto y conducido por cuatro de sus empleados. El padre de la menor, con fundamento en las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil franceses de la época inicia ante el Tribunal Civil de Burdeos un proceso de responsabilidad contra los cuatro operarios de la tabacalera, como coautores de las heridas producidas a su hija y contra el Estado francés como responsable civilmente por la imprudencia de sus empleados. La pretensión invocaba la responsabilidad solidaria tanto de empleados como del Estado y solicitaba una indemnización de cuarenta mil francos; el representante del Estado planteó el conflicto de competencia en el que argumentaba la incompetencia del Tribunal Civil de Burdeos para conocer de un asunto en donde una de las partes era el Estado, al que en razón de la ejecución de un servicio público se le demandaba su responsabilidad con fundamento en los principios del derecho privado. El Tribunal del Conflicto que conoció la impugnación se pronunció el 18 de febrero de 1873, en los siguientes términos en lo pertinente "*...La responsabilidad que le puede corresponder al Estado, en razón de los daños proferidos a los particulares, por sus empleados, en la prestación de los servicios públicos, no se rige por los principios consagrados en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil en lo que respecta a las relaciones entre los particulares. Esta responsabilidad, que no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los*

de una simple postulación de los servicios públicos como objeto de competencia administrativa y desarrolló a partir de ellos toda una concepción ideológica de amplias repercusiones jurídicas, políticas y sociales. Aunque la obra de Duguit es particularmente densa, constituye un todo homogéneo y continuo del que puede decantarse su idea impulsora, que en tratándose del derecho constitucional se circunscribe a la revisión integral de las concepciones dominantes sobre el poder y la soberanía y frente al derecho administrativo, su postulación como un derecho social edificante de los principios y criterios para satisfacer el interés general de la sociedad depositado en los servicios públicos.

Con fundamento en estos trabajos, se justifica al Estado no como un poder soberano detentador de la fuerza, sino a partir del criterio sociológico de la solidaridad y del interés general, que lo entiende como agrupación o corporación de individuos con poder de coacción suficiente para cumplir con las obligaciones y deberes para con la sociedad; actividades que se concretan en los llamados servicios públicos. Se abandona, por lo tanto, no solo la clásica definición de la soberanía nacional, sino que se reacciona de manera especial contra la teoría del Estado-poder o del Estado-persona jurídica como titular de la soberanía. El Estado, dentro de la teoría de Duguit, es tan sólo un concepto con el que se identifica a la sociedad con el poder político indispensable o coacción necesaria para el cumplimiento de sus deberes sociales, para la real y efectiva materialización de los servicios públicos a favor de la comunidad. El Estado soberano se justifica sólo si se transforma en una verdadera federación de servicios públicos, dentro de la cual la principal obligación de sus gobernantes es la de asegurar su funcionamiento.

De estos postulados se deducen dos claros principios básicos en el pensamiento de Duguit: El primero, de ostensible inspiración socio-jurídica, en cuanto legitima a las autoridades y al poder, con el propósito de que gobiernen para la sociedad y cumplan con las finalidades que se les asignan, satisfaciendo los servicios públicos, edificando de esta forma el sustento de la legalidad dentro de su teoría. El segundo, de carácter político, reconoce la existencia de un gobierno dentro de la sociedad, que requiere para su ejercicio el apoyo de la fuerza política o el poder de constreñimiento, capaz de impulsar el cumplimiento de los servicios públicos como fines esenciales en toda sociedad[23].

Se puede afirmar que Duguit explica la noción de servicio público como sustituta de la soberanía y configuradora del objeto del derecho público administrativo bajo preceptos sociológicos y morales: lo primero, en cuanto pone como centro para la edificación de conceptos jurídicos a la sociedad y sus necesidades (como demandante de servicios y al Estado como prestatario de los mismos); y lo segundo, como edificante del deber de satisfacción de los servicios en cabeza del Estado. Conforme a esto, el derecho administrativo es el producto de las necesidades sociales y de los sentimientos de justicia social, de donde se deduce que el elemento identificante del concepto de servicio público es el interés general y el bien común.

---

derechos del Estado con los de los particulares. Corresponde por lo tanto a la autoridad administrativa conocer y valorar tal responsabilidad y no a los tribunales ordinarios...".

23. PAREJO ALFONSO, Luciano, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 86 a 90.

3. El concepto jurídico de servicios públicos como función administrativa

Bajo las elaboraciones de esta concepción clásica, es decir, conforme a los lineamientos de la escuela de Burdeos, a los servicios públicos se los concibió como toda actividad de los sujetos u órganos públicos tendiente a la realización de las necesidades de interés general. En este sentido, el servicio público comparte elementos subjetivos y materiales; los primeros en cuanto *actividad de sujetos u órganos*, y el segundo, en cuanto *realización del interés general*, que es en definitiva el dominante, si se piensa que en últimas el servicio siempre será actividad independiente del órgano o persona que la desarrolle. De esta forma, el interés general como connotación teleológica termina convirtiéndose en elemento trascendental para el entendimiento del servicio público, en la medida en que prácticamente cualquier actividad, por regla general, persigue un fin determinado, sobre todo si nos referimos a las administrativas, que siempre buscan el cumplimiento de los propósitos estatales, o incluso la actividad de un particular cuando se compromete con una actividad de interés general[24].

Sobre el anterior entendimiento, es decir, siendo el servicio público un problema tanto orgánico como material teleológico de la administración pública, su régimen jurídico debe comprender todos estos extremos, así las cosas, el derecho administrativo desde este punto de vista será el de los servicios públicos, entendidos tanto orgánica como funcionalmente en el sentido apropiado para garantizar y asistir al interés general de la comunidad, de lo contrario seria inadmisible para la escuela de los servicios públicos, un régimen jurídico especial y particular de la administración pública como prestataria de dichos servicios públicos.

El derecho administrativo visto desde esta perspectiva engloba las reglas jurídicas, principios, normas y procedimientos del derecho público que rigen su prestación por los entes públicos, en contraposición a la prestación de dichos servicios públicos por los particulares, en cuyo caso se les aplicarían normas y principios propios del derecho privado, facilitando de esta forma la prestación regular y continua del servicio. Este régimen reviste características propias que lo hacen indiscutiblemente especial. Se observan particularidades del sistema jurídico administrativo en cuanto se advienen normas, principios y criterios diversos a los del derecho privado para regir la naturaleza de los funcionarios vinculados al servicio, los bienes utilizados para su ejecución, los recursos, la identificación de los poderes superiores o exorbitantes de la administración, la naturaleza de los actos expedidos por los agentes del servicio, la responsabilidad administrativa, la naturaleza de derecho aplicable a sus contratos y el reconocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para conocer de los litigios suscitados con ocasión del servicio. Excepcionalmente, de manera prácticamente marginal, la administración acudía al derecho común[25].

No obstante esta aparente definición y claridad en torno del régimen jurídico de derecho público administrativo generado por los servicios públicos, el problema principal en los sistemas jurídicos influidos por la doctrina francesa sobre la materia consistió preci-

24. WEIL, Prosper, *op. cit. supra*, nota 13, pp. 105. Puede consultarse a RIVERO, Jean, *op. cit. supra*, nota 12, p. 472. El sentido material de un servicio público está dado por toda actividad de interés general, aunque ningún órgano público estuviese especialmente encargado del mismo.

25. PAREJO, Luciano, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 90 a 94. Los planteamientos radicales de la escuela de Burdeos llevaron a que siempre que se identificara un servicio como público, obviamente bajo la responsabilidad de la administración, el mismo desde la perspectiva jurídica era objeto del derecho público administrativo, lo cual es síntoma inicial de su futura crisis.

samente en consolidar un criterio cierto y seguro para identificar de manera concreta cada servicio público a cargo de la administración, con el fin de someterlos plenamente al régimen especial de derecho administrativo, que se invocaba como propio, en razón de que el concepto trabajado por la escuela de Burdeos, por su generalidad, no brindaba la suficiente solidez y certeza jurídica para saber cuando debía o no aplicarse el derecho administrativo.

Para estos propósitos, se hicieron algunas aproximaciones a un criterio definidor del problema calificando algunos servicios como públicos, por la costumbre en su entendimiento, como servicios públicos o por su especialidad.

De esta manera, se habló de los tradicionales, como los de defensa y policía; técnicos, como los de correos, ferrocarriles y enseñanza; y, modernamente, en proceso de crisis del concepto, los llamados servicios industriales y comerciales.

Esta metodología, sin embargo, no fue suficiente, ni mucho menos generadora de seguridad jurídica, pues, por su generalidad, dificultaba permanentemente la labor, sobre todo del juez contencioso para determinar su competencia.

El concepto de servicio público se hace en consecuencia, relativo y dominado en muchas oportunidades por el subjetivismo, lo que lleva a incursionar en el ámbito de la arbitrariedad para su identificación, correspondiéndole en muchos casos al juez la calificación del fenómeno, llegándose muchas veces a conclusiones contradictorias e incluso absurdas ante fenómenos similares; en algunas oportunidades se calificaba como servicios públicos a determinadas actividades y, en otras oportunidades, se le negaba esta naturaleza.

Frente a esta inevitable situación de crisis, se habló entonces de la determinación de la naturaleza de un servicio como público, a partir de su asunción o conocimiento por la administración, o por el indudable carácter de interés general que se pudiera desprender del mismo. De todas formas, estas situaciones no eran otra cosa que síntomas evidentes de la profunda crisis, con que el concepto de servicio público había nacido a la vida jurídica según los trabajos de la escuela de Burdeos.

4. La crisis del concepto jurídico clásico de los servicios públicos como función administrativa

La crisis de la construcción de Duguit se produce a partir de la revisión de su principio general, en cuanto circunscribía al derecho público administrativo toda consideración jurídica sobre los servicios públicos. Esta revisión le abrió las puertas al derecho privado, hasta ahora considerado como regla de excepción en la apreciación de los fenómenos propios del servicio público.

El desmonte de los principios exorbitantes, característicos y especiales del derecho público en cuanto derecho de la administración prestataria de los servicios públicos, es asumido en gran parte por la aplicación del derecho privado a la administración pública, con ocasión de los servicios públicos y por la presencia de particulares colaborando en la prestación de los servicios públicos en un proceso de crecimiento incontenible de

carácter histórico, que obligó al Estado en algunos casos a colocarse en el mismo nivel jurídico de los particulares, con el fin de abordar tareas típicas de éstos[26].

El principio según el cual la actividad de los servicios públicos poseía sus propias reglas se rompe en beneficio del derecho común, circunstancia que arrastra el postulado de la jurisdicción competente, sustrayendo muchos asuntos del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa: la actividad de servicios públicos prestada al mismo nivel de los particulares, por la misma naturaleza del derecho sustancial que la gobierna, en caso de conflicto, el competente resultaba ser el juez ordinario.

La revisión en los planteamientos de la escuela de Burdeos lleva a reconocer que no es cierta la existencia de un derecho administrativo y de un juez único para la administración pública, que el derecho privado y los jueces ordinarios también pueden, dentro de la legalidad existente, aplicar y ser competentes para juzgarlas[27].

Si a esta realidad le aunamos el obligado reconocimiento que los seguidores de esta escuela tuvieron que hacer de la posibilidad de que el servicio público no fuera sólo responsabilidad del Estado, sino también de los particulares[28], encontramos que las verdades pregonadas se disolvieron con mucha mayor facilidad de lo esperado; lo mismo sucedió con la calificación de interés general. La jurisdicción, como lo anotamos, desbordó prácticamente el alcance del concepto y calificó en muchas oportunidades de *servicio público*, actividades sin claro contenido de interés general o de un beneficio predeterminado para la comunidad.

Bajo estos presupuestos, el concepto tradicional y clásico de servicio público, que implicaba la existencia de un interés general vinculado a la acción del aparato estatal y sujeto a un régimen jurídico especial, se derrumbó totalmente. Tanto material como orgánicamente, se reconocen otras realidades como propias del derecho administrativo y además se acepta que la actividad pública no es exclusiva del Estado, que los particulares también pueden ejercitarla y que el régimen jurídico y el juez competente de la administración también lo pueden ser los de los particulares, sin dejar de ser administración en cuanto acudan a procedimientos de derecho privado, si se requieren para cumplir con los servicios públicos[29].

El fracaso de la escuela de Burdeos se atribuye a haber colocado como centro de toda definición de los fenómenos propios del derecho público a los servicios públicos, no obstante haber impulsado el carácter finalístico y teleológico de la actividad pública. En

---

26. CASSESE, Sabino, *La costruzione del Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito.Publicado en Trattato di Diritto Ammistrativo*, tomo primo, Giuffré Editore, Milano 2000, p. 54.

27. PAREJO, Luciano, *op. cit. supra*, nota 10, p. 98. "*...Por ello mismo, cuando la realidad forzó paulatinamente a reconocer que tal planteamiento no era correcto, sencillamente porque el derecho privado podía no limitarse a ser un derecho sólo excepcionalmente aplicable a la actividad de la administración, comenzó la quiebra misma del servicio público. Se trata, pues, de una quiebra inducida no por la subversión de los principios jurídicos mismos articuladores de la teoría, sino por una ruptura de los íimites cuantitativos en que había querido encerrar la aplicabilidad a la administración del derecho privado...*".

28. WEIL, Prosper, *op. cit. supra*, nota 4, p. 102. En el derecho Francés desde 1920 al concepto de gestión privada de un servicio público por autorización de la administración, se añadió el de servicio público con gestión privada, esto es, enteramente sometido al derecho privado.

29. JESÉ, Gastón, *op. cit. supra*, nota 5, pp. 4 a 7. Las autoridades para la prestación del servicio público por regla general acuden a procedimientos de derecho administrativo, sin embargo, si lo requieren pueden acudir a los del derecho privado. "*...Los agentes públicos para hacer funcionar un servicio público, pueden o deben servirse de los procedimientos del derecho público, pero no siempre están obligados a hacerlo. A veces, si así lo prefieren, tienen la facultad de utilizar los procedimientos del derecho privado. Por ejemplo, para conseguir personal de un servicio público propiamente dicho, existe, junto al contrato de derecho privado (locación de servicios personales), el procedimiento de derecho público (nombramiento o requisición)...*".

la actualidad, podríamos afirmar que los servicios públicos como tales no son más que funciones que, conforme a la legalidad, le son asignadas a los órganos o sujetos públicos o privados para el cumplimiento de los fines estatales.

Los servicios públicos, en lo que tienen que ver con la relación entre la legalidad y la sociedad, son modalidades de atribución contenidas en las funciones públicas sujetas al cumplimiento de las finalidades estatales.

Como lo destaca el profesor Rivero, la ecuación entre régimen jurídico del servicio público y derecho administrativo nunca fue de la exactitud propuesta por la escuela de Burdeos, ni siquiera durante el tiempo en que sus planteamientos tuvieron vigencia, en cuanto la misma jurisprudencia francesa la excepcionaba reiteradamente en razón de la naturaleza de los asuntos, como en el caso de los servicios públicos industriales o comerciales, o en los eventos en que el servicio le era encomendado a particulares por la vía de la concesión o de gestión privada del mismo[30].

5. La concepción de los servicios públicos en Colombia. La prestación y el régimen jurídico. Evolución hasta su consolidación como una función administrativa

Las grandes discusiones políticas, jurídicas y sociales expuestas a propósito de los servicios públicos y de las responsabilidades estatales en la materia no se dieron en Colombia de manera simultanea, ni con su misma intensidad a la que se dio en la historia europea. El capitalismo industrial y el libre mercado, no obstante el carácter pasivo del Estado colombiano en materia de intervención social y económica, no lograron penetrar las incipientes estructuras sociales y económicas colombiana del Siglo XIX, con la misma características que se dieron en el viejo continente. La realidad agrícola y minera de nuestras estructuras económicas retardaron los efectos del capitalismo libertino en la sociedad colombiana, a pesar del predominio del modelo liberal de desarrollo que culturalmente se arraigaba bajo la concepción de que el desarrollo económico era en esencia responsabilidad de los particulares. Lo anterior, sin embargo, no fue óbice para que se dieran algunas situaciones de intervención del Estado en la economía, no dentro de los marcos ideológicos expuestos anteriormente, sino por el contrario, sobre la base de situaciones coyunturales y particulares más de carácter político-paternalista que económicos[31].

Lo anterior explica la inclusión en los textos constitucionales de la República de atribuciones relativas a servicios públicos bajo la responsabilidad de los entes públicos, generando en consecuencia una especie de régimen mixto para su prestación, en cuanto era factible que algunos de ellos fueran asumidos por la iniciativa privada, sin embargo,

30. RIVERO, Jean, *op. cit. supra*, nota 12, p. 478.

31. MELO, Jorge Orlando, "La Evolución Económica de Colombia", publicado en *Nueva Historia de Colombia*, t II, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá 1989, p. 84. Si bien es cierto que la característica económica dominante de la Colombia del Siglo XIX fue la de una comunidad sumida en el modelo liberal, que dejaba las puertas abiertas a la iniciativa privada, fue común que el Estado interviniera y participara en la actividad económica que había existido durante la época del gobierno español. Así mismo, se justificaba este tipo de actuaciones unilaterales, con el propósito de obtener mayores recaudos para el fortalecimiento de los ejércitos a través de políticas aduaneras y de tarifas en el comercio exterior, al igual que para efectos de la beneficencia pública, que daba dividendos políticos e impedía que se pudiera objetar el papel del Estado en razón de su debilidad. "*...Esto explicaba la resistencia de los primeros gobiernos, pese a las explícitas manifestaciones de fe en lo que podríamos llamar un modelo liberal de desarrollo, a reducir las tarifas aduaneras, los impuestos internos y sobre todo a entregar a los intereses privados monopolios tan productivos y atractivos como los del tabaco y el aguardiente...*".

los de gran envergadura como las obras públicas, de fomento o de comunicación terminaban siendo financiados por el Estado, en razón de sus altos costos y la falta de capitales nacionales suficientes para sufragarlos. El Estado creó así mismo incentivos, estímulos y apoyos a la iniciativa privada mediante subsidios, concesión de monopolios, adjudicación de baldíos, etc., buscando que estos se hicieran cargo de algunos servicios u obras de impacto en la comunidad. En esta misma dirección, el servicio de la educación elemental que en parte lo asumió la iniciativa privada religiosa, pero que por aquella época nunca fue suficiente frente a las necesidades reales de la población[32].

Una simple lectura de los textos constitucionales nos podrá dar una idea de los esfuerzos de nuestros primeros constituyentes y legisladores para crear suficientes incentivos en los particulares, con el propósito de que asumieran las responsabilidades propias de los servicios públicos por aquella época esenciales a la comunidad. El énfasis que se observa en las primeras constituciones es el de fortalecer el servicio público de la educación en manos de particulares: En la Constitución de Cúcuta de 1821 se dispuso en su artículo 55 N° 19 que era una atribución exclusiva del Congreso la de "...*Promover por leyes la educación pública y el progreso de las ciencias, artes y establecimientos útiles; y conceder por tiempo limitado derechos exclusivos para su estímulo y fomento...*". En la Carta de 1830, se retoma en el artículo 36 N° 16 esta competencia del Congreso, agregando que la promoción educativa lo será también para universidades y colegios nacionales. La Constitución de 1832, en su artículo 74 N° 15, reproduce en materia educativa el texto de la de 1821, sin embargo, a diferencia de las anteriores, le trasladó a las autoridades locales, en cabeza de las Cámaras de Provincia, una muy interesante atribución en su artículo 160 N° 9, que ampliaba la promoción a la iniciativa privada a otros tópicos como los de las obras de interés general y los servicios de asistencia pública, el de "...*Promover el adelantamiento y prosperidad de la provincia, su policía interior, obras públicas y cualesquiera establecimientos de utilidad, beneficencia y comodidad, costeados y sostenidos de sus propias rentas...*". El texto constitucional de 1843 coherente con esta línea de estímulos a la iniciativa privada y en favor del interés general, estableció en el artículo 67 N° 13 como atribución del Congreso la de "...*Conceder por tiempo limitado privilegios exclusivos, o las ventajas o indemnizaciones convenientes, con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o el establecimiento de artes o industrias desconocidas en la Nueva Granada, así como el adelanto de las artes o industrias ya conocidas...*"

La Constitución Política de 1853 dentro de un contexto mucho más conceptual y de amplio contenido liberal que las anteriores, tiende a crear mayores mecanismos de fortaleza a la incipiente iniciativa nacional, con el propósito que asumiera compromisos con las obras y servicios nacionales. Para estos efectos, reconoce como derecho de todos los granadinos garantizado en el texto mismo de la Carta, artículo 5 N° 4, "...*La libertad de industria y de trabajo con las restricciones que establezcan las leyes...*". Por otra parte, autoriza al gobierno de la República en el artículo 10 N° 13 a "...*Conceder privilegios exclusivos, u otras ventajas o indemnizaciones, para objetos de utilidad pública, reconocida que no tengan carácter puramente provincial...*". La Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858 diseñada en esta misma dirección ideológica, se esfuerza en el artículo 15 N° 14, al referirse a las competencias exclusivas del gobierno general, por establecer reglas que garantizan la libertad del comercio.

32. MELO, Jorge Orlando, *op. cit. supra*, nota 31, p. 86. La realidad económica de los particulares que se caracterizaba por la carencia de capitales significativos fue unas de las grandes frustraciones a la iniciativa privada en muchos sectores de la vida económica nacional y local.

Así mismo, le reconoce tanto al gobierno de la confederación como de los estados en el artículo 16 numerales 1 al 3, el fomento de la instrucción pública, el servicio de correo y la concesión de privilegios exclusivos o de auxilios para la apertura, mejora y conservación de las vías de comunicación, tanto terrestres como fluviales. Complementa esta base de incentivos a la iniciativa privada el artículo 29 N° 10, al otorgarle competencias al Congreso Nacional para conceder privilegios y auxilios para promover la navegación fluvial a vapor, construcción de caminos de hierro, carreteros o de herradura que pongan en comunicación el interior de uno o más estados con los ríos navegables, puertos de mar, o con las naciones limítrofes. Por otra parte, desde la visión de los derechos de los habitantes y transeúntes de la confederación, se proclama en el artículo 56 N° 6 la libertad de industria, comercio y trabajo con las limitaciones de la ley, y en el N° 7 la de dar y recibir instrucción en establecimientos que no sean costeados con fondos públicos.

El punto culminante de este esfuerzo del modelo liberal de desarrollo por crearle condiciones óptimas a la iniciativa privada se observa en la Carta Política para los Estado Unidos de Colombia de 1863. El énfasis de aquel constituyente en el artículo 7 de texto fundamental, se hizo en dirección a proscribir formas limitativas al libre mercado de la finca raíz. Reconoció en el artículo 15 Numerales 9 y 11, derechos fundamentales similares a los de la Constitución de 1858 en materia de libertad de comercio, industria, trabajo y educación. En el artículo 18 numerales 1 al 4, reconoció como servicios comunes del gobierno general y de los estados, los de fomento de la instrucción pública, correos, cartografía y topografía y civilización de los indígenas. Por último, en el artículo 49 N° 8, establece como atribución exclusiva del Congreso la de "...*Conceder privilegios y auxilios para la navegación por vapor en aquellos ríos y aguas que sirvan de canal para el comercio de más de un estado, o que pasen al territorio de nación limítrofe...*"

La Constitución Política de 1886 en su versión original no se caracterizó precisamente por su naturaleza interventora y reguladora de la actividad privada, industrial o comercial, ni mucho menos de la economía de mercado. Su contextura ideológica era la del liberalismo clásico del *laissez faire*, aspecto este que comparte con todas las anteriores cartas fundamentales del Estado. Por esta razón, no son muchas las referencias que en ella se hacen a los servicios públicos en el sentido de prestaciones al interés general y comunal[33]. A título de servicios, objeto de fomento y como responsabilidad de las asambleas departamentales, esta Constitución se pronuncia en el artículo 185 sobre la instrucción primaria, la beneficencia, la industria, la apertura de caminos y canales navegables, la construcción de vías férreas, la canalización de ríos, entre otros. Respecto de la educación primaria, la declara obligatoria si es prestada con cargo al presupuesto público, de todas maneras la totalidad de la educación la supedita a la organización y dirección de la iglesia católica.

Dentro de este contexto histórico e ideológico institucional del Estado colombiano, resulta difícil sostener que respecto del tema de los servicios públicos el legislador, la doctrina o la jurisprudencia nacional hubieren abierto el debate sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos. El carácter de Estado pasivo e individualista, en que se sumió la organización política nacional hasta bien entrado el Siglo XX, con dependencia endémica de una concepción liberal de la economía y del manejo de lo público-social

33. Debe advertirse que la Constitución de 1886 cuando se refirió a los servicios públicos lo hizo en un sentido diferente al que actualmente le damos al mismo. El constituyente de 1886 se acercó a un concepto de servicio público influido por la obra de J.J. ROUSSEAU, en donde se relacionaba con todos los asuntos del común en contraposición a los asuntos de interés privado.

hacia imposible un debate de esta naturaleza, quedando planteada en consecuencia una especie de regla general, según la cual si los particulares asumían la prestación de un servicio público, lo hacían bajo las reglas, principios y normas propias del derecho al cual naturalmente se sujetaban como lo era el privado.

Así mismo se debe reconocer que desde la perspectiva jurisdiccional, este debate nunca se dio por aquella época ante la ausencia de una jurisdicción especializada llamada a controlar la administración pública al estilo continental o europeo de influencia francesa. La jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo tan solo surge en Colombia a partir de 1914, con la vigencia de las Leyes 130 de 1913 y 60 de 1914 y en ellas el tema de los servicios públicos no fue objeto de tratamiento alguno[34]. Los servicios públicos resultaron relevantes para la jurisprudencia del Consejo de Estado en la década de los sesenta del Siglo XX, a propósito de las competencias de esta corporación en materia de contratos administrativos, en donde constituyó un importante criterio para su definición jurisprudencial, pero nunca como una teoría definidora del derecho público nacional como ocurrió en Francia[35].

Lo anterior, sin embargo, no constituyó limitación alguna para que la realidad fáctica de la ausencia de servicios públicos generara la reacción de las autoridades administrativas, en especial las locales[36], obligándolas a la adopción de respuestas a esta problemática a partir del esfuerzo propio y con cargo a sus limitados presupuestos públicos, dando lugar así al surgimiento de las primeras manifestaciones de una vinculación entre función administrativa y servicio público, que el sistema se negaba a aceptar como una realidad económica y política. Por otra parte, en el ámbito nacional, se produjeron algunos pronunciamientos legislativos hacia finales de la década de los años veinte, que buscaba intervenir en aspectos fundamentales de los servicios públicos; disposiciones de carácter imperativo de estricto derecho administrativo, diseñadas en época de conflicto aunque sin una base constitucional de intervención definida y cierta, en cuanto el sistema no ofrecía alternativas o instrumentos de acción efectiva, los cuales se vinieron a dar con la primera gran reforma a la Constitución en el año de 1936[37].

La ausencia de una definición jurídica sobre los servicios públicos básicos para la población y de políticas administrativas frente a su prestación, producto del desinterés ideológico del pensamiento liberal del *laissez faire*, colocaron en situación precaria y prácticamente de inexistencia su prestación a la creciente población urbana del país[38]. Los particulares que asumieron algunas de estas responsabilidades sociales, principalmente bajo la modalidad de concesión, lo hicieron de manera rudimentaria y dirigidos a

34. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *op. cit. supra*, nota 20, p. 323.

35. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá 1994, p. 173.

36. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina", Universidad Nacional de Colombia, Servicios Públicos Domiciliarios Publicado por el Ministerio de Justicia y el Derecho, Bogotá D.C. 1997, p. 27. Se destaca en esta investigación como ante la insatisfacción general de tarifas, cobertura, eficiencia en la prestación, algunas entidades locales asumieron con la colaboración de los departamentos, la prestación de ciertos servicios básicos para la población, en algunos casos directamente y, en otros, a través de figuras mixtas.

37. Ley 113 de 1928 sobre utilidad pública en materias de aguas y regulación de tarifas.

38. MELO, Jorge Orlando, *op. cit. supra*, nota 31, p. 70. La ausencia de unos servicios públicos debidamente organizados y eficientes llevó a la proliferación de epidemias y enfermedades durante el Siglo XIX. La característica de nuestras ciudades era por aquella época la de centros urbanos acumulados de desechos, basuras y sin tratamiento alguno de aguas y alcantarillados. Sólo a finales del Siglo comenzaron los centros urbanos más importantes a introducir servicios públicos con ostensible abandono de los sectores rurales. Sostiene este investigador retomando a HETTNER, *Viaje por los Andes*, p. 66, que en ciudades como Bogotá, Capital de la República, por 1880 "... *las cloacas eran todavía canales abiertos que corrían por la mitad de la calle. El agua se obtenía en fuentes públicas...*" ¿Qué pensar entonces de otros menos importantes?

sectores de la población que podían generarles lucro con su prestación, lo cual propició el fenómeno de la *prestación clasista o de elite*, en servicios que por su naturaleza debían llegar sin distinción a todos los sectores de la población, como en la mejor época del Imperio Romano.

La vigencia de este orden constitucional hacía que la prestación de los servicios públicos quedara prácticamente bajo el control y dirección de los particulares, muchas veces asociados al capital extranjero. En cuanto al vínculo jurídico de la concesión, con el que generalmente se vinculaba el operador al servicio, no le otorgaba a las autoridades la exorbitancia y los demás instrumentos de derecho administrativo indispensables para imponer y hacer respetar el interés general sobre los intereses de los contratistas. El sistema definitivamente se caracterizaba por la ausencia de intervención, regulación, control o inspección de carácter significativo por parte de las autoridades administrativas nacionales o locales. El régimen de tarifa, ampliación de redes y coberturas quedaban en muchos casos a la iniciativa de los prestadores particulares, sin ninguna injerencia estatal y sí dependiendo de sus intereses y deseos de lucros significativos con su actividad privada[39].

Las grandes transformaciones ideológicas durante la vigencia de la Constitución de 1886 se produjeron partir de la Reforma Constitucional de 1936, que le abrió las puertas al Estado intervencionista y activo frente a la problemática social y económica, lo cual generó efectos inmediatos en la política y manejo de los servicios públicos, sobre todo si se tiene en cuenta que esta reforma tuvo como gran ideólogo al maestro Darío Echandia[40], por entonces Ministro de Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo y seguidor dilecto del pensamiento del decano de Burdeos León Duguit. Precisamente la exposición de motivos presentada por el gobierno para sustentar el abandono del Estado individualista[41], vigilante e indiferente, por la de un Estado actuante y decisorio en materias económicas y sociales se funda sustancialmente en los trabajos de Duguit y su particular concepto del interés general como dominante de toda actuación pública y administrativa, en especial como determinante de los servicios públicos en la base de toda decisión estatal[42].

El proyecto de reforma se consolida con la expedición del Acto Legislativo N° 1 del 6 de agosto de 1936, que dio un giro sustancial al carácter individualista del Estado, consolidando el interés general como determinante de la actuación y decisiones públicas: Art. 10. Se autoriza la intervención del Estado en la explotación industrial o en las empresas públicas o privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, con el propósito de dar a los trabajadores una justa protección -Art. 11-. Se garantizó la libertad de educación trasladándole al Estado, funciones admi-

---

39. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina", *op. cit. supra*, nota 36, pp. 25 a 27.

40. *V.*, la exposición de motivos al proyecto de reforma constitucional puesto a consideración del Congreso Nacional por el Ministro de Gobierno Darío ECHANDIA, en septiembre de 1934. Anales de la Cámara de Representantes, n° 55, sep 25 de 1934.

41. VIDAL PERDOMO, Jaime, "La Reforma Constitucional de 1936, un Programa Liberal", Prólogo al libro *La Reforma Constitucional de 1936* de TIRADO MEJIA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982, pp. 8 a 11. "*...Echandia, conocedor de las tesis de León Duguit y de las nuevas instituciones, lo advierte explicando que el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualista de los derechos privados que distingue a la Constitución de 1886 por otra que considera que el derecho individual debe ejercitarse como una función social y debe tener como límite la conveniencia pública...*".

42. TIRADO MEJÍA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, *La Reforma Constitucional de 1936*, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982, pp. 313 a 314. Puede consultarse las interesantes discusiones que se dieron en el Congreso de la República durante el trámite de la reforma en torno al pensamiento de León DUGUIT, debate de la Sesión Plenaria del 9 de enero de 1936.

nistrativas de inspección y vigilancia con el fin de que cumpliera con sus propósitos -Art. 14-. Se estableció como obligación del Estado el de asistencia a los menos favorecidos -Art. 16-. Como puede observarse, las bases para un régimen coherente en servicios públicos para la población bajo la óptica de constituir los mismos fenómenos propios del poder administrativo de Estado, quedaron determinados con la reforma a la decadente Constitución de 1886, obviamente sin que esto impidiese que la ley determinara los criterios, oportunidades e incluso régimen con que los particulares podían colaborar en el desarrollo de esta función que por regla general se radicaba en el poder público.

Con fundamento en la nueva concepción intervencionista del Estado colombiano, se expidieron inicialmente y ante la crisis de los servicios públicos las Leyes 65[43] y 109 de 1936[44], que en su conjunto constituyeron el inicio en Colombia de la concepción administrativa de los servicios públicos, en cuanto determinó las responsabilidades nacionales y locales en la materia y en consecuencia la conformación de todo un acervo de disposiciones legales fundamentadoras del ejercicio de los servicios públicos, al igual que un conjunto de disposiciones reglamentarias complementarias de estas funciones. A estas primeras decisiones sistematizadoras del derecho administrativo de los servicios públicos siguieron otras que fortalecieron esta línea de acción institucional y que se concretaron en el diseño de todo un sector descentralizado nacional[45] y local por servicios[46], que asumieron el manejo de los servicios públicos en todo el territorio nacional y en los principales conglomerados urbanos.

Esta tendencia a fortalecer el papel del Estado en la prestación de los servicios se intensificó con los Actos Legislativos 1 del 16 de febrero de 1945 y 1 del 11 de diciembre de 1968, en especial en esta última reforma constitucional en la que se le puso orden a la reglamentación de todo el sector descentralizado por servicios, esto es, al principal instrumento orgánico del Estado para hacer frente a las necesidades públicas en la materia. Precisamente con estas nuevas bases constitucionales, se rediseñaron los sectores descentralizados nacionales, departamentales y municipales. Se expidió la reforma administrativa de 1968 -Decretos 1050 y 3130-, que definió el marco conceptual y el papel en la prestación de servicios de los establecimientos públicos, empresas industriales y sociedades de economía mixta, reforma que permaneció hasta la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, no obstante la vigencia de la Constitución Política de 1991. El gran aporte de las transformaciones constitucionales y administrativas de 1968 radican precisamente en que lograron consolidar el aparato administrativo de los servicios públicos en el territorio nacional, en otras palabras, el concepto de servicios públicos como una función administrativa[47].

La Corte Constitucional, a propósito de la concepción sobre los servicios públicos establecida en la Carta de 1991 y estudiando los fundamentos superiores de los mismos, ha proporcionado elementos suficientes para destacar el carácter finalístico de los mis-

43. Le asignó atribuciones al Estado y a los municipios en asuntos relativos al agua potable. Creó un fondo de participación departamental y municipal, con el fin de garantizar la financiación pública de infraestructura relativa al agua potable: consagró al Ministerio de Obras Públicas como el órgano de inspección y vigilancia del sector.

44. Sobre suministro de energía eléctrica.

45. Surgen entidades nacionales de carácter descentralizado como INSFOPAL, INAGUAS, ICT, entre otros.

46. Se crean en la gran mayoría de los municipios del país, las famosas empresas de servicios públicos o empresas de servicios varios, en donde se concentraban la totalidad de funciones y sectores relativos a los servicios públicos fundamentales y principalmente a los que hoy denominamos domiciliarios.

47. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.E. 1970, pp. 218 y 219.

mos dentro de la estructura jurídica colombiana, por lo tanto, su razón de ser, dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República. En este sentido, se definieron las que en nuestra opinión constituyen las más claras bases del sistema de los servicios públicos en el Derecho Colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de los servicios públicos, asumiendo una posición social, aunque sin comprometerse la Corporación con una tesis sobre la naturaleza privada o pública de su prestación, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y continuamos sumidos en un régimen profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable.

> *...La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca, sino la de ciudadano-servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicios públicos trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado, cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros...*[48]

Los anteriores planteamientos doctrinales se inspiran en las bases sustentadoras del Estado Social y Democrático de Derecho, definidos por el constituyente de 1991. Para la Corte, nuestro sistema de principios y valores, esto es, la más amplia y consistente base sobre la cual se soporta la Carta Política de los Colombianos reconoce al individuo como el centro de toda la actuación del Estado y de los particulares. Prácticamente el hombre pasa a configurar un fin en sí mismo para quien asuma las responsabilidades en servicios públicos, con el propósito de defender su dignidad humana y su derecho a la realización personal dentro de una sociedad igualitaria[49].

En fallo posterior precisó la Corporación, al hacer referencia al elemento finalístico de los servicios públicos y su proyección sobre la comunidad, recogiendo de esta manera la preceptiva constitucional anteriormente analizada que los servicios públicos son un fenómeno inherente indiscutiblemente a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, por más que se quiera en derecho colombiano, el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los mismos así no sea su operador o prestador directo[50].

Estos planteamientos resultan a todas luces coherentes con los postulados del artículo 365 constitucional, en cuanto que de esta disposición se deduce sin mayores esfuerzos que los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho Colombiano, que buscan servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de aquí entonces la persistencia doctrinal de entenderlos como indisolublemente ligados al concepto de interés general, base ideoló-

48. Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992, MP CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.
49. Corte Constitucional, Sentencia *Ibídem*.
50. Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996, MP. BARRERA CARBONEL, Antonio.

gica esta de la cual nuestros constituyentes no se desprendieron al redactar la Carta Fundamental del Estado en 1991.

En Colombia, independientemente de las discusiones sobre el papel de la iniciativa privada en la gestión y prestación de los servicios públicos, resulta de la mayor claridad que el Estado conserva poderes de dirección, control, regulación e inspección de trascendencia en defensa de los intereses de la comunidad[51].

III. LA REACCIÓN NEOLIBERAL. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO FENÓMENOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO REGLAS Y PRINCIPIOS ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL

1. Servicios públicos y mercado. El abandono a la concepción del servicio como función pública administrativa

La concepción clásica de los servicios públicos desarrollada por el derecho francés, que sobre el entendido de hacer prevalecer el interés general consideraba la prestación de los servicios vinculada directamente al ejercicio de la función administrativa como mecanismo idóneo para satisfacer las necesidades y carencias de la comunidad, generó para el derecho administrativo consecuencias imprevisibles en cuanto a su contenido material y, en especial, frente a sus relaciones con las actividades de servicios eventualmente asumidas por los particulares, consecuentemente con el derecho propio de estos sujetos como lo es el derecho privado. Así mismo, en cuanto respecta a su evolución como teoría jurídico-administrativa, los planteamientos originales fueron prácticamente desbordados por la realidad del mismo derecho francés e incluso por las construcciones jurisprudenciales que se dieron de manera paralela a esta teoría clásica[52], que pusieron en duda y dieron al traste con los principales planteamientos de la escuela de Burdeos, llevando a lo que se ha dado en llamar *el quiebre de la teoría*.

Después de grandes debates jurídicos, se aceptó que los particulares también podían atender las necesidades generales en materia de servicios públicos y, en consecuencia, que el derecho privado podía también ser el régimen jurídico para estas actividades fundamentales de la organización social y política, incluso en eventos en que la misma administración fuere operadora o prestadora de los mismos, rompiendo los dogmas que desconocían la amplitud y necesidades del sistema jurídico positivo en cuanto a la interrelación necesaria de sus contenidos como fenómenos comunes de un solo derecho[53].

---

51. Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997, M. P. MORÓN DÍAZ, Fabio. Doctrina reiterada entre otras en las Sentencias C-242 de 1997, MP HERRERA VERGARA, Hernando, C-493 de 1997, MORÓN DÍAZ, Fabio, C-444 de 1998, MP HERRERA VERGARA, Hernando.

52. Entre otras providencias de la jurisprudencia francesa, podemos señalar las siguientes: Société des Granits Porphyroïdes des Vosges, del 31 de julio de 1912; Arret Bac d'Eloka (*Coted'Ivoire vs. Société Commerciale del'Ouest Africain*), del 22 de enero de 1921.

53. MONTERO PASCUAL, Juan José, "Titularidad privada de los servicios de interés general.Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", *REDA* n° 92 oct-dic 1996. El desarrollo de los servicios públicos en los Estados Unidos nos presenta un caso interesante de consolidación de prestación de servicios públicos por particulares que incluso resistió la gran depresión de los años veinte y treinta del Siglo XX. En los EE.UU. y en general en el mundo anglosajón, con fundamentos en los antecedentes históricos del *common calling* y *common carriers* o *portadores o transportistas comunes* y los *common inns* o

Sin embargo, la historia económica y política de las últimas décadas nos presenta otra ruptura mucho más profunda y cualitativamente sustancial de la teoría tradicional de los servicios públicos como función directa y natural de la administración pública. Se trata de una novedosa percepción del mundo y de las relaciones sociales, políticas y económicas que proclaman el abandono total y radical de cualquier posibilidad de que el Estado o más concretamente la administración puedan comprometerse o asumir la prestación directa de servicios públicos en los términos en que tradicionalmente lo venía haciendo dentro de la concepción intervensionista, asistencialista, benefactora o más concretamente en desarrollo de los objetivos y finalidades propias de Estado Social de Derecho instrumentado después de la segunda contienda mundial[54].

El Estado social, sostienen sus ideólogos, llevó al crecimiento desmesurado de su aparato administrativo, con ostensible invasión de éste en la economía y en la libertad individual, generando en su entorno una odiosa e improductiva dependencia ciudadana, por lo tanto, convirtiéndose en fenómeno de dominación y manipulación. El hombre ahora no solo vive en un Estado, sino que también vive y subsiste de sus bondades y ventajas paternalistas, en detrimento de su autonomía personal y de sus capacidades productivas. Desde la perspectiva de los servicios públicos, el modelo social de derecho propició las condiciones para su consolidación como un sistema burocrático, monopolístico y corrupto que impide la competencia, la oferta plural, la gestión privada, la eficiencia y la libertad de elección por parte de los usuarios y consolida la oscura cultura de la dependencia hacia el Estado y no soluciona los niveles de pobreza y abandono de los sectores de la población menos favorecida, razón por la cual el modelo debe ser revisado y remplazado por otro en donde la iniciativa privada cumpla sus funciones y deberes frente a la sociedad[55].

Se sustenta esta nueva concepción en los trabajos del liberalismo económico que pretenden fortalecer la moderna concepción capitalista de la responsabilidad social de la iniciativa privada desarrolladas en Inglaterra, Europa Occidental y los Estados Unidos principalmente, y que han propugnado el abandono radical de cualquier posibilidad de que la administración pública continúe cumpliendo con sus responsabilidades vitales frente a la comunidad y al interés general prestando servicios públicos, en el entendido de que éstos son un fenómeno más del mercado y de la libre competencia, lo que lleva en consecuencia a que todo sujeto que se encuentre en capacidad y condiciones para

---

fondistas comunes dirigidos todos ellos a la atención de servicios de interés general, se consolidó un sistema de prestación de servicios por empresas privadas bajo el control de comisiones independientes. Este es un régimen jurídico muy distinto de la concepción continental europea del servicio público, "piedra angular del Derecho Administrativo". El modelo del *interés común* es el predominante en los EE.UU. La prestación de servicios de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen el de sus clientes y el de la comunidad en general.

54. SCHAMIS, Héctor, "La economía Conservadora en América Latina y Europa Occidental: Orígenes Políticos de la Privatización", publicado en MUÑOZ, Oscar, *Después de las Privatizaciones el Estado regulador*, Cieplan, Santiago 1993, pp. 51 y ss. El proceso se inicia prácticamente en la década de los ochenta, teniendo como protagonistas países tan diferentes como Inglaterra y Chile. El fundamento esencial de este proceso económico se origina en el quiebre de los planteamientos keynesianos que recibió de inmediato la respuesta política de las fuerzas conservadoras y el capitalismo globalizador.

55. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "El Retorno a lo Privado: Ante una nueva Encrucijada Histórica", publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 3, 1999. p. 19.

prestarlos u operarlos pueda incursionar por el tráfico jurídico, competiendo y ofreciendo sus bienes o servicios en esta materia[56].

Empresa y de competencia como elementos esenciales del mercado, plantea la necesidad de revaluar en cuanto obsoletas e ineficaces las bases sustentadoras de la prestación de los servicios públicos como función estatal.

Como alternativa, defiende el papel principal de la empresa privada en la prestación de los mismos, bajo criterios económicos de competencia y sujetos a la regla del mercado, por lo tanto, sustraídos de un estricto derecho público. La concepción tradicional de los servicios públicos, sostienen los propugnadores de esta nueva concepción, se fundamentaba en un absurdo monopolio para su prestación por parte del Estado, lo que llevó a un crecimiento desmedido del sector público en detrimento de los recursos públicos, de la eficacia, eficiencia y continuidad de los servicios e, incluso, de espaldas a los adelantos tecnológicos, la competitividad, la globalización y mundialización de la economía. El Estado fue incapaz históricamente de cumplir con estas responsabilidades, desfigurando sus compromisos básicos para con la comunidad y generando circuitos económicos cerrados e inmóviles[57].

Frente a esta problemática política, jurídica, institucional y económica, se propone un *Estado mínimo,* con una función administrativa reducida a lo fundamental y con un papel protagónico de la iniciativa privada sobre la pública en aspectos tan trascendentales para la vida comunitaria como la de la prestación de los servicios públicos. Para los mentores del modelo, la iniciativa privada tiene las fortalezas necesarias a través del mercado y la competencia para brindarle alternativas al interés general. "*...La competencia y el mercado serian el lugar donde la sociedad autoabastecería sus necesidades de cualquier orden...*". Bajo estos presupuestos, se hace indispensable abrirle senderos jurídicos ciertos a las realidades y bondades de la competencia económica, que garanticen un servicio básico universal dentro de una economía globalizada y abierta, lo cual implica aceptar un nuevo modelo de Estado de Derecho e incluso de concepción sobre la soberanía[58], que brinde las garantías indispensables para el libre mercado de los servicios públicos[59].

---

56. FRIEDMAN, Milton y Rose, *Libertad de Elegir. Hacia un Nuevo Liberalismo Económico*, Ediciones Grijalbo, Barcelona 1981. La libertad es el presupuesto básico para entender los procesos políticos y económicos. "*...La libertad económica es un requisito esencial para la libertad política...*", p. 17. El progreso económico en potencias como la norteamericana se debió en gran parte a la ausencia de mecanismos coactivos estatales, que impidieran el libre juego de la cooperación individual. Este ejemplo debe ser reconquistado para reducir el poder de la intervención estatal en desmedro de la iniciativa individual. Retomando a Adam Smith, se propone la reducción del papel del Estado a sus aspectos estrictamente fundamentales, tales como la seguridad, justicia y realización y conservación de determinadas obras públicas de interés general, pero que no implique nunca desplazar la iniciativa individual. El Estado debe en la práctica poseer un mandato estrictamente limitado. Una sociedad verdaderamente respetuosa de la libertad humana debe mantener el Estado en su sitio, "*...haciendo que sea nuestro servidor y no dejando que se convierta en nuestro amo*", p. 61. Sólo la economía de mercado puede garantizar los derechos del consumidor, como una alternativa a los mecanismos intervencionistas gubernamentales que se han sobrepuesto al mismo. (p. 308). HAYEK, F. A., *Los Fundamentos de la Libertad*, t II, Unión Editorial, Barcelona 1996. pp. 277 y ss.

57. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y Mercado, Los fundamentos*, t I, Editorial Civitas S.A., Madrid 1998, p. 17.

58. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *op. cit. supra*, nota 57, p. 25. Teóricamente en una economía globalizada, las grandes empresas deberán sustituir al Estado en algunas de las funciones que hasta hoy se consideran como propias y connaturales al mismo, como es el caso de los servicios públicos. Lo anterior deberá tener repercusiones inevitables en el papel de las instituciones públicas que tradicionalmente se han edificado en el Estado constitucional como el Congreso, los Ministerios y la misma organización territorial diseñada sobre la base de la prestación de servicios. Las grandes empresas para operar en los mercados diseñaran sus propias reglas, a través de concertaciones y negociaciones y con estricta sujeción al derecho privado. Ahora bien como lo analiza este autor, por más que

El gran compromiso de las autoridades nacionales es el de ofrecer las condiciones internas con el fin de que los actores de este nuevo modelo puedan desarrollar sus actividades dentro de un entorno de competitividad y libertad, esto es, crear las condiciones indispensables para que la economía fluya naturalmente de manera tal que en tratándose de los servicios públicos su prestación no se haga imposible a las empresas y particulares que estén dispuestos a ofrecerlos.

Para estos propósitos, es decir, con el fin de facilitar el acceso de los particulares al mercado de los servicios públicos, en muchos casos inexistentes por el monopolio Estatal en su prestación, se diseñaron en los diferentes ordenamientos nacionales regulaciones sustentadas sobre las ideas de privatización[60], liberalización[61] y la cultura de la igualdad como presupuesto de la participación en el mercado, esto es, de la consolidación de la libre competencia como elemento ideológico articulador indispensable[62], en contraposición a las nacionalizaciones y la intervención administrativa del Estado tradicional, prestatario y administrador de servicios públicos. Así mismo, dentro de la lógica de la libertad individual y de la responsabilidad social de la iniciativa privada, el sistema diseñó los mecanismos y principios suficientes para estructurar la base conceptual sustentadora a partir de la postulación de principios, reglas y presupuestos normativas que caracterizan en concreto todo este pensamiento ideológico del neo-capitalismo o del renaciente liberalismo.

Conceptos y principios con repercusiones profundas en la órbita de lo público administrativo e incluso en el funcionamiento material del Estado y en las mismas actitudes cotidianas de los sujetos privados. Así como el intervencionismo estatal y el Estado benefactor transformaron las sociedades de en que floreció, el neoliberalismo y la globalización económica significan para la hora actual de la humanidad una revolución cuyos rumbos son aun imprevisibles para el interés general y la vida comunitaria, no

---

los ideólogos de la economía globalizada se lo propongan, no lograran nunca reducir el Estado en todas sus funciones prestacionales. El mercado busca y pretende básicamente apoderarse de servicios de contenido económico, pero no tiene la vocación de asumir todos aquellos que implican simple ejercicio de autoridad que no generan lucro ni pueden cuantificársele a la sociedad.

59. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*. *Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada 1999, Fundación de Estudios de Regulación, Comares.

60. HERNÁNDEZ, Nicolás, "Privatizaciones: Significado y razón de ser desde el punto de vista económico", publicado en *Privatización y Liberalización de Servicio,* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 3, Madrid 1999, p. 39. La privatización sustancialmente en cuanto instrumento del nuevo sistema de los servicios públicos debe ser entendida como el traslado al sector privado de una empresa pública o de una serie de tareas, funciones o actividades reservadas a la administración, a través del mecanismo jurídico más adecuado. También se ha entendido formalmente por privatizar el someter la actividad del sector público administrativo a las normas y principios del derecho privado, en lo que la doctrina española ha dado en llamar la *huida del Derecho Administrativo*. Puede consultarse sobre este tema a TEIXEIRA DO AMARAL, Marcos Jordão, *Privatização no Estado Contemporâneo*, Come Editora, São Paulo 1996.

61. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Nuevo Sistema Conceptual", publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 3, 1999, p. 137. Liberalizar como su nombre lo indica significa recoger las bases esenciales del sistema económico liberal clásico y adaptarlo a las nuevas circunstancias de la humanidad, colocando la libertad como el centro de la actuación para la atención del interés general. Desde la óptica del derecho lleva a desreglar y abandonar el estricto derecho administrativo por el derecho privado.

62. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *op. cit. supra*, nota 57, pp. 20 y 25. Para la economía globalizada, el mundo entero constituiría un enorme mercado en donde sería imposible concebir un Estado prestador de servicio públicos *ridículamente* circunscrito a pequeños ámbitos territoriales e incoherentes con la filosofía y doctrina del sistema.

obstante las críticas profundas que en torno a sus caracteres mezquinos, utilitarios, individualistas y falaces le han hecho algunos sectores de la sociedad y la doctrina[63].

2. Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos

Sobre los anteriores presupuestos, el modelo estructura unas bases conceptuales y de principios dirigidas a decantar el ámbito de la competencia económica de los servicios públicos y la esfera de acción del Estado, que no obstante las profundas críticas que en torno a su papel en el sistema tradicional o clásico se le formulan, se le admite en el nuevo modelo cumpliendo otro tipo de funciones relacionadas con ellos, principalmente en los temas regulatorio, de inspección y de control. Esto es, la dinámica del denominado *nuevo servicio público*, no se despoja totalmente de la presencia estatal, más bien modula el papel de los agentes públicos en su trafico jurídico[64]. En la práctica se produce una especie de transformación de las funciones administrativas frente a esta actividad primordial para la vida comunitaria, quedando el Estado sujeto a otra realidad muy diferente, en donde la libertad y la iniciativa privada ocupan ahora el papel que en otrora protagonizó de sujeto actuante y prestacional[65].

Los principios del nuevo sistema pretenden sustentar el abandono a una concepción de titularidad pública exclusiva sobre prácticamente toda la actividad de los servicios públicos. En donde la concesión administrativa constituyó, eventualmente en algunos ordenamientos, la única vía de acceso del particular a la colaboración en la prestación de los mismos, sujetos a reglas y normas interventoras, de mercado exclusivos y monopólicos, con precios artificiales, muchas veces totalmente alejados de la realidad económica del servicio.

La prestación hegemónica y exclusiva del servicio por la administración se hacía acompañar de la concesión o gracia del Estado para que dentro de un régimen de estricto derecho administrativo, la iniciativa privada asumiera ciertos servicios, sin que el Estado perdiera en ningún momento su dirección, control, regulación y condicionamientos, o prestación directa y lo que resulta ser más importante, sin la presencia de libertades competitivas, obviamente sin el desarrollo en todos los aspectos de un mercado libre en estas materias.

El Estado siempre, bajo la hegemonía administrativa, fue titular del dominio sobre los servicios. En vigencia del nuevo modelo, estos presupuestos no sólo se rompen y quiebran, sino que de manera simultanea son reemplazados por otros sumidos en las realidades de la competencia y libertad económica. El salto histórico es cuantitativo e igualmente profundamente cualitativo, se pasa a un sistema "*... abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y en definitiva, en régimen de competencia*

63. AHUMADA, Consuelo, *El Modelo Neoliberal y su Impacto en la Sociedad Colombiana*, El Ancora Editores. Bogotá 1998, pp. 278 a 290.

64. PAREJO ALFONSO, Luciano, "El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos", *RAP* n° 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 249.

65. MONTAÑA PLATA, Alberto, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, p. 76.

abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos)..."[66]

El profesor Gaspar Ariño[67] al concretar las características generales de este novedoso sistema prestacional de servicios, diseña un marco de principios aplicables, por regla general, a todos aquellos ordenamientos donde el mismo se ha adoptado. Como punto indudable de partida para decantar y llevar a postulados básicos los caracteres esenciales de los servicios como fenómeno del mercado, propone Ariño el de la necesaria desagregación o desintegración vertical de cada uno de los sectores, con el propósito de identificar de manera separada las actividades que dentro del sistema clásico administrativo fueron englobadas, pero que ahora se necesita estudiar y analizar por separado, con el propósito de determinar la incidencia que tienen frente al mercado. Lo más importante para el nuevo modelo es agrupar las actividades con incidencia en el mercado para sujetarse a un régimen de libertad, por lo tanto, de estricto derecho privado. Las otras, es decir, las no competitivas, hacerlas depender de un régimen de regulación, en parte de clara naturaleza administrativa.

En el régimen jurídico colombiano de los servicios públicos, observamos la recepción de la separación de actividades en el marco general de la Ley 142 como un mecanismo para viabilizar la competencia y evitar abusos de la misma por parte de los actores de cada una de las instancias de la cadena de los servicios públicos. Precisamente en el artículo 73.13 de la Ley 142 de 1994, se le atribuye a las Comisiones de Regulación la posibilidad de escindir una empresa de servicios públicos, con el fin de facilitar la competencia y evitar el abuso de la posición dominante. En la Ley 143 de 1994, la situación resulta mucho más clara, en la medida en que el legislador diferencia dentro del servicio público de energía eléctrica las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Incluso, la actividad de comercialización en el parágrafo del artículo 7 se limita a quienes sean generadores y distribuidores.

Las materias, objeto de regulación como consecuencia de la desagregación, están sujetas a un régimen de características y sentido diferente a la desarrollada en el sistema clásico administrativo. Procura promover la competencia allí donde sea posible la misma, asegurando los intereses de los usuarios. En definitiva, se trata de un derecho público administrativo coherente con el mercado, que incentiva la empresa como motor de la autonomía privada en el mercado de los servicios. La regulación en el nuevo sistema debe propender por "...*Garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate y establecer los niveles adecuados para la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer*..."[68]

La regulación, en últimas, en esta dirección se convierte en un instrumento para defender la competencia o para sustituirla, donde ésta no pueda darse, pero temporalmente hasta tanto ésta se desarrolle.

Frente a las actividades desagregadas como de naturaleza competitiva, el autor propone la formulación de cuatro postulados básicos, fundados en estricto sentido en el concepto de libertad como fuente de juridicidad. Estas son las de libertad de entrada

---

66. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la y LÓPEZ-MUÑIZ., José Luis, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997, pp. 19 y ss. "...*Es éste un trágico destino de la ciencia del derecho administrativo. Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de servicio público, cambia radicalmente el marco sociopolítico y hay que volver a empezar*..."

67. Son varias las obras donde el profesor ARIÑO se refiere a los principios del nuevo modelo de los servicios públicos. Entre otras puede consultarse: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la y MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ., José Luis, *op. cit. supra*, nota 66; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit. supra*, nota 59.

68. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit. supra*, nota 59, p. 555.

(iniciativa privada y de empresa), libertad de acceso al mercado (redes e infraestructura), libertad de contratación y formación competitiva de precios, libertad de inversión. Libertades que frente a la Constitución Política colombiana encuentran justificación en su artículo 333, al postular la libertad de empresa y de iniciativa privada como presupuestos del régimen económico. No obstante, en el intento de caracterizar el sistema a partir de las libertades fundamentales en que se sustenta, Ariño destaca como la desagregación también identifica un régimen de excepción para actividades no competitivas, básicamente en dos aspectos: en la instalación y gestión de infraestructuras y en el denominado servicio universal. Veamos cada una de estas situaciones derivadas de la desagregación:

A. Libertad de Entrada

La libertad de entrada incorpora al régimen jurídico de los servicios públicos, las ideas fundamentales de la libertad individual con responsabilidad social. Esto es, eleva a la categoría jurídica la iniciativa privada y la libertad de empresa garantizadas en la Constitución Política como mecanismos adecuados para la prestación de los servicios dentro de la economía de mercado. La libertad de entrada beneficia y estimula la pluralidad de oferentes en el tráfico jurídico de los servicios públicos. Todos aquellos sujetos que reúnan los requisitos establecidos en las normas jurídicas podrán incorporarse válidamente al mercado ofreciendo sus bienes y servicios, construyendo, explotando, comprando, vendiendo, en fin realizando todos los negocios indispensables dentro de la cadena de los servicios públicos. El postulado doctrinal de la libertad de entrada no significa de ninguna manera libertinaje o caos en la presencia de los actores del mercado de servicios públicos, se acepta en la doctrina que la entrada esté condicionada a las exigencias del legislador en la materia, lo cual implica subordinación de la iniciativa privada a la regulación como ordenadora y garantística de unas condiciones mínimas dentro del mercado, con el fin de evitar su desorden en detrimento de los intereses generales.

En el Derecho Colombiano de los servicios públicos, la libertad de entrada tiene fundamentos en el artículo 333 de la Constitución al proclamar la libertad de empresa y de iniciativa privada como fundamento de nuestro sistema económico, conceptos que son claramente recogidos en el artículo 2 numeral 6 de la Ley 142 de 1994, cuando proclama que uno de los objetivos de la intervención del Estado en materia de servicios públicos es el de garantizar la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante por los actores del mercado. Se reitera el postulado en el artículo 10 del mismo estatuto, cuando incorpora al ordenamiento legal el concepto de libertad de empresa para la prestación de servicios públicos, sujetas al marco de la Constitución y de la ley. Se consolida el concepto de mercado y de competencia en el artículo 35 de esta codificación, al exigirle a las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en el mercado, que cuando deban adquirir bienes o servicios para la prestación de los asignados a ellas, tendrán que hacerlo a través de los procedimientos que aseguren amplia concurrencia en igualdad de condiciones. Lo que se observa de la legislación colombiana a este respecto, es la tendencia a mantener las condiciones propicias para el fomento del mercado y de la libre competencia en los servicios públicos.

En la Ley 143 de 1994, la libertad de entrada se deduce de la redacción del literal a) del artículo 3, cuando le atribuye al Estado el deber de promover la libre competencia

en las actividades del sector. Concepto que es reiterado en el artículo 7, cuando llama a la pluralidad de oferentes en el sector para que dentro de un régimen de libertad presten los servicios que les corresponda en un contexto de la libre competencia.

Esta libertad de todas maneras está sujeta, como se advierte, a las exigencias del legislador en torno a las características y requisitos para que los actores del mercado en cuanto productores, generadores, transportadores, comercializadores etc., puedan introducirse en su tráfico jurídico. Al respecto en el régimen nacional encontramos que en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 se indican por el legislador de manera taxativa quienes pueden prestar los servicios públicos, señalando las siguientes personas: Las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; las organizaciones autorizadas conforme la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la misma ley.

De igual manera en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994 se determinan especiales condiciones sobre naturaleza y régimen jurídico propio para los entes que pretendan incorporarse al tráfico jurídico de los servicios públicos. En cuanto a su naturaleza, señala la ley que éstas deben tener el carácter de empresas de servicios públicos en la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Esto es, la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la ley sobre la materia, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. Las Comisiones de Regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. En tratándose de entidades descentralizadas estatales, la ley circunscribe su régimen jurídico al de sociedades o empresas industriales y comerciales, cuando sus propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones.

B. Libertad de Acceso al Mercado

La libertad de acceso al mercado postula la necesidad de garantizarle a todos los actores del mercado prestacional de servicios el libre acceso en igualdad de condiciones a las redes, instalaciones e infraestructura necesarias para la adecuada ejecución de los mismos. Los servicios públicos en su mayoría están vinculados para su prestación a

redes físicas o humanas[69], en tratándose de las primeras, el sistema sostiene que seria inadmisible que se establezcan limitantes para su uso o aprovechamiento. Las redes como las infraestructuras en virtud de este principio quedan afectadas por su misma naturaleza al servicio, independientemente que sobre las mismas exista algún tipo de propiedad privada.

El interés general restringe los derechos de propietarios de redes o infraestructuras, estableciendo limitaciones al poder absoluto del mismo para facilitar el libre acceso al mercado de todos aquellos con posibilidad de competir en torno a su prestación en el mercado, cuando se requiera de dicha infraestructura o red para el desarrollo adecuado, eficiente y oportuno del servicio.

Las redes e infraestructuras no son otra cosa que la vía de acceso de los posibles prestadores de servicios al mercado. Las redes e infraestructuras eléctricas, oleoductos y gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicación, redes de abastecimiento de agua, autopistas, etc., están sujetas al servicio público que a través de ellas se pueda prestar, obviamente reconociendo a los propietarios, los peajes o costos por sus usos de acuerdo a lo establecido por la regulación.

El profesor Gaspar Ariño destaca como esta libertad propia de las actividades competitivas genera también una especial circunstancia de actividad no competitiva, por lo tanto sujeta a la regulación tendiente a su articulación dentro del sistema. El problema de competitividad surge en esencia frente a las estructuras y redes que como veíamos se encuentran gravadas con una afectación al servicio público, con el propósito de que faciliten a todos los prestadores y operadores cumplir con sus propósitos dentro del mercado. Sostiene Ariño y en eso lo acompañamos plenamente a la luz del régimen jurídico colombiano que "*...Las infraestructuras son necesariamente de uso común y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados...*", porque de lo contrario, la competitividad se haría imposible y el mercado un absurdo si todo operador tuviera que montar sus propias infraestructuras o redes independientes para actuar en el mercado. Por ejemplo, si cada empresa aérea necesitara construir un aeropuerto propio o cada transportador de gas, teléfonos o electricidad construir su propia red, la estética urbana, los espacios territoriales se agotarían en detrimento de la eficiencia, continuidad y eficacia de los servicios, haciéndolos incluso inviables desde la perspectiva económica y jurídica.

Bajo estas circunstancias, el sistema plantea la necesidad de una regulación coherente que le permita el desarrollo de administraciones autónomas y empresariales para las infraestructuras comunes, que brinden a todos los operadores tratamiento igualitario y seguridad para sus operaciones, no involucradas en las intimidades de los negocios de las empresas usuarias de la misma. Por otra parte, la intervención estatal a través de la regulación debe proveer de los instrumentos jurídicos necesarios, con el propósito de contar con un régimen normativo sobre el uso de los bienes comunes y el acceso a las redes dentro de cada servicio.

Al igual que en la libertad de entrada, en la de acceso al mercado y en todo lo relativo a la utilización de infraestructuras y redes, las bases conceptuales se desprenden del contenido del artículo 333 constitucional. Para el caso concreto, la Ley 142 de 1994 en su artículo 11.6, al desarrollar el concepto de función social de la propiedad en las enti-

69. Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. MP MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. En igual sentido, la Sentencia C-205 de 1995 MP CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Para la Corte, una de las características de ciertos servicios públicos como los domiciliarios, es que deben ser prestados a través de redes físicas o humanas.

dades prestadoras de servicios públicos, señala como una de las obligaciones de la propiedad, es decir una sujeción en virtud de la ley, básica y fundamental, la de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados por la organización para la prestación de los servicios, obviamente que para facilitar la competencia y el tráfico de los servicios públicos

La libertad de uso de redes e infraestructura la relaciona y amplia el legislador en el artículo 28 de la ley de los servicios públicos a la de construcción, mantenimiento y restauración de las existentes, a su cargo, al reconocer como derecho de todas las empresas la de construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos. Para estos efectos, el legislador habilita a las empresas para que ejerzan las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios y las particulares previstas en esta Ley.

En materia de energía eléctrica, por sus mismas características el asunto resulta aun más disiente frente al principio en estudio. Señala el artículo 28 de la Ley 143 de 1994 que las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, mantendrán la propiedad de los mismos, pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación, que implican su apertura para quienes deban transitar por ellas. Concepto que se consolida en el artículo 30 del mismo estatuto eléctrico, cuando señala que las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan. Estas empresas podrán prestar el servicio de servidumbre para telecomunicaciones. Todo lo anterior obviamente previo el pago de las tarifas o peajes que correspondan.

Para el efecto, el artículo 39 de la Ley 143 establece como metodología apropiada para su estructuración la de los cargos asociados con el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional que cubran, en condiciones óptimas de gestión, los costos de inversión de las redes de interconexión, transmisión y distribución, según los diferentes niveles de tensión, incluido el costo de oportunidad de capital, de administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible. Estos cargos tendrán en cuenta criterios de viabilidad financiera.

C. Libertad de Contratación

La libertad de contratación y formación competitiva de precios es desarrollada por la doctrina como el medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado sujetas a las reglas y principios comerciales, en donde la autonomía de la voluntad sea la dominante para cualquier tipo de actuación o decisión, en consecuencia vinculadas a un estricto derecho privado mercantil. Bajo estas circunstancias, la regulación tan solo las pueda afectar de manera excepcional, principalmente para atender la ausencia de mercado, conflictos relativos a la competencia o para evitar afectaciones graves contra el interés general. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender ser-

vicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto, libertad o para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias), sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación.

Doctrinalmente, a partir del principio de libertad de contratación y sobre todo de la multiplicidad de negocios en el mercado, se espera que surjan los precios para aquellos servicios verdaderamente competitivos. "*...La formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad regulatoria...*" Frente a estos planteamientos, se sostiene que la regulación estaría limitada exclusivamente a hacer respetar las reglas del mercado involucradas en la formación competitiva de los precios y a evitar desmanes o prácticas restrictivas protagonizadas por los actores del mercado. Sin embargo, en nuestra opinión, en economías como las latinoamericanas, la regulación tiene que ir mucho más allá en el establecimiento de reglas de convivencia comunitaria interviniendo en la fijación de normas relacionadas con los precios de ciertos servicios básicos y fundamentales como los domiciliarios.

La libertad de contratación tiene sus fuentes en la garantía a la iniciativa privada establecida en el artículo 333 de la Constitución Política. En tratándose de su relación con la formación de los precios del mercado competitivo, la legislación colombiana lo acepta siempre y cuando se trate de mercados en los cuales la libertad sea posible, como sucede en materia de energía eléctrica entre generadores, distribuidores o grandes consumidores, conforme lo especifica el artículo 26 de la Ley 143 de 1994. En los casos en que el interés general lo requiera, en cuanto el mercado no se encuentre de lograr mínimos equitativos en materias de precios para la población, el artículo 2.9 de la Ley 142 de 1994 autoriza la intervención del Estado para establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad. Esta situación se refleja, por ejemplo, en materia de energía eléctrica al hacerse diferencia entre usuario regulado y no regulado, entendiendo por estos últimos aquellos que de acuerdo a su capacidad de consumo se encuentran en condiciones de sentarse a la mesa en igualdad con las empresas de servicios públicos para negociar las cantidades de energía que requieren. O en los negocios de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Eléctrica son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. A similar régimen deben someterse las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales.

En tratándose de los usuarios regulados por su situación de minoridad y debilidad deben ser objeto de protección por el Estado a través de la normatividad protectora de las comisiones correspondientes. Para el caso del sector de energía eléctrica, se ha entendido por el legislador que usuario regulado es la persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación, con el propósito de protegerlo y garantizarle un marco predefinido de reglas para los precios de la energía que debe consumir para su subsistencia doméstica o domiciliaria.

La intervención de la regulación en la materia se deja percibir en el caso de la legislación colombiana en las disposiciones de la Ley 142 de 1994, relativas al establecimiento de fórmulas tarifarías por las Comisiones de Regulación en las áreas de su competen-

cia. Los artículos 124 a 127 de este estatuto de servicios públicos establecen los procedimientos a seguirse por las empresas, con el propósito de obtener los marcos tarifarios para el ejercicio de su actividad de prestación.

D. Libertad de Inversión

El principio de libertad de inversión pretende identificar uno de los elementos esenciales de los servicios en el mercado competitivo y es el relacionado con la posibilidad de que los sujetos particulares inviertan en todos los aspectos de los servicios y reciban en consecuencia la rentabilidad que el mercado determine por estas inversiones. El Estado no está llamado más a invertir en aquellos sectores donde la iniciativa privada pueda llevar e invertir sus recursos y patrimonios. Al fin y al cabo es el mercado el que le crea las necesidades a sus protagonistas, en este sentido, el sector público debe asumir otras responsabilidades en la mayoría de los casos ajenos totalmente a la inversión en servicios.

Este principio relacionándolo con la legislación colombiana nos permite contemplar un escenario bastante interesante, en cuanto es claro que la gran regla general es la de la prestación de los servicios públicos en cuanto sean objeto de la competencia y del mercado, luego en estas hipótesis el régimen llama a la necesaria inversión privada en todo lo relacionado con ellos. Es más, dentro de los instrumentos del Estado intervencionista establecidos en el artículo 3 numerales 1 y 8 de la Ley 142 de 1994 están los de promover y apoyar a las personas que presten servicios públicos y estimular la inversión de los particulares, de manera tal que sea el capital privado el que fortalezca el sector y no los recursos de la comunidad. No obstante lo anterior, en los territorios no competitivos, la inversión pública continua sosteniendo integralmente los servicios públicos. De la lectura de los artículos 5, 6, 7, de la Ley 142 de 1994, se deduce claramente que le corresponde al Estado en cabeza de los municipios y departamentos asumir las responsabilidades de inversión cuando la iniciativa particular y privada no encuentre los incentivos del mercado suficientes para asumir la problemática integral de los servicios públicos.

E. Servicio Público Universal

El concepto de servicio público universal es traído por la doctrina neoliberal para destacar las obligaciones y compromisos de la regulación ante las insuficiencias del mercado y de la competencia que llevan a situaciones de ausencia total en la prestación del servicio con evidente detrimento de los intereses generales de la población. Frente a esta situación crítica, el sistema le traslada a las autoridades, él deber de brindar soluciones que el mercado por sus insuficiencias no puede ofrecer. Se sostiene entonces que en estos casos se presenta una situación de servicio esencial o básico universal, que debe ser garantizado en toda comunidad como mínimo para la convivencia y satisfacción de los intereses ciudadanos. Al no existir competencia, en cuanto posiblemente no exista ningún tipo de oferta, porque la relación entre costos y rendimientos no satisface al interés privado, el sistema sostiene que algún operador debe ser obligado por la regulación a garantizar el mínimo vital del servicio o su esencia universal. Resulta obvio que en economías como las nuestras, ese operador de repuesto ante la ausencia de mercado no es otro que el Estado. Por lo menos en el caso colombiano, así se puede deducir

de la lectura del artículo 365 constitucional, que coloca al Estado como un posible prestador de los servicios públicos, principio que es llevado a la Ley 142 de 1994 en su artículo 6, en cabeza de los municipios a títulos de garantes del servicio universal, eso si sujetos a las reglas y regulaciones del sistema, como si fueran otros operadores mas sujetándose incluso al derecho privado[70].

F. El sistema en sus desarrollos nacionales se concreta en los servicios públicos domiciliarios dirigidos a la atención del interés general sobre usuarios finales

El nuevo sistema de los servicios públicos plantea los compromisos sociales del capital y la iniciativa privada dentro de una economía de mercado que deben brindar las satisfacciones a las necesidades de la comunidad. Esa comunidad individualmente considerada se traduce en usuarios o consumidores de los servicios públicos, los cuales tienen un especial tratamiento en el régimen positivo colombiano. El concepto de usuario o consumidor en nuestro derecho se vincula a la idea de beneficiario o usufructuario final de los servicios públicos, en la medida en que son los sujetos llamados a disfrutar de ellos, por lo tanto son el objeto y propósito inmediato de los principios libertarios expuestos por la política neoliberal de los servicios públicos.

Para estos efectos, el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, expresamente recoge la concepción de usuario o consumidor, según la cual, usuario es toda "...*Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propie-*

70. Ley 142 de 1994 "*Artículo 6º. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos: 6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo; 6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada; 6.3. Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios; 6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos. En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las Comisiones. Pero los Concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley. Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar. De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho...*"

tario del inmueble en donde éste se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor...", esto es, que para el legislador colombiano, tan sólo existe usuario o consumidor, en los casos en que una persona puede ser calificada realmente como beneficiaria o receptora directa de un servicio público y que si este servicio es domiciliario, es decir, se ejecuta o se cumple en el domicilio del interesado, o como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C - 493 de 1997), se trata de uno de aquellos que pretenden la satisfacción concreta de necesidades personales vinculadas a un inmueble específico, usuario o consumidor, tan sólo puede ser el sujeto final de esa relación jurídica.

Resulta innegable, que por regla general, usuario o consumidor, tan sólo puede ser la persona natural o jurídica que cumpla estrictamente con la preceptiva legal analizada. En este sentido, no puede aceptarse en el Régimen Jurídico Colombiano una modalidad de usuario o consumidor que no se adecue plenamente a lo dispuesto por la ley. No podría en consecuencia calificarse como usuario o consumidor a quienes tan sólo revisten el carácter de sujetos intermediarios o en otros casos de productores, comercializadores, etc., en la cadena de los servicios públicos, por la elemental razón jurídica de que nunca podrán ser beneficiarios o receptores directos de los servicios públicos para su uso o consumo, a no ser que el legislador les otorgue este carácter, de manera excepcional, respecto de lo establecido en el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, cosa que aún no ha sucedido.

Lo anterior encuentra plena aplicación en tratándose de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica. El artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, al definir este tipo de servicios domiciliarios, destaca expresamente que se configuran en la medida en que lleguen al domicilio de su destinatario, al que denomina usuario final, recogiendo de esta manera el concepto material o sustancial de usuario, conforme a los planteamientos de la concepción teleológica explicada. Según esta disposición, el servicio público de energía eléctrica, "*...Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición...*" Bajo estos parámetros legislativos, no se podría considerar que en tratándose del servicio público domiciliario de energía eléctrica estemos frente a un usuario o consumidor de dicho servicio, si la transmisión de energía no llega al domicilio de la persona natural o jurídica final que habrá de beneficiarse real y efectivamente con el suministro de la misma.

Estos planteamientos fueron recogidos en el artículo 134 de la Ley 142 de 1994, al definir el derecho de los usuarios a la prestación de servicios públicos domiciliarios, condicionándolo a que la persona interesada en beneficiarse con los mismos habite o utilice de modo permanente y a cualquier título un inmueble. La norma concretamente dispone lo siguiente: "*...Cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios al hacerse parte de un contrato de servicios públicos...*" Esta disposición se sustenta en lo preceptuado en el artículo 129 de la Ley de Servicios Públicos, a propósito de la celebración de los contratos de servicios públicos cuando indica que el mismo existe, "*...Desde que la empresa defina las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las disposiciones previstas por la empresa...*"

Los anteriores parámetros conceptuales de naturaleza finalística no son nuevos para el Derecho Positivo Colombiano. El Decreto 3466 de 1982 que reguló lo referente a la protección del consumidor, definió precisamente la figura del consumidor, en su artículo 1º, Literal c) como: "...*Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades...*" Siguiendo este precepto normativo, se llega a similares conclusiones que las planteadas a propósito del artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, es decir, que el concepto de usuario o consumidor en el derecho colombiano se sustenta en la idea de beneficiario o receptor final del servicio público, o para el caso de los consumidores, para la satisfacción de una o más de sus necesidades a partir de los bienes adquiridos o del servicio efectivamente recibido y que si ese servicio es domiciliario, el inmueble que habite o utilice la persona es un componente indispensable de su concepto.

Ahora bien, el contenido de los artículos 14.25 y 14.33 de la Ley 142 de 1994, tienen una especial y particular fuerza vinculante dentro de los servicios públicos. Conforme a lo dispuesto en el Inciso 1 de la mencionada disposición, estos conceptos legales de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de usuario cumplen un papel fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el de servir como instrumentos de hermenéutica jurídica frente a cualquier conflicto conceptual en torno a los sujetos beneficiarios de un servicio público. De esta forma, cualquier hipótesis de aplicación de las disposiciones sobre servicios públicos, o frente a cualquier situación propia de los servicios públicos donde corresponda identificar plenamente a los sujetos intervinientes, entre ellos determinar cuales actúan como usuarios o consumidores, debemos necesariamente darle estricta aplicación a las definiciones con autoridad de la Ley 142 de 1994, que precisamente fueron diseñadas con el claro propósito de evitar interpretaciones por fuera del natural orden público que implica los servicios públicos; impidiéndose de esta forma interpretaciones que eventualmente rompan con los claros senderos que el legislador ha dispuesto en estos asuntos.

Siendo el usuario final el objeto y finalidad de los servicios públicos para garantizar sus derechos y sobre todo para evitar que el sistema genere posibles situaciones de iniquidad, las normas legales y la regulación se han empeñado en desarrollar el llamado contrato de servicios públicos o contrato de condiciones uniformes, a través del cual se enmarcan todas las consideraciones básicas y fundamentales tendientes a evitar que el mercado pueda atropellar a la mayoría de la población que en condiciones normales consumen los productos propios de los servicios públicos. El artículo 128 de la Ley 142 de 1994 define este peculiar negocio jurídico como un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no sólo sus estipulaciones escritas, sino también todas las que la empresa aplique de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

En cuanto a su régimen jurídico, el legislador diseñó un sistema mixto donde se aplican disposiciones de diferente naturaleza, pero que de todas maneras en cuanto tiene por objeto principal regular las relaciones entre las empresas y los usuarios finales, el Consejo de Estado lo ha considerado como influido preponderantemente por el derecho público, por lo tanto, sujeto a sus principios y controles. Bajo esta perspectiva, debe entenderse el artículo 132 de la Ley 142 de 1994, cuando dispone que el contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en Ley 142 de 1994, por las condiciones

especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

G. Órganos Autónomos Reguladores

La nueva concepción de los servicios públicos exige un nuevo tipo de regulación que rompa los marcos tradicionales de un estricto derecho administrativo generador de disposiciones tendientes a fortalecer la presencia estatal en el tráfico de los servicios. La concepción económica plantea la necesidad de que la regulación e intervención del Estado se dé en favor de la competencia y de la iniciativa privada estimulándola y creando las condiciones para que llegue a todos los lugares del territorio. Para estos efectos, la doctrina plantea la necesidad de apartar la regulación de los niveles tradicionales de producción de normas administrativas de intervención, mediante la asignación de estas atribuciones a órganos especializados, autónomos, independientes y altamente profesionalizados, que garanticen los límites suficientes con las autoridades ejecutivas y eviten distorsiones en las bases conceptuales del sistema, que lleven eventualmente a que el Estado intervenga de manera desmedida o arbitraria en las relaciones que deben regirse por las normas y condiciones del mercado, atentando de esta manera contra la libertad de iniciativa privada en la prestación de los servicios públicos.

En síntesis, el nuevo sistema, paralelamente a las estructuras y órganos tradicionales de los poderes públicos, exige unas especiales autoridades con competencia y autonomía suficientes e independencia de aquéllas, capacitadas para expedir normas reguladoras de los diferentes sectores de los servicios públicos, otorgándole a los mismos seguridad jurídica en cuanto generadoras de unidad de criterios y de conceptos para cada uno de ellos. En los ordenamientos jurídicos donde han florecido este tipo de organismos, se las conoce como comisiones, agencias, autoridades o simplemente administraciones independientes[71].

La idea de generalizar para el sistema este mecanismo institucional de regulación, en muchos casos extrañó a los criterios de administración pública del modelo continental o europeo de influencia francesa, proviene de los trabajos de los derechos norteamericano[72] e inglés, aunque con experiencias diferentes en cada uno de ellos, han proporcionado un amplio desarrollo normativo y de criterios a las áreas de su influencia.

---

71. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid 1994, p. 28. Surgimiento de este modelo de administración a través de autoridades independientes, que rompe con muchos años de tradición en el régimen de las estructuras administrativas, corresponde no a otra cosa que a la crisis de un Estado grande, torpe, lento, ineficaz, que interviene en tordos los procesos con criterios *político partidistas*, lo que lo convierte en una *suerte de manipulador*. "*...Las AAII son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada políticamente...*" y de contenido técnico.

72. MORENO MOLINA, Ángel Manuel, "La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica", Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 1995. Resulta difícil en la legislación estadounidense encontrar una definición precisa de lo que es una agencia administrativa, no sólo por la ausencia de definición constitucional en torno al concepto de administración pública, sino también por la falta de tradición en este derecho para definir por vía legal muchas de sus instituciones. No obstante esta problemática, el autor propone recoger algunas definiciones dispersas entre otros documentos legales en el acta de procedimientos administrativos

En los últimos años, esta modalidad de administraciones especializadas y autónomas ha sido recogida por algunos ordenamientos jurídicos, aprovechando sus ventajas de cuerpo burocrático especializado, autónomo y técnico[73].

En el derecho colombiano, el artículo 113 de la Constitución Política recepciona los trabajos foráneos sobre administraciones independientes bajo la denominación de órganos autónomos e independientes. Indica precisamente el inciso segundo de esta disposición que además de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, podrán existir otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, no obstante, en tratándose de los servicios públicos, el legislador al desarrollar el régimen jurídico de éstos, no recurrió a esta figura estructural extraordinaria al momento de incorporar a la legislación nacional el concepto de comisiones de regulación en servicios públicos.

Si bien es cierto que acudimos a las comisiones de regulación como cuerpos u óranos técnicos, altamente especializados, con facultad regulatoria en materias relativas a cada uno de los sectores de los servicios, no se les otorgó la independencia propia de las agencias norteamericanas o de los órganos autónomos e independientes a que se refiere

---

de 1946, según la cual *agencia* es prácticamente cualquier dependencia de los poderes públicos. (p. 30) Doctrinalmente la situación no presenta variaciones interesantes en cuanto que el tema es traído más bien como un presupuesto metodológico que como un concepto jurídico administrativo. Excepcionalmente, algunos autores las identifican como "*...una autoridad pública, distinta de un tribunal o de un órgano legislativo, que afecta los derechos de las personas privadas a través de actos singulares o disposiciones de carácter general...*" (p. 33) Lo cierto resulta ser que la idea se ha extendido y podemos identificar gran cantidad de agencia cumpliendo diferente tipo de actividades administrativas entre las cuales podemos señalar las siguientes: Agencias Ejecutivas; Agencias Independientes; Agencias con potestades cuasi-judiciales; Agencias Reguladoras Independientes. En tratándose específicamente de los servicios públicos, el profesor *Juan José MONTERO PASCUAL (Op. cit. supra,* nota 53) señala que las comisiones de regulación surgieron en el derecho norteamericano como consecuencia de abusos en el mercado que implicaron la intervención de las autoridades. En la segunda mitad del Siglo XIX, las tarifas abusivas que ciertos oligopolios imponían al transporte de granos provocaron la intervención de los legisladores en protección del interés general. Algunas legislaturas de los estados intervinieron fijando precios. La Corte Suprema avaló estos procedimientos con fundamento en el interés general y en el viejo *common law*, indicando toda actividad que se relacione con lo público podía ser controlada para defender los intereses del común. (*Munn vs Illinois*, 1870. Citado por este autor como el primer pronunciamiento en la materia). Bajo esta perspectiva, la regulación se dio inicialmente por vía legislativa frente a sectores económicos de especial importancia violentados en sus mercados por agentes monopolísticos. En el Caso *Nebbia vs New York*, se consolida esta tendencia cuando sostiene la Corte Suprema que "*...El uso de la propiedad privada y la realización de contratos privados están por regla general, libres de interferencia gubernamental; pero están sujetos a regulación pública cuando la necesidad pública lo requiere...la razonabilidad de cada regulación depende de los hechos relevantes...decir que la propiedad está investida con un interés público o que una industria está afectada por el interés público significa que la propiedad o la industria por razones adecuadas está sujeta al control por el bien público...*" La complejidad técnica llevó a radicar la competencia de intervención reguladora en entidades técnicas a las que se les llamó Agencias o Comisiones de Regulación, dotadas de independencia y capacidad de decisión en el sector correspondiente. La política del New Deal fortaleció aun más el surgimiento de estas modalidades orgánicas administrativas de regulación y expedición de normas especializadas en los servicios públicos. Puede consultarse en este mismo sentido BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *op.cit.supra*, nota 71, p 31 a 57.

73. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *op. cit. supra,* nota 71, pp. 57 a 96. En el derecho ingles y francés, se produjeron otros interesantes desarrollos de organismos diseñados para cumplir funciones regulatorias. En Inglaterra, históricamente aparecieron los "*quangos*" (*Quasi-autonomous non governmental organizations*). Organizaciones que no corresponden directamente con nuestra concepción administrativa y que corresponden a las más variadas formas y funciones, pero con ostensible autonomía. Funda sus raíces en el respeto ingles a las fuerzas sociales y a las tradiciones aristocráticas, que llevan a reconocer funciones en servicios públicos a cuerpos profesionales. En Francia, el reconocimiento a las autoridades independientes es relativamente nuevo. Recordemos que en el derecho francés, se desarrolló la concepción tradicional de la autonomía pero de entidades descentralizadas sujetas al direccionamiento y tutela del poder ejecutivo, pero nunca por fuera de él. Se acudió a este mecanismo en el derecho francés por primera vez en 1976, con la Creación de la Comisión Nacional de la Información y de la Libertad.

el artículo 113 constitucional. En estricto derecho (Ley 142 de 1994, Art. 69; Ley 143 de 1994, Art. 21), el legislador acudió para la configuración y naturaleza de estas entidades al régimen ordinario de la estructura y funcionamiento del poder público ejecutivo, organizándolas como unidades administrativas especiales con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, pero no como entidades por fuera de los controles tutelares del poder ejecutivo, aunque bien lo hubiera podido hacer, si se tiene en cuenta que para estos efectos, el artículo 48 de la Ley 489 de 1998 le entrega al legislador suficiente discrecionalidad, para que conforme al artículo 113 constitucional le otorgue a estas comisiones la naturaleza que mejor convenga a los intereses generales involucrados en los servicios públicos[74].

Ahora bien, en consonancia con los planteamientos doctrinarios del sistema económico liberal de los servicios públicos, a las comisiones se les otorga un papel estelar en la promoción de la competencia y en la generación de condiciones para que la iniciativa privada desarrolle el mercado de los servicios dentro de un ambiente de competencia, esto es, se les determina un derrotero de creación de un especial derecho público administrativo, pero fundamentalmente orientado a respaldar toda la política de apertura, globalización, mercado y libre competencia, y no de fortalecimiento y crecimiento desproporcionado de la actividad estatal[75]. De manera general en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, se les atribuye la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante y produzcan servicios de calidad. En igual sentido, el artículo 20 de la Ley Energética señala perentoriamente que para el sector, la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio, mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible. Para esto, deberá entre otras obligaciones crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia. Establecer normas sobre capacidad de generación de respaldo y determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia.

El trabajo de las comisiones de regulación se concreta en el establecimiento de pautas administrativas de intervención y dirección de los servicios públicos, a través de actos administrativos de regulación y no de reglamentación de la ley, o de sustitución al legislador como algunos sectores llegaron a sostenerlo con desconocimiento del orden jurídico nacional. Lo anterior, con el propósito claramente definido en favor de la competencia y el mercado[76], respetando siempre el principio de legalidad y la institucionalidad

74. Ley 489 de 1998. "*Art. 48. Comisiones de regulación. Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes la presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación...*"

75. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Regulación Económica y Modelo de Administración. La Necesaria Reforma Constitucional", publicado en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid 1994, pp. 50 a 52.

76. Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. *Gaceta del Congreso* nº 162 de 17 de noviembre de 1992, p. 21. "*...La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un interven-*

del Estado colombiano. Precisamente en la Ley 142 de 1994, artículo 14.18, se define la regulación como: "...*La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos*..."

La Corte Constitucional al definir la naturaleza de las funciones y actos de las comisiones de regulación sostuvo que: "...Es importante recordar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, las comisiones en referencia hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (L. 489/98, arts. 38 y 48), e integran la administración pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas -como se verá más adelante- (ib., art. 39) y por eso, respecto de aquéllas, el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (C.P., art. 189)... Por su parte, el parágrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994 establece que cada comisión tiene competencia "para regular el servicio público respectivo". Ahora bien, se hace necesario que la Corte precise el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de *regular*, toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas, ni en las políticas del gobierno, se violaría la Constitución y el parágrafo debería ser declarado inexequible. A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para *completar la ley*, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (ib., art. 113), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (C.P., art. 150, núm. 10) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas... En efecto, *completar* según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan", y ello implica que *regular* ha sido erróneamente asimilado a *legislar*, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga *con sujeción a la ley*, no "para completar la ley"..."[77]

Adicional a lo expuesto, debemos reconocer que adicional a su potestad reglamentaria se le entrega al Presidente de la República, en el artículo 370 constitucional, una clara función reguladora de los servicios públicos para señalar las políticas generales de la administración en estas materias, de todas maneras sujeta a lo que la ley. El legislador,

---

cionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde ésta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor..."

77. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de septiembre 6 de 2000. MP: Dr. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

en el artículo 68 de Ley 142 de 1994, dispuso que estos asuntos podían ser delegados en las comisiones correspondientes, decisión legislativa avalada en su constitucionalidad por la Corte en diferentes pronunciamientos[78].

3. El Derecho Privado como la Base Jurídica del Nuevo Sistema. El Derecho Público como Regla de Excepción

A. La Situación actual del problema

Esta nueva concepción económica, antagónica con el modelo administrativo de prestación y asistencia a la sociedad, revolucionó las bases jurídicas rectoras de las relaciones entre servicios públicos, comunidad y Estado, planteando nuevos principios y contenidos normativos para esta realidad, en donde el derecho público resulta ser una simple regla de excepción o incluso para algunas situaciones inaplicables por no decir inexistentes, mudando en consecuencia el objeto y contenido del derecho administrativo como un régimen jurídico especial y exceptivo al derecho común en materias tan fundamentales para la vida de la comunidad, como la de los servicios públicos.

Se fundan estas apreciaciones en que los actores principales del nuevo sistema son sujetos particulares o excepcionalmente entes públicos que funcionan como particulares en el tráfico jurídico, sujetos necesariamente al derecho privado, y adicionalmente, en que desde la perspectiva material, la actividad desarrollada para la prestación u operación de los servicios en un régimen de libertad económica y de mercado es de naturaleza mercantil, de aquí que su derecho sea el propio de la iniciativa privada. El derecho privado y el nuevo sistema de los servicios públicos van siempre juntos, rompiendo cualquier posibilidad de ingerencia unilateral de la administración en contra de los postulados básicos que he indicado en los munerales anteriores.

No obstante, el Estado conserva innegables responsabilidades respecto de los servicios públicos que se rigen necesariamente por el derecho público administrativo. El papel de la organización estatal en estos asuntos prestacionales sufre evidentes mudanzas frente a la moderna concepción económica liberal de los servicios, transformaciones que implican asumir funciones de regulación, inspección, control y vigilancia de los mismos. Atribuciones estas de clara naturaleza administrativa, que deben sin discusión someterse a los parámetros y principios del derecho administrativo, a las reglas que nos indican que existe un derecho público especial que regenta el comportamiento del sector estatal para el ejercicio y cumplimiento de sus cometidos.

---

78. Corte Constitucional, Sentencia C-272 de junio 3 de 1998 MP. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. En igual sentido, Sentencia C-1162 de septiembre 6 de 2000. MP: Dr. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio, "*... Es entonces claro que la norma impugnada está simplemente permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales, a saber, la posibilidad que tiene el Ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar uno de los cargos de la demandante, según el cual no podría la ley permitir esa delegación presidencial, por ser ésta una función compartida con el legislador. En efecto, la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario. Todo lo anterior, como es obvio, respetando la órbita que fue definida por el Legislador con el pleno de las atribuciones constitucionales, para que el Presidente pudiera fijar dichas políticas...*"

Contexto normativo y de principios que desaparece dentro de las construcciones del modelo neoliberal, en los casos excepcionales en que el Estado o sus organismos deban asumir la prestación u operación directa de los servicios, en virtud de que se considera que en estos eventos, el aparato público actúa dentro del mercado como un sujeto protagónico más, por lo tanto sujeto al derecho que por regla general se aplica a los sujetos y actuaciones materiales del mercado y de la libre competencia, como lo es el privado.

Procede en igual forma el derecho administrativo en los servicios públicos, cuando las empresas u operadores privados o públicos deben cumplir excepcionalmente funciones materialmente administrativas, expresamente asignadas por el legislador en un ámbito indiscutible de colaboración, que no convierte en privada la atribución, para estos efectos las empresas de servicios públicos actuarían de manera excepcional en el tráfico jurídico como autoridades, sujetas a sus mismos principios, valores y normatividad y, por lo tanto, de responsabilidades de aquellos.

La regulación o intervención cuando se hace necesaria procede con fundamento en un derecho público administrativo predeterminado por el mercado y la competencia, es decir, de contenido y calidad sustancialmente distinto al tradicional, de aquél que todos conocemos como producto de la concepción continental o europea. Lo que no pierde y conserva, el derecho administrativo del nuevo modelo, es su carácter de protector y garantizador del interés general, marca ésta que nunca desaparece por más intensa que sea la presencia del interés privado o del capital en la prestación u operación de servicios públicos.

En consecuencia, tratándose del control de cualquier conflicto que se llegare a suscitar en su prestación o en los negocios jurídicos esenciales para su funcionamiento, la dogmática doctrinal del nuevo sistema plantea como principio el que éste le corresponderá resolverlo, en estricta lógica, a la jurisdicción ordinaria, desplazándose en consecuencia el sentido histórico de la jurisdicción contenciosa administrativa en la materia, a la ordinaria. Lo anterior excepto cuando se trate del cumplimiento de funciones o atribuciones administrativas, que de manera expresa y excepcional, el legislador le hubiere atribuido a las empresas de servicios públicos como carga de colaboración. Por ejemplo, en el derecho colombiano de los servicios públicos, se presenta un caso típico de ejercicio de funciones administrativas por los prestadores de servicios públicos, en los eventos en que desarrollen los procedimientos administrativos especiales establecidos en la Ley 142 de 1994 para garantizar los derechos de los usuarios finales en sede de las empresas, con ocasión de conflictos estrictamente derivados del contrato de prestación de servicios o de condiciones uniformes como popularmente se le conoce. Las providencias que resuelven estos litigios son de naturaleza administrativa en razón de la materia y el conocimiento para su juzgamiento será de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes.

B. Una propuesta de solución en derecho y armoniosa al conflicto

Esta situación de aparente contradicción en cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos no puede en manera alguna constituirse en una talanquera para el funcionamiento del sistema, en cuanto que, como lo he sostenido en otros trabajos sobre la materia, el derecho es uno sólo[79] y la pugna entre el público y el privado, un dogma sofístico

79. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *op. cit. supra*, nota 20, pp. 167 a 184.

de incalculable subjetivismo. El gran universo del derecho positivo permite todo tipo de interrelaciones de manera dialéctica entre los diferentes subsistemas que lo integran, con el fin de procurar el cumplimiento de los propósitos generales de la organización política y dentro de ella los intereses legítimos de los particulares cuando sea del caso.

Bajo esta perspectiva, consideramos tanto al derecho administrativo como al privado en todas sus modalidades, subsistemas jurídicos, en la medida en que constituyen conjuntos normativos sectoriales dentro del universo del derecho positivo, con individualidad y características propias que permiten distinguirlos de otros sectores normativos, deducir reglas y formular principios peculiares a sus contenidos. En la medida en que interaccionan dentro del sistema, esto es, se sujetan al devenir de las normas, principios, reglas, interpretaciones y finalidades, de unos y otros en virtud de sus necesidades, se nos tornan en fenómenos cambiantes, en cotidiano movimiento y transformación. Es más, podría pensarse que están en permanente construcción en razón de su incuestionable relación con lo político y social que de por sí implican movilidad y cambio.

En cuanto dialécticos, los subsistemas jurídicos normativos del derecho administrativo y del privado se relacionan y nutren a su vez con la totalidad de los subsistemas del derecho positivo, están en permanente comunicación con éstos, haciendo del derecho positivo un todo o unidad homogénea o inseparable. El derecho en si mismo es uno sólo parcelado para efectos científicos y académicos, pero que en su práctica, cotidianidad y dinámica, funcionan sincronizados, haciendo que cada una de sus partes funcionen armónicamente en favor del universo jurídico, al que conocemos como derecho positivo.

La principal consecuencia del derecho administrativo, entendido como subsistema jurídico frente a su objeto, esto es, ante la administración pública, es la de hacer de ésta un fenómeno ligado a lo jurídico, vinculada necesariamente al sistema normativo, sometida al derecho. Esta consecuencia es relativamente reciente y corresponde a las formulaciones doctrinales del Estado de Derecho y a los postulados de la institucionalización del poder, que generan el moderno principio de legalidad o de sujeción, respeto y acatamiento al bloque de la legalidad. No sólo a la legalidad en sentido general, esto es, a la totalidad del ordenamiento positivo, sino también, en concreto, a las normas y principios específicos que le dan razón y orientan su acción dentro del conglomerado estatal y a las que la misma administración pública profiera.

La formulación del principio de legalidad como soporte del derecho administrativo en especial de su objeto -la administración pública-, sobre todo frente a las observaciones en torno a su entendimiento dentro del contexto del derecho positivo, genera una interesante situación interpretativa para su estudio. Se trata de saber si el derecho administrativo es el único subsistema normativo aplicable a la administración pública. Igualmente aplicando las reflexiones sobre el carácter del sistema del derecho positivo cabe preguntarse frente a los sujetos particulares de sí el derecho privado es el único subsistema que les puede ser aplicado, bajo determinadas circunstancias, como en los casos en que con sujeción a la economía de mercado asuman responsabilidades en materia de servicios públicos, en donde siempre está de por medio el interés general.

Es decir, ¿está la legalidad de la administración pública o el actuar autónomo de los particulares sujeta exclusivamente por las ramas del derecho positivo que tradicionalmente se le ha predicado como propias? La respuesta a este interrogante nos la proporciona el planteamiento ya expuesto, según el cual los subsistemas jurídicos normativos administrativo, privado, etc., en cuanto fenómenos dialécticos, se relaciona con la totalidad de los otros subsistemas propios del derecho positivo, haciendo de éste una unidad homogénea. Si esto es así, y si hemos predicado que la administración pública es un

fenómeno sometido al derecho administrativo, la conclusión no puede ser otra de que en cuanto sistema normativo, el derecho administrativo no es la exclusiva legalidad de la administración pública y que el derecho privado no sería bajo determinadas circunstancias, el único régimen jurídico al que podrían estar vinculados los particulares.

En la doctrina administrativa, el tratamiento del asunto apunta en esta misma dirección. Santamaría Pastor sostiene precisamente que "...*hoy es un hecho notorio que la administración pública no se rige solo, en su organización y actividad, por el derecho administrativo, y como tal, este hecho debe ser tranquilamente asumido...*"[80]. García Falla comparte estas apreciaciones e indica al respecto que "*... es un hecho -y de la máxima actualidad- que la totalidad de la actividad administrativa no está sometida al derecho público administrativo; antes bien, hay actos de la administración que están sometidos al régimen jurídico privado...*"[81].

Según Parada, la solución al interrogante es similar: "...las normas administrativas, en efecto, tienen como sujeto o destinatario a una administración pública de forma tal que no se entienden o no son tales sin esa presencia. Pero esto no supone que las administraciones públicas no puedan utilizar o formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas, puesto que una cosa es utilizar una determinada normativa y otra, muy distinta, que la normativa se halle destinada o presuponga, en todo caso, su aplicación a un determinado sujeto...."[82].

En el derecho colombiano, esta característica del derecho administrativo y de la legalidad de la administración pública, al igual que de la ingerencia del derecho administrativo en las relaciones entre los particulares limitando muchas veces la autonomía de la voluntad ha sido una constante en aumento. Basta recordar los regímenes de la contratación estatal (Ley 80 de 1993); de los servicios públicos (Ley 142 de 1994), de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta (Ley 489 de 1998); de los trabajadores oficiales y otros muchos que se han venido creando últimamente, formándose así una especie de situación excepcional frente al tradicional derecho administrativo o a la dogmática clásica del derecho privado que pretende ser revivida por las doctrinas neoliberales.

C. El dilema de lo Público y de lo Privado

Las anteriores discusiones corresponden desdichadamente a deformaciones históricas sin un fundamento jurídico material válido, que permita respetar su utilización en las horas actuales de las relaciones jurídicas[83]. La distinción entre derecho público y derecho privado es propia de los países continentales europeos. Ni el derecho inglés, ni el de los Estados Unidos, ni el de los países escandinavos reconocen la división del derecho público y privado.

---

80. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1991, pp. 56 a 60.

81. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, Tecnos, Madrid 1994, p. 124.

82. PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t I, Marcial Pons 1993, p. 12.

83. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 287. La diferencia absoluta y radical que se pretende hacer entre el derecho público y el privado es esencialmente *extrasistematica* es decir "...una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado...". Se trata de una diferencia estrictamente ideológica, sin base teórica alguna. Del mismo autor puede consultarse, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, p. 241, en donde reitera la tesis del carácter artificial de la distinción e incluso sostiene que el llamado derecho privado es de aplicación plena a las relaciones jurídicas del Estado.

En líneas generales, a través del derecho público se pretende englobar aspectos como los siguientes: Reglamentación de intereses públicos; reglamentación de las relaciones jurídicas que tienen en primer lugar un interés público; normas para las relaciones jurídicas que conciernen a la autoridad pública como tal, la organización de los poderes públicos y las relaciones de estos poderes con los particulares; las normas de derecho público son aplicadas y puestas en práctica por los órganos de la autoridad pública que deben hacerlas valer de oficio; las normas de derecho público tienen en su mayoría un carácter imperativo. "...*La distribución moderna entre derecho público y derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano, D. 1,1,1,2 y de Inst 1,1,4. Pero la dualidad del derecho romano y del derecho moderno están lejos de ser idénticas...*". La utilización del término por los romanos no fue uniforme, en algunas oportunidades aparece como opuesta a *Ius privatum*; o como parte del *Ius privatum*, en otros, conjugando normas de derecho público y privado en un concepto similar a derecho imperativo; "*... hay muchos textos donde el término Ius publicum es utilizado sin que exista junto a este Ius publicum un Ius privatum contrapuesto. En todos estos textos el Ius publicum tiene la significación de derecho positivo...*"[84]

No obstante, un gran sector doctrinal insiste en preferir la conceptualización del derecho administrativo a partir de su carácter de derecho público y el civil o comercial como fenómeno diferente de estricto derecho privado. Se trata de posiciones y concepciones que recibimos pacíficamente y consideramos intrascendente, si la clasificación de lo público o privado se predica dentro del universo de lo jurídico-positivo, esto es, como subsistemas integrados dentro de los marcos superiores del derecho positivo.

Quienes reducen el concepto a estos extremos, plantean como tema de discusión, este sí, significativo e importante, de cual serían los límites del derecho administrativo y del derecho privado. Se trata de medir hasta dónde va el derecho administrativo y dónde empiezan otros subsistemas jurídicos como es el caso del derecho privado. Es quizá éste un dilema al cual ya le dimos respuesta en el numeral anterior, partiendo del punto de vista de la unidad en el sistema del derecho positivo. Es decir, en el reconocimiento de la interacción permanente entre los subsistemas, integrantes del sistema del derecho positivo, en donde el derecho administrativo, en razón de su individualidad, agrupa teóricamente la normatividad predominante para la administración pública, reconociendo que otros subsistemas también constituyen legalidad para la misma.

En tratándose del conflicto específico, quienes lo observan desde la perspectiva de la distinción entre derecho público y derecho privado, se encuentran frente al permanente dilema del acrecimiento recíproco de las dos distinciones. En la ocupación de espacios tradicionalmente reservados a la una, por la otra. A la publicitación de materias típicas del derecho privado o a la privatización o sujeción al derecho privado de materias supuestamente reservadas al derecho público. Para ellos, se trata de una verdadera crisis del derecho: de la ruptura de los esquemas tradicionales en detrimento de un objeto estable del derecho. Para otros, entre los que nos ubicamos, el problema que no es problema, se trata ante todo de la dinámica natural de la ciencia jurídica, que en cuanto fenómeno dialéctico, adquiere el movimiento y transformación necesaria según las circunstancias.

84. ANKUN, Hans, "La noción de *Ius Publicum* en derecho romano", *A.H.D.E.*, t LII, Madrid 1983.

D. Preservación de los principios de legalidad para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases

En el conflicto del derecho público privado frente a la administración pública o para quienes ejerzan funciones administrativas, lo primordial es la preservación del principio de legalidad. Desde la perspectiva de la dinámica e interrelación del sistema del derecho positivo, el asunto es algo previsible y esperado. No puede ser causa de preocupación alguna, sobre todo si se preserva el principal valor de la administración dentro del Estado de Derecho, cual es el del respeto y acatamiento al principio de la legalidad como rector y determinador de la existencia de aquella y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, en la búsqueda de la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Cualquiera que sea el camino que adopte la función, así sea su regulación bajo un régimen de derecho público o de derecho privado, lo trascendental e importante es que las bases indicadas se mantengan. La verdadera crisis dentro del conflicto entre el derecho público y privado surgiría en el momento de ruptura o abandono de estos postulados, que llaman al ejercicio del poder público con sujeción a la legalidad, como garantía contra la arbitrariedad y la preservación de los principios y valores propios del interés general.

En términos similares, se pronuncia algún sector de la doctrina, que reconoce la ausencia de crisis en el derecho público frente al avance del derecho privado sobre muchas de sus instituciones. Lo importante, se indica, es la preservación de ciertos principios que informan y orientan a la administración dentro del Estado democrático y social de derecho. Borrajo Iniestra insiste sobre este aspecto de la discusión, planteando tres postulados básicos que hacen del asunto un problema de mínima importancia práctica.

En primer lugar, sostiene, el hecho de la regulación por el derecho privado de asuntos considerados como típicos del derecho público no significa una huida de éste y del control requerido sobre la función respectiva. "*...Las técnicas para sujetar el poder al derecho que ofrecen los códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes...*"

En segundo lugar, la supuesta huida al derecho privado por parte de la administración, resulta en cierta forma prácticamente inútil: "*... la administración no puede dejar de ser lo que es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos...*". Siempre habrá que acudir al derecho anterior para encontrar la esencia de las instituciones ahora amparadas por las formas privadas.

En tercer lugar, el avance del derecho privado no significa ausencia del control sobre la administración: la jurisdicción contenciosa administrativa no es la única que puede ejercer el control jurisdiccional. Si bien históricamente nuestro sistema la instituye, en otras latitudes el control se ejerce por otros jueces. En esencia, este aspecto no es fundamental para la discusión. "*...Es inaceptable identificar el control judicial de la administración pública con el orden jurisdiccional contencioso administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales, como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del derecho...*".

Este aspecto del control habría que mirarlo más bien desde la óptica de la conveniencia. ¿Qué sería lo más adecuado para el control jurisdiccional, su sujeción a una jurisdicción especializada o el retorno a los jueces ordinarios? Respuestas que correspondería formular frente a la realidad política y jurídica de cada país[85].

El problema que quiere hacerse surgir entre el derecho público y el privado, insisto, no tiene sentido alguno. Corresponde a razones históricas, más que jurídicas, que se ubican en el ánimo y sentimiento de los primeros estudiosos de la materia, que pretendían, por razones de orgullo, individualizar la disciplina de manera tal que se consolidara como autónoma y totalmente independiente del derecho privado, subsistema éste del derecho positivo que lo nutría y aún hoy, por su generalidad, continúa proporcionándole sustentos doctrinales y teóricos importantes. El derecho administrativo nace y se alimenta de los contenidos del derecho privado, siendo ésta una realidad que aún no ha sido posible vencer por los dogmáticos administrativistas.

Ahora bien, estas circunstancias influyen en la discusión para que permanezca y se reviva de manera interminable. García de Enterría entiende en este sentido la discusión y reconoce la notoria y decisiva influencia del derecho privado en la construcción del derecho administrativo. El derecho civil, por siglos, ha constituido el derecho común de la ciencia jurídica e incluso vanguardia importante de la teoría general del derecho.

Esta situación hace que el derecho administrativo se encuentre ante una circunstancia de no haber superado la antigua fuerza atractiva del derecho civil[86].

No es que existan dos ordenamientos normativos independientes para el Estado (público) y la sociedad (privado), el derecho es uno sólo, como ya lo expusimos, interrelacionado y dinámico. Esta situación, el carácter sistemático con que debemos entender el derecho administrativo y sus relaciones con el derecho positivo ha llevado a sostener la existencia de una especie de *derecho común* entre administración y derecho constituido, por la superposición de algunos subsistemas que regulan dentro del derecho positivo a la administración. "*...La publificación del derecho y del mundo privado es un hecho correlativo al de la creciente privatización de las actividades de los entes públicos: dos fenómenos de aproximación, en definitiva, que están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de derecho común; de una regulación de caracteres unitarios, o*

85. BORRAJO INESTA, Ignacio, "El intento de huir del Derecho administrativo", *REDA* nº 78, Civitas, abril-junio de 1993, p. 233. En sentido contrario puede consultarse a Silvia Del Saz. "Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional", publicado en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo, Tres estudios*. U. N. E. D., Civitas, 1992, p. 99. Sostiene esta autora que el equilibrio entre el derecho público y el derecho privado se ha venido rompiendo en los últimos tiempos, como fruto de las ideologías liberalizantes y del llamado principio de eficacia. De esto, el resultado ha sido la aplicación del derecho privado a las administraciones públicas y la consecuente entrada en escena de la jurisdicción civil y laboral al conocimiento y juzgamiento de la actividad de la administración pública. Estas actitudes están dominadas de manera tal que la gran panacea para todos los males y deficiencias de la administración parece haberse ubicado en estas actitudes de privatización del objeto del derecho público. "*...Se cometería, sin embargo, un grave error de apreciación si se creyese que este fenómeno encubre una liberalización que se traduce en una reducción del sector público por traspaso al sector privado, o que avoca a un menor intervencionismo. ¡Nada de eso!; las administraciones públicas, aun cuando repudian los procedimientos de control que les son propios y rechazan la justicia administrativa, no dejan de ser lo que son, es decir, organizaciones que se costean totalmente desde los presupuestos del Estado [...] básicamente, la fuga del derecho público puede concretarse por una parte en la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachados de lentos, ineficaces e inadecuados, y, en la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y funcionarios...*". A lo anterior, agrega la autora la posible ausencia de control de la actividad administrativa.

86. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario" *RTDP*, 1960.

sensiblemente próximos, aplicable tanto en ámbitos privados como públicos, y a la que el derecho administrativo ha tenido el honor de aportar no pocos elementos..."[87]. El razonamiento resulta claro e interesante, visto desde la perspectiva de los sistemas, en la medida en que podría implicar la generación de otros subsistemas del sistema positivo, regulador de unos aspectos muy específicos, cuales son los emanados de la privatización de la actividad pública y de la publificación de la actividad privada.

Desde la perspectiva del derecho privado, la situación no tiene mayores variaciones. Lo importante para los sujetos particulares es que el avance del subsistema de derecho público administrativo no rompa con su columna vertebral en materia de principios. Esto es, se preserve la esencia de su razón jurídica como es la libertad y la autonomía de la voluntad, sin desconocer que, cuando se involucre en relaciones intensas con el interés general, tendrá que aceptar para su incursión en el tráfico jurídico, principios y normatividades que pueden restringir su ámbito de actuación a partir de la existencia de normas de orden público o regulaciones especiales. Así las cosas, la existencia de una economía libre abierta y de mercado constituye un elemento fundamental para el desarrollo normal de la iniciativa privada y para la realización de sus aspiraciones de manera autónoma.

E. El Derecho aplicable a los contratos y a los actos unilaterales en servicios públicos. Galimatías e inseguridad

En el tema de los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo.

Un acercamiento a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general.

Este contexto de inversión a los postulados tradicionales corresponde indudablemente a una nueva concepción en el manejo de otrora responsabilidades públicas, en lo que ha dado en llamar Gaspar Ariño, el cambio del modelo de Estado como consecuencia de

87. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit. supra,* nota 80, p. 59.

las transformaciones profundas en los procesos económicos y sociales, que consolidan un sistema fundado en la competencia, libre dentro del mercado[88], que indudablemente influyen y determinan los fenómenos jurídicos propios del servicio público, en especial el tema de los contratos y de las actuaciones unilaterales que puedan darse en su prestación.

Los desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos.

En este sentido, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, de iniciativa, de empresa y de competencia, donde se sanciona la competencia desleal y cualquier acto que perturbe el libre tráfico jurídico de la competencia, tanto en el comercio interno, como en el internacional, en este último, imponiendo sanciones para el *dumping* y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden.

De la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo.

La insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: "...*Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política*...". Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se

88. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997, pp. 19 y ss.

hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado[89].

Conforme a la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Se relaciona por el legislador como otra excepción a la regla general enunciada en los casos de contratos celebrados por los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, casos éstos en donde se aplicarán integralmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es más, el legislador insiste en que para efectos del principio de transparencia, la selección del contratista en estos eventos deberá siempre realizarse previa licitación pública, de conformidad con el estatuto de la contratación pública del Estado. Así mismo en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, se prevé otra clara excepción al excluir de la aplicación del derecho privado algunos contratos, como los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, o de acceso al espectro electromagnético.

Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un claro sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo, en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular.

En tratándose del estatuto jurídico para el servicio público de electricidad, Ley 143 de 1994, el parágrafo del artículo 8 es claro en señalar que en los contratos de este sector de los servicios se aplicará el derecho privado. Destaca la disposición que "..*El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública...*".

89. Laudo Arbitral. Constructora Norberto Odebrecht S.A. Grupo Mexicano de Desarrollo S. A -GMD- Asea Brown Boveri Ltda.. ABB Sae Sadelimi S.P. A y Kvaerner Energy S.A. contra Sociedad Fiduciaria Anglo S.A Fiduanglo Miel I. Arbitros. ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, PALACIOS MEJÍA, Hugo y ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo. En esta providencia, se recogen los trabajos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia, reiterándose que por regla general este tipo de contratos está sometido en todos sus aspectos al derecho de los particulares.

Esto es, que el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos al sector de energía son dominados por el derecho privado.

El principio tiene varias reiteraciones en los artículos 10, 76 y 84 de este texto legal. En el artículo 10, al referirse a los diferentes agentes económicos que pueden participar en la prestación de los servicios propios de esta actividad de servicios cuando sean convocados por el Estado, indica la ley, estos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello, los cuales se regularán de acuerdo con lo previsto en esta ley, en el derecho privado o en disposiciones especiales según la naturaleza jurídica de los mismos, es decir, si se trata de contratos que por disposición legal se rijan por el derecho privado, estos agentes deberán acatar integralmente este subsistema jurídico para efectos de sus negocios. Por el contrario, si el contrato correspondiente es de los que deben regirse por ejemplo por la Ley 80 de 1993, el agente no podrá desprenderse de su contenido normativo y de principios, no otra cosa puede deducirse de la expresión final del artículo, según la cual se debe respetar la *naturaleza jurídica* del contrato correspondiente.

En el artículo 76, se establece una clara y directa excepción al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define los sujetos objeto de aplicación del Estatuto de Contratación del Estado colombiano. En esta disposición, se indica que todos los actos y contratos, excepto los de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones del sector, en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado.

Por su parte, el artículo 84 de la Ley 143 de 1994 recoge para el régimen jurídico privado de los contratos en servicios públicos un aditamento de naturaleza administrativa al obligarlas a respetar las previsiones del estatuto de la contratación estatal, en cuanto se refiere a los requerimientos a los oferentes nacionales, los cuales no pueden en ningún momento romper el principio de igualdad con los extranjeros, creando en el mercado diferenciaciones o distinciones artificiales e injustificadas que puedan reducir la participación y concurrencia dentro de una economía libre. Indica la disposición que "*...De conformidad con lo que disponga el Estatuto de Contratación Administrativa, las entidades del sector no exigirán a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, requisitos y condiciones distintos a los requeridos a los oferentes de bienes y servicios extranjeros...*"

Por último, en tratándose del sector de energía eléctrica, se presenta una situación interesante que puede mermar la intensidad con que se aplique el derecho privado y sus principios a la contratación y actos de las empresas de servicios públicos. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 143 de 1994, es fácil concluir que los negocios y actuaciones de las empresas del sector eléctrico no pueden estar ausentes entre otros principios de los establecidos en el artículo 209 de la Constitución y, por esta vía, los propios de las actuaciones administrativas consagrados en los artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo y los generales para la defensa del interés general en aspectos tan cruciales como los de la contratación. Determina de manera perentoria la disposición que "*... En la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas en la ley, los principios generales del derecho, los postulados que rigen la función administrativa y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos...*".

Conforme a lo expuesto, si bien es cierto que se postula para el sector eléctrico como régimen jurídico propio para sus actos y contratos el del derecho privado bajo un criterio de interpretación sistemática, se puede concluir que su aplicación no es absoluta o por lo menos totalmente ausente de principios básicos para la convivencia y el interés general, como son los que se derivan del artículo 209 constitucional, según la redacción del artículo 83 de la Ley Eléctrica. Este aspecto resulta de trascendencia no sólo para la determinación de la legalidad de las actuaciones y negocios, sino también de la responsabilidad que le pueda corresponder a los directivos de las empresas por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable.

En tratándose de los actos unilaterales de las empresas de servicios públicos, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 recoge similar principio en el sentido de que por regla general están sometidos al derecho privado. Indica la disposición que salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley disponga expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Quedarían excluidos de este principio los actos administrativos que surjan de los procedimientos a que se refiere el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, los producidos en los trámites que se adelanten por los procedimientos administrativos para la producción de actos unilaterales, establecidos en los artículos 106 y siguientes de la misma ley, al igual que todos los derivados de los conflictos que se resuelvan en sede de la empresa, relativos al contrato de condiciones uniformes.

En cuanto se refiere a las situaciones emanadas del artículo 33 de la Ley 142, consideramos que el legislador quiso conservar para el derecho administrativo trámites y decisiones que típicamente tocan con el interés general y que no constituyen materia ordinaria en el desarrollo del objeto de las empresas de servicios públicos, aunque de todas maneras coadyuvan eventualmente para la adecuada y eficiente prestación de los mismos. Por esta razón, en la disposición en comento, se hace referencia al otorgamiento de facultades especiales, es decir, a la atribución del legislador de competencias administrativas a las empresas que presten servicios públicos para actuar en el tráfico jurídico como autoridades, en cuanto se refiere al uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio. Tan cierto es esto, que para efectos del control jurisdiccional estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

El anterior tema nos sitúa en el ámbito de una interesante discusión en torno a si es posible que los particulares o más precisamente las empresas de servicios públicos puedan ser objeto de atribución legal para que desempeñen funciones administrativas. Sobre el tema sobra decir que el ejercicio de funciones públicas por los particulares no constituye un fenómeno extraño al Estado de Derecho. Incluso, antes de la institucionalización del poder, se acudía a este sistema de colaboración privada para el desarrollo de importantes cometidos públicos, mediante la asignación de funciones de esta naturaleza, tanto a personas naturales como jurídicas[90].

90. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit. supra,* nota 80.

En Colombia, al igual de lo sucedido en otros países[91], el avance de las funciones públicas desempeñadas por particulares es evidente. El legislador ha trasladado importantes asuntos que por su naturaleza corresponderían a entidades u organismos públicos, a manos de particulares. Se trata de un instrumento valioso para la cooperación y participación ciudadana que no puede ser desconocida, por lo tanto fortalecida si se quiere un Estado verdaderamente democrático. La Constitución Política de 1991 recogió en diferentes disposiciones la posibilidad de que los particulares desarrollaran funciones públicas, con el fin de colaborar para el cumplimiento de los cometidos estatales. Los artículos 116 inciso 4, 123 inciso 3 y 210 de la Carta son un ejemplo claro de los avances constitucionales en esta materia. Para el constituyente, las funciones típicas de los órganos de la rama del poder público como las administrativas y judiciales pueden quedar en manos de particulares, en los estrictos términos que establezca el legislador[92].

Resulta de especial interés para el presente estudio, lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 210 de la Constitución, cuando indica que los particulares pueden colaborar en el desarrollo de funciones administrativas en las condiciones que establezca la ley[93]. La colaboración de los particulares para el ejercicio de funciones administrativas implica el desarrollo de dicha actividad en similares términos de quien la ejerce por designación de manera permanente en un cargo público. Nos encontramos por lo tanto ante fenómenos prácticamente similares, con la diferencia de que el particular no se posesiona para

91. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit. supra,* nota 80, p. 954, "...*La encomienda a particulares de funciones públicas es un fenómeno constante en la historia de los Estados europeos: la realización directa por los órganos estatales de todas las tareas calificadas más o menos explícitamente como públicas es una tendencia nunca enteramente consumada. En las Edades Media y Moderna, el fenómeno se haya sumamente extendido por la minimización y la falta de consistencia del aparato estatal: funciones públicas capitales como la acuñación de moneda, la recaudación de tributos y la guerra (milicias privadas, condottieri, patentes de corso) se hallaban en manos privadas... El perfeccionamiento del aparato estatal no ha terminado con estos fenómenos que, antes bien, han crecido en número... De otra, el crecimiento de las funciones estatales ha obligado a instrumentar nuevas formas y supuestos de colaboración de personas y empresas privadas...*".

92. Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995. "*...Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución y en las leyes que regulan el arbitramento... Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia* "*en los términos que determine la ley*". *Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral...*"

93. Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1995. "*...La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es concebida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar sin lugar a dudas, que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público, sino que también incumbe a personas privadas, aspecto este último que se inscribe dentro de la perspectiva, más amplia, de la participación de los administrados* "*en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*", *que el artículo 2o. de la Constitución colombiana consagra como uno de los fines prevalentes del Estado. El desempeño de funciones administrativas por particulares, es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, y que esa atribución prevista en el artículo 210 de la Carta opera por ministerio de la ley y, en el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad...*".

desempeñar permanentemente un cargo creado en el ordenamiento jurídico, sino directamente desempeñar la función en los términos señalados por el legislador[94].

Bajo estas consideraciones, los particulares deben respetar el principio de legalidad y acogerse al mismo integralmente[95]. El Código Contencioso Administrativo de 1984, en sus artículos 1, 82 y 83, estableció la posibilidad de que cuando los particulares ejerzan funciones administrativas, deben acogerse integralmente a los procedimientos administrativos establecidos para la formación de los actos administrativos y sus decisiones controlables ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Entre las funciones públicas atribuidas a particulares que mayor trascendencia y desarrollo han tenido en los últimos años, están las que corresponden a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, es decir, las que desarrollan los servicios públicos definidos en el artículo 1 de la Ley 142 de 1994, a las cuales por expreso mandato legal le han sido atribuidas especiales funciones administrativas, no obstante que por regla general, su régimen jurídico es el del derecho privado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado ha resumido todo el problema del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos en los siguientes términos: "*...los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (artículo 154 inciso 1). C) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado en los artículos 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en las cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. D) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142*

94. Corte Constitucional Sentencia C-89ª de 1994. "*...El derecho a desempeñar funciones públicas se predica no sólo de las personas que se vinculan materialmente con la administración mediante la elección o nombramiento y la posesión en el cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones administrativas, donde se entiende por función, el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades. El cumplimiento de funciones administrativas por los particulares, debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley...*"

95. Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995. "*...Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación...*"

darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa..."[96].

F. Régimen jurídico disciplinario especial para el ejercicio excepcional de funciones administrativas en servicios públicos

Partiendo de la realidad incontestable de que los particulares pueden ejercer funciones administrativas, cuando las mismas le hubieren sido asignadas por el legislador, y que uno de esos casos excepcionales se presenta en tratándose de ciertas actividades de las empresas de servicios públicos para lo cual deben acogerse al principio de legalidad, por lo tanto sujetarse a las disposiciones del ordenamiento jurídico, el cual deben respetar y preservar, no existe entonces duda alguna de que deben quedar vinculadas a un preciso régimen disciplinario que sancionen su desconocimiento o violación por omisión o extralimitación. La Corte Constitucional reconoció este necesario mecanismo de control para la preservación del Estado de Derecho y la defensa de los intereses públicos que pueda estar en manos de las empresas de servicios públicos[97].

Dentro de este contexto mediante Ley 734 de 2002l se adoptó un estatuto especial disciplinario para los particulares que desempeñen funciones administrativas en el cual se desarrollan temas neurálgicos como los de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y un catálogo especial de faltas imputables a los mismos. Sobra advertir que todo lo anterior procede única y exclusivamente en los específicos casos en que el particular ejercite algún tipo de función administrativa, en lo demás se sujetarán a las disposiciones y principios del derecho privado, que es el régimen rector de su actividad cotidiana. Para las empresas de servicios públicos, la ley considera como su objeto disciplinario a todas aquellas empresas que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, al igual que aquellas que administren recursos del Estado.

Como obviamente todos los prestadores de servicios conforme a la ley son personas jurídicas, la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o a los miembros de la Junta Directiva.

Del análisis de este régimen disciplinario especial, en cuanto a las empresas de servicios públicos se refiere, merece especial atención la exigencia del legislador en el sentido que se aplicará respecto de aquellas empresas que "*...presten servicios a cargo del*

---

96. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 23 de 1997, C.P. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Exp. S-70.

97. Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 1996. "*...Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica...Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse - se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo...*"

Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política..."[98]. Una primera aproximación a esta disposición parecería indicar que el legislador no fue muy afortunado en cuanto a la remisión efectuada, si se tiene en cuenta que esta disposición constitucional no contiene en estricto sentido un listado de servicios públicos a cargo del Estado. Sin embargo, evaluando la temática en ella contenida, se puede observar que no existe error o disconformidad alguna en el texto del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, en cuanto que del precepto constitucional señalado se puede fácilmente concluir que son de responsabilidad del Estado todos los servicios atinentes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, al igual que los relativos a salud, saneamiento ambiental y agua potable.

En la práctica, el Estado es un potencial prestador de todos los servicios públicos, no sólo porque esta posibilidad se la otorga el inciso 2 del artículo 365 constitucional, sino también porque conforme a la filosofía económica de los servicios públicos, en el Estado recae el deber de garantizar el llamado principio del servicio universal, o sea de la prestación básica indispensable de todos los servicios en donde el mercado no genere las condiciones para que la iniciativa privada atienda las necesidades de la población.

IV. LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL

Los fundamentos constitucionales de los servicios públicos en nuestro derecho se desprenden del marco normativo y de principios diseñados por el constituyente de 1991, con el propósito de destacar no sólo su importancia, sino también la trascendencia inmediata que la materia implica para los intereses públicos y la población en general. Bajo esta perspectiva, se diseñó un marco conceptual delineador de la temática que recoge sus principales características y señala los parámetros para la estructuración de un régimen jurídico especial y particular rector de toda su problemática, con órganos de control predeterminados, sujetos prestacionales definidos, finalidades, competencias, y criterios asistenciales perfectamente indicados. No obstante esta aparente claridad que se desprende de los artículos 365 a 370 de la Carta Fundamental del Estado, son diversas las lecturas que de dichos textos básicos se han efectuado, lo que ha llevado a posiciones e interpretaciones doctrinales radicalmente distintas y obviamente con consecuencias jurídicas de naturaleza diferente.

1. La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991

Una simple aproximación a la relación normativa constitucional estructurada por los artículos 365 a 370 efectuada en la perspectiva y consideración de su carácter de normatividad especial, de interpretación restrictiva y por lo tanto desplazante de cualquier

98. Constitución Política de Colombia. Art. 366 "*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable...*".

análisis sistemático que pudiere desconocer su naturaleza de contexto positivo comprometedor del Estado con su prestación, regulación, control y vigilancia, sostiene que la intención real y efectiva del constituyente en la incorporación de este régimen superior para los servicios radica en la conservación de todos los privilegios tradicionales para el poder público administrativo, en una especie de prolongación de su naturaleza de función administrativa dentro de un Estado actuante e interventor en la materia. Esta consideración se desprende principalmente del contenido simple y directo del inciso primero del artículo 365 constitucional, cuando señala que: "...*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...*", de donde se desprende su naturaleza de compromiso institucional con raíces en el régimen de deberes y responsabilidades estatales frente a la población.

Tesis que se ratifica, con el texto del inciso segundo de esta misma disposición constitucional, que deja claramente establecido que el legislador determinara un especial régimen jurídico tendiente a asegurar estos compromisos. Régimen que por lo demás destaca el papel del Estado no sólo como prestador directo o indirecto de los servicios, sino también como regulador, controlador y vigilante de los mismos, en cuanto actor principal de toda las secuencias e instancias en que se comprometa temas relativos a estos asuntos. Así mismo, si la intención del constituyente fue la someter a un estatuto propio los servicios públicos, significaba que la idea matriz de todos los análisis políticos, sociales y económicos en la Asamblea Nacional Constituyente fue dirigida a crear un mecanismo normativo de estricto derecho administrativo, de lo contrario el constituyente se hubiere limitado a remitirse al derecho ordinario para regir este tipo de actividades fundamentales para la comunidad.

Bajo este contexto interpretativo, la gestión o prestación de los servicios por lo particulares o por la comunidad organizada sería excepcional y sometida al régimen jurídico especial creado por el legislador, en donde debía reglárseles como una alternativa de colaboración y no de sustitución del Estado. Estas ideas son complementadas con las conclusiones extraídas del estudio del artículo 366 de la Carta, del cual se desprenden irrefutables compromisos públicos frente a las necesidades básicas de la población, que deben ser satisfechas a través de recursos públicos debidamente presupuestados en el denominado gasto público social.

El carácter de las prestaciones a cargo del Estado son de evidente naturaleza pública a cargo de la administración que el constituyente las definió como: "...*objetivos fundamentales de su actividad...*", de donde se concluye que todos los servicios públicos no pueden ser más que funciones estatales sujetas a un régimen de derecho administrativo, en cuando directamente su satisfacción es responsabilidad de la administración pública. Por lo menos las necesidades insatisfechas en materia de educación, salud, saneamiento ambiental y agua potable estarían radicadas en el aparato administrativo público.

Esta particular lectura de las normas constitucionales no se agota en el destaque del contenido de los artículos 365 y 366 de la Carta para sustentar sus predicados, todo lo contrario, va mucho más allá, encuentra fundamentos para la consolidación de la teoría clásica de los servicios públicos en los artículos 367 a 370 superiores, en cuanto en ellos lo que se plasma no es otra cosa que claras atribuciones al Estado en materia de regulación de los servicios domiciliarios en aspectos claves como las tarifas, cobertura, financiación, prestación directa por los municipios, subsidios, régimen de los usuarios y mecanismos de control a través de la superintendencia de servicios públicos.

Es decir, todo un contexto de claras atribuciones públicas, que en últimas no generan en derecho otra cosa que asuntos de estricto derecho administrativo.

Agrega esta lectura que en ninguna de sus partes, el componente normativo especial en materia de servicios públicos está excluyendo o relegando al Estado a un segundo lugar en la prestación de los servicios públicos, todo lo contrario, lo está responsabilizando de manera directa de absolutamente toda su problemática. Es más, en ninguno de sus extremos conceptuales del capítulo referente a esta materia en la Constitución Política, el constituyente adoptó un contenido filosófico distinto al del carácter público de los servicios, por lo tanto de responsabilidad administrativa dentro de un régimen jurídico dictado de manera particular por el legislador, lo que desplaza de plano cualquier intento de someter la prestación de los mismos a las normas, principios y leyes que rigen el mercado, creando monopolios a favor de los particulares o permitiendo que éstos desplacen al Estado su papel protagónico e intervencionista sobre los servicios.

Estas consideraciones absolutamente respetables que se fundan doctrinalmente en los trabajos históricos del intervensionismo estatal y en sus razones económicas y políticas y que jurídicamente ha desembocado en la concepción del servicio como función estrictamente administrativa no ha tenido en el derecho nacional acogida alguna. Todo lo contrario, el legislador profundamente influido por otro tipo de concepciones ideológicas ha entendido el problema de los servicios desde una perspectiva económica, de mercado, luego de fenómeno típico de la competencia, por lo menos en estos términos fueron redactados tanto el estatuto básico de los servicios domiciliarios contemplados por la Ley 142 de 1994, como en la mayoría de las disposiciones referidas a los distintos tipos de servicios públicos, como en el caso del transporte, educación superior, telefonía celular, servicios postales, etc.

2. La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público

Esta nueva lectura del texto constitucional en materia de servicios públicos proclama a todas voces la necesidad de hacer una interpretación sistemática y de contexto de la Constitución, con el fin de no caer en despropósitos respecto de la intención del constituyente en cuanto a los servicios públicos, para lo cual propone como punto de partida vincular el concepto y la normatividad suprema en la materia a las disposiciones rectoras del régimen económico constitucional, llegando a sostener la imposibilidad absoluta de entender cualesquier aspecto de los servicios sino están determinados dentro de la perspectiva del régimen económico constitucional[99].

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sostiene los propugnadores de esta concepción dominante en el derecho nacional, se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de su régimen jurídico, según las cuales, su prestación estaría sujeta a los principios de la libertad, mercado y competencia, con estricta sujeción al derecho privado en cuanto régimen jurídico de la actividad privada y base consolidadora de la autonomía de la voluntad. Básicamente se trata de recoger para los servicios públicos los postu-

99. MONTAÑA PLATA, Alberto, *op. cit. supra*, nota 65, p. 89.

lados y principios de los artículos 333, 334 y 336 constitucionales en cuanto a la libertad de empresa e iniciativa económica, con limitaciones en ellos admitidas en razón del bien común y el interés general, en donde la intervención estatal se predica exclusivamente para su regulación, control y vigilancia, eficiencia y prestación continua, se proscribe en consecuencia cualquier atentado contra la economía de mercado como los propios de la competencia desleal y del abuso de la posición dominante, todo lo anterior con el fin de garantizar a los usuarios el mejoramiento de su cualidad de vida y el bienestar que demanda el Estado Social de Derecho.

Se incorporó en Colombia, de esta manera, doctrinaria y filosóficamente el concepto de servicios públicos a los principios liberales de libertad económica con las cargas institucionales del Estado Social de Derecho, dentro de la línea de que la iniciativa privada también puede brindarle a la comunidad solución a sus problemas y necesidades y que el Estado debe relegarse a un papel de fortalecedor del mercado y estimulador de la actividad privada para el desarrollo de los servicios públicos. La nueva teoría de los servicios públicos aplicada a la realidad nacional conjuga las disposiciones especiales establecidas por el constituyente en los artículos 365 a 370 de la Carta con los artículos correspondientes al régimen económico adoptado para el Estado en la Constitución. Situación ésta que se refleja en los estatutos jurídicos rectores de los servicios públicos domiciliarios, principalmente en la Leyes 142 y 143 de 1994 y en algunos otros especiales[100].

Con esta concepción doctrinal, el constituyente quiso abandonar el marco intervencionista y proteccionista que en materia de prestación de servicios públicos venía caracterizándose durante la vigencia de la Constitución de 1886. Básicamente a partir de los artículos 333, 334, 336; 365 a 370 constitucionales, se incorporó a los servicios públicos dentro de la concepción de la actividad económica e iniciativa privada libres, en una sociedad regida por los principios de la competencia económica, y sobre la consideración de que la constitución de empresas por los particulares para la prestación de los servicios públicos es uno de sus baluartes más importantes que las compromete dentro de una función social que implica obligaciones.

A. La libertad, el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal

El artículo 333 de la constitución política[101] define un modelo económico para la sociedad colombiana fundado en el principio de libertad y de iniciativa económica privada

100. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia de Junio 9 de 1998, MP. LAFONT PIANETTA, Pedro. Rad.: 5036. "...*Con el triunfo de la Revolución Francesa, advino el régimen capitalista en la producción y distribución de bienes y servicios, al cual le son consustanciales los principios de la iniciativa privada y la libre competencia mercantil, conocidas entonces como las libertades de industria y de comercio, las que fueron consagradas como garantías individuales en las Constituciones Políticas promulgadas en el Siglo XIX y desarrolladas luego legislativamente en los Códigos Civiles y Comerciales que siguieron como modelo la legislación francesa... Dado que el ejercicio de tales libertades sin sujeción a reglamentación alguna, podía conducir al abuso de las mismas en detrimento de los demás comerciantes y de la sociedad en general, el legislador se vio precisado a establecer limitaciones a la libertad de comercio, en orden a garantizar la realización de la competencia mercantil dentro de los linderos de la licitud, cual sucedió con la legislación colombiana...*"

101. Constitución Política de Colombia. Artículo 333 "...*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que*

dentro del mercado como motores vitales para el desarrollo y el progreso de la comunidad, reprochando en consecuencia modelos e ideologías económicas que desconozcan las bondades de la libertad individual y de las fuerzas transformadoras de la competencia en el mercado, tanto así, que la disposición eleva a la categoría de derecho de los colombianos y de las personas residentes en el territorio nacional el de la "*...libre competencia económica con responsabilidades...*".

Aspecto éste que claramente destaca la Corte Constitucional, cuando al ocuparse del tema identifica la trascendencia que en el derecho nacional tiene el carácter de derecho individual de la libre competencia y las consecuentes responsabilidades que esto implica para la organización política. "*...La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados...*"[102].

En este sentido, la libertad económica[103], que implica las de iniciativa y de competencia, se espera que genere condiciones para que de su dinámica, surjan las grandes respuestas a las necesidades públicas, entre las cuales inevitablemente se encuentran la atención a los servicios públicos. En la medida en que las fuerzas del mercado conduzcan a mejores ofrecimientos, el beneficiado no puede ser otro que el usuario o consumidor final. "*...La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redunda en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores...*"[104].

La principal consecuencia de la adopción de la economía de mercado para la prestación de los servicios públicos radica en el inevitable desplazamiento del Estado de su tradicional papel de actor principal, trasladándolo a una posición importante pero no actuante directo o de gestor del mercado de los mismos.

---

se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación..."

102. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de octubre 23 de 1997.

103. Corte Constitucional. Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992. "*...La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social...*".

104. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de octubre 23 de 1997.

El Estado desaparece como el principal empresario de los servicios. Sus banderas son ahora recogidas por la iniciativa privada, la cual es considerada el baluarte del nuevo sistema.

Para estos propósitos, la norma constitucional proclama de manera coherente con sus fundamentos ideológicos a la empresa como base del desarrollo, lo que adquiere desde la perspectiva de los servicios importancia y trascendencia, en cuanto es la organización de los bienes particulares, puestos al servicio de la comunidad en una economía de mercado, la determinante para lograr la satisfacción de necesidades como las de los servicios públicos. En este sentido, el constituyente le recuerda a la iniciativa privada que cuando actúe como empresa en el tráfico jurídico cumpla también una función social y no exclusivamente individual. El individualismo a ultranza del capitalismo clásico se rompe supuestamente bajo los parámetros del nuevo mercado. El respeto a la sociedad es imprescindible para los actores del mercado. La comunidad constituye su objetivo más importante. En este sentido, la empresa estimulada, fortalecida y consolidada constituye un factor de estabilidad y de desarrollo para la sociedad y sus necesidades[105].

B. Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado

El ejercicio de las libertades que postula el artículo 333 constitucional no es absoluto y se encuentra sujeto como lo establece la disposición a los límites del bien común, consecuentemente las rupturas a estas barreras generan responsabilidad y obligaciones interventoras del Estado para evitarlas o sancionar a sus infractores, lo que significa que son libertades moldeadas a los propósitos del Estado Social de Derecho, ésta la razón por la cual se prevea expresamente en la norma que: "*...El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación...*". Por su parte, en el artículo 334 constitucional, se retoma el principio de intervención con propósitos similares, frente a los servicios públicos y privados, "*...para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano...*" y lo que resulta aun más importante, el Estado también debe intervenir con el fin de que todas las personas en especial las de menores ingresos "*...tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos...*" así mismo para promover la productividad y la competitividad. Es decir, los postulados generales del artículo 333 de la Carta no implican una absoluta autorregulación a partir de la dinámi-

105. Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1994. "*...Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral...*".

ca del marcado, sino que por el contrario se encuentran eventualmente sujetos a claras disposiciones reguladoras de origen estatal, generadoras de un ostensible derecho administrativo que acompañara siempre a la iniciativa privada y a la libre economía.

Estos perentorios mandatos constitucionales tienen incidencia directa en el ámbito de los servicios públicos. Si bien es cierto que el legislador con fundamento en los artículos 333 y 334 de la Constitución incorpora el concepto de libre empresa para la prestación de los servicios públicos, no se debe olvidar, que su ejercicio está limitado y demarcado por el interés general que involucra este tipo de actividad esencial para la vida ciudadana, por lo tanto sujeta a la regulación que el artículo 365 constitucional prevé para su adecuado ejercicio dentro del Estado de Derecho, luego no nos encontramos en el ámbito de los servicios frente a actividades absolutamente libres enmarcadas en los clásicos presupuestos de la autonomía de la voluntad dentro de un mercado incontrolable y agresivo con la comunidad y los asociados. Todo lo contrario, para el caso de los servicios públicos domiciliarios, por lo menos, con fundamento en las Leyes 142 y 143 de 1994, el legislador ha previsto que en aras de garantizar mínimos vitales a la ciudadanía y especialmente a los consumidores de los servicios, el ofrecimiento de los mismos debe hacerse conforme a las normas establecidas por la ley, la reglamentación y la regulación de las Comisiones respectivas, todas las cuales constituyen en su conjunto disposiciones vinculatorias y de acatamiento inmediato por todos los actores de la generación eléctrica.

El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia deviene indudablemente de la concepción de libertad económica e iniciativa privada, que bajo un marco de responsabilidad social y de interés general postula el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, principio que es recogido de manera innegable en las Leyes 142 y 143 de 1994, de las cuales se deduce sin mayor dificultad que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es un problema relativo a la competencia en el mercado, a sus normas y principios, pero de todas maneras sometidos al régimen jurídico que establezca la ley, según lo dispone el artículo 365 constitucional, en consecuencia a los marcos normativos legales, reglamentarios y en especial a las regulaciones específicas que las Comisiones establezcan sobre asuntos de su competencia.

La anterior base normativa se diseñó, entre otros propósitos, para ser coherentes con los postulados de los incisos 4 y 5 del artículo 333 de la Carta, según los cuales la libertad económica y la iniciativa privada dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, si bien es cierto se caracterizan por ser libres, no por esto se puede predicar su carácter absoluto, arbitrario, incontrolable o sumidas en el estricto querer de los actores del mercado[106]. Para el Constituyente, el Estado por mandato de la ley, evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan en el mercado nacional, estando para estos efectos el legislador habilitado para hacer prevalecer el interés general frente a desmanes y despropósitos serios que puedan alterar los presupuestos fácticos de la norma constitucional[107].

---

106. Corte Constitucional. Sentencia C-118 de mayo 6 de 1998. "*...Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen. Se ejercen, como dice la norma del artículo 333 de la Carta,* "*dentro de los límites del bien común*"*, bajo los supuestos y objetivos prioritarios del Estado Social de Derecho y de la función social, y con el carácter relativo que corresponde a un sistema en el cual el Estado es director de la economía y no mero observador de los acontecimientos que la afectan...*"

107. Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1995. "...Debe concederse al demandante que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y

En este sentido, la Ley 142 de 1994 que constituye el régimen jurídico básico para todos los servicios públicos domiciliarios, establece de manera perentoria en el artículo 34 de su codificación que las empresas de servicios públicos en todos sus actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. Se trata de un postulado genérico de carácter prohibitivo, limitativo de la libertad de actividad económica e iniciativa privada, en favor de la prevalencia del interés general dentro del tráfico jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios, norma que dentro del principio de complementariedad existente con la Ley 143 de 1994, se reitera para el sector eléctrico en el artículo 3º de esta última codificación.

Bajo los anteriores presupuestos, el legislador ha recogido para los servicios públicos los fenómenos negativos de la competencia que doctrinariamente se conocen como competencia desleal (art. 34 numeral 5 en conc. Con Ley 256 de 1996), abuso de posición dominante (art. 34 núm 6 en conc. Art. 133 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994), restricciones indebidas de la competencia (art. 34 inc. 1º en conc. art. 1º de la Ley 155 de 1959).

El constituyente previendo los desafueros y problemas lógicos de una sociedad económicamente libre, autorizó al legislador para que interviniera regulando los límites necesarios con el fin de adecuar esta actividad económica al bien común, evitando su colapso a través de mecanismos perturbadores. La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil y Agraria, ha explicado el alcance del artículo 333 constitucional, en el sentido de considerarlo la base doctrinal y jurídica de la represión a todo mecanismo de perturbación de la libre competencia económica. El artículo 333 de la Carta Política de 1991 sostiene la Corte, garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada con sujeción a la ley, libertades éstas que han de ejercerse dando cabal operancia en la realidad a la función social que ha de cumplir la propiedad. Dentro de ese marco constitucional, se debe regular la libre concurrencia en el mercado, de tal suerte que se sancione la *competencia desleal*, precisamente para hacer efectiva aquella libertad[108].

El Consejo de Estado ahonda en las razones jurídicas que llevan al establecimiento de restricciones para permitir una verdadera, leal y limpia contienda de los participantes en el tráfico jurídico-económico, sosteniendo que resulta inadmisible en un sistema económico de competencia, actuaciones de sus actores fundadas en la mala fe, en el abuso o en el ejercicio de prácticas desleales.

---

razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa-en el lenguaje de la CP "la actividad económica y la iniciativa privada"-y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que "las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica" (CP art. 150-21)..."

108. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 6 de junio de 1996. MP. LAFONT PIANETTA, Pedro, Rad: 6065-96.

Reconociendo, así mismo, que la lucha por los mercados no puede consolidar rupturas de mínimas normas de comportamiento y de respeto, razón por la cual se justifican las intervenciones previstas constitucionalmente[109].

Desde una perspectiva eminentemente ideológica, la presencia del Estado en los procesos económicos y en la economía de mercado estableciendo reglas de comportamiento y restricciones a través del legislador, habilitando consecuentemente a las autoridades administrativas para actuar directamente aplicando normas de orden público, se justifica precisamente para garantizar la tan pregonada libertad en que se funda la lectura neoliberal de los servicios públicos, con el propósito de que todos los sectores de la población sean objeto de atención y que las parcelas menos favorecidas no se vean desprotegidas en cuanto a su asistencia efectiva o posibles prestadores restringidos a través de maniobras torcidas o irregulares de la competencia. La intervención del Estado constituye una garantía de convivencia, control y ponderación en un medio de por si propenso a la arbitrariedad como lo es el mercado, si es dominado no por la libertad, sino por el libertinaje que históricamente lo caracterizó en otras épocas. La Corte Constitucional así lo ha entendido y explicado por vía doctrinaria[110].

> *...La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan* "*el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación…" Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones y que la libre competencia económica* "*supone responsabilidades*".
>
> *Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. De ahí que se haya dicho que* "*la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la*

---

109. El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de marzo 31 de 1995, CP. GÓMEZ LEYVA, Delio, Rad.: 4834. "*...En un sistema económico cuyo eje central es el de la libre competencia, ésta se presenta cuando los distintos participantes en el mercado-vendedores- tienen una misma pretensión vale decir, lograr para sí, el favor de la clientela, pretensión que genera lucha, pues todos persiguen igual objetivo. Para lograrlo, cada participante debe luchar en forma honesta y limpia, pues el empresario de la actividad económica debe ganar y esa es su meta, pero en juego limpio, ya que la competencia como expresión genuina de la libertad económica, no puede jamás ser la libertad de actuar en el mercado sin reparar los medios empleados. Por ello, y en atención a que el equilibrio en las armas a utilizar en la contienda se pierde con frecuencia, y para atender las exigencias de la vida económica, el ordenamiento jurídico ha respondido al proponer un conjunto de normas para sancionar la competencia desleal, tanto en el comercio interno como en el internacional, en este último, imponiendo derechos para el dumping y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden...*"

110. Corte Constitucional. Sentencia C-524 de noviembre 16 de 1994.

cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones".

Con respecto a las limitaciones que según nuestro Estatuto Supremo se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte que "*en el marco de un Estado Social de Derecho (CP art. 1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art. 334), -tal libertad- está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales*", *pues como se dejó establecido en pronunciamiento anterior,* "*la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual*" *y, en consecuencia, debe hacerse una interpretación más amplia de las facultades regulatorias del Estado en relación con las libertades económicas* "*por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias*"..

Y en reciente fallo expresó, que "*las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la C.P., la libertad de empresa, en el lenguaje de la Constitución Política, la actividad económica y la iniciativa privada y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que a título de garantía adicional, se disponga que* "*las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica C.P. art. 150-21)*".

Queda claro, entonces, que el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, siempre y cuando dichas restricciones no sean de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho y, que en desarrollo de la facultad de intervención económica, cuenta con poder suficiente para injerir en *la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes.*

C. Los Monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional

En concordancia con el artículo 333 de la Constitución Económica en el 336, se consagra una clara limitación de origen superior tendiente a fortalecer el mercado y la libre competencia frente al fenómeno de los monopolios o concentración desmedida del mercado en un o unos pocos actores del mercado. Desde la perspectiva económica, la existencia de monopolios constituye un elemento perturbador y generador de pereza y dinámica en el mercado con capacidad suficiente para disminuir la producción, aumentar los precios en detrimento incluso de la calidad y de la eficiencia.

La obligación del Estado es proteger la competencia frente a estas situaciones anormales que alteran significativamente el libre transcurrir de la economía, para lo cual se deben desarrollar los instrumentos jurídicos adecuados.

El asunto adquiere especial importancia en materia de servicios públicos, si se tiene en cuanta que el mecanismo jurídico tradicionalmente utilizado por el estado intervencionista para la prestación de los mismos se resumía en la creación de grandes monopolios públicos, que impedían la competencia y congelaban las posibilidades de alternativas eficientes para concurrir a la solución de muchas de sus situaciones críticas.

La Constitución Política de 1991 proscribió por regla general los monopolios o figuras de esta naturaleza en todos los sectores de la economía, trasladando la figura a un campo estrictamente excepcional y generando para el Estado la obligación de promover por todos los medios la competencia, con el claro propósito de erradicar los síntomas monopolísticos que aun se conserven en la economía nacional. El artículo 336 constitucional[111] circunscribe a la ley la competencia de crear monopolios pero única y exclusivamente como un instrumento para generar rentas para el Estado destinados a salud y educación, incluso lo obliga a enajenar y liquidar todas aquellas empresas monopolísticas que posea cuando en razón de su ineficiencia perturben el libre ejercido de la economía de mercado, privatizando o liberalizando el objeto de las mismas.

En materia de servicios públicos, el problema es especialmente significativo si tenemos en cuenta que el artículo 365 constitucional permite que el Estado por razones políticas o de alta conveniencia pública pueda excepcionalmente reservarse a la explotación de determinados sectores de los servicios. Indica esta disposición que si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno, decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita, de lo contrario sin indemnización limitar su acceso cuando ningún actor del mercado lo estaba ejerciendo.

Este enunciado supremo no está haciendo otra cosa que creando las condiciones normativas para que el Estado pueda actuar libremente como prestador único, lo cual aparentemente generaría ostensibles conflictos frente a la lectura neoliberal de la Constitución Política. Sin embargo, consideramos que se trata de una disposición de aplicación excepcional y restrictiva que no puede desconocer los postulados del 333 de la Carta, en cuanto a la libertad como regla general del sistema económico nacional, luego el legislador debe ponderar su aplicación sobre esta importante consideración.

---

111. Constitución Política de Colombia Artículo 336. "...*Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores...*".

No obstante lo anterior, la regla general obvia y ostensible que se consagra, por lo menos en la ley de servicios públicos domiciliarios, que es nuestro ejemplo más cercano, es la de la proscripción de cualquier forma monopolística. Precisamente en el artículo 2.1 de la Ley 142 de 1994 se postula como uno de los propósitos de la intervención del Estado sobre los servicios públicos el de procurar la "...*Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante*...", esto cuando las condiciones de la economía y del mercado permitan la competencia, por cuanto pueden darse eventos de falta absoluta de la misma, donde el servicio universal deba ser garantizado directamente por el Estado. Lo importante en estos eventos es que la empresa única estatal o privada que garantice el servicio universal no se haga ineficiente. Precisamente en el artículo 11.2 de esta misma ley se deja entrever que en servicios públicos será absolutamente reprochable los monopolios o prácticas de esta naturaleza, si de hecho existe la posibilidad de competencia o hasta cuando se generen las condiciones necesarias para que la economía de mercado asuma su papel propulsor de los servicios.

La función más característica que el legislador le ha otorgado a las Comisiones de Regulación en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 es la de promover, procurar, mantener o crear las condiciones para que los servicios públicos domiciliarios se desarrollen bajo las reglas de la competencia y del mercado y de existir monopolios por ausencia de ésta, regularlos para que no se desborden o se hagan básicamente ineficientes, no degeneren en abuso de su posición dominante o pierdan la calidad de sus productos, lo cual repercute necesariamente en los derechos y condiciones de los usuarios o consumidores de los servicios[112].

D. El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis. Alcance de los artículos 365 a 369 constitucionales

Dentro de la lectura neoliberal, el sentido y alcance de los artículos 365 a 369 de la Carta varían sustancialmente a los efectuados por los teóricos de la concepción administrativa. Definitivamente, bajo los presupuestos de la teoría económica, el contenido de estas disposiciones no puede hacerse por fuera del contexto del sistema económico definido en la Constitución Política de 1991, es decir, debe corresponder a un análisis sistemático dentro del cual el legislador elaborará los parámetros normativos que regirán los procesos intervencionistas del Estado y determinarán el comportamiento regulatorio de las diversas Comisiones.

Las responsabilidades sociales en materia de servicios consagradas en el inciso primero del artículo 365 constitucional deben ser entendidos en el sentido que el Estado asegurare su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, a través de los senderos del mercado recalcando que la iniciativa privada y el mercado tienen compromisos sociales que implican obligaciones a partir de los cuales se deben satisfacer los servicios y las necesidades de la población. En este sentido, la prestación directa de los mismos por el Estado debe ser totalmente excepcional en cuanto no es, por su propia naturaleza, un actor natural de la economía de mercado. Para la organización política y administrativa, quedan reservadas constitucionalmente la regulación, el control y la

112. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Santa Fé de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).CP: Dr. ROJAS SERRANO, Yesid.

vigilancia de dichos servicios. En este sentido, tanto el Congreso Nacional, cuando expida el régimen jurídico que prevé el artículo 365 constitucional para cada servicio, como las Asambleas y Concejos en ejercicio de sus facultades constitucionales deben dejar reflejada esta situación, sin desconocer que también existen competencias reservadas exclusivamente al Estado[113].

No obstante la razón de ser de la existencia del servicio tiene sus raíces profundas en el interés general y en las necesidades de la población, otro problema diferente es quien acude y mediante qué sustento ideológico, a su prestación. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al sostener que "*Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público, sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público, el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población*"[114].

Este debería ser igualmente para los neoliberales el alcance del artículo 366 de la Carta, en cuanto le atribuye responsabilidades directas al Estado en la prestación de ciertos servicios y responsabilidades sociales. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. En cuanto la economía de mercado posibilite cumplir con estos cometidos, debe preferirse a la acción directa del aparato estatal.

---

113. Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999. La regulación de los servicios públicos es tarea propia del legislador tal como lo ordenan los artículos 150-23 y 365 de la Constitución, en cuyos textos se lee: "*Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: .....*" "*Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos*"*;* "*.....Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.....*" *(resalta la Corte). A nivel territorial les compete a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales reglamentar en sus respectivos territorios la prestación de tales servicios. (arts. 298, 300-1, 311 y 313-1 C.N.) Así las cosas, existe en este campo una competencia concurrente; por una parte a la ley* "*le compete establecer por vía general el régimen jurídico de los servicios públicos, esto es, expedir el estatuto básico que defina sus pautas y parámetros generales y que regule los demás aspectos estructurales de los mismos (arts. 150-23 y 365 C.N.)*". *Y a los departamentos y municipios* "*desarrollar por la vía del reglamento la preceptiva legal y adecuarla a las particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial. En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad reglamentaria para dar concreción y especificidad a la normación legal de modo que con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según las características de las necesidades locales...*".

114. Corte Constitucional. Sentencia n° T-540 del 5 de junio de 1992.

Sin embargo, considero que la estructura de la norma constitucional nos puede llevar a otra conclusión sin entrar en controversias con la lectura económica de la misma y es que en estos eventos, se ha consagrado una clara excepción al artículo 333 de la Carta y el actor principal de estas importantes y trascendentales responsabilidades para la vida ciudadana es del Estado y no propiamente de la iniciativa privada, aunque no se puede negar que ella no esté llamada también a estos propósitos. En frente de estas obligaciones el Estado no puede ser un simple regulador expectante de los prestadores u operadores. Es por mandato constitucional el más importante edificador de soluciones a estas problemáticas sociales cotidianas y permanentes, sin embargo cuando la iniciativa privada pueda brindar soluciones, no se descarta su reconocimiento como agente actuante, sin embargo la responsabilidad es esencialmente estatal.

La Corte Constitucional lo ha entendido de esta manera al sostener que, "*...dentro de las finalidades esenciales del Estado, corresponde resaltar la de servir a la comunidad y la de promover la prosperidad general. Por ello, las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y para* "*asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado*", según lo prescribe el artículo 2° de la Carta Política. Uno de los instrumentos, quizás el más efectivo, para cumplir con esos deberes sociales, es la debida prestación del servicios públicos. Por tal razón el Constituyente estableció, en el capítulo V del Estatuto Superior, que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado (art. 366 C.P.), finalidades que se lograrán -reiteramos- mediante la prestación de los servicios públicos, ya sea por parte del Estado, por comunidades organizadas, o por los particulares, pero siempre bajo la regulación, control y vigilancia de las autoridades públicas correspondientes. Al respecto, ha establecido esta Corporación"[115].

El artículo 367 constitucional se refiere específicamente a los servicios públicos domiciliarios como una modalidad del concepto genérico de servicios públicos[116], asignándole especiales atribuciones al legislador para que fije las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Es decir, en esta materia, el constituyente tampoco deja al libre juego de las reglas del mercado la determinación de las bases sustentadoras de los domiciliarios, en razón de la importancia y trascendencia para la vida comunitaria. Determina así mismo esta suprema disposición la competencia para garantizar el llamado servicio público universal en cabeza de los municipios. Señala que los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y

115. Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 1993.

116. Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. "*...Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados* "*domiciliarios*"*, que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de una criterio finalista: a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El servicio público domiciliario tiene una* "*punto terminal*" *que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario* "*la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa*"*. c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna...*".

aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. Esto último interpretado a la luz de la concepción económica significa que no es responsabilidad permanente de los municipios la prestación de los servicios sino excepcional, cuando se den las circunstancias que lo permitan. Con fundamento en esta disposición, se sustentó el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 que estableció los eventos en que los municipios pueden asumir la prestación de los servicios públicos.

Otro de los aspectos que resalta el constituyente en esta disposición es el relativo a los costos o tarifas por los servicios domiciliarios que se presten a los usuarios o consumidores de los servicios públicos. En este aspecto, la Constitución colombiana se aparta considerablemente de las exposiciones doctrinarias neoliberales, en el sentido de que los precios por los servicios esenciales deben surgir de la libertad de contratación, es decir, del libre juego del mercado. La Constitución adopta una posición intervencionista, según la cual es el legislador el que debe determinar las bases para la estructuración de un régimen tarifario, en donde necesariamente se debe retribuir por el consumo real y efectivo realizado por cada sujeto.

La Corte Constitucional así lo ha entendido cuando relaciona los postulados del artículo 367 de la Carta sobre tarifas con el 95 N° 9 de la misma, que establece como deber y obligación de todo colombiano "...*Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*..." Es decir, que cualquier política en materia tarifaría paternalista, irreal o irrazonable frente al costo de un servicio o las condiciones económicas y sociales de los usuarios podría eventualmente ser inconstitucional. La gran labor del legislador es ponderar estos elementos sobre la base de que le ha sido encomendada una importante y trascendente competencia discrecional que debe ser ejercida de manera adecuada y proporcional a la realidad económica del servicio, pero también a las condiciones de la población[117].

La política estatal en materia de tarifas establecida en la Constitución Política se complementa en su aspecto social con las regulaciones incorporadas en artículo 368 de la Carta, que autoriza con cargo a los presupuestos públicos, el otorgamiento de subsidios para las clases más desprotegidas de la población[118]. La Nación, los departamentos,

---

117. Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 1992 "...*El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado Social de Derecho. Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando supérstite en pocos servicios como la Justicia (artículo 229 C.N.), o la Educación (artículo 67 C.N.), o la Salud (artículos 49 y 50 C.N.), de manera más o menos parcial. Actualmente, los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9º artículo 95, y artículo 368 ibidem). La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo en un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social y equidad que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos. La Constitución Política de 1991, se ocupa de la cuestión de manera expresa, en varios de sus preceptos, para deferir a la ley el señalamiento de las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá especialmente en cuenta: 1º Criterios de Costos; 2º La Solidaridad Social; y 3º El Principio de Justicia Social Distributiva que la ciencia económica denomina de la* "*redistribución de ingresos*"...

118. Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1998. "...*La prestación y cobertura de los servicios públicos, en general, y, en especial, de los domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible), está supeditada no sólo a la capacidad financiera, técnica y administrativa de las respectivas empresas, sino a la demanda y capacidad de pago de*

los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. El contenido de esta disposición recoge sin dudas, lejos del pensamiento neoliberal, una filosofía de clara tendencia redistributiva dentro del Estado Social de Derecho. El objetivo indiscutible de esta disposición es la de llegar con una mayor proporción de servicios públicos a los estratos pobres de la sociedad, no de manera coyuntural o esporádica, sino como parte de toda una política permanente de Estado tendiente a mejorar y elevar las condiciones de vida de los estratos más pobres de los diferentes municipios del país.

La Corte Constitucional al ocuparse del alcance de esta disposición superior señala que en la misma se recogen dos de los pilares sustentadores de nuestro Estado constitucional como lo son el democrático y el social de derecho. Recuerda la Corporación estudiando dogmáticamente el la norma que es precisamente al legislador al que le corresponde fijar la política y criterios para la redistribución del ingreso en materia de subsidios tarifarios. La norma contiene la clara e indiscutible dirección de promover la igualdad material entre la población usuaria de servicios, para que usen y disfruten de los mismos sin limitación, en razón de su condición social o económica. Lo anterior sin duda responde a la idea central del Estado Social de Derecho y no de la concepción ideológica del Neoliberalismo. La política de subsidios, a la que se refiere el artículo 368 de la C.P., es uno de los medios a disposición del Estado Social de Derecho al cual puede éste recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados.

En estricto sentido, nos encontramos ante un sistema de discriminación positiva, que tiene el claro propósito de beneficiar a las personas de menores recursos y que cobija el pago subsidiado de las tarifas de servicios públicos de sus consumos básicos[119].

Otros de los aspectos a los cuales el constituyente consideró necesario sustraer de las leyes del mercado y de su definición a través de las fuerzas de la competencia fueron los relativos a los usuarios y el papel de los municipios en la dirección de los servicios públicos domiciliarios. Frente a estos temas, la alternativa constitucional es la de la definición de un régimen de intervención donde se deben fijar las reglas a las cuales deben sujetarse tanto usuarios como municipios. Al respecto, señala el artículo 369 de la Constitución que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

En desarrollo de esta disposición, en especial en lo relativo al régimen de los usuarios en la Ley 142 de 1994, se dictaron precisas orientaciones positivas que permiten definir

---

los usuarios. Las fórmulas para fijar las tarifas de estos servicios están determinadas no sólo por el consumo correspondiente, sino por los costos y los gastos propios de la operación (expansión, reposición de equipos, mantenimiento), aumentos de productividad, etc. Naturalmente que, en la fijación de los costos deberá actuarse racionalmente, evitando todo exceso que perjudique al usuario...La suma de todos los factores señalados, permite determinar el precio que se debe sufragar por el suministro de estos servicios, costo que no todos los usuarios, dada su capacidad de pago, pueden soportar, razón por la que se han creado subsidios que permiten a la población de escasos recursos tener acceso a éstos, pues de una real y eficiente cobertura depende que se dé cumplimiento a uno de los fines del Estado Social de Derecho...".

119. Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995.

el concepto de usuario como un usuario final sujeto a un contrato de condiciones uniformes por regla general y eventualmente a las reglas del mercado cuando se trate de grandes consumidores de servicios. Para todos los consumidores finales de servicios públicos se reconocieron en la Ley 142 de 1994 unos derechos básicos y unos mecanismos garantísticos de defensa en sede de la empresa, con el objeto de garantizarle su respeto frente a las fuerzas y corrientes impetuosas del mercado. Entre los derechos tipificados en el artículo 9 de esta ley, se destacan los siguientes: Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley; la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización; obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes; solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Con el fin de fortalecer la posición de los usuarios en esta misma disposición legal (Inc 1 Art. 9 Ley 142 de 1994), se hizo remisión a los derechos consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario contenido en el decreto 1842 de 1991. Esta remisión en la realidad de las cosas no hacia otra cosa que incorporar al ordenamiento jurídico especial de los servicios públicos domiciliarios el decreto mencionado.

No obstante la aparente claridad de esta disposición, recientes interpretaciones del Consejo de Estado y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios han considerado insubsistente, el decreto en cuanto que la materia en él contenida al parecer ha sido totalmente asumida en la Ley 142 de 1991[120]. No compartimos este parecer, en la medida en que la intención clara e indiscutible del legislador fue darnos un régimen de derechos complementarios, así los mismos derechos se repitan, los que no tendrían reconocimiento legal serían los que contradigan la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

3. La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos

Conforme a lo expuesto, resulta claro que nuestro sistema jurídico de los servicios públicos no corresponde en estricto sentido ni a una lectura de estricto derecho administrativo, que confunde servicios con función administrativa, ni tampoco a una enraizada concepción neoliberal absoluta, dependiente radicalmente de las continencias de los mercados y de la competencia económica. Ni lo uno, ni lo otro; de aquí precisamente los grandes conflictos que el tema engendra y las profundas limitaciones para resolver elementales situaciones de estricto carácter jurídico sobre la materia, que se ven interpretadas o leídas bajo ópticas diferentes por quienes no identifican certeramente la fuente real de cada componente del sistema mixto en que nos hemos involucrado.

120. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 20001300000269.

El estudio de las disposiciones constitucionales permiten visualizar un régimen de los servicios públicos con influencia evidente del mercado y de la libertar de empresa e iniciativa conforme a los postulados del artículo 333 constitucional, pero también con aspectos supremamente influidos por las doctrinas intervencionistas que no permiten que el Estado se aleje sustancialmente de temas como tarifas, subsidios, regulación, control, inspección, vigilancia, regulaciones al mercado con propósitos de interés general, cobertura, calidad, financiación, régimen del usuario etc. Mientras son del dominio del mercado la misma prestación, la competencia, la eficiencia, la calidad, condiciones y contenido de los contratos, etc., y en fin todas las vicisitudes propias de su dinámica asistencial. Podría sostenerse que en aspectos esenciales el sistema económico adoptado en la Constitución Política sustenta y explica los servicios públicos, admitiendo su articulación con las actuaciones intervencionistas permitidas y autorizadas constitucionalmente.

4. Políticas generales de administración y el régimen de control, inspección y vigilancia. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Alcance del artículo 370 constitucional

Otro importante ámbito de intervención estatal, consecuentemente generador de un significativo segmento de derecho administrativo aplicable a los servicios públicos, en especial a los domiciliarios, lo encontramos en las normas constitucionales que determinan los parámetros superiores para la fijación de las políticas de administración y de control a la eficiencia en la gestión de todos los sujetos vinculados a su prestación. Así mismo, en las definiciones que sobre el control general en todos los aspectos de los servicios domiciliarios le pueda corresponder al Estado, los cuales por decisión del constituyente deben ser ejercidas por una Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de creación constitucional.

En el artículo 370 de la Carta, se incorporó una *sui generis* figura propia de la estructura y organización del poder ejecutivo, que bien hubiera podido quedar a la iniciativa del legislador para su diseño y determinación, pero que en razón de la desconfianza a las lecturas neoliberales que postulan para su doctrina la ausencia de injerencia estatal en la prestación y en la supervisión de los servicios, el constituyente resolvió asegurarla por la vía constitucional. Para el constituyente colombiano, resultaba clave elevar a rango constitucional este tipo de organismo controlador, con el propósito de que su papel de control y supervisión no se viere disuelto en decisiones legislativas manipuladas por los intereses económicos de quienes manejan los servicios públicos domiciliarios en el mercado.

En el artículo 370 constitucional, se incorporaron precisas disposiciones de orden público constitucional, diseñadoras de las bases fundamentales para el control y la administración de los servicios públicos domiciliarios, a cuya cabeza el constituyente colocó al Presidente de la República, no sólo para la determinación de las políticas administrativas de los servicios, sino también para que asumiera como primera autoridad administrativa el control, la inspección y la vigilancia de toda la actividad por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Competencias que indiscutiblemente están en sintonía con el artículo 189 numeral 22 constitucional que señala que: Corresponde al Presidente de la República ...*ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.*

El control, la inspección y la vigilancia presidencial sobre los servicios públicos domiciliarios se desarrolla con el propósito de controlar la legalidad de las actuaciones de los actores de los servicios y sancionarlos ante posibles irregularidades. Según la Ley 142 de 1994, son sujetos del control las siguientes entidades: las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos; las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994[121].

Siendo el Presidente de la República el depositario de las responsabilidades atinentes a la administración y al control de la eficiencia de quienes prestan los servicios públicos domiciliarios, resulta claro a la luz del artículo 211 constitucional que puede delegar éstas en las autoridades que legalmente puedan ser objeto de la misma. En la Ley 142 de 1994, esta posibilidad se concretó en las Comisiones de Regulación, como dependencias administrativas del poder ejecutivo del Estado.

La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, más aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia, celeridad de la administración y fundamentación técnica de la misma[122].

V. CONCLUSIONES

El trabajo "*Los servicios públicos, vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso*" constituye una simple aproximación crítica al estudio de esta disciplina trascendental para la vida comunitaria, bajo la realidad de un ordenamiento jurídico que aun no se define conceptualmente y que se caracteriza por recepcionar y adaptar a la dinámica de la materia, estructuras ideológicas antagónicas que descaracte-

121. Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999.

122. Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 1998. "*...Conforme a lo anterior, el Legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 370 de la C.P) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estimaba conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran competentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencias del estado fijadas por la Ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la Administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el Constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declarará su exequibilidad...*".

rizan sus objetivos y finalidades, en detrimento no sólo de la seguridad jurídica en todos sus aspectos, sino también de la prestación misma, lo que dentro de un Estado que se postula como Social de Derecho puede resultar fatal para la legitimación de su institucionalidad, en cuanto afecta de manera directa la razón misma de su existencia, como lo es la población y sus más altos intereses generales.

En este sentido, a partir de la identificación de las grandes corrientes en que históricamente se ha debatido el tema de los servicios públicos, se proponen soluciones o por lo menos alternativas de interpretación con el claro propósito de ir allanando los conflictos doctrinales por senderos que permitan de alguna manera brindar salidas adecuadas y coherentes a las marañas que oscurecen y hacen impreciso el contenido de materia tan sensible para la comunidad, como lo son los servicios básicos e indispensables para su adecuada subsistencia, convivencia y bienestar.

Para estos efectos, resulta imprescindible entender el papel que históricamente desempeñó el Estado en la edificación no sólo del régimen jurídico de los servicios públicos, sino también de su directa y efectiva prestación, entendiendo de manera principal las razones, sociales y económicas, que llevaron a la organización política a asumir tan altas responsabilidades para con la comunidad. Sólo desentrañando los descalabros y desenfrenos del liberalismo capitalista clásico, nos es dable entender y comprender en que terreno y bajo que condiciones el Estado tomó las banderas de la intervención pública para rescatar y nivelar las condiciones de vida de la población a entornos dignos, atribuyéndose por encima de cualquier consideración económica la hegemonía en los servicios públicos; llegando a entenderlos como una función administrativa connatural a su existencia, por lo tanto de responsabilidad directa, generadora de principios propios, inspiradores de un especial derecho administrativo.

Así mismo, sumiéndonos en el devenir de las instituciones administrativas, acrecentadas con la asunción paulatina de los servicios públicos por parte del Estado, es que podemos razonar en torno a sus falencias y debilidades, sobre todo de aquellas que destaparon las bóvedas de la economía clásica, para proponer como alternativa posible y viable, frente a la decadente prestación de los servicio públicos básicos, la economía de mercado y la libre competencia económica, entendiendo que la iniciativa privada y la libre empresa también pueden ofrecer soluciones válidas y eficientes a la población, asumiendo compromisos para con el interés general, en un contexto universal y de globalización, en donde el Estado debe ser reducido al cumplimiento de funciones estrictamente necesarias, dentro de las cuales no se encuentran precisamente las de prestación directa de los servicios públicos, los cuales por regla general se reserva a los particulares, bajo criterios de empresa privada y sujetos al derecho ordinario. Al fin y al cabo, este nuevo sistema de los servicios públicos tan sólo los concibe en el tráfico jurídico de la competencia vinculados a sus reglas y principios.

Lo anterior no significa que pretendamos declarar, como algunos sectores de la doctrina lo han hecho, la desaparición del Estado, ni mucho menos la muerte de los servicios públicos como función administrativa. Nuestro deseo es el de no participar en crímenes de esta magnitud, ni asumir autorías por muertos que no están muertos, gozan de buena salud y se pronostica con justificadas razones que nunca morirán. El trabajo no pretende de ninguna manera asumir estas responsabilidades, ni acepta imputaciones en este sentido. Tampoco desea retomar las banderas de la reacción a los postulados neoliberales. Los fundamentalismos no son precisamente de nuestra más profunda admiración o respeto.

La investigación adelantada busca ante todo ser objetiva ante la realidad de las cosas, en especial del régimen jurídico desarrollado en leyes, reglamentaciones y regulaciones, que se fundan en consideraciones ideológicas diversas y que no colman a plenitud las expectativas sobre la materia.

Esta, la razón por la cual, por lo menos para el caso colombiano de los servicios públicos, identifiquemos un especial régimen jurídico de naturaleza mixta, con origen y fundamento directo en el texto de la Constitución Política, influido tanto por la concepción clásica administrativa de los servicios, como también por los trabajos recientes de las corrientes neoliberales que proponen una nueva sistemática para los mismos, con características y particularidades radicalmente diversas a las que vivió el derecho nacional durante muchas décadas, es decir, que proponen una ruptura cualitativa frente a lo que conocíamos en servicios públicos, principalmente en los domiciliarios.

De la Constitución Política de 1991 y de sus desarrollos legales, se desprenden indiscutibles principios en una y otra dirección, lo que plaga de vicisitudes el desarrollo jurídico del sistema propuesto para los mismos y provoca enfrentamientos prácticos en aspectos tan elementales, por ejemplo, como los de las jurisdicciones competentes para conocer de los litigios en estos asuntos o discusiones casi bizantinas en torno a cual es el régimen jurídico aplicable frente a determinados aspectos de los servicios, o confusiones y rupturas a la legalidad en los contenidos de las regulaciones e incluso abusos de las Comisiones de Regulación e a través de la usurpación de funciones, en especial en detrimento del poder legislativo.

El trabajo no es, ni mucho menos pretende ser la panacea en estos complicados asuntos de los servicios públicos, ante todo desea abrir las puertas a una amplia discusión en la materia en beneficio del orden jurídico, de la seguridad que todos esperamos nos brinde el derecho, de la claridad conceptual y principalmente de la comunidad, los usuarios, consumidores y porque no de todos los prestadores, públicos o privados que en últimas son los directos interesados y potenciales afectados con las imprecisiones e indefiniciones que caracterizan el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA, Consuelo, *El Modelo Neoliberal y su Impacto en la Sociedad Colombiana*, El Ancora Editores, Bogotá 1998.

ANKUN, Hans, *La noción de Ius Publicum en derecho romano*, A.H.D.E., Tomo LII, Madrid 1983.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997.

_____, DE LA CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Regulación Económica y Modelo de Administración. La Necesaria Reforma Constitucional" publicado en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid 1994.

_____. "El Retorno a lo Privado: Ante una nueva Encrucijada Histórica" publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 3, Madrid 1999.

_____. "Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado", gestión pública, regulación económica, Fundación de Estudios de Regulación, Comares, Granada 1999.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid 1994.

BORRAJO INESTA, Ignacio, *El intento de huir del Derecho administrativo*, Civitas, *REDA* nº 78, Madrid abril-junio de 1993.

CASSESE, Sabino, *La costruzione del Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito. Publicado en Trattato di Diritto Ammistrativo*, Tomo I, Giuffré Editore, Milano 2000.

_____. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Giulio Einaudi Editore, Torino 1991.

Chatelet, Francois y Evelyne Pisier-Kouchner, *As Concepções Políticas do Século XX. Historia do Pensamento Político*, Zahar Editores, Rio de Janeiro 1983.

CHUECA GOITI, Fernando, *Breve Historia del Urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid 1974.

DEL SAZ, Silvia, "Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional" publicado en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, Tres Estudios*, UNED, Civitas, 1992.

DUGUIT, León, *Les transformations du Droit Public*, Paris 1925.

_____. *Traite de Droit Constitutionnel*, Tomo II, Ancienne librairie fontemoing & Cia Editeurs, Paris 1928.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958.

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Libertad de Elegir. Hacia un Nuevo Liberalismo Económico*, Ediciones Grijalbo, Barcelona 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Cuatro maestros de Paris, una época del derecho administrativo", *REDA* n° 26, julio -septiembre de 1980.

_____. "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", *RTDP*, 1960.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Tecnos, Madrid 1994.

HAYEK, F.A., *Los Fundamentos de la Libertad*, Tomo II, Unión Editorial, Barcelona 1996.

HERNÁNDEZ, Nicolás, "Privatizaciones: Significado y razón de ser desde el punto de vista económico" publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 3, 1999.

HOMO, León, *La Roma Imperial y el Urbanismo de la Antigüedad*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México 1956.

JESÉ, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II-1, Editorial Depalma, Buenos Aires 1948.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988.

_____. *Teoría Pura del Derecho,* Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983.

LIBERAN, Mario, *L´ origine delle cittá. Le prime comunita urbane del Vicino Oriente*, Editori Riuniti, Roma 1986.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Nuevo Sistema Conceptual" publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 3, Madrid 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, La Administración Pública y el Concepto de Daseinsvorsorge, *R.A.P.* n° 38, mayo-agosto de 1962.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán,* Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires 1950

MELO, Jorge Orlando, "La Evolución Económica de Colombia" publicado en *Nueva Historia de Colombia*, Tomo II, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá 1989.

MONTAÑA PLATA, Alberto, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

MONTERO PASCUAL, Juan José, "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", *REDA* n 92, oct-dic 1996.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel, "La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica", Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 1995.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, "Los fundamentos", Editorial Civitas S.A., Madrid 1998.

NIETO, Alejandro, *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid1986.

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Tomo I, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, Ariel Derecho, Barcelona 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Urbanístico,* Instituciones Básicas, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza 1986.

_____. *El Concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

_____. El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos, *RAP* n° 153, septiembre-diciembre de 2000.

PELLICANI, Luciano, "Estado de Bienestar" publicado en *Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Incola Matteucci, Siglo Veintiuno*, Tomo I, Editores, México 1985.

RIVERÓ, Jean, *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1991.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

SCHAMIS, Hector, "La economía Conservadora en América Latina y Europa Occidental: Orígenes Políticos de la Privatización" publicado en *Después de las Privatizaciones el Estado Regulador*, de Oscar MUÑOZ, Cieplan, Santiago 1993.

SEVERO GIANNINI, Massimo, *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987.

SOGGIA, Bruno, "Capitalismo" publicado en *Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Incola Matteucci*, Tomo I, Siglo Veintiuno Editores, México 1985

TEIXEIRA DO AMARAL, Marcos Jordão, *Privatização no Estado Contemporáneo*, Come Editora, São Paulo 1996.

TIRADO MEJIA, Alvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, *La Reforma Constitucional de 1936*, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982.

VIDAL PERDOMO, Jaime, "La Reforma Constitucional de 1936, un Programa Liberal", Prólogo al libro: *La Reforma Constitucional de 1936* de TIRADO MEJIA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982.

_____. *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá 1994.

_____. "Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos", Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.E. 1970.

VILLAR PALASI, José Luis, *Derecho Administrativ, Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid, Madrid 1968.

WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1994.

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000, N, 328 IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA

Onorato Sepe
Profesor de la Universidad de Roma, Italia

I. DALLE NORME CRISPINE DEL 1890 ALLA LEGGE QUADRO PER I SERVIZI SOCIALI. INTERVENTI NORMATIVI ANTERIORI ALLA COSTITUZIONE

Un nostro studioso di problemi di organizzazione, Maurizio Ferrara, in un primo commento alla legge quadro sui servizi sociali, ha rilevato che fino ad oggi in Italia il settore assistenziale è stato "un grande caos: sussidi disparati, spesso erogati a pioggia e con ampie sovrapposizioni; servizi lacunosi ed insufficienti; forti disparità territoriali". Abbiamo solo ora un importante provvedimento con il quale si intende dar vita, in un settore di grande interesse politico-sociale, ad un organico e razionale assetto denominato "sistema integrato di interventi e servizi sociali". La legge contiene una serie di precetti che, per espressa statuizione esplicitata in essa, costituiscono principi fondamentali per l'attività legislativa delle regioni ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

Il recente complesso normativo si riconnette, anche se solo idealmente, alla vecchia legge sulle opere pie voluta da Francesco Crispi (17 luglio 1890, n. 6972) che costituì il primo indirizzo organico inteso a fornire un certo assetto di laicizzazione alla pubblica beneficenza, semplificando gli ordinamenti delle esistenti istituzioni, pubbliche e private, ed anche organizzandone i relativi controlli in base al concetto che l'onere di far fronte a dei presupposti di carattere sociale andava visto come compito essenziale dello stato

L'opinione comune dei giuristi e degli stessi uomini politici è che la legge del 1890, pur essendo indirizzata al criterio di disciplinare razionalmente il dovere sociale della beneficenza e degli obblighi nei confronti delle categorie di cittadini meno provvedute, sia sotto il profilo della salute che di quello economico, abbisognasse di una precisazione normativa per trovare una compiuta rispondenza nell'organizzazione e nell'attività dei pubblici poteri, sia statali che locali.

Val la pena di rammentare che la non esaustiva legislazione del 1890 venne anche rafforzata con il decreto legislativo 30 dicembre 1923, n. 2841, e con la legge 17 giugno 1926, n. 1187, nonché con la legge 8 giugno 1937 n. 847, sugli enti comunali di assistenza. Si tratta di un coacervo di precetti che hanno cercato di semplificare l'ordinamento delle istituzioni di assistenza e beneficenza e dei relativi controlli senza però far luogo ad un assestamento organico inteso alla realizzazione del principio dell'assistenza sociale. E' da sottolineare che l'art. 30 della nuova legge n. 328 lascia

ancora in vigore (sic !) la legge del 1890, salvo l'art. 72 di cui sancisce espressamente l'abrogazione (la norma riguarda i requisiti per usufruire del domicilio di soccorso tanto importante nel secolo scorso e nella prima metà del secolo XIX).

II. DIFFICOLTA INCONTRATE NELL'ATTUAZIONE DI QUANTO PREVISTO DALL'ART.38

In realtà una spinta decisiva si è avuta molto più tardi con l'inserzione nella Costituzione dei precetti di fondo contenuti nell'art. 38. Eppure a quante discussioni e perplessità esso ha dato luogo? Già nella relazione all'Assemblea costituente della sottocommissione per gli studi attinenti ai problemi costituzionali si leggeva che "i cosiddetti diritti sociali non costituiscono diritti perfetti esercitabili verso lo stato o verso altri soggetti pubblici". La sottocommissione fu piuttosto vaga e si limitò ad asserire che "l'assistenza è un compito dello stato e si concreta nel dovere di fornire a coloro che senza propria colpa non possono procurarseli, gli alimenti e gli indumenti necessari alla vita nonché l'abitazione". Si opinava peraltro che l'assistenza sanitaria e quella per incapacità al lavoro determinata da età o da malattia o infortunio dovesse essere organizzata come pubblico servizio. Oggi potremmo rilevare che ancora negli anni cinquanta la preoccupazione di fornire i servizi sociali e sanitari si limitava ad assistere i barboni!.

E' quasi stupefacente rileggere oggi, a mezzo secolo di distanza, le tesi sostenute da magistrati e giuristi per sostenere che la portata normativa dell'art, 38 dovesse considerarsi pressoché nulla. De Valles notava che in esso difetta una concreta direttiva per l'azione futura; sembra che le assicurazioni mutue siano state relegate fra le forme di prevenzione privata; si ha un distacco completo dell'attività previdenziale da quella sindacale. Le disposizioni affermative fanno sorgere dubbi sulla loro giuridicità in quanto sembrano contenere solo dei principi programmatici non vincolanti. Il diritto all'assistenza sociale ed al minimo vitale non è un diritto. In conclusione la Costituzione "non contiene, in materia di previdenza sociale, norme di carattere giuridico, tolto il riconoscimento della natura pubblica della funzione. Contiene invece il principio politico dell'affermazione del dovere dello stato a provvedere, principio privo di concreta efficacia". Si badi che l'ottimo De Valles, con il quale ebbi il privilegio di discutere a lungo il problema, si esprimeva in senso apertamente critico ed auspicava a chiarimenti che si adeguassero alla concezione di una sostanziale socialità del nostro stato. Ma a quel tempo anche Lucifredi e Bozzi ritenevano che l'art, 38 fosse tutto da attuare con leggi ordinarie perché esso costituiva uno dei precetti in cui era maggiormente difficile tradurre in realtà i postulati della carta costituzionale. Aggiungevasi che i bisogni sono tanti e che per farvi fronte occorressero molti mezzi finanziari. D'altro canto l'espressione elastica usata parlando di organi ed istituti che dovrebbero provvedere "rende ancora meno semplice la soluzione del difficile problema" (in tal senso Lucifredi). L'art. 38 va quindi inteso nel senso in cui era stato proposto dalla sottocommissione come un generico dovere all'assistenza ed alla previdenza da parte della collettività nazionale. Bozzi aggiungeva che solo quando la legislazione avesse tradotto in atto i principi dell'art.38 sarebbero sorti da parte dei cittadini diritti soggettivi perfetti ad ottenere le pubbliche prestazioni dovute. In conclusione per molti studiosi i principi sociali posti dalla Costituzione rappresentavano mere enunciazioni programmatiche. Tuttavia anche da parte di coloro che cercavano di

interpretare la Costituzione in maniera riduttiva si ammetteva la sua idoneità a stabilire la rilevanza giuridica di gruppi di interessi collettivi ed individuali, cui fa oggi largo riferimento proprio la legge quadro n. 328 dell'anno 2000, adeguandosi all'odierna realtà effettuale.

Peraltro vi fu anche negli anni cinquanta un gruppo di studiosi che ritenne di poter affermare che la Costituzione contiene sì dei principi generalissimi che si concretano nella formulazione di promozione o incoraggiamento ("ha il dovere, promuove, favorisce, incoraggia) ma che vi sono altre disposizioni, come quelle dell'art, 38, che hanno un contenuto ed un valore normativo, cioè un carattere precettivo che non viene meno perché i destinatari siano non tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, ma organi dello stato e quindi anche il legislatore. Alcuni principi sono idonei a regolare immediatamente dei rapporti mentre altri attendono di essere tradotti in norme future. Il legislatore è vincolato ad indirizzare la società statale nel senso indicato dalla Costituzione. Al riguardo devono ricordarsi Crisafulli, Guarino, Giannini, Gueli, Chiappelli (Sull'argomento ampiamente Sepe, L'assistenza sociale nell'art.38 dell Costituzione. Milano Giuffré 1959 e in Rivista Enpas, n. 5. sett.ott. 1960).

III. GLI STUDI CONDOTTI DA CASSESE E BASSANINI E LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE ONOFRI: I PRINCIPI GENERALI CONTENUTI NELLA LEGGE QUADRO

Anni or sono M. Severo Giannini lamentava la mancanza in Italia di leggi di fondo che sistemassero la nostra claudicante organizzazione amministrativa. Ma nell'anno 1990, da considerare venturoso da parte degli amministrativisti, si sono avute le leggi n, 142 e 241 che hanno cercato di dare una sistemazione ad importanti materie. Purtroppo, come sovente si verifica in Italia, la ricerca del criterio del meglio, o della modificazione più consona ai propri interessi, porta alla continua emanazione di precisazioni e modifiche. La legge quadro n, 328, ispirandosi proprio alla realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali, dovrebbe esser vista come un testo base, da non assoggettare a modifiche continue, come invece è avvenuto con le leggi 142 e 241. Anche esse hanno ridisegnato i profili organizzativi ed operativi dei pubblici uffici da cui è scaturita una benefica brezza di rinnovamento di una amministrazione che è stata aspramente criticata per la sua lentezza, per essere addormentata ed incapace di seguire lo sviluppo esterno della vita civile. In effetti il malessere sembrava dovuto all'incapacità di adeguarsi alle trasformazioni del mondo esterno. I tentativi di rinnovamento portati innanzi soprattutto da Cassese e Bassanini hanno cercato di avviare in senso sostanziale alla soluzione di problemi che sono divenuti sempre più emergenti ed ai quali spesso si è cercato di far fronte solo con interventi momentanei e settoriali. Negli anni novanta si è avuto un impulso sostanziale al rinnovamento del settore dell'assistenza, fra l'altro, con la relazione della commissione Onofri. Questa ha elaborato una ipotesi complessiva di riorganizzazione dello stato sociale ed è stata fonte di molti degli elementi di base poi inseriti nel contesto della legge quadro di cui ci occupiamo.

Notevole altresì il rapporto del Censis del 1996 che si è soffermato sull'importanza del trasferimento, in ambito locale, della politica di spesa per gli interventi sociali e delle conseguenti responsabilità. Tutto ciò dimostra che erano stati ampiamente gettati i semi per addivenire alla legge quadro con la prospettiva di uno snellimento complessivo degli apparati pubblici ed un ripensamento del modo di svolgere una politica sociale

che realizzi attività di ausilio e sostegno e non di mero assistenzialismo. Ma risponde a ciò, con la sua struttura burocraticizzata e densa di rinvii a futuri atti normativi ed amministrativi, la legge di cui ora l'ordinamento si è dotato? E' un interrogativo che comporta una risposta meditata la quale non può fondarsi che sull'analisi delle norme. Ed è ciò a cui intendiamo dare avvio con la presente rassegna.

IV. GLI ADEMPIMENTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI PREVISTI PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE QUADRO

La lettura attenta della legge quadro, che tocca numerosi problemi, ci induce a soffermarci su alcuni aspetti di fondo. Va premesso che, come tutti i complessi normativi che toccano l'amministrazione, e coinvolgono l'attività dei pubblici uffici, prende sempre più piede la tendenza a disciplinare con norme (ancorché di peso e gerarchia diversa) tutta l'attività connessa all'attuazione delle leggi. Ciò induce ad emanare regolamenti e decreti legislativi delegati che, di solito, si limitano a ripetere e specificare minuziosamente, e spesso superfluamente, precetti già espressi nella legge di base. Quanto siffatta mania sia deteriore e fonte di ritardi negli adempimenti voluti dal legislatore, nonché di sconnessioni interpretative, è un fenomeno ben noto ma che, col trascorrere del tempo, anziché sminuirsi si aggrava sempre più. E non sfugge a tale pecca la legge quadro in esame nella quale si incontrano numerosi esempi del genere.

Dall'entrata in vigore della legge, cioè dal 29 novembre 2000, il Governo è tenuto ad emanare uno o più atti di indirizzo e di coordinamento diretti alle regioni affinché regolamentino i rapporti fra gli enti locali ed il terzo settore (cioè i soggetti previsti dal comma 5 dell'art.1) per favorire l'attuazione del principi di sussidiarietà e valorizzare l'apporto del volontariato (art. 9, I comma). A loro volta le regioni dovranno provvedere, entro 180 giorni e previa concertazione con gli enti locali interessati, a determinare le modalità e gli strumenti per la gestione unitaria dei servizi sociali a rete. Dovranno altresì essere integrate le leggi regionali che hanno già disciplinato il trasferimento delle funzioni affidate o delegate ai comuni.

L'art. 10 prevede una complessa delegazione legislativa al governo per dar luogo ad una nuova disciplina per le IPAB. Sul relativo schema dovranno essere acquisiti il parere della commissione unificata stato-città ed autonomie locali, ed anche l'avviso delle competenti commissioni parlamentari (sembra la previsione di una complessa corsa ad ostacoli ovvero l'insieme delle istruzioni per una caccia al tesoro). Il ministero per la solidarietà sociale dovrà emanare un decreto, di concerto con i ministeri della sanità, del lavoro, della pubblica istruzione e l'università e ricerca scientifica, al fine di definire i profili delle "figure professionali sociali" (sic!). Occorrerà altresì un decreto, da emettere per individuare le figure professionali sociali e le modalità di accesso di queste alla dirigenza.

L'art. 13 prevede che il Presidente del consiglio dei ministri emetta, su proposta del ministro per la solidarietà sociale, e degli altri ministri interessati, un apposito decreto per l'indicazione dello schema generale di riferimento della carta dei servizi sociali. Poi, nei sei mesi successivi, ciascun ente erogatore di servizi dovrà adottare la carta dei servizi sociali, dandone comunicazione agli utenti, adempimento questo indispensabile per poter ottenere l'accreditamento di bilancio. L'art. 14, al III comma, dispone che entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, il ministro per la sanità,

di concerto con quello per la solidarietà sociale, definisca le modalità per indicare, sulla tessera sanitaria, i dati che potranno favorire i disabili all'accesso ai servizi sociali. E' un punto sul quale, ovviamente, occorrerà superare le perplessità connesse con la tutela della privacy. L'art.15 prescrive ai ministri per la sanità e della solidarietà sociale l'onere di determinare annualmente le quote da riservare ai servizi da rendere ad anziani, nonché le modalità di ripartizione dei finanziamenti.

Il piano nazionale degli interventi e servizi sociali va predisposto dal Governo ogni tre anni ma il primo di essi dovrà essere adottato entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge (art.18). A loro volta le regioni, entro 120 giorni dall'adozione del piano nazionale, previa intesa con i comuni, emaneranno il piano regionale.

L'onere degli adempimenti non è ancora terminato. Infatti l'art. 20 prevede anche un regolamento del governo per disciplinare le modalità e le procedure uniformi atte alla ripartizione delle risorse finanziarie confluite nel fondo nazionale per le politiche sociali in base ad alcuni principi e criteri direttivi. Si badi che si tratta di un regolamento che va disciplinato come atto delegato e che può essere emanato dopo una deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri, previo parere della conferenza permanente per i rapporti stato-regioni. Lo schema dovrà essere trasmesso alle Camere per sentire l'avviso delle competenti commissioni parlamentari che dovranno pronunciarsi entro trenta giorni. E' un regolamento che può disciplinare ex novo anche aspetti già regolati da legge, sostituendo la nuova disciplina regolamentare a quella legislativa precedente che viene abrogata in base al principio della delegificazione (art. 17, II comma, legge 23 agosto 1988,n.400). Successivamente il ministro per la solidarietà sociale, sentiti i ministri interessati, e d'intesa con la conferenza unificata per le regioni, provvederà alla ripartizione delle risorse del fondo nazionale.

Ci si chiede perché, dopo la puntigliosa indicazione di principi e criteri che dovranno costituire la base per la ripartizioni dei fondi non possano i principi e criteri medesimi considerarsi già norme applicabili ed evitare così il rinvio ad un futuro atto normativo di complicata formazione e formulazione. Nel seicento un poeta di corte, in previsione di future guerre e battaglie, declamava ampollosamente: "sudate o fochi a preparar metalli". Oggi si potrebbe pensare ai sudori degli uffici legislativi per scrivere e discutere norme e regolette atte ad imbrigliare sempre più l'attività degli uffici amministrativi ed a favorire la bizzarra ostinazione italiana a produrre doglianze e ricorsi.

Il dissenso qui espresso è proprio quello derivante dalla lettura di norme di per sé compiute e precise che potrebbero essere in gran parte immediatamente applicate dagli uffici dell'amministrazione mentre si prevedono rinvii in attesa di ulteriori norme, che saranno in gran parte superflue o ripetitive, ma che avranno la conseguenza di ostacolare l'esecuzione rapida e tempestiva dei precetti contenuti nella legge. Perché ciò? Per la pervicace e caparbia tendenza alla lentezza, al rinvio, al desiderio della burocrazia di munirsi di una paratia di garanzie continue, nonché per una secolare diffidenza del legislatore nei confronti dell'amministrazione. Questa non deve esser condotta per mano da regolette minute, sa muoversi anche senza le dande e può agire responsabilmente senza essere costretta a rallentare la propria azione da prescrizioni non sempre necessarie. E' il criterio contrario a ciò che si proclama a gran voce e che si richiama ad una maggiore libertà e discrezionalità di una amministrazione che deve operare solo nell'ambito di regole generali e nel rispetto delle responsabilità derivanti da una interpretazione oculata e rispettosa della normativa vigente.

V. SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE DEVONO COOPERARE PER L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI ENUNCIATI DALLA LEGGE QUADRO. LINEAMENTI GENERALI DELLA NUOVA DISCIPLINA

La lettura del testo normativo ci porta anche a soffermarci su alcuni aspetti particolari. La legge è ripartita in sei diversi capi e di essi è fondamentale quello che indica i principi generali del sistema integrato che si intende realizzare (art, 1). Il primo comma rappresenta una riscrittura e precisazione di concetti espressi negli articoli 2,3 e 38 della Costituzione, mentre il secondo comma intende fornire la definizione di ciò che vuole significarsi con "interventi e servizi sociali". Ma, come di consueto, invece di fornire la precisazione, il legislatore ha operato un rinvio (il che dovrebbe considerarsi non commendevole in una legge di principi come la n.328) alla elencazione delle attività previste dall'articolo 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998,n.112. Rileggendo detto articolo 128 apprendiamo che per servizi sociali si intendono tutte le attività relative alla prestazione ed erogazione di servizi o di benefici economici destinati a rimuovere situazioni di bisogno o di difficoltà che la persona incontra nel corso della vita, con l'esclusione però di ciò cui sovvengono il sistema previdenziale o sanitario ovvero che siano assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

Ne consegue che anche in questo caso il legislatore ha evitato di esternare una identificazione e definizione complessiva dei servizi sociali ma la ha limitata ai sensi del preesistente decreto n.112 del 1998, operando delle esclusioni, Siamo dinanzi, tuttavia, ad una notevole estensione dei concetti contenuti negli articoli 2,3 e 38 della Costituzione e bene ha fatto il legislatore del 2000 ad indicarli congiuntamente.

Fondamentale è il III comma che precisa quali sono le figure soggettive cui compete la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato, indicando in primo piano gli enti locali, poi le regioni e da ultimo lo stato, proprio per porre in evidenza la trasformazione che ha portato all'abbandono della concezione dell'accentramento e del punto di partenza centralistico. Del pari va sottolineato il richiamo ai concetti di scienza dell'amministrazione, in base ai quali occorre avere rispetto dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, nonché dell'autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali. Vi è in siffatta elencazione terminologica il riferimento ad una organizzazione amministrativa ispirata ai moderni concetti sull'attività e sul modo di conformare lo habitus che deve rivestire i pubblici uffici, Si tratta di principi basilari che dovranno ispirare sia la programmazione che l'organizzazione del soggetto minore (il comune, e, nel proprio ambito, la provincia) nel provvedere con i propri atti regolamentari, nonché quella dei soggetti di maggiore rilievo (la regione e lo stato) che si limiteranno all'esercizio dei loro poteri legislativi.

Il quarto ed il quinto comma sono intesi a salvaguardare il ruolo e le competenze degli organismi non lucrativi di utilità sociale, di cooperazione e promozione sociale, nonché le fondazioni ed istituzioni similari con cui lo stato ha stipulato patti, accordi o intese. Notevole è altresì l'affermazione che il sistema integrato ha tra i propri fini anche la promozione della solidarietà sociale e la valorizzazione di iniziative di ausilio nelle sue varie forme di reciprocità e solidarietà organizzata. Né dimentica il VI comma di richiamarsi ad un'altra concezione fondamentale: la partecipazione attiva dei cittadini.

VI. LA LEGGE QUADRO COME ATTRIBUZIONE DI UN COMPITO DI PARTECIPAZIONE ATTIVA DEI CITTADINI ALL'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO

La legge si fonda su quel principio che Feliciano Benvenuti ha denominato "demarchia" nel quale lo stesso valore della sovranità statale tende a modificarsi. I singoli non sono solo oggetti di dominio ma anche soggetti di diritto (Benvenuti, Il nuovo cittadino, Venezia, 1994, p.60 e sgg.). Gli individui hanno la possibilità di concorrere all'attuazione dell'ordinamento nelle sue varie manifestazioni, Lo stato di diritto si presenta essenzialmente come stato sociale, attraverso l'arricchimento derivante dalla possibilità dei singoli di essere destinati a collaborare all'esercizio dei poteri nel momento stesso in cui questi si attivano. Nella legge n. 328 ciò appare evidente nella previsione dell'articolo 13 (carta dei servizi sociali); dell'articolo 14 (progetti individuali per le persone disabili); nel riconoscimento del ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale. Anche l'articolo 16 precisa che il sistema integrato deve adoperarsi per sostenere e valorizzare i molteplici compiti che le famiglie svolgono sia nei momenti critici e di disagio, sia nello sviluppo della vita quotidiana, Occorre dare importanza al ruolo attivo delle famiglie nella formazione di proposte e progetti per l'offerta di servizi e nella stima e valutazione dei medesimi. Si attua qui in pieno la portata della demarchia. "Al fine di migliorare la qualità e l'offerta degli interventi, gli operatori coinvolgono e responsabilizzano le persone e le famiglie nell'ambito dell'organizzazione dei servizi". In tale disposizione si ravvisa il momento più elevato e comprensivo della concezione e della portata della demarchia.

L'articolo 2 della legge si occupa di coloro che hanno diritto ad usufruire delle prestazioni e dei servizi che il sistema integrato offre ai cittadini italiani, a quelli degli stati appartenenti all'Unione europea, nonché, con alcuni limiti, agli stranieri, ai profughi ed apolidi. Al riguardo la legge correttamente opera il rinvio alla legislazione specifica in materia, vale a dire all'art.41 del t.u. 25 luglio 1998,n.286, (sulla disciplina dell'emigrazione, di cui si prevedono modificazioni) ed all'art, 129, I comma, lett.h, del decreto legislativo 31 marzo 1998,n.112 (che stabilisce le funzioni e competenze riservate allo stato nel determinare quanto spetti alle regioni e quanto agli enti locali).

VII. IL CARATTERE DI UNIVERSALITA DEL SISTEMA INTEGRATO DI SERVIZI SOCIALI

Il sistema integrato istituito dalla nuova legge ha carattere di universalità, garantendo livelli essenziali di prestazioni. Ciò viene ribadito nell'art.22 che si richiama a politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale.

Di particolare interesse è il III comma dell'art.2 ove si precisa che "i soggetti in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alla proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali, accedono prioritariamente ai servizi e alle prestazioni erogati dal sistema integrato di interventi e servizi sociali". Vi è qui il giusto riconoscimento per i non

vedenti di quelle conquiste che sono state realizzate negli ultimi decenni. i Si è addivenuti alla possibilità di collocamento in posti di lavoro,previa adeguata specifica preparazione particolarmente mirata, dando luogo ad una forza di lavoro che si è anche distinta per professionalità e produttività anche attraverso la emanazione di quelle leggi speciali che oggi vengono richiamate implicitamente dalla legge n.328 con il diritto di accesso prioritario ai servizi e prestazioni. Va segnalato quindi che la disposizione in esame si inserisce in quel clima di apertura al mondo del lavoro di persone con parziale incapacità, come i non vedenti o ipovedenti, attraverso la creazione di spazi di libertà e di autonomia e di più approfondite conoscenze e qualificazioni che consentano l'offerta di sempre nuovi sbocchi occupazionali.

Di non facile attuazione appare il disposto del V comma dell'art.2, che potrà certo dar luogo a controversie e ad eventuali contestazioni ed imputazione di violazione dei loro compiti a funzionari ed impiegati. Si tratta dell'obbligo degli erogatori di servizi e prestazioni di informare i destinatari dei medesimi, anche attraverso adeguate forme di pubblicità, dei requisiti per l'accesso e le modalità di erogazione, al fine di effettuare le scelte più appropriate. La norma si presenta coma una di quelle previsioni e formulazioni programmatiche, di carattere troppo generale e generico, che potrebbe, in astratto, incrementare spiacevoli controversie e rampogne idonee ad essere utilizzate talvolta da politicanti soprattutto nelle vicende elettorali.

VIII. LA PROGRAMMAZIONE DEGLI INTERVENTI E L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

Qualche ulteriore notazione può esser fatta con riguardo ad alcuni problemi specifici. Uno di questi è l'accenno alla necessità di una programmazione degli interventi attraverso il coordinamento, la concertazione e la cooperazione tra le diverse figure soggettive istituzionali in base al principio di sussidiarietà (artt. 3 e 5). Soprattutto tale aspetto va preso in particolare considerazione perché consente l'approccio al principio di demarchia di cui già si è fatto cenno. La sussidiarietà infatti è il principio su cui trova le sue fondamenta tutto l'edificio del sistema integrato. Esso è stato recepito nel suo sostanziale contenuto e valore dal nostro mondo amministrativo: sono stati i giuristi che ne hanno posto in rilievo l'importanza organizzativa in un mondo che non può più basarsi sui principi della gerarchia e del verticismo ma che è rivolto verso un modo nuovo di considerare i rapporti nella comunità, Si è dinanzi ad un rovesciamento di una vieta e secolare prospettiva in quanto si tende ad escludere intromissioni nell'interno di ogni capacità riconosciuta ai singoli soggetti pubblici e privati, e ciò è particolarmente importante nel mondo dei servizi sociali ove la frammentazione di poteri e la possibilità di intereventi è la norma. La base dell'intero ordinamento è nei diritti di libertà e di azione dei singoli. Cittadini ed enti sono momenti determinanti, anche con profili di limitazioni dei poteri e diritti delle autorità sovrane (stato e regioni) e comunque della titolarità di poteri di impero (province, comuni ed altri soggetti pubblici) in quanto rimane alla scelta ed all'attività privata una precisa indicazione dei bisogni sociali e della possibilità di fare ad essi fronte nell'ambito dell'ordinamento complessivo. In tal senso va identificato il contenuto degli art. 14 (progetti individuali); art.15 (sostegno domiciliare); art. 16 (responsabilità familiari"; art. 17 (titoli per l'acquisto dei servizi sociali), nonché dell'art. 10 (norme sulle istituzioni di assistenza e beneficenza) e quelle sui poteri e funzioni di comuni, province, regioni e stato con indicazione rovesciata

rispetto alla anteriore concezione centralistica (articoli da 6 a 10). Di particolare interesse si presenta altresì l'istituzione della unità dei servizi sociali che è ispirata al principio di tutelare le posizioni soggettive anche espresse e rappresentate da singoli individui o da loro associazioni prive di giuridici riconoscimenti.

IX. I PIANI COMUNALI DI ZONA

Un altro aspetto che occorre aver presente è la previsione dei piani di zona da formulare dai comuni associati per una ottimale utilizzazione delle risorse disponibili e la possibilità, indicata dall'art. 19, di addivenire ad accordi di programma. E' proprio l'ipotesi in cui, per la definizione ed attuazione di interventi e servizi, occorre l'azione integrata e coordinata di più soggetti pubblici. Si addiviene (e a tal profilo la legge n. 328 è particolarmente esplicita) ad accordi di programma idonei a consentire interventi coordinati sia nella progettazione che nella realizzazione, stabilendone i tempi e le modalità finanziarie. Ogni soggetto partecipante vede definita la propria posizione e responsabilità ed assume obblighi, non solo di collaborazione, ma anche di adozione di quei provvedimenti che reputa necessari per la realizzazione del programma.

X. IL SISTEMA INFORMATIVO INTESO A FORNIRE CONOSCENZA DEI SERVIZI OFFERTI

L'art. 21 della legge disciplina un nuovo organismo, il sistema informativo dei servizi sociali. Ad esso è affidato il compito di assicurare una compiuta conoscenza dei bisogni sociali e la precisazione dell'ubi consistam del sistema integrato degli interventi e dei servizi offerti. E' una innovazione intesa a far conoscere i dati e le informazioni necessarie alla gestione e valutazione delle politiche sociali ed a favorire la programmazione ed attivazione dei progetti europei indirizzati al coordinamento degli interventi sociali con le strutture sanitarie, con quelle formative e con quelle rivolte alla cura della politica del lavoro ed allo sviluppo dell'occupazione. Per tali fini verrà nominata una commissione tecnica di sei esperti di comprovata esperienza nel settore sociale ed in quello informativo. Essa è prevista a composizione paritetica: due membri saranno designati dal ministro per la solidarietà sociale, due dalla conferenza dei presidenti delle regioni e due dalla conferenza stato-città ed autonomie locali. La spesa per il funzionamento del team di esperti assorbirà 250 milioni annui (ma non oltre) a carico del fondo nazionale per le politiche sociali. Nulla si dice per il personale da adibire al funzionamento amministrativo del sistema il che fa pensare che vi si destineranno impiegati delle pubbliche amministrazioni prevedendo per essi i consueti compensi aggiuntivi che inducono, di solito, a richiedere l'assegnazione come finora si è verificato per le varie agenzie. Probabilmente a tale personale verrà esteso quanto previsto dall'art.27, IV comma, cioè il collocamento in posizione di comando o di fuori ruolo con il consueto effetto di alterare surrettiziamente i posti di organico disponibili in ogni amministrazione.

Comunque con la legge quadro si intende assicurare, a tutti coloro che sono assistibili, una compiuta conoscenza dei bisogni sociali e delle possibilità (nonché dei limiti) del sistema integrato, E' un vecchio ma prezioso insegnamento einaudiano quello del

conoscere per amministrare e cioè di disporre dei dati e delle informazioni necessarie alla programmazione, alla gestione ed alla valutazione delle politiche sociali. E ciò vale anche per i progetti trasnazionali come quelli che vengono coltivati con i partners stranieri e che sono connessi ai progetti Horizont per lo svolgimento di indagini che identifichino, a livello europeo, i bisogni ed i programmi di interventi, utilizzando le conoscenze e l'attività dei singoli organismi nazionali. Occorre armonizzare, di comune accordo, gli interventi evitando sia che si cada in eccessi di assistenzialismo, sia che l'amministrazione appaia come una figura che eroga aiuti e provvidenze senza ben discernere i destinatari ed i bisogni cui occorre far fronte.

XI. LA PREVISIONE DI INDAGINI SULLA C.D. ESCLUSIONE SOCIALE

Un altro importante organo di ricerca è previsto dall'articolo 27:la commissione di indagine sull'esclusione sociale che ha il compito di effettuare, anche in collegamento con analoghe iniziative europee, rilevazioni e ricerche per ottenere dati sulla povertà e sull'emarginazione, per diffonderne la conoscenza anche nell'opinione pubblica e per formulare proposte a rimuoverne le cause e le conseguenze. Ovviamente la commissione dovrà predisporre rapporti e referti periodici, mentre il Governo -che grazie agli organismi previsti sarà il più aggiornato ed informato del mondo - riferirà ogni anno al Parlamento sul fenomeno dell'esclusione sociale.

XII. IMPORTANZA DELLA NUOVA LEGGE QUADRO NELLA TRASFORMAZIONE E RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMPLESSIVO

Nel complesso siamo dinanzi ad un insieme di precetti e di previsioni altamente commendevoli in quanto rivolte ad ottenere una amministrazione che, teoricamente, si presenti come la più efficiente, la più informata, la più razionale e moderna possibile. Il problema che assilla il cittadino utente è quello di vedere in che modo i saggi principi così perciò che la legge venga letta, rispettata ed attuata con immediatezza, evitando, per quanto possibile, che sopraggiungano come piovre gli immancabili emendamenti aggiuntivi e modificativi i quali, sotto l'usbergo del meglio, diano luogo a rallentamenti dell'azione ed al suo procrastinamento a tempi futuri.

Comunque la legge n. 328 costituisce una assai pregevole esposizione di principi che vanno meditati e seguiti per realizzare una assistenza sociale efficiente e razionale che faccia perno sulla saggezza dell'organizzazione e sulla partecipazione cosciente e sentita dei cittadini alla realizzazione programmata di interessi che sono della comunità, cioè di tutti noi. L'ordinamento complessivo si fonda sulla cooperazione generale e presuppone quel nuovo cittadino,cosciente, informato ed avveduto, di cui ci parlava Benvenuti, che sa e sente di far parte di una comunità che è in grado di amministrare se stessa e di rivolgere ogni sforzo verso il meglio. Ed è di importante e fondamentale supporto essere coscienti che ci si adopra per alleviare i disagi dei meno favoriti dalla sorte, per motivi fisici ovvero economici, cercando di dar vita ad un sistema adeguato alla moderna concezione di quel diritto di assistenza già richiamato nel 1948 dall'art.38 della Costituzione.

Si è avuto occasione di leggere, anche di recente, che una riforma globale del sistema assistenziale fa ormai parte da anni delle premesse e delle ipotesi di lavoro di ogni governo. Si è anche detto che da noi, in Italia, si è agito soprattutto attraverso la politica della spesa anche con l'escamotage delle modifiche apportate in Parlamento alla legge finanziaria annuale. E' un modo di provvedere che ha dato luogo di solito ad aggiustamenti occasionali ed a misure di emergenza anziché ad un piano coordinato di razionalizzazione del sistema. L'interrogativo che ci poniamo noi oggi è se la legge quadro del 2000, che si presenta giustamente come legge di fondo, sia in grado di dare avvio ad un corso nuovo e diverso dopo il silenzio seguito alle conclusioni della commissione Onofri del 1997 ove si poneva in rilievo la carenza di un sostanziale progetto coerente di modernizzazione atto a rendere le strutture pubbliche idonee a sopperire in maniera adeguata alle istanze sociali. Il quisque de populo si sofferma con ansia nella lettura delle norme della legge quadro e confida nell'arrivo di un più sereno dì.

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

José Araujo-Juárez
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por delimitar con exactitud aquellas actividades que puedan ser calificadas como servicio público no es un puro afán académico, pues es bueno decirlo desde ya, la noción de servicio público ha sido, es y continuará siendo piedra angular de nuestro sistema jurídico, y de que se aprecie o no que estamos en su presencia, dependen decisiones jurídicas, técnicas o incluso económicas muy importantes, pues ninguna sociedad contemporánea puede prescindir de los servicios públicos. Los servicios públicos actúan constantemente a nuestro alrededor, es decir, existen, si bien necesitados de una profunda revisión.

El estudio de su evolución jurídica revela que la noción ha variado enormemente y que su rol dentro de la teoría jurídica ha conocido una suerte muy diversa.

II. CARACTERÍSTICAS

Al profundizar sobre el concepto de servicio público que un día aspiró a ser el eje central del Derecho administrativo, lo primero que observamos y advertimos es que -según opinión expresada por De La Cuétara- estamos en presencia de la institución de la polémica, no siendo sobre el particular pacífica la doctrina, lo cual se evidencia de las diferentes posturas aparecidas durante la evolución y formación del concepto. El influjo de la aproximación cuestionadora del concepto ha planeado de modo constante en la historia del desenvolvimiento doctrinal, jurídico y práctico del servicio público (Fernández).

En efecto, la idea mayoritariamente compartida es la de la indefinición en la concepción del servicio público, la cual se refleja no solamente en asuntos materiales o de fondo, sino también en aspectos formales como la denominación y utilización indistinta del término (servicio público y servicios públicos).

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se realiza una crítica no ya sólo de la noción, sino de la institución misma del servicio público (Regourd).

III. FUNCIONES

Ahora bien, no es posible negar la variedad de significados de la expresión servicio público, incluso cuando se le emplea en el lenguaje jurídico, la doctrina le ha conferido a la noción de servicio público diversas funciones y utilidades.

En primer lugar, ya hemos referido que en torno a dicha noción se pretendió construir o fundamentar el edificio del Derecho administrativo, partiendo para ello de la delimitación de las competencias de la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria.

Además de esa funcionalidad práctica y jurídica, la noción de servicio público también sirvió como filosofía y concepción ideológica del Estado, pues la concepción de servicio público permitió legitimar la actuación del Poder público. La actividad de los gobernantes investidos de prerrogativas, privilegios y potestades sustituyó la concepción de *soberanía*, en la cual se fundamentaba la actuación de aquellos, y que a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y por efecto de las transformaciones del Estado, fue sustituida por la nueva concepción en la que se fundamentó primero el Estado-liberal, después el Estado-socialista y, por último, el Estado-intervencionista.

Finalmente, el servicio público tiene otra función o utilidad que es de naturaleza técnica, la cual se refleja en la manera mediante la cual asume el Estado la gestión pública de diversos sectores de la vida social. Gestión que es asumida, sea mediante la prestación directa o indirecta del servicio, en razón de la titularidad que aquél ostenta en dichos sectores.

IV. NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Pues bien, sobre la noción de servicio público, que ha pretendido dar unidad y coherencia a la totalidad del Derecho administrativo, hay tantos enfoques como conceptos tienen los autores que se han ocupado de la misma, incluso ocasionalmente (Alessi). No obstante, suele haber en cada uno de ellos unas notas características comunes que hace reconocible a un sector de la vida social y que se incorpora a la órbita del Poder Público, y que comprende "*aquella parte de la actividad administrativa en la que, por medios de Derecho Público, se garantiza la existencia de determinadas prestaciones en la sociedad*" (De La Cuétara).

Ahora bien, ante la ausencia de una definición clara, tanto para la doctrina de comienzos del siglo XX como para la mayoría de los autores contemporáneos, la noción, o mejor aún, la identificación del servicio público, se construye alrededor de los tres (3) elementos siguientes.

1. Elemento orgánico: la titularidad pública (o exclusividad regaliana)

La titularidad jurídica del servicio público siendo expresión del Poder Público, sólo puede pertenecer al Estado mediante la Ley. El acto de declaración de una actividad, un servicio o un sector como servicio público, es lo que el autor Villar Palasi ha denominado *publicatio*, *acto de publicatio*.

En tal sentido, la *publicatio* de los servicios públicos implica: (i) por un lado, una declaración formal en la que la totalidad de una actividad se predica del Estado, por lo que dichos sectores, una vez declarados servicios públicos son, en principio, excluyentes de la iniciativa privada y la organización pública es total, y en consecuencia, el servicio público muestra sus más agudos caracteres y justifica potestades administrativas de enorme intensidad en protección del interés general; (ii) y por el otro, un título jurídico de intensa reglamentación de la actividad de servicio público, que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados (Ariño Ortiz).

2. Elemento material: el interés público

Se dice que el Estado moderno se legitima por su acción; el servicio público es un principio de legitimidad. Por razones históricas, el vocabulario jurídico manifiesta esta idea en términos de interés común, interés general o de *interés público*. En ese sentido, la nota definitiva del servicio público es que no se trata de actividades necesarias del Estado, como son las actividades de soberanía, sino actividades de mera utilidad general del público, de actividades indispensables para la vida de la sociedad. En consecuencia, el servicio público es el interés público.

De ahí que en la noción de servicio público, el interés público se presenta como el denominador común de todos los servicios públicos; es, pues, una constante. En efecto, más allá de la diversidad de objetos -cada servicio público tiene un objeto específico en concordancia con la especificidad de la prestación que se entrega (energía, agua gas, etc.)- se encuentra la identidad del fin perseguido: la satisfacción del *interés público*.

El interés público actúa como título de la intervención del Estado. Evidentemente, la calificación de una actividad como de interés público evoluciona con el progreso técnico y económico.

3. Elemento formal: el régimen jurídico exorbitante

Al respecto se sostiene que, las propias características del servicio público, provocan un régimen jurídico estructural, indicándose con ello, la sumisión o dependencia, bajo grados diferentes según los casos, de los servicios públicos a un régimen jurídico exorbitante del Derecho Privado que, en principio, será valido para la generalidad de los servicios públicos conocidos. La especificidad del servicio público es, por tanto, no material sino jurídica. Se puede incluso señalar que el servicio público es en sí un régimen jurídico.

En relación con este último elemento, hay autores que se resisten a tomar en consideración el régimen jurídico como elemento de la definición del servicio público al estimar, no sin cierta razón, frente a la lógica jurídica, que el régimen jurídico específico, es más una consecuencia de la presencia del servicio público, que una condición de su existencia (Rivero, De Laudadere).

V. PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA

Una vez hechas algunas precisiones sobre la identificación del servicio público, haremos referencia a la noción del servicio público desde una perspectiva contemporánea, en razón de un cambio de fondo, esencial, jurídico y político, del modelo de regulación que ha presidido hasta hoy el servicio público.

El servicio público *clásico* ha tenido evidentes virtudes. Hizo llegar a todos prestaciones que de otro modo sólo conseguirían unos pocos; generó infraestructuras sociales que facilitaron la entrada en la modernidad; permitió dar por resueltas necesidades vitales primarias; todo ello es cierto, y todo ello no está olvidado. Pero la sociedad se ha desarrollado y ha cambiado; en este tránsito se pretende enterrar al *viejo* y saludar al *nuevo* servicio público. Y lo que se entierra no servía porque tenía un vicio de raíz, al que debemos prestar especial atención (Ariño Ortiz).

En efecto, las últimas transformaciones experimentadas por el Estado y el nuevo modelo de relaciones Estado-sociedad no podrían dejar intacto al servicio público tradicional como técnica de intervención administrativa. Pero de la constatación de esta realidad, a la conclusión de que el servicio público como acción justificada de la acción pública en ciertos sectores básicos no tiene ya más una función que desempeñar en una economía global y en las sociedades modernas, existe un trecho (Roldan Martín).

De lo dicho hasta ahora, la característica fundamental de lo que ha sido la construcción de la noción de servicio público *clásico*, es que históricamente este concepto ha sido recipendiario de aportes sucesivos, cuya saturación ha originado muchos significados, por lo que resulta difícil de aprehender en un concepto. Como consecuencia de esta oposición de definiciones, valoraciones y significados, nos preguntamos si podemos presentar la noción de servicio público analizada modernamente, sin dejar de reconocer que el Derecho administrativo moderno heredó en buena parte técnicas jurídicas procedentes del Antiguo Régimen.

Ahora bien, desde el punto de vista político, la retirada del Estado del ámbito de los servicios públicos se resume bajo el concepto de liberalización en sus diversas manifestaciones: privatización, desmonopolización y desregulación. Sin embargo, el término de privatización es empleado en una amplia variedad de sentidos y con referencia a objetos distintos. Resulta con frecuencia por ello confuso o ambiguo hablar sin más de la privatización, sin precisar adecuadamente su objeto y alcance. En primer lugar, la privatización puede referirse al patrimonio del Estado; en ese sentido, privatización significa "*el traspaso del patrimonio del Estado a propietarios privados*". Pero la privatización también puede referirse a los servicios prestados hasta ahora por el Estado. En tal sentido, la privatización es una "*devolución de las tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios o titulares privados*". Tal devolución puede referirse tanto a la prestación o a los servicios completos como sólo a su gestión global o parcial (Hamer).

Así, dentro de estas últimas se encuentra la forma de privatización más amplia y más eficaz: la privatización funcional, que consiste en el traspaso no sólo de la gestión sino también de la titularidad del servicio público al sector privado. Por tanto, la responsabilidad y gestión del servicio se convierte, pues, en cuestión que concierne al sector privado. De este modo se cumple la más completa división del trabajo entre el Estado y el sector privado. En tal caso, estamos pura y simplemente en un supuesto inverso de la *publicatio*; la *despublicatio* o despublificación, esto es, devolver la actividad de que se trate a la posibilidad de su realización o de su ejercicio por los particulares, como un

derecho inherente a las libertades económicas. En los países europeos, el proceso liberalizador ha supuesto, en efecto, la eliminación de la titularidad pública de buena parte de servicios públicos, que pasan a ser denominados "servicios económicos de interés general". Esto se ha traducido en una apertura de dichos sectores a la iniciativa privada, allí donde el monopolio estatal venía acompañado de la prestación directa del servicio público por organismos públicos, y en la retirada de la Administración Pública en algunos de los sectores en los que hasta entonces venía estando presente concurriendo con los particulares y cuyo análisis abordaremos a continuación.

VI. SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL

1. Introducción

Se ha dicho que lo que se podría denominar la segunda crisis del concepto del servicio público, tendría como telón de fondo un proceso de liberalización universalmente extendido, que se configura como la resultante de varios factores de muy diversas naturaleza, aunque todos ellos interrelacionados y confluyentes sobre la propia idea del Estado y de la relación de éste con la sociedad.

En efecto, el programa de modernización del Estado va muchos mas allá de un simple conjunto de operaciones de venta de activos o de transferencia de actividades, pues se trata de un proceso o instrumento que permite alcanzar la transformación económica y social del país, potenciando el protagonismo del sector privado en la actividad económica.

Así, una manifestación característica de la liberalización es la extinción de los derechos exclusivos y monopolios sobre los servicios públicos, y que da lugar a la *despublicatio*, en virtud de lo cual se permite que la actividad en que consiste un servicio público de exclusiva titularidad estatal, pasa a ser realizada por los particulares como derecho inherente a su libertad económica y no como delegación otorgada por la Administración Pública en tanto que *dominus* único. En efecto, las necesidades públicas no son satisfechas sólo mediante la actividad de prestación a cargo del Estado; también se alcanza aquella finalidad con prestaciones imputables a la actividad privada. El interés público de estas actividades se hace patente y el Estado termina por convertirlas en especial objeto de su atención (Garrido Falla).

En definitiva, los conceptos de *servicio económico de interés general*, servicios de *interés público* (Giannini), actividad *privada de interés público* (Diez, Sayagués Laso, Garrido Falla, Maljar) *mercados de interés general* (González-Varas) o, en fin, actividad *de interés público* la cual, cuando menos, está refrendada *lege data* por la Lotel (Fuenmayor Espina), como indistintamente se la denomina, explican concretamente el cambio que han experimentado los sectores liberalizados, desde una concepción pública y social propia de un régimen de servicio público, a una nueva concepción -privada de base- propia de un sistema de mercado. Este cambio de funcionalidad en dichos sectores se explica desde esta visión moderna. Por tanto, la nueva categoría sirve para explicar *grosso modo,* el fenómeno de nuestros tiempos de redefinición de la estructura, concepción o funcionalidad de los servicios públicos *tradicionales*: el servicio público pasa a ser un mercado, el usuario un cliente, las tarifas precios. En suma: son servicios cuyo interés general deriva de su naturaleza o fin económico.

2. Concepto

En este orden de ideas, sin duda que la piedra de toque que marca de modo más preciso y efectivo la evolución no sólo terminológica sino sustantiva en el ámbito europeo del nuevo servicio público, está constituida por la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales al Derecho comunitario.

Así tenemos que desde el punto de vista terminológico, las disparidades entre los sistemas jurídicos de los Estados europeos, convergieron en una solución de compromiso, y a tales efectos, para evitar optar por una de las tradiciones jurídicas concretas (servicio público -*public utilities*), sé acordó emplear la expresión ecléctica- el supraconcepto según Villar Escurra de "servicios económicos de interés general", por oposición a los llamados *servicios económicos ordinarios*.

En efecto, la expresión *servicio económico de interés general* se presenta como, una generalización a partir de la fórmula que figura en el artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea, que busca ofrecer un cuadro general de todas las actividades clasificadas como servicio público. Es así como en Comunicaciones del 11 de septiembre de 1996, la Comisión la define como actividades de servicio del sector económico o no, "*considerados de interés general por las autoridades públicas, y sometidas por tal razón a obligaciones específicas de servicio público*". Se reconoce así, (i) la existencia de tal tipo de actividades, (ii) la sumisión a reglas particulares y (iii) la importancia entre los "valores comunes" de la Comunidad Europea.

Así, en el Derecho comunitario para que la actividad confiada a una empresa pueda ser calificada de *servicio económico de interés general*, es necesario que exista un interés económico que presente un carácter específico, en relación con el que revisten otras actividades de la vida económica. En efecto, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea ha precisado en los celebres fallos *Corbeau* (CJCE, 19 de mayo de 1993) y *Commune d´Almelo (*CJCE, 27 de abril de 1994), el criterio de la especificidad de la actividad de *interés general*. En esas decisiones, el Tribunal europeo juzgó que las empresas involucradas estaban encargadas de una misión de interés general, basado en la obligación para las mismas de proveer en todo momento al usuario, los servicios en condiciones de continuidad, de igualdad de trato y de servicio integral en todo el territorio.

Por último, un sector de la doctrina ha sostenido que la noción de "servicios económicos de interés general" es más amplia que la tradicional de servicio público, pues además de ser comprensiva de los supuestos convencionalmente calificados como servicio público "clásico" o "*strictu sensu*", abarca también las actividades privadas de interés general (servicios privados de interés público, servicios públicos virtuales u objetivos, etc.) (Fernández Lerga, De La Quadra Salcedo, Souviron Morenilla).

3. Régimen jurídico

La modalidad de prestación de los *servicios económicos de interés general* presenta como principales rasgos de su régimen jurídico, los siguientes:

(i) La actividad pasa a ser, como ya se ha dicho, de titularidad privada, por efecto de la devolución de dichas actividades a la iniciativa social con reconocimiento del derecho de propiedad y de la libertad de empresa -por contraposición a la titularidad pública de la actividad inherente al servicio público *strictu sensu*-.

(ii) La *despublicatio* del servicio provoca la regulación del sector, de modo que el Estado ostenta poderes de regulación sobre la actividad de las empresas, más intensos que los que resultan admisibles en relación con las actividades económicas no declaradas de titularidad pública.

En el caso venezolano, es sabido que en la derogada LT, los servicios de telecomunicaciones eran considerados servicios públicos, siguiendo las redes de telecomunicaciones el mismo régimen de publificación general de los servicios. A partir de la entrada en vigencia de la LOTEL, las telecomunicaciones (redes y servicios) se consideran *actividades de interés general* (art. 5, *eiusdem*).

(iii) La Administración Pública, por razones de interés público, ostenta respecto del "servicio económico de interés general" poderes de supervisión, control, sancionatorio y arbitral. En tal sentido, es necesario que la actividad mantenga una repercusión pública o trascendencia social. Asimismo, se requiere que la actividad sea útil al conjunto de la comunidad: esa utilidad general deriva del carácter básico, esencial o mínimo que representa el servicio para la colectividad.

(iv) Como consecuencia del carácter de *interés público* que para la vida social presentan los *servicios económicos de interés general*, el ordenamiento jurídico impone a los operadores las denominadas cargas u obligaciones jurídicas, por razones de servicio público; tema éste que analizaremos a continuación.

4. Obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público

En lugar de servicios públicos de titularidad estatal, el nuevo régimen de intervención pública consiste en que, el Estado impone a los particulares que operan en los sectores liberalizados determinadas obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público, siendo la principal de ellas -más no la única- denominada *servicio universal*. Todas ellas persiguen asegurar la propia prestación en todo caso y la calidad del servicio allí donde el mercado no funciona bien. Se trata, pues, de obligaciones o cargas que hay que garantizar, como misión o tarea del *interés general* envuelto, para lo cual en cada sector el Derecho positivo determinará en concreto cuáles son esas obligaciones o cargas de servicio público.

A. Servicio Universal

En la regulación de los *servicios económicos de interés general*, se distingue al interior, aquellas prestaciones susceptibles de ser realizadas satisfactoriamente en régimen de mercado (*prestaciones de mercado*) y aquellas no susceptibles de prestación competitiva *(prestaciones de servicio universal*). En el ámbito de estos últimos, el mercado no está en capacidad de producir la oferta necesaria para satisfacerlas -por ejemplo, en orden de los costos- por lo que el Estado deberá garantizar su prestación, para lo cual incluso impondrá la prestación o cobertura obligatoria a algunos de los operadores (para la que normalmente arbitra algún sistema de compensación económica mediante la constitución, por ejemplo, de un fondo) que asegure las necesidades de lugares o grupos aislados o con necesidades sociales especiales, lo cual viene a constituir el *servicio universal*, cuyas actuales prestaciones serían las herederas del antiguo servicio público (Ariño Ortiz).

Ahora bien, la existencia de un *servicio universal* a todos los ciudadanos en sus niveles básicos, tiene también su origen en el Derecho comunitario europeo, principalmente por el famoso Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y

equipos de telecomunicaciones publicado en 1987, cuyo alcance es asegurar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios básicos en condiciones de igualdad y a precios asequibles. En definitiva, se trata de un concepto que permite reintroducir la intervención pública sobre ciertos sectores económicos, dentro de un régimen dominado por la libre competencia.

En este orden de ideas, el *servicio universal* es definido de manera formal, a través de características abstractas. Según los términos de la Directiva 97/93 (ONP-interconexión), cubre un conjunto mínimo de servicios identificados por las autoridades y que deben ser provistos respetando cuatro (4) exigencias: (i) la obligación de acceso para todos los usuarios (*generalidad*); (ii) la obligación de hacerlo de modo correcto (*calidad*); (iii) la obligación de no discriminar entre los usuarios (*igualdad*); y (iv) la obligación de cobrar una tarifa o precios razonable (*asequibilidad económica*).

Además, el *servicio universal* no tiene un contenido inmutable: debe cambiar con el progreso tecnológico, los derechos de los mercados y la modificación que sufre la demanda de los servicios (Nihoul). Cuál sea este, teniendo en cuenta la aceleración del progreso tecnológico, es cuestión sustancialmente evolutiva y flexible.

En conclusión, el carácter de *servicio universal* de que hablamos, alude a una técnica jurídica concreta y está basada en la declaración de un derecho para todos, con la correlativa organización de los medios para que pueda satisfacerse.

En el ámbito del Derecho venezolano de las telecomunicaciones, el Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones (Art. 49); define el contenido (Art. 50); el funcionamiento del sistema (Arts. 51 y 52); los procesos de selección del operador (art. 53); y, por último, desarrolla el tema del financiamiento (Arts. 54 al 62). Además, la normativa sectorial vinculó de modo explícito el servicio universal a los principios de penetración, calidad, igualdad y asequibilidad económica (Art. 49).

B. Otras obligaciones o cargas jurídicas

Además del *servicio universal*, pueden surgir otras cargas u obligaciones jurídicas, por razón del servicio público, como son necesidades de la defensa nacional, la seguridad pública, la educación y la cohesión social, de acuerdo con la específica normativa sectorial.

Ahora bien, las obligaciones o cargas jurídicas, las cuales pueden venir impuestas: (i) por una norma o (ii) por un acto administrativo, persiguen en definitiva, suplir o corregir las ineficiencias del mercado y como señala el autor Torres de Silva "*están configurados a imagen y semejanza de las obligaciones de los adjudicatarios de contratos de gestión de servicios públicos*".

Así, la técnica de las cargas u obligaciones jurídicas, por razón de servicio público, explica mucha de las situaciones intermedias entre el servicio público propiamente dicho y la actividad privada.

En conclusión, el nuevo concepto de servicio público y el nuevo modelo de regulación es un sistema abierto, que se caracteriza por la apertura del sector liberalizado a la iniciativa privada (libertad de entrada) con previa autorización reglada (convertibilidad de títulos habilitantes); pluralidad de ofertas en los servicios, presidido por el derecho de propiedad y libertad de empresa (derechos fundamentales), con ejercicio de las funciones públicas de regulación (policía administrativa, fomento, arbitral, planificación y

control), con determinados cargas u obligaciones de servicio público (servicio universal y demás obligaciones), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierto.

VII. CONCLUSIÓN

No hay duda que los servicios públicos han sido un instrumento útil y necesario para superar la mera igualdad formal o ante la ley y para profundizar en su significado de igualdad real o material en las condiciones de vida del ciudadano, fin irrenunciable que inspiró la acción de prestación o de servicio público. Pero también hay que decirlo, fue cada vez más manifiesta la ineficiencia de los servicios públicos en mano pública, la crisis del servicio público tradicional, así como la convicción de que la regulación del servicio público, en vez de sustituir al mercado, debe y puede reconstruirlo en muchos de sus aspectos.

De ahí que en algunos sectores que en el estado actual de Derecho positivo continúan con la calificación de servicio público (por ejemplo, electricidad, gas, agua, etc.), la alternativa al régimen de servicio público es la regulación por causa del *interés general*. El objetivo es en ambos casos, el mismo: conseguir unas prestaciones universales, obligatorias, a las que cualquier ciudadano tenga derecho y cualquier usuario pueda hacer efectivas. Pero el punto de vista jurídico e ideológico es totalmente distinto. Frente a la *publicatio*, la regulación; frente a la titularidad pública, la titularidad privada o compartida; frente al monopolio, la libre competencia. Asimismo, del diferente punto de partida surgen técnicas jurídicas también diferentes.

En mérito a lo expuesto, podemos sostener que si bien la historia del servicio público comienza con la secularización de las actividades privadas de interés general que hasta entonces eran realizadas por la Iglesia y otras instituciones laicas o de beneficencia (Escola), podemos bien añadir que se produce una profunda revisión de esa institución jurídica, cuando el Estado comienza a devolver también las actividades económicas de interés general a la sociedad, mediante distintos procedimientos o técnicas jurídicas, en las cuales no importa la titularidad del Estado, sino la regulación de la gestión de los mismos por parte de aquél. En efecto, en los sectores donde la liberalización ha progresado se detecta una tendencia, todavía incipiente, a la sustitución total o parcial de la técnica del servicio público por la forma de intervención sobre esas actividades propias del Derecho anglosajón, que no implica la asunción *en bloque* por el Poder Público de la titularidad de sectores enteros de la actividad económica (*publicatio* genérica), sino la mera acción de regulación sobre los mismos. Creemos que esto coincide con la formulación de la teoría de Giannini sobre los llamados *ordenamientos sectoriales*, que implican la sujeción de sectores de la actividad económica a una fuerte intervención pública, más o menos intensa, según sea el caso, sin que se produzca, sin embargo, la transferencia de la titularidad de los mismos al Estado.

Se produce hoy, pues, un verdadero cambio cultural que encuentra su fundamento en una concepción filosófica de la persona, tendiente al respeto de su dignidad, del desarrollo integral de sus potencialidades tanto individuales como sociales, como también al goce pleno de sus derechos y libertades fundamentales.

Por tanto, debemos señalar que la mayor parte de lo que hoy nuestro Derecho positivo consideramos servicios públicos, puede reconducirse a la categoría de *servicios económicos de interés general* con obligaciones o cargas jurídicas, bajo un régimen de libre competencia.

La introducción en nuestro ambiente jurídico del nuevo modelo de intervención pública de regulación, reclama unos servicios públicos reducidos en su número y limitados en su alcance. De ahí que, por un lado, los servicios públicos deberían reducirse a las prestaciones básicas o esenciales; y, por el otro, no podrán abarcar la totalidad de las prestaciones posibles en una sector o actividad determinados, remitiéndose a la libre iniciativa en el seno de la sociedad, el acceso a las demás prestaciones y servicios adicionales.

Para finalizar, desde un punto de vista jurídico debemos sostener que los anteriores desarrollos nos ha permitido constatar que el nuevo servicio público continúa ocupando hoy día, bajo una forma u otra, un lugar esencial en el Derecho administrativo constitucional y comunitario. Por tanto, como señala el autor Esplugas, se debe concluir, no en un estado de crisis de la noción servicio público, sino en su vitalidad renovada.

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

Juan Garrido Rovira
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5568, Extraordinario, de 31 de diciembre de 2001, que vino a reformar en aspectos puntuales el Decreto-Ley sobre el Servicio Eléctrico, de 17 de septiembre 1999, pretende ser, a nuestro juicio, un instrumento legal que permita, por así decirlo, abrir brecha en la reforma y reestructuración del sector eléctrico venezolano.

Al igual que otros países de Iberoamérica[1], Venezuela requiere en el corto plazo una fuerte suma de inversión pública y privada (más de 5.000 millones de dólares[2]) para asegurar relativamente el suministro continuo y eficiente de electricidad en el territorio nacional durante los próximos años. Ello exige, además de la voluntad política necesaria para realizar inversiones públicas y captar inversiones privadas, establecer y aplicar un marco regulatorio adecuado en función de objetivos básicos como lo son:

-Lograr eficiencia económica y administrativa.

-Mejorar la calidad del servicio eléctrico.

-Fijar los precios más bajos posibles para el consumidor.

-Obtener recursos financieros suficientes y sostenidos en el tiempo.

Para alcanzar los objetivos, es, desde luego, indispensable establecer unas políticas claras, las cuales, en el marco de la citada Ley, han de estar dirigidas, entre otros aspectos, a:

-La promoción de la competencia en generación y comercialización.

-La racionalización del régimen de precios y tarifas.

-La regulación de las actividades monopólicas.

-El uso racional y eficiente de las energías.

-La separación de las funciones del Estado como formulador de políticas, planificador, regulador y empresario.

-La separación jurídica de las actividades que integran el sector eléctrico: generación, transmisión, distribución, comercialización.

-La participación del sector privado tanto por la vía de los aportes de capital como de la gestión administrativa de las empresas prestadoras del servicio eléctrico.

---

1. *V.*, resumen de inversiones necesarias en el diario *El Nacional*, Caracas 24 de abril de 2002, p. E-6.
2. Estimación general aproximada.

Para el logro de los objetivos indicados, mediante la aplicación de las políticas señaladas, se requiere una estructura de regulación que pueda diseñar, en los diversos campos técnicos y administrativos, una normativa adecuada y garantizar la aplicación de las normas establecidas resguardando al ente regulador de presiones políticas indebidas y, al mismo tiempo, manteniendo un equilibrio entre estabilidad y flexibilidad en la regulación, así como también un equilibrio entre la obtención de una rentabilidad adecuada por parte del inversionista y la fijación de precios razonables de la energía eléctrica a los usuarios del servicio. De aquí la importancia de examinar los aspectos jurídicos del ente regulador del sector eléctrico en Venezuela teniendo en cuenta que, si quiere lograr los objetivos antes señalados, ha de adoptarse un compromiso regulatorio atento a la evolución de las circunstancias nacionales e internacionales en materia energética a fin de establecer una nueva sinergia entre lo público y lo privado, la competencia y la regulación, el negocio y el servicio eléctrico.

Aun cuando la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico requiere de muchas normas complementarias para su aplicación, hemos querido contribuir modestamente al conocimiento de una normativa legal que, de un lado, condicionará la organización y funcionamiento del sector eléctrico venezolano en el corto plazo y, de otro lado, presenta aspectos jurídico-administrativos que en el tiempo pueden resultar particularmente novedosos.

A este fin, en primer término y luego de una consideración general sobre la competencia nacional en materia de electricidad, presentamos una breve y general referencia sobre la reforma del sector eléctrico a escala internacional. En este sentido, es de observar que la reestructuración del sector eléctrico venezolano está enmarcada en las ideas y realizaciones de diversos países durante la década de los 90 pero, al mismo tiempo, ha de adaptarse a las circunstancias propias del país y a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo.

En segundo lugar, formulamos un apretado resumen sobre diversos aspectos jurídico-institucionales de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico teniendo en cuenta que el desarrollo del derecho de la energía, en sus aspectos eléctricos, requiere reflexión y crítica no sólo técnica o jurídica sino también interdisciplinaria.

Luego, abordamos los aspectos relacionados con la naturaleza y régimen jurídicos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente regulador del sector eléctrico venezolano.

Particular referencia hacemos, finalmente, a la competencia de la mencionada Comisión mediante la presentación sistemática de sus funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control contenidas tanto en la citada Ley como en el Reglamento General, publicado en la *G.O*. N°5510, de 14 de diciembre de 2000.

II. LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO MATERIA DE INTERÉS Y COMPETENCIA NACIONALES

En las décadas anteriores a los años 40 del siglo XX, los Municipios en Venezuela procuraban, directa o indirectamente, generar, transmitir y distribuir en su circunscripción territorial la luz eléctrica.

Luego, desde mediados de los años 40, el desarrollo acelerado de la electrificación nacional se afirmó como una materia de interés nacional y desde ese tiempo ha habido una sistemática y creciente interrelación técnica, económica y administrativa, a nivel nacional, entre las diversas fases de la actividad electroenergética: generación, transmisión y distribución[3].

La política de electrificación nacional desde los años cincuenta en adelante, ejecutada por empresas públicas y privadas, implicó la división del territorio nacional sobre la base de criterios técnicos, económico-financieros y organizacionales que rebasaron, desde luego, las fronteras de las divisiones municipales y estadales.

Los datos técnicos, económico-financieros y administrativos relacionados con el sector de energía eléctrica en la segunda mitad del siglo pasado, evidencian que el desarrollo y regulación del servicio de energía eléctrica es una materia que corresponde por su índole al Poder Público Nacional, y que las decisiones de planificación, inversión, regulación y control trascienden las materias propias de la vida local y han de adoptarse en función de los intereses nacionales, los cuales, desde luego, han de comprender también los intereses locales.

De esta forma, hoy en día la energía que se distribuye en un Municipio puede ser generada muy lejos de su jurisdicción, y aún generándose en esa localidad, puede integrarse al Sistema Interconectado Nacional. En este sentido, mediante el contrato de interconexión, celebrado entre las principales empresas eléctricas en fecha 1º de diciembre de 1988, se persigue facilitar la coordinación de las actividades de planificación y operación de los sistemas de generación y transmisión de las empresas eléctricas, integrándolos a los efectos de expandir y operar el referido sistema y "así satisfacer la demanda eléctrica, asegurando la calidad y confiabilidad del servicio al menor costo posible"[4].

Particular importancia cobra este aspecto en momentos de crisis energética, como el que viene amenazando a Venezuela por efecto de la disminución del nivel de la represa del Guri originado en la fuerte sequía de los últimos tiempos y en la carencia de plantas de energía térmica a escala nacional que puedan suplir o compensar el déficit de generación hidroeléctrica.

Para llevar el servicio de electricidad a todo el país y para mantener una calidad mínima de aquél en todas las localidades, así como para realizar programas de desarrollo económico y social fundamentados en ese servicio, el Poder Nacional ha tenido que realizar acciones y establecer regulaciones para, entre otros aspectos, planificar y controlar el aprovechamiento de los recursos energéticos; vincular la producción y consumo de electricidad a la política de hidrocarburos; garantizar un flujo adecuado de inversiones cuantiosas en el sector eléctrico; alcanzar ciertas economías de escala en la prestación del servicio y perfeccionar las tecnologías.

En el caso de Venezuela, hay que tener en cuenta, además, ciertas particularidades de la industria eléctrica en sus diversas fases como pueden ser, por ejemplo, la abundancia relativa de recursos para la generación hidroenergética y el gas natural; la circunstancia

3. Sobre la evolución de la Industria eléctrica en Venezuela, *V.*, el documento "Centenario de la industria eléctrica en Venezuela" del Ing. CAPRILES, Guillermo presentado en la *XXII Mesa Redonda de la Industria Eléctrica*, Caracas 1988.

4. *Cf.*, Contrato de Interconexión celebrado entre C.V.G. Electrificación del Caroní C.A. (EDELCA), C.A. de Administración y Fomento Eléctrico, (CADAFE), C.A. La Electricidad de Caracas, (E.de C.) y C.A. Energía Eléctrica de Venezuela (ENELBAR).

de que al Estado, además de corresponderle la fijación de la política energética, tiene reservada la industria y el comercio de los hidrocarburos y ahora también reservada la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura. Igualmente, es de destacar la fuerte presencia del Estado también en la fase de distribución a través de empresas públicas. Dado el peso determinante que tiene la participación del Estado en el sector eléctrico venezolano y la imperiosa necesidad de acometer inversiones y reestructuraciones, es evidente que cualquier reestructuración del sector eléctrico en su conjunto pasa necesariamente por la reordenación del papel o función del Estado en el sector, sea como empresario o como concedente o autorizante de las actividades que integran el sector eléctrico.

En el marco de estas realidades, la Constitución de 1999, en el artículo 156, numeral 29, atribuye al Poder Público Nacional la competencia relativa al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas.

III. LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO

En 1999 se dictó en Venezuela la primera normativa de rango legal y de alcance nacional en materia electroenergética. En este aspecto, son conocidos las exposiciones y debates realizados desde diversas posiciones políticas y técnicas, para dotar al país de una moderna legislación sobre el servicio eléctrico[5].

La primera regulación legal de carácter general sobre el servicio eléctrico establecida en Venezuela se fundamentó en la delegación legislativa contenida en la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público, de 26 de abril de 1999, en lo adelante simplemente denominada Ley Habilitante, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.687, de la misma fecha. Dicha Ley, en su artículo 1°, numeral 4, ordinal j), estableció:

> *Artículo 1°*.- Se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, de conformidad con el ordinal 8° del Artículo 190 de la Constitución de la República, decrete, dentro del lapso de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de esta Ley, las siguientes medidas:
>
> 4.- En el Ámbito Económico Sectorial:
>
> j) Dictar las medidas para impulsar y regular el sector eléctrico nacional, dentro de los siguientes parámetros:
>
> j.1. Tener como objetivo principal, la garantía del suministro eléctrico continuo, seguro y suficiente, al menor costo posible, con la mayor calidad y que permita la óptima utilización de los recursos disponibles.
>
> j.2. Con la participación del Estado y del sector privado, desarrollar una verdadera y real competencia en las actividades de generación y comercialización que tenga libre acceso a las redes de transmisión y distribución.

5. *V.*, Anteproyecto de Ley Orgánica que Regula las Actividades del Sector Eléctrico Nacional presentado por la Primera Vicepresidencia de la Cámara de Diputados del Congreso el 30 de octubre de 1996; el Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional presentado al Senado por el Ejecutivo Nacional el 10 de abril de 1997; *V.*, también Senado de la República, Sesión ordinaria del día 2 de junio de 1998 y demás sesiones para la discusión del Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional, presentado por la Comisión de Energía y Minas del Senado.

> El marco legal a dictarse deberá tener presente, tanto el establecimiento de mecanismos regulatorios eficientes por parte del Estado, así como también la rentabilidad de la inversión necesaria en el sector.
>
> j.3. Reservar para el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Energía y Minas, la facultad indelegable de fijar las tarifas eléctricas en todas sus fases (generación, transmisión, distribución y comercialización), para cuya determinación deberá tomarse en cuenta, al estimar los costos de las mismas, la necesidad de que se ajusten a niveles de eficiencia que garanticen los derechos de los consumidores.
>
> j.4. Establecer la separación jurídica, contable y de gestión de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de las empresas del sector eléctrico nacional, para lo cual se establecerán plazos acordes a las circunstancias.
>
> j.5. Establecer normas orientadas a impulsar la extensión del servicio hacia zonas aisladas o deprimidas y al aprovechamiento de fuentes alternas de energía.
>
> j.6. Respetar la competencia municipal sobre la materia eléctrica, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal….

En ejercicio de la delegación legislativa contenida en las normas legales antes transcritas, el Presidente de la República dictó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Servicio Eléctrico N° 319, de fecha 17 de septiembre de 1999, en lo adelante identificado simplemente como Decreto-Ley, publicado en la *Gaceta Oficial* N°36.791, de fecha 21 de septiembre de 1999.

Posteriormente, fue sancionada la -ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley en las materias que se delegan-, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 37.076, de 13 de noviembre de 2000, la cual estableció en el aparte i), punto 2, del artículo 1:

> *Artículo 1.*- Se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dicte decretos con fuerza de Ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan en esta Ley, de conformidad con el tercer aparte del artículo 203 y el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en consecuencia:
>
> 2. En el ámbito económico y social....
>
> i) Dictar medidas para armonizar y coordinar las competencias en materias de gas y electricidad de los poderes públicos municipales, estadal y nacional....

Con fundamento en esta delegación legislativa fue dictado el Decreto con Fuerza de Ley de Armonización y Coordinación de Competencia de los Poderes Público Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines Domésticos y de Electricidad, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.319, de 7 de noviembre de 2001.

El referido Decreto pretende armonizar la competencia nacional y municipal en virtud de que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Régimen Municipal atribuyen ciertas competencias a los Municipios en materia de distribución de gas y de electricidad.

Con posterioridad al Decreto-Ley relativo al Servicio Eléctrico fue dictada la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, ya citada. Dicha Ley mantiene sustancialmente el régimen establecido en el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO

El tema relativo a la reestructuración y reforma del sector eléctrico requiere, desde luego, conocimientos especializados por sus implicaciones y exigencias técnicas, económicas y administrativas. Por ello, para una aproximación a dicho tema, desde un ángulo normativo, es preciso acudir a fuentes bibliográficas y documentales que permitan una referencia general en relación a los cambios que se han venido produciendo internacionalmente en el sector eléctrico y que ahora se reflejan en el derecho venezolano.

Al respecto, Miranda Robredo, en la Presentación del libro *Los mercados de futuro de electricidad*, de Rocío Millán Navarro, sintetiza así los cambios que vienen afectando mundialmente en los últimos años al sector eléctrico:

> En la década de los ochenta, la industria eléctrica celebraba su centenario en un entorno estable, en el que no se apreciaban signos destacados de cambio en el horizonte. A lo largo de un siglo de existencia, esta industria había llegado a convertirse en uno de los sectores económicos más importantes de la economía de cualquier país. Tuvo su origen en pequeñas fábricas de luz y explotaciones de saltos hidráulicos. Pronto la necesidad de voluminosas inversiones para atender una demanda siempre creciente, la evidente existencia de economías de escala en la producción y distribución de electricidad, la peculiar característica de producir y consumir simultáneamente la energía, y el carácter de servicio público fueron configurando en la mayoría de los países una industria formada por grandes empresas de ciclo completo, muchas veces promovidas desde el propio Estado, que ocuparon los primeros puestos en facturación, capitalización bursátil, inversiones y empleo de las economías.
>
> En este contexto, aparecen nuevas tendencias que impulsan una reforma sin precedentes, una auténtica revolución en el sector eléctrico, que se va extendiendo a lo largo del mundo, y que parece hoy día imparable. Diez años más tarde, cuando el siglo XX (el siglo de la electricidad) está tocando a su fin, lo está haciendo también el modelo de explotación que a lo largo de él se había ido configurando para esta industria.
>
> De una regulación intervencionista y una participación pública directa en las empresas del sector, se evoluciona hacia un modelo formado por empresas de capital privado y regido por reglas de libre mercado. La búsqueda de competencia y de eficiencia en el desarrollo de la actividad lleva a la necesidad de segmentar la industria y terminar con la integración vertical, liberalizando aquellas parcelas que mejor lo permitan. La reforma, similar a la que se está practicando en otros sectores, energéticos o no, hasta ahora considerados servicios públicos (como el gas, el agua o las telecomunicaciones), va casi siempre acompañada de la privatización de las empresas públicas que venían desempeñando estas actividades[6].

En el orden de ideas antes referido y de acuerdo a lo expuesto por Millán Navarro, las fuerzas que impactan determinantemente en los últimos tiempos la reestructuración del sector eléctrico han sido: la eficiencia, la competencia, la privatización, el movimiento internacional de capitales, el desastre nuclear, las compras de energía a instalaciones especiales, la sobrecapacidad y los costos sociales y medioambientales[7].

---

6. MIRANDA ROBREDO, Rafael, Presentación de la obra de MILLÁN NAVARRO, Rocío, *Los Mercados de futuros de electricidad*, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía, Sevillana de Electricidad, Grupo Endesa, Serie Especial, Madrid 1999, pp 19 y 20.

7. *Cf.*, MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, pp. 75 a 81. Esta autora refiere a UBAGO L.J. y KAJAWA L.J. (1998) en "The creation of a Global Electricity Market", *World Power Yearbook*, the Petroleum Economist and Arthur Andersen, February, pp. 7-9.

El impacto de las fuerzas mencionadas se produce de diversa forma e intensidad, según las circunstancias de cada país, pero de alguna manera casi todos los países acusan ese impacto directa o indirectamente. Señalemos, siguiendo los planteamientos expuestos por Millán Navarro, algunos aspectos de esas fuerzas de cambio:

a) Al producirse una cierta globalización de la economía, la electricidad debe convertirse, a los fines de las exportaciones, entre otros aspectos económicos, en un insumo que ha de ser eficiente. Entonces, "la innovación tecnológica en la generación eléctrica, con tamaños eficientes más pequeños, favorece la apertura del sector"[8].

b) Luego de la expansión a nivel mundial de la economía de mercado, el principio de la competencia ha sido llevado también, en lo posible, a sectores tradicionalmente regulados como las telecomunicaciones, el gas o la electricidad. De allí que en este último sector se trate de establecer la competencia estudiando al efecto todo lo relativo a los costos de la industria eléctrica como soporte científico-económico de los cambios del sector.

c) Durante mucho tiempo en este siglo, la electrificación de los países ha sido considerada como un cometido estatal esencial, independientemente de su costo, lo cual, sin duda, trajo grandes beneficios para la población, pero también originó deuda pública considerable al tiempo que, presupuestariamente, las empresas públicas del sector eléctrico pueden significar una fuerte carga en virtud, entre otros aspectos administrativos, de las elevadas y continuas inversiones que requiere el sector eléctrico. Por ello, privatizar las empresas públicas significa aliviar las cargas financieras, liberar recursos presupuestarios y, además, abrir esas empresas a las técnicas de gerencia y de gestión administrativas más adecuadas para alcanzar los fines establecidos por la ley.

d) Por otra parte, se ha evidenciado que hay un interés significativo de los inversionistas internacionales en el sector eléctrico, lo cual puede resultar más sencillo y atractivo en el ámbito de la empresa privada que en el de las empresas públicas.

e) "En los últimos años, el gas ha pasado a ocupar una posición relevante en el escenario energético mundial, impulsado por sus beneficios como combustible ecológico, por las nuevas tecnologías que mejoran la eficiencia de su uso en la generación termoeléctrica y optimizan su transporte, y por el desmontaje de los esquemas de regulación del sector; que han contribuido a mejorar la competitividad y a mantener bajos precios"[9]. Así, el nivel del precio del gas "junto al desarrollo de la tecnología de ciclo combinado, lo ha convertido en el combustible preferido por razones económicas y medioambientales para la generación de electricidad"[10].

f) Las centrales nucleares, como alternativa de producción de energía, aun considera independientemente del aspecto ambiental y de calidad de vida, no ha tenido el impacto económico favorable que se pensó. Muchas de las instalaciones nucleares "resultaron ser más caras de lo previsto y, aunque el coste marginal de operación sigue siendo muy bajo en estas centrales, el costo medio total es más elevado que el que resulta de nuevas centrales de ciclo combinado"[11].

---

8. MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 76.
9. Resumen petrolero. Selección sobre el sector petrolero de Resumen Gerencial n° 30, Caracas feb/abril 1999, p. 20.
10. MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 78.
11. *Ibidem*, p. 78.

g) Finalmente, sea por razones de política social o económica o bien por errores en la políticas públicas, se han creado distorsiones en el sector eléctrico que conducen a subsidios cruzados, a sobrecostos que han de ser incluidos en las tarifas o a ciertos costos adicionales que seguramente no se incurriría en ellos si se pusiere especial énfasis en la gestión económica del sector eléctrico.

A la vista del impacto de estas situaciones y circunstancias en la reestructuración del sector eléctrico, es claro que éste debería ser regulado de una forma diferente a la actual. Como lo expresa Millán Navarro, "Cualquier esquema de desregulación razonable debe incluir una mezcla de competencia y regulación, siendo esta última necesaria en los precios minoristas y en la distribución.

Gestionar con éxito un sistema que combine estos elementos, competencia y regulación, es complejo y requiere que las instituciones reguladoras, la industria y los ámbitos de mercado sean diseñados cuidadosamente para que puedan complementarse entre ellos"[12].

Ahora bien, para tratar de lograr de la mejor forma posible la mezcla de competencia y regulación en las actividades del servicio eléctrico, diversos países han procedido a reestructurar el sector, según las circunstancias particulares de cada uno, y a tal efecto han separado las actividades que económicamente se presentan como monopólicas (por ejemplo, la transmisión y distribución) de las que no lo son (como la generación y la comercialización).

En cuanto a la generación, se tiende a considerar como un mercado susceptible de competencia. "La principal tarea del regulador en un esquema reestructurado es proveer los estímulos necesarios para que el suministro se adapte continuamente ante la demanda, y que el valor del servicio refleje su costo económico, previniendo la escasez mediante el fomento de instalación de generación eficiente, y garantizando la libertad de elección de los consumidores"[13], siendo de notar que la apertura del mercado de generación a éstos tiene fundamentalmente lugar con los llamados grandes usuarios o grandes consumidores.

Igualmente, se establece un mercado de libre formación de los precios de generación que puede funcionar mediante libres contrataciones a término o mediante un mercado mayorista o pool que centraliza las ofertas y demandas de electricidad y que es operado por una entidad que se separa de las demás actividades, siendo de notar que como lo expresa Millán Navarro, "La existencia de contratos bilaterales que conlleven la entrega física de energía, cuando no es obligatoria la venta de toda la electricidad en el pool, complica y dificulta la labor del operador del sistema"[14].

Por otra parte, en cuanto al transporte se tiende a aislar la función de planificación y explotación de la red de transmisión en aras de una mayor eficiencia en el sector de transmisión.

Así, "los esquemas empleados para lograr este objetivo, dentro de los esquemas reestructurados, van desde la organización de una empresa nacional de transmisión, propiedad de todos los agentes que participan en el mercado de generación, como es el caso inglés, pasando por la operación coordinada de activos de distintos dueños (Argentina y

12. *Ibidem*, p 80.
13. Exposición de Motivos del Régimen Económico y de Precios para una Ley de Electricidad en Venezuela, Grupo de Trabajo, Caracas 1997, p. 5.
14. MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 85.

Colombia), hasta esquemas de mínima regulación como el chileno, que sólo obliga a la prestación del servicio de transmisión a terceros si las líneas hacen uso de servidumbres"[15].

En todo caso, la reestructuración implica "Libre acceso al uso de la redes de todos los agentes del mercado mayorista; Identificación precisa de todos los activos que componen la red de transmisión; los cargos reflejan el costo del servicio; operación de todos los activos de la red a través de centros de operación de la red, coordinación por una institución similar a nivel nacional"[16].

Igualmente, la reestructuración lleva a distinguir entre el servicio de distribución y la comercialización.

"El servicio de distribución dentro de los nuevos esquemas del negocio de electricidad se sigue otorgando mediante concesiones, y el mecanismo de regulación empleado para controlar el servicio de los concesionarios es el uso de empresas modelo adaptadas a las características de la red de distribución"[17].

En cuanto a la comercialización, se considera una actividad sujeta a la competencia cuya función básica es introducir diferenciación en el suministro de electricidad como medio de fomentar la libertad de elección del consumidor. Al igual que la generación, la comercialización exige reglas que fomenten la participación de muchos agentes, y que permitan que el riesgo comercial no afecte la disponibilidad del servicio.

Sobre la base de los principios antes expuestos en términos muy generales, diversos países han emprendido la reestructuración del sector eléctrico combinando competencia en la generación y comercialización con la regulación en transmisión y distribución. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Chile, Inglaterra, Noruega, Suecia, Portugal, España, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Colombia y Perú[18].

En el caso de la región latinoamericana, el informe del Grupo de Trabajo CIER 08 Sobre la Regulación de los Mercados Eléctricos resume las ideas claves de la reforma del sector eléctrico en los siguientes términos:

-La reforma regulatoria, la competencia y el acceso al mercado se hacen posibles mediante el diseño y puesta en vigor de normas regulatorias en general complejas, y respaldadas por un organismo regulador independiente, y por una entidad administradora del mercado.

-Se separa la propiedad de los distintos segmentos de la industria, (en el caso del sector eléctrico, la generación, (transmisión, distribución y comercialización) y se abre la participación a nuevos agentes económicos, estableciendo de manera clara los requisitos de entrada al mercado en los distintos segmentos de la industria eléctrica, buscando eliminar las barreras puramente institucionales.

-En los casos en que por razones institucionales no resulta posible o deseable la separación de la propiedad entre los segmentos de generación, transmisión y distribución, se establece la independencia de gestión y separación contable entre dichos segmentos, cuando son ejercidos por una misma empresa o empresas vinculadas por su propiedad.

---

15. Exposición de Motivos del Régimen Económico y de Precios para una Ley de Electricidad en Venezuela, Caracas noviembre de 1997, pp. 3 y 4.

16. *Ibidem*, p.4

17. *Ibidem*, pp.4 y 5.

18. *Cf.,* MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.,* pp. 69 y ss. *V.,* igualmente cuadro comparativo sobre la reestructuración del sector eléctrico en países hispanoamericanos en *Interconexiones, Boletín de la Comisión Venezolana de la Industria Eléctrica* n° 18, Octubre 1996.

-Se promueve la competencia en los segmentos de la industria que no constituyen monopolio natural; en el caso del sector eléctrico el segmento competitivo es la generación y comercialización de energía.

Se busca incentivar la competencia mediante la desintegración horizontal de las grandes empresas generadoras preexistentes (cuando esto es institucionalmente posible) y por el incentivo a la entrada de generadores y comercializadores de energía independientes, creando mercados *spot* y de contratos para la energía eléctrica.

-En el mercado de contratos bilaterales los generadores y comercializadores venden energía a distribuidores y a consumidores finales habilitados para participar en el mismo.

-En el mercado *spot*, los agentes participantes del mercado compran y venden las diferencias que resultan entre los compromisos pactados en los contratos y su generación o consumo reales de energía.

-Salvo en el caso de que todos los consumidores finales pueden elegir libremente su proveedor de energía, los distribuidores mantienen un importante papel como intermediarios en el comercio de energía entre el mercado mayorista competitivo y los consumidores finales. Esto hace necesario regular dicha actividad de intermediación, estableciendo normas acerca del traslado a las tarifas de los consumidores finales, de los costos de energía y otros servicios que los distribuidores adquieren en el mercado mayorista.

-Para que los transacciones del mercado puedan hacerse efectivas a través del transporte de energía por las redes de transmisión y distribución, se establece el acceso libre a las mismas, que continúan en general reguladas como monopolios naturales. Para lograr condiciones justas y equitativas de acceso para todos los agentes del mercado, se establecen reglas y generalmente precios de acceso regulados.

-Si se mantiene la posibilidad de propiedad conjunta de generación y redes, se hace necesario evitar que el propietario de las concesiones de las redes adquiera por esta razón ventajas en el segmento competitivo de generación.

-Generalmente, la regulación de las redes monopólicas pasa de una modalidad *cost plus* (en la que se traslada a las tarifas los costos incurridos por el monopolista) a otra *price cap* (en la que la tarifa cubre unos costos estándar considerados razonables para una empresa eficiente), que genera incentivos al monopolista para la reducción de costos.

Como resultado, la tarifa que los distribuidores (o comercializadores) pueden cargas a los consumidores finales no habilitados a acceder al mercado, o clientes regulados, resulta de la suma de los costos de la energía en el mercado mayorista que se le reconocen al distribuidor, más las tarifas reguladas que el distribuidor paga al transportista, más una remuneración específica por la función de distribución"[19].

19. Comisión de Integración Energética Regional (CIER), Perfil Institucional y Regulatorio del Sector Eléctrico Sudamericano, Agosto 2001, Serie, *Documentos de Análisis y Discusión*, Secretaría General, Montevideo-Uruguay, pp. 18 y 19.

V. ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO

1. Fuentes normativas

La regulación contenida en la Ley de referencia puede calificarse como una regulación plurinormativa y multiorgánica en virtud de que las normas jurídicas con vocación de regir el sector eléctrico dimanan de varias fuentes orgánicas, tienen diversidad de jerarquía y naturaleza normativas y son establecidas por organismos de naturaleza y régimen jurídico diferentes.

Desde el punto de vista normativo, son fuentes de regulación primaria: la Ley y su Reglamento General. Son fuentes normativas complementarias las normas que establezcan la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el Centro Nacional de Gestión y el Ministerio de Energía y Minas, en sus respectivas esferas de competencia. Las regulaciones emanadas de estos órganos han de sujetarse a la normativa de la Ley y de su Reglamento.

Establece la Ley un ente regulador u órgano de regulación especializado, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, con relativa autonomía normativa y financiera. Sin embargo, la fijación de tarifas queda reservada al Ejecutivo Nacional.

De acuerdo a la naturaleza y características de las materias objeto de regulación, puede haber espacios de normación que correspondan directamente a los diversos organismos con competencia de regulación. Así, si bien la Comisión tiene asignadas las funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico, la gestión del Sistema Eléctrico Nacional queda a cargo del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico y corresponde a dicho Centro dictar la normativa general de sus funciones, teniendo, por tanto, facultades regulatorias específicas, técnicas o administrativas, en determinados aspectos.

2. El servicio eléctrico

Desde el punto de vista sustantivo, la Ley introduce el concepto del servicio eléctrico nacional, declarando como servicio público las actividades de generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional, distribución y comercialización de potencia y de energía eléctrica. Quedan abiertas a competencia relativa, en los términos de la Ley, la generación y la comercialización, mientras que la transmisión y la distribución quedan directamente vinculadas al otorgamiento de la respectiva concesión.

En efecto, para la prestación del servicio eléctrico, en sentido integral, la Ley combina la incorporación de mecanismos de competencia, en materia de generación y comercialización, con los tradicionales conceptos de concesión en materia de transmisión y distribución. Así, la Ley asume que el mercado puede progresivamente jugar un mejor y nuevo papel y que la garantía del servicio podría derivar de una combinación de la acción privada y de la acción pública en el marco de un régimen de transición que establece plazos para armonizar los derechos de las empresas prestadoras del servicio con el nuevo régimen legal.

Desde el punto de vista orgánico o de los agentes que intervienen en el servicio para la prestación de un servicio público, la Ley permite que la iniciativa privada participe en régimen de competencia relativa en la generación y comercialización al tiempo que el Estado se reserva, a los fines de la prestación, una parte de la generación hidroeléctrica y que los particulares pueden acceder a la categoría de concesionarios del servicio de transmisión y de distribución. De esta forma, por así decirlo, se atiende a la naturaleza económica de mercancía que tiene la generación de electricidad y al carácter de servicio que ésta adquiere, una vez producida, en las fases de transporte, distribución y comercialización[20].

En esta materia no puede soslayarse que, como se ha indicado, la evolución económica, administrativa y tecnológica de los últimos decenios ha llevado, en los campos de las telecomunicaciones y de la industria eléctrica, a intentos de armonización de los mecanismos de economía de mercado con las finalidades propias de los servicios públicos o de interés público. Por ejemplo, la libre competencia en materia de generación de energía eléctrica puede traducirse en beneficios para el usuario y para el servicio mismo de suministro, siempre que existan reglas claras a fin de garantizar una competencia leal para lo cual los órganos de regulación han de atender el contexto jurídico-institucional correspondiente.

De esta forma, la Ley pretende lograr una cierta armonización, en beneficio de la extensión y calidad del servicio eléctrico, entre los elementos jurídicos propios de las actividades sujetas a autorización (generación y comercialización) y en los cuales puede haber elementos de competencia, con aquellos otros elementos propios de las actividades sujetos al régimen de concesión (transmisión y distribución).

Los intentos de aprovechar las oportunidades de la economía de mercado, para satisfacer necesidades básicas de toda la colectividad, se han concretado en un cierto espectro de posiciones doctrinales y legislativas y cada país ha de encontrar la solución más adecuada a sus particulares circunstancias. En este sentido, se encuentran posiciones desde la que establece la Ley venezolana hasta la consagrada en la ley española sobre el sector eléctrico, cuya Exposición de Motivos, señala que: "No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de transcendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional". Pero, al mismo tiempo, esa misma ley española, además por supuesto de regular y limitar la actividad electroenergética de los particulares, prevé, en el artículo 10, la garantía de suministro en función de la cual puede el gobierno adoptar medidas que pertenecen al ámbito conceptual del servicio público. Por otra parte, en cierta forma el servicio público se esconde detrás de la obligación de ofertar los generadores de la electricidad, de modo que de hecho éstos no tienen libertad de no ofrecer electricidad al mercado mayorista.

Frente a la posición de la legislación española se puede observar el otro extremo, en el caso de Francia, el cual con ocasión de la aprobación de la directiva comunitaria de 1996 sobre normas comunes para el mercado interno de electricidad ha mantenido la condición de servicio público para la electricidad[21].

20. *V.*, MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, pp. 64 y ss.
21. *Cf.*, MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 210.

Sin embargo, recientemente la Comunidad Económica ha insistido en la necesidad de incorporar la participación privada en el sector eléctrico de Francia.

En definitiva, a los fines de la evolución jurídica del servicio eléctrico, interesa destacar la necesidad de observar continuamente las situaciones reales que pueden afectar dicho servicio, independientemente de la óptica jurídica bajo la cual éste se considere, a fin de que el servicio eléctrico pueda siempre apoyarse en principios y mecanismos jurídicos adecuados para mantener un equilibrio entre los diversos factores en juego y asegurar, en lo posible, la prestación del mejor servicio al más bajo costo.

3. La separación de actividades

Cuando se habla de separación de separación de actividades en el caso venezolano hay que tener en cuenta la gran presencia que desde los años cincuenta ha tenido el Estado en el sector eléctrico. En efecto, como parte de una política de electrificación extensa en lo territorial e intensiva en el aspecto urbano, el Estado ha obedecido al modelo vertical en el sentido de que históricamente las actividades de generación, transmisión y distribución han sido desarrolladas por empresas del Estado integradas en las diversas actividades electroenergéticas, tales como la C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (Cadafe), Enelven, Enelbar.

En el sector privado, la C.A. la Electricidad de Caracas es claro ejemplo de integración de la actividad electroenergética a lo largo de su larga historia de más de un siglo de existencia y desarrollo.

El modelo vertical utilizado por el Estado y el sector privado ha respondido a las tendencias tradicionales de garantía de suministro en el marco de una creciente expansión del servicio, sobre todo si se tiene en cuenta cuál era la realidad de la electrificación en Venezuela al comenzar la segunda mitad del siglo XX. Al finalizar esa segunda mitad y a comienzos del siglo XXI, está planteada la reestructuración del sector según patrones de separación de las actividades y si bien la separación de actividades no significa por sí misma una mayor eficiencia de las empresas, se tiende a considerar como el medio más efectivo para reducir los costos y obtener la transparencia necesaria en el sentido de evitar los traspasos de fondos entre las actividades eléctricas, una correcta asignación de costos en el desglose tarifario y, consiguientemente, mayor transparencia en las tarifas.

Por otra parte, como es sabido, el régimen económico y tarifario de las empresas prestadoras del servicio de electricidad ha tenido, desde hace ya cierto tiempo, como condicionantes, elementos externos al propio sector eléctrico, como lo son lo relativo al precio de los combustibles y a los subsidios cruzados, factores ambos que deben considerarse al momento de establecer las normas en materia de libre competencia en el área de generación para poder pasar gradualmente de una situación de integración y exclusividad en la prestación del servicio a una situación de libre competencia efectiva en el área de generación, sin que se afecten los equilibrios generales relativos a la prestación eficiente del servicio.

Los beneficios de un ambiente competitivo en materia de generación y comercialización, en el marco de una separación de las actividades de las empresas públicas y privadas actuales, deberán también considerarse en función de las implicaciones administrativas acerca de las cuales la Ley ha previsto el impacto fiscal al otorgar exenciones tributarias.

Concretamente, la separación de actividades, contemplada expresamente en la Ley, obliga a las empresas existentes a realizar la desintegración vertical o separación de sus actividades dentro de un plazo determinado y conforme a un régimen de transición, el cual contempla la celebración de convenios con el Ministerio de Energía y Minas.

Según lo establecido por el artículo 6, el ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa. La actividad de comercialización podrá ser desarrollada por distribuidores con sus clientes con tarifa regulada, por generadores o por empresas especializadas en la comercialización de potencia y energía eléctrica.

La Ley exige, por tanto, que en un grupo de sociedades las actividades incompatibles deban ejercerse por sociedades diferentes. Estas disposiciones del régimen establecido por el citado artículo 6 deben considerarse coordinadamente con el contenido del artículo 113, el cual contiene el régimen de transición aplicable a la separación de actividades, y que otorga el plazo de tres (3) años para la adaptación de las empresas al régimen previsto en la Ley.

Hasta tanto no se efectúe la separación jurídica, las empresas integradas deben realizar una separación contable de cada una de las actividades como unidades de negocio claramente diferenciadas, de manera que puedan apreciarse transparentemente la imputación de costos y tarifas.

Por otra parte, el uso de las instalaciones de transmisión o distribución para fines no eléctricos deberá contabilizarse de forma separada, de manera que facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con ese uso.

4. La libre competencia relativa y el libre acceso

En relación a la promoción de la competencia, contiene la Ley normas sobre los grandes clientes. Estos, hacia los cuales está particularmente dirigida la libertad de elección como consumidores, podrán contratar libremente con los generadores, los cuales tienen en los grandes usuarios uno de sus principales objetivos de competencia.

La generación de energía eléctrica en la actualidad es realizada por empresas públicas y privadas. Más del 70% de la electricidad del sistema interconectado es generado por una empresa pública. En efecto, a través de C.V.G. Electrificación del Caroní C.A., (EDELCA) el Estado, en los últimos veinte años, ha pasado a suministrar el 70% de la energía eléctrica que se consume en el país. Edelca posee en activos aproximadamente 10.000 millones de dólares y le economiza al país el equivalente a 300.000 barriles diarios de petróleo[22].

Como se observa, Venezuela depende en la actualidad determinantemente de la generación hidroeléctrica por parte de una empresa del Estado. Ello constituye una particularidad que incide en el modelo de regulación legal y en la normativa complementaria que dicten los organismos competentes, particularmente en lo relativo al mercado mayorista. Como ya se ha indicado, el Estado se reserva la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura, ubicados en la región de Guayana.

22. CARRERA SAUD, Efraín, EDELCA: *Una luz para el desarrollo*, en Gerencia, Publicación del grupo Gerencia UNIMET, año 14, Octubre 1998, pp. 30 y 31.

Igualmente, destacan las normas relativas al mercado mayorista en el cual se celebrarán, en competencia libre y abierta, las transacciones de compra y venta de bloques de potencia y energía siendo de notar que se requiere la reglamentación correspondiente a los fines de ejecutar adecuadamente la normativa legal.

La Ley prevé, en el artículo 80, que la remuneración de la actividad de generación, bajo condiciones de operación eficiente, que se realice en el mercado mayorista debe tomar en cuenta: la energía eléctrica suministrada por cada unidad de generación, ordenada por el Centro Nacional de Gestión del sistema eléctrico; la garantía de potencia que cada unidad de generación preste efectivamente al sistema y los servicios complementarios necesarios para garantizar el suministro adecuado al usuario.

El artículo 118 prevé la apertura del mercado mayorista de electricidad a los grandes usuarios en el plazo no mayor de tres (3) años. Sin embargo, en este aspecto es necesario señalar que la competencia en materia de generación está vinculada, en el ordenamiento venezolano, a la política de subsidios cruzados la cual ha sido una constante de las políticas públicas en las últimas décadas y en cuya virtud las tarifas que pagan los grandes consumidores industriales y comerciales contienen precisamente dichos subsidios en favor de los consumidores residenciales. Los subsidios cruzados son creados por el régimen tarifario para beneficiar a determinado tipo de cliente del servicio eléctrico en detrimento de otro tipo de cliente que paga tarifas superiores al costo correspondiente del servicio.

Por ello, si, por ejemplo, los generadores nuevos captan clientes regulados de una empresa distribuidora sin que se produzcan las debidas compensaciones económicas o se establezcan regulaciones adecuadas a la nueva situación estaríamos en presencia de un trato discriminatorio y perjudicial para un agente del servicio eléctrico por cuanto la empresa distribuidora dejaría de percibir el subsidio que paga el gran consumidor industrial y comercial en sustitución precisamente de las cantidades que no pagan los clientes residenciales.

Por otra parte, el libre acceso relativo a las redes de transmisión y distribución, establecido en la Ley, debe ser siempre remunerado y está sujeto a las limitaciones de orden técnico que puedan existir.

5. Otros aspectos administrativos

La gestión del Sistema Eléctrico Nacional se encomienda al Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, bajo forma de una sociedad mercantil de carácter estatal. Ésta concentra, en principio, la funciones relativas a la gestión técnica y a la gestión económica, funciones que pueden ser separadas en dos sociedades, una de las cuales vendría a ser el operador del mercado mayorista y otra vendría ser el operador técnico u operador del sistema.

El régimen jurídico establecido en la Ley es procedimentalizado por cuanto las actuaciones públicas de regulación, fiscalización y control de los agentes están vinculados a procedimientos de orden legal y sublegal.

Los procedimientos de audiencias públicas, contempladas en la Ley, permiten a los agentes del servicio eléctrico establecer públicamente propuestas normativas, debidamente sustanciadas, con respecto a la materia de precios y tarifas, así como otros supuestos que contemple el Reglamento.

Atendiendo a la necesidad de construir la infraestructura necesaria para el servicio eléctrico, el régimen legal relativo a las servidumbres en beneficio de las empresas eléctricas está inspirado en la normativa jurisdiccional relacionada con la figura de la expropiación e, igualmente, fundamentada históricamente en la Ley de Servidumbre de Conductores Eléctricos, siendo de notar que ya la jurisprudencia había aceptado la imposición de servidumbres con base en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social. Con el nuevo régimen, las empresas eléctricas tendrán un marco jurídico *ad-hoc* para la constitución de servidumbres, dejando a salvo la oposición conforme a la ley y, desde luego, la determinación de la justa indemnización.

En síntesis de lo expuesto en este apartado, puede afirmarse que la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico:

-Introduce el concepto del servicio eléctrico nacional a partir de las actividades que lo integran y de los agentes que intervienen en su prestación.

-Declara como servicio público las actividades integrantes del servicio eléctrico: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional, distribución y comercialización de potencia y energía.

-Declara de utilidad pública e interés social las obras directamente afectadas a la prestación del servicio eléctrico en el territorio nacional.

-Abre relativamente a la competencia la actividad de generación y comercialización.

-Interrelaciona jurídicamente las actividades y agentes del servicio eléctrico para lograr la mejor calidad posible del servicio al menor costo posible.

-Obliga, en determinados supuestos, a la separación de actividades y a la separación contable.

-Establece un régimen jurídico diferente, en lo económico y lo administrativo, para las diversas actividades y agentes del servicio eléctrico.

-Reserva al Estado la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura.

-Centraliza en una empresa del Estado la gestión del Sistema Eléctrico Nacional.

-Establece un Mercado Mayorista para la formación de los precios en régimen de competencia.

-Integra las fases de distribución y comercialización al servicio eléctrico nacional, al tiempo que reafirma las atribuciones de los Municipios en las materias propias de la vida local como son: la prestación del servicio de alumbrado público; la promoción de la prestación del servicio eléctrico en su jurisdicción y de su mejoramiento, y la fiscalización de la calidad.

-Crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como ente regulador pluripersonal, relativamente autónomo, y concentra temporalmente sus atribuciones en el Ministerio de Energía y Minas.

-Reserva la fijación de tarifas al Ejecutivo Nacional.

-Establece unas contribuciones especiales para el sostenimiento del ente regulador y de los subsidios cruzados.

-Regula la constitución de servidumbres en beneficio de la prestación del servicio eléctrico.

-Establece un régimen de sanciones con normas para la determinación del monto de las multas.

-Consagra un régimen de transición mediante plazos para la organización y funcionamiento de las nuevas estructuras del sector eléctrico, así como para el establecimiento e implantación de las normativas legales y sublegales y para la adaptación a éstas de las empresas públicas y privadas que actualmente realizan la actividad electroenergética.

VI. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO ENTE REGULADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO

Para el logro de los objetivos de desarrollo del sector eléctrico, mediante la aplicación de políticas convenientemente diseñadas, "debe fomentarse el desarrollo de una nueva cultura regulatoria, acorde con el nuevo modelo de regulación para la competencia que se aplica en estos sectores. El acceso no discriminatorio a las redes, la gestión independiente de los sistemas técnicos, las reservas estratégicas, el servicio universal, la tarificación eficiente, el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad de las reglas del juego, son algunos de los elementos básicos que deberán asentarse en el nuevo modelo regulatorio"[23].

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente regulador del sector eléctrico venezolano. Una visión general de la naturaleza y régimen jurídicos de dicha Comisión resulta indispensable para encuadrar debidamente el alcance y significado jurídicos de las funciones atribuidas a la Comisión en lo relativo a la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades a cargo de los diversos agentes del sector eléctrico.

> La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico no consagró una autonomía total al ente regulador, por cuanto la facultad de fijación de tarifas está reservada al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, le otorgó suficientes facultades de regulación, supervisión y control del servicio eléctrico.
>
> En efecto, la autonomía administrativa otorgada comprende la facultad de dictar las normas técnicas y administrativas necesarias para la organización y funcionamiento del sector eléctrico, así como para la elaboración de las normas del régimen económico, siendo de notar que, en materia de tarifas, la Comisión elabora la propuesta de las tarifas eléctricas sobre la base de la mejor racionalidad técnica y económica y las somete a la consideración del Ejecutivo Nacional.
>
> La autonomía administrativa es también necesaria para cumplir las funciones de control que la Ley asigna al ente regulador con relación a la autorización de las actividades de generación y comercialización; a la separación jurídica de las empresas; a la calidad del servicio eléctrico; a la constitución de las servidumbres necesarias para la expansión del servicio; a la liquidación y recaudación de los tributos establecidos en la Ley; a los requerimientos de solicitud y recepción de información y a la aplicación de las sanciones previstas en la Ley.
>
> Por otra parte, para cumplir cabalmente las funciones de regulación y control, es evidente que debe realizarse una labor continua de supervisión de las actividades del sector eléctrico.

23. *V.*, LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, "La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997", Documentación Administrativa, DA, 256, enero-abril 2000, *El derecho de la Energía en España, Ministerio de Administraciones Públicas*, España, p. 30.

En cuanto a la autonomía financiera, el ente regulador requiere indispensablemente contar con recursos propios y suficientes para cumplir todas las funciones que la Ley le atribuye y asegurar la idoneidad de sus funcionarios. Esto pretende lograrlo la Ley mediante la contribución especial prevista en el artículo 22, Numeral 2, y en la facultad de percibir los ingresos provenientes de las sanciones aplicadas, establecidas en el mismo artículo 22, Numeral 4.

1. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

Como se evidencia del contenido del artículo 15 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, ésta crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como ente de regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico, con cierta autonomía funcional, administrativa y financiera.

Al respecto, el citado artículo 15 consagra:

Artículo 15. Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que tendrá a su cargo, por delegación del Ministerio de Energía y Minas, la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica es un ente desconcentrado, con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional; gozará de autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus atribuciones y estará adscrita al Ministerio de Energía y Minas.

La sede de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es la ciudad de Caracas y podrá establecer dependencias en otras ciudades del país, en coordinación con los respectivos Concejos Municipales para el caso de la actividad de distribución".

Esta redacción del texto legal plantea el problema, por lo demás de especial trascendencia jurídica, de si la Comisión es un ente deconcentrado o un instituto autónomo.

Es evidente que el texto normativo antes transcrito se presenta confuso y contradictorio en su alcance jurídico puesto que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, los entes desconcentrados nacionales no están dotados de patrimonio propio e independiente de la República ni son objeto de adscripción administrativa. Así se desprende, en efecto, del contenido de los artículos 93, 98 y 116 de la mencionada Ley Orgánica.

Además, sólo los institutos autónomos, como entes descentralizados funcionalmente, son susceptibles de tener patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, tal como se evidencia del artículo 98 de la citada Ley Orgánica de administración Pública, cuyo texto consagra:

Artículo 98. Los institutos autónomos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estadal u ordenanza municipal, conforme a las disposiciones de esta Ley, *dotadas de patrimonio propio e independiente de la República*, de los estados, del Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que los cree (Subrayado nuestro).

Como hemos expresado en anterior oportunidad, los institutos autónomos presentan, como nota esencial, inseparable lógicamente de la personalidad jurídica, el patrimonio propio. "La consecuencia inmediata de esta independencia patrimonial es que sus bienes, ingresos y obligaciones no forman parte del activo y pasivo de la República"[24].

24. GARRIDO ROVIRA, Juan, *Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, p. 47.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el contenido del artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, que establece los ingresos correspondientes a la Comisión, se concluye también que ésta debería ser calificada como un instituto autónomo.

Establece dicho artículo 22:

> *Artículo 22*.- Los ingresos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica serán los siguientes:
>
> 1. El aporte inicial que realice el Ejecutivo Nacional;
>
> 2. Las contribuciones especiales anuales de los usuarios del servicio eléctrico, las cuales no podrán exceder el uno y medio por ciento (1,5%) de los montos de sus facturas por concepto de compra de potencia y energía eléctrica. Dichas contribuciones serán recaudadas por las empresas eléctricas y deberán ser pagadas mensualmente a la Comisión. De no ser canceladas en el plazo estipulado se aplicarán intereses de mora de acuerdo con la tasa activa del mercado;
>
> 3. Las donaciones, aportes y cualesquiera otros bienes o derechos que reciba de personas naturales o jurídicas;
>
> 4. Los ingresos provenientes de las sanciones aplicadas;
>
> 5. Cualquier otro aporte que reciba de conformidad con la legislación vigente.

Así, además de tener patrimonio propio e independiente de la República, como lo consagra el referido artículo 15, el citado artículo 22 atribuye a la Comisión ciertos ingresos que sólo pueden percibirse cuando se disfruta de personalidad jurídica y patrimonio propio. Así ocurre, por ejemplo, con los ingresos mencionados en el numeral 4 del antes transcrito artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Igualmente, la Comisión debe actuar como liquidador y administrador de las contribuciones especiales establecidas en la ley lo cual lo convierte en un ente parafiscal cuya actuación jurídica tributaria ha de realizarse al amparo de su personalidad jurídica, siendo de destacar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, numeral 2 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, antes transcrito el producto de las referidas contribuciones especiales forman parte del patrimonio de dicha Comisión a los fines del cumplimiento de los cometidos estatales que le quedan asignados.

2. Principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

La Comisión ha de regirse por determinados principios de actuación entre los cuales cabe destacar que ella misma es la encargada de promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad, al tiempo que debe proteger los derechos e intereses de los clientes del servicio eléctrico y promover la eficiencia, confiabilidad y seguridad en la prestación del servicio, así como el uso eficiente y seguro de la electricidad.

A este respecto, el artículo 16 de la Ley establece:

> *Artículo 16*. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberá actuar bajo los principios siguientes:
>
> 1. Proteger los derechos e intereses de los usuarios del servicio eléctrico;
>
> 2. Promover la eficiencia, confiabilidad y seguridad en la prestación del servicio, y el uso eficiente y seguro de la electricidad;
>
> 3. Velar por que toda demanda de electricidad sea atendida;
>
> 4. Garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los agentes del servicio eléctrico, otorgados por esta Ley;

5. Promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad;

6. Garantizar el libre acceso de terceros a los sistemas de transmisión y distribución;

7. Coordinar sus actuaciones con las autoridades municipales de conformidad con esta Ley.

3. Normas legales sobre el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión

A los fines jurídico-organizativos, es importante tener presente la normativa legal que establece el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión por cuanto de allí pueden derivar ciertos condicionamientos relativos a la organización y funcionamiento de la Comisión.

En este aspecto, puede considerarse la normativa de la Ley de acuerdo a la siguiente sistemática:

Integración y designación de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. Designación y funciones de su Presidente.

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica estará conformada por cinco miembros de libre nombramiento y remoción de los cuales tres (3) serán designados por el Presidente de la República, uno (1) por el Ministro o Ministra de Energía y Minas, y uno (1) por el Ministro o Ministra de la Producción y el Comercio. La Junta Directiva tendrá un presidente responsable de la administración ordinaria de la organización, el cual será designado del seno de dicha Junta, por el Presidente de la República (Artículo 19, encabezamiento).

Requisitos para ser miembro de la Comisión. Duración del cargo.

Los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberán ser venezolanos, de reconocida solvencia moral y competencia profesional en materias de electricidad, economía energética, regulación o administración de servicios públicos, y tendrán una dedicación a tiempo completo a sus cargos.

La designación de los cargos se hará por cinco (5) años, prorrogables por iguales lapsos, sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte de este artículo (Artículo 19, aparte único).

Impedimentos de designación.

No podrá ser designado miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica:

1. Quien tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el Presidente de la República, con el Ministro o Ministra de Energía y Minas, con el Ministro de la Producción y el Comercio o con los cónyuges de dichos funcionarios;

2. Quien directamente o cuyo cónyuge desempeñe funciones o sea accionista con poder de decisión en cualquiera de las empresas sometidas a la autoridad de esta Ley;

3. Quien sea cónyuge o tenga parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad con algún miembro de la Junta Directiva;

4. Quien desempeñe algún cargo por elección popular;

5. Quien tenga conflicto de intereses con el cargo a desempeñar (Artículo 20, encabezamiento).

Prevención de conflictos de interés.

Antes de tomar posesión de los cargos, los miembros de la Junta Directiva y los funcionarios de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberán renunciar a cualquier participación que tuviesen en forma directa o indirecta en la dirección o gestión de alguna de las empresas sometidas a la autoridad de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, así como a cualquier trabajo, empleo, contratación o consultoría en alguna de las empresas del servicio eléctrico (Artículo 20, Parágrafo Único).

Régimen del personal de la Comisión.

El personal de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, con excepción de los miembros de la Junta Directiva, será designado por su Presidente, seleccionado mediante procesos de convocatoria y concurso públicos y con base en principios de capacidad y méritos, y tendrá regímenes especiales de contratación, administración de personal, salarios y prestaciones que garanticen la idoneidad para el cumplimiento de sus funciones. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica elaborará y someterá a la aprobación del Presidente de la República, por órgano del Ministerio de Energía y Minas y previa opinión de la Oficina Central de Personal, su estatuto de personal (Artículo 23).

VII. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA

La Ley contiene específicas normas atributivas de competencia a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica vinculadas al cometido estatal de dicha Comisión que, como se ha indicado, consiste en la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Es importante tener presente que "el concepto central por el cual han de medirse las relaciones recíprocas entre las autoridades es el de la competencia, por medio del cual se asegura la vinculación de la institución u órgano a la función"[25]. Esta vinculación se realiza mediante unos medios y unas formas predeterminadas que permiten la realización en concreto de los fines de las personas públicas y de sus órganos.

En su sentido estricto, la competencia puede ser definida como la "aptitud que confiere la norma a un órgano individualizado para ejercitar un poder-deber en los términos y condiciones en aquella determinados, mediante actos formales o conductas significativas. De aquí que se haya llamado a la competencia *medida del poder*[26].

En el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, su competencia funcional comprende, como varias veces se ha expresado, la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Como puede apreciarse del contenido de los siguientes apartados, se han identificado más de ciento treinta atribuciones, en términos de textos normativos concretos, mediante las cuales la Comisión habrá de ejercer las funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control que le encomiendan la Ley y el Reglamento General con relación a las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

25. FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*. I.E.P., Madrid 1958, p. 573, citado por ARNANZ, Rafael A., *De la competencia administrativa*, Editorial Montecorvo, Madrid 1967, p. 25.

26. *Cf.*, MOLES CAUBET, Antonio, "Régimen Jurídico del Urbanismo en Venezuela" en *Derecho Urbanístico*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Caracas 1983, p. 494.

La atribuciones mencionadas han de ser ejercidas en el marco de las correspondientes normas de derecho sustantivo y de los procedimientos aplicables según la naturaleza de la materia de que se trate, siendo de notar que las funciones de la Comisión inciden en más de treinta (30) materias relevantes desde el punto de vista legal.

Por ello, para adoptar criterios organizacionales adecuados en función de los cometidos estatales contenidos en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, es indispensable tener en cuenta ciertos condicionantes jurídico-organizativos que pueden derivar de la relación existente entre la función, la materia de que se trate y el acto administrativo mediante el cual se concreta legalmente el ejercicio de la función con respecto a una determinada materia.

A continuación nos referimos a los diversos supuestos de la competencia de la Comisión en razón de la materia.

1. La competencia de regulación

La competencia de regulación se extiende, con base en la ley, a diversos campos del sector eléctrico y se expresa en actos administrativos generales de carácter normativo mediante los cuales la Comisión ordena la actuación de los diversos agentes que intervienen en la prestación del servicio eléctrico.

En este sentido, la competencia de regulación se traduce en un control normativo, entendido semánticamente como el dominio que ejerce la norma jurídica sobre el comportamiento de los individuos y de las instituciones.

Las funciones de regulación comprenden materias económicas, técnicas, operativas y administrativas en sentido amplio.

Las materias económicas están relacionadas, fundamentalmente, con los mercados, mayoristas y de tarifas reguladas; los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional; los costos de los servicios prestados por el Centro a los agentes y las tarifas de las actividades reguladas.

En cuanto a los aspectos técnicos y operativos objeto de regulación basta una simple revisión de las atribuciones concretamente identificadas (Ver números referenciales 11 al 25) para señalar la necesidad de establecer, en diversos campos del servicio eléctrico, normas técnicas y de operación para lo cual la Comisión habrá de realizar los estudios y análisis correspondientes a través del personal capacitado para ello.

Las regulaciones administrativas se extienden a un amplio espectro de asuntos todos los cuales reclaman, igualmente, el establecimiento de normas específicas para cada tipo de asuntos, tal como puede apreciarse de los números referenciales 26 al 52.

El debido ejercicio de la función de regulación que se traducirá en seguridad y certeza jurídicas, es fundamental para la planificación de las inversiones sobre bases confiables por parte de los agentes del servicio eléctrico y aun de los propios entes u organismos estatales.

Resulta, por tanto, necesario que el ente regulador defina anticipadamente las reglas técnicas y administrativas para el sector que aparecen referidas, al menos, en la Ley.

Una práctica regulatoria consistente es indispensable para generar, por así decirlo, seguridad jurídica, en particular en aquellas áreas que resultan críticas para cualquiera de los aspectos necesarios para el desarrollo del sector.

Por la misma razón, resulta altamente conveniente utilizar el mecanismo de las audiencias públicas, con lo cual se proporciona una mayor trasparencia al proceso de regulación y se aseguran, por así decirlo, criterios o insumos normativos por parte de los actores del mercado en general y del sector eléctrico en particular.

Quizás no sea posible al principio establecer en el sector eléctrico un proceso regulatorio totalmente abierto, en virtud de las características actuales del sector, pero sí podría existir un proceso regulatorio participativo a fin de que oportunamente todos los interesados puedan formular comentarios, observaciones u opiniones antes de adoptarse las decisiones finales.

Las funciones de regulación concretamente atribuidas a la Comisión según el texto de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y de su Reglamento General son las siguientes:

A. Funciones de Regulación

1. Régimen económico

a. Mercados

Ley

1. Definir las modalidades, condiciones y garantías que regirán el desempeño tanto del Mercado Mayorista de Electricidad como el Mercado con Tarifas Reguladas, (Artículo 17, numeral 12).

2. Establecer los principios, metodologías y modelos que regirán la formación de precios de transacción en el mercado mayorista de electricidad (Artículo 78, Aparte Único).

Reglamento General

3. Dictar la normativa para los pagos de las transacciones en el mercado mayorista correspondientes a las empresas de generación. (Artículo 14).

4. Establecer, de acuerdo a ciertos fines la normativa del régimen económico de las actividades destinadas a la prestación del servicio eléctrico (Artículo 83).

5. Dictar la normativa en materia de las transacciones que se realicen en el Mercado Mayorista, así como lo referente al pago por el uso de las redes de transmisión. (Artículo 21, numeral 3).

6. Aprobar las reglas de funcionamiento del Mercado Mayorista, a propuesta del Centro Nacional de Gestión. (Artículo 21, numeral 14).

b. Precios

Ley

7. Identificar la mejor teoría, métodos y modelos de asignación óptima para la formación de los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional, que regirá la formación de sus precios, así como de cuidar de su permanente discusión pública y de su actualización cuando así hubiere lugar, (Artículo 17, numeral 1).

c. Costos

Reglamento General

8. Dictar la normativa relativa a la facturación y cobro de los costos correspondientes al servicio prestado por el Centro a cada agente del Mercado Mayorista (Artículo 97).

d. Tarifas

Ley

9. Identificar la mejor teoría, métodos y modelos para la fijación de tarifas a ser aplicadas por las empresas que realizan actividades reguladas en el servicio eléctrico, así como cuidar de su permanente discusión pública y de su actualización cuando así hubiere lugar, (Artículo 17, numeral 2).

10. Elaborar la propuesta de las tarifas eléctricas a ser sometida al Ejecutivo Nacional para su consideración y aprobación, con fundamento en la normativa vigente en la materia, (Artículo 17, numeral 3).

2. Aspectos técnicos y operativos

a. Servicio eléctrico

Ley

11. Dictar cualesquiera otras normas y criterios técnicos, operativos y de funcionamiento relativos a las actividades del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 18).

Reglamento General

12. Aprobar el Reglamento de Servicio (Artículo 26, numeral 1).

b. Sistema Eléctrico Nacional

Ley

13. Aprobar la Normas de Operación del Sistema Eléctrico Nacional, (Artículo 17, numeral 7).

14. Establecer los principios, metodologías y modelos que regirán la gestión del Sistema Eléctrico Nacional y el funcionamiento del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico y procurar su mejoramiento continuo, (Artículo 17, numeral, 6).

Reglamento General

15. Aprobar las reglas de operación del Sistema Eléctrico Nacional a propuesta del Centro (Artículo 21, numeral 14).

Establecer normas para la constitución de garantías por parte de las empresas que ejerzan actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización especializadas y gestión del Sistema Eléctrico Nacional (Artículo 112).

c. Plantas de generación

Ley

17. Dictar las normas técnicas necesarias para la instalación y operación de plantas de generación eléctrica, (Artículo 17, numeral 16).

18. Cumplir las normas técnicas para la instalación y operación de sus plantas, dictadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. (Artículo 25, numeral 3).

d. Actividad de transmisión

Ley

19. Delimitar, oída la opinión del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, los alcances técnicos y operativos de la actividad de transmisión, (Artículo 17, numeral 5).

Reglamento General

20. Establecer excepciones en los casos de instalaciones de transmisión (Artículo 15, Tercer aparte).

21. Calificar técnicamente a los generadores, distribuidores y grandes usuarios que requieran conectarse a la red de transmisión (Artículo 17).

22. Declarar ciertas instalaciones como redes de transporte (artículo 18, Aparte único).

23. Establecer el procedimiento para hacer efectivo el pago por los servicios de transmisión y distribución (artículo 89).

e. Libre acceso

Ley

24. Dictar las normas que regirán el acceso a la capacidad de transporte de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica, (Artículo 17, numeral 17).

Reglamento General

25. Establecer la normativa relativa a limitaciones a la conexión y al acceso a las redes pertinentes. (Artículo 113).

3. Aspectos administrativos

a. Calidad del servicio

Ley

26. Dictar las normas de calidad que regirán las actividades del servicio eléctrico y las normas para su fiscalización, (Artículo 17, numeral 14 y 40, numeral 5).

Dictar las Normas para la fiscalización de la calidad del servicio eléctrico por parte de los Municipios (Artículo 42, numeral 3).

b. Instalaciones de generación

Ley

Establecer las características de las instalaciones de generación que puedan ser exceptuadas de la obligación de separación contemplada en el artículo 6 de esta Ley, (Artículo 17, numeral 9).

29. Establecer el límite relativo a la prestación del servicio en los casos de instalaciones de autogeneración, cogeneración y de generación en sistemas independientes. (Artículo 26).

Reglamento General

30. Dictar las normas de funcionamiento para el sistema de ofertas de generación (artículo 85).

31. Dictar lineamientos sobre la permanencia de instalaciones de generación y transmisión existentes (Artículo 5 Aparte único).

32. Dictar la normativa para las indemnizaciones que correspondan a los agentes que resulten afectados por acciones indebidas del Centro. (Artículo 21, numeral 16).

c. Usuarios

Ley

33. Establecer los criterios para la clasificación de los usuarios, (Artículo 17, numeral 11).

34. Aprobar las normas que regirán las relaciones entre las empresas y sus usuarios y sus modificaciones, oída la opinión del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, (Artículo 17, numeral 15).

35. Establecer el límite para calificar a los grandes usuarios (Artículo 118).

36. Establecer las normas para la presentación de informes por parte de los agentes que realizan actividades en el servicio eléctrico, incluyendo el sistema uniforme de cuentas, y velar por su oportuna y adecuada consignación, (Artículo 17, numeral 21).

d. Mercados

Ley

37. Establecer limitaciones de cobertura geográfica y limitaciones de mercado a aquellas empresas que realicen actividades en el servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 10).

38. Establecer los límites de cobertura de mercado (Artículo 120).

e. Comercializadoras especializadas

Ley

39. Dictar las Normas para la constitución de garantías por parte de las empresas comercializadoras especializadas (Artículo 39, numeral 5).

40. Dictar la normativa aplicable a las empresas comercializadoras especializadas (Artículo 39, numeral 1).

f. Distribución

Ley

41. Establecer los criterios de resolución de los casos de superposición de áreas de servicio de distribución de electricidad (Artículo 110).

Reglamento General

42. Establecer normas relativas a diversos aspectos del servicio de distribución (Artículo 23, numerales 1 y 2).

43. Establecer el procedimiento para hacer efectivo el pago por los servicios de transmisión y distribución (Artículo 89).

g. Audiencias públicas

Ley

44. Convocar audiencias públicas en los casos previstos en el Reglamento de la Ley del Servicio Eléctrico y de acuerdo con el procedimiento que en él se establezca (artículo 18).

Reglamento General

45. Convocar audiencias públicas. (Artículo 117).

46. Elaborar normas sobre las audiencias públicas (Artículo 118).

47. Designar el Presidente, su Secretario y el Secretario en las audiencias públicas y determinar sus facultades (Artículo 119).

48. Establecer un presupuesto anual para las audiencias públicas y poner a disposición de las mismas, cuando lo amerite la asistencia técnica y jurídica necesaria. (Artículo 122).

49. Considerar las recomendaciones o acuerdos emanados de las audiencias públicas (Artículo 120).

h. Información

Establecer los criterios para la declaratoria de confidencialidad de la información (Artículo 4, aparte único).

51. Establecer normas para la presentación de informes por parte de los agentes del sector eléctrico (Artículo 4).

i. Aplicación de sanciones

52. Establecer los criterios relativos al incumplimiento reiterado y ocasional. (Artículo 107).

53. Establecer normas para la determinación de ciertas sanciones (Artículo 99).

54. Establecer las normas que regirán el pago por parte de los usuarios del servicio eléctrico nacional de las multas que les fueren aplicadas incluyendo los intereses de mora. (Artículo 26, numeral 3).

2. Las funciones de fiscalización y de supervisión

La competencia de fiscalización implica ciertas facultades específicas para verificar el cumplimiento de determinada normativa mediante los procedimientos administrativos aplicables.

La competencia de supervisión comprende la revisión, periódica o permanente, de ciertos actos o de ciertas actividades a objeto de que el supervisado o lo supervisado pueda actuar con máxima eficiencia desde el punto de vista administrativo o apegado a la normativa legal desde un punto de vista jurídico.

Con respecto a las funciones de supervisión y de fiscalización, éstas, como hemos ya indicado, pueden considerarse comprendidas, desde el punto de vista jurídico, en las funciones de control, en el sentido de que su realización o materialización específica se concreta jurídicamente en actos de control.

Especial atención debe prestarse a la función de fiscalización del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico puesto que en este caso de trata de relaciones jurídico-administrativas entre dos entes estatales, razón por la cual la función de fiscalización se ha de ejercer dentro del marco tanto de la Ley como de los términos en que quede organizada la empresa del Estado que tendrá a su cargo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional visto, particularmente, el contenido del artículo 33 de la Ley que atribuye al Ministerio de Energía y Minas la supervisión de dicha empresa.

Del contenido normativo de la función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, a que se refiere el artículo 34 de la Ley, se evidencia la necesidad de que la función de fiscalización de dicha gestión tenga un marco jurídico-organizativo adecuado dentro de la estructura de la Comisión puesto que de lo contrario la fiscalización podría devenir en interferencia o perturbación de la gestión.

A continuación indicamos el contenido normativo concreto relativo a las funciones de fiscalización y supervisión.

1. Economía de la energía

Ley

55. Velar por la aplicación de los programas que defina el Ministerio de Energía y Minas en materia de uso racional de la electricidad y de aprovechamiento de las fuentes alternas de energía, (Artículo 17, numeral 30).

2. Contratos de concesión

Ley

56. Supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión que de manera expresa le hayan sido encomendados por los órganos concedentes de los mismos, (Artículo 17, numeral 34).

Reglamento General

57. Supervisar los contratos de concesión (Artículo 55).

3. Participación de los usuarios

Ley

58. Favorecer la organización de los usuarios y su participación en la supervisión del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 25).

4. Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico

Ley

59. Fiscalizar el funcionamiento del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, (Artículo 17, numeral 8).

5. Auditorías

Ley

60. Fiscalizar la correcta aplicación de la Ley y su Reglamento y ordenar las auditorías que sean necesarias a estos fines, (Artículo 17, numeral 34).

6. Sistema Eléctrico Nacional

Ley

61. Fiscalizar la gestión del sistema eléctrico nacional (Artículo 33, Segundo Aparte).

Reglamento General

62. Verificar el cumplimiento de normas técnicas de operación. (Artículo 40).

3. Las funciones de Control

En cuanto a las funciones de control, que se traducen en actos de diverso carácter jurídico y que, como se verá más adelante, tienen múltiples manifestaciones en la esfera jurídico-administrativa, conviene señalar que la palabra control proviene del término francés *contrôle*. En francés, la etimología de la palabra *control* es: *contre-rôle*, es decir, revisión de un acto por doble registro; el *rôle* es aquí un documento escrito, oficial, redactado según fórmulas determinadas; de allí el sentido de *revisión*, de *inspección* atribuido al término control[27]. En inglés, el sentido primero de la palabra *control* es el de *dominio* del cual deriva la noción misma de *autoridad* y, secundariamente, implica también la idea de *vigilancia*[28].

27. De BAECQUE, Francis, "El control en la Administración" en *Revista de Administración Pública* n° 24, Instituto Mexicano de Administración Pública, enero-abril 1973, p. 101.
28. *Ibidem.*

En castellano, la primera acepción del término control es la de inspección, fiscalización, intervención, y la segunda acepción es la de dominio, mando, preponderancia[29]. Como se observa, en la lengua española la voz *control* tiene un significado amplio y presupone una cierta finalidad de subordinación del elemento controlado -sujeto pasivo- al elemento contralor -sujeto activo-. Con influencias, pues, de las lenguas francesa e inglesa, la palabra control ha adquirido en el vocabulario administrativo castellano una significación propia que puede resumirse, en términos generales, en "la comprobación de la regularidad de una actividad en relación a determinadas normas"[30]. En este último sentido, la competencia de supervisión y fiscalización se encuentran integradas dentro de la competencia de control.

Sin embargo, ninguna de estas funciones tiene una sola expresión jurídica sino que se concreta a través de actos administrativos de diverso carácter y contenido legales.

Por lo que respecta a la función de control, ésta se concreta, en el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en actos autorizatorios, revocatorios, de intervención de concesionarias, sancionatorias, de control tributario y en la solicitud y recibo de información relevante para el cumplimiento de sus fines.

Específicamente, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y su Reglamento General establece las siguientes atribuciones en materia de control:

1. Autorización de actividades

Ley

63. Autorizar el ejercicio de la actividad de generación, autogeneración, cogeneración y comercialización especializada (Artículo 43, encabezamiento).

64. Establecer excepciones a la obligación de autorización para ejercer la actividad de generación (Artículo 43, Parágrafo Único).

65. Autorizar el ejercicio de la actividad de comercialización especializada. (Artículo 38).

Reglamento General

66. Autorizar la conexión de los autogeneradores a una red de transporte (Artículo 13).

67. Requerir documentos, informes o antecedentes en los casos de autorizaciones de generación (Artículo 34).

68. Prorrogar los lapsos en los casos de autorizaciones de generación (Artículo 33).

69. Declarar la caducidad de las autorizaciones (artículo 35).

70. Publicitar las autorizaciones otorgadas y llevar registro de las mismas (Artículo 37).

71. Revocar las autorizaciones de generación. (Artículos 38 y 39).

72. Aprobar la transferencia de autorizaciones (Artículo 40).

73. Autorizar en los casos de actividades de generación, el establecimiento de nuevas centrales, ampliación y modificación de las mismas y la conexión de unidades de generación de sistemas independientes a la parte del Sistema Eléctrico Nacional. (Artículo 29).

74. Autorizar, previa solicitud de los interesados, la realización de la actividad de generación. (Artículo 31).

---

29. *Cf., Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, Espasa Calpe S.A., Decimonovena Edición, Madrid 1970, p. 357.

30. *Cf.*, CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Los Institutos Autónomos*. Ediciones del Fondo de Inversiones de Venezuela, Caracas 1984, p. 243.

75. Determinar los recaudos y garantías necesarios en los casos de autorizaciones para comercialización especializada (Artículo 42).

2. Separación de actividades

Reglamento General

76. Opinar sobre la separación de actividades de las empresas. Solicitar en este sentido las aclaratorias, recaudos y explicaciones que estime pertinentes. Notificar la decisión al interesado sobre el proceso de separación de actividades (Artículos 123, 124, 125 y 126).

3. Servicio eléctrico nacional

a. Usuarios

Ley

77. Atender oportunamente los reclamos de los usuarios del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 26).

Atender en última instancia los reclamos de los usuarios del servicio eléctrico nacional (Artículo 40, numeral 2).

Reglamento General

79. Conocer en última instancia acerca de los reclamos efectuados por parte de los usuarios del servicio eléctrico respecto del monto de las facturas. (Artículo 27).

b. Calidad del servicio

Ley

80. Publicar evaluaciones periódicas respecto a la calidad de los servicios y a la gestión de las empresas eléctricas y proporcionar a los interesados toda la información disponible, (Artículo 17, numeral 22).

4. Servidumbres

Ley

81. Autorizar el inicio del procedimiento de constitución de servidumbres que le sean solicitadas de conformidad con esta Ley, (Artículos 17, numeral 20 y 66).

82. Calificar y autorizar la urgente realización de la obra a los fines de la ocupación previa del inmueble correspondiente (Artículo 68).

5. Tributos

Ley

83. Liquidar, recaudar y recibir de los agentes que participan en el servicio eléctrico, las contribuciones especiales anuales que para su funcionamiento establece esta Ley, (Artículo 17, numeral 29).

6. Sanciones

Ley

84. Asegurar la correcta aplicación de los precios y tarifas del servicio eléctrico y aplicar las sanciones que correspondan, (Artículo 17, numeral 4).

85. Aplicar las sanciones administrativas previstas en esta Ley, (Artículo 17, numeral 27).

86. Amonestar públicamente a las empresas eléctricas que incurran en infracciones. (Artículo 99, Primer aparte).

Reglamento General

87. Aplicar sanciones a las concesionarias (Artículo 55).

88. Recibir el producto de las multas e intereses de mora recaudadas por las comercializadoras especializadas. (Artículo 25, numeral 2).

89. Designar la oficina recaudadora donde se pagarán las multas (Artículo 103).

90. Establecer la cuenta para el depósito del producto de las multas (Artículo 104).

91. Constituir fideicomisos con el producto de las multas (Artículo 105, Aparte único).

92. Establecer mecanismos para la devolución del fideicomiso cuando fuere procedente. (Artículo 105 Aparte único).

7. Intervención de las concesionarias

Ley

93. Intervenir las empresas eléctricas, públicas o privadas, en los casos previstos en esta Ley, previa autorización del Ministro de Energía y Minas, (Artículo 17, numeral 28).

94. Impartir instrucciones a las concesionarias en los casos de intervención preventiva (Artículo 51, numeral 2).

Reglamento General

95. Intervenir a las concesionarias previa autorización del Ministro (Artículo 57).

96. Notificar en forma escrita a las concesionarias la apertura del procedimiento sobre la declaratoria de intervención. (Artículo 58).

97. Designar el Interventor de la concesión (Artículo 59).

98. Informar al Ministerio una vez declarada la intervención definitiva. (Artículo 60).

8. Registros

a. Registro de contratos

Ley

99. Llevar el registro de los contratos suscritos por las empresas generadoras con otras generadoras, distribuidoras, comercializadoras o grandes usuarios (Artículo 25, numeral 5).

100. Llevar el registro de las contrataciones entre las empresas comercializadoras especializadas y los otros agentes del mercado mayorista (Artículo 39, numeral 2).

101. Llevar el Registro de las contrataciones realizadas entre las empresas de distribución y los otros agentes del mercado eléctrico (Artículo 36, numeral 7).

b. Otros registros

Ley

102. Llevar los registros que sean necesarios, (Artículo 17, numeral 19).

Reglamento General

103. Llevar un registro de las autorizaciones otorgadas (Artículo 37).

9. Información

a. Recepción de información

Ley

104. Recibir información del Centro Nacional de Gestión del Sector Eléctrico sobre violaciones o conductas contrarias a la Ley (Artículo 34, numeral 11).

105. Recibir información del Centro Nacional de Gestión del Sector Eléctrico sobre las situaciones de emergencia, las fallas y los riesgos potenciales relativos al sistema eléctrico nacional (Artículo 34, numeral 5).

106. Recibir información del Centro Nacional de Gestión del Sector Eléctrico sobre la operación actual y futura de dicho sistema (Artículo 34, numeral 12).

107. Recibir copia de las servidumbres convencionales registradas (Artículo 64).

108. Requerir información a las empresas comercializadoras (Artículo 39, numeral 8).

109. Requerir información a las empresas distribuidoras (Artículo 36, numeral 11).

110. Requerir Información al Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico (Artículo 34, numeral 4).

Reglamento General

111. Recibir información sobre el proceso de separación de actividades (artículo 124).

112. Recibir información sobre el incumplimiento de pagos entre agentes (Artículo 21, numeral 3).

113. Recibir copia de los acuerdos relativos al uso de instalaciones eléctricas para fines distintos al servicio eléctrico (Artículo 82).

114. Recibir información por parte de las empresas de distribución de energía eléctrica, acerca de los reclamos de sus usuarios y las decisiones adoptadas sobre cada uno de ellos. (Artículo 23, numeral 6).

115. Recibir información por parte del titular de la autorización de generación sobre la entrada en funcionamiento de la instalación, modificaciones, ampliaciones efectuadas o de la conexión al Sistema Interconectado Nacional. (Artículo 36).

116. Requerir información a los agentes del sector eléctrico. (Artículo 4, encabezamiento).

117. Requerir información a los fines de las autorizaciones de generación (Artículo 31).

118. Requerir los documentos, informes o antecedentes que considere necesario a los fines del otorgamiento de la autorización. (Artículo 34).

b. Suministro de información

Ley

119. Informar completa, precisa y oportunamente a los usuarios del servicio, las organizaciones estatales, municipales, parroquiales y de vecinos, sobre el desarrollo de las actividades destinadas a la prestación del servicio de electricidad y sobre el desempeño de los agentes prestadores de este servicio, (Artículo 17, numeral 23).

120. Presentar al Ministro de Energía y Minas y hacer del conocimiento público, dentro de los sesenta (60) días siguientes al cierre de cada ejercicio anual, un informe de su gestión, (Artículo 17, numeral 33).

Reglamento General

121. Informar al Ministerio de Energía y Minas en los casos de cese de la explotación de unidades de generación Artículo (41).

D. Otras funciones administrativas de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

1. Opiniones

Ley

122. Opinar en los casos de la separación de la gestión económica y la gestión técnica en el Sistema Eléctrico Nacional. (Artículo 33, Parágrafo Único).

123. Opinar sobre el establecimiento de subsidios (Artículo 114).

124. Consulta sobre la administración del fondo de subsidios (Artículo 117).

2. Coordinación

Ley

125. Coordinarse con el Ministerio de Energía y Minas en los casos de otorgamiento de concesión para nuevas instalaciones de transmisión. (Artículo 44, Aparte único).

126. Coordinar con los Concejos Municipales la actividad de distribución. (Artículo 15, Segundo aparte).

127. Coordinar sus actuaciones con las autoridades municipales de conformidad con la Ley (Artículo 16, numeral 7).

Reglamento General

128. Coordinarse con el Ministerio de Energía y Minas a fin de que los intercambios internacionales de electricidad cumplan con la Ley y su Reglamento. (Artículo 3).

3. Cooperación administrativa

Ley

129. Apoyar la formulación del plan de desarrollo del Sector Eléctrico Nacional (Artículo 13).

F. Resolución de conflictos.

Ley

130. Resolver los conflictos que sean sometidos a su consideración por algún agente del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 24).

G. Recursos de reconsideración.

Ley

Conocer y decidir los recursos de reconsideración contra sus decisiones (Artículo 21).

VIII. CONCLUSIONES

Formulamos a continuación ciertas conclusiones con respecto al significado e implicaciones jurídicas de las atribuciones que tiene encomendadas la Comisión, conclusiones que fueron sugeridas en oportunidad anterior a la Cámara Venezolana de la Industria Eléctrica (CAVEINEL), como parte de un trabajo elaborado a su solicitud sobre aspectos jurídico-organizativos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

1°. Las funciones de regulación comprenden materias económicas, técnicas, operativas y administrativas en sentido amplio. Las materias económicas están relacionadas, fundamentalmente, con los mercados, mayorista y de tarifas reguladas; los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional; los costos de los servicios prestados por el Centro a los agentes y las tarifas de las actividades reguladas.

En cuanto a los aspectos técnicos y operativos objeto de regulación basta una simple revisión de las atribuciones concretamente identificadas (Ver números referenciales 11 al 25) para señalar la necesidad de establecer, en diversos campos del servicio eléctrico, normas técnicas y de operación para lo cual la Comisión habrá de realizar los estudios y análisis correspondientes a través del personal capacitado para ello.

Las regulaciones administrativas se extienden a un amplio espectro de asuntos todos los cuales reclaman, igualmente, el establecimiento de normas específicas para cada tipo de asuntos, tal como puede apreciarse de los números referenciales 26 al 52.

2°. Estimamos que de todas estas amplias atribuciones de regulación deriva un importante condicionamiento jurídico-organizativo en el sentido de que debería existir una unidad de regulación, que tenga a su cargo la identificación y formulación de las regulaciones técnicas y administrativas.

Al respecto, puede señalarse que el aparte único del artículo 19 de la Ley Orgánica prevé, expresamente, la competencia profesional, entre otras calificaciones profesionales posibles, como una de las condiciones para desempeñar el cargo de miembro de la Junta Directiva de la Comisión. Si, además, tenemos en cuenta que los cargos de los referidos miembros son a tiempo completo, luce altamente conveniente, para la buena organización y funcionamiento de la Comisión, que un directivo tenga a su cargo permanentemente todo lo relativo a la dirección, coordinación y supervisión de la formulación de los proyectos de normas que han de ser llevados a la consideración de la Junta Directiva.

El debido ejercicio de la función de regulación, que se traducirá en seguridad y certeza jurídicas, es fundamental para la planificación de las inversiones sobre bases confiables por parte de los agentes del servicio eléctrico y aun de los propios entes u organismos estatales. Resulta, por tanto, necesario que el ente regulador defina anticipadamente las reglas técnicas y administrativas para el sector que aparecen referidas, al menos, en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Una práctica regulatoria consistente es indispensable para generar, por así decirlo, certeza legal, en particular en aquellas áreas que resulten críticas para los aspectos abiertos a la competencia.

Por la misma razón, resulta altamente conveniente utilizar el mecanismo de las audiencias públicas, con lo cual se proporciona una mayor transparencia al proceso de regulación y se aseguran, por así decirlo, criterios o insumos normativos por parte de los actores del mercado y del sector eléctrico.

Como se ha indicado, tal vez no sea posible establecer en el sector eléctrico un proceso regulatorio totalmente abierto, en virtud de las características actuales del sector, pero sí podría existir un proceso regulatorio altamente participativo a fin de que oportunamente todos los interesados puedan formular comentarios, observaciones u opiniones antes de adoptarse las decisiones finales.

3°. Con respecto a las funciones de supervisión y de fiscalización, éstas, como hemos ya indicado, pueden considerarse comprendidas, desde el punto de vista jurídico, en las funciones de control, en el sentido de que su realización o materialización específica se concreta jurídicamente en actos de control.

Jurídicamente, especial atención debe prestarse a la función de fiscalización del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico puesto que en este caso se trata de relaciones jurídico-administrativas entre dos entes estatales, razón por la cual la función de fiscalización se ha de ejercer tanto dentro del marco de la Ley Orgánica como de los términos en que quede organizada la empresa del Estado que tendrá a su cargo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional visto, particularmente, el contenido del artículo 33 la Ley, que atribuye al Ministerio de Energía y Minas la supervisión de dicha empresa.

Cuando se observa el contenido normativo de la función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, a que se refiere el artículo 34 la Ley, se evidencia la necesidad de que la función de fiscalización de dicha gestión tenga un marco jurídico-organizativo adecuado dentro de la estructura de la Comisión puesto que de lo contrario la fiscalización podría devenir en interferencia o perturbación de la gestión. Ello obliga, pues, a establecer anticipadamente, en términos jurídico-organizativos, las relaciones entre la Comisión y el Ministerio mencionado en cuanto a la supervisión de la empresa por parte de éste y a la fiscalización de la función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional por parte de aquélla.

Desde luego, este tema tiene un contenido altamente técnico y, por tanto, deberán precisarse cuáles aspectos han de ser objeto de, por así decirlo, una permanente fiscalización y cuáles pueden ser objeto de una cierta fiscalización puntual o periódica.

4°. Por lo que respecta a la función de control, ésta se concreta, en el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en actos autorizatorios, revocatorios, de intervención de concesionarias, sancionatorios, de control tributario y en la solicitud y recibo de información relevante para el cumplimiento de sus fines.

Para el ejercicio de esta función de control se requerirán, lógicamente, las unidades administrativas que organizacionalmente se estimen adecuadas, pero, desde el punto de vista jurídico, conviene advertir la necesidad de que la organización interna permita la incidencia, oportuna y adecuada, del elemento o componente de orden legal, por cuanto en definitiva la función de control se ejercerá mediante actos administrativos de efectos particulares recurribles en reconsideración y en vía jurisdiccional.

Por ello, será necesario la actuación coordinada de la unidad administrativa pertinente con la unidad jurídica (consultoría u otra) a fin de cumplir con el procedimiento legal aplicable (administrativo general o especial, tributario, etc) y sustanciar y soportar adecuadamente la decisión desde el punto de vista sustantivo.

Esta relación de coordinación cobra particular importancia si se observa que el ejercicio del recurso de reconsideración es potestativo para el particular, lo cual obliga a la Comisión a decidir teniendo en cuenta que el particular afectado o interesado puede acudir directamente a la vía jurisdiccional.

5°. Finalmente, particular importancia tiene lo relativo al reglamento interno y demás normas de organización y funcionamiento de la Comisión, las cuales, además de resultar indispensables para la adopción de las decisiones, deberían reflejar las características de profesionalidad, autonomía relativa, transparencia y certeza jurídica que se aprecian como *desideratum* de la normativa de la Ley Orgánica.

Es de desear que oportunamente pueda darse cumplimiento a lo previsto en los artículos 103 y 104 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico a los fines de que la Comisión pueda entrar en funcionamiento en un plazo no mayor de un año, contado a partir de la publicación de la Ley, y que, en ese mismo plazo, se dicten las normas reglamentarias necesarias para garantizar tanto el funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico. De esta forma, se podrá, de una parte, superar la dispersión regulatoria a que ha estado tradicionalmente sometido el sector eléctrico venezolano, así como el insuficiente rango formal de la normativa ordenatoria de dicho sector, y, de otra parte, lograr una intervención intensa pero razonable por parte de las autoridades públicas competentes[31].

Como toda reforma, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico supone cambios, los cuales requieren actitudes proactivas por parte de los agentes del sector eléctrico y atento examen de parte de los reguladores sobre las circunstancias actuales del sector y su evolución a medida que se implanten las nuevas normas y regulaciones.

Cabe destacar también que, para apoyar la reforma del sector eléctrico, conviene realizar una "utilización prudente de Disposiciones Transitorias que de señales positivas y

31. *V.*, HERNÁNDEZ G., José Ignacio, "Reflexiones sobre la nueva ordenación del sector eléctrico venezolano, en Derecho y Sociedad", *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* n° 1, Caracas octubre 2000, pp.167 y ss.

procure avance de la reforma con beneficios tangibles, evitando distorsiones en el funcionamiento del sector o perjuicios al servicio eléctrico prestado"[32].

Finalmente, como ya se ha señalado, combinar competencia y regulación no es tarea fácil ni tampoco lo es equilibrar el elemento negocial o comercial del servicio eléctrico con el elemento de servicio público. De allí que tanto las empresas como los organismos estatales con atribuciones directas o indirectas en el sector eléctrico deben observar atentamente la evolución de las circunstancias nacionales e internacionales que puedan afectar la eficacia de la reforma.

32. VILLARROEL H, Gustavo, "Reforma del Sector Eléctrico venezolano", Ponencia presentada en la *XXI Mesa Redonda sobre la Industria Eléctrica*, Caracas 1998.

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VoIP EN VENEZUELA

Daniel Oquendo
Profesor de la Universidad Monte Ávila,
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de determinar la regulación, y particularmente, el régimen autorizatorio aplicable a la prestación de servicios basados en la utilización de VoIP radica en que, si se consideran servicios de telecomunicaciones a los efectos de la Ley, los prestadores de éstos requieran la respectiva habilitación administrativa y atributos; estarán obligados a cumplir con los deberes que le señalan a los operadores de telecomunicaciones el artículo 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones[1] y, de acuerdo con el artículo 171 de esa misma ley, se les puede revocar la habilitación por no cumplir los parámetros de calidad, cobertura y eficacia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el atributo respectivo, ocasionando también la revocatoria de los atributos que hubieran cumplido los parámetros señalados.

El mencionado artículo 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones les señala los siguientes deberes a los operadores de telecomunicaciones debidamente acreditados:

"1. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución y en la ley, a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

2. Respetar las condiciones de calidad mínimas establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la prestación de sus servicios, de conformidad con los reglamentos de esta Ley;

3. Cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente;

4. Actuar bajo esquemas de competencia leal y libre, de conformidad con la ley;

5. Publicar los precios máximos de los servicios que prestan a los usuarios, con por lo menos quince días continuos de antelación a su entrada en vigencia, en diarios que tengan mayor circulación en el área geográfica en la que actúan o, en su defecto, en diarios de circulación nacional, así como notificar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de este mismo plazo, los precios máximos de los servicios antes señalados.

6. Cumplir las decisiones que de conformidad con esta Ley y sus reglamentos dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

1. Publicada en la *G.O.* de la República Bolivariana de Venezuela nº 36.970 de fecha 12 de junio de 2000.

7. Pagar oportunamente los tributos legalmente establecidos;

8. Contribuir a la realización de los planes nacionales de telecomunicaciones, en la forma que determine el reglamento respectivo;

9. Orientar sus actividades y procedimientos al cumplimiento de la ley y los reglamentos.

10. Cumplir con las obligaciones de asistencia, prestación de servicios, suministro y provisión de bienes y recursos, y con todas aquellas obligaciones que se establezcan en la normativa aplicable a los servicios de telecomunicaciones en estados de excepción, y en los planes para estados de excepción que al efecto se formulen.

11. Presentar sus estados financieros atendiendo a las particularidades del plan único de cuentas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley y los reglamentos.

12. Las demás que se deriven de disposiciones legales y reglamentarias".

Así mismo, el artículo 171 señala que los operadores de telecomunicaciones serán sancionados con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, en los casos siguientes:

"1. El destinatario de una obligación de Servicio Universal que incumpla con las previsiones, actividades y cargas derivadas del mismo;

2. El que incumpla los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

3. El que no haga uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto;

4. El que inobserve una medida provisionalísima o cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley;

5. El que cause interferencias a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa;

6. El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos;

7. El que de forma dolosa suministre información a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fundada en documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme;

8. Quien incumpla con la obligación de obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en las operaciones a las que se refiere el artículo 195 de esta Ley;

9. Quien evada el pago de los tributos previstos en esta Ley;

10. La reincidencia en alguna de las infracciones a las que se refiere esta Sección en el plazo de un año contado a partir del momento en que la sanción anterior quede definitivamente firme.

11. La revocatoria de la concesión del espectro radioeléctrico implicará la revocatoria de la habilitación administrativa correspondiente y viceversa".

En Venezuela, aunque ya se ha empezado a tratar el tema de la regulación de la VoIP a nivel doctrinal[2], no existe un pronunciamiento oficial ni una regulación específica al respecto.

Ante esta situación se pueden adoptar dos posiciones, la primera consiste en catalogar los servicios prestados con VoIP como *nuevos servicios de telecomunicaciones* y, en consecuencia, solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) que los regule expresamente, y la segunda, en considerar que con VoIP no se prestan servicios nuevos sino que ésta constituye una nueva tecnología para prestar servicios ya contemplados en las regulaciones vigentes.

La primera posición se basaría en la competencia de CONATEL para regular nuevos servicios de telecomunicaciones en virtud de los dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual señala lo siguiente:

> *Artículo 11*: La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con esta Ley, realizará consultas públicas previas con los sectores interesados.
>
> A tales efectos establecerá mediante resolución los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones, en los términos y condiciones que se determinen, para lo cual procurará el establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos o audiovisuales.
>
> Las personas, naturales o jurídicas, podrán proponer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones. (Destacado nuestro).

En ese mismo sentido, el artículo 1 de la Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas[3] establece que:

> La presente Resolución tiene por objeto definir los atributos que se podrán incorporar a las habilitaciones administrativas de telecomunicaciones, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables, *sin perjuicio de la posibilidad de los particulares de proponer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones*.(Destacado nuestro).

Aunque CONATEL tenga competencia para regular "nuevos servicios de telecomunicaciones", nos inclinamos por la segunda posición, ya que a pesar de las muchas ventajas que significa VoIP, con ésta no se prestan nuevos servicios de telecomunicaciones.

Sostener la opinión contraria (la primera posición) implica obviar que la VoIP constituye un producto de la convergencia de tecnologías[4], con la cual se presta, de un modo ciertamente novedoso, servicios de valor agregado, transporte y telefonía, los cuales ya están previstos en las regulaciones vigentes.

El presente trabajo pretende explicar las razones que sustentan esta afirmación y determinar el régimen autorizatorio aplicable a la prestación de servicios basados en VoIP.

---

2. VILCHEZ, María Alejandra, "Voz sobre IP. ¿Un servicio de telefonía?" *Revista de Derecho Administrativo* nº 11, Editorial Sherwood, Caracas enero-abril 2001, p.183

3. *G.O.* nº 37.233 de fecha 8 de junio de 2001.

4. Entendemos la Convergencia como la tendencia a la creación de redes singulares capaces de soportar tráfico de diferente tipo como audio, video, servicios multimedia interactivos.

II. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y VENTAJAS DE VoIP

La Voz sobre IP recibe nombres como Telefonía sobre Internet, Telefonía IP, Voz sobre la Red (*Voice on the Net*), *Web phones services* y Voz por Intenet. Sin embargo, a efectos de este estudio, comprenderemos bajo la denominación *Voz sobre IP* (VoIP), no sólo las comunicaciones de este tipo que se hacen a través de Intenet, sino cualquier otra que se pueda hacer a través de una red de conmutación de paquetes con protocolo IP, y aun los casos en que la red de conmutación de paquetes esté conectada con una red de conmutación de circuitos.

De manera general, la tecnología de voz sobre IP (VoIP) puede definirse como el transporte de voz sobre redes que usen el protocolo IP (Intenet Protocol)[5].

Esta tecnología digitaliza la voz del usuario, la comprime y envía en paquetes de datos IP, los cuales se transmiten por una red que utiliza ese protocolo. Cuando alcanzan su destino, son ensamblados de nuevo, descomprimidos y convertidos en la señal de voz original.

Si la comunicación se establece entre computadoras personales, es necesario que se disponga de tarjeta de sonido, micrófono, altavoz y software de comunicación, mientras que si en uno o en dos de los extremos de la comunicación existe un terminal telefónico, se hace necesario el uso de ciertos equipos conocidos como pasarelas o *gateways*, para, por un lado, convertir la voz procedente de la red telefónica básica en paquetes de datos que puedan transmitirse por una red IP, y viceversa; por otro, traducir números telefónicos en direcciones IP.

Estas redes IP son de conmutación de paquetes a diferencia de la red telefónica, que es de conmutación de circuitos, lo que significa que la VoIP maneja la información como paquetes de datos, cada uno conteniendo información suficiente de dirección, que se envían en uno u otro sentido para alcanzar su destino.

Por lo tanto, con VoIP se pueden prestar servicios de transmisión de datos, entendiendo por éstos aquel grupo de servicios que permiten la interconexión de sistemas informáticos entre sí (computadores, LANs, nodos X.25, routers, etc.) mediante técnicas de conmutación de paquetes, de tramas, etc.[6]

Sin embargo, si esta comunicación de voz se realiza entre terminales telefónicos y parte de la transmisión se lleva a cabo sobre una red telefónica conmutada, se estará prestando un servicio de telefonía[7].

Dentro de las ventajas de la VoIP se encuentran el ahorro económico, la posibilidad de tener un departamento de servicio de información que soporte ambas redes de voz y datos, además, hace redundante las herramientas de infraestructura habituales, entre las que se encuentran los puertos físicos para servicios como el correo de voz.

Así, en una red de voz de circuito conmutado, el correo de voz se vende sobre la base de número de buzones de correo y el número de puertos físicos que se necesitan para soportar usuarios simultáneos, pero con VoIP, ya no son necesarios los puertos físicos de circuitos conmutados, ya que el servidor de correo de voz sólo necesita tener una conexión IP.

---

5. GRETEL 2000, *Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Intenet*. Colegio Oficial de de Ingenieros de Telecomunicaciones. Gráficas Reunidas, S.A., t II, Madrid 2000, p.791.
6. HUIDOBRO MOYA, José Manuel, *Redes y Servicios de Telecomunicaciones*, Unigraf, S.L., Madrid 2001, p. 48.
7. HUIDOBRO MOYA, José Manuel, *Redes y Servicios de Telecomunicaciones*, Unigraf, S.L., Madrid 2001, p. 47.

VoIP también permite que los sistemas de correo de voz se coloquen en plataformas basadas en estándares (como PC y máquinas UNIX), abaratando los costos, ya que cuando una plataforma está basada en estándares es poco probable que el precio sea muy elevado[8].

III. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP

Una de las dificultades que se han planteado los entes reguladores de las telecomunicaciones de algunos países es la imposibilidad de regular la transmisión de voz digitalizada sobre redes IP por considerarse que ese no es un servicio de telecomunicaciones.

En Venezuela, esa discusión no tiene cabida pues la transmisión de voz digitalizada sobre redes IP encuadra perfectamente dentro de la definición de telecomunicaciones contenida en el encabezado del artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, según el cual "*se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse*".

Así, quien preste servicios de telecomunicaciones utilizando VoIP, se somete al ordenamiento jurídico sectorial de las telecomunicaciones, integrado por disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias, así como a resoluciones emanadas de los organismos reguladores del sector.

Este régimen jurídico se caracteriza por considerar a las telecomunicaciones como una actividad económica libre en la cual se justifica una amplia intervención de la Administración en virtud del interés general.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que no pueden existir más restricciones al ejercicio del derecho a realizar actividades de telecomunicaciones que aquéllas establecidas por la Constitución y las leyes, por lo que se entienden *libres* las actividades de telecomunicaciones necesarias para prestar servicios con VoIP, dentro de los términos del artículo 112 de la Constitución, el cual reconoce lo siguiente:

> Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

Y en consecuencia, la técnica autorizatoria que se le aplique a los servicios que usen VoIP se debe limitar a reconocer este derecho en cabeza de aquél que cumple con los requisitos para ostentar la cualidad de operador de esos servicios de telecomunicaciones.

La técnica autorizatoria está contemplada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y consiste en concesiones para uso y explotación de porciones del espectro radioeléctrico y habilitaciones administrativas para prestar servicios de telecomunicaciones, a las cuales se le incorporan determinados atributos para especificar las actividades y servicios concretos que su titular pueda prestar.

---

8. DAVISON, Jonathan, *Fundamentos de Voz sobre IP*, CISCO PRESS, Madrid 2001, pp.126 y 127.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el único aparte del artículo 16, señala que "En los casos en que se requiera el uso del espectro radioeléctrico, el operador deberá obtener además la correspondiente concesión", y el artículo 73 de esa Ley define esta concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico de la siguiente manera:

> La concesión de uso del espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral, mediante el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), otorga o renueva, por tiempo limitado, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley. Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las relaciones derivadas de una concesión se regularán en el respectivo contrato de concesión.

De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico[9], existen tres tipos de concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico: 1) concesiones de radiodifusión, 2) concesiones generales y 3) concesiones de recursos orbitales y porciones de espectro radioeléctrico asociados.

Las habilitaciones administrativas y los atributos son previstos en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de la siguiente manera:

> La habilitación administrativa es el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley.
>
> Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador.

El Reglamento de Habilitaciones Administrativas desarrolla el régimen de las habilitaciones administrativas para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, estableciendo los siguientes cinco (5) tipos de habilitaciones: 1) habilitación de radiodifusión sonora y televisión abierta; 2) habilitación de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitaria, de servicio público, sin fines de lucro; 3)habilitación de radioaficionados; 4) habilitaciones especiales y 5) habilitaciones generales[10].

Este régimen autorizatorio sólo puede ser implementado por el Poder Ejecutivo Nacional, específicamente por el Ministerio de Infraestructura y por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según el caso.

9. Publicado en *G.O.* de la República Bolivariana de Venezuela nº 37.085 del 24 de noviembre de 2000.

10. De acuerdo con el Artículo 3 de la Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas, los atributos que se pueden incorporar a las habilitaciones administrativas generales son los siguientes: telefonía fija local, telefonía de larga distancia nacional, telefonía de larga distancia internacional, telefonía móvil y servicios de Internet.

IV. EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP

Aunque la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no regula tecnologías sino servicios, en un primer momento, este principio nos es de poca ayuda para determinar el régimen autorizatorio de la transmisión de voz digitalizada sobre red IP, pues la manera en que se realice esta actividad determina que se está en presencia de un servicio o de otro.

La transmisión de voz digitalizada sobre redes IP puede realizarse de tres modos distintos:

1. Utilizando únicamente Internet

Internet se compone de una infraestructura compartida (*Intenet*, la red de redes), constituida por todas las partes *hablando el mismo lenguaje* (los protocolos TCP/IP) y enlazando computadoras esparcidas por todo el mundo, lo cual permite que estas computadoras se comuniquen de distintas formas (diferentes aplicaciones)[11].

Así, en el supuesto de que la comunicación se realice únicamente sobre Internet, el servicio de transmisión de voz digitalizada constituiría un servicio de valor agregado, pues ofrecería una facilidad adicional a las definidas como atributos de las habilitaciones administrativas, y en aplicación del numeral 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no se requerirá habilitación administrativa para prestar estos servicios.

La mencionada disposición legal establece lo siguiente:

> *Artículo 23*: No se requerirá habilitación administrativa para la instalación u operación de equipos o redes de telecomunicaciones, en los casos siguientes:
>
> 4. Cuando se trate de servicios que utilicen como soporte redes, enlaces o sistemas de telecomunicaciones, con el objeto de ofrecer facilidades adicionales a las definidas como atributos de las habilitaciones administrativas, aplicando a esas facilidades procesos que hagan posible la disponibilidad de información, la actuación sobre estos o la interacción con el sistema. Quedan exceptuados los proveedores de los servicios de Internet.

2. Utilizando únicamente una Red Privada de Telecomunicaciones

En este caso se observan dos supuestos distintos:

En el caso de que la comunicación se sustente sobre redes privadas y se usen equipos de seguridad o intercomunicación, se estaría en el supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dice:

> *Artículo 23*: No se requerirá habilitación administrativa para la instalación u operación de equipos o redes de telecomunicaciones, en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando se trate de equipos de seguridad o intercomunicación que sin conexión a redes públicas y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, se utilicen dentro de un inmueble o para servir a determinados inmuebles.

11. HANCE, Oliver, *Leyes y Negocios en Internet*, Mc Graw Hill, México 1996, p. 41.

En el caso de que la comunicación se realice únicamente sobre redes privadas, y no se utilicen equipos de seguridad o intercomunicación, será necesario obtener la habilitación administrativa general y el atributo de transporte correspondiente.

En este sentido, la Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas en el numeral 8 de su artículo 3 define el atributo de transporte de la siguiente manera:

> Transporte: servicio de telecomunicaciones que permite la transmisión de información de cualquier naturaleza, sin que ésta se modifique, entre puntos de acceso previamente acordados. Permite la transmisión de información de cualquier naturaleza con un ancho de banda y/o durante un tiempo determinados, a través de circuitos exclusivos o no, conservando en todo momento la operación directa de la red de telecomunicaciones.

3. Utilizando una red de conmutación de paquetes y una red de conmutación de circuitos y el recurso de numeración

Si se utilizan redes privadas pero en conexión con redes públicas de telecomunicaciones, de modo que el grupo de usuarios de la red privada pueda comunicarse con los usuarios de las redes públicas utilizando el recurso limitado de numeración, se requerirá habilitación general y el respectivo atributo de telefonía.

La Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas en el numeral 1, 2, 3 y 4, de su artículo 3 define los diferentes atributos de telefonía de los modos siguientes:

> Telefonía fija local: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra dentro de un área local y es presentado a través de equipos terminales, públicos o no, con movilidad restringida a la zona de cobertura de una estación base determinada en el caso de la utilización de medios inalámbricos.
>
> Telefonía de larga distancia nacional: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra entre áreas locales
>
> Telefonía de larga distancia internacional: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra desde y hacia fuera del espacio geográfico nacional.
>
> Telefonía móvil: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra, mediante estaciones base o estaciones ubicadas en el espacio, que se comunican con equipos terminales móviles, públicos o no.

Independientemente del modo cómo se realice la transmisión de voz digitalizada sobre la red IP, será necesaria la obtención de una concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico si se usan medios aéreos para realizar toda o parte de la transmisión, y para ese caso, si no se ha obtenido la habilitación administrativa, el artículo 110 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que "*conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma*".

En los dos casos en que el operador debe incorporar un atributo a su habilitación administrativa, presentará un proyecto técnico donde se especifique la manera como realizará la actividad de telecomunicaciones, los caracteres de la red, la tecnología y los equipos a utilizar, el cronograma de ejecución del proyecto y la zona de cobertura. Seguidamente, CONATEL extraerá de esa información los términos en los cuales será realizada la actividad de telecomunicaciones, e introducirá en el atributo las obligaciones exigibles.

En ciertos casos, la Administración está sometida a un régimen diferente al anterior, ya que si la instalación de redes IP y la transmisión de voz digitalizada es realizada por órganos de la República, los estados o los municipios, cumpliendo con los requisitos señalados en el numeral 3 del artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, estos entes no requerirán habilitaciones administrativas. El numeral 3 lo especifica de la siguiente manera:

> Cuando se trate de equipos o redes de telecomunicaciones de órganos de la República, de los estados o de los municipios, cuando tales actividades se hagan para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales, sin que medie contraprestación económica de terceros ni se haga uso del dominio público radioeléctrico.

V. CONCLUSIÓN

VoIP es una manifestación de la convergencia de tecnologías, entendida ésta como un proceso evolutivo -fundamentado en la digitalización, el desarrollo de la microelectrónica, el software y las infraestructuras de telecomunicaciones- en el que se produce una aproximación entre sectores distintos, la mezcla e integración de los mismos y, eventualmente, la creación de elementos que no existían previamente.

En el caso de la VoIP, la convergencia es posible gracias a que las transmisiones se realizan sobre una red IP, la cual constituye una red de transporte, neutral con respecto a la información que transmite y no soporta en su interior ningún servicio directamente. Los servicios son ofrecidos por máquinas conectadas a la red mediante el protocolo IP, y por lo tanto, es una red tecnológicamente neutral.

El procedimiento consiste en una integración de comunicación digital y de procesamiento digital, utilizando una inteligencia mínima de transporte, que no va más allá de decisiones unitarias sobre el próximo destino (*routing*) y las características del canal, descargando la inteligencia necesaria para soportar el servicio en los equipos situados en ambos extremos de la comunicación.

No entender estas características técnicas y tratar de abordar el tema desde una mentalidad que obvie la convergencia, ha llevado a algunos a cometer dos errores, por un lado, pensar que estaríamos en presencia de un nuevo servicio, cuando en realidad VoIP es una nueva tecnología que sirve para prestar servicios ya previstos en la normativa vigente, y por otro lado, caer en simplismos como el de afirmar que el servicio de VoIP siempre es telefonía por transmitirse voz a distancia.

Para no incurrir en ninguna de esas falsas percepciones es necesario tener en cuenta tanto el principio de neutralidad tecnológica de las regulaciones como la base técnica del servicio.

Teniendo en cuenta ambos aspectos es que podemos afirmar que, aunque la VoIP es una manifestación de la convergencia de tecnologías, los servicios que presta están regulados por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual exige que el operador obtenga una habilitación administrativa cuando el servicio prestado es de telefonía, o de transporte, y esto en el supuesto de que las transmisiones se realicen únicamente sobre redes privadas y se usen equipos distintos a los de seguridad o intercomunicación.

En todos los demás casos, el prestador del servicio no es uno operador de telecomunicaciones a los efectos de la Ley, y por lo tanto, no necesita obtener una habilitación administrativa para realizar sus actividades de manera legítima, ni se constituye en titular de los derechos y deberes que la Ley le acuerda a estos operadores.

Por tales razones, se puede concluir que, a fin de prestar servicios basados en VoIP, sólo será necesaria la obtención de una habilitación administrativa en los casos antes señalados, incorporándole a ésta el respectivo atributo de telefonía o transporte, y que se deberá obtener la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico para realizar transmisiones a través del medio aéreo.

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Rainer Lorenzo
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, VERSUS LA DESLEGALIZACIÓN

Para Eloy Lares Martínez el principio de legalidad puede ser enunciado en su forma más simple como el que impone que todos los actos del poder público deben realizarse en completa armonía con las reglas del derecho, lo cual nace como sustitución de la noción del Estado-Policía. La noción clásica del principio de legalidad parte de que las actuaciones de la Administración deben estar necesariamente reguladas por la Ley, entendida esta última como el instrumento formal que emana de los cuerpos legislativos, sin embargo, como se explicará infra la realidad económica y tecnológica han conducido a que la noción de *Ley* se haya hecho más amplia, lo que ha ocasionado que la concepción de Lares Martínez sea más acertada para la realidad actual que la noción clásica, es decir según la cual *Ley* debe ser considerada como sinónimo de Derecho.

El principio de legalidad se estableció por primera vez en Venezuela en el artículo 227 de la Constitución Federal de 1811, según el cual la Constitución, las leyes y los tratados eran de obligatorio cumplimiento tanto para los habitantes de las Provincias como para la autoridad, quienes debían cumplirla *sin excusa, ni pretexto alguno*, hoy en día, la Constitución de 1999 consagra, como muchas constituciones contemporáneas, al principio de legalidad administrativa, el cual representa uno de los pilares fundamentales del Derecho Administrativo. La Constitución parece no dejar dudas sobre el alcance del principio de legalidad, al establecer en su artículo 137 que la Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público.

La Ley es concebida clásicamente así como un acto emanado del órgano legislativo, representante de la soberanía popular, y es por ello que la Administración debe actuar conforme a la Ley y estar al servicio de los ciudadanos, sin embargo en aras de brindar una mayor seguridad jurídica la noción ha ido ampliándose en el tiempo y se acepta que *ley* se refiere a reglas de derecho, independientemente del origen y del rango de estas, lo que trae como consecuencia que el principio de legalidad signifique no sólo la subordinación de los actos del poder público a las leyes, sino también a los reglamentos, ordenanzas y demás actos normativos, inclusive los que provengan de la misma autoridad que actúa.

La seguridad jurídica, como principio rector del orden socioeconómico, también se sirve de la existencia del principio de legalidad, ya que el establecimiento por Ley de las competencias y atribuciones conforme a las cuales la Administración podrá actuar e intervenir (no sólo en la economía), contribuye a dar certeza jurídica, lo que beneficia el desarrollo de la iniciativa económica privada.

Finalmente, el tercer fundamento que justifica la vigencia del principio de legalidad en la actuación de la Administración en la economía y que se erige como pilar básico del Estado de Derecho, es la libertad económica la cual está consagrada en Venezuela en los siguientes términos:

> ...Toda las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social...

Lo anterior obedece al principio de que las limitaciones o regulaciones de los derechos sólo podrán establecerse por Ley. Por ello, sólo dentro del marco establecido en las Leyes es que la Administración podrá afectar el ejercicio de la libertad económica, salvo que se haga a través del mecanismo de los Decretos-Leyes o por las medidas que se dicten como consecuencia de las restricción de la garantía de la libertad económica.

El principio legalidad tiende a flexibilizarse, especialmente en lo que atañe a la intervención administrativa en la economía y sobre todo cuando la actividad involucra a un componente tecnológico. Con carácter general se le reconoce a la Administración potestades para ordenar el ejercicio de determinadas actividades, a través de la regulación económica y técnica. Esto se justifica en que el dinamismo de importantes sectores de la economía (especialmente con la aparición de la denominada *Nueva Economía*) dificulta que su ordenación sea establecida a través de Leyes, por ser estos instrumentos que se caracterizan por poseer una relativa rigidez de contenido. El fundamento jurídico de esa regulación económica administrativa lo encontramos, de manera general, en el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución según el cual el Presidente podrá reglamentar las Leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón, quedando dentro del ámbito descrito la facultad de reglamentación de las leyes de contenido económico. Además, es usual que la propia Ley delegue a la Administración la facultad de regular el ejercicio de determinadas actividades comerciales, inclusive cuando la Ley anterior que regulaba la materia estableciera una congelación del rango normativo en la jerarquía de Ley (proceso de *deslegalización* en *stricto sensu*).

En ese sentido la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2 de julio de 1996, caso V. Rodríguez, estableció que:

> ...se permite que el legislador deje o habilite al Ejecutivo para que mediante su potestad reglamentaria desarrolle y contemple ciertos aspectos de las materias reservadas por la ley, *siempre y cuando se establezcan los parámetros básicos dentro de los cuáles tal poder debe conducirse y, también, se respeten los principios y propósitos de la Constitución y las leyes...* (subrayado nuestro).

Posteriormente, el citado criterio fue reiterado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 6 de marzo de 1997 (caso *Pinco Pittsburgh*) de la siguiente manera:

> ...la reserva legal en materia de limitaciones de las libertades públicas, y en especial, en lo relativo a las limitaciones del derecho de libertad económica, resulta atemperada, sin embargo, por razones de técnica legislativa, perfectamente adecuadas al texto fundamental...

Los criterios antes expuestos hacen afirmar que el legislador puede establecer una remisión normativa a favor de la Administración, es decir facultarla para desarrollar determinado precepto, aún cuando ello suponga una limitación a la libertad económica[1]. Dicha potestad se encuentra sometida, a una serie de limites que debe ser respetados a fin de no quebrantar el ordenamiento jurídico, así la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia señala el legislador debe establecer los "parámetros básicos dentro de los cuáles tal poder (normativo) debe conducirse", por tanto no es posible que se produzcan remisiones amplias o genéricas, deben establecerse por lo menos los limites básicos[2] a la Administración. Señala García de Enterría que existe además otra limitación en la remisión normativa, que se configura cuando la propia Constitución reserva determinadas materias a ser reguladas por Ley, en cuyo caso el núcleo esencial de la materia reservada no puede ser remitido a que se desarrolle por la Administración.

La Administración también despliega una actividad de creación de normas cuando usa sus poderes discrecionales, en las circunstancias excepcionales y a través los actos de gobierno. Estas son formas de establecer limites a la consecuencias del principio del legalidad que se relaciona con la actuación reglada y que se usan para lograr que la Administración tenga un margen de libertad aceptable en sus actuaciones, creando la posibilidad de elección entre varias soluciones posible, en lugar de obligarla a tomar una decisión concreta preestablecidas. Como es apreciable tal situación ha de ser excepcional ya que puede constituir una fuente de violación injustificada del principio de igualdad, esto en caso de que se use sin observar el fin de la norma y sin apreciar la oportunidad, la verdad y la equidad que exige cada caso.

En conclusión, la Administración, al intervenir en la economía, se encuentra sometida al principio de legalidad, tanto en lo que atañe a la limitación de la libertad económica, como en lo relativo a la gestión de los tributos. En el caso de la intervención económica se ha reconocido que la Ley puede *habilitar* a la Administración para reglamentar el ejercicio de actividades económicas, condicionado a que la propia Ley establezca los parámetros básicos dentro de los cuáles deberá actuar la Administración. En cuanto al segundo caso, si bien es cierto que no es una posición pacíficamente aceptada, no parecen haber impedimentos jurídicos para que la habilitación legal sea utilizada como mecanismo para que la Administración enfrente de manera rápida y eficiente la realidad que imponen los rápidos y constantes cambios tecnológicos y económicos. De cualquier manera la legalidad enmarca y limita otros conceptos jurídicos, tales como el de discrecionalidad[3].

---

1. Esto parte de un supuesto distinto de la facultad reglamentaria genérica del Ejecutivo (artículo 236 10 de la Constitución de la República), aquí se trata de un señalamiento expreso del legislador.
2. Esta noción no está claramente definida, pero debería incluirse por lo menos la finalidad y supuesto general de aplicación de la norma, y en general elementos que hagan verificable cuál es el espíritu, propósito y razón de Ley delegante.
3. Según GORILLO debe entenderse no como actividad libre de la ley, sino como actividad que la propia ley confiere y por tanto guía y limita, sometiendo además al necesario control judicial amplio.

II. LA DESLEGALIZACIÓN EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones[4] (en lo sucesivo "LOTEL") tuvo como efecto inmediato la liberalización de las telecomunicaciones a través de su despublificación por tanto, se derogó la reserva del Estado que sobre las actividades de telecomunicaciones declaraba la Ley de 1940, por lo que los servicios de telecomunicaciones pasan a ser, ahora, actividades de interés general, lo que implica que los particulares pueden explotar cualquier actividad de telecomunicación en ejercicio del derecho a la libertad económica tal como se establece en el artículo 112 de la Constitución, sin más limitaciones que las impuestas en las normas vigentes.

Según la LOTEL aquellas personas que poseen uno de los títulos habilitantes que ella contempla son considerados *operadores* de servicios de telecomunicaciones, y como tales están sometidos a las potestades de ordenación, supervisión y disciplina que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones reconoce a la Administración.

El legislador ha trasladado al ordenamiento jurídico venezolano una noción propia del Derecho Comunitario Europeo, como lo es "actividades económicas de interés general", la cual nos puede resultar ambigua, por no estar presente en nuestro ordenamiento con anterioridad. En todo caso, la interpretación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que es donde se califica a la actividad como de interés general no debe exceder las conclusiones que se desprenden de la redacción literal de la norma: las telecomunicaciones son actividades que afectan al interés general por relacionarse con el desarrollo de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la comunicación, a la libertad de expresión, entre otros, lo que impone la aplicación de limitaciones u orientaciones al desarrollo de algunos servicios de telecomunicaciones, pero además permite que las telecomunicaciones sean actividades económicas que puedan desplegarse en ejercicio de la libertad económica constitucionalmente consagrada.

La vigencia del derecho constitucional a la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones tiene otra consecuencia: el regreso al principio de legalidad administrativa. La liberalización de las telecomunicaciones a través de la derogación de la reserva declarada en la Ley de 1940 elimina la posición de supremacía que ejercía la Administración, y que se manifestaba a través del régimen estatutario al cual se sometía el ejercicio de las actividades de telecomunicaciones. El fundamento de esas amplísimas potestades era la titularidad pública sobre las telecomunicaciones: eliminada ésta, la Administración sólo puede intervenir respetando estrictamente el principio de legalidad administrativa.

En efecto, bajo la Ley de 1940 los operadores de telecomunicaciones solamente podían actuar según lo establecido en el contrato de concesión; bajo la LOTEL, los operadores pueden hacer todo aquello que no esté prohibido expresamente en la Ley. En el régimen derogado, la Administración podía modificar los derechos de los operadores e imponer cargas y limitaciones en ejercicio de las potestades inherentes al contrato administrativo de concesión, en el ejercicio del *ius variandi*, sin que ello requiriese una habilitación legal previa. Conforme al régimen vigente, la Administración solamente puede afectar el ejercicio de los servicios de telecomunicaciones si existe una previa habilitación legal específica.

4. *G.O.* número 36.970 de 12 de junio de 2000.

Lo anterior no significa, ni mucho menos, que la Administración no pueda, conforme la legislación vigente, ejercer potestades de dirección, ordenación y disciplina sobre actividades de telecomunicaciones, por el contrario, la Administración tiene, conforme a la LOTEL, importantes potestades de intervención. Sin embargo, el principio que pasa a regir en la actualidad es que todos podrán explotar servicios de telecomunicaciones sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y en las Leyes.

La Administración está expresamente llamada a dictar un gran número de reglamentos complementarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respetando su espíritu, propósito y razón, los cuales deben dictarse sin perjuicio de los que dicte la Administración en el ejercicio de su facultad genérica de reglamentación. Además, la LOTEL delega en la Administración el desarrollo de varios preceptos ya que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone los principios básicos dentro de los cuáles deberá actuar la Administración, esta situación es justificada de manera general por Peter L. Strauss[5] con base a la necesidad de que la materia sea regulada por expertos, siendo que los órganos legislativos no cuentan con los recursos humanos que esta actividad demanda y por el mayor tiempo que requeriría para ser producidos a través del método legislativo en lugar de utilizar el método previsto en la Ley Orgánica de la Administración Publica (un excesivo tiempo pondría en peligro la implementación de medidas indispensables para garantizar la buena marcha de un sector caracterizado por su dinamismo y cambio constante).

1. Deslegalización y limitaciones a la libertad económica

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha facultado a la Administración para reglamentar determinadas materias, afectando incluso el ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica, pero la LOTEL no dispuso todos los principios básicos dentro de los cuales la función normativa de la Administración debe desplegarse, por tanto debe tomarse el artículos 1, 2 y 5 de la LOTEL como genéricos para todos las normas de carácter sub-legal que se dicten en virtud de dicha Ley como parámetros básicos del alcance de tales normas. La libertad económica aparece, de esa manera, despojada de su principal garantía jurídica, es decir de la reserva legal, y es que la mencionada ley, en varios de sus artículos, ha deslegalizado la libertad económica, facultando ampliamente a la Administración para limitar el ejercicio de tal derecho fundamental.

El artículo 5 de la LOTEL permite que de conformidad con los reglamentos correspondientes se someta a las telecomunicaciones a diversas limitaciones referidas a (i) la calidad y metas de cobertura mínima y (ii) la imposición de determinadas cargas de servicios.

Aparentemente la LOTEL no establece los parámetros básicos dentro de los cuales el reglamento puede afectar, restringir y limitar el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones, por lo que se constata una deslegalización absoluta de la regulación, esto lo que reafirma es la postura de que el principio de legalidad debe entenderse

5. Citado por MUCI B., José A., en La "Actividad Normativa" de la Administración Pública, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph BREWER-CARÍAS*; Funeda; Caracas 1996.

como adecuación al *bloque de legalidad*[67] más no como respecto exclusivo a la *Ley* y que sí es posible que el legislador expresamente atribuya tal posibilidad al reglamentista, en atención a las características particulares de un sector económico.

El artículo 14 de la LOTEL, por su parte, se encarga de enunciar algunos los derechos de los operadores, no haciendo mención alguna, al derecho de explotar servicios de telecomunicaciones, por estar el mismo consagrado genéricamente en la Constitución y por derivar del antes mencionado artículo 5 de la LOTEL, que será desarrollado en los diversos reglamentos que se dicten sobre la materia, no puede interpretarse esto como que la Administración dictará un reglamento especial sobre derechos de los operadores en donde creará y regulará el ejercicio de los mismos, sino que los derechos de los operadores están dispersos en los distintos reglamentos y en la propia LOTEL. El numeral 5 del artículo 14 faculta a los reglamentos para fijar los demás derechos de los operadores, con lo cual se permitiría a la Administración determinar cuáles son las conductas que pueden desplegar los operadores de telecomunicaciones en cada una de las materias reglamentadas. A igual conclusión llegamos, con respecto al artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, norma que regula las habilitaciones administrativas necesarias para la explotación de servicios de telecomunicaciones. La habilitación administrativa no es otra cosa que una autorización, acto administrativo a través del cual la Administración, constatado el cumplimiento de determinados requisitos, permite que los particulares ejerciten un derecho preexistente, en este caso, la libertad económica.

Ahora bien, conforme el artículo 16 "las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador". Los Atributos de la Habilitación Administrativa, según esa norma, otorga derechos. La autorización, por el contrario, reconoce derechos preexistentes. La Administración delimita el contenido de las actividades de telecomunicaciones que pueden desplegar los operadores además, la Administración puede fijar qué actividades pueden desplegar los operadores y cual es el contenido de cada actividad concreta, lo que se justifica en lo amplio y variado de los posibles servicios de telecomunicaciones que existen actualmente y que deben ser alcanzados por la regulación.

En principio todas las personas tienen el derecho a dedicarse a cualquier actividad de telecomunicaciones, derecho que es sometido a una importante limitación legal: para el ejercicio de actividades de telecomunicaciones será necesaria la obtención de una previa habilitación administrativa y, en caso de emplear el espectro radioeléctrico, de una concesión. La habilitación administrativa no es otra cosa que una autorización, acto administrativo a través del cual la Administración, constatado el cumplimiento de determinados requisitos, principalmente de idoneidad técnica y económica para prestar el servicio, permite que los particulares ejerciten un derecho preexistente.

Por tanto los requisitos necesarios para obtener la autorización son, en definitiva, limitaciones al ejercicio de la libertad económica que por tanto ésta solamente podrá ejercerse previo cumplimiento de tales presupuestos.

---

6. GORDILLO, Agustín refiere la noción de *pirámide de la legalidad* a la de *bloque de legalidad* por incluir esta la noción de jerarquía.

7. HAURIOU incluye en esta noción a las leyes, los reglamentos, los principios generales y la costumbre administrativa (citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en *Curso de Derecho Administrativo*; Editorial Civitas, S.A. Madrid 1993, p. 423).

La Ley no específica cuáles son los requisitos necesarios para otorgar las habilitaciones administrativas, en su lugar crea en la Administración la carga de reglamentar los mismos. Así se desprende del artículo 16, conforme al cual "la habilitación administrativa es el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley". La Administración puede así fijar los requisitos y condiciones necesarios para otorgar la autorización administrativa.

De allí que uno de las manifestaciones más importantes de la libertad económica queda sometida, en la LOTEL, a las limitaciones que libremente pueda imponer la Administración, constatándose así, nuevamente, la deslegalización de la libertad económica. Dada la importancia de la materia parece que la Administración no podría establecer los requisitos y condiciones sino a través de una resolución o de otro acto que requiriese su publicación en la Gaceta Oficial y nunca a través de actos o documentos distintos, no publicados en el órgano oficial.

Es indudable que la LOTEL busca la creación de competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones, para ello crea varios instrumentos y mecanismos, entre ellos está la regulación asimétrica que consiste en someter al operador dominante a una regulación discriminatoria, imponiéndole por un tiempo mayores cargas que al resto de los operadores, limitaciones y restricciones que, a la par de garantizar la adecuada prestación de los servicios de telecomunicaciones, permita el acceso a nuevos operadores. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones parece haber establecido todos los parámetros básicos necesarios para delegar la función normativa en esta materia, de forma expresa, ya que su artículo 211, el cual dispone que "...el Ejecutivo Nacional, a través del Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica determinará el modelo, condiciones, limitaciones, requisitos y cualquier otro aspecto necesario para obtener las condiciones que estime convenientes para la apertura del servicio de Telefonía Básica, a cuyo efecto podrá establecer regulaciones asimétricas..." Nótese como la Ley faculta ampliamente a la Administración para dictar el Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica lo que sin duda es una delegación de toda esta materia en la Administración.

2. Deslegalización en materia tributaria

Según el artículo 317 de la Constitución vigente el principio de legalidad rige también en la actuación de la Administración Tributaria, la cual despliega su actuación con sometimiento pleno a la ley, por tanto no podrán, cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la Ley. Las potestades tributarias de la Administración son, entonces, meramente instrumentales, no pudiendo ésta crear ningún tipo de tributo, ni tampoco establecer alguno de los elementos que integran la relación jurídico-tributaria: definición del hecho imponible, de la alícuota, la base de cálculo y los sujetos pasivos de esa relación, sin embargo la excepción estaría en la posibilidad que tiene el legislador de atribuir de forma expresa al reglamentista que defina alguno de estos elementos posibilidad; esta que Luis María Olaso J. denomina como *Reglamento Exhortado por Habilitanción*, en igual sentido se pronuncia Allan

Brewer-Carías al decir "En efecto, esta norma[8] establece que ningún acto administrativo podría creara sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las Leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley (...) la última parte del artículo debe destacarse cuando señala que la reserva legal existe, pero que la Administración podría regular sobre esas materias "dentro de los límites determinados por la Ley", con lo cual se establece, expresamente, una practica legislativa que hasta ahora venía aplicándose, y que deriva de que, con frecuencia, el Legislador deja en manos del Ejecutivo, el establecimiento, por vía reglamentaria, de algunas sanciones o la regulación concreta de algunas contribuciones"[9]. Lo anterior sin duda confirma que la noción de *ley* es más amplia que la de *Ley* como término que está ligado a un aspecto formal, en lo que se refiere a su formación; siendo el primero el ligado al principio de legalidad y por tanto al bloque de la legalidad.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones deslegaliza los tributos, al facultar a la Administración para fijar la alícuota de las tasas en ellas previstas (artículos 144, 149 y 153). Particularmente en el primero y ultimo de los artículos citados, la Ley ha facultado ampliamente a la Administración para determinar la alícuota del tributo regulado en esas normas, situación que es idéntica a la planteada en el caso de los reglamentos que puede dictar el Ministerio de Finanzas para elevar los aranceles aduaneros, como ya se explicó *supra* esta situación está perfectamente ajustada a derecho.

3. Consecuencias jurídicas de la deslegalización de la libertad económica en materia de telecomunicaciones

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha deslegalizado, en ciertos aspectos, la libertad económica al permitir que la Administración reglamente el ejercicio de ese derecho fundamental, estableciendo parámetros básicos genéricos en unos casos (la mayoría) y específicos en otros, dentro de los cuales tales potestades normativas deben desplegarse. La principal consecuencia jurídica de ello es que la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones puede ser limitada por la Administración, mediante actos sub-legales, los cuales deben cumplir o ser realizados dentro de las reglas o normas preestablecidas por la autoridad competente, especialmente las establecidas en la LOTEL. Parece ser claro que la Administración tiene en materia de telecomunicaciones atribuida la facultad de limitar el derecho a la libertad económica y la de complementar las disposiciones legales tanto en materia tributaria como en materia de sanciones, curiosamente las tres materias reservadas tradicionalmente a ser reguladas por Ley, en su sentido formal. En cualquier caso, sea que se trate de un acto ordinamental o de la *creación* de normas, por medio de un Reglamento, o que se trate de un acto ordenado o de la aplicación de las normas por medio de un acto administrativo de efectos particulares, la Administración siempre deberá respetar los principio consagrados en la LOTEL.

8. Refiriéndose al artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

9. BREWER-CARÍAS, Allan, *El Derecho Administrativo y la Ley de Procedimientos Administrativos*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 38-39.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*; Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; Editorial Arte, Caracas 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*; Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo 2; Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Primera Edición Venezolana, Caracas 2001.

HERNÁNDEZ, José I., "Principio de Legalidad Administrativa y Ordenación de las Telecomunicaciones"; en http://www.badelllgrau.com/leglatelecomnacho.htm

LAREZ MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo,* décima edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1996.

OLASO, Luis María, *Introducción al Derecho,* Tomo II*;* Editorial Alvaro Nohora, Caracas 1993.

STRAUSS, Peter, citado por MUCI B., José A., en *La* "*Actividad Normativa*" *de la Administración Pública* en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARÍAS", Funeda; Caracas 1996.

VILCHEZ S., Rodolfo (compilador), *Compilación Constitucional de Venezuela*, Congreso de la República, Servicio Autónomo de Información Legislativa, Caracas 1996.

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA *DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO* POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Francisco Hung Vaillant
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

Una vez instalado en la conciencia jurídica el concepto de *personalidad jurídica*, se llevó dicho concepto a un total hermetismo. En efecto, la posición tradicional en esta materia sostiene que cuando un ente cumple con los requisitos y trámites previstos en el ordenamiento jurídico en el cual ha sido constituido y el que le reconoce personalidad jurídica, queda automáticamente establecida una clara diferenciación entre la personalidad jurídica del ente abstracto y la personalidad de los socios. Diferenciación que no sólo ocurre en el plano de la actuación jurídica, sino que abarca el plano patrimonial.

Así como los requerimientos en el campo del Derecho Público, con la necesidad de la expansión colonial de los Estados de la época de la colonización y su necesidad de dar soporte y atractivo a las compañías coloniales, alentaron la delineación del concepto de personalidad jurídica conduciendo a su hermetismo, años después, también necesidades de Derecho Público, activaron mecanismos que coadyuvan al quiebre del concepto de la personalidad jurídica. En efecto, como ha sido reseñado, la Guerra de 1914 puso de manifiesto la urgente necesidad de "adopción de medidas del control del patrimonio permitiendo a aquellas personas que siendo nacionales de un Estado enemigo tenían sus intereses en juego en otro del que no eran nacionales y estaban enfrentados en el conflicto bélico"[1]. En este orden de ideas, el problema práctico lo constituía el modo y justificación del control del patrimonio de sociedades con nacionalidad propia, pero que estaban formadas o dominadas por ciudadanos nacionales de un Estado enemigo. En este contexto y existiendo un reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico, de la personalidad jurídica de tales sociedades, no resultaba coherente el tratar dichas sociedades como extranjeras a fin de obtener la posibilidad de aplicar la normativa sobre control de actividades y confiscación de bienes de súbditos extranjeros.

En este orden de ideas, tanto los poderes legislativos como la jurisprudencia, llegaron a la conclusión de la conveniencia de declararlas como sociedades enemigas, pasando por alto su nacionalidad societaria formal y tomando exclusivamente en consideración la nacionalidad de los socios. La teoría que sirvió para apuntalar la posición mencionada fue denominada *teoría del control.*

1. HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario,* Atelier. Barcelona, 2000, p. 21.

No obstante, como señala Hurtado Cobles, "una vez superado el conflicto no se instauró como regla general"[2]; sin embargo, en la Segunda Guerra Mundial, la teoría sería nuevamente desempolvada debido a la reaparición de similares condiciones de hecho.

Parte de la doctrina, ante la atenta observación de la realidad que señala en muchos casos la utilización abusiva de la personalidad jurídica de las sociedades, ha optado por agruparse en una corriente que propugna la finalización del llamado *hermetismo de la persona jurídica*; tesis que se centra en admitir, como posibilidad general, la no permisibilidad, en ciertos supuestos, de la diferenciación entre la sociedad y los socios. En este sentido, tal posición se justifica bajo el argumento de que "se han experimentado supuestos de todo tipo en los que, en general, los socios se han valido de la sociedad para eludir el cumplimiento de aquellas normas legales u obligaciones contractuales que les resultan perjudiciales o incómodas. Y también, en sentido contrario, para procurarse ventajas a costa ajena…"[3].

El tratar de impedir la utilización ilegal de mecanismos otorgados por el Derecho ha llevado a un grupo, que aumenta con el paso del tiempo, a la elaboración y propugnación de lo que en el derecho Norteamericano se conoce con el nombre de *disgregard of legal entity doctrine* o *piercing the corporate veil*, en Alemania como *durcharft der juristischen person*[4] y en habla hispana como *doctrina del levantamiento del velo*.

Se ha señalado que en los Estados Unidos de Norteamérica el comienzo de la aplicación de la doctrina suele ser ubicado en el caso *Bank of the United States vs. Deveaux (1809)* y que la misma obtuvo su expansión durante la Primera Guerra Mundial[5]. En ese sistema, el problema más agudo es el mismo que ha aflorado en el Derecho continental; a saber: dónde puede ser situado el límite entre el respeto a la autonomía de la persona jurídica y la posibilidad de ignorar o desechar tal autonomía. A fin de resolver el problema, los juristas han concentrado sus esfuerzos en "encontrar una formula objetiva y predeterminada previamente a su aplicación en el caso concreto"[6]. Dicho de otra manera, la doctrina parte de la base de la necesidad de reconocer la existencia y efectos de la persona jurídica; pero también admite la necesidad de desconocerla en ciertos casos particulares y, a tal efecto, persigue la búsqueda de una fórmula que permitiendo el desconocimiento, no produzca "disfunciones injustas con la finalidad del instituto de la personalidad jurídica"[7]. En este orden de ideas, muchos han sido los esfuerzos pero sin que hasta ahora se logren resultados totalmente satisfactorios. En criterio de Hurtado Cobles, la doctrina del *lifting the veil* en la práctica judicial norteamericana "sigue basándose en unos determinados conceptos invocados por los tribunales *extremadamente confusos y vagos* que proporcionan un cierto aire de *inseguridad*, acrecentado por la distinta aplicación que de la doctrina se efectúa en función del Estado donde se enjuicie el caso"[8]. El autor citado señala al respecto que los tribunales "únicamente parecen

2. *Ob. cit.*, p. 21.
3. Así: HURTADO COBLES, *ob. cit,*. pp. 23-24. Este autor parecía objetar (p. 23) el expediente de recurrir a la forma societaria a los efectos de lograr la limitación de la responsabilidad en operaciones mercantiles; procedimiento que en principio no consideramos ilegal y que además, es admitido por nuestro ordenamiento positivo. En este último sentido ver nuestro trabajo: "La empresa individual de responsabilidad limitada en el Código de Comercio de la República de Costa Rica" en *Revista de la Facultad de Derecho de la UCV* n° 37-38, Año 1967, pp.38-58.
4. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 27.
5. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 28.
6. *Ibidem*.
7. *V.*, HURTADO COBLES, *ob. cit.*, nota 17 al pie de página 29.
8. *Ob. cit.*, p. 31; énfasis añadido.

ponerse de acuerdo en que el empleo de la doctrina en cuestión *debe ser realizada con carácter excepcional y residual*, debiéndose aplicar cualquier otra medida existente antes de quebrantar el principio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capital"[9]. En el Reino Unido, la doctrina del *disgregard* ha tenido escasa aplicación[10]; no obstante, la jurisprudencia manifiesta una tendencia a llegar a resultados similares a aquellos que produce dicha doctrina, en los supuestos en que exista "un incumplimiento de norma legal que, a la vez, contemple de alguna forma la posibilidad para los jueces de penetrar en el sustrato de la sociedad"[11].

Para los países de *Civil Law* los comentaristas acostumbran fijar la introducción de la *doctrina del levantamiento del velo* en el año 1955; época que coincide con la publicación de la obra de Rolf Serick *Rechtsform und Realitat Juristischer Persomen*[12]. Obra que, como afirma Hurtado Cobles, ha inducido a muchos autores a no seguir discutiendo sobre la procedencia o no del empleo de la doctrina del levantamiento del velo, sino que la problemática se enfoca exclusivamente en la determinación de los límites y criterios de aplicación de dicha técnica[13]. Dicho de otra forma, no se discute la posibilidad de desconocer, en determinados casos, la persona jurídica; sino que dando por sentada la posibilidad de su admisión, se pretenden fijar criterios objetivos y seguros para determinar los supuestos bajo los cuales ello puede hacerse; es decir, encontrar el criterio rector que permita el máximo de seguridad jurídica requerido por el tráfico mercantil.

Hurtado Cobles hace una recensión del estado de la doctrina española en torno al levantamiento del velo. En este sentido apunta que hay algunos autores que la rechazan bajo el argumento de la vaguedad de las nociones que ella ampara y que violentan el principio de seguridad jurídica que debe regir en todo ordenamiento jurídico y que se justifica en la *necesidad de evitar resultados injustos* (el uso de la doctrina del levantamiento del velo) por lo cual deja al arbitrio de cada juzgador la decisión de levantar el velo o no en cada caso concreto. Finalmente, esta doctrina parte de un argumento de distinto orden: en los sistemas de *Civil Law* los tribunales deben limitarse a aplicar e interpretar el sistema normativo vigente y no llegar a la creación del Derecho[14]. En el sentido indicado, se afirma que "todos los supuestos de desviación que pretenden resolver la doctrina del levantamiento del velo serían fácilmente resueltos con meros procesos de interpretación adecuada de la norma particular en juego"[15].

Por otra parte, Hurtado Cobles señala que la doctrina española mayoritaria acoge favorablemente el empleo y aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y la presenta como un resultado de la *jurisprudencia de intereses*; doctrina jurisprudencial que apartándose de fundamentaciones conceptuales persigue encontrar la verdad de la realidad subyacente en cada caso, como un modo de reconocer la vigencia de principios generales de derecho, informadores del ordenamiento jurídico, entre los cuales destacan la buena fe, la prohibición del fraude o del abuso y los colocan en un nivel superior al de concretas normas legales en todos aquellos supuestos en los cuales dichas normas

9. *Ob. cit.*, p. 31; destacados nuestros.
10 HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 35.
11. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, pp. 37-38.
12. SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la personalidad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona 1958, Traducción de PUIG BRUTAU.
13. *Ob. cit.*, p. 46.
14. *Ob. cit.*, p. 46, donde se cita a CAPILLA RONCERO, Francisco, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid 1990, y GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Artes gráficas Benzal, Madrid 1976.
15. Así: PAZ ARES, citado por HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 47.

concretas son empleados con perjuicio de terceros. Los autores que así opinan, coinciden en exigir una aplicación restricitiva y residual de la doctrina del levantamiento del velo y propugnan utilizarla sólo en aquellos casos en los cuales no sea posible la aplicación, al caso particular, de ninguna otra norma.

Finalmente, ésta mayoría doctrinaria, se inclina por opinar que es una necesidad ineludible determinar el criterio o los criterios objetivos que permitan pre-establecer de antemano la oportunidad en la aplicación de la técnica judicial del levantamiento del velo[16].

En su excelente trabajo, Hurtado Cobles afirma que "aunque se emplee el término -doctrina- estamos ante una *técnica* o expediente *judicial*"[17] con lo cual se excluye de su aplicación a cualquier otro órgano no jurisdiccional y, además recomienda especial cautela en su aplicación y un conocimiento profundo del Derecho de Sociedades por quien esté llamado a aplicarla[1819]. Finalmente, el autor citado se pronuncia por el carácter restrictivo y subsidiario de aplicación de la técnica del levantamiento del velo y afirma que tal es la posición mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia española[20].

Al analizar las disposiciones legales directa e inmediatamente aplicables, resulta evidente -a nuestro modo de ver- que dentro de nuestro sistema positivo debe sostenerse como principio general del Derecho societario, la prevalencia del hermetismo de la personalidad jurídica. El contenido del artículo 1651 y de los ordinales 2°, 3° y 4° del Art. 201 CCo., así como el penúltimo aparte de dicha norma en lectura obligatoriamente concatenada con el Artículo 205 *eiusdem*, parecen no dejar lugar a duda alguna. En efecto, como principios generales y a falta de una expresa disposición legal en contrario (que constituya excepción a dichas reglas generales), tenemos: i) las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios (antepenúltimo aparte Art. 201 CCo); ii) los socios comanditarios de las sociedades en comandita tienen una responsabilidad limitada -a lo aportado o prometido aportar-, por las deudas de la sociedad de la cual forman parte (ordinal 2° Art. 201 *eiusdem*); y, iii) Tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada, la responsabilidad de los socios por las obligaciones de la sociedad queda limitada por el monto de las acciones o cuotas; según el caso, que éstos posean (ordinales 3° y 4° Art. 201 del mismo Código).

La diferenciación de personas jurídicas entre la sociedad y los socios que se pone de manifiesto en las disposiciones legales antes mencionadas y conforme a las cuales se expresa, en un sentido negativo, la acción de los acreedores sociales en contra del patrimonio de los socios singulares, tiene su complemento en el Artículo 205 CCo. que prohibe a los acreedores de los socios singulares ir en contra del patrimonio de la sociedad aun cuando se circunscriban a la proporción correspondiente al socio particular y señala que tales acreedores únicamente tienen la posibilidad de ejecutar sus derechos

16. *Ob. cit*., pp. 47-48.

17. *Ob. cit,*. p. 62, énfasis nuestro.

18. *Ob. cit,*. pp. 62-63. En el mismo sentido: ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Editorial Colex, Madrid 1997, p. 139; ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, Editorial Civitas, S.A. Cuarta Edición, Madrid 1997, p. 44, citado por PERRETTI DE PARADA, Magaly, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 2002, p. 71.

19. Precisamente, a partir de ésta correcta posición resulta altamente criticable el contenido del Art.25 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (*G.O*. n° 37.323 de 13-11-2001) que otorga competencia a los Jueces Agrarios, al Instituto Nacional de Tierras, a la Corporación Nacional Agraria, al Instituto Nacional de Desarrollo Rural y a cualquiera de los órganos agrarios *para desconocer la constitución de sociedades*.

20. *Ob. cit.*, pp. 66-70.

sobre la cuota de utilidad o sobre la cuota de liquidación del socio; esto es, bien cuando la sociedad ha decretado el pago de dividendos, bien cuando, disuelta la sociedad, es puesta en liquidación y corresponde al socio parte del activo social una vez satisfechos los acreedores sociales.

El sistema acogido por el Derecho venezolano al regular la situación sociedad-socios-terceros, origina en todos los miembros del conglomerado social una expectativa plausible; principio cuya noción hace referencia a "la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses"[21].

El principio de la confianza legítima o expectativa plausible, en el tema cuyo análisis nos ocupa, conduce directamente a la imposibilidad que tendrían los órganos jurisdiccionales y administrativos de fracturar el hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades si no existen graves y comprobadas razones que así lo ameriten. Dicho de otra manera, cuando un grupo de personas actuando de buena fe constituyen una sociedad mercantil y cumplen al respecto todas las disposiciones legales del caso, el reconocimiento de la diferencia, autonomía e independencia de las personas jurídicas es invulnerable y como consecuencia, también lo es la diferenciación de personalidades jurídicas y la existencia de patrimonios diversos. La razón de ello es sencilla: la ley permite a los ciudadanos, y éstos tienen expectativa plausible de ello, que en un Estado de Derecho los órganos encargados de la aplicación de la ley (administrativos y jurisdiccionales) observen y respeten los efectos que la constitución de tales sociedades apareja conforme a lo estipulado en el sistema positivo.

El ciudadano ha ajustado su conducta al marco estricto de la ley y tiene legítimo derecho a esperar que tanto el Estado como sus órganos y los demás particulares acaten y respeten las previsiones que la propia ley establece como consecuencia de la conducta asumida por los ciudadanos.

Bajo el aspecto señalado, el principio del hermetismo de la personalidad jurídica puede ser fracturado únicamente en los siguientes supuestos; a saber: i) cuando una específica norma legal así lo prevé; ii) cuando la persona jurídica así constituida lo ha sido en fraude a la ley; y, iii) cuando no exista otra posibilidad de evitar un daño injusto.

II. ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DE LAS CUALES SE PRETENDE DEDUCIR LA PERMISIBILIDAD DE HACER EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Algunos autores nacionales[22] estiman que dentro de nuestro sistema positivo existen incardinadas normas o conjuntos de normas que permiten, dentro de los diversos y particulares supuestos de hecho en ellas previstos, la aplicación de la doctrina del *levantamiento del velo*.

Entre tales disposiciones legales son citados los dispositivos técnicos siguientes: la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor (Art. 55), la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Arts. 161, 162, 168, 170, 474 y 508), la

21. RONDÓN DE SANSÓ, *ob. cit.*, p. 3.

22. PERRETTI DE PARADA, Magaly, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 2002, pp. 190-210.

Ley de Mercado de Capitales (Arts. 65, 66 y 67), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Arts. 14 y 15), la Ley de Impuesto sobre la Renta (Arts. 10, 112 y 113), el Código Orgánico Tributario (Arts. 22, 90, 91, 115, 116 y 117), el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 21) y aún los Artículos 915, 916, 198, 921 y 924 CCo.

Ante la situación mencionada, consideramos necesario hacer un breve análisis de las disposiciones legales citadas a fin de determinar si todos o algunos de los supuestos previstos en las normas legales mencionadas deben o pueden entenderse como casos en los cuales el ordenamiento positivo permite ignorar el hermetismo de la personalidad jurídica de las diversas personas jurídicas involucradas en las situaciones descritas en las respectivas disposiciones legales; o si, por el contrario, alguna o todas dichas normas regulan figuras o instituciones nada o poco tienen que ver con la doctrina del levantamiento del velo.

1. La Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor

La Ley del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor[23] contenía en su Artículo 55 una disposición conforme a la cual autorizaba a la Administración Tributaria para desconocer la constitución de sociedades y en general la adopción de formas y procedimientos jurídicos, aun cuando estuvieren formalmente conformes a derecho, si existieren fundados indicios de que con ellas al contribuyente había tenido el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efecto de la aplicación del impuesto. Esta norma es citada por Arvelo Villamizar y por Perretti De Parada[24] como ejemplo de casos en los cuales nuestro sistema positivo acoge la doctrina del levantamiento del velo. La LICSVM fue derogada por la Ley del Impuesto al Valor Agregado[25]; texto legal del cual desapareció una previsión similar a la del Artículo 55 LICSVM a que antes hemos hecho referencia. No obstante, el Código Orgánico Tributario[26] consagra en su Artículo 16 una previsión con diferente redacción, pero en la misma dirección del Artículo 55 LICSVM; y la cual analizaremos *infra*.

2. La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras

Con motivo de la crisis financiera venezolana de 1992 se puso de manifiesto que muchas instituciones bancarias habían utilizado a sociedades vinculadas o relacionadas para defraudar expectativas legítimas de acreedores de dichas instituciones; en particular, de sus propios depositantes. En vista de ello, la regulación pertinente, primero a través de la Ley de Emergencia Financiera (LEF) y luego a través de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (LGBIF), ha establecido normas que persiguen evitar la continuación de aquellas situaciones en las cuales se facilitó la concertación de operaciones que en definitiva defraudaron la confianza de los depositantes y pusieron en riesgo el sistema financiero nacional y la economía del país.

---

23. *Gaceta Oficial* n° 36.007 de fecha 25-06-1996 citada por ARVELO VILLAMIZAR, Roquefelix, *La Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 1999, pp. 65-66.
24. *Ob. cit.*, p.187.
25. *Gaceta Oficial* n° 5.341 Extraordinario del 05-05-99.
26. *Gaceta Oficial* n° 37.305 del 17-10-2001.

La LGBIF alude al concepto de *grupo financier* basado a su vez en la *unidad de decisión o gestión*; toma también en consideración los conceptos de *personas vinculadas*, *influencia significativa de control* y el concepto de *empresas relacionadas a un grupo financiero*.

El *grupo financiero* es aquel integrado por diversas sociedades que constituyan una *unidad de decisión o gestión*. Las sociedades que conforman el grupo financiero serán normalmente; bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras de otros tipos; sin embargo, la ley deja abierta la posibilidad de considerar como formando parte de tales grupos a otras sociedades con una actividad diversa (Art. 161 LGBIF en cuyo encabezamiento se hace mención a *demás empresas*). Igualmente, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SBIF) tiene facultad para considerar formando parte del *grupo financiero* a las sociedades propietarias de acciones de las instituciones financieras integrantes del grupo cuando tales sociedades controlen dichas instituciones (Art. 161, último aparte).

La *unidad de decisión o gestión* existe en los casos siguientes: cuando un banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera tiene con respecto a otras sociedades: i) participación directa o indirecta, igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital o patrimonio; ii) control igual o superior a la tercera parte de los votos de sus órganos de dirección o administración (Asambleas de Accionistas y Juntas Directivas); y, iii) Control, de cualquier tipo, sobre las decisiones de sus órganos de dirección o administración (numerales 1, 2 y 3 del segundo aparte del Art. 161 LGBIF). La *unidad de decisión o gestión* también puede darse entre una o más personas naturales o jurídicas con relación a bancos, entidades de ahorro y préstamo u otras entidades financieras; esto es, en éste segundo supuesto, es la persona natural o jurídica la que aparece con el poder de decisión o de gestión con respecto al banco, entidad de ahorro y préstamo u entidad financiera.

La LGBIF incluye dentro del concepto de *grupo financiero* a las sociedades filiales, afiliadas y relacionadas a entidades regidas por dicho texto legal, aun cuando tales sociedades no estén domiciliadas en el territorio de la República (Art. 162)[27].

El segundo concepto es el de *personas vinculadas o relacionadas*; entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas o entidades o colectividades de cualquier tipo, cuando éstas tengan entre sí: i) vinculación accionaria; ii) vinculación financiera; y, iii) vinculación organizativa o jurídica; y, además (de todas o cualquiera de dichas vinculaciones), existan fundados indicios de que adoptando formas y procedimientos jurídicos ajustados a derecho, éstos han sido utilizados como medio para eludir las prohibiciones contenidas en la LGBIF o para disminuir la responsabilidad patrimonial derivada de los negocios realizados con el respectivo ente (tercer aparte del Art. 161 LGBIF). Para conformar este supuesto es además necesaria la concurrencia de vinculación y la utilización de formas jurídicas para elusión de previsiones prohibitivas de la Ley; en otras palabras, es necesario que se produzca el supuesto del fraude a la ley; lo que es tanto como afirmar que la sola circunstancia de existencia de vinculación accionaria, financiera y organizativa o jurídica, no puede o debe entenderse suficiente para ignorar la existencia de personalidades jurídicas diferentes.

27. En relación al tema de los grupos societarios, informa útilmente el trabajo de OTIS RODNER, James, "El grupo de sociedades" en Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolana, *4ª Jornadas Centenario del Colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1997, pp. 185 y ss.

Paralelo al concepto anterior, la LGBIF consagra en su Artículo 185 una especie distinta de *personas vinculadas*; especie cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la imposibilidad de que un ente regulado por la ley especial les otorgue créditos de cualquier clase (numeral 7 Art. 185) o la aceptación de tales personas como garantes de créditos otorgados por la entidad (penúltimo párrafo del citado numeral 7). A los efectos de tales créditos y garantías, la SBIF está facultada para establecer criterios adicionales de vinculación y para modificar los porcentajes establecidos en el citado numeral (último párrafo del numeral 7).

El tercer concepto utilizado por la LGBIF es el de *influencia significativa o control*. Sin necesidad de que exista u*nidad de decisión o gestión*, la SBIF queda facultada para incluir dentro del *grupo financiero* (con todos los efectos que ello produce), a otras sociedades, cuando exista entre un banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera y cualquier otra empresa, *influencia significativa o control*. De acuerdo a la ley, existirá *influencia significativa o control* en los casos siguientes: i) cuando una o varias de las empresas están en capacidad para afectar en un grado importante las políticas operacionales o financieras de sociedades regidas por la LGBIF; y, ii) cuando entre dichas compañías existe (en cualquier sentido) participación directa o indirecta, en una proporción que puede estar entre el veinte por ciento (20%) y el cincuenta por ciento (50%) del capital social. (Art. 161 LGBIF tercero y cuarto apartes).

El cuarto concepto es el de *empresas relacionadas a un grupo financiero*. El supuesto de esta hipótesis es el de las empresas que realizan, en forma habitual, obras o servicios para un banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera; siempre y cuando el volumen de tales operaciones constituya la fuente principal de sus ingresos y se evidencien entre ellas relaciones operacionales o de crédito. De acuerdo al texto del penúltimo aparte del Art. 161 LGBIF, este supuesto requiere la concurrencia de tres elementos; a saber: a) una o varias entidades que realicen obras o presten servicios, en forma habitual para un banco, una entidad de ahorro y préstamo o una entidad financiera; es decir, no basta la ejecución de obras o la prestación de servicios, sino que se requiere la habitualidad o permanencia en el tiempo de tales actividades; b) que el volumen de operaciones entre las partes constituya la fuente principal de ingresos de la ejecutora de obras o de la prestadora de servicios; c) que existan relaciones operacionales o de crédito entre el banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera, por una parte, y la ejecutora de obras o portadora de servicios, por la otra. Esto quiere decir -a nuestro modo de ver- que aún existiendo los dos requisitos primeramente nombrados, no habrá *empresas relacionadas* si no existen tales relaciones operaciones o de crédito. En todo caso, es de advertir que la consideración de *empresa relacionada* no es automática, sino que la respectiva calificación es potestativa de la SBIF cuando concurren los elementos señalados.

Finalmente, cabe destacar que la calificación de *grupo financiero* no es permanente, ya que conforme dispone el Artículo 163 LGBIF, la SBIF tiene facultad para excluir del grupo financiero a empresas o instituciones cuando cesaren las causas que motivaron su vinculación.

La LGBIF impone un conjunto de reglas que se refieren a los *grupos financieros* en los cuales estén incluidas entidades regidas por dicha ley especial. Las principales de dichas reglas pueden ser resumidas en la forma siguiente: i) queda designado como coordinador responsable del grupo financiero, el banco que tenga la mayor cantidad de activos reflejados en su balance (Art. 165); ii) el coordinador responsable tiene un conjunto de obligaciones frente a la SBIF; obligaciones entre las cuales destacan las rela-

cionadas con los estados financieros de las entidades que forman parte del grupo (Art. 166); la *declaración institucional* semestral (Art. 167); iii) la obligación de suministrar información que les sea solicitada a los integrantes del grupo por la SBIF (Art. 169); iv) la necesidad de que los traspasos de acciones de los entes que integran el grupo financiero sean aprobados por la SBIF para que pueda alterar o desvirtuar los efectos del Art. 161 LGBIF (Art. 170); v) la prohibición de realizar operaciones de crédito con entidades sujetas a la LGBIF (Art. 185, numeral 7); y, vi) en general, la proscripción de valerse de su personalidad jurídica para violar prohibiciones contenidas en la LGBIF (último aparte del Art. 168).

Del contexto de las disposiciones de la LGBIF cuyo contenido ha sido brevemente descrito, no parece adecuado deducir que dicha ley especial ofrezca bases suficientes para sostener que su texto consagra disposiciones que permiten directamente el levantamiento del velo de las sociedades que integran el grupo financiero. Creemos que ni siquiera dan pie para sostener una responsabilidad solidaria de tales sociedades. En este último sentido, cabe destacar el último aparte del Artículo 382 LGBIF ofrece la *posibilidad* de someter al régimen especial de intervención o liquidación (exclusión del atraso y la quiebra) al cual están sometidos los bancos y entidades financieras que integren el respectivo grupo financiero, cuando éstos quedan sometidos a los mecanismos extraordinarios de transferencia, estatización, intervención y liquidación; circunstancia que sólo conduce al establecimiento de un privilegio a favor del banco, entidad de ahorro y préstamos o institución financiera intervenida. Tal privilegio está en tercer lugar de orden después de los créditos de la Hacienda Pública Nacional y de los trabajadores de la empresa (primer lugar) y los créditos privilegiados e hipotecarios en el orden de preferencia establecidos en las leyes (segundo lugar) (Art. 399.3).

Paralelamente, el artículo 508 *eiusdem* deja abierta la posibilidad para que el Tribunal competente pueda disponer que los accionistas (personas naturales o jurídicas) de instituciones financieras que fueren objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, o con respecto a los cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos, deban destinar sus recursos y activos para el pago de las obligaciones que tengan pendientes la entidad financiera de que se trate o sus empresas relacionadas. No obstante, para que tal responsabilidad sea posible es necesario que se compruebe que los accionistas hubieren obrado con dolo o con inobservancia de disposiciones legales; o bien, que existan actuaciones o elementos que permitan presumir que han actuado en beneficio propio, sea directamente, sea a través de interpuestas personas. Este último supuesto debe ser considerado -a nuestro entender- no como un caso de levantamiento del velo; sino como un supuesto de responsabilidad solidaria especial tal como lo exige el Art. 1.223 CC; responsabilidad solidaria que -a nuestra manera de ver- queda, desde el punto de vista teórico, enmarcado dentro de los principios generales de responsabilidad por hecho ilícito. (Art. 1.185 CC).

3. La Ley de Mercado de Capitales

La Ley de Mercado de Capitales (LMC) utiliza los conceptos de *sociedad dominante, sociedad dominad* y *participaciones recíprocas.* Los conceptos de *sociedad dominante* y *sociedad dominada* implican el control de una sociedad sobre otra y a los efectos de la LMC existe dicho control cuando: i) una sociedad (dominante) dispone de la mayoría de los derechos de voto en otra sociedad (dominada). Esta influencia en la asamblea de

accionistas puede manifestarse (a los efectos de la ley) directamente o ser producto de acuerdos con otros socios de la sociedad dominada (Art. 67.1); ii) cuando una sociedad (dominante) puede nombrar o destituir a la mayoría de los administradores de otra sociedad (dominada). Esta posibilidad puede, al igual que en el supuesto anterior, derivar directamente (por titularidad de la mayoría accionaria), o como resultado de acuerdos con accionistas de la sociedad dominada (Art. 67.2); iii) que más de la mitad de los administradores de la sociedad dominada sean administradores o altos ejecutivos de la sociedad dominante o de otra sociedad por ella dominada (Art. 67.3); iv) que la sociedad dominante esté en condiciones de ejercer una influencia determinante en la dirección general de la sociedad dominada (Art. 67.4). La LMC deja una cláusula de cierre mediante la cual autoriza a la CNV para establecer otros supuestos que determinen la existencia de una relación sociedad dominante / sociedad dominada (Art. 67.5).

El concepto de *participaciones recíprocas* hace alusión a aquella situación en la cual una sociedad tiene un porcentaje accionario en el capital social de otra sociedad y, a su vez, ésta última también tiene un porcentaje accionario de aquella (Art. 66 LMC).

Los conceptos de *sociedad dominante* y *sociedad dominada* tienen interés en aquellos casos específicamente establecidos en la Ley; a saber: i) El caso de adquisición de acciones de la sociedad dominante por parte de la sociedad dominada (Arts. 55, 56, 57 y 58 LMC); y, ii) A los efectos de la reserva indisponible que debe hacer la sociedad dominada en los casos en los cuales tenga acciones en tesorería (Art. 61LMC). Por su parte, la figura de las *participaciones recíprocas* tiene relevancia en los casos siguientes: i) a los efectos de aquellas disposiciones de la LMC que exigen capitales o patrimonios mínimos (Art. 60); y, ii) A los efectos de fijar el porcentaje máximo de participaciones accionarias recíprocas que pueden tener las sociedades sometidas al control de la CNV (Art. 65).

A nuestra manera de ver, las disposiciones de la LMC nada tienen que ver con la doctrina del levantamiento del velo; sino que las disposiciones legales antes citadas tienen por objeto evitar que el control y/o la interdependencia entre dos o más sociedades (que en cualquier otra circunstancia son perfectamente legítimos), sean utilizados para perturbar una actividad que el Estado considera digna de protección y de interés general, como lo es el correcto y transparente funcionamiento del Mercado de Capitales. No nos parece que las normas antes señaladas, tengan el efecto ni la finalidad de vulnerar el hermetismo de la personalidad jurídica, ni con proyección general, ni con efectos limitados a la especial material regulada. Tampoco observamos el establecimiento de responsabilidades solidarias especiales.

4. La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPLC) es otro de los textos legales citados por parte de la doctrina como contentivo de normas tendentes a obtener resultados iguales o similares a los obtenidos mediante la teoría del levantamiento del velo. A estos efectos son citados los Artículos 14 y 15 LPPLC. Las normas antes mencionadas definen, dentro del llamado Derecho de la Competencia, la *posición de dominio* (Art. 14) y las *personas vinculadas* (Art. 15).

La posición de dominio está definida en el artículo 14 LPPLC; norma que distingue dos hipótesis: i) Cuando determinada actividad económica es realizada por *una sola* persona (natural o jurídica) o por un *grupo de personas vinculadas* entre si. (este último concepto esta desarrollado en el artículo 15 *eiusdem*); y, ii) Cuando existiendo dos o más personas que realizan una determinada actividad económica, *no hay* entre ellas una *competencia efectiva*. Del contenido del artículo 14 LPPLC se pueden resumir los requisitos que integran el concepto de "posición dominante", en la forma siguiente:

a. La posición dominante se ejerce sobre un producto o un servicio.

b. Se puede dominar el mercado ya desde la situación de demandante (comprador, usuario), ya desde la situación de oferente (vendedor, proveedor).

c. El dominio puede ejercerse en todo el mercado nacional o en parte de él.

d. La nota determinante de la falta de competencia puede radicar; i) En el hecho de ser una empresa la única oferente o demandante para un determinado tipo de servicio o producto; y, ii) En la circunstancia de que, existiendo una o varias empresas dedicadas a la misma actividad, no estén sometidas a una competencia sustancial en el mercado, ya sea por haberse puesto de acuerdo entre ellas o por falta de capacidad de las restantes empresas competidoras.

Bajo el orden de ideas expuesto, la característica esencial de la posición dominante consiste en la *falta de una competencia sustancial* entre las empresas o empresa que goza de tal posición de dominio. A tal efecto, la doctrina define el concepto de *posición dominante* como la posición en que se encuentran una o varias empresas que controlan la totalidad o parte del mercado nacional, sin estar sometidas a una competencia sustancial entre ellas o por parte de terceros[28]. Conforme a lo expuesto, el supuesto que integra el requisito esencial de las posiciones de dominio, lo constituye la circunstancia de que un competidor no esté expuesto a una competencia sustancial en el mercado; en consecuencia, queda por determinar cuándo debe entenderse que se ha dado en la práctica dicho supuesto. En este sentido, después de reconocer que la expresión es ambigua y que deja en gran parte al arbitrio de la autoridad encargada de la aplicación de la ley la determinación de dicho supuesto en el caso concreto, la doctrina señala que deberá entenderse que una empresa no está sometida a una competencia sustancial dentro de un mercado de extensión nacional, cuando por su especial posición se encuentre en situación de imponer las condiciones que desee en sus relaciones con la clientela y con los proveedores, al carecer de fuerza competitiva las restantes empresas que se dediquen a realizar actividades semejantes[29].

En cuanto a la definición de *personas vinculadas* (Art. 15 LPPLC) la misma es utilizada para determinar uno de los casos de existencia de *posición de dominio*.

En relación a la LPPLC y su incidencia en el tema que nos ocupa, consideramos -en forma similar al caso de LMC- que tampoco en este texto especial existen bases para su vinculación con la doctrina del levantamiento del velo; ya que las normas comentadas en forma alguna establecen vulneraciones o elementos de quiebre del principio del her-

28. Seminario dirigido por SENEN DE LA FUENTE, Guillermo con participación de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, GARRIGUES, Luis Joaquín, CHICHERI, L. y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael, *Comentario a la Ley Española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, pp. 85-86.

29. Seminario dirigido por SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo con participación de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, GARRIGUES, Luis Joaquín, CHICHERI, L., y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael, *Comentario a la Ley Española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, pp. 93-94.

metismo de la personalidad jurídica. En nuestro concepto, la LPPLC reconoce la existencia de la personalidad jurídica independiente de todos y cada uno de los entes que, a sus efectos, califica de *personas vinculadas*; sólo que si se dan las condiciones señaladas en el numeral 1 del Artículo 14, la LPPLC considera que todos los entes involucrados ejercen posición de dominio en todo o parte del mercado; calificación que deja abierta la posibilidad de establecer, en casos concretos, situaciones de abuso de la posición de dominio (Art. 13 LPPLC). Es sólo a los efectos indicados que la ley especial establece los supuestos de *personas vinculadas*. No existe pues *repetimos* autorización o previsión en la ley mencionada, en el sentido de dejar de lado las reglas que establecen la separación de personas jurídicas.

5. La Ley de Impuesto Sobre la Renta[30]

Esta Ley hace referencia a *sociedades y comunidades* y a los llamados *consorcios* (Art. 10 LISR), a *partes o personas vinculadas* (Arts. 112 y 113 *eiusdem*) y a *partes relacionadas* (parágrafo primero del Art. 113). Con relación a las *sociedades y comunidades* la referencia es a aquellas señaladas en el literal "c" del Art. 7; es decir, a las sociedades en nombre colectivo y a las sociedades en comandita simple (las llamadas sociedades de personas), las comunidades, cualesquiera sociedades de personas y las sociedades irregulares o de hecho. Con relación a éstas figuras, el Art. 10 LISR señala que el gravamen se cobrará en cabeza de los socios o comuneros y establece una responsabilidad solidaria por el pago del impuesto entre tales sociedades y sus socios y entre las comunidades y sus comuneros. Entendemos que tampoco en este caso se establece una norma que signifique el desconocimiento del principio del hermetismo de la personalidad jurídica. En efecto, en lo que se refiere a las sociedades mencionadas en el Artículo 10, la ley se limita a establecer que el gravamen por los enriquecimientos netos se cobra en cabeza de los socios en virtud de esa especial forma societaria y, en lo tocante a las comunidades, es sabido que éstas no tienen personalidad jurídica. Finalmente, en relación a las sociedades irregulares o de hecho (sociedades no legalmente constituidas), el propio CCo. establece los principios que regulan la responsabilidad por las operaciones jurídicas ejecutadas mediante la utilización del ente que no ha cumplido los requisitos que la ley prescribe para su legal constitución (Arts. 219 y 220 CCo.)

Por otra parte, el citado Artículo 10 LISR define los llamados *consorcios*, considerando como tales, a los efectos de la Ley, a las agrupaciones empresariales constituidas por *personas jurídicas* que tengan por objeto realizar una actividad económica específica en forma mancomunada. Del mismo texto legal se evidencia que éste reconoce la personalidad jurídica autónoma de cada uno de los entes que integran el consorcio y ante la carencia de personalidad jurídica del consorcio, y a fin de evitar equívocos, señala que los enriquecimientos netos se gravarán en cabeza de los diversos entes (diversas personas jurídicas) que lo integran y establece una responsabilidad solidaria de las diversas personas jurídicas que conforman el consorcio. No desconoce la ley *en este caso* la personalidad jurídica de todos y cada uno de los entes que conforman el consorcio; sino que, por el contrario, la afirma y establece una responsabilidad solidaria especial dentro de los límites de exigencias que prescribe el artículo 1.223 CC.

30. *G.O.* n° 5.390 Extraordinario del 22-10-99.

En relación a las nociones de *partes o personas vinculadas* y *partes relacionadas* (Arts. 111 y 112 LISR), consideramos que sí involucran un desconocimiento, para propósitos específicos de la ley especial, de la personalidad jurídica de los diversos entes que encajan dentro de dichas nociones. En efecto, la LISR establece que a los efectos de ciertas operaciones de transferencia de propiedad de bienes entre personas jurídicas autónomas pero que califiquen como vinculadas o relacionadas, se deben determinar los ingresos, costos y deducciones por dichas operaciones de transferencia, ajustándolas a la metodología que al efecto establece la ley. En este caso la finalidad perseguida por el texto legal es evitar que se evada el cumplimiento de obligaciones fiscales mediante la utilización de personas jurídicas diversas.

6. El Código Orgánico Tributario

Con relación al Código Orgánico Tributario (COT), la doctrina cita los artículos 22, 90, 91, 115, 116 y 117[31]. El Artículo 22 en su numeral 3 señala como sujeto pasivo con respecto al cual se verifica el hecho imponible, a las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional. A nuestro entender, éste no es un caso de *penetración del velo corporativo* y consideramos que no lo hay por cuanto no existe persona jurídica; sino que, para evitar equívocos, la ley señala que cuando se dan las circunstancias del citado numeral 3, estamos en presencia de un contribuyente a los efectos del impuesto sobre la renta.

Por otra parte, el artículo 90 COT tampoco se relaciona con la doctrina del levantamiento del velo. En efecto, la norma se limita a declarar sujetos pasivos de las sanciones privativas de libertad a aquellos representantes de personas jurídicas que hayan *participado personalmente* en la ejecución del ilícito fiscal. Tampoco parece que el artículo 91 *eiusdem* se refiera a dicha doctrina; sino que establece la responsabilidad patrimonial solidaria de los representantes de personas jurídicas cuando ellos incurren en ilícitos tributarios en ejercicio de sus funciones. Igual comentario merecen los artículos 115 y 116 LISR los cuales se refieren a la figura de la defraudación tributaria y el artículo 117 *eiusdem* que se limita a enumerar indicios de existencia de la figura de la defraudación.

A diferencia de las normas legales brevemente comentadas, debemos indicar que, el artículo 16 COT, en su segundo aparte, consagra una disposición similar a la contenida en el Art. 55 de la derogada LICSVM; disposición mediante la cual se autoriza a la Administración Tributaria para que, con apego al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en el COT, desconozca la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando éstos sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y por ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias. El Parágrafo Unico del Art. 16 COT aclara que las decisiones de la Administración Tributaria en el sentido indicado, *únicamente tendrán implicaciones tributarias* y en nada afectaran las relaciones jurídico-privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del Fisco. Consideramos que en esta norma -como también en el Art. 55 de la derogada LICSVA-, si se prevé un supuesto de quiebre del principio del hermetismo de la personalidad jurídica. No obstante, consideramos obligado un comentario de dicha norma.

31. PERRETTI DE PARADA, Magaly, *ob. cit.*, pp. 198-200.

Realmente, *a nuestro entender* resultaba mucho más clara la fórmula utilizada en la redacción del Art. 55 de la derogada LICSVM; el cual perfilaba con bastante nitidez el supuesto del fraude a la ley. Hoy día, parece resultar enigmática o, al menos oscura, la determinación de actividades "manifiestamente inapropiadas a la realidad económica perseguida por los contribuyentes". Este tipo de formulación críptica, que nada dice claramente y por ello permite interpretar mucho, no parece la más adecuada para servir de base a una actuación tan delicada por la profunda connotación jurídica que ella tiene a pesar de que se reduzca su efecto exclusivamente al ámbito tributario. Pensamos que el establecimiento del supuesto de hecho ha debido ser mucho más claro para evitar equívocos y para impedir la arbitrariedad administrativa. Tal como está redacta en la actualidad la norma (Art. 16 COT), existe muy poco espacio entre la planificación fiscal y la evasión fiscal; ya que cualquier actuación que produzca el efecto de una "disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias" podría ser considerada como *manifiestamente inapropiada a la realidad económica* perseguida por quien realiza la actuación.

7. El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

El artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) regula, en materia laboral, a los *grupos de empresas*; entendiendo que existe dicho grupo cuando dos o más empresas se encuentren sometidas a una administración o un control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente[32]. La consecuencia de la existencia de un *grupo de empresas* (cuya existencia se presume en los casos señalados en el parágrafo segundo Art. 21 RLOT), es la solidaridad de todas las empresas que lo integran con respecto a las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. La citada norma ha sido *justamente a nuestro entender* criticada por desbordar inconstitucionalmente los límites de la potestad reglamentaria[33].

Paralelamente, debemos señalar que el Artículo 177 LOT prevé una solidaridad parecida pero restringida específicamente al rubro de utilidades. Sin embargo, una reciente sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, en abierta violación del Artículo 1223 CC, ha extendido el ámbito de aplicación del citado Art. 177. En efecto, dicho fallo después de reconocer que el Art. 177 LOT se refiere únicamente a la distribución de utilidades, afirma que "…no obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores…" y señala que cuando un Tribunal de instancia aplica la solidaridad fuera del supuesto de distribución de utilidades "…no incurre en errónea interpretación sino que determina el alcance y contenido del principio de la unidad económica de la empresa"[34]. El fallo mencionado -que a nuestro entender puede ser objeto de severas críticas y carece de argumentación sólida y suficiente-, es objeto de un excelente análisis por parte de Perretti de Parada quien al efecto enumera un conjunto de sólidos y convincentes argumentos[35] que ponen a descubierto la falta de consistencia argumental de la sentencia.

---

32. La necesidad del carácter permanente de la unidad económica para que las empresas puedan ser conceptuadas como grupo de empresas ha sido señalada por sentencia de nuestros Tribunales de instancia. *V.*, R&G, tomo CLXXIII, enero-febrero 2001, pp. 48-55.

33. ALFONZO-GUZMÁN, Rafael J., *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, C.A., Décima Segunda Edición, Caracas 2001, p. 100.

34. *V.*, R&G, tomo CLXXIII, enero-febrero 2001, pp. 714-717. En sentido similar: R&G., tomo CLXVII, julio 2000, pp. 56-57 de un Tribunal Superior con Asociados.

35. *Ob. cit.*, pp. 259-263.

8. Ciertas disposiciones referentes a la Quiebra contenidas en el Código de Comercio

Cierta doctrina parece pretender ver en el contenido de los Artículos 920 y 921 CCo. una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo[36]; sin embargo, nosotros consideramos que en dicho supuesto no hay tal. Las normas legales citadas se limitan a señalar, como sujetos de las sanciones penales previstas en materia de quiebras, a las personas físicas que en forma culpable o fraudulentamente, incurrieron en el incumplimiento de ciertas formalidades a que estaban obligadas por la ley sus representadas (Art. 920 CCo. encabezamiento) o ejecutaron dolosamente determinados actos (ordinales 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del Art. 920 y Art. 921 CCo.). Las disposiciones legales en comento únicamente puntualizan que las sanciones penales deben ser impuestas a las personas físicas que ejecutaron los actos que configuran el hecho ilícito y tiene su fundamento, por una parte, en la circunstancia de que la responsabilidad penal va dirigida a personas físicas, y por la otra, en el principio de que dicha responsabilidad es personal; es decir, el sujeto pasivo de la sanción es aquel que realiza la actividad que tipifica el delito.

En conclusión *y siempre desde nuestro punto de vista*, creemos que únicamente los Artículos 16 COT y 111 y 112 LISR, ofrecen base suficiente para sostener que, dentro de los estrictos límites fijados por cada una de las citadas normas, el sistema positivo venezolano admite directamente fracturas en el principio del hermetismo de la personalidad jurídica de los entes colectivos. Los otros supuestos analizados, o simplemente constituyen casos de establecimiento de una responsabilidad solidaria en el cumplimiento de ciertos y concretos supuestos de hecho, resultando perfectamente coordinados con el principio general del Artículo 1.223 CC que en nuestro sistema regula las obligaciones solidarias (Art. 177 LOT), o bien constituyen casos en los cuales la ley especial prohibe la concertación de ciertos acuerdos o contratos, o impone especiales obligaciones a personas jurídicas independientes, pero que guardan entre si una relación o vínculo en los términos que la ley considera como base del supuesto de hecho de las normas (LMC, LGBIF, LPPELC). En ninguno de los dos casos citados la ley desconoce la diversa personalidad jurídica de los distintos entes; sino que, por el contrario, parte del supuesto del reconocimiento de dichas personalidades jurídicas autónomas y establece ciertas consecuencias específicas.

III. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES

1. La sentencia de la Sala Especial Tributaria de la extinta CSJ, de fecha 3 de febrero de 1999

Una de las sentencias que nuestra doctrina[37] cita como ejemplo de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo es la proferida en fecha 3 de febrero de 1999 por la Sala Político Administrativa, en Sala Especial Tributaria, de la extinta Corte Suprema de Justicia (Expediente N° 7.086). Dicha decisión fue dictada a propósito de un Recurso

36. *V.*, PERRETTI DE PARADA, Magaly, *ob. cit.*, pp. 201-204.

37. *V.*, ZERPA, Levis Ignacio, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV* nº116, Caracas 1999, pp.113-114.

ejercido en contra de un Reparo en materia de Impuesto Sobre La Renta. Los hechos del caso podrían ser resumidos en la forma siguiente: La contribuyente recurrente solicitó en su declaración de rentas una rebaja por inversiones pagadas en acciones de capital de empresas pecuarias; inversiones realizadas como aporte de capital a cuatro compañías con forma anónima, las cuales aumentaron su capital social y luego invirtieron el dinero en la adquisición de terrenos, ganado y equipos. La Administración Tributaria realizó una fiscalización y concluyó negando *la rebaja por nuevas inversiones* que la contribuyente había solicitado. Las razones de la negativa fueron fundamentadas así:

i) En relación a la inversión inmobiliaria, la Fiscalización señaló que los terrenos no se encontraban en función de la producción de la renta y por tanto no podían ser considerados como nuevos activos incorporados a la producción agrícola y más del noventa por ciento de los mismos "no estaban deforestados, ni tenían vías de penetración"; en otras palabras, se rechaza su carácter de inversiones efectivamente incorporados a la producción de la renta, tal como exigía el artículo 6° del Decreto N° 1.130 de fecha 9 de septiembre de 1975 y además señala la no admisibilidad de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 7° del citado Decreto en concordancia con el Parágrafo Quinto del Artículo 67 de la Ley de Impuesto Sobre La Renta[38].

ii) En relación a las cantidades invertidas en ganado, el reparo fue fundamentado en que éste no tenía el carácter de activo fijo por estar destinado a la venta.

iii) En relación a los equipos o maquinarias, el Acta Fiscal basó el rechazo de la inversión en el hecho de que se trataba de "el traslado de la maquinaria entre las mismas empresas pertenecientes a los mismos intereses".

Para colorear el reparo, la Fiscalización explanó un amplio análisis del llamado *principio de la realidad económica* con citas de legislación y doctrina internacional, incluyendo una referencia al Modelo de Código Tributario para América Latina.

En lo esencial, y a los efectos que aquí nos interesan, la Sala centró su análisis en "la interpretación de las condiciones de procedencia de la rebaja de impuesto por inversiones previstas en las disposiciones contenidas en la Ley de Impuesto Sobre La Renta de 1974, vigente para el ejercicio objeto de fiscalización, y en el Decreto N° 1.130 del 09-09-75" (pp. 24-25 de la sentencia); análisis que concluye con un señalamiento de los "requisitos fundamentales a cumplir para gozar de la rebaja de impuesto" aplicable al caso; requisitos entre los cuales destacan (entre otros): a) que la inversión se realice en el país; b) que la inversión esté efectivamente pagada en acciones o cuotas de capital de nuevas empresas agrícolas, pecuarias, de reforestación o de pesca, o de aumento de capital de empresas de la misma naturaleza; c) que la inversión esté representada en activos fijos, no utilizados anteriormente en el país por otras empresas, y, d) que estos activos estén efectivamente incorporados a la producción de la renta (pp. 27-28 de la sentencia).

En la motivación del fallo, la Sala Especial Tributaria menciona la afirmación de la Fiscalización (en relación con los equipos y maquinarias) en el sentido de que consideró (la Fiscalización) que se trata de un traslado de la propiedad de dicho equipo entre empresas pertenecientes a los mismos intereses (p. 34 de la sentencia). No obstante, la Sala

38. Para la fecha del ejercicio fiscal reparado estaba vigente la LISR de 1974 y el Parágrafo Quinto de su artículo 69 expresaba: "Parágrafo Quinto. A los fines de este artículo no podrán tomarse como inversiones efectuadas para la extensión territorial del propio fundo agrícola o pecuario o para la adquisición de otros, salvo que se trate de complementar el área mínima a que se refieren los artículos 29 y 30 de la Ley de Reforma Agraria. Tampoco podrán tomarse en cuenta las inversiones deducidas conforme al ordinal noveno del artículo 15 de esta ley".

insistió en que la LISR de 1974 requiere que se trate de activos no utilizados anteriormente en el país por otras empresas (p. 36 de la sentencia) y concluye señalando que "…no se trata de equipos nuevos, sino de equipos utilizados anteriormente por otras empresas en el país" (p. 37 de la sentencia) y en relación a la inversión en inmuebles señala: "no forma parte de las inversiones que son tomadas en cuenta para otorgar el beneficio de la rebaja de impuesto, por expresa disposición legislativa"; a cuyo efecto cita el Parágrafo Quinto del Artículo 67 LISR, el Parágrafo Tercero del Artículo 69 *eiusdem* y el Artículo 7° del Decreto N° 1.130 del 09-09-75 (pp. 33-34 de la sentencia). Finalmente, en relación a la inversión en semovientes, la Sala expresa:

> El análisis de las pruebas que antecede, en especial el propio recurso de la contribuyente y el Informe Pericial, dan cuenta de que los semovientes considerados como bien inmueble, es decir en su conjunto como rebaños de ganado de cría unidos a sus pastos o criaderos fueron adquiridos de otras empresas agropecuarias y que éstas las mantenían en producción ya antes de la venta; resulta por lo tanto ocioso entrar a analizar si dichos semovientes puedan o no considerarse como activos fijos, pues *basta que no se trata de nuevas inversiones hechas por las empresas receptores del capital*, sino de un simple traspaso de las antiguas a las nuevas propietarias para que resulte improcedente acordar el incentivo alegado por la recurrente, y así se declara[39].

Por último, es necesario y conveniente resaltar que en lo tocante al asunto de fondo debatido, la Sala Especial Tributaria afirmó:

> La rebaja de impuesto es un incentivo fiscal a través del cual se pretende estimular e incentivar la inversión y/o la producción de determinadas áreas de la actividad económica que contribuyan al mejoramiento de la estructura productiva del país y, referida a la actividad agropecuaria estaba prevista de dos modos diferentes en la Ley de Impuesto sobre la Renta. Uno, en el artículo 67, tomando como base de la rebaja, los enriquecimientos obtenidos de esa actividad. Y, otro, contemplado en el Artículo 69, que el beneficio fiscal opera reduciendo el impuesto que se cause por enriquecimientos netos derivados de fuentes distintas de aquella que es objeto y razón del incentivo.
>
> Para ambos casos el objetivo es el mismo: el de incentivar la producción agropecuaria, el hecho de que la Ley prevea dos modalidades diferentes, en dos normas o artículos distintos, no es razón para interpretar que los requisitos de procedencia del beneficio deben ser diferentes, porque si el objeto de la rebaja es el mismo los requisitos para que ella proceda deben ser iguales y variarán sólo los supuestos previstos en la Ley, que el Estado quiere beneficiar y/o estimular.
>
> En el caso de autos, se trata de la segunda modalidad, con el objetivo de estimular inversiones en materia agrícola, pecuaria o de pesca, operando en relación al impuesto causado por el enriquecimiento derivado de fuentes distintas a la agrícola, pecuaria o de pesca y para que proceda la rebaja de impuesto la inversión deberá estar representada en a) Activos Fijos, b) no utilizados anteriormente por otras empresas, y, c) que estén efectivamente incorporados a la producción agrícola, que son los requisitos establecidos en el artículo 67 para el otro supuesto de inversión en la actividad agrícola[40].

Con la motivación parcialmente transcrita, la Sala tuvo sólidos y suficientes argumentos jurídicos para declarara *como lo hizo* sin lugar el Recurso. No obstante ello, y tal vez incitada por el alegato formulado por la Fiscalización, la sentencia dedica tres páginas al análisis -a nuestro modo de ver inconveniente e innecesario- de si hubo o no en el caso juzgado, abuso de la forma jurídica.

---

39. P. 41 de la sentencia. Énfasis añadidos.
40. P. 39 y 40 de la sentencia.

Esta parte de la sentencia es la que normalmente es citada por la doctrina como paradigma de decisión a favor de la doctrina del levantamiento del velo[41].

No obstante la afirmación de la Sala Especial Tributaria en el sentido de que existían razones jurídicas de peso para declarar (como lo declaró) sin lugar el recurso, ella entró a analizar si existía o no en el caso en estudio un *abuso de la forma jurídica*; abuso que la sentencia declara haber encontrado (p. 44 de la sentencia). Sin necesidad alguna (ya que había desechado el Recurso) la Sala se pronunció acerca del uso indebido de la personalidad jurídica alegado en el Acta Fiscal. Esta actividad violenta uno de principios fundamentales que la jurisprudencia ha establecido en el Derecho Comparado como guía de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y penetración del hermetismo de la personalidad jurídica. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina se manifiestan en forma unánime en utilizar la teoría del levantamiento del velo siempre con carácter subsidiario; esto es, cuando el sentenciador no tiene otra vía para impedir la injusticia o daño que se produciría por la aplicación del principio del hermetismo de la personalidad jurídica. En la materia que nos ocupa, las formulaciones que integran la decisión en cada caso concreto, deben ser especialmente particularizadas y mantenidas en el justo ámbito del caso particular objeto de decisión; sin incurrir en generalizaciones que por lo demás resultan inconvenientes.

La aquí comentada sentencia del 3 de febrero de 1999, toma *a nuestro entender* como punto de partida básico para la declaración en torno al *abuso de la forma jurídica*, uno de los argumentos del Acta de Fiscalización; a saber: "Que las compañías compradoras y las vendedoras forman un mismo grupo económico pues pertenecen mayoritariamente a los mismos accionistas" (p. 42 de la sentencia) y siguiendo tal hilo afirma:

> …Las supuestas *inversiones* hechas por la contribuyente no son operaciones verdaderas ni sinceras, es decir no tienen contenido ni sustancia económica, sino que más bien son subterfugios de mera forma que no pueden tener significación en un impuesto como el que grava la renta, el cual pretende alcanzar la verdadera (y no la aparente) capacidad económica del sujeto pasivo. Las operaciones analizadas, en la forma en que fueron hechas denotan un abuso de la forma jurídica con el propósito fundamental de eludir o atenuar el efecto norma de la ley tributaria, en detrimento de los derechos del Fisco. En tales casos, el Juzgador debe apartarse de la forma de los negocios para atribuirles su verdadero significado y alcance a través de la realidad de los hechos, los cuales demuestran, como dice la Fiscalización que evidencia que "la formación del capital en el sector agropecuario venezolano no sufrió incremento alguno" por lo cual los reparos se consideran ajustados a derecho, y así se declara.

En el sentido indicado, consideramos prudente hacer un específico comentario al fallo. En efecto, aún cuando en el caso sentenciado aparecían graves indicios que inducían a pensar en la falta de *contenido o sustancia económica*, hay que aclarar que el simple hecho de que se trate de operaciones entre un mismo grupo económico o de compañías que pertenezcan mayoritariamente a los mismos accionistas, no conduce fatal y necesariamente a la afirmación de *abuso de la forma jurídica*. Bajo este aspecto, si en el caso sentenciado hubiere existido una real inversión de capital en lugar de un traslado circular de dinero; si los inmuebles hubieren sido destinados a la producción de la renta; si los equipos no hubieren sido anteriormente utilizados en el país y si el ganado adquirido hubiere estado integrado por un rebaño de novillos en la edad usual de negociación para engorde, el argumento de tratarse de operaciones de compra venta celebradas entre empresas vinculadas o relacionadas, no hubiere resultado argumento suficiente para

41. ZERPA, Levis Ignacio, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV* n° 116, p.114.

declarar con lugar el reparo; ya que aun en tal caso se habrían cumplido los supuestos y la finalidad de la norma fiscal: la inversión en nuevos activos destinados a la producción de la renta. Dicho en otras palabras, la operación no hubiera tenido por objeto transgredir o violentar la norma jurídica.

2. La sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Otra sentencia que resulta necesario mencionar en este lugar es la proferida el 24 de marzo de 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el Expediente N° 00-0154[42]. La sentencia fue dictada en un procedimiento de Amparo Constitucional que conoció la Sala por vía de apelación contra una decisión del Juzgado Superior Primero en lo Penal del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar. Los hechos que pueden ser deducidos a partir del fallo del 24-03-2000 son los siguientes: En un Tribunal de la Jurisdicción Penal del Estado Bolívar cursaba un proceso contra tres personas naturales por *defraudación continuada*. Una de dichas personas había actuado como administradora de una promotora inmobiliaria y las otras dos como administradoras de una compañía que celebró con la anterior un préstamo garantizado con hipoteca sobre un conjunto de parcelas de terreno que formaban parte del desarrollo inmobiliario promovido por la primera. Paralelamente, la compañía que fungía como prestamista estaba tramitando en contra de la prestataria (la promotora inmobiliaria) un juicio de ejecución de hipoteca que se encontraba en estado de remate. Todo parece indicar que de practicarse dicho remate, desaparecerían bienes sobre los cuales las presuntas víctimas de la *defraudación continuada* que se investigaba, pudieren lograr resarcimiento total o parcial de los eventuales daños por ellas sufridos. El Juez de la jurisdicción Penal dictó una medida de *aseguramiento* de ciertos inmuebles a los efectos de impedir la culminación del acto de remate y el consiguiente traslado de la propiedad de los bienes. Los inmuebles (parcelas) objeto de la medida habían sido vendidos a terceros (acusadores en el juicio penal) mediante documentos autenticados y no protocolizados. La compañía prestamista *ejecutante* (cuyos administradores estaban siendo procesados por complicidad con la compañía promotora inmobiliaria prestatoria *ejecutado*) ejerció acción de Amparo Constitucional contra la medida de *aseguramiento;* acción que fue denegada por el Juez Superior que conoció de la misma y cuya sentencia fue apelada subiendo los autos a la Sala Constitucional.

La acción de Amparo Constitucional fue rechazada por el Juez Superior Penal, básicamente con los argumentos siguientes: i) que el accionante tenía otros medios procesales, distintos del amparo, para ir en contra de una decisión (*aseguramiento*) que le desfavorecía; ii) que las actuaciones del Tribunal de Primera Instancia se realizaron dentro de los límites de sus atribuciones y que no aparece de autos evidencia que haga presumir el menoscabo, impedimento o cercenamiento del ejercicio de derechos fundamentales de la accionante; iii) que la medida (*aseguramiento*) no afectaba la expectativa de realización de derechos que pudiere tener a su favor la presunta agraviada.

Por su parte, la accionante concentró sus alegatos en la forma siguiente: i) un inmueble no puede ser el instrumento de perpetración de un delito; ii) que la decisión del Tribunal de Primera Instancia no estaba enmarcada dentro de las atribuciones que al

42. *V.,* file: //C: \windows\TEMP\ Sentencia 123. T.S.J. htm.

efecto le confiere la ley; iii) que existiendo una medida que afectaba el inmueble (dictada por el Juez Mercantil que ejecutaba la hipoteca), no podía el Juez Penal dictar ningún tipo de medida sobre el bien ya afectado por la providencia judicial.

A nuestro modo de ver, el centro de la controversia en el caso analizado debía ser fijado, fundamentalmente, en dos elementos; a saber: i) si el Juez de Primera Instancia, en alguna forma, tenía dentro de sus atribuciones el dictar la medida de *aseguramiento* que originó el amparo; y, ii) si con la medida de *aseguramiento* se transgredían o violaban derechos constitucionales de la accionante.

En relación al primer punto, la sentencia analizada resolvió afirmativamente con la siguiente argumentación:

> Tal vez el juez penal, impropiamente llamó aseguramiento a la medida dictada, porque le faltó concreción, pero su fin aparece claro en el oficio N° 3705 del 10 de agosto de 1998, que envió al juez civil: impedir que el delito que había calificado como estafa continuada, pudiera seguir produciendo efectos, los cuales según el juez penal los produciría el remate de unos bienes en un juicio donde no hubo contención, tal como se desprende de la propia solicitud de amparo.
>
> Es de la esencia del proceso penal, así no haya declaratoria expresa en ese sentido, que él no solo busca la condena del delincuente, sino impedir que el hecho punible siga cometiéndose, como acontece en los delitos continuados; y para evitar tal situación, sin necesidad que la ley lo diga expresamente, el juez puede tomar las medidas destinadas a impedirlo. En la fase sumaria regida por el Código de Enjuiciamiento Criminal, el artículo 71 permitía al juez evitar la extensión del delito a cuyo conocimiento se había abocado.
>
> Por lo tanto, el juez que impidió la continuación de lo que consideró y perseguía como delito (estafa continuada), al ordenar la suspensión del remate, no actuó ilegalmente, sino que al contrario, obró correctamente y al hacerlo así, no actuó fuera de su competencia, como pretenden los accionantes.
>
> Tampoco violó con la orden de aseguramiento el debido proceso, ya que los autores del supuesto delito estaban *sub iudice* y podían defenderse contra la medida en el proceso penal donde se dictó y donde ya eran partes, actuando en dicho proceso como representantes de las personas jurídicas afectados por la medida.
>
> Por otra parte, las compañías que accionan este amparo, finalizado el sumario podían, conforme al artículo 12 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal acudir ante el juez penal y comprobar el dominio sobre los bienes, ya que ellos se encontraban en situación similar a los objetos aprehendidos que contempla dicha norma, por lo que su derecho a la defensa y al debido proceso no se vio nunca conculcado. Es más, la medida fue dictada provisoriamente.

En relación al segundo punto, la sentencia igualmente resolvió en sentido afirmativo y a tal efecto señaló:

> En consecuencia, no es cierto, que el derecho de propiedad de …*omissis*… se le haya conculcado con la medida, por haberse provisionalmente suspendido el remate, lo que no significaba la pérdida definitiva de sus bienes, sino no ejecutar las parcelas en el momento de la suspensión, con lo que el juez penal evitaba, conforme al motivo del proceso penal, que se extendieran los efectos de la estafa continuada que ya había calificado.
>
> Por otra parte, en la apelación que conoce esta Sala, se plantea una supuesta contradicción e incongruencia en la decisión apelada, ella es irrelevante para esta Sala desde el momento que constata que la actuación del juez penal no violaba derechos o garantías constitucionales de los accionantes, ni afectaba su situación jurídica, pero de todos modos es de apuntar que tal contradicción o incongruencia no existe en el fallo apelado.

Con la argumentación de los párrafos transcritos, bastaba *en nuestra opinión* para declarar sin lugar la apelación contra la sentencia que negó el Amparo a la accionante. No obstante, la Sala *innecesariamente a nuestro modo de ver*, consideró que debía ir más lejos y afirmó:

> En casos como el presente, y ello lógicamente no fue alegado por los actores, cuando los administradores de las sociedades son imputados del delito que se comete, utilizando instrumentalmente a las personas jurídicas, el velo corporativo se levanta con el fin de evitar el fraude a la ley que se hace presente cuando las compañías, como personas distintas de sus administradores, reclamen derechos que facilitan los efectos del delito. En estas situaciones la personalidad jurídica de las sociedades se confunde con la de sus administradores, motivo por el cual, los administradores al defenderse, lo hacen también por sus representados.

En nuestra opinión, la Sala se excedió en su decisión y violó uno de los principios de observancia obligada en materia de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo: el carácter subsidiario de la medida; esto es, utilizarla cuando no existe otro camino para evitar una injusticia en la aplicación del Derecho. En efecto, existiendo argumentos suficientes para declarar sin lugar la apelación, se hacía innecesaria la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Por lo demás, creemos que al decidir como lo hizo, la Sala se pronuncia sobre el fondo de un conflicto que no le había sido planteado. Esto es, acerca de la culpabilidad de los procesados en el juicio penal y la incidencia de tal supuesta culpabilidad en la personalidad jurídica de las sociedades por ellos administradas.

3. La sentencia de fecha 18 de abril de 2001 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En torno a la jurisprudencia relacionada con el tema a cuyo análisis hemos dedicado este trabajo, pensamos que es necesario extremar la prudencia a fin de mantener el núcleo de las decisiones judiciales dentro del específico contexto en el cual el fallo se produce. En este orden de ideas y en relación con los llamados *grupos societarios*, es interesante destacar que la sentencia N° 558 del 18 de abril de 2001, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[43], si bien se refiere a tales grupos, centra los efectos en el aspecto de la personalidad jurídica del grupo; es decir, si una de las compañías del supuesto grupo puede ser notificada en representación de otra sociedad del grupo. Como señala Rodner: "…no insinúa en ningún momento que Eleoccidente, por su condición de compañía de grupo, pudiere haber sido civilmente responsable frente a los demandantes"[44].

Como aspecto positivo de la sentencia N° 558 del 18-03-2001, el comentarista señala que la misma siembra los gérmenes de algunos elementos a considerar para poder hablar de *grupo societario*; aun cuando afirma *a nuestro modo de ver con razón* que los mismos "no están bien desarrollados en la sentencia, sin embargo, de ella se pueden sacar algunas conclusiones que son útiles para posterior doctrina que pueda ser utilizada en casos similares". Las indicaciones o elementos para la existencia de *grupos societarios*, conforme se desprende del fallo son: i) necesidad de que las compañías tengan un

43. Un excelente comentario de este fallo ha sido hecho por el Profesor OTIS RODNER, James en *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia de Govea & Bernsaudoni*, t III, enero-junio 2001, Editorial La Semana Jurídica, C.A., Caracas 2001, pp.137-154.

44. Lugar citado.

"desarrollo de negocios con dirección de actividades económicas"; desarrollo que, en criterio de Rodner, *parece referirse a negocios similares*; ii) que los administradores de las sociedades del pretendido grupo sean los mismos o que unos reciban órdenes o instrucciones de los otros, quienes son los que los nombran; iii) que las sociedades se presenten ante el público como grupo; iv) que se alegue y pruebe la existencia de la relación de subordinación[45].

En la sentencia del 18 de abril de 2001 la Sala Constitucional desaprovechó la oportunidad de asentar los elementos cuya presencia deben presentarse en los casos concretos a fin de que pueda hablarse de la existencia de *grupos societarios*. Esta labor de esclarecimiento y fijación de conceptos es hoy día fundamental e indispensable habida cuenta de la labor *para bien o para mal* de clarificación y modificación del Derecho asumida desde su creación por la Sala Constitucional. En este sentido, como asienta Rodner, las decisiones del TSJ "no están dirigidas exclusivamente a resolver un litigio o conflicto entre las partes del proceso, si no, igualmente están dirigidas a definir en forma general el alcance o contenido de normas legales"; razón por la cual "debe reflexionar con cuidado en el principio que está estableciendo para el caso concreto y debe corresponder a una decisión donde, como indica la propia doctrina francesa, la Corte *tenga en consideración después de una debida reflexión, los efectos o consecuencias sociales que saldrán de la decisión*"[46]. Además *agregamos nosotros*, debe evitar excesos expresivos que pueden aparecer como graves inexactitudes conceptuales: En este orden de ideas, cabe señalar el siguiente párrafo de la sentencia comentada:

> A estas empresas o sociedades que van surgiendo para desarrollar la actividad del principal, y que pueden o no desenvolverse en lugares distintos al del domicilio de la principal, de acuerdo a su composición interna o al grado de sujeción a la *casa matriz*, se las distingue como filiales, relacionadas, etc. Se trata de un ente controlante que impone a otros, *con apariencias de sociedades autónomas o empresas diferentes*, dicho control para lograr determinados fines, por lo que los controlados se convierten en meras instrumentaciones del controlante[47].

En efecto, cuando estamos en presencia de un *grupo societario* es indudable que cada una de las sociedades que integran el grupo, tiene y conserva su personalidad independiente y se trata de verdaderas sociedades autónomas; no de *apariencias de sociedades autónomas*. Por la misma razón, el *grupo societario* carece como tal de personalidad jurídica[48].

En el caso de la sentencia del 18 de abril de 2001 la consecuencia de la existencia de un grupo societario se limita *como bien asienta Rodner* "a la extensión de la personalidad procesal del grupo y exclusivamente para el caso de notificación"[49].

---

45. OTIS RODNER, James, *ob. cit.*, pp. 151-152.

46. OTIS RODNER, James, *ob. cit.*, p.145. Este autor menciona que en el Derecho comparado se requiere, para la existencia de un grupo societario, que existan dos o más sociedades que ejerzan *actividades conexas* que exista similitud o identidad de accionistas y que exista dominación por parte de uno de los miembros del grupo sobre los demás (ver. p. 150).

47. *V.*, página 8 de la sentencia. Énfasis nuestros.

48. *Cf.*, OTIS RODNER, James, *ob. cit.*, p. 149.

49. *Ob. cit.*, p. 154. El autor citado señala que la doctrina comparada entiende por "principio de la personalidad procesal del grupo", aquel principio conforme al cual, *para algunos actos de excepción* en un proceso civil o, inclusive, en un proceso de arbitraje, algunas sociedades miembros del grupo, en *condiciones excepcionales* pueden ser consideradas como formando parte integrante con otras sociedades del mismo grupo (pp. 149-150).

4. La sentencia de fecha 3 de marzo de 1994 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

Otro de los fallos citados por la doctrina que ha tratado el tema que nos ocupa[50] fue la dictada por un Juzgado Superior de Familia y Menores. Los hechos que conformaron el caso decidido por dicho fallo pueden ser resumidos en la forma siguiente: En un juicio de divorcio, el Juez de la causa decretó medida cautelar de embargo sobre el cincuenta por ciento de los depósitos existentes en las cuentas corrientes bancarias de dos sociedades anónimas. Además declaró medida de "prohibición de venta y traspaso" de siete vehículos que estaban registrados a nombre de las dos compañías y a nombre del uno de los cónyuges. El apoderado de las compañías cuyos bienes fueron objeto de las medidas cautelares se opusieron a las medidas alegando que los bienes afectados por las mismas pertenecían a empresas que tenían personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges en litigio; que dichas empresas tenían un patrimonio propio y no eran parte en el proceso de divorcio que se ventilaba. El Juez de la causa fundamentó las medidas cautelares en el contenido del Artículo 191, ordinal 3° del CC; norma que lo faculta para dictar provisionalmente medidas dirigidas a salvaguardar y asegurar los bienes de la comunidad conyugal. De los recaudos que cursan en el expediente, el Juez de alzada dedujo que los cónyuges litigantes eran los únicos accionistas de las dos sociedades anónimas cuyos bienes fueron afectados por las medidas y que dichas sociedades fueron constituidas por ellos durante la vigencia del matrimonio.

La titular del Tribunal de Alzada, después de hacer mención a la teoría del levantamiento del velo, señala que:

> …hay actuaciones jurídicas particulares en las cuales es necesario examinar por vía excepcional el peculiar sustrato personal (miembros) que se encuentran tras ella. Se trata de casos donde el Juez debe 'levantar el velo' de la persona jurídica o Empresa a fin de indagar los intereses de los hombres o seres humanos que integran la persona jurídica por cuanto en esos casos la radical separación entre la personalidad de la persona jurídica y la de sus miembros conduce a resultados completamente injustos y hasta contrarios a derecho[51].

El Tribunal finaliza su argumentación en la forma siguiente:

> En el caso de autos, considera este Juzgador que habiendo constituido los cónyuges una sociedad mercantil dentro de su vida matrimonial y siendo ellos los únicos socios, esta Empresa se podría considerar como una extensión de la comunidad conyugal; el pretender mantenerse rigurosamente dentro del esquema de la persona jurídica absolutamente separada de los únicos miembros-cónyuges podría provocar una situación de injusticia con el único socio-cónyuge (sic) (en este caso la parte actora). La misión del Juez de Familia es de acuerdo a la letra y al espíritu del Legislador Civil del 82 preservar el patrimonio familiar a través de las medidas que estime pertinentes[52].

La decisión analizada concluye ratificando la actuación del Juez de la causa y afirma que las medidas preventivas estuvieron ajustadas a derecho para salvaguardar los intereses de uno de los cónyuges *cuyos gananciales podrían verse en riesgo*[53].

---

50. ZERPA, Levis Ignacio, "El abuso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* nº 116, UCV, Caracas 1999, pp. 102-103.

51. *V.*, pp. 4-5 de la sentencia.

52. *V.*, p. 5 de la sentencia.

53. No tuvimos oportunidad de leer el expediente completo y nos llama la atención que el fallo en algunos lugares hace mención al hecho de que los cónyuges en litigio eran ambos los únicos accionistas de las compañías cuyos bienes resultaron afectados por las medidas (p. 4) y en otros lugares señala que la cónyuge demandante es *el único*

A nuestro modo de ver, el caso al cual se refiere la sentencia aquí analizada, constituye uno de los supuestos típicos en los cuales se hace necesario aplicar la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica a fin de evitar que el curso del proceso se puedan realizar actos -ajenos a éste- que lesionen gravemente el patrimonio de una de las partes y resulten frustradas las previsiones que el sistema jurídico ha organizado para mantener el necesario equilibrio de los intereses que pueden estar en pugna; en el caso concreto: salvaguardar la porción de los bienes comunes que corresponden a cada uno de los cónyuges que contrajeron matrimonio sin capitulaciones matrimoniales; es decir, su parte en la comunidad de gananciales.

En casos como el decidido por la sentencia objeto de nuestro análisis, sostener la posición ortodoxa del respeto a la personalidad jurídica de cada uno de los socios cónyuges, habría posibilitado que se produjeran efectos que tal vez resultarían en un daño patrimonial irreversible para uno de los cónyuges. En efecto, la solución ortodoxa había implicado que únicamente era posible la ejecución de medidas cautelares de aseguramiento sobre aquellos bienes no sujetos a formalidades registrales que estuvieren a nombre del cónyuge demandado. En este punto, debemos señalar que ni siquiera resultaba necesario afectar las acciones de la compañía ni los vehículos que estuvieren registrados a nombre del cónyuge demandado por cuanto para transmitir la propiedad de dichos bienes se hacía necesario el consentimiento de la cónyuge demandante (Art. 168 CC).

En resumen, estamos totalmente de acuerdo con el hecho de que en el caso al cual se refiere la sentencia se debió aplicar *como se hizo* la doctrina del levantamiento del velo; sin embargo, discrepamos de la forma utilizada para tratar de salvaguardar los intereses protegibles. En efecto, embargar preventivamente el cincuenta por ciento de los depósitos de las cuentas corrientes bancarias de las compañías puede no resultar justo ni adecuado. Por una parte, las sociedades en funcionamiento normal no tienen únicamente activos; también tienen pasivos y una medida como la decretada y ejecutada, únicamente tomó en consideración los activos e ignoró los pasivos. Por otra parte, una medida de embargo de cuentas bancarias puede perjudicar a la sociedad titular de las mismas al producir una inmovilización de efectivo que pudiere ser necesario para cumplir obligaciones vencidas, generando así la posibilidad de demandas en contra de la sociedad; demandas que pondrían en peligro no solo a la compañía, sino que podrían afectar gravemente los mismos intereses que se trata de proteger.

Las reflexiones consignadas en el párrafo que antecede conduce a buscar soluciones diferentes para casos similares a aquel al cual se refiere la sentencia comentada. En este orden de ideas, tal vez resulte adecuado pensar que con fundamento en el parágrafo primero del artículo 588 CPC y por vía de decreto de medidas innominadas, se acuerde el nombramiento de un tercero que actúe como una suerte de curador del patrimonio de las sociedades involucradas y autorice las disposiciones de activos sociales tomando en consideración tanto la conservación de la empresa, como los intereses de los cónyuges litigantes.

---

socio-cónyuge (pp. 5-6); haciendo además alusión a que al actora es la "socio *sui-generis* por ser la cónyuge cuyos gananciales podrían verse en riesgo".

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de más de cuarenta y seis años, y no obstante la cantidad de análisis realizados por la doctrina y la jurisprudencia acerca del tema del levantamiento del velo, parece que el avance real ha sido escaso a partir de las formulaciones de Serick. Da la impresión de que, salvo el deseo de un mayor número de autores y de jueces en declarar, en casos concretos, el desconocimiento de la personalidad jurídica, todavía continuamos en esa zona nebulosa de falta de determinación de directrices objetivas que nos indiquen en forma indubitable, cuándo debe el órgano jurisdiccional romper el principio del hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades[54].

En efecto, en 1955 Serick[55] formuló en su ya clásica obra cuatro proposiciones -que comúnmente son citadas literalmente por la doctrina-[56], para aceptar el desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades. Tales proposiciones pueden ser parafraseadas en la forma siguiente:

> i) Se puede descartar la personalidad jurídica de la sociedad en todos aquellos casos en los cuales se ha abusado de la estructura formal de la persona jurídica para lograr un resultado contrario a derecho. A tal efecto, podrá hablarse de que existe abuso en el sentido indicado, cuando: a) si con la persona jurídica se ha burlado una disposición legal; b) si la persona jurídica ha sido utilizada para incumplir obligaciones contractuales; c) si la persona jurídica se ha utilizado para perjudicar fraudulentamente a terceros. Con relación a la primera proposición arriba descrita, Serick afirma que de no existir uno de los casos de abuso de la persona jurídica, no es posible quebrar el hermetismo de la personalidad jurídica. Como ejemplo de casos que caen dentro de la primera proposición, Serick cita el de los empleados del comerciante que constituyen una sociedad a fin de trasgredir la obligación de no competencia; el caso de quien deja a la persona jurídica por él dominada realizar el acto a cuya omisión está obligado y el del socio único que en lugar de capitalizar a su sociedad aparece como prestamista a fin de aparecer en la posición de acreedor en caso de que fracase el negocio[57].
>
> ii) No basta el solo alegato de que manteniendo el hermetismo de la personalidad jurídica se impide obtener la finalidad de la norma que se alega violada o el negocio jurídico incumplido mediante (o con el auxilio) de la persona jurídica. Sin embargo, tal argumento basta en todos aquellos supuestos en los cuales mediante la personalidad jurídica se trata de impedir la eficacia de una regla de Derecho de Sociedades a la cual se le reconozca valor fundamental.
>
> El núcleo de la segunda proposición de Serick se encuentra en la afirmación de que la finalidad de una norma (que se señala como supuestamente transgredida por la persona jurídica) no puede ser realizada a expensas de la forma de la persona jurídica; esto es, permitiendo la penetración hasta el sustrato de la persona jurídica. No obstante, ésta -que debe ser la regla general-, admite excepciones en todos aquellos supuestos en los cuales la norma transgredida es de tal importancia que se pueda afirmar que la ley "no quisiera ver *impedida* su finalidad ni de una manera indirecta"[58].

---

54. Un excelente resumen del estado del Derecho Comparado en relación con el estudio del punto puede verse en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, UCAB, Cuarta edición, t II, Caracas 1998, pp. 811-823.

55. SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ediciones Ariel, Barcelona 1958, Traducción de BRUTAU, José Puig y prólogo de POLO, Antonio.

56. *V.*, MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *ob. cit.*, t II, p. 813. ZERPA, Levis Ignacio, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 116, UCV, Caracas 1999, pp. 97-98.

57. *Ob. cit.*, p. 243.

58. *Ob. cit.*, p. 248. Enfásis añadidos.

Como ejemplo de la segunda proposición, se cita el caso de una persona jurídica que persigue, por intermedio de otra persona jurídica, los efectos jurídicos que el legislador no ha querido que pudiera realizar la primera persona jurídica[59].

iii) Si una norma se funda en cualidades o capacidades humanas (no aplicables por tanto en principio a personas jurídicas en sentido estricto), tales normas deben aplicarse a las sociedades cuando la finalidad perseguida por la norma corresponda a esta clase de personas. La aplicación de esta proposición permite llegar a las personas físicas que conforman el sustrato personal de la persona jurídica para determinar si en ellas concurre la hipótesis de la cual depone la eficacia de la norma.

Con relación a su tercera proposición, el autor citado señala que "la sola circunstancia de que una norma se halle enlazada con atributos humanos no es suficiente para excluir su aplicación a las personas jurídicas".[60] En este caso, se recurre al análisis de la finalidad de la norma indagando si el precepto jurídico de que se trata en el caso concreto puede tener aplicación, en general, a las personas jurídicas. Como el autor señala, este problema no debe confundirse con aquel otro más genérico de saber si para la realización de la finalidad de la norma debe indagarse hasta alcanzar a las personas físicas que en último término se encuentran detrás de la persona jurídica; sino que el enfoque debe ponerse en comparar si la norma prevista para la persona física puede ser aplicada a la persona jurídica, tomando como base para la decisión en tal sentido la comparación de la finalidad de la norma de que se trata con la finalidad a que responde la institución de la persona jurídica. En caso afirmativo, todavía quedaría pendiente de resolución el problema de comprobar "si en la persona jurídica concurren las cualidades o capacidades previstas en la hipótesis de la regla de derecho"[61].

iv) La cuarta proposición de Serick se concreta en la forma siguiente: es posible descartar la personalidad jurídica cuando la persona jurídica ha sido utilizada para ocultar el hecho de que existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado; siempre y cuando la norma que deba aplicarse suponga que la identidad o diversidad de los sujetos deba ser verdaderamente efectiva y no puramente nominal[62].

La cuarta proposición es explicada tomando como punto de partida las normas jurídicas cuyo supuesto de aplicación está estrechamente vinculado a la característica esencial de la persona jurídica; esto es, la separación entre la sociedad y sus socios. Dicho en otras palabras, cuando la norma legal requiere que efectivamente se trate de personas diferentes y mediante la intervención de una persona jurídica se pretende obviar la aplicabilidad de la norma. En tal supuesto, Serick opina que "el juez debe desatender la forma de la persona jurídica porque sólo de tal manera cabrá resolver satisfactoriamente el conflicto entre los supuestos de aplicación de la norma y la forma de la persona jurídica"[63].

Al analizar los avances de doctrina y jurisprudencia en el campo de la desestimación de la personalidad jurídica, debemos concluir en que no obstante los esfuerzos, poco hemos avanzado después de las proposiciones de Serick. Tal vez puede afirmarse que los pasos hacia delante *nada desdeñables, por supuesto*, corresponden más al ámbito psicológico que al específicamente material: hoy día puede afirmarse que el quiebre del hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades no se ve como algo insuperable o que constituya una herejía o irreverencia jurídica.

De cualquier forma, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo debe hacerse con el mayor de los cuidados a fin de evitar la inseguridad jurídica y evitar privar de los efectos del beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios;

59. *Ob. cit.*, p. 248.
60. SERICK, Rolf, *ob. cit.*, p. 252.
61. SERICK, Rolf, *ob. cit.*, p. 254.
62. SERICK, Rolf, *ob. cit.*, pp. 243-257.
63. *Ob. cit.*, p. 257.

beneficio que como afirma Sánchez Calero "ha sido uno de los elementos que ha contribuido al progreso económico"[64]. En este sentido, el autor citado ha calificado parte de la doctrina jurisprudencial española sobre la materia como de "contornos ciertamente no nítidos y sus fundamentos confusos" y en la que con "frecuencia prevalecen criterios de una discutible equidad y que crean una evidente inseguridad, por lo que parece acertada la advertencia que se hizo sobre los riesgos de la utilización de ésta doctrina, que, al amparo de evitar abusos de la personalidad jurídica, puede dar lugar a abusos por parte del poder judicial al entrar en el campo de la discrecionalidad"[65].

En relación con el tema aquí tratado, parecería que es posible observar en general, un fuerte movimiento -que tomó fuerza a partir de la excelente monografía de Serick- haciendo grandes esfuerzos para lograr, por todos los medios, el quiebre del principio del hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades. Dentro de este grupo, voces autorizadas se refieren constantemente a la "crisis del concepto de la personalidad jurídica" y a veces hasta se regresa al ya convertido en tema anacrónico, de si la personalidad jurídica de las sociedades y otros entes, constituye o no una realidad prenormativa o metajurídica; problema ha mucho tiempo resuelto al afirmar, la mayoría de la mejor doctrina, que la personalidad jurídica de las personas abstractas no es más que un recurso técnico que admite el ordenamiento jurídico cada vez que lo considera conveniente y oportuno y, consecuencialmente, cada sistema fija las condiciones bajo las cuales concede dicho recurso y los efectos jurídicos que tal concesión produce. En esta dirección *pensamos nosotros* que una vez admitida la personalidad jurídica de los entes abstractos por un determinado sistema jurídico positivo, las consecuencias de ello deben ser mantenidas incólumes, a los efectos de garantizar el principio de seguridad jurídica, salvo que existan poderosas razones jurídicas que conduzcan, necesariamente, a la desaplicación del principio como única vía para impedir una injusticia o una trasgresión de la ley. No obstante, en los casos en los cuales así se proceda, los hechos deben estar claramente acreditados en el caso concreto y los argumentos en que se apoye el fallo deben ser sólidos y suficientes.

Para las voces que claman *a veces casi en forma destemplada* por el quiebre del principio de la personalidad jurídica de las sociedades, tal quiebre se *justifica* en virtud de la *gran cantidad de fraudes* que se han ejecutado con auxilio de la figura. No obstante, si observamos el panorama de los delitos que tienen estrecha relación con el campo económico, parecería que no resulta justo imputar la mayor parte de hechos ilegales al uso de las sociedades mercantiles. Otras instituciones han sido objeto de amplia utilización como medios de delito: cheques, letras de cambio, Bolsas de Valores, mandatos de todo tipo e incluso, las formas procesales.

En nuestra opinión, si bien el problema del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades debe ser debidamente enfocado y convenientemente resuelto en pro de la justicia y la equidad, consideramos que continúan vigentes e invariables las razones y fines que dieron origen a que los diversos sistemas positivos adoptaran dicho principio con los efectos jurídicos que le son característicos. Hoy como en el Siglo XVII se hace necesaria la reunión de grandes capitales para acometer grandes proyectos en el campo económico, sin los cuales es imposible que la economía de los distintos países avance en forma clara, sostenida y sustentable. Hoy como ayer es necesario el ahorro del público en forma masiva para que refleje su doble efecto de ahorro privado y de mecanismo para el desarrollo. Hoy como ayer se requiere la posibilidad de que los inversionistas

64. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, citado por MORLES HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820.
65. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, citado por MORLES HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820.

puedan ingresar y salir con facilidad de las sociedades en las cuales invierten y por tanto se requiere la continuación de la libre transmisibilidad de las acciones de las sociedades anónimas. Finalmente, hoy como ayer se justifica la posibilidad de la limitación de la responsabilidad de las personas que arriesgan sus capitales en los negocios; limitación de responsabilidad que, hasta el momento, ningún autor del cual tengamos conocimiento ha formulado argumentos consistentes en sentido contrario. En definitiva, hoy día quienes constituyen una persona jurídica tienen una expectativa plausible de que todos los efectos previstos en la ley con relación a tal persona jurídica van a ser observados y respetados por todos los órganos del Poder Público y por los terceros.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONZO-GUZMAN, Rafael J., *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, C.A., Décima Segunda Edición, Caracas 2001.

ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Editorial Colex, Madrid 1997.

ARVELO VILLAMIZAR, Roquefelix, *La Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 1999.

DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, Cuarta Edición, Editorial Civitas, S.A, Madrid 1997.

CAPILLA RONCERO, Francisco, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la reciente Jurisprudencia*, Madrid 1990.

HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario*, Atelier, Barcelona 2000.

GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Artes gráficas Benzal, Madrid 1976.

OTIS RODNER, James, En *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia de Govea & Bernsaudoni*, Tomo III, Editorial La Semana Jurídica, C.A., Caracas enero-junio 2001.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfred, Curso de Derecho Mercantil, UCAB, Tomo II, Cuarta edición, Caracas 1998,

PERRETTI DE PARADA, Magaly, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 2002.

R&G. Tomo CLXVII, julio 2000.

R&G. Tomo CLXXIII, enero-febrero 2001.

OTIS RODNER, James, "el grupo de sociedades" en *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolana*, 4ª Jornadas Centenario del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1997.

Seminario dirigido por SENEN DE LA FUENTE, Guillermo con participación de BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, GARRIGUES, Luis Joaquin, CHICHERI, L., y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael. Comentario a la Ley Española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964.

SERICK, Rolf, "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", *El abuso del derecho por medio de la personalidad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona 1958. Traducción de Puig Brutau.

Ver: file: //C: \windows\TEMP\ Sentencia 123. T.S.J. htm.

ZERPA, Levis Ignacio, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 116, UCV, Caracas 1999.

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

Federico E. Leáñez A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Establece la Constitución en su artículo 112, lo siguiente:

> *Artículo 112.* Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Esta norma contiene la consagración de la libertad económica, la cual implica el derecho a realizar y a desarrollar la actividad lucrativa de la escogencia de la persona titular del derecho y a retirarse de ella cuando lo estime pertinente. Esta libertad tiene límites y está amparada por la garantía de la reserva legal. La norma constitucional citada, expresamente señala como límites a este derecho los previstos en la propia Constitución y, además, los previstos en las leyes. Otro límite consustancial a esta libertad es la extensión del derecho de los demás.

La norma transcrita, si bien no es programática, se dirige también al legislador. Ello cuando expresa los motivos por los que la ley puede limitar la libertad económica. Estos motivos se resumen en el concepto de orden público, entendido en sentido amplio. El texto constitucional se refiere a este concepto cuando expresa que las razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, son las que debe tener en cuenta el legislador para imponer límites a la libertad económica.

Luce evidente el sentido ambientalista y el concepto de desarrollo sustentable que inspiró al constituyente cuando redactó la norma citada. Hace clara referencia en la Constitución a que la libertad es susceptible de ser limitada por necesidades de aseguramiento del mantenimiento o mejora del ambiente y de la mejora y prosperidad del elemento humano. Esta interpretación va en pleno sentido con el concepto amplio de orden público que no se limita simplemente a la seguridad, sanidad, tranquilidad y moralidad públicas, sino que abarca los demás aspectos de la vida en común que han sido ampliados en su regulación por la legislación, la cual ha llegado a ser muy intervencionista en algunos períodos.

A su vez, el artículo 113 constitucional, establece:

> *Artículo 113.* No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquiera acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzca, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.
>
> Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Esta norma contiene todo un conjunto de reglas sobre el mercado y la competencia económica en nuestra Constitución. Podemos identificar en ella básicamente dos aspectos fundamentales: la materia relativa a los monopolios y la materia relativa al abuso de la posición de dominio y la demanda concentrada.

Los monopolios se encuentran prohibidos, *no se permitirán* dice la norma. Adicionalmente, la norma considera contrarias *a los principios fundamentales* de la Constitución, las actuaciones de los particulares que conduzcan por cualquier vía a la producción de un monopolio. Excepción a esta prohibición la tenemos en el caso de la explotación de recursos naturales de la Nación y de los servicios públicos, respecto de los cuales la autoridad puede otorgar concesiones temporales, bien sea demaniales o bien sea de servicio público, para ser explotadas incluso en forma exclusiva por una persona.

Sin duda la norma prohibe los monopolios de derecho, es decir los creados mediante ley para impedir la entrada de competidores al mercado. En el caso de los monopolios que surgen de la dinámica de la situación económica, por ejemplo cuando una empresa es la única que ha estimado pertinente hacer la inversión para la explotación de determinado mercado relevante, esta situación no implica que otras empresas estén en disminución jurídica para acceder a competir. En todo caso si existe una disminución de hecho en la competencia, esta debe ser vigilada por los órganos especializados del Estado, a los fines de determinar si nos encontramos antes conductas contrarias a la libre competencia, siendo en todo caso que debe proscribir las conductas de los particulares que conduzcan a una situación monopólica.

En segundo lugar, tenemos el abuso de posición de dominio y el caso de las demandas concentradas. La posición de dominio no se encuentra prohibida en sí misma, lo prohibido es el abuso de dicha posición. En consecuencia, se trata de una situación que se determina casuísticamente, en relación a un sitio y un tiempo concreto. Conforme al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la posición dominante en el mercado se define como una posición de fuerza económica que tiene una empresa, la cual le permite actuar en el mercado relevante con independencia de lo que hagan o dejen de hacer sus competidores, clientes y/o consumidores.

Ahora bien, para que nos encontremos ante una situación prohibida debe producirse un abuso, lo que implica que la empresa dominante actúe usando en sus transacciones comerciales métodos distintos a los normales para competir, con el efecto nocivo de

amenazar el grado de la competencia ya existente o de impedir su incremento. Esta situación afecta mucho más gravemente el mercado si se trata de una situación de demanda concentrada.

En el aspecto legislativo, debemos destacar que antes de la entrada en vigencia de las dos normas constitucionales antes citadas, sobre las cuales se sustenta todo el sistema de protección a la libre competencia, como sistema de mercado de competencia imperfecta que permite la mayor cantidad posible de eficiencia, existía un conjunto de textos legales que desarrollaban las prohibiciones relacionadas con la libre competencia, ya consagradas en la derogada Constitución de 1961.

Así, entre otros: (i) la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPELC), con sus correspondientes reglamentos e instructivos; (ii) la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, y (iii) la Ley de Educación y Protección al Consumidor y al Usuario.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El artículo 1º de la LPPELC señala que su objeto es "...promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica". Así, la ley protege el mercado abierto y libre por la vía del aseguramiento de la libre competencia la cual debería conducir a una mayor eficiencia. Además, se señala como objeto de la ley prohibir los monopolios y, además, los oligopolios y medios en general que cercenen la libre competencia, tal como lo consagra la Constitución. De tal modo que se tiene como objetivo a cumplir: la existencia de un mercado competido y eficiente. Y los medios para su logro, desde el punto de vista jurídico, parten de una vigilancia de policía administrativa de la competencia que se le asigna al Estado; y parten también de la existencia de prohibiciones, absolutas y relativas, y, en general, de notificaciones y cargas que, como medios y normativa de policía, se usan para la preservación del bien jurídico protegido, en este caso la libertad de concurrencia económica.

El ámbito de aplicación de la LPPELC, se encuentra previsto en el artículo 4. Se circunscribe a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que con o sin fines de lucro y en condiciones de libertad económica: (i) realicen actividades económicas en el territorio nacional; o (ii) agrupen a quienes realicen dichas actividades.

La LPPELC consagra conceptos o definiciones de indispensable referencia.

Así, define la libertad económica como "...el derecho que tienen todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las derivadas de los derechos de los demás y las que establezcan la Constitución y las leyes de la República" (artículo 1). La citada norma ratifica lo consagrado en el artículo 112 de la Constitución de la República de Venezuela, antes citado. Ya sabemos que se trata de limitaciones de policía administrativa en función de la protección económica de la libertad de mercado.

De otro lado, la LPPELC define la actividad económica en el artículo 3 como "...toda manifestación de producción o comercialización de bienes y toda prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos...". Esta definición en nuestro

criterio es demasiado restringida, lo que evidencia los peligros de las definiciones, ya que, conforme al artículo 4, quedan sometidas a la ley todas las personas que realicen estas actividades con o sin fines de lucro. Por tanto, el fin de beneficio económico no puede interpretarse como elemento esencial de lo que es actividad económica. De hecho, por ejemplo, la actividad de subvención social tiene contenido económico a pesar de que no tener un fin de lucro. En este sentido debe indicarse que, entre otras actividades del Estado la de fomento, la cual se traduce en subsidios o, en general, en subvenciones, es susceptible de afectar indudablemente la libre competencia, por lo que el otorgamiento de subvenciones debe ser evaluado a la luz de su incidencia respecto de la normativa de protección a la libre competencia, toda vez que las personas públicas también se encuentran sometidas a la regulación de esta ley.

De la misma forma, dicha norma define a la libre competencia como "...aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio". De lo que se evidencia una doble vertiente en lo que allí se define como libre competencia: por una parte, la libre entrada y salida de factores al mercado, entendiendo como tales a competidores, clientes y consumidores; y por la otra parte, una vez en el mercado, la posibilidad de mantenerse en él sin que las transacciones comerciales en su conjunto o sus condiciones sean impuestas por una empresa o grupo de ellas. Es decir, respecto de esto último lo que se pretende es que las relaciones de intercambio dependan del comportamiento objetivo del libre mercado y no de una imposición unilateral que cercene tal libertad.

De modo que habrá competencia y por tanto se encontrarán sujetas a la potestad de vigilancia y de sanción de la Superintendencia Para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, las actividades en las cuales existe libertad económica para desarrollarla.

III. PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROHIBICIÓN GENERAL)

La LPPELC dispone en su artículo 5 lo siguiente: "...se prohiben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia..."

Esto significa que, en forma general, quedan prohibidas las siguientes actuaciones siempre que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia:

-los *acuerdos, bien sea horizontales* (entre personas que se encuentran en un mismo nivel del proceso productivo) *o verticales* (entre personas que se encuentran en distinto nivel del proceso productivo) cualquiera sea su forma, bien sea que se trate de acuerdos, convenios o contratos.

-las *conductas y prácticas*, es decir la cooperación informal con la finalidad de coordinar la conducta en el mercado, cuya existencia sea la única explicación posible de conductas paralelas entre competidores que de lo contrario no serían habituales. En el Derecho de la Competencia Europeo esto se conoce como *prácticas concertadas*.

-las *decisiones*, es decir las expresiones de voluntad exteriorizadas por la persona que condicionen su conducta.

La circunstancia exigida para que se configure la prohibición es que se impida, restrinja, falsee o limite la libre competencia. Ello implica la evaluación del acuerdo, conducta, práctica o decisión, dentro del contexto económico en que se celebra o produce, así como también la evaluación de la protección al mercado y la competencia, y la situación de competencia que resultará como consecuencia de la aplicación del acuerdo, conducta, práctica o decisión. El factor más relevante en este análisis es la cuota de mercado que abarquen las partes en el correspondiente mercado relevante. Para que la competencia no sea falseada es menester que la competencia resultante luego del acuerdo sea efectiva, en relación con las características del mercado relevante.

El mercado relevante es el que comprende productos idénticos o productos considerados por los consumidores como intercambiables, de acuerdo a sus características, precio y uso. Adicionalmente a ello debe considerarse el mercado geográfico, es decir el área donde el acuerdo produce sus efectos. El mercado relevante comprende entonces los productos y el área geográfica. A este respecto véanse los artículos 2 y 3 del Reglamento N° 1 de la Ley.

Efectivamente, el artículo 2 del referido Reglamento establece 5 parámetros que pueden ser considerados por la Superintendencia para determinar el mercado relevante. Por un lado, tenemos que debe considerar la posibilidad cierta de sustitución de bienes o servicios. Ello implica, en los términos de dicha norma, que la sustitución del bien o servicio sea factible por otro, nacional o importado, teniendo en cuenta factores como el tiempo, los costos, preferencias de los consumidores derivadas de la marca y el uso de patentes, la factibilidad de la importación establecida en términos de barreras no arancelarias -tales como cupos- o medidas compensatorias. De otro lado, pueden tenerse en cuenta también para determinar el mercado relevante las fuentes de oferta o demanda actuales o potenciales (es decir, que se prevén) que se encuentren a la disposición de los clientes o proveedores; los costos adicionales tales como transporte, seguro, de comercialización, etc.; y finalmente debe considerarse la existencia de barreras jurídicas, nacionales o extranjeras, que limiten el acceso de los compradores o vendedores a proveedores o compradores alternativos.

Por su parte, el artículo 3er del Reglamento establece algunos de los elementos que la Superintendencia debe evaluar para determinar que existe una competencia efectiva en el mercado relevante. En tal sentido debe analizar: el resultado que se generaría en los precios, en el nivel de oferta y en la demanda actual o potencial, producto de la práctica bajo análisis; la competencia y la sustituibilidad de marcas y patentes. Finalmente, debe considerar si la práctica analizada no esta dirigida a elevar los costos de entrada o de salida del mercado.

Además, como factor que debe tenerse en cuenta en el análisis de todo acuerdo, conducta, práctica o decisión bajo la óptica de la libre competencia, se observa que existe un umbral por debajo del cual la práctica, decisión o acuerdo, no afecta la libre competencia, tal es la regla de *minimis*. El artículo 5 del Reglamento N° 1 establece dicha regla, al estipular que si se afecta una cuota de participación conjunta en el mercado inferior a la que anualmente determine la Superintendencia mediante Resolución, la conducta se entenderá permitida. La Resolución que en tal sentido se encuentra vigente actualmente data de 1993 (Res. 05-93) e impone como límite para considerar no afectado el mercado relevante, un porcentaje de menos de 15% de ese mercado y que las empresas participantes tengan un volumen de operaciones anuales no mayor a Bs. 30.000.000,00.

Es de observar que para el caso específico de las operaciones de concentración económica el umbral (la regla de *minimis*) es de 120.000 unidades tributarias conforme a otras normas que más adelante se indican.

De otro lado, tenemos la *rule of reason* que debe tenerse en cuenta para evaluar si una práctica comercial está prohibida. Conforme a esta regla es factible que se permitan conductas que restrinjan la libre competencia, siempre y cuando esta restricción se mantenga en un límite razonable. Esta regla es aplicable básicamente a las cláusulas de no competir y a los contratos de exclusividad (véase: Navarro, Efrén. "Reglas para la Determinación de Productos Alternos a la Libre Competencia". *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, p. 129,130. Editorial Sherwood. Caracas 2002).

IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS O PROHIBICIONES PARTICULARES. REFERENCIA ESPECIAL A LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Las normas que contienen tales supuestos específicos o prohibiciones particulares se encuentran comprendidas en los artículos 6 al 16 de la LPPELC, ambos inclusive. De tales artículos el 6, 7, 8, 9, 10 y el 12 se refieren a subtipos de la referida prohibición general, describiendo aspectos específicos de la misma.

Dentro de las prohibiciones particulares nos encontramos con la prohibición de concentraciones económicas, contenida en el artículo 11 de la Ley, y con la prohibición de abuso de posición de dominio a la cual se refiere el artículo 12 *ejusdem*. De las anteriores únicamente comentaremos en este epígrafe el caso de las concentraciones económicas por ser relevante al tema de estudio.

El artículo 11 de la LPPELC establece que:

> *Artículo 11*. Se prohiben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado.

Para el análisis de esta norma es imprescindible entender dos puntos: primero, lo que es una concentración económica; y, segundo, cuándo están prohibidas, es decir cuando restrinjan la libre competencia o produzcan una situación de dominio.

Entrando al punto de la definición debemos decir que la ley no dice lo que es una concentración económica. Ahora bien, se ha entendido que el concepto incluye toda operación por medio de la cual una empresa adquiere el control de otra o se une a ella fusionándose, cuando la consecuencia de tal vinculación es que las empresas anteriormente independientes van a ser controladas por una sola unidad económica. Este control se entiende, tanto en su vertiente de dominio del capital de una empresa, como en el de los demás supuestos. La Comisión de las Comunidades Europeas ha señalado que existe concentración económica cuando dos o más empresas, antes independientes entre sí, se fusionan, o cuando una o más personas que controlen una empresa al menos, controlen a otra ya sea directa o indirectamente mediante la toma de participaciones en el capital o mediante la compra de elementos del activo, bien sea por contrato o por cualquier otro medio.

La circunstancia del control de una empresa por otra se recoge en nuestra legislación, cuando el artículo 15 de la LPPELC establece:

> *Artículo 15.* Se tendrán como personas vinculadas entre sí a las siguientes:
>
> 1° Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella;
>
> 2° Las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas; y
>
> 3° Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los ordinales anteriores.

La vinculación de personas a los efectos de la legislación de protección de la libertad económica puede producir un efecto de concentración, ya que la vinculación elimina la independencia entre empresas. De la lectura de la norma anterior se evidencia que el concepto más relevante y que define propiamente la vinculación es el control, del cual nos ocuparemos de seguidas. Ahora bien, existirá una situación objetiva de vinculación, en el caso del ordinal 1°, si una persona participa en un 50% al menos del capital de otra, y existirá también, en el caso del ordinal 2°, si una de las anteriores participa a su vez en al menos el 50% del capital de otra.

Ahora bien, el elemento fundamental de vinculación es el control. Basta que exista control de una sociedad por otra para que exista vinculación y si existe tal vinculación habrá posibilidad de que exista concentración económica. A tal efecto el parágrafo único del mismo artículo 15, define lo que debe entenderse por control de una persona respecto de otra, a los efectos de establecer la vinculación entre ellas. Efectivamente, se señala:

> *Parágrafo Único*: Se entiende por control a la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de alguno de los sujetos de aplicación de esta Ley, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de éste, o mediante el ejercicio de derechos o contratos que permitan influir sobre la composición de las deliberaciones o decisiones, o sobre sus actividades.

Control es sinónimo en este caso de dominio, mando y preponderancia. Es decir, de lo que se trata es que el control de una empresa sobre otra implique su dominio, o como dice la ley *ejercer una influencia decisiva* la cual debe permitir que la voluntad del ente controlador sea decisiva en la composición del ente controlado, o en sus actividades, deliberaciones o decisiones. Ahora bien, esta influencia o, mejor, este dominio puede ser ejercido de las siguientes formas: por vía del ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad, en razón de que la empresa controladora sea propietaria de la totalidad o de parte de los activos de la empresa controlada; por vía de las facultades inherentes al simple derecho de uso sobre tales cosas, vale decir a su empleo o utilización; o, en general, mediante el ejercicio de cualquier derecho contractual o no.

Con todo lo anterior, la ley busca establecer el grado de independencia de una unidad económica respecto de otra para, en virtud de ella, calificarlas como vinculadas o no a los efectos de determinar si se ha producido una operación de concentración económica.

Otro elemento que merece análisis, es la consideración de cuándo se entiende que a través de una operación de concentración se modifica en forma permanente la estructura del mercado relevante, ya que en este caso es que podrá tener verdadera incidencia en él. Se pretende que, ya sea a través de la toma de control de la propiedad de una empresa o de alguna otra variable, se incida sobre los parámetros que determinan cuál será el comportamiento del mercado relevante.

Atendiendo esta diversidad de medios a través de los cuales se puede afectar el mercado relevante, el artículo 4 del Reglamento Nº 2 establece distintas modalidades de concentración económica.

Dicho artículo 4 señala que constituyen este tipo de operaciones: la fusión, la constitución de una empresa común, la adquisición directa o indirecta de control, la adquisición de activos productivos o fondos de comercio y cualquier otro acto, contrato o figura que concentre empresas, divisiones de empresas o partes de empresas.

Veamos:

La primera modalidad de concentración es bastante clara: la fusión de empresas. Mediante ella se produce un fenómeno de integración económica que tiende al fortalecimiento de las empresas participantes. En la fusión lo que ocurre es que dos o más empresas societarias integran sus patrimonios y socios en una sociedad. Esa sociedad resultante puede ser una nueva o puede ser que una empresa absorba a la otra. Resulta una forma clásica de concentración económica, siempre y cuando las personas jurídicas distintas que pasan a constituir una sola no tengan una vinculación previa entre sí, ya que de considerarse empresas previamente vinculadas en los términos previstos en la normativa que regula la competencia, entonces la fusión no produciría ningún efecto en la competencia previa ni en la resultante luego de la operación.

En segundo término, tenemos el caso de la constitución por parte de empresas no vinculadas entre sí de una empresa común. Se trata de una concentración parcial, donde las empresas unen algunos de sus negocios pero continúan siendo independientes, distintas y operando otros negocios. En este caso debe la creación de la empresa común debe tener carácter permanente, es decir debe tener plenas funciones y participar y operar en el mercado como todas las empresas que se desempeñan en el mismo. La operación en sí misma produce concentración económica, pero el artículo 4 del Reglamento N° 2 exige, en forma si se quiere de alguna forma circular, que tenga como *efecto* tal concentración económica, por lo que debe ser sometida a evaluación y su objeto no puede ser simplemente coordinar la competencia entre las empresas fundadoras o con la nueva empresa. Entendemos que la constitución de una empresa en común, al igual que las demás operaciones de concentración, sólo pueden ser ilícitas si generan efectos restrictivos en la libre competencia o conducen a una posición de dominio.

Luego, tenemos la adquisición directa o indirecta del control sobre otra empresa. Todo ello por los medios y vías analizados supra cuando nos referimos al parágrafo único del artículo 15 de la Ley.

En cuarto lugar, nos encontramos con la adquisición de activos productivos o fondos de comercio.

Finalmente, cualquier otro acto jurídico por el cual se concentren empresas. A tal efecto se hace una pequeña enumeración en la que se incluyen adjudicaciones judiciales, liquidaciones voluntarias o forzosas, las herencias o legados.

En todo caso, merece destacar que la Comisión Europea ha señalado que los simples acuerdos sobre conductas en el mercado se diferencian de las concentraciones, precisamente en que las concentraciones implican el sacrificio permanente de la independencia de las empresas.

En este mismo contexto se debe hacer mención, en complemento de lo dicho supra, a la existencia de distintos tipos de operaciones de concentración en función de la relación que presentan en el mercado las partes que se concentran: (i) *horizontales*, cuando el adquiriente participa en el mismo mercado relevante de la empresa adquirida; (ii)

verticales, cuando las empresas operan en mercados relevantes que guardan relación de proveedor-demandante; y (iii) *fusiones de conglomerados*, cuando las actividades económicas desempeñadas por las empresas no guardan relación alguna.

Todo ello ha llevado a la doctrina venezolana a señalar que concentración económica es "aquella operación que convierte en vinculadas personas que antes no lo eran, bien mediante intervenciones en el capital o en el control de unas personas sobre otras" (Linares B., Gustavo J.: *Las Fusiones en la Doctrina de Procompetencia -artículo 11 de la Ley- a la Luz de los Precedentes Administrativos en Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Colección Textos Legislativo N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, p. 105).

Por su parte, el Reglamento 4064/89 de la Comisión Europea exige tener en cuenta, repetimos, la independencia y la permanencia. Hay concentración si se modifican en forma permanente las estructuras de las empresas participantes, perdiendo su independencia. Son ejemplo de ello, como lo recoge el propio Reglamento N° 2 nacional, las fusiones, la toma de control y las empresas comunes que desempeñan permanentemente funciones de entidad independiente.

Pasemos ahora al punto de cuándo una concentración económica es ilícita por violar el artículo 11 de la LPPELC. La concentración económica prohibida es únicamente la que genera efectos restrictivos sobre la libre competencia o la que produzca una posición de dominio en el mercado. En consecuencia, son compatibles con la libre competencia en nuestro país, las concentraciones económicas que no creen ni refuercen una posición de dominio en el mercado y que, además, no obstaculicen la competencia existente. En tal sentido, sobre lo que debe entenderse como efecto restrictivo de la competencia, nos referimos a lo dicho supra, destacando que, en todo caso, la regla de *minimis* es ratificada para las concentraciones económicas estos casos por el artículo 2 del Reglamento N° 2.

La Resolución N° SPPLC/14-96 del 24 de mayo de 1996, señala que el volumen de negocios total de las empresas participantes en la operación de concentración para aplicar dicho Reglamento debe ser al menos de 120.000 unidades tributarias, en el ejercicio económico anterior. Si se trata de divisiones de varias empresas se tomará en cuenta el volumen de las divisiones. Debe señalarse que el cálculo del volumen de negocios se efectúa conforme al artículo 3 del Reglamento N° 2, es decir, mediante la sumatoria de las ventas en el último ejercicio económico, menos descuentos sobre ventas, impuesto al valor agregado y otros impuestos relacionados directamente con el volumen de los negocios, incluyendo a las empresas vinculadas del grupo.

Estudiemos un poco este artículo 3 del Reglamento N° 2. El mencionado artículo prescribe la forma como se realiza el cálculo del volumen de negocios, en la forma indicada arriba pero, además, algunas reglas particulares. Primero, si de trata de una adquisición parcial, vale decir de una parte de una empresa, de un fondo de comercio, de una división, únicamente deberá tenerse en cuenta para el cálculo del volumen de negocios el correspondiente a esa parte, es el caso de la llamada adquisición fraccionada. Seguidamente tenemos el caso de las empresas vinculadas entre sí, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley. En este caso debe sumarse el volumen de negocios de una misma actividad de todas las empresas bajo control común, bien sea que se trate de las controladas o de las que tienen el control, excluyéndose las transacciones internas del grupo. El tercer caso especial se refiere a aquél en el que las empresas que van a participar en la operación de concentración tienen a su vez el control conjunto de otra empresa. En este caso para el cálculo del volumen de negocios de las empresas partici-

pantes se excluirán las operaciones que podríamos llamar internas, es decir entre empresas vinculadas y comunes; en cambio se sumarán las operaciones de la empresa común con terceros y se adjudicarán en partes iguales a las empresas participantes en la operación de concentración. Para el caso específico de los bancos e instituciones financieras, el Reglamento es claro al establecer que el volumen de negocios será un décimo de su activo al momento de la operación. Finalmente, las empresas de seguros considerarán como su volumen de negocios el valor de las primas brutas, luego de la deducción de los impuestos o gravámenes pagados por esas primas.

La metodología aplicada por la Superintendencia para precisar la existencia de los elementos que determinan la existencia de una operación que restrinja la libre competencia, abarca algunos conceptos que se desprenden tanto del concepto de concentración, como de la definición de competencia efectiva establecida en el artículo 16 de la LPPELC, el cual expresa:

> *Artículo 16.* A los efectos de establecer si existe competencia efectiva en una determinada actividad económica, deberán tomarse en consideración los siguientes aspectos: El número de competidores que participen en la respectiva actividad, la cuota de participación de ellos en el respectivo mercado, la capacidad instalada de los mismos, la demanda del respectivo producto o servicio, la innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad, la posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro y el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución.

El desarrollo de este concepto parte de la determinación de los mercados relevantes involucrados y de sus respectivas dinámicas de competencia, así como el estudio de la estructura del mercado que comprende el análisis de concentración en el mercado y de barreras a la entrada.

El artículo 5 del referido Reglamento N° 2, señala que para determinar si una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia o produce una posición de dominio, deberán tenerse en cuenta, entre otros, los elementos que allí se indican. En tal sentido, se señala que será determinante evidenciar si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado relevante, generando como consecuencia de ella un mercado relevante de concentración moderada o alta. Esta concentración se mide calculando la participación en el mercado de las empresas del mismo. Se analiza el número de empresas y su cuota de mercado conforme a sus ventas y capacidad de producción. A tal efecto, la Superintendencia usa el índice Herfindhol-Hirschman (HHI) que en cero indica máxima atomización y en 10.000 indica monopolio puro.

Igualmente se indica en el Reglamento N° 2 que deberá determinarse si la operación facilita que se impongan barreras a la entrada para los nuevos competidores, o bien si facilita la posibilidad de acuerdos, prácticas o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia; es decir que se faciliten los acuerdos que expresamente prohibe el artículo 5 de la Ley. Asimismo, será determinante si la operación de concentración posibilita la elevación unilateral de los precios, sin que los competidores puedan contrarrestar ese poder. Entendemos que se trata del caso en que se permita que la empresa pueda actuar o actúe como si no tuviera competidores y, obviamente, con independencia de sus clientes, quienes tampoco podrán hacer nada para contrarrestar la subida unilateral de los precios.

También será determinante evaluar si la entrada en el mercado relevante por parte de un nuevo competidor es lo suficientemente fácil, oportuna, posible y suficiente como para que, luego de realizada la operación de concentración económica, esta entrada

evite que los participantes en el mercado puedan sostener un aumento de precios por encima del nivel anterior a la operación. También es menester evaluar si es el caso que la operación es necesaria para evitar la salida del mercado relevante de los activos productivos de la empresa adquirida. Y, deberá considerase si la operación tiene, o puede tener, por objeto desplazar indebidamente del mercado relevante a otras empresas, o impedirles el acceso, sobre todo si se trata de operaciones de empresas que se ubican en una misma cadena productiva.

V. LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LA PROHIBICIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Debemos observar, dentro del análisis de las operaciones de concentración económica, que las que producen una posición de dominio están prohibidas *per se*. Es decir, si bien la posición de dominio no esta prohibida sino el abuso de ella, hay una forma de llegar a una posición de dominio que esta prohibida, y es llegar a ella por vía de una operación de concentración económica.

Lo anterior nos conduce a hacer algunas consideraciones sobre la prohibición de abuso de posición de dominio, que nos ayudan propiamente al análisis de lo que es esta posición.

La LPPELC establece como práctica que limita la libre competencia, la referida al abuso de la posición de dominio. El artículo 13 de la Ley dispone que

> *Artículo 13.* Se prohibe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas: 1° La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios; 2° La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores; 3° la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; 4° La aplicación, en la relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; 5° La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y 6° Otras de efecto equivalente.

De acuerdo con lo señalado por la Superintendencia en la Resolución N° SPPLC/003/2001 del 16 de enero de 2001, la posición dominante consiste en la facultad que tienen uno o varios agentes económicos vinculados entre sí, de ejercer una influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia se vea, de alguna manera obstruida. Esta facultad asegura a la empresa en posición de dominio, la existencia de una independencia global de comportamiento, lo que en definitiva le permite anticipar y determinar los comportamientos y decisiones económicas de las otras empresas que participan en el mercado.

La LPPELC no señala como prohibida la existencia de una posición dominante, lo que prohibe es el abuso y ello, incluso, por el artículo 113 constitucional. Pero el artículo 11 de la Ley prohibe absolutamente la posición de dominio producto de una opera-

ción de concentración económica. El artículo 14 de la Ley establece que existe posición de dominio en los siguientes casos: "A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio: 1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una solo persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en su condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y 2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas la competencia efectiva".

Como se puede apreciar, la posición de dominio consiste en la facultad que posee una persona o empresa de afectar y modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto, bien o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de venta y operaciones.

No obstante, si bien es cierto que el poder de mercado es el principal indicio para determinar la existencia de una posición dominante, hay otros elementos que ayudan a reforzar la posición dominante, tales como las barreras a la entrada, el desarrollo tecnológico y el acceso a las fuentes de financiamiento, entre otros.

De este modo, para determinar si un agente económico se encuentra en una posición de dominio, de conformidad con los principios positivos contenidos en la Ley, debe determinarse, en primer lugar, cual es el segmento de mercado o mercado relevante dentro del que se pretende ubicar la actuación del agente económico. En segundo lugar, se debe determinar si existe competencia efectiva. A tal fin se utilizan los criterios del artículo 16 de la LPPELC: "A los efectos de establecer si existe competencia efectiva en una determinada actividad económica, deberán tomarse en consideración los siguientes aspectos: el número de competidores que participen en la respectiva actividad, la cuota de participación de ellos en el respectivo mercado, la capacidad instalada de los mismos, la demanda del respectivo producto o servicio, la innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad, la posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro y el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución".

De todo lo antes expuesto se puede apreciar que LPPELC no proscribe como prácticas contrarias a la libre competencia la existencia de posiciones de dominio, por el contrario, se prevén como situaciones que pueden observarse de hecho en el mercado. Lo prohibido es el abuso de esa posición. Pero además, es correcto y ajustado a derecho afirmar que una posición de dominio contraría *per se* el bien jurídicamente tutelado por la legislación de competencia, si se produce a través de una concentración económica, ya que se trata de un supuesto prohibido en el artículo 11 de la LPPELC.

Por otra parte, es importante tener presente que los agentes económicos que gozan de una posición de dominio dentro de un mercado determinado y además ejecuten acciones abusivas serán sancionados de acuerdo a la Ley.

De allí que, una vez comprobada la posición de dominio en el mercado relevante, el paso siguiente es analizar si efectivamente se está produciendo una conducta de las prohibidas por el artículo 13° de la LPPELC.

En efecto, el artículo 13° de la Ley trata de impedir que todo agente económico que detente una posición de dominio se aproveche abusivamente de la ausencia de competidores o de la ausencia de una competencia efectiva e imponga, atendiendo a su propio interés y lucro, condiciones que no podrían imponer si existiese competencia.

El abuso de posición de dominio puede producirse en el mercado a través de dos vías principalmente, cada una de las cuales genera efectos perversos en el mercado. En primer lugar, se presenta el caso en el cual una empresa que detenta una posición de dominio en un mercado, decida aprovecharse de esta situación ventajosa de ausencia de competencia efectiva, imponiendo precios altos, reduciendo su producción, a través de lo cual es capaz de apropiarse de una porción del excedente del consumidor. En segundo lugar, encontramos las prácticas de abuso de posición de dominio dirigidas a excluir competidores.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA PROHIBIDA

La realización de una concentración económica de las prohibidas por el artículo 11 de la LPPELC, es nula de nulidad absoluta, por ser contraria a una disposición que no puede ser relajada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil. Además, dispone expresamente el artículo 57 de la Ley que son nulos los actos o negocios jurídicos que tengan por causa u objeto las conductas prohibidas por las Secciones Primera y Segunda del Capítulo II del Título II de la Ley, entre las cuales se encuentra la prohibición del artículo 11 sobre concentraciones económicas.

Esta circunstancia de nulidad absoluta determina que la operación de concentración, como acto o negocio jurídico en sí, esté afectada de nulidad absoluta, así como también los negocios de ella derivados, que no serán capaces de producir efectos jurídicos válidos, son inexistentes. Esta nulidad se produce *ipso iure*, sin necesidad de declaración de la Administración Pública. Es apreciable de oficio. Tiene efectos *erga omnes*, al ser oponible frente a todos. Es insanable. Por tanto, la declaración de práctica prohibida que haga la Administración Pública tiene el efecto de hacer cesar un estado de hecho que es contrario a la realidad jurídica.

Ahora bien, el artículo 55 de la Ley autoriza a los terceros afectados por las prácticas prohibidas para acudir a los tribunales competentes para demandar las indemnizaciones por daños y perjuicios a que hubiere lugar. La única condición que pone la Ley para poder incoar esta acción, la cual entendemos se intenta contra las personas que han incurrido en la conducta prohibida, es que el acto administrativo de la Superintendencia, es decir la Resolución que declare la conducta prohibida, haya quedado firme. Esto es enteramente contradictorio con la nulidad absoluta que se postula en el artículo 57 de la Ley, por cuanto se limitan en parte los efectos radicales de derivados de tal nulidad, al exigirse una decisión administrativa. De tal modo, para demandar daños y perjuicios por la practica prohibida será menester un pronunciamiento de la Superintendencia, contra el cual no sea ya posible incoar el recurso contencioso administrativo al cual se refiere el artículo 53 de la Ley; o que incoado este ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo haya sido declarado sin lugar y no haya sido apelada dicha sentencia; o si apelada la decisión de la Corte Primera, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia haya validado la decisión administrativa.

Una vez firme el acto administrativo *los afectados* por la conducta prohibida podrán incoar ante los tribunales competentes (básicamente entendemos que los mercantiles), la acción de daños y perjuicios por los que hubiesen sufrido y que sean imputables a la conducta de quienes participaron en la operación de concentración económica. Esta

acción de daños y perjuicios prescribe, conforme al artículo 56, ordinal 1° de la Ley, a los 6 meses desde la fecha en que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme.

Finalmente, es de destacar que el artículo 49 de la LPPELC sanciona con multa de hasta el 10% del valor de las ventas del infractor, que podrá ser incrementada hasta el 20%, a quienes incurran en las prácticas prohibidas, entre las que se encuentra la concentración económica que impida, falsee o restrinja la libre competencia, o que cree una posición de dominio. Esta multa se calcula con base en las ventas del ejercicio económico inmediatamente anterior al de la Resolución de la Superintendencia.

Por último destacamos que el artículo 45 de la Ley establece la responsabilidad solidaria por las infracciones que se incurriese, no sólo a los autores, sino también a los coautores, cómplices, encubridores e instigadores de los hechos violatorios a dicha Ley.

VII. POSIBILIDAD DE EVALUACIÓN PREVIA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Existen dudas en la doctrina sobre la legalidad de la facultad de la Superintendencia para evaluar en forma previa las operaciones de concentración económica. Es decir, resulta clara la potestad de la Superintendencia para declarar que el acuerdo se encuentra prohibido, ante una circunstancia de hecho cumplido. Pero no, que pueda hacer una evaluación previa del asunto con fines autorizatorios. Efectivamente, no existe en el presente caso una autorización como tal, mediante el uso del método preventivo, conforme al cual los derechos no pueden ser ejercidos hasta que la Administración no contraste su ejercicio con el bien jurídico tutelado. Se ha creado por vía sublegal un método de evaluación previa con el objeto de evitar sanciones para las empresas. Ahora bien, en todo caso y como señala Linares, investida "…al menos en su propia doctrina, de los poderes necesarios para evaluar las concentraciones económicas..." (*op. cit.* p. 109) y, además, ratificado esto por el Reglamento N° 2 de la Ley, las operaciones de concentración económica pueden ser evaluadas por la Superintendencia antes de su realización o ejecución (artículo 6). Es decir, de lo que se trata es que las empresas involucradas en la operación pueden (ya lo que se trata es de una opción) solicitar a la Superintendencia que abra el procedimiento administrativo ordinario previsto en el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para evaluar la operación. La Superintendencia realizará la pertinente investigación y su decisión consistirá en declarar si la operación es contraria o no a la libre competencia. Si la declara no contraria a la libre competencia, entonces la realización de la operación no podrá ser objeto de sanción (artículos 12 y 13 del Reglamento N° 2). En este punto es menester indicar que, así como es optativo de las partes solicitar la evaluación previa de la operación de concentración, una vez hecha esta solicitud igualmente será optativo de ellas suspender o no la realización de la operación hasta que la Superintendencia emita su decisión. Esto permite a las partes actuar conforme a un riesgo calculado. Si para ellas es claro que la operación va a ser declarada conforme a la libre competencia, decidirán entonces llevar a cabo la operación, siempre con la incertidumbre de sí la operación va o no a ser aprobada. Si es aprobada no existe problema alguno, pero si no lo es entonces la Superintendencia abrirá el correspondiente procedimiento sancionador.

Por ello, la ventaja para las empresas de esperar la decisión de la Superintendencia antes de celebrar la operación, es precisamente evitar las sanciones y efectos adversos, porque la evaluación de la operación se realiza en forma preventiva.

Finalmente, deben señalarse dos aspectos más en relación con el procedimiento de evaluación previa que nos ocupa. Primero, los terceros con interés personal, legítimo y directo podrán intervenir en el procedimiento administrativo (artículo 11 del Reglamento N° 2). Y, segundo, la solicitud de evaluación previa se hace conforme al "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica" que elabora la Superintendencia. Dicho instructivo se encuentra publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.209 del 20 de mayo de 1997 y exige información sobre las partes solicitantes, las personas vinculadas entre sí, la naturaleza y características de la operación de concentración, información sobre el mercado, eficiencias que se logran con la operación y, de ser el caso, el desarrollo del argumento de quiebra inminente que justifique que los activos no salgan del mercado.

Igualmente se aplicarán a la evaluación los Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica, contenidos en la Resolución N° SPPLC 1039-99 del 9 de julio de 1999, dictada por la Superintendencia y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.819 del 1° de noviembre de 1999.

§ 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS

Antonio María Hernández
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba,
Argentina

I. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN Y LA PRIMERA VERSIÓN DEL *CORRALITO*[1]

El Poder Ejecutivo Nacional en Acuerdo General de Ministros, dicto con fecha 1 de diciembre de 2001 el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 1570, -que fuera publicado el 3 de diciembre- y que estableció una nueva operatoria a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina.

En el art. 2º del instrumento se prohibieron los retiros en efectivo que superen los doscientos cincuenta pesos o dólares por semana, por parte del titular de la cuentas que posea en cada entidad financiera y las transferencias al exterior, con excepción de las que correspondan a operaciones de comercio exterior, al pago de gastos o retiros que se realicen en el exterior a través de tarjetas de crédito o débito emitidas en el país, o a la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos, en este último caso sujeto a que las autorice el Banco Central.

En el art. 3º se prescribió que el Banco Central "puede disminuir las restricciones estable-cidas en los artículos precedentes, cuando los saldos de depósitos totales del sistema financiero aumenten respecto a los niveles al cierre del día 30 de septiembre de 2001 y las tasas de interés a las que se realicen las diferentes transacciones sean, a su juicio, normales".

En los fundamentos del Decreto se expresaba que estas eran "medidas de emergencia apropiadas por el corto tiempo que duren las operaciones mencionadas, para evitar que la continuidad de esta situación afecte en mayor medida la marcha de la economía, dando las seguridades necesarias tanto respecto al valor de los activos financieros, como sobre su liquidez, conservación e intangibilidad".

Asimismo se decía, luego de una referencia a la intangibilidad de los activos bancarios por parte de los titulares, "...que en situaciones como la presente puede restringirse por un breve periodo su uso y goce, limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo y algunas transferencias de fondos al exterior, que de ningún modo afectan el funcionamiento de la economía".

---

1. Seguimos en el análisis de este punto a nuestro artículo titulado "El corralito es inconstitucional", publicado el 15 de enero de 2002 en el diario *La Voz del Interior* de Córdoba, posteriormente reproducido en el Diario *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, del 18 de febrero de 2002.

Posteriormente, se indicaba "que en la actualidad la tecnología provee los medios necesarios para que los mercados puedan valerse perfectamente de transferencias entre cuentas de la misma u otra entidad del sistema, permitiendo a sus titulares, la total disposición de su propiedad dentro del país o para realizar operaciones en el exterior". Y más adelante, textualmente se afirmaba: "Que ello eliminará el riesgo de que se produzca una crisis financiera sistémica que pueda perjudicar a los ahorristas, protegidos inequívocamente por la ley Nº 25.466, y a la economía nacional toda".

Finalmente, se recurría a la utilizada argumentación de la imposibilidad de esperar el trámite normal para la sanción de las leyes con relación a decisiones de evidente necesidad y urgencia y se citaba las facultades de los incisos 1, 2 y 3 del art. 99 de la Constitución Nacional, para dictar el citado Decreto de Necesidad y Urgencia, que firmaron el anterior Presidente y sus Ministros en Acuerdo General.

Este Decreto, que instaló lo que se conoce como el *corralito* financiero, fue posteriormente modificado por el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 1606, dictado el 5 de diciembre de 2001, -que fuera publicado el 6 de diciembre- y que modificó algunos aspectos de los arts. 2 y 7, para excluir a algunas operaciones en el primer caso y ampliar el monto de las transferencias al exterior en el otro.

Luego, ya con el posterior gobierno nacional, se dictaron disposiciones para establecer feriados cambiarios e incluso para prohibir la transferencia de los fondos depositados en plazos fijos de un banco a una caja de ahorros o cuenta corriente de otro banco distinto, que agudizaron la situación al cerrar aún más el *corralito*.

II. LA REACCIÓN POPULAR

Estas medidas provocaron una de las reacciones populares más importantes de la historia argentina, pues los sectores afectados por las mismas, o sea la inmensa cantidad de ahorristas que habían confiado en el país y tenían depositados mas de 65.000 millones de dólares y pesos, salieron a las calles a manifestar su indignación contra este *corralito* a través de *cacerolazos*, que provocaron ya la renuncia de los ex Presidentes De la Rúa y Rodríguez Saá.

Fue la respuesta al dolor, angustia y frustración soportados por millones de argentinos que como es dominio público, se agolparon impotentes ante los distintos Bancos para intentar obtener las más elementales satisfacciones en defensa de su derecho de propiedad y de otros derechos conculcados. Así se afectaron los sueños de los argentinos que creyeron en el país, mientras que el mundo entero observaba atónito y apesadumbrado el increíble drama de Argentina, uno de los países más dotados de la Tierra en recursos naturales y económicos. Las gravísimas imágenes difundidas por la prensa nos muestran de manera brutal el contraste entre esta trágica realidad y los falsos, groseros e injustos seudo fundamentos del decreto del anterior gobierno que impusiera las medidas y mantenidas hasta ahora. Por ello se comprende con claridad que el reclamo de millones de argentinos haya sido y sea: a) en primer lugar, la devolución de los fondos depositados, -de inmediato y en la misma moneda en que se efectuaron-, y b) en segundo lugar, el juzgamiento y

atribución de las responsabilidades pertinentes tanto jurídicas como políticas de quienes ejecutaron tales actos en contra de la Constitución y del pueblo[2].

En este último aspecto, se comprende que en un país caracterizado por la impunidad, algunos sectores repitan que el dinero no está, o que la devolución del dinero no se puede hacer, o que no se puede solicitar el dinero a los bancos al mismo tiempo, o que si caen algunos bancos los daños serán mayores, o que los dólares eran virtuales, etc, entre otras manifestaciones destinadas a explicar y justificar lo injustificable, que se ha constituido en tal vez la más grave y dañosa confiscación colectiva de nuestra historia, sin precedentes comparables y que asombra a un concierto internacional que está apenado por nuestra triste realidad.

No se puede comprender en toda su dimensión este complejo problema y sus repercusiones no sólo jurídicas sino también políticas, sociológicas, económicas y humanas si no se advierte que se ha lesionado a una cifra calculada en cerca de cinco millones de ahorristas (lo que repercute en casi toda la sociedad Argentina), 90 % de los cuales tenía depósitos que no superaban los 50.000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas de la sociedad, o sea las más afectadas por las políticas vigentes y en definitiva, por la decadencia Argentina[3].

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS

Los derechos individuales violados o amenazados en forma inminentes fueron los siguientes:

a) *Derecho de propiedad*, reconocido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que establecen el uso y disposición de la propiedad privada con carácter de inviolabilidad. Asimismo, dicho derecho también se encuentra reconocido por las normas pertinentes de Tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica y las Declaraciones de Derechos Humanos Americana y Universal entre otros, que integran el llamado "bloque de constitucionalidad federal", en razón de la jerarquía constitucional asignada a los mismos en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994. La importancia del derecho de propiedad es tan extraordinaria en relación al Estado Constitucional de Derecho, que a partir de John Locke, el padre del liberalismo, se lo considero como uno de los más estrechamente vinculados a la naturaleza y dignidad humanas. Asimismo, el triunfo del constitucionalismo liberal o clásico se vinculo al logro de dos objetivos fundamentales: asegurar los derechos del hombre y limitar al poder mediante su división y separación. Aquella primera faz del constitucionalismo fue perfeccionada posteriormente mediante la segunda, caracterizada por lo

2. En este aspecto, la Jueza Federal SERVINI DE CUBRÍA, María R. de la Capital Federal esta investigando la posible comisión de actos delictivos en torno al retiro de los fondos de algunos bancos. Asimismo se han efectuado denuncias penales a los funcionarios que suscribieron los decretos que instauraron esta primera versión del corralito.

3. Puedo asegurar que en el ejercicio de la profesión de abogado, comprometido en la defensa de los derechos constitucionales violados, he visto un certificado de depósito a plazo fijo de 1300 dólares, de una anciana de escasísimos recursos económicos y conocido casos similares. Por eso resulta falso e interesado el discurso que trata de descalificar la protesta al sostener que se trata de *rentistas* que aprovechaban las ventajas de nuestro sistema financiero. Por el contrario, quedaron atrapados en general millones de compatriotas -cuyo número de cinco millones fue difundido públicamente por el vocero de la Presidencia, Eduardo Amadeo- que creyeron en el país y en su sistema bancario, alentados por el Congreso que incluso sancionó una ley de intangibilidad de depósitos, la n° 25.466, para asegurar la permanencia de los mismos. Ya se sabe que los sectores más poderosos de la sociedad, siempre advertidos de estos peligros, habían sacado tiempo antes sus fondos del país, empezando por quien era el propio Ministro de Economía, Domingo CAVALLO.

social, comenzada por el precedente mejicano de Querétaro de 1917, hasta arribar a la etapa actual de la internacionalización de los derechos del hombre, a la que nos incorporamos luego de la ultima reforma constitucional. Pero aquellos objetivos liminares de asegurar los derechos humanos y entre ellos el de la propiedad, constituyen una aspiración permanente del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En este caso resulta evidente que se violó el derecho de propiedad sobre el dinero depositado en los plazos fijos, ya que no se puede *usar* y *disponer* de los mismos, conforme la intergiversable letra y espíritu del art. 14 de la Constitución Nacional. Asimismo se desconoció el carácter de *inviolabilidad* de la propiedad reconocido en el art. 17 de la Ley Suprema, que dispone que "ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley", puesto que no existe garantía alguna de devolución de dicho dinero ni tampoco en relación a plazo alguno ni en cuanto a la moneda en cuestión, con lo cual también resulta evidente no solo el peligro de la depreciación de dicho dinero sino también la lesión evidente a los derechos y patrimonios, en proporciones que en este momento no podemos determinar, pero que se pueden advertir y comprobar con facilidad.

Estas groseras violaciones constitucionales fueron producidas por las anteriores autoridades, que dictaron y ejecutaron las normas mencionadas, a pesar de las funestas experiencias del pasado y no obstante la vigencia de la Ley Nº 25.466, sancionada muy poco tiempo antes, -en octubre de dicho año 2001-, en cuya virtud el Congreso declarara la intangibilidad de los depósitos bancarios, como derechos adquiridos de propiedad, garantizados por la Ley Suprema de la Nación.

b) *Derecho a la defensa del valor de la moneda*, reconocido por el art. 75 inc. 19 de la Ley Suprema de la Nación, luego de la reforma constitucional de 1994, como respuesta a los disvaliosos antecedentes sufridos a lo largo de la historia a través de los periodos inflacionarios vividos. En tal sentido, Germán Bidart Campos enuncia entre los derechos civiles y económicos de dicho articulo 75 inc. 19 al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la generación de empleo y a la defensa del valor de la moneda[4]. En este caso, en medio de la incertidumbre que se vivía, se hicieron públicas algunas propuestas de intentar devolver el dinero de los plazos fijos en dólares en una moneda distinta: pesos, o Lecop, o argentinos, que como resulta obvio, importaban lisa y llanamente una devaluación que esta prohibida por esta disposición constitucional. Después el nuevo Presidente, Eduardo Duhalde anunció en su discurso inaugural que los plazos fijos serían devueltos oportunamente en la moneda en que se efectuaron los depósitos. Posteriormente, los argentinos con dolor asistirían a un nuevo incumplimiento del contrato social y moral que debe unir a los gobernantes y gobernados, cuando el citado funcionario, incumpliera su promesa formal y firmara el Decreto Nº 214, que dispuso lo contrario, como más adelante veremos.

c) *Derecho al desarrollo humano*, reconocido también por el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994, como lo acabamos de mencionar en el acápite precedente. Este derecho al desarrollo humano es el que mejor define dicho inciso 19, que ha sido caracterizado por la doctrina como la nueva cláusula del progreso, recordando la originaria del art. 67 inc. 16, debida al genio imperecedero del padre de nuestra Ley Suprema, Juan Bautista Alberdi.

El concepto del desarrollo humano se comprende a partir de las claras definiciones de Paulo VI en la Encíclica Populorum Progressio: el desarrollo es el *nuevo nombre de la paz*, que debe alcanzar a *todos los hombres y a todo el hombre*. Se trata entonces de la promoción de los diversos aspectos de la personalidad humana, que se impone como obligación a cumplir por parte del Congreso, que en la norma suprema citada, ordena *Proveer lo conducente al desarrollo humano*...

En el caso en cuestión, resulta también indudable que las medidas adoptadas importan el desconocimiento del derecho al desarrollo humano, ya que no se puede disponer de los bienes fruto del trabajo, del ahorro y que son necesarios precisamente para el desarrollo humano.

4. *Cf.*, BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t 1, Ediar, Bs. As., 1996, p. 488.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS

Sostenemos la inconstitucionalidad de los Decretos 1570 y 1606 del 2001 emanados del Poder Ejecutivo de la Nación y de las disposiciones dictadas en consecuencia por el Banco Central de la República Argentina, por las siguientes razones, que sintéticamente mencionamos:

a) Por el manifiesto desconocimiento de los derechos constitucionales mencionados anteriormente de propiedad, de defensa del valor de la moneda y del desarrollo humano.

b) Porque los citados Decretos de Necesidad y Urgencia fueron dictados violando la disposición del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que estableció preciso limites al Poder Ejecutivo, como lo admitió la ultima jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *Verrocchi*, al avanzar en el control de constitucionalidad, modificando la anterior doctrina de los casos *Peralta* y *Rodríguez*[5]

c) Porque tampoco pudieron fundarse en la emergencia económica, pues no se cumplieron los requisitos admitidos por la doctrina jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal en los casos *Nadur*, Fallos, 243:449 y *Russo*, Fallos, 243:467: 1. Situación de emergencia reconocida por el Congreso. 2. Persecución de un fin publico que consulte los superiores y generales intereses del país. 3 Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales. 4. Razonabilidad del medio empleado por el legislador[6].

d) Porque tampoco se puede admitir la fundamentación de dichos decretos en un *poder de policía de emergencia*, que no tiene base constitucional alguna, a pesar de lo cual ha sido invocado y utilizado para violar los derechos individuales[7].

V. LA MISIÓN DEL PODER JUDICIAL Y EL CASO SMITH

Sobre este mismo tema, y frente a la gravedad de la situación, señalábamos con fecha 15 de enero pasado:[8] "Es menester que los Jueces asuman definitivamente como su más importante misión la del control de constitucionalidad, para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental como lo indica nuestro derecho, que sigue el formidable precedente del caso "Marbury v. Madison" y el silogismo del Chief Justice John Marshall, aceptado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace largo tiempo. (*Cfr.* Antonio María Hernández (h.), "El caso Fayt y sus implicancias constitucionales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001)

Además de la declaración de inconstitucionalidad de dichas medidas, nuestros Magistrados Judiciales debieran siempre tener presente estas palabras del gran maestro Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Na-

5. *V.*, MIDÓN, Mario, "Decretos de Necesidad y Urgencia", *La Ley*, Cáp. IX, Buenos Aires 2001.
6. *Cf.*, MIDÓN, Mario, *ob. cit.*, p. 93.
7. *Cf.*, MIDÓN, Mario, *ob. cit.*, p. 93 y EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t 2, Depalma, Bs.As., 1994, p. 617.
8. En nuestro artículo ya citado "El corralito es inconstitucional", publicado en *La Voz del Interior del 15 de enero de 2002*, en Córdoba y luego reproducido en el Diario *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, Buenos Aires del 18 de febrero de 2002.

ción. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".

Por esta razón, no puede dejar de considerarse la importancia que en la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene el fallo del caso "Smith Carlos A. c. P.E.N. s/Sumarísimo", del 1 de febrero de 2002, donde nuestro más alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1570 y sus normas complementarias que establecieran el *corralito*, tal como lo reclamábamos.

En efecto, el más Alto Tribunal descalificó el art. 2º del citado Decreto y sus disposiciones reglamentarias y modificatorias, pues las limitaciones establecidas a los depósitos bancarios, pese a la existencia de una grave situación de emergencia económica, desconocieron derechos adquiridos y coartaron la libre disponibilidad de tales fondos, lo que careció de razonabilidad y atentó contra el derecho de propiedad amparado en los arts. 14,17 y 18 de la Constitución Nacional y art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos[9].

9. *V.*, el texto completo del Fallo con el Dictamen del Procurador General en *La Ley* Suplemento Especial del lunes 4 de febrero de 2002, con nota a fallo del Prof. Dr. Carlos E. COLAUTTI. En el trabajo anterior publicado en este libro, reprodujimos los Considerandos 9 y 10 de dicho Fallo, al analizar la Policía de emergencia. Ahora hacemos lo propio con los Considerandos 11 a 15, que también deben destacarse por su importancia:

11) Que el derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta, con independencia de los preceptos legales que puedan reconocerlo, en los principios de la Ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia. Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el art. 28 de la Carta Magna (Fallos: 305:945, considerando 8°, último párrafo).

Tal circunstancia se aprecia nítidamente en la situación planteada en el *sub lite*, en donde las sucesivas reglamentaciones aludidas han excedido el marco de la delegación imponiendo condicionamientos y restricciones a la libre disposición de la propiedad privada de los particulares en abierta violación de las normas constitucionales mencionadas.

12) Que, en tal sentido, cabe recordar que esta Corte ha establecido que la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente, cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo (Fallos: 316: 1551; 318:1531 y sus citas y 1749, entre otros). De igual modo, el Tribunal subrayó que cuando bajo la vigencia de una norma el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay *derecho adquirido*, porque la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional (confr., entre muchísimos otros, Fallos: 314:1477; 316:2090 y 317:1462).

13) Que, en análogo orden de consideraciones, esta Corte señaló que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema (Fallos: 319:1915; 320: 31, 1796 y 2157).

14) Que, a la luz de los criterios jurisprudenciales mencionados se aprecia que en el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1° a 4°), circunstancias que exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa *Peralta* que se registra en Fallos: 313:1513. Ante

Sin entrar a considerar los aspectos procesales ni los estrictamente políticos de la cuestión[10], lo que debe resaltarse sin dudar es el cambio que este fallo produce en relación a la posición que tradicionalmente y salvo honrosas excepciones, había asumido el Tribunal en torno a las emergencias económicas, puesto que a partir del caso "Ercolano c. Lanteri de Renshaw" de 1922, o sea prácticamente a lo largo de 80 años, se limitó a producir convalidaciones a las violaciones producidas a los derechos individuales[11]. Sin embargo, las referencias efectuadas al precedente *Peralta*, donde la Corte había admitido la constitucionalidad del Decreto 36/90 que instaurara el Plan Bonez, para nosotros también merecen objeciones, pues no pensamos que dichos standards de control sean los requeridos para la modificación más sustancial que alentamos en defensa de los derechos individuales en la emergencia.

---

ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad.

15) Que, por lo demás, una justa apreciación del medio concreto elegido por la administración como paliativo de la crisis a fin de decidir sobre su razonabilidad, no puede ser examinada con prescindencia del conjunto de las medidas adoptadas. Desde tal enfoque, es menester destacar que la imposibilidad de disponer íntegramente de los ahorros e inversiones es solo una de las variadas restricciones al uso y goce de los recursos monetarios amparados por el derecho a la propiedad desde que la generalidad de las personas físicas y jurídicas ven cercenadas también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones. Todo ello sumado a la modificación del régimen cambiario extremo que a esta Corte no le compete juzgar desde que no es materia de debate en el presente y en tanto el control de constitucionalidad no comprende la facultad de sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. Frente a tan singular situación, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento. El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 *bis* y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

En las condiciones expuestas, corresponde desestimar el recurso interpuesto.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se desestima el recurso interpuesto. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. NAZARENO, Julio S., MOLINE O'CONNOR, Eduardo, FAYT, Carlos S. (según su voto) BOGGIANO, Antonio, LÓPEZ, F., VAZQUEZ, Adolfo Roberto.

10. Conocemos de las objeciones formuladas desde lo procesal a la sentencia en cuestión, pues la Corte falló a través de un per saltum introducido por un tercero sobre una medida cautelar; como así también desde lo político, en razón de las relaciones que atravesaba con el Poder Ejecutivo Nacional, sumado a las críticas que desde distintos medios se elevaban al Tribunal y en particular, por los *cacerolazos* de ahorristas. Pero por razones de brevedad no nos detendremos en estos aspectos, ya que sólo queremos opinar desde lo específicamente jurídico-constitucional y mediante la observación del fallo en el contexto histórico del control de constitucionalidad realizado en situaciones de emergencia. Bajo este punto de vista adelantamos que ya se han manifestado positivamente al respecto los distinguidos colegas COLAUTTI, Carlos E. en el comentario ya citado en la nota precedente, que se titula "La Corte Suprema como Poder del Estado", GIL DOMÍNGUEZ, Andrés en su libro *Constitución, emergencia y amparo*. *Ad Hoc*, Bs. As., p. 36 y PÉREZ HUALDE, Alejandro en su trabajo todavía inédito "Smith o el final del *sistema* jurídico de la emergencia", de la misma manera que lo hicimos nosotros en distintos escritos judiciales y ante medios de prensa (como *Página 12* y *La Voz del Interior* entre otros), además del Dr. BIDART CAMPOS, Germán J., en conversación que tuviésemos al respecto en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en el Distrito Federal de Méjico, entre los días 12 al 15 de febrero pasado.

11. *V.*, los artículos "La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación" de LAZZARINI, José Luis y "Los derechos patrimoniales durante la emergencia" de COLAUTTI, Carlos E., en *La Ley*, T. 1991, Sección Doctrina, pp. 1359 y ss. y 1467 y ss., respectivamente y el inédito de PÉREZ HUALDE, Alejandro, antes citado "Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia".

Esta legislación de emergencia que fue antepuesta a la Constitución Nacional, significó inexcusablemente la declinación de nuestro Estado de Derecho, mostrando uno de los aspectos más penosos de nuestra falta de cultura política y jurídica.

Recuérdese que hemos vivido -casi permanentemente- en emergencia en nuestra dolorosa historia, como lo acreditan las largas interrupciones del orden constitucional, más de 50 declaraciones de estado de sitio y de 150 intervenciones federales y emergencias económicas desde hace décadas.

Las emergencias de todo tipo: institucionales, políticas o económicas, casi siempre contaron con una jurisprudencia judicial aprobatoria de las medidas que se dictaron, a lo que se sumó una paulatina declinación de las facultades legislativas y de control del Congreso, que al par que fortalecieron al Poder Ejecutivo, también indicaron el incorrecto funcionamiento de nuestro sistema republicano y democrático.

Bien distingue en este aspecto Alejandro Pérez Hualde[12] las dos etapas de la legislación de emergencia económica: la primera, desde la Ley 11.157 sobre contratos de locación, con un poder de policía de emergencia esencialmente en manos del Congreso, hasta el Plan Austral de 1985, donde comienza la segunda etapa, caracterizada por un predominio evidente del Poder Ejecutivo, que se consolida con la legislación dictada durante la Presidencia de Menem a través de las Leyes de Reforma del Estado, y especialmente, mediante el dictado de más de 500 Decretos de Necesidad y Urgencia[13].

Recuérdese también el excesivo ejercicio de las delegaciones legislativas, admitidas por la Corte Suprema desde el caso *Delfino* de 1927, hasta llegar a las recientes Leyes 25.414 y la actual 25.561 -que luego analizaremos- y se comprenderá nuestro aserto anterior[14].

O sea que prácticamente de nada han valido los límites fijados por alguna jurisprudencia, -como en el caso Muviel-, o los altos propósitos que tuvo la sanción del art. 76 en la reforma constitucional de 1994, ya que en la realidad sociológica nada pudo detener los avances del Poder Ejecutivo, frente a la renuncia del Congreso al ejercicio de sus atribuciones legislativas y de control político y a un deficiente ejercicio del control de constitucionalidad -salvo honrosas excepciones- para salvar la supremacía de la Ley Fundamental, por parte de los Tribunales y especialmente de la Corte Suprema.

Hoy podemos comprobar con pesar el acierto de la premonición efectuada ya hace más de 40 años -en 1960- por uno de nuestros más distinguidos juristas, Sebastián Soler, que como Procurador General de la Nación, sostuviera en el dictamen del caso *Cine Callao*:

> *Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y*

12. En el trabajo todavía inédito "Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia", ya citado.

13. Sobre decretos de necesidad y urgencia, *V.*, las obras de PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Depalma, Bs.As, 1995 y MIDÓN, Mario, "Decretos de necesidad y urgencia, en *La Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales, La Ley*, Bs.S., 2001.

14. Entre los múltiples trabajos sobre el tema de la delegación legislativa, especialmente destacamos los más actuales de MIDÓN, Mario, sobre "Decretos de necesidad y urgencia", ya citado; COLAUTTI, Carlos E., "La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414", *La Ley*, 2001-D-1272; BENVENUTTI, José Manuel, "Competencias y limitaciones de la potestad legal y reglamentaria", *El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional*, p. 7, del 18 de febrero de 2002; PADILLA, Miguel, "El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales", *El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional*, p. 5, del 18 de febrero de 2002 y PÉREZ HUALDE, Alejandro "El Congreso Nacional frente a la crisis", *El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional*, p. 15, del 18 de febrero de 2002 y su inédito trabajo citado sobre "Smith".

lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno de atribuciones discrecionales para resolver los problemas" ... y termina: "así se va formando lo que se da en llamar 'una nueva conciencia'. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso[15].

Es por ello que en el contexto histórico referido, esta fallo es un valioso precedente que señala el camino que debemos recorrer en adelante, si queremos modificar nuestra anomia para fortalecer la seguridad jurídica, como base indispensable del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Reiteramos que más allá de los cuestionamientos que pueda merecer la Corte, en un análisis objetivo del fallo, no puede dejar de señalarse el cambio operado (aunque para nosotros deba ser más profundo), que tiende a modificar la omnipotencia de la legislación de emergencia, con restablecimiento de los derechos individuales conculcados, en ejercicio de sus competencias como uno de los Poderes del sistema republicano.

VI. LA LEY DE EMERGENCIA Nº 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Con fecha 6 de enero de 2002 fue sancionada por el Congreso la Ley Nº 25.561 de Emergencia pública y reforma del régimen cambiario, que entre otros aspectos que consideraremos, por medio de sus arts. 6º, 7º y 15º, ratificó en forma tácita el Decreto 1570.

En efecto, el art. 6º en su última parte, dispone: "El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esta protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras".

Señalamos asimismo que en el debate ocurrido en la Cámara de Diputados sobre esta norma, el miembro informante Diputado Jorge Matxkin, sostuvo que obviamente ello significaba que se iba respetar la devolución de los depósitos en la moneda pactada. Como después se verá, esta norma fue violada posteriormente por el Poder Ejecutivo de la Nación al dictar el Decreto 214 que dispuso la devolución en dólares, sin que se produjese reacción alguna por parte del Congreso, lo que confirma una vez más el alto grado de anomia que padecemos.

En cuanto al art. 7º de la ley, en su primera parte, establece: "Las deudas o saldos de las deudas originalmente convenidas con las entidades del sistema financiero en pesos vigentes al 30 de noviembre de 2001 y transformadas en dólares por el Decreto Nº 1570/2001, se mantendrán en la moneda original pactada, tanto el capital como sus accesorios. Derogase el artículo 1º del Decreto 1570/2001".

15. *Cf.*, Fallos 247:121, también citado por PÉREZ HUALDE, Alejandro en su artículo "El Congreso Nacional frente a la crisis".

A su vez, el art. 15º de la ley, ordena: "Suspéndase la aplicación de la Ley Nº 25.466, por el plazo máximo establecido en el artículo 1º, o hasta la oportunidad en que el Poder Ejecutivo Nacional considere superada la emergencia del sistema financiero, con relación a los depósitos afectados por el Decreto Nº 1570/01".

Aclaramos que la ley 25.466 es la que sancionada en octubre de dicho año 2001 había asegurado la intangibilidad de los depósitos, lo que significó que los ahorristas siguieran confiando en el sistema financiero y bancario y no retiraran masivamente los mismos. De tal manera que resulta inconcebible la actitud del Congreso Nacional, puesto que aproximadamente dos meses después, suspendió dicha intangibilidad hasta el 10 de diciembre de 2003 o hasta que el Poder Ejecutivo lo indique, produciendo un vulgar engaño de gravísimas consecuencias, que importa evidentes responsabilidades para sus autores: el Presidente y quienes votaron afirmativamente en el Congreso. Una vez más se destrozó la confianza pública, al desconocerse aquélla regla fundamental de la ética, de la política y del derecho: *pacta sunt servanda*, de la que David Hume sostuviera -en el siglo XVIII- que era el principio que separaba la civilización del atraso.

De más está decir que los artículos mencionados de esta Ley son manifiestamente inconstitucionales, por las razones aducidas en cuanto al Decreto 1570 y en particular, por los derechos individuales que se afectan.

Hace falta reiterar nuevamente que la emergencia, aunque haya sido declarada por el Congreso, no puede significar la suspensión, desconocimiento o lisa destrucción de la Constitución, o de sus derechos reconocidos y garantizados.

Es obvia la falta de razonabilidad de dichas normas, que en modo alguno respetan los mandatos del art. 28 de la Ley Suprema de la Nación. Una cosa es limitar ciertos derechos por la emergencia, y otra completamente distinta, es alterar, desconocer o menoscabar la esencia de los mismos, que es lo que ocurre con estos ahorros de millones de argentinos, a consecuencia del *corralito* financiero y bancario.

A su vez, el art. 1º de la ley declara la emergencia pública en los siguientes términos:

> Declarase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2.

Por su parte, el art. 2º dice: "El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el art. 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias".

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el art. 6º segundo párrafo en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero, en el art. 6º tercer párrafo en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y por último, en el mismo artículo, quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas.

Con respecto al análisis de esta delegación, debemos sostener con Alejandro Pérez Hualde[16] y Miguel Padilla[17] su inconstitucionalidad, por cuanto excede con amplitud las pautas del art. 76 de la Ley Suprema de la Nación, para posiblemente ingresar en los límites prohibidos del art. 29, que como bien se dijo, fue escrito con letras de sangre.

Es que a la abdicación de las atribuciones congresionales, debemos agregar la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, que impide un adecuado control de las delegaciones producidas y en consecuencia, concentra el poder en el Presidente y unos pocos funcionarios.

Además, ya resulta evidente que las Comisiones de Seguimiento Legislativo no han cumplido satisfactoriamente sus objetivos, como lo prueba en particular la de las privatizaciones.

En este aspecto, queremos resaltar la opinión del Académico Adolfo Edgardo Buscaglia[18] que al defender una concepción *cualitativa-cuantitativa* de la política monetaria, sostiene que luego de la incorporación de la defensa del valor de la moneda en el inc. 19 del art. 75, se ha transformado dicha función en un rol indeclinable, exclusivo y excluyente del Congreso, que no puede ser delegado. Por ello sugiere que se cuente con una Comisión asesora permanente de alto nivel técnico, al estilo de *The Joint Economic Committee* del Congreso norteamericano.

Así como nos pareció saludable la derogación efectuada de la Ley 25.414, -que había producido la anterior inconstitucional delegación legislativa al Presidente De la Rúa-, por medio de la Ley Nº 25.556 sancionada el 20 de diciembre de 2001, que pareció indicar un derrotero institucional distinto del Congreso, al poco tiempo se reincidió en similares criterios con esta nueva delegación.

Es que además de la notoria incoherencia, se incurrió en un error mayor al haberse concedido una delegación todavía más extensa al actual Presidente, quien a su vez agravó la cuestión al delegar facultades indelegables por el art. 76 de la Constitución, en funcionarios inferiores.

Estamos convencidos que el camino a recorrer debe ser completamente distinto al que venimos soportando desde hace años, o sea que necesitamos la reasunción del ejercicio de las competencias constitucionales por parte del Congreso, para que allí, con transparencia y estilo republicano, se produzcan los debates que señalen los grandes rumbos de la política nacional.

Ya debiéramos haber aprendido que en el país hay demasiadas promesas incumplidas de la democracia, -en conceptos de Norberto Bobbio-, para que sigamos entregando nuestro futuro a sólo dos personas: el Presidente y Ministro de Economía de turno, que quedan sujetos a las presiones de los grupos de interés, no siempre compatibles con el bien común de la sociedad.

Insistimos en la imperiosa afirmación de criterios y estilos republicanos y obviamente, de una muy profunda reforma política, que alcance esencialmente a los partidos políticos, ya que como lo advirtió Vedel, de ellos depende la suerte de nuestra democracia.

Para concluir con otros aspectos de la Ley que nos merecen reparos en su constitucionalidad, debemos señalar el art. 18º, que establece una modificación del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para posibilitar el *per saltum* ante la

16. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El Congreso Nacional frente a la crisis*, ya citado.

17. PADILLA, Miguel, *El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales*, ya citado.

18. BUSCAGLIA, Adolfo Edgardo, "La moneda y las uniones monetarias en la Constitución Nacional", Disertación pronunciada en el acto de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 22 de noviembre de 2000, publicada por la citada institución en Buenos Aires, 2001, pp. 38/39.

Corte Suprema de Justicia de la Nación por las medidas cautelares en relación al *corralito* y el art. 19º, en la parte que expresa: "…Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos". Son tan irrazonables, arbitrarios y groseros los fines perseguidos por estas normas como su redacción, lo que nos exime de mayores comentarios.

Proponemos, de conformidad con lo antes expuesto, que el Congreso proceda a derogar de inmediato los artículos comentados, además de la normativa dictada al respecto por el Poder Ejecutivo, como una manera concreta de empezar a restablecer la confianza popular en los representantes, además del respeto a la Constitución y a la seguridad jurídica.

VII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 214 DEL PEN Y LA SEGUNDA VERSIÓN DEL *CORRALITO*

Posteriormente se dictaron por el Poder Ejecutivo los Decretos 71/2002, reglamentario del régimen cambiario establecido, que en el art. 5º facultó al Ministerio de Economía a establecer la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en monedas extranjeras y el 141/02, que modificó el anterior en cuanto a la devolución de saldos en monedas extranjeras.

Asimismo el Ministerio de Economía dictó las Resoluciones 6, 9, 10 y luego la 18 y su modificatoria 23 de 2002, que prescribieron los cronogramas de vencimiento y la reprogramación de la totalidad de los depósitos del sistema financiero y bancario a varios años.

Todo esto, a lo que debe sumarse el sistema de circulares del Banco Central, fue conformando un conjunto de normas profusas, difusas y en algunos casos contradictorias, -que no vale la pena analizar por razones de brevedad-, pero que produjeron estos efectos:

a) la configuración de una segunda versión del *corralito*, mucho más restrictiva de los derechos individuales que la anterior, y

b) la puesta de relieve de una manifiesta improvisación gubernativa en una materia tan delicada como la monetaria y cambiaria, que fue profundizando la angustia e impotencia de los ahorristas y en definitiva del pueblo argentino[19].

Recordamos que dicha Resolución 23 fue dictada el 21 de enero y fue luego objeto de particular análisis en cuanto a su razonabilidad -según el art. 28 de la Ley Suprema de la Nación-, por el más alto Tribunal en el fallo del caso *Smith*, que con fecha 1 de febrero declarara la inconstitucionalidad del *corralito*, por privar y aniquilar el derecho de propiedad (Considerando 15).

Como respuesta a dicho Fallo de la Corte, el Poder Ejecutivo Nacional, -luego de declaraciones públicas contrarias al Tribunal efectuadas por el propio Presidente y su Ministro de Economía y de impulsar el juicio político por esta cuestión-, con fecha domingo 3 de febrero de 2002 dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 214 que en su art. 1º transformó en Pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras y en el art. 2º convirtió a cada dólar en un peso con cuarenta centavos para su devolución por las entidades financieras.

19. Vale la pena recordar las palabras de BODIN, en el Cáp. III de su clásica obra "Los seis libros de la República": "...En verdad, no hay nada que más aqueje al pobre pueblo como la falsificación de moneda o la alteración de su curso, pues tanto ricos como pobres, en general y en particular, se ven perjudicados enormemente a causa de ello...". (ed. Aguilar, Selección, traducción e introducción de BRAVO, Pedro, p. 206).

O sea que así se terminó de concretar uno de las más graves engaños colectivos, pues se violaron las palabras empeñadas y los contratos de depósitos celebrados con los bancos, además de obligarse a una devolución que sin lugar a dudas significa una verdadera confiscación del patrimonio de los ahorristas, pues es más que evidente que un dólar no vale un peso con cuarenta centavos.

Asimismo, y aumentando el daño causado, por el art. 7º del Decreto se dispuso una compensación a los Bancos por devolver los dólares de esa manera, lo que también será pagado por el pueblo argentino y por cierto, por los propios ahorristas.

Además de mantenerse los plazos de devolución antes fijados, por el art. 9º se introdujo la opción para los ahorristas de hasta 30.000 dólares, de recibir un bono en dicha moneda, cuyo plazo después fuera fijado en 10 años.

Por los arts. 3º, 6º, 8º y 11º se dispuso que las deudas y acreencias en dólares quedaban convertidas a razón del valor de un peso por cada dólar. Ello después significaría, con la reforma dispuesta por el art. 1º del Decreto 320, que amplió sin límite alguno la pesificación de las deudas antes fijada en 100.000 dólares, otra enorme licuación de pasivos de los sectores económicamente más poderosos del país, aspecto en el que no podemos detenernos por razones de brevedad.

Por el art. 4º se estableció que a los depósitos y deudas antes referidas se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central y que se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos.

Por el art. 10º se ordenó a las entidades financieras depositar en el Banco Central todos los billetes de dólares estadounidenses.

Este Decreto, cuya inconstitucionalidad sostenemos por las razones antes apuntadas en cuanto al 1570 y las que más adelante agregaremos, sin embargo agregaría otro muestra especial de desvarío en materia institucional. En efecto, el art. 12, textualmente dispuso:

> A partir del dictado del presente Decreto, se suspende por el plazo de ciento ochenta (180) días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, por la Ley N° 25.561, el Decreto N° 71/02, el presente Decreto, las Resoluciones del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dichas materias.

A su vez, en los fundamentos del Decreto se decía lo siguiente:

> Que la preservación de la paz social como el necesario reordenamiento de las relaciones jurídicas, no se compadece con la masiva concurrencia a los tribunales de quienes procuran la resolución de sus pretensiones, cuando ellas son de imposible satisfacción, sin causar daño irreparable a la economía y al derecho de todos aquellos que no podrían ver satisfechos sus propios derechos de propiedad, de producirse el colapso final del sistema financiero.
>
> Que por esta razón, corresponde disponer la suspensión temporaria de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las normas y disposiciones dictadas en el marco de la crisis y la emergencia.

Este artículo significó otra gravísima violación del orden constitucional, porque afectó el derecho a acceder a la justicia, al propio art. 43 que regula el amparo y a distintos tratados internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, entre

los que se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 25 se refiere en particular a este tema. Por ello dicho artículo 12 fue reiteradamente declarado inconstitucional por numerosos Magistrados que honraron el cumplimiento de su alta misión en defensa de la Ley Suprema de la Nación[20].

En cuanto a esta cuestión, sólo agregaremos que en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en el Distrito Federal de Méjico, señaló el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Cancado Trinidade, que las violaciones más comunes a partir de los 90 son las vinculadas con las garantías judiciales, con el derecho de acceder a la justicia mediante un procedimiento sencillo y eficaz, y con la necesidad de asegurar la independencia del Poder Judicial[21]. Por ello, no podemos dejar de manifestar nuestra honda preocupación por la declinación ocurrida en el país también en este aspecto, tal como lo han manifestado la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Los artículos posteriores del Decreto introdujeron modificaciones a la Ley de Entidades Financieras y a la Carta Orgánica del Banco Central, de significativa importancia, cuyo análisis no efectuaremos por exceder nuestros propósitos.

En definitiva, para finalizar con la consideración de este Decreto de Necesidad y Urgencia, a las razones anteriormente esgrimidas en cuanto al Decreto 1570, sumamos ahora las siguientes para sostener su inconstitucionalidad:

a) Desconoció de manera más ostensible y profunda los derechos de propiedad, defensa del valor de la moneda y al desarrollo humano.

b) Conculcó el derecho de acceder a la justicia.

c) Lesionó otros derechos como el de trabajar y ejercer toda industria lícita, enseñar y aprender, entrar y salir del país, a la salud, a la vida y a la dignidad. Este menoscabo de derechos producido depende de las distintas situaciones excepcionales que se están observando a través de los amparos presentados en la Justicia[22].

VIII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 320

Con fecha 15 de febrero de 2002 se dictó un nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia, el Nº 320, que tal como lo adelantáramos, efectuó modificaciones al Nº 214, destinadas a aclarar que la pesificación de todas las obligaciones era a razón de un peso por un dólar, en su art. 1º y que el art. 8º del citado decreto es de aplicación exclusiva a los

20. Entre los que destacamos a los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que con fecha 5 de febrero de 2002, al otro día de la publicación del Decreto, en el Caso *A. Aldana S.B. c. P.E.N. y otros-Amparo* se anticiparon con sólidos fundamentos a declarar la inconstitucionalidad del mismo. Y lo propio hicieron otros Jueces Federales de 1ª Instancia en todo el país.

21. Nota periodística del 14 de febrero de 2002, en la p. A6 del Diario *El Universal*, del Distrito Federal de Méjico.

22. Según informaciones periodísticas, se habrían presentado ya más de 200.000 acciones de amparo, lo que nos indica de manera clara, la continuidad de la reacción popular contra el *corralito*. A su vez, en base a los casos que conocemos en virtud del ejercicio profesional de la abogacía -que en modo alguno abarcan la cifra mencionada- hemos podido señalar esos nuevos derechos afectados, que pueden alcanzar a otros más, según las determinadas situaciones comprendidas. Sería muy ilustrativo un análisis de los casos en cuestión, por las conclusiones que seguramente algún día tendremos, sobre las consecuencias y daños producidos en los aspectos no sólo materiales sino también morales por el tema en estudio.

contratos y relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nº 25.561, en su art. 2º. Asimismo sustituyó el art. 12º de aquél Decreto, por el siguiente texto:

> A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de ciento ochenta (180) días el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto Nº 1570/01, en la Ley Nº 25.561, en el Decreto Nº 71/02, en el presente decreto, en el Decreto Nº 260/02, en las Resoluciones del Ministerio de Economía y en las Circulares y demás disposiciones del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dicha normativa.
>
> Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los Municipios o la ciudad autónoma de Buenos Aires, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales referidos a dicha normativa.
>
> La suspensión de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias dispuesta precedentemente, no será de aplicación cuando mediaren razones que a criterio los magistrados actuantes, pusieran en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas. Tampoco será de aplicación respecto de aquellas personas de setenta y cinco (75) o más años de edad.

Este cambio se operó ante las fuertes críticas recibidas por la norma anterior, sin dejar de limitarse el cumplimiento de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias vinculadas al *corralito* durante ese lapso de 180 días. Asimismo agregó en su último párrafo la posibilidad de que los Jueces no apliquen dicha limitación, para los casos excepcionales indicados.

En los fundamentos del Decreto se efectuaron continuas citas del fallo de la Corte Suprema en el conocido caso *Peralta* de 1990, además de otras leyes de emergencia que efectuaron suspensiones similares.

Ya caracterizada doctrina que compartimos criticó dicho Fallo en su oportunidad[23], a lo que sumamos la argumentación efectuada a lo largo de este estudio para los anteriores decretos, para concluir que este último tampoco se adecua a la Ley Suprema de la Nación. En definitiva es parte de la seudo arquitectura jurídica que conformar este llamado *corralito* financiero y bancario, cuya inconstitucionalidad consideramos haber demostrado.

Con fecha 5 de marzo de 2002 se conocieron nuevas decisiones del Gobierno, que a la intención anunciada de permitir la compra de bienes registrables con los depósitos confiscados, agregó la posibilidad de la elección de tres bonos, dos en dólares y el tercero en pesos, a diez años de plazo (como en el Plan Bonex) y que se indicaron como la última posibilidad de abrir este sistema[24]. Demás está decir que ello ratificó una vez más la continua reiteración de medidas inconstitucionales que se siguieron adoptando a partir de la instauración del *corralito.*

---

23. *V.*, en tal sentido las obras de PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Depalma, Bs.As. 1995 y MIDÓN, Mario, "Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales", *La Ley*, Bs.As. 2001.

24. Según la información periodística de *La Voz del Interior*, del día 5 de marzo de 2002, atribuida a declaraciones del Ministro de Economía Remes LENICOV. Asimismo también se anuncia allí que el bono de compensación a los bancos que el art. 7º del Decreto 214 había previsto, por la devolución de cada dólar a uno con cuarenta pesos, se ha estipulado en 14.000 millones de dólares, terminándose de concretar esta otra lesión no sólo a los ahorristas sino a todo el pueblo argentino, que ahora tiene que pagar dicha suma, que ha engrosado nuestra pesada deuda externa.

IX. LA LEY Nº 25.787 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Con fecha 25 de abril de 2002 se sancionó y promulgó esta ley, denominada popularmente *tapón* o *antigoteo*, cuyo art. 1º dispuso que en los procesos judiciales de cualquier naturaleza vinculados con la ley de emergencia 25.561, "...sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz. En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que debe ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega bajo ningún título al peticionario, de los bienes objeto de la cautela. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos en los que se prueba que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco o más años de edad. Esta disposición, de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial".

En el art. 2º se prohibió la ejecución de las medidas cautelares sobre los fondos del Banco Central de la República Argentina. En el art. 3º se ordenó que a los fines del cumplimiento de toda medida cautelar previamente se oficie al Banco Central a los efectos de que informe sobre la "existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente". En el art. 4º se prescribió la apelación de las medidas cautelares referidas en el art. 1º con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. En el art. 5º se reglamentó el procedimiento de apelación de la medida cautelar ante la Cámara. En el art. 6º se indicó que estos procesos sólo corresponden a la competencia de la Justicia Federal. En el art. 7º se derogó el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el art. 8º se ordenó que en los supuestos en que por aplicación del artículo 195 bis del Código Procesal ahora derogado, se hubiere interpuesto recurso directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma remitirá a las respectivas Cámaras de Apelación las citadas actuaciones. Finalmente, por el art. 9º se expresó que la ley comenzaba a regir a partir de su promulgación y tendrá vigencia mientras dure la ley de emergencia 25.561.

Por razones de brevedad, no podemos detenernos en un análisis exhaustivo de los aspectos constitucionales y procesales de esta ley, por lo que sólo efectuaremos algunas consideraciones destinadas a fundamentar nuestra opinión marcadamente negativa sobre la misma, por considerarla groseramente contraria a la Ley Suprema de la Nación.

En efecto, sostenemos dicha inconstitucionalidad por las siguientes razones:

a) Es atentatoria de la división de poderes y del sistema republicano consagrado en los arts. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, al invadir competencias propias del Poder Judicial, -que tiene como misión esencial aplicar la Constitución-, para impedir la concesión de medidas cautelares.

b) Es violatoria del art. 43 de la Ley Suprema que constitucionalizó el amparo como garantía genérica frente a la lesión de los derechos individuales.

c) Desconoce los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz, al intentar prohibir las medidas cautelares, en violación de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos y que también integran el bloque de constitucionalidad[25].

d) En su art. 1º violenta el principio constitucional de la irretroactividad al disponer la aplicación de las normas a las medidas cautelares ya dictadas, que constituyen derechos adquiridos e integran el derecho de propiedad de los demandantes respectivos[26].

e) En su art. 6º es atentatoria de los principios federales de la Constitución al disponer obligatoriamente la competencia federal en esta clase de juicios[27].

Además no podemos dejar de señalar que este instrumento legal merece también otras objeciones de carácter procesal y de técnica legislativa, ya que:

a) Son marcadamente arbitrarios los arts. 2º que dispusieron la inembargabilidad de los fondos del Banco Central y el 3º en cuanto al previo oficio a dicho Banco antes de la medida cautelar, que sólo tuvo como intención la de demorar la ejecución de las mismas, para beneficiar a los bancos y dificultar la legítima acción de los ahorristas confiscados.

b) Resultan de deficiente técnica legislativa estas modificaciones por leyes especiales -como ésta y la 25.561- que sufriera en distintas oportunidades el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según criterios de notoria arbitrariedad, con la finalidad señalada en el punto anterior[28].

Como no podía ser de otra manera, al poco tiempo de vigencia de este instrumento, una elevada cantidad de Jueces Federales de Primera Instancia, además de la Cámara Federal en lo Contencioso administrativo[29], declaró su inconstitucionalidad. Ello reveló

---

25. Al respecto ha sostenido BIDART CAMPOS, Germán J., por supuesto que la legislación procesal es apta para reglamentar las medidas cautelares, pero cabría afirmar que hay un piso constitucional por debajo del cual no puede descender esa reglamentación. Para no incurrir en detallismos, nos limitamos a proponer con más honda convicción personal dos aspectos: a) los jueces están habilitados para deparar una medida cautelar que resulta idónea en un proceso, aunque la ley no la tenga prevista. b) la ley no puede, sin pecar de inconstitucionalidad, impedir o prohibir a los jueces que arbitren cuanta medida cautelar se les torne eficaz para cumplir con su deber constitucional de deparar, según las circunstancias de cada caso, todo lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso. Como resumen y apelando a una expresión personal que tenemos muy repetida, nos queda este saldo: *con ley, sin ley o contra ley*, los jueces tienen obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y la pretensión del caso.("La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional", Columna de Opinión, *La Ley*, martes 28 de agosto de 2001, t 2001-E).

26. *Cf.*, BADENI, Gregorio, "Las normas de emergencia y el derecho a la propiedad privada-Los aspectos constitucionales de la ley antigoteo nº 25.587", Abogados, *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* nº 56, mayo 2002, p. 18.

27. Si bien consideramos que cuando se demanda al Estado Federal la competencia debe ser federal en razón de la persona, en cambio puede darse el caso que los ahorristas sólo demanden a los Bancos y en este caso ello puede hacerse ante la Justicia Provincial, por imperio de los principios federales de la Constitución Nacional y de la competencia provincial en razón de que las personas o cosas caigan bajo dicha jurisdicción (art. 75 inc. 12). *V.*, a ANDREUCCI, Carlos Alberto, "Emergencia y Federalismo" en la *Revista de Derecho Público*, de Rubinzal-Culzoni Editores, citada, pp. 349/359, donde el autor analiza los avances inconstitucionales que se venían produciendo en esta emergencia.

28. *V.*, los aportes efectuados desde el ámbito procesal por GOZAINI, Osvaldo, en su artículo titulado "Análisis de la Ley 25.587" en la *Revista de Derecho Público*, de Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 361-382; por ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A., en "Emergencia y proceso", pp. 383-397 y por COMADIRA, Julio Rodolfo y SANMARTINO Patricio M.E. en "Medidas cautelares e interés público", pp. 327-348.

29. En el Caso *Grinberg Marcelo Pablo c. PEN-Decr. 1570/01 Amparo-Ley 16.986*, fallado el 25 de junio de 2002, donde el Tribunal colegiado declararse con sobrados fundamentos la inconstitucionalidad del art. 1º de este instrumento legal en análisis.

por una parte, el grosero error cometido por los poderes políticos al tratar de impedir la justa reacción de quienes defendieron sus derechos conculcados especialmente mediante amparos, y por la otra, el accionar independiente del Poder Judicial a través de estos Jueces que supieron cumplir con su misión de salvaguardar la supremacía constitucional.

En definitiva, con agudeza ha titulado su análisis sobre esta ley Alberto Bianchi[30]: "La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente", utilizando la conocida frase de Lord Acton, para señalar la magnitud del despropósito cometido, que amerita bajo nuestro punto de vista, la inmediata derogación de la misma, como única respuesta jurídica posible por parte del Congreso para restablecer el orden constitucional violado.

X. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO

Con fecha 31 de mayo de 2002 se dictó este extenso Decreto de Necesidad y Urgencia, suscripto por el Presidente Duhalde y sus Ministros, que fuera publicado en el Boletín Oficial con fecha 1 de junio y que sintetizaremos seguidamente en la parte del mismo más estrechamente vinculada a nuestro estudio.

De sus considerando destacamos estos párrafos: "Que el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 494/02, modificado por su similar Nº 620/02, estableció las condiciones generales y el procedimiento a través del cual los titulares podrían ejercer la opción de sustituir sus depósitos, constituidos en moneda extranjera o en pesos, por bonos con cargo al Tesoro Nacional".

> Que el agravamiento ya descrito, de la situación del sistema financiero, al que contribuyó la ejecución de las medidas cautelares autosatisfactivas -dispuestas por magistrados actuantes en la totalidad de las jurisdicciones territoriales- con el consecuente desapoderamiento de activos líquidos y el canje optativo de los depósitos previsto en los decretos mencionados, resultan insuficientes para superarla.
>
> Que a este último efecto se considera que, en las actuales circunstancias, mejorar las condiciones de los títulos a emitir de manera de hacer más atractiva la opción de cancelar los depósitos que existían en el sistema, mediante la entrega de bonos redundará en un doble beneficio: resguardar los derechos de los depositantes sobre sus ahorros preservando al mismo tiempo el funcionamiento del sistema financiero en general.

Más adelante se expresa: "Que las condiciones financieras de los bonos a emitir, se han determinado respetando la moneda de origen de los depósitos, fijando cuotas y plazos para la amortización más pronta posible en el contexto de la antedicha situación de emergencia pública nacional y mediante el pago de una tasa de interés retributiva de la inversión, medidas éstas cuya razonabilidad, limitación en el tiempo y carácter paliativo se enmarcan en el contexto referido de grave crisis económica y de las demás medidas adoptadas por el Estado Nacional para remediar esta última en aras del bien común, todo ello en el marco de razonabilidad que ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación para este tipo de situaciones de emergencia".

30. *Cf.*, BIANCHI, Alberto, *La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta, desjuridiza absolutamente-Análisis de la Ley 25.587*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad nº 187, Año XVII, abril-mayo 2002, pp. 23/27.

Asimismo se hacen varias citas del caso *Peralta*, que como sabemos, había admitido la constitucionalidad de este tipo de solución con anterioridad en el caso de los Bonex, lo que mereciera opiniones doctrinarias críticas como lo viéramos oportunamente.

Queda entonces en claro que la intención del Gobierno, luego del fallo de la Corte en el caso *Smith*, es tratar de repetir la penosa experiencia referida, cerrando cada vez más el llamado *corralito* y prolongando por años la devolución menguada de los depósitos confiscados.

Aunque no podemos detenernos en la comparación entre ambas situaciones, fácilmente se comprende que en modo alguno se puede asimilarlas, especialmente en su profundidad y magnitud social, económica, política y jurídica.

No obstante ello, en el Decreto se dispone que los ahorristas en general podrán optar entre diferentes bonos:

a) "Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2012", a razón de 100 dólares de valor nominal por cada 140 pesos de depósito reprogramado, debiendo efectuarse deducciones en algunos casos entre los que se destaca el correspondiente a las medidas cautelares. (Art. 2º); y

b) "Bonos del Gobierno Nacional en Pesos 2% 2007", a razón de un valor nominal neto igual al importe del depósito reprogramado. (Art. 3º).

Y para el caso de ahorristas que sean personas físicas de 75 años de edad o más, o que hubieran recibido sus depósitos como consecuencia de indemnizaciones o pagos de desvinculaciones laborales o que atraviesen situaciones en los que estuvieran en riesgo su vida, su salud o su integridad física, se dispone además la opción c) de "Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2005", a razón de 100 dólares de valor nominal por cada 140 pesos de depósito reprogramado. (Art. 4º).

Además, "sin perjuicio de lo establecido en el art. 2º del presente decreto, los titulares de depósitos originalmente en moneda extranjera en entidades financieras que tengan un saldo de depósito reprogramado de hasta Pesos 10.000, tendrán la opción de recibir, a través de la entidad financiera correspondiente, ..."Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2005". (art. 5º)

En el art. 6º se indicó un plazo para ejercer la opción, que luego tuvo que ser ampliado, ante la escasa aceptación de estas ofertas por parte de los ahorristas, -que obviamente han preferido esperar mucho menos tiempo para encontrarse con sus depósitos reprogramados cuya devolución fuera prevista a partir del 2003-, lo que originara como es de público y notorio, una persistente presión por parte de los banqueros ante el gobierno a los fines de que dichos bonos se transformen en compulsivos[31].

A esta altura del análisis resulta evidente que esta seudo estructura jurídica del *corralito* cada vez se ha complicado más, ante la decisión de consumar la privación de los derechos conculcados, extendiendo sus efectos a lo largo de los años.

31. La prensa nacional desde hace tiempo hace referencia a un enfrentamiento entre el titular del Banco Central y el Ministro de Economía con respecto a esta cuestión, donde aquél funcionario sostendría -con el apoyo de los Bancos- la idea de transformar la oferta de bonos en compulsiva, frente a la opinión contraria del Ministro. Más allá de esto, ambos funcionarios siempre manifestaron en múltiples declaraciones públicas su opinión contraria al accionar de los amParístas y de los Jueces Federales que hicieron lugar a las medidas cautelares , en consonancia con las posiciones de las dos asociaciones de banqueros, Aba y Abapra.

Por eso y para no incurrir en repeticiones de conceptos y fundamentos antes expresados, también este Decreto es para nosotros manifiestamente inconstitucional. Sólo insistimos en reafirmar ahora que en todo este proceso en que se ha gobernado por Decretos como éste, resulta sorprendente y notoriamente disvalioso el silencio del Congreso, lo que configura el alicaído funcionamiento de nuestro sistema republicano.

Este Decreto fue complementado posteriormente por varias Resoluciones del Ministerio de Economía, entre las que destacamos la N° 92/2002 de fecha 14 de junio de 2002, que en su art. 7º dispuso lo siguiente: "Para el caso de los titulares de depósitos reprogramados que hayan iniciado acciones judiciales que aún se encuentren pendientes, donde se cuestione la normativa vigente aplicable a los depósitos en el sistema financiero, las entidades respectivas emitirán, si fuera el caso, las constancias de depósitos reprogramados a que hace referencia el artículo 6º del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 905, una vez concluido el proceso judicial respectivo y por el monto correspondiente".

Simplemente mencionamos esta norma para indicar que ha sido una decisión permanente a lo largo de este proceso, la de tratar de impedir que los ahorristas defendieran sus derechos constitucionales mediante los amparos presentados ante el Poder Judicial, ya que incluso esta opción por bonos queda diferida en el tiempo hasta la terminación de los procesos judiciales respectivos.

Ello sin mencionar los cálculos efectuados por los Bancos con respecto a los montos restantes de los depósitos reprogramados, en los casos en que se lograra un retiro parcial por medio de medidas cautelares dispuestas por Jueces en dólares o en pesos al cambio en el mercado libre, ya que para las entidades en cuestión el cambio sigue siendo de un dólar a un peso con cuarenta, lo que intenta convertir a algunos ahorristas amparistas en deudores, lo que demuestra también acabadamente para nosotros, la falta de respeto a las decisiones judiciales, además del desprecio por los derechos constitucionales violados de quienes confiaron en nuestro sistema financiero y bancario.

Finalmente, tampoco podemos dejar de mencionar la persistente campaña de desinformación que sobre la materia efectuara el gobierno a través de algunos medios de prensa, lo que no pudo impedir la permanente reacción popular ante cada una de las medidas tomadas, ni la continuidad de la presentación de acciones de amparo ante el Poder Judicial por parte de los ahorristas.

Débase destacar especialmente en este aspecto, la férrea defensa del Estado de Derecho efectuada en comunicaciones y actos de protesta organizados a lo largo de todo el país por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, bajo el lema "Sin respeto a la Constitución no habrá Justicia, ni Libertad ni Paz Social", además de las especiales declaraciones de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, de fechas 11 de febrero y 9 de abril de 2002, respectivamente.

XI. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 1326

Tal como lo indicábamos precedentemente, el Gobierno, cediendo a las presiones de los Bancos, -que incluso habrían sumado a su posición al propio Fondo Monetario Internacional que enviara a una Comisión de Expertos al país[32]- dictó este último Decreto

32. *V.*, al respecto el diario *Clarín*, en su edición del 8 de julio de 2002, en su p. 12, donde bajo el título "El Fondo volvió a reclamar que se frenen los amparos", se anunciaba que el titular del mismo KÖHLER, Horst le

de Necesidad y Urgencia, con fecha 23 de julio de 2002 y publicado al día siguiente, destinado a paralizar por 120 días hábiles el pago de las medidas cautelares en los amparos judiciales.

Este Decreto, en su Considerando expresa entre otros conceptos:

> Que la magnitud y el agravamiento de la crisis en el sistema financiero no ha podido ser paliada con las medidas legislativas y administrativas tomadas hasta el presente.
>
> Que subsiste una falta absoluta de crédito interno y externo que paraliza e inmoviliza toda la economía nacional.
>
> Que es conveniente y constituye razón de condicionante para entablar las negociaciones de la deuda externa pública Argentina con acreedores privados y con los Organismos Internacionales, alcanzar un sistema de estabilidad, aunque más no fuere provisional, para posibilitar y mejorar las condiciones del país en su posición negociadora con los acreedores externo.
>
> Que es necesario un tiempo mínimo y razonable de tregua procesal para proponer a la Nación Argentina las medidas reales y posibles en efectividad y eficacia para el reordenamiento de su sistema financiero bancario y crediticio.
>
> Que la continuidad de las extracciones de fondos y reservas, aunque satisfagan el interés individual, produce en el presente una lesión grave e irreparable al interés común prevaleciente y superior de todos los sectores sociales y económicos de la Nación.
>
> Que las situaciones de urgencia y extrema necesidad social calificadas como excepciones pueden atenderse en instancia administrativa con celeridad en lo inmediato, y con gratuidad en la tramitación.
>
> Que la medida que se dispone impone sólo una suspensión temporaria, sin afectar los derechos patrimoniales de los ahorristas, y únicamente significa prorrogar con un alcance procesal el tiempo de ejecución de las sentencias que recaigan en los procesos judiciales.
>
> Que el instituto procesal de la suspensión temporal de la ejecución de las sentencias tiene arraigo legal y jurisprudencial en nuestro derecho y no afecta la división de poderes ni la plenitud del ejercicio de las atribuciones judiciales para resolver las causas sujetas a conocimiento de los jueces, con la única limitación administrativa del tiempo de ejecución, y ello por razones absolutas de oportunidad, mérito y conveniencia.

---

habría planteado el tema al Presidente del Banco Central, Aldo Pignarelli, en una reunión celebrada ese fin de semana en Basilea, Suiza. Asimismo en dicha edición, en la p. 13 se hacía referencia a la llegada al país de una comisión de *notables*, designada por el Fondo y compuesta por importantes banqueros, que tendrían poder de decisión para el acuerdo que se busca con dicha institución. Dicha comisión fue integrada por altos ex funcionarios de Bancos de Suiza, Alemania, Canadá y España que habrían aconsejado a nuestro gobierno una salida dura para el corralito, según lo destaca en primera página *La Voz del Interior* de Córdoba, del 23 de julio de 2003, fecha en que se firmó el Decreto de Necesidad y Urgencia que comentamos. Dicha *salida* consistiría -según lo indica esta publicación- en convertir en compulsiva la oferta de bonos, además de frenar los amparos. Nosotros no hemos podido constatar si dichos expertos han aconsejado lo que indican estos periódicos, pero si ello fuera así, estamos convencidos que sólo la defensa de muy poderosos intereses les podría haber llevado a sugerir algo así, pues un trascendido de estas características en sus respectivos países de origen, los hubiera cubierto de oprobio por el desprecio del derecho de propiedad, entre otros derechos humanos violados. Adviértase que la prensa internacional, al poco tiempo de conocerse este *corralito*, fue difundiendo un reclamo permanente por la seguridad jurídica y el respeto a los derechos conculcados de los ahorristas argentinos. Asimismo, en algunos centros de estudio, revistas especializadas y organismos internacionales, esta crisis fue especialmente analizada pudiendo conocerse distintas opiniones y artículos al respecto. En particular, nos ha impresionado uno de ellos publicado sobre el *corralito* por HANKE, Steve H. Profesor de Economía Aplicada de la John Hopkins University, en Baltimore, Maryland, Estados Unidos, el 4 de marzo pasado, que se titula: "Legalized theft: Argentina·s rulers cannot resurrect an economy by ignoring the rule of law and plundering private property", o sea "Robo legalizado: los gobernantes argentinos no pueden resucitar la economía ignorando el estado de derecho y saqueando la propiedad privada". (*V.*, www.cato.org y también la Revista *Forbes Magazine*).

Que ante las condiciones de excepcionalidad que impone la emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la constitucionalidad de leyes que suspenden temporalmente los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de estas, a fin de proteger el interés público, en presencia de graves perturbaciones (de la doctrina citada en el caso *Videla Cuello v. Provincia de La Rioja*, Fallos 313:1651)".

Transcribimos seguidamente la parte dispositiva del Decreto, que ordena:

Artículo 1. Suspéndase por el plazo de ciento veinte (120) días hábiles el cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el Artículo 1º de la Ley Nº 25.587, las que se ejecutarán conforme lo previsto en el presente decreto.

Las resoluciones judiciales que las dispongan deberán ser registradas en las entidades financieras y bancarias en orden cronológico, expidiendo constancia de la toma de razón de la medida o sentencia de que se trate, informando en tal sentido al Juzgado requeriente. Asimismo, las entidades deberán informar semanalmente al Banco Central de la República Argentina de las medidas que registren.

Artículo 2. Las resoluciones judiciales cuya ejecución se suspende por el presente decreto serán cumplimentadas una vez vencido el plazo indicado en el artículo anterior, en el orden de su registración y dentro de los siguientes treinta (30) días hábiles.

Artículo 3. En los casos de excepción previstos en el Artículo 1º de la Ley Nº 25.587, por razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) o más años de edad, la ejecución de las medidas cautelares o de las sentencias estimatorias de la pretensión, deberá ser tramitada ante el Banco Central de la República Argentina, que cumplirá los mandatos judiciales con cargo y por cuenta y orden de las entidades financieras obligadas, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el requerimiento.

Artículo 4. Las personas comprendidas en las excepciones del Artículo 1º de la Ley Nº 25.587 que no hubieren iniciado proceso en sede judicial, podrán optar por requerir la liberación de fondos en sede administrativa, la que deberá ser gestionada por los interesados por ante el Banco Central de la República Argentina, por procedimiento administrativo gratuito, las que serán otorgadas en la estricta medida de las necesidades para las que se ha peticionado su destino. La liberación de los fondos respectivos será resuelta por Banco Central de la República Argentina en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. En las Provincias en que ello no sea factible la presentación se efectuará ante la Sucursal correspondiente del Banco de la Nación Argentina, que dentro de los DOS (2) días hábiles subsiguientes deberá elevarla a consideración del Banco Central de la República Argentina, que al estimarlo ordenará a la entidad financiera que efectúe el pago que corresponda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida la comunicación respectiva.

La denegación por parte del Banco Central de la República Argentina será apelable dentro de los cinco (5) días hábiles judiciales, por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que corresponda por razón del territorio, la que resolverá en trámite sumarísimo.

El recurso deberá presentarse debidamente fundado y será elevado a la Cámara respectiva dentro de los dos 2) días hábiles de su interposición. En los supuestos en los que se hubiere iniciado demanda en sede judicial que no contaren con resolución cautelar o sentencia definitiva, los interesados también podrán optar por el procedimiento administrativo, previo desistimiento del proceso.

Consideramos groseramente inconstitucional a este Decreto, por los mismos argumentos que utilizamos al calificar de igual modo a los anteriores Decretos de Necesidad y Urgencia 214 y 320 y a la Ley 25.587.

En consecuencia, reiteramos sintéticamente que

a) Es atentatorio de la división de poderes y del sistema republicano consagrado en los arts. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, al invadir competencias propias del Poder Judicial.

b) Es violatorio del art. 43 de la Ley Suprema y de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 25.

c) Desconoce los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz, al intentar prohibir las medidas cautelares, en violación de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos y que también integran el bloque de constitucionalidad.

d) En sus arts. 1º y 2º violenta el principio constitucional de la irretroactividad al disponer la aplicación de las normas a las medidas cautelares ya dictadas, que constituyen derechos adquiridos e integran el derecho de propiedad de los demandantes respectivos.

e) En su art. 4º es atentatoria de los principios federales de la Constitución al disponer obligatoriamente la competencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativa Federal.

f) Es violatorio del art. 99º inc. 3 de la Constitución Nacional, pues no cumple los requisitos exigidos para los decretos de necesidad y urgencia.

Además no podemos dejar de señalar que este instrumento merece también otras objeciones de carácter procesal y de técnica legislativa, ya que:

a) Son marcadamente arbitrarios las disposiciones que ordenan la intervención del Banco Central por las dificultades incluso operativas que plantea, y

b) Resultan de deficiente técnica legislativa estas modificaciones que disponen cada una distinta y nueva normativa procesal.

Como era de esperar, al escasísimo tiempo de vigencia de este instrumento, cuatro Jueces Federales[33], declararon su inconstitucionalidad. Ello reveló nuevamente por una parte, la insistencia del gobierno en tratar de impedir la defensa de sus derechos por los ahorristas y por otra parte, el accionar independiente del Poder Judicial a través de estos Jueces que han aplicado correctamente la Constitución.

Aquí se observa lo que desde hace tiempo venimos señalando: en este proceso angustiante de sólo siete meses hubo una seudo estructura jurídica de amplísima extensión, destinada a tratar de justificar medidas que estaban destinadas a cerrar cada vez más el llamado *corralito* en sus sucesivas versiones, con la evidente intención de consumar las lesiones constitucionales y despojos producidos.

33. En las primeras 48 horas de vigencia del Decreto n° 1316, que había comenzado el 24 de julio de 2002, tres Juezas Federales en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, las Dras. HEILAND, GARCÍA y SARMIENTO y el Dr. RODRÍGUEZ, Juez Federal de Santa Fe, lo declararon inconstitucional. Debe destacarse que en el caso fallado por la Dra. GARCÍA, el planteo fue efectuado por el Defensor del Pueblo de la Nación en defensa del interés colectivo de todos los ahorristas del país. Esta rápida reacción judicial, sobre todo de las Jueces Federales de Buenos Aires, desmintió categóricamente la información que profusamente difundieron algunos medios de prensa como *Clarín* y *La Voz del Interior* en sus ediciones del 25 de julio de 2002, donde se hacía referencia a un adelantamiento de opinión de los magistrados judiciales a favor de la validez del Decreto. En efecto, el diario de Córdoba, en la edición indicada, pp. 5A, decía: "Con el guiñó tácito de la Corte Suprema, los 12 jueces federales en lo Contencioso Administrativo analizaron ayer el texto del decreto y aceptaron su validez. *Es jurídicamente válido*, dijo uno de los jueces que intervino en la decisión. Los magistrados resolvieron suspender las medidas en vías de ejecución para *readecuarlas al decreto*. Esto confirma nuestra afirmación sobre la desinformación efectuada en esta materia, al resultar evidente la falta de correspondencia de lo afirmado por dichos medios con lo efectivamente ocurrido en la realidad, además de la confusión que se genera con este tipo de versiones. Por otra parte, al ser consultados sobre dicho Decreto por el *diario La Nación* los Prof. Dres. BADENI, SABSAY y el suscripto, coincidimos en señalar la inconstitucionalidad del mismo, como se observa en la edición del 25 de julio de 2002, p. 2 de la Sección 2, bajo el título "Afirman que el decreto viola la ley" y el subtítulo "Coincidencia en los constitucionalistas".

Asimismo también la prensa difundió que otra de las reacciones judiciales ante el Decreto, fue la denuncia penal que por Abuso de autoridad y Violación de los deberes de funcionario público efectuó el Fiscal Lanusse, Pablo al Presidente Duhalde y sus Ministros por suscribir dicho Decreto.

Este Decreto Nº 1316 es una vuelta al ya derogado art. 12º del Decreto Nº 214 y por eso también consideramos que debe seguir su misma suerte, pues no impedirá el funcionamiento del Poder Judicial, que por medio de los Jueces Federales especialmente de primera instancia, por un lado permite el ejercicio del amparo y por otro lado, establece cierto control al gobierno por decreto del Poder Ejecutivo, como los aspectos más relevantes de nuestro decadente Estado de Derecho en esta última emergencia.

XII. REFLEXIONES FINALES

1. En el marco teórico que observáramos inicialmente sobre las distintas respuestas a las emergencias en el Estado, debemos concluir en que esta legislación vinculada al *corralito*, en modo alguno puede encuadrarse en la correspondiente al modelo del orden constitucional liberal.

2. Nos parece pertinente citar esta opinión de Bidart Campos, por su aplicación al tema en estudio: "...con las emergencias económicas hay que tomar una precaución inicial, porque generalmente tienen origen -próximo o remoto, mediato o inmediato- en las políticas del Estado. No se desencadenan por arte de magia ni de la naturaleza; tampoco por obra exclusiva de los particulares (a menos que el poder económico haya convertido al gobierno de turno en un rehén que debió adoptar las medidas complacientes para con él)". Y más adelante expresa que "...no es justo ni razonable que la consecuencia para enmendarla y superarla (a la emergencia) se transfiera a los gobernados, que no tuvieron arte ni parte en la equivocación".

Por ende hay que tomar con beneficio de inventario el principio legitimante de las restricciones razonables al ejercicio de los derechos en tiempos de emergencia. Y esto nos hace partir de la presunción de arbitrariedad cuando la limitación al ejercicio de un derecho es muy severa o rigurosa"[34].

3. En este doloroso proceso debemos destacar especialmente la importancia que alcanzó el amparo, como garantía genérica de los derechos constitucionales consagrados, utilizada masivamente por los ahorristas como su medio más eficiente para enfrentar en los estrados judiciales las dañosas consecuencias de esta emergencia sin precedentes en su magnitud y profundidad[35].

---

34. BIDART CAMPOS, Germán J., "Las reducciones salariales por emergencia económica", *La Ley*, 1998-A, pp. 62 y ss.

35. Según informe publicado por *La Voz del Interior*, en su edición del 25 de julio de 2002, en su pp. 5 A, en el país se habrían presentado aproximadamente 200.000 amparos, de los que en 59.385 casos se habrían ordenado medidas cautelares por parte de los distintos Jueces Federales, o sea en el 19,7% de las acciones iniciadas. A su vez, dichas medidas cautelares fueron: 8.918, de hasta 10.000 pesos; 8827, entre 10.000 y 20.000 pesos; 17.118, entre 20.000 y 50.000 pesos; 11.678, entre 50.000 y 100.000 pesos; 10.712, entre 100.000 y 500.000 pesos; 789, entre 500.000 y 1.000.000 de pesos; 248, entre 1.000.000 y 2.000.000 de pesos; 76, de 2.000.000 a 5.000.000 de pesos y 17 de más de 5.000.000 de pesos.

A su vez, el promedio de pesos por medida cautelar es de 83.145 en el país; de 90.187,3 en la Provincia de Buenos Aires; de 90.717,8 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de 36.191,9 en la Provincia de Córdoba.

Otro dato estadístico indica que de 4.937, 6 millones de pesos salidos del *corralito* por medidas cautelares, 1.596,6 millones correspondieron a la Ciudad de Buenos Aires, 1.366 millones a la Provincia de Buenos Aires, 292,2 millones a la Provincia de Santa Fe y sólo 98,2 millones a la Provincia de Córdoba. Finalmente, otro cuadro indica que las medidas cautelares fueron abonadas en un 18,73 % por el Banco de la Nación; en un 12,14 % por el Bank Boston; en un 11,31 % por el Banco Francés; en un 11,16 % por el Banco Río; en un 8,54 % por el Citibank,

4. Terminamos este trabajo esperando que el Congreso y el Poder Ejecutivo adopten las medidas necesarias para poner fin a este maléfico engendro del *corralito* y que mientras tanto, los distintos Jueces de la Nación sigan adoptando decisiones que impidan la conculcación de los derechos constitucionales afectados, además de las destinadas a profundizar las investigaciones por las responsabilidades pertinentes[36].

5. En una frase que pensamos aplicable a la actual hora del país, Séneca decía que "para el navegante que no sabe dónde ir, nunca hay vientos favorables" y por ello, con el compromiso renovado de la lucha por el derecho que reclamaba Von Ihering, insistimos en que el gran norte que debe guiarnos está en el cumplimiento de los fines y normas de la Constitución Nacional.

---

en un 8,46 % por el Banco Galicia; en un 6,40 % por el HSBC; en un 5,39 % por el Banco de la Provincia de Buenos Aires y en un 2,70 % por el BNL.

De estos datos, que reflejan la extraordinaria diferencia de poder económico existente en el país entre los distritos metropolitanos y el interior del país, además de la concentración en pocos bancos de la mayoría de los depósitos, interesa para nosotros destacar especialmente que la mayor cantidad de medidas cautelares fue dictada en montos de hasta 100.000 pesos.

En efecto, en dicha franja se suman 46.541 medidas, que como se advierte, constituyen casi el 80 % del total dictado y en consecuencia, se confirma un dato sociológico de evidente trascendencia: quienes fueron afectados por el *corralito* pertenecen a la clase económicamente media y media baja de nuestra población, lo que explica también el cambio observado en las movilizaciones populares producidas. Ya sabíamos por otra parte, que los sectores más poderosos habían extraído sus depósitos y los habían llevado al exterior.

Se comprende así cómo se han producido daños inconmensurables -especialmente de carácter moral- a millones de argentinos que creyeron en el país y su sistema financiero y bancario.

En cuanto a la importancia del amparo como medio idóneo para defender los derechos individuales conculcados en este proceso, *V.*, la obra *Constitución, emergencia y amparo*, de GIL DOMINGUEZ, Andrés ya citada, pp. 60/66.

Por otra parte, debe valorarse muy especialmente como otro de los grandes aciertos de la reforma constitucional de 1994,el haber constitucionalizado el amparo en el art. 43, pues frente a este accionar del gobierno para impedir la defensa de los derechos por parte de los ahorristas cabe preguntarse qué hubiera pasado si esta garantía sólo hubiese tenido fundamento en la legislación infraconstitucional. Por otra parte, esta cuestión del *corralito* ya está siendo considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de que también el Pacto de San José de Costa Rica tiene rango constitucional, en virtud de la incorporación efectuada en el art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema, por la citada reforma.

36. En tal sentido sostiene sobre las responsabilidades ROSATTI, Horacio Daniel: "Que la vigencia del Estado de Derecho reclama -a la par que soluciones concretas para los depositantes- una evaluación jurídico-política de las causas de la emergencia, de modo que se efectivicen las responsabilidades emergentes de todos aquellos que contribuyeron a generarla, mantenerla o agravarla, como también de aquéllos que -sin haber participado originariamente en su gestación- se aprovecharon de ella". (*Revista de Derecho Público* 2002 nº 1, "La emergencia económica", citada, Actualidad, "Soñar con el dólar, despertar con el peso (corralito, pesificación y después...", pp. 531)

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Fabio Roversi-Monaco
Rector de la Universidad de Bologna, Italia

I. PREMESSE STORICHE

1. L'origine

La vicenda delle Fondazioni bancarie in Italia ha origini risalenti, in diretta prosecuzione -con pochissime eccezioni- con quella delle antiche Casse di Risparmio sorte, in Italia, nei primi decenni del secolo XIX:

Il modello di riferimento, proprio dell'Europa centrale (Germania, Austria, Svizzera) e dell'Inghilterra, era caratterizzato dalla funzione di agevolare e raccogliere il risparmio dei ceti medio-piccoli, inserendoli così nell'incipiente processo di sviluppo produttivo, e di sostenere le iniziative locali di questi medesimi ceti, sulla base della concezione del risparmio come *valore-guida*. Tale fenomeno, da un lato, comportò effetti fortemente benefici per strati della popolazione venuti a trovarsi in una situazione di degrado dopo le guerre napoleoniche e la conseguente crisi economica, dall'altro dimostrò una capacità di raccogliere flussi di liquidità non posseduta dalle banche commerciali ma indispensabile per la nascente rivoluzione industriale. Di tale duplice ordine di effetti si trova, ancor oggi, traccia nelle finalità di *utilità sociale* e di *promozione dello sviluppo economico* che l'attuale normativa assegna alle fondazioni bancarie.

In Italia, il fenomeno fu certamente variegato e, in originee, di iniziativa prevalentemente privata. Solo in una minoranza di casi la costituzione delle casse di risparmio è riconducibile ad un'iniziativa mista pubblico-privata o all'iniziativa esclusiva di un pubblico potere.

La dottrina non ha mancato di sottolineare come l'attività delle casse di risparmio fosse diversa sia dall'attività bancaria in senso stretto (la prima fondata su capitali raccolti da iniziali sottoscrittori ma soprattutto accresciuti dal pubblico dei depositanti, attraverso depositi minuti e non certo costituiti per fini speculativi; la seconda con una caratterizzazione marcatamente commerciale, nata su iniziativa di singoli o di gruppi ristretti, appartenenti alle classi più elevate, con impieghi decisamente speculativi) sia dall'attività di assistenza e di beneficenza propriamente detta, consistente nella elargizione di beni indirizzata gratuitamente verso i ceti più umili, mentre nel caso delle casse di risparmio la beneficenza consisteva soprattutto nel fatto di intervenire nel credito, favorendo la formazione e la raccolta del piccolo risparmio popolare formando una garanzia che altrimenti non sarebbe stata possibile per la conservazione e la remunerazione di quel risparmio.

In considerazione di tale contesto storico, è stato sottelineato da più parti che il patrimonio accumulato nel corso dei decenni dalle banche pubbliche -e, in occasione della loro trasformazione in società per azioni controllate dalle fondazioni bancarie, attribuito a queste ultime- appartiene moralmente anche se non giuridicamente, alle collettività dei depositanti-risparmiatori e del beneficiari del credito, prima ancora e più che agli enti esponenziali delle collettività locali; in altri termini, esso appartiene al "pubblico", intesa l'espressione non in senso strettamente giuridico, ma in senso prevalentemente socio economico, come patrimonio della collettività nel suo insigne.

2. La successiva evoluzione

La successivà trasformazione in senso pubblicistico delle casse di risparmio, a partire dalla legislazione de'lo stato unitario, è stata efficacemente ricostruita dalla dottrina. Basti qui ricordare che -in un contesto di tradizionale diffidenza della cultura istituzionale dominante verso le istituzioni non lucrative sorte in modo spontaneo dalla società o promosse direttamente o indirettamente dagli ambienti ecclesiastici, contesto cui apparteneva anche la riforma crispina delle Istituzioni di assistenza e beneficenza (IPAB), che aveva assogettato le cd. opere pie al regime degli enti pubblici -la prima disciplina dello Stato unitario (legge 15 luglio 1888, n. 5546) optava per la qulificazione come *enti morali* delle istituzioni in esame.

Se si confronta la legislazione speciale con il sistema generale disegnato dal codice civile del 1865, tale qualificazione accostava inevitabilmente tali istituzioni (senza, però, necessariamente identificarle) agli ente pubblici. Ciò era confermato dal forte radicamento delle casse di risparmio nella funzione creditizia, funzione sempre più attratta, dopo la crisi di fine ottocento, verso una disciplina di stampo pubblicistico.

Tale tendenza si accrebbe e si confermò nella legislazione degli anni '20'40 del secolo scorso: la legislazione del 1929 per le casse (t.u. 25 aprile 1929, n. 967) e quella degli anni 1936-1938 pet le banche realizzareno anche in questo settore una piena presenza pubblica nell'economia, omogeneizzando le diverse e varie realtà che avevano fino ad allora operato nel settore.

Accanto a questa tendenza verso una pubblicizzazione per motivi *storico-politici*, non si è mancato di individuare elementi più sostanziali di a *valenza pubblicistica*, che rendono in ogni caso (e in ogni tempo) necessaria una particolare attenzione del legislatore per la materia.

Tra questi elementi, vi è in primo luogo quello secondo cui il patrimonio delle fondazioni costituisce in qualche modo, come si è detto, "un bene comune che nasce dall'apporto di una moltitudine di persone che, nel tempo, con i loro risparmi e/o con la loro attività finanziata dalle casse hanno consentito agli accorti amministratori di accrescerne la consistenza".

Sotto un secondo profilo, è stato affermato che un date, non trascurabile per le scelte legislative è la imponente massa finanziaria che tali fondazioni si trovano a gestire: ciò fa si che "ogni intervento economico sia, per sé stesso un fatto sociale, e ogni intervento sociale possa essere un fenomero economico".

Inoltre, la valenza pubblicistica di tali attività nasce anche dalla necessità di assicurare adeguata protezione agli interessi antagonistici degli utenti e dei consumatori che, pur avendo portata diffusa, si presentano di intensità notevolmente ridotta se confrontati con il potere econormico del titolare dell'iniziativa e richiedono una particolare protezione da parte del legislatore.

Quello che è stato definito uno “sdoppiamento tra la valenza pubblicistica e quella privatistica della medesima attività” -e che in tempi passati ha accelerato, se non determinato, l'attrazione della raccolta. del risparmio e dell'esercizio del credito in un apposito ordinamento pubblicistico di settore- ha fatto anche sì che il processo di privatizzazione avviato verso la fine del XX secolo abbia seguíto in senso inverso lo stesso percorso, nel senso che non si è avuto un ritorno alla disciplina civilistica tout court: il legislatore ha continuato ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato.

3. La trasformazione

Il processo ora menzionato è stato avviato sotto la spinta decisiva della Comunità Europea negli anni '80, al fine di attuare una forte liberalizzazione e privatizzazione dell'economia, contraria ad ogni forma di aiuti di Stato e volta a privilegiare un regime di piena concorrenza tra le imprese.

Esso è sfociato, con una progressiva evoluzione del modello iniziale, prima nella cd. “legge Amato-Carli” del 30 luglio 1990, n. 218 e nel decreto legislativo n. 356 del 20 novembre 1990 e, successivamente, nella cd. *legge Ciampi* n. 461 del 23 novembre 1998 e nel decreto legislativo n. 153 del 17 maggio 1999. Su tale impianto legislativo, relativamente recente se si considerano le origini storiche delle fondazioni, si inserisce articolo 11 della legge finansiare n. 448 del 2001 e si posa, per ora, il suggello della norma interpretativa di cui all'articolo 5 della legge n. 112 del 2002.

Non è questa la sede per un'analisi dettagliata ri tale complesso intervento, anche perché delle specifiche norme di cui lo schema di regolamento in esame costituisce attuazione si dirà nel corso dell'articolato, alla parte III del parere.

Occorre, invece, tener conto delle caratteristiche di fondo della legislazione, delegante e delegata, degli anni '90, in cui si è inserita la legge n. 448 del 2001, per individuare alcuni punti fermi da cui rarre sostegno per l'interpretazione del sistema legislativo vigente cui il regolamento in esame deve dare attuazione.

Tale legislazione ha, innanzitutto, avuto il iuolo, pur non privo di incertezze e contraddizioni, di scíndere le fondazioni dalle banche ex pubbliche conferitarie, operando una netta inversione di tendenza rispetto ai decenni precedenti, coerente con la *privatizzazione* dell'intero settore creditizio italiano e di altri ampi settori delle cd. partecipazioni statali.

Di tale tendenza -che, come si è detto, si inserisce in un più vasto processo di privatizzazione- ha dato atto, tra gli altri, l'OCSE, nel Report on Regulatory Reform in Italy del 2001, raccomandando all'Italia di proseguire nella direzione intrapresa e di incrementare gli sforzi in alcuni settori, fra cui anche quello creditizio, ancora in fase di transizione.

Altro dato di fondo è l'evoluzione, nel corso del decennio, del rapporto tra le fondazioni conferenti e le banche conferitrie: nella prima riforma del 1990 il quadro normativo rimaneva legato all'idea che la funzione principale degli enti conferenti fosse quella di amministrare la partecipazione azionaria nella banca conferitaria più che di agire nel campo dell'utilità sociale.

Il rapporto è stato capovolto con la riforma del 1998-1999: con la legge n. 461 del 1998 l'idea portante era che le fondazioni bancarie dovessero trasformarsi in soggetti operanti nel mondo del non profit.

Ciò non ha implicato una scelta verso una tipologia uniforme di fondazione ed è stata, inoltre, consentita una certa vocazione economica (purché nell'ambito degli scopi non di lucro): l'articolo 2, comma 1, del decreto n. 153 -comma non modificato dalla legge n. 448- afferma che le fondazioni possono perseguire anche scopi "di promozione dello sviluppo economico" secondo quanto previsto dai rispettivi statuti, in coerenza con l'originaria natura delle casse di risparmio; inoltre, esse possono realizzare i propri scopi anche in modo imprenditoriale (attraverso imprese "direttamente strumentali ai fini statutari" ex articolo 3, comma 1, del decreto n. 153, anche in questa parte non modificato dalla legge n. 448).

L'assetto legislativo alla fine del XX secolo non era, tuttavia, del tutto privo di incertezze e lasciava spazio a talune ambiguità, quali il mantenimento di un legame istituzionale ancora saldo con le società bancarie conferitarie (ancorché progressivamente allentatosi); il mantenimento, attraverso accordi strategici tra fondazioni, di un controllo di fatto su alcuni grandi gruppi creditizi; l'impiego dei proventi patrimoniali a scopi di pubblica utilità, che dava luogo, da una parte, a fenomeni di dispersione, con erogazioni *a pioggia*" di impori modesti e, dall'altra, alla concentrazione delle erogazioni e degli interventi in alcune aree del Paese.

A correggere alcuni di questi inconvenienti mira, come si è visto, l'articolo 11 della legge finanziaria 2001 n. 448, ad esempio, introducendo un sistema di programmazione triennale dell'attività, disciplinando espressamente il controllo da parte di più fondazioni, favorendo la concentrazione degli interventi nei settori ammessi, allentando il legame fondazioni-banche cor un più rigoroso regime di incompatibilità e tramite l'affidamento delle partecipazioni a società di gestione del risparmio soelte con procedura competitiva.

La legge n. 448 ha senz'altro inciso, a volte profondamente, sul regime delle fondazioni e forse anche su alcuni aspetti della loro natura; essa, però, non ha abrogato il regime preesistente, sostituendolo con uno del tutto nuovo e diverso, come pure sarebbe stato possibile. Come si è già osservato, l'articolo 11 della legge n. 448 ha operato con la tecnica della novella, incidendo direttamente sul decreto legislativo n. 153, apportandovi modifiche parziali, seppure significative.

Quanto ai contenuti dell'intervento, appare in particolare mantenuta l'opzione legislativa generale della appartenenza della materia al diritto privato, ancorché *speciale*, non al diritto pubblico. Tale opzione si rinviene espressamente, innanzitutto, nella rubrica dell'articolo 2 della legge di delega n. 461 del 1998, che recita: "*régime civilistico degli enti*", e poi nello stesso articolo 2, comma 1, lett. 1), della legge n. 461 e nell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 153 del 1999, ove si afferma il principio secondo cui le fondazioni sono "*persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*", e si rinviene in varie altre norme del decreto legislativo n. 153 lasciate immutate dalla legge n. 448 (ad esempio, l'articolo 3, comma 4 e l'articolo 4, comma 1, lett. d)). La scelta del legislatore del 2001, che costituisce un importante punto di riferimento interpretativo per tutta, la disciplina della materia, a livello non solo legislativo ma anche regolamentare, trova conferma anche nei lavori preparatori dell'articolo 11, dove è emersa espressamente la volontà di non intervenire su tale principio.

La *piena autonomia statutaria* delle fondazioni é stata, infine, ribadita anche dalla recente legge n. 112 del 15 giugno 2002, di conversione del decreto legge n. 63 del 2002, che all'articolo 5 ha affermato trattarsi di un *regime giuridico privatistico*, "speciale rispetto a quello delle a tre fondazioni, in quanto ordinato per legge" in funzione di una serie di profili specificati dalla stessa legge (tra cui la particolare operatività, la struttura organizzativa, lo specifico regime di professionalità e di incompatibilità, i criteri obbligatori di gestione del patrimonio, etc.).

È stata, quindi, confermata anche dal legislatore più recente quella *scelta di campo* nei confronti del diritto privato, pur senza trascurare gli elementi di interesse pubblico e sociale prima descritti.

4. Sintesi

In sintesi, gli elementi interpretativi ricavabili dalla rassegna sin qui compiuta possono essere così tratteggiati:

-nascita ad iniziativa prevalentemente privata delle casse di risparmio e loro importante ruolo sociale nella prima metà del XIX secolo;

-progressiva pubblicizzazione di tali soggetti, sia per motivi storico-politici che per motivi sostanziali, in presenza di rilevarti profili di interesse pubblico (questi ultimi non tralasciati neppure durante il successivo processo di privatizzazione);

-ruolo propulsivo della Comunità Europea che, negli anni '80, ha spinto verso politiche sia di privatizzazione che di liberalizzazione;

-articolato processo di "ritorno al privato" negli anni '90, con la trasformazione di casse di risparmio e istituti di credito in fondazioni bancarie di diritto privato e l'introduzione del principio del distacco tra banche e fondazioni, anche se con un sistema non esente da limiti e incertezze;

-conferma del regime giuridico privatistico con le ulteriori riforme dei primi anni del XXI secolo, pur senza trascurare gli indubbi profili di rilievo generale della materia.

Sul descritto impianto legislativo di stampo privatistico si è poi inserito fornendo rilevanti elementi interpretativi, l'articolo 118, ultimo comma, della Costituzione, nel testo novellato dalla legge costituzionale n.3 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento il cd. principio di"*sussidìarietà orizzontale* affermando che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

II. UNA STORIA LUNGA E GLORIOSA

La descrizione temporale dell'attuale sistema delle Fondazioni bancarie derivanti dalla trasfornazione delle Casse di Risparmio, ora effettuata richiede una bave analisi teorica volta a ricostruire sinteticamente la complessiva vicenda di queste istituzioni, caratterizzate da una lunga storia, spesso gloriosa, e dalla peculiarità della loro natura. Occorre, come si è visto, partire da lontano, per collegarsi alla prima metà dell'Ottocento, fase storica rella quale, a fronte delle crescenti esigenze della società, sorsero numerosi

soggetti spinti dall'intento di operare per finalità altruistiche nell'ambito di settori che per tradizione gli Stati continentali e le loro strutture pubbliche non ritenevano di loro pertinenza.

Si svilupparono in quegli anni, come rilevato più sopra, numerose iniziative, definibili privatistiche con riferimento alla natura dei promotori, ma sostanzialmente altruistiche nel senso che miravano a soddisfare finalità collettive nell'ambito della scuola, dell'educazione; dell'assistenza, delle cure sanitarie e dei servizi in genere. Queste iniziative non possono essere condotte a unità, ma certamente le esigenze cui intendevano corrispondere possono considerarsi espressione della comune volontà di molti di contribuire allo sviluppo della società facendo fronte, in assenza dell'intervento degli Stati, a esigenze nuove e nell'intento di migliorare le condizioni di vita dei cittadini più deboli. Le Casse di Risparmio, che appartengono a questo filone di sviluppo della società italiana, cominciarono a intervenire nel settore dei credito, senza porsi scopi lucrativi e in odio a ogni forma di usura.

Le tipologie furono fin dall'inizio differenti, pur nell'unità degli intenti ultimi, nel senso che in alcuni casi furono gruppi di cittadini a impegnarsi a vantaggio della loro collettività di riferimento, dando luogo ad associazioni, in altri casi furono enti locali a costituire istituzioni di tip diverso.

Nel corso dei decenni la situazione ebbe a mutare. Trattando l'argomento con grande semplificazione può osservarsi che, nel momento in cui lo Stato divenne Stato unitario ed emerse l'esigenza, di matrice francese, per un force accentramento statale, cominciò a farsi strada la diversa idea che lo Stato dovesse assumere via via, in prima persona o attraverso le sue articolazioni, una serie di compiti che, in quanto indirizzati al soddisfacimento di riconosciute esigenze della collettività, diventavano di interesse collettivo e, quindi, pubblici.

In definitiva lo Stato, non più governato da una sola classe socialeria ormai Stato pluriclasse, con l'avvento al potere di ceti diversi da quelli che erano stati i soli dominanti, ebbe a individuare in misura crescente come compiti pubblici e dunque statali, quei compiti nuovi volti a migliorare le condizioni di vita dei cittadini e a elevarne lo sviluppo.

In conseguenza di ciò le Casse di Risparmio, Associazioni o Istituzioni chiamate a realizzare una struttura bancaria volta a erogare il credito soprattutto a piccoli artigiani, agricoltori, commercianti a condizioni di favore nonché allo scopo di incentivare il risparmio considerato in sé e per sé come un valore, vennero trasformate in strutture pubbliche rilevanti per l'economia locale, sottoposte all'indirizzo e al controllo dello Stato.

Una sorta di sopraffazione, sancita via via legislativamente e amministrativamente (a tacere dei controlli sull'attività bancaria, il presidente e il vicepresidente venivano nominati dal Ministero del Tesoro e sulla nomina del direttore doveva esserci il gradimento di Banco d'Italia) che, senza per la verità modificare l'assetto istituzionale fondamentale delle Casse di Risparmio, le sottopose allo Stato come Enti pubblici economici aventi una duplice natura; imprenditoriale, in quanto Banche, e, nello stesso tempo, erogativa.

III. L'INVERSIONE DI TENDENZA VERSO LA PRIVATIZZAZIONE

Ora si assiste a una sorta di inversione di tendenza in quanto l'attività bancaria è stata scissa dall'attività erogativa costituendosi separatamente la Società per Azioni-Banca e la Fondazione detentrice delle partecipazioni nella Banca. Le Fondazioni bancarie, che sono fondazioni di diritto privato a ogni effetto, per esplicita volontà del legislatore e per atto ricognitivo e costitutivo del Ministero del Tesoro, sembrano rappresentare una categoria a sé stante nel panorama delle istituzioni italiane.

Concepite dalla Legge Ciampi come fondazioni di diritto privato, faticosamente istituite come tall dalle Casse di Risparmio e dalle Banche del Monte nel corso di qualche anno, a seguito di un procedimento sul quale non può che esprimersi una valutazione positiva -poiché le banche da cui hanno tratto origine le fondazioni hanno saputo adeguarsi a un cambiamento sostanziale in un tempo definibile come congruo in assoluto, ma certamente brevissimo per il sistema amministrativo italiano, ingessato e conservatore- le Fondazioni bancarie sono state oggetto come si è già deto di un intervento, molto incisivo e in più direzioni, del Ministero del Tesoro al momento dell'approvazione della Legge finanziaria.

È sembrato a molti, e sembra tuttora a alcuni, che con la Legge finanziaria si sia voluto incidere, modificandone il regime giuridico, sulla natura stessa delle Fondazioni bancarie: in particolare, creando le premesse per riaffermarne, in piena contraddizione con l'indirizzo legislativo dell'ultimo decennio, la natura e la vocazione pubblica.

Il dibattito che ne è seguito, e che è stato caratterizzato da prese di posizione disparate, spesso ispirate a motivazioni puramente politiche, è stato via via alimentato da numerosi interventi, anche di particolare rilievo sotto il profilo istituzionale, e dalla presentazione di una bozza di regolamento di attuazione -sulla quale il Consiglio di Stato ha espresso il proprio parere cui ha fatto seguito una proposta definitiva adottata all'inizio di agosto dal governo- ora sottoposta al controllo della Corte dei Conti.

Un lungo e controverso procedimento, dunque, che ha trovato divisioni all'interno di forze politiche, sia di maggioranza sia di opposizione; che ha visto un forte convolgimento delle Regioni; che è stato segnato principalmente da due problematiche: la prima relativa all'inopportunità di dare eccessivo spazio agli Enti locali e attraverso di essi alle forze politiche nella nomina dei componenti l'organo di indirizzo; la seconda, quella di non vulnerare l'autonomia privata, gestionale e di governo, delle fondazione, già compresse nella loro operatività da una serie di prescrizioni legislative, regolamentari e amministrative, che conservano al Ministero del Tesoro e alla Banca d'Italia un forte potere di controllo nell'assunzione delle principali decisioni riguardanti l'attività degli enti.

C'è da domandarsi perché questa *privatizzazione* sia stata cosi difficile e si può rispondere a questa giusta domanda; sottolineando che la soluzione tipica delle privatizzazioni in senso sostanziale, quella cioè di collocare sul mercato le partecipazioni, trasferendo ad altri la proprietà degli enti creditizi, non ha avuto seguito nelle fondazioni. In esse, in conseguenza di oggettive condizioni di mercato, quando si è cercato di separare l'azienda bancaria dall'ente conferente -al quale appartenevano le relative partecipazioni - sì sono incontrate grava difficoltà: oggettive, poiché non era possibile immettere sul mercato pacchetti azionari di grande rilevanza in un breve arco di tempo, senza penalizzare il soggetto alienante, vale a dire le fondazioni; di carattere soggettivo, poiché c'é stata molta riluttanza da parte dei vertici delle fondazioni a mettere a rischio la loro possibilità di conservare cariche presso le banche, ovvero di conervare il potere di nominare amministratori presso le medesime, specie quando si trattava di banche di importanza nazionale.

C'è da dire che la legge Ciampi ha operato opportunamente e con equilibrio proprio per risolvere questo tipo di problemi, vale a dire assegnando una missione alle fondazzioni, che hanno assunto la veste di enti privati, ma con finalità di interesse collettivo e imponendo, in tempi che possono definirsi sufficientemente rapidi, la dismissione delle partecipazioni fino portarle a scendere al di sotto della partecipazione di controllo, intesa udendo il concetto in senso lato.

Nello spirito della legge Ciampi le fondazioni bancarie dovevano essere considerate alla stregua di tante altre fondazioni italiane e straniere, di origine non bancaria. In questo contesto, tuttavia, va considerato che forse non si è voluto arrivare fino in fondo, poiché, come è stato rilevato da Fabio Merusi, neppure la legge Ciampi dice che alle fondazioni, pur privatizzate, si applicano integralmente le sole regole del Codice Civile; anzi, esse sono sottoposte a una serie di poteri del Ministero del Tesoro in attesa dell'istituzione di una ‘authority’ che si occupi di questi particolari soggetti non lucrativi e comunque in attesa di una nuova normativa che modificando il libro I del Codice Civile, definisca le norme applicabili a tutte le fondazioni.

Inoltre è stata individuata una serie di settori di intervento che comuna que definiscono in modo limitativo i campi di attività specifici delle fondazioni, il che appare in contrasto con la loro asserita piena autonomia gestionale.

Queste sono alcune delle carenze e delle incongruità -peraltro non decisive- che si sono concretizzate, anche in conseguenza di un'azione di governo non sempre rispettosa di principi sanciti dalla legge Ciampi.

In realtà, avevo cominciato il precedente ministro Vincenzo Visco a formulare direttive gravemente limitative dell'autonomia delle fondazioni, scatenando una serie di ricorsi sui quali si è pronunciato, sia pure parzialmente, il TAR del Lazio, che, con una articolata ordinanza, ha in sostanza rinviato il tutto alla Corte Costituzionale.

Su tale quesito dovrà pronunciarsi la Corte, ma, come si è detto, il Ministro del Tesoro è intervenuto sulla materia, adottando una prima ipotesi di regolamento attuativo della legge finanziaria, che, per più profili, è sembrato ulteriolmente limitativo dell'autonomia privata delle fondazioni, in quanto volto soprattutto a enfatizzarne il ruolo pubblico. Questo è tanto vero cae si è subito manifestata una corrente di pensiero volta ad affermare la perdurante natura pubblica dalle fondazioni bancarie.

Va altresi detto, tuttavia, che nell'ultima e definitiva versione della proposta di regolamento approvata dal Governo, che ha recepito le indicazioni del Consiglio di Stato accettate dal Ministero del Tesoro, vengono chiariti alcuni profili a favore dell'autonomia delle fondazioni bancarie e vengono inserite disposizioni, come quelle sulla incompatibilità che appaiono eticamente condivisibili, e che mirano a eliminare alla radice lle frequenti situazioni di conflitto di interessi non compiutamente definite nel contesto della normativa precedente.

C'è di più. Proprio perché ha contribuito a meglio definire e attuare nelle Casse di Risparmio la netta separazione fra azienda bancaria e Fondazione, la legge Tremonti e forse la bozza del successivo regolamento hanno contribuito in modo determinante alla pronuncia della Commissione europea che con determinazione del 23 agosto 2002 ha sancito che talune misure fiscali introdotte dall'Italia nel 1998 e nel 1999 a favore delle Fondazioni bancarie non sono soggette alle regole comunitarie in materia di aiuti allo Stato. A giudizio della Commissione, infatti, l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione dei proventi per le erogazioni di contributi a enti senza scopo di lucro non è un'attività economica. Di conseguenza le fondazioni bancarie non sono qualificabili come imprese si sensi della normativa comunitaria.

Si tratta di una decisione ben diversa rispetto alla decisione del dicembre 2001 con la quale la Commissione aveva stabilito che altre agevolazioni fiscali a favore delle banche italiane, concesse con la medesima legge, erano illegali e ne aveva disposto il rimborso. E va rilevato che è stato possibile giungere a questa conclusione, a parere della Commissione, anche in seguito al rafforzamento della separazione tra banche e fondazioni, sancito dall'articolo 11 della legge 2001, nr. 448. La nuova normativa, infatti, vieta il controllo congiunto di azierde bancarie da parte di più fondazioni e rende più severe le norme in materia di incompatibilità di incarichi e ciò consente di escludere l'esercizìo dell'attività bancaria da parte delle fondazioni per il tramite delle banche controllate.

IV. LA COMPETENZA DELLE REGIONI

Il quadro attuale non sarebbe completo se non ci si soffermasse più a lungo sulla modifica del titolo V e sulla attribuzione alle Regioni di una competenza concorrente in materia di Casse di Risparmio.

E da verificare se questa innovazione possa incidere in qualche misura sul problema delle fondazioni bancarie.

Esiste una prima ipotesi di soluzione contenuta, nella lettera 'L' del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione ora modificato. Se le fondazioni, come ha affermato la legge Ciampi, sono veramente fondazioni di diritto privato perché il legislatore le ha trasformate, la competenza regionale sarà inesistente perché la norma sopracitata prevede tra le varie materie che sono attribuite all'esclusiva competenza statale l'ordinamento civile, cioè i rapporti interprivati e la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato.

Però questa può essere la piena soluzione da accogliere se le fondazioni risultano privatizzate effettivamente, a ogni effetto, per l'interprete e per gli operatori del diritto, in quanto se la Corte Costituzionale -di cui si attende la pronuncia- dovesse invece affermare che il legislatore, al di là del nome, non ne ha conservato la natura pubblicistica, si porrà certamente il problema di un possibile intervento legislativo regionale. Le Regioni, infatti, potrebbero intervenire sulle fondazioni con leggi ad hoc per disciplinarle a seconda delle attività che esse svolgono, in quanto enti pubblici di interesse locale che svolgono attività di interesse collettivo per lo più rientranti nelle materie attribuite alla competenza regionale residuale.

E evidente, al contrario, che se anche la Corte Costituzionale riconoscesse la personalità giuridica privata, gli enti conferenti, ora fondazioni in senso proprio, saranno sottoppsti interamente al regime privatistico e alle stesse non potrà che essere riconosciuta quella piena autonomia che caratterizza gli enti privati.

Se si volessero trarre delle conclusioni dalla complessiva vicenda delle Fondazioni bancarie, potrebbe dirsi che la legge più recente e i provvedimenti di essa attuativi, pur incidendo in modo significativo su alcuni profili del regime giuridico delle stesse, non hanne affatto abrogato il sistema precedente.

Ciò nel senso che è stata in definitiva confermata l'essenziale sottoposizione al diritto privato, e non al diritto pubblico, delle fondazioni, che discende in modo esplicito dalla legge nr. 461/1998, all'art. 2, e che viene confermata sia nel decreto delegato nr.

153/1999, sia nella stessa legge finanziaria nr. 448/2001, che nell'art. 11 evidenzia con chiarezza la volontà del legislatore di non intervenire su questo principio. Possono tratteggiarsi aspetti peculiari di questa categoria di fondazioni rispetto a quelle istituite in base alle disposizioni del Codice Civile, ma certamente non tali da vulnerare il principio dell'appartenenza di questi enti alla materia dell'ordinamento civile.

Tutto ciò è rilevante anche e particolarmente alla luce delle modifiche apportate al titolo V della Costituzione, che amplia il novero delle materie assegnate alla competenza concorrente delle Regioni e prevede una competenza legislativa residuale piena delle s'sse in tutte le materie non enumerate, che delinea significative aperture per le funzioni legislative regionali in materia di credito, ma che non tocca e non potrebbe toccare le fondazioni, a loro volta ulteriormente protette, principalmente per quanto riguarda quelle a base associativa, dalla nuova dizione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione, ove, in ossequio al cosiddetto principio di sussidiarietà orizzontale, si statuisce che: "Le Regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

V. DUE DIVERSE TIPOLOGIE

Nel contesto più ampio delle Fondazioni bancarie, in effetti, si debbono distinguere due tipologie. La prima è quella delle fondazioni a base associativa; la seconda è quella delle fondazioni di natura istituzionale. Questa distinzione è sempre esistita fra le Casse di Risparmio, ma mentre per il passato atteneva fondamentalmente al momento genetico, vale a dire, alla fase costitutiva dell'originaria Cassa di Risparmio, ora è una distinzione che comporta alcune conseguenze non irrilevanti sul piano della disciplina organizzativa delle singole fondazioni.

In effetti, nelle fondazioni istituzioni, gli Enti locali territoriali (originariamente Comuni e Province, poi anche le Regioni) erano e sono presenti in modo del tutto prevalente pegli organi di governo (il Consiglio di amministrazione per il passato, l'Organo di indirizzo attualmente). Mentre nelle fondazioni a base associativa, esiste un organo, vale a dire l'assemblea dei soci, istituita dagli originari fondatori delle Casse di Risparmio e via via autoalimentas i per cooptazione, che ha sempre avuto il potere di nominare gli amministratori e i sindaci. La Legge finanziaria non elimina, anzi, enfatizza questa distinzione, mantenendo all'assemblea il potero di nominare il 50% dei componenti il Collegio di indirizzo nelle fondazioni a base associativa.

La questione non è né teorica, né fine a sé stessa. Il fatto è che nelle fondazioni a base associativa è sempre rappresentata la cosiddetta società civile, pienamente espressiva dell'origine, della storia e della disciplina fondamentale delle fondazioni a base associativa. Il rispetto doveroso di questa presenza della società civile, che almeno inizialmente la nuova normativa sembrava sminuire, è diventato per molti l'elemento principale di valutazione della riforma apportata dalla Legge finanziaria. Può essere, infatti, che non tutte le componenti della società siano presenti nelle assemblee delle fondazioni, ma non vi è dubbio che, pure nella varietà dei singoli statuti, la società sia ampiamente rappresentata in esse, soprattutto per quanto attiene alle; categorie professionali, alle università e accademie, alle associazioni economiche e cosi via.

E, in effetti, prima la Legge finanziaria, poi lo schema definitivo di regolamento conservano le assemblee, nelle quali le originarie Casse di Risparmio e ora le fondazioni, hanno sempre trovato il principale punto di riferimento, la cui forza è basata su un presuposto originario e perdurante di natura inequivocabile: dalla società civile queste fondazzioni sono state costituite; con essa hanno saputo esistere e svilupparsi attraverso gli amministratori che ne sono stati di volta in volta espressione; per essa hanno saputo operare in assoluta autonomia, senza nessun onere per lo Stato, a vantaggio del proprio territorio di riferimento e della nazione.

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

Carlos Eduardo Acedo Sucre
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. ANTECEDENTES

La vieja Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que fue publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpresa el 8 de marzo de 1995, fue el producto de reformar y reimprimir en un solo texto el decreto-ley publicado el 22 de mayo de 1975 y reimpreso el 8 de agosto de 1975. En su versión reformada, se trató de una ley propiamente dicha, por oposición a un decreto-ley.

Según el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el tema del seguro cae dentro de la reserva legal.

De conformidad con el número 1 del artículo 187, el número 32 del artículo 156 y el tercer aparte del artículo 203 de la misma Constitución, el Poder Ejecutivo puede ser habilitado por el Poder Legislativo para dictar decretos con fuerza de ley o decretos-leyes.

Con base sobre lo anterior, fue promulgada la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000.

Los trabajos preparatorios de los decretos-leyes sobre seguros, preparados durante la vigencia de dicha Ley Habilitante, tuvieron una serie de errores, muchos de los cuales fueron corregidos.

A título ilustrativo, señalamos que, en los artículos 228 y 251 del primer anteproyecto entregado por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, en febrero de 2001, se había establecido que la póliza de seguros tendría el carácter de título ejecutivo, y, al ser presentada en juicio, aparejaría embargo contra la aseguradora demandada. Lo anterior era absurdo, por cuanto las pólizas de seguros no podrían constituir títulos ejecutivos, en un procedimiento incoado contra una aseguradora, ni tendrían por qué aparejar embargo. En efecto, los títulos ejecutivos son aquellos instrumentos públicos o privados auténticos que prueban "clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar alguna cantidad líquida con plazo cumplido" (artículo 630 del Código de Procedimiento Civil).

Pues bien, las pólizas sólo prueban clara y ciertamente la obligación de los tomadores de pagar la prima, que es una suma líquida con plazo vencido; las pólizas no prueban la obligación de las compañías de seguros de pagar una suma líquida con plazo vencido, ya que, para exigir el pago a la aseguradora, es necesario establecer que se produjo un

siniestro, cuantificarlo, conocer sus causas, determinar qué está cubierto, constatar que no se aplica ninguna exclusión y fijar el monto de la indemnización, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto y del articulado de la póliza. En realidad, la póliza sólo demuestra cuáles son los riesgos asumidos por la compañía de seguros, el lapso durante el cual dicha compañía asume tales riesgos y los límites de la cobertura. El siniestro y los daños sufridos por el asegurado deberán ser probados en juicio (artículos 1354 del Código Civil, 506 del Código de Procedimiento Civil). De modo que el embargo al que se referían dichos artículos tendría forzosamente que ser una medida en contra del tomador, y no en contra de la aseguradora. La Superintendencia de Seguros acogió este planteamiento, formulado por el autor del presente trabajo, como socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., abogados de la Cámara de Aseguradores.

El segundo anteproyecto entregado por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, en marzo de 2001, también contenía una serie de errores, muchos de los cuales fueron igualmente corregidos:

Primer ejemplo: el artículo 95 del segundo anteproyecto permitía que los asegurados obtuviesen embargos contra las aseguradoras en relación con las reservas. Al respecto, planteamos a la Superintendencia que sería conveniente distinguir los embargos preventivos de los embargos ejecutivos. En efecto, los embargos ejecutivos presuponen que ya se obtuvo una sentencia definitiva. En cambio, los embargos preventivos son una mera medida cautelar, es decir, previa a cualquier sentencia de fondo, que incluso puede ser anterior a la citación de la aseguradora demandada. En consecuencia, esta medida sólo puede ser acordada cuando se requiera de *celeridad* (artículo 1097 del Código de Comercio), es decir, cuando el demandante haya presentado "un medio de prueba que constituya presunción grave" de que existe el "riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo" (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil). Los citados artículos 1097 y 585, según la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, coinciden en exigir que la parte actora evidencie que existe el peligro de que la demandada se insolvente (sentencia dictada el 31 de julio de 1997 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Electrospace vs. Banco del Orinoco*). De modo que el requisito de procedencia del embargo preventivo es, también, un supuesto de hecho que justifica una actuación inmediata de la Superintendencia de Seguros (medidas preventivas administrativas, intervención, revocatoria o liquidación, según el caso). En consecuencia, estando las aseguradoras controladas por dicha, respecto de las mismas no se deberían plantear embargos preventivos, porque, tal como ha quedado dicho, esta medida cautelar presupone el riesgo de insolvencia de la empresa de seguros de que se trate. Entonces, cuando una aseguradora corre el riesgo de insolventarse, es la propia Superintendencia, en beneficio de todos los tomadores, asegurados y beneficiarios, quien debería actuar, tomando las medidas preventivas administrativas, de intervención, de revocación o de liquidación, según el caso. El peligro de insolvencia no debería dar lugar a que un demandante cualquiera, en beneficio de sus intereses particulares, pudiera hacer practicar un embargo preventivo, y menos sobre las reservas. Conceptualmente, debería descartarse la posibilidad de embargos preventivos contra las aseguradoras, particularmente sobre sus reservas, que, son para todos los tomadores, asegurados y beneficiarios, y no para uno solo de ellos. Nuevamente, hubo receptividad de la Superintendencia, ya que actualmente se permiten únicamente los embargos ejecutivos sobre reservas.

Segundo ejemplo: en el número 10 del artículo 246 del segundo anteproyecto, se establecía que la póliza de seguros debe contener "*las firmas de la empresa de seguros y del tomador del seguro, las cuales se presumen auténticas*" (las cursivas son nuestras). Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que no existe ninguna razón seria por la cual deban presumirse auténticas la firma de la empresa de seguros y la del tomador del seguro. En efecto, la autenticidad de la firma de un documento otorgado ante un funcionario público se obtiene porque tal documento es autorizado por un Registrador, Juez o Notario, quien da fe de que ante él se suscribió el documento y de quién fue la persona que lo suscribió. La autenticidad de la firma de un documento privado simple -como lo sería la póliza-, si fuere el caso, deriva del hecho de que el autor de dicho documento reconozca que es suya la firma que aparece al pie del documento. Esta autenticidad se obtiene cuando, en el curso de un juicio, el documento privado simple se opone a su autor para su reconocimiento y éste lo acepta. También se obtiene tal autenticidad cuando, a pesar de haber sido desconocido el documento, posteriormente se demuestra, mediante la prueba de cotejo, que la firma es auténtica (artículos 444 y 445 del Código de Procedimiento Civil). La referida presunción de autenticidad de las firmas en la póliza originaría que cualquiera de las partes (la empresa de seguros o el tomador), si la firma no es la suya, tendría que ejercer la acción de tacha de falsedad por vía principal o incidental que prevé el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil. La Superintendencia acogió este planteamiento y suprimió la disposición criticada.

Tercer ejemplo: las operaciones de fideicomiso son una actividad independiente de la de seguros, pero que no es incompatible con ésta. En virtud de estas operaciones, las aseguradoras cobran una remuneración por actuar como fiduciarias, manteniendo los bienes fideicometidos separados de sus propios bienes, conforme a la ley. Existen variados tipos de fideicomisos, con propósitos que van desde otorgar una garantía (el fideicomiso en garantía está previsto en la exposición de motivos de la Ley de Fideicomisos), hasta salvaguardar el bienestar de los miembros de una familia protegiendo ciertos activos. Sin embargo, en el segundo anteproyecto se partió de la premisa de que los fideicomisos son una actividad que necesariamente está vinculada a la de seguros. En efecto, su artículo 121 disponía que "...Las empresas de seguros podrán actuar como instituciones fiduciarias solamente para el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas, primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, así como administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones...". Este artículo podría haber coartado innecesariamente a las aseguradoras y traído como consecuencia la eliminación de una actividad útil y potencialmente muy rentable, la cual no ha presentado problemas en cuanto concierne a la mayoría de ellas. Pues bien, la Superintendencia de Seguros, atenta a nuestro planteamiento, eliminó la limitación anterior.

Cuarto ejemplo: los números 5 y 13 del artículo 8 del segundo anteproyecto preveían que la Superintendencia de Seguros convocase y asistiera a las reuniones de junta directiva y de asamblea de accionistas de los entes regulados "cuando lo estime conveniente". Planteamos a la Superintendencia que esto nos parecía excesivo, pues se invade la esfera de actuación de directores y propietarios de acciones. En efecto, las reuniones de junta directiva están orientadas a la dirección, supervisión y control de la gestión de la empresa por parte de la alta gerencia de la misma, con la colaboración de sus directores externos, y no es sano que el organismo supervisor se inmiscuya en ella, pues esto refleja plena desconfianza por parte de la Superintendencia de Seguros respecto de las decisiones que toma la junta para gerenciar la empresa bajo su cargo. Asimismo, salvo que

exista un problema grave, no se justifica que la Superintendencia de Seguros se entrometa en la relación entre los administradores y los propietarios de las acciones en la asamblea de accionistas. Dicho Despacho nuevamente mostró receptividad, al establecer, más bien, la facultad de la Superintendencia de Seguros de convocar y asistir a tales reuniones (las de junta directiva y asamblea) cuando existan motivos graves que lo justifiquen.

Quinto ejemplo: el número 15 del artículo 8 y el artículo 53 del segundo anteproyecto preveían que la Superintendencia de Seguros autorizase las adquisiciones de acciones de las sociedades reguladas, cuando las acciones adquiridas representasen el 10% o más del capital de éstas. Además, el citado artículo 53 impedía que las instituciones bancarias y financieras comprasen acciones de aseguradoras o reaseguradoras con recursos de depositantes, asegurados o inversionistas. Planteamos a la Superintendencia que dicho porcentaje era demasiado bajo y no justificaba la obtención de tal autorización. En efecto, el 10% de una empresa de seguros o reaseguros es un porcentaje que no da lugar al control de la misma. Adicionalmente, se planteó a la Superintendencia que no se debería coartar las inversiones de las instituciones bancarias y financieras, las cuales obviamente se realizan con los recursos de los depositantes e inversionistas (dichas instituciones, además, no reciben recursos de los asegurados, sino en la medida en que éstos sean depositantes o inversionistas). Se indicó que este tema debería dejarse al legislador bancario, que establece limitaciones en cuanto a las inversiones de la banca; y que coartar la inversión bancaria en el negocio asegurador y viceversa es contrario a las tendencias modernas mundiales, y debilita innecesariamente ambos sectores. Nuevamente, dicho Despacho fue receptivo, ya que el porcentaje aplicable es 20% y, además, desapareció la restricción a las inversiones bancarias.

Sexto ejemplo: el número 23 del artículo 8 del segundo anteproyecto permitía a la Superintendencia de Seguros suspender el pago de dividendos, si apreciara que existen meros *indicios* de que no corresponden a ganancias reales. Alegamos ante la Superintendencia que los *indicios* no deberían bastar para ordenar tal suspensión, susceptible de causar daños a la sociedad de que se trate y a sus accionistas, sobre la base de vagas apreciaciones del funcionario. Nuevamente, dicho Despacho fue receptivo, ya que desapareció la referencia a tales indicios.

Séptimo ejemplo: el número 3 del artículo 70 del segundo anteproyecto prohibía el financiamiento de las primas realizado directa o indirectamente por parte de las aseguradoras. Ahora bien, en cuanto concierne al financiamiento indirecto de las primas por parte de las aseguradoras, explicamos a la Superintendencia, en primer lugar, que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros entonces vigente preveía la existencia de sociedades financiadoras de primas, y no prohibía que las mismas pertenecieran a las aseguradoras; y en segundo lugar, dicho anteproyecto también prevé la existencia de tales sociedades financiadoras, siendo difícil concebir la existencia de las mismas de manera independiente de las aseguradoras. Se propuso que no se prohibiera, por lo tanto, el financiamiento indirecto de las primas, a través de tales financiadoras, por las aseguradoras, lo que obligaría a éstas a cambiar sus esquemas operativos y su relación con los tomadores de seguros, quienes, en la práctica, se podrían ver privados de financiamiento, en su propio perjuicio y en el del mercado. Una vez más, la Superintendencia se mostró receptiva a este comentario.

Octavo ejemplo: el número 8 del artículo 70 del segundo anteproyecto tenía el inconveniente de que expresaba que las empresas aseguradoras utilizarían los servicios de los productores de seguros para vender pólizas. Indicamos a la Superintendencia de Segu-

ros que esto podía ser inconsistente con la circunstancia de que los productores son personas naturales o jurídicas que intermedian entre las aseguradoras y los tomadores de seguros, debiendo asesorar a estos últimos (artículo 132 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros vigente). Siendo su deber asesorar a los tomadores de seguros, los productores, estrictamente hablando, no prestan servicios a las aseguradoras, sino a sus contrapartes en los contratos de seguros. Evidentemente, que las gestiones de los productores son indispensables para las aseguradoras, pero aquéllos no actúan para éstas, sino que son profesionales que operan en beneficio propio y de los tomadores de seguros, quienes constituyen su cartera de clientes, susceptible de ser vendida. El plantear que los productores prestan un servicio a las aseguradoras (y el decir, como se decía, en el mismo número 8 del artículo 70, que los trabajadores de las aseguradoras prestan el mismo servicio) crearía una situación confusa. En efecto, se produciría la impresión equivocada de que los productores de seguros son equiparables a los empleados de las aseguradoras, quienes no tienen él deber de asesorar a los tomadores de seguros. Los productores no son empleados de las empresas de seguros, las cuales, además, no serían viables económicamente si se les impusiese tal carga laboral, que no es razonable imponerles, puesto que los productores de seguros son empresarios independientes, que usualmente ganan mucho más que cualquier empleado encargado de ventas. La Superintendencia nuevamente fue receptiva. En el mismo orden de ideas y atendiendo a las críticas recibidas, dicho Despacho eliminó el artículo 217 del segundo anteproyecto, según el cual los agentes de seguros podían ser representantes de las aseguradoras. Efectivamente, tales agentes no son representantes de las aseguradoras, sino que son mediadores entre éstas y los tomadores de seguros, a los cuales tienen el deber de asesorar.

Noveno ejemplo: el artículo 82 del segundo anteproyecto preveía que la Superintendencia de Seguros estableciera a su sola discreción la cuantía y forma de la reserva para prestaciones y siniestros pendientes de pago. Planteamos a dicha Superintendencia que esta discrecionalidad se podría prestar para que se cometieran errores, cuyas consecuencias podrían ser graves, y que, por ello, dicha Superintendencia debería cuanto menos oír a las empresas interesadas antes de ejercer dicha atribución. Nuevamente, hubo receptividad de dicho Despacho. Además, el artículo 84 del segundo anteproyecto ordenaba constituir reservas para riesgos catastróficos, no definidos, por el 40% acumulativo de las primas. Al respecto, se planteó a la Superintendencia de Seguros que podía haberse incurrido en un exceso; se indicó que debería estudiarse la conveniencia definir en dicho artículo lo que son los riesgos catastróficos; y se expuso que debería tomarse en cuenta que las empresas de seguros contratan reaseguros de exceso de pérdidas catastróficas para protegerse de estos riesgos, y que las reaseguradoras han de constituir las reservas correspondientes, conforme a sus propias legislaciones. Nuevamente hubo receptividad de dicha Superintendencia, ya que, atendiendo nuestras críticas, estableció cuáles son esos riesgos catastróficos, redujo el referido porcentaje al 30% y aclaró que este porcentaje se aplica a las primas netas de comisión, respecto de los riesgos transcurridos retenidos (o cedidos a reaseguradores no inscritos).

Décimo ejemplo: el artículo 106 del segundo anteproyecto, que mantenía el régimen de ejercicio anual para las aseguradoras (de enero a diciembre) y las reaseguradoras (de julio a junio), preveía, sin embargo, balances y estados financieros semestrales acompañados de los informes de los auditores. Indicamos a la Superintendencia de Seguros que los balances y estados financieros anuales, que corresponden al cierre del ejercicio, son los que deben estar acompañados de los informes de los auditores externos; y es sólo respecto de los balances y estados financieros anuales que se justifica pagar los honorarios y gastos de tales auditores. Nuevamente, hubo receptividad de la Superintendencia.

Asimismo, el artículo 107 del segundo anteproyecto ordenaba que los balances y estados financieros anuales fuesen presentados a la asamblea de accionistas dentro de los 45 días continuos contados a partir del cierre. Planteamos a la misma Superintendencia que este plazo era demasiado corto, pues se requiere que estén auditados. Como consecuencia de la receptividad de dicha Superintendencia, se estableció un plazo de 60 días continuos.

Undécimo ejemplo: el artículo 110 del segundo anteproyecto preveía que la información financiera se rectificase, y eventualmente se publicase nuevamente, en caso de ser objetada por la Superintendencia de Seguros. Se planteó a dicha Superintendencia que se debería tomar en cuenta que el problema detectado, cualquiera que él sea, pudo ya haber sido subsanado, en información financiera divulgada posteriormente (por ejemplo, los balances y estados financieros del ejercicio siguiente pudieran haber corregido tal situación). En este caso, no se justificaría que la Superintendencia pidiera que se rectificase, y eventualmente se publicase nuevamente, la información defectuosa ya corregida, puesto que se trataría de un problema ya superado. Como consecuencia de la receptividad de dicha Superintendencia, se estableció que la rectificación y nueva publicación se aplicaría si se detectara un problema en la última información financiera de la empresa.

Duodécimo ejemplo: en el artículo 146 del segundo anteproyecto se expresaba, entre otras cosas, que "*No podrán ser objeto de cesión aquellos contratos que mantuvieren siniestros pendientes de pago, salvo autorización expresa del asegurado*" (las cursivas son nuestras). Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que, cuando una empresa en dificultades cede su cartera a una empresa sana, los primeros beneficiarios son los contratantes, asegurados y beneficiarios de las pólizas con siniestros, por cuyos derechos debe velar dicha Superintendencia al autorizar la cesión, sin necesidad de que cada uno de ellos dé su consentimiento. La misma Superintendencia acogió dicho planteamiento.

Decimotercer ejemplo: el número 9 del artículo 163 del segundo anteproyecto preveía que la Superintendencia de Seguros revocase a los entes bajo su control la autorización correspondiente, "*cuando lo juzgue conveniente al interés nacional*" (las cursivas son nuestras). Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que el interés nacional no tiene nada que ver con la revocación o no de la autorización de una empresa sujeta a la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. La interpretación que pueda tener un Superintendente sobre lo que él considera que es el interés nacional no debería ser una causal de revocación, pues, además de que el concepto de interés nacional es etéreo y pertenece más a la esfera de la política que a la del derecho, se trata de algo subjetivo, discrecional, que no debía tener cabida en dicho anteproyecto. La Superintendencia acogió dicho planteamiento.

Decimocuarto ejemplo: los artículos 199 y 226 del segundo anteproyecto preveían la entrega de dinero en efectivo a los productores, quienes podrían poner la nota de cancelado en los recibos de primas, liberando al tomador del seguro de su obligación de pagar la prima. Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que esto sería riesgoso. En efecto, permitir la entrega a los productores de dinero en efectivo es innecesario y crea peligros y tentaciones, que pueden traer como consecuencia que la prima no ingrese en el patrimonio de las aseguradoras. Adicionalmente, en los casos en que no hay ningún manejo incorrecto, se hace correr a las aseguradoras el riesgo de insolvencia de los productores. En consecuencia, se dijo que dicha norma debería ser ajustada, para evitar tales peligros, tentaciones y riesgo de insolvencia. En este sentido, los producto-

res deberían recibir únicamente cheques, preferiblemente a nombre de las aseguradoras. La Superintendencia acogió dicho planteamiento, por lo que ahora los productores sólo pueden recibir cheques, así: los agentes y corredores pueden recibir cheques a nombre de las aseguradoras y las sociedades de corretaje pueden recibir cheques a nombre de ellas mismas o de las aseguradoras.

Decimoquinto ejemplo: Los artículos 24, 28, 29, 30 y 31 del segundo anteproyecto preveían que la Superintendencia de Seguros tuviese aportes del Estado y que además se beneficiase de una contribución pagada por los entes bajo su control. Ahora bien, planteamos a dicho Despacho que esta contribución era excesiva, puesto que, respecto de las aseguradoras, representaba entre el 0,20% y el 2% de las primas de seguros (artículo 30), pudiéndose incrementar hasta en un 50% (artículo 31). Se trataría, pues, de hasta el 3% de las primas. También en esto fue receptiva la Superintendencia. En efecto, la contribución ahora es de entre 0,20 y 1,5%.

Decimosexto y último ejemplo: el número 4, letra a, de los artículos 47 y 48, y el número 6 del artículo 219 del segundo anteproyecto, exigían que al menos la mitad de los directores de una compañía aseguradora o reaseguradora, y el presidente y todos los directores de una compañía de corretaje de seguros o reaseguros, fuesen expertos en seguros, en los términos establecidos en cada una de estas normas. Al respecto, se planteó a la Superintendencia que podría existir una inconsistencia entre la norma anterior y la disposición, contenida en el artículo 71 del mismo anteproyecto, según la cual el presidente, todos los directores y empleados de rango ejecutivo de las empresas de seguros y reaseguros, quienes deben ser expertos en las áreas en las que se desempeñen, en los términos establecidos en esta última norma. Además, se planteó a la Superintendencia que no tiene ningún sentido exigir que la totalidad o la mayoría de los directores de una compañía aseguradora o reaseguradora sean expertos en seguros; y tampoco tiene sentido exigirlo respecto de todos los directores de una sociedad de corretaje de seguros o reaseguros. En efecto, basta que algunas de estas personas lo sean, pudiendo las demás tener otros conocimientos, útiles en la administración de la empresa de que se trate. Una junta directiva tan homogénea no es, en absoluto, garantía de una buena administración; por el contrario, los mejores directorios son aquellos que reúnen personas con diferentes experiencias y especialidades, sin que todos o al menos la mitad de ellos tengan una formación similar.

También en esto fue receptiva la Superintendencia. Efectivamente, la exigencia se redujo a un tercio de los directores de las empresas de seguros y reaseguros, y al presidente y la mitad de los directores de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros.

Sin embargo, hubo muchos asuntos en los cuales la Superintendencia de Seguros no acogió las críticas justificadas que le fueron formuladas, con el agravante de que, entre marzo y noviembre de 2001, no circuló ningún proyecto de decreto-ley sobre seguros, a pesar de que, durante estos ocho meses, el Ejecutivo Nacional añadió, a las equivocaciones contenidas en dicho segundo anteproyecto, numerosísimos errores.

Al término del plazo de un año previsto en la Ley Habilitante, fue publicado el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.553 de fecha 12 de noviembre de 2001, y reimpreso en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.561 de fecha 28 de noviembre de 2001.

Este decreto-ley, por una parte, contradice preceptos constitucionales y legales de mayor jerarquía, y, por otra parte, sobrepasa la habilitación prevista en la Ley Habilitante; así que debería ser declarado nulo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia, ante quien fue impugnado el 8 de mayo de 2002 por el autor del presente trabajo y otros miembros de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., en nuestro carácter de apoderados de la Cámara de Aseguradores y de dieciocho aseguradoras.

En términos generales, dicho decreto-ley, de casi trescientos artículos, presenta un carácter marcadamente intervencionista y contiene disposiciones no razonables, normas de difícil entendimiento y reglas que no toman en cuenta elementos regulados en otras leyes, cuyas instituciones llegan a ser desnaturalizadas; todo lo cual genera serios problemas de interpretación, inseguridad jurídica y consecuencias negativas sobre la actividad aseguradora, con el resultado previsible de paralizar iniciativas, disuadir inversionistas potenciales y debilitar a las empresas que operan en el sector, en perjuicio no sólo de éstas, sino también de los asegurados y de la sociedad en su conjunto. En efecto, existe un exceso de minuciosidad en las regulaciones, restricciones innecesarias al desempeño económico y cuestionamientos a operaciones normales y legítimas; se otorgan poderes casi ilimitados en cabeza de la Superintendencia de Seguros, que pueden dar lugar a actuaciones arbitrarias; hay indefinición y desproporción en las sanciones, así como discrecionalidad en su aplicación; se establecen mecanismos no apropiados para solucionar ciertos problemas que se quiere afrontar o que, debiendo ser de excepción, se aplican a problemas que no lo ameritan; existen reglas incompatibles con las realidades económicas y operativas del negocio asegurador; se plantea una intromisión en las relaciones entre las compañías de seguros y sus clientes, así como ciertas personas ajenas a los contratos de seguros; se consagra un rigor extremo y ciertas exigencias que no pueden ser razonablemente satisfechas por los directores y otras personas relacionadas con el área de seguros; se crean controles e imposiciones respecto de actividades distintas de la actividad aseguradora o de personas ajenas a ésta; y se prevé la regulación de materias que deberían ser objeto de una ley propiamente dicha y no de un decreto-ley.

En razón de todo lo anterior, este decreto-ley tiene graves vicios de inconstitucionalidad, que explicaremos en el presente trabajo.

II. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

De acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1999, mediante la Ley Habilitante de 2000, el Poder Legislativo habilitó al Poder Ejecutivo para dictar decretos-leyes en relación con el tema del seguro, que cae dentro de la reserva legal.

Estando vigente tal habilitación, la Superintendencia de Seguros entregó al Consejo Nacional de Seguros un texto denominado *Anteproyecto de Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros*. Este primer anteproyecto indica, en el extremo superior derecho de su primera página, que se trata de una versión con la siguiente fecha: "26-12-00". No obstante, fue entregado por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros en febrero de 2001. Además, en el extremo superior derecho de la misma página, se lee que el Primer Anteproyecto es, en realidad, la *Sexta Versión*.

En todo caso, en marzo de 2001, la Superintendencia de Seguros entregó al Consejo Nacional de Seguros un nuevo *Anteproyecto de Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros*. Nos referimos al anteproyecto en cuya primera página, en su extremo superior izquierdo, aparece la mención de que se trata del *Segundo Anteproyecto*, con la siguiente fecha: 8-3-01.

El Consejo Nacional de Seguros, a su vez, entregó ambos anteproyectos, sucesivamente, a los gremios allí representados, incluyendo a la Cámara de Aseguradores. A partir de entonces, la Superintendencia de Seguros recibió comentarios escritos y organizó una serie de reuniones con miembros del Consejo Nacional de Seguros, a los efectos de analizar el Segundo Anteproyecto antes mencionado.

En dichas reuniones, la Superintendencia de Seguros estuvo representada por la Superintendente, la Superintendente Adjunta y la Consultora Jurídica de dicha Superintendencia, y la Cámara de Aseguradores estuvo representada por varias personas, asistidas por el autor del presente trabajo. Dichas reuniones fueron documentadas en actas, firmadas por los asistentes, la primera de las cuales corresponde a la reunión de fecha 21 de febrero de 2001, donde se puede leer que tales sesiones tuvieron lugar

> ...en el marco del proceso de participación ciudadana...

Posteriormente, la Superintendencia de Seguros remitió a la Procuraduría General de la República dos proyectos, en sustitución del que ella misma había denominado Segundo Anteproyecto, a saber: un proyecto relativo a las empresas de seguros y reaseguros, y un proyecto relativo a los contratos de seguro y reaseguro. Dicha Superintendencia no divulgó ninguno de estos dos proyectos. La mencionada Procuraduría, conjuntamente con la Vicepresidencia de la República, continuaron trabajando sobre ambos proyectos, pero no los distribuyeron al Consejo Nacional de Seguros, ni a la referida Cámara, y, por ende, no oyeron las recomendaciones de estos entes, ni la de los demás ciudadanos interesados.

El proyecto que dio lugar al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, cuya primera versión fue redactada por la Superintendencia de Seguros, luego de que separó en dos el texto del denominado Segundo Anteproyecto, fue objeto de modificaciones importantes por parte de la Procuraduría General de la República y la Vicepresidencia de la República. Pues bien, este proyecto, a diferencia del denominado Segundo Anteproyecto, no recibió ninguna difusión, en absoluto, por lo que ni siquiera los gremios pudieron presentar comentarios al respecto.

De modo que el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, aparentemente redactado por la Superintendencia de Seguros, la Procuraduría General de la República y la Vicepresidencia de la República, no recibió difusión, ni fue abierto ningún plazo para presentar comentarios al respecto. La difusión y comentarios que tuvieron lugar estuvieron limitados a los gremios y restringidos al denominado Segundo Anteproyecto, a pesar de que el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros introdujo cambios importantísimos y figuras novedosas, en relación con temas sumamente controversiales. La Superintendencia, la Procuraduría y la Vicepresidencia no consultaron nada de esto, y tampoco lo hizo, obviamente, la Presidencia de la República.

No habiendo el Poder Ejecutivo cumplido con ningún proceso de consulta respecto del proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, consideramos que debió, cuanto menos, entregarlo a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, la cual a su vez debió someterlos a la ciudadanía ávida de participar, cosa que tampoco ocurrió.

En efecto, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros fue publicado el 12 de noviembre de 2001, sin ninguna divulgación previa, al punto de que ni siquiera dicha Comisión tuvo la oportunidad de presentar observaciones al respecto.

Este decreto-ley es muy diferente de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros cuya reforma fue publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpresa el 8 de marzo de 1995, la cual derogó; y también es muy diferente del Segundo Anteproyecto mencionado.

Por no citar sino un ejemplo, a los fines de ilustrar esta diferencia, nos permitimos señalar que el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

> El Superintendente o Superintendenta de Seguros será de *libre nombramiento y remoción* por el Ministro de Finanzas (las cursivas son nuestras).

En ninguno de los dos anteproyectos sucesivos entregados por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros se planteó que el Superintendente de Seguros fuese de libre remoción. En efecto, ambos anteproyectos establecían taxativamente las causales de destitución de dicho Superintendente, lo que garantizaba su independencia, al no dejarse al libre albedrío del Ministro de Finanzas su remoción. Sin embargo, el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece que el cargo de Superintendente es de libre nombramiento y remoción por parte del Ministro de Finanzas, con el riesgo de que aquel cargo, de corte técnico, se convierta en un cargo político.

Otro ejemplo: en ninguno de los dos proyectos sucesivos que fueron entregados por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, se planteó la existencia de los llamados seguros solidarios. Sin embargo, tal como veremos más adelante, los seguros solidarios están previstos en los artículos 259 a 261 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Un tercer ejemplo: en ninguno de los dos proyectos sucesivos que fueron entregados por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, se planteó la necesidad de una aprobación previa, por la Superintendencia de Seguros, respecto de los contratos de seguros y las primas correspondientes. Sin embargo, tal como veremos más adelante, esta autorización *a priori* está prevista en los artículos 79 a 84 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Otros asuntos cuestionables, no tratados en el denominado Primer Anteproyecto, ni tampoco en el denominado Segundo Anteproyecto, incluidos, sin embargo, en el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, son los siguientes, que nos permitimos citar, a título ilustrativo, y que también serán comentados más adelante: la revocación de la licencia de las aseguradoras en caso que cometan ocho infracciones en ocho años, el arbitraje de equidad ante la Superintendencia de Seguros al que las aseguradoras están obligadas a someterse, la responsabilidad de los accionistas por las fianzas mal otorgadas por las aseguradoras y la necesidad de que dicha Superintendencia apruebe documentos tales como los avisos de siniestros y los finiquitos.

Podríamos seguir citando ejemplos y llenar muchas páginas relativas a las diferencias de tipo fundamental, que son conceptuales y de contenido, entre los borradores sucesivos de un decreto-ley *único* sobre las empresas de seguros y reaseguros y los correspondientes contratos, y los *dos (2)* decretos-leyes que en definitiva fueron promulgados, uno de los cuales es el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, objeto del presente trabajo.

El Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros tiene graves vicios de inconstitucionalidad, entre otras muchas razones, porque no hubo la debida participación ciudadana. En efecto, el artículo 62 de la Constitución consagra el derecho a tal participación, en los siguientes términos:

> Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas...

La primera parte del artículo 70 de la Constitución establece los medios de participación ciudadana en los siguientes términos:

> Son *medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía,* en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, *la consulta popular*, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional o constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante... (las cursivas son nuestras).

De modo que el derecho a la participación ciudadana tiene rango constitucional, y uno de los medios para su ejercicio reside precisamente en la consulta popular de los instrumentos normativos.

El artículo 211 de la Constitución, por su parte, ordena la participación ciudadana en el proceso de formación de leyes, así:

> La Asamblea Nacional o las Comisiones permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán... a los ciudadanos... y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.

Consideramos evidente que la anterior exigencia constitucional es extensiva a los decretos-leyes e impone al Ejecutivo Nacional consultar los proyectos correspondientes.

Sin embargo, tal como narramos anteriormente, el Ejecutivo Nacional no permitió absolutamente ninguna participación ciudadana en relación con los trabajos preparatorios que desembocaron en la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. La labor de divulgación y la receptividad de la Superintendencia de Seguros estuvieron limitadas al referido Segundo Anteproyecto, del mes de *marzo de 2001,* del cual posteriormente resultaron, tanto el Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que no fue consultado, como el Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, igualmente inconsulto; los cuales a su vez derivaron, respectivamente, en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, ambos publicados en *noviembre de 2001;* no habiéndose producido, respecto de los trabajos preparatorios de estos dos decretos-leyes, la participación necesaria. En relación con el objeto del presente trabajo, es el caso que, cuando la Superintendencia de Seguros preparó el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, lo remitió directamente a la Procuraduría General de la República, la cual trabajó junto con la Vicepresidencia de la República sobre este texto, para elaborar el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, sin que se diera a nadie la oportunidad de recibir información ni opinar al respecto.

No fue divulgado ningún antecedente legislativo entre *marzo de 2001,* en que la Superintendencia de Seguros entregó el Segundo Anteproyecto mencionado al Consejo Nacional de Seguros, quien a su vez lo hizo llegar a la Cámara de Aseguradores, y *noviembre de 2001,* en que el Ejecutivo Nacional publicó el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

En consecuencia, llegó el 12 de noviembre de 2001 sin que nadie hubiera conocido el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente del decreto-ley con el mismo nombre, ni tuviera la oportunidad de emitir, ante las instancias apropiadas, alguna opinión informada al respecto; salvo un borrador de última hora cuya paternidad no fue reconocida por la Procuraduría General de la República, quien no manifestó ninguna disposición a oír comentario alguno al respecto.

La segunda parte del artículo 70 de la Constitución establece, respecto de la consulta popular y los demás medios de participación ciudadana, lo siguiente:

> *La Ley* establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo (las cursivas son nuestras).

Mediante la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001, se establecieron condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación.

De modo que la consulta a la ciudadanía debió ser realizada cumpliendo con las condiciones previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que desarrolla la exigencia constitucional de participación.

Habiendo sido habilitado para legislar por la Asamblea Legislativa, el Ejecutivo Nacional omitió someter el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que desembocó en el decreto-ley con el mismo nombre, a la consulta necesaria para permitir la participación ciudadana requerida; así que, no sólo violó los citados artículos constitucionales, sino que además infringió las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Esta ley, como su nombre lo indica, es una ley orgánica, de rango superior a cualquier decreto-ley. Su artículo 136 exige, respecto de "los órganos o entes públicos" que, "en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales", como lo son los decretos-leyes, "la apertura del proceso de consulta indicando su duración", la divulgación de "los documentos sobre los cuales verse la consulta" y la recepción de "observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto" emitidas por "cualquier persona".

No hubo ningún tipo de consulta en relación con el Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, ni el decreto-ley con el mismo nombre resultante del mismo. La poca participación ciudadana permitida se refirió a un texto distinto, como lo fue el Segundo Anteproyecto mencionado, y estuvo limitada a las personas invitadas por la Superintendencia de Seguros.

La participación ciudadana es un derecho de rango constitucional, que no fue respetado. Al respecto, hacemos valer la primera parte del artículo 25 de la Constitución, que establece:

> Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Habilitante preveía lo siguiente, respecto de los decretos-leyes a ser promulgados con base sobre la misma:

> La Asamblea Nacional designará de su seno una Comisión Especial..., a la que el Ejecutivo Nacional informará por lo menos diez (10) días antes de su publicación en *Gaceta Oficial*, del contenido de los decretos...

Ni la Presidencia de la República, ni la Vicepresidencia de la República, ni la Procuraduría General de la República, ni la Superintendencia de Seguros, ni tampoco la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, que no tuvo acceso a él, presentaron el pro-

yecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros al público interesado, ni oyeron comentarios de la ciudadanía respecto del mismo. Por lo tanto, en relación con este decreto-ley, se infringieron los citados artículos 62, 70 y 211 de la Constitución, 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 4 de la Ley Habilitante. Efectivamente, lo único difundido fueron los denominados Primer Anteproyecto y Segundo Anteproyecto, en febrero y marzo de 2001, y las reuniones celebradas en la Superintendencia de Seguros, quien recibió comentarios de la Cámara de Aseguradores, así como de otros gremios representados en el Consejo Nacional de Seguros, versaron sobre este último únicamente, tal como consta en las actas correspondientes. Así que estas reuniones y comentarios no bastaron para cumplir el cometido legal y constitucional, puesto que no abarcaron sino a un grupo restringido de personas y no estuvieron referidos al proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente del decreto-ley con el mismo nombre, sino al mencionado Segundo Anteproyecto.

Debieron hacerse las consultas previstas en la Constitución y en la legislación aplicable, respetando las instancias y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que prevé la necesidad de realizar publicaciones por la prensa y por internet, poniendo la normativa consultada a disposición del público y abriendo un plazo para recibir observaciones de éste.

Respecto de este tema, nos permitimos citar íntegramente el artículo 136 de esta ley, antes citado:

> Cuando los *órganos o entes públicos,* en su rol de regulación, propongan la adopción de *normas legales,* reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior.
>
> En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.
>
> Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente *publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.*
>
> Durante el proceso de consulta *cualquier persona* puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.
>
> Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.
>
> El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante. (Las cursivas son nuestras).

Nada de esto ocurrió respecto del Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente del decreto-ley con el mismo nombre, a pesar de que es precisamente el citado artículo 136 el que regula las condiciones para el ejercicio del derecho constitucional a la participación ciudadana.

Es más, esto ni siquiera ocurrió respecto del Segundo Anteproyecto mencionado, a pesar de que -en relación con el Segundo Anteproyecto y sólo el Segundo Anteproyecto- la Superintendencia de Seguros atendió a la Cámara de Aseguradores, así como a otros gremios, y recibió sus comentarios, acogiendo algunos.

Luego la Superintendencia de Seguros hizo una serie de cambios en el denominado Segundo Anteproyecto y separó su regulación en dos proyectos, uno de los cuales fue el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que a su vez fue modificado de manera importante por la Procuraduría General de la República y la Vicepresidencia de la República, lo cual resultó en el decreto-ley con el mismo nombre, que, repetimos, no fue objeto de participación ciudadana. El origen del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no estuvo verdaderamente en el denominado Segundo Anteproyecto, que en todo caso sólo fue discutido por representantes de los miembros del Consejo Nacional de Seguros, incluida la Superintendencia de Seguros, cuyo titular era miembro del mismo conforme al artículo 36 de la ley derogada.

Al respecto, invocamos la siguiente doctrina (Fernández V., Gerardo: *Los Decretos-Leyes*, Caracas, 1992, p. 83):

> Los decretos-leyes... pueden ser impugnados, si los mismos están viciados en su legalidad externa, por estar viciados en su procedimiento de emisión...

Adicionalmente, invocamos la siguiente doctrina (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, 5ta edición pp. 283 y 285):

> ...hay que decir que el control judicial de los Decretos legislativos debe alcanzar también a los posibles vicios de competencia y de forma...
>
> ...el control constitucional no se agota en la mera comprobación de la regularidad del ejercicio de la delegación legislativa...

De modo que la doctrina reconoce que los problemas de forma objeto del presente trabajo deben dar lugar a la anulación de un decreto-ley como el que nos ocupa.

En relación con este asunto, esgrimimos la siguiente jurisprudencia, invocada por los autores últimamente citados (García de Enterría y Fernández: *op. cit*., p. 285):

> ...como ha dicho la Sentencia constitucional de 19 de julio de 1982..., el Tribunal constitucional -ha de resolver, en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales..., si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada-.

Al respecto, hacemos valer, por una parte, que no se cumplió con el requisito de presentación a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, contemplado en el artículo 4 de la Ley Habilitante; y, por otra parte, que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se dictó en franca violación al derecho a la participación ciudadana, previsto en los artículos 62, 70 y 211 de la Constitución, por lo cual el mismo está viciado de nulidad absoluta, tal y como lo establece el citado artículo 25 de la Constitución.

En consecuencia, se infringió adicionalmente el artículo 49 de la Constitución de 1999, que establece:

> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...

Por si lo anterior fuera poco, la primera parte del artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone:

> El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán *nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas* según el procedimiento previsto en el presente Título (las cursivas son nuestras).

Cabe señalar que la segunda parte del mismo artículo 137 es del siguiente tenor:

> En caso de *emergencia* manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla (las cursivas son nuestras).

De modo que la violación de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que hemos venido comentando, hacen que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros sea *nulo de nulidad absoluta por no haber sido consultado debidamente*. En este caso *no hubo ninguna emergencia*, pues el Ejecutivo Nacional tuvo un año completo, desde la Ley Habilitante, para dictar dicho decreto-ley. A todo evento, de haber habido alguna emergencia, este decreto-ley *tampoco fue consultado luego de su publicación y bajo el mismo procedimiento legal y constitucional*, a las comunidades organizadas, ni a las organizaciones públicas no estatales; y, por lo tanto, no se produjo el resultado de ninguna consulta a ser considerado por el Ejecutivo Nacional o la Asamblea Legislativa, *a los fines de ratificar, modificar o eliminar dicho decreto-ley.*

La violación del debido proceso en la cual incurrió el Ejecutivo para dictar el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, constituye además una violación del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) emanada de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 18 de julio de 1977, aprobada con reservas por Venezuela mediante la *Gaceta Oficial* N° 31256 del 14 de junio de 1977.

El artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece que:

> ...Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, *no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecida* (las cursivas son nuestras).

Respecto al artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la opinión consultiva N° OC-6/86 de fecha 9 de marzo de 1986, Serie A, N° 6, relativa a "La expresión *leyes*" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al tema de las delegaciones legislativas como medio para limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, expresó que tal delegación era posible

> ...siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

Tanto la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos como la opinión emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen rango constitucional, a tenor de lo previsto en los artículos 23 y 31 de la Constitución.

Si bien es cierto que la Constitución establece la posibilidad de que sea delegada en el Presidente de la República la potestad legislativa mediante una ley habilitante, ocurre que, en el caso del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, el Ejecutivo no ejerció la facultad legislativa que le fue delegada dentro de los límites fijados por la Ley Habilitante, puesto que ésta no lo autorizó para legislar sobre muchos de los asuntos a los que nos referiremos más adelante. Por otra parte, no se cumplieron los controles fijados por la propia Constitución para evitar que se desvirtuara el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención y por la Constitución, como lo hubiera sido el proceso de consulta que habría hecho posible la participación ciudadana, o cuanto menos, el haber entregado el Proyecto del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, tal como lo ordena el 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, para que la Asamblea hubiera a su vez sometido dicho proyecto a la ciudadanía, ávida de participar, cosa que tampoco ocurrió.

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República estableció restricciones y limitaciones de los derechos y libertades protegidos por la Constitución, sin cumplir con los controles eficaces previstos en ésta ni en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, por lo que *se violó la garantía a la reserva legal*, prevista en el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Por lo tanto, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros está viciado de nulidad absoluta, tal y como lo establece el artículo 25 de la Constitución.

A manera de conclusión del presente capítulo, afirmamos lo siguiente:

1) Debió darse cumplimiento al requisito constitucional de consulta a la ciudadanía, que fue infringido.

2) Dicho requisito fue desarrollado por el legislador en la Ley Orgánica de la Administración Pública, igualmente infringida, que exige la divulgación del texto consultado por internet y la publicación en la prensa de la apertura del plazo para recibir observaciones de cualquier ciudadano interesado.

3) El Presidente de la República también omitió hacer la presentación a la Asamblea Nacional prevista en la Ley Habilitante, previa a la publicación de los correspondientes decretos-leyes; con lo cual dificultó todavía más el acceso de la ciudadanía a los trabajos preparatorios del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y terminó de frustrar la emisión de opiniones al respecto.

4) Las violaciones mencionadas están referidas, tanto al Segundo Anteproyecto, como al proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que desembocó en el decreto-ley con el mismo nombre.

5) El referido Segundo Anteproyecto, insuficientemente divulgado y comentado, es muy diferente del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, cuyos antecedentes están realmente en el proyecto con el mismo nombre, no divulgado ni comentado.

Las diferencias, especialmente desde el punto de vista conceptual, quedan en evidencia si se toma en cuenta que el referido Segundo Anteproyecto fue conce-bido para que incluyera, tanto los aspectos que hoy están regulados en el Decreto con Fuerza de Ley

del Contrato de Seguro, como los aspectos que hoy están regulados en el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y siempre partiendo de la premisa de que los contratos de seguros y demás documentos relacionados no serían objeto de ninguna autorización previa.

6) El Segundo Anteproyecto mencionado es un antecedente demasiado remoto respecto del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. La presencia de representantes del Consejo Nacional de Seguros en las reuniones en la Superintendencia de Seguros no bastó para satisfacer el imperativo constitucional y legal. Si bien las actas de dichas sesiones expresan que las mismas tuvieron lugar "en el marco del proceso de participación ciudadana", es el caso que la participación estuvo limitada única y exclusivamente a los asistentes a dichas reuniones, y estuvo referida única y exclusivamente al mismo Segundo Anteproyecto.

7) El proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente legislativo verdadero del decreto-ley con el mismo nombre, fue elaborado con posterioridad a dichas actas y no dio lugar a ninguna consulta.

8) Habiendo el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, íntegramente considerado, sido emitido sin justificación y sin dar cumplimiento a la Ley Orgánica de la Administración Pública, a la Ley Habilitante ni, por ende, a la Constitución, ocurre que:

a) el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, debería declarar que el referido decreto-ley es íntegramente nulo, tal como le ha sido requerido por el autor de este trabajo y por otras personas en los distintos recursos de nulidad que han sido presentados; y

b) en caso de que cualquier persona solicite la desaplicación por inconstitucional del referido decreto-ley, el mismo debería ser desaplicado respecto de la persona de que se trate.

En los párrafos que siguen explicaremos las razones adicionales por las cuales una serie de disposiciones concretas del mismo decreto-ley son inconstitucionales y deben ser declaradas nulas o desaplicadas.

III. CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS SOBRE PERSONAS NATURALES QUE NO EJERCEN ACTIVIDADES ASEGURADORAS NI ACTIVIDADES CONEXAS

El artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone, entre otras cosas, que la Superintendencia de Seguros deberá supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las personas que desempeñan cargos de dirección, representación o administración para las empresas aseguradoras o para otros entes o individuos que ejerzan actividades conexas a la correspondiente actividad.

Ahora bien, consideramos que esto es inconstitucional.

Nos explicamos:

El segundo aparte del artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> *Se rigen por este Decreto Ley... las empresas de seguros, de reaseguros, los agentes de seguros, corredores de seguros, las sociedades de corretaje de seguros y de reaseguros, oficinas de representación y sucursales de empresas de reaseguros o sociedades de corretaje de reaseguros del exterior y los peritos avaluadores, inspectores de riesgos y ajustadores de pérdidas, así como las personas naturales o jurídicas que se dediquen al financiamiento de la actividad aseguradora, siempre que no estén regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* (las cursivas son nuestras).

Evidentemente, es respecto de los entes e individuos mencionados en la norma que acabamos de transcribir, y no otros, que se justifica la intervención del Estado en la actividad aseguradora *latu sensu*, la cual incluye, tanto la actividad aseguradora *strictu sensu*, es decir, el seguro, como las actividades conexas a la misma, por ejemplo, el reaseguro y la producción o intermediación de seguros. Tanto bajo el régimen en vigor antes del 12 de noviembre de 2001, como bajo el régimen en vigor a partir de esta última fecha, la intervención del Estado en este sector de la actividad económica se realiza a través de la Superintendencia de Seguros.

Al respecto, el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

> *El control, regulación , inspección, fiscalización y vigilancia de la actividad aseguradora, reaseguradora, de producción de seguros y reaseguros y demás actividades conexas se ejerce a través de la Superintendencia de Seguros. La intervención del Estado en esta actividad se realizará para la protección de los tomadores, o los asegurados o los beneficiarios de los contratos de seguros y en salvaguarda de la estabilidad del sector asegurador* (las cursivas son nuestras).

De hecho, la intervención del Estado, a través de la Superintendencia de Seguros, en la actividad aseguradora *latu sensu*, limitada a los entes e individuos mencionados en el citado segundo aparte del artículo 1, es un tema estrechamente vinculado a las circunstancias que dieron nacimiento al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. En efecto, la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f, expresa que la habilitación del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para dictar decretos con fuerza de ley en materia de seguros incluye, entre otros asuntos, el siguiente:

> Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora *con* la finalidad de *conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones...* (las cursivas son nuestras).

De modo que la norma que acabamos de transcribir previó que se diera a la Superintendencia de Seguros medios adecuados para ejercer sus funciones de control. No previó que se permitiera y ordenara a dicha Superintendencia controlar entes o individuos distintos de los indicados, ni actividades diferentes de las mencionadas.

Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> La Superintendencia de Seguros tendrá a su cargo la regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de la actividad aseguradora y reaseguradora y en función a éstas, de las personas naturales o jurídicas a las que se refiere el artículo 1 de este Decreto Ley, *así como de las personas que desempeñen los cargos de dirección, representación o administración* de las entidades sometidas al presente Decreto Ley, y de toda otra persona respecto a la cual este Decreto Ley establezca alguna prohibición o mandato, cuando haya elementos de juicio suficientes para considerar que existen operaciones entre ellas (las cursivas son nuestras).

De modo que el citado artículo 8 contempla, entre otros asuntos, que las funciones de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización, que corresponden a la Superintendencia de Seguros, abarquen a personas distintas de las mencionadas en el también citado segundo aparte del artículo 1. Así que, a partir del 12 de noviembre

de 2001, la intervención del Estado en la actividad aseguradora y las actividades conexas a ésta, se ejerce, tanto sobre las empresas de seguros y los demás entes e individuos que ejecuten dichas actividades, lo cual es ajustado a derecho, como sobre las personas naturales responsables de su dirección, representación o administración, lo cual no es ajustado a derecho.

El citado artículo 8, en cuanto a que las referidas funciones de la mencionada Superintendencia ahora se extienden a los directores, representantes y administradores de las sociedades sujetas al referido decreto-ley, es inconstitucional. Esto es a todas luces excesivo, no teniendo ningún sentido que se amplíen las facultades del órgano de control para que abarquen a personas naturales en su desenvolvimiento particular o en su esfera individual.

El tema que nos ocupa es muy grave, pues el citado artículo 8 no fue dictado de manera regular, sino fuera del ámbito de la habilitación emitida por la Asamblea Nacional. Habiendo ocurrido una invasión de la reserva legal, es nulo el citado artículo 8, porque el Ejecutivo usurpó las funciones del Legislativo. En todo caso, el citado artículo 8 fue promulgado por el Ejecutivo Nacional para fines desconocidos, que son distintos de los determinados por la Ley Habilitante y que justificaron la correspondiente autorización, por lo que hubo desviación de poder.

Efectivamente, dentro del plazo previsto en la Ley Habilitante, se podían dictar decretos-leyes en materia de seguros respecto de ciertas materias y dentro de un cierto marco, siguiendo ciertas directrices y atendiendo a ciertos propósitos, todo ello definido en la Ley Habilitante, conforme a las normas constitucionales aplicables. En tal sentido, esta ley facultó al Ejecutivo para legislar sobre seguros con la finalidad de conferir a la correspondiente Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; o para llenar vacíos normativos en las materias concretas mencionadas en la misma Ley Habilitante o normar la fusión de las empresas de seguros u otras fórmulas tendientes a la redimensión y fortalecimiento del sector asegurador. Son éstos, y no otros, los aspectos contemplados en el artículo 1, letra f, de la Ley Habilitante. Esta ley no mencionó la posibilidad de legislar sobre ningún otro tema, por lo que es contrario a derecho el citado artículo 8, del cual se desprende que la intervención del Estado en la actividad aseguradora *latu sensu* implica que la Superintendencia de Seguros actúe como órgano de control, no sólo respecto de los entes e individuos que ejercen tales actividades, institucionalmente, sino también de sus directores, representantes y administradores, personalmente.

Nos explicamos:

El tema del seguro es materia de reserva legal. En desarrollo de esta posición, por un lado, el número 1 del artículo 187 de la Constitución establece lo escrito seguidamente:

> Corresponde a la Asamblea Nacional:...
>
> Legislar en las materias de la competencia nacional...

Y, por otro lado, el número 32 del artículo 156 de la Constitución dispone lo indicado a continuación:

> Es de la competencia del Poder Público Nacional:...
>
> La legislación en materia... de seguros....

La Constitución contempla la habilitación al Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, para dictar decretos con fuerza de ley o decretos-leyes. Efectivamente, su artículo 236, número 8, está redactado en los siguientes términos:

> Son atribuciones... del Presidente... de la República:...
>
> Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley....

Con base sobre lo anterior, fue promulgada la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000.

Dentro del plazo previsto en dicha Ley Habilitante, el Ejecutivo podía dictar decretos-leyes en específicos aspectos de la actividad aseguradora y dentro de un cierto marco, siguiendo las directrices y atendiendo a los propósitos definidos en la misma Ley Habilitante.

Al respecto, invocamos la siguiente doctrina (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, 5ta edición, p. 273):

> Llegados a este punto, conviene hacer una importante observación: como la norma administrativa a asumir por la Ley no existe todavía, la Ley delegante ha de referirse a ella como portando un determinado contenido... Esta indicación de contenido de la futura norma administrativa, que queda anticipadamente elevada de rango, es lo que constituye, en este supuesto específico de delegación (recepticia), los llamados límites de la delegación. La asunción por el legislativo de la futura norma administrativa tiene lugar, pues, siempre y necesariamente, dentro de ciertos límites predeterminados de manera expresa por la Ley de delegación. Más allá de esos límites la asunción por el legislador de la norma administrativa no se produce; dicha norma no adquiere entonces el rango de Ley formal.

Por ello, si bien la Ley Habilitante permitía dictar decretos-leyes en aspectos específicos de la materia del seguro, ello debería hacerse con sujeción a determinadas limitaciones establecidas por la Asamblea Nacional y vinculantes para el Presidente de la República, quien no podía ir más allá de lo previsto en la Ley Habilitante.

En efecto, en primer lugar, los artículos 137 y 138 de la Constitución prevén:

> Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.
>
> Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

En segundo lugar, el tercer aparte del artículo 203 de la Constitución dispone lo copiado seguidamente:

> Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional..., a fin de establecer las *directrices, propósitos* y *marco de las materias que se delegan* al Presidente... de la República, con rango y valor de ley... (las cursivas son nuestras).

Y, en tercer lugar, la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f, expresa que la correspondiente habilitación quedó limitada a lo siguiente, en cuanto concierne a la materia de seguros:

> Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; llenar los vacíos normativos en materia de supervisión contable, forma de reposición del capital y asunción de pérdidas de capital, adecuación de capitales mínimos, previsión de sanciones aplicables, establecimiento de responsabilidades de los administradores de las empresas de seguros y reaseguros y sus accionistas, modificación de las garantías previstas y la forma en que deben ser presentadas las reservas.

> Se establecerá un régimen de *fusión* de las empresas de seguros y se redimensionará el mercado asegurador con el fortalecimiento del sector. (Los resaltados son nuestros).

Fue para ello, y no para otra cosa, que el Poder Ejecutivo fue habilitado para legislar por el Poder Legislativo, en cuanto concierne al tema de seguros, mediante la Ley Habilitante. El Presidente de la República no podía ir más allá de tales específicos cometidos, sin violar los artículos de la Constitución antes citados, y la Ley Habilitante.

Al respecto, invocamos la siguiente doctrina (García de Enterría y Fernández: *op. cit.*, pp. 275, 280, 281, 282 y 285):

> Como ya hemos indicado más atrás, la norma emanada por la Administración en virtud de este tipo de delegación no es de libre determinación por la Administración, sino que debe atemperarse a las bases establecidas expresamente en la Ley de delegación. Esta última adopta, pues, la forma de una Ley de Bases, cuya concreta articulación se encomienda al Gobierno. Para que éste pueda ampararse en el encargo del legislativo -o, lo que es igual, para que el Texto articulado aprobado por Decreto del Gobierno tenga valor de Ley formal- resulta obvio que debe atenerse a los límites de dicho encargo, concretados en las bases de la delegación.
>
> Las bases, que no son de aplicación directa como normas, constituyen -ha dicho el Tribunal Supremo en Sentencias de 31 de mayo de 1952 y 15 de octubre de 1954- 'una fijación enunciativa de principios y orientaciones a que debe sujetarse el Gobierno para redactar el Texto articulado'. Son, pues, al propio tiempo, las directivas y los límites de la delegación confiada al Gobierno...
>
> ...las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo han aceptado la justiciabilidad de los Decretos por los que se aprueban normas adoptadas en virtud de delegaciones recepticias para fiscalizar tanto sus requisitos formales como, de manera especial, los eventuales excesos de la delegación por la vía de los recursos...
>
> Si no hay posible delegación legislativa sin una referencia a una materia y a un contenido más o menos concretamente determinados, resulta totalmente ilógico pretender privar luego de toda significación efectiva a dicha materia y contenido, entendiendo producido el efecto delegativo aun al margen o en contra de los mismos. La contradicción esencial de esta posición salta a los ojos...
>
> Porque no estando cubierto en este caso el contenido de la norma delegada por la Ley de delegación, el Decreto no puede darse a sí mismo un rango superior, del mismo modo que nadie puede levantarse del suelo tirándose a sí mismo de los pelos...
>
> Esta reducción a la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas quiere decir que las 'ocurrencias de los funcionarios' valen en cuanto tales, pero que no pueden pretender ampararse bajo la *maiestas* e *imperium* de la Ley, ni mucho menos aún prevalecer frente a las Leyes y tampoco, claro está, frente a la propia Ley de delegación. En el caso de que infrinjan una Ley cualquiera, su 'fuerza y eficacia' sería la nulidad absoluta, como es común a las disposiciones administrativas que pretenden prevaler frente a las Leyes.
>
> La cuestión es tan clara que no parece necesario insistir demasiado sobre ella... Lo contrario supondría reconocer a la Administración una facultad absoluta e incondicionada de presentar como Ley cualquier producto de su imaginación, facultad que la Constitución no le reconoce, indudablemente. Si la Ley de delegación vincula a la Administración, los Tribunales pueden, como en todos los casos análogos, fiscalizar si la Administración ha observado o no esa vinculación. Formalmente no hay obstáculo alguno para ello, desde el momento en que el Texto articulado es un simple Decreto, aprobado y promulgado como tal, del que únicamente ha de discutirse su valor efectivo.
>
> El control de los posibles excesos en que pueda incurrir la norma delegada es, pues, una exigencia institucional de la propia figura de la delegación legislativa recepticia, reconocida como tal en todos los países que la admiten...

> Una Sentencia... de 27 de enero de 1979, ha afirmado definitivamente esta tesis...: 'el valor de Ley formal del Texto refundido está condicionado evidentemente por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido o, lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto de la delegación legislativa sin salirse de las bases marcadas en la delegación...'...
>
> ...el control constitucional... se extiende también al juicio *intra vires* de la norma delegada, es decir, a la valoración de la conformidad o disconformidad del contenido de ésta con la Constitución, de forma que, como ha dicho la Sentencia constitucional de 19 de julio de 1982..., el Tribunal constitucional 'ha de resolver, en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales..., si el precepto o preceptos cuya constitucionalidad se cuestione es, por razón de su contenido, contrario a la Constitución'.

El Ejecutivo Nacional no fue autorizado, mediante la Ley Habilitante, para legislar a los fines de extender la necesaria intervención del Estado sobre los entes e individuos que ejercen actividades aseguradoras y conexas, para que tal intervención se extienda adicionalmente, a título personal, innecesariamente, a los hombres y mujeres que actúan como directores, representantes o administradores de tales entes e individuos. Ahora bien, extender la intervención del Estado para que abarque también a estos hombres y mujeres es, precisamente, lo previsto en el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, con lo que se excedió la habilitación dada por el Legislativo al Ejecutivo, de donde resulta que este artículo es inconstitucional.

En efecto, hubo usurpación de funciones, ya que el Poder Ejecutivo usurpó la función legislativa, al no tener atribuciones para disponer, en el citado artículo 8, que la Superintendencia de Seguros deberá supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las personas que desempeñan cargos de dirección, representación o administración para las empresas aseguradoras o para otras personas naturales o jurídicas que ejerzan actividades conexas a la actividad aseguradora. Debió el Ejecutivo sujetarse estrictamente a las normas constitucionales y legales que autorizan su actuación, dentro del principio de legalidad o restrictivo de competencia. El Presidente de la República, con sus Ministros, jamás debió, por ejemplo, extender la intervención del Estado, para que abarcara, no sólo a los agentes y corredores de seguros, sino también a sus representantes legales, es decir, a sus apoderados judiciales y extrajudiciales, los cuales estarán, igualmente, bajo la supervisión, vigilancia, control y fiscalización de la Superintendencia de Seguros, por absurdo que ello parezca.

Además, el Ejecutivo Nacional incurrió en desviación de poder, puesto que utilizó la autorización prevista en la Ley Habilitante para un fin distinto del allí contemplado. Por lo tanto, el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es nulo, dada la discrepancia entre éste y la habilitación recibida, discrepancia que resulta en una infracción constitucional.

Invocamos, en consecuencia, la siguiente doctrina (Fernández V., Gerardo: *Los Decretos-Leyes*, Caracas, 1992, pp 50 y ss., y p. 83):

> ...los decretos-leyes, si no se sujetan a los términos de la habilitación o si exceden los límites que le impone la autorización, pueden ser impugnados por usurpación de funciones, ya que invaden la reserva legal.
>
> En lo que se refiere a la interpretación de las normas contenidas en toda ley habilitante, somos del criterio que dicha interpretación debe ser restrictiva, dado el carácter excepcional de las habilitaciones...

> Si el decreto-ley se dicta de manera regular, dentro del ámbito de la habilitación, pero para fines distintos a los determinados por el Congreso en la Ley de Habilitación y que justificaron dicha autorización pueden ser impugnados por desviación de poder.

De modo que, para que el Presidente de la República y sus Ministros no incurrieran en usurpación de funciones ni en desviación de poder, se requería que, dentro del plazo previsto en la referida Ley Habilitante, el Ejecutivo Nacional dictase decretos-leyes en específicos aspectos de la actividad aseguradora y dentro de un cierto marco, siguiendo las directrices y atendiendo a los propósitos definidos por el Poder Legislativo. El Presidente de la República y sus Ministros no podían ir más allá de los específicos cometidos establecidos por la Asamblea Nacional, sin violar los artículos de la Constitución antes citados, directamente y a través de la infracción de la Ley Habilitante.

La habilitación del Legislativo no autorizó al Ejecutivo para establecer que corresponderá a la Superintendencia de Seguros supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las personas que desempeñan cargos de dirección, representación o administración para las empresas aseguradoras o para otros entes o individuos que ejerzan actividades conexas a la correspondiente actividad.

No es necesario, ni razonable, ni ajustado a derecho, que la Superintendencia de Seguros tenga que supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a estas personas, por desempeñar funciones de dirección, representación o administración. Lo que la Superintendencia debe hacer es supervisar a las empresas aseguradoras y a los otros entes o individuos que ejerzan actividades conexas a la correspondiente actividad. La intervención del Estado debe referirse a tales empresas, entes o individuos, en razón de que ejercen una actividad aseguradora o conexa; y no a quienes desempeñan funciones de dirección, representación o administración para tales empresas, entes o individuos. El Estado debe, además, velar por que se cumplan las condiciones requeridas para ejercer dichas funciones. Al supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las empresas, entes o individuos que ejercen una actividad aseguradora o conexa, la Superintendencia debe cerciorarse de que se ejercen correctamente las referidas funciones. No son las personas que ejercen estas funciones las que deben estar bajo el control de dicho Despacho, sino las empresas, entes o individuos que ejercen las actividades correspondientes; y, por ende, al supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar estas empresas, entes o individuos, se controla el ejercicio de aquellas funciones. Constituye, pues, un error grave, sujetar a la Superintendencia, como órgano de intervención del Estado en la actividad aseguradora, a las personas que ejercen dichas funciones, pues las que pueden estar supervisadas, vigiladas, controladas y fiscalizadas son, única y exclusivamente, las personas naturales o jurídicas que se desempeñan como aseguradores, reaseguradores, intermediarios de seguros, etc. Sólo el desempeño profesional, en el ejercicio de tales cargos puede ser escudriñado por la Superintendencia de Seguros, y ello en razón de que corresponde a ésta supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a los aseguradores, reaseguradores, intermediarios de seguros, etc.; no pudiendo el referido decreto-ley extender estas atribuciones para que dicho Despacho se encargue de supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a los individuos que ejercen dichos cargos.

El exceso en que incurre el tantas veces citado artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es tan obvio, que, si el mismo se aplicara, ocurriría que, por la mera circunstancia de que -por ejemplo- un abogado sea apoderado judicial de una empresa de seguros, él debería caer automáticamente bajo la jurisdicción de la correspondiente Superintendencia, la cual tendría que supervisarlo, vigilarlo, controlarlo y fiscalizarlo, dado el cargo de representación que dicho jurista ejerce en su condición de mandatario de una aseguradora.

En el mismo orden de ideas, el artículo 189 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, igualmente inconstitucional, dispone:

> Los que *hubieran sido* presidentes, administradores, directores, gerentes o empleados de la empresa al tiempo y durante los cinco (5) años anteriores a la intervención o disolución, estarán obligados a *informar* a la Superintendencia de Seguros sobre las operaciones de las que tengan conocimiento realizadas en la época en que ellos hubieran intervenido, así como suministrar información sobre los hechos ocurridos durante el ejercicio de sus funciones (las cursivas son nuestras).

Dicha norma incurre en el mismo error de establecer que son los individuos que actúan o que actuaron para las organizaciones, en vez de estas últimas, quienes están bajo el control del Estado. Dicho error se hace más evidente, si se toma en cuenta que el citado artículo 189 tropieza con una dificultad práctica: si la persona de que se trate ya se separó de la empresa, es un director externo o es un empleado de bajo rango, le puede resultar difícil o imposible acceder a la información que le solicite la Superintendencia de Seguros.

Además, los citados artículos 8 y 189 olvidan que cierto tipo de trabajo realizado por algunas personas, tales como el consultor jurídico o abogado externo de la empresa, que puede ser director, empleado o representante (por ejemplo, apoderado judicial) de ésta, debería estar protegido, pues puede tratarse de un consejo legal impartido confidencialmente.

Por lo tanto, quienes ejercen el cargo de presidente, administrador, director, gerente, empleado o representante, a los que se refieren los citados artículos 8 y 189, no pueden estar supervisados, vigilados, controlados y fiscalizados, a título personal, por dicha Superintendencia. Dicho control no sólo constituye un exceso respecto de la Ley Habilitante, sino que, además, es violatorio de los derechos individuales de estas personas.

Efectivamente, deben respetarse los derechos individuales de tales presidentes, administradores, directores, gerentes, empleados y representantes, cuya intimidad y libre desenvolvimiento están constitucionalmente protegidos. La intimidad y libre desenvolvimiento de estos individuos no pueden verse vulnerados, sometiéndolos, a título personal, a la regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización previstos en dichos artículos 8 y 189, como que si ellos ejercieran actividades aseguradoras *latu sensu*. La intervención del Estado en la actividad aseguradora y conexa no debe ejercerse sobre los presidentes, administradores, directores, gerentes, empleados y representantes, siendo únicamente las empresas de seguros, de reaseguros, los intermediarios de seguros y los demás entes o individuos que ejecutan actividades relacionadas, quienes pueden estar sujetos a la Superintendencia de Seguros, precisamente porque ejecutan actividades aseguradoras o conexas. En efecto, los artículos 20 y 60 de la Constitución establecen principalmente lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad...
>
> Toda persona tiene derecho a la protección de su... vida privada, intimidad...

Es incompatible con estos derechos y garantías constitucionales, que la intervención del Estado a través de la Superintendencia de Seguros incluya, a título personal, a los presidentes, administradores, directores, gerentes, empleados y representantes de los entes o individuos que ejecutan actividades de seguros o conexas, en lugar de limitarse a estos últimos entes e individuos.

Para colmo, el artículo 268 del mismo decreto-ley establece principalmente lo siguiente, en cuanto a la obligación de informar a que antes hicimos referencia:

> Los directores, consejeros, administradores, ejecutivos, auditores internos, comisarios, empleados, auditores externos y actuarios de las empresas de seguros y las de reaseguros, actuarios independientes, así como los interventores y liquidadores delegados, que sin causa justificada se negaren a suministrar a la Superintendencia de Seguros las informaciones y documentos que se encuentren en su poder y que ésta les requiera para el ejercicio de las funciones que le son propias, serán sancionados con multa de hasta *el diez por ciento (10%) del ingreso anual total percibido en el año inmediato anterior* por concepto de remuneración correspondiente a la posición o cargo por el cual debió dar la información... (las cursivas son nuestras).

Esta sanción es evidentemente excesiva, al punto de que es confiscatoria, por lo que entra en conflicto con el derecho de propiedad consagrado por el artículo 115 de la Constitución, sin que existan los "fines de utilidad pública o interés general" a que alude este artículo.

La inconstitucionalidad de las disposiciones del referido decreto-ley anteriormente citadas se pone todavía más de manifiesto, si se toma en cuenta que la circunstancia de que una persona natural -como puede serlo un apoderado de una aseguradora- esté sujeta al control de la Superintendencia de Seguros autoriza a ésta para, por ejemplo, intervenir a distancia la computadora de aquélla y leer la información allí almacenada, incluyendo sus correos electrónicos. Seguidamente, haremos referencia al número 2 del artículo 10 del mismo decreto-ley, que permite a dicha Superintendencia penetrar, desde sistemas remotos, los sistemas de información y equipos de computación de los sujetos controlados por ella.

IV. EXTRACCIÓN A DISTANCIA Y SIN CONTROL DE INFORMACIÓN TOMADA DE LOS SISTEMAS DE COMPUTACIÓN

El número 2 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

> Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Establecer un sistema de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de la actividad aseguradora, reaseguradora, de producción de seguros y reaseguros y otras actividades conexas, que permita detectar oportunamente los problemas en cualquiera de sus integrantes, bajo los criterios de una supervisión preventiva y consolidada y adoptar las medidas tendentes a corregir la situación. A tales fines la Superintendencia de Seguros contará con las más amplias facultades, pudiendo solicitar a los entes controlados los datos, documentos, informes, libros, normas y cualquier información que considere conveniente. Así mismo, la Superintendencia de Seguros tendrá derecho a revisar *los archivos, expedientes* y oficinas de los *sujetos controlados*, incluyendo *sus sistemas de información y equipos de computación*, tanto en el sitio como a través de *sistemas remotos*, en este último caso dicho acceso será establecido mediante *un Reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional, en el cual se garantizará el derecho a la defensa y a la privacidad* (las cursivas son nuestras).

La norma citada prevé, pues, que la Superintendencia de Seguros penetre, desde sistemas remotos, los sistemas de información y equipos de computación de los entes controlados por ella, para leer sus archivos.

Este proceder no toma en cuenta que los administrados tienen que tener conocimiento sobre las investigaciones de que son objeto y pueden reservarse cierta información, como por ejemplo las opiniones que les suministren sus abogados. En consecuencia, debería eliminarse esta disposición, que está en conflicto con el derecho a la privacidad y el derecho de defensa.

No basta decir, como indica la misma norma, que ese Despacho ejercerá tal atribución conforme a un reglamento, que preverá el respeto a ambos derechos. En efecto, la privacidad y el derecho a la defensa son materias que sólo pueden regularse mediante una ley, y no mediante un reglamento. Al respecto, invocamos los artículos 48, 49 (número 1), 60 y 156 (número 32) de la Constitución, cuyas partes relevantes son del siguiente tenor:

> Se garantiza el derecho e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente...
>
> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones... administrativas... Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga...
>
> Toda persona tiene derecho a la protección de su... vida privada, intimidad, confidencialidad...
>
> Es de la competencia del Poder Público Nacional... la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales...

Por las razones expuestas, el número 2 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringió la Constitución, al establecer que la Superintendencia de Seguros puede penetrar, desde sistemas remotos, los sistemas de información y equipos de computación de los entes controlados por ella, y al disponer que un mero reglamento, que tiene rango sub-legal, será el que establecerá lo relativo a la garantía del derecho a la defensa y a la privacidad, en relación con dicha penetración.

Tal como señalamos anteriormente, la Ley Habilitante permitió al Ejecutivo dictar decretos con fuerza de ley en materia de seguros para, entre otros asuntos, el siguiente:

> Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora *con* la finalidad de *conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones…* (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, conferir al organismo de control tales medios presupone hacerlo dentro de los parámetros establecidos en la Constitución; pero es el caso que el citado número 2 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringió los artículos 48, 49 (número 1), 60 y 156 (número 32) constitucionales, antes transcritos.

También infringió la Ley sobre Protección de la Privacidad de las Comunicaciones, dictada en desarrollo de los citados artículos 48 y 60 de la Constitución, lo que pone todavía más de manifiesto la violación de dichas normas constitucionales.

En efecto, mediante la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.863 del 28 de noviembre de 1991, se establecieron ciertas condiciones que protegen del derecho a la privacidad establecido en la Constitución vigente. En este sentido, el artículo 1 de la mencionada Ley señala lo siguiente:

> La presente Ley tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas.

Dicha protección se extiende, obviamente, a los correos electrónicos y demás documentos confidenciales archivados en los sistemas de computación de las personas naturales y jurídicas que el decreto-ley aquí criticado pretende que la Superintendencia de Seguros penetre desde sistemas remotos.

Dicha protección tiene tanta fuerza, que el artículo 2 de la propia Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones dispone, entre otras cosas, lo escrito seguidamente:

> El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años...

Las normas anteriormente transcritas dan pie para sostener que el número 2 del artículo 10 del decreto-ley en comento es violatorio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrado tanto en la ley arriba mencionada como en la Constitución.

V. ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS RELATIVAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ASEGURADORAS Y SUS CLIENTES

La letra f del número 4 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros trata sobre lo siguiente:

> Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Dictar *regulaciones* para la actividad aseguradora... tendentes a lograr:... Que en las *relaciones con los tomadores, los asegurados y los beneficiarios* se mantengan condiciones de igualdad y equidad (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé la posibilidad de que la Superintendencia de Seguros dicte regulaciones relativas a las relaciones entre las aseguradoras y sus clientes. Ahora bien, el contrato de seguro, que regula las referidas relaciones, forma parte de la reserva legal, fue regulado en el Código de Comercio y ahora está regulado en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. De modo que la Superintendencia no puede dictar normas, que son de rango sub-legal, en relación con el contrato de seguro. Es por ello que la atribución prevista en la citada letra f del número 4 del artículo 10 es inconstitucional.

Nos explicamos:

Dado que el tema del seguro es materia de reserva legal, los contratos de seguro también son materia de reserva legal, de conformidad con el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución, antes citados. En consecuencia, hasta el 12 de noviembre de 2001, los contratos de seguro estuvieron regulados por el Código de Comercio, que es una ley propiamente dicha.

Ahora bien, tal como señalamos antes, el artículo 236, número 8, de la Constitución, contempla la habilitación al Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, para dictar decretos con fuerza de ley o decretos-leyes; habilitación que se materializó en la Ley Habilitante, antes identificada, dentro de cuyo plazo el Ejecutivo podía dictar decretos-leyes en específicos aspectos de la actividad aseguradora y dentro de un cierto marco, siguiendo las directrices y atendiendo a los propósitos definidos por el Legislativo. También señalamos antes, que ningún decreto-ley podía ir más allá de lo previsto en la Ley Habilitante, pues ello implicaría una violación de los artículos 137 y 138 de la Constitución, anteriormente citados, que exigen a los órganos que ejercen el Poder Público sujetar sus actividades a las atribuciones que les corresponden, siendo la autoridad usurpada ineficaz y sus actos nulos. También hicimos referencia al tercer aparte del artículo 203 de la Constitución, del que se desprende que los decretos-leyes dictados conforme a las leyes habilitantes tienen necesariamente que sujetarse a las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan. Por último, mencionamos que la Ley

Habilitante, en su artículo 1, letra f, expresa que la correspondiente habilitación quedó limitada a una serie de materias. Pues bien, entre estas materias no se menciona, ni siquiera de manera indirecta, la regulación del contrato de seguro, y menos la atribución de facultades a la Superintendencia de Seguros para dictar normas respecto de la correspondiente relación contractual.

En efecto, el Poder Ejecutivo no fue autorizado por la Asamblea Nacional para legislar en materia del contrato de seguro, por lo que se excedieron los límites de la Ley Habilitante cuando, mediante un decreto-ley dictado con base sobre la misma, se pretendió delegar en la Superintendencia de Seguros la facultad de emitir normas sobre las relaciones entre las aseguradoras y los tomadores, los asegurados y los beneficiarios, como se pretende en la letra f del número 4 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; con el agravante de que, ni siquiera una ley propiamente dicha, emitida por el Poder Legislativo, podría delegar en dicha Superintendencia tal facultad normativa, ya que el contrato de seguro es un tema que cae dentro de la reserva legal.

Fue así que, habiendo el Poder Legislativo autorizado al Ejecutivo para normar los temas sobre seguros previstos en la Ley Habilitante, que no incluyen el correspondiente contrato, en dicho decreto-ley, no obstante, se facultó al órgano de control para regular las relaciones privadas de seguro, que no sólo son un asunto distinto de los que fueron contemplados por la Asamblea Nacional, sino que, por ser materia de la reserva legal, es inconstitucional atribuir tales facultades normativas a la Superintendencia de Seguros.

En consecuencia, hubo y está previsto que siga habiendo una usurpación de funciones, ya que el Poder Ejecutivo, a nivel del Presidente de la República y sus Ministros, usurpó la función legislativa, y pretende seguir usurpándola a nivel de la Superintendencia de Seguros; ya que, ni los primeros, ni la segunda, tienen atribuciones para dictar normas sobre los contratos de seguro, y menos para que el primero delegue tales atribuciones en la segunda. Debió el Ejecutivo sujetarse estrictamente a las normas constitucionales y legales que autorizan su actuación, dentro del principio de legalidad o restrictivo de competencia. Además, el Ejecutivo Nacional incurrió en desviación de poder, puesto que utilizó la autorización prevista en la Ley Habilitante para un fin distinto del allí contemplado. Por lo tanto, el artículo citado es nulo.

Es más, dada la discrepancia entre la habilitación recibida y el decreto-ley que en definitiva fue dictado, el artículo criticado es, como máximo, una norma de rango sublegal, a pesar de estar contenida en un decreto que dice tener la fuerza de la ley; fuerza que no tiene en realidad, siendo el caso que se pretende invadir la reserva legal, lo que pone todavía más de manifiesto su nulidad.

Invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

El caso que nos ocupa es muy grave, pues la citada letra f del número 4 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no se dictó de manera regular, sino fuera del ámbito de la habilitación emitida por la Asamblea Nacional, habiendo sido promulgada por el Ejecutivo Nacional para fines distintos a los determinados en la Ley Habilitante y que justificaron la correspondiente autorización; y, para colmo, dicha disposición dio a la Superintendencia mencionada una atribución normativa que es privativa del Legislativo, en una muy obvia invasión de la reserva legal; así que es evidente la inconstitucionalidad de la misma por usurpación de funciones y desviación de poder.

VI. APROBACIÓN PREVIA DE LAS PÓLIZAS, AVISOS DE SINIESTRO, FINIQUITOS Y OTROS ELEMENTOS

El número 6 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Aprobar los modelos de pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados en ocasión de los contratos de seguros o las tarifas que usen las empresas de seguros en sus operaciones con el público, así como establecer aquellas que tienen carácter general y uniforme (las cursivas son nuestras).

En dicha norma se establece, pues, que la Superintendencia de Seguros aprobará previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras, así como las primas y comisiones correspondientes.

En el mismo orden de ideas, la primera parte del artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresa lo siguiente:

> *Los modelos de* pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados *en ocasión de los contratos de seguros o las* tarifas *que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros. La solicitud deberá ser presentada a este Organismo con por lo menos treinta (30) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, el cual tendrá quince (15) días hábiles para decidir (las cursivas son nuestras).*

Objetamos el requerimiento de que la Superintendencia de Seguros apruebe previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras, así como las primas y comisiones correspondientes.

Adicionalmente, en la primera parte del artículo 80 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa:

> Las tarifas aplicables por las empresas de seguros deberán ser aprobadas previamente por la Superintendencia de Seguros, para lo cual serán presentadas con treinta (30) días hábiles de anticipación a la fecha en que las empresas de seguros pretendan utilizarlas...

Allí se ratifica, pues, que la Superintendencia de Seguros aprobará previamente las tarifas de las aseguradoras.

Por último, el artículo 81 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> La Superintendencia de Seguros podrá permitir mediante normas de carácter general el uso de pólizas, tarifas y demás documentos indicados en los artículos precedentes, *sin la aprobación previa* de la Superintendencia de Seguros, cuando las condiciones jurídicas y económicas lo justifiquen. Sin embargo, los mismos deberán ser presentados a la Superintendencia de Seguros con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, con todos aquellos soportes y anexos que se exijan en la providencia que se dicte.
>
> Igualmente la Superintendencia de Seguros *podrá dejar sin efecto la liberación* y ordenar que dichos documentos y tarifas les sean sometidos nuevamente a su aprobación. (Las cursivas son nuestras).

De modo que dicho artículo prevé la posibilidad de exoneración del requisito de aprobación previa y que luego tal exoneración sea objeto de revocación.

Esto, francamente, no es serio; y, además, crea problemas de inseguridad jurídica, por ejemplo: ¿qué pasa si una aseguradora emite ciertas pólizas no autorizadas durante el período de liberación y luego de reinstaurada la necesidad de autorización desea continuarlas emitiendo?

El artículo 248 del mismo decreto-ley ordena de manera muy confusa la entrega de lo siguiente:

> Los sujetos sometidos al artículo 1 de este Decreto Ley deberán entregar a los tomadores, los asegurados o los beneficiarios *recibos detallados de los servicios prestados* y no podrán obligar a los tomadores, los asegurados o los beneficiarios a reconocer los servidos recibidos o al otorgamiento de finiquitos a través de cualquier medio, sin que los mismos estén debidamente especificados (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, en cuanto respecta a las aseguradoras, es el caso que, estrictamente hablando, éstas no prestan servicios a los tomadores, asegurados o beneficiarios, a menos que se considere que la cobertura de seguros es un servicio *latu sensu*. Aún así, no se entiende cómo pueden las aseguradoras emitir recibos por los servicios (sic) de cobertura que prestan. Es posible que lo que se quiso decir es que las aseguradoras deben entregar a los tomadores las facturas por los mismos servicios. Otra posibilidad es que se quisiera decir que las aseguradoras deben emitir recibos por el precio de tales servicios. En este caso, se trataría de los famosos recibos de prima, que se encuentran entre los documentos que requieren aprobación previa de la Superintendencia de Seguros.

Otro de los decretos-leyes dictados supuestamente en ejecución de la Ley Habilitante fue el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. Su artículo 2 establece que las normas de este último decreto-ley son imperativas, a menos que en alguna de ellas se disponga lo contrario. Al respecto, este artículo no permite a las partes del contrato de seguro celebrar convenios que contraríen casi ninguna de las disposiciones legales, ya que dispone principalmente que:

> Las disposiciones contenidas en el presente Decreto Ley son de carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa...

Ahora bien, la Ley Habilitante, en su artículo 2, exige lo siguiente, como una manera de controlar que se dé cumplimiento al marco, propósito y directriz que ella misma estableció, de conformidad con el citado tercer aparte del artículo 203 de la Constitución:

> Todos los Decretos que sean dictados en ejecución de esta Ley, deberán ser acompañados de su respectiva Exposición de Motivos.

En consecuencia, la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro fue publicada en la misma gaceta oficial en la que éste se publicó, es decir, en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.553 de fecha 12 de noviembre de 2001. Esta exposición de motivos expresa textualmente lo siguiente:

> ...el presente Decreto Ley queda plenamente justificado, ya que está basado en las modernas tendencias de supervisión, que lo orientan hacia un enfoque de supervisión preventiva, el cual *implica la eliminación de controles previos por parte de la Superintendencia de Seguros, dentro de los cuales se ubica la aprobación previa de los contratos de seguros*... hace imprescindible que exista un marco normativo que regule las relaciones contractuales para garantizar un verdadero equilibrio entre las partes contractuales (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en el número 6 del artículo 10, y en los artículos 79, 80 y 81, todos ellos antes citados, establece expresamente que el contrato de seguro y la documentación complementaria del mismo deben ser autorizados por la Superintendencia de Seguros, así como las tarifas correspondientes, contrariamente a lo afirmado en la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, igualmente citada.

Queda claro que se frustró uno de los cometidos alegados respecto del cambio de legislación. En efecto, uno de los propósitos de modificar el régimen legal era supuestamente la eliminación del requisito de someter los contratos de seguro y los documentos y tarifas correspondientes a la aprobación de la Superintendencia de Seguros, antes de ofrecerlos al público; es decir, se quería la supresión del requerimiento de supervisión previa o control *a priori* de las pólizas, contenido en la ley derogada.

La aparición extraña y sorpresiva de dicho control *a priori*, en los artículos antes transcritos, contraría la igualmente transcrita exposición de motivos, que debería ser un elemento importante en la determinación del respeto a los límites establecidos en la Ley Habilitante, que alegamos fueron violados.

En dichos artículos, no obstante lo indicado en la referida exposición de motivos, se mantuvo el tradicional y criticadísimo requisito de autorización *a priori* del precio y del articulado de las pólizas por dicha Superintendencia, que entraba el funcionamiento dinámico del mercado asegurador y afecta la sana competencia. Paradójicamente, la misma exposición de motivos, que tiene apenas una página, emplea las palabras siguientes: *innovaciones, tendencias actuales de los mercados y de las leyes, moderno sistema asegurador que requiere la República, modernas tendencias, modernas tendencias en esta materia, innovación, nuevas modalidades*...

Además, es menester señalar que los citados artículo 10, número 6, y artículos 79, 80 y 81, llegan al exceso de exigir que, en adición a los modelos de pólizas, se obtenga autorización para los anexos y recibos de prima. Pero esto no queda allí, ya que estas mismas disposiciones requieren la aprobación de documentos que son anteriores o posteriores a la póliza, como lo son las solicitudes, avisos de siniestro y finiquitos o recibos de indemnización. La exigencia de dicho control previo es absurda y anacrónica. Tal absurdo se pone en evidencia si se toma en cuenta la difícil situación en que se coloca al asegurado que quiere reportar un siniestro, con toda la urgencia que ello conlleva, y que, no obstante, tiene que hacerlo según un formato aceptable para el órgano regulador.

La discrepancia entre la exposición de motivos mencionada y los artículos citados, aunada a la exigencia contenida en la Ley Habilitante, de que los decretos-leyes tengan la correspondiente exposición de motivos, pone en evidencia que el Ejecutivo excedió la habilitación recibida.

Resultan, pues, aplicables los artículos de la Constitución, así como la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados, todos ellos, en el número 3 del presente trabajo.

El artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros también expresa lo siguiente:

> *Las pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos o tarifas que no hayan sido aprobadas previamente por la Superintendencia de Seguros o la modificación de aquellos que hayan sido aprobados serán nulos en lo que perjudiquen al tomador, al asegurado o al beneficiario, en cuyo caso se aplicarán las condiciones aprobadas* (las cursivas son nuestras).

El requisito de aprobación *a priori* de las pólizas y otra documentación utilizada por las aseguradoras y sus clientes, incluyendo los anexos y los recibos de prima, así como ciertos documentos anteriores o posteriores al contrato de seguro, tales como las solicitudes de seguro, los avisos de siniestro y los recibos o finiquitos de indemnizaciones por siniestros, lo mismo que las tarifas, todo ello de conformidad con el artículo 10 número 6 y los artículos 79, 80 y 81, es un exabrupto, con el agravante de que la falta de la autorización previa requerida da lugar a la nulidad del documento de que se trate, en cuanto perjudique a tomador, asegurado o beneficiario. A pesar de esta aparente protección a los clientes de las empresas de seguros, la absurda exigencia de los artículos citados no sólo la sufrirán las aseguradoras, sino que el formalismo excesivo obrará en perjuicio de todos los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros, quienes, por ejemplo, no deberían reportar un siniestro con una simple comunicación escrita, como ha sido siempre, sino que tendrían que dirigirse primero a la aseguradora correspondiente, para que ésta les dé el modelo de aviso de siniestro aprobado por la Superintendencia, llenarlo y entregárselo a la compañía de seguros de que se trate, ya que a las aseguradoras no les quedará más remedio que hacer cumplir la exigencia legal, aún en perjuicio de una relación fluida con sus clientes.

Tal como lo señalamos antes, la Superintendencia de Seguros organizó una serie de reuniones con miembros del Consejo Nacional de Seguros, a los efectos de analizar el Segundo Anteproyecto elaborado por dicho Despacho; reuniones éstas que fueron documentadas en actas, firmadas por los asistentes. Pues bien, la primera de estas actas indica entre otras cosas lo siguiente:

> La ciudadana Morelia Corredor (titular de la Superintendencia) indicó que ambos proyectos (la regulación de los contratos y la regulación de las empresas) deben ir conjuntamente (en el denominado Segundo Anteproyecto), no pueden desligarse porque *se pasa de la supervisión previa a la supervisión preventiva y... eliminar el control sobre las pólizas* sólo puede hacerse si se tiene un instrumento que regule claramente el contrato de seguro (los paréntesis y las cursivas son nuestras).

De modo que la Superintendente de Seguros, comentando uno de los antecedentes remotos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, coincide con la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en cuanto a que la modernización de la legislación en materia aseguradora, en razón de la cual el Legislativo autorizó al Ejecutivo para que dictara decretos-leyes en esta materia, implica, necesariamente, establecer una supervisión preventiva, eliminando el control previo del Estado sobre las pólizas y elementos relacionados.

También coincide con lo anterior la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, aunque la misma es más parca que la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, antes transcrita. En efecto, la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros solamente pregona la necesidad de lo siguiente, sin dar más detalles sobre el tema que nos ocupa:

> ...una *supervisión preventiva*, que garantice el cumplimiento de los derechos del asegurado... (las cursivas son nuestras).

Esta coincidencia contrasta con la circunstancia de que, no sólo las pólizas, sino también los documentos que las preceden y los documentos que les siguen, relativos a la relación contractual entre asegurado y asegurador, así como el precio correspondiente, deban, todos ellos, incluyendo los modelos de aviso de siniestro, ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros, bajo pena de nulidad. Esta exigencia no

tiene nada que ver con los objetivos que se propuso el legislador en la Ley Habilitante, tal como los interpretó el Ejecutivo en las dos exposiciones de motivos antes transcritas, así como la Superintendente de Seguros, en el acta igualmente transcrita. Se quería mejorar el control, que no debía consistir en una aprobación previa, sino en un control preventivo, así como llenar lagunas y facilitar la integración de empresas; pero lo que se hizo fue establecer un requisito de aprobación previa tan exigente, que ponerlo en ejecución es absurdo; además de que va en sentido contrario de las modernas tendencias universales.

VII. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE ORDENAR SUSPENDER O REVERTIR OPERACIONES

El número 12 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Ordenar la *suspensión o revertir* operaciones determinadas cuando, fueren ilegales, se hubieren ejecutado en fraude a la ley, no hubieren sido debidamente autorizadas, o pudieren afectar el funcionamiento de las empresas y demás sujetos regulados a que se refiere el artículo 1 de este Decreto Ley. En caso de que se afecten los derechos adquiridos por terceros, los mismos deben ser indemnizados por el causante del daño (las cursivas son nuestras).

Así que esta norma faculta a la Superintendencia de Seguros para ordenar suspender o revertir ciertas operaciones por considerarlas ilegales o fraudulentas. Sin embargo, ello debería ser decidido por un juez, y no por dicha Superintendencia. Efectivamente, no corresponde a ese Despacho declarar la ilegalidad o el fraude en relación con ningún contrato, salvo que las partes soliciten del Superintendente que actúe como árbitro. De modo que la determinación a que se refiere la norma citada corresponde a la autoridad judicial o arbitral; la cual, al establecer si hubo fraude o violación de ley, deberá velar por la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas privadas, respetando a las personas de buena fe, cuyos derechos merecen protección. No basta decir, como lo expresa dicha norma, que, cuando se afecten derechos de terceros, éstos serán indemnizados por el causante del daño. Además, el causante del daño puede ser el propio Superintendente.

La función de administrar justicia está atribuida al Poder Judicial e incluye dilucidar controversias entre particulares respecto de, por ejemplo, los contratos en que éstos son parte. Un órgano del Poder Ejecutivo, como lo es esa Superintendencia, puede ejercer dichas funciones, pero sólo si le corresponde desempeñarse como árbitro. Ahora bien, el mismo Despacho, atendiendo las funciones de control y supervisión que le son propias, como ente del Poder Ejecutivo, no debería suspender o revertir contratos que estima fraudulentos o ilegales. En efecto, para esto se requeriría de un procedimiento en el que interviniesen las partes de cada contrato cuestionado, una de las cuales -en principio- no está sujeta al control y supervisión de la Superintendencia, tiene el derecho a defenderse ante su juez natural y no está obligada a someterse al dictamen de dicho Despacho en cuanto a fraudes e ilegalidades presentes o no en los contratos por ella celebrados, cuyo conocimiento corresponde a las autoridades judiciales o eventualmente arbitrales. Cuando dicha norma expresa que, si se afectasen derechos de terceros, éstos serán indemnizados por el causante del daño, está partiendo de la premisa de que la Superintendencia puede declarar que, por ejemplo, un contrato de compraventa es

ilegal o fraudulento, suspendiéndolo o revirtiéndolo, aunque ello produzca un daño al comprador y sus causahabientes; siendo el caso que dicho Despacho está constitucionalmente impedido de hacer semejante declaratoria.

En consecuencia, el número 12 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, precisando que toda persona tiene derecho a ser enjuiciada por sus jueces naturales.

La Sala Constitucional señaló, en relación con el derecho de la defensa y al debido proceso, lo siguiente (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de fecha 24-03-2000, Exp. N° 00-0056):

> Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:
>
> *Artículo 49*: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: Omissis...
>
> 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgado por sus jueces naturales...
>
> La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
>
> Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad.

VIII. INTERVENCIÓN DE LA CASA MATRIZ O DE OTRAS SOCIEDADES RELACIONADAS CON LA EMPRESA EN DIFICULTADES

El número 13 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Acordar, en los casos previstos en la ley, la intervención de las empresas de seguros y las de reaseguros, de las sociedades de corretaje de seguros y las de reaseguros, y resolver y decidir sobre su liquidación. Esta facultad podrá ser ejercida también sobre las personas u organizaciones financiadoras de primas o sobre cualquier *compañía matriz,* subsidiaria o *relacionada* de una empresa de seguros o de reaseguros o de un productor de seguros o de reaseguros, cuando ello sea necesario dentro de los procesos de intervención de algunos de los sujetos indicados en el artículo 1 de este Decreto Ley.

De modo que faculta a la Superintendencia de Seguros para intervenir y ordenar la liquidación de cualquier compañía relacionada o incluso de la casa matriz de una sociedad en dificultades. Esto es excesivo. Por un lado, la palabra *relacionada* peca de imprecisión y ambigüedad. Se debió hacer alusión, y no se hizo, a otro concepto legal, a

saber: la noción de grupo económico, referida al sector asegurador, que es una figura jurídica nueva, similar a la de grupo financiero en la legislación bancaria, que fue consagrada y definida en el mismo decreto-ley, pero olvidada en el artículo que comentamos. Tal imprecisión y ambigüedad atentan contra el derecho de la defensa y al debido proceso. Por otro lado, intervenir u ordenar liquidar la casa matriz no tiene mayor sentido. Piénsese, por ejemplo, en una compañía matriz sana entre cuyas muchas filiales se encuentra una aseguradora en dificultades. ¿A cuenta de qué va dicha Superintendencia a intervenir u ordenar la liquidación de dicha compañía matriz? Este Despacho no puede afectar el derecho de propiedad correspondiente a los accionistas de dicha matriz, como inversionistas, ni afectar la operación de una compañía sana, como lo es la matriz, si fuere el caso. A esto se añade la peculiar situación en que se encontraría el mismo Despacho, si las acciones de la compañía de seguros en dificultades son propiedad de una casa matriz constituida y domiciliada en el exterior.

En consecuencia, el número 13 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo "con fines de utilidad pública o interés general"; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado número 13 del artículo 10 no obedecen a tal utilidad o interés. Estas atribuciones tienen que ver, más bien, en cuanto concierne a la mención de la casa matriz, con una concepción equivocada de lo que debe ser una intervención; y, en cuanto concierne a la mención de las relacionadas, con una mala técnica legislativa, pues se debió utilizar la figura del grupo económico.

IX. DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS

El artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

> Practicada la notificación o suscrita el acta especial se abrirá un lapso... de *diez (10) días* hábiles para la presentación de los *alegatos y pruebas* (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé que, en los procedimientos ante la Superintendencia de Seguros, los administrados tengan un plazo de apenas diez (10) días para presentar alegatos y pruebas. Esto es excesivamente breve. Además, contrasta con el plazo de treinta (30) días de que dispone dicho Despacho para decidir.

El encabezado y el número 2 del artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por su parte, disponen lo siguiente:

> La empresa de seguros o la de reaseguros que... eluda, retarde o deje de cumplir sin causa justificada, sus obligaciones para con los asegurados o los beneficiarios, incluyendo sus obligaciones con proveedores o prestadores de servicios derivadas de contratos de seguros, dentro de las condiciones y plazos legales o contractuales aplicables, será sancionada con multa de mil quinientas unidades tributarias (1.500 U.T.) a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.), en caso de retardo o rechazo genérico y de dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.) a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.)...
>
> A los fines de este artículo se seguirá el siguiente procedimiento:...

> Si en la oportunidad fijada no se lograre un acuerdo entre las partes y siempre que la Superintendencia de Seguros considere que existen indicios de que la empresa se encuentra en los supuestos establecidos en este artículo, iniciará el procedimiento establecido en el artículo 11 del presente Decreto Ley.

Esta última norma está mal concebida, pues parte de la premisa de que las reaseguradoras, que pueden ser sancionadas conforme a la misma, asumen obligaciones mediante contratos de seguro frente a los tomadores, asegurados o beneficiarios; olvidando que, en principio, las reaseguradoras lo que suscriben son contratos de reaseguro y con quien tienen relación es con las aseguradoras. Ahora bien, esta última norma deja claro que, si una aseguradora es denunciada ante la Superintendencia de Seguros por un tomador, asegurado o beneficiario, alegando no haber cumplido un contrato de seguro, aquélla puede defenderse de la denuncia presentada por éste; luego de lo cual dicho Despacho, en caso de que considere procedente tal denuncia, puede imponer una sanción pecuniaria a la aseguradora denunciada. El plazo para la defensa que puede presentar esta última conforme al citado artículo 267, a raíz de la denuncia interpuesta por el tomador, asegurado o beneficiario denunciante, es el mismo lapso previsto en el citado artículo 11, es decir, díez (10) días, que es un período único para los alegatos y las pruebas.

De modo que, en los casos en que quepa aplicar el citado artículo 11, directamente o por remisión del también citado artículo 267, la persona natural o jurídica sujeta al control de la Superintendencia de Seguros dispone de un plazo de apenas diez (10) días para defenderse, dentro del cual ha de presentar sus alegatos y sus pruebas.

Diez (10) días como plazo único para la defensa, tanto en cuanto a los alegatos, como en cuanto a las pruebas, resulta insuficiente, particularmente si se trata de temas que revisten cierta complejidad, sobre todo si existen dos versiones distintas, presentadas por dos personas diferentes, respecto de las cuales la Superintendencia de Seguros deba tomar una decisión. En efecto, dado que el citado artículo 267 remite al también citado artículo 11, dicho plazo único se aplica cuando un tomador, asegurado o beneficiario de una póliza hace valer ante dicha Superintendencia que una empresa de seguros ha eludido, retardado o dejado de cumplir, sin causa justificada, sus obligaciones para con aquél, derivadas del contrato correspondiente; en cuyo caso la Superintendencia, conforme a ambos artículos, deberá emitir una decisión tomando en cuenta la poca información que pueda llevarle la aseguradora en apenas diez (10) días.

Por ejemplo, si ocurre un siniestro en una planta industrial, generalmente se discuten importantes montos de dinero y pueden existir temas complejos que dilucidar, como podría ser todo lo relativo a la causalidad. En un caso como éste, si el beneficiario de la póliza acude a dicha Superintendencia con el alegato de que la aseguradora está retrasando o eludiendo los pagos, la aseguradora tendrá la carga de alegar y demostrar que el siniestro no está cubierto, o que no está cubierto en su totalidad. Semejante carga de alegación y prueba no puede ser satisfecha en tan sólo diez (10) días.

Para determinar si existe una obligación incumplida, los plazos para defenderse deben ser suficientes. Cuando el citado artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros remite al artículo 11 del mismo decreto-ley, que prevé que, en los procedimientos ante la Superintendencia de Seguros, los administrados tengan un plazo de diez (10) días para presentar tanto los alegatos como las pruebas, se comete una arbitrariedad. En efecto, este lapso es excesivamente breve, y contrasta con los plazos de veinte (20) días para presentar alegatos y quince (15) días para promover pruebas, previstos en el Código de Procedimiento Civil.

Dichas normas vulneran, pues, el derecho a la defensa sobre la base de la garantía al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución. En consecuencia, los artículos 11 y 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros deberían ser declarados nulos.

En este sentido, invocamos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual tiene jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 23 de la Constitución. Dicha convención establece, en su articulo 8 (*garantías jurídicas*), número 2, letra C, lo siguiente:

> Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...
>
> Concesión al inculpado del *tiempo* y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (el resaltado es nuestro).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, está fuera de toda duda que un elemento de crucial importancia en relación con el derecho de la defensa, sin el cual este derecho, de rango constitucional, es menoscabado, lo constituye disponer del tiempo adecuado para la preparación de la defensa.

Por otra parte, cuando el artículo 267 establece multas para las empresas de seguros que dejen de cumplir sus obligaciones para con sus clientes, es decir, los tomadores, asegurados y beneficiarios, está estableciendo una sanción en relación con las discrepancias que existan entre las partes del contrato de seguro, en relación con el cumplimiento o no cumplimiento del mismo.

Ahora bien, en primer lugar, la Ley Habilitante facultó al Ejecutivo para legislar con la finalidad de conferir a la Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; de llenar vacíos normativos en las materias concretas mencionadas en la misma Ley Habilitante; y de normar la fusión de las empresas de seguros u otras fórmulas tendientes a la redimensión y fortalecimiento del sector asegurador. Son éstos, y no otros, los aspectos contemplados por la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f, que no menciona la posibilidad de legislar sobre el contrato de seguro, ni sobre las relaciones entre las partes de dicho contrato. Así que el citado artículo 267 adicionalmente infringe la Ley Habilitante y, por lo tanto, infringe las disposiciones constitucionales anteriormente citadas, en virtud de las cuales el Legislativo puede autorizar al Ejecutivo para que emita decretos-leyes. Son, por lo tanto, aplicables los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

En segundo lugar, las controversias entre las aseguradoras y su contraparte en los contratos de seguro deberían ser resueltas judicialmente, o mediante arbitraje. No se debió establecer un procedimiento sancionatorio ante la Superintendencia. Esto se presta para que la Superintendencia llegue a una conclusión y el juez o árbitro a otra, en relación con la misma obligación alegadamente incumplida. Nuevamente, se infringe el artículo 49 de la Constitución, que no sólo consagra el derecho de defensa y al debido proceso, sino que también precisa que toda persona tiene derecho a ser enjuiciada por sus jueces naturales; así como las numerosas disposiciones constitucionales que establecen la separación de poderes y fijan las funciones del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Hay que tomar en cuenta los gravísimos problemas que resultarían de aplicar el citado artículo 267, tal como fue concebido: en primer término, pueden existir contradicciones entre lo decidido judicialmente en los juicios relativos a las relaciones contractuales entre las aseguradoras y sus clientes, y lo decidido administrativamente en

estos procedimientos sancionatorios ante la Superintendencia relativos a las mismas controversias entre las aseguradoras y sus clientes con motivo de obligaciones alegadamente incumplidas entre las partes; y, en segundo término, estos últimos procedimientos están estructurados de manera tal que no se respeta la necesidad de que los plazos para defenderse sean suficientes, siendo evidentemente cuestionable un plazo de apenas diez (10) días para presentar tanto los alegatos como las pruebas, lapso que, repetimos, es mucho más breve que los plazos de veinte (20) días para presentar alegatos y quince (15) días para promover pruebas (sin contar los períodos para su admisión, oposición y evacuación), aplicables en el juicio ordinario.

Finalmente, el artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros regula las relaciones de las aseguradoras con, entre otras, las siguientes personas: "proveedores o prestadores de servicios" respecto de "obligaciones... derivadas de contratos de seguros". Esta norma se refiere a entes tales como centros asistenciales de salud y talleres mecánicos de reparación de vehículos, que atienden a las personas cuya salud o cuyos vehículos están asegurados. Dicho artículo establece multas para las empresas de seguros que dejen de cumplir sus obligaciones para con tales talleres, clínicas u otros proveedores, y se refiere al procedimiento correspondiente, aplicándose el citado plazo de diez (10) días para defenderse. Ahora bien, el interés del Estado de proteger a los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros, por ser considerados un débil jurídico y económico, podría justificar el régimen de favor concedido a éstos, en su relación con las aseguradoras. En consecuencia, no tiene ningún sentido ampliar tal protección para que abarque a otras personas, como los talleres y las clínicas. En efecto, en sana lógica, estos últimos deberían relacionarse con las empresas de seguros de conformidad con las mismas reglas que se aplican a sus relaciones con cualquier otro sujeto de derecho que no tenga la condición de asegurador.

Cuando el artículo 267, antes citado, reguló la relación contractual entre las aseguradoras y las clínicas, los talleres y otros prestadores de servicios, incurrió nuevamente en un exceso respecto de la habilitación dada por el Poder Legislativo al Ejecutivo. En efecto, el Ejecutivo Nacional no fue autorizado, por la Asamblea Nacional, para legislar en relación con la vinculación entre las aseguradoras y los talleres o las clínicas, ni tampoco con respecto a la vinculación entre éstos y los asegurados; no existiendo ni siquiera el más leve nexo entre estos temas y los temas contemplados en la Ley Habilitante, la cual, insistimos, persigue conferir a la Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones, llenar vacíos normativos en las materias expresamente mencionadas allí y regular la fusión de las empresas de seguros y otras modalidades para la redimensión y fortalecimiento del sector asegurador. La circunstancia de que exista una disposición nueva, como la citada, que somete a las empresas de seguros a un procedimiento en relación con los reclamos de sus proveedores, pudiendo incluso ser multadas a solicitud de éstos, es otra intromisión normativa de la Presidencia de la República en un área que va mucho más allá de la regulación autorizada por la Asamblea Nacional.

X. INHABILITACIONES CUESTIONABLES

El número 4 del artículo 13 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece lo siguiente:

> "o podrá ser Superintendente de Seguros:… Quienes hayan sido Presidente, Directores o Administradores de empresas que durante el ejercicio de sus cargos hayan sido objeto de *suspensión, intervención o liquidación* por parte de la Superintendencia de Seguros (las cursivas son nuestras).

Esta inhabilitación debe quedar supeditada, cuanto menos, a una relación causal entre la actuación del aspirante a Superintendente y la referida suspensión, intervención o liquidación. En efecto, no se justifica establecer una limitación respecto de individuos a quienes no se les ha imputado ningún hecho reprochable, si fuere el caso.

Es necesario que la sanción de inhabilitación a que se refiere la norma arriba transcrita sea individualizada, en el sentido de que su aplicación recaiga sobre sujetos concretos a los que se imputan hechos reprochables específicos. Tal individualización, olvidada por la disposición citada, estaría orientada a que dicha sanción fuese impuesta únicamente a quienes resultasen responsables de hechos cuestionables, y no a la generalidad de personas que puedan encontrarse dentro de la situación prevista en dicha norma, aunque no tengan nada que reprocharse. El respeto a la necesidad de individualizar la sanción en cabeza de los responsables sería lo que permitiría que se cumpliera el fin de tal inhabilitación, que es, justamente, evitar que sujetos no idóneos se desempeñen como Superintendente de Seguros.

Cuando a una persona, mediante un decreto-ley, se le pretende inhabilitar para desempeñar una función pública de manera automática, por el mero hecho de haber estado vinculada a una empresa liquidada o intervenida o cuya licencia haya sido suspendida, sin dar a esta persona la oportunidad de defenderse, se infringe la Constitución. Al negar la defensa de esta persona, se está cometiendo una injusticia y un atropello, pues, sin que medie procedimiento alguno, se le está limitando de por vida, sin darle la oportunidad de alegar y probar, por ejemplo, que fue llamada a ayudar a la empresa *in extremis*, justamente para tratar de sanearla y evitar tal suspensión, intervención o liquidación.

Por otra parte, no puede la norma anteriormente transcrita establecer una inhabilitación de por vida, en virtud de la siguiente prohibición constitucional (artículo 44, número 3):

> No habrá condenas a penas perpetuas.

La necesidad de que la inhabilitación sea temporal y de que esté precedida por un procedimiento fue parcialmente reconocida por otro artículo del mismo decreto-ley, a saber:

El número 6 del artículo 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece lo siguiente:

> *Quedarán impedidos temporalmente para ser promotores, accionistas principales, presidentes, administradores, directores, auditores internos o externos, contables o de sistemas, actuarios independientes, actuarios de empresas de seguros o de reaseguros o de sociedades de corretaje de seguros o de reaseguros, quienes:... Tengan responsabilidad en los hechos que originaron la aplicación de medidas prudenciales, la intervención o liquidación de la empresa en la que se encontraban desempeñando sus funciones, previa demostración de su responsabilidad sobre los hechos que dieron lugar a las situaciones antes referidas, en los cinco (5) años siguientes a la fecha de la decisión* (las cursivas son nuestras).

No obstante, en la norma que acabamos de citar se incurrió, también, en excesos, que igualmente la hacen inconstitucional.

En efecto, establecer una causal de inhabilitación por haber tenido responsabilidad, respecto de entes que hayan sido intervenidos o liquidados, o que hayan sido objeto de medidas prudenciales, siempre que haya sido demostrada judicialmente tal responsabilidad, nos lleva a hacer la siguiente afirmación: basta ser, por ejemplo, objetiva y civilmente responsable de algún hecho relacionado con la intervención, liquidación o medida de que se trate, para quedar inhabilitado. Dado que se podría tratar de una responsabilidad civil objetiva, es decir, una responsabilidad patrimonial sin culpa, sostenemos la inconstitucio-nalidad de esta norma, que establece una limitación respecto de individuos a quienes no se les ha imputado ningún hecho reprochable.

Por otra parte, en los números 2 y 4 del mismo artículo 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se estableció lo siguiente:

> *Quedarán impedidos temporalmente para ser promotores, accionistas principales, presidentes, administradores, directores, auditores internos o externos, contables o de sistemas, actuarios independientes, actuarios de empresas de seguros o de reaseguros o de sociedades de corretaje de seguros o de reaseguros, quienes:... Estén sometidas al beneficio de atraso y los fallidos no rehabilitados... Hayan sido objeto de un auto ordenando el inicio de un juicio por hechos relacionados con la actividad financiera, mientras no se dicte sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa definitivamente firme expedida por los órganos jurisdiccionales* (las cursivas son nuestras).

En primer lugar, el mero hecho de que las personas sean "sometidas al beneficio de atraso", acarrea inhabilitación. Sin embargo, ser sometido al beneficio de atraso significa, simplemente, haber atravesado una dificultad económica, en razón de lo cual se necesitó un plazo para cumplir las obligaciones contraídas. El beneficio de atraso es distinto de la quiebra, pues no existe una situación de insolvencia, ni se plantea la liquidación de la empresa, sino que simplemente existe la necesidad de cierto tiempo (máximo un año, susceptible de prórroga) para organizarse a fin de ponerse al día con los acreedores.

En segundo lugar, una de las causales de inhabilitación es haber "sido objeto de un auto ordenando el inicio de un juicio por hechos relacionados con la actividad financiera". Esto no es razonable, puesto que la persona debe ser considerada inocente de los hechos que se le imputen hasta que se declare judicialmente lo contrario.

En tercer lugar, una persona que, por ejemplo, se atrasó en sus pagos o está siendo enjuiciada sin haber sido condenada, no tiene por qué ser inhabilitada. En todo caso, la inhabilitación debería venir precedida de un procedimiento previo, respetuoso del derecho de la defensa.

Todo esto nos lleva a sostener que los artículos 13 y 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros son, ambos, inconstitucionales; porque limitan el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desempeñarse económicamente con libertad de las personas naturales o jurídicas afectados por los mismos, que no pueden ejercer las funciones públicas y privadas allí previstas, aunque no tengan nada que reprocharse, y, en la mayor parte de los casos, sin ni siquiera darles la oportunidad de defenderse. Esta limitación está reñida con el derecho a defenderse, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desempeñarse económicamente con libertad, plasmados en los artículos 49, 20 y 112 de la Constitución.

De los artículos 20 y 112 constitucionales se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica profesional de las personas sólo pueden resultar, respectivamente, en razón "del derecho de las demás y del orden público o social", o "por razones de desarrollo humano, seguridad,

sanidad, protección del ambiente y otras de interés social". Ahora bien, las inhabilitaciones de los artículos 13 y 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no tienen nada que ver con razones relacionadas con los derechos de las demás personas, el orden público o social, el desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente ni otras de interés social. Ello tiene el agravante de que estos dos artículos olvidaron el derecho de defensa contemplado por el artículo 49 de la Constitución, pues se pretende inhabilitar a unos sujetos sin justificación y sin la posibilidad real de defenderse.

Por otra parte, las inhabilitaciones de los artículos 13 y 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros tampoco tienen nada que ver con apuntalar y mejorar el control de la Superintendencia de Seguros, llenar vacíos normativos y promover la fusión e integración de las empresas para fortalecerlas. Sin embargo, estos fueron los cometidos asignados por el Legislativo al Ejecutivo; así que, al establecer estas inhabilitaciones, de la manera como se establecieron en los artículos citados, el correspondiente decreto-ley violó, una vez más, la Ley Habilitante y, por lo tanto, la Constitución. Al respecto, invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina, todos ellos, citados en el número 3 del presente trabajo.

La modernización que debió verificarse mediante dicho decreto-ley constituyó una mera excusa para legislar en exceso de la habilitación otorgada, promulgando normas intervencionistas y no justificadas. Habiéndose violado la Ley Habilitante y, por ende, la Constitución, son nulas las anteriores inhabilitaciones, que, además, chocan con el derecho a defenderse, las libertades económicas y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

A esto se añade que, en varios artículos del mismo decreto-ley, se habla de las personas que mantengan una relación estable o de hecho con otras. Si se quiere hablar de *amistad íntima* o de *concubinato,* debería decirse con claridad.

XI. CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS

El artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros prevé principalmente lo siguiente:

> El Consejo Nacional de Seguros *es un órgano asesor* y de participación ciudadana. Estará integrado de la siguiente manera:
>
> 1. *Cuatro (4) representantes de las empresas de seguros.*
> 2. *Dos (2) representantes de las empresas de reaseguros*.
> 3. Un (1) representante de las empresas de corretaje de seguros.
> 4. *Un (1) representante de las empresas de corretaje de reaseguros*.
> 5. Tres (3) representantes de los agentes y corredores de seguros.
> 6. *Tres (3) representantes de los asegurados* a través de sus asociaciones o agrupaciones, si las hubiere.
> 7. Un (1) representante de los auxiliares de seguros.

El Superintendente o Superintendenta de Seguros deberá ser convocado a todas las reuniones, y podrá asistir a éstas con derecho a voz, cuando así lo estime conveniente, y velará porque se ejecuten sus decisiones... (Las cursivas son nuestras).

Anteriormente, el Superintendente de Seguros era miembro del Consejo Nacional de Seguros. No era que tenía derecho a ser convocado, como una persona externa, tal como sucede ahora, sino que formaba parte de este ente colegiado.

Los cambios introducidos en el artículo que acabamos de transcribir no tienen nada que ver con apuntalar y mejorar el control de la Superintendencia de Seguros, llenar vacíos normativos y promover la fusión e integración de las empresas para fortalecerlas, los cuales, repetimos, fueron los cometidos asignados por el Legislativo al Ejecutivo; así que, al introducir estos cambios, el correspondiente decreto-ley violó, una vez más, la Ley Habilitante y, por lo tanto, la Constitución; en razón de lo cual nuevamente resultan aplicables los artículos de la Constitución, así como la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

Es importante, además, volver a la normativa previa al 12 de noviembre de 2001, pues el artículo que acabamos de transcribir es defectuoso.

Por un lado, dice que el Consejo Nacional de Seguros es un órgano asesor, pero no se dice de quién. Parecería apropiado haber expresado que es un órgano asesor de, por ejemplo, la Superintendencia de Seguros.

Por otro lado, sólo hay cuatro representantes de las empresas de seguros, sobre un total de quince miembros, más el Superintendente, que en realidad ya no es miembro. Los asegurados tienen tres representantes directos; pero, tratándose de un órgano técnico, no parece tener mayor sentido incluir tal representación directa, pues los asegurados disponen de otros mecanismos para interactuar con la Superintendencia de Seguros, sin que se justifique su incorporación al Consejo Nacional de Seguros. En efecto, en este Consejo ya se encuentran presentes cuatro representantes de los productores de seguros, quienes son, por ley, especialistas en seguros y asesores de los asegurados, así que deben velar por los intereses de estos últimos en el seno de dicho Consejo.

Finalmente, el artículo que criticamos indica que el titular de la Superintendencia de Seguros *podrá asistir* a las reuniones de dicho Consejo "cuando así lo estime conveniente", lo que significa que no está obligado a hacerlo, teniendo sólo derecho a voz; lo cual parece estar en contradicción con la previsión según la cual "velará porque se ejecuten sus decisiones".

En consecuencia, se debería corregir la imprecisión en cuanto a la asesoría técnica, la representación desbalanceada en el seno de dicho Consejo y la paradoja de velar por la ejecución de decisiones en las que no se interviene; corrección que debería producirse declarando la nulidad de dicho artículo, que constituye un exceso respecto de la Ley Habilitante y, por ende, infringe la Constitución; para que se aplique la normativa derogada, que no tiene estos defectos.

XII. INCREMENTO DE CAPITALES MÍNIMOS

El artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros prevé lo siguiente:

> La Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, podrá *aumentar los capitales mínimos* establecidos en los artículos precedentes (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 49 número 2 y el artículo 50 número 2 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros disponen:

> Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de seguros*:... Tener un capital mínimo de:
>
> a. El equivalente a cien mil *unidades tributarías* (100.000 U.T.) si operan en seguros generales o seguros de vida.
>
> b. El equivalente a doscientas mil *unidades tributarias* (200.000 U.T.) si han sido autorizadas para operar en seguros generales y seguros de vida simultáneamente antes de la entrada en vigencia de este Decreto Ley, a los fines de mantener dicha autorización.
>
> Dicho *capital mínimo deberá ser ajustado cada dos (2) años*, antes del 31 de marzo del año que corresponda, con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste.
>
> Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de reaseguros:*... Tener un capital mínimo equivalente a doscientas cincuenta mil *unidades tributarias* (250.000 U.T.).
>
> Dicho *capital mínimo deberá ser ajustado cada dos (2) años*, antes del 30 de septiembre del año que corresponda, con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste. (Las cursivas son nuestras).

De modo que los artículos 49 y 50, últimamente citados, establecen el capital social mínimo de las compañías de seguros y reaseguros, y prevén que tal capital social sea objeto de incrementos cada dos años, tomando en cuenta el valor de la unidad tributaria. En consecuencia, sobra el artículo 53 del mismo decreto-ley, primeramente citado, que da atribuciones a la Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, para *aumentar los capitales mínimos*.

Similarmente, el artículo 239 número 4 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> Las *sociedades de corretaje de seguros o las de reaseguros* constituidas en Venezuela y las que se propongan obtener y mantener el permiso para operar en el país deberán cumplir con los siguientes requisitos:... Haber enterado en caja, en dinero efectivo, por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, el cual no podrá ser inferior a mil quinientas *unidades tributarias* (1.500 U.T.). Dicho *capital mínimo deberá ser ajustado cada dos (2) años*, antes del 31 de marzo del año que corresponda, con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste.

Respecto de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros, cuyos capitales mínimos requeridos por ley, conforme al citado artículo 239, también se ajustan automáticamente en forma bianual, tomando en cuenta los incrementos en la unidad tributaria, es el caso que no existe una disposición como la del citado artículo 53, que da atribuciones a la Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, para *aumentar los capitales mínimos*. Esto pone todavía más en evidencia que sobra el artículo 53, aquí criticado.

Los citados artículos 49, 50 y 239 fueron las disposiciones mediante las cuales el Ejecutivo cumplió con el siguiente encargo del Legislativo, plasmado en la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f:

> Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de... llenar los vacíos normativos en materia de... adecuación de capitales mínimos...

Cuando el Ejecutivo cumplió con dicho encargo del Legislativo, mediante los citados artículos 49, 50 y 239, se tomó el trabajo de aclarar que el capital mínimo de las aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros y reaseguros deberá ser ajustado cada dos (2) años con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste.

Habiendo el Legislativo, en la citada letra f del artículo 1, autorizado al Ejecutivo para adecuar los capitales mínimos exigidos legalmente de quienes ejercen actividades de seguros o conexas, lo cual fue cumplido en los citados artículos 49, 50 y 239, en los que el Ejecutivo incluso previó ajustar tales capitales mínimos en función del incremento de la unidad tributaria, es el caso que, al decretar adicionalmente el artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguro, anteriormente transcrito, el Presidente de la República, con sus Ministros, excedieron la habilitación que recibieron, ya que establecieron, en el citado artículo 53, una nueva facultad en cabeza de la Superintendencia de Seguros, a quien se pretendió autorizar para aumentar los montos correspondientes, respecto de las empresas de seguros y reaseguros. Dicho exceso configura una infracción constitucional, pues el habilitado por la Asamblea Nacional para adecuar los capitales mínimos fue el Presidente, y no el Superintendente.

Este exceso respecto de la habilitación conferida se hace todavía más evidente, si se toma en cuenta lo antes dicho, en cuanto a que, conforme a los artículos 49 y 50, el capital social de las compañías de seguros y reaseguros se ajustará cada dos años, con base sobre la unidad tributaria, lo que hace innecesario, por redundante, que el artículo 53 faculte a la Superintendencia de Seguros para aumentarlos adicionalmente. Es más, existiendo un ajuste automático y bianual del capital mínimo requerido al incrementarse el valor de la unidad tributaria, consideramos que dar atribuciones a la Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, para aumentar adicionalmente tales capitales mínimos, es una especie de invitación a la arbitrariedad; invitación que ciertamente no fue extendida por la Asamblea al Presidente, y menos al Superintendente, en la Ley Habilitante.

Respecto del exceso de la habilitación prevista en la Ley Habilitante, resultan nuevamente aplicables los artículos de la Constitución y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

En relación con los capitales mínimos, nos permitimos hacer la siguiente reflexión final: no era necesario y acarrea graves inconvenientes, el que los artículos citados establezcan que el capital social de las compañías de seguros, reaseguros y corretaje de seguros y reaseguros será objeto de incrementos cada dos años, tomando en cuenta el valor de la unidad tributaria, más los aumentos que decida la Superintendencia de Seguros respecto de las aseguradoras y reaseguradoras. Decimos que *no era necesario*, porque existen otras cuentas patrimoniales, distintas del capital, que se pueden ir incrementando; y, en cuanto concierne a las aseguradoras, el control del margen de solvencia es suficiente para lograr que éstas tengan un respaldo patrimonial apropiado. Decimos que acarrea *graves inconvenientes*, porque habrá que pagar cuantiosos derechos de registro mercantil al menos cada dos (2) años, sin justificación verdadera, lo que se pudo haber evitado si a estas normas se les hubiera agregado una exoneración de tales derechos.

En caso de que no se incremente el capital social, conforme a los artículos aquí criticados, o de que una empresa de seguros o reaseguros, o una sociedad de corretaje de seguros o reaseguros, incumpla con cualquier otro requisito para operar, procederá la revocación de la autorización correspondiente, que es el tema que estudiaremos seguidamente.

XIII. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA OPERAR

El artículo 52 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

> Cuando una empresa de seguros o de reaseguros deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos en los artículos precedentes la Superintendencia de Seguros, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Decreto Ley para tomar decisiones, otorgará un plazo que no podrá ser inferior a *treinta (30) días ni exceder de noventa (90) días hábiles* para que la empresa regularice la situación, a objeto de lo cual ordenará la convocatoria a una asamblea de accionistas. Si transcurrido el plazo otorgado la empresa no ha dado cumplimiento a las instrucciones dadas, la Superintendencia de Seguros *revocará la autorización para operar y la empresa entrará en liquidación,* a cuyos efectos se notificará a la compañía y al Registro Mercantil en donde se encuentre inscrita, con excepción del cumplimiento del capital mínimo que se regirá por lo establecido en el capítulo de las medidas administrativas (las cursivas son nuestras).

De modo que la norma citada prevé que la Superintendencia de Seguros otorgue un plazo que no excederá de noventa (90) días hábiles para subsanar las violaciones de las normas precedentes, relativas a los requisitos de constitución y funcionamiento de las aseguradoras y reaseguradoras; y ordena revocar la autorización y liquidar la empresa que no las subsane.

Similarmente, el número 2 del artículo 177 del mismo decreto-ley establece lo copiado a continuación:

> La Superintendencia de Seguros procederá, previo el cumplimiento del procedimiento, a *revocar la autorización administrativa para funcionar* concedida a las empresas seguros, las de reaseguros, sociedades de corretaje de seguros o las de reaseguros en los siguientes casos:... Cuando la empresa deje de cumplir alguno de los requisitos para su funcionamiento establecidos en este Decreto Ley (las cursivas son nuestras).

O sea que el artículo recién citado prevé que la Superintendencia de Seguros revoque a los entes bajo su control la autorización correspondiente, si la empresa deja de cumplir alguno de los requisitos legales para funcionar.

El aparte del mismo artículo 177 prevé la posibilidad de otorgar un plazo de hasta tres (3) meses para subsanar, en los siguientes términos:

> En los casos previstos en los numerales 2 y 3 de este artículo la Superintendencia de Seguros, antes de revocar la autorización para funcionar, podrá conceder un *plazo que no excederá de tres (3) meses,* para que la empresa proceda a subsanar la situación (las cursivas son nuestras).

Por último, el número 9 del artículo 181 del mismo decreto-ley establece lo escrito aquí:

> Las empresas de seguros, las de reaseguros y las sociedades de corretaje de seguros y las de reaseguros *se disolverán*:... Cuando la empresa deje de cumplir uno de los requisitos necesarios para constituirse y funcionar como empresa de seguros o de reaseguros (las cursivas son nuestras).

De modo que esta última norma prevé que los entes bajo el control de la Superintendencia de Seguros se disuelvan, si la empresa deja de cumplir uno de los requisitos necesarios para constituirse y funcionar.

La parte final del mismo artículo 181 prevé un plazo de hasta noventa (90) días hábiles para subsanar, en los siguientes términos:

> Si la causa es susceptible de ser subsanada, la empresa podrá solicitar un plazo para ello. La Superintendencia de Seguros decidirá la solicitud en quince (15) días hábiles y otorgará un *plazo que no podrá ser inferior a treinta (30) días ni superior de noventa (90) días hábiles,* dentro del cual la empresa deberá demostrar que ha cesado el hecho que dio lugar a la disolución. Durante dicho plazo la empresa estará sujeta a las medidas administrativas que dicte la Superintendencia de Seguros. Si transcurrido el plazo la situación no ha sido subsanada la Superintendencia de Seguros *revocará la autorización para operar y la empresa entrará en liquidación* a cuyos efectos se notificará a la empresa y al Registro Mercantil en donde ésta se encuentre inscrita (las cursivas son nuestras).

Resumiendo, los artículos 52, 177 y 181 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen que, si un ente sujeto a dicho decreto-ley deja de cumplir los requisitos legales para su funcionamiento y esta situación no es subsanada dentro de un plazo de tres (3) meses o de noventa (90) días, dicho ente tiene que ser disuelto, o liquidado, o pierde su licencia para operar. Ahora bien, esto es inconstitucional. En efecto, estos tres artículos están tan mal concebidos y redactados que, aplicarlos, equivale a privar a tales entes y a sus accionistas de su derecho de defensa.

Por una parte, se ignoró la circunstancia de que noventa (90) días, que son hábiles, y tres (3) meses, no es lo mismo, ni se escribe igual. Un plazo para subsanar, que es equiparable a un plazo para defenderse, debería ser claro, sin el elemento de confusión que resulta de las disposiciones citadas, que deberían establecer, todas ellas, o bien un lapso de noventa (90) días hábiles, o bien un lapso de tres (3) meses.

Por otra parte, se ignoró la circunstancia de que disolver, liquidar o revocar la licencia de una compañía sujeta a dicho decreto-ley, tampoco es lo mismo, ni se escribe igual. Una consecuencia jurídica de semejante magnitud, aplicada la cual se hace imposible cualquier defensa seria, debería estar claramente establecida, sin el elemento de confusión que resulta de las disposiciones citadas, las cuales deberían establecer, todas ellas, como máximo, es decir, como medida de último recurso, la posibilidad de que se revocase la licencia para operar. Tal revocación no necesariamente implica que la empresa o sociedad de que se trate tenga que ser disuelta y, por ende, que entrar en liquidación; ya que podría continuar existiendo, con un cambio de objeto social, o sea, desempeñándose en un área distinta de negocios.

Es más, el supuesto de hecho mencionado debería dar lugar, más bien, a que, vencido el plazo para subsanar, o incluso antes, se dicte una medida preventiva administrativa. Posteriormente se podría intervenir la empresa. Todo ello sería antes de una medida tan extrema como la revocación, disolución o liquidación planteadas, que, en muchos casos, pueden no estar justificadas, pues se puede tratar de una empresa o sociedad económicamente viable.

La consecuencia jurídica impuesta por el Ejecutivo coloca a la Superintendencia de Seguros en una posición innecesariamente rígida, pues puede ser que haga falta un plazo superior o que baste con intervenir provisionalmente la empresa o sociedad de que se trate para solucionar el problema, salvándola. La Superintendencia debería tener cierta flexibilidad para solucionar los problemas, siendo la revocación, disolución o liquidación medidas extremas, que deberían aplicarse sólo a las empresas respecto de las cuales se hayan hecho todos los esfuerzos necesarios, con la conclusión de que no son viables económicamente. Por lo tanto, lejos de fortalecerse al órgano de control, se le está colocando una camisa de fuerza, lo que resulta en una violación de la Ley Habilitante, que nos permitimos transcribir de nuevo parcialmente:

> Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones.

En lugar de ofrecer a la Superintendencia los medios adecuados para ejercer sus funciones de control, el Presidente, con sus Ministros, la ha colocado en una situación insostenible, en la cual, o se hace la vista gorda respecto de una violación legal, o destruye a la compañía infractora, no pudiendo intervenirla para rescatarla.

En conclusión, por una parte, se excedieron los parámetros de la Ley Habilitante, en violación de los artículos correspondientes de la Constitución. Invocamos de nuevo los preceptos constitucionales y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; preceptos y doctrina que fueron citados en el número 3 del presente trabajo.

Por otra parte, los artículos 52, 177 y 181 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, aquí criticados, vulneran los artículos 49, 112 y 115 de la Constitución. En efecto, aquellos artículos contrarían estos artículos, al establecer, como única consecuencia jurídica posible, respecto de las compañías aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros y reaseguros, que, en caso de que, según la Superintendencia de Seguros, hayan transcurrido tres (3) meses o noventa (90) días, que no es lo mismo, sin llenar los requisitos legales para funcionar, procede su liquidación, disolución o revocación, que tampoco es lo mismo, sin abrirse otras vías para solucionar el problema que las afecta, como podría serlo la intervención o el cambio de objeto social.

El derecho de defensa de las compañías sujetas al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y de los accionistas de éstas, presupone que exista un procedimiento claro y razonable; lo que contrasta con las deficiencias que anotamos respecto de sus artículos 52, 177 y 181, antes citados. Este derecho está consagrado en el artículo 49 de la Constitución, que es categórico y ya ha sido comentado en el presente artículo.

El derecho de propiedad de los accionistas de tales compañías, en especial de los minoritarios, está consagrado en el artículo 115 de la Constitución, igualmente citado. Este artículo se ve vulnerado por la circunstancia de que estos accionistas pueden perder su inversión como consecuencia de las acciones u omisiones de los administradores o, eventualmente, de los accionistas mayoritarios, de las mismas compañías, sin que, en los artículos 52, 177 y 181, se haya ni siquiera planteado la posibilidad de salvarlas mediante una intervención oportuna. En cuanto a tal derecho de propiedad, nos permitimos aclarar que el artículo 115 constitucional señala que la ley puede establecer limitaciones al mismo "con fines de utilidad pública o interés general", fines éstos que están totalmente reñidos con no permitir a estas compañías y a sus accionistas, sobre todo los minoritarios, preservar su patrimonio, en aquellos casos en que la intervención sea la mejor manera de rescatar a tales compañías.

Por último, destruir una sociedad, sin permitirle modificar su objeto, viola el artículo 112 constitucional, que señala que la ley puede establecer limitaciones al libre desempeño de la actividad económica de las personas, pero sólo "por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social". Estas razones no conllevan ningún impedimento a que, en lugar de la disolución y consecuente liquidación, la compañía de que se trate siga operando, con un objeto distinto del seguro, reaseguro o correspondiente corretaje, según el caso, que serían las únicas áreas en las cuales no se podría desempeñar, si se produjese la revocación.

XIV. OBJETO SOCIAL ÚNICO, LISTA DE ACTIVIDADES PERMITIDAS, NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PARA ACTIVIDADES CONEXAS Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES NO CONEXAS

Los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen las limitaciones transcritas a continuación:

> Las *empresas de seguros* deberán realizar de manera principal las operaciones de *seguros* a que se refiere la autorización que exige este Decreto Ley. Igualmente, podrán realizar operaciones de *reaseguros, fianzas, reafianzamientos, fondos administrados y fideicomiso, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza.* Se requerirá *autorización previa* para todas aquellas que sean *análogas o conexas* con esas actividades.
>
> Las *empresas de reaseguros* deberán realizar de manera principal las operaciones de *reaseguros y reafianzamiento* a que se refiere la autorización que exige este Decreto Ley. Igualmente, podrán realizar otras operaciones *análogas o conexas* que *autorice la Superintendencia de Seguros.* (Las cursivas son nuestras).

Estos dos artículos, aunados a las disposiciones que citaremos seguidamente, establecen una prohibición absoluta, en cabeza de las aseguradoras y reaseguradoras, de realizar operaciones que no sean análogas o conexas con las allí mencionadas, no pudiendo la Superintendencia aprobar sino operaciones análogas o conexas con las allí mencionadas.

Para entender el alcance verdadero de estos dos artículos, es necesario hacer referencia al artículo 49 número 3 y al artículo 50 número 3 del mismo decreto-ley, que establecen:

> Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de seguros:*... Tener como *objeto exclusivo* la realización de *operaciones permitidas* por este Decreto Ley para dichas empresas. A tales fines la Superintendencia de Seguros dictará las normas para determinar los parámetros por los cuales se verificará el cumplimiento de este requisito.
>
> Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de reaseguros:*... Tener como *objeto exclusivo* la realización de las *operaciones permitidas* por este Decreto Ley a las empresas de reaseguros. A tales fines, la Superintendencia de Seguros dictará las normas para determinar los parámetros por los cuales se verificará el cumplimiento de este requisito. (Las cursivas son nuestras).

O sea que los dos artículos últimamente transcritos prevén que el objeto estatutario de las empresas de seguros y reaseguros sea un objeto único o exclusivo, consistente en las operaciones permitidas por dicho decreto-ley respecto de tales empresas. De modo que no se previó un objeto estatutario principal o fundamental, sino único o exclusivo; y

tales empresas sólo pueden realizar las actividades expresamente autorizadas por el legislador. Dichas disposiciones no permiten que las empresas de seguros y reaseguros realicen ninguna operación adicional, que sea ajena a su objeto primigenio o incompatible con éste.

El texto de la parte final del artículo 5 de dicho decreto-ley confirma lo anterior, así:

> ...queda prohibido el ejercicio por las empresas de seguros o de reaseguros o por las sociedades de corretaje de seguros o de reaseguros de cualquier industria o actividad *ajena a su objeto* (las cursivas son nuestras).

Aclarado esto, se impone ver nuevamente los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, primeramente transcritos. El citado artículo 73 menciona las siguientes operaciones autorizadas para las empresas de seguros, que no podrán realizar ninguna otra*: seguros, reaseguros, fianzas, reafianzamientos, fondos administrados, fideicomisos, mandatos, comisiones, encargos de confianza y aquellas operaciones análogas y conexas que hayan sido autorizadas por la Superintendencia*. Similarmente, el citado artículo 74 se limita a mencionar las siguientes operaciones autorizadas para las empresas de reaseguros: *reaseguros, reafianzamientos y aquellas operaciones análogas y conexas que hayan sido autorizadas por la Superintendencia*.

De modo que, según estas dos normas, las aseguradoras y reaseguradoras no pueden realizar operaciones que no sean análogas y conexas con las anteriormente mencionadas, ni siquiera con autorización de dicho Despacho. Entonces, de conformidad con los artículos 73 y 74, en concordancia con el artículo 5, el artículo 49 número 3 y el artículo 50 número 3, todos ellos antes transcritos, es el caso que, estando el objeto estatutario de las aseguradoras y reaseguradoras limitado al seguro y reaseguro, según el caso, y a las demás actividades autorizadas expresamente por el legislador, éste les prohibió expresamente realizar operaciones que no sean análogas o conexas; actividades que ni siquiera pueden realizar con autorización de la Superintendencia de Seguros, la cual sólo puede aprobar operaciones análogas o conexas.

La lista no escrita de cosas que ya no pueden hacer las aseguradoras y reaseguradoras es infinita, y, en teoría, ninguna de ellas puede realizar las actuaciones que la legislación derogada les permitía realizar y que, de hecho, realizaban antes y siguen realizando ahora, en su giro normal. Por ejemplo, en teoría, ahora una aseguradora no puede otorgar préstamos no garantizados, ni adquirir inmuebles para arrendarlos, ni comprar un terreno para utilizarlo como estacionamiento cobrando este servicio, ni tampoco realizar ninguna otra actividad en relación con los bienes mobiliarios o inmobiliarios que adquiera. El carácter infinito de la lista no escrita de cosas que no pueden hacer las aseguradoras y reaseguradoras contrasta con la circunstancia siguiente:

La lista del citado artículo 73 es tan corta, que de la misma resulta que las aseguradoras ni siquiera pueden dar préstamos garantizados; pero esto es desmentido por el artículo 96 del mismo decreto-ley, relativo a las reservas técnicas.

Las restricciones resultantes de los citados artículos 73 y 74, para las empresas de seguros y reaseguros, son tan absurdas, que nadie las aplica y que pareciera que la propia Superintendencia de Seguros ni siquiera aspirase que se aplicasen; pues ello resultaría en la casi paralización de las aseguradoras y reaseguradoras.

Concluimos afirmando que las limitaciones resultantes de los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros son innecesariamente restrictivas, contrarias a la libertad económica, limitativas del derecho de propiedad y no tienen nada que ver con los temas previstos en la Ley Habilitante.

En efecto, por una parte, el seguro es un tema que cae dentro de la reserva legal y el Ejecutivo Nacional no fue autorizado, mediante la Ley Habilitante, para legislar estableciendo limitaciones de orden general, hasta entonces inexistentes, en cuanto a las actividades que las empresas de seguros y reaseguros pueden o no realizar. De modo que se infringió, por un lado, la Constitución, en el número 1 de su artículo 187, el número 32 de su artículo 156, el número 8 de su artículo 236 y el tercer aparte de su artículo 203, así como su artículo 137, debiéndose aplicar su artículo 138, y, por el otro lado, la Ley Habilitante, en la letra f de su artículo 1; normas todas éstas que ya transcribimos en el número 3 del presente trabajo. Los citados artículos 73 y 74, que limitan las actividades de los entes sujetos al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, exceden los parámetros establecidos por la Asamblea Nacional, los cuales eran vinculantes para el Ejecutivo Nacional, quien estableció limitaciones que no existían en la ley derogada, por lo demás no justificadas, las cuales no tienen nada que ver con lo contemplado en la Ley Habilitante, que previó modernizar la regulación de la actividad aseguradora en los términos allí establecidos. Se restringió así, de manera poco razonable, la actuación de las aseguradoras y reaseguradoras, violando la Constitución, tanto en las normas relativas a las atribuciones de los órganos del Estado y al ejercicio del Poder Público, como en las previsiones que sirvieron de base a la Ley Habilitante, la cual, cuando autorizó que se legislara sobre seguros para fortalecer a la correspondiente Superintendencia, llenar vacíos normativos y redimensionar el sector asegurador, no contempló, en absoluto, la posibilidad de colocar una camisa de fuerza a las empresas de seguros y reaseguros. Se trata de normas intervencionistas y no justificadas, que sólo permiten a tales empresas realizar las actividades mencionadas en los artículos 73 y 74, los cuales son sumamente restrictivos. Son tan restrictivos, que habiendo el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecido un objeto único para las aseguradoras y reaseguradoras, estos dos artículos crearon una lista muy corta y totalmente irracional de actividades permitidas a tales empresas, requirieron autorización previa para las actividades conexas o análogas, es decir, ni siquiera permitieron realizar estas actividades, a pesar de tal conexión o analogía, a menos que mediara un permiso oficial, y formularon una prohibición absoluta de realizar otras actividades. De esta manera, el Ejecutivo se apartó totalmente de la habilitación recibida del Legislativo. Es por esto que los artículos 73 y 74, aquí criticados, son, como máximo, normas de rango sub-legal, a pesar de estar contenidas en un decreto que dice tener la fuerza de la ley; fuerza que estos artículos no tienen en realidad, ya que regulan temas que son materia de la reserva legal, sin base ninguna en la Ley Habilitante, de manera por lo demás absurda. Por lo tanto, ambos artículos son nulos, conforme a la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citada en el número 3 del presente trabajo.

Por otra parte, al establecerse todas estas limitaciones, en exceso de lo previsto en la Ley Habilitante y en violación de los artículos de la Constitución antes citados, adicionalmente se contrarió el derecho al desarrollo libre de la personalidad, fue vulnerada la libertad económica y se restringió el derecho de propiedad, todos protegidos constitucionalmente.

Efectivamente, tal como señalamos anteriormente, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desempeñarse económicamente con libertad están plasmados en los artículos 20 y 112 de la Constitución, de los que se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica de las personas naturales y jurídicas sólo pueden resultar, respectivamente, en razón "del derecho de las demás y del orden público o social", o "por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social". Ahora bien, las aludidas razones relacionadas con los derechos de las demás personas, el orden público o social, el desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente u otras de interés social, a las que se refieren ambos preceptos constitucionales, están totalmente ausentes de las dos disposiciones promulgadas por el Ejecutivo aquí criticadas, ya que una mera lectura de los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros evidencia que las limitaciones allí establecidas no guardan ninguna relación con tales razones de rango constitucional. En efecto, ninguna de estas razones está, en absoluto, relacionada con el que se haya establecido un listado absurdamente corto e irracional de las actividades que pueden realizar las empresas de seguros y reaseguros.

Además, pretender limitar la actividad productiva de las aseguradoras y reaseguradoras incide, en la medida en que se cumpla esta limitación, sobre su patrimonio y el de sus accionistas; por lo que se está infringiendo igualmente el artículo 115 constitucional, que garantiza el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo "con fines de utilidad pública o interés general"; siendo el caso que, nuevamente, una mera lectura de los tantas veces citados artículos 73 y 74 evidencia que las limitaciones allí establecidas no obedecen a tal utilidad o interés.

Las restricciones contenidas en estos dos artículos tienen que ver, más bien, con errores de técnica legislativa, así como con el desconocimiento del complejo mundo de los negocios, en general, y del sector asegurador, en particular.

En consecuencia, sostenemos la nulidad de los citados artículos 73 y 74. De anularse estos artículos, se haría necesario dejar igualmente sin efectos los citados artículo 49 número 3 y artículo 50 número 3, pues, al desaparecer aquéllos del mundo jurídico, éstos quedarían sin sentido y ya no se podrían aplicar. En efecto, el artículo 49 número 3, el artículo 50 número 3 y los artículos 73 y 74 disponen, en su conjunto, que el objeto estatutario de las aseguradoras y reaseguradoras está limitado al seguro y reaseguro, según el caso, y a las demás actividades autorizadas expresamente por el legislador, quien les prohibió realizar operaciones que no sean análogas o conexas, ni siquiera con autorización de la Superintendencia de Seguros, la cual sólo puede aprobar operaciones análogas o conexas. Son contrarias a derecho todas las normas legales mencionadas, y no sólo los artículos 73 y 74, ya que todas esas disposiciones, en su conjunto, limitan el objeto y las actividades de los entes sujetos al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, violando los artículos 20, 112 y 115 de la Constitución, así como los demás artículos constitucionales citados, lo mismo que la Ley Habilitante.

Concluimos en que fue inconstitucional haber establecido, en el artículo 49 número 3, el artículo 50 número 3 y los artículos 73 y 74, vistos conjuntamente, un objeto único para las aseguradoras y para las reaseguradoras, una lista incompleta de actividades permitidas a tales empresas, la necesidad de autorización para actividades conexas o análogas, y una prohibición de realizar otras actividades.

XV. CONFUSIÓN ENTRE EL PAPEL DEL INVERSIONISTA Y EL PAPEL DEL ADMINISTRADOR

Los artículos 49 número 6 y 50 número 6 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen:

> Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de seguros:*... Tener no menos de *cinco (5) accionistas,* los cuales deberán ser personas de comprobada solvencia económica y reconocida solvencia moral y que tengan *conocimiento o estén representados por personas con experiencia en seguros.*
>
> Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de reaseguros:*... Tener no menos de *cinco (5) accionistas,* los cuales deberán ser personas de comprobada solvencia económica y reconocida solvencia moral. Los accionistas mayoritarios o quienes detenten el control de la empresa deberán tener *comprobada y reconocida experiencia en materia de seguros o reaseguros. Si los accionistas fuesen personas Jurídicas los administradores de los mismos deberán cumplir los requisitos aquí establecidos.* (Las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 63 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

> Los promotores de una empresa de seguros no podrán ser menos de cinco (5) y deberán ser personas de comprobada solvencia económica y reconocida solvencia moral y experiencia en la actividad aseguradora o reaseguradora derivada del ejercicio de altos cargos públicos o privados por lo menos durante cinco (5) años (las cursivas son nuestras).

Finalmente, el artículo 239, en su número 5 y su parte final, del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, establece:

> Las sociedades de corretaje de seguros o las de reaseguros constituidas en Venezuela y las que se propongan obtener y mantener el permiso para operar en el país deberán cumplir con los siguientes requisitos:... Que los accionistas sean corredores o agentes de seguros en todos los ramos, con experiencia de más de cinco (5) años.
>
> No se aplicará a las sociedades de corretaje de seguros lo dispuesto... No obstante, sus accionistas... deberán tener experiencia en materia de reaseguros de por lo menos cinco (5) años. (Las cursivas son nuestras).

Las normas transcritas exigen, pues, que los promotores y accionistas de las aseguradoras, reaseguradoras y sociedades de corretaje de seguros y reaseguros sean expertos en seguros, en los términos establecidos en cada una de estas normas: en primer lugar, los promotores y luego los accionistas de las aseguradoras, todos los cuales deben ser al menos cinco, deben ser expertos en seguros (número 6 del artículo 49 y artículo 63); en segundo lugar, los promotores, que deben ser al menos cinco, y, luego, los accionistas principales de las reaseguradoras, deben ser expertos en seguros (número 6 del artículo 50 y artículo 63); y, en tercer lugar, todos los accionistas de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros deben ser expertos en seguros (número 5 y parte final del artículo 239). Respecto de los accionistas de las aseguradoras y reaseguradoras, se precisó que basta con que se trate de *personas jurídicas representadas por expertos en seguros* (artículo 49 número 6 y artículo 50 número 6); precisión que no se hizo en relación con las siguientes personas: los promotores de las aseguradoras y reaseguradoras (artículo 63), y los accionistas de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros (número 5 del artículo 239).

Sostenemos que exigir que tales promotores y accionistas sean expertos en seguros, o personas jurídicas representadas por expertos en seguros, es inconstitucional.

Se trata de una exigencia absurda, sin base en la Ley Habilitante. En efecto, no tiene sentido exigir que tales promotores y accionistas sean expertos en seguros o personas jurídicas representadas por expertos en seguros; por cuanto los promotores y accionistas son inversionistas, que simplemente ponen el capital. Lo importante que la empresa de seguros o reaseguros, ella, esté bien administrada, así como la sociedad de corretaje de seguros o reaseguros de que se trate. Dentro de los parámetros establecidos en la Ley Habilitante, el Ejecutivo hubiera podido establecer normas tendientes a velar por que la Superintendencia de Seguros controlase que las aseguradoras, reaseguradoras y sociedades de corretaje estuviesen bien administradas; pero el Ejecutivo se apartó de tales parámetros, cuando confundió el tema de la propiedad accionaria con el tema de la administración, estableciendo condiciones para ser inversionistas, en perjuicio de la capacidad de captación de fondos provenientes de accionistas potenciales, a los cuales lo único que se debe exigir es que nombren, en la asamblea de la compañía de que se trate, a administradores serios. Realmente, establecer requisitos de conocimiento o experiencia, que deban cumplir los accionistas de una compañía anónima, cualquiera que ella sea, es un contrasentido; pues se limita la posibilidad de atraer inversiones para la sociedad correspondiente, y ello sin justificación alguna, pues se ignora la realidad legal y de hecho, en cuanto a que no es la asamblea de accionistas la que administra la sociedad. Requisitos de honorabilidad y solvencia, referidos a los principales accionistas, pueden tener lógica; pero es excesivo requerir, de todos o algunos de los inversionistas, conocimiento y experiencia en materia de seguros, pues los promotores y demás accionistas pueden hacer que la empresa en que invirtieron sea administrada por personas que tengan tal conocimiento y experiencia, de los que quizás ellos carezcan, sin que esto tenga ninguna importancia.

En virtud de lo dicho, sostenemos, en primer lugar, que esta exigencia legal, establecida mediante el referido decreto-ley, no tiene ningún fundamento en la Ley Habilitante, que no habilitó al Ejecutivo para que requiriese que los accionistas de los entes sujetos al control de la correspondiente Superintendencia tuviesen conocimientos y experiencia en seguros. A lo más, las disposiciones de la Ley Habilitante podrían entenderse como reglas autorizatorias de normas contentivas de requisitos de profesionalidad que han de ser cumplidos por los directores, administradores o ejecutivos de las sociedades aseguradoras, reaseguradoras y corredoras, pero no por sus accionistas. A estos últimos se les puede exigir probidad, así como solvencia; y puede incluso exigírseles que designen directores, administradores o ejecutivos que dominen la teoría y la práctica de las áreas en que deben desempeñarse. Si los accionistas hacen contratar, como deben hacerlo, a administradores familiarizados con la materia de seguros y el sector asegurador, a fin de que éstos administren la sociedad anónima donde aquéllos han invertido, es innecesario pedirles, a los mismos accionistas, que tengan el conocimiento y experiencia ahora exigidos.

Adicionalmente es, por decir lo menos, redundante, que se pida que estos accionistas contraten, además de administradores familiarizados con la materia de seguros y el sector asegurador, a otras personas con similares conocimientos y experiencia, para que los representen en la asamblea correspondiente.

Son, pues, contrarias a derecho, las normas legales mencionadas, que limitan en sus inversiones a las personas sin conocimiento y experiencia en seguros; limitación que, según el caso, consiste en una prohibición absoluta de invertir o en una obligación de contratar a expertos para que los representen en las asambleas, a pesar de que ya contrataron a expertos para que gestionen la administración.

Tal como señalamos antes, el seguro está comprendido en la reserva legal; y, hasta el 12 de noviembre de 2001, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros derogada, que era una ley propiamente dicha, reguló la estructura, funcionamiento y autorizaciones relativas a las aseguradoras, reaseguradoras y los productores o intermediarios de seguros, así como sus relaciones con la Superintendencia. Mediante la Ley Habilitante, el Poder Ejecutivo fue habilitado por el Poder Legislativo para dictar decretos leyes en materia de seguros, sin delegarse de manera general atribuciones normativas, sino dentro de los siguientes parámetros: la finalidad de otorgar a la Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones de control; la necesidad de llenar los vacíos normativos en las áreas mencionadas en la Ley Habilitante, las cuales tienen que ver con contabilidad, capital, pérdidas y reservas de las aseguradoras y reaseguradoras, y con sanciones, garantías y responsabilidades aplicables a aseguradoras y reaseguradoras, y a administradores y accionistas; y el establecimiento de normas sobre fusión y otros mecanismos tendientes a redimensionar y fortalecer el sector asegurador. Por lo tanto, la Ley Habilitante autorizó una modificación del régimen establecido en la ley derogada, respecto de los temas mencionados, sin que el Ejecutivo Nacional hubiera sido habilitado para establecer exigencias en cuanto a conocimientos y experiencia de quienes quieran invertir en aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros; exigencias que, por lo demás, no se justifican. Los límites de la Ley Habilitante fueron excedidos cuando se establecieron dichas exigencias, que son anacrónicas y absurdas, a pesar de que esta ley previó modernizar la regulación de la actividad aseguradora, y que resultan en una reducción poco razonable de la capacidad de captación de inversiones de las aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros. Cuando esta ley autorizó que se legislara sobre seguros para fortalecer a la Superintendencia, llenar vacíos normativos y redimensionar el sector asegurador, no contempló impedir o dificultar a los accionistas potenciales invertir en empresas de seguros y reaseguros, ni en sociedades de corretaje de seguros y reaseguros. En consecuencia, son nuevamente aplicables los artículos de la Constitución y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

Sostenemos, en segundo lugar, que la exigencia del artículo 49 número 6, el artículo 50 número 6 y el artículo 239 número 5 y parte final, aquí criticados, viola los artículos 112 y 115 de la Constitución, antes citados. Al establecerse limitaciones no razonables para ser inversionista en una sociedad aseguradora, reaseguradora o corredora, confundiendo el papel de la asamblea de accionistas con el papel de la junta directiva, del comité ejecutivo y de la gerencia, es contrario a la libertad económica (artículo 112 constitucional) y restringe el derecho de propiedad (artículo 115 constitucional). Efectivamente, por un lado, tal como señalamos anteriormente, el artículo 112 constitucional señala que la ley puede establecer limitaciones al libre desempeño de la actividad económica de las personas, pero sólo "por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social", las cuales están ausentes de aquellos artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros que establecen limitaciones para invertir en las compañías sujetas al mismo. Por otro lado, pretender limitar la inversión en las aseguradoras, reaseguradoras y corredoras, frustrando su capacidad de captar inversiones, incide sobre su patrimonio, y afecta asi-

mismo el patrimonio de los inversionistas potenciales; por lo que se está infringiendo el artículo 115 constitucional, que garantiza el derecho de propiedad, señalando que la ley puede establecer limitaciones "con fines de utilidad pública o interés general", igualmente ausentes. Insistimos en que las restricciones contenidas en estos artículos no tienen nada que ver con las razones y fines contemplados en los artículos 112 y 115 de la Constitución.

Adicionalmente, las normas legales antes mencionadas, que frustran las iniciativas de inversión de las personas que no sean expertas en seguros, son violatorias del artículo 299 de la Constitución, de acuerdo con el cual:

> El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo económico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo...

De modo que existe una confusión entre el papel del inversionista y el papel del administrador, que a su vez repercute sobre la forma, a nuestro juicio equivocada, como el referido decreto-ley concibe las responsabilidades civiles y penales de los accionistas, de los miembros de la junta directiva y de quienes tengan a su cargo la dirección efectiva y la gestión diaria de las empresas de seguros y reaseguros, que es el tema que trataremos seguidamente.

XVI. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE QUIENES TENGAN A SU CARGO LA DIRECCIÓN EFECTIVA Y LA GESTIÓN DIARIA

Mediante normas referidas a las reservas técnicas, a las fianzas y a los aportes de capital, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros asigna, de manera confusa y arbitraria, responsabilidades civiles y penales en cabeza de los accionistas de las empresas de seguros y reaseguros, de los miembros de sus juntas directivas y de quienes tengan a su cargo la dirección efectiva y la gestión diaria de tales empresas, sin tomar debidamente en cuenta las importantes diferencias que existen entre estas tres categorías de personas e ignorando conceptos básicos de derecho civil de obligaciones y de derecho mercantil. Consideramos que estas normas son inconstitucionales, por las razones que señalaremos de seguidas.

En cuanto a las reservas técnicas, el artículo 99 del referido decreto-ley prevé las siguientes obligaciones y responsabilidades de los miembros de la junta directiva de las empresas de seguros:

> *La junta directiva de cada empresa garantizará* por la adecuada diversificación de las reservas técnicas, su representación, grado de liquidez y seguridad de los bienes que la representan, y determinará los mecanismos para el control y custodia de los títulos afectos a la representación de las reservas, de acuerdo con las normas que dicte la Superintendencia de Seguros. *La junta directiva será responsable* de seleccionar los valores que serán adquiridos por la empresa con el régimen de inversión previsto en este Decreto Ley y demás normas generales que al efecto emita la Superintendencia de Seguros. La junta directiva de cada empresa podrá delegar dicha función en un Comité de Inversiones.
>
> Corresponderá a la junta directiva de cada empresa hacer la designación y remoción de los integrantes del Comité de Inversiones. El Comité de Inversiones informará, a través de su presidente, a la junta directiva, de las decisiones tomadas. La junta directiva podrá modificar o revocar las resoluciones del Comité. El Comité deberá sesionar por lo menos una vez al mes y todas las se-

siones y acuerdos deberán hacerse constar en actas debidamente motivadas y suscritas por todos y cada uno de sus integrantes, a efecto de dar cumplimiento al régimen de inversión previsto en este Decreto Ley y demás normas generales que al efecto emita la Superintendencia de Seguros.

Las actas y acuerdos del Comité deberán estar disponibles en caso de que la Superintendencia de Seguros las solicite para el desempeño de sus funciones de supervisión, inspección, vigilancia, fiscalización y control.

Los miembros de la junta directiva serán *solidariamente responsables* del cumplimiento de lo establecido en este artículo. (Las cursivas son nuestras).

Adicionalmente, el artículo 101 del mismo decreto-ley establece principalmente lo siguiente, en relación con el mismo tema:

Si en algún momento existiera déficit en las reservas técnicas o en su representación, la junta directiva de la empresa aseguradora o reaseguradora deberá informarle inmediatamente a la Superintendencia de Seguros. El incumplimiento de esta obligación *los hace responsables civil y penalmente* conforme al ordenamiento jurídico (las cursivas son nuestras).

Para entender mejor los dos artículos que acabamos de transcribir y las razones por las cuales los mismos son inconstitucionales, se hace necesario hacer las consideraciones expuestas seguidamente:

El artículo 268 del Código de Comercio establece lo siguiente, en relación con los miembros de las juntas directivas de las sociedades anónimas:

La responsabilidad de los administradores por actos u omisiones, no se extiende a aquellos que estando exentos de culpa *hayan hecho constar en el acta respectiva su no conformidad,* dando noticia inmediata a los comisarios (las cursivas son nuestras).

Dicho en otras palabras, si un director no asiste a la sesión de junta directiva donde se toma una decisión generadora de responsabilidades civiles o penales, o si salva su voto y notifica a los comisarios, este director no asume ninguna responsabilidad respecto de tal decisión. Esto es importante, pues es usual que los directorios de las compañías incluyan miembros suplentes, así como directores externos, todos los cuales sólo están involucrados en los asuntos sociales en la medida en que tales asuntos les sean sometidos. La necesidad de directores suplentes y las limitaciones de éstos son evidentes, ya que tiene que haber alguien que tome decisiones por un director principal impedido de asistir a una sesión de directorio. Respecto de la importancia de los directores externos, nos permitimos citar un artículo de la revista *The Economist*, cuya traducción fue transcrita en la página 2-8 del diario El Universal del 18 de febrero de 2001, que expone:

Hace diez años, 66% de todos los directores de compañías estadounidenses eran externos. En 2000 la cifra aumentó a 78%. En el resto del mundo la situación es bastante similar... El deseo de contar con más líderes independientes se ha extendido incluso en los países en vías de industrialización. Y por buenas razones... una compañía bien administrada... se define como una empresa donde la mayoría de los miembros de la junta directiva no tiene vínculos con la gerencia.

Ahora bien, es inconveniente responsabilizar a los directores de las empresas de seguros y reaseguros en relación con temas que están vinculados a la *dirección efectiva o gestión diaria* de estas empresas, que usualmente no les corresponde.

En consecuencia, varios artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros incluyen referencias a la circunstancia de que, quienes deben responder de estos temas, son los individuos que tengan a su cargo tal *gestión diaria o dirección efectiva*, y no los directores, que pueden ser suplentes o externos.

Por ejemplo, en relación con la solicitud que puede formular la Superintendencia de Seguros de que se le presente una *declaración jurada*, según la cual las reservas técnicas se ajustan a la ley, el artículo 100 del Decreto-Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros impone dicha obligación a quienes tengan a su cargo tal *gestión diaria o dirección efectiva*.

En éste y muchos otros artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, quedó claro, por un lado, que los que deben responder de los temas relacionados con la *gestión diaria o dirección efectiva* de las aseguradoras y reaseguradoras, son quienes la tengan a su cargo; y, por el otro lado, que los directores sólo responden de las decisiones que tomen, sin que pueda atribuírseles responsabilidad por asuntos ajenos a ellos.

Esto lo confirma el número 5 del artículo 49 del mismo decreto-ley, que ordena que los estatutos de las aseguradoras señalen quiénes tienen a su cargo tal *gestión diaria o dirección efectiva*.

A pesar de que, en términos generales, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros asigna ciertos deberes y responsabilidades a las personas que tengan a su cargo la *dirección efectiva o gestión diaria* de una compañía aseguradora, es el caso que existen artículos en los cuales el Ejecutivo Nacional se olvidó de quienes ejercen la *dirección efectiva o gestión diaria* y asignó los deberes y responsabilidades que deberían corresponderles a los directores, es decir, a los miembros de la junta directiva. En estos artículos, el Ejecutivo Nacional también olvidó el principio básico según el cual, si un director no asiste a la sesión de junta directiva donde se toma una decisión generadora de responsabilidades civiles o penales, o si salva su voto y notifica a los comisarios, se debe considerar que este director no asume ninguna responsabilidad respecto de tal decisión; principio que reviste particular importancia en cuanto concierne a los directores suplentes y los directores externos. Nos referimos a los artículos 99 y 101 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, antes transcritos. En efecto, estos artículos, al prever las obligaciones y responsabilidades de los miembros de la junta directiva de las empresas de seguros, en cuanto concierne a la inversión de reservas, incluyeron las siguientes afirmaciones:

> La junta directiva de cada empresa garantizará... La junta directiva será responsable...
>
> Los miembros de la junta directiva serán solidariamente responsables...
>
> ...El incumplimiento de esta obligación (de los miembros de la junta directiva) los hace responsables... (el paréntesis es nuestro).

Entonces, a pesar de la consagración legal del concepto de *dirección efectiva o gestión diaria*, a pesar de la circunstancia de que no es lo mismo un director externo o suplente que un director principal que asista a las sesiones del directorio y a pesar de que el citado artículo 99 prevé que la junta directiva delegue en un comité de inversiones funciones relativas a la inversión y control de las reservas técnicas de las aseguradoras y reaseguradoras, es el caso que, en este mismo artículo y en el igualmente citado artículo 101, se responsabiliza personal y solidariamente, civil y penalmente, a los directores, por el incumplimiento de la normativa aplicable a tales reservas. Esto tiene el agravante de que los directores, sobre todo los externos y suplentes, pueden no tener conocimiento sobre la verdadera situación de reservas de la compañía de que se trate.

Además, si quienes deben prestar juramento sobre las reservas son quienes tienen la dirección efectiva y la gestión diaria, no tiene sentido asignar la responsabilidad correspondiente a los directores, ignorando la doble circunstancia de que éstos pueden ser externos o suplentes y pueden haber designado a un comité de inversiones en relación con las mismas reservas.

Consideramos que debería respetarse el principio de que los miembros de un órgano colegiado sólo responden de las decisiones tomadas por ellos mismos, no siendo razonable imponerles responsabilidades adicionales; es decir, los directores sólo deben ser cuestionados civil o penalmente en relación con las resoluciones de la junta directiva en las que participaron sin salvar su voto e informar al comisario. Hay que tener presente, por un lado, que los directores con frecuencia no son empleados de las sociedades, sino colaboradores externos, los cuales sólo disponen de la información que reciben en las sesiones de la junta; y, por otro lado, que los directorios usualmente tienen miembros principales y suplentes. Al respecto, no se debe olvidar que los directores externos no están vinculados a la compañía y los directores suplentes pueden no ser convocados. Una asignación irracional de responsabilidad, como la resultante de los dos artículos antes transcritos, puede ocasionar que individuos de reconocida seriedad y trayectoria tomen la decisión de retirarse de la dirección de las empresas sujetas a dicho decreto-ley, para ser sustituidos por miembros de inferiores credenciales; o que, para retener a aquellos individuos, estas empresas creen nuevos órganos estatutarios, tales como juntas de asesores o consejeros, las cuales, en la práctica, generan ineficiencias, pues se diluyen los deberes y responsabilidades.

Como consecuencia de todo lo dicho, consideramos que los citados artículos 99 y 101 son inconstitucionales.

En efecto, estos artículos contrarían el artículo 49 de la Constitución, ya que no reconocen a los directores su derecho a defenderse alegando y probando, o bien que no participaron en la decisión de directorio respecto de la cual se les achaca responsabilidad, o bien que salvaron su voto en relación con la misma e informaron al comisario. Negar una defensa razonable es la peor manera de infringir el derecho a defenderse, consagrado en el citado artículo 49; a lo que se añade que se contraviene la presunción de inocencia contemplada en el número 2 del mismo artículo constitucional.

A esto se añade que, cuando los citados artículos 99 y 101 establecen responsabilidades civiles que no son razonables, afectan adversamente el patrimonio de los responsables; por lo que infringen el artículo 115 de la Constitución, que garantiza el derecho de propiedad, no existiendo ninguna razón de utilidad pública o interés general que lo justifique.

Por otra parte, el artículo 134 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

> Quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria de una empresa de seguros así como los accionistas responderán solidariamente con su patrimonio por todas las operaciones de afianzamiento realizadas en contravención a lo dispuesto en este Decreto Ley, a menos que hayan dejado constancia expresa en acta de su voto negativo a la celebración de la operación (las cursivas son nuestras).

De modo que, tanto los encargados de la dirección efectiva o la gestión diaria de las empresas de seguros, como los accionistas de tales empresas, responderán solidariamente, con su patrimonio personal, por todas las operaciones de afianzamiento realizadas respecto de las cuales se haya incumplido algún requisito legal.

Ahora bien, las fianzas presentan similitudes importantes con las pólizas de responsabilidad civil, porque en ambos casos se garantiza o asegura el cumplimiento de obligaciones. De hecho, las compañías aseguradoras otorgan gran cantidad de fianzas cada semana, igual que emiten muchísimas pólizas de responsabilidad civil. Se trata de dos ramas del negocio asegurador, que son explotadas masivamente, respecto de ninguna de las cuales se justifica la severidad contemplada en el citado artículo 134, referido a las fianzas únicamente, que hace a ciertas personas naturales responder de riesgos propios de la operación de una persona jurídica. En ambas ramas del negocio asegurador, el riesgo correspondiente a cada caso debe ser evaluado desde el punto de vista técnico, por empleados dedicados a ello, sin que una mera equivocación, constitutiva de una infracción legal, deba dar lugar a semejante responsabilidad personal y solidaria. Ni respecto de las pólizas de responsabilidad civil, no contempladas por el citado artículo 134, ni tampoco respecto de las fianzas, penalizadas de la manera indicada, se justifica que, cuando exista una infracción, quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria de la empresa de seguros respondan solidariamente con su patrimonio por todos los daños sufridos por las víctimas de hechos ilícitos o violaciones contractuales, o por la propia empresa de seguros, y menos aún se justifica extender tal responsabilidad a los accionistas.

En efecto, es particularmente excesivo y chocante que el citado artículo 134, además de señalar que las fianzas sean aprobadas por quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria, bajo su responsabilidad personal y solidaria, haya establecido que tal responsabilidad se extiende a los accionistas. La parte de este artículo que establece que los accionistas responden junto con los encargados de la dirección efectiva o la gestión diaria, solidariamente y con su patrimonio, en caso de que las fianzas no cumplan los requisitos legales, es absurda, puesto que parece partir de la premisa equivocada de que las fianzas son aprobadas por la asamblea de las aseguradoras.

Similarmente, el artículo 172 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece una responsabilidad personal y solidaria de los accionistas de, entre otras, las empresas de seguros, en el siguiente caso:

> Los accionistas de las empresas indicadas en el articulo 1 del presente Decreto Ley serán solidariamente responsables por el total de las obligaciones de dicha empresa *cuando hayan suscrito acciones y no las hayan pagado a la fecha de su intervención o liquidación* (las cursivas son nuestras).

Esto no es razonable. La inclusión del artículo transcrito en dicho decreto-ley obliga a las aseguradoras, en la práctica, a recibir el dinero correspondiente a cada aumento del capital social en la misma asamblea en la que se decida dicho aumento, para así evitar que sus accionistas incurran en semejante responsabilidad. La simultaneidad entre la decisión de los accionistas y el pago del incremento de capital, que se torna en una necesidad, añade una complicación innecesaria y arbitraria a cualquier proceso de capitalización. Lo lógico es que cada uno de los accionistas asuma su propia responsabilidad, es decir, responda por lo que se comprometió a aportar, y no más.

En consecuencia, dichos artículos 134 y 172 son inconstitucionales, ya que, al establecer una responsabilidad patrimonial ridícula y ruinosa en cabeza de quienes tengan la dirección efectiva y gestión diaria, y, sobre todo, en cabeza de los accionistas, constituyen normas confiscatorias, contrarias al artículo 115 constitucional, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo "con fines de utilidad pública o interés general"; siendo el caso que la ridícula y ruinosa responsabilidad patrimonial establecida en los citados

artículos no obedecen a tal utilidad o interés, sino al desconocimiento de conceptos elementales de derecho civil de las obligaciones y de derecho mercantil de las sociedades anónimas.

Además, estos artículos contrarían el artículo 49 de la Constitución, ya que no reconocen a los accionistas su derecho a defenderse, alegando y probando, en el caso del citado artículo 134, que no fueron ellos quienes aprobaron una fianza violatoria de algún requisito legal, y, en el caso del citado artículo 172, que no fueron ellos quienes dejaron de pagar el capital que prometieron suscribir. Tal como señalamos antes, negar una defensa razonable es la peor manera de infringir el derecho a defenderse, consagrado en el citado artículo 49; a lo que se añade que se contraviene la presunción de inocencia contemplada en el número 2 del mismo artículo constitucional.

En conclusión, si bien se innovó estableciendo el concepto de dirección efectiva y gestión diaria, no se extrajeron todas las consecuencias que se debieron haber sacado de allí, en cuanto concierne a la responsabilidad civil y penal de los personeros de las empresas de seguros. En efecto, en primer lugar, las responsabilidades de los directores o administradores parecen haber sido consagradas sin tener dicho concepto presente, ni tampoco el que tales responsabilidades deberían presuponer la asistencia a la reunión de junta directiva en la que se resuelva sobre el asunto de que se trate, sin salvar el voto, ni advertir al comisario; a lo que se añade que la condición de responsables o garantes atribuida a los miembros del directorio respecto de las reservas técnicas está en conflicto con la existencia del comité de inversiones y la circunstancia de que la juramentación respecto de las mismas reservas corresponde a quien tenga la dirección efectiva o gestión diaria. En segundo lugar, en cuanto concierne a los miembros de la asamblea de las aseguradoras, se establece que los accionistas principales deben ser expertos en seguros o estar representados por expertos en seguros, con lo que se confunde invertir con administrar y se limita la posibilidad de captar inversiones, con el agravante de se asigna a todos los accionistas responsabilidades solidarias absurdas, tanto por las fianzas mal otorgadas, como por las acciones suscritas y no pagadas todavía.

XVII. RESTRICCIONES INNECESARIAS EN LA INVERSIÓN DE BIENES NO APTOS PARA REPRESENTAR LAS RESERVAS TÉCNICAS

En el artículo 75 número 1 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, se estableció lo copiado seguidamente:

> La actividad que las empresas de seguros y reaseguros pueden realizar de conformidad con los artículos precedentes, estará sujeta a lo siguiente:... La suma del capital pagado, reservas de capital y los demás rubros de capital que determine el Manual de Contabilidad y Código de Cuentas que dicte la Superintendencia de Seguros, formen parte o no del patrimonio propio no comprometido, así como este último, *deberán mantenerse invertidos en bienes rentables y seguros de acuerdo con los lineamientos* que establezca dicha *Superintendencia* (las cursivas son nuestras).

De modo que este último artículo dejó al solo juicio de la Superintendencia de Seguros (a ser expresado en los lineamientos que deberá establecer) en qué bienes estarán representadas las inversiones de las empresas de seguros y reaseguros, distintas de las reservas técnicas. Esto se debió dejar a la discreción de tales empresas.

Las inversiones representativas de las reservas son las únicas respecto de las cuales se justifica una limitación como la establecida en el número 1 del artículo 75, antes trans-

crito. Respecto de las inversiones no representativas de las reservas, esta limitación es arbitraria, inconveniente y hasta nula, pues se trata de una limitación al libre desempeño de la actividad económica de las aseguradoras y reaseguradoras, totalmente divorciada de las "razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social", a las que se refiere el artículo 112 constitucional. Además, al limitarse injustificadamente las inversiones no representativas de las reservas, se afecta el patrimonio de las aseguradoras y reaseguradoras, en contradicción con el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad; estando igualmente ausentes los "fines de utilidad pública o interés general" a que se refiere este artículo.

En efecto, las inversiones no representativas de las reservas deberían ser decididas libremente por las aseguradoras y reaseguradoras. Por tanto, consideramos que la norma citada es innecesariamente restrictiva, contraria a la libertad económica y limitativa del derecho de propiedad.

Además, esta norma no tiene nada que ver con los temas previstos en la Ley Habilitante. Al respecto, invocamos de nuevo los preceptos constitucionales y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; preceptos y doctrina que fueron citados en el número 3 del presente trabajo.

XVIII. INSUFICIENCIA DE LAS RESERVAS TÉCNICAS

El encabezado y los números 1 y 2 del artículo 102 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresan lo siguiente:

> Cuando los bienes que representen las reservas técnicas no sean suficientes para cubrir las reservas técnicas de la empresa de seguros o reaseguros, la junta directiva de la empresa de seguros o reaseguros, deberá notificarlo a la Superintendencia de Seguros, en un *plazo que no podrá exceder de diez (10) días hábiles*, contados a partir de la fecha en que se haya determinado dicha insuficiencia, presentándole además, la información financiera de la cual se evidencia la misma, conjuntamente, con el compromiso de un *plan de regularización* en forma expresa y suscrito por la junta directiva o por quienes tengan la dirección efectiva o gestión diaria de la empresa, así como también copia del acta de la asamblea extraordinaria de accionistas certificada, celebrada para tratar como único orden del día: 'la insuficiencia de los bienes que representan las reservas técnicas' y, señalando la forma, en que han de cumplir con la obligación de subsanar la insuficiencia que presentan dichas reservas técnicas. Durante este tiempo quien ejerza el cargo de Superintendente de Seguros designará a un funcionario que será el único facultado para autorizar cualquier operación que se realice sobre los bienes que representan las reservas.
>
> En estos casos la Superintendencia de Seguros, con independencia de las sanciones previstas en este Decreto Ley, adoptará las medidas siguientes:
>
> 1. Si los bienes aptos para representar las reservas técnicas fueran inferiores a éstas hasta en un veinte por ciento (20%), y la situación no hubiese sido subsanada en el *plazo de quince (15) días hábiles* contados desde la fecha en que fue remitido el plan de regularización, la Superintendencia de Seguros dictará las medidas administrativas que estime convenientes para subsanar la situación y evitar perjuicios a los tomadores, los asegurados y los beneficiarios, y otorgará un plazo prudencial adicional, que no podrá exceder de quince (15) días hábiles. Transcurrido ese plazo sin que se haya corregido la situación, la Superintendencia de Seguros *intervendrá a la empresa.*
>
> 2. Si los bienes aptos para representar las reservas fueran inferiores a éstas en más de un veinte por ciento (20%) y hasta alcanzar una insuficiencia que no supere un cincuenta por ciento (50%), y la situación no hubiese sido subsanada en el *plazo de quince (15) días hábiles* contados desde la fecha en que fue remitido el plan de regularización, la Superintendencia de Seguros dic-

> tará las medidas administrativas que estime conveniente para subsanar la situación y evitar perjuicios a los tomadores, los asegurados y los beneficiarios y otorgará un plazo prudencial adicional, que no podrá exceder de quince (15) días hábiles. Transcurrido ese plazo sin que se haya corregido la situación, la Superintendencia de Seguros *intervendrá a la empresa*. (Las cursivas son nuestras).

De modo que este artículo da un plazo de apenas diez (10) días hábiles a los directores para presentar un plan a la Superintendencia de Seguros, a fin de regularizar cualquier insuficiencia de reservas que haya sido detectada y que no supere un 50%; y un plazo de apenas quince (15) días hábiles adicionales para ejecutar tal regularización, subsanando dicha insuficiencia. Transcurrido este último plazo, prorrogable por un plazo adicional de quince (15) días hábiles, la Superintendencia de Seguros tiene que intervenir a la empresa. Los plazos son tan cortos que, en la práctica, resulta difícil que se solucionen estas carencias, con el agravante de que, si no se subsana la insuficiencia detectada, el resultado será necesariamente la intervención. Esta regulación restringe demasiado a la Superintendencia de Seguros. En efecto, es preferible que se permita a la Superintendencia de Seguros otorgar lapsos más largos, dependiendo de las circunstancias, y, además, decidir, al vencimiento de éstos, cuál o cuáles serán las medidas que conviene dictar, según lo que considere apropiado, se trate o no de la intervención de la empresa cuestionada.

Por lo tanto, el Ejecutivo Nacional, en lugar de fortalecer al órgano de control, que fue lo que le encomendó la Asamblea Nacional, le puso una camisa de fuerza, lo cual resulta en una violación de la Ley Habilitante, cuya parte relevante nos permitimos transcribir de nuevo:

> Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones.

Lejos de dar a la Superintendencia los medios adecuados para ejercer sus funciones de control, el Presidente, con sus Ministros, la ha colocado en una situación insostenible, en la cual sólo puede otorgar los plazos de diez (10) y quince (15) días previstos en la disposición transcrita, que son demasiado breves, vencidos los cuales tiene necesariamente que intervenir la compañía, sin poder dictar otra medida más apropiada para rescatarla.

Por otro lado, el encabezado y el número 3 del mismo artículo 102 expresa lo copiado seguidamente:

> ...la Superintendencia de Seguros, con independencia de las sanciones previstas en este Decreto Ley, adoptará las medidas siguientes:... Si los bienes aptos para representar las reservas fueren inferiores a éstas en más de un cincuenta por ciento (50%), la Superintendencia de Seguros procederá a la intervención de la empresa, y dictará las medidas tendentes a corregir la situación para lo cual otorgará un *plazo, que no excederá de sesenta (60) días continuos* contados desde la fecha de la intervención. Si la situación no es superada, la Superintendencia de Seguros *revocará la autorización* de constitución y funcionamiento (las cursivas son nuestras).

Entonces, el número 3 del mismo artículo da un plazo de apenas sesenta (60) días continuos a la Superintendencia de Seguros, como interventora, para regularizar cualquier insuficiencia de reservas que haya sido detectada y que supere un 50%; y establece que, vencido dicho plazo, a la empresa necesariamente se le revocará su autorización de constitución y funcionamiento. Esto también coloca en una posición difícil de manejar a la Superintendencia de Seguros, pues le priva la posibilidad de solucionar cierto tipo de problemas, que pueden requerir más tiempo, ordenándole tomar una resolución que resultará en la disolución y liquidación, o cambio de objeto, de una empresa de

seguros o reaseguros que puede ser viable económicamente. Nuevamente alegamos que se violó la Ley Habilitante, al restringirse de tal modo la actuación del órgano de control, que se le entorpece en el ejercicio de sus funciones, privándosele de efectividad innecesariamente.

El encargo del Legislativo al Ejecutivo fue dar a la Superintendencia los medios adecuados para ejercer sus funciones de control, y no colocarla entre la espada y la pared, quitándole la necesaria flexibilidad y eficacia.

Respecto de la discrepancia entre la Ley Habilitante y el citado artículo 102, nuevamente son aplicables los preceptos constitucionales y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, preceptos y doctrina que fueron citados en el número 3 del presente trabajo.

XIX. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES REPRESENTATIVOS DE LAS RESERVAS TÉCNICAS

El artículo 108 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece lo siguiente:

> Cuando se pretenda hacer cualquier enajenación o constituir gravamen de los bienes que representan las reservas técnicas, la empresa estará obligada a sustituir previa o simultáneamente los valores correspondientes por dinero u otros bienes de los aceptados por este Decreto Ley para la representación de reservas técnicas. Igual sucederá en los supuestos en que por la naturaleza del bien afecto a reserva o por mandato legal o judicial, fuera necesario rescatarlo o cancelarlo.
>
> Quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria y enajenaren sin la *autorización requerida*, los bienes que representan las reservas técnicas o los utilicen para el pago de compromisos con los beneficiarios de contratos de seguros y no los sustituyan por otros, ocasionando una insuficiencia en la representación de las reservas, serán *responsables civil y penalmente* de los perjuicios que puedan ocasionar a los tomadores, los asegurados o los beneficiarios (las cursivas son nuestras).

De modo que se establece una responsabilidad civil y penal en cabeza de las personas a cuyo cargo está la dirección efectiva o la gestión diaria, para el caso de que enajenen, *sin la autorización requerida,* los bienes que representan las reservas técnicas, creando una situación de insuficiencia.

Ahora bien, establecer esta responsabilidad constituyó una equivocación, ya que dicho decreto-ley no requiere ninguna autorización para enajenar los bienes que representan las reservas técnicas. Es más, es lógico que no haya que pedir permiso para sustituir unos bienes aptos para representar reservas por otros bienes igualmente aptos.

Es evidente, pues, la equivocación cometida por el Ejecutivo, en uso de la habilitación conferida por el Legislativo. En efecto, sobre la base del error de pensar que alguno de los artículos del referido decreto-ley requiere tal autorización, el Presidente y sus Ministros, con una supuesta fundamentación en la Ley Habilitante, pretendieron establecer una responsabilidad, tanto civil, como penal.

En consecuencia, el citado artículo 108 viola el principio de la legalidad, según el cual no puede haber ninguna falta ni sanción sin que exista una ley que las establezca. Este principio está consagrado en el artículo 49 número 6 de la Constitución, que fue infringido.

La violación del principio de la legalidad y la falta de técnica legislativa se ponen aún más de manifiesto si se toma en cuenta que ninguna norma del decreto-ley define dicha responsabilidad penal, que supuestamente está relacionada con los perjuicios causados, lo cual es típico de la responsabilidad civil y atípico de la penal.

XX. LOS AUDITORES EXTERNOS

En los artículos 127, 128 y 129 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se establece:

> La Superintendencia de Seguros en sus funciones de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de los sujetos a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Ley podrá:
>
> 1. Celebrar reuniones con los auditores externos contables, de sistemas o con los actuarios independientes de las empresas de seguros o de reaseguros, *sin la presencia de los representantes de la empresa auditada.*
>
> 2. *Ordenar informes de auditorías externas contables, de sistemas o actuariales de revisión limitada* sobre determinadas cuentas de los estados financieros o sobre determinadas operaciones.
>
> 3. Ordenar a la empresa de seguros o la de reaseguros el cambio de auditores externos contables o de sistemas o de los actuarios independientes cuando la Superintendencia de Seguros presumiere con fundados indicios que los informes presentados no revelen la verdadera situación de dichas empresas.
>
> 4. Solicitar a los auditores externos contables, de sistemas y actuarios independientes la presentación a la Superintendencia de Seguros de los informes sobre la actividades realizadas, de los papeles de trabajos que los sustentan o sobre cualquier otro aspecto que considere conveniente.
>
> Estas actividades serán a costa de la respectiva empresa de seguros o de reaseguros.
>
> La falta de cumplimiento de las instrucciones dictadas de conformidad con el artículo anterior o la indebida ejecución de éstas por parte de los auditores externos contables o de sistemas o actuarios independientes, da derecho a la Superintendencia de Seguros a *contratar a otros auditores externos o actuarios independientes a costa de la respectiva empresa,* sin perjuicio de las sanciones que les sean aplicables.
>
> Las empresas de seguros y las de reaseguros deberán ordenar la realización de auditorías externas contables y actuariales a los balances y estados financieros, por profesionales en el ejercicio independiente de su profesión y presentarlos a la Superintendencia de Seguros, en los casos establecidos en este Decreto Ley. Las demás personas jurídicas y naturales a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Ley, deberán efectuar tales auditorías a requerimiento de la Superintendencia de Seguros.
>
> La Superintendencia de Seguros establecerá mediante normas de carácter general, para los profesionales que realicen dicha auditorías, requisitos de elegibilidad con base en la formación académica y la experiencia profesional en el ramo, así como otras condiciones, entre ellas, las inherentes a la independencia y número de ejercicios consecutivos de actuación en una misma empresa. Asimismo la Superintendencia de Seguros podrá ordenar que se realicen auditorías de sistemas en los término que indique en la respectiva Providencia.
>
> Los resultados de estas auditorías, así como *la carta a la gerencia, los informes sobre control interno,* los de análisis especiales de cuentas, los informes y certificaciones dirigidos a quienes formen parte del grupo económico y cualesquiera otros informes complementarios o adicionales suscritos por los auditores externos y actuarios independientes, deberán ser remitidos por las em-

> presas de seguros o las de reaseguros a la Superintendencia de Seguros. Los papeles de trabajo estarán a disposición de la Superintendencia de Seguros durante un período de por lo menos tres (3) años contados a partir de la correspondiente auditoría. (Las cursivas son nuestras).

De modo que en estos artículos se prevé que la Superintendencia de Seguros interfiera en la relación entre las empresas de seguros o reaseguros y sus auditores externos, pudiendo tener reuniones con éstos a espaldas de dichas empresas, revocarlos y contratar otros, así como pedirles nuevos informes de auditoría y otros recaudos, todo ello a costa de la empresa de que se trate.

Ahora bien, la Superintendencia de Seguros debería utilizar sus propios recursos para ejercer sus funciones de supervisión respecto de las aseguradoras y reaseguradoras, funciones que son personalísimas y de orden público; respetando las relaciones entre ellas y sus auditores, así como el derecho de defensa de tales empresas.

En consecuencia, los artículos 127, 128 y 129 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros son violatorios del derecho de la defensa, consagrado en el artículo 49 de la Constitución.

XXI. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE CREAR APARTADOS GENÉRICOS O ESPECIALES

En el artículo 165 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa, entre otras cosas, que:

> El Superintendente de Seguros podrá ordenar por razones de riesgo la constitución de *apartados genéricos o especiales, distintos de las reservas técnicas* a que se refiere esta Ley, y señalará los ajustes a efectuar contra tales apartados o directamente contra los resultados del ejercicio (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, no se debe dejar a criterio de la Superintendencia de Seguros ordenar la creación de tales apartados, puesto que ya existen dichas reservas, establecidas por las mismas razones de riesgo. El exceso de apartados o reservas no es sano para este tipo de empresas, que necesitan dar dinamismo a sus flujos de caja para poder obtener los recursos necesarios para garantizar a los asegurados los compromisos asumidos, poder cumplir con los gastos propios de operaciones y obtener resultados que permitan dar beneficios a sus accionistas y trabajadores.

Dar al órgano de control la facultad de crear tales apartados excede la habilitación prevista en la Ley Habilitante y, por tanto, viola nuestra Carta Magna. Si el Ejecutivo quería crear tales apartados, debió crearlos en el decreto-ley, y no dar a la Superintendencia atribuciones para ello. Invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

XXII. DISOLUCIÓN POR INACTIVIDAD DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

El Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresa, en el número 3 del artículo 166, que los entes bajo el control de la Superintendencia de Seguros se disuelvan en el caso siguiente:

> Por la *inactividad* de su asamblea de accionistas (las cursivas son nuestras).

Pero esta norma debió ser precisa. ¿Qué inactividad? ¿La inactividad en qué? La falta de precisión es muy grave, pues la consecuencia jurídica de tal inactividad es la disolución de la empresa.

Semejante ambigüedad con una consecuencia jurídica tan grave es de tal magnitud que se vulnera el derecho de defensa de las sociedades y el derecho de propiedad correspondiente a sus accionistas.

En consecuencia, el artículo citado infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo "con fines de utilidad pública o interés general"; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado número 12 del artículo 10 no obedecen a tal utilidad o interés. Estas atribuciones tienen que ver, más bien, con una concepción equivocada de lo que debe ser el control del Estado sobre la actividad aseguradora y con una mala técnica legislativa, pues se debió legislar de manera clara y razonable.

XXIII. PÉRDIDAS PATRIMONIALES

En la primera parte del artículo 168 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa:

> Cuando conforme al análisis realizado por la Superintendencia de Seguros se determinen pérdidas en el capital pagado y reservas del superávit *distintas del superávit no realizado de una empresa de seguros o de reaseguros o de corretaje de seguros o de reaseguros,* equivalentes a un porcentaje *mayor de veinticinco por ciento (25%) pero menor de cincuenta por ciento (50%),* la Superintendencia de Seguros solicitará la reposición de las cuentas de capital en la forma y plazo previstos en este Decreto Ley o su limitación al capital existente. A tal efecto, los administradores deberán convocar una asamblea la cual deberá reunirse dentro de los quince (15) días continuos siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Seguros dicte la decisión (las cursivas son nuestras).

Así, se establece un régimen en relación con las pérdidas en cuentas patrimoniales, que es distinto del régimen relativo a las pérdidas de capital establecido en el artículo 264 del Código de Comercio, sin aclararse si el artículo 168 sería aplicado adicionalmente al artículo 264 o en lugar del mismo.

Por otro lado, el citado artículo 168 se refiere a las pérdidas en el capital pagado y reservas de superávit distintas del superávit no realizado. No se entiende por qué se impide tomar en cuenta las reservas para revalorización de valores y de inmuebles, que forman parte del patrimonio y que, en épocas de inflación, constituyen partidas importantes, plenamente justificadas. Decimos que se trata de partidas importantes y plenamente

justificadas, porque, en épocas de inflación, los viejos precios de adquisición son muy inferiores a los nuevos precios por los que se pudieran vender los mismos activos. Esta realidad económica no se debió desconocer.

En consecuencia, por su falta de claridad y su carencia de lógica económica, el artículo citado, susceptible de afectar gravemente a las empresas y a sus accionistas, infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo "con fines de utilidad pública o interés general"; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado artículo no obedecen a tal utilidad o interés, sino que tienen que ver, más bien, con no entender perfectamente la realidad económica y con errores de técnica legislativa, pues se debió legislar de manera clara y razonable.

Hay que tener presente que la aplicación del citado artículo 168 puede resultar en que se destruya la capacidad de recuperación de la compañía afectada, en virtud de la disposición contenida en la parte final del mismo artículo 168, que es del siguiente tenor:

> La empresa no podrá asumir nuevas obligaciones o realizar nuevas operaciones hasta normalizar la situación.

XXIV. CUENTA ESPECIAL PARA LAS PRIMAS

El artículo 170 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresa:

> En el caso de una empresa sometida a medidas administrativas, la Superintendencia de Seguros si lo estima *conveniente* podrá ordenar *que las primas recaudadas sean depositadas en una cuenta especial* abierta en la institución financiera que la Superintendencia de Seguros determine, la cual podrá estar representada en los títulos que indique dicho Organismo. Dicha cuenta sólo podrá ser *movilizada previa autorización* de la Superintendencia de Seguros (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé que se ordene que las primas se depositen en una cuenta especial, que no se puede movilizar sin autorización de la Superintendencia de Seguros, lo que, por sí solo, no se justifica. En efecto, si una compañía llega a un punto tal, que se hace necesaria semejante medida, lo más procedente parece ser intervenirla, en cuyo caso la norma que acabamos de transcribir sobra.

En todo caso, dicho artículo debió precisar los casos de extrema gravedad en que el mismo es aplicable, en vez de quedar a la sola consideración por la Superintendencia de Seguros aplicarlo cuando considere que ello es *conveniente*.

En consecuencia, por su falta de claridad, su carencia de lógica y la excesiva discrecionalidad dada al órgano de control, y por afectar las cuentas propiedad de las empresas, el artículo citado infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo "con fines de utilidad pública o interés general"; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado artículo no obedecen a tal utilidad o interés, sino que tienen que ver, más bien, con una concepción equivocada de lo que debe ser una medida preventiva, por oposición a la intervención.

XXV. LIMITACIONES AL PRODUCTOR DE SEGUROS QUE CEDE SU CARTERA

En el artículo 233 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa:

> El productor de seguros que haya cedido totalmente su cartera de seguros pierde su condición de tal y no podrá obtener de nuevo autorización para actuar como productor, ni ser empleado o tener participación de ninguna especie en sociedades de corretaje de seguros, hasta haber transcurrido por lo menos *tres (3) años* contados a partir de la fecha del documento respectivo. Además quedará obligado a no realizar, directa o indirectamente, ningún acto que pueda dar lugar a la desaparición total o parcial de la cartera, sin perjuicio de las acciones que le correspondan al cesionario (las cursivas son nuestras).

Así, se establecen una serie de limitaciones respecto de la actividad profesional y mercantil del productor de seguros que ha cedido su cartera; limitaciones que se aplican por un plazo de tres años.

Estas limitaciones son muy rígidas y no debieron ser materia del referido decreto-ley, ya que el lugar apropiado para regular la posible competencia desleal del productor cedente contra el productor cesionario es el contrato de cesión de cartera celebrado entre ambos.

Estas limitaciones, que pretenden restringir, contra la voluntad de agentes y corredores, su actuación profesional y su desempeño económico, contrarían los artículos 20 y 112 constitucionales. De estos artículos se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica profesional de las personas sólo pueden resultar, respectivamente, en razón "del derecho de las demás y del orden público o social", o "por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social". Ahora bien, las limitaciones del artículo 233 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no resultan, sino que más bien se oponen, a las razones relacionadas con los derechos de las demás personas, el orden público o social, el desarrollo humano y otras de interés social; a lo que se añade que, evidentemente, tales limitaciones no guardan relación alguna con la seguridad, la sanidad y la protección del ambiente. El mencionado decreto-ley debería dejar la cedente y cesionario establecer las limitaciones que les parezca apropiado a la actividad de éste luego de la cesión de su cartera.

XXVI. ARBITRAJE

Los artículos 256 y 257 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros disponen, entre otros asuntos, lo siguiente:

> Los sujetos sometidos a este Decreto Ley y éstos con los tomadores, los asegurados o los beneficiarios del seguro..., podrán someter a procedimiento de *arbitraje* las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos que tengan suscritos. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo dispuesto en la ley que regule la materia de arbitraje y supletoriamente al Código de Procedimiento Civil.
>
> El Superintendente o Superintendenta de Seguros deberá actuar directamente o a través de los funcionarios que designe, como *árbitro arbitrador* en aquellos casos en que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes. Las partes fijarán el procedimiento a seguir, caso contrario se

> aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. Las decisiones del Superintendente o Superintendenta de Seguros deberán ser adoptadas en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizada la actuación de las partes...
>
> El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento. (Las cursivas son nuestras).

De modo que los dos artículos que acabamos de transcribir se refieren a la función arbitral del Superintendente de Seguros, o de quien éste designe, como árbitro arbitrador.

Ahora bien, aunque el desempeño como árbitro de la correspondiente Superintendencia es algo que viene de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros derogada, en la misma no era obligatorio para las partes someterse a tal arbitraje.

Consideramos que es inconstitucional dar a la Superintendencia dicha atribución jurisdiccional. En efecto, actuar como árbitro implica sustanciar y decidir, como juzgador imparcial e independiente, las controversias entre las partes, con base sobre los alegatos y pruebas presentados por ellas, lo cual constituye una atribución típica de los entes del Poder Judicial, que no es compatible con la función de controlar y fiscalizar la actividad aseguradora, que corresponde a la Superintendencia, como órgano del Poder Ejecutivo. Dicha función jurisdiccional tampoco es compatible con el deber que tiene la Superintendencia de evacuar las consultas que le formulen los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, que son la contraparte de las aseguradoras, y de atender las reclamaciones de aquéllos contra éstas (artículo 10 número 30 y artículo 267 del mismo decreto-ley). Lo anterior se hace más evidente si se toma en cuenta que, en ciertos casos, corresponde a la Superintendencia de Seguros asumir la representación de los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, que, repetimos, son la contraparte de las aseguradoras (artículo 255 del mismo decreto-ley).

Desde hace tiempo, la Superintendencia de Seguros ha estado muy pendiente de asesorar a los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros, en sus relaciones con las aseguradoras. Esta función estaba consagrada en el artículo 175 de la ley derogada, cuyo parágrafo primero ordenaba a dicha Superintendencia orientar *-orientará-* a tales tomadores, asegurados y beneficiarios *en la presentación de sus reclamos* contra las empresas de seguros. El nuevo decreto-ley, en el número 30 de su artículo 10, en concordancia con su artículo 267, parece consagrar tal función. Ahora bien, esta nueva consagración legal deja mucho que desear, puesto que el referido decreto-ley no aclara que tal asesoría incluye lo relativo a los reclamos contra las aseguradoras; así que la normativa actual es menos precisa que la de antes, a lo que se añaden las inconsistencias y peligros resultantes del gran cúmulo de poderes que fueron asignados al Organismo mencionado. Bajo el nuevo régimen legal, dicha Superintendencia, naturalmente, ha seguido colaborando con los clientes de las empresas de seguros, suministrándoles tal orientación. En apoyo de la afirmación anterior, nos permitimos invocar el aviso publicado en la prensa nacional por esta Superintendencia el 4 de mayo de 2002, informando a los tomadores, asegurados y beneficiarios lo siguiente:

> ...que pueden comparecer a... la Superintendencia... a presentar copia de sus reclamos ante las empresas de seguros, a los fines de que este Organismo *les asesore* en la presentación de sus reclamaciones, realice los respectivos trámites para buscar una solución satisfactoria de los conflictos o para que se dé inicio a los procedimientos administrativos *sancionatorios* que fueren procedentes en los casos de retardo, rechazo genérico o elusión sin ninguna causa justificada (las cursivas son nuestras).

Este aviso se refiere a la función asesora y la atribución sancionatoria del mismo Organismo, que son difícilmente compatibles.

Ahora bien, el citado artículo 257, relativo a la función arbitral de la Superintendencia de Seguros, dispone, entre otras cosas, lo copiado a continuación:

> *En los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.), el arbitraje será obligatorio.* En caso de negativa de alguna de las partes a formalizar el compromiso, la Superintendencia de Seguros ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación. Si el citado no compareciere, se tendrán por válidas las cuestiones sometidas por la parte compareciente y la Superintendencia de Seguros así lo resolverá. Si la parte citada compareciere, se le oirán sus alegatos, se abrirá el lapso probatorio que fije la Superintendencia y se dictará el laudo arbitral en el plazo establecido en este artículo (las cursivas son nuestras).

De modo que, por una parte, el citado artículo 257 establece el *arbitraje obligatorio*, en la Superintendencia de Seguros, de todos los casos por menos de doscientas cincuenta (250) unidades tributarias; y, por otra parte, el aviso antes transcrito, publicado por la misma Superintendencia, reconoce que corresponde a este Despacho asesorar a las contrapartes de las aseguradoras en sus reclamaciones contra éstas.

La función asesora a la que se refiere este aviso se ve perjudicada y distorsionada, no sólo por la atribución sancionatoria del mismo Organismo, a la que también alude el citado aviso, sino además, de manera muy especial, por el carácter de árbitro obligatorio asignado a dicho Despacho, que no aparece mencionado en el aviso antes transcrito, a pesar de estar consagrado en el citado artículo 257.

Es obvio que la concentración de poderes en la Superintendencia de Seguros, que se comprueba leyendo todo el articulado del nuevo decreto-ley, no es conveniente, ni es correcto que se convierta a dicha Superintendencia en juez y parte, o mejor dicho, asesora de una de las partes, ya que se le crea un obvio conflicto de intereses.

El citado artículo 257 convierte a dicho Despacho prácticamente en un tribunal, pero con la peculiaridad de que no se decidirá en función del derecho, sino de la equidad. Este artículo es inconstitucional, ya que impide a las partes obtener decisiones con base en la ley, emitidas por funcionarios judiciales; obligándolas a conformarse con decisiones de equidad, emitidas por funcionarios gubernamentales, que no son sus jueces naturales y tienen un conflicto de intereses.

Al respecto, cabe citar la siguiente doctrina (Faúndez Ledesma, Héctor: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 221 y ss.):

> ...el derecho a un juicio justo no implica únicamente el derecho a que se observen determinadas garantías en un proceso ya iniciado; este derecho comprende, también, un derecho de acceso a los tribunales que... puede ser decisivo en la determinación de los derechos u obligaciones civiles de una persona... En realidad, cerrar o impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales es la forma más extrema de negar a una persona el derecho a un proceso equitativo.

De modo que existe el derecho de acceso a los tribunales; al que se añade el derecho a que los asuntos controvertidos sean materia de una decisión basada en el derecho, y no en la equidad. Respecto de estos dos derechos, la única salvedad que se puede hacer es la necesidad de respetar el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, si fuere el caso; pudiendo éstas nombrar un árbitro arbitrador, si lo desean. Ciertamente, no se puede imponer a los contratantes que no lo quieran así, que sus controversias por debajo de ciertos montos sean resueltas por la Superintendencia de Seguros en base a la equidad, sin tomar en cuenta la ley, ni la exigencia de que los asuntos sean decididos por los jueces naturales que correspondan.

Asimismo, el artículo 257 citado es violatorio de los artículos 20 y 26 de la Constitución, los cuales sirven de fundamento para sostener que en Venezuela el procedimiento arbitral está regido por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo tanto, mal puede un decreto-ley establecer un procedimiento de arbitraje obligatorio sin incurrir en una violación de dichas normas constitucionales.

De modo que la aplicación de dicho decreto-ley tiene como consecuencia la sustitución del régimen legal por un régimen de equidad, para las controversias de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.) o menos, y el reemplazo de los jueces naturales por el órgano de control para decidir las mismas controversias con fundamento en la equidad y no la ley.

El citado artículo 256, sobre la función arbitral de la Superintendencia de Seguros, dispone, entre otros asuntos, lo siguiente:

> Los sujetos sometidos a este Decreto Ley y... los prestadores o proveedores de servicios, tales como centros asistenciales de salud o talleres mecánicos de reparación de vehículos, podrán someter a procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos que tengan suscritos (las cursivas son nuestras).

De modo que el citado artículo 256 prevé, entre otros asuntos, que los *talleres mecánicos de reparación de vehículos*, los *centros asistenciales de salud* y otros proveedores acuerden someterse a *arbitraje* respecto de sus contratos con las aseguradoras. Se extendió así a personas que no son parte en la relación aseguradora la función arbitral de la Superintendencia, que ni siquiera debió existir respecto de la vinculación de las empresas de seguros con los tomadores, asegurados y beneficiarios. En efecto, las sociedades aseguradoras y los talleres, clínicas y proveedores, si lo desean, pueden celebrar acuerdos arbitrales conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, sin necesidad de prever esto en el referido decreto-ley, el cual debe tratar las relaciones entre los tomadores, asegurados y beneficiarios, por una parte, y las aseguradoras, por la otra. No se justifica legislar sobre la relación entre éstas y los talleres, clínicas y otros proveedores, y mucho menos proteger a éstos, como si se tratase de débiles jurídicos.

En consecuencia, alegamos la violación de todos los artículos constitucionales relativos a la separación de poderes, así como del artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de la defensa, incluyendo el derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales (número 4).

A lo anterior se añade que el tema del arbitraje en general, del arbitraje obligatorio y del arbitraje en relación con clínicas, talleres y otros proveedores, son temas que carecen de la más mínima relación con lo previsto en la Ley Habilitante. En consecuencia, estos artículos son nulos.

Respecto de la inconstitucionalidad de dicha norma, por exceder los parámetros establecidos en la Ley Habilitante, invocamos una vez más los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

XXVII. SEGUROS SOLIDARIOS

Los llamados *seguros solidarios* son una innovación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; están previstos en sus artículos 259, 260 y 261, agregados a última hora; y están en contra de los principios generales que rigen la actividad aseguradora.

La discrepancia entre los llamados *seguros solidarios* y los principios generales que rigen la actividad aseguradora se pone en evidencia leyendo el número 5 del artículo 10 y el artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que comentaremos a continuación:

Por una parte, el número 5 del artículo 10 de dicho decreto-ley expresa lo siguiente:

> Son facultades y funciones de la Superintendencia... Establecer los mecanismos para que quienes deban tomar un seguro obligatorio tengan acceso al mismo y para que las empresas de seguros suscriban dichos riesgos. Estos mecanismos deberán tener en cuenta *las condiciones de asegurabilidad y la suficiencia de las coberturas y de las primas* (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, las condiciones de asegurabilidad y la suficiencia de las coberturas y de las primas fueron totalmente ignoradas en los citados artículos 259 a 261 del mismo decreto-ley. En efecto, el artículo 259 establece que las empresas de seguros destinarán un porcentaje de su cartera para ofrecer contratos de seguros a las personas naturales que tengan ingresos hasta dos (2) salarios mínimos, y que las primas anuales de estos contratos no serán superiores al cincuenta por ciento (50%) de un salario mínimo. Esta cantidad es irrisoria comparada con, por un lado, el incremento en los gastos administrativos de los aseguradores que representaría emitir tales pólizas, y, por otro lado, los riesgos que tendrían que asumir las empresas aseguradoras, los cuales serían, según el mismo artículo, "riesgos tales como gastos odontológicos, servicios funerarios y accidentes personales", respecto de muchísimas personas de muy bajos ingresos.

Por otra parte, el artículo 132 del mismo decreto-ley establece lo copiado seguidamente:

> Las empresas de seguros... podrán realizar operaciones de fianzas *siempre que no sean garantías financieras*. Se entiende por garantías financieras aquellas operaciones que presenten, entre otras, una de las siguientes características: a. Que la obligación principal afianzada consista únicamente en el pago de una suma de dinero a plazo fijo. b. Que el contrato que dé lugar a la fianza tenga una finalidad crediticia (las cursivas son nuestras).

El principio de que las garantías financieras constituyen una operación incompatible con la actividad aseguradora también fue totalmente ignorado en los citados artículos 259 a 261. Efectivamente, el artículo 261 obliga a las empresas de seguros al "otorgamiento de pólizas (sic) para cubrir los riesgos de insolvencia del deudor", referidas al *sistema microfinanciero*. Esta clase de seguro desvirtúa la naturaleza tanto de la actividad aseguradora, como de la propia institución del seguro, tal como fue concebida por el legislador venezolano.

De modo que los llamados seguros solidarios son incompatibles con los principios generales del seguro, cuya respeto exige el propio decreto-ley. En general, no se debería obligar a las aseguradoras a prestar un servicio asimilable a la seguridad social, más aún, cuando el Estado es el responsable de la seguridad social. Así mismo, este tipo de seguro solidario no parece ser económicamente viable. Pero lo más grave es que los seguros obligatorios carecen de la más mínima relación con lo previsto en la Ley Habilitante. En consecuencia, estos artículos deberían ser anulados. Resultan aplicables nue-

vamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

XXVIII. SUSPENSIÓN TEMPORAL POR CINCO INFRACCIONES Y REVOCACIÓN DEFINITIVA POR TRES INFRACCIONES ADICIONALES

El artículo 271 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece que más de cinco sanciones en tres años acarrea la suspensión de la autorización para operar por hasta seis meses. Si luego ocurren apenas tres sanciones en tres años, procederá la revocación de dicha licencia. En efecto, la primera parte de este artículo establece lo siguiente:

> Cuando cualquiera de las personas señaladas en el artículo 1 de este Decreto Ley sea sancionada más de *cinco (5) veces* por la Superintendencia de Seguros en el lapso de *tres (3) años*, será *suspendida la autorización para operar* hasta por seis (6) meses. La Superintendencia de Seguros *revocará la autorización para operar* de los sujetos que luego de suspendidos hayan sido sancionados *tres (3) veces* en un período de *tres (3) años* contados a partir de la fecha en que quedó sin efecto la suspensión. El Reglamento del presente Decreto Ley establecerá los efectos de la suspensión de la autorización para operar (los resaltados son nuestros).

El citado artículo 271 es de aplicación inmediata desde el 12 de noviembre de 2002, en que fue por primera vez dado a conocer al público, mediante la publicación del correspondiente decreto-ley en la Gaceta Oficial.

Dicho texto legal está redactado en términos muy amplios, ya que se refiere a cualquier sanción, sin que resulte ninguna diferencia de la gravedad o nimiedad de la infracción.

Ocho (8) sanciones o más, cualquiera que sea su importancia, en ocho (8) años, es muy poco, para una consecuencia jurídica tan radical como revocar la licencia de una aseguradora.

Además, el supuesto de hecho de la norma citada es que dicha Superintendencia imponga sanciones, sin que sea relevante cuál es el texto infringido. En efecto, la disposición transcrita no está referida de manera específica a violaciones del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. En todo caso, el control de la referida Superintendencia, según varios artículos de este decreto-ley, se extiende a la relación contractual entre las aseguradoras y los tomadores, asegurados y beneficiarios, regulada en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. En tal sentido, el artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por no citar sino un ejemplo, establece multas para las empresas de seguros que dejen de cumplir sus obligaciones respecto de sus clientes, lo que da atribuciones a dicha Superintendencia para analizar las pólizas a la luz del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, a fin de determinar si procede o no sancionar a las aseguradoras conforme al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, a solicitud de los clientes de las aseguradoras.

Respecto de decretos-leyes como el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que contienen aproximadamente cuatrocientos (400) artículos, que a su vez contemplan una regulación minuciosísima respecto de los aspectos más ínfimos de la actividad de los entes

controlados, la disposición sancionatoria del artículo 271, anteriormente transcrito, simplemente, no puede ser aplicada. Al cabo de un tiempo, si se aplicara con rigor este artículo, en contra de quienes infrinjan cualesquiera de las disposiciones de los referidos decretos-leyes, no quedarán aseguradoras en el país.

El citado artículo 271, además de tal suspensión y revocación, contempla una inhabilitación. En efecto, dicho artículo, que quizás es una de las disposiciones más criticables del nuevo régimen legal, adicionalmente establece lo siguiente:

> En los casos previstos en este artículo, el miembro de la junta directiva, ejecutivo o empleado de las empresas sometidas al presente Decreto Ley, que hubiere incurrido en los supuestos de hecho para que proceda la sanción será sancionado con *inhabilitación* para el ejercicio de la actividad aseguradora o reaseguradora por el plazo de hasta diez (10) años (las cursivas son nuestras).

El citado artículo 271 es inconstitucional. En efecto, al establecer, sin requerir una causa muy grave que lo justifique, una sanción de suspensión seguida de una de revocación e inhabilitación, se limita el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas naturales y jurídicas afectadas, así como su derecho a desempeñarse económicamente con libertad, lo mismo que su derecho de propiedad y el de sus accionistas.

En efecto, esta limitación está reñida con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desenvolverse económicamente con libertad, plasmados en los artículos 20 y 112 de la Constitución, respectivamente. Además, tal suspensión, revocación e inhabilitación, no basadas en motivos de extrema gravedad, inciden negativamente sobre el patrimonio de las personas naturales y jurídicas afectadas, lo que constituye una violación de su derecho de propiedad, consagrado en el artículo 115 de la Constitución.

De los artículos 20 y 112 y 115 constitucionales, antes citados, se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica profesional de las personas naturales y jurídicas sujetas a dichos decretos-leyes, así como del derecho de propiedad de éstas y de los accionistas de las sociedades aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros y reaseguros, sólo pueden resultar, respectivamente, en razón "del derecho de las demás y del orden público o social", "por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social" o "con fines de utilidad pública o interés general". Ahora bien, las referidas sanciones, tal como éstas fueron establecidas por el artículo 271 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, no tienen nada que ver con razones relacionadas con los derechos de las demás personas, ni con el orden, interés o utilidad públicos, sociales o generales, ni con el desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente, ni ninguna otra razón de interés social. Este artículo es, simplemente, el resultado de no entender la misión que corresponde a los órganos de control del Estado, que en vez de verse fortalecidos, se ven debilitados, al pretenderse darles una atribución sancionatoria desmedida e irracional, que los coloca en una situación tal, que no van a poder aplicar plenamente la nueva legislación, pues las consecuencias de aplicarla serán terribles.

XXIX. SANCIONES PENALES

Los artículos 288 a 295 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen responsabilidades penales en cabeza de las personas allí mencionadas. Con anterioridad al 12 de noviembre de 2001, tales responsabilidades estaban

establecidas en la vieja Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Esta última, a raíz de la reforma efectuada por el Congreso Nacional, que fue publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpresa el 8 de marzo de 1995, era una ley propiamente dicha. Esta ley fue derogada por aquel decreto-ley, que pretende tipificar delitos y establecer las correspondientes penas.

Cuando el Poder Ejecutivo, en el referido decreto-ley, estableció responsabilidades penales, excedió la Ley Habilitante. Al respecto, invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

En efecto, la Ley Habilitante permite al Ejecutivo Nacional establecer responsabilidades y sanciones mediante los correspondientes decretos con rango y fuerza de ley en materia de seguros. Ahora bien, la Ley Habilitante no prevé que, mediante tales decretos-leyes, se impongan responsabilidades y sanciones que tengan carácter *penal.* Esta limitación tiene su razón de ser en que el artículo 49, número 6, de la Constitución prevé lo siguiente:

> Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en *leyes* preexistentes (las cursivas son nuestras).

Sostenemos que un decreto, aunque tenga rango y fuerza de ley, no es el instrumento idóneo para legislar en materia criminal; sino que se requiere de una ley propiamente dicha. De hecho, la ley derogada, que trata la materia criminal, es una ley propiamente dicha, y no un decreto con rango y fuerza de ley. En consecuencia, alegamos que, además de infringirse la Ley Habilitante y, por ende, los preceptos constitucionales relativos a la correspondiente habilitación, se violó el artículo 49, número 6, de la Constitución, que acabamos de transcribir.

Invocamos la siguiente doctrina (Arteaga Sánchez, Alberto: *Derecho Penal Venezolano*, Quinta Edición, Caracas, 1990, p. 56):

> Las normas penales sólo pueden emanar de una ley propia... Debe observarse que no cabe la posibilidad de establecer normas penales a través de otro medio que no sean las leyes propias..., emanadas del Poder Legislativo. De esta manera, no podría el Ejecutivo en ningún caso dictar normas penales, ni aun a través de los denominados decretos-leyes (actos emanados del Poder Ejecutivo a través de los cuales se establecen disposiciones sobre materias propias de la ley formal)... Y ello, por cuanto... corresponde exclusivamente al Congreso legislar sobre... la materia penal

En el mismo orden de ideas, hacemos valer la cita doctrinal copiada a continuación (Sosa Chacín, Jorge: *Teoría General de la Ley Penal*, Caracas, 1993, pp. 121 y 122):

> El Estado venezolano reconoce sólo la ley escrita como única fuente productora de las normas penales *estricto sensu*. ... Podemos entonces decir que en nuestro Derecho la ley estatal escrita es la única fuente válida para crear la ley penal... Al hablar de ley escrita nos estamos refiriendo a la ley jurídica estatal nacida como acto de las Cámaras del Congreso Nacional actuando como cuerpos colegisladores... Sólo las leyes propiamente dichas... pueden crear la norma penal *strictu sensu*, cuya elaboración es reserva del Poder Nacional.
>
> ...En razón de lo dicho, no se pueden crear válidamente, en un régimen de *iure*, normas penales por medio de Decretos-Leyes del Poder Ejecutivo... Por tanto, son nulas por inconstitucionales...

La doctrina más reciente (Avellaneda Sisto, Eloísa: *El Régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999*, Caracas, 2001, p. 99) también enseña que los decretos-leyes pueden regular la materia económica, financiera, social o administrativa, sin mencionar la materia penal, cuya regulación corresponde exclusivamente a las leyes propiamente dichas:

> El Presidente puede emitir decretos con fuerza de ley en las materias contempladas en la ley de habilitación, sean materia económica, financiera, social o administrativa.

En consecuencia, afirmamos que las responsabilidades y sanciones que pueden establecerse mediante dicho decreto-ley son, única y exclusivamente, aquellas que no tengan carácter penal. Así que es inconstitucional que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros trate la responsabilidad penal de sus infractores; materia que sólo puede ser objeto de una ley dictada por la Asamblea Nacional.

XXX. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo hemos tratado de dejar claro que la nueva legislación representó un cambio total de enfoque en relación con el régimen derogado, pues el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es muy detallado, muy rígido y muy severo, al punto de que consideramos que *todos* los artículos que comentamos en los capítulos anteriores son contrarios a la Constitución.

Es más, a todo lo largo de su articulado, el referido decreto-ley contiene numerosísimas disposiciones sumamente minuciosas, detallistas y hasta absurdas, en cuanto a cómo deben actuar las empresas de seguros y cómo deben relacionarse con sus accionistas, sus administradores, sus filiales, sus clientes, sus distribuidores, sus proveedores, sus reaseguradores, sus asesores, sus auditores y, sobre todo, su órgano de supervisión, al cual, además de las funciones de control que le son propias, que son exacerbadas en la nueva legislación, se le asignan facultades jurisdiccionales y normativas.

En los capítulos anteriores nos referimos, entre otros asuntos, a las nuevas imposiciones legales, en nuestro criterio inconstitucionales, relativas a cómo deben interactuar las empresas de seguros y *sus accionistas, sus clientes, sus auditores y su órgano de supervisión*. En los párrafos siguientes trataremos brevemente algunos aspectos cuestionables, aunque no necesariamente inconstitucionales, de la regulación de la relación entre las empresas de seguros y *sus administradores, sus filiales, sus distribuidores, sus reaseguradores, sus proveedores y sus asesores*. A tal efecto, nos permitimos hacer referencia seguidamente a varios textos del artículo 77 de dicho decreto-ley, así como a sus artículos 104, 114 y 166.

En lo que respecta a la interacción entre los directores y las aseguradoras, el citado artículo 77, en su número 2, dispone:

> Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán:... Otorgar, directa o indirectamente, préstamos a sus directores, consejeros, asesores, empleados y obreros, a menos que se trate de préstamos concedidos dentro de programas de incentivos laborales, tales como préstamos con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda principal, préstamos garantizados con sus prestaciones sociales o préstamos documentados o automáticos sobre pólizas de vida. Tampoco podrán otorgar préstamos a *empresas filiales, afiliadas o relacionadas con sus directores* en los términos de este Decreto Ley (las cursivas son nuestras).

La norma que acabamos de transcribir, que contiene una prohibición absoluta de préstamos a empresas relacionadas con los directores de las aseguradoras o reaseguradoras, hace caso omiso de la circunstancia de que la palabra *relacionadas* es demasiado amplia. El legislador debió ser más preciso, limitando la discrecionalidad que la vaguedad de esta norma dará a la Superintendencia de Seguros. Además, la referencia a las empresas *filiales* de tales administradores es defectuosa, pues los directores son personas naturales. En realidad, bastaba con establecer que no se puede otorgar préstamos a los directores, *ni directa ni indirectamente*, lo cual ya está escrito al inicio de la misma norma.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus filiales, el número 3 del mismo artículo 77 establece:

> Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán:... Otorgar préstamos a quienes formen parte de su mismo *grupo económico* (las cursivas son nuestras).

O sea que esta última disposición prohibe a las aseguradoras y reaseguradoras dar préstamos a quienes formen parte del correspondiente grupo económico, el cual es un concepto nuevo en la legislación sobre seguros, similar al concepto de grupo financiero en la legislación bancaria. Ahora bien, al respecto observamos: dentro de una relación matriz-filial (siendo la *matriz* una empresa de seguros o reaseguros y la *filial* una sociedad en la que tal empresa invierte), es aconsejable que el apoyo de la matriz a la filial no esté limitado a inversiones de capital. Era prudente dejar abierta la posibilidad de que la primera pudiera otorgar financiamiento a la segunda, que podría ser reembolsado o capitalizado, de acuerdo con las circunstancias. El citado número 3 del artículo 77, en la práctica, obliga a las empresas de seguros y reaseguros a hacer aportes de capital a sus filiales, en lugar de dar a aquéllas la posibilidad de respaldar a éstas mediante préstamos, cuyos riesgos el legislador pudiera haber minimizado estableciendo límites cuantitativos razonables, así como un plazo legal máximo para el correspondiente reembolso o capitalización.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus distribuidores, el número 9 del mismo artículo 77 reza así:

> Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán:... Colocar pólizas de seguros a través de personas que no sean *productores* ni *trabajadores* de la empresa de seguros. Se exceptúan de esta prohibición *otros canales de comercialización*, previa *autorización* de la Superintendencia de Seguros, entendiéndose por este tipo de operación las de celebración de contratos de seguros colocándolos a través de otras personas jurídicas (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé la posibilidad de abrir canales de distribución alternativos, incluyendo banca-seguros; pero se requiere una autorización expresa de la Superintendencia de Seguros, que no se justifica, al menos en el caso de banca-seguros. Cuanto menos, se debió establecer un sistema de silencio positivo o autorización tácita, para evitar que la demora de la Superintendencia de Seguros, de ser el caso, detenga las operaciones de banca-seguros.

La norma que acabamos de transcribir deja claro que la distribución ordinaria de los productos de seguros se realiza a través de los trabajadores de las aseguradoras y de los productores que intermedian entre éstas y sus clientes. También deja claro que existen canales de distribución alternativos, como el de banca-seguros. Ahora bien, no sólo es criticable el requisito de autorización previa y expresa por esta Superintendencia para banca-seguros y los demás canales de distribución alternativos, sino que a ello se añade que el artículo 88 del mismo decreto-ley exige una notificación de los contratos corres-

pondientes a dicha Superintendencia y que tal distribución se realice conforme a un plan aprobado por junta directiva. Además, el citado artículo 88 impone que la apertura de oficinas, sucursales o agencias sea objeto de una notificación al mismo Organismo y de un plan aprobado por junta directiva, igualmente notificado. Efectivamente, el citado artículo 88 dice:

> La apertura de oficinas, sucursales o agencias de empresas de seguros o de reaseguros en el país o en el exterior, así como cualquier contrato para colocar sus productos deberá realizarse dentro del marco de planes previamente definidos y aprobados por la junta directiva de la empresa. Dichos planes, así como la apertura, traslado o cierre de los locales, oficinas, sucursales o agencias serán notificados a la Superintendencia de Seguros con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación a su ejecución.
>
> Cuando la empresa se encuentre sometida a un régimen de medidas administrativas, la apertura, traslado o cierre de oficinas, sucursales o agencias requerirá autorización previa de la Superintendencia de Seguros.
>
> La apertura de oficinas, sucursales o agencias en el exterior y siempre que se adquiera el control de empresas en el exterior, requerirá autorización previa de la Superintendencia de Seguros.

El que la apertura de oficinas, sucursales o agencias de las aseguradoras y reaseguradoras en el país, así como los contratos que ellas celebren para colocar sus productos en Venezuela, deban formar parte de un plan aprobado por la junta directiva y deban ser notificados -la apertura, los contratos y el plan- a la Superintendencia de Seguros, con la antelación establecida en el artículo que acabamos de transcribir, crea una situación en la cual dicha Superintendencia puede sentirse autorizada para formular objeciones, lo que limitaría demasiado y sin justificación alguna la operación de las aseguradoras, que tiene que ser dinámica. Además, el plan estratégico de cualquier empresa es un documento confidencial donde ésta establece objetivos para buscar ser más competitiva y generar valor para la organización; por lo tanto, es un documento que sólo concierne a la empresa que lo elabora, salvo que ésta esté en dificultades económicas que justifiquen un examen por dicha Superintendencia, que no es lo previsto en el citado artículo 88.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus reaseguradores, el artículo 104 del referido decreto-ley dispone:

> En caso de reaseguros proporcionales, incluyendo los facultativos, las empresas de seguros y las de reaseguros podrán deducir de sus reservas técnicas la proporción que hayan cedido o retrocedido a empresas de seguros o de reaseguros inscritas en el Registro que a tal efecto llevará la Superintendencia de Seguros. Cuando se trate de reaseguros no proporcionales tal deducción sólo podrá hacerse en relación con las reservas para siniestros pendientes de pago y para siniestros ocurridos y no avisados.
>
> Las empresas de seguros o las de reaseguros en caso de ceder riesgos a *reaseguradores no inscritos* en el Registro que lleva la Superintendencia de Seguros deberán *constituir la totalidad de las reservas* técnicas, incluyendo la parte correspondiente a riesgos cedidos o retrocedidos. (Las cursivas son nuestras).

Así que las aseguradoras deberán constituir reservas por la porción del riesgo reasegurada, si la reaseguradora de que se trate no está inscrita en un registro de la Superintendencia de Seguros, quien podría negar tal inscripción. Al respecto, cabe preguntarse si, a estas alturas, se justifica realmente sancionar a las aseguradoras, obligándolas a constituir reservas sobre la parte del riesgo cedido en reaseguro, por el mero hecho de que la reaseguradora correspondiente no esté inscrita en el registro de esta Superinten-

dencia. Entendemos que hay compañías internacionales de reaseguro muy grandes, serias y solventes, que no están inscritas en dicho registro, lo que no les quita credibilidad, ni afecta adversamente su respaldo.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus proveedores, el artículo 114 del mismo decreto-ley establece que las empresas de seguros deben cumplir con los seguros de hospitalización, cirugía y maternidad, así:

> …mediante el reembolso de los gastos en que el asegurado hubiera incurrido o mediante la prestación del servicio de salud que éste requiera a través de un profesional de la medicina o de un centro médico asistencial.

Esta disposición olvida que las empresas de seguros no prestan servicios de salud, sino que los pagan. El mismo artículo señala que, si tales empresas prestan dicho servicio a través de los aludidos profesionales o centros, deben decirlo en la póliza e indicar, "mediante avisos colocados en cada una de sus oficinas de atención al público y en los medios de información electrónicos, los centros asistenciales proveedores". La disposición citada agrega:

> En estos casos podrá preverse que la empresa de seguros otorgue carta aval... claves de acceso... Si la póliza sólo prevé que las indemnizaciones se realizarán mediante reembolso, no podrán ofrecerse cartas avales o claves de ingreso...

De la manera indicada, la nueva legislación limita innecesariamente a las aseguradoras, colocándolas en una situación de rigidez absolutamente injustificada, en perjuicio de los asegurados. En el mismo sentido, el citado artículo dispone:

> ...la empresa de seguros... (y) ...los centros asistenciales proveedores... deben haber suscrito los contratos que aseguren dicha prestación durante el trimestre en referencia (el paréntesis es nuestro).

La norma que acabamos de citar señala que, si las empresas de seguros no se comprometen a prestar dicho servicio, entonces no pueden ofrecerlo.

Por lo tanto, es posible para las aseguradoras no ofrecer dichos servicios, sino prestarlos sin obligación previa y sólo a quienes los soliciten. En efecto, usualmente son los asegurados quienes piden a las aseguradoras que otorguen tales cartas avales o claves de acceso, en ambos casos para poder ingresar a las clínicas, sin que estas últimas les soliciten un depósito o la firma de una letra de cambio o un *voucher* de tarjeta de crédito *en blanco*. De modo que, en nuestra opinión, las aseguradoras pueden, sin asumir la obligación de suministrar dichos servicios, ni darles ninguna difusión, prestárselos a quienes los soliciten. Esto es compatible con el texto del artículo citado, del siguiente tenor:

> *Si la póliza sólo prevé que las indemnizaciones se realizarán mediante reembolso, no podrán ofrecerse cartas avales o claves de ingreso o cualquier otra modalidad o servicio en las publicidades u ofertas que sobre el producto se realicen. Cualquier anuncio u oferta en este sentido obliga a la empresa de seguros a otorgar estos servicios en los términos ofrecidos dentro de los límites de cobertura señalados en la póliza* (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, ¿qué necesidad tenía el legislador de regular, en tal grado de detalle, la relación entre clínicas y aseguradoras? ¿No es esto en perjuicio del asegurado?

En el mismo orden de ideas, pero en lo que concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus asesores, el número 14 del artículo 166 del mismo decreto-ley expresa que la Superintendencia de Seguros podrá decidir lo siguiente, como medida preventiva:

> *Prohibir la contratación de asesores* sin autorización de la Superintendencia de Seguros (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, no se entiende en qué puede ayudar el no contratar asesores no autorizados por la Superintendencia de Seguros, tratándose de personas que simplemente van a prestar su asesoría, de manera no vinculante.

El establecer disposiciones sumamente minuciosas, detallistas y hasta absurdas, en cuanto a cómo deben actuar las empresas de seguros, tiene el agravante de que, bajo el régimen del referido decreto-ley, se llega al resultado de que las personas naturales y jurídicas sometidas al mismo, en especial las aseguradoras y reaseguradoras, sólo pueden realizar lo expresamente permitido, con lo que se acaba con la tradición venezolana -y casi universal- de que las personas de derecho privado pueden hacer todo lo que no les esté prohibido. Dicho resultado es la consecuencia de que la nueva legislación establece, respecto de las empresas de seguros y reaseguros, un objeto social único, una lista de actividades permitidas, la necesidad de autorización para actividades conexas y la prohibición de actividades no conexas (artículo 49 número 3, artículo 50 número 3 y artículos 73 y 74).

Además, el referido decreto-ley no solamente estableció unas reglas muy exigentes en relación con las reservas técnicas (artículos 89 y siguientes), sino que también consagró restricciones innecesarias en la inversión de bienes no aptos para representar dichas reservas (artículo 75 número 1), lo que constituye, una vez más, una clara manifestación del carácter intervencionista de la nueva legislación.

Por si todo lo anterior fuera poco, el referido decreto-ley confundió el papel del inversionista con el papel del administrador, lo que ocasiona una concepción equivocada de las responsabilidades civiles y penales de los accionistas, los miembros de la junta directiva y quienes tengan a su cargo la dirección efectiva y la gestión diaria de las empresas de seguros y reaseguros (artículos 99, 101, 134 y 172); responsabilidades que son contrarias a los conceptos básicos del derecho civil de las obligaciones y del derecho mercantil de las sociedades.

A pesar del cambio dramático que representó la nueva legislación y de la circunstancia de que el último anteproyecto difundido fue el del 8 de marzo de 2001, la totalidad de los artículos de dicho decreto-ley es de aplicación inmediata a partir del 12 de noviembre de 2001, que es la fecha en que el mismo fue publicado en la Gaceta Oficial. Así que las personas naturales y jurídicas sujetas a dicho decreto-ley no tuvieron la oportunidad de tomar previsiones para cumplir las disposiciones sumamente minuciosas, detallistas y hasta absurdas allí contenidas. En efecto, por un lado, no hubo un verdadero proceso de consultas y transcurrieron ocho (8) meses, entre marzo y noviembre de 2001, sin que se distribuyera ningún proyecto; y, por otro lado, la disposición final única del mismo decreto-ley dispone:

> El presente Decreto Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

La Superintendencia de Seguros se enfrenta a la paradoja de que, por un lado, goza de una enorme discrecionalidad en algunos asuntos, la cual se presta para que se cometan arbitrariedades; y, por otro lado, en otros asuntos está sujeta a una serie de restricciones que no tienen mayor sentido, en desmedro de su propia eficiencia, especialmente en cuanto a plazos y mecanismos para ejecutar soluciones (artículos 52, 102, 177, 168, 181 y 271). Esto tiene el agravante de que dicho Despacho debe aplicar el referido decreto-ley, que regula tanto a las personas naturales y jurídicas que ejecutan actividades de

seguros y actividades relacionadas, cuyas actuaciones se ven severamente restringidas, como a los apoderados y otros individuos que prestan servicios a tales personas, los cuales no deberían ser supervisados a título personal (artículo 8); pretendiendo normar, tanto los aspectos trascendentes relativos a tales personas y actividades, como sus aspectos irrelevantes o intrascendentes.

Dado el carácter tan minucioso, detallista y hasta absurdo de muchas disposiciones del referido decreto-ley, las cuales abarcan, sorpresiva e indiscriminadamente, casi todos los aspectos imaginables del negocio asegurador y de las actividades relacionadas directa o indirectamente con éste, resulta muy fácil violar tales disposiciones, o bien por inadvertencia, o bien porque su articulado contiene muchas normas insólitas, difíciles de entender y divorciadas de la realidad económica.

El extenso articulado de dicho decreto-ley evidencia la dificultad, onerosidad y, en ocasiones, hasta imposibilidad de cumplir con todas sus disposiciones, por cuyo respeto, sin embargo, debe velar la Superintendencia de Seguros. Uno podría pensar que un decreto-ley tan extenso como éste debería tener, al menos, la ventaja de que incluyera una regulación clara y completa de la actividad por él regulada. Pero éste no es el caso, lo que genera inseguridad jurídica.

Nos permitimos citar cuatro ejemplos, a título ilustrativo, de lo oscuro e incompleto de la nueva legislación. Nos referiremos, en primer término, a los temas de procompetencia, respecto de los cuales mencionaremos los artículos 3 y 4; en segundo lugar, a la necesidad de asegurar en el país los riesgos ubicados en Venezuela, en relación con lo cual haremos alusión al artículo 6; en tercer lugar, al artículo 244, sobre los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros; y, finalmente, al artículo 162, relativo a la escisión:

Primeramente, los artículos 3 y 4 del referido decreto-ley establecen lo que copiamos de seguidas:

> El Estado protegerá la *libre competencia en la actividad aseguradora*, y velará por el funcionamiento del mercado asegurador, de sus integrantes, productores, auxiliares y los profesionales que sean utilizados de forma frecuente por las empresas de seguros, así como los derechos de los tomadores, los asegurados y los beneficiarios.
>
> El control, regulación, inspección, fiscalización y vigilancia de la actividad aseguradora, reaseguradora, de producción de seguros y reaseguros y demás actividades conexas se ejerce a través de la *Superintendencia de Seguros*. La intervención del Estado en esta actividad se realizará para la protección de los tomadores, o los asegurados o los beneficiarios de los contratos de seguros y en salvaguarda de la estabilidad del sector asegurador. (Las cursivas son nuestras).

Ahora bien, de la lectura de los citados artículos 3 y 4, no queda claro quién es el órgano competente para los temas de protección a la competencia en los que se encuentren involucrados empresas de seguros, si lo es la Superintendencia de Seguros o la Superintendencia Procompetencia. Por lo tanto, estos dos artículos crean confusión innecesariamente.

En segundo término, el artículo 6 del referido decreto-ley establece, en su primera parte, lo copiado seguidamente:

> Salvo las operaciones de reaseguro, queda prohibido celebrar operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Venezuela, *cuando el riesgo esté ubicado en el territorio nacional* (las cursivas son nuestras).

Así que se prohibe la celebración de determinados seguros con aseguradoras del exterior, siendo el lugar de ubicación del riesgo el elemento determinante. Ahora bien, esta disposición tampoco es nada clara. En efecto, si bien el primer párrafo del citado artículo 6 establece que el criterio para determinar si la operación está prohibida o no es el lugar de ubicación del riesgo, se omite incluir algún elemento definitorio. El artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros derogada, aunque tenía defectos, era más preciso, pues establecía ciertos parámetros para determinar si el riesgo estaba o no en Venezuela, a saber: en el seguro de personas, el domicilio de la persona de que se trate; en el seguro sobre bienes, la situación de éstos; y, en el seguro sobre vehículos, su lugar de matriculación. Si se va a mantener la prohibición (cosa que por lo demás quizás no se justifica), debería establecerse una definición precisa en el citado artículo 6, y más tratándose de una prohibición, para que el público sepa a qué atenerse. Además, se debería consagrar una sanción, pues una prohibición sin penalidad es un saludo a la bandera.

En tercer término, el artículo 244 del referido decreto-ley establece lo copiado seguidamente:

> Son derechos de los tomadores, los asegurados o los beneficiarios de los seguros los siguientes:
>
> 1. Información adecuada sobre las diferentes pólizas y servicios que les permitan elegir conforme a sus deseos y necesidades.
>
> 2. Redacción de los contratos de seguros de manera tal que se facilite su comprensión.
>
> 3. Promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado asegurador.
>
> 4. Educación, instrucción y orientación sobre la adquisición y utilización de las pólizas y servicios.
>
> 5. Protección de los intereses colectivos o difusos.
>
> 6. Protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir y las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por los sujetos regulados por el artículo 1 del presente Decreto Ley.
>
> 7. Constitución de asociaciones para la representación y defensa de sus derechos e intereses.

Este tipo de declaraciones no tienen mayor utilidad para las personas que se busca proteger, si no son redactadas en términos mucho más precisos y dentro del contexto correcto. Allí se consagra, entre otras cosas, el derecho del asegurado a conocer las pólizas, a la promoción y protección de sus intereses, y a la educación, instrucción y orientación sobre estos temas; pero no se dice quién es el obligado. ¿Será el Estado? Obviamente, las aseguradoras deben redactar pólizas claras, dentro de los límites de lo posible, y que sean equitativas; además, deben ponerlas a disposición de los tomadores de seguros, quienes pueden leerlas y hacer preguntas al respecto antes de dar su consentimiento. Sin embargo, por una parte, nada de esto es materia del referido decreto-ley, sino del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro; y, por otra parte, no es razonable decir, por ejemplo, lo siguiente: que las aseguradoras están obligada a educar a sus clientes, pues no se trata de centros educativos; ni a orientarlos en sus reclamos, pues son sus contrapartes; debiendo los agentes, corredores o sociedades de corretaje de seguros cumplir con las funciones de asesoría que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros atribuye a los productores o intermediarios (artículo 204).

En cuarto lugar, en el artículo 162 de este decreto-ley se expresa, entre otras cosas, lo siguiente:

> La *escisión* de empresas se llevará a cabo conforme al procedimiento que se establece en esta Ley para la *fusión* de las empresas de seguros y las de reaseguros en lo que sea aplicable (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, se debió regular la escisión, que es una figura jurídica muy útil y de gran importancia. Este único artículo es absolutamente insuficiente. La escisión es lo contrario de la fusión, igualmente útil e importante, por lo que tendría sentido que cada una tuviera sus propias normas, tanto procedimentales, como de fondo.

De modo que existen carencias graves. Esto es paradójico, dado lo extenso y detallado del referido decreto-ley.

Pero la paradoja no termina allí. En efecto, con lo extenso y detallado que es este decreto-ley, el mismo debería ser un texto normativo tan completo, que no fuese necesaria mayor regulación de rango sub-legal; pero es el caso que allí se prevé complementarlo mediante un reglamento general y mediante numerosas resoluciones de la Superintendencia de Seguros. Tan es así, que la facultad normativa de esta Superintendencia tiene relativamente pocos límites y cubre muchísimas áreas. Al respecto, nos permitimos citar, a título ilustrativo, el número 4 del artículo 254 *eiusdem*, que establece:

> El tomador se liberará de la obligación de pago de la prima:... A través de cargos en tarjetas de crédito, de débito, transferencias bancarias u otros medios de pago electrónicos, de conformidad con las *normas que al efecto dicte la Superintendencia de Seguros* (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé que la Superintendencia de Seguros dicte normas en relación con los pagos a las aseguradoras mediante transferencia bancaria, tarjeta de crédito o medios electrónicos. Ahora bien, tales normas son innecesarias, no teniendo ningún sentido que esta Superintendencia tenga que regular cosas tan sencillas como los pagos directos a las empresas de seguros. Tal regulación excesiva evidencia, una vez más, los excesos en que incurrió el legislador.

A pesar de lo oscuro y hasta incompleto que puede ser dicho decreto-ley, lo que resulta irónico dada su gran extensión, y no obstante la dificultad, onerosidad y hasta imposibilidad de cumplimiento de algunas de sus disposiciones, es el caso que el artículo 271 *eiusdem* establece lo siguiente: más de cinco (5) sanciones en tres (3) años, impuestas por la Superintendencia de Seguros, acarrean la suspensión de la autorización para operar de los infractores, por hasta seis (6) meses; y, si luego dicha Superintendencia impone tres (3) sanciones en tres (3) años, procederá la revocación de tal autorización. Además de dicha suspensión y eventual revocación, este mismo artículo contempla una inhabilitación de los personeros de las empresas afectadas por la revocatoria.

Las limitaciones a las empresas de seguros y reaseguros, y los poderes de la Superintendencia sobre éstas, según la generalidad de los artículos del referido decreto-ley, constituyen limitaciones y poderes excesivos, los cuales se erigen en una especie de Espada de Damocles sobre el negocio de seguros, en su más amplia acepción, dado el citado artículo 271, de aplicación inmediata desde el 12 de noviembre de 2002, en que dicho decreto-ley fue por primera vez dado a conocer, mediante su publicación en la *Gaceta Oficial*. Este artículo está redactado en términos muy amplios, ya que se refiere a cualquier sanción, sin importar la ausencia de gravedad de la infracción cometida; así que la atribución legal de suspender y revocar autorizaciones, lo mismo que las correspondientes inhabilitaciones, no están supeditadas a que exista motivo serio para ello.

Por no citar sino un ejemplo adicional de tales poderes excesivos, nos limitaremos a llamar la atención sobre el tema relativo a *las relaciones entre las aseguradoras y sus clientes*, respecto del cual la Superintendencia de Seguros, conforme al referido decreto-ley, concentra atribuciones propias del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

En efecto, esta Superintendencia tiene, en primer lugar, las funciones de control que le son propias, como ente gubernamental; pero el artículo 267 del mismo decreto-ley establece que el mismo Despacho impondrá multas a las empresas de seguros y reaseguros que dejen de cumplir sus obligaciones respecto de sus clientes y proveedores, lo que da atribuciones a dicha Superintendencia para inmiscuirse en las relaciones correspondientes. En segundo lugar, la letra f del número 4 del artículo 10 del referido decreto-ley menciona, entre las "facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros", la de "Dictar *regulaciones* para la actividad aseguradora", para lograr "Que en las relaciones con los tomadores, los asegurados y los beneficiarios se mantengan condiciones de igualdad y equidad". En tercer lugar, el artículo 257 del mismo decreto-ley trata las funciones arbitrales del mismo Despacho, incurriendo en el exceso de eliminar la posibilidad de obtener decisiones judiciales respecto de todos "los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.)", así como la posibilidad de que las decisiones obtenidas respecto de tales casos sean de derecho y no de equidad.

Es así que el referido decreto-ley asigna un poder normativo a la mencionada Superintendencia con respecto a la relación entre las partes del contrato de seguro, y ordena a dicho Organismo asesorar a las contrapartes de las aseguradoras, imponer sanciones administrativas a las aseguradoras a solicitud de tales contrapartes y actuar como juez privado en las controversias entre ambas que hayan de ser resueltas mediante arbitraje obligatorio.

A lo anterior se añade la inseguridad jurídica resultante de la poca claridad y las inconsistencias de la nueva normativa, las cuales se erigen en una suerte de mezcla explosiva, conjuntamente con las sanciones excesivas y destructoras previstas en el referido decreto-ley, y las facultades casi ilimitadas y contrarias al sentido común que el mismo le atribuye a la Superintendencia de Seguros.

La suspensión, revocación e inhabilitación previstas en el citado artículo 271, aunadas a las demás disposiciones citadas en el presente trabajo, que limitan demasiado a los entes sujetos al referido decreto-ley y dan poderes excesivos al órgano de control, hacen de la nueva legislación un instrumento que es susceptible de causar gravísimos daños, que van más allá de las personas naturales y jurídicas afectadas directamente.

En efecto, de la aplicación del citado artículo 271, puede derivar la suspensión de la autorización de, prácticamente, cualquier empresa de seguros, en razón de infracciones al referido decreto-ley cometidas a partir del 12 de noviembre de 2001; fecha en la que las aseguradoras pudieron leer por primera vez dicho decreto-ley, el cual, por la manera tan sorpresiva como fue promulgado y la forma tan minuciosa, detallista y hasta absurda como está concebido, puede dar lugar a que cualquier empresa de seguros, por inadvertencia y hasta por necesidad, cometa más de cinco (5) violaciones en tres (3) años. Entonces, de aplicarse el referido decreto-ley, sucede que, para muchas empresas, las infracciones conducentes a su futura suspensión comenzaron el 12 de noviembre de 2001, ya que, en el mejor de los casos, fue este día que conocieron el nuevo régimen legal. Según el mismo artículo 271, procede la revocación de la licencia, si ocurren tres (3) violaciones en los tres (3) años subsiguientes; así que, de aplicarse el referido decreto-ley, las muchas empresas afectadas tendrán que cambiar de objeto o que ser disueltas

y entrar en liquidación, quedando además sus personeros inhabilitados. Son inimaginables todos los daños que eso acarrearía, a nivel de individuos sin trabajo y empresas destruidas, con lo cual la economía y el país entero saldrían perjudicados.

Estos daños potenciales son susceptibles, o bien de inhibir a la Superintendencia de Seguros en cuanto concierne a la aplicación de dicho decreto-ley, o bien de provocar una situación en la cual dicho decreto-ley sólo se aplicará a algunas personas naturales o jurídicas, de manera similar a lo que ocurre actualmente con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En cualquiera de estas dos hipótesis, sería necesario llegar a la conclusión de que el nuevo régimen legal nació muerto, salvo su eventual utilización para fines políticos.

Todo ello repercute negativamente, no solamente sobre la eficacia de la Superintendencia, como órgano de control, sino también sobre el patrimonio y hasta la supervivencia de las aseguradoras y sus clientes, proveedores y accionistas, indefensos ante el nuevo régimen legal.

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA

Enrique Rojas Franco
Profesor de la Universidad de Costa Rica

El hombre es por naturaleza un ser social: imposible sería la conservación de la vida humana si los hombres permanecen aislados. El Estado es un producto social, lo que significa que ha nacido o se ha creado por los diferentes componentes de una Sociedad para que satisfaga las diferentes necesidades de sus componentes. Más claro, el Estado no puede interpretarse más que en su función teleológica, por cuanto los actos cognoscitivos del ser humano, tienden inexorablemente a buscar siempre un fin, un objeto. Este objeto o finalidad sería satisfacer una necesidad pública, la suma de las necesidades individuales[1]. De modo que, bajo esa premisa, el Estado crea una serie de normas jurídicas de carácter formal e informal, que viene a constituir el ordenamiento jurídico o bloque de legalidad, el cual lo que pretende es regular la actividad *in toto* de los componentes de la Sociedad.

No obstante, el Estado al emitir esas normas jurídicas, de carácter obligatorio, coactivo y coercitivo, las aplica y se somete a ellas. De forma que, esas normas que autolimitan la actividad pública, son la piedra angular o fundamental del denominado *derecho público*, en el sentido que el Estado sólo puede realizar aquellos actos, tanto materiales como formales, que le autoriza, le permite ese ordenamiento jurídico expresa o implícitamente. De modo tal que el principio de legalidad aplicado a la Administración expresa la regla según la cual la Administración debe actuar conforme a Derecho[2].

Lo anterior se cierra en la existencia de un principio jurídico general básico del Derecho Público en general, que es un derecho jerarquizado. "Hablar de jerarquía de fuentes implica establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas al caso concreto y el criterio para solucionar las contradictorias prescripciones que se encuentren en normas de distinto rango"[3]. En términos tales que, normas superiores se imponen a normas inferiores o a la inversa. Estas normas inferiores no pueden contrariar los preceptos de las normas superiores.

Esos dos aspectos, principio de legalidad[4] y jerarquía normativa[5], son la base fundamental para entender todo el Derecho Público en general del Derecho Comparado.

---

1. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t II, Parte General, 5ta. Edición, Buenos Aires 1998, pp. VI-34.
2. VEDEL Georges, *Derecho Administrativo*, Aguilar S.A., traducción de la 6ta. Edición francesa, Madrid 1980, p. 220.
3. MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t I, 1966, p. 204.
4. El principio de legalidad administrativa se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, transcritos a continuación:
Constitución Política.
Artículo 11.

A pesar de la consagración de esos principios, la realidad es que tienen que existir también medios de impugnación, fórmulas procesales, garantías, procedimientos, acciones, para lograr que si la potestad pública rebase los límites normativos, el ciudadano pueda hacer uso de aquellos remedios para que se pueda enmendar la injusticia; en otras palabras, sin existir remedios de tipo procesal, no es posible hablar de un verdadero y eficaz Estado de Derecho.

I. CONTROL INTERNO. EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA HÍBRIDO COSTARRICENSE

El Estado costarricense posee un sistema presidencialista, aunque se habla de que es híbrido, en razón de tener algunos elementos de corte parlamentario. En efecto, la Constitución se basa en la existencia de tres Poderes distintos e independientes entre sí, entre los cuales y a lo largo de su normativa, ella misma genera o produce relaciones de control y cooperación, dentro de lo que podemos denominar un sistema presidencialista atenuado, ya que también contiene normas propias de un sistema parlamentario, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 145 de la Carta Política: "Los Ministros de Gobierno podrán concurrir en cualquier momento, con voz pero sin voto, a las sesiones de la Asamblea Legislativa, y deberán hacerlo cuando ésta así lo disponga[6]".

No obstante, el superior jerarca de la Administración Pública, lo constituye el Presidente de la República. Los Ministros son obligados colaboradores del Presidente y pueden ser libremente nombrados y removidos por el primer mandatario de la República, el

---

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir lso deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

Ley General de la Administración Pública

Artículo 11.

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

5. El principio de jerarquía normativa se encuentra en la Ley General de la Administración Pública,

Artículo 6.

1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

a) La Constitución Política;

b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;

c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;

d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;

e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y

f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.

3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos".

6. *Sala Constitucional*, Voto n° 6252-96 de 15 H. de 18 de noviembre de 1996. Consulta Legislativa.

cual es electo cada cuatro años mediante voto universal, secreto, libre y directo[7], por todos los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, los cuales son propuestos por los diferentes partidos políticos inscritos ante el Tribunal Supremo de Elecciones. El Presidente es el jerarca supremo de la Administración civil[8]. Por otra parte, nuestro Estado es un Estado en el que existe la división de poderes, no en el sentido clásico, sino de división de atribuciones o competencias establecidas por la Constitución Política.

Los órganos superiores de la Administración del Estado son el Presidente de la República, los Ministros el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno[9]. El Presidente junto al Ministro de ramo forman lo que se conoce como el Poder Ejecutivo. El Consejo de Gobierno se define como la reunión de el Presidente de la República y los Ministros de Estado, o en su caso, los Viceministros en ejercicio.

La Constitución Política de la República de Costa Rica fija a este órgano las siguientes atribuciones:

1. Solicitar de la Asamblea Legislativa la declaratoria del estado de defensa nacional y la autorización para decretar el reclutamiento militar, organizar el ejército y negociar la paz;
2. Ejercer el derecho de gracia en la forma que indique la ley;
3. Nombrar y remover a los Representantes Diplomáticos de la República;
4. Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo;
5. Resolver los demás negocios que le someta el Presidente de la República quien, si la gravedad de algún asunto lo exige, podrá invitar a otras personas para que, con carácter consultivo, participen en las deliberaciones del Consejo[10].

Sin embargo, en la práctica, el Presidente tiene un gran poder y un gran liderazgo político administrativo. Rara vez, en alguna decisión de alta política en Costa Rica, puede ser ignorado el señor Presidente de la República, al tener éste el carácter de máximo jerarca de la Administración Pública con carácter de funcionario público, el cual debe jurar respetar la Constitución y las Leyes de la República[11].

II. JERARQUÍA PROPIA Y JERARQUÍA IMPROPIA

La jerarquía propia es definida en nuestra Ley General de la Administración Pública, en su artículo 102, donde se indica que "habrá relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia".

7. HERNANDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución*, Editorial Juricentro, Volumen II, San José 1994, pp. 548-552.
8. Recuérdese que en Costa Rica fue abolido el Ejército desde el año 1949 como institución permanente. Al efecto dice el artículo 12 de la Constitución Política que dice:
"Se proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y la conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unos y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva".
9. *Ley General de la Administración Pública*, n° 6227 de 2 de mayo 1978, art. 21.
10. *Constitución Política de la República de Costa Rica*, de 7 de diciembre de 1949, art. 147.
11. *Constitución Política*, art. 147.

Esta relación jerárquica le da al superior jerárquico, de conformidad con el artículo 102 *ibídem*, las potestades que se enumeran a continuación:

a. Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;

b. Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;

c. Ejercer la potestad disciplinaria;

d. Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;

e. Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y

f. Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

De igual manera, se faculta al jerarca para nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente. Como consecuencia de la relación jerárquica y en los términos de la Ley General de Administración Pública, habrá recurso jerárquico contra todo acto del inferior. Este se define como la reclamación que se promueve para que el superior jerárquico del autor del acto que se cuestiona, examinando este acto, lo modifique o lo extinga, siguiendo para ello el procedimiento expresamente establecido en las normas[12]. Bajo esa premisa, el jerarca tiene poder de revocar, de anular o reformar de oficio o en virtud de Recurso Administrativo, la conducta indebida, ilegítima, inconveniente, inoportuna e ilegal del inferior.

Es importante mencionar la relación de dirección. En efecto la jerarquía implica la potestad de dirección pero no a la inversa. De modo tal que, el jerarca propio tiene la potestad de dirección, pero el hecho o la circunstancia que se tenga potestad de dirección, no significa que exista jerarquía. Por otra parte, la delegación, sustitución, subrogación o avocación, solamente pueden darse por una Ley que lo habilite. En todo caso no pueden transferirse las competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución.

Por último, esa relación de jerarquía implica varios poderes que mantienen la unidad de la Administración a pesar de la diversidad de los órganos que la forman. Esos poderes son los de decisión y de mando que conserva la autoridad superior aparejado con el deber de obediencia del inferior[13].

Entonces se produce la posibilidad para el lesionado o interesado de impugnar el acto ante el propio órgano que lo dictó por la vía de la Revocatoria. Bajo esos términos, si no es aceptada la revocatoria, el afectado puede, subsidiariamente, o en su defecto, acudir al superior jerárquico por la vía de la Apelación. El órgano superior jerarca puede, eventualmente, establecer aspectos de control, también de carácter discrecional o de legalidad. En este caso, el superior jerarca propio podría, eventualmente anular, reformar, revocar, sustituir, la conducta del inferior.

12. *V.*, MARIENHOFF, *op.cit.*, p. 689.
13. FRAGA Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa S.A., 23era. Edición, México 1984, p. 166.

Por otro lado, la jerarquía impropia, es, como su nombre lo indica, una fórmula simple y llanamente de control por un ente público, que no es el superior directo del órgano que dicta el acto. En Costa Rica, se da el caso de la Contraloría General de la República, con respecto a la impugnación de Carteles de Licitación Pública, de actos adjudicatorios en una Licitación, en un Concurso Público, o el Tribunal Superior Contencioso Administrativo en relación a los acuerdos municipales.

El Recurso Jerárquico Impropio, también denominado recurso de tutela, puede ser definido como el recurso administrativo dirigido a persona pública que ejerce un control de tutela de los actos y disposiciones que emanan de una autoridad desconcentrada o desligada de la organización a que pertenece[14]. Únicamente se da por recurso o por razones de legalidad. No obstante, en mi criterio, la discrecionalidad forma parte de la legalidad administrativa.

III. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS

Tanto el órgano que dictó el acto, como su superior jerarca propio o impropio, tienen la potestad, en el caso que se puedan producir daños de imposible o difícil reparación, de suspender los efectos en el tanto se resuelve la acción recursoria. Esta es una de las medidas cautelares que se han establecido con el objeto de no hacer nugatorio el presentar un Recurso Revocatoria y de Apelación en Subsidio ante un mismo órgano o ante el jerarca y evitar la ejecución del mismo. En ese sentido recordemos que la Administración tiene el privilegio procesal de la ejecutoriedad y la ejecutividad del acto, en el sentido de que a pesar de que se establezcan acciones impugnatorias, éstos no suspenden los efectos jurídico materiales[15].

Para paliar este privilegio procesal, se ha establecido la garantía procesal de solicitar la suspensión del acto, porque si eventualmente se llega a establecer que efectivamente el acto es inválido y por ende debe anularse, ya se han producido las consecuencias lesivas. Lo anterior toma como fundamento los Principios del *Fumus Boni Iuris*, y del *Periculum in Mora*, que buscan establecer garantías que eviten daños a un tercero o perjuicios al interés público[16].

IV. EL RECURSO DE QUEJA

La queja consiste en la posibilidad de reclamar, de conformidad con el artículo 358 de la Ley General de la Administración Pública, "contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto".

---

14. ROJAS FRANCO Enrique, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica*, San José, Imprenta Nacional, tomo II.

15. *Ley General de la Administración Pública*, art. 148.

16. En la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, la cual regula los Recursos de Amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se establece la posibilidad de suspender los efectos de la conducta de la Administración que se impugna vía amparo, desde el momento en que se le dé curso. Para que la continuidad de la ejecución del acto impugnado proceda, en términos del artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se requiere que la suspensión "cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos o inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado".

Explica García de Enterría "no persigue la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren y, en especial, los que supongan paralización de los plazos señalados u omisión de los trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto"[17]. La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presuma responsable de la infracción o falta, fundamentando las razones o motivos que la justifican. El procedimiento administrativo nunca deberá suspenderse y la resolución que resuelva la queja no tendrá recurso alguno.

V. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

En Costa Rica se han creado diferentes Tribunales con el objeto de controlar internamente la actividad de la Administración Pública. Bajo esa premisa, se han creado órganos objetivos, neutrales, independientes del poder central, con competencia exclusiva para agotar la vía administrativa, previa a la judicial. En estos términos, en ciertas materias no se agota la vía administrativa, en su examen de legalidad y oportunidad, sino hasta que esos Tribunales dicten su última decisión.

Al efecto se han creado, entre otros, los siguientes:

- Tribunal Administrativo de Transportes, órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Tiene independencia funcional, administrativa y financiera y sus fallos, de acatamiento obligatorio, agotan la vía administrativa.

- Tribunal Aduanero, creado por el Código Aduanero Uniforme Centroamericano. Está integrado por funcionarios aduaneros con el grado académico mínimo de Licenciatura.

- Tribunal Registral Administrativo, órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, con personalidad jurídica instrumental para el ejercicio de sus atribuciones y competencias. Cuenta con independencia administrativa y funcional, y sus fallos agotan la vía administrativa.

- Tribunal Administrativo de Conflictos Deportivos, órgano de desconcentración máxima, adscrito al Instituto Costarricense y la Recreación. Cuenta con independencia plena en sus funciones y resoluciones y sus fallos agotan la vía administrativa.

- Tribunal de Servicio Civil, de nombramiento del Consejo de Gobierno e integrado por tres miembros propietarios y tres miembros suplentes; cuenta con independencia funcional y de criterio.

- Tribunal Ambiental Administrativo, órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía con independencia funcional. Sus fallos agotan la vía administrativa y sus resoluciones son de acatamiento obligatorio.

- Tribunal Fiscal Administrativo, órgano de plena jurisdicción e independiente en su organización, funcionamiento y competencia, del Poder Ejecutivo. Sus fallos agotan la vía administrativa.

- Tribunal de Carrera Docente, encargado de conocer todos los conflictos que se originen dentro del Ministerio de Educación Pública, del incumplimiento de sus obligaciones, como el no reconocimiento de los derechos del personal docente. Sus fallos son de acatamiento obligatorio.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, t II, 2da. Edición, Madrid 1988, p. 436.

VI. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Por Ley N° 7727, de fecha 09 de Diciembre de 1997, se creó la Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, publicada en La Gaceta N° 9 del Miércoles 14 de Enero de 1998, tomando como base el Artículo 43 de la Constitución Política, que establece, que aún estando pendiente de litigio, pueden las partes en conflicto proponer o concertar una solución arbitral. Se reconoce el derecho que tiene toda persona de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y técnicas similares, para poner solución a diferencias patrimoniales de naturaleza disponible[18].

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se han desarrollado en dos tendencias:

> 1. Los procesos de informalización de la justicia que constituyen verdaderas formas de administración de justicia cuasi-estatales, realizadas en organizaciones de la sociedad civil para la solución de sus conflictos. La informalización ha estado acompañada, del necesario reconocimiento del pluralismo jurídico en la sociedad y del desarrollo de programas de acceso a la justicia en instituciones u organizaciones que promueven la negociación, la conciliación y el arbitraje.
>
> 2. El fortalecimiento de la participación social y comunitaria y el desarrollo de la negociación social en la cual actores de la organizaciones de la sociedad civil usan la negociación para lograr sus objetivos[19].

La situación tiene consecuencias favorables a pesar de que el Estado dejará de conocer o de resolver conflictos relevantes como lo es el hecho de que la población ha adoptado una posición más responsable y protagónica en cuanto a la solución de conflictos y a la organización para que los mismos se resuelvan.

Ha habido casos en que se ha resuelto, ya sea a través de la Cámara de Comercio, u otros Tribunales, por ejemplo en conflictos ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.

VII. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley General de la Administración Pública fue promulgado en el año 1978. Esta ley se divide en dos títulos: uno de *régimen jurídico general* y otro sobre *Procedimiento Administrativo*. Básicamente la Ley pretende establecer los principios de oralidad, informalismo, inmediatez de la prueba y búsqueda de la verdad real. De modo que, cuando un acto de la administración pueda producir daños y perjuicios, sea de actos ablativos, porque cercenan, se modifican derechos subjetivos, el administrado tiene derecho a un procedimiento ordinario, que se realiza en la sede de la Administración. Debe entenderse que el procedimiento ordinario debe terminarse en dos meses, y, si queda más de seis en inactividad, éste se declare caduco.

---

18. *Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, n° 7727 de 14 de enero de 1998, art. 2.

19. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memorias. Taller sobre Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos*, San José, IIDH, 1996, p. 18.

VIII. ACCIONES Y RECURSOS JURISDICCIONALES EN COSTA RICA

Hablando sobre procedimiento ordinario, éste se realiza mediante un verdadero trámite de audiencia, con amplitud de defensa del administrado, que se establece entre otros, la posibilidad de los procedimientos de excusa y recusación. Se regulan las formas cómo deben ser notificados los actos administrativos, las citaciones, los términos y los plazos, del tiempo y lugar del Procedimiento, así como las actas y las anotaciones, el acceso a los expedientes y sus piezas. Por otra parte, se estipula quiénes pueden estar legitimados, los problemas de la capacidad, representación y postulación, los documentos a acompañar y las diferentes clases de procedimiento. Existe un procedimiento ordinario que es cuando se aplica el 308 de la Ley General de la Administración Pública:

> 1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:
>
> a. Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndoles o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
>
> b. Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.
>
> 2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad[20].

Asimismo, se regulan los recursos ordinarios, respectivos (revocatoria, contra el órgano que dictó el acto, apelación, para que sea revisado por el superior, y la reposición, que es la revisión del acto, cuando éste es emitido por el superior jerárquico) contra los actos administrativos finales.

IX. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA

Nuestro sistema de control jurisdiccional tiene origen y rango en la Constitución Política, específicamente en los artículos 11, 33, 39, 41, 48 y 49 de dicha norma. El rango constitucional se desarrolla por medio de normas y reglamentos y demás instrumentos que posibilitan verdaderamente una justicia pronta y cumplida. En Costa Rica propiamente el Poder Judicial está establecido como órgano independiente, al cual se le otorga el 6% del presupuesto nacional y se le otorga su independencia.

El artículo 49 de la Constitución Política establece "la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados[21]".

20. *Ley General de la Administración Pública*, art. 308.
21. *Constitución Política*, art. 49.

Es importante establecer que básicamente existen en el Derecho Comparado, grandes sistemas de control de los actos y disposiciones de la Administración Pública.

En primer término, el control dentro de la Administración, el cual fue el originario, en el sentido de que, los propios órganos de la Administración, tienen potestades, facultades, de resolver los conflictos que se susciten con carácter de cosa juzgada material.

En Francia el esquema es doble. Lo que es materia de Contratos y de Propiedad básicamente lo resuelven los Tribunales de Casación; o sea los órganos judiciales. En cambio la impugnación de actos y disposiciones propiamente de la Administración por contener vicios de exceso, desviación de poder, violación de ley, incompetencia, corresponde al Consejo de Estado. Hay, asimismo, un Tribunal de Conflictos para establecer cuándo determinados actos, corresponden a cualquiera de las jurisdicciones: la civil o la Administrativa.

En Costa Rica, el sistema es centralizado, pues los Tribunales de lo Contencioso Administrativo dependen del Poder Judicial, y los Tribunales Administrativos no tienen la virtud sus decisiones de producir cosa juzgada material, solamente formal, en el sentido que agotan la vía administrativa. Son controles como se dijo, fuera de la Administración, no dentro de ésta. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley N° 3667 del 12 de marzo de 1966, es la que establece y regula todos lo que corresponde a la Jurisdicción Contenciosa.

La jurisdicción contencioso administrativo tiene como objeto adecuar la conducta administrativa al ordenamiento jurídico; propiamente la anulación de un acto o disposición, la declaratoria y el restablecimiento de la situación jurídica consolidada, junto con el pago de los daños y perjuicios. La diversidad de procedimientos se debe a la gran variedad de intereses protegidos, de ahí que el contenido jurídico-material está en relación con la acción jurisdiccional establecida.

En derecho contencioso administrativo se ha podido establecer diversos tipos de acciones. La clasificación corresponde a los poderes del juez y a la naturaleza del derecho controvertido. Estas acciones son: Contencioso Administrativo de Anulación, Pleno Contencioso o de plena jurisdicción, Contencioso de Interpretación, Apreciación de Legalidad y Contencioso de Apreciación; de las cuales son admitidas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa las dos señaladas primeramente[22]. Hay Juzgados de Primera Instancia, Tribunales Superiores, y la Casación Contenciosa Administrativa.

X. LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES

El Defensor de los Habitantes de la República, es un órgano unipersonal adscrito a la Asamblea Legislativa. Está concebido para brindar tutela al habitante más desprotegido utilizando una vía gratuita, antiformalista y eficiente, que le permite plantear reclamaciones contra el Estado, sus instituciones y los funcionarios públicos [23].

22. *V.*, ROJAS FRANCO, *op.cit.*, p. 555.
23. VEGA ROBERT Rolando, *Ombudsman, El Defensor de los Habitantes*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José 1993, p. 17.

Proviene del un personaje nacido en los países escandinavos en 1713 denominado Ombudsman; palabra de la lengua inglesa: *Ombuds* o *Imbid*, que significa protector, y *man* que significa hombre, es decir el protector de los hombres[24] y más concretamente de los administrados frente a la Administración Pública.

En Costa Rica adquiere el nombre de *Defensor de los Habitantes* y no Defensor del Pueblo, por cuanto se pretende que proteja a todo aquel que se encuentra en el territorio nacional, tal y como lo define el artículo 5 de la Constitución Política, de ahí que la acepción en cuanto al ámbito o extensión de la protección va más allá de los términos de ciudadano, pueblo, administrado; concretamente *habitante*, lo que consecuentemente incluye tanto a nacionales como a extranjeros.

Hernández Valle la define como "un medio concreto para la realización de una democracia sustancial, en la cual la vigencia de los principios de legalidad, imparcialidad y del buen funcionamiento de la Administración Pública, deben ser realidades cotidianas y no simples aspiraciones de los gobernados"[25].

En general y acorde a su Ley de creación, el Defensor de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes. Velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá de promocionar y divulgar los derechos de los habitantes[26].

Las decisiones finales del Defensor de los Habitantes no tienen carácter coercitivo sino que operan como una sanción moral; una sanción pública del funcionario denunciado. El Defensor no es un Juzgador, no resuelve conflictos; sus decisiones no son vinculantes, calificaría de inconstitucional el que fuera de otra manera debido a la existencia de un órgano constitucional creado al efecto.

A la fecha han habido dos Defensores y el cargo tiene mucha reputación y distinción entre el pueblo costarricense, a pesar de que en el aspecto de control ético, no ha tenido la efectividad que se pretendió darle al momento de su creación.

XI. LA SALA CONSTITUCIONAL

La Jurisdicción Constitucional fue creada por Ley Orgánica N° 7135 de 11 de octubre de 1989 y tiene como funciones esenciales la protección de los derechos y garantías constitucionales que establece la Constitución Política, tanto de primer orden como de segundo orden, o sea, las libertades individuales y los derechos sociales. Esto se refleja en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuando en su primer artículo se indica que "la presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica".

24. ROJAS FRANCO, Enrique, "El Ombudsman", *Revista de Ciencias Jurídicas* n° 30, San José 1976, p. 149.
25. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El Defensor de los Habitantes*, Editorial Juricentro, San José 1992, p. 11.
26. *Ley del Defensor de los Habitantes*, n° 7319 de 17 de noviembre de 1992, art.1.

De igual manera, el artículo 2 indica que "le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional garantizar, mediante los recursos de *hábeas corpus* y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica; ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad; resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluído el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público; Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente Ley le atribuyan".

Por otra parte, el artículo 4 detalla su integración, al indicar que "la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política. La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios. Si la ausencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los casos de enfermedad o de otro motivo justo".

La justicia constitucional está constituida por el conjunto de medios técnico-jurídicos, orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas han sido infringidas, reintegrando el orden jurídico violado. En Costa Rica, los medios de garantía de las normas constitucionales comprende los recursos de hábeas corpus, el amparo contra servidores públicos y contra particulares, el control de constitucionalidad de las leyes en sus tres modalidades: la acción de inconstitucionalidad, la consulta legislativa y la consulta judicial de constitucionalidad. Se incluye además la resolución de conflictos de competencia entre los órganos fundamentales del Estado[27].

El Recurso de Hábeas Corpus es a la vez un derecho fundamental con el que cuentan los ciudadanos para solicitar la tutela judicial contra las privaciones y restricciones ilegítimas de su libertad personal y de movimiento[28]. En sí, el recurso es informal y su tramitación ágil y rápida debido al interés que reviste y los derechos que tutela, cuales son específicamente el derecho a la libertad e integridad personal, y la libertad de tránsito consagrados en la Constitución Política. Este instrumento procesal se regula en el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que estipula "que procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio".

27. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El Derecho de la Constitución*, Editorial Juricentro, vol. II, San José 1994, pp. 655-656.

28. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 1995, pp. 142-145.

El Recurso de Amparo es un instrumento específico para la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en la República, exceptuando aquellos que son objeto de protección del Hábeas Corpus. Este recurso, en sus dos modalidades, reviste ciertas formalidades. El libelo debe expresar claramente el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el servidor público o el órgano autor de la amenaza o agravio, y las pruebas de cargo[29]. En lo que respecta al Amparo contra particulares requiere la existencia de tres presupuestos procesales: el sujeto pasivo debe actuar en el ejercicio de funciones o potestades públicas o encontrarse, o encontrarse de hecho o de derecho, en una situación de poder respecto del amparado; los remedios jurisdiccionales ordinarios deben resultar claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales; y el particular recurrido no debe actuar en el ejercicio de conductas legítimas. Deben darse al mismo tiempo los tres presupuestos, de lo contrario será improcedente[30]. Sin embargo, el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, prohibe el Recurso de Amparo "contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquéllas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado; contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial; contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial; cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada; contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral".

Finalmente están los remedios internacionales, en los cuales está la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene su origen en la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos tienen como objetivo velar porque los Estados no violen estos derechos.

XII. REFORMAS PROCESALES URGENTES

En materia Procesal Constitucional, se han establecido otros tipos de Amparo, como el de Legalidad y el Electoral.

El Amparo Electoral se refiere a actos y decisiones cuyo contenido es estrictamente electoral y que corresponden a un órgano que es el Tribunal Supremo de Elecciones en Costa Rica, que es un poder más y que tiene rango constitucional. Ahora bien, cuando exista algún tipo de violación a alguna Ley electoral, cualquiera que esté legitimado, puede impugnar mediante un denominado Amparo de Legalidad.

El Amparo de legalidad fue incipiente, y en razón de que existe a veces discrepancia en qué es materia de control de legalidad y qué es materia de control de constitucionalidad, no ha podido definirse cuándo es uno y cuándo es otro, lo cual ha sido casuístico y sumamente criticada la decisión de la Sala, por cuanto eso produce inseguridad jurídica.

29. *Ibid.*, p. 227.
30. *Ibid.*, p. 263.

En el nuevo Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo se establece la eliminación del agotamiento de la vía administrativa, para que sea de carácter facultativo acudir a dicha tramitación. Hemos de manifestar que en la actual Ley, no es necesario agotar la vía en tratándose de vía de hecho, reglamentos de alcance general y actos no manifestados por escrito. Asimismo se piensa crear verdaderos Tribunales Administrativos, con una organización muy autónoma, muy independiente, con jueces de tiempo completo y dedicación exclusiva. Asimismo se pretende que los procedimientos de apremio, embargo y remate de bienes, sea realizado por los mismos órganos, bajo un control por parte órganos jurisdiccionales. Y finalmente, hay un nuevo Código Procesal General, que pretende la oralidad y establecer nuevas medidas cautelares, para hacer una eficiente y real administración de Justicia.

Como hemos visto somera y brevemente, hemos hecho una pequeña radiografía, sobre las diversas formas de control que existen en Costa Rica, y que deben ser comunes a todos los países iberoamericanos, de acuerdo obviamente con la idiosincrasia, con el historial y con la cultura jurídica de cada pueblo. De ahí que, en un país como el nuestro, que ha abolido el Ejército como institución permanente, que la Educación es el norte o guía de sus gobernantes y que el respeto al ordenamiento jurídico debe ser el fin de los sujetos públicos y privados, se han posibilitado un sistema vasto de control, que tiene sus problemas, como lo es su lentitud y la vocación de los jueces a favor de la Administración Pública. En términos tales que, de acuerdo con el Informe de Labores de la Procuraduría General de la República, el 86% de los casos los gana el Estado.

Más claro, deben pesar siempre los principios generales de Derecho, la jurisprudencia y la costumbre, como principios generales, ante la norma fría, estricta formal, que muchas veces es total y absolutamente desactualizada, y que no guarda proporción con la situación que regula, lo cual lo hace injusta; y eso va en contra verdaderamente de los grandes valores a que aspira el Derecho, que son el valor justicia y la seguridad. Obviamente que entre esos dos, debe resolverse a favor de la justicia. La justicia entendida desde la época del Derecho Romano, de dar a cada uno lo que le corresponde en derecho.

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

José Antonio Muci Borjas
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. LOS PODERES (DE FONDO) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN

1. Introducción

Se ha dicho que el juez contencioso-administrativo no puede ocupar el lugar de la administración emisora del acto[1], porque su función no es ni gobernar ni administrar. Con base en el principio de separación de poderes, se ha afirmado que al juez contencioso-administrativo lo que le corresponde es controlar, *sólo* a la luz de la *ley*, la conformidad de las actividades de la administración con el Derecho[2]. De acuerdo a esta tesis, modelada sobre el sistema contencioso-administrativo francés, en su decisión el juez únicamente debe determinar si el acto administrativo cuya revisión ha sido solicitada se ajusta o no al ordenamiento jurídico. El proceso, por su *naturaleza objetiva*, versa sobre la validez de la decisión administrativa. Ese, y no otro, es su verdadero *objeto*. La jurisdicción contencioso-administrativa se crea, pues, para defender o salvaguardar a la Administración de sí misma[3], asegurando que sometiese toda su actuación a la ley.

A la luz de esta concepción tradicional, el análisis que de la legalidad debía hacerse era, valga la redundancia, un análisis de carácter o naturaleza esencialmente "*formal*". Bastaba con anular el acto estatal para que el particular que interpuso el recurso -al menos en el plano teórico- viese satisfecha su pretensión y, por consiguiente, tutelado su derecho subjetivo o interés legítimo.

---

1. Entre otros fallos judiciales, cabe mencionar los siguientes: i) Corte Suprema de Justicia en Pleno, 29 de abril de 1965 (Caso *Tito Alfaro Gutiérrez*); ii) Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 2 de Noviembre de 1982 (asunto Depositaria Judicial La RC, C.A); y, iii) Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 21 de Noviembre de 1988 (Caso *Jorge Olavarría)*.
2. ODENT, R. citado por AUBY, Jean Marie y DRAGO, Roland; *Traité de Contentieux Administratif*; t I; 3ª edición; Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence; 1984; p. 20).
3. BENVENUTI, Feliciano; "Giustizia amministrativa", en *Enciclopedia del Diritto*, t XIX; Giuffré Editore; Milán 1970, p. 604.

Comoquiera que el proceso contencioso-administrativo era juicio que *sólo* tenía por objeto la *demolición* del acto[4], al juez no le estaba permitido revisar la *relación jurídica (sustantiva) subyacente* que mediaba entre la Administración y el particular[5].

En resumidas cuentas, se dice que la Ley no le reconoce al Juez poder para resolver, de manera *positiva* y *sustancial*, el conflicto, entre interés general e interés individual, que la Administración pretendió regular a través del acto administrativo impugnado en vía judicial. El Juez no podía revisar, *de manera íntegra*, la decisión adoptada por la Administración Pública[6].

2. La nueva legalidad administrativa

Sin descuidar el respeto a esa legalidad formal, en el Estado contemporáneo la Administración Pública debe ajustar sus actos a una legalidad que, para diferenciarla de la anterior, denominaremos legalidad *sustantiva*[7]. Amén de formalmente correcta, la actividad de la Administración debe ser también *idónea* para tutelar, de manera *satisfactoria* o *efectiva*, los intereses generales cuya tutela le ha sido encomendada a aquélla en virtud de norma de ley. La Administración Pública se halla, pues, en la obligación de observar un comportamiento que debe ser *formalmente correcto*, por una parte, y por la otra, *sustancialmente justo*. La juridicidad de la actuación administrativa no depende única y exclusivamente de su apego a la letra de la ley.

Se afirma, con razón, que la idea de un *Estado-Reloj*, en el cual lo único importante era que el aparato administrativo funcionase mecánicamente -o, para decirlo de otra manera, que se tomasen decisiones formalmente apegadas a la ley-, abre paso a una nueva y más moderna representación del Estado, que cabría denominar *Estado-Empresa*[8]. Conforme a la nueva idea de ese *Estado-Empresa*, amén de la legalidad formal, el *costo de las decisiones* estatales y el efectivo *logro de las metas* u objetivos trazados es también *jurídicamente relevante.*

3. La nueva justicia administrativa

Según la Constitución, la tutela jurídica que el juez contencioso-administrativo debe brindarle al particular debe ser, valga la redundancia, una tutela *efectiva*. Habida consi-

4. La Constitución venezolana de 1961, es bueno subrayarlo, le reconocía poderes mucho más amplios al juez contencioso-administrativo, porque le confería poder ...para anular los actos administrativo generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y *disponer lo necesario* para el *restablecimiento* de la situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

5. BENVENUTI, Feliciano; *op. cit.*, p.605.

6. Los limitados poderes concedidos al juez encontraban su razón de ser, según Benvenuti, en el hecho de que el Consejo de Estado no fue creado como juez *de la administración* y, por consiguiente, de la relación entre ésta y el particular, sino como juez *en la administración -id est, dentro de* la administración- (BENVENUTI, Feliciano; "Giudicato (diritto amministrativo)", publicado en *Enciclopedia del Diritto*, t XVIII; Giuffre Editore; Milán 1969; p. 898).

7. GIACCHETTI, Salvatore; *"Morte e Trasfigurazione del Diritto Amministrativo",* publicado en la obra intitulada *Evoluzione della Giustizia Amministrativa* (*Integrazione Europea e Prospettive di Riforma*) *-Atti del Convengo, Lecce, 21-22 novembre 1997-*; Giuffrè Editore; Milán 1998; pp. 145 y ss.

8. GIACCHETTI, Salvatore, *op. cit.*, p. 150.

deración que la justicia es un *valor superior*[9] del ordenamiento jurídico venezolano, el fallo judicial que decida la *controversia* contencioso-administrativa de *anulación* debe reparar, *de manera integral*, la ilegalidad. Para ello, en el proceso contencioso-administrativo de anulación el acento, que tradicionalmente se ha colocado sobre el acto, debe *desplazarse* hacia la *relación jurídica sustantiva subyacente -id est*, la relación que la Administración pretendió disciplinar mediante el acto administrativo impugnado-[10]. Después de todo, en el proceso contencioso-administrativo se ventila -y debe decidirse- una controversia *entre partes*.

Dicho en otras palabras, al juez contencioso-administrativo debe reconocérsele poder suficiente para enjuiciar la *bondad* del acto administrativo, vale decir, poder para enjuiciar tanto la *legalidad* formal como la *legalidad* sustancial de la actividad administrativa. Si la tutela judicial, por mandato constitucional, ha de ser *idónea*, en aquellos casos en que la anulación del acto no remedie, *de manera plena*, la lesión irrogada al particular, al juez no se le puede desconocer poder para adoptar otras decisiones, sin las cuales no se impartiría *justicia sustantiva*, vale decir, *justicia verdadera*, de fondo, que resuelva de manera definitiva la controversia-[11].

En este sentido, conviene subrayar que la doctrina comparada enseña que en el Derecho alemán se le reconoce al juez contencioso poder para ...condenar a la Administración a dictar un acto o a realizar una determinada actividad..., para -de esa manera- superar un estado antijurídico[12]. En otras palabras, con el objeto de poderle concederle ...una eficaz garantía... -a- los derechos de los particulares..., se supera -*id est*, se abandona o deja de lado- la teoría de separación (rígida) de poderes, y se considera ..perfectamente legítimo que el Tribunal ordene a la Administración que actúe en el sentido por él determinado[13].

Pero los poderes del juez contencioso-administrativo no se acaban allí: La doctrina comparada enseña, además, que la ley habilita al juez para ...dictar una sentencia concediendo -él- la prestación solicitada por el particular, cuando para conceder la prestación negada u omitida por la Administración, no deban ejercerse poderes discrecionales[14].

En sentido coincidente, en Venezuela la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha dejado sentado que para restablecer la situación jurídica-subjetiva lesionada por la actuación administrativa, el juez puede ...ordenar a la Administración la adopción de un acto y en caso de que la Administración omisa no cumpla voluntaria-

9. De acuerdo al Artículo 2° de la Constitución de 1999, Venezuela es un Estado ...que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación... la justicia..., entre otros. Es a la luz de esa previsión que debe interpretarse el Artículo 259 *eiusdem*, según el cual: Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y *disponer lo necesario* para el *restablecimiento* de las *situaciones jurídicas subjetivas lesionadas* por la actividad administrativa.

10. BENVENUTI, Feliciano, *op. cit.*; p. 609.

11. En idéntico sentido se pronuncia en España LÓPEZ GONZÁLEZ, para quien la *justicia*, entendida como valor superior del ordenamiento, obliga a la autoridad a ...*trascender* la *legalidad formal* y optar por la justicia material que es la meta más noble de un Estado de Derecho, en sentido material y no meramente formal (LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio; *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Administrativo*; Ediciones del Instituto GARCÍA OVIEDO (Universidad de Sevilla); Sevilla 1988; p. 108).

12. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "*La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*", Editorial Civitas, S.A., España 1993, pp. 220 y ss.

13. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *op. cit.*; pp. 224 y 225.

14. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *op. cit.;* p. 238.

mente con lo acordado por el juez, éste, haciendo uso de los *poderes ejecutivos* de los que está investido... puede -directamente- dictar el acto sustituyendo a la Administración[15].

El criterio mencionado *supra* fue ratificado por la misma Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo mediante fallo del 26 de Julio de 2.001[16]. Este fallo judicial es digno de mención porque en él se subraya que el *control* que sobre la Administración debe ejercer el juez contencioso-administrativo, es -valga la redundancia- un control *pleno*. Se afirma en él, además, que aun cuando en diversas oportunidades el juez contencioso-administrativo ha sustituido a la Administración sin hacer mayores consideraciones sobre el fundamento de ese ingente poder, de la competencia del juez no puede dudarse, porque la Constitución autoriza al juez para *restablecer* la situación jurídica subjetiva vulnerada[17]. Por su trascendencia y elocuencia, permítasenos copiar tres (3) breves extractos del Fallo invocado:

> i. El ...juez podrá sustituir (sic.) [a la Administración] en la medida en que las partes suministren elementos de juicio suficientes...;
>
> ii. La ...situación jurídica debe ser restablecida directamente por el juzgador…, si las partes, a lo largo del proceso, le suministraron elementos de juicio suficientes para que aquél adoptase una determinación de fondo, que de manera definitiva dirima la controversia; y,
>
> iii. Si el juez, por el contrario, no cuenta con elementos de juicio necesarios para restablecer directamente el derecho subjetivo o el interés legítimo vulnerado, debe entonces restablecer la situación jurídico-subjetiva ...indirectamente, sentando en la propia sentencia las bases para -la-... ulterior ejecución -de lo decidido por la Administración- porque así lo exige la efectividad de la tutela judicial que la Constitución garantiza.

4. La nueva justicia administrativa (continuación)

A la luz de las decisiones judiciales invocadas con precedencia, no puede dudarse del poder que la Constitución le reconoce al juez-administrativo para adoptar medidas que la Administración debió haber dictado con base en normas cuyos *supuestos de hecho* se hallan *agotadoramente descritos*. Si de lo que se trata, en otras palabras, es de ejercer *poderes reglados*, no puede dudarse del poder del juez para *sustituir* a la Administración Pública. No existe obstáculo que le impida al juez ocupar el lugar de la Administración para aplicar la ley al caso concreto.

Análogas consideraciones cabe realizar respecto de aquellos supuestos en que la Administración, por mandato de la ley, debe *aplicar el Derecho* para decidir o resolver, *como lo haría un juez*, una disputa o controversia entre particulares. Aludimos, es evidente, a las decisiones adoptadas por la Administración en el marco de procedimientos cuasi-jurisdiccionales[18].

---

15. Caso *Luis Enrique Pagés.* El fallo fue pronunciado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 29 de Enero de 1997.

16. Caso *Hernán Gutiérrez.*

17. El juez contencioso-administrativo puede imponer *obligaciones de hacer* para tutelar al particular frente a abstenciones o negativas. Además, puede el juez imponerle a la Administración *obligaciones de no hacer.*

18. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; *Los actos cuasi-jurisdiccionales*; Ediciones Centauro; Caracas 1990; p. 11 y ss.

En la hipótesis a la cual hacemos referencia ahora, no existe óbice para que el juez ocupe el lugar de la Administración Pública, porque de lo que se trata es de *subsumir* un determinado supuesto de hecho en normas de Derecho Administrativo, a los efectos de aplicar la consecuencia jurídica que las reglas aplicadas prevén[19].

En apariencia -*sólo* en *apariencia*- la conclusión a la cual debe arribarse es otra cuando la Administración, para dictar su decisión, ejerce *poderes discrecionales*. En este caso, se dice, el juez no puede sustituir a la Administración, porque es a ésta -y sólo a ésta- a quien incumbe *ponderar* los *intereses públicos* en juego. La ponderación en referencia sería, pues, materia *ajena* a la función encomendada al juez contencioso-administrativo.

Analicemos en detalle el tema de los poderes discrecionales[20] y la *prohibida* sustitución de la Administración Pública por el juez contencioso-administrativo.

i. La *justicia*, ya lo hemos dicho, es un *valor superior* del ordenamiento jurídico venezolano. Así lo dispone la Constitución política de 1.999 en su Artículo 2°. A la luz de esta previsión, ubicada en el Título I de la Constitución, intitulado "Principios Fundamentales", debe interpretarse el Artículo 26 *eiusdem*, que reconoce el derecho fundamental a una *justicia contencioso-administrativa* que, como toda justicia, debe ser *idónea*. A esa justicia, asegurada por el Artículo 26 constitucional, le repugnan las *dilaciones indebidas*, los *formalismos* y también las *reposiciones inútiles*[21].

---

19. Elocuentes son las consideraciones que sobre la materia realizara la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en reciente fallo, distinguido con el número 361, pronunciado el 26 de Febrero de 2002 (Caso *Ibms, LLC vs. bbo Financial Services Inc*). Veámos:

i) A la Administración se le había solicitado que *declarase* que, para ser legal, la oferta pública en virtud de la cual se tomaba el control de una sociedad inscrita en el Registro Nacional de Valores *debía ajustarse* a las "Normas sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y de Toma de Control de Sociedades que hacen Oferta Pública de Acciones y otros Derechos sobre las Mismas" (*G.O.* nº 37.039, del 19 de septiembre de 2000). Se le había solicitado, además, que tutelase los derechos de los accionistas minoritarios que habían sido excluidos de la oferta pública de toma de control. En síntesis, se le había pedido a la Administración que ordenase, previa sustanciación del procedimiento administrativo aplicable, que se le *extendiera la oferta* pública de toma de control a todos los accionistas, sin discriminaciones. La Administración -*id est*, la Comisión Nacional de Valores- resolvió cerrar su investigación ...sin pronunciarse sobre los hechos.

ii) Contra la (*irrazonable*) negativa a investigar, uno de los accionistas minoritarios excluidos o marginados de la oferta propuso demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa. *Los pedimentos de fondo* eran *esencialmente idénticos* a los formulados previamente en vía administrativa.

iii) En una de las incidencias del proceso sustanciado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia a la cual se alude en esta nota a pie de página. De acuerdo a la Sentencia, el juez contencioso-administrativo *se halla facultado* para *analizar la legalidad* de los *negocios jurídicos*, celebrados *entre particulares*, en virtud de los cuales se tomó el control de una sociedad sometida a vigilancia y supervisión administrativas.

En su sentencia del 26 de Febrero de 2002 la Sala afirmó textualmente lo siguiente: ...aún cuando... la actividad controlada mediante [la] actividad de policía administrativa... [sea la] de una entidad privada... ello no priva -siempre que sea de conformidad con la ley- tanto al ente administrativo como al órgano judicial (que revise las decisiones del primero), de conocer y decidir los aspectos vinculados con la actividad [privada], aun y cuando éstos excedan de un contenido público.

20. El ejercicio de poderes discrecionales se encuentra disciplinado por el Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (*G.O.* nº 2.818 *Extraordinario*, del 1° de julio de 1981), que dispone textualmente: Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia *a juicio de la autoridad* competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y *adecuación* con el *supuesto de hecho* y con los *fines de la norma*, y cumplir los trámites y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

21. El Artículo 26 de la Constitución dispone textualmente lo siguiente: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la *tutela efectiva* de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. A renglón seguido, en términos por así decirlo *barrocos*, la norma agrega textualmente lo siguiente: "El Estado garantizará una justicia

En propósito, merece ser subrayado el criterio sentado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fallo del 23 de Mayo de 2.000[22]. De acuerdo a la decisión judicial invocada, en sus decisiones los órganos judiciales deben favorecer la ... *justicia material* por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad [meramente] formal... Esa justicia *verdadera -id est, de fondo-*, que resuelve, tanto en la forma como en la *sustancia*, las necesidades del particular que demandó tutela judicial, es la *única* que puede ser reconciliada con el Estado de Derecho y de Justicia en el cual, conforme al Artículo 2° de la Constitución venezolana, tienen preeminencia los *derechos fundamentales*.

A la luz de esas previsiones constitucionales, en el proceso contencioso-administrativo de anulación deben reconocérsele al juez poderes que le permitan ir más allá de la mera *casación* o anulación del *acto administrativo* impugnado.

ii. En sentido coincidente, en España los profesores García De Enterría y Fernández observaron tiempo atrás que el *principio de separación de poderes*, entendido como la causa o el motivo que impide al juez contencioso-administrativo ejercer un *control judicial pleno* sobre la actuación administrativa, ha …saltado espectacularmente por los aires[23]. Afirman los catedráticos españoles que ...todo el contencioso-administrativo, y en particular el famoso recurso de anulación... es y no puede dejar de ser un recurso subjetivo, esto es, [un proceso] en que se tutelan derechos subjetivos y que, por esa razón, si la *tutela* ha de ser *efectiva*, la *jurisdicción* ha de ser, en consecuencia, también *plena*[24].

En resumidas cuentas, hoy por hoy el principio de separación de poderes no sería más que un *inadmisible pretexto*, porque si el juez -en la teoría y en la práctica- no satisface la pretensión del actor, la tutela judicial no es efectiva[25]. La tutela meramente formal es sólo un *espejismo* de justicia.

iii. De acuerdo a la tesis tradicional, ya lo hemos dicho, el juez contencioso-administrativo no puede ponderar los intereses en juego, porque esa es materia *reservada* a la Administración. Empero:

a) Son muchos los fallos judiciales, pronunciados por tribunales venezolanos, que ponen en entredicho esa afirmación. *Gratia argüendi*, permítasenos citar el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 27 de Julio de 2.000[26], conforme al cual el juez contencioso-administrativo, antes de dictar una medida preventiva, debe hacer ...una *ponderación* de *intereses* entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar [que ha de *sustituir* el *acto administrativo* impugnado, hasta tanto se dirima la controversia] y los intereses públicos o colectivos.... De acuerdo al Fallo, esa ponderación debe ser realizada con el objeto de asegurar que los intereses públicos ... no resulten afectados [a juicio del juzgador] *de manera relevante*.

---

gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles".

Para comprender la correcta inteligencia de las expresiones *idónea, sin formalismos* y *reposiciones inútiles*, empleadas por el Constituyente venezolano, permítasenos invocar el voto salvado por la Magistrada SOSA GÓMEZ, Cecilia al fallo dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 24 de enero de 1996 (Caso *Pintal Pinturas Eliseau Limitada*). En el Voto Salvado se sostiene que la orden, girada a la Administración en el fallo judicial definitivo, para que ésta procediese a decidir un recurso administrativo jerárquico que no había sido decidido en su oportunidad, constituía *denegación de justicia*, porque el juez contencioso-administrativo faltaba a su deber cuando, existiendo ...elementos (de juicio)... suficientes... para resolver *de manera definitiva* la controversia, sólo consideraba razones de mera forma.

22. Caso *Santi Zambrano León.*

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991, pp. 554 y 555.

24. *Ibid*.

25. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; *El Poder de Sustitución en la Ejecución de Sentencias Condenatorias de la Administración*; Editorial Civitas, S.A., Madrid 1995, p. 235.

26. Caso *Sol Arias Fernández*.

El juez contencioso-administrativo sí puede, pues, *sopesar* los intereses en juego[27]. En con base en esa ponderación que el juez fija o establece en su decisión cautelar una *disciplina* o *régimen* provisorio, de Derecho Administrativo, que *sustituye* y *desplaza*, mientras dure el proceso judicial, la norma, regla o medida contenida en el acto administrativo impugnado.

Si la ponderación resulta posible al momento de decretar una medida preventiva, ¿cuáles son las razones que niegan ese poder de ponderación cuando llega el momento de decidir el fondo de la controversia?

b) En 1.971 el Consejo de Estado francés decidió que una obra podía ser declarada como de utilidad pública *sólo si* una *ponderación* de i) las limitaciones a la propiedad privada, ii) los costos financieros y iii) los eventuales inconvenientes de orden social que la ejecución de la misma comportaba, permitía concluir que los *sacrificios* impuestos a los *intereses* en juego *no resultaban excesivos*[28]. El exceso, es evidente, viciaría de nulidad la decisión administrativa.

La *teoría del balance* ("*théorie du bilan*"), denominada así porque permite *sopesar* tanto los *costos* como los *beneficios* de una medida administrativa, autoriza un control que, sin lugar a duda alguna, va mucho más allá de la legalidad formal. El análisis de los *costos* y las *ventajas* del acto administrativo -vale decir, de su *conveniencia*-, supone el reconocimiento de poderes que le permitan al juez *ponderar* y *jerarquizar* los *intereses públicos* en juego. De otra manera, no hubiera resultado posible determinar, como lo hizo el el Consejo de Estado, si el *sacrificio* impuesto …a uno cualquiera de los *intereses en juego*... es o no *excesivo*[29].

c) La doctrina comparada entiende que el *principio de proporcionalidad* constituye ...un *instrumento de* ponderación de bienes e *intereses* en el "caso concreto"...[30]. Por ello, al juez contencioso-administrativo, que puede declarar la nulidad de los actos administrativos que vulneran o contradicen el principio de proporcionalidad, *no* se le puede negar poder para *ponderar* los intereses públicos y privados en juego.

iv. Desde hace ya algún tiempo, la jurisprudencia ha venido censurando los actos administrativos sobre la base del *principio de racionalidad*, también conocido como *principio de razonabilidad*.

Con base en el aludido principio, el juez contencioso-administrativo puede anular -*exempli gratia*- los actos que no son aptos para alcanzar los objetivos -*id est*, las metas- que justificaron su expedición. La *falta de idoneidad* del acto para lograr los propósitos que la Administración Pública tuvo en mente al dictarlos, vicia al acto administrativo de nulidad.

---

27. En propósito, consúltese a PUGLIESE, quien enseña que el juez contencioso-administrativo puede *ponderar* los *intereses* -particulares y generales- en conflicto, en términos análogos a como lo hace la Administración en el procedimiento administrativo (PUGLIESE, Francesco; "Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare" en *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo* nº 3, Giuffré Editore, Milán 1988, p. 396).

28. *Ministre de l´Équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénomné ´Ville nouvelle Est´*, comentado por LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVE, P. y GENEVOIS, B., en *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*; Editions Sirey; París 1993, p. 162.

29. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., *op. cit*., p. 674.

30. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *op. cit*., p. 108. Que con base en el principio de proporcionalidad puede el juez contencioso-administrativo censurar los actos adoptados por la Administración, no existe hoy en día duda alguna.

Con agudeza, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO observa que mientras para la Administración ...la eventual imposición del deber de ponderar... se traduce en una *limitación del poder* por la exigencia de una motivación detallada y racional de sus decisiones..., para el juez administrativo, por el contrario, el método de la ponderación luce como una ... vía de *ensanchamiento de sus poderes* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2000, p. 102).

Análogas reflexiones formula la doctrina comparada cuando, para alcanzar el objeto perseguido, la Administración podía adoptar otras medidas o decisiones que suponían o comportaban lesiones o *gravámenes menores* a los intereses individuales que se contraponían al interés general[31].

Con fundamento en el principio de razonabilidad, se afirma, finalmente, que, para ser válida, la medida administrativa debe ser *necesaria*.

El principio de racionalidad, es obvio, confiere al juez contencioso-administrativo *incisivos poderes de control*[32]. Esos poderes, así lo entiende la jurisprudencia comparada, permiten censurar cualquier acto que no responda a *criterios lógicos*[33]. La actividad administrativa queda sometida a un *control judicial integral*, que autoriza al juez, ni más ni menos, para juzgar o evaluar la *justicia* de la decisión adoptada por la Administración[34]. Trátase, permítasenos subrayarlo, de una *evaluación judicial* que puede descansar en *apreciaciones* respecto de los *costos* y los *rendimientos -lato et improprio sensu-* de la decisión administrativa[35].

Se admite, en otras palabras, que la actividad de la Administración puede ser evaluada no sólo a la luz de las *reglas* de Derecho, entendiendo aquí por "reglas" las *normas jurídicas* que cuentan con *un supuesto de hecho preciso* o concreto, sino también con base en *principios*, vale decir, en normas o enunciados que *carecen* de un supuesto de hecho *definido*[36]. Por la *falta* o *ausencia* de un supuesto de hecho determinado, que es usual sobre todo a nivel de normas constitucionales, el juez contencioso-administrativo ya no se limita a la *literal* o *automática* aplicación de la ley. Para decidir una controversia con base en el principio de razonabilidad, el juez contencioso-administrativo se ve en la necesidad de definir o precisar, *caso por caso*, el supuesto de hecho.

Para algunos, el *incisivo control* que sobre la actuación administrativa puede hacerse con base en el principio de razonabilidad sigue siendo un control de "legalidad"[37]. Empero, ¿es realmente así? Dicho en otras palabras, ¿puede el juez contencioso-administrativo, a la luz del principio de razonabilidad, analizar el *mérito* de la decisión administrativa impugnada? En síntesis, ¿permite la invocación del Principio constitucional ponderar, en vía judicial, tanto la *conveniencia* como la *oportunidad* de la medida administrativa? A fin de cuentas, nadie puede poner en duda que el acto administrativo inconveniente o inoportuno no responde, parafraseando a Vipiana, a *criterios lógicos*.

Veámos:

a) Según la doctrina, de poder discrecional puede hablarse cuando a la Administración se le permiten *apreciar* las circunstancias de hecho con base en las cuales, para tutelar el interés general, ha de dictarse una medida. En virtud de esa *margen de apreciación*, la Administración, que

---

31. SUAY RINCÓN, José; "El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García De Enterría*, t II, Editorial Civitas, Madrid 1991, pp. 856, 857 y 863.

32. En palabras de Vipiana, la racionalidad confiere al juez una *penetrante técnica* de control judicial sobre los actos expedidos por las autoridades (VIPIANA, Piera María, "*Introduzione allo Studio del Principio di Ragionevolezza nel Diritto Pubblico*", Casa Editrice Dott, Antonio Milani (CEDAM), Pádova 1993, p. 4).

33. VIPIANA, Piera María, *op. cit.*, p. 30.

34. FOIS, Sergio, *"Ragionevolezza e Valor: Interrogazioni Progressive verso la Concezione sulla Forma di Stato e sul Diritto*"; publicado en la obra (colectiva) intitulada "*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*", que recoge las Conferencias dictadas en el *Palazzo della Consulta* (Roma) los días 13 y 14 de octubre de 1992; Giuffrè Editore, Milán 1994, p. 104. Según Fois, al permitir que se valore, con base en el principio de racionalidad, la *justicia* de la decisión, se abren las compuertas a un juicio que parece de *equidad*.

35. CERRI, Augusto, "I Modi Argomentativi del Giudizio di Ragionevolezza delle Leggi: Cenni di Diritto Comparato", publicado en la obra (colectiva) intitulada "*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*", citada en la nota a pie de p. precedente, p. 157.

Consúltese la decisión del Consejo de Estado francés citada *supra* en la nota pie de página número 28.

36 ZAGREBELSKY, Gustavo, "Su Tre Aspetti della Ragionevolezza", publicado en la obra (colectiva) intitulada "*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*", citada en la nota a pie de página número 34, pp. 185 y 186.

37. VIPIANA, Piera María, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

tiene frente a sí un abanico de medidas o decisiones posibles, *todas* ellas *lícitas*, elige o escoge la que, a su entender, mejor atiende el interés general[38]. Con base en ese poder discrecional, la Administración, insistimos, no hace más que elegir la medida que considera más *adecuada* para tutelar el interés general. El objeto del acto se diseña para hacerlo *conveniente* y *oportuno*.

b) En virtud del principio de racionalidad, ya lo hemos dicho, se le reconoce al juez contencioso-administrativo poder para *censurar* las decisiones administrativas que, a pesar de su *formal licitud*, no debieron ser adoptadas, porque existían *otras* medidas *más idóneas* para alcanzar el fin perseguido. El principio de razonabilidad, también ha sido dicho precedentemente, le permite al juez anular los actos administrativos *formalmente lícitos*, en aquellos casos en que a la Administración le resultaba posible adoptar otras decisiones, igualmente idóneas, que causaban *menor gravamen* o perjuicio al interés individual en juego.

c) Ya en 1973 enseñaba Lavagna[39] cuáles eran los *elementos* que, a su entender, componían o integraban la *razonabilidad*. De los siete (7) elementos mencionados por Lavagna, interesa destacar aquí, los juicios sobre la *pertinencia del acto* y la *congruencia de la norma*, que procuran determinar si las medidas adoptadas por la autoridad para alcanzar el fin perseguido, amén de ser *instrumentales* o *funcionales*, constituyen, además, medio *idóneo* para el logro del objetivo o finalidad perseguida.

Si el juez, como dice Lavagna, sólo puede pronunciarse en torno a la razonabilidad de un acto una vez que ha constatado, entre otras cosas, que la medida -*id est*, la norma dictada por la Administración- es *pertinente* -y tanto *conveniencia* como *oportunidad* son, ambos, sinónimos de *pertinencia*-, pareciera que el pronunciamiento judicial sobre la racionalidad *no gira* única y exclusivamente en torno a la *legalidad -lato et improprio sensu-* del acto impugnado.

d) La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha dejado sentado, ya lo hemos subrayado antes, que si las partes le suministran al juez contencioso-administrativo *elementos de juicio suficientes* para adoptar una determinación de fondo, ... la situación jurídica debe ser restablecida *directamente por el juzgador*... [40]. Si el juez, por el contrario, no cuenta con elementos de juicio necesarios para restablecer directamente el derecho subjetivo o el interés legítimo vulnerado, se debe entonces restablecer -dice la Corte- la situación jurídico-subjetiva *...indirectamente*, sentando en la propia sentencia las *bases* para su ulterior *ejecución*, porque así lo exige la efectividad de la tutela judicial que la Constitución garantiza.

En el fallo citado con anterioridad, es bueno subrayarlo, sólo se condiciona el *control integral* del acto a la existencia de elementos de juicio suficientes.

El principio de racionalidad, para nosotros es evidente, permite un control que va más allá de la legalidad formal del acto. La supervivencia al escrutinio judicial, por consiguiente, dependerá de la *bondad* del acto administrativo impugnado. Por obra del principio de razonabilidad, ese juicio sobre la *bondad* del acto debe tomar en consideración el *mérito* de la actuación administrativa.

---

38. Parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA y a FERNÁNDEZ, la discrecionalidad es esencialmente *libertad de elección* entre *alternativas igualmente justas* o, si se prefiere, entre *indiferentes jurídicos*, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al *juicio subjetivo* de la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit*., p. 456). Libertad, pues, en la *escogencia* de los *medios*, del *contenido*, del *tiempo* o las *modalidades* de la acción administrativa (BENVENUTI, Luigi, *La Discrezionalitá Amministrativa*, Casa Editrice Dott, Antonio Milani (CEDAM), 1986, p. 327).

39. LAVAGNA, Carlo, "Ragionevolezza e Legitimità Costituzionale", citado por BARILE, Paolo, "*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*", publicado en la obra (colectiva) homónima citada en la nota a pie de p. 34, pp. 30 y 31.

40. Caso *Hernán Gutiérrez* (consúltese la cita a pie de página número 16).

II. LOS PODERES (CAUTELARES) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN

En virtud de los privilegios de *ejecutividad* y *ejecutoriedad*, la ley dispone expresamente que la interposición de un recurso contencioso-administrativo no suspende los efectos de la decisión administrativa impugnada. Empero, la ley le reconoce al juez contencioso-administrativo poder para *disciplinar*, de manera transitoria, *la relación jurídica controvertida*[41].

Esa disciplina *provisional*, ya lo hemos dicho, sólo se decreta, en ejercicio de los poderes cautelares concedidos al juez, previa valoración de los intereses jurídicos en juego.

1. Los poderes clásicos. La suspensión de efectos del acto administrativo

Esa disciplina provisional puede ser decretada, en primer término, con base en el Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que autoriza al juez contencioso-administrativo ...para suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...

Pero los *límites* de la tradicional medida de suspensión de efectos son bien conocidos. Su *finalidad* es meramente *conservativa* y, por ello, la medida de suspensión *no es idónea* para brindar tutela judicial efectiva frente a los *actos administrativos negativos*. Frente a esta categoría de decisiones denegatorias, el particular no puede solicitar la suspensión, por falta de interés procesal[42], ya que una decisión judicial favorable no puede por sí sola reportarle ventaja o beneficio alguno. La medida, se afirma, sólo puede ser decretada para *conservar* un bien[43] o, lo que es lo mismo, para evitar que sufra modificaciones el *status quo* existente para el momento de la decisión administrativa.

Análogos problemas plantea la suspensión de los actos administrativos que la Administración ya hubiere ejecutado de manera íntegra, porque la medida sólo procura *paralizar* una *acción administrativa*[44]. En estos casos, la suspensión de efectos no puede brindar tutela efectiva por sí sola.

---

41. D'AMICO CERVETTI, Annamaria, "*La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato tra riflessioni teoriche e aplicazioni giurisprudenziali*" en *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, número 2, Giuffré Editore, Milán 1988, p. 215.

42. GARGIULO, Ugo, "*La sospensione dell'ato amministrativo da parte del Consiglio di Stato*", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles 1948, p. 103).

43. En contra de esta postura permítasenos citar, *gratia argüendi*, el fallo pronunciado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 21 de noviembre de 1980 (Caso *J. Delgado vs. el Colegio Nacional de Periodistas*), publicada *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Ramírez & Garay, S.A., t LXXI, 1980, p. 388). En la Sentencia, además de suspender los efectos del acto en virtud del cual al recurrente se le había negado su inscripción en el Colegio de Periodistas, la Corte le ordenó al aludido Colegio que *inscribiese* al particular *a título provisional*, vale decir, hasta tanto se dictase el fallo definitivo. En el caso bajo análisis, la medida decretada por el juez le permitió al recurrente *adquirir* un bien jurídico.

44. En torno al tema de la *parálisis* de la *acción administrativa*, consúltense las decisiones dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fechas 12 de abril y 23 de mayo de 1983, respectivamente, publicadas en la *Revista de Derecho Público* nº 14 y 15, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 178 y 177, respectivamente. En esas decisiones se reconoce que la suspensión de efectos *priva* de *competencia* a la autoridad administrativa mientras se decide el proceso.

2. Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo. Introducción

Para poder brindar tutela judicial *efectiva*, el juez contencioso-administrativo se ha visto en la necesidad de decretar medidas cautelares que brindan una protección que excede, y con creces, la clásica suspensión de efectos.

Como órgano del Poder Judicial, el juez contencioso-administrativo está investido de un *poder cautelar general*, que lo habilita -y obliga- a asegurar la eficacia del fallo de fondo[45]. Por ello, ha asentado la jurisprudencia, sólo se brinda tutela judicial *integral -id est*, efectiva-, en la medida en que al juez se le reconocen *mecanismos cautelares idóneos y suficientes*[46]. Los alcances de ese ingente poder cautelar quedaron delineados, en los siguientes términos, en reciente decisión dictada por la Sala Política-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia[47]:

> i) En virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, el juez contencioso-administrativo se halla ... *habilitado* para emitir *todo tipo de medida cautelar*... ;
>
> ii) Dicho en otras palabras, con base en un juicio de mera probabilidad o verosimilitud, el juez contencioso-administrativo ... *puede decretar todo tipo de mandamientos*.... A la (clásica) medida de suspensión se suman, pues, las ...medidas [cautelares] positivas e incluso anticipativas... que resulten necesarias para brindar tutela provisional frente a la acción o inacción administrativa que dio lugar a la proposición de la demanda contencioso-administrativa; y,
>
> iii). En síntesis, ...el Juez, por el hecho de tener la potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un *poder cautelar general* que le permite tomar *cualquier medida cautelar* que resulte *necesaria* para la eficaz ejecución de lo juzgado. Para adoptar esas medidas y, por vía de consecuencia, ... garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva..., ...el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso... es la concurrencia del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

La jurisprudencia citada con precedencia coincide con las enseñanzas de la doctrina comparada, conforme a la cual la *efectividad* de la tutela impone... en términos constitucionales, la adopción de *cuantas medidas cautelares sean necesarias* para *asegurar la eficacia de la resolución final*[48].

Los límites de ese poder dependen, es evidente, de los términos en que haya sido planteada la controversia, por el carácter *instrumental*, *subordinado* o *dependiente* que las medidas cautelares guardan respecto a la pretensión que constituye el objeto del proceso principal[49].

---

45. Consúltense en propósito la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 5 de mayo de 1997 (Caso *Pepsicola Panamericana S.A. vs. Procompetencia*), en la que, textualmente, se le reconoce al juez contencioso-administrativo ...una potestad cautelar general... para asegurar la efectividad... del proceso. Consúltese también el fallo pronunciado, en idéntico sentido, por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1998 (Caso *Carmen Teresa Brea*).

46. Fallo pronunciado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 1995 (Caso *Lucía Hernández y Arnoldo Echegaray*).

47. Sentencia del 17 de abril de 2001 (Caso *Sociedad de Corretaje de Seguros CASBU, C.A.*).

48. BARNES, Javier, *op. cit.*, p. 197.

49. PASTOR BORGOÑÓN, Blanca y VAN GINDERACHTER, Eric, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 24.

Cuando la jurisprudencia venezolana ha tenido oportunidad de analizar la relación que debe existir entre el *thema decidendum* del procedimiento principal y la protección cautelar solicitada, ha entendido que las medidas y el fondo de la controversia deben ser *homogéneos* (en propósito, consúltese el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de marzo de 2000 (Caso *Ismael Segundo Domínguez*).

3. Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo, el amparo constitucional y las medidas cautelares innominadas

De acuerdo al Artículo 27 de la Constitución política de 1.999, la autoridad judicial que conoce de un recurso de amparo puede ...*restablecer inmediatamente la situación jurídica* infringida... o, en su defecto, ...la situación que más se asemeje a ella.

Esa previsión constitucional es digna de mención porque el Artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales autoriza de manera expresa la proposición del recurso contencioso-administrativo de anulación conjuntamente con solicitud (*cautelar*) de amparo constitucional[50].

Con base en las dos disposiciones invocadas con precedencia, la jurisprudencia ha dejado establecido que para salvaguardar derechos fundamentales mientras se tramita y decide la controversia, el juez contencioso-administrativo puede decretar medidas que *anticipen* los *efectos* del *fallo definitivo favorable*[51]. Dicho en otras palabras, su poder cautelar *no se agota* en la clásica suspensión de efectos, con la cual sólo se congela el *status quo*, sino que, por el contrario, pueden *reconocer derechos* que la Administración de manera ilegítima ha desconocido, y, complementariamente, puede también *autorizar su ejercicio* mientras se decide la controversia[52].

A instancia de parte, con base en sus poderes cautelares el juez, *a título provisional*, puede *disciplinar* la relación jurídica (sustantiva) subyacente. Es en ese sentido y no en otro que debe interpretarse la afirmación, hecha por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, conforme a la cual incumbe al juez garantizarle a los ciudadanos ...el *goce efectivo* de sus *derechos constitucionales*...[53].

El juez contencioso-administrativo también ha hecho uso de la previsión contenida en el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil para brindar tutela cautelar *efectiva* en aquellos supuestos en los cuales la protección *no encuentra su justificación* en la violación de un derecho o garantía constitucionales.

La norma legal citada dispone que en adición a las *medidas nominadas*, ...el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas..., *cualesquiera que ellas fueren*, ...cuando exista el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. Como se observa, las cautelares *innominadas* procuran evitar que se torne ilusoria la ejecución del fallo definitivo.

4. Los poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo y las medidas preventivas contra particulares

La jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana ha dejado sentado que el poder cautelar concedido al juez lo habilita, en determinadas circunstancias, para dictar *medidas* dirigidas *contra particulares*.

---

50. *G.O.* de la República nº 33.891, del 22 de enero de 1988.

51. Consúltese, nuevamente, el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de marzo de 2000 (Caso *Ismael Segundo Domínguez*).

52. En propósito, consúltese a ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, "*La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo*", Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 652 y ss.

53. *V.*, la sentencia pronunciada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 16 de marzo de 2000 (Caso *Constructora Pedeca C.A. vs. el Gobernador del Estado Anzoátegui*).

En resumidas cuentas, *la Administración Pública no es la única destinataria de las medidas cautelares* que el juez contencioso-administrativo puede decretar para brindar tutela judicial efectiva en controversias de Derecho Administrativo.

¿Cuáles son los supuestos en los cuales puede el juez dictar medidas preventivas contra particulares? ¿Cuál es el alcance de las medidas preventivas que el juez contencioso-administrativo puede adoptar? *Gratia argüendi*, permítasenos mencionar sólo algunos ejemplos:

i) Si la Administración, en el marco de un *procedimiento administrativo* en el cual se ventilan *controversias entre partes* enfrentadas, no tutela adecuadamente al particular que denuncia la infracción, por otro particular, de una *norma administrativa*, el juez puede decretar las medidas preventivas que resulten necesarias para reparar las lesiones, causadas por un particular, a las cuales la Administración no le puso coto.

En otras palabras, si la lesión denunciada ante la Administración no cesa, bien porque operó el silencio administrativo (negativo), bien porque la decisión administrativa expresa no satisface todas las pretensiones del particular, el juez contencioso-administrativo puede ejercer su *poder cautelar general* frente al particular al cual se le imputa la infracción de una norma administrativa y, por consiguiente, la lesión de los derechos de la parte actora[54].

ii) Para garantizar los derechos e intereses de los accionistas minoritarios, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo *modificó* los términos y condiciones de los *negocios jurídicos* de "recompra de acciones" y "oferta pública de adquisición", *celebrados por particulares*, disciplinados por la Ley de Mercado de Capitales. En los fallos citados, el juez, por vía de mandamiento provisional de amparo constitucional, amplió los plazos a los cuales habían sido sometidos esos dos negocios privados[55], para de esa manera asegurar los derechos a la información y a la participación de quienes invierten en el mercado de capitales.

iii) Mediante mandamiento provisional de amparo constitucional del 26 de Octubre de 2.001, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, también en materia de mercado de capitales, decretó *incisivas* medidas cautelares, que procuraron salvaguardar los derechos de accionistas minoritarios[56].

De ese Fallo es digna de mención, *exempli gratia*, la orden, girada a sociedades mercantiles de carácter o naturaleza privada, para que exhibiesen los contratos "confidenciales", en virtud de los cuales se había tomado el control de una empresa *al margen* de las "Normas sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y de Toma de Control de Sociedades que hacen Oferta Pública de Acciones y otros Derechos sobre las Mismas" dictadas por la Comisión Nacional de Valores.

De ese Fallo judicial también es digna de mención, *gratia argüendi*, la medida en virtud de la cual se le *suspendieron* los *derechos políticos* que se derivan de la condición de *accionista* de una sociedad anónima, al accionista (mayoritario) que tomó el control de la sociedad anónima *al margen* de las Normas en referencia[57].

---

54. Consúltense el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 5 de mayo de 1997 (Caso *Pepsicola Panamericana S.A. contra Procompetencia*). La *declaración de principios* contenida en la sentencia invocada, es retomada años después por la jurisprudencia contencioso-administrativa en el caso asunto *bbo Financial Services Inc. vs. la Comisión Nacional de Valores* (consúltese *infra* la nota a pie de página número 55).

55. Fallos de fecha 6 de junio de 2000 (Casos *Manolo Domínguez Mena vs. Comisión Nacional de Valores* e *"Inversora DS 2000 vs. Comisión Nacional de Valores"*).

56. Consúltese el fallo de fecha 26 de octubre de 2001 (Caso *bbo Financial Services Inc. vs. la Comisión Nacional de Valores*).

57. Las *medidas* cautelares -*contra particulares*- apenas reseñadas fueron *ratificadas* por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia del 7 de noviembre de 2001 (Caso *TIM International B.V. vs. la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*).

En resumen, con la ampliación de los poderes (de fondo) reconocidos al juez contencioso-administrativo, han aumentado también, es evidente, los poderes (cautelares) que el juez emplea para evitar que el tiempo requerido para sustanciar el proceso cause daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva, a quien acude a los órganos judiciales para exigir que se le brinde tutela judicial *efectiva*.

Esa, si se quiere, no es más que una consecuencia del carácter *instrumental* de las medidas cautelares que el juez puede decretar para asegurar la *eficacia* de la sentencia definitiva que imparta *justicia sustantiva -id est, de fondo-* y resuelva la controversia.

En torno al ingente poder, concedido al juez contencioso-administrativo para, con base en los Artículos 2° y 259 de la Constitución política de 1.999, *disciplinar* la *relación jurídica (sustantiva) subyacente*, no debe dudarse.

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?

Aurilivi Linares Martínez
Abogado Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan el ordenamiento, acomodándolos a aquél.

Este deber de ajuste permanente a la legalidad no crea problemas jurídicos graves cuando se pretende sobre actos que inciden en el ámbito doméstico de la Administración, en su estructura, organización o funcionamiento, sin afectar los derechos de los administrados. Tampoco, cuando el acto es perjudicial o gravoso para un particular, como puede ser la imposición de una sanción indebida o la negativa injustificada al reconocimiento de un derecho. En estos casos la Administración -a diferencia del Juez que no puede anular o revocar sus propias sentencias infundadas o inválidas-, puede y debe volver sobre sus actuaciones con independencia de que el vicio que origina la invalidez sea la nulidad o la simple anulabilidad.

El panorama cambia, sin embargo, cuando se trata de la revisión o anulación de los actos administrativos inválidos que han creado o reconocido derechos en favor de terceros, que se encuentran además en posesión y disfrute de los mismos. Admitir en este caso que la Administración tiene la potestad de declarar la nulidad de tales actos, supone, en definitiva, reconocerle la fuerza de extinguir por sí misma aquellos derechos y de alterar las situaciones posesorias, si el particular interesado se resiste a cumplir las consecuencias de dicho acto anulatorio.

En efecto, tal como está regulado en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración tiene la potestad de revisar y corregir sus actuaciones administrativas. Esta potestad de autotutela se encuentra desdoblada en tres potestades fundamentales: la potestad revocatoria, la potestad convalidatoria y la potestad correctiva[1].

La más importante manifestación de la autotutela es, obviamente, la potestad revocatoria de la Administración, es decir, la potestad de extinción de sus actos administrativos en vía administrativa. Esta potestad está regulada en el artículo 82 de la referida Ley Orgánica, el cual establece que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, sea por el superior jerárquico, siempre que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular. Por tanto, con base a esta formulación, la potestad revocatoria tiene limitaciones y, particularmente, respecto

1. *Cf.*, BREWER-CARÍAS Allan R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, pp. 66 y ss.

a los actos que originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos a favor de un particular (vid. artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, y artículos 19.2º y 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana)[2].

Por otra parte, como consecuencia de las prerrogativas de autotutela de que goza la Administración Pública, se observa, por lo general, que en el proceso contencioso administrativo la iniciativa para la impugnación del acto administrativo parte, como es natural, del particular administrado. En otras palabras, será demandante una persona distinta del ente público al que sea imputable el acto o actuación frente a los que se demande justicia, bien sea un particular o una entidad pública.

Ahora bien, por la influencia de la tradición española, en algunos ordenamientos jurídicos hispanoamericanos[3], como algunas provincias de Argentina (Corrientes, Córdoba, Mendoza), en Cuba, México, Costa Rica, entre otros países, se prevé la posibilidad de que sea demandante la propia entidad pública de la que emane el acto administrativo, cuando le está vedado el ejercicio de la autotutela para privarle de efectos, por derivar de él situaciones jurídicas subjetivas.

No obstante, si bien la Administración Pública está investida de la prerrogativa de revisar sus propios actos a fin de privarles de efectos, bien por razones de legalidad o de simple oportunidad, o por así exigirlo el interés público, no parece tener sentido, en principio, la existencia de un proceso por ella invocado, a fin de verificar si un acto es o no conforme a Derecho y al interés público, para declarar su nulidad o anularlo. Empero, como es sabido, aquella prerrogativa no es ilimitada, pues, como se ha señalado, el ordenamiento jurídico establece límites a la posibilidad de volver sobre sus propios actos, específicamente, cuando de ellos deriven situaciones jurídicas subjetivas.

En definitiva, una de las peculiaridades del Derecho procesal administrativo español e hispanoamericano es la existencia de un proceso especial, en el que adopta la posición de demandante la misma entidad pública que dictó el acto que constituye el objeto de la pretensión, esto es, que dicho proceso está reservado para los casos en que la misma Administración autora de algún acto pretendiere demandar, ante la jurisdicción contencioso administrativa, su anulación. Este proceso contencioso administrativo ha sido calificado, tradicionalmente, con el nombre de *lesividad*[4].

El presente estudio se concentra en el análisis del proceso de lesividad, como vía de anulación de los actos administrativos declarativos de derechos en manos de la Administración. En tal sentido, se estudian, en primer lugar, los aspectos generales del sistema del proceso de lesividad, esto es, lo relativo a su concepto, naturaleza y fundamentación jurídica.

En segundo lugar, se examina el proceso de lesividad en los sistemas contencioso administrativos de España y Argentina, a través de un estudio comparativo de los mismos, el cual servirá de instrumento potencial para la subsiguiente evaluación del sistema contencioso administrativo venezolano.

---

2. *Cf.,* GONZÁLEZ PÉREZ, J.,"Las partes en el proceso, terceros intervinientes, coadyuvantes", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías*, Funeda, Caracas 1995, pp. 181-182.

3. _____. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis, S.A., Bogotá 1985, p. 118.

4. HERNÁNDEZ, Gascón, "La interposición del recurso contencioso administrativo por la propia Administración" en *Revista de Estudios Políticos* nº 7, Madrid, p. 125.

Expuestos los conceptos en referencia, y como reflexión final, se efectúan algunas consideraciones sobre la existencia o inexistencia del proceso de lesividad en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de destacar en este sentido, sus virtudes o debilidades como elementos de juicio susceptibles de ser incorporados en una eventual regulación legislativa de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela.

II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE LESIVIDAD

1. Concepto

Siguiendo a González Pérez[5] y a Dromi[6], el proceso de lesividad es aquel proceso contencioso administrativo especial que tiene por objeto la pretensión deducida por una entidad pública, con relación a un acto de la misma que no puede revocar *per se*, por lo que solicita del órgano jurisdiccional sea declarada su nulidad por ser lesivo al interés público.

Ciertamente, la acción o recurso de lesividad aparece como un medio de orden procesal, de naturaleza contencioso-administrativa, encaminado a obtener del juez la anulación por lesividad de un acto emanado de la propia entidad administrativa demandante que creó derechos en favor de los administrados.

En este proceso administrativo especial, la iniciativa corresponde a una persona jurídica administrativa, pero ello no quiere decir, que exista proceso de lesividad siempre que una entidad pública adopta la posición de demandante[7]. Por tanto, tal como se desprende de la frase *actos de la misma*, empleada por los autores antes citados, en el proceso de lesividad lo decisivo es que la demanda proceda del mismo sujeto público que dictó el acto impugnado, lo cual excluye la acción de lesividad cuando una entidad administrativa interpone una acción contra un acto de otra autoridad, toda vez que, cuando lo que se deduce es una pretensión cuyo objeto es el acto de otra entidad pública, la misma será examinada y actuada a través del proceso ordinario o especial que corresponda, según la fundamentación de la pretensión, y no por el proceso de lesividad.

En definitiva, el proceso de lesividad se define como un proceso administrativo especial, promovido por una entidad pública administrativa en demanda de que sea anulado por el juez contencioso administrativo, un acto administrativo dictado por aquélla por considerarlo lesivo para ella misma o para la colectividad a quien representa[8].

5. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El proceso de lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 25, Madrid, pp. 127-128.

6. DROMI, J. R., "Acción de Lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 88, Madrid 1979, p. 209.

7. RONDÓN DE SANSÓ, H., "Las vías jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre entes y autoridades públicas", en *Peculiaridades del Contencioso Administrativo,* Funeda, Caracas 2001, pp. 29-134.

8. BRICEÑO G., "¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso administrativo venezolano?" en *Revista de la Facultad de Derecho* nº 43, UCAB, Caracas 1991, p. 65.

2. Naturaleza Jurídica

El recurso de lesividad se nos presenta con unas características peculiares, las cuales le dan cierta especialidad al mismo con relación a los demás recursos contencioso administrativos.

En efecto, el recurso de lesividad se caracteriza, en primer lugar, por ser un proceso contencioso administrativo, en el cual es necesaria la participación en el iter procesal de dos partes: una, la Administración como entidad administrativa propia; y la otra, el particular beneficiado y defensor del acto administrativo que fue favorecido con un derecho subjetivo. Así, ciertamente, según lo afirma González Pérez[9], se trata de un verdadero proceso, porque en él interviene un órgano jurisdiccional como tal, ejerciendo funciones jurisdiccionales al examinar y actuar, en su caso, la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro. Es por ello, que el proceso de lesividad implica, necesariamente, una demanda, una contestación, un período de promoción y evacuación de pruebas, y por último, el pronunciamiento judicial, el cual estaría en principio delimitado a anular o no la decisión administrativa.

En cuanto al objeto del recurso, esto es, la declaración de voluntad por medio de la cual se solicita del juez un pronunciamiento sobre la nulidad o no del acto administrativo, parece idéntica al proceso contencioso administrativo de anulación, sólo que se advierte una inversión de orden procesal administrativo no común en éste. En el recurso de lesividad, la pretensión procesal es aquella que se intenta contra el titular del acto administrativo, es decir, contra el sujeto a quien el acto administrativo le concedió un derecho público subjetivo a su favor. De ahí, la clara y evidente naturaleza jurídica de orden público del proceso de lesividad.

En el citado proceso, una de las partes interesadas es la Administración Pública, actuando en función administrativa, esto es, en consideración y satisfacción de los servicios públicos a ella encomendados por el Ordenamiento Jurídico Positivo. Este proceso deberá, en todo caso, estar sometido al principio de legalidad, en el sentido de que tanto las partes (Administración-administrado), como el juez que se encuentra frente al proceso, deberán estar ordenados y encuadrados para sus actuaciones por la ley procesal administrativa.

Por otra parte, cuando el ordenamiento jurídico impide a la Administración Pública hacer uso de las prerrogativas de poder (autotutela), para revocar actos administrativos que han creado derechos en favor de los particulares, aquélla debe acudir al juez para solicitar la revocación de ese específico acto administrativo. Ello sin duda, es una muestra de evidente debilidad administrativa ordenada por el orden jurídico, por cuanto en el recurso de lesividad la Administración actúa sin prerrogativas de Poder Público. Empero, esa situación tan peculiar de la posición administrativa, no disminuye en absoluto el fin público que persigue el proceso de lesividad, principalmente porque el objeto del mismo es lograr la anulación de un acto administrativo que lesiona el interés público, más cuando lo efectúa y pretende una entidad pública administrativa.

Pues bien, frente al recurso de lesividad, el juez sufre una excepción importante en su relación con la Administración, puesto que el poder revocatorio, que normalmente lo tiene la entidad administrativa (en sede administrativa), es trasladado al juez administrativo por efecto del orden jurídico; esto es, la potestad de autotutela pasa de la Administración al juez.

9. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de...*, p. 128.

Por último, el recurso de lesividad es considerado un proceso especial, por cuanto la aparición de una entidad pública como demandante frente a uno de sus propios actos, supone derogaciones tan importantes de las normas procesales comunes, que da lugar a un proceso especial, claramente diferenciado del ordinario; y como tal proceso especial, se regirá en lo no previsto por las disposiciones específicas que lo regulan, por las del proceso ordinario. La especialidad de este proceso se debe a razones jurídico materiales, y se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos, toda vez que la Administración no puede revocar libremente sus decisiones, cuando han producido un derecho subjetivo incorporado al patrimonio de un tercero por vía de la llamada "estabilidad del acto administrativo" y, en su caso, debe declararlas lesivas. Así, obviamente, el privilegio justificado de la acción de lesividad es más razonable, que el injustificado de la libre y arbitraria revocación de los actos declaratorios de derechos.

3. Fundamento

El proceso de lesividad constituye, por un lado, una excepción a los principios característicos del régimen administrativo, dentro del cual la Administración goza del privilegio de actuar por sí las pretensiones, y por otro, una excepción a otro principio tradicional del Derecho Administrativo, cuál es, la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos. Como ejemplo de cada una de estas direcciones, pueden citarse la posición de Fernández Mourillo y la de García de Enterría.

Para Fernández Mourillo[10], la consideración moderna de la Administración con un criterio igualitario y enemigo de privilegios injustificados, hace imposible que aquélla pueda volver sobre sus propios actos, porque siendo en todo caso emanación de su autoridad y debiendo acatarlos los administrados, que pueden hacer de ellos base de sus actividades, sería no solo un contrasentido, sino una injusticia que se admitiese la imposibilidad de deshacer lo hecho, quedando así en el aire la seguridad de los que al amparo de una resolución administrativa procedieren.

Desde la postura opuesta, García de Enterría censura la necesidad de que la Administración tenga que acudir a la vía procesal para lograr la anulación de sus actos declaratorios de derechos. En este sentido, estima que el proceso de lesividad sólo ha podido llegarse a establecer, por un falseamiento del proceso administrativo[11] y por una interpretación equivocada del principio de los actos propios[12]; porque el principio *venire contra factum proprium non valet* únicamente tiene aplicación cuando se trata de actos jurídicamente eficaces, que tienen eficacia obligatoria, y el llamado recurso de lesividad presupone actos administrativos ineficaces, por lo que la posibilidad de que su autor reaccione contra los mismos, está definida por el concepto mismo de la ineficacia. De allí se concluye, que "...el principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundamento, ni siquiera como motivo lejano que justifique de alguna manera la institución del recurso de lesividad, el régimen de revocación de los actos administrativos que lleva parejo, o cualquiera de sus particularidades dogmáticas o positivas"[13].

---

10. FERNÁNDEZ MOURILLO, *Lo contencioso administrativo*. Madrid 1926, p. 55. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de*..., p. 129.

11. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La configuración del recurso de lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 15, pp. 109-151.

12. _____. "La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 20, Madrid, pp. 69 y ss.

13. *Ibid*., p. 77.

Frente a las posturas anteriores, otros autores españoles e hispanoamericanos, aducen argumentos análogos para justificar la institución de la lesividad, y en ellos, más o menos expresamente, late el principio de los actos propios. No obstante, considera González Pérez que, desde perspectivas tan distintas como las señaladas, nada tiene de extraño que se abogue por la supresión del proceso de lesividad, al estimarle carente de fundamento[14].

Por último, la postura intermedia, que no está con ni en contra de la acción de lesividad, ha admitido que los actos administrativos generadores de derechos subjetivos a favor de los administrados gozan de estabilidad o inmutabilidad, característica esta, que los torna irreversibles por la propia autoridad administrativa. Si bien la Administración no puede volver *per se* contra sus propios actos, sería absurdo, sin embargo, mantener una situación ilegal o lesiva al interés público; por ello, tan pronto como la Administración descubra sus propios yerros, debe estar facultada para someter a revisión judicial aquellos actos que resulten perjudiciales a sus intereses[15].

En otras palabras, para equilibrar los intereses públicos con los particulares, dado que éstos no pueden quedar siempre a merced de las variedades de la Administración -que en un momento dado, pudiera desconocer derechos reconocidos o creados con anterioridad por ella misma-, el ordenamiento jurídico ha arbitrado el mecanismo del proceso de lesividad para que, con la máxima garantía para el particular, pueda privarse de efectos a los actos administrativos que fueren lesivos al interés público e irrevocables en sede administrativa[16].

III. EL PROCESO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA

1. Antecedentes legislativos

Analizando el Derecho comparado, se observa que el recurso de lesividad es regulado en forma aislada y no realmente sistemática.

En España, el origen de esta técnica se halla en el diseño establecido para el proceso contencioso-administrativo por el legislador de 1845, que al regular el modo de proceder del Consejo Real (Ley de 6 de julio y Reales Decretos de 22 de septiembre de 1845 y 30 de diciembre de 1846) y de los Consejos Provinciales (Ley de 2 de abril y Real Decreto de 1º de octubre de 1845), contemplaba la posibilidad de que el recurso se iniciara también por memoria de la Administración. La condición de accionante habría lógicamente de asumirla ésta, igual que ocurre en los procesos civiles, cuando un particular se resistiera a la ejecución de un acuerdo de la Administración que pretendiera desconocer su derecho y situación posesoria, o anular un acto declarativo de derecho, resistencia o negativa que forzaba a la Administración a accionar ante la jurisdicción administrativa.

14. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de...*, pp. 128-129.
15. ÁLVAREZ TABIO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana 1954, pp. 52-56.
16. GUAITA, A., *El proceso administrativo de lesividad*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1953, pp. 20-29.

Asimismo, la Administración podía, en las diversas instancias de la vía gubernativa previa a la contenciosa, recurrir sus propios actos cuando los considerara lesivos al Tesoro por un sistema de autorrecursos a cargo de los Interventores de Hacienda.

La lesividad, como remedio judicial para ir contra actos firmes del propio demandante, surge en España precisamente dentro del ramo específico de la Hacienda Pública.

Desde esta premisa, como advirtió García de Enterría[17], el sistema de autoimpugnación, tanto en vía administrativa como contenciosa, aparece plenamente regulado en el Derecho español para los negocios de la Hacienda por el Real Decreto de 21 de mayo de 1853, donde se establece que causarán estado las resoluciones que adopte el Ministro de Hacienda, y sean revocables por la vía contenciosa, ya que podrán recurrir contra ellas tanto el Gobierno como los particulares, si creyesen perjudicados sus derechos.

Luego, la doctrina de este Real Decreto, formulada únicamente para la Hacienda, se generalizó a todos los Ministerios por el Real Decreto de 20 de junio de 1858, haciéndose de este modo general. Hasta las leyes de 1881 y 1888, éste es el régimen vigente en la materia.

La configuración histórica del proceso de lesividad como única vía de anulación de los actos administrativos declarativos de derechos, llega hasta la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956, y la Ley de la Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, cuando la Administración autora de un acto pretendiere demandar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su anulación, previa su declaración de lesividad para el interés público...” (artículo 19.2).

Así pues, la Administración no puede apartarse de sus propios actos declarativos de autotutela, del recurso de lesividad. Era, pues, necesario que la Administración acudiera como demandante ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa solicitando la retirada de sus propios actos, para lo cual se entendía necesario el llamado requisito de la doble lesión, es decir, que el acto cuya revocación se postulaba infringiera el Ordenamiento Jurídico Positivo (lesión jurídica) y, además, fuera económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica).

El sistema del proceso de lesividad ha sido criticado porque su éxito judicial se subordinó a la doble exigencia de que el acto cuya nulidad se pretendía implicase una lesión económica y otra jurídica o infracción legal, pues, sobre la base de estas ideas, fácilmente se comprende que la Administración quedaba constreñida a soportar, en la inmensa mayoría de los casos, sus propios actos declarativos de derechos aunque incurrieran en las más graves infracciones jurídicas. En este sentido, García de Enterría y Fernández expresan que, el requisito de la doble lesión constituía de hecho, una barrera prácticamente insalvable que defendía enérgicamente los derechos adquiridos por el simple hecho de ser tales, abstracción hecha de la forma, buena o mala, en que lo hubieran sido, y dejaba inerme, en muchos casos, el interés público[18].

17. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La configuración del*..., pp. 115 y ss.

18. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1992, vol. I, p. 629.

Sin embargo, Parada[19] considera que, este condicionamiento no era tan desacertado porque con el requisito de la lesión económica se pretendía justificar la existencia de un interés, una legitimación en suma para el proceso, lo que era congruente, por otra parte, con sus orígenes fiscales, es decir, con la necesidad de anular liquidaciones tributarias que resultaban a la par que contrarias a la legislación de los receptivos tributos, lesivas para el Tesoro. La anulación no tenía sentido sino en función de la lesión.

Frente a la situación anterior, en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya no se exige el viejo requisito de la doble lesión, jurídica y económica. Basta que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo para el interés general y eventualmente anulado por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a instancias de la propia Administración[20]. Aunada a la circunstancia de que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, ha flexibilizado acertadamente este riguroso sistema, habilitando en sus artículos 109 y siguientes nuevas vías distintas del recurso de lesividad, para la revocación por la propia Administración de sus propios actos declarativos de derechos cuando éstos sean radicalmente nulos o cuando, aun sin tener tal carácter, infrinjan manifiestamente la Ley[21].

El Derecho vigente en España que regula el proceso de lesividad está contenido fundamentalmente en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, artículos 19.2, 45.4, 46.5 y 49.6. Dicho proceso, no aparece regulado entre los procedimientos especiales en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino dentro del procedimiento de primera o única instancia, con sus peculiaridades propias, lo cual más aconsejaría su tratamiento separadamente de este procedimiento ordinario contencioso administrativo.

Por otra parte, a diferencia del sistema español, en la legislación de Argentina impera, hoy día, la unidad de acciones procesales administrativas sobre la base de un trámite común -donde la llamada lesividad pasa a ser una acción procesal más- habilitadas en todos los casos para la defensa de un derecho subjetivo o interés legítimo, y basados en la pretensión procesal y la prueba sustanciada que serán los efectos y alcances de la sentencia. Es decir, se tramitan en un único proceso las distintas pretensiones que puedan ser el objeto material de la acción.

En cuanto a los antecedentes legislativos de la Argentina, en el ámbito nacional, ya contiene y reglamenta la acción de lesividad el Anteproyecto Nacional de 1965, el cual establece en su artículo 41, que: "cuando un acto administrativo sea irrevocable en sede administrativa, la Administración podrá impugnarlo por razones de ilegalidad ante el tribunal dentro de los dos años de haberlo dictado. En el trámite de este proceso se aplicarán las reglas de la acción de plena jurisdicción, excepto las que sean incompatibles con su naturaleza".

19. *Cf.*, PARADA, R., *Derecho Administrativo*. Parte General. 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 2000, p. 208.

20. *Cf.*, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid 2001, pp. 467-468.

21. La nueva Ley de Procedimientos Administrativos española, reconoce a la Administración poderes de anulación directa para los casos de nulidad de pleno derecho y de infracción manifiesta de la Ley, reservando para el proceso de lesividad la anulación de los actos declarativos de derechos con infracciones de menor gravedad: "en los demás casos [dice ahora el artículo 110.1] la anulación de los actos declarativos de derechos requerirá la declaración previa de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

El Anteproyecto Nacional del Código Contencioso Administrativo de 974-75, (artículos 72 a 74), prevé, también, el proceso de lesividad como uno de los procesos administrativos especiales. Y la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo Nº 19549 (artículo 27), en cuanto a la impugnación de actos por el Estado o sus entes autárquicos, establece que: "no habrá plazo para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

Por otra parte, en el Derecho procesal administrativo del ámbito provincial, se encuentran:

El Código de Corrientes (Ley 2943/71) dedica tres artículos a la acción de lesividad, los cuales disponen: "artículo 59: Cuando un acto administrativo sea irrevocable en sede administrativa, la Administración podrá impugnarlo ante el superior tribunal de justicia dentro de los plazos establecidos para la prescripción de vicio"; "artículo 60: Se considerará falta grave por parte de los funcionarios la omisión de la denuncia de los hechos que hayan llegado a su conocimiento y que puedan dar lugar a la acción a que se refiere el artículo anterior ante la autoridad con competencia para plantearla"; y "artículo 123: la acción de lesividad se tramitará en la forma prevista para las demandas contencioso-administrativas de plana jurisdicción con todo lo que no sea compatible en su naturaleza".

- El Código de Mendoza (Ley 3918/73), recepta la acción comentada en sus artículos 3º, 21 y 43, inc. "d".

- El Código de Córdoba, por su parte, sin alterar el sistema, incorpora la acción de lesividad dentro del procedimiento administrativo (Decreto-ley 5350/72), aunque ello no afecta la cuestión desde que ambos sistemas, procedimientos y proceso administrativo se integran y armonizan.

- El Código de Formosa (Ley 584/78, artículos 1º y 17, inc. "e"), admite expresamente la acción al prever como contenido de la pretensión, lo siguiente: "el demandante podrá pretender: a) La anulación total o parcial de la disposición administrativa impugnada; b) El restablecimiento o reconocimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido; c) El resarcimiento de daños y perjuicios sufridos; d) La interpretación que corresponde a la norma que se trate; e) La anulación de los actos irrevocables administrativamente, previamente declarados lesivos a los intereses públicos por razones de ilegitimidad".

En suma, en el sistema argentino, la acción de lesividad está prevista, fundamentalmente, en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (artículo 27) y en diversos Códigos Procesales Provinciales (Corriente, Mendoza, Formosa, Córdova).

2. Requisitos subjetivos

En el proceso administrativo de lesividad existen, como en todo proceso, dos partes (demandante y demandado) y un tercero imparcial (órgano jurisdiccional).

A. El Órgano Jurisdiccional

En el sistema español, se aplican las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, entendiendo que el proceso de lesividad el órgano jurisdiccional competente será aquel competente en lo procesal administrativo. En consecuencia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa que es la única competente para resolver la anulación del acto declarado lesivo para el interés general, conocerá de este proceso especial.

Sin embargo, la aplicación de estas reglas generales al proceso de lesividad, requieren alguna precisión, dado que lo que hay que tener en cuenta para determinar la competencia es el acto cuya anulación se pretende, con independencia de a quien corresponde la declaración de lesividad; pues la declaración de lesividad corresponde a los órganos superiores de la jerarquía de la entidad que se trate, sin que ello suponga una modificación de las normas generales sobre competencia.

En Argentina, el órgano jurisdiccional competente será aquel a quien corresponda según las normas generales sobre jurisdicción y competencia. En efecto, en el orden nacional, los órganos judiciales competentes en lo procesal administrativo son los Juzgados Federales (artículos 116 y 117 Constitución Nacional argentina); y en el orden provincial, los Códigos locales han atribuido la materia a las Cortes Supremas o Superiores Tribunales de Provincia.

B. Legitimación activa

Tanto en el proceso de lesividad español como en el argentino, el sujeto legitimado para impugnar el acto administrativo, es decir, la parte demandante, será el ente público que lo dictó y que, en virtud de lo dispuesto en las leyes, no puede revocarlo directamente. Este tendrá legitimación para pretender la anulación del acto, o incluso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

La entidad pública demandante, por tanto, según el tipo de pretensión que deduzca, deberá tener interés directo o ser titular de un derecho derivado del Ordenamiento jurídico que considere infringido por el acto que dictó.

En España, el artículo 19.2 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, admite expresamente, dentro del proceso de lesividad, deducir la pretensión por quien alegue un simple interés directo, cuando se limite a demandar la anulación del acto. No obstante, la jurisprudencia basada en la normativa anterior, había exigido, además, que la demandante alegara la lesión de intereses económicos. Pero este requisito ha desaparecido en la nueva Ley, que no exige aquella doble lesión, jurídica y económica, aunque como advierte Parada[22], lo normal es que concurra esa doble circunstancia y que la lesión económica sea la que más frecuentemente motive a la Administración, constituyendo su interés legítimo para intentar la anulación del acto contrario al ordenamiento jurídico.

Basta ahora, según la jurisprudencia española, con el requisito de la "lesión al interés público", entendiéndose por tal no solamente los intereses de naturaleza económica, sino de otro carácter, como los urbanísticos o incluso los políticos (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978, 4 de enero de 1983 y 31 de enero de 1984).

22. PARADA, R., *ob. cit.*, p. 208.

En otras palabras, para que una entidad pública tenga legitimación en un proceso de lesividad, se requiere que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y, eventualmente, anulado por los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, a instancia de la propia Administración. Con ello, ciertamente se está desdibujando el carácter del proceso de lesividad como proceso de anulación ante el Juez por vicios de ilegitimidad en favor de un proceso en que se actúa una acción revocatoria. Cuando así sea, por no darse vicio alguno de legalidad, deberá lógicamente condicionarse la estimación judicial de la lesividad, a la previsión de las correspondientes indemnizaciones sustitutorias de los derechos que el acto reconocía a los interesados en la forma que corresponda.

Por otra parte, la representación y defensa de la Administración General del Estado ante la jurisdicción contencioso-administrativa española, corresponderá a los Abogados del Estado, bajo la dependencia de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (artículos 24 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y además, podrá intervenir como coadyuvante de la Administración, quien tuviere interés directo en dicha pretensión.

En el sistema argentino, los Códigos provinciales que regulan la acción de lesividad, establecen que es el fiscal el encargado de promover dicha acción para demandar la anulación judicial del acto contrario a derecho.

C. Legitimación Pasiva

En el proceso de lesividad, ¿quién está legitimado para ser demandado?: ¿la Administración?, ¿el Fiscal del Estado?, ¿la persona que dictó la resolución?, ¿un particular cualquiera?, ¿un particular concreto y determinado?

En efecto, las legislaciones analizadas que reglamentan esta acción, no han visto con la debida claridad y explicitez la figura del demandado en el proceso de lesividad. Por ejemplo, en el Ordenamiento jurídico español, según la regla general del artículo 21 de la Ley de regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, serán parte demandada en el proceso de lesividad: la Administración de que proviene el acto y las personas a cuyo favor deriven derechos del propio acto. Sin embargo, esta regla no es aplicable en todas sus partes, al proceso de lesividad.

Es cierto que, en alguna ocasión, la doctrina y la jurisprudencia españolas, han admitido que en los procesos de lesividad sean parte demandada, bien la Administración autora del acto, o bien su representante legal. Pero tal posición resulta insostenible, porque si es la entidad autora del acto la que comparece ante el Tribunal como demandante, es imposible que, al mismo tiempo, actúe como demandada, oponiéndose a sus propias pretensiones. De allí que, la doctrina jurisprudencial dominante haya abandonado aquella ilógica posición y buscado otra solución al problema de la legitimación pasiva, que en algún momento, creyó encontrarla en las personas físicas titulares del órgano que adoptó el acto; pero, si no puede ser demandada la Administración de que proviene el acto, una sola posición es admisible, a tenor del artículo 21 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, esto es, que sean demandadas las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto.

En Argentina, algunos Códigos provinciales nada dicen respecto del legitimado pasivo en el proceso de lesividad. No obstante, opina Dromi[23], que el demandado es siempre una persona distinta a la Administración demandante, por consiguiente, no puede ser más que un particular-administrado o un ente administrativo no demandante a los que beneficia la estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo en sede administrativa. Tal es el criterio seguido por el Código de Mendoza, en el artículo 43, inc. "d", al tratar del traslado de la demanda, y en el artículo 29, ap. "B", de la Ley española de lo contencioso administrativo.

De manera que, el favorecido por la resolución recurrida es el interesado en que ésta subsista y, por ende, él ha de ser la parte demandada en el proceso de lesividad. Así pues, la contienda se entabla entre la Administración que pretende que no prevalezca una resolución que estima ilegal y lesiva a sus intereses, y el derecho de aquél que obtuvo en su provecho, beneficio o favor el acto supuestamente lesivo[24].

El demandado en el proceso de lesividad es, en definitiva, el afectado por la resolución recurrida, y podrán actuar, también, como coadyuvantes de éste, quienes tengan interés directo en el mandamiento del acto que se impugna.

3. Requisitos Objetivos

Habitualmente se aplican al proceso de lesividad las normas generales sobre los actos susceptibles de ser objeto de una pretensión procesal administrativa. Sin embargo, existen algunas reglas especiales que es necesario señalar a continuación.

A. Estabilidad del acto

El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que las otras acciones, pues, los actos impugnables en este original proceso no son los mismos que el proceso administrativo ordinario. En este último, se puede impugnar la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Y en virtud de la acción de lesividad solamente se puede impugnar un acto administrativo irrevocable en sede administrativa, o sea, debe tratarse de un acto administrativo estable.

En el sistema argentino, la fórmula empleada, como se señaló, es cuando un acto administrativo es irrevocable, o sea, que debe tratarse de un acto administrativo estable (artículos 59 del Código de Corrientes, y 3º del Código de Mendoza). En consecuencia, es un presupuesto del acto administrativo estable que no haya ley que autorice a la Administración su revocación (Ley 19549, artículo 18), y debe tratarse de una ley de orden público, no de una mera reglamentación administrativa, pues de no existir tal norma, sigue imperando el principio de la estabilidad.

Igualmente, en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con el fundamento de este proceso especial, son objeto de las pretensiones que en él se deducen los actos que, en virtud de lo dispuesto en las Leyes, no pueden ser anulados por la propia Administración. Y esta limitación de la potestad de revocación o anulación se da únicamente

23. DROMI, J. R.,. *ob. cit*., p. 215.
24. *Loc. cit.*

respecto de los actos administrativos, pero no respecto de las disposiciones de carácter general que, aún emanadas de la Administración, revisten los caracteres de una Ley en sentido material.

En este sentido, González Pérez[25] señala, que cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se refiere al objeto del recurso contencioso administrativo, a lo largo de su articulado emplea la expresión de *acto o disposición*, consecuencia de la admisión expresa de la impugnación de las disposiciones de carácter general. Sin embargo, cuando se refiere concretamente al proceso de lesividad, no habla para nada de disposiciones, sino únicamente del acto o actos, con lo que se pone de manifiesto que la Ley únicamente admite la impugnación de actos dentro del proceso de lesividad.

Por su parte, Dromi expresa que, en el Derecho argentino los códigos provinciales modernos en el sentido expuesto constituyen una avanzada legislativa, pues evitan así una eventual polémica doctrinaria y jurisprudencial respecto a la impugnabilidad por vía de lesividad de los contratos y reglamentos; y añade que, el Proyecto Nacional de 1974-75, artículo 72, admite, sin embargo, la acción de lesividad para petición de anulación, modificación o sustitución de actos administrativos individuales, contratos o reglamentos[26].

En definitiva, el acto impugnado en el proceso de lesividad no podrá tener carácter normativo, dado que un órgano estatal puede, en cualquier momento, a través del procedimiento correspondiente, derogar una disposición general dictada con anterioridad, siempre que respete el principio de jerarquía de las normas. De allí que carezca de sentido tener que acudir a un proceso *el de lesividad* para privar de efectos a una disposición que puede ser derogada por el mismo órgano que la dictó.

B. Que declare derechos subjetivos

El acto objeto del proceso de lesividad debe tratarse, además, de un acto administrativo que declare un derecho subjetivo, o sea, una situación jurídica particularizada, individualizada, debida con exclusividad por la Administración ante una norma que expresamente predetermina esa conducta.

En efecto, el poder autoimpugnativo de la Administración, revocando sus propias decisiones, ha sido limitado jurisprudencialmente al consagrar la estabilidad administrativa que prohíbe revocar, oficiosamente, actos administrativos regulares. Las limitaciones de la revocación provienen de ciertos principios jurídicos que tienen por finalidad proteger los derechos y situaciones jurídicas favorables del destinatario del acto administrativo. Pero no por ello la Administración queda atada a la irrevocabilidad, sino que cuando el interés público reclama una rectificación, puede acudir al órgano judicial para que anule el acto lesivo.

Por tanto, no hay estabilidad de los actos que reconocen un interés legítimo, o un simple interés, ni de los actos que crean o declaran deberes de los administrados frente a la Administración.

25. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de*..., p. 138.
26. DROMI, J. R., *ob. cit.*, p. 215.

De ello se desprende que la estabilidad funciona a favor y no en contra del administrado, pues el acto es estable y, por tanto, irrevocable en sede administrativa en la medida en que reconoce o declara derechos subjetivos a favor de los administrados, no en la medida que impone sanciones o deberes, o niega derechos tácita o expresamente. El acto debe declarar un derecho y no necesariamente reconocer un derecho preexistente.

C. Acto lesivo

Se requiere que tal acto estable cause una lesión jurídica a la Administración, causal de su invalidez y nulidad. A esta condición del acto, le son aplicables las consideraciones expuestas respecto del requisito de la lesión para la estimación del recurso de lesividad, toda vez que dicho acto deberá resultar lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza, e infringir el ordenamiento jurídico.

El concepto de lesividad administrativa está constituido por dos elementos: a) la lesión, como hecho en sí; b) la lesión, como violación jurídica; suponiendo el primero una declaración formal, objetiva y económica o de otra naturaleza, que debe hacerse por la propia Administración, y en cuanto al segundo de los requisitos, es decir, la lesión con violación jurídica, no cabe olvidar que aquel daño, aquella disminución lesiva en el patrimonio, debe ser contraria a la Ley y, por tanto, antijurídica[27].

Al respecto, expresa Entrena Cuesta que, algún autor ha puesto en duda la necesidad de que el acto sea ilegal; sin embargo, esta exigencia nos parece irrefutable, sobre todo, por dos razones: en primer lugar, según el artículo 31 Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, las pretensiones a formular por el demandante son la declaración de no estar conformes a Derecho los actos que se impugnen y, en su caso, la anulación de los mismos. Por tanto, debe partirse de la inadecuación entre el acto objeto del recurso y el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, el artículo 68 de la referida Ley es, si cabe, más contundente, al prescribir que la sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando no se ajustare a Derecho el acto o la disposición a que se refiera, de donde deriva que si se impugna un acto por la Administración y éste se ajusta a la normativa vigente, aunque lesione los intereses de aquélla, el recurso está destinado al fracaso[28].

D. Que sea regular

En el proceso de lesividad, el acto impugnado debe reunir las condiciones esenciales de validez, pues, el procedimiento de formación del acto debe ser regular, habiendo cumplido para ello las normas del procedimiento en cuanto a forma y órgano competente.

El criterio acerca de lo que ha de entenderse por acto regular, no constituye un concepto definitivo acerca de la perfección del acto, sino un concepto meramente provisional por el que un acto administrativo, sin ser perfecto, puede ser estable e inextinguible en sede administrativa. El acto regular es conceptualmente análogo al acto aparente que tiene un cierto grado de legalidad.

---

27. *Cf.,* NIETO, A., "Lesividad y Expropiación" en *Revista de Administración Pública* nº 36, Madrid 1961, pp. 131 y ss.

28. ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo,* Editorial Tecnos, S.A., 11º ed., Madrid 1995, vol. I, p. 310.

E. Que haya sido notificado

En el sistema argentino, la jurisprudencia y la doctrina, y ahora la Ley 19549, artículo 18, entienden que es un requisito esencial, entre otros, que conduce a la existencia del acto administrativo estable, que éste haya sido notificado. Así pues, que el acto administrativo cause estado quiere decir que el acto se haya notificado al interesado, que haya sido completado el proceso de formación del acto en su plenitud, haciéndoselo saber al administrado; recién allí se perfecciona técnicamente el acto, antes no era tal, no era perfecto, no producía efectos jurídicos.

F. No es necesario que el acto agote la vía administrativa

En España, el requisito exigido, dentro de los supuestos generales del proceso contencioso administrativo, de que el acto no sea susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, no se aplica al proceso de lesividad. La no exigencia de este requisito común resulta evidente que la pretensión de lesividad es admisible respecto de actos que la Administración, según las leyes, no puede anular por sí. Dichos actos pueden emanar, no sólo de órganos que por su posición jerárquica, implican la inimpugnabilidad en vía administrativa de dichos actos, sino de órganos inferiores.

Pues bien, si en estos casos los actos de los órganos inferiores declarativos de derechos no son impugnados por los interesados dentro del plazo, devienen firmes y, como tales, no susceptibles de revocación por la Administración. De allí que, cuando la jurisprudencia se refiere a los límites de la revocación de los actos administrativos, exige, no sólo que sea declaratorio de derechos, sino que los actos sean firmes[29], pues, en tanto no sean firmes, siempre cabrá la posibilidad de que la Administración anule aquellos actos al resolver los recursos que, contra los mismos, interpusieren los particulares en vía administrativa.

4. Requisitos de la actividad: declaración de lesividad

García-Trevijano Fos sostiene que "...la vía de lesividad supone la declaración previa, por parte de la Administración, del carácter lesivo del acto que se pretende anular, para su posterior impugnación en la vía contencioso-administrativa (...) se trata de un procedimiento en dos fases: La primera se refiere a la declaratoria de lesividad y la segunda a la intervención de la Administración, como demandante en un proceso contencioso-administrativo..."[30].

En efecto, en el proceso de lesividad, en lugar de la exigencia de recurso administrativo previo, se da la de declaración de lesividad, que constituye un presupuesto del proceso. Se trata de un presupuesto esencial y especialísimo que hace a la naturaleza de la institución, razón por la cual, a veces y presumiblemente, el legislador no lo incluya por redundante.

---

29. *Cf.*, GONZÁLEZ PÉREZ, "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española" en *Revista de Administración Pública* nº 1, Madrid 1950, p. 156.

30. GARCÍA-TREVIJANO, J. R., *Los Actos Administrativos*, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid 1986, pp. 348-349.

Así pues, la declaración de lesividad importa un acto administrativo previo mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es lesivo a sus intereses por ilegítimo[31].

La Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, en sus artículo 19.2 y 43, exige expresamente este recaudo, al señalar que la Administración está legitimada para impugnar su propio acto "...deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público".

A. Concepto

La declaración de lesividad es un acto administrativo por el cual una entidad administrativa declara lesivo a los intereses públicos un acto dictado por ella. El Tribunal Supremo español lo ha calificado como acto de orden interno que no precisa la previa audiencia del interesado, pues a través del inexcusable emplazamiento procesal, éste tendrá oportunidad de defenderse de la anulación del acto ante el propio Juez del proceso (sentencias de 8 y 27 de marzo de 1978 y 16 de febrero de 1979)[32].

Por su parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina, discrepan del criterio anterior y entienden que es un recaudo esencial del acto declarativo de lesividad su notificación al interesado. En este sentido, Dromi[33] expresa que el acto de declaración de lesividad "...no es, como se dice, un acto de trámite o interno; por el contrario, es un típico acto administrativo que afecta derechos subjetivos en forma cierta, directa e inminente y como tal debe notificarse en mérito a lo prescrito por la ley de procedimiento administrativo a efectos de que el administrado afectado pueda plantear los recursos consiguientes, pues la declaración de lesividad opera como un reclamo administrativo contra el administrado y en esa misma instancia u oportunidad podría el administrado declinar su situación aceptando la revocación o sustitución del acto".

B. Naturaleza jurídica

La declaración de lesividad es un acto administrativo en cuanto se refiere a un acto que emana de un órgano administrativo, en ejercicio de una función administrativa, y como tal, le son aplicables las normas generales sobre lugar, tiempo y forma de los actos, regido por las leyes de procedimiento.

Se trata de un acto administrativo de naturaleza especial, puesto que únicamente produce efectos en el ámbito procesal, de allí que no sea admisible la impugnación directa ante la jurisdicción procesal administrativa del acto administrativo de declaración de lesividad. Es decir, la declaración de lesividad es un acto judicialmente irrecurrible por el interesado, porque su finalidad es justamente la de constituir, a través de su impugnación por la Administración, el objeto mismo del proceso[34].

---

31. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La declaración de lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 2, Madrid 1950, pp. 57-59.
32. *Cf.,* PARADA, R., *ob.cit.,* p. 208.
33. DROMI, J.R., *ob. cit.,* p. 221.
34. *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo español de 12 de marzo de 1966 y 26 de junio de 1984. Citadas por PARADA, R., *ob.cit.,* p. 208.

Es entonces un presupuesto de la pretensión de lesividad y, como tal, es un trámite inexcusable para el ejercicio de la respectiva acción. Su finalidad es precisamente la de autorizar la admisión y trámite del correspondiente proceso. Por tanto, y en virtud de su carácter presupuestal previo, si no existiere declaración de lesividad o ésta adoleciere de algún vicio, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción.

Por último, la declaración de lesividad sólo procede cuando la Administración la adopta por propia iniciativa y contempla los mismos supuestos de hecho que los establecidos en anteriores decisiones, pero en modo alguno cuando su actividad se desarrolla a instancia de un administrado que invoca preceptos legales y circunstancias de hecho que anteriormente no se habían admitido o no concurrían.

C. Fundamento

La fundamentación de exigir este recaudo radica en la necesidad de que la Administración, formalmente, declare la lesión y su interés jurídico directo por perjuicios que le irroga la ilegalidad del acto en cuestión; pues, siendo el proceso de lesividad excepcional, se quiere asegurar que la Administración, antes de iniciarlo, está convencida de la lesión, obligándola a dictar de manera formal tal declaración[35]. Debe igualmente invocar y acreditar la ilegitimidad o vicio generador de la nulidad, pues el *annus probandi* en el proceso de lesividad está a cargo de la Administración.

D. Requisitos

a) Subjetivos: Tanto en la legislación española como en la argentina, es necesario que la declaración de lesividad se haga por el órgano que tiene atribuciones para ello, esto es, el mismo órgano que dictó el acto. No puede haber avocación de un órgano superior, pero sí ratificación o confirmación del mismo a efectos de que la entidad a que corresponde el órgano y con personería procesal, promueva la acción correspondiente. Y a la inversa, un órgano inferior no puede declarar ni estimar lesivo a sus intereses un acto administrativo propio de un órgano superior, aún cuando los efectos jurídicos lesivos afecten al órgano inferior, dado que es aquél el órgano superior, el titular legal de la competencia para emitir tal declaración.

En España, si el acto emanare de la Administración del Estado, en principio, la competencia corresponde al Ministro del Departamento en que se dictó el acto lesivo. En este sentido, es importante destacar que la declaración de lesividad deberá revestir la forma de Orden Ministerial si el acto emanare de la Administración del Estado, o reunir los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos por el órgano supremo de la Entidad, Corporación o Institución correspondiente. No obstante, es posible señalar los siguientes supuestos especiales:

- El Consejo de Ministros tiene competencia para acordar la lesividad de los actos dictados por cualquier Departamento Ministerial;

- Si el acto lesivo emana del Jefe del Estado, en virtud de elementales principios de jerarquía, será el propio Jefe del Estado el que deba declarar la lesividad;

35. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La declaración de*..., p. 66.

- Si el acto emana de varios Departamentos Ministeriales (Orden conjunta), la lesividad deberá acordarse por los mismos Ministros que adoptaron el acto lesivo; y

- Si el acto emanare de cualquier otra entidad, la declaración de lesividad compete al órgano supremo de la entidad de que se trate[36].

b) Objetivos: En cuanto al objeto, tal como se ha expresado anteriormente, no es necesario que la declaración de lesividad se refiera a los intereses económicos, tanto en la legislación española como en la argentina[37].

Así, con arreglo a la nueva Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española (artículo 19.2), no se exige la doble lesión, jurídica y económica, requerida por normativas anteriores. Basta ahora sólo con los intereses de naturaleza económica, sino de otro carácter, como los urbanísticos o incluso los políticos.

c) De la actividad: En Derecho español, si bien el proceso de lesividad debe iniciarse en el plazo de dos meses, como el ordinario, según el artículo 46.5 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, existe un privilegio importantísimo de la Administración en el mismo, ya que dicho plazo no se cuenta desde que se dictó el acto que se impugna, sino desde el día siguiente a aquel en que la resolución impugnada se declare lesiva para el interés público, y el plazo para hacer la declaración de lesividad es de cuatro años.

Ahora bien, cuando habiéndose declarado lesivo el acto la Administración ha dejado transcurrir el plazo de dos meses para iniciar el proceso ¿puede hacer una nueva declaración de lesividad si ello está dentro del plazo de cuatro años? La jurisprudencia ha dado una respuesta negativa a tal interrogante, estableciendo que cuando la declaración de lesividad es válida no puede repetirse, aunque al formularlas distintas veces esté vigente el plazo de cuatro años marcado en la Ley, y el término para presentar la demanda arranca de la mencionada declaración, una vez adoptada en las debidas condiciones. Alguna jurisprudencia española ha entendido que ese plazo es de caducidad y si no se interpone la acción, ésta virtualmente se extingue, porque no podría reproducirse un acto consentido[38].

En el ordenamiento jurídico de Argentina, el plazo para el ejercicio de la acción de lesividad se computa de forma distinta a la normativa española, toda vez que, dicho plazo se cuenta desde la emisión del acto reputado lesivo, no así a partir de la declaración de lesividad. Por otra parte, tal declaración no interrumpe ni suspende el curso de la prescripción; además, tampoco es aplicable la regla del sistema español, que interpreta que hay cuatro años para la declaración de lesividad, pero dos meses para la interposición de la acción una vez formulada la declaración de lesividad. En este sistema, en tanto lo que se impugna es siempre el primer acto considerado estable y lesivo, el acto de declaración no tiene más efectos que los procesales aludidos y la acción sólo se extinguirá por prescripción, pues no hay plazos procesales de caducidad para la interposición de la acción de lesividad.

d) Efectos: Al ser la declaración de lesividad un presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación de la acción, pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de la misma.

---

36. *Ibid.*, p. 67.
37. DROMI, J.R., *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 6º edición, Buenos Aires 1997, p. 979.
38. _____. *Acción de*..., p. 220.

Pues bien, si la declaración de lesividad padece de algún defecto, propio de los actos administrativos, en su objeto, competencia, voluntad o forma, no producirá, por tanto, sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal defecto procesal hará inadmisible el proceso.

e) Efectos juridicos de la sentencia dictada en el proceso de lesividad. Si la sentencia es desestimatoria del recurso de lesividad, siguiendo las reglas generales, se limitará -dado su carácter declaratorio- a dar firmeza a la relación jurídica a que la misma se refiere. La confirmación del acto por el Tribunal implicará un reconocimiento de su validez y la desestimación de los supuestos vicios de anulabilidad aducidos por la Administración demandante. En cambio, si la sentencia es estimatoria del recurso de lesividad, se tratará de una sentencia constitutiva que, al anular un acto declaratorio de derechos, producirá la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del acto.

IV. EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA: ¿INEXISTENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD?

El sistema jurídico venezolano admite la posibilidad de que existan conflictos entre diversas autoridades que ejerzan el poder público a nivel Nacional, Estadal o Municipal, tal como se desprende de las disposiciones normativas que prevén dicho supuesto, tanto de rango constitucional (ex artículos 266.4 y 336.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), como las de rango legal y preconstitucional (ex artículos 68 y 166 de la Ley Orgánica de régimen Municipal y ordinales 13° y 22° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). No obstante, del análisis general de la normativa que en Venezuela rige el proceso contencioso administrativo, dimana que no existe posibilidad de que la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles, pueda ejercer la posición de actora demandante de la nulidad de sus propios actos administrativos, esto es, solicitar al juez contencioso administrativo la anulación de los actos administrativos cuando considere que los mismos son lesivos para el interés general.

La jurisprudencia, si bien ha aportado poco al estudio del proceso de lesividad, sin embargo, ha dejado claro, en diversos fallos, la inexistencia de este recurso en el ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia dictada el 29 de enero de 1987, para resolver un recurso interpuesto por el Rector de la Universidad Central de Venezuela, contra un acto del Consejo de Apelaciones de esa misma Universidad, sentó lo siguiente:

> "En cuanto a la aplicación del recurso de lesividad incoado por la Universidad Central de Venezuela, esta Corte debe hacer algunas precisiones:
>
> 1. El recurso de lesividad está consagrado en la legislación española (artículo 56 de la Ley Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) [hoy artículo de la] para el supuesto de un acto emanado de la propia administración sobre el cual no puede ejercer sus facultades de auto-tutela. Por ello, la administración adopta el papel excepcional de postulante de la tutela judicial, interponiendo al efecto ante el Tribunal Contencioso-Administrativo el llamado recurso de lesividad, recurso que no está contemplado en la legislación venezolana.

2. El recurso de lesividad parte del supuesto de que el acto administrativo recurrido causa una lesión, que debe traducirse en una lesión jurídica, es decir, que infringe el ordenamiento positivo, y es económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica). Además, exige de la propia administración autora del acto, declararlo previamente dentro de un determinado plazo, como lesivo a los intereses públicos.

3. En el caso que pudiera adecuarse el recurso de lesividad al caso de autos, el Rectos de la Universidad Central de Venezuela tendría que haber obtenido de la autoridad suprema de la Universidad, el Consejo Universitario, un acuerdo de declaración de lesividad del acto administrativo cuya nulidad se pretende por ante esta Corte.

4. Así mismo, en él supuesto que se admitiera una excepción al principio de la irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos, distintos a los previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Revisión de Oficio), todo parece indicar que correspondería esa legitimación al Fiscal General de la República, por cuanto al Constitución en el artículo 218 le atribuye al Ministerio Público el velar por la exacta observancia de la Constitución y las leyes, y ello guarda relación con el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuando consagra: "...El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuye tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general".

(omissis)

En consecuencia, esta Corte considera que el Rector de la Universidad Central de Venezuela no tiene la legitimación activa para actuar, aun cuando sea su representante legal, por cuanto adolece de la cualidad o interés para solicitar la nulidad de un acto administrativo emanado del Consejo de Apelaciones de la Universidad Central de Venezuela que en el caso de autos, crea derechos a la Profesora Ochoa Serrano (...).

(omissis)

Si bien es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no establece una prohibición para interponer un recurso por el mismo organismo administrativo que dicta un acto administrativo de efectos particulares, y ante la ausencia de la Ley Orgánica que organice y regule la jurisdicción Contencioso-administrativa de acuerdo al artículo 181 ejusdem, no es menos cierto que tampoco existe una norma expresa que regule el recurso de lesividad invocado por el recurrente".

Por su parte, la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, al pronunciarse con respecto a la nulidad incoada por el Procurador General de la República, contra el Acuerdo del Congreso de la República que autorizó un Crédito Adicional al Presupuesto de Gastos reconducido de 1996, estableció:

"...lo que debe resolver la Corte en esta parte del fallo se resume a las siguientes interrogantes: ¿Los actos cuya inconstitucionalidad se alega, encuadran dentro de esa definición atributiva de competencias por la cual la Ley confiere a la Procuraduría General de la República, la representación y defensa de los "intereses patrimoniales de la República"? De otro lado ¿cabe en nuestro Derecho la posibilidad de que ese órgano impugne actos de las ramas ejecutiva o legislativa del Poder Público Nacional?

(omissis)

En efecto, la presente acción está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo de la Comisión Delegada del Congreso por el cual se autorizó una solicitud de Crédito Adicional y, asimismo, el acto emanado de la Presidencia de la República que decreta un Crédito Adicional al Presupuesto Nacional, en los términos fijados por la Comisión Delegada. Como puede apreciarse, ambas actuaciones son contentivas de estimaciones de gastos relacionados con programas y proyectos, por lo que si bien no debe confundirse el rasgo económico que envuelven con "los intereses patrimoniales de la República" a que alude la Sección Primera del Capítulo I, Título I, de la

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo tenor está netamente referido a "*bienes y derechos nacionales*", no ocurre lo mismo, en cambio, en lo que atañe a "los ingresos públicos estatales" (Sección Segunda), materia ésta que sí guarda una relación directa con la actividad de estimación presupuestaria, en tanto implica operaciones que inciden en las rentas y deudas de la Hacienda Pública.

Ahora bien, debe precisarse, que dicha "representación y defensa" implica un elemento subjetivo atinente a la legitimidad procesal, lo que conduce a dar respuesta a la segunda interrogante planteada: la Procuraduría General representa y defiende intereses patrimoniales *de la República*, por tanto, de ésta frente a terceros, no respecto a órganos representativos de otras ramas del Poder Público Nacional, pues éstos en definitiva, no constituyen una personificación distinta de ella, sino que comparten derechos, obligaciones y, por supuesto, aquellos bienes y rentas, así como pasivos, cuya administración, de conformidad a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, corresponde al Poder Nacional.

En efecto, de la enumeración de funciones antes realizada puede deducirse que en nuestro país, la Procuraduría General (y evidentemente, su titular) aparte de constituir un órgano consultivo del Ejecutivo, ostenta un doble carácter, por una parte, representa judicialmente los intereses patrimoniales de la República; y por otra, ejerce la defensa de los actos de la Administración Pública Nacional.

Bajo esa óptica, la acción incoada por el Procurador General de la República, al pretender atacar de nulidad de actos emanados de órganos pertenecientes a la Administración Pública Nacional y a la rama legislativa del Poder Nacional, configuraría un supuesto de recurso contencioso-administrativo no previsto en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se estaría ejerciendo una modalidad judicial que escapa a las previsiones legales existentes en Venezuela.

Efectivamente, el diseño de nuestro sistema contencioso administrativo, no prevé la figura conocida en otros ordenamientos, como el español, bajo el nombre de "recurso de lesividad", entendido como aquel que ejerce la Administración con la finalidad de solicitar la nulidad del acto administrativo por ella misma previamente emitido, por considerarlo contrario o lesivo al interés público. En este mismo sentido, de rechazar la acción de lesividad por ausencia de previsión legal en nuestro derecho positivo, se han pronunciado con anterioridad órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, criterio que comparte y reitera este Supremo Tribunal (Vid. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Emilia Ochoa Serrano, de fecha 29 de enero de 1987).

Por lo demás, observa la Corte que en nuestro medio existen otras acciones aptas para la solución de posibles conflictos que surjan entre los poderes públicos, situación que se contempla en el ordinal 8º del artículo 215 de la Constitución, y es desarrollada en los numerales 14 y 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, las citadas normas atribuyen competencia a la Corte Suprema de Justicia para dirimir controversias intergubernamentales, conflictos de cualquier naturaleza que se susciten entre la República y algún Estado o Municipio, o entre esos entes descentralizados político-territorialmente: Estados o Municipios entre sí; o, por último, las controversias que se susciten entre los funcionarios del orden político o administrativo de la Nación, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Así, es evidente que al versar la presente causa iniciada por el Procurador General de la República sobre una controversia suscitada entre el Ejecutivo Nacional y la Comisión Delegada del Congreso, en relación con la competencia y atribuciones que a cada uno de estos órganos incumbe en materia presupuestaria, podría haberse utilizado alguno de esos mecanismos judiciales que resulte idóneo para resolverlo.

> De otra parte, se observa que la separación de funciones entre la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público, asomada inicialmente con brevísima vigencia en la Constitución de 1947 y definitivamente consagrada en el Texto Fundamental de 1961, obedeció precisamente a la inconveniencia de reunir en un sólo funcionario la representación de los intereses patrimoniales de la República y de asesor del Ejecutivo Nacional con la de vigilante de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público.
>
> Separada hoy esa dualidad de funciones en capítulos especiales de la Carta de 1961 ("De la Procuraduría General de la República Título VI Capítulo IV"; "Del Ministerio Público Título VII Capítulo IV"), resulta incontestable que es al Ministerio Público, órgano constitucionalmente señalado para velar por la exacta observancia de ese Texto y las Leyes, al que corresponde, actuando bajo la dirección del Fiscal General de la República, ejercer las acciones necesarias tendentes al restablecimiento de la legalidad vulnerada por el ejercicio del Poder Público, en cualesquiera de sus ramas.
>
> De ahí que, en lo que atañe a la rama administrativa, concluye esta Corte que en nuestro derecho positivo, es al Ministerio Público al que compete velar por el sometimiento de las actuaciones administrativas al ordenamiento jurídico, no estando permitido, en cambio, a un ente integrante del complejo orgánico de la Administración Pública el ejercicio de vías judiciales dirigidas a la revisión o anulación de actos emanados, sea del propio autor del acto cuya revocatoria se pretende, sea de otro organismo de la Administración. En tal virtud, carece efectivamente el Procurador General de la República -como sostienen los representantes del Parlamento- de cualidad procesal para impugnar judicialmente un acto dictado por el mismo órgano que él representa."

Del análisis de las sentencias anteriores se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Que si bien la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no establece prohibición para la interposición de un recurso por el mismo organismo que dicta un acto administrativo de efectos particulares, ante la ausencia de la Ley que organice y regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela, no es menos cierto que tampoco existe una norma expresa que regule el recurso de lesividad.

- Que por no estar contemplado en el ordenamiento positivo vigente el recurso de lesividad, y por aplicación del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que exige el interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto de que se trate, sólo el recurrente que reúne esos requisitos podrá intentar la nulidad de los actos administrativos de carácter particular.

- Que las excepciones al principio del interés personal, las establece el mencionado artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a saber: el Fiscal General de la República, quien puede ser legitimado activo cuando se trate de actos de efectos particulares que afecten un interés general; ello es así, porque el Ministerio Público por su naturaleza misma está llamado a velar por la legalidad, y todo acto que la menoscabe le atañe directamente en cuanto debe solicitar el restablecimiento del derecho violado por un acto que perturba el interés general. Otra excepción son los funcionarios a quienes la Ley atribuya esta facultad. En ninguno de estos dos casos se puede, sin embargo, sublimarla condición de actor de un órgano de la Administración Pública en el proceso contencioso administrativo de anulación.

Considerando que efectivamente en el ordenamiento jurídico vigente no está previsto un recurso especial de lesividad, como bien se asienta en la doctrina jurisprudencial mencionada, y que dicho recurso en países como España tiene una regulación especial en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cabe determinar hasta qué punto las previsiones normativas que legitiman a ciertos órganos estatales a iniciar el proceso contencioso administrativo ante los tribunales competentes, para obtener un pronunciamiento sobre la nulidad de un acto administrativo, puede inducir a

pensar que en el sistema contencioso administrativo venezolano, un órgano del Poder Público (y no siempre los administrados) puede aparecer en el proceso como actor -aunque no se trate del verdadero proceso de lesividad del modelo español, adoptado también en otros países hispanoamericanos-, que demanda la nulidad de un acto administrativo proveniente del propio Estado que afecte al interés general.

En este sentido, resulta interesante destacar que el artículo 121 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, legitima a la Fiscalía General de la República, a través de sus representantes o cualquiera de sus delegados, para "...solicitar la nulidad del acto cuando éste afecte un interés general...". Por su parte, el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política legitima al Consejo Nacional Electoral para solicitar la nulidad de cualquier elección, cuando encuentre causa suficiente, de acuerdo con lo establecido en referida Ley; en otras palabras, dicha norma jurídica permite al ente rector del Poder Electoral interponer el llamado recurso contencioso electoral.

A partir de tales ejemplos, cabría entonces preguntarse ¿existe en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política una auténtica acción de lesividad?, esto es, ¿puede la propia Administración iniciar el proceso contencioso administrativo para obtener un pronunciamiento judicial sobre la nulidad de un acto que, a pesar de lesionar al interés general, no puede ser revocado por ella?

Para dar respuesta a estas interrogantes, debemos estudiar por separado cada supuesto.

1. El Ministerio Público como legitimado activo en el Contencioso-Administrativo general

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 121, prevé la intervención del Ministerio Público como sujeto del proceso contencioso-administrativo bajo distintas modalidades. Especialmente, se reconoce la indiscutible legitimación del Fiscal General de la República para intentar acciones y recursos contencioso administrativos, pues precisas normas legales, en desarrollo de las normas constitucionales que se relacionan con el Ministerio Público[39], no sólo reconocen esa legitimación, sino que le imponen como un deber iniciar todas las acciones de nulidad que, en su criterio, sean procedentes[40].

Determinado el carácter de actor-demandante del Fiscal General de la República, como órgano público legitimado para actuar en el contencioso administrativo de anulación y para lo cual bastaría alegar que el acto administrativo impugnado "afecta el interés general", se advierte no obstante que la atribución que le confiere el artículo 121 de la citada Ley Orgánica, no podría asimilarse al recurso de lesividad.

Como bien se ha venido expresando, la acción de lesividad no puede ser intentada respecto a todos los actos administrativos, sino que esta vía está limitada a los actos dictados por la propia Administración que solicita su nulidad y que no pueden ser revisados oficiosamente por ella. Siendo ello así, el carácter de ente emisor del acto objeto del proceso de lesividad que debe poseer el sujeto activo de la referida acción, es sin

39. *Vid.* Artículos 266.5 y 335.1, .2, .3 y .4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

40. *Vid.* Artículos 11.8 y 21.7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la *G.O.* de la República de Venezuela nº 5.262 Extraordinario de 11 de septiembre de 1998.

duda una condición esencial para la conformación de la misma, condición esta que, en principio, no reúne la Fiscalía General de la República de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 *eiusdem*, salvo que el acto del Ministerio Público llegare a afectar un interés general.

2. El Consejo Nacional Electoral como legitimado activo en el Contencioso Administrativo Electoral

De acuerdo con el supuesto previsto en el artículo 55, numeral 8º, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Consejo Nacional Electoral tiene legitimación activa en el recurso contencioso electoral, cuando establece que a dicho ente comicial corresponde, entre otras atribuciones, promover la nulidad de cualquier elección o votación cuando encuentre causa suficiente, de acuerdo con la Ley.

Lo anterior ha permitido que autores, como Badell Madrid[41], sostengan, por una parte, que la legitimación que se atribuye al Consejo Nacional Electoral constituye una verdadera acción de lesividad y, por la otra, que otros, como Urosa Maggi y Hernández G., la asimilen a ella. Estos últimos expresan al respecto, que la vía de lesividad a que alude el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, puede catalogarse como una legitimación especial, de origen legal, que faculta al Consejo Nacional Electoral para promover la nulidad de cualquier proceso electoral, y que se asimila a la acción de lesividad estudiada por la doctrina española "sólo en su sentido subjetivo, esto es, en cuanto constituye una acción contencioso-administrativa interpuesta por la Administración Electoral, respecto sus propios actos"[42]; no obstante, llegan a considerar que, esta vía -que denominan de lesividad impropia- podría presentar la particularidad de ser procedente, incluso, frente a los actos dictados por los órganos electorales subalternos[43].

Asimismo, dichos autores afirman que la lesión al interés general que ocasione el acto que se pretende recurrir, por tratarse de la nulidad de cualquier elección o votación, no constituye "...una lesión a algún derecho o interés personal del Consejo Nacional Electoral, sino de una lesión al interés público específico presente en todo proceso comicial"[44], por lo que el referido ente comicial "deberá aprobar, mediante acto interno motivado, la decisión de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa", lo cual constituye, a su juicio, la denominada declaración de lesividad que determina la necesidad y conveniencia de promover la nulidad de la elección o votación respectiva.

En una posición contraria, Peña Solis cuando se refiere al artículo 43.27 de la Ley Orgánica del Sufragio de 1995 -disposición repetida en el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998-, plantea con acierto que, si el Consejo Nacional Electoral asume, en última instancia administrativa, la competencia en materia de nulidad de elecciones, qué sentido tiene otorgarle la legitimación activa en los recursos contencioso administrativos electorales; y si efectivamente no se encuentra previsto en el ordenamiento venezolano un recurso especial de lesividad, "hasta qué

41. *Cf.,* BADELL MADRID, R., "La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política". Publicado en la página web: www.badellgrau.com.

42. UROSA MAGGI, D. y HERNÁNDEZ G, J.I., *Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral,* Funeda, Caracas 1998, p. 234.

43. *Loc. cit.*

44. *Ibid.,* p. 232.

punto la legitimación del Consejo Nacional Electoral para interponer recursos contencioso electorales, podría inscribirse dentro del marco conceptual del recurso de lesividad existente en España..."[45]. Dicho autor, estima, entonces, que el Consejo Nacional Electoral carece de la legitimación exigida en España a las Administraciones Públicas para interponer el recurso de lesividad, cuyos requisitos de procedencia resume en los siguientes términos:

> "...a) Debe tratarse de un acto que no sea susceptible de revisión por parte de la Administración, o dicho en término del artículo 28.3 de esa misma Ley [de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 19....] "...un acto que en virtud de lo previsto en las leyes, no pudiera ser anulado o revocado por la Administración de la cual emanó; b) El ente público impugnante debe tener interés directo o ser titular de un derecho derivado del Ordenamiento que considere infringido por el acto (art. 28.1), actualmente la jurisprudencia ha superado la tesis que postulaba que el interés afectado debía ser de carácter económico; c) El acto debe agotar la vía administrativa por emanar del máximo jerarca o porque si bien es dictado por una autoridad inferior, la Ley expresamente le da esa connotación; d) Debe producirse un acto declarativo de *lesividad* por parte de la máxima autoridad de la Administración que pretende ejercer el recurso en el plazo de cuatro años, contando desde la fecha en que se hubiere dictado el acto que se pretende impugnar"[46].

En tal sentido, la asignación de la competencia descrita al Consejo Nacional Electoral rompe, sostiene Peña Solis, con el principio que postula que la Administración no puede impugnar sus propios actos, toda vez que la potestad de autotutela, inherente a toda Administración, le permite su revisión, de oficio o a solicitud de los interesados, lo cual da lugar a la nulidad absoluta, la revocación, la convalidación, la corrección de errores materiales y a los llamados recursos administrativos. Advierte el mismo autor, sin embargo, que aunque se ha sostenido que ese quebrantamiento no significa un atentado insalvable contra el Derecho, pues, "...el Derecho Positivo de un país puede llegar a contener disposiciones que en el marco teórico de una disciplina, contradigan principios doctrinarios de esa disciplina, si así lo aconseja la situación que se pretende regular, en virtud de que ese Derecho tiene como finalidad reflejar en sus regulaciones los hechos que se suceden en un determinado ámbito espacial y temporal..."[47], con todo se desprende del Derecho comparado, que el recurso de lesividad legitima a la Administración Pública para impugnar sus propios actos, debiendo demostrar, en consecuencia, ante el órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que carece de potestad para revisar los actos impugnados. Así pues, la vía de lesividad sólo procedería respecto a los actos electorales que no pueden ser revisados oficiosamente por dicho ente comicial.

Continúa expresando Peña Solis que, el recurso de lesividad no podría llegar a configurarse en ningún caso, "porque (...), con la proclamación de un candidato no se lesiona un derecho subjetivo, ni un interés personal legítimo y directo del Consejo Nacional Electoral", a lo que añade de forma irrestricta, que el acto conclusivo en el procedimiento electoral es la proclamación, el cual es declarativo y no constitutivo de derechos a favor de los candidatos electos, derivados de la voluntad expresada en las urnas por el electorado o cuerpo electoral, y que, además, el Consejo Nacional Electoral aparece facultado para conocer del recurso jerárquico que se interponga contra dicho acto.

---

45. PEÑA SOLIS, J., "Los recursos contencioso electorales en Venezuela", *Serie Estudios de Derecho Administrativo* nº 1, Funeda, Caracas 1994, p. 117.
46. *Ibid.*, p. 118.
47. *Ibid*., p. 117.

En definitiva, pese a la posición de quienes consideran que la competencia del Consejo Nacional Electoral, prevista en el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política constituye una particular acción de lesividad, los aspectos hasta ahora destacados evidencian que la misma carece de las notas que identifican al recurso de lesividad español, no obstante que parte del mismo principio que caracteriza a éste, o sea, la impugnación por la Administración de sus propios actos.

Ahora bien, la falta de sintonía de una institución jurídica nacional, con los fundamentos conceptuales que ella presenta en otros Ordenamientos jurídicos, por muy desarrollados que éstos sean, no conduce necesariamente a que se pueda predicar a priori su supresión. Sin embargo, resultaría poco práctico considerar que, en una reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se estudie la posibilidad de eliminar de su texto la disposición que confiere al máximo órgano electoral, la legitimación activa para interponer el recurso contencioso electoral, dado que ciertos hechos recientes de la historia electoral venezolana, revelan que esta competencia que confiere la Ley al Consejo Nacional Electoral puede llegar a desnaturalizarse, y hasta convertirse en un factor de manipulación del proceso electoral, lo cual conspira contra la confianza y credibilidad que debe inspirar el órgano rector de las elecciones en el país; toda vez que, cuando el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dispone que compete al Consejo Nacional Electoral *promover la nulidad de cualquier de cualquier elección o votación cuando encuentre causa suficiente*, tal previsión resulta incompatible con la Constitución de 1999, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 293.4, corresponde a este ente comicial, ya no intentar la nulidad de la elección o votación, sino *declararla*.

Así pues, dado el carácter constitucional del artículo 293.4, puede considerarse que las disposiciones preconstitucionales contenidas en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se hacen inaplicables al contradecir normas de naturaleza constitucional, de tal forma, que el artículo 55.8 de la referida Ley Orgánica, promulgada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no se corresponde con la previsión establecida en la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999, en cuanto y en tanto, el ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia, en todo lo que no contradiga a la mencionada Constitución.

En atención a lo señalado y sin pretender que en el presente trabajo se profundice en el tema de las atribuciones del Consejo Nacional Electoral, el cual naturalmente podría ser objeto de un eventual estudio, resulta interesante destacar que, de acuerdo a lo que sostiene Rondón de Sansó, el artículo 293.4 de la Constitución de 1999 podría parecer ambiguo, cuando plantea la siguiente interrogante: "¿quién puede declarar la nulidad total o parcial de las elecciones, el Consejo Nacional Electoral o bien la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales contencioso electorales?"[48]. En este sentido, expresa la autora que si corresponde dicha facultad al Consejo Nacional Electoral, al declarar la nulidad de una elección, "...el mismo estaría actuando siendo como lo es el administrador del proceso electoral, como juez y parte..."[4950]; en cambio,

48. RONDÓN DE SANSÓ, H., "Ad imis fundamentis", *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Editorial Exlibris, Caracas 2000, p. 226.

49. *Ibid.*, p. 227.

50. Incluso, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, se llegó a anular el acto administrativo impugnado por considerar que el Consejo Nacional Electoral, al declarar la nulidad de una elección, había usurpado las facultadas de la entonces Corte Suprema de Justicia. En este sentido, *V.*, sentencias de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia de 30 de marzo de 1993, y de la Corte Primera de lo Contencioso de 13 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1995.

si se asevera que la norma constitucional al disponer tal facultad, se está refiriendo a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, estaría incurriendo entonces en "un grave error conceptual, por cuanto tal organismo no forma parte del Poder Electoral"[51].

No obstante la aludida oscuridad del artículo 293.4 de la Constitución de 1999, se observa que la misma, por el contrario, confiere, en forma expresa e inequívoca, al Consejo Nacional Electoral la facultad de "declarar la nulidad total o parcial de las elecciones", cuyo ejercicio constituye una clara manifestación de la potestad revocatoria que habilita a la Administración para desaparecer del mundo jurídico sus actos -en este caso de naturaleza electoral- que se encuentran viciados de ilegalidad o que son contrarios al interés público, potestad esta que ha sido reconocida, por la doctrina y por la jurisprudencia, como un atributo inherente a la Administración y no como un sucedáneo de la potestad jurisdiccional[52].

De modo que, no podría sostenerse que, el Consejo Nacional Electoral, al declarar la nulidad de unas elecciones, está usurpando funciones de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que, para que la usurpación de autoridad se produzca, es necesario que la actuación sea ajena a la propia esfera del usurpador y que la misma corresponda a la expresamente asignada a otro órgano.

Evidentemente, en el caso que se analiza, la facultad de declarar la nulidad total o parcial de las elecciones ha sido expresamente atribuida al máximo ente comicial, por lo que no podría afirmarse que el Consejo Nacional Electoral penetra, con tal declaratoria, una esfera de competencias no definidas ni acordadas a ningún órgano expreso; se trata sí, por el contrario, del ejercicio de una atribución que le ha conferida directa por la Constitución, y que si bien, dado el sistema más flexible de separación orgánica de poderes que el nuevo Texto fundamental establece en su artículo 136, conforme al cual todos los órganos del Poder Público colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado, hay sin embargo funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en estas no puede haber interferencia, ya que habría entonces usurpación.

En el caso de la declaratoria de nulidad de las elecciones por el Consejo Nacional Electoral, a partir de lo que ha venido destacando Brewer-Carías, en el sentido de que "...el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada una [de las cinco ramas del Poder Público: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral], no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes"[53], se estaría ante una evidente interferencia prevista en la Constitución y, por ende, permitida.

Aclarado el punto anterior, se advierte que, frente a la realidad descrita, existen todavía dudas respecto a la posible inclusión del recurso de lesividad en el Derecho positivo venezolano. En este sentido, expresa Briceño[54], que "la respuesta [a tal incertidumbre] depende en primer lugar de, si el Ordenamiento Jurídico regulador estaría adaptado a una nueva modalidad de actuar por parte de los órganos administrativos.

---

51. RONDÓN DE SANSÓ, H., *ob.cit.*, p. 227.

52. Al respecto, *V.*, sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 26 de julio de 1984, Caso *Despacho Los Teques.*

53. *Cf.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., "Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en la Constitución de 1999", en *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randoph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 2000, p. 27.

54. BRICEÑO, G., *ob. cit.*, pp. 63-64.

En segundo lugar, si es posible imaginarse una Administración Pública haciendo uso de mecanismos o medios procesales, a los fines de solicitar la nulidad de sus propios actos administrativos creadores de derechos, cuando en Venezuela tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en afirmar la absoluta imposibilidad de revocar actos administrativos creadores de derechos a los particulares"[55].

En efecto, no existe en la actualidad en el sistema contencioso administrativo venezolano, norma jurídica alguna que autorice a los órganos administrativos a actuar de la manera que caracteriza a un proceso de lesividad, y por parte de nuestra jurisprudencia, no ha sido posible admitir esta original acción, quizás porque la Administración Pública en Venezuela puede revocar sus actos administrativos viciados de nulidad absoluta (artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), y por tal circunstancia, no ha habido interés en desarrollar esta forma de acción posible en el Derecho Administrativo venezolano.

Sin embargo, en el último proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa redactado por una comisión designada al efecto en el año 2000, por el Tribunal Supremo de Justicia, cuya dirección estuvo a cargo del profesor Freddy J. Orlando S., donde fue aprovechada parte importante de los diversos proyectos preparados con anterioridad, entre los cuales destaca el que produjo la Comisión de Administración Pública de 1971, bajo la coordinación del Dr. Allan R. Brewer-Carías, y el de la comisión designada en 1997, por la extinta Corte Suprema de Justicia, bajo la dirección de la ex Magistrada H. Rondón de Sansó, se incluye la consagración del recurso de lesividad, conforme al cual la Administración podrá impugnar sus propios actos, en las condiciones establecidas en la Ley. En este sentido, el referido proyecto establece en sus artículos 28 y 29, lo siguiente:

> *Artículo 28*. La máxima autoridad jerárquica de la Administración autora de algún acto firme, que en virtud de lo previsto en las leyes no pudiere revocarlo o modificarlo por si misma, está facultada para solicitar su nulidad ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
>
> *Artículo 29*. A los fines del ejercicio del recurso previsto en el artículo anterior, la Administración deberá declarar previamente que el acto es lesivo para los intereses públicos que tutela. La anterior declaración deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) años siguientes a la fecha en que el acto quedó firme en sede administrativa y no será objeto de impugnación. Quienes puedan sentirse lesionados en sus derechos o intereses legítimos, podrán actuar como partes en el proceso que al efecto se inicie.
>
> La previsión del recurso de lesividad, en los términos antes señalados, constituiría sin duda una institución novedosa en el sistema administrativa venezolano. El hecho que exista efectivamente en dicho proceso un descenso en *status* de la Administración, pese a sus privilegios y prerrogativas procesales, garantizaría el derecho correlativo de los particulares a defenderse en sede jurisdiccional, frente a la pretensión de la Administración contra un acto que creó un derecho subjetivo, lo cual estimula necesariamente el análisis de dicha propuesta, en contribución a la investigación o estudio de este original y específico recurso de lesividad.

55. Entre otros, *Cf.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho Administrativo*..., pp. 67-69, ARAUJO JUÁREZ, J., *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, 2ª ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas 1993, pp. 264-270, BALZÁN J. C., *La potestad revocatoria de la Administración*, Editorial Sherwood, Caracas 1998, pp. 53 y ss, BALASSO TEJERA, C., *Jurisprudencia sobre los actos administrativos* (1980-1993), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 811-836.

V. REFLEXIONES FINALES

Tal como se planteó en la introducción, la finalidad de este trabajo ha sido examinar los aspectos generales del proceso de lesividad, a través de un estudio comparativo de los Ordenamientos Jurídicos de España y Argentina; además, de analizar el sistema contencioso administrativo venezolano, con fin de determinar la posibilidad de incorporar este especial recurso de lesividad en una eventual reforma legislativa del mismo, a través de la promulgación de una Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Retomando las ideas principales expuestas en el presente estudio, para concluir es menester hacer algunas consideraciones finales:

El recurso de lesividad, considerado como un orgullo patriótico del sistema contencioso administrativo español y que, por influencia de éste, ha sido previsto en otros sistemas hispanoamericanos, no se encuentra regulado en ningún texto jurídico venezolano. Sin una reforma jurídica, sería imposible su inserción en nuestro sistema contencioso administrativo.

En efecto, el recurso de lesividad supone necesariamente *ab initio* su adaptación al sistema contencioso administrativo venezolano. En este sentido, como posibles requisitos para el ejercicio de este especial recurso en el ordenamiento jurídico venezolano, podemos presentar las siguientes ideas:

1.- En cuanto al juez que conoce del recurso, lo aceptable en el sistema contencioso administrativo venezolano, sería que el recurso de lesividad sea conocido por el juez contencioso administrativo principalmente, porque a pesar de que la Administración asume la posición de parte actora-demandante en el proceso, esta sola circunstancia no disminuye la cualidad de prestadora de servicio público del cual emana la esencia del actuar administrativo. El juez competente es el juez contencioso administrativo, pues está claro que la actuación utilizada por la Administración en su intento de hacer desaparecer los efectos de un acto administrativo, lo realiza estimulada porque dicho acto lesiona el interés público y perjudica la realización de un servicio público, sumadas estas circunstancias a la de que el órgano que emite y pretende a su vez la nulidad de un acto administrativo que favorece a un particular, se erige en base y criterio del recurso de lesividad y, por ende, del Derecho Administrativo.

2.- En cuanto a las partes en el proceso, se tiene que en el proceso contencioso administrativo de anulación, el legitimado activo es el sujeto al cual la Administración, a través de un acto administrativo le lesionó un derecho, y legitimado pasivo es la propia entidad administrativa a la cual se le induce la pretensión; toda vez que, la legislación exige en el recurso de nulidad contra actos de efectos particulares, un interés calificado, esto es, personal, legítimo y directo (artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

Ahora bien, como existe una inversión de partes en el proceso de lesividad, el legitimado pasivo va a ser la persona titular que ostenta el derecho concedido y reclamado por la Administración ante el juez. Empero, ¿la Administración autora y demandante de la nulidad del acto administrativo debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 121 de la citada Ley? Sí, debe cumplir con los requisitos de ostentar un interés personal, legítimo y directo en la anulación del acto, porque lo que se pretende es la nulidad de una resolución que ha creado derechos particulares, lo cual implica un gravamen en contra del titular del derecho y, en consecuencia, la Administración debe demostrar al

juez *ab-initio* un interés plenamente invocado y justificar las razones de derecho y de hecho que la conllevan a solicitar la nulidad del acto. Asimismo, la Administración en el recurso de lesividad pierde, en todo caso, sus privilegios de imperio, al no poder revocar sus actos administrativos creadores de derechos a favor de los administrados; y además, que la situación jurídica de actora-demandante en juicio, la iguala al particular recurrente por ostentar un interés calificado y no simple.

De otra parte, pueden ser legitimados activos, además de la Administración, todos aquellos que se encuentran afectados por el derecho otorgado a un administrado. Así serían, de acuerdo al ordenamiento jurídico, simples coadyuvantes que pretendieren la anulación del acto.

3.- En cuanto al acto objeto de impugnación, por vía del recurso de lesividad ¿sería impugnable un acto administrativo de efectos generales o simplemente actos de efectos particulares?

No parece lógico señalar que los reglamentos emanados del Ejecutivo Nacional, pudieran ser susceptibles de recurso de lesividad. La razón es simple: el Ordenamiento jurídico permite la derogación de los reglamentos independientemente de que los mismos hayan o no creado derechos, lo cual significa que la Administración está facultada para hacerlos desaparecer cuando así lo dispongan sus propios intereses. Al contrario de lo que acontece en el acto administrativo de carácter particular, la Administración está limitada para revocar sus efectos, mas aun cuando ha creado derechos. Por ello, la Ley en general impone limitaciones al órgano administrativo para revocar en atención al principio del respeto a las garantías de los derechos, y el reglamento supone una regulación genérica e indeterminada que, por ende, tiene sus propios medios autónomos para poder extinguir sus efectos en el orden jurídico-político.

4.- En cuanto a la declaración de lesividad, es menester observar que para intentar el recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares, se exige a los fines de la admisión del recurso una serie de requisitos previstos en el artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Entre ellos quizás el más importante lo constituye él referente al previo agotamiento de la vía administrativa.

El recurso de lesividad, está igualmente precedido de un previo pronunciamiento por parte de la Administración, para que el juez contencioso administrativo revise y -si tal requisito se ha cumplido- proceda a admitir el recurso contencioso. Entonces, la Administración antes de acudir a la vía judicial deberá previamente declarar la lesividad del acto administrativo que es lesivo al interés público. Por tanto, se trata de un acto administrativo previo al recurso jurisdiccional, cuyo objetivo fundamental es lograr que el juez admita el proceso a instaurarse.

Por otra parte, el acto administrativo que declara lesivo un acto administrativo otorgado a un particular, es de carácter discrecional y, en consecuencia, no está sometido a un control estricto de la legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. En Venezuela, la inclusión del recurso de lesividad, contrastaría en forma apreciable con este específico acto administrativo que declara la lesividad. Así, nuestra Carta Magna (artículo 259), en general, somete todos los actos al control jurisdiccional, debido básicamente a que el Derecho Administrativo considera el principio de legalidad como un dogma que en términos concretos no admite excepciones, lo cual implicaría una seria dificultad al introducir en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el tratamiento con respecto a este acto administrativo que declara lesivo

otro acto de la Administración. Sin embargo, por ser el proceso de lesividad un proceso excepcional, nada impediría un tratamiento distinto en cuanto a que el acto que declara lesivo otro acto administrativo, no estuviera sometido al control jurisdiccional.

De manera que, el recurso de lesividad debe estar encuadrado dentro de un texto jurídico que regule la jurisdicción contencioso administrativa. Así, con la posible introducción del recurso de lesividad, habría en nuestro ordenamiento procesal administrativo, con base en el artículo 259 de la Constitución de 1999, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica de Régimen Municipal, seis tipos de acciones y recursos contencioso administrativos: el contencioso de anulación, el contencioso de las demandas contra los entes públicos, el contencioso de las conductas omisivas de la Administración, el contencioso de interpretación, el contencioso de los conflictos de autoridades públicas y el contencioso de lesividad.

Sin embargo, hoy generalizada la posibilidad de que la Administración, de oficio o a solicitud de los particulares, revise sus propios actos, dando lugar esa revisión a la nulidad absoluta, la revocación, la convalidación la corrección de errores materiales y a los llamados recursos administrativos, de conformidad con lo preceptuado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pierde importancia este proceso, que en todo caso, sería útil y aplicable en aquellos casos en que, aun siendo legal el acto cuestionado, no es nulo de pleno derecho ni infringe gravemente normas de rango legal o reglamentario. En tales supuestos el proceso de lesividad sería el único medio de que la Administración puede valerse, en términos jurídicos, para conseguir su eliminación.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ TABIO, Fernando, *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana 1954.

BADELL MADRID, Rafael, "La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", Publicado en la página web: www.badellgrau.com.

BREWER CARÍAS, Allan Randolf, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990.

-"Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en la Constitución de 1999", en *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randoph BREWER-CARÍAS*", Funeda, Caracas, 2000.

BRICEÑO, Gustavo, "¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso administrativo venezolano?", en *Revista de la Facultad de Derecho* nº 43, UCAB, Caracas 1991.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo,* 12ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid 2001.

DROMI, José Roberto, "Acción de Lesividad", en *Revista de Administración Pública* nº 88, Madrid 1979.

DROMI, J.R., *Derecho Administrativo,* Ediciones Ciudad Argentina, 6º edición, Buenos Aires 1997.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo,* Vol. I, Editorial Tecnos S.A., Madrid 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La configuración del recurso de lesividad", *Revista de Administración Pública* nº 15, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad", en *Revista de Administración Pública* nº 20, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

GASCÓN HERNÁNDEZ, "La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración", en *Revista de Estudios Políticos* nº 7.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", en *Revista de Administración Pública* nº 1.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La declaración de lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 2, Madrid 1950.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El proceso de lesividad" en *Revista de Administración Pública* nº 25, Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1985.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Las partes en el proceso, terceros intervinientes, coadyuvantes" en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan BREWER CARÍAS"*, Caracas 1995.

GUAITA, Aurelio, *El proceso administrativo de lesividad*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1953.

NIETO, Alejandro, "Lesividad y Expropiación" en *Revista de Administración Pública* nº 36, Madrid 1961.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General*, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 2000.

PEÑA SOLIS, José, "Los recursos contenciosos electorales en Venezuela", serie *Estudios de Derecho Administrativo* nº 1, Funeda, Caracas 1994.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, "Las vías jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre entes y autoridades públicas", en *Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, Funeda, Caracas 2001, pp. 29-134.

-"Ad imis fundamentis". *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Editorial Exlibris, Caracas, 2000.

UROSA MAGGI, Daniela y HERNÁNDEZ G. José I., "Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", *Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral*, Funeda, Caracas 1998.

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA

Alberto B. Bianchi
Profesor de la Universidad Austral, Argentina

I. PLANTEO

Uno de los eternos dilemas del control judicial de la Administración es el de sus límites o alcances, tema que provoca diarias y permanentes controversias volcadas en decisiones administrativas y judiciales y en no pocos estudios doctrinarios. Se trata sin dudas de uno de los capítulos centrales de la división de poderes, y si estamos de acuerdo con Bernard Schwartz en que el Derecho Administrativo consiste esencialmente en el control de la discrecionalidad[1], no caben dudas de que el problema hunde sus raíces en la concepción misma del modelo de Estado que pretendemos, y del diseño jurídico que debe desarrollarse para lograrlo.

La cuestión se torna especialmente delicada cuando ante la revisión de un reglamento delegado o ejecutivo, el tribunal no está de acuerdo con la interpretación administrativa de la ley, pese a ser ésta razonable o exenta de arbitrariedad. ¿Puede en este caso el juez imponer su propia interpretación y anular el reglamento, o debe respetar la que ha efectuado la Administración en el ámbito de una normal discrecionalidad?

En este terreno, debe reconocerse la existencia de dos tendencias en buena medida opuestas: la que podríamos llamar *administrativa* o *ejecutiva*, que pretende preservar de la injerencia judicial a ciertas decisiones discrecionales de la Administración y la *judicialista* que intenta llevar agua al molino de los tribunales concediéndoles una revisión amplia y plena de toda la actividad administrativa.

En el campo del derecho comparado ambas tendencias presentan hoy día dos perfiles muy nítidos, que van acompañados además de una paradoja. La primera está propiciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, principalmente a través de la llamada *doctrina de la deferencia*, que constituye una forma de autorrestricción de los tribunales en el control de la potestad reglamentaria de la Administración. La tendencia judicialista por su lado ha ganado terreno especialmente en el derecho español, donde la doctrina de la deferencia recibe fuertes críticas[2], y se ha eliminado asimismo la clásica noción del acto de gobierno[3], tomada del derecho francés, el cual todavía la mantiene bien que limitada[4].

---

1. "... *what is administrative law about if not the control of discretion*", SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3rd ed., Little Brown and Co., 1991, p. 652. En adelante: SCHWARTZ, *Administrative Law*.

2. *V.*,por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 2ª ed., Civitas, Madrid 1996, pp. 204-206.

3. Hasta 1998 en España, el acto de gobierno estaba previsto en el artículo 2.b de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, pero esta norma, fue derogada por la Ley 29/1998 de 13 de julio, que regula actualmente la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El artículo 2.a de la nueva ley dice: "*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección juris-*

Así, los norteamericanos, creadores de la división de poderes, y del sistema presidencialista, y con ellos de la separación formal y real del poder judicial como órgano revisor de los otros dos restantes, se inclinan por defender una posición que ante ojos judicialistas puede parecer herética. Los españoles, por el contrario, tributarios de los sistemas parlamentaristas, donde la separación formal de los tribunales no es tan nítida -a punto tal que tienen un órgano (tribunal) específico para el control constitucional- se inclinan por una tendencia que parece derivar del sistema presidencialista. Es decir que donde los tribunales son aparentemente más poderosos se les asigna menor competencia revisora y viceversa

Pues bien, ¿qué rol juega esta disputa en el derecho argentino, y cuál es su trascendencia para nosotros? ¿Vale la pena considerar la incorporación de la doctrina de la deferencia en nuestro sistema de control judicial de la Administración Pública, o podemos decir que ella forma parte de nuestro derecho a partir la interpretación tradicional de la Corte Suprema sobre los límites constitucionales de los reglamentos ejecutivos y delegados? El problema, según me parece, es de particular importancia, pues encuentra claramente enfrentadas a las fuentes tradicionales de nuestro derecho público, las que además hoy día, están cruzadas en sus respectivas influencias.

Bien es sabido que nuestro derecho público originalmente tuvo -para bien o para mal- dos madres nutricias diferentes. La Constitución y su producto, el derecho constitucional, fueron tomados, en general, del modelo norteamericano[5]. En paralelo, la Administración

---

diccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera fuese la naturaleza de dichos actos" (agrego el subrayado). Una sintética explicación del sistema hoy derogado puede verse en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Actos administrativos y actos políticos o de gobierno", *Revista de Derecho Administrativo* n° 1 y 2, Depalma, Buenos Aires 1989, pp. 15-25.

4. En la actualidad, la lista de los actos de gobierno ya no comprende más que dos series de medidas: (a) los actos vinculados a las relaciones del Gobierno con el Parlamento y (b) aquellos que tienen que ver directamente con las relaciones de Francia con las potencias extranjeras o los organismos internacionales. El desarrollo histórico de la noción del acto de gobierno en Francia puede verse en: DEBBASCH, Charles y RICCI, Jean Claude, Contentieux Administratif (Précis), 7e. édition, Dalloz, París 1999, pp. 62 y ss., FAVOREU, Louis, "L´acte de Gouvernement, acte provisoirement et accidentellemente injusticiable", *Revue Française de Droit Administratif*, 1987, p. 544 y con gran amplitud en la clásica obra de AUBY, J.M. et DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, 2e. édition, L.G.D.J., t I, § 67, París 1975, p. 91. Entre las obras generales que se ocupan del tema: de LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves, *Droit Administratif*, 14e édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, t 1, § 909 ss, París 1996, p. 654, RIVERO, Jean, WALINE, Jean, *Droit Administratif* (Précis), 16e édition, Dalloz, § 155, París 1996, p. 1421, CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, 14e édition, Montchrestien, t I, § 1152, París 2000, p. 927.

5. El constitucionalismo norteamericano ha tenido para nosotros fuerza paradigmática. Nuestros constituyentes tomaron a la Constitución de Filadelfia de 1787, como modelo. José B. Gorostiaga, miembro informante de la Constitución en el Congreso de 1853, expresamente dijo que su proyecto estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos "*único modelo de verdadera Federación que existe en el mundo*" (*V.*, RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, Buenos Aires 1937, pp. 468 y 621) y también el Congreso Constituyente en una minuta de declaración sancionada el 3 de mayo expresó que "*la federación será bien entendida se comprende como en los Estados Unidos del Norte, única federación modelo que existe en el mundo civilizado*" (*Idem* p. 539). Gorostiaga, incluso, volvió a repetir que "*Nosotros hemos copiado nuestra Constitución de aquella*" (la de los Estados Unidos) en ocasión del tratamiento legislativo de la ley 48 (Sesión del 31 de julio de 1863, Diario de la Cámara de Diputados de la Nación, t I, p. 307). Años después la Corte Suprema en Lino de la Torre, Fallos 19-231, 236 (1877), expresó que "*El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado*", lo que ha sido ratificado por la doctrina Al iniciar su estudio de la Constitución, González Calderón proclamaba enfáticamente "*Establezco como punto de partida en el extenso estudio de la Constitución argentina que voy a emprender, la intención expresada oficial y reiteradamente por sus autores de vaciarla en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de América*" (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, 3ra. ed., prólogo de GONZÁLEZ, Joaquín V., Buenos Aires 1930, Ed. Lajouane & Cía, t I, p. 321).

pública y el derecho administrativo, fueron construidos tradicionalmente sobre bases europeo-continentales (franco-españolas, con influencias ítalo-germanas). Ello, a primera vista, parecería ser una contradicción, pero ésta puede ser razonablemente superada si tomamos en cuenta que la Constitución argentina también ha recibido otras influencias además de la norteamericana, entre ellas las europeas. Una de éstas se da precisamente en la potestad reglamentaria, que a los efectos del problema que me ocupa es una cuestión central. Esta potestad se encuentra alojada principalmente en el antiguo artículo 86.2 (hoy 99.2) fue tomada de la Constitución de Cádiz de 1812[6] texto que, pensado para una monarquía constitucional, encaraba un sistema reglamentario diferente del norteamericano, lo que nos ha traído serios problemas interpretativos en torno a los reglamentos delegados[7]. De hecho, la potestad reglamentaria en la Argentina se ha ejercido en forma muy diferente que en los Estados Unidos, pues tradicionalmente ha carecido del control previo (participación) por parte de los administrados y la exigencia de su motivación carece de los rigores que ésta tiene en el acto administrativo[8].

Asimismo, para complicar un poco más nuestro panorama actual, estas influencias hoy día están cruzadas ya que, por un lado, la reforma constitucional de 1994 incorporó ciertos elementos de cuño europeo-continental tales como el Jefe de Gabinete de Ministros o el Consejo de la Magistratura, que si bien no desdibujan el modelo, ni nos apartan del rumbo original, son figuras extrañas que lo hacen más complejo. En segundo lugar, el diseño clásico de Administración europeo-continental ha recibido influencias norteamericanas e inglesas en el campo de la regulación económica. Así por ejemplo, nuestros autores[9] junto con la jurisprudencia[10] reconocen sin dudar que los nuevos entes reguladores surgidos de la reforma del Estado de 1989 han seguido el modelo norteamericano, y el sistema tarifario que se aplica en los servicios públicos prestados por concesionarios o licencitarios particulares es inglés[11]. También se ha incorporado a nuestras prácticas administrativas, para algunos supuestos, el requisito de la audiencia pública como técnica de participación de los administrados[12], lo que en materia de elaboración de reglamentos es típico del sistema norteamericano[13].

En síntesis, y de cara a una eventual incorporación de la doctrina de la deferencia en nuestro derecho público, debemos computar cuatro singularidades vinculadas con sus fuentes: (i) el derecho constitucional recibió en su origen la influencia norteamericana y el derecho administrativo la europea-continental; (ii) en lo atinente a la potestad reglamentaria, la influencia en la Constitución no fue norteamericana sino europea[14]; (iii) las

6. También había sido adoptada con variantes por la Constitución de 1826, artículo 82.

7. *V.*, BIANCHI, Alberto B., "Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional", *Revista de Derecho Administrativo* n° 17, Depalma, Buenos Aires 1994, p. 379, esp., pp. 395 y ss.

8. Acerca de la motivación del reglamento *V.*, SACRISTÁN, Estela, "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento*, Universidad Austral (en prensa), esp. sección V.

9. CASSAGNE, Juan Carlos, "Los nuevos entes regulatorios", *Revista de Derecho Administrativo* Año 5 n° 14, Buenos Aires 1993, pp. 485-498, esp. p. 486. COMADIRA, Julio R., *Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al* ENARGAS, ENRE, *CNT y* ETOSS), E.D. 12.5.96, esp. Cap. 2., GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ta. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1998, t 1, Cap. XV, p. 13.

10. CCAF, Sala II, *Metrogas c. Enargas*, 9.11.94, L.L. 1995-B, 108.

11. *V.*, BIANCHI.

12. *V.*, CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, p. 154.

13. Me remito a lo que diré *infra* IV.b.

14. No obstante la Corte Suprema al justificar la delegación legislativa, lo hizo acudiendo a la jurisprudencia norteamericana pero ubicándola dentro del ex artículo 86.2, una norma de origen español, lo que ha sido una fuente de permanente confusión. Sobre este particular me remito a lo que diré *infra* III.b.

influencias originales en la actualidad se han cruzado y la Administración -otrora europiezada- está recibiendo hoy día la influencia anglosajona, mientras que en el campo constitucional se han receptado algunas instituciones europeas; y (iv) el control judicial sobre la potestad reglamentaria hoy día es más fuerte en el modelo parlamentario europeo, que en sistema presidencialista de los Estados Unidos, pese a que aparentemente debería ocurrir lo contrario.

Todo ello arroja ciertamente un panorama confuso, que genera razonables dudas acerca de la posición que deberían adoptar nuestros tribunales en torno a la doctrina de la deferencia en el control judicial de los reglamentos. Así, tanto podrían volcarse por la tendencia norteamericana, dados nuestro sistema presidencialista y nuestras actuales influencias en el derecho administrativo, como podrían ignorarla siguiendo las aguas de la tendencia europea que propicia una revisión judicial más intensa, habida cuenta de las fuentes en que originariamente abrevó nuestro derecho administrativo. Y llegados a este punto es legítimo preguntarnos también si la consulta a las fuentes de nuestro derecho público tiene alguna utilidad en esta materia.

El trabajo que sigue intentará describir en primer lugar la doctrina de la deferencia tal como se la conoce actualmente en los Estados Unidos, y en segundo lugar me referiré al equivalente argentino de esa doctrina, comparándola con la norteamericana, con el fin de verificar si nuestros tribunales también han sido y son *deferentes* para con la Administración y en todo caso qué es lo más conveniente para nuestro sistema, cuestión ésta que abordaré como conclusión final.

II. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA

1. Enunciado

Sin perjuicio de la síntesis que haré más adelante[15], el enunciado -tentativo- de la doctrina de la deferencia puede ser el siguiente: *la interpretación administrativa de los términos de una ley, tiene peso decisivo en la decisión del tribunal revisor a menos que aquélla sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea*.

La elaboración jurisprudencial de la doctrina de la deferencia es de antigua data en la Corte Suprema norteamericana, tal como surge de los fallos que mencionaré enseguida. Asimismo tiene dos vertientes que en la práctica son muy similares. Una de ellas es la deferencia en relación con la interpretación administrativa de las leyes y la otra se refiere a la interpretación administrativa de los reglamentos. La primera está representada básicamente por dos casos, *Gray v. Powell*[16] y *Chevron v. Natural Resources Defense Council*[17]; la segunda se origina en *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co*.[18]. Todos ellos, además, han tenido innumerables aplicaciones posteriores y se originan en antiguos precedentes, según veremos enseguida.

15. *Infra* II.d.
16. 314 U.S. 402 (1941).
17. 467 U.S. 837 (1984).
18. 325 U.S. 410 (1945).

2. Deferencia en caso de interpretación administrativa de las leyes

A. La deferencia en caso de interpretación administrativa razonable

Los primeros rastros de la doctrina de la deferencia pueden hallarse en algunos casos resueltos a comienzos del siglo XX que dan testimonio del empleo de diferentes estándares de control judicial elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así por ejemplo en *Bates & Guild Co. v. Payne*[19], con motivo de la interpretación de una resolución del Jefe de Correos vinculada con la clasificación de la correspondencia, se utilizó el criterio de la deferencia hacia la decisión administrativa en caso de ausencia de error claro o manifiesto[20]. En *Seaboard Air Line Railway Co. v. United States*[21], la Comisión Interestatal de Comercio (*Interstate Commerce Commission,* ICC) había obligado a las compañías ferroviarias a absorber ciertos costos que anteriormente trasladaban a la tarifa en el transporte de carga. La Corte, al fallar a favor de la decisión administrativa, dijo que ésta solamente podía ser revisada cuando fuera arbitraria o hubiera trascendido los límites de la competencia otorgada a la ICC[22]. En *McLaren v. Fleischer*[23] la Oficina de Tierras había decidido sobre la posesión de unas parcelas y su resolución fue sostenida judicialmente sobre la base de ser razonable[24]. En *American Telephone & Telegraph Co. v. United States*[25], la Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission*) había dispuesto la implantanción de un sistema uniforme de facturación para todas las compañías telefónicas sujetas a la Ley de Comunicaciones (*Communications Act*) de 1934, que fue convalidado por la Corte Suprema afirmando que el Tribunal carecía de libertad para sustituir, con su propia discrecionalidad, la ejercida por la Comisión, quien por lo demás se había mantenido dentro de los límites de su competencia y sin alterar los principios fundamentales de la debida contabilidad[26]. También se ha dicho que no puede haber revisión judicial cuando existen bases racionales para las conclusiones aprobadas por el órgano administrativo.

19. 194 U.S. 106 (1904).

20. "*...where Congress has committed to the head of a department certain duties requiring the exercise of judgement and discretion, his action thereon, whether it involve questions of law or fact, will not be reviewed by the courts unless he has exceeded his authority or this court should be of opinion that his action was clearly wrong*", 194 U.S. en p. 109.

21. 254 U.S. 57 (1920).

22. "*Moreover the determination of questions of fact is by law imposed upon the Commission, a body created by statute for the consideration of this and like matters. The findings of fact by the Commission upon such questions can be disturbed by judicial decree only in cases where their action is arbitrary or transcends the legitimate bounds of their authority*" 254 U.S. en p. 62.

23. 256 U.S. 477 (1921).

24. "*.... if not the only reasonable construction of the act, it is at least an admissible one. If therefore comes within the rule that the practical construction given to an act of Congress, fairly susceptible of different constructions, by those charged with the duty of executing it is entitled to great respect and, if acted for a number of years will not be disturbed except for cogent reasons*", 256 U.S. en p. 481.

25. 299 U.S. 232 (1936).

26. "*This court is not at liberty to substitute its own discretion for that of administrative officers who have kept within the bounds of their administrative powers. To show that these have been exceeded in the field of action here involved, it is not enough that the prescribed system of accounts shall appear to be unwise or burdensome or inferior to another. Error or unwisdom is not equivalent to abuse. What has been ordered must appear to be so entirely at odds with fundamental principles of correct accounting*", 299 U.S. en pp. 236-237.

Este criterio fue aplicado en *Mississippi Valley Barge Line Co. v. United States*[27], en relación con regulaciones de la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*) y en *Rochester Telephone Corp. v. United States*[28] en relación con regulaciones de la Comisión Federal de Comunicaciones.

Como puede verse, todos estos criterios giran en torno, o pueden ser sintetizados, en el de la razonabilidad de la decisión administrativa. Así, cuando la reglamentación administrativa es razonable, los tribunales no están autorizados a modificarla y sustituirla con sus propios criterios. La Corte Suprema consolidó expresamente este criterio en *Gray v. Powell*, citado más arriba[29]. Este caso se origina con motivo de la interpretación de la Ley de Carbón Bituminoso (*Bituminous Coal Act*). En ella se establecía una regulación en los precios del carbón de la cual estaban exentos quienes eran a la vez productores y consumidores. Una compañía ferroviaria que había otorgado a terceros contratistas la explotación de los yacimientos del carbón consumido por ella, pidió ante la Comisión del Carbón Bituminoso ser eximida de la regulación, con fundamento en que bajo tales condiciones se comportaba como productor y consumidor. Se requería en consecuencia determinar el concepto de *productor* establecido por la ley. La petición fue administrativamente denegada y ésta decisión fue luego revocada en sede judicial. La Corte al revocar a su vez la decisión judicial anterior, sostuvo que la interpretación administrativa de la ley, en la medida en que era razonable, no podía ser judicialmente modificada.

Los términos empleados por la Corte son particularmente *deferentes* con la decisión administrativa: "En una cuestión que el Congreso ha delegado para la determinación de un órgano administrativo ... la función revisora de los tribunales ... está completamente realizada cuando han determinado que las partes fueron escuchadas, han producido prueba y fundado sus peticiones, obteniendo una decisión justa y razonable. Una decisión del tipo que aquí se trata, pertenece a la práctica administrativa usual. El Congreso, que podría haber legislado específicamente las excepciones a la ley, encontró que era más eficiente delegar ese cometido en aquellos cuya experiencia en un campo determinado aseguraba un ajuste más equitativo y mejor informado de los conflictos entre la estabilización de los precios y el consumo del producto ...Cuando, como en el presente caso, se ha producido una delegación en un órgano administrativo, esta delegación debe ser respetada y la decisión administrativa no puede ser modificada... No es propio de los tribunales absorber las funciones administrativas a tal extremo que la Administración se convierta en una mera recopiladora de datos fácticos, privada de facultades decisorias"[30].

27. 292 U.S. 282, 287 (1934).
28. 307 U.S. 125, 146 (1939).
29. *V., supra* nota 16.
30. "*In a matter left specifically by Congress to the determination of an administrative body .... the function of review placed upon the courts ... is fully performed when they determine that there has been a fair hearing, with notice and an opportunity to present the circumstances and arguments to the decisive body, and an application of the statute in a just and reasoned manner. Such determination as is here involved belongs to the usual administrative routine. Congress, which could have legislated specifically as to the individual exemptions from the code, found it more efficient to delegate that function to those whose experience in a particular field gave promise of a better informed, more equitable adjustment of the conflicting interests of price stabilization upon the one hand and producer consumption upon the other ... Where as here a determination has been left to an administrative body, this delegation will be respected and the administrative conclusion left untouched ... It is not the province of a court to absorb the administrative functions to such an extent that the executive or legislative agencies become mere fact finding bodies deprived of the advantages of prompt and definite action*". 314 U.S. en pp. 411-412.

Este mismo criterio, fundado en la razonabilidad de la decisión administrativa, fue empleado pocos años después en *National Laboral Relations Board v. Hearst Publications Inc.*[31] cuando cuatro editores de diarios de la ciudad de Los Angeles fueron demandados ante el NLRB por el sindicato de distribuidores de diarios, para que suscribieran un convenio colectivo de trabajo. La disputa tenía por objeto determinar si los distribuidores eran o no empleados de los demandados, y para ello era preciso interpretar el significado del término *empleado* (*employee*) que figuraba en la legislación laboral aplicable[32]. Al igual que en el caso Gray, la decisión administrativa (que había hecho lugar a la pretensión del sindicato) fue revocada en sede judicial y la Corte Suprema revocó a su vez lo decidido por el tribunal inferior con similares conceptos a los del fallo anterior: "Indudablemente las cuestiones de interpretación de la ley, en particular cuando se plantean en procedimientos judiciales, deben resolverse dando el peso apropiado a la decisión adoptada por la autoridad de aplicación de la norma ... Pero cuando se trata de la aplicación específica de un término amplio, cuya interpretación inicial debe formular dicha autoridad de aplicación, la función revisora del tribunal es limitada ... la decisión del órgano administrativo según la cual determinadas personas son empleados bajo esta Ley, debe ser admitida si tiene fundamento en las actuaciones administrativas y una base razonable en la ley"[33].

También fue aplicado el estándar de la razonabilidad en *Ford Motor Co. v. National Labour Relations Board*[34], para sustentar la validez de una norma emanada del NLRB que ordenaba a la compañía negociar con el sindicato las condiciones para poner el servicio de cafetería y máquinas expendedoras de bebidas y alimentos. Se trataba en síntesis de analizar si la interpretación de las palabras *términos y condiciones del empleo* que figuraban en la ley laboral era razonable.

Puede decirse así que la razonabilidad de la decisión administrativa, hasta la aparición del caso *Chevron*, que analizaré en el punto siguiente, fue el principal criterio de revisión judicial.

Son numerosos los fallos que testimonian su empleo en diversos campos de la actividad de la Administración. Así por ejemplo, en el campo laboral para determinar si un trabajador es *miembro de una tripulación*[35]; si un daño se ha producido en el curso de la relación de empleo[36]; o para definir el concepto de *empleado agropecuario*[37]. También se lo ha empleado para definir si un transportista (*carrier*) había actuado con buena fe[38].

31. 322 U.S. 111 (1944).

32. Se trataba de la llamada *Wagner Act*, sancionada en 1935 (29 USC § 151 y ss.), que reguló entre otras cuestiones laborales- los derechos de los sindicatos.

33. "*Undoubtedly questions of statutory interpretation, especially when arising in the first instance in judicial proceedings, are for the courts to resolve, giving appropriate weight to the judgement of those whose special duty is to administer the questioned statute ... But where the question is one of specific application of a broad statutory term in a proceeding in which the agency administering the statute must determine it initially, the reviewing court's function is limited ... The Board's determination that specified persons are* "*employees*" *under this Act is to be accepted if it has* "*warrant in the record*" *and a reasonable basis in law*". 322 U.S. en pp. 130-131.

34. 441 U.S. 488 (1979).

35. *Norton v. Warner Co*. 321 U.S. 565 (1944).

36. *O´Leary v. Brown Pacific-Maxon Inc.*, 340 U.S. 504 (1951).

37. *Bayside Enterprises v. NLRB*, 429 U.S. 298 (1977).

38. *Alton R. Co. v. United States* 315 U.S. 15 (1942).

B. *Chevron v. NRDC*. Dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa

La doctrina de la deferencia basada en la razonabilidad de la reglamentación de la ley fue el criterio dominante en la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta que en 1984 fue resuelto el caso *Chevron v. NRDC*. La cuestión aquí se vinculaba con la impugnación judicial de una reglamentación de la llamada Ley del Aire Puro (*Clean Air Act*[39]), emanada de la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency; EPA*) que había establecido ciertos requisitos para autorizar el funcionamiento de plantas industriales que tuvieran fuentes fijas (*stationary sources*) de polución[40]. La EPA, al reglamentar la ley en 1981[41], interpretó que el término *stationary source* podía abarcar todas las instalaciones de una misma planta como si se tratara de un solo agrupamiento industrial[42]. Ello motivó una objeción formulada -entre otros- por el Consejo para la Defensa de los Recursos Nacional (*National Resources Defense Council*), quien impugnó judicialmente el reglamento según las previsiones establecidas en la propia Ley del Aire Puro[43], logrando que la Corte de Circuito para el Distrito de Columbia declarara la nulidad de la norma impugnada[44]. Sostuvo este tribunal que la ley no definía el concepto de *stationary source* y por ende no habilitaba al ente regulador a imponer una interpretación abarcadora de toda una planta industrial en programas destinados a mejorar la condición del aire[45]. Llegado el caso ante la Corte Suprema, ésta debía decidir cual de las dos interpretaciones del término *stationary source* debía prevalecer: la administrativa o la judicial, y optó por la primera[46].

Dijo la Corte: "Cuando un tribunal revisa la interpretación de la ley efectuada por su autoridad de aplicación, enfrenta dos cuestiones. Primero está la cuestión de si el Congreso se ha referido directamente al asunto en discusión. Si el propósito del Congreso es claro, la cuestión termina allí, pues tanto el tribunal como la Administración deben dar efecto a lo que el Congreso sin ambigüedades ha establecido. Si, en cambio, a juicio del tribunal el Congreso no ha legislado específicamente sobre el punto en cuestión, aquél no impondrá su propia interpretación de la ley, como ocurriría en el caso de no haber interpretación administrativa. Antes bien, cuando la ley ha guardado silencio o es ambigua en relación con ese punto, el tribunal debe decidir si la respuesta administrativa está basada en una interpretación admisible de la ley.

La facultad de un ente de la Administración para administrar un programa creado por ley requiere necesariamente de la formulación de una política y del establecimiento de reglas que llenen los blancos dejados expresa o implícitamente por el Congreso. Si el Congreso expresamente ha dejado un blanco para ser llenado por la Administración,

---

39. 42 USC § 7401 y ss.

40. Según la ley se entiende por fuente fija de polución un edificio, estructura o instalación, que emite polución en el aire.

41. 46 *Federal Register* 50766.

42. Se lo denominaba agrupamiento en burbuja (*bubble*) y mide la polución que produce en promedio toda una planta, de modo tal que algunas de sus instalaciones pueden emitir en niveles que excedan el máximo tolerado, en la medida en que el conjunto no supere dicho límite.

43. 42 USC § 7607(b)(1).

44. *National Resources Defense Council v. Gorsuch*, 685 Federal Reporter, 2nd Series 718 (1982).

45. Según explica la sentencia esa noción de agrupamiento en burbuja sólo era aplicable en programas destinados a mantener la calidad del aire, pero no a aquellos que tenía por objeto mejorarla.

46. El fallo se produjo con una mayoría de 6-0, integrada por los jueces Stevens (autor de la sentencia), POWELL, BLACKMUN, BRENNAN, WHITE y SCALIA. No intervinieron los jueces REHNQUIST, MARSHALL y O´CONNOR.

existe una delegación de competencia expresa a favor de aquella para dilucidar por vía de reglamentación una previsión específica. Estas reglamentaciones tienen peso decisivo (*controlling weight*) a menos que sean arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley. A veces la delegación legislativa en la Administración, para una cuestión en particular, es implícita en vez de ser expresa. En tal caso, un tribunal no puede sustituir con su propia interpretación, la que razonablemente haya efectuado la Administración.

Desde hace tiempo hemos reconocido que debe acordarse peso considerable a la interpretación de la ley efectuada por su autoridad de aplicación, y el principio de la deferencia hacia las interpretaciones administrativas ha sido aplicado invariablemente por esta Corte en cualquier decisión que, referida al sentido o alcances de una ley, ha involucrado la reconciliación de políticas encontradas, y un entendimiento pleno de la fuerza normativa de una política en una situación dada, ha dependido de algo más que de la noción común sobre las materias sujetas a la regulación administrativa ... si esta opción (la que ejerce la administración al reglamentar la ley) representa una armonización razonable de las políticas en conflicto, cuya atención ha sido encargada legalmente a la Administración, no debemos perturbarla a menos que de la ley o de su historia legislativa resultara que tal armonización no es la que el Congreso hubiera sancionado. A la luz de estos bien establecidos principios, es evidente que la Corte de Apelaciones ha concebido erróneamente la naturaleza de su rol en la revisión de las regulaciones en cuestión"[47].

47. "*When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as could be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.*

The power of an administrative agency to administer a congressionally created ..... program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress". *If Congress has explicitly left the gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless there are, arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.*

We have long recognized that considerably weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, and the principle of deference to administrative interpretations "*has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations ... If this choice represents a reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency's care by the statute, we should not disturb it unless it appears from the statute or its legislative history that the accommodation is not one that the Congress would have sanctioned ... In light of these well-settled principles it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue*". 467 U.S. en pp. 842-845.

3. *Bowles v. Seminole Rock* y la deferencia en la interpretación administrativa de un reglamento

Veamos ahora como funciona la doctrina de la deferencia cuando se trata de la interpretación no de una ley sino de un reglamento. Poco después de *Gray v. Powell, la Corte Suprema* resolvió en 1945 *Bowles v. Seminole Rock.* En este caso a diferencia de los anteriores estaba en juego la interpretación que un ente administrativo había formulado sobre un reglamento dictado por él mismo. Con tal motivo se estableció un nuevo estándar de revisión judicial, que como veremos fue recogido luego en Chevron.

El caso presenta una estructura muy similar a la de los analizados en los puntos precedentes. Con motivo de la Segunda Guerra Mundial, el Congreso dictó en 1942 una ley de control de precios (*Emergency Price Control Act*) estableciendo como autoridad de aplicación a la denominada *Office of Price Administration*. Esta última dictó diversas normas de aplicación de la ley, entre ellas la *Maximun Price Regulation Nº 188*, referida entre otros al precio máximo de la piedra partida utilida en la construcción. El caso se origina con motivo de la venta de piedra partida efectuada por *Seminole Rock & Sand Co*. a un contratista del gobierno que construía una represa, por un valor superior a los precios fijados en la regulación administrativa. La autoridad de aplicación entonces promovió acción judicial contra Seminole Rock para imponer en el contrato el precio contractual fijado por ella y tanto en primera instancia como en Cámara la acción fue desestimada. El Gobierno apeló entonces a la Corte Suprema, quien finalmente le dio la razón.

En lo que aquí interesa, la Corte luego de fijar el centro de la problemática en la interpretación de ciertos términos empleados en la regulación administrativa[48], sostuvo: "Dado que está involucrada en este caso la interpretación de una regulación administrativa, el tribunal debe atender necesariamente a la interpretación administrativa de aquella, si el sentido de las palabras empleadas está en duda. La intención del Congreso o los principios de la Constitución, en algunas situaciones, pueden ser relevantes en primer término para elegir entre varias interpretaciones. Pero el criterio principal es la interpretación administrativa que tiene peso decisivo (*controlling weight*), a menos que sea manifiestamente errónea o inconsistente con la regulación ... En este caso el único problema consiste en descubrir el significado de ciertas porciones de la *Maximum Price Regulation* Nº 188. Nuestras únicas herramientas, por ende, son las simples palabras de la regulación y cualquier interpretación relevante de la Administración"[49].

El criterio elaborado en Seminole Rock ha sido aplicado en numerosos casos posteriores. Así por ejemplo en: *North Haven Board of Education v. Bell*[50] en virtud de una regulación del Departamento de Salud, Educación y Bienestar; *Ford Motor Credit Co. v. Milhollin*[51] con ocasión de la interpretación de normas crediticias emitidas por el

48. "*The problem in this case is to determine the highest price charged for crushed stone during March, 1942, within the meaning of Maximum Price Regulation nº 188*", 325 U.S. en p. 413.

49. "*Since this involves an interpretation of an administrative regulation a court must necessarily look to the administrative construction of the regulation if the meaning of the words used is in doubt. The intention of Congress or the principles of the Constitution in some situations may be relevant in the first instance in choosing between various constructions. But the ultimate criterion is the administrative interpretation, which becomes of controlling weight unless it is plainly erroneous or inconsistent with the regulation ... In this case the only problem is to discover the meaning of certain portions of Maximum Price Regulation nº 188. Our only tools, therefore, are the plain words of the regulation and in any relevant interpretations of the Administrator*". 325 U.S. en pp. 413-414.

50. 456 U.S. 512, 538 n.29 (1982).

51. 444 U.S. 555, 565-567 (1980).

Federal Reserve Board; *United States v. Larionoff*[52] donde estaban en disputa *Directivas del Departamento de Defensa; United States v. Chicago*[53] por la interpretación de una disposición de la Interstate Commerce Commission (ICC); *Immigration and Naturalization Service v. Stanisic*[54] a raíz de las normas de procedimiento elaboradas por el INS con motivo de la deportación de un marino extranjero; *Thorpe v. Housing Authority*[55], con motivo de la interpretación de una circular del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano; y en *Udall v. Tallman*[56], donde se cuestionaba la interpretación de una *executive order* vinculada con el uso de yacimientos gasíferos y petroleros en una reserva natural en Alaska[57].

4. Una primera síntesis

No quisiera seguir avanzando sin antes hacer una pequeña síntesis de lo dicho hasta aquí, con el objeto de facilitar la lectura y comprensión de lo que sigue.

En la década de 1940, la Corte Suprema norteamericana estableció una doctrina que impone a los tribunales federales una autorestricción en la revisión de las interpretaciones que las llamadas agencias administrativas[58] hacen tanto de las leyes como de los reglamentos administrativos que ellas mismas hayan dictado. A tal fin se establecieron dos estándares diferentes de control: (a) en la interpretación de las leyes *Gray v. Powell* impuso la regla de la razonabilidad; y (b) en la interpretación de los reglamentos *Bowles v. Seminole Rock* dispuso que la regulación administrativa prevalece a menos que la interpretación sea manifiestamente errónea o inconsistente.

Sin pretender alcanzar todavía ninguna conclusión me atrevería a decir que la deferencia judicial era más fuerte cuando se trataba de la interpretación de un reglamento. Y parece muy lógico que así sea. Si bien razonabilidad y ausencia de error manifiesto pueden ser dos caras de una misma moneda, a mi juicio el segundo de esos estándares reduce un poco la exigencia hacia la Administración.

Veamos ahora este esquema luego de Chevron. De los párrafos arriba transcriptos, surge que la sentencia formula dos directivas bastante claras y elementales. Así, frente a una delegación del Congreso existen dos posibilidades:

(a) que la ley sea clara y no tenga ambigüedades, en cuyo caso ni la Administración, ni los tribunales pueden apartarse de ella.

(b) que la ley haya guardado silencio sobre el punto o sea ambigua. En este caso, a su vez, puede ocurrir que:

52. 431 U.S. 864, 872-873 (1977).
53. 400 U.S. 8, 10 (1970).
54. 395 U.S. 62, 72 (1969).
55. 393 U.S. 268, 276 (1969).
56. 380 U.S. 1, 4 (1965).
57. Las normas en cuestión eran la Executive Order 8979 de 1941 y la Public Land Order 487 de 1947.
58. En los Estados Unidos, en el orden federal, se entiende por agencia (*agency*) y así está definido legalmente (USC § 551) todos los entes y órganos del gobierno con excepción de: el Congreso, los tribunales, los gobiernos de los territorios o posesiones; el gobierno del Distrito de Columbia, los tribunales militares y algunos cuerpos administrativos integrados por representantes de las partes en disputas sometidos a la decisión de aquellos.

(i) la delegación sea expresa, en cuyo caso la reglamentación tiene peso decisivo a menos que sea arbitraria, caprichosa o manifiestamente contraria a la ley[59].

(ii) la delegación sea implícita, en cuyo caso el tribunal no puede sustituir con su propia interpretación, la que razonablemente haya efectuado la Administración[60].

Sintetizando: en los supuestos que entran en la primera directiva -indicada en (a)- no hay deferencia alguna hacia la Administración, quien está obligada a ejecutar la ley tal como es. Por el contrario, en los supuestos que entran en b.i, la deferencia es completa, y en los supuestos que entran en b.ii la deferencia es más débil aplicándose el estándar de razonabilidad. Consecuentemente, existen dos grados diferentes de deferencia según que la delegación del Congreso haya sido expresa o implícita. En el primer caso se aplica la doctrina de la ausencia del error manifiesto elaborada en *Bowles v. Seminole Rock*, mientras que en el segundo se aplica la doctrina de la razonabilidad originada en *Gray v. Powell*.

Puede decirse entonces que Chevron en 1984 sintetizó los dos estándares del control judicial que la Corte había empleado por espacio de cuarenta años, incorporando para la interpretación de las leyes el de la interpretación de los reglamentos. Con ello ciertamente amplió el ámbito de la deferencia judicial hacia la decisión administrativa, lo que explica la enorme controversia despertada por el fallo, según veremos en el punto siguiente.

5. Dificultades en la aplicación de Chevron

Además de esta disputa doctrinaria, el caso ha tenido que enfrentar numerosas dificultades interpretativas en el terreno judicial. Al igual que en todos estos casos, la aparente claridad teórica de un estándar de revisión judicial, se desvanece frente a la solución de un caso concreto, lo que ha tenido lugar con las dos directivas que emanan de Chevron.

En relación con la primera -según la cual debe seguirse estrictamente el texto de la ley cuando ésta no presenta ambigüedades- hay algunos casos que han generado una discusión en el seno de la Corte acerca de si la ley bajo análisis alcanza el umbral de ambigüedad o falta de claridad suficientes como para requerir una interpretación administrativa. En otras palabras el primer problema que aparece es si la reglamentación era necesaria o no. Tal es por ejemplo *Chemical Manufacturers Association v. Natural Resources Defense Council*[61], en el cual se discutía una regulación emanada de la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*) relativa a la llamada Ley del Agua Limpia (*Clean Water Act*). Mientras una escasa mayoría de cinco jueces entendió que la regulación era válida[62], los cuatro restantes, por el contrario, sostuvieron que la interpretación efectuada no era coherente con la claridad de la ley[63]. Algo similar se observa en *Dole v. United Steelworkers of America*[64], en el cual la mayoría del Tribunal

59. *If Congress has explicitly left the gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless there are, arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute.*

60. *Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.*

61. 470 U.S. 116 (1985).

62. Integraron la mayoría los jueces WHITE, BURGER, BRENNAN, POWELL y RENHQUIST.

63. Integraron la minoría los jueces MARSHALL, STEVENS, O´CONNOR y BLACKMUN.

64. 494 U.S. 26 (1990).

revocó la interpretación de la llamada ley de reducción del *papeleo* (*Paperwork Reduction Act*) efectuada por la Oficina de Presupuesto y Administración, en tanto que la minoría sostuvo que tal regulación merecía la aplicación de la doctrina de la deferencia establecida en Chevron[65]. También se dividió 5-3 la Corte al resolver *MCI Telecommunications Corp. v. A.T&T*.[66]. La mayoría, por medio del voto del juez Scalia, entendió que la regulación de la Ley de Comunicaciones emanada de la FCC en punto a ciertos aspectos de la desregulación del servicio telefónico de larga distancia no tenía cabida bajo la ley[67]. Por último en *Holly Farms Corp. v. National Labour Relations Board*[68], la mayoría de la Corte sostuvo la validez de la regulación emanada del Consejo Nacional de Relaciones Laborales en su interpretación de que *trabajador agropecuario*, no incluye a quienes transportan pollos desde las granjas hasta las plantas de procesamiento. La minoría en cambio entendió que la regulación era incorrecta bajo el lenguaje empleado por la ley.

Una segunda fuente de controversia en relación con la primera directiva que emana de Chevron, es la validez interpretativa de la llamada historia legislativa de la norma. En Chevron la Corte sostuvo que aquélla es relevante[69], sin embargo, en una interpretación posterior, el Tribunal le restó importancia al decir que si la reglamentación no está en conflicto con el lenguaje claro o sencillo de la ley, corresponde la deferencia[70], lo que dio lugar una disputa doctrinaria entre el juez Antonin Scalia y Stephen Breyer[71] acerca de este punto. El primero entiende que no debe consultarse la historia legislativa[72], en tanto que el segundo propicia su empleo como elemento de hermenéutica[73].

La segunda directiva apuntada en Chevron, por su lado también presenta algunos problemas. Una vez que se ha determinado judicialmente que la ley es ambigua o poco clara y requiere efectivamente una reglamentación interpretativa de su texto, aparece el problema de si la reglamentación es la correcta y por ende merece deferencia. En este punto aparece un conflicto suscitado entre la Corte y los tribunales federales inferiores. Desde Chevron, la Corte ha sido sumamente deferente con la Administración ya que no se registran declaraciones de nulidad de reglamentaciones bajo el test empleado en aquél caso[74]. Por el contrario, los tribunales federales inferiores han producido una serie de decisiones declarando la nulidad de decisiones administrativas[75]. Se sigue de ello que bajo el mismo test la Corte es más deferente que los tribunales inferiores, lo que prueba la imposibilidad de eliminar el umbral de subjetividad en la revisión judicial.

---

65. En la mayoría votaron los jueces BRENNAN, MARSHALL, BLACKMUN, STEVENS, O´CONNOR, SCALIA y KENNEDY y en la minoría lo hicieron los jueces WHITE y REHNQUIST.

66. 512 U.S. 218 (1994).

67. En la mayoría votaron los jueces SCALIA, REHNQUIST, KENNEDY, THOMAS y GINSBURG y en la minoría lo hicieron los jueces STEVENS, BLACKMUN Y SOUTER.

68. 517 U.S. 392 (1996).

69. "*If a court employing traditional tools of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law and must be given effect*", 467 U.S. en p. 843.

70. *National Railway Passenger Corp. v. Boston & Maine Corp*., 503 U.S. 407, 417 (1992).

71. BREYER luego fue designado en la Corte Suprema por el Presidente Clinton en 1994.

72. *Green v. Bock Laundry Machine Corp*., 490 U.S. 504, 528 (1989).

73. BREYER, Stephen, On the Uses of Legislative History in Interpretting Statutes, *Southern California Law Review*, vol. 65, p. 845 (1992).

74. Conf. LUBBERS, Jeffrey S., *A guide to Federal Rulemaking*, 3rd. ed., American Bar Association, 1998, p. 335.

75. *Whitecliff v. Shalala*, 20 Federal Reporter 3rd series 488 (D.C. Cir. 1994); *LEECO, Inc. v. Hays*, 965 Federal Reporter 2nd series 1081, 1085 (D.C. Cir. 1992); *Hammontree v. NLRB*, 925 Federal Reporter 2nd series 1486, 1499-1500 (D.C. Cir. 1991); *Coal Employment Project v. Dole*, 889 Federal Reporter 2nd series 1127 (D.C. Cir.1989); King Broadcasting Co. V. FCC, 860 Federal Reporter 2nd series 465, 470 (D.C. Cir. 1988).

6. La deferencia en materia tarifaria

Probablemente es en el control judicial de las tarifas donde la deferencia judicial hacia las decisiones administrativas es más pronunciada. Para analizar esta cuestión recordemos que en los Estados Unidos inicialmente se consideró que la determinación de la tarifa era de competencia legislativa, luego se reconocieron ciertas facultades judiciales de control, y finalmente se ha librado la cuestión a la discrecionalidad administrativa, con un control judicial muy limitado.

Hasta 1898 la Corte Suprema entendía -como regla general- que el poder de regular las tarifas era de naturaleza legislativa. En *Munn v. Illinois*[76], por ejemplo, sostuvo la irrevisabilidad judicial al referirse a las tarifas máximas fijadas por la legislatura de Illinois para el almacenaje de granos, diciendo "*cuando se busca protección en contra de los abusos de la legislatura, debe recurrirse al voto popular* (poll) *y no a los tribunales*". Poco después sin embargo, en 1886, revisó este criterio inicial y admitió el control judicial en *Stone v. Farmer´s Loan & Trust Co*.[77]. Y unos años más tarde, en 1894, decidió en *Reagan v. Farmer´s Loan & Trust Co*.[78], que las tarifas fijadas por una ley de Texas para el servicio ferroviario eran confiscatorias. De todos modos no se llegó a establecer en estos casos, los estándares para determinar la razonabilidad de las tarifas. Incluso, años después en 1913, al resolver *Simpson v. Shepard*[79], un grupo de casos genéricamente conocidos como *the Minnesota Rate Cases*, la Corte dijo -mediante el voto del justice Hughes- que la facultad de fijar tarifas es de naturaleza legislativa y necesariamente conlleva un margen de discrecionalidad[80].

La cuestión tuvo un vuelco importante en 1898 con el célebre caso *Smyth v. Ames*[81] en el cual fue establecida la doctrina del valor justo (*fair value*) para la fijación de las tarifas y su control judicial posterior, ya que la Corte tomó intervención directa en el criterio que debía ser tenido en cuenta en la fijación de una tarifa. En 1893 la legislatura de Nebraska dictó una ley que creó una Comisión de Transporte, y le otorgó facultades para fijar las tarifas. La Comisión inmediatamente, fijó tarifas máximas para el transporte ferroviario, las que fueron impugnadas por las empresas que alegaban su confiscatoriedad[82]. La Corte entendió que las tarifas eran confiscatorias, pero lo importante para la regulación tarifaria posterior fue establecido en el *dictum* del voto del juez Harlan, que se convirtió en la doctrina básica del valor justo[83].

---

76. 94 U.S. 113 (1877).
77. 116 U.S. 307 (1886).
78. 154 U.S. 362 (1894).
79. 230 U.S. 352 (1913).
80. "*The rate-making power is a legislative power and necessarily implies a range of legislative discretion*", 230 U.S. en p. 433.
81. 169 U.S. 466 (1898).
82. Sostenían que muchas de sus inversiones habían sido efectuadas durante la Guerra Civil y que los costos que habían soportado eran altos, de modo que las tarifas debían reconocer el costo original de las inversiones. El estado por su lado, sostuvo que las tarifas debían ser fijadas según el costo de reposición de las inversiones, lo que permitiría fijar una ganancia razonable.
83. Para llegar a establecer el valor justo en las tarifas, HARLAN entendió que debían tenerse en cuenta seis elementos, que constituyen en buena medida una combinación de todas prácticamente las variantes posibles: 1. El costo de construcción original y los montos invertidos en las mejoras. 2. El monto que representaba el valor accionario de la compañía en el mercado. 3. El valor presente de la construcción, comparado con el valor original. 4. La capacidad de generar ganancias. 5. Los costos operativos. Ninguno de estos factores fue considerado decisivo. En opinión del Tribunal a cada uno de ellos debía "*otorgársele la incidencia que sea justa y debida*".

Si bien este fallo significó en su momento un avance para el control judicial de las tarifas, la jurisprudencia posterior fue abandonando paulatinamente muchos de los criterios de valuación empleados en él habida cuenta de las dificultades existentes en aplicarlas. Así por ejemplo, en dos casos resueltos en 1909[84] y1913[85], se sostuvo que considerar el criterio del valor accionario de la compañía en el mercado junto a su capacidad de generar ganancias, supone un razonamiento circular, pues el valor en el mercado depende de la ganancia y ésta en última instancia depende del valor de la tarifa. Más tarde en 1923[86] y 1925[87] fueron abandonados respectivamente, el valor bursátil de la compañía y el valor impositivo de los bienes. Es así que hacia la década de 1930, los criterios empleados por el juez Harlan estaban casi todos desacreditados[88] y permanecían solamente en vigencia el valor original -incluyendo las mejores introducidas-, contra el valor presente o valor de reposición. Este criterio fue especialmente valorado en *McCardle v. Indianapolis Water Co*.[89]. donde la inversión original había sido de 10 millones de dólares, el valor presente de aquélla era de 22 millones y la Corte lo fijó en 19 millones, contra un valor de 15,3 millones establecido en sede administrativa por el órgano regulador. Aun así, nunca llegó a sostenerse que este criterio fuera exclusivo o excluyente de los otros[90]. En minoría el juez Brandeis[91] sostuvo la inconveniencia del sistema del costo presente o de reposición, ya que prefería el sistema de *inversión prudente* consistente en tomar el costo original deducidos los costos fraudulentos o innecesarios. También los jueces Stone[92] y Black[93], en minoría, criticaron el sistema del costo de reposición[94].

En realidad puede decirse que en las décadas de los años 20' y 30', la Corte de los Estados Unidos fue abandonando paulatinamente el control sobre las tarifas establecidas por la llamadas comisiones reguladoras independientes (entes reguladores), a medida que éstas iban cobrando mayor presencia en el mundo de la Administración norteamericana[95] y se advertía paralelamente que los tribunales tienen serias dificultades para revisar los criterios técnicos empleados por la Administración. Uno de los casos claves que marcan este abandono es *Board of Railroad Commissioners of State of North Dako-*

84. *Knoxville v. Knoxville Water Co*., 212 U.S. 1 (1909).
85. Minnesota Rate Cases, 230 U.S. 352 (1913).
86. *Southwestern Bell Telephone Co. v. Missouri Public Service Commission*, 262 U.S. 276 (1923).
87. *Brooklin Union Gas Co. v. Prendergast, 7 Federal Reporter*, 2nd. Series 628 (1935).
88. El juez FRANKFURTER fue muy crítico del este criterio considerándolo tanto una *mezcolanza* (*hodgepodge*), *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co*., 320 U.S. 591, 627 (1944), o como una fórmula engañosa y enredada para la fijación de las tarifas, *Driscoll v. Edison Light & Power Co*., 307 U.S. 104, 122 (1939).
89. 272 U.S. 400, 408-9 (1926).
90. *Los Angeles Gas & Electric Co. v. Railroad Commission*, 289 U.S. 287, 307 (1933).
91. *Cit. supra* nota 86.
92. *V.*, su disidencia en *West v. Chesapeake & Potomac Telephone Co*., 295 U.S. 662, 689 (1935).
93. *V.*, su disidencia en *McCart v. Indianapolis Water Co.*, 302 U.S. 419, 428-9 (1938).
94. Las dificultades para establecer el criterio que debía tenerse en cuenta en la fijación de una tarifa provenían del sistema tarifario aplicado en los Estados Unidos. Por aquel entonces regían plenamente -y todavía es utilizado con bastante amplitud- el sistema de la tasa de retorno (*rate of return*) donde como retribución del prestador del servicio se fija una determinada alícuota (tasa) calculada sobre el capital invertido. Para una explicación más detallada del sistema de la tasa de retorno, me remito a: BIANCHI, Alberto B., "La tarifa en los servicios públicos (Del *rate of return* al *price cap*)", *Revista de derecho Administrativo* n° 27-29, Depalma, Buenos Aires 1998, pp. 35-60. El sistema de tasa de retorno genera una gran dificultad en determinar el modo de calcular el monto de la inversión efectuada e insume incontables horas de trabajo a los entes reguladores en la realización de esta tarea. De hecho Alfred KAHN ha dicho que los entes reguladores se pasan la mayor parte de su tiempo regulando directa o indirectamente las tarifas. KAHN, Alfred E., *The Economics of Regulation*, The MIT Press, Massachusetts 1993, p. 25.
95. Sobre el particular *V.*, BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, Abaco, Buenos Aires 2001, t I, §§ 5, 6 y 17.

ta v. Great Northern Railway Co.[96], donde con motivo de la impugnación de tarifas ferroviarias, la Corte dijo que la fijación de tarifas es una cuestión de hecho, técnica y compleja cuya solución requiere de una gran discrecionalidad administrativa[97]. Pero de todos modos este mismo criterio ya estaba fijado en *Manufacturers Railway Co. v. United States*[98] *y en Nashville C. & ST. L. Railway v. Tennesse*[99]. También puede ser encontrado en *United States Navigation Co. Inc. v. Cunard S.S. Co.*[100] y en *Swayne & Hoyt, Ltd. v. United States*[101]

Muy importantes y prácticamente definitivos en esta tendencia son cuatro casos tres de los cuales fueron decididos en el ámbito de la industria del gas y el cuarto en materia de tarifas de transporte ferroviario de piezas de correo. Los tres primeros son: Los *Angeles Gas & Electric Co. v. Railroad Commission*[102], *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*[103] y *Federal Power Commission v. Colorado Interstate Gas Co.*[104]. En estos fallos quedó definido que si el efecto total del cuadro tarifario es justo o razonable no puede ejercerse control judicial y quien alegue su irrazonabilidad carga con la prueba de demostrarlo. En el segundo de los casos mencionados -que podría decirse es el más importante[105]- la *Federal Power Commission* había ordenado a la compañía reducir las tarifas en un 60% sobre la base de calcular el valor original de la inversión en 33,7 millones de dólares con una tasa de retorno del 6,6 %. Por su lado, la compañía sostenía que el costo de reposición era de 97 millones, que debía tener una tasa de retorno del 8% y estimaba que mediante el *fair value* el valor de cálculo de la tarifa era de 66 millones. En su fallo la Corte ratificó la decisión administrativa y ordenó a *Hope Natural Gas* reducir sus tarifas. Para ello sostuvo: "*... De acuerdo con el estándar legal de justo y razonable, es el resultado alcanzado y no el método empleado lo que es decisivo ... No es la teoría sino el impacto de la tarifa lo que cuenta. Si el efecto total de la tarifa no puede calificarse como injusto e irrazonable, el control judicial finaliza ... Quien impugna la tarifa corre con la carga de demostrar que es inválida*

96. 281 U.S. 412 (1930).

97. "*The controlling principle , thus invoked, was derived from a consideration of the nature of the question and of the inquiry and action required for its solution. The inquiry would necessarily relate to technical and intricate matters of fact, and the solution of the question would demand the exercise of sound administrative discretion. The accomplishment of the purpose of Congress could not be had without the comprehensive study of an expert body continuously employed in administrative supervision. Only through the action of such a body could there be secured the uniformity of ruling upon which appropriate protection from unreasonable exactions and unjust discriminations must depend*", 281 U.S. en pp. 421 y 422.

98. 246 U.S. 457 (1918).

99. 262 U.S. 318 (1923). El criterio de la deferencia aparece nítidamente en este párrafo "*Every rate which gives preference or advantage to certain persons, commodities, localities or traffic is discriminatory; for such preference prevents absolute equality of treatment among all shippers or all travelers. But discrimination is not necessarily unlawful. The Act to Regulate Commerce prohibits only that discrimination which is unreasonable, undue or unjust*". (citas omitidas) "*Whether a preference or discrimination is undue, unreasonable, or unjust is ordinarily left to the Commission for decision; and the determination is to be made, as a question of fact, on the matters proved in the particular case*", 262 U.S. en p. 322.

100. 284 U.S. 474 (1932).

101. 300 U.S. 297 (1937).

102. 289 U.S. 287 (1933).

103. 320 U.S. 591 (1944).

104. 348 U.S. 492 (1955).

105. Junto con *Smyth v. Ames* son los casos que marcan épocas en el control judicial de la fijación de tarifas. *V.*, BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; SPITZER, Matthew L., *Administrative Law and Regulatory Policy*, 4th ed., Aspen Law & Business, 1999, pp. 230 y ss. En adelante BREYER, *Administrative Law and Regulatory Policy*.

porque es injusta e irrazonable en sus consecuencias"[106]. En el tercero, la Corte ratifica estas afirmaciones y concluye en que "no es función de los tribunales fijar las tarifas"[107]. El cuarto caso es *United States v. Jones*[108], donde la Corte admitió que la facultad de fijar tarifas (*rate-making power*) es esencialmente legislativo en su primera instancia, es decir en la determinación legislativa del marco general, sino que los tribunales deben ejercer una autorestricción en atención a la experiencia o pericia (*expertise*) de las agencias administrativas especiales encargadas de ejercer esa función, agregando asimismo que ello se encuentra en las raíces del problema al igual que la doctrina de la jurisdicción primaria o el agotamiento de la vía administrativa[109].

En síntesis, salvo en Smith v. Ames, en el cual la Corte Suprema hizo un gran esfuerzo por establecer un criterio para fijar las tarifas, en el resto de los casos posteriores se admite que esto es una cuestión de hecho y no de derecho, y que por lo tanto no es de la competencia de los tribunales inmiscuirse en esa tarea. Así la deferencia de los tribunales hacia la decisión administrativa es muy importante y sólo cede frente a casos de manifiesta arbitrariedad. Pero no se registran fallos en los que esto haya ocurrido.

7. Ámbito de aplicación

Quiero precisar ahora cual es el ámbito de aplicación de esta doctrina, pero para ello primeramente necesito describir -al menos en forma sumaria- los distintos tipos de reglamentos (*rules*) que produce la Administración norteamericana, ya que aquella tiene aplicación solamente en relación con uno de esos tipos.

A. Los reglamentos en la Administración norteamericana

En los Estados Unidos existen -en el orden federal- tres clases de *rules*: (a) *substantive rules*, también llamados *legislative rules*; (b) *interpretative rules* y *procedural rules*[110].

Las *substantive rules* son las más importantes de todas y coinciden en parte con nuestros reglamentos delegados[111]. Proceden siempre de una delegación legislativa y son en el ámbito de la Administración y dentro de los límites de la delegación y de la competencia de quien las emite, el equivalente de las leyes. Ello significa que pueden afectar derechos e imponer obligaciones. Son sancionadas por medio de un procedimiento formal establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedures Act*, APA)[112], según el cual antes de emitir el reglamento se debe publicar el

106. 320 U.S. en p. 602.
107. 348 U.S. en p. 501.
108. 336 U.S. 641 (1949).
109. 336 U.S. en p. 652.
110. La división expuesta es la comúnmente aceptada por los autores. PIERCE-Davis, que también se basan en ella reconocen, no obstante, la existencia de otro tipo de reglas llegando a enumerar doce clases: DAVIS, Kennth C. and PIERCE, Richard. J. (Jr.), *Administrative Law Treatise*, 3rd. ed., Little Brown and Co, 1994, vol. III, p. 108. En adelante, PIERCE- DAVIS, *Treatise*.
111. *Infra* III.b, me ocuparé con más detalle de las semejanzas y diferencias entre los reglamentos norteamericanos y los argentinos.
112. 5 USC § 553(b).

proyecto en el *Federal Register*[113] y se debe dar oportunidad a los interesados a que emitan su opinión (*notice and comment*). En algunas ocasiones, incluso se requiere de una audiencia pública formal, según lo establecido también en la APA[114]. Me ocuparé de esta cuestión con más detalle en el Capítulo I., punto b.

Las *interpretative rules*, por el contrario, no tienen fuerza legal ni proceden de una delegación, por ende no pueden crear derechos ni imponer obligaciones. Son emitidas por la Administración como medio de interpretar el sentido de una ley pero esa interpretación no es obligatoria ni los tribunales deben imponerla. De allí que cumplen una función esencialmente consultiva. Su emisión está exenta de las formalidades que preceden al dictado de la *substantive rules*, aun cuando deben ser publicadas en el *Federal Register*.

No obstante las diferencias apuntadas, que son significativas, entre las *substantive rules* y las *interpretative rules*, existe un punto en común: ambas en la práctica interpretan el sentido y alcance de una ley[115]. Cuando el Congreso delega en la Administración la facultad de reglamentar una ley no caben dudas de que aquélla "dice lo que el Congreso quiso decir" es decir está interpretando el sentido y alcances de una norma. La diferencia es que en este caso lo está haciendo por expresa disposición del legislador y con fuerza de ley, lo que exige un procedimiento de emisión determinado. Ello además, tal como veremos en el punto siguiente, es relevante desde el punto de vista de la deferencia.

En tercer lugar están los reglamentos procesales (*procedural rules*). Su diferencia con las *substantive rules* además de la materia que abordan en sí -procesal y de fondo- es que si bien pueden derivar de una delegación legislativa expresa[116], se ha reconocido desde siempre que los órganos o entes de la Administración tienen facultades inherentes para dictar sus propias reglas de procedimiento[117]. Asimismo, su emisión está exenta del *notice and comment*, es decir de la publicación previa del proyecto y de la participación de los interesados antes de su sanción.

No deben confundirse estas *rules*, que puede emitir cualquier órgano o ente de la Administración, con las llamadas órdenes ejecutivas (*executive orders)* y las proclamaciones (*proclamations*) que son dos tipos de reglamentos típicos y exclusivos del Presidente, nacidos de poderes delegados por el Congreso o bien inherentes a la función ejecutiva. De tal modo podrían asemejarse a nuestros decretos. Las *proclamations* consisten en anuncios de ciertas políticas efectuados en ceremonias oficiales, pero tienen poder reglamentario[118] y se publican en el *Federal Register*. Su empleo data de 1846. Las *executive orders* son típicos decretos ejecutivos que si bien carecen de fundamento

113. En la Argentina la legislación -tanto la que sanciona el Congreso, como la que produce la Administración- se publica en el *Boletín Oficial*, como medio de darla a conocer y obtener así vigencia. En los Estados Unidos esta función se cumple a través de cuatro publicaciones oficiales diferentes, dos para las leyes y dos para la legislación administrativa. Las leyes se publican cronológicamente desde 1846 en los *United States Statutes at Large*, y luego son reordenadas por materias en el *United States Code* que data de 1926. Los reglamentos, por su lado, se publican cronológicamente en el *Federal Register* y luego son reordenados por agencia y por materia en el *Code of Federal Regulations*. Para mayor información, *V*., COHEN, Morris L., BERRING, Robert C. and OLSON, Kent C., *How to Find the Law*, 9th ed. West Publishing Co., 1989.

114. 5 USC §§ 556 y 557.

115. PIERCE- DAVIS, *Treatise, cit.*, vol. I, p. 234.

116. *Goldsmith v. Board of Tax Appeals*, 270 U.S. 117 (1926).

117. *United States v. Bailey*, 34 U.S. 238, 255 (1835).

118. En *Lapeyre v. United States*, 84 U.S. 191 (1873), dispuso que las proclamaciones son fuente del derecho y constituyen instrumentos del derecho federal una vez que han sido depositadas en la oficina del Secretario de Estado.

constitucional expreso, podría encontrárselo en la llamada *take care clause* del Artículo II[119]. No obstante muchas de ellas se han comportado como decretos autónomos, nacidos de la exclusiva autoridad presidencial. Recién en 1907 comenzaron a ser numeradas[120], pese a que desde George Washington habían sido empleadas por todos los presidentes. Su uso, no obstante, es limitado y el Presidente que ostenta el récord en la sanción de órdenes ejecutivas es F.D. Roosevelt, quien a lo largo de sus cuatro mandatos emitió 3522[121]. Algunas de ellas son famosas, así por ejemplo la N° 9066 de febrero de 1942, por medio de la cual F.D. Roosevelt ordenó la internación de ciudadanos norteamericanos de origen japonés en campos de concentración. No lo es menos -al menos en el mundo del derecho constitucional- la N° 10340 emitida por Harry S. Truman en 1952, ordenando la intervención de las fábricas de acero que estaban en huelga durante la Guerra de Corea[122]. En el ámbito de la regulación económica es muy conocida la N° 12291, emitida en 1981 por Ronald Reagan disponiendo que todas las agencias administrativas, antes de sancionar un regulación, demostraran que superaba la prueba del costo-beneficio económico. El procedimiento de emisión de una orden ejecutiva tiene varios pasos y controles previos[123].

B. *Substantive rules v. adjudications*

No cabe duda alguna de que el campo principal de aplicación de la deferencia son las *substantive rules.* La doctrina de la deferencia sostiene que los tribunales deben acatar lo decidido por el reglamento cuando éste interpreta la ley en forma razonable o está exento de errores manifiestos o de arbitrariedad. Se sigue de ello que la deferencia tiene cabida específica en el terreno de la delegación legislativa, ya que los norteamericanos desconocen el concepto de reglamento ejecutivo, lo que les permite tener un sistema mucho más sencillo y claro que el nuestro en este aspecto.

Ahora bien, como todo reglamento delegado supone, en algún punto, un acto de interpretación de la ley, se discute también si puede otorgarse deferencia a una *interpretative rule*. La respuesta a juicio de Davis-Pierce es negativa[124], aun cuando admiten que la Corte Suprema también ha concedido en algunos casos cierto grado de deferencia para las reglamentaciones interpretativas, tal como surge de lo decidido en *Skidmore v. Swift & Co.*[125].

---

119. Según esta cláusula el Presidente debe "cuidar (*take care*) de que las leyes sean debidamente ejecutadas".

120. A diferencia de nuestros decretos, su número es continuo, es decir no se interrumpe cada año, ni cambia con cada Presidente.

121. Reagan, Ronald en sus ocho años solamente dictó 409. Fuente: *Guide to the Presidency*, Congressional Quarterly, Washington D.C. 1989, p. 479.

122. Como bien sabemos esta orden fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. *V., infra* nota 144.

123. La mayoría se originan en los órganos o entes de la Administración (agencies) y sólo algunas se redactan directamente en las oficinas de la Casa Blanca. Intervienen en este proceso personas especializadas en las distintas áreas y muy raramente son preparadas directamente por el Presidente. Deben estar redactadas según formalidades ya previamente establecidas y una vez finalizado el proyecto es remitido a la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget*) para que se lo examine desde el punto de la política general y presupuestaria y luego es enviado al *Attorney General* (Ministro de Justicia) para su examen desde el punto de vista legal. Finalmente es enviado al *Federal Register* para la corrección de aspectos de estilo. Concluidos estos pasos la executive order es sometida al Presidente para su firma y luego de ello se la publica en el *Federal Register*. *V.*, Guide to the Presidency, *cit.* p. 480.

124. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 236.

125. 323 U.S. 134 (1944).

El caso se origina con una interpretación de la ley de estándares laborales justos (*Fair Labor Standards Act*) de 1938 efectuada por su autoridad de aplicación quien no estaba legalmente habilitada para reglamentarla[126].

Ante la impugnación judicial de la reglamentación, la Corte sostuvo su validez diciendo que si bien la interpretación administrativa no era decisiva u obligatoria, constituía no obstante una guía con valor persuasivo[127].

Finalmente cabe preguntar si la deferencia alcanza también a los actos administrativos individuales (*adjudication*). Según los más conspicuos representantes de la doctrina norteamericana esto es posible. Así lo entienden Schwartz[128] y Davis-Pierce[129] quienes sin abrir juicio sobre el problema, reproducen lo que dice la jurisprudencia. La Corte Suprema ha empleado el test de Chevron ante la revisión de un acto administrativo individual en *De Bartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*[130] y la Corte de Circuito del Distrito de Columbia también lo hizo en National *Fuel Gas Supply Corp. v. Federal Energy Regulatory Commission*[131]. El caso se originó en la negativa por parte de la FERC a otorgar un aumento tarifario a favor de la compañía con fundamento en un acuerdo celebrado previamente, decisión que fue judicialmente convalidada con invocación de la doctrina del caso Chevron el cual como veremos enseguida es el *leading case* actual en la doctrina de la deferencia[132].

8. Crítica doctrinaria a Chevron

La doctrina de la deferencia tal como fue elaborada en *Gray v. Powell* y *Bowles v. Seminole Rock* fue aceptada pacíficamente por la jurisprudencia y doctrina. Chevron en cambio ha sido y es una decisión sumamente controvertida en el mundo del Derecho Administrativo norteamericano. Está considerada como una de los precedentes más importantes en la historia de este derecho, y se calcula que en la primera década transcurrida desde su dictado fue citado y aplicado en miles de casos superando el récord de otros muy famosos[133]. Pero al mismo tiempo constituye una decisión doctrinariamente muy controvertida, que provocó una disputa entre el juez Antonin Scalia[134], uno de los firmantes de la sentencia y Bernard Schwartz, quien no sólo la criticó fuertemente[135],

126. En reemplazo de una *substantive rule* se habían emitido *interpretative bulletines*.

127. "*We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgement to which courts and litigants mat properly resort for guidance. The weight of such a judgement.*

In a a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power control", 323 U.S. en p. 140.

128. SCHWARTZ, *Administrative Law*, p. 704.

129. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 119.

130. 485 U.S. 568 (1988).

131. 811 Federal Reporter, 2nd series 1563 (D.C. Cir. 1987).

132. Además del caso citado, la doctrina de la deferencia ha sido aplicada en relación con actos administrativos en: *Michigan Citizens v. Thornburgh*, 868 Federal Reporter, 2nd series 1285 (D.C. Cir. 1989); *Securities Industries v. Board of Governors*, 847 Federal Reporter, 2nd series 890 (D.C. Cir. 1988); *Puerto Rico Electric Power Authority v. Federal Energy Regulatory Commission*, 848 Federal Reporter, 2nd series 243 (D.C. Cir. 1988).

133. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 110; BREYER, *Administrative Law and Regulatory Policy*, p. 256.

134. SCALIA, Antonin, "Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law", *Duke Law Journal*, año 1989, pp. 511.

135. SCHWARTZ, Bernard, "Shooting the Piano Player?, Justice Scalia and Administrative Law", *Administraive Law Review*, vol. 47, 1995, p. 2.

sino que minimizó sus alcances[136]. A esta disputa se suman también los aportes de otros muchos defensores[137] y detractores[138], que trascienden las fronteras norteamericanas[139]. Todo ello no deja de ser curioso, para quienes como Manning, entienden que los principios de *Chevron y de Bowles v. Seminole Rock* son funcionalmente similares[140].

III. LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN LA ARGENTINA

1. Planteo

Quiero examinar ahora la cuestión en nuestro país, y ver de qué manera la Corte Suprema, ha ejercido la revisión judicial de la actividad administrativa, tanto en su faz reglamentaria, como en la emisión de actos administrativos.

En el terreno reglamentario debemos tener en cuenta, como punto de partida, que no hemos seguido a la Constitución norteamericana, con la exactitud que lo hicimos en otros aspectos. En realidad el apartamiento fue significativo y de ello deriva que la potestad reglamentaria del Presidente argentino es mucho mayor que la del norteamericano, según veremos. No obstante, en lo referente a la delegación legislativa, la Corte argentina ha seguido muy de cerca la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Asimismo bajo el ex artículo 86.2 (hoy 99.2) se elaboró un cuerpo de jurisprudencia de características similares a la doctrina de la deferencia, según veremos. Se sigue de todo ello, que las diferencias entre el sistema norteamericano y el argentino, en relación con los reglamentos que nacen a partir de una ley, que es lo que interesa a los efectos de esta doctrina, no llegan a ser tan pronunciadas como podría parecer en una primera impresión.

En el control judicial de actos administrativos individuales, por el contrario, puede decirse que no existe doctrina de la deferencia.

---

136. Según su opinión, Chevron ha aportado muy poco a lo que ya estaba establecido en *Gray v. Powell*. SCHWARTZ, *Administrative Law*, p. 703.

137. PIERCE, Richard J., Jr., "Chevron and its Aftermath, Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions", *Vanderbilt Law Review*, vol 41, 1988, pp. 301, 303; SILBERMAN, Laurence H., "Chevron -The Intersection of Law & Policy", *George Washington Law Review* , vol. 58, 1990, pp. 821, 823; STARR, Kenneth, "Judicial Review in the Post-Chevron Era", *Yale Journal on Regulation*, vol. 3, 1986, pp. 283, 307-09; STRAUSS, Peter L., "One Hundred Fifty Cases Per Year, Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action", *Columbia Law Review 1093*, vol. 87, 1987, pp. 1121-22.

138. BREYER, Stephen, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", *Administrative Law Review*, vol. 38, 1986, pp. 363, 377; FARINA, Cynthia R., "Statutory Interpretation and Balance of Power in the Administrative State", *Columumbia Law Review*, vol. 89, 1989, pp. 452; MERRILL, Thomas W., "Judicial Deference to Executive Precedent", *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, pp. 969, 998; MIKVA, Abner J., "How Should the Courts Treat Administrative Agencies", *American University Law Review*, vol. 36, 1986, pp. 1, 7-9; SEIDENFELD, Mark, "A Syncopated Chevron, Emphasaizing Reasoned Decisionmaking in Reviewing Agency Interpretations of Statutes", *Texas Law Review*, vol. 73, 1994, p. 83; SUNSTEIN, Cass R., "Constitutionalism After the New Deal", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, pp. 421, 465-69.

139. Entre los autores españoles, habida cuenta de la tendencia judicialista de la moderna doctrina, Chevron genera rechazo. *V., supra* nota 2.

140. MANNING, John F., "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules", *Columbia Law Review*, vol. 96, pp. 612, 613 (1996).

2. Los reglamentos en la Argentina Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos

En la Argentina hemos desarrollado cuatro tipos de reglamentos cuyo análisis -por ser bien conocidos y estar extensamente explicadas en las obras generales del Derecho Administrativo[141]- excede el marco de este artículo[142]. Me limitaré entonces a recordar solamente que tenemos: *reglamentos autónomos*, con fundamento constitucional en el artículo 99.1 y que se le reconocen al Presidente como "responsable político de la Administración"[143]; *reglamentos ejecutivos*, previstos en el artículo 99.2; *reglamentos delegados*, que antes de 1994 surgían implícitos del ex artículo 67.28 y están expresamente reconocidos ahora en el artículo 76; y *reglamentos de necesidad y urgencia*, reconocidos en el artículo 99.3 luego de la reforma constitucional de 1994. De esta clasificación se sigue que en el derecho argentino el reglamento en relación con la ley puede: (a) ser independiente (autónomos); (b) nacer al amparo de ella con el objeto de llenar sus contenidos y ponerla en ejecución (delegados y ejecutivos); o (c) suplantarla ante la imposibilidad de que el Congreso legisle con eficacia en una emergencia (de necesidad y urgencia).

Si comparamos estas cuatro categorías con el sistema norteamericano, encontraremos más diferencias que semejanzas. Intentando hacer un paralelo -con todos las inexactitudes que estas comparaciones arrojan- podría decirse que: (a) el Presidente norteamericano -en algunas ocasiones- ejerce facultades reglamentarias autónomas por medio de las *executive orders*; (b) emite reglamentos delegados aun cuando no hay una previsión constitucional que lo prevea; (c) no tiene facultades como las que surgen del artículo 99.2, pues la llamada *take care clause* a la que me referiré enseguida no genera una función equivalente y (d) en principio no puede emitir decretos de necesidad y urgencia[144].

Para comprender cabalmente las diferencias entre la actividad reglamentaria de la Administración norteamericana con la nuestra, debemos partir de un postulado básico. En nuestro país, desde el punto de vista constitucional, el Presidente es el principal órgano de emisión de reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativos

---

141. Cito por todas: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, §63, p. 240, 4ª edición, Buenos Aires 1990; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 136 y ss, 6ª edición, Buenos Aires 1998.

142. Ciertamente me refiero solamente a los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo, esto es los decretos, que constituyen la principal fuente de la actividad reglamentaria de la Administración. No desconozco obviamente que en paralelo existen una gran cantidad de normas administrativas de alcance general que dictan los restantes órganos y entes de la Administración y que podrían ser clasificados en dos grandes grupos: (a) los que proceden de facultades propias del órgano emisor y (b) los que se ejercen por delegación. Esa delegación por lo general es administrativa, esto es, procede del superior jerárquico, pero podría también ser legislativa en caso de que la fuente de la habilitación estuviera en una ley aun cuando luego de la reforma constitucional se sostuviera que el artículo 76 sólo permite delegaciones en el Poder ejecutivo, lo que no es correcto ya que numerosos entes administrativos ejercen actividades por vía de delegación legislativa. Cito solamente como ejemplo al Banco Central y a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

143. No caben dudas de que la *jefatura* de la administración que ejercía el Presidente antes de la reforma bajo el artículo 86.1 ha cambiado ahora de nombre, pero no de función. El Jefe de Gabinete ejerce la Administración (artículo 100.1), pero la cabeza de la administración sigue siendo el Presidente, quien conserva las facultades de reglamentar las leyes (artículo 99.2).

144. Recordemos que cuando el Presidente Truman durante la Guerra de Corea decidió intervenir por Decreto (Executive Order n° 10340), las fábricas de acero que estaban en huelga, la Corte en *Youngstown Tube & Sheet Co. v. Sawyer 343 U.S. 579* (1952), declaró la inconstitucionalidad de la decisión por considerarla violatoria de las funciones del Congreso.

que dependen del Presidente. Los constituyentes de 1853 en esto siguieron el proyecto de Alberdi, que en su artículo 85.2[145] copió el artículo 170.1 de la llamada Constitución de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz en marzo de 1812[146]. Ello dio lugar al viejo artículo 86.2[147] (hoy 99.2), que ha permitido al Presidente argentino poseer facultades propias para reglamentar las leyes, es decir sin requerir habilitación legislativa previa, según se ha sostenido reiteradamente[148]. En los Estados Unidos el único paralelo que podemos encontrar con el artículo 99.2, es la llamada *take care clause* inserta en el artículo II[149], por medio de la cual el Presidente debe cuidar (*take care*) de que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración[150]. Así, mientras en la Argentina es el Presidente quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos éste *cuida* de que las leyes sean debidamente ejecutadas[151].

De esta primera diferencia nace otra secundaria, pero no menos importante. La función de interpretar y reglamentar las leyes en la Argentina puede hacerse a través de dos clases de reglamentos: ejecutivos y delegados. En los Estados Unidos esta distinción no existe; solamente existen los reglamentos delegados. No obstante ello, y como fuente de permanente confusión entre nosotros, la Corte Suprema desde A.M. Delfino[152] en adelante, mezcló unos reglamentos con otros[153], sosteniendo que las facultades delegadas por el Congreso (reglamentos delegados) se ejercen dentro de los límites del artículo 86.2 (reglamentos ejecutivos) y además justificó todo ello con citas de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana donde aquel artículo no existe. Dejo de lado aquí la dificultad interpretativa que acarrea la coexistencia de estas dos categorías supuestamente diferentes, cuyas similitudes son tan grandes y sus diferencias tan sutiles, que hacen inexplicable y poco aconsejable su mantenimiento. Ya me he ocupado anteriormente de esta problemática[154] y por ende sólo quiero decir que tenemos dos categorías de reglamentos para cumplir una sola función, consecuentemente, alguna de las dos

145. El proyecto de Constitución de ALBERDI decía: Artículo 85 "*El Presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: ... 2. Expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias*".

146. Este artículo decía: "*Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: Primera: Espedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes*"

147. Antes de la reforma de 1860 era el artículo 83.2.

148. Desde GONZÁLEZ, Joaquín V., en adelante, la doctrina argentina ha reconocido que el Poder Ejecutivo puede emitir reglamentos ejecutivos sin que haya una habilitación legal expresa. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, en *Obras Completas*, Buenos Aires 1935, t. III, § 545, p. 471; BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires 1959, p. 667, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 272, T.E.A., Buenos Aires 1949; MARIENHOFF, Tratado, *cit.*, t. I, §67.a, p. 248; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, *cit.* t. I, 143.

149. "*... he* (el Presidente) *shall take care that the laws be faithfully executed*...".

150. Se admite incluso que el Presidente bajo esta cláusula podría ejercer el veto de una ley inconstitucional o negarse a ejecutarla. Para una discusión sobre este tema *V.*, TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3rd ed., Foundation Press, New York 2000, vol. I., pp. 725-730.

151. El Presidente norteamericano, a través de una gran cantidad de *executive orders* dictadas especialmente a partir de la presidencia de Nixon, Richard ha desarrollado una intensa tarea de revisión de los reglamentos emanados de las agencias administrativas. Bajo la presidencia de Clinton se dictó la EO n° 12.866, que vino a reemplazar a la n° 12.291 del Presidente Reagan antes mencionada. *V.*, LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd ed., American Bar Association, 1998, pp. 19-33.

152. Fallos 148-430 (1927).

153. Recién se produjo un cambio significativo en *Cocchia C. Estado Nacional*, Fallos 316-2624 (1993), donde la Corte distinguió entre lo que denominó reglamentos de ejecución sustantiva (reglamentos delegados) y reglamentos de ejecución adjetiva (reglamentos ejecutivos).

154. BIANCHI, Alberto B., *La Delegación Legislativa*, Abaco, Buenos Aires 1990, Cap. III. *Idem*: *Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional*, citado *supra* nota 7.

sobra. Sí me interesa abordar en cambio, lo que podría llamarse la doctrina de la deferencia nacida bajo el artículo 99.2, esto es la jurisprudencia de la Corte argentina en relación con los estándares de revisión de los decretos del Poder Ejecutivo, emitidos a partir de una habilitación legal (expresa o implícita), que si bien está referida específicamente a los reglamentos ejecutivos, también es aplicable a los delegados, ya que ambos cumplen similares funciones.

En síntesis, puede decirse que las fuentes constitucionales de la actividad reglamentaria del Presidente y de la Administración en la Argentina, son muy diferentes que las del Presidente norteamericano. No obstante ello ambos sistemas -como no podía ser de otra manera- comparten un hecho inevitable: alguien debe reglamentar las leyes, y alguien debe verificar luego si esa reglamentación ha sido fiel al texto legal o se ha apartado de él. La primera tarea es administrativa y la segunda es esencialmente judicial[155].

3. Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la revisión de los reglamentos

En este punto voy a examinar la jurisprudencia de la Corte que, bajo el artículo 99.2 (ex 86.2), ha elaborado lo que podría ser considerado el equivalente argentino de la doctrina de la deferencia. Antes de ello quiero mencionar, que los principios elaborados bajo dicha norma constitucional no se restringen en su aplicación a los decretos emitidos por el Presidente de la Nación, sino que se extienden también a otras formas reglamentarias emanadas de otros órganos y entes de la administración, a quienes también les alcanza la deferencia judicial. Ello surge de diversos fallos relacionados, principalmente, con resoluciones de la DGI[156] y del Banco Central[157].

Hecha esta aclaración, señalo que probablemente una de las primeras veces que la Corte Suprema argentina se ocupó de este problema, fue en 1928 cuando resolvió el caso *Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.*[158]. La demandada impugnaba el decreto reglamentario de la ley 11.252, señalando que la ley en cuestión establecía un impuesto sobre las primas de seguros que debían pagar solamente las compañías aseguradoras no radicadas en el país, mientras que la reglamentación había extendido el tributo a los particulares que también estaban en esas condiciones. La Corte si bien admitió que el decreto no era aplicable a la recurrente pues no era un particular, por vía de *obiter* convalidó la reglamentación diciendo: "*Que de acuerdo con el texto expreso de la cláusula constitucional que se dice vulnerada en el caso, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, pero no puede alterar su espíritu con dichas reglamentaciones; enunciado que importa, en otros términos, de acuerdo con preceptos generales de la exégesis más estricta, que los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus*

155. Digo esencialmente pues como vimos, el Presidente norteamericano puede revisar los reglamentos administrativos al igual que también puede hacerlo el Poder Ejecutivo en la Argentina por vía recursiva, según lo previsto en el artículo 73 del reglamento de la Ley de Procedimientos Adminstrativos (Decreto 1759/72, t.o. 1991).

156. *D.G.I. c. Mar S.A.* Fallos 303-747 (1981); Cantera Sierras Bayas S.A., Fallos 303-1595 (1981) D.G.I. c. De Angelis S.A., Fallos 304-438 (1982); Hulytego S.A., Fallos 305-134 (1983); Krill Producciones Gráficas S.R.L. Fallos 316-1239 (1993); Juan Simón Morillas, Fallos 316-1261 (1993); Tecnicagua S.A. Fallos 316-2492 (1993).

157. *Agüero c. Banco Central*, Fallos 315-2530 (1992).

158. Fallos 151-5 (1928).

modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva, y en consecuencia, procede establecerse en general, desde luego, que no vulneran el principio constitucional de que las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes cuando esa reglamentación se dicte cuidando, para usar el vocablo de la Constitución, de que se mantenga inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes hayan sido sancionadas"[159].

Algunos años después volvió a convalidar la constitucionalidad de otro decreto con iguales razonamientos en María F. de Salmón[160]. La norma cuestionada era la Reglamentación General de Impuestos Internos en cuanto establecía ciertas presunciones de fraude a las disposiciones de la ley reglamentada. Dijo la Corte que "*... el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria constitucional, cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley siempre que se ajuste al espíritu de la misma; y el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva*"[161]. Igual criterio surge de la causa Pérez y González[162], seguida por infracción a la ley 12.591, cuyo reglamento exigía colocar carteles identificatorios del precio y categoría a la cual pertenecían en los artículos objeto de la regulación legal. Dijo el Tribunal : "*Esta Corte ha decidido de manera reiterada que el P.E. no excede la facultad reglamentaria que le acuerda el art. 86, inc. 2º de la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales: propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajusten así en definitiva, a su espíritu*"[163]. De igual manera, en Julio L. Bustos S.R.L. c. Nación Argentina[164], donde se discutía la constitucionalidad de una reglamentación aduanera que eliminaba la exención de pago de derechos aduaneros para ciertos productos contemplados genéricamente en la ley 11.588, la Corte resolvió a favor de la constitucionalidad de la norma diciendo: "*... como lo tiene decidido este Tribunal, en forma reiterada, no excede aquél la facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajustan así, en definitiva, a su espíritu*"[165]. Más tarde, en Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c. E. Flaibán S.A.[166], se declaró la constitucionalidad de la reglamentación que exigía pagar la contribución patronal a la obra social de una asociación profesional de trabajadores. La Corte repitió en este caso lo que ya se había convertido por entonces en un cliché habitual: "*Los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando ...de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas*"[167].

159. Fallos 151 en p. 33.
160. Fallos 178-224 (1937).
161. Fallos 178 en p. 226.
162. Fallos 200-194 (1944).
163. Fallos 200, en p. 195.
164. Fallos 232-287 (1955).
165. Fallos 232, en p. 293.
166. Fallos 244-309 (1959).
167. Fallos 244 en p. 312.

De la reseña anterior surge que hacia 1960, es decir poco más de treinta años después del fallo que inicia esta serie, la Corte tenía ya consolidado, como principio, que: *los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva*.

Son numerosos los casos en los que desde entonces esta regla -con variantes de expresión, pero no de concepto- se ha venido aplicando. Así por ejemplo en Vega c. Instituto Nacional de Previsión Social[168], donde se cuestionaba la fijación por el Poder Ejecutivo del monto de un suplemento variable que debía percibir los jubilados y pensionados bajo lo previsto en la ley 13.478; en Lipa Zak[169], donde se discutía la constitucionalidad de la reglamentación de la Ley de Ciudadanía en cuanto prohibía otorgar la naturalización a extranjeros que hubieran sufrido una condena por quiebra fraudulenta; en Moises Hadid[170] con motivo de la impugnación del decreto 1471/58 reglamentario del Decreto Ley 6666/57 sobre empleo público en cuanto incluía los "cargos oficiales o actividades privadas" entre los que debían ser declarados para determinar si el agente estaba comprendido en alguna incompatibilidad; en Miguel Lopardo[171] suscitado a raíz de la reglamentación 14.499 que estableció coeficientes para el reajuste de prestaciones laborales. Un concepto similar surge de Galán c. Ferrocarriles del Estado[172], donde se convalidó una reglamentación por medio de la cual se establecieron ciertas excepciones a las disposiciones de una ley que había dispuesto una unificación de tarifas ferroviarias de carga. En este caso la Corte dijo que : "*El órgano dotado de la potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones, que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de una manera expresa, se ajusten, sin embargo, al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue*"[173].

También hace cuatro décadas fue establecida otra regla que trasunta asimismo una deferencia judicial hacia la interpretación administrativa en igual sentido a la examinada hasta ahora. En *Tamburini Ltda. S.A. c. Nación Argentina*[174] se trataba de la aplicación de la ley del llamado impuesto a las ventas que gravaba todo acto que importara la transferencia a título oneroso de una mercadería, estando comprendida allí la materia prima suministrada por el locador de obra al locatario. Una resolución de la D.G.I. dispuso que quedaban gravadas las actividades fotográficas sin aclarar si se trataba de los proveedores de materia prima principal o secundaria. La Corte entendió que la ley no definía *materia prima principal* de modo que no podía cuestionarse la reglamentación en cuanto había comprendido la principal y la secundaria. Dijo entonces que "el criterio administrativo para reglamentar las leyes que no excede del ámbito en que la interpretación es opinable y las soluciones posibles son varias no justifica el ejercicio del contralor judicial de constitucionalidad"[175]. El fallo es importante además, pues la reglamentación objetada no era un decreto del Poder Ejecutivo sino una resolución de la D.G.I.,

168. Fallos 246-221 (1960).
169. Fallos 250-758 (1961).
170. Fallos 254-362 (1962).
171. Fallos 264-206 (1966).
172. Fallos 250-456 (1961).
173. Fallos 250 en p. 463.
174. Fallos 249-189 (1961).
175. Fallos 249 en p. 193.

de modo que la deferencia no se aplicaría sólo a los decretos, sino también a otros reglamentos de rango inferior. Un criterio similar surge de los casos *López c. Nación Argentina*[176] y *Lucangioli c. Junta Electoral de Educación Media*[177], donde la Corte también manejó el criterio de la "posible elección entre varias soluciones".

No menos importante en esta serie es el *caso Laboratorios Anodia S.A. c. Gobierno Nacional*[178] donde la Corte admitió la constitucionalidad del decreto 11.917/58 el cual -por medio de una delegación efectuada por el Decreto-Ley 5168/58- había establecido recargos en los derechos de exportación e importación en forma temporaria y retenciones a las exportaciones de hasta el 25% del valor de los productos sin mediar para ello la autorización de la Comisión de Aranceles establecida por Decreto-ley. Dijo allí el Tribunal -luego de repetir su tradicional doctrina sobre la delegación legislativa establecida en A.M.Delfino & Cía.[179]- que: "*...ejecutar una política legislativa determinada implica también el poder de dictar normas adaptadas a las cambiantes circunstancias, sobre todo en una materia que por hallarse tan sujeta a variaciones como la de que se trata, se estimó conveniente dejarla librada al prudente arbitrio del Poder Ejecutivo en vez de someterla a las dilaciones propias del trámite parlamentario; y, en segundo término, porque no se demuestra ni pretende que aquél haya ejercitado abusivamente las facultades que se le delegaron*"[180]. Asimismo en *D.G.I. c. De Angelis S.A.*[181] se declaró la validez de la Resolución 1700/75 de la D.G.I. basada en el articulo 7mo. de la Ley 11.683 (t.o. 1974) sobre la base de que "*en la medida en que la autorización a que alude dicho artículo constituye una delegación en el órgano administrativo de facultades legislativas limitadas a determinados aspectos de la recaudación y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, se impone reconocer que las normas que se dicten en su ejercicio integran el conjunto de disposiciones imperativas que instituyen y regulan la percepción de los impuestos y que, por lo tanto, poseen la misma eficacia de tales preceptos, en tanto respeten su espíritu*"[182].

Estos dos fallos merecen una reflexión en tres sentidos. Puede verse, en primer lugar, que la regla enunciada para los reglamentos ejecutivos es empleada también para las normas que surgen de una delegación legislativa. Recordemos asimismo que esta igualdad de trato entre reglamentos delegados y ejecutivos aparece en el caso *The American Rubber Co.*[183] donde se dijo: "*Ya se trate, en el caso, de que la ley haya conferido al Poder Ejecutivo la facultad de reglar ciertos pormenores o detalles necesarios para su ejecución o de la potestad reglamentaria propia del citado poder (art. 86, inc. 2º, de la Constitución Nacional), esta Corte ha reconocido la validez de tales decretos cuando los lineamientos de la "política legislativa" aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altere su espíritu, según el caso*"[184]. También se da en el segundo de los fallos examinados, el caso de una reglamentación administrativa inferior a un decreto, y finalmente en tercer término, no deja de ser necesario observar que la Corte argentina -al igual que la norteamericana- maneja en Laboratorios Anodia el concepto de razonabilidad de la reglamentación administrativa para acordarle deferencia.

176. Fallos 300-1167, 1168 (1978).
177. Fallos 308-1897, 1906 (1986).
178. Fallos 270-42 (1968).
179. Fallos 148-430 (1927).
180. Fallos 270 en p. 50.
181. Fallos 304-438 (1982).
182. Fallos 304, en p. 441.
183. Fallos 298-609 (1977).
184. Fallos 298, en p. 611.

Los últimos quince años de jurisprudencia de la Corte han confirmado todas estas tendencias. Un caso típico es *Compañía Azucarera y Alcoholera S. A. c. Nación Argentina*[185]. Se cuestionó aquí una resolución de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, por medio de la cual se reglamentó el prorrateo de las cuotas de importación efectuadas por los ingenios y se hizo una interpretación de la ley que regulaba estos cupos. Según la normativa dichas cuotas debían fijarse según lo producido por cada ingenio en el *ejercicio anterior*, pero se daba el caso que dos de ellos no habían tenido producción el año anterior, de modo que la reglamentación entendió que el cupo para ellos debía fijarse tomando en consideración lo producido en la última molienda[186]. La Corte -que remite al dictamen del Procurador- convalidó este criterio interpretativo. Tenemos así que la reglamentación cuestionada no era un decreto presidencial sino una resolución de un Secretario de Estado. Asimismo se aplica igual regla de deferencia para reglamentos ejecutivos y delegados, ya que en el caso se trataba de un típico acto de delegación de una ley en el Poder Ejecutivo y de éste en una Secretaría de Estado[187].

Se advierte también la deferencia judicial hacia la interpretación administrativa en *Juarez c. Nación Argentina*[188], donde se discutía si el Ministerio de Trabajo como autoridad de aplicación de la Ley 23.551 de asociaciones sindicales, tenía facultades jurisdiccionales para intervenir en el proceso electoral de una de tales asociaciones. La ley no lo dice expresamente, pero el Poder Ejecutivo atribuyó al Ministerio esta competencia por vía reglamentaria y la Corte convalidó este criterio diciendo que "el órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad, no rebasen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas"[189].

En *Agüero c. Banco Central*[190] también se encuentran rastros de la deferencia hacia una decisión administrativa emanada de una delegación legislativa. Se discutía si bajo lo dispuesto en una circular del Banco Central un depósito a plazo fijo gozaba o no de una determinada garantía otorgada por la Ley de Entidades Financieras[191]. La Corte al revocar la sentencia que había hecho lugar a la demanda dijo que "*La validez del reconocimiento legal de atribuciones libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, está condicionada a que la política legislativa haya sido claramente establecida pues el órgano ejecutivo no recibe una delegación (en sentido estricto proscripta por los principios constitucionales) sino que, al contrario es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (artículo 86, inc. 2 de la Constitución Nacional) cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo*"[192]. Igual criterio fue aplicado en Juan Simón Morillas[193] y en Krill

185. Fallos 311-1617 (1988).

186. Fallos 311, en p. 1623.

187. De hecho, el dictamen de la Procuración hace numerosas consideraciones sobre la doctrina de la delegación sentada en A.M. DELFINO (*V.*, Fallos 311 en p. 1623), con la jurisprudencia sobre la intepretación del artículo 86.2 (*V.*, Fallos 311 en p. 1625), lo que prueba una vez más la permanente identificación del Tribunal entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos.

188. Fallos 313-433 (1990).

189. Fallos 313 en pp. 463-464.

190. Fallos 315-2530 (1992).

191. Ley 21.526 modificada por la ley 22.051.

192. Fallos 315 en p. 2532. Este es un caso que muestra con evidencia la eterna confusión entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos. La Corte se refiere a la política legislativa establecida en la ley que delega facultades en el órgano ejecutivo, pero luego dice que tales facultades son ejercidas por éste a título propio según lo

Producciones Gráficas S.R.L.[194], donde se expresó que "*... las facultades de reglamentación que confiere el artículo 86, inc. 2 de la Constitución Nacional, habilitan para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la norma reglamentada*"[195].

Barrose c. Nación Argentina[196], también presenta un caso de deferencia judicial. La cuestión estaba relacionada con las indemnizaciones que el Estado Nacional reconoció a comienzos de la década de 1990 a las personas que hubieran sido privadas de su libertad bajo el estado de sitio[197]. A estos efectos fue sancionada la Ley 24.043[198], que dispuso acordar tal beneficio a quienes hubieran sido detenidos antes del 10 de diciembre de 1983, pero el Decreto 1023/92 limitó temporalmente los alcances de la ley aclarando que el período abarcaba desde el 4 de noviembre de 1974 hasta el 10 de diciembre de 1983. Barrose, detenido en 1971, planteó la inconstitucionalidad del decreto, entendiendo que éste había impuesto a la ley una limitación que ella no autorizaba, pero la Corte -confirmando el fallo de la instancia anterior- sostuvo que la limitación era razonable, pues surgía claramente de los antecedentes que se habían tenido en cuenta al sancionar la ley[199].

Un supuesto de deferencia no vinculado con la interpretación de la norma reglamentada, sino con los medios empleados para su ejecución, se advierte en *A.A.D.I.-C.A.P.I.F. c. Hotel Mon Petit*[200]. La cuestión se planteó con una serie de reglamentos vinculados con el artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual[201]. Esta norma dispone que el intérprete de una obra literaria o musical tiene derecho a exigir una retribución a quien difunda o retransmita su obra por diversos medios (radiotelefonía, televisión, películas etc.). La norma, aparentemente, sólo crea un derecho individual en cabeza del intérprete, sin embargo por vía reglamentaria[202] se estableció un sistema por medio del cual dos asociaciones civiles[203] estaban habilitadas para ejercer, en nombre de los intérpretes, protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual, los derechos que emanan del artículo 56 y percibir y administrar el monto de las retribuciones que esta norma prevé. La demandada planteó la inconstitucionalidad de esta reglamentación y en las instancias anteriores a la Corte Suprema obtuvo una decisión favorable. No obstante la Corte -por unanimidad[204]- revocó este pronunciamiento justificando la existencia de tales asocia-

establecido en el artículo 86.2 (hoy 99.2) de la Constitución, y ello es contradictorio pues si las facultades son delegadas no podrían ejercerse a título propio y viceversa.

193. Fallos 316-1261, 1266 (1993).

194. Fallos 316-1239, 1243 (1993).

195. No obstante ello, en ninguno de estos casos se discutía un problema de exceso en la reglamentación de la ley.

196. Fallos 318-1707 (1995).

197. Como puede recordarse, tuvieron gran influencia en ello las denuncias hechas contra la República Argentina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que derivaron inicialmente en el dictado del Decreto 70/91.

198. B.O. 2-1-92.

199. *V.*, especialmente el considerando 6º, Fallos 318, en p. 1710.

200. Fallos 321-2223 (1998).

201. Ley 11.723 (texto según ley 25.036).

202. Decretos 743/73; 1670/74; 1617/74 y la Resolución 894/0200 de la Secretaría de Información Pública.

203. Asociación Argentina de Intérpretes (A.A.D.I.) y Cámara Argentina de Productores e Industriales del Fonograma (C.A.P.I.F.).

204. Votaron los nueves jueces del Tribunal: Nazareno (Presidente), MOLINÉ O´CONNOR, FAYT, BELLUSCIO, PETRACCHI, BOGGIANO, LÓPEZ, BOSSERT y VÁZQUEZ.

ciones recaudadoras de los derechos de los intérpretes, sobre la base de que en muchos casos éstos viven en lugares alejados o se encuentran en la imposibilidad de vigilar el amplio uso que se hace de su obra, siendo razonable en consecuencia, la existencia de una entidad que vigile y administre en forma colectiva esos intereses[205].

4. La revisión judicial del acto administrativo

A diferencia de lo que ocurre en el campo de los reglamentos, donde no hemos desarrollado una teoría general de la revisión judicial, en el campo del acto administrativo sí existe tal teoría. El hecho no es casual. En la Argentina siempre se ha dado mayor trascendencia, como fuente del Derecho Administrativo, al acto administrativo que al reglamento. Existen numerosas obras sobre la teoría general del acto administrativo[206]; su regulación tiene un lugar destacado en la legislación procesal administrativa -tanto nacional[207] como provincial[208]- y ocupa un sector privilegiado en los tratados generales del Derecho Administrativo[209], habiéndose escrito además estudios específicos sobre el tema[210]. Asimismo, contamos con obras que han abordado exhaustivamente el control judicial del acto administrativo[211]. El reglamento en cambio, no ha merecido igual o equivalente preocupación doctrinaria. Se lo estudia como fuente del Derecho Administrativo en las obras generales sobre la materia[212] y hay trabajos que abordan su impugnación en sede judicial o administrativa[213], pero proporcionalmente la preocupación jurídica por una y otra fuente ha sido muy despareja.

La abundancia de trabajos sobre el acto administrativo, su invalidez y control judicial, me eximen de abordar aquí estos temas, tarea que por lo demás sería imposible de abarcar en un simple artículo. Diré solamente entonces, que está en claro y prácticamente no existe controversia acerca de que, como regla, la revisión del acto administrativo es plena, es decir que abarca tanto los hechos como el derecho aplicable. Ello surge esencialmente de los requisitos esenciales del acto contemplados en el artículo 7º de la Ley

205. *V.*, considerando 7º, Fallos 321 en p. 2237.

206. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1974; FIORINI, Bartolomé, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1969; DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, T.E.A., Buenos Aires 1961.

207. Ley 19.549, Títulos III y IV.

208. Buenos Aires (Ley 7647, arts. 103-119); Catamarca (Ley 3559, arts. 25-42); Córdoba (Ley 5350, arts. 93-112); Corrientes (Ley 3460, arts. 87-146); Chaco (Ley 1140, arts. 114-127); Chubut (Ley 920, arts. 27-41); Formosa (Ley 971, arts. 27-63); La Pampa (Ley 951, arts. 33-94); La Rioja (Ley 4044, arts. 25-100); Mendoza (Ley 3909, arts. 28-103); Neuquén (Ley 1284, arts. 38-86); Río Negro (Decreto 819, arts. 11-24); Salta (Ley 5348, arts. 25-100); San Juan (Ley , arts.); (Ley 3784, arts. 7-21); Santa Cruz (Ley 1260, arts. 7-27); Tierra del Fuego (Ley 141, arts. 97-117); Tucumán (Ley 4537, arts. 43-70). En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Decreto 1510/97 regula el acto administrativo en los artículos 7-21.

209. MARIENHOFF, *Tratado*, t II, Cap. III, 4ª ed., 1993; CASSAGNE, Derecho Administrativo, Caps. IV-VIII, 6ª ed. 1998; GORDILLLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t III, 5ª ed., 2000.

210. CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1971; COMADIRA, Julio R., *Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, 2ª ed., Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1998.

211. MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires 1984; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Depalma, Buenos Aires 1992.

212. MARIENHOFF, *Tratado*, t. I, §63, pp. 240 y ss., 4ª ed., 1990; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. II, pp. 54 y ss., 6ª ed., 1998.

213. GRECCO, Carlos M., *Impugnación de Disposiciones Reglamentarias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1988; DIEZ, Horacio P., "Reglamentos. Su Impugnación en el Procedimiento Administrativo", *Cuadernos de la Universidad Austral*, Buenos Aires 1998.

de Procedimientos Administrativos (LPA) que abren al juez un amplio campo para revisar la validez de lo decidido por la Administración. Allí está la *causa*, entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que sustentan su dictado (inc. b), y se comporta como la más amplia de las vías de acceso al control de los hechos que originan el acto; el *objeto* que debe ser cierto y física y jurídicamente posible (inc. c). También es posible controlar la *finalidad* que anima al funcionario al dictar el acto (inc. f), la que no puede apartarse de lo que objetivamente indican las normas que regulan la competencia del órgano emisor; y por último, en canto a la forma, el juez puede controlar también los *procedimientos* de emisión (inc. e) y la "motivación" es decir la expresión de las razones que inducen a su dictado.

Así, en el derecho argentino, toda la vida del acto administrativo, desde los primeros momentos de su gestación, hasta que se le notifica al administrado, cae bajo el escrutinio de los jueces, sin que la Administración goce de posibilidad alguna de formular alguna directiva que los jueces deban seguir con algún grado de deferencia hacia lo decidido por aquélla. Esta regla se aplica ya sea que la revisión se produzca por vía de acción o de recurso. No obstante, en el segundo caso, las leyes pueden en supuestos específicos limitar la intervención judicial a ciertos aspectos de la revisión, lo que exigirá determinar si la limitación impuesta es constitucionalmente admisible. Pero en principio no existe impedimento constitucional para que la revisión judicial se comporte como alzada de la Administración.

Existen dos limitaciones importantes en la revisión judicial de los actos, pero que no se relacionan con la doctrina de la deferencia. La primera -de origen legal- es la presunción de legitimidad, prerrogativa reconocida en el artículo 12 de la LPA. No obstante, no se trata de una característica exclusiva del acto administrativo, sino que en todo caso le ha sido reconocida expresamente por la citada disposición normativa. Toda la actividad estatal goza de presunción de legitimidad. Las leyes y los reglamentos también participan y se nutren de ella, la que se manifiesta claramente en el campo del control de constitucionalidad el cual a juicio de la Corte Suprema es la primera y principal misión que le corresponde ejercer[214], es uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial[215], y la más delicada de las misiones que puede encomendarse a un tribunal de justicia[216], no obstante lo cual la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad institucional[217], habida cuenta de la presunción de legitimidad de que gozan las leyes debidamente sancionadas y promulgadas[218]. Se trata en consecuencia, de la última *ratio* del orden jurídico[219].

---

214. *Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía*, Fallos 318-1154, 1164 (1995); *Famyl c. Estado Nacional*, Fallos 323- 2256 (2000).

215. Jorge RODRÍGUEZ-Jefe de Gabinete de Ministros, Fallos 320-2851 (1997).

216. Superintendencia de Seguros de la Nación, Fallos 316-188 (1993).

217. Barbarella S.A., Fallos 300-1087 (1978); Hilanderías Olmos S.A., Fallos 301-962 (1979); Jorge Adolfo Halladjian, Fallos 302-457 (1980); *García Machado c. Caja de Jubilaciones Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba*, Fallos 312-1681 (1989); *Cocchia c. Nación Argentina*, Fallos 316-2624 (1993); *León Spaciuk e Hijos S.C.A. c. Dirección Provincial de Vialidad y Pcia. de Corrientes*, Fallos 317-44 (1994); *Monges c. UBA*, Fallos 319-3148, 3154 (1996); E.H.I., 322-1349 (1999); *Adamini c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 323-2409 (2000).

218. María Cristina PUPELIS, Fallos 314-424 (1991); Morixe Hnos. S.A., Fallos 319-1524, 1529 (1996).

219. Entre otros muchos ver *Rasspe Söhne c. Nación Argentina*, Fallos 249-51 (1957); Haydee María del Carmen ALBERTI, Fallos 260-153 (1964); Rubén MALENKY, 264-364 (1966); *Bonfante c. Junta Nacional de Carnes*, Fallos 288-325 (1974); *Radulescu c. Nación Argentina*, Fallos 290-83 (1974); *Kupferschmidt c. Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos*, Fallos 292-190 (1975); Ricardo LINK, Fallos 294-383 (1976); *Mizrahi de Tucumán S.A. c. Pcia. de Tucumán*, Fallos 295-850 (1976); *Mendoza c. Gobierno de la Nación*, Fallos 298-511 (1977); *Esteban c. Metalmadera S.R.L.*, Fallos 302-1149 (1980); *Dirección Nacional de Recaudación Previsional c. La Cantábrica S.A.*, Fallos 307-1656

En segundo lugar, y como dato propio del acto administrativo, la jurisprudencia ha dado origen a la llamada *doctrina de la subsanación*, según la cual no hay agravio al derecho de defensa si en sede administrativa se han producido omisiones o vicios subsanables en un proceso judicial posterior. Así lo ha sostenido la Corte Suprema -con vaivenes[220]- en: Fábrica de Agua Lavandina Balcarce[221], Delbene Hnos. S.A.[222], Sindicato Argentino de Músicos[223], *Herrera c. Bodegas y Viñedos Arizu S.A.*[224], *Argentine Land and Investment Co. c. Nación Argentina*[225], *Almagro de Somoza c. INSSJP*[226], lo que ha merecido la crítica doctrinaria[227], que comparto. En efecto, se trata de una autolimitación judicial en el control de los actos administrativos que sólo propicia el mal funcionamiento de la Administración quien es incitada a no respetar los derechos de los particulares durante el procedimiento que ante ella se desarrolla.

5. La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la Administración

Tampoco existen rastros de deferencia judicial alguna hacia la actividad jurisdiccional de la Administración en la jurisprudencia actual de la Corte, aun cuando sí la hubo anteriormente. Pueden señalarse tres períodos en la evolución jurisprudencial en esta materia. En el primero de ellos no se exigió el control judicial posterior. Un fallo representativo de esta época es Adolfo Parry[228], referido a la aplicación de una multa administrativa, en la cual la Corte admitió el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Administración sin revisión judicial posterior siempre y cuando se respetaran los derechos y garantías constitucionales en particular el de defensa en juicio[229]. El segundo período podría llamarse intermedio y representa la inclinación de la Corte hacia la teoría judicialista. Se trata de un momento breve, representado por el caso *López de Reyes c. Instituto de Previsión Social*[230]. Aquí se cuestionaba una decisión denegatoria de jubilación por invalidez, a la par que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 14.236, la cual permitía un recurso ante el Poder Judicial limitado a la revisión del derecho y a la inaplicabilidad de la ley o de la doctrina (Art. 14, Ley 14.236), excluyendo la revisión de los hechos. La Corte, entendió que esta limitación no afectaba el control judicial suficiente y por ende no había que formularle reproche constitucional.

(1985); Hugo Felix RALLIN, Fallos 314-407 (1991); *Bruno Hnos. c. A.N.A.*, Fallos 315-923 (1992); *Iachemet c. Nación Argentina*, Fallos 316-779 (1993); Consejo Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura de la Pcia. de Río Negro, Fallos 316-842 (1993); *Universidad Nacional de Córdoba c. Nación Argentina*, Fallos 322-919 (1999).

220. Para un estudio de las etapas de la jurisprudencia *V.*, HUICI, Héctor M., Subsanación en sede judicial de vicios en el procedimiento administrativo, La Ley 1994-D, 461.

221. Fallos, 212-456 (1948).

222. Fallos 247-52 (1960).

223. Fallos 253-229 (1962).

224. Fallos 258-299 (1964).

225. Fallos 267-393 (1967).

226. Fallos 306-467 (1984).

227. En contra de la doctrina: COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996, p. 138.

228. Fallos 193-408 (1942).

229. La doctrina en este período fue adversa a la postura de la Corte y reclamaba la revisión judicial de las decisiones jurisdiccionales de la Administración. Entre los autores de ese momento puede citarse a: BOSCH, Jorge T., *Tribunales Judiciales o Administrativos para Juzgar a la Administración Pública*, Buenos Aires, de ZAVALÍA, Victor P., 1951, cap. I, pp. 69/74 y LINARES, Juan F., "Garantía de Defensa ante Organos Administrativos y la Corte Suprema", *La Ley* 87-875.

230. Fallos, 244-548 (1959).

Poco después, en el ya clásico caso *Fernández Arias c. Poggio*[231], donde se discutía la validez constitucional de las Cámaras Paritarias de arrendamientos rurales, la Corte corrigió el criterio de López de Reyes y marcó el comienzo del tercero de los períodos. El fallo es largo y en general bien conocido de modo que me eximiré de mayores comentarios al mismo. El considerando 19º es el que resume adecuadamente la doctrina general señalando: "*De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues, y a título de síntesis, cabe declarar que, en casos como el de autos, control judicial suficiente quiere decir: a) Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios. b) Negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie ha de tenerse por imperativas*"[232].

Algunos fallos posteriores han confirmado esta tendencia, por ejemplo*: Beneduce c. Casa Auguste*[233]; Volcán Cuareta S.A.[234], sentencia en donde la Corte hizo hincapié en el derecho que asiste a toda persona de recurrir a una instancia judicial y *Banco de Río Negro y Neuquén S.A. c. BCRA*[235], en el cual se ha ratificado la validez de aquellas decisiones jurisdiccionales en sede administrativa (para el caso la revocación de la autorización para funcionar como banco) siempre y cuando dicha actividad pueda luego ser controlada judicialmente en forma suficiente. Puede verse también *Arpemar S.A.*[236] y *Litoral Gas S.A. c. Enargas*[237].

6. Conclusiones sobre la doctrina de la deferencia en la Argentina

El examen de la jurisprudencia de la Corte en relación con los reglamentos dictados bajo el artículo 99.2, revela que sin estar mencionada expresamente, ni haber alcanzado un nivel teórico, la deferencia judicial hacia la interpretación administrativa de las leyes de hecho también existe entre nosotros. Es decir que ante una ley que habilita una reglamentación discrecional, la Corte Suprema respeta el criterio empleado por la Administración, sin imponer su criterio ni invalidar el reglamento.

Lamentablemente sólo se puede extraer de los casos existentes pautas muy generales. La mayoría de los fallos invocan el principio general de la norma constitucional y luego pasan inmediatamente a determinar si en el caso concreto se ha cumplido o no con la limitación allí impuesta, es decir no se han elaborado principios jurisprudenciales sobre los poderes presidenciales para la ejecución de las leyes. La Corte se ha movido más bien con un criterio intuitivo sin establecer reglas objetivas que den sostén y permitan comprender mejor el enunciado constitucional. A tal fin simplemente se han redactado dos fórmulas generales que se utilizan indistintamente y que expresan conceptos idénticos más allá de las palabras empleadas en cada una:

231. Fallos 247-646 (1960).
232. Fallos 247 en p. 658.
233. Fallos 251-472 (1961).
234. Fallos 261-36 (1965).
235. Fallos 303-1776 (1981).
236. Fallos 315-908 (1992).
237. Fallos 321-776 (1998).

El Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria cuando se aparta, simplemente, de la estructura literal de la ley, siempre que se ajuste al espíritu de la misma, cuyo texto puede ser modificado en sus modalidades de expresión, con tal que no se afecte su aceptación substantiva.

El Poder Ejecutivo no excede la facultad reglamentaria, que le acuerda la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajuste, en definitiva, a su espíritu.

Se han utilizado también otras expresiones tales como: los decretos reglamentarios son válidos cuando los lineamientos de la *política legislativa* aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altera su espíritu[238]; o bien: existe violación del art. 86, inc. 2º de la Constitución (hoy 99.2), cuando la reglamentación de la ley puede considerarse incompatible con el espíritu de la misma, extremo que concurre si la norma reglamentaria excede el ámbito en que la interpretación es opinable y en que es posible la elección entre varias soluciones[239], pero puede advertirse que en cualquier caso se mantiene igual criterio de fondo.

De todos modos, esta ausencia de reglas jurisprudenciales también se nota en la jurisprudencia norteamericana, donde tampoco se ha elaborado un criterio general que, con algún grado de precisión, permita determinar las condiciones bajo las cuales la reglamentación ha incurrido en un exceso de la ley. Así, ambos tribunales se han guiado por un criterio casuístico o empírico, no teórico.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE REGLAMENTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Examinaré en esta sección -en forma muy sumaria- el procedimiento para sancionar un reglamento en los Estados Unidos, pues ello tiene una íntima conexión con la valoración posterior de la doctrina de la deferencia, tal como señalaré en las conclusiones finales.

En los Estados Unidos el procedimiento de formación de un reglamento (*rulemaking*) puede ser formal o informal. En el primer caso -solamente previsto para algunos supuestos- el procedimiento se desarrolla mediante una audiencia pública formal celebrada ante un juez administrativo; en el segundo caso, que constituye la regla general, la intervención del administrado se prevé a través de una notificación previa de que el reglamento está siendo tratado para asegurar la participación de los interesados por medio de opiniones, etc. Existe asimismo una tercera forma de sancionar un reglamento que es el procedimiento negociado o acordado (*negociated rulemaking*). Veamos como se desarrolla cada uno de estos procedimiento comenzando por el informal que es la regla general[240].

238. The American Rubber Co. S.R.L., Fallos, 298-609 (1977).

239. López c. Estado Nacional, Fallos 300-1167 (1978).

240. Sin perjuicio de los autores norteamericanos que citaré en el curso de esta sección, en español puede consultarse: LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid 1991, donde se explican con gran claridad y abundancia de datos estos dos procedimientos.

1. *Rulemaking* informal

También llamado *notice and comment rulemaking*, está previsto en la APA[241] a través de cuatro pasos: (a) publicación en el *Federal Register* del proyecto de reglamento[242]; (b) envío de comentarios y objeciones por parte de los interesados[243]; (c) consideración por parte de la Administración de los comentarios recibidos[244] y (d) sanción del reglamento y publicación con una antelación no menor a treinta días de su vigencia efectiva[245].

El procedimiento comienza con la publicación del proyecto de reglamento en el *Federal Register*. Está legalmente establecido que dicha publicación debe indicar la oportunidad, el lugar y naturaleza del procedimiento que se llevará a cabo[246], la autoridad que conduce el procedimiento[247], y los términos generales del proyecto[248]. Debe indicarse también, aun cuando la ley no lo dice, el término otorgado para someter comentarios al proyecto[249] y el tipo de reglamento de que se trata. El proyecto debe incluir asimismo -como requisito de publicación- un preámbulo explicativo de los fines que lo inspiran, y la agencia administrativa que lo propone debe publicar también los fundamentos fácticos en que el proyecto se basa[250]. Cuando el proyecto aborda cuestiones técnicas o científicas, se exige asimismo la publicación de los antecedentes y fundamentos que lo inspiran[251].

El segundo paso consiste en la presentación por parte de los interesados de opiniones por escrito sobre el proyecto de reglamento publicado. La APA no exige que la administración otorgue además, una audiencia oral a quienes formulen estas presentaciones[252], e incluso la Corte Suprema ha convalidado reglamentos sancionados mediante procedimientos informales cuando una ley específica exigía la realización de una audiencia[253]. No obstante son numerosas las leyes que exigen la realización de una audiencia pública[254] y otros requisitos más exigentes aún[255] en procedimientos informa-

241. 5 USC § 553.
242. 5 USC § 553 (b).
243. 5 USC § 553 (c).
244. 5 USC § 553 (c).
245. 5 USC § 553 (d).
246. 5 USC § 553 (b)(1).
247. 5 USC § 553 (b)(2).
248. 5 USC § 553 (b)(3).
249. El término general es de 60 días, pero en casos de gran complejidad puede extenderse hasta 75 y 90 días. LUBBERS, *Rulemaking*, *cit.* pp. 182-183.
250. Así fue dispuesto en el leading Case *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 Federal Reporter 2nd Series 375 (D.C. Circuit, 1973), certiorari denegado en 417 U.S. 921 (1974).
251. *Lloyd Noland Hospital and Clinic v. Heckler*, 762 Federal Reporter 2nd Series (11th Circuit, 1985).
252. Dice que el escrito se someterá se hará "con o sin oportunidad para una presentación oral", 5 USC § 553(b).
253. Así lo hizo en dos casos en que la *Interstate Commerce Commission* no siguió las directivas de la *Interstate Commerce Act* que exigía una audiencia (*hearing*). *V., United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corp*., 406 U.S. 742 (1972) y *United States v. Florida East Coast Railway*, 410 U.S. 224 (1973).
254. *V.*, por ejemplo, *Occupational Safety and Health Act*, 29 U.S.C. § 655. (1970); *Consumer Product Safety Act*, 15 U.S.C. §§ 2056, 2058 (1972); *Safe Drinking Water Act*, 42 U.S.C. § 300g-1(d) (1974); *Energy Policy and Conservation Act*; 42 U.S.C. §§ 6295, 6306 (1975); *Clear Water Act*, 42 U.S.C. § 7606 (d) (1977); *Federal Mine Safety and Health Amendment Act*, 30 U.S.C. § 811 (1977); *Endangered Species Act Amendments*, 30 U.S.C. § 2605 (1978).
255. Magnuson-Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act, 15 U.S.C. § 57 (1975); Securities Acts Amendments 15 U.S.C. § 78 (e) (1975); Toxic Substances Control Act, 15 U.S.C. § 2605 (1976).

les[256], pero la Conferencia Administrativa (*Administrative Conference*)[257] ha recomendado al Congreso no imponer por ley requisitos más exigentes que los establecidos en la APA[258]. La Corte Suprema por su lado, en el *leading Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*[259], desaprobó que los tribunales introdujeran requisitos formales adicionales a los requeridos en la APA, señalando que ello era del resorte de la Administración o del Congreso. En la práctica, cuando la ley prevé la celebración de la audiencia a pedido del interesado, la Administración espera que se formule este pedido y recién entonces fija fecha para su celebración. Por el contrario, cuando se exige la audiencia aun sin pedido del interesado, la fecha se fija al publicar el proyecto de reglamento.

Una cuestión de importancia es la confección del expediente administrativo (*record*) en el cual tramita el procedimiento de sanción del reglamento. Con anterioridad a la sanción de la APA, en 1947, la administración norteamericana usualmente no tramitaba por medio de un expediente el procedimiento de sanción de un reglamento[260]. Incluso, la propia Corte Suprema había establecido como presunción, que todo reglamento contaba con soporte fáctico[261], lo que imponía al impugnante la carga de probar la ausencia de dicho soporte. Por ello la APA no incluyó esta exigencia como requisito del procedimiento. Sin embargo en la década de 1970 los tribunales comenzaron a abandonar esta presunción. En Citizens to *Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*[262], la Corte Suprema ordenó que un tribunal de primera instancia revisara íntegramente un reglamento sobre la base del expediente administrativo que le daba soporte fáctico y poco más tarde la Cámara Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia fue mucho más allá indicando la necesidad de contar con un expediente[263]. En la actualidad, si bien no existe una imposición legal, la exigencia del expediente administrativo se impone en la práctica con fundamento en tres razones: (i) facilita la participación pública en el procedimiento, al permitir compilar allí las opiniones que el proyecto merece una vez publicado; (ii) constituye la base de la decisión de la agencia administrativa y (iii) colabora eficazmente al momento de la revisión judicial del reglamento.

Aun cuando están legalmente definidas[264], está en debate si las agencias administrativas pueden recibir -y luego tener en cuenta al momento de decidir- opiniones producidas por personas o grupos de interés no incorporadas al expediente y de las cuales tampoco se da traslado a quienes han presentado opiniones sobre el proyecto. Se trata de las llamadas *ex parte* u *off the record communications*.

En *Home Box Office, Inc.* ya citado, se dijo que estas comunicaciones debían prohibirse, pero luego el mismo tribunal cambió de opinión y fue más tolerante con ellas[265].

---

256. En realidad se los denomina híbridos pues no son ni formales ni informales.

257. La *Administrative Conference of the United States* (ACUS), es un organismo asesor independiente creado en 1968, para estudiar los procesos administrativos y formular recomendaciones a la Administración y el Congreso tendientes a mejorar la legislación administrativa.

258. Recomendaciones formuladas en 1972 y 1982. *V.*, LUBBERS, *Rulemaking, cit*. p. 205.

259. 435 U.S. 519 (1978).

260. *V.*, DAVIS, Kenneth C., *Administrative Law Treatise*, 2nd edition, K.C. Davis Pub. Co., University of San Diego 1978, vol. I, § 6.1. p. 448.

261. *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176 (1935).

262. 401 U.S. 402 (1971).

263. *Home Box Office, Inc. v. Federal Communications Commission*, 567 Federal Reporter 2nd series 240 (D.C. Circuit, 1977). Certiorari denegado en 434 U.S. 829 (1977).

264. 5 USC § 551(14).

265. *Sierra Club v. Costle, 657 Federal Reporter*, 2nd series 298 (D.C. Circuit, 1981).

Asimismo, la Conferencia Administrativa aun admitiendo las críticas que generan estas comunicaciones informales, se ha negado a prohibirlas terminantemente, pues considera que la Administración por este medio puede recibir comentarios útiles para el proyecto en trámite[266]. En algunos casos, ciertas leyes obligan a incorporar estas comunicaciones al expediente[267].

Finalizado el período de recepción de las opiniones, el expediente entra a resolver, es decir queda en estado de que el reglamento sea sancionado. En este punto son varias las cuestiones a ser consideradas. La primera es el plazo en que la decisión debe adoptarse, cuestión en la cual la APA sólo exige que la decisión sea adoptada en un plazo razonable[268]. Como consecuencia de ello, el plazo lo imponen las leyes en particular o bien las propias agencias al comenzar el procedimiento. En algunos casos también ha sido fijado judicialmente. En segundo lugar, está legalmente exigida la motivación de los reglamentos. Según establece la APA la Administración "debe incorporar una declaración general de sus bases y propósitos"[269], criterio que el gobierno federal sugiere también a los estados[270]. Judicialmente no se exige la consideración de todos los hechos que dan origen al reglamento, sino de aquellos que se han considerado relevantes y de las razones de su importancia[271]. En tercer lugar, también establece la APA como regla general, que el reglamento entrará en vigencia a los 30 días de su publicación[272], a menos que un plazo diferente haya sido fijado. La retroactividad no está prevista por la APA, quien define al reglamente como un acto de "efecto futuro"[273], pero la Corte ha admitido que el Congreso puede imponer efectos retroactivos si están debidamente justificados[274].

Por último existen varias exigencias de publicación, cuya inobservancia impide la entrada en vigencia de la norma en cuestión. Menciono sólo algunas. Al igual que la publicación del proyecto, la del reglamento final tiene lugar en el *Federal Register,* como requisito esencial de puesta en vigor. Además del texto del reglamento debe publicarse el nombre de la autoridad que lo emite, y su domicilio; un sumario de su contenido y de las razones de su dictado; fecha de entrada en vigencia, fecha de las audiencias que se hayan realizado; nombres de los funcionarios que pueden ser contactados para consultas; las diferencias existentes entre el proyecto original y el reglamento finalmente adoptado, etc., todo lo cual permite al público tener una idea acabada no sólo del texto, sino también de la vida institucional de la norma sancionada.

2. *Rulemaking* formal

El procedimiento formal, llamado también *on the record*, se emplea cuando una ley expresamente lo exige[275]. En este caso el procedimiento de sanción del reglamento se asimila casi por completo al del dictado de un acto administrativo individual o de una

266. LUBBERS, *Rulemaking, cit.*, p. 230.
267. Así por ejemplo la *Federal Trade Act* según su reforma de 1980, 15 USC § 57(a)(j).
268. 5 USC § 555(b).
269. 5 USC § 553(c).
270. En la Ley Modelo de Procedimiento Administrativo Estatal de 1961, se impone también una obligación similar, § 3(a)(2).
271. *Automotive Parts & Accesories Association v. Boyd*, 407 Federal reporter 2nd series 330 (D.C. Circuit, 1968).
272. 5 USC § 553(d).
273. 5 USC § 551(4).
274. *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204 (1988).
275. 5 USC § 553(c).

sentencia judicial. La exigencia de registrar el procedimiento en un expediente administrativo aquí está impuesta por la APA[276] y la agencia administrativa se comporta procedimentalmente como un tribunal, donde incluso puede presidir las actuaciones un juez administrativo[277]. El procedimiento se lleva a cabo en una audiencia pública, existe aporte formal de pruebas, citación de personas, interrogatorios y repreguntas (*cross examination*) a los testigos. Están expresamente prohibidas las *off the record communications*[278], permitidas -como vimos- en el procedimiento informal. Todas las decisiones, sean las interlocutorias o la final, deben estar motivadas[279].

3. Negociated rulemaking

Dentro de su reconocida capacidad práctica para encontrar soluciones, los norteamericanos han creado el llamado *negociated rulemaking*, que como dicen Davis-Pierce es el equivalente de la transacción en los procesos judiciales[280]. El *Reg-Neg* como se lo denomina informalmente, constituye un intento por eliminar la impugnación judicial de los reglamentos y consiste en que la agencia administrativa ante un planteo de los afectados por la norma una vez que el proyecto ha sido publicado, acuerdan con éstos el texto final. Este procedimiento ha recibido aprobación judicial[281] y legislativa[282].

4. Los controles previos a su vigencia

Luego de que la agencia administrativa conforma el texto final de un reglamento, su entrada en vigencia depende de que supere controles ejecutivos, legislativos y judiciales.

A. Control ejecutivo y legislativo

Una administración compleja requiere de cierto orden en sus políticas para evitar la superposición y peor aún la contradicción entre sus reglamentos. Con tal motivo, desde la presidencia de John F. Kennedy se han instrumentado medidas tendientes a que el Poder Ejecutivo ejerza control sobre la legislación administrativa. En este orden, caben mencionar tres *Executive Orders* dictadas con el propósito de dirigir y supervisar la tarea de las agencias del gobierno, tanto las centralizadas como las independientes. La primera de ellas, EO 12.991, sancionada en 1981, establece que la sanción de un reglamento debe efectuar un análisis previo de su impacto regulatorio y de su costo-beneficio. La EO 12.498, de 1985, estableció un nuevo control presidencial al obligar a las agencias a someter a la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Mange-*

276. 5 USC § 556(d-e).
277. 5 USC § 556(b)(3).
278. 5 USC § 557(d)(1).
279. 5 USC § 556(c)(3).
280. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 373.
281. *National Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 859 Federal Reporter 2nd series 156 (D.C. Circuit, 1989).
282. El Congreso sancionó dos leyes que regulan este procedimiento: la Negociate Rulemaking Act de 1989 (5 USC § 561) y la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990 (5 USC § 583).

ment and Budget; OMB)[283] un informe anual sobre las políticas a seguir sus objetivos y medios que serán empleados. En tercer lugar la EO 12.866, de 1993, reproduce en parte el intento de las dos anteriores y exige que cada agencia informe a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs;* OIRA), dependiente de la OMB, sobre todo proyecto de reglamento considerado *significativo*[284]. La OIRA tiene un plazo de 90 días, que puede extenderse en 30 días adicionales, para expedirse sobre la viabilidad de la reglamentación.

También el Congreso ejerce control sobre la legislación administrativa. Imitando al Parlamento inglés, al cual se le somete la legislación administrativa, en los Estados Unidos esta práctica del llamado *veto legislativo* comenzada en la década de 1940 se intensificó en la década de 1980[285]. Las dificultades encontradas para conciliar esta práctica con un sistema de separación de poderes, llevaron a la Corte Suprema a declararla inconstitucional en el célebre caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*[286]. Si bien en el caso se trataba de un acto administrativo[287] y no de un reglamento, la Corte extendió sus consideraciones hacia estos últimos también, sin parar mientes en la disidencia del justice White, según la cual el Congreso no hace otra cosa que controlar el buen manejo de la legislación delegada[288]. No obstante este fallo, el Congreso sancionó en 1997 una ley que impone el control legislativo sobre los reglamentos[289]. Según esta legislación, antes de que un reglamento entre en vigencia debe ser sometido para su aprobación a ambas cámaras del Congreso y al Comptroller General. El Congreso tiene un plazo de 60 días para expedirse en las llamadas *major rules*[290], es decir aquellas de importancia[291]. Las restantes entran en vigor en la fecha designada administrativamente para ello, sin perjuicio de su eventual desaprobación posterior.

---

283. Su cometido principal es la elaboración del presupuesto anual. Fue creada originariamente en 1921 durante la administración del Presidente Harding, bajo el nombre de *Bureau of the Budget* (BOB). Antes de su existencia ninguna oficina centralizaba esta tarea, cada agencia enviaba su propio presupuesto al Secretario del Tesoro quien los remitía al Congreso. Inicialmente era un órgano del Departamento del Tesoro, pero luego en 1939 fue ubicada directamente en el área de la Presidencia, en las denominadas *Executive Offices*. Desde 1973, su Director es designado por el Presidente con acuerdo del Senado. Sus funciones se politizaron mucho durante la presidencia de Richard Nixon quien transformó la BOB en la OMB, convirtiendo un órgano de carácter técnico en una oficina comprometida con el partido del Presidente. Adquirió mucha importancia bajo el Presidente Ronald Reagan, quien designó director a David Stockman (1981-1985) y lo habilitó para producir recortes presupuestarios importantes. Durante la presidencia de George Bush se desempeñó como director Richard Darman, considerado uno de los integrantes del círculo íntimo del Presidente. *V.*, TOMKIN, Shelley L., *Inside OMB, Politics and Process in the President´s Budget Ofice*, Armont, M.E. Sharpe, New York 1998.

284. Son varias las condiciones para que un reglamento sea considerado significativo. Entre ellas que tenga una relevancia económica de más de $ 100 millones.

285. En una obra publicada conjuntamente por los profesores WADE y SCHWARTZ, en 1972, éste último decía que los Estados Unidos no habían instrumentado legalmente todavía la práctica británica de someter al Parlamento la legislación administrativa. WADE, H.W.R. and SCHWARTZ, Bernard, *Legal Control of Government*, Clarendon Press, Oxford 1972, p. 90.

286. 462 U.S. 919 (1983).

287. CHADHA, Jagdish, nacido en Kenya de padres hindúes, y con pasaporte británico, ingresó a los Estados Unidos en la década de 1960 con una visa de estudiante. Expirado el término de la visa ni el Reino Unido ni Kenya le permitieron retornar de modo que Chadha pidió la extensión de una visa permanente que le fue otorgada por el INS. Pero este acto administrativo fue vetado dos años después por la Cámara de Diputados lo que puso a CHADHA al borde de la deportación. El caso fue paradigmático y su historia completa puede vers en: CRAIG, Barbara Hinkson, *Chadha, the Story of an Epic Constitutional Struggle*, University of California Press, 1988.

288. 462 U.S. en p. 984.

289. 5 USC §§ 801-808.

290. 5 USC § 801(a)(3).

291. Para determinar cuando se trata de una major rule, se toma el mismo criterio de las *executive orders* antes citadas.

B. La revisión judicial previa

En los Estados Unidos la revisión judicial de la actividad administrativa, comprensiva de los reglamentos, tiene dos vertientes. En primer lugar está legalmente prevista en forma general en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedure Act*, APA)[292]. Además de esta previsión general, existen otras leyes que específicamente establecen el control en determinados casos[293]. En el primer caso el control se denomina *nonstatutary review*, en el segundo caso *statutary review*. Si se aplican las reglas generales de la APA, los tribunales competentes para entender en la acción son las cortes de distrito[294] y no existe previsión legal alguna sobre los efectos del fallo, lo que hace presumir la aplicación de las reglas generales. En el segundo caso, son competentes las cámaras federales de apelaciones (cortes de circuito).

Asimismo, cuando la revisión judicial está prevista en una ley especial, ésta usualmente prevé lo que se denomina *preenforcement review* esto es el control previo, que se lleva a cabo directamente ante una cámara federal de apelaciones. Una de estas leyes es la *Administrative Orders Reveiw Act* (*Hobbs Act*)[295] que prevé una acción directa ante cualquier cámara federal de apelaciones (*Unites States Court of Appeals*), de los reglamentos emanados de diversos órganos u entes tales como: la Comisión Federal de Comunicaciones, la Secretaría de Agricultura, la Secretaría de Transportes, la Comisión Marítima Federal, la Comisión de Energía Atómica, la Junta de Transporte Terrestre[296], siendo competente para entender el tribunal del domicilio del actor o la cámara federal de apelaciones para el Distrito de Columbia (D.C. Circuit)[297]. Pueden plantear la acción los afectados por el reglamento (*communities, associations, corporations, firms, individuals*) y los intereses del Gobierno en la acción son representados por el *Attorney General*, sin perjuicio de la intervención -también como parte- de la agencia que dictó el reglamento[298]. La interposición de la demanda no suspende de por sí el reglamento pero el tribunal puede disponer una medida precautoria de no innovar que lo suspenda total o parcialmente[299]. Tanto las decisiones interlocutorias como las definitivas son susceptibles de revisión por la Corte Suprema mediante *writ* o *certiorari*[300]. Otras leyes similares, establecen la competencia exclusiva de algunas tribunales en particular para estas acciones. Así por ejemplo la *Clean Air Act*, determina la competencia de la cámara federal de apelaciones del Distrito de Columbia para la revisión de ciertas regulaciones de *aplicación nacional*, en tanto que para las de aplicación local o regional corresponden al circuito (cámara de apelaciones) apropiado[301].

---

292. §§ 701 a 706, Cáp. 7, Título 5 USC.

293. La propia § 703 prevé la posibilidad de la existencia de leyes específicas sobre revisión judicial de ciertos actos y reglamentos.

294. La norma legal atributiva de competencia general en estos casos es la § 1331, 28 USC, que dice: "*Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción originaria para todas las acciones civiles que surjan bajo* (arising under) *la Constitución, las leyes o los tratados internacionales de los Estados Unidos*". *Cf.* LUBBERS, Jeffrey, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd. ed., American Bar Association, 1998, p. 299.

295. Contenida en las §§ 2341-51, 28 USC.

296. *Cf.* § 2342.

297. *Cf.* § 2343.

298. *Cf.* § 2348.

299. *Cf.* § 2349(b).

300. *Cf.* § 2350.

301. *Cf.* § 7607(b)(i), 42 USC.

El control judicial previo antes aludido, constituye una particularidad del sistema contencioso administrativo norteamericano. Hasta 1967 la revisión judicial de los reglamentos tenía lugar en el contexto de un típico caso judicial, es decir cuando la agencia administrativa los había aplicado en un caso determinado. Regían hasta ese momento las reglas clásicas del *ripeness* (madurez o actualidad del caso) que impedían actuar a los tribunales antes de la aplicación efectiva del reglamento[302]. Se criticaba este criterio afirmando que solamente ante la producción de un daño podían actuar los tribunales, cuando una intervención preventiva podía evitar ese efecto negativo[303]. Ese año la Corte Suprema revolucionó el sistema cuando resolvió el caso *Abbott Laboratories v. Gardner*[304]. Se cuestionaba una regulación emanada de la Federal Drug Administration (FDA) que obligaba a los fabricantes de ciertas drogas a incluir el nombre genérico de éstas en todas las etiquetas y anuncios en los que apareciera su designación comercial. La demanda - fundada en que la agencia no tenía competencia legal para sancionar tal regulación- fue planteada por el laboratorio antes de que la FDA hubiera hecho aplicación efectiva de su reglamento. Pese a la excepción opuesta por la demandada en tal sentido, la Corte admitió el caso como acción declarativa[305].

A partir de este caso, la revisión judicial previa se ha convertido en una regla habitual y está actualmente prevista en numerosas leyes[306]. Estas en general, prevén un plazo -contado desde la promulgación del reglamento- dentro del cual debe iniciarse la acción. En la *Clean Air Act*, por ejemplo, son sesenta días[307]. El plazo es de caducidad, de modo que una vez vencido, la acción puede ser desestimada[308]. Incluso se discute si una vez pasado este período sin que la acción haya sido intentada, el reglamento puede ser impugnado al ser ejecutado. En la *Clean Air Act* por ejemplo, está prohibido[309], pero esta previsión ha sido interpretada en forma restrictiva[310]. Asimismo si la ley nada dice al respecto, se ha interpretado que vencido el plazo el reglamento no puede ser impugnado por razones procedimentales, pero si puede serlo por cuestiones sustanciales[311].

La brevedad de los plazos para impugnar, sumada a la posibilidad de hacerlo en diferentes cortes de apelaciones a lo largo de todo el país, generó un gran *forum shopping*, esto es una multiplicidad de acciones iguales ante diferentes tribunales planteadas por diferentes partes. Hasta 1988 la agencia cuyo reglamento había sido impugnado debía someter el expediente en el cual había sido dictado el reglamento impugnado ante el tribunal donde se hubiera iniciado la primera demanda. Ello generaba además una segunda distorsión, pues colocaba a los litigantes en una suerte de *carrera hacia los tri-*

302. El caso más típico de aplicación de esta regla del caso actual es *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75 (1947). Se cuestionaba aquí una ley que prohibía ejercer actividades políticas a los empleados del gobierno federal. El objeto de la acción declarativa era obtener autorización para realizar las actividades prohibidas. La Corte desestimó la acción pues sostuvo que no había habido todavía aplicación efectiva de la ley, salvo en el caso de un empleado que ya había sido sancionado por violar sus disposiciones.

303. *V.*, DAVIS, Kenneth C. and PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, 3rd. ed., Little Brown and Company, Boston 1994, vol. II, §§ 15.12 y 15.14, pp. 360 y 371.

304. 387 U.S. 136 (1967).

305. Ese mismo día resolvió dos casos conexos al anterior: *Toilet Goods Association v. Gardner* 387 U.S. 158 (1967) y *Gardner v. Toilet Goods Association*, 387 U.S. 167 (1968).

306. Nota 137, p. 308.

307. § 7607(b)(1), 42 USC.

308. *Eagle-Picher Industries, Inc. v. Environmental Protection Agency* (EPA), 759 F 2d. 905, 911 (D.C. Circuit, 1985).

309. § 7607(b)(2), 42 USC.

310. *Adamo Wrecking v. United States* 434 U.S. 275 (1978).

311. *National Indus. Contractors v. OSHRC*, 583 F 2d. 1048 (8th. Circuit, 1978).

bunales en busca del más favorable, lo que suscitó muchas críticas[312]. Por ello en 1980 la Conferencia Administrativa recomendó que se estableciera un procedimiento de selección de tribunales por azar (*random*). En 1988 el Congreso introdujo una modificación en la § 2112(a), 28 USC, por medio de la cual si una agencia dentro de los diez días de promulgado un reglamento, es notificada de más de una demanda ante distintos tribunales, debe notificar de ello al *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*[313], quien determina por azar el tribunal que debe intervenir.

V. CONCLUSIONES

Si bien he comprobado que la deferencia judicial existe con alcances muy similares, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, la valoración que ella me merece no es la misma en ambos países. La diferencia esencial a estos efectos radica en que los procedimientos empleados para la sanción y control de los reglamentos en la Administración norteamericana y en la Administración argentina, son enteramente diferentes.

Por lo pronto, la APA en los Estados Unidos -como vimos- prevé un sistema que garantiza a los administrados una participación bastante amplia en la formación de los reglamentos, mientras que nuestra Ley 19.549 no contempla participación alguna y de hecho entre nosotros el reglamento -por lo general- se sanciona sin intervención previa del administrado, quien toma conocimiento de él una vez sancionado. En los Estados Unidos la sanción de un reglamento por momentos se torna similar a la producción de un acto administrativo de alcance individual, en la Argentina es un acto unilateral de la Administración que en el mejor de los casos sufre las influencias de lo que en los Estados Unidos son las *off the record communications*. Así, el déficit democrático de la legislación administrativa en los Estados Unidos, es superado con un razonable margen de participación del administrado que alcanza un alto nivel en el *rulemaking* formal. En la Argentina ese déficit no tiene compensación alguna. La Administración argentina legisla con mayor intensidad que el Congreso, sin tener representación política alguna. Asimismo existen en los Estados Unidos una serie de controles ejecutivos, legislativos y judiciales previos a la vigencia de los reglamentos, que en la Argentina son inexistentes.

A mi entender, todo ello debe incidir en la mayor o menor deferencia que los tribunales luego dispensen a los reglamentos al momento de ejercer su control. Podría establecerse como regla que: *a mayor participación del administrado mayor deferencia y a menor participación menor deferencia*. De lo dicho se sigue, que la eventual crisis que la doctrina de la deferencia puede producir en la separación de poderes, está razonablemente atenuada en los Estados Unidos y en cambio no lo está en la Argentina, donde los tribunales otorgan deferencia a una Administración que ha legislado sin control alguno en el procedimiento de sanción del reglamento, lo que en la práctica le otorga un mayor margen de actuación aún que la del Congreso, donde al menos las decisiones deben acordarse previamente entre los bloques legislativos.

---

312. MC GARITY, Thomas A., "Multi-Party Forum Shopping for Appellate Review of Administrative Action", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 129, 1980, p. 302.

313. Es un organismo previsto en la § 1407, 28 USC, compuesto por siete jueces (elegidos entre jueces de circuito y de distrito), designados por el Presidente de la Corte Suprema (Chief Justice). Forman quorum con cuatro miembros y todos deben pertenecer a diferentes tribunales. Tienen como misión coordinar las cuestiones de competencia y redistribuir o consolidar las causas pendientes en los tribunales federales.

Como conclusión, me atrevo a señalar que en la Argentina parece inevitable la necesidad de una reforma en nuestra Ley 19.549, que asegure mejor los derechos de los administrados ante la legislación emanada de la Administración. Hasta tanto ella se produzca, los tribunales deberían abandonar la deferencia que dispensan a la Administración, pues el procedimiento de emisión de un reglamento no prevé una compensación adecuada del déficit de representación política de los funcionarios administrativos, ni existe control de ninguna especie previo a su puesta en vigencia.

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO

Margarita Escudero León
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Católica Andrés Bello

Una de las características fundamentales de un Estado de Derecho[1] es la garantía del control de la constitucionalidad y legalidad de los actos, actuaciones y omisiones de las órganos del poder público. El principio de legalidad, como límite de actuación del poder público y garantía de respeto a los derechos de los ciudadanos y de adecuación a la satisfacción de los intereses de la colectividad, exige que los actos, actuaciones u omisiones de los órganos dotados de potestades públicas se correspondan con lo previsto en la Constitución, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, dicho principio de legalidad previsto en el Artículo 137 de la Constitución de 1999, no tendría relevancia alguna de serle posible a los órganos del poder público actuar fuera de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico. Es por ello que se le ha asignado al Poder Judicial la importante tarea de velar por la correcta actuación estatal, pudiendo ordenar a los entes públicos prestaciones de dar (pago de sumas de dinero o entrega de bienes), hacer o no hacer, en los casos de sentencias de condena, destinadas a devolver el imperio del Derecho a controversias concretas entre los particulares y el Estado.

Como es sabido, todos los entes estatales deben responder por los actos, actuaciones u omisiones de sus órganos, ya sea en el ejercicio de funciones normativas, jurisdiccionales, de administración o de gobierno. Así, por ejemplo, la República puede ser condenada a indemnizar a particulares que hayan sufrido daños por conductas de los órganos del Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Electoral y Ciudadano. Igual sucede con los estados y municipios, los cuales deberán responder por las actuaciones de sus órganos legislativos y ejecutivos. Nuestra Constitución de 1999 viene a reiterar con más énfasis lo que ya era una realidad en la Constitución de 1961 sobre la responsabilidad de la actuaciones del Estado, en sus Artículos 6, 25, 49 numeral 8, 139, 140, 141, 255 y 259. Sin embargo, es la Administración Pública el principal actor en las controversias con particulares, vista la gran cantidad de cometidos estatales que se le han asignado y la naturaleza de su función como es la de satisfacer de forma directa las necesidades de los particulares. Por ello, los actos, actuaciones y omisiones de la Administración Pública -entendida como el conjunto de órganos que ejercen principalmente función administrativa- son los que de forma preponderante son sometidos al control de su constitucionalidad y legalidad ante el Poder Judicial.

1. La Constitución de 1999 consagra en su Artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En Venezuela el control judicial de los actos, actuaciones y omisiones imputables a los entes estatales puede conllevar, entre otras, a sentencias que ordenen a dichos entes al pago de sumas de dinero derivadas de responsabilidad contractual o extracontractual de éstos, principalmente por violación del ordenamiento jurídico que les es aplicable. Dichas sentencias que si bien pretenden devolver el imperio de la ley a una concreta actuación del Estado, protegiendo además los derechos e intereses legítimos del particular, pueden no lograr su objetivo ante la dificultad o imposibilidad de lograr su real ejecución por parte del Estado, es decir el pago inmediato de la cantidad de dinero que le ha sido ordenado judicialmente.

Es precisamente la ejecución de sentencias que ordenan al Estado (entendido como cualquier persona jurídica estatal nacional, estadal o municipal) a pagar sumas de dinero el objeto de los presentes comentarios. Consideramos de extrema importancia no solo para la consecución de un real Estado de Derecho, sino también para la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos, que la ejecución de las referidas sentencias sea adecuada y oportuna. Lamentablemente, la ejecución de estas sentencias condenatorias ha presentado importantes inconvenientes que es preciso revisar, en búsqueda de soluciones viables en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales debilitan el sistema de control judicial del poder público y principalmente de la Administración Pública. Para ello revisaremos primeramente las dificultades que se presentan tanto en la ejecución voluntaria como en la ejecución forzosa de dichas sentencias. En segundo lugar haremos una breve revisión de las soluciones que en esta materia presenta el Derecho comparado, para seguir con un análisis de las disposiciones constitucionales y legales aplicables en la actualidad en Venezuela. Por último, revisaremos la posición de la jurisprudencia nacional en esta materia para evaluar cómo en la práctica se están ejecutando las referidas sentencias; para así concluir con algunas ideas sobre cómo asegurar en nuestro país el efectivo acatamiento por parte del Estado de las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero.

I. DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN TANTO EN LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA COMO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DICHAS SENTENCIAS

Si bien el Estado debe responder por sus actos, actuaciones y omisiones y para ello los particulares afectados tienen como garantía el acceso a los órganos judiciales para hacer efectiva dicha responsabilidad, en la práctica y de forma bastante frecuente las sentencias condenatorias contra el Estado son inejecutadas por la persona jurídica estatal demandada. Dicha inejecución casi siempre es producto de la clásica inercia de nuestros entes públicos. El problema radica principalmente en el hecho de que si el Estado no cumple voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, es necesario determinar la forma en que dicha ejecución puede materializarse.

El derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido por nuestra Constitución en los Artículos 26 y 49 que garantizan el acceso de los particulares a los órganos judiciales para la resolución de sus controversias, así como el debido proceso en la sustanciación del proceso judicial. Este derecho consiste precisamente en la posibilidad de obtener tutela o protección de los derechos o intereses de los particulares a través de un proceso judicial que se sustancia acatando diversas garantías. Así este derecho contiene a su

vez, entre otros, i) el derecho al libre acceso a los órganos judiciales, ii) el derecho a obtener una sentencia, iii) el derecho a que la sentencia se cumpla, iv) el derecho al juez natural, v) el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado, vi) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, vii) el derecho a promover y evacuar pruebas.

La importancia del derecho a la tutela judicial efectiva no solo deviene de su propia naturaleza como derecho humano, sino también por constituirse en una de las más importantes garantías constitucionales de protección de los derechos humanos. Así, el referido derecho se constituye en garantía de protección de los otros derechos inherentes a la persona humana, al lograrse a través de su ejercicio que los órganos judiciales protejan los demás derechos que puedan serle vulnerados a los particulares.

Nos importa, para estos comentarios, el derecho a que la sentencia se cumpla, como garantía típica del derecho a la tutela judicial efectiva. No es difícil entender que no puede existir una protección judicial de los derechos e intereses de los accionantes de los procesos judiciales si las sentencias que concluyen dichos procesos no se acatan y se hacen efectivas. La decisión judicial no vale nada sino viene aparejada con la ejecución de la misma, pues de lo contrario de nada habrá servido el seguir todo un procedimiento judicial, si al final la protección del accionante victorioso no es lograda. Es más, la Constitución de 1999, en su Artículo 26, no solo garantiza la protección judicial de los derechos e intereses de las personas, así como la obtención pronta de la decisión judicial, sino que además garantiza una justicia idónea, es decir adecuada al caso concreto, la cual nunca podría obtenerse de no poder lograrse el cumplimiento de las decisiones judiciales. Si no se logra el verdadero control judicial que repare las situaciones jurídicas infringidas de los particulares, el derecho a la tutela judicial efectiva no es tal y la adecuación del Estado al ordenamiento jurídico es una vacía exigencia constitucional.

Si bien lo anterior parece incuestionable, se han presentado a lo largo de la historia diversos inconvenientes para lograr la ejecución de las sentencias contra el Estado, principalmente, como ya hemos dicho, contra la Administración Pública. Ante la clásica inercia administrativa en ejecutar voluntariamente las sentencias dictadas en su contra, las reglas procesales exigen al Poder Judicial que ejecute forzosamente, es decir contra su voluntad, lo ordenado en sus fallos. Sin embargo, cuando se está en juicio ante la Administración Pública, el antiguo principio francés de la no intervención del Poder Judicial sobre la Administración Pública pretende convertirse en obstáculo para su control judicial. Recordemos que la condena al pago de sumas de dinero por parte de la Administración Pública exige una actuación de ésta, por lo que una ejecución forzosa de dicho pago requeriría la intervención del Poder Judicial sobre bienes o dineros de dicha Administración Pública.

Es por lo anterior que en la experiencia francesa, por razones históricas propias de dicho país, la ejecución de sentencias había correspondido tradicionalmente a la Administración Pública y no al Poder Judicial. Dicha prerrogativa de la Administración se justificaba en el principio de separación de poderes rígido que exigía la no intervención de un poder en otro. Ello implicaba necesariamente la imposibilidad para el juez, ante la falta de ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración, de realizar actos de ejecución forzosa que implicaran una intromisión en las actividades de la Administración Pública. La misma situación fue replicada en España y tuvo su influencia en diversos ordenamientos jurídicos. Afortunadamente dicha concepción ha sido superada tanto en Francia como en España.

Por otro lado, uno de los pretextos que se ha dado para impedir la ejecución forzosa de las sentencias por parte del Poder Judicial es el de proteger el ejercicio de la función pública, para el cual se requiere la disponibilidad de los bienes y rentas del Estado, estableciendo para ello la inembargabilidad de sus bienes y suspendiendo la ejecución de las sentencias para realizar los acomodos presupuestarios requeridos. Así, tanto el principio de inembargabilidad de los bienes del Estado como el principio de legalidad presupuestaria -que exige que no se realice pago alguno sin estar previsto en la ley de presupuesto- se constituyen en nuevos obstáculos para la ejecución tanto voluntaria como forzosa de las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero contra el Estado.

En consecuencia, al ser condenado el Estado al pago de una suma de dinero por sentencia firme, éste puede suspender la ejecución voluntaria justificándose en la imposibilidad de realizarlo ante la falta de partida presupuestaria que lo permita. Contentándose, en el mejor de los casos, con incluir en el próximo o próximos ejercicios fiscales partidas presupuestarias que permitan cumplir con la sentencia dictada en su contra. Ahora bien, en el caso que dicha asignación presupuestaria no sea incluida en las siguientes leyes de presupuesto, el particular acreedor tampoco podrá hacer efectiva su acreencia contra el Estado, a través de mecanismos de ejecución forzosa -como es el caso del embargo y posterior remate de bienes- pues dichos bienes gozan del principio de inembargabilidad.

Sobre los diversos obstáculos que obran contra los derechos de los particulares en esta materia la doctrina especializada con claridad ha señalado:

> Sin embargo, cuando la parte condenada o ejecutada es la Administración pública, la actividad judicial de ejecución forzosa topa con no pocos obstáculos de tipo teórico (ya que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas implica una cierta actuación materialmente administrativa, que para algunos es incompatible con la función jurisdiccional y con el principio de separación de poderes), histórico (los revolucionarios franceses, a causa de los recelos contra los antiguos Parlamentos judiciales, prohibieron a los jueces "perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos"; los litigios contencioso-administrativos quedaron en 1790 reservados a la Administración activa bajo la regla *juger l'administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración sigue siendo administrar): y cuando a finales del siglo XIX se produjo el tránsito de la jurisdicción retenida a la delegada, la materia de la ejecución siguió rigiéndose por el sistema retenido), y por último práctico (al ser la Administración titular de manera casi exclusiva, de los legítimos instrumentos de la coacción pública, en su función de *law enforcement* o aseguramiento y vigilancia del cumplimiento de las leyes, se hace ciertamente complicado imaginarla utilizando sus prerrogativas contra sí misma)[2].

No son pocos pues los inconvenientes que han existido en diversos ordenamientos para lograr la efectiva ejecución de las sentencias condenatorias de sumas de dinero contra la Administración. Esta realidad es de suma importancia pues en la medida de que dichos obstáculos puedan ser salvados, sin desconocer los necesarios privilegios que el ejercicio de la función pública exige, podremos hacer verdaderos las garantías constitucionales de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los particulares, así como los principios de legalidad, responsabilidad del Estado y efectivo control judicial de la función pública.

---

2. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 23.

II. SOLUCIONES QUE PRESENTA EL DERECHO COMPARADO

Si bien los diversos inconvenientes, a los cuales nos hemos referido brevemente, para hacer efectivas las sentencias condenatorias de pagos de sumas de dinero contra el Estado, han existido y existen en diversos ordenamientos jurídicos del mundo, los constituyentes, legisladores y jueces han ido ideando diversos mecanismos de sumo interés que buscan lograr el justo equilibrio entre la necesaria continuidad de la función pública y la tutela judicial efectiva, el principio de responsabilidad del Estado y el principio de legalidad. Veamos algunos de ellos.

1. Francia

La primera aproximación al problema de la ejecución de sentencias se da en el decreto del 30 de julio de 1963 con la creación de una comisión del Consejo de Estado, a la cual se le confiaba la misión de incitar y ayudar a la ejecución de las sentencias. El Consejo de Estado anualmente relata las dificultades encontradas en la ejecución y las modalidades de su intervención para el logro de la ejecución de sentencias[3]. En la actualidad en caso de no lograr la ejecución de la sentencia existen tres posibilidades que pueden ser acumuladas:

1. La parte interesada puede apelar al Mediador de la República (figura francesa del *ombudsman*), quien podrá ordenar a la Administración a ejecutar la sentencia en su contra en un plazo de tiempo que él determinará. Si la orden dada no es cumplida por la Administración, la inejecución será objeto de un informe especial a ser publicado en un periódico oficial.

2. Luego, la ley del 16 de julio de 1980 da posibilidad al juez para que ordene a la Administración que tome las medidas necesarias para la ejecución de las sentencias, bajo apremio o sea con la obligación de pagar una cantidad de dinero por cada día, semana o mes de retraso en la ejecución (*astreinte* o multa coercitiva). Esta competencia la tenía solo el Consejo de Estado hasta que la Ley del 8 de febrero de 1995 extiende el poder de conminar bajo apremio a los tribunales administrativos y a las cortes administrativas de apelación.

3. La ley de 1980 también instituye la posibilidad de que la parte interesada solicite al *comptable public* (funcionario que paga las deudas de las personas públicas) competente que le pague las sumas de dinero debidas por sentencias condenatorias contra la Administración que no habían sido ejecutadas[4].

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que en los casos de sentencias condenatorias al pago de una suma de dinero, la negativa a ejecutarlas generará intereses moratorios a la tasa legal, la cual será recargada en cinco puntos después de transcurridos dos meses de la notificación de la sentencia[5].

La situación francesa evidencia diversos mecanismos utilizados para lograr la plena efectividad de las sentencias, permitiendo, ante la posible inocuidad de algunos, el cobro directo de la suma adeudada ante funcionarios obligados a ello y el resarcimiento del daño causado por el retraso en la ejecución con el pago de los intereses moratorios correspondientes.

---

3. CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, t 1, novena edición, Montchrestien, París 1995, p. 719.
4. *Ibid*, pp. 720-722. *V.*, ley del 3 de enero de 1973, modificada por la ley del 24 de diciembre de 1976.
5. CHAPUS, René, *Droit du Contentieux Administratif*, sexta edición, Montchrestien, París 1996, p. 900.

2. España

Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 27 de diciembre de 1956 establecía el antiguo privilegio de que la ejecución de las sentencias contra la Administración Pública estaba en cabeza de ésta y no del Poder Judicial, la Constitución española de 1978 vino a modificar dicha regla. El Artículo 117.3 de dicha Constitución señala que "[e]l ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes..." Por su parte, el Artículo 118 constitucional obliga a la Administración a cumplir las sentencias, debiendo prestar la colaboración necesaria para su ejecución.

En ejecución de estos principios constitucionales, se dicta en 1998 la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual señala en su Artículo 103 (i) que la potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los tribunales, (ii) que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se establezca y (iii) que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los jueces contencioso-administrativos para la debida y completa ejecución del fallo.

Sin embargo, la Constitución española mantiene el principio de inembargabilidad de los bienes del dominio público. Es importante destacar que, en consecuencia, los bienes del dominio privado del ente estatal podrían ser objeto de mecanismos de ejecución forzosa por parte de los tribunales. El profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor señala que "aunque paulatinamente se va reconociendo la embargabilidad de los bienes patrimoniales (no de los demaniales [bienes de dominio público]): así lo ha admitido el art. 66.6 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, para ejecución de los créditos con garantía hipotecaria de las Entidades locales, y lo ha confirmado la STC 166/1998"[6].

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que dictada la sentencia contra la Administración Pública se le comunicará en el plazo de 10 días y ésta en un plazo de 10 días deberá acusar recibo de la comunicación e indicar al juez el órgano responsable del cumplimiento del fallo, procediendo a llevar a efecto lo establecido en éste. El órgano administrativo designado dispone de un plazo de 2 meses o menos si la sentencia fijó uno distinto para dar cumplimiento a la sentencia. Transcurrido ese lapso sin que se haya ejecutado la sentencia la parte interesada podrá solicitar al tribunal la ejecución forzosa de la sentencia. Asimismo, el Artículo 112 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa autoriza a los jueces para que, una vez transcurridos los plazos otorgados para el cumplimiento de la sentencia, adopten las medidas necesarias para lograr la ejecución de lo contenido en la sentencia, así como permite, la imposición de multas coercitivas a las autoridades que incumplan con el contenido del fallo, las cuales pueden ser reiteradas hasta la completa ejecución de éste; así como el traslado de la cuestión a la jurisdicción penal para la exigencia de las responsabilidades correspondientes.

Si las anteriores medidas son ineficaces la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 señala en su Artículo 106 mecanismos de ejecución forzosa:

6. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, segunda edición, Editorial entro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2000, p. 700.

> 1. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará al pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.
>
> 2. A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.
>
> 3. No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2. transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos, el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.
>
> 4. Si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla.

Vemos que en España la situación también es muy prometedora. No solo es indiscutible la completa potestad jurisdiccional para lograr la ejecución de las sentencias, sino que además se establecen garantías tales como i) la posibilidad de multas coercitivas contra los funcionarios remisos, ii) la obligatoria existencia de partidas presupuestarias suficientes para el cobro de lo ordenado en las sentencias, iii) el reconocimiento de los intereses que se generen por el retraso en la ejecución y iv) el inicio de la posibilidad de embargar bienes del dominio privado del ente deudor.

3. Italia

La figura del *giudicio di ottemperanza* en Italia se constituye en un proceso ante el juez administrativo en que se busca precisamente la ejecución de las sentencias que la Administración se niega a cumplir. El régimen jurídico de esta figura se estableció en las Leyes de 1924 y 1971 y en el Decreto del 17 de agosto de 1907. Entre los presupuestos necesarios para que proceda el *giudicio di ottemperanza* está el que haya una sentencia firme contra la Administración que haya sido incumplida por ésta y que la parte interesada haya previamente requerido y denunciado la mora ante la Administración. Dicho proceso concluye con una sentencia contra la cual procede la apelación. En dicha decisión optará entre actuar directamente o nombrar un "comisario *ad actus* que sustituirá a la Administración inerte adoptando todos los actos que sean necesarios para dar efectivo cumplimiento a la sentencia"[7]. El juez definirá la forma y plazo de ejecución de la sentencia y "a través del comisario *ad actus*, pondrá en marcha todos los actos contables necesarios para la satisfacción de la deuda contraída por la Administración... Así procederá a incluir en el presupuesto correspondiente una partida para el pago de aquélla y, eventualmente, emitirá un mandamiento de pago"[8]. Así, este comisario se convierte en parte de la Administración Pública condenada.

7. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La ejecución de sentencias en el Derecho Italiano: Il giudicio di ottemperanza" en *Revista española de Derecho Administrativo* n° 59, Civitas, Madrid 1988, pp. 5-10.
8. *Ibid*, p. 12.

La profesora Carmen Chinchilla señala que el Consejo de Estado ha sostenido que la Administración Pública está obligada a ejecutar, sin que ninguna razón pueda eximirla de dicho cumplimiento. Así, en materia de embargo de bienes contra las Administraciones Públicas señala:

> En el ordenamiento jurídico italiano, los bienes de los entes públicos se clasifican en tres categorías: demaniales, patrimonio indisponible y patrimonio disponible ... Como es obvio, los bienes pertenecientes a las dos primeras categorías son inalienables e inembargables, mientras que, por el contrario, los bienes del patrimonio disponible están, por definición, libres de vínculo y están sujetos, a todos los efectos, al Derecho Común.
>
> De acuerdo con ello, y según lo dispuesto en el artículo 2.740 del Código Civil italiano, la Administración, como cualquier deudor, responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Así pues, salvo que estén afectados a un servicio público concreto, los bienes del patrimonio disponible son embargables.
>
> No obstante la regla anterior, la ejecución forzosa contra este tipo de bienes (fundos rústicos, inmuebles urbanos, industrias no destinadas a servicios públicos, acciones de empresas privadas, dinero y créditos) encontraba, hasta hace poco tiempo, notables limitaciones respecto de dos de ellos, a saber el dinero y los créditos.
>
> Tras superar una orientación contraria, dominante durante muchos años, la jurisprudencia entiende hoy que el dinero y los créditos de las Administraciones (salvo que estos últimos tengan su origen en relaciones jurídico-públicas) son bienes disponibles que pueden ser objeto de embargo y que producen intereses a favor de su acreedor en caso de demora en el pago....
>
> Por todo ello [la Corte Constitucional italiana] concluye que el dinero y los créditos ...son embargables, sin que pueda decirse de ellos que tienen, por el hecho de estar en los presupuestos, un destino concreto que los convierte en bienes del patrimonio indisponible. La Corte admite, no obstante, una excepción a esta regla: que el dinero o el crédito estén destinados -por ley- a un fin público específico[9].

La situación italiana es de gran avanzada pues no solo el juez está en capacidad de nombrar un funcionario que proceda a hacer los arreglos presupuestarios necesarios y finalmente ejecute personalmente el efectivo pago de lo adeudado, sino que además puede embargar bienes no destinados a actividades de servicio público, en especial dinero. Asimismo, se reconocen los intereses que resarzan los daños causados al particular victorioso por la demora en el cumplimiento de lo ordenado en el fallo judicial.

4. Alemania

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1960 establece en el Artículo 170 el proceso de ejecución de sentencias contra el Estado. Dicho Artículo señala que la ejecución de sentencias contra la Administración Pública se hará ante el juez de primera instancia, a petición del acreedor. El tribunal determinará las medidas de ejecución a adoptar y requerirá a la oficina competente su adopción. Antes de la adopción de las medidas de ejecución, el Tribunal deberá informar a la Administración Pública, contra la que haya de ejecutarse, de la ejecución que se pretende llevar a cabo, con la invitación de que ejecute voluntariamente la sentencia dentro del plazo que conceda el tribunal, el cual no deberá exceder de un mes[10].

---

9. *Ibid*, pp. 11-12.
10. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 314.

Sin embargo, continúa el referido Artículo señalando que la ejecución será inadmisible sobre los bienes que sean imprescindibles para la realización de funciones públicas o cuya enajenación contraríe interés público. Así la ejecución forzosa es improcedente sobre los siguientes bienes muebles e inmuebles:

> Aquéllos que sean imprescindibles para el cumplimiento de funciones públicas. Estos son especialmente los que de subastarse pusieran en peligro el suministro de la población o el funcionamiento de la Administración. En principio, siempre es procedente el embargo contra haberes en metálico bancarios de la Administración (Geldforderungen).
>
> -Los que su venta contraríe un interés público, como, por ejemplo, colecciones u objetos de arte, archivos, bibliotecas, instalaciones deportivas, parques, piscinas públicas, calles, aeropuertos, puentes. Aquí el punto de vista de *lo imprescindible* no juega ningún papel[11].

Vemos que en el sistema alemán la ejecución es realizada por el juez en respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, procediendo de ser necesario a la ejecución forzosa de las sentencias, salvaguardando sin embargo aquellos bienes que sean indispensables para el interés público.

5. Colombia

Los decretos 768 del 23 de abril de 1993 y 818 de 1994 ordenaron que una vez comunicada la sentencia al organismo condenado, éste debe dentro del plazo de 30 días expedir una resolución en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento, entre las cuales estará el envío de copia de la sentencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que éste tome las medidas necesarias para la realización del pago. La no colaboración en el cumplimiento de las sentencias condenatorias es sancionado por la normativa colombiana. Así, el Artículo 76 del Código Contencioso Administrativo establece como causal de mala conducta, sujeta a sanciones disciplinarias hasta de destitución, el retraso o entrabamiento del cumplimiento de decisiones firmes, así como no hacer lo que legalmente se requiera para que se incluya dentro de los presupuestos públicos las asignaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias condenatorias a la Administración. Asimismo, la ley 200 de 1995 establece como deber de los servidores públicos tramitar, proyectar y aprobar en los presupuestos apropiaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias, siendo el incumplimiento de dicho deber sancionable[12].

Ahora veamos lo que sucede en los casos en que no existe el cumplimiento voluntario de la sentencia. Hasta la publicación del decreto 1 de 1984 existía en el Código de Procedimiento Civil prohibición de ejecutar a la Nación y las demás entidades territoriales solo podían ser ejecutadas seis meses después de que la sentencia correspondiente haya quedado firme. Es a partir del referido decreto, contentivo del Código Contencioso Administrativo, en su Artículo 177, que se permite que las entidades estatales, incluyendo la Nación, entidades territoriales y entidades descentralizadas, puedan ser ejecutadas ante la justicia ordinaria en relación con las condenas impuestas por las sentencias contencioso-administrativas, dieciocho meses después de su ejecutoria.

---

11. *Ibid*, p. 317.
12. SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, "La efectividad de las decisiones de la justicia administrativa" en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 312-315.

Este lapso fue reducido en 1989, con la modificación del Código de Procedimiento Civil, para el caso de las entidades territoriales, el cual se redujo a seis meses[13].

Si bien en Colombia existe el principio de inembargabilidad de los bienes y rentas del Estado, la jurisprudencia ha establecido excepciones al referido principio, señalando que en materia de sentencias de condena contra el Estado, éstas se ejecutaban de acuerdo con el señalado Artículo 177, es decir dieciocho meses después de quedar firmes, procediendo en este caso la figura del embargo. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha señalado que el término de dieciocho meses es suficiente para que el Estado cumpla con los actos necesarios y para que no se esté frente a embargos sorpresivos de rentas nacionales que puedan causar desequilibrios fiscales[14].

6. Argentina

Las Constituciones de las provincias argentinas establecen la garantía de que las sentencias deben ser ejecutadas. A la autoridad administrativa se le otorga un plazo, desde la sentencia condenatoria, para cumplir con lo ordenado judicialmente. Vencido el referido plazo sin haber ejecutado la sentencia, el tribunal ordenará a la autoridad correspondiente que proceda a cumplir lo ordenado, determinando concretamente lo que debe hacer y el plazo para ello, bajo apercibimiento de hacer efectiva la responsabilidad correspondiente.

Por su parte, los bienes afectados al uso público o a un servicio público son inembargables, así como las contribuciones fiscales afectadas por ley a servicios públicos. Sin embargo, sobre los demás bienes puede ordenarse mandamiento de ejecución y embargo, pero solo después de transcurrido el plazo constitucional de inejecutabilidad o inembargabilidad. En todo caso, la Administración Pública puede solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia, entre otros, cuando provoca importantes trastornos al tesoro público por la suma a pagarse, caso en el cual el tribunal deberá establecer el pago por cuotas, con actualización monetaria y pago de intereses legales[15].

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES APLICABLES EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA

Tal como hemos señalado anteriormente, la Constitución de 1999 reconoce tanto la obligatoria sujeción de todos los órganos del Poder Público a lo establecido en el bloque de legalidad, como la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ante cualquier violación de dicho bloque de legalidad.

Así, en los Artículos 7, 19, 137 y 259 se consagra i) la sujeción de todas las personas y órganos del Poder Público a la Constitución, ii) el obligatorio respeto y garantía de los órganos del Poder Público a los derechos humanos de las personas, de conformidad con la Constitución, tratados y leyes aplicables, iii) el principio de legalidad en virtud del

13. *Ibid*, p. 316.
14. *Ibid*, pp. 316-317.
15. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, sexta edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1997, p. 949.

cual la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que éste realice, y iv) la sujeción de los actos administrativos al Derecho.

Por su parte, la Constitución prevé expresamente la responsabilidad de los funcionarios y órganos del Poder Público cuando sus actuaciones, actos u omisiones violenten el ordenamiento jurídico que los regula, así como cuando, aún sin falta del Estado su actuación u omisión genera un sacrificio particular, en desconocimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. En este sentido vemos diversas normas constitucionales que garantizan la responsabilidad del Estado por su actuación. Es el caso de los Artículos 6 (gobierno responsable), 25 (responsabilidad de los funcionarios públicos por violación de derechos), 49 numeral 8 (responsabilidad del Estado y del juez por error judicial), 139 (ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por violación de la Constitución o la ley), 140 (responsabilidad patrimonial del Estado por daños imputables al funcionamiento de la Administración Pública), 141 (la Administración Pública se fundamenta en el principio de la responsabilidad), 255 (responsabilidad personal de los jueces) y 259 (condena judicial al pago de sumas de dinero y reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración).

Las referidas normas constitucionales se constituyen en una contundente consagración de la responsabilidad del Estado frente a actuaciones, actos y omisiones que produzcan daños a los particulares. La jurisprudencia de nuestra Sala Político Administrativa ha señalado que las normas constitucionales en materia de responsabilidad del Estado consagra un "sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera actividad derivada del ejercicio de cualquiera de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público"[16]. Así, la responsabilidad del Estado abarca los actos, actuaciones y omisiones de cualquier órgano del Poder Público, bien sea nacional, estadal o municipal, en ejercicio de cualquiera de las funciones normativa, jurisdiccional, administrativa o de gobierno. Asimismo, los entes estatales descentralizados en los tres niveles político-territoriales responden por el ejercicio de las potestades públicas que le hayan sido atribuidas. Para los presentes comentarios nos interesa básicamente la responsabilidad civil del Estado, la cual obliga a éste al pago de sumas de dinero a los particulares afectados por su actuación, acto u omisión.

Por su parte, y ya como vimos anteriormente, la referida responsabilidad del Estado requiere como mecanismo garantizador de ella que el particular afectado pueda acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela de los derechos o intereses vulnerados por el Estado. Así el Artículo 26 constitucional prevé el derecho del acceso a la justicia, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual exige la obtención de una pronta decisión que resuelva el conflicto planteado, en este caso, entre el particular y el Estado. Es evidente, sin embargo, que dicha decisión no garantizaría el verdadero derecho de tutela judicial si dichas decisiones no son ejecutadas, es decir si al no existir una ejecución voluntaria del dispositivo de la sentencia por la parte perdidosa, no existen mecanismos que aseguren la ejecución o cumplimiento forzoso de ella. Es por eso, que los Artículos 253 y 259 constitucionales señalan que a los órganos del Poder Judicial les corresponde ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, y por lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa, ésta puede disponer lo necesario para el restableci-

16. Sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Germán Heriberto Avilez Peña*. Magistrado ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos consultada en original.

miento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Esta última norma es de suma importancia pues es la jurisdicción contencioso administrativa la que conoce, principalmente, de las demandas que por cobro de bolívares se intentan contra los entes estatales.

En acatamiento de dichas normas constitucionales el Código de Procedimiento Civil en su Artículo 21 señala:

> Los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los jueces toda la colaboración que éstos requieran.

Es de recordar, además, que, de conformidad con el Artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las normas del Código de Procedimiento Civil son supletorias en los procedimientos contencioso-administrativos. Asimismo, el Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reitera la norma constitucional sobre la potestad de la jurisdicción contencioso-administrativa de disponer lo necesario para restablecer la situación jurídica lesionada por la actividad administrativa. Por su parte, el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que corresponde la Poder Judicial *ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare*. Todo lo anterior evidencia el poder de los jueces de ejecutar y hacer ejecutar las sentencias que dicten, aún contra el Estado, y ordenar lo necesario para restablecer efectivamente las situaciones jurídicas infringidas de los particulares. Es de recordar, en este punto, que en nuestro país existe una separación de poderes flexible, en que la colaboración e interferencia entre los poderes es constante, por lo que la intervención del Poder Judicial sobre la Administración Pública, para el logro del cumplimiento de las sentencias, tiene claro basamento constitucional.

La anterior realidad constitucional se presenta lo suficientemente sólida como para afirmar que el Estado venezolano por sus actuaciones, actos u omisiones responde patrimonialmente, siendo que dicha responsabilidad se hace efectiva a través de la condena judicial al pago de sumas de dinero por parte del ente estatal correspondiente (por ejemplo República, Estado, Municipio, instituto autónomo, empresa del Estado). Dicha condena judicial de no ser ejecutada voluntariamente por el ente estatal será ejecutada forzosamente por el juez competente tomando las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento oportuno y pleno del fallo judicial.

Para lograr el cumplimiento de las sentencias, nuestra normativa también prevé diversos mecanismos de coerción. El Artículo 21 del Código de Procedimiento Civil señala que todas las autoridades de la República deberán prestar a los jueces toda la colaboración que éstos requieran, por lo que las autoridades públicas están en la obligación de acatar las sentencias que se dicten aún en su contra y tomar las medidas necesarias para su cumplimiento. Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su Artículo 174 permite al Tribunal Supremo de Justicia a "sancionar con multa que no excederá de cinco mil bolívares, a los funcionarios que, estando obligados a hacerlo, no acataren sus órdenes ...sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar". Si bien esta norma busca lograr, a través de sanciones de multa, que los funcionarios acaten las sentencias y colaboren en su ejecución voluntaria, parece ser el monto excesivamente bajo como para constituirse en una real forma de presión para los funcionarios públicos. El desacato de funcionarios a órdenes judiciales puede conllevar también responsabilidad penal -por desobediencia a la autoridad- y responsabilidad disciplinaria, las cuales

sin embargo no pueden hacerse efectivas por el juez contencioso administrativo de ejecución, aun cuando éste siempre puede exhortar a que los funcionarios competentes hagan efectivas dichas responsabilidades.

Por otro lado, las normas en materia presupuestaria se han constituido también en un obstáculo para la ejecución de sentencias contra el Estado en Venezuela, aún en la fase de cumplimiento voluntario de las mismas. El Artículo 314 de la Constitución señala:

> No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto. Solo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender a la respectiva erogación; a este efecto, se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o, en su defecto, de la Comisión Delegada.

En consecuencia, la Administración Pública se considera legitimada a suspender la ejecución de la sentencia hasta tanto se prevea en las leyes de presupuesto la partida necesaria para el pago de la obligación contenida en el fallo. Dicha inclusión presupuestaria, como es conocido, puede llevar varios años en el buen supuesto que efectivamente se incluya dicha asignación en las leyes presupuestarias de los años subsiguientes. Sin embargo, es importante recordar el contenido del Artículo 57 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en lo que respecta a la República y los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales:

> *...Los compromisos originados en sentencia judicial firme con autoridad de cosa juzgada* o reconocidos administrativamente de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en el reglamento de esta Ley, así como los derivados de reintegros que deban efectuarse por concepto de tributos recaudados en exceso, *se pagarán con cargo al crédito presupuestario que, a tal efecto, se incluirá en el respectivo presupuesto de gastos.* (Subrayado nuestro)

Por su parte, el Artículo 64 *ejusdem* establece que los principios y disposiciones establecidos en dicha ley para la administración financiera nacional, regirán para los estados, distritos y municipios.

La mencionada prohibición de realizar gastos que no hayan sido previstos en la Ley de Presupuesto ha pretendido constituirse en un límite al pago de las sumas de dinero ordenado por orden judicial. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público exige la existencia de un crédito presupuestario que responda de los compromisos dinerarios de los entes estatales producto de sentencias judiciales. Esto en consecuencia le resta importancia, para el tema que comentamos, a la prohibición de pagar por parte del ente estatal una condena judicial por falta de previsión presupuestaria, pues la referida ley exige dicha previsión.

El único problema que podría plantearse, entonces, en esta materia, es la insuficiencia del referido crédito presupuestario del presupuesto de gastos correspondiente al año en que adquiera firmeza la sentencia condenatoria. En principio ello no debería suceder, pues el Ejecutivo Nacional debería mantener actualizado el cálculo de las posibles obligaciones con ocasión de juicios que se siguen contra la Estado, tal como lo prevé además el propio Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público el cual exige que el Ministerio de Finanzas presente un anexo al proyecto de ley del presupuesto anual, en el cual se describan las "obligaciones contingentes, es decir, aquéllas cuya materialización efectiva, monto y exigibilidad dependen de eventos futuros inciertos que de hecho pueden no ocurrir, incluidas garantías y asuntos litigiosos que puedan originar gastos en el ejercicio".

En consecuencia, de una diligente determinación de dichas obligaciones contingentes en el presupuesto de gastos anual debería haber una partida con fondos suficientes para responder por las sentencias condenatorias de pago de sumas de dinero contra la República. Sin embargo, en el supuesto de que dicha partida sea insuficiente, los mecanismos de créditos adicionales o la partida de rectificaciones al presupuesto o los propios traspasos de partidas deben ser puestos en práctica inmediatamente después de la notificación de la sentencia condenatoria y de la determinación de la insuficiencia de la partida presupuestaria para el pago de los compromisos provenientes de sentencias condenatorias firmes.

Ahora bien, en el caso de que el ente estatal cumpla voluntariamente la sentencia dictada en su contra se habrá satisfecho la protección de los derechos e intereses del particular victorioso. Sin embargo, el problema radica cuando la parte perdidosa no ejecuta voluntariamente el fallo en su contra, lo cual obliga al órgano judicial a proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, es decir a realizar los actos necesarios para satisfacer, aún en contra de la voluntad de la parte perdidosa, la parte dispositiva de la sentencia. En el caso de las sentencias en que se condena al pago de una suma de dinero, el Código de Procedimiento Civil, establece que cuando el deudor no efectúe el cumplimiento voluntario en el lapso que el tribunal le señale, éste procederá a la ejecución forzada de la sentencia. Esta ejecución forzada se constituye en una orden del juez de embargar bienes propiedad del deudor que indique el ejecutante, los cuales finalmente serán puestos en remate para que con el precio de dichos bienes se satisfaga la sentencia dictada.

Sin embargo, esta ejecución forzada se ve limitada a nivel de la República por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la cual en su Artículo 73 señala que "[l]os bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva"[17]. Dicho privilegio es aplicable también a los institutos autónomos, por mandato del Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública[18]. Por su parte, el Artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que el Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, incluido en consecuencia el principio de inembargabilidad de sus bienes.

Estas normas impiden claramente la ejecución forzosa contra bienes estatales, lo que no solo carece de fundamento constitucional, sino que contraría los diversos principios consagrados en la Constitución y antes comentados, entre los cuales está el principio de legalidad, el principio de responsabilidad del Estado, el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares y la potestad de los jueces de ejecutar sus sentencias tomando todas las medidas necesarias para hacerlas efectivas. La citada norma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República claramente violenta dichos principios y derechos, pues ante la falta de cumplimiento voluntario de las sentencias el particular victorioso en juicio vería frustrada la posibilidad de lograr el resarcimiento de los daños

17. Norma también contenida en el Artículo 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

18. El Artículo 44 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala que los institutos autónomos municipales no gozarán de los privilegios y prerrogativas que esa ley acuerda al Fisco Municipal, a menos que una ley nacional así lo establezca. La norma de la Ley Orgánica de la Administración Pública pareciera incluir dentro de los privilegios de la República a todos los institutos autónomos, sean nacionales, estadales o municipales. Sin embargo, resultaría absurdo pretender la inejecución de bienes de los institutos autónomos municipales, frente a la posibilidad de ejecución forzosa de los bienes de los municipios, de conformidad con el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

y perjuicios que se le han ocasionado y estaríamos ante una clara desigualdad procesal en el tratamiento de la ejecución de sentencias entre las partes particular y Estado.

Si bien, el Artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que el Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, incluido en consecuencia el principio de inembargabilidad de sus bienes, la misma norma permite excepciones establecidas en dicha ley. Así, el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala:

> Cuando el Municipio o el Distrito resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al Alcalde, quien dentro del término señalado por el Tribunal, deberá proponer al Concejo o Cabildo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del Alcalde, y en este último caso, el Tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el Municipio no hubiere presentado alguna, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:
>
> 1. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al Alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar, se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.
>
> El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o Distrito.
>
> Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil; ...

Este procedimiento de ejecución en el caso municipal, aun cuando permite finalmente la ejecución forzosa de la sentencia -a través del embrago de bienes propiedad del Municipio- tiene aún como inconveniente el hecho de que ordena incluir la cantidad adeudada en el próximo o próximos presupuestos, en vez de ordenar el pago inmediato a cargo de la partida correspondiente a estas obligaciones. Es más, permite que la cantidad adeudada sea dividida en varios presupuestos lo que conlleva a la abusiva exigencia al particular -quien ya ha seguido un juicio de años contra el Municipio- a esperar otros años más hasta que sea efectivamente cancelada su acreencia, sin que se prevea el pago de los intereses moratorios correspondientes.

Dicha disposición además se ve reforzada con la limitación establecida sobre el monto máximo de la partida correspondiente para atender las obligaciones por sentencias -5 % de los ingresos ordinarios- en flagrante violación de los derechos del particular que verá diluida por inflación la cantidad de dinero que le fue acordada originalmente por el tribunal.

Ahora bien, así como la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece unos procedimientos de ejecución forzosa, ante los privilegios señalados, que es necesario evaluar a los fines de determinar si son suficientes para impedir que el principio de inembargabilidad de los bienes propiedad de la República violente los principios y derechos constitucionales que en esta materia hemos señalado. Los Artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señalan:

> *Artículo 85*. Cuando la República sea condenada en juicio, el Tribunal encargado de ejecutar la sentencia notificará al Procurador o Procuradora General de la República quien, dentro del lapso de sesenta (60) días siguientes, debe informarle sobre su forma y oportunidad de ejecución.
>
> Dentro de los diez (10) días siguientes de su notificación, la Procuraduría General de la República participará al órgano respectivo de lo ordenado en la sentencia. Este último deberá informar a la Procuraduría General de la República sobre la forma y oportunidad de ejecución de lo ordenado en la sentencia, dentro de los treinta (30) días siguientes de recibido el oficio respectivo.
>
> *Artículo 86.* La parte interesada, previa notificación, puede aprobar o rechazar la proposición del organismo público que corresponda y, en el último caso, el Tribunal debe fijar otro plazo para presentar nueva propuesta; si la misma no es aprobada por la parte interesada, o si el organismo respectivo no hubiere presentado alguna, el Tribunal debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:
>
> 1. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o Procuradora General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al organismo correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas...

Esa nueva normativa innova en lo que respecta a la forma de ejecución de las sentencias condenatorias contra la República, pues en la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965 solo se preveía que los jueces suspendieran en el estado de ejecución los juicios y "notificaran al Ejecutivo Nacional por órgano del Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo sentenciado" (Artículo 46). Así, las normas citadas si bien pretenden facilitar la ejecución forzosa de las sentencias contra la República, mantienen la misma desprotección para el particular que tuvo que seguir un juicio durante varios años contra la República, para ver cómo la sentencia que pretende proteger sus derechos o intereses será cumplida, en el mejor de los casos, con un retardo de más de dos años, con el cual habrá además una notoria pérdida del valor del dinero adeudado. Es más, puede que el organismo competente no incluya la cantidad adeudada en la partida correspondiente de los próximos dos ejercicios presupuestarios o la incluya y nunca proceder al efectivo pago. Ante esta situación, según la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el juez ejecutante no podrá tomar ninguna otra medida, vista la prohibición de embargabilidad de los bienes de la República.

Esta situación es claramente inaceptable en un Estado de Derecho en el cual el poder público debe responder real y oportunamente por sus actos, y en el que las sentencias judiciales deben constituirse en verdaderos mecanismos de tutela de derechos e intereses. Considero que esta situación sigue violentado los derechos constitucionales del particular afectado y principios constitucionales de suma importancia para el correcto equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los particulares.

En realidad, esta situación puede significar, en el peor de los escenarios, que la sentencia nunca se cumpla y que el juez no tenga ningún otro mecanismo para lograr el cumplimiento de la sentencia condenatoria contra la República.

Así vemos que la inembargabilidad absoluta de bienes de la República violenta de forma directa y extrema los derechos de los particulares afectados por la actuación estatal. Si bien la inembargabilidad de los bienes de la República puede tener una justificación en el aseguramiento del normal desenvolvimiento de las funciones del Estado, dicha justificación no parece legitimar la inembargabilidad plena de todos los bienes de la República.

Nuestro Código Civil señala que la República, Estados y Municipios pueden tener en su patrimonio bienes del dominio público y bienes del dominio privado, siendo los primeros inalienables. Por su parte, nuestra Constitución en el Artículo 12 al establecer que los yacimientos mineros y de hidrocarburos, así como las costas marinas, son bienes del dominio público, señala que por tanto son inalienables e imprescriptibles. Así, los bienes del dominio público son inalienables, pues tal como ha desarrollado la doctrina son de uso público o destinados al servicio público, es decir su finalidad es de utilidad pública, siendo además de difícil sustitución[19]. Dicha inalienabilidad y su finalidad pública pueden justificar una inembargabilidad de dichos bienes. Pero la inembargabilidad de los bienes del dominio privado de la República, no afectos a un uso público o aun servicio público, no parece encontrar suficiente justificación como para enervar el oportuno cumplimiento de sentencias condenatorias contra el Estado.

Así, consideramos que en caso de que los mecanismos previstos por la Ley Orgánica de la procuraduría General de la República no sean activados o aún activados, la República no proceda a pagar, el juez debe estar facultado para proceder al embargo de los bienes del dominio privado de la República, incluidos el dinero público[20], en desaplicación, por control difuso de la prohibición absoluta de embargabilidad de todos los bienes de la República. En caso contrario, estaríamos ante la inaceptable situación de que la República deudora puede desconocer sus obligaciones con los particulares a su antojo, dejando en manos de ella el momento y forma de ejecución de las sentencias condenatorias contra ella. Ello violaría por demás las propias funciones del Poder Judicial y la garantía de control judicial de las actuaciones del Poder Público.

Por su parte, si bien el Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República prevé la posibilidad de que se dicten medidas de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que el Estado tenga participación, la Ley Orgánica de la Administración Pública, tal como señalamos, les acuerda a los institutos autónomos los privilegios que la ley nacional acuerda a la República.

Sin embargo, consideramos que en este caso el principio de inembargabilidad de bienes de que goza la República no aplica a los institutos autónomos, pues la propia ley nacional que prevé el privilegio para la República -la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República- expresamente lo desaplica para el caso de los institutos autónomos.

En todo caso, en estos supuestos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que el Estado tenga participación), antes de la ejecución de la medida, el juez debe notificar de ello al Procurador General de la República para que el organismo público que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. Sigue el Artículo 98 señalando que si el Procurador en el lapso de 45 días no informa al tribunal sobre las medidas adoptadas, éste puede proceder a la ejecución de las medidas. Esta solución legislativa para el caso de los institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que el Estado tenga participación, sí

19. Tal es el caso de las vías de comunicación terrestre, plazas, parques, fortificaciones, cuarteles, líneas férreas, edificios adaptados especialmente para fines de utilidad pública o funcionamiento de servicios públicos, entre otros.

20. El Artículo 119 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público parece aceptar implícitamente los embargos sobre dinero del Tesoro Nacional.

respeta nuestro texto constitucional, pues si bien busca darle oportunidad al ente para que tome las medidas necesarias para que no vea afectada su actividad, permite finalmente la ejecución forzosa de la sentencias, a través de embargo de bienes del ente deudor.

IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia desde 1990 ha admitido que el derecho a la defensa ante los órganos judiciales de los derechos e intereses de los particulares establecido en el Artículo 68 de la Constitución de 1961 (hoy Artículos 26 y 49 de la Constitución de 1999), implicaba el efectivo "derecho a la ejecución de las sentencias, como forma de hacer efectiva esa tutela". Señalando más adelante que el derecho de los ciudadanos a lograr la ejecución de las sentencias dictadas en contra de los entes del Estado se constituye en un derecho fundamental dentro del Estado de Derecho[21]. Asimismo, la jurisprudencia ha entendido desde muy temprano que el Poder Judicial es el que tiene la potestad de ejecutar directamente lo juzgado, permitiéndole adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo dicha ejecución[22]. En sentencia del 3 de noviembre de 1992, la Sala Político-Administrativa señaló que le resultaba inaceptable a esa Sala "que una decisión emanada de su seno, primero no se hubiese ejecutado voluntariamente y que, además se haya hecho caso omiso de la orden de ejecución dictada el 13 de agosto de 1992". Con base en ello procedió la Sala a imponer la multa establecida en el Artículo 174 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al tribunal comisionado para la ejecución de la sentencia, la cual no realizó.

Asimismo, impuso a un alcalde que no dio cumplimiento a la sentencia, una multa de dos mil bolívares, de acuerdo con lo establecidos en el ordinal 1º del Artículo 172 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por irrespeto al Poder Judicial[23].

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa aceptó expresamente en el año 1991 que en la ejecución de sentencias en contra de entes estatales, el procedimiento de ejecución forzosa previsto en el Código de Procedimiento Civil se ve modificado por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de los bienes, prevista en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el llamado principio de legalidad presupuestaria, previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Sin embargo, en sentencia del 9 de mayo de 1991 y a pesar de que el demandado era un instituto autónomo nacional que por su ley de creación gozaba de los privilegios y prerrogativas de la República (incluida la inembargabilidad de los bienes) decidió aplicar por analogía el procedimiento establecido para ejecución de sentencias en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, advirtiendo que la aplicación del Artículo 104 se justifica en su obligación de hacer ejecutar lo juzgado[24].

---

21. Sentencia del 22 de noviembre de 1990, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Mochima II*, Magistrado ponente DUQUE CORREDOR, Román consultada en original.

22. *Idem.*

23. Sentencia del 3 de noviembre de 1992, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Arquímedes Fajardo*, Magistrado ponente SOSA GÓMEZ, Cecilia consultada en original.

24. Sentencia del 9 de mayo de 1991, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Sanitanca*, Magistrado ponente DUQUE CORREDOR, Román consultada en original.

En sentencia del 18 de mayo de 1995 la Sala Político-Administrativa confirma ese criterio, señalando que dictaría medidas ejecutivas contra bienes de Corpoindustria, a pesar de constituirse en un instituto autónomo que goza de las mismas prerrogativas del Fisco Nacional[25]. En sentencia reciente de fecha 11 de noviembre de 1999, la Sala señaló que en la ejecución de sentencias en contra de un Estado y una Mancomunidad regían los principios de inembargabilidad de lo bienes y el principio de legalidad presupuestaria. Sin embargo, aplicó analógicamente el procedimiento de ejecución previsto en el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalando que de no ser presentada la propuesta por la parte victoriosa o de no haberse presentado ninguna, la Sala ordenaría a los entes demandados que incluyan este pago en una partida de sus presupuestos[26].

Por su parte, reiteradamente jurisprudencia reciente ha ordenado la ejecución forzosa de fallos -decretándose embargo ejecutivo contra bienes de empresas del Estado, una vez constatada la no aplicación a dichas empresas de los privilegios de que goza el Fisco Nacional[27]. Por su parte, en sentencia de fecha 18 de mayo de 2000 la Sala señala que en el caso de empresas del Estado destinadas a la prestación de servicios públicos, "el presupuesto de cada una de estas empresas es ejecutable solo en el sector de los activos fijos (o ganancias), pues el presupuesto del Estado (central o descentralizado), manifestado en partidas, que corresponden a prestación de servicios o compromisos laborales, no es ejecutable, entendiéndose, por tanto que la prohibición general de embargo sólo es aplicable a aquellos bienes destinados a la específica satisfacción de fines e intereses que se coloquen por encima del derecho reclamado, bienes tales como los destinados al uso o servicio público[28]".

En sentencia de avanzada de fecha 4 de marzo de 1999, la Sala Político Administrativa, en un caso de sentencia condenatoria contra la República, si bien reconoció el privilegio de la República sobre su intangibilidad frente a las medidas ejecutivas, señaló sin embargo que no podía dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional.

Para ello decidió aplicar por analogía el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalando que en caso de desacuerdo entre las partes en la forma de dar cumplimiento voluntario a la sentencia o en caso de que la República no presente dicha propuesta, "la Sala ordenará al Ministro de Hacienda que incluya este pago en una partida de presupuesto"[29]. Dicho criterio es reiterado por la Sala Político-Administrativa en sentencia del 15 de junio de 2000[30].

---

25. Sentencia del 18 de mayo de 1995, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Plásticos El Guárico, C.A.,* Magistrado ponente LA ROCHE, Humberto consultada en original.

26. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Colectores del Aseo Urbano La Victoria*, Magistrado ponente PARADISI LEÓN, Héctor consultada en original.

27. *V.*, sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Constructora Oda*, Magistrado ponente ZERPA, Levis Ignacio consultada en original; y sentencia del 3 de agosto de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Galco C.A*., Magistrado ponente ZERPA, Levis Ignacio consultada en original

28. Sentencia del 18 de mayo de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Hidro Supply Yacambú*, Magistrado ponente TINOCO, José Rafael consultada en original

29. Sentencia del 4 de marzo de 1999, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Sucesión J.D. Colmenares*, Magistrado ponente PARADISI LEÓN, Héctor consultada en original.

30. Sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Luz Magaly Serna Rugeles*, Magistrado ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos consultada en original.

V. REFLEXIONES FINALES

La justicia contencioso-administrativa depende de la efectiva ejecución de sentencias en contra de los entes estatales. Hemos visto sobradamente cómo la exigencia constitucional de adecuación del poder público al Derecho nada significa si el control judicial sobre él no produce el verdadero restablecimiento del imperio de la ley. La posibilidad de que queden sentencias sin ejecutar en su contra será un duro golpe para el Estado de Derecho, para el principio de legalidad de la actuación pública, para el principio de responsabilidad del Estado y para el efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de dicha actuación. Sin la verdadera posibilidad de ejecución de sentencias contra el Estado los anteriores principios constitucionales carecerán de valor normativo y de trascendencia alguna en la relación Estado-particulares.

No solo la inejecución de sentencias condenatorias contra el Estado trastoca los más básicos principios de un Estado de Derecho sino que violenta groseramente los derechos de los ciudadanos, quienes no solo verán truncado su supuesto derecho a una tutela judical efectiva -con una sentencia que nunca se materializó- sino que sufrirán daños patrimoniales importantes, visto el sacrificio al cual se les expone. No solo el particular tendrá que seguir un juicio de años, con el costo económico que ello significa, sino que además, una vez obtenida una sentencia favorable a sus derechos tendrá que someterse a la voluntad de la Administración Pública, la cual le pagará tarde o nunca. Los daños económicos del simple retraso en la ejecución de la sentencia que, como hemos visto, puede ser de años, hace inocua por inexistente la protección judicial. Al momento que logre el cobro del dinero adeudado por el Estado, la realidad inflacionaria lo habrá despojado de su valor original. Y lo peor de este riesgo es que eventualmente puede que nunca reciba la cantidad de dinero que se le debe.

Creo que la anterior situación no amerita mayores comentarios, la inconstitucionalidad de la falta de mecanismos de ejecución forzosa ante el incumplimiento de la ejecución de sentencias es más que notoria. Ello ha llevado, como vimos, a que en los diversos ordenamientos se prevean distintos mecanismos que logren la efectiva protección de los derechos de los particulares sin violentar los necesarios privilegios del Estado para el ejercicio de sus potestades.

Es por ello que consideramos de extrema importancia una pronta y futura reforma legislativa que permita una verdadera ejecución forzosa de las sentencias contra el Estado. Consideramos que ante una sentencia condenatoria al pago de una suma de dinero, las normas deberían asegurar los siguientes elementos, así como el juez actuar de forma contundente en ejercicio de las siguientes potestades. El juez debe otorgar un lapso razonable para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte del ente estatal. En dicho lapso el ente debe hacer todos los trámites necesarios para proceder al pago de la suma adeudada a cargo de la partida destinada al efecto, la cual en caso de ser insuficiente, debe ser ampliada a través de los mecanismos presupuestarios correspondientes. En caso de que el ente no proceda al pago efectivo en el lapso de tiempo otorgado por el juez, éste podrá sancionar con multas elevadas la inercia administrativa, estando obligado a exhortar a los funcionarios competentes para que se haga efectiva la responsabilidad disciplinaria y penal que corresponda. En caso de que no se dé el cumplimiento voluntario en el lapso establecido por el juez, éste notificará al ente que procederá con la ejecución forzosa, para lo cual deberá considerar la información relevante que a este respecto le aporte el ente estatal. Dicha ejecución forzosa debe cumplirse con el embargo de bienes que no estén destinados a fines de utilidad pública, es decir sobre los bie-

nes del dominio privado, incluido y principalmente el dinero público. Asimismo, debe asegurarse que se fije una tasa de interés que debe ser calculada desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta el efectivo pago al particular.

Consideramos que ese es el camino a seguir en nuestro país, en claro desarrollo de los mandatos constitucionales. Mientras las reformas legislativas se suceden, es fundamental que los jueces, a través de interpretaciones constitucionales o control difuso o concentrado de leyes, inserte modificaciones a las normas contenidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica de Régimen Municipal. En el caso de la primera, contentiva del procedimiento de ejecución contra la República, es fundamental que, de no lograrse el pago a cargo de la partida presupuestaria correspondiente, se exija al menos su inclusión completa en el próximo presupuesto y no en el de los dos ejercicios siguientes. Debe asegurarse el pago de intereses por el retardo en el cumplimiento de las sentencias y limitarse el principio de inembargabilidad solo a los bienes que sean necesarios para la prestación de un servicio público o destinados a un uso público.

En lo que respecta al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el mismo debe ser aplicado a todos los demás entes estatales, distintos de la República. Sin embargo, debe desaplicarse por inconstitucional la posibilidad de que la inclusión en el presupuesto de la partida requerida se haga en más de un ejercicio presupuestario y se limite el monto a un 5% de los ingresos del ente. Además, debe asegurarse el pago de intereses moratorios por el retraso que se dé en el cumplimiento definitivo de la sentencia.

Este tema es de especial trascendencia para el necesario equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los administrados. De no lograr una rectificación, bien sea legalmente o jurisprudencialmente, de la situación actual existente en Venezuela en materia de ejecución de sentencias contra el Estado, el futuro de nuestro Estado de Derecho y del control judicial del poder público será en extremo desalentador.

BIBLIOGRAFÍA

BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 665.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 509.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 237.

CANCELADO RUÍZ, Ingrid, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999" en *Revista de Derecho Constitucional* nº 4, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 352.

COHÉN ARNSTEIN, Martha, "La ejecución de sentencias contra los entes públicos" en *Revista de Derecho Administrativo* n° 13, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tomo 1, novena edición, Montchrestien, París 1995, p. 1251.

-*Droit du Contentieux Administratif*, sexta edición, Montchrestien, París 1996, p. 1.199.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. "La ejecución de sentencias en el Derecho Italiano: Il giudicio di ottemperanza" en *Revista de Derecho Administrativo española* n° 59, Civitas, Madrid 1988.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, sexta edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1997, p. 1165.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 485.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décimasegunda edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, p. 742.

LEJARZA, Jacqueline, "La ejecución forzosa de las sentencias condenatorias contra los institutos autónomos (referencia al caso *Plásticos Guárico vs. Corpoindustria*)" en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1984, p. 1010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2000, p. 727.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, "La efectividad de las decisiones de la justicia administrativa", en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 312-315.

TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1993, p. 602.

Varios autores, *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Editorial Temis, Bogotá 1999, p. 371.

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Rafael J. Chavero Gazdik
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

Comencemos por lo primero. Nada más merecido que rendirle un homenaje escrito al Profesor Brewer-Carías, quien sin lugar a dudas ha sido el académico más productivo en nuestra patria y probablemente en el resto de América Latina. Su increíble obra en el Derecho Público ya ha hecho historia y seguro seguirá guiando a todos los operadores jurídicos que nos hemos servido de tan brillante talento.

Los que hemos tenido la oportunidad de trabajar junto a él, hemos podido conocer su prístina y atenta dedicación a la enseñanza, sin poder salir del asombro ante tantas energías para producir miles de páginas, combinando como pocos, la academia, el servicio público y el ejercicio profesional. Con tesón y sacrificio ha sabido aprovechar su tiempo como nadie para nutrir nuestra ciencia con admirable sapiencia y experiencia.

Allan R. Brewer-Carías ha sido pionero en probablemente todos los vértices del Derecho Administrativo y Constitucional; su labor se ha reflejado no sólo en libros y escritos ante estrados, sino en un conjunto de leyes y normas que ha sabido impulsar en forma desinteresada para modernizar nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, a él se debe una enorme escuela, ya de varias generaciones, que ha podido encontrar en su obra y ejemplo una ferviente inspiración para profundizar nuestra formación y ponerla al servicio de todos. Formo parte de una de esas generaciones, uno de sus tantos discípulos a quien le honra colaborar en tan digno homenaje, retribuyéndole, al menos con solidaridad, todo el esfuerzo que le ha rendido a nuestra patria. Su huella quedará indeleble en nuestra ciencia; y su ejemplo seguirá siendo el norte de todos los curiosos y especialistas del Derecho Público.

Pues bien, el objeto de las presentes líneas es abordar algunas modestas sugerencias para la tan esperada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo adelante LOJCA), la cual ya tiene una mora de casi cincuenta años, si tomamos en cuenta su consagración constitucional en 1953. Lamentablemente la mora parece extenderse, pues ya se ha incumplido lo dispuesto en la reciente Ley Orgánica de Administración Pública, donde se dispuso en la Disposición Transitorias Séptima que aquélla Ley debía ser sancionada por la Asamblea Nacional dentro del año siguiente a la promulgación de ésta[1].

1. La Ley Orgánica de la Administración Pública fue publicada en la *G.O.* nº 37.305 del 17 de octubre de 2001.

En todo caso, no sorprende que estos límites temporales para el legislador se vean burlados, pero mantenemos vivas nuestras esperanzas por el debut de este texto tan esperado y necesario para el ordenamiento sectorial que somete el Estado al Derecho.

Los presentes comentarios tienen también justificación si tomamos en cuenta que la Exposición de Motivos de la Constitución del 1999 tomó particular interés en preocuparse por la futura LOJCA, al punto que hasta formuló una especie de recetario para ser considerado a la hora de su elaboración. Al mismo tiempo, del propio Texto Fundamental pueden desprenderse encomiables principios fundamentales que deben ser implementados a la hora de reorientar las directrices de esta especial jurisdicción.

No pretendo innovar en estos temas, pues ya importante doctrina se ha lanzado a la tarea de pronunciar severas críticas frente al *status quo* y a cumplir con la aún más noble labor de aportar algunos elementos básicos que debería contener cualquier reforma[2]. Y ya conocemos de dos proyectos de leyes que han sido elaborados y que entendemos se encuentran en manos -o en las gavetas- de la Asamblea Nacional[3].

Por otra parte, existe un desfase tremendo entre las exigencias y los principios constitucionales referidos a la administración de justicia (y en especial a la administrativa) y la realidad del sistema contencioso administrativo venezolano. No pretendemos con esto herir sensibilidades, pero no sería más que una hipocresía pretender defender a ultranza un ordenamiento sectorial definitivamente vetusto y obsoleto.

Es una lamentable realidad que afronta nuestro país cuando vemos que las reformas legislativas siempre llegan demasiado tarde, es decir, cuando se han creados profundas brechas entre la legislación y la práctica, y cuando lo único que se percibe de los especialistas es un tremendo cansancio intelectual. Y no es que esta sea una característica propia o exclusiva de nuestro ordenamiento, pero es claro que cuando se revisa el Derecho Comparado suele encontrarse como los desfases se atienden con mucha mayor prontitud[4].

Mientras tanto, esos desfases de la legislación vienen siendo atendidos, no siempre acertadamente, por nuestra jurisprudencia, lo que ha venido configurando un contencioso administrativo extremadamente pretoriano, donde las reglas de juego se encuentra bastante atomizadas en distintas decisiones, creando así una gran inseguridad jurídica en todos los usuarios de esta jurisdicción. Pues bien, aprovechando esta coyuntura, me atrevo a presentar un modesto aporte a lo que considero serían las bases elementales a considerar en una verdadera y radical reformulación del contencioso administrativo.

---

2. Nos referimos a los trabajos de CAPABLANCA, Guistino J., "Injusticia para todos (Breve epístola sobre la grave situación de la jurisdicción contencioso administrativa y constitucional", *Revista de Derecho Administrativo* nº 7, Sherwood, Caracas 2000, pp 361 y ss.; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, "Buscando el Norte (Reflexiones sobre la situación y los recientes avances de la jurisprudencia contencioso administrativa), *Revista de Derecho Administrativo* nº 9, Sherwood, Caracas 2000, pp. 275 y ss., y CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, "*Reflexiones para la Reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*", Sherwood, Caracas 1998.

3. Nos referimos al Proyecto de Ley elaborado por Freddy J. ORLANDO (en lo adelante Proyecto ORLANDO), con el patrocinio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (cuyo texto puede encontrarse en www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/contencioso_admin.html); y el elaborado por Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE (en lo adelante Proyecto HERNÁNDEZ), el cual puede encontrarse en la *Revista del Tribunal Supremo de Justicia* nº 2. A estos proyectos haremos constantes referencias en las presentes líneas.

4. Así, por ejemplo, si se revisa la legislación española se pueden encontrar importantes cambios legislativos dentro de la legislación contencioso-administrativa luego de la Ley de 1956 (reformas de 1973, 1977, 1985, 1992 y 1998. Igual sucede en Francia donde la crisis del contencioso administrativo ha sido afrontada con decisión por la legislación. Para una revisión de estas reformas puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "*Hacia una nueva justicia administrativa*", Civitas, Madrid 1992.

Nuestra historia nos ha mostrado que el legislador rara vez llega a tiempo, por eso cuando se anima hay que aprovecharlo[5].

Sobre todo porque sería una lástima perder esta oportunidad y no lograr consolidar una reforma trascendente de un sistema que se encuentra terapia desde hace algún tiempo.

No pretendo aquí formular un caprichoso formulario de consideraciones para esta reforma legislativa, pero si tratar de identificar cuáles son los principales problemas que suelen identificar los especialistas en esta área y tratar de aportar cuales serían las mejores estrategias para solucionarlos. Y sobre todo, considero que la Constitución de 1999 tiene una serie de importantes directrices que servirían para garantizar un sistema que tenga por norte la tutela judicial efectiva, la transparencia y prontitud en la administración de justicia y, sobre todo, la calidad deseada por todos en los fallos que resuelvan las controversias.

Para este breve pasaje utilizaré el ya clásico método de todo sistema procesal (donde, quienes, que, como y para que de la jurisdicción contencioso-administrativa), esto es, la organización judicial; las partes; la materia de los recursos; los remedios judiciales; los procedimientos para tramitarlos; y los efectos de la sentencia.

Nos anima pues la esperanza de que el legislador decida atender las necesidades de esta jurisdicción, pero sobre todo que lo sepa hacer con tino y eficiencia. No podemos conformarnos con ligeros parches o retazos.

II. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN Y SUS COMPETENCIAS

No es un secreto para nadie que la almendra del problema de nuestro sistema contencioso administrativo radica en la deficiente ecuación entre el número de casos pendientes y los órganos judiciales para atenderlos. Y si además, a ello se le suman los precarios recursos con que éstos cuentan no sería exagerado concluir que a veces es cuestión de *suerte* el que se haga justicia a tiempo. Aquí es donde realmente se requiere con mayor urgencia de una reforma legislativa, y al final de cuentas, parece que siempre caemos en lo mismo, es decir, en el problema del déficit presupuestario para atender el Poder Judicial.

Todos los que se han dedicado al tema de la reforma de la justicia administrativa coinciden en admitir que la médula de su deterioro radica en la insuficiente cantidad de órganos judiciales. Principalmente porque la congestión de expedientes en los tribunales administrativos no sólo crea el problema de la lentitud de a justicia -que a veces es hasta intolerable- sino que también disminuye la calidad de las decisiones, sobre todo la de los tribunales de mayor jerarquía, toda vez que no disponen del tiempo necesario para desarrollar con precisión y altura los principios que deberían guiar al resto de los órganos judiciales.

5. Qué mejor muestra que la jurisdicción contencioso-administrativa, donde hemos estado embarcados con una ley de 1977 (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), la cual sólo tenía por objeto regular provisionalmente esta jurisdicción, más sin embargo se ha quedado inmutable entre nosotros por largos años, a pesar del notable incremento de usuarios en esta especial jurisdicción.

A veces hemos visto como la desesperación por aligerar la carga de asuntos ha llevado a la creación de criterios jurisprudenciales deplorables, cuya única justificación consiste en *limpiar* los tribunales de asuntos de los que supuestamente ya nadie se ocupa[6].

Esto no es otra cosa que una negación de justicia producto de la irresponsabilidad del legislador, al no dedicarse a las reformas que desde hace tiempo se piden a gritos.

Además del problema con el deficiente número de tribunales y los recursos con que son comúnmente dotados, encontramos el tema de la inadecuada distribución territorial de los tribunales administrativos y la terrible asignación de competencias que se le asignan a unos y otros. Esto conlleva a que en muchas materias la justicia sea exclusiva del foro capitalino y a que los tribunales de mayor jerarquía tengan que ocuparse de asuntos intrascendentes.

Hay casos que han sido realmente dramáticos, como el del contencioso funcionarial, donde hasta hace muy poco existía un solo tribunal encargado de conocer todas las querellas de los aproximadamente dos millones de funcionarios públicos que existen en el país; o como el de la Corte Primera -y única- de lo Contencioso Administrativo encargada de conocer a nivel nacional de la mayor diversidad de asuntos que se pueda imaginar.

Quizás la única justificación del *status quo* sea la ausencia de capacidad presupuestaria para crear y dotar nuevas Cortes o Tribunales. No parece estar dentro de las prioridades de los gobiernos la multiplicación y mejoramiento de los órganos judiciales encargados de juzgar sus actuaciones. Ello es algo que tendrá que pelearse en el foro político, ejerciéndose la presión que sea necesaria para adelantar esta lamentable situación.

Y lo peor es que muchas veces es la propia jurisprudencia la que no parece compadecerse con esta lamentable realidad, pues suelen encontrarse decisiones que tienden a empeorar el sistema, en lugar de compensarlo. Una muestra de ello lo constituye una reciente decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se determinó que las impugnaciones de las decisiones de las Inspectorías del Trabajo han de competer ahora -nuevamente- a la jurisdicción contencioso-administrativa general, esto es, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en lugar de los tribunales laborales, los cuales se encuentran en todas las regiones del país.

Nos referimos a la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso: "*Ricardo Baroni U*".), mediante la cual se determinó que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, específicamente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, debe conocer de las nulidades que se intenten contra los actos de los Inspectores del Trabajo, lo que implica el alejamiento de la justicia regional, toda vez que cualquier conflicto que se presente con una decisión de la Inspectoría del Trabajo del rincón más alejado del país tendrá que ser debatido en la capital[7].

---

6. Nos referimos en particular a las decisiones de la Sala Político-Administrativa que han declarado la perención de la instancia luego de que la causa se encuentra en espera de sentencia. Sobre este particular puede verse el recurso extraordinario de revisión preparado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), el cual puede consultarse en la página web de esta asociación.

7. Aunque debemos precisar que la decisión de la Sala Constitucional sugiere también el cuestionamiento de los actos de las Inspectorías del Trabajo a través de amparos autónomos, lo que permitiría su ejercicio ante tribunales locales, conforme a los criterios de distribución de competencias establecidos en algunas decisiones de la Sala Constitucional. Al respecto, *V.*, nuestro trabajo *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas 2001.

Los Proyectos Orlando y Hernández prestan particular atención al problema de la organización judicial. Allí se proponen ideas destinadas a tratar de descentralizar la justicia administrativa y a multiplicar los órganos encargados de ajusticiar a la Administración Pública. Básicamente en estos Proyectos se repite el núcleo central de la organización de la justicia administrativas actual, esto es, en el primer nivel unos Tribunales Administrativos destinados controlar las decisiones de las autoridades estadales y municipales o cuya prestación se realice dentro de esas jurisdicciones; de las demandas contra los entes públicos de menor cuantía; y de algunas otras materias particulares como la regulación de alquileres (Proyecto Hernández). En un segundo nivel los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo (Proyecto Hernández) o las Cortes de lo Contencioso Administrativo (Proyecto Orlando), con la finalidad de conocer, principalmente, de la nulidad de los actos de autoridades nacionales -pero no de las de mayor jerarquía- y de las demandas contra los entes públicos por cuantías intermedias. Y en el tercer y último nivel la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, encargada de conocer, principalmente, de las nulidades de los actos emanados de las más altas autoridades nacionales y de las demandas de mayor cuantía.

Particular referencia merece la incorporación en el Proyecto Hernández del recurso de casación administrativa ante la Sala Político-Administrativa y la creación de un Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo (órgano de nivel intermedio) con exclusivas competencias en materia económicas (v.g. bancarias, mercado de capitales, libre competencia, gas, energía eléctrica, antidumping, propiedad intelectual, etc.). Ideas éstas que nos parecen acertadas, pues atienden a dos principios que consideramos fundamentales: la unificación de los criterios jurisprudenciales y la especialización de los tribunales.

Son muchas las soluciones que se podrían aportar en esta materia, por ello me voy a referir tan sólo a los principios fundamentales que considero deberían seguirse a la hora de la consolidación de la reforma. A saber:

1. Descentralización

Es claro que el número de causas que se dilucidan ante esta especial jurisdicción va a seguir incrementándose en el futuro. Eso es algo irrefutable que nos muestra el Derecho Comparado. Y a pesar de las distintas políticas gubernamentales que se puedan estar gestando, también es indudable que la descentralización política es un proceso indetenible. Todo ello conlleva a la necesidad de acercar la justicia al lugar donde surgen los conflictos, pues resulta intolerable y completamente injusto que todos los conflictos regionales tengan que dilucidarse en la capital. Ello desestimula la descentralización, además de hacer más difícil y costoso el acceso a la justicia.

Por ello, considero que al menos debería existir un Tribunal Contencioso Administrativo de Primera Instancia en cada Estado, a los cuales debería atribuírsele todas las materias locales, y no sólo las emanadas de las autoridades estadales y municipales, pues, por ejemplo, los conflictos laborales, de inquilinato, funcionariales, agrarios, etc. que surjan en la provincia deberían decidirse allí mismo. Igualmente, deberían crearse Tribunales Superiores o Cortes de lo Contencioso Administrativo en diversas regiones del país. Así se sugiere en el Proyecto Hernández, donde se divide el territorio en siete regiones, creándose un Tribunal Superior para cada una de estas regiones.

Además, deberían preverse mecanismos que le permitan al administrado acceder fácilmente a los tribunales que no se encuentren en su región, bien sea a través de los propios tribunales de la localidad o a través de mecanismos como los términos de distancia.

2. La especialización de los juzgados

Otro principio que considero fundamental es el de la especialización de los magistrados encargados de conocer los asuntos contencioso-administrativos, de modo de convertir a los jueces de determinadas materias en verdaderos expertos en esas áreas. Resulta una gran falacia pretender obtener de un mismo grupo de jueces sentencias de calidad en todas las materias en donde intervienen los órganos del Poder Público, pues definidamente la concentración del estudio en determinados asuntos permite una mayor profundización de las materias. Es realmente sorprendente el esfuerzo que realizan actualmente los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quienes tienen atribuidas las más diversas competencias en sectores económicos, sociales, políticos, etc.

La distribución de competencias puede realizarse con múltiples opciones, bien sea con la creación de tribunales especializados en diversas áreas (económicas, sociales, etc.), o a través de la creación de Secciones dentro de los distintos tribunales colegiados (tal como lo sugiere Canova, quien parece seguir la legislación española[8]). Así, por ejemplo, un Tribunal Superior o una Corte de lo Contencioso Administrativo (independientemente del nombre que se formule) podría tener Secciones dedicadas a lo económico (libre competencia, regulación financiera, antidumping, etc.), a lo social (funcionarial, laboral, agrario, etc.).

3. Colegiación matizada

Una tendencia bastante frecuente en las legislaciones foráneas parece ser la consolidación de tribunales colegiados en todas las instancias. Actualmente, nuestros tribunales administrativos de inferior jerarquía son unipersonales, lo que muchas veces parece restarle calidad a las decisiones de estos juzgados, toda vez que resulta evidente que las decisiones discutidas por un panel de especialistas reducen los márgenes de error y las posibles arbitrariedades.

Y digo que la colegiación tiene que ser matizada, toda vez que la LOJCA debe contener mecanismos que permitan que ciertas decisiones sean elaboradas por un solo juez del panel, y no sólo las que se refieran a la sustanciación de los expedientes, sino también aquellas otras que deban ser pronunciadas con urgencia (v.g. las medidas cautelares). Es claro que lo que se ahorra en precisión y calidad con los tribunales colegiados se pierde en velocidad, de allí que sea necesario matizar este principio, permitiendo decisiones individuales a los asuntos que requieran agilidad.

---

8. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la Reforma del sistema contencioso administrativo venezolano, op. cit.*, pp. 154 y 155.

4. Jerarquía

Las mayorías de las jurisdicciones están conformadas bajo una estructura piramidal, lo que implica que exista un órgano judicial en la cúspide de la organización que se encargue por darle uniformidad y armonía a los criterios jurisprudenciales. Ello se logra no solamente con la creación de varios niveles de tribunales -lo que actualmente existe-, sino también con la consagración de remedios o mecanismos judiciales que permitan ejercer el control de las decisiones de los tribunales de inferior jerarquía. Por ello, veo con buenos ojos las propuestas de creación de un recurso de casación (Proyecto Hernández) o de revisión que le permita a la Sala Político-Administrativa revisar las decisiones de los tribunales de instancia. Eso si, estos remedios no deberían estar revestidos de las formalidades o exquisiteces con que se suelen diseñar este tipo de mecanismos, pues no puede olvidarse que la sencillez y transparencia de la justicia son ahora principios constitucionales.

Por otra parte, la jerarquía implica que los órganos judiciales superiores no deberían constituirse en tribunales de instancia, salvo para los casos que se consideren más importantes. Pero no tiene ningún sentido que la legislación siga atribuyéndole a la Sala Político-Administrativa asuntos de poca trascendencia, pues su función debería estar encaminada a la revisión de los errores de los juzgados inferiores o el conocimiento directo de los casos más relevantes. Para ello se podrá ser más o menos flexible, pero la idea fundamental es tratar de dejar a la Sala Político-Administrativa con la menor cantidad de asuntos de instancia, para permitirle desarrollar su labor de unificación de los criterios jurisprudenciales.

5. Flexibilización

Considero fundamental evitar que los cambios de la estructura judicial deban efectuarse a través de normas de rango legal. No sólo en cuanto al número y tipos de tribunales, sino también en cuanto al tipo de materias que se le debe asignar a cada uno de ellos. Por eso, parece formidable la propuesta realizada en el Proyecto Hernández, donde se le atribuye a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura la competencia para modificar la estructura o crear nuevos tribunales de instancia, cuando se considere pertinente. Esto evitará la perpetración de estructuras vetustas, haciendo posible afrontar las necesidades de la justicia administrativa a tiempo.

6. Claridad de criterios

Finalmente, pero no por ser menos importante, consideramos que los criterios de distribución de competencias dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa deben ser los más claros, precisos y objetivos posible, pues actualmente existe una gran incertidumbre en muchas materias, como por ejemplo, en el órgano competente para conocer de las demandas contra entes públicos descentralizados funcionalmente; o en el caso del conocimiento de los recursos de abstención o carencia. Incluso, existe una gran subjetividad a la hora de determinar cuales son los órganos de la Administración Pública considerados como de mayor jerarquía, lo que se revierte en dispersos criterios de asignación de competencia a la Sala Político-Administrativa.

Es de suma importancia, pues, que los criterios de distribución de competencia sean claros, sencillos y objetivos, a los fines de reducir al máximo los márgenes de error a la hora de presentar los recursos o demandas ante los respectivos juzgados.

III. LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Cuando se habla de partes en el proceso contencioso administrativo se suele referir a quienes están legitimados para participar en estos litigios. Y principalmente la discusión en este asunto ha estado alrededor de la legitimación activa en los recursos de anulación contra actos de efectos particulares, pues para la impugnación de los actos de efectos generales nuestra jurisprudencia ha admitido la acción popular. Una frase infeliz del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia generó en nuestra jurisprudencia una situación angustiante que ha significado en no pocos casos una negación de justicia[9].

Obviamente no pretendemos aquí referirnos a toda la polémica que ha surgido con relación a la interpretación de cuales son esos intereses personales, legítimos y directos, pues ya de ello se ha ocupado suficientemente la doctrina[10]. Baste, sin embargo, con señalar que la nueva Constitución de 1999 ha incorporado principios básicos sobre el acceso a la justicia que sin lugar a dudas deben implicar un cambio radical en los estándares tradicionales de nuestra jurisprudencia. En efecto, el artículo 26 de la Constitución establece lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos o intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
>
> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Esta ampliación en el acceso a la justicia atiende a una tendencia universal que reconoce que los problemas cotidianos de la gran mayoría deben ser tutelados y protegidos por los tribunales, y es claro que bajo los criterios tradicionales ello se haría simplemente imposible. Se hace necesario ampliar los márgenes de tolerancia y atender los problemas por su verdadera raíz, evitando esquivar la resolución de los conflictos con meras excusas procesales, tales como la falta de legitimación. Ahora el acceso a la justicia tiene rango constitucional y la ley y la jurisprudencia deben desarrollar estos principios teniendo por norte que la justicia debe proteger los *intereses* de los ciudadanos, y no sólo los personales, o los legítimos, o los directos. Claro está, podría ser prudente que la LOJCA estableciera cuales podrían ser los órganos estatales o las asociaciones representativas que deberán ejercer la tutela de los derechos colectivos o los intereses difusos, para evitar también la inseguridad jurídica que podría implicar el hecho de que sea cualquier individuo poco capacitado y aislado de la comunidad el que pretenda defender los derechos e intereses de un número importante de ciudadanos.

---

9. Nos referimos a la frase *interés personal, legítimo y directo*.

10. En especial, puede verse el tomo I de la obra colectiva que recoge las *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, titulada *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, donde se compilan las decisiones relevantes sobre este tema, acompañadas de excelentes comentarios doctrinales.

Bastante clara y aguda es la denuncia del Profesor Nieto, quien afirma que "el ciudadano ordinario no tiene, ya lo hemos visto, pleitos grandes y, con frecuencia, sus intereses no son individuales, sino colectivos. Lo que importa a la inmensa mayoría es tener una línea próxima de autobús y un parque, que el servicio de correos funcione con regularidad, que la polución se reduzca, que se termine el asfaltado de su calle, que la policía le atienda y que el aceite que consume no esté envenenado. Pero en todas estas cuestiones para nada intervienen los tribunales. Los tribunales se ponen en marcha si se expropia a un propietario un centímetro de más con objeto de abrir una calle o de establecer un parque, pero los diez mil vecinos del barrio no pueden acudir a ellos si la Administración decide arbitrariamente no abrir el parque"[11]. Difícilmente puede decirse mejor.

Afortunadamente la más reciente jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo en materia de legitimación activa ha sido acorde con los nuevos principios constitucionales, dejando ver que para acceder al contencioso de anulación contra actos de efectos particulares, basta demostrar un interés actual en la eliminación de la actuación administrativa, es decir, es suficiente con que el acto le cause al actor un perjuicio -de la potencia que sea- o que su nulidad le implique un provecho, para que pueda entonces cuestionar el acto en vía judicial. Esta es la interpretación que le damos a la decisión dictada en el caso: "*Banco Fivenez, S.A.C.A*", de fecha 13 de abril de 2000, donde textualmente se dijo lo siguiente:

> Se aprecia, pues, que los criterios de legitimación fijados en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no son coincidentes con los de la nueva Constitución: la legitimación prevista en la citada Ley es más restringida que la de la Constitución de 1999. El concepto de *interés* es obviamente más amplio que el de *interés personal, legítimo y directo*. De allí que considera esta Sala que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho criterio resulta incompatible con los principios que establece la nueva Constitución (Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999), al menos en lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador sea personal y directo.
>
> En efecto, el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo *legítimo*, ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos. La legitimidad del interés es consustancial al interés como criterio de legitimación para la admisión del recurso contencioso administrativo, pues el ordenamiento jurídico no puede otorgar protección a los particulares en razón de intereses contrarios a la Constitución o a las leyes. Sin embargo, en lo que respecta a la condición de *directo*, debe afirmarse que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución no se puede exigir tal condición a los recurrentes. Así que, cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo y el recurrente, debe admitirse que éste es titular de un *interés indirecto*, lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo.
>
> No pueden, pues, los tribunales de lo contencioso administrativo, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, inadmitir los recursos contencioso administrativos con fundamento en que el recurrente no es titular de un *interés directo*, pues la nueva Constitución no exige este requisito, razón por la cual ha de entenderse suficientemente legitimado para actuar quien ostente un *interés indirecto* en la resolución del asunto. Tal restricción es contraria frontalmente al artículo 26 de la nueva Constitución, antes transcrito; derecho que, por su carácter constitucional, vincula de forma inmediata y directa a todos los poderes públicos y, en especial, a la administración pública y al poder judicial, cuyos órganos están obligados en consecuencia a admitir en base

11. Recomiendo ampliamente ese gran trabajo de NIETO, Alejandro, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona 1997.

> al mismo la impugnación de actos por todas las personas que actúen en defensa de sus intereses legítimos. Es suficiente, pues, que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo, impugnar actos de efectos particulares como actos de efectos generales. En lo que respecta a la exigencia de que el interés sea *personal*, debe señalarse que la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses *difusos* y *colectivos*. En efecto, el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad.
>
> Ahora bien, por último, cabe destacar que, no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular. En esta última, en los casos en que la ley la acuerde, al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado. El fundamento de la acción popular es la voluntad del legislador, y sólo procede en los casos en que éste la admita.

Por ello, consideramos que la LOJCA debe estar orientada a dar cabida en la justicia administrativa a cualquier persona que pretenda valer sus intereses actuales, evitando cerrar las puertas de los tribunales por meros caprichos innecesarios. Y estos mismos principios deben ser aplicados a los terceros que pretendan apoyar a cualquiera de las partes en litigio, bastará con que no entorpezcan o retrasen el desarrollo del proceso para que sus argumentos puedan ser oídos y analizados.

Otro punto que plantea el tema de la legitimación es el referente a la *legitimación pasiva*, es decir, a la persona u órgano encargada de defender los intereses del ente público querellado. Esta es una situación que también abordan favorablemente los Proyectos Orlando y Hernández, toda vez que allí se señala que, en principio, son los propios órganos emisores del acto los que deberían venir al proceso a defenderlo. Ello para evitar aquello que también denuncia Nieto, y es que a la hora de dictar un acto, la Administración suele acompañarse de numerosos y prestigiosos juristas, pero a la hora de defenderlos en los estrados judiciales prescinde de sus expertos y pone el tema en manos de un hombre nuevo que ha de empezar por estudiar el asunto desde el principio[12]. Sin embargo, consideramos que la Ley no debería evitar que la Procuraduría General de la República pueda participar y asesorar en la defensa de los actos de los órganos de la Administración Pública, pero al menos debería dejar que sean los órganos directos los verdaderos legitimados pasivos.

Por último, debe replantearse la verdadera necesidad de participación del Ministerio Público en todos los procesos contencioso-administrativos, sobre todo si se toma en cuenta que hoy en día la Constitución parece haber dejado en manos de la Defensoría del Pueblo la competencia para velar en vía judicial por el respeto de los derechos fundamentales. Pero incluso, considero que el llamado a este órgano del Estado debe hacerse en forma potestativa, es decir, dependiendo de cada caso concreto, pues no todos los asuntos contencioso-administrativos tratan sobre derechos fundamentales.

12. *Ibídem*.

IV. LA MATERIA DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Sobre el tema del objeto de los recursos contencioso-administrativos creo que lo que hace falta es simplemente sincerar y aclarar la situación actual, sobre todo respetando el principio de la universalidad del control judicial de los actos del Poder Público y atendiendo al principio de la tutela judicial efectiva, expuesto en el artículo 26 de la Constitución.

1. Ámbito de lo contencioso administrativo

En efecto, en primer lugar, es necesario configurar el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha sufrido sustanciales cambios con la nueva Constitución. Así, por ejemplo, con la creación de las jurisdicciones constitucional y contencioso electoral se ha restado materia a la contencioso-administrativa, sin embargo, sería conveniente aclarar con precisión los límites entre una y otra jurisdicción.

En el caso de la delimitación entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa, nuestra Constitución parece haber asumido un criterio formal, el cual atiende a la naturaleza del acto. Así, si el acto cuestionado -o incluso la omisión- se dicta en ejecución directa e inmediata de la Constitución, el conocimiento del recurso le corresponde a la jurisdicción constitucional, quedándole a la contencioso-administrativa el conocimiento de asuntos relacionados con actuaciones o inactividades de rango infralegal. Sin embargo, hay casos donde la determinación del rango del acto puede prestarse a confusiones, razón por la cual se requiere de una mayor precisión legislativa[13].

Pero por otra parte la Constitución le ha asignado a la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora en forma incuestionable, el conocimiento de las nulidades intentadas en contra de los Reglamentos Ejecutivos; así como el conocimiento de los reclamos por la prestación de los servicios públicos (contencioso de los servicios públicos)[14].

Creo también que es hora de sincerar el verdadero alcance de esta jurisdicción, sobre todo en los casos del control de los actos (u omisiones) emanados de órganos distintos a la Administración Pública, como serían los órganos legislativos y judiciales, así como los actos de autoridad dictados particulares. Ya bastantes páginas de doctrina y jurisprudencia se han escrito sobre este tema, lo que debería ser suficiente para que el legislador opte por una solución que atienda a las verdaderas necesidades de los justiciables[15].

13. En particular, la Sala Constitucional dictó algunas decisiones contradictorias en materia de impugnaciones de Ordenanzas municipales. Sin embargo, hoy en día ha retomado la posición de considerar estos actos normativos como de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

14. Artículos 266, numeral 5 y 259, respectivamente.

15. Sobre el tema del concepto de acto administrativo, como materia del recurso contencioso administrativo de anulación, precisamente el homenajeado en la presente obra tiene un excelente aporte donde describe los diversos criterios que se han venido utilizando. Nos referimos al trabajo de BREWER-CARÍAS, Allan R., "El problema de la definición del acto administrativo", en el *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, U.C.V., Caracas 1984. *V.*, también CHAVERO GAZDIK, Rafael J., "*Los Actos de Autoridad*", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, donde exponemos algunos criterios relacionados con los actos administrativos dictados por particulares.

Otra controversia que resulta importante tratar de resolver por vía legislativa es la referida a la impugnación de los actos administrativos dictados con ocasión de las relaciones contractuales. Más concretamente, nos referimos al tema de la doctrina de los actos separables, donde también ha existido una eterna polémica jurisprudencial sobre la posibilidad de impugnar estos actos en forma autónoma[16].

2. La inactividad de la Administración

Es necesario que la LOJCA desarrolle en detalle instrumentos rápidos y eficaces para combatir la pasividad y las dilaciones de los órganos de la Administración Pública, lo que sin duda alguna ha sido una de las principales deficiencias de la legislación vigente.

Así, el tema del silencio administrativo requiere de importantes replanteamientos, sobre todo para dejar bien claro que este debe ser considerado como una garantía para los administrados, de modo de execrar antiguas concepciones que han limitado el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Aquí, nos luce acertada la sugerencia de Ortiz Álvarez, quien sostiene que para el caso del silencio administrativo negativo el particular podrá ejercer su recurso judicial en cualquier momento, es decir, sin tener las limitaciones de los lapsos de caducidad, pues es claro que la Administración nunca pierde su obligación de responder[17].

Igualmente, para el caso del silencio administrativo positivo se requiere de la consagración legal de la necesidad de expedir la constancia del vencimiento del plazo, lo que muchas veces requiere el particular para acreditar el derecho obtenido por la omisión o tardanza de la Administración[18].

El resto de las consecuencias que se derivan de la inactividad administrativa también deberán aclararse con la LOJCA. Hoy luce sencillamente insostenible que el recurso de abstención o carencia se limite únicamente a cuestionar omisiones específicas, dejando por fuera a las omisiones genéricas, las cuales pueden ser cuestionadas únicamente a través de acciones de amparo constitucional[19].

---

16. *V.*, en particular la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa, de fecha 6 de agosto de 1998, donde parece encontrarse la tesis actual que permite la impugnación de los actos separables dictados por la Administración, en el contexto de un contrato administrativo, para controlar, interpretar o extinguir el respectivo contrato.

17. Recordemos que según la conocida decisión *Ford Motor de Venezuela, C.A.* (Sala Político-Administrativa, 22-06-82) el administrado tiene la opción, una vez vencido el plazo que tenía la Administración para decidir el recurso jerárquico, de acudir al contencioso administrativo antes de que se venza el plazo de seis (6) meses para recurrir; o, puede esperar la decisión expresa, momento a partir del cual renacerán los plazos de impugnación. La tesis sugerida por ORTIZ ÁLVAREZ simplemente permite acudir al contencioso una vez vencido el término que tenía la Administración para decidir el recurso. Ello lo podrá hacer en cualquier momento. *V.*, ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A., *El silencio administrativo en el Derecho venezolano*, Sherwood, Caracas 2001, p. 97; GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Editorial Colex, Madrid 1996; y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid 1990.

18. *Ibídem*.

19. *V.*, nuestro trabajo, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, *op. cit.*; en especial, a partir de la p. 371.

Igualmente, será necesario desarrollar el tema de la inactividad prestacional, como parte del contencioso de los servicios públicos a que hace referencia el artículo 259 de la Constitución, tratando de buscar la excelencia y eficiencia en este tipo de actividades, donde actualmente se concentran la mayoría de los intereses del ciudadano común[20].

3. El agotamiento de la vía administrativa

Por otra parte, la LOJCA deberá abordar el tema del agotamiento de la vía administrativa antes de acceder al contencioso administrativo. Aquí hay un mandato particular de la Exposición de Motivos de la Constitución, donde se señala que esta Ley deberá dejar a los recursos administrativos como una simple opción para los particulares, y no como un requisito de admisibilidad, tal y como actualmente sucede[21]. Sobre este particular gran parte de la doctrina ya se ha pronunciado a favor de la eliminación del carácter preceptivo de los recursos administrativos, e incluso, durante el año 2000 hubo una conocida polémica jurisprudencial sobre este asunto, donde por momentos se manejó la tesis de considerar a la causal de inadmisibilidad prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia como una limitación irracional e injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esperemos pues que el legislador acoja la posición más acertada, la cual parece ser la de eliminar la causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo que se refiere al agotamiento de la vía administrativa, dando paso a si a las tendencias más modernas en la justicia administrativa.

Igualmente, la LOJCA deberá referirse al llamado antejuicio administrativo previsto en los artículos 54 y siguientes del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual se refiere al caso de las demandas patrimoniales contra la República. Considero que para ser coherentes debería eliminarse también este antejuicio administrativo previo a la interposición de las demandas patrimoniales frente a la República, lo que luce hoy como un privilegio exorbitante e injustificado.

4. Otros asuntos contencioso-administrativos

Igualmente, con la LOJCA deberá desarrollarse otros asuntos relevantes para el control de la gestión de la Administración Pública que ahora tienen rango constitucional, los cuales fueron sencillamente ignorados por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Nos referimos al caso del contencioso de las controversias entre autoridades administrativas; al recurso de interpretación; y al control de las vías de hecho.

---

20. Sobre este tema recomendamos el trabajo de UROSA MAGGI, Daniela, "La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo" en *Revista de Derecho Administrativo* nº 9, Sherwood, Caracas 2000, pp. 195 y ss.

21. Será un buen momento para debatir el carácter vinculante o no del mandato contenido en la Exposición de Motivos, sobretodo si recordamos que ésta fue elaborada en fecha posterior a su aprobación. Además, resulta claramente inusual que el constituyente se ocupe de estos temas, sobre todo si consideramos que esto pareciera robarle al legislador las distintas alternativas que existen para tratar este asunto. Por otra parte, las Exposiciones de Motivos buscan facilitar la interpretación del texto, y no establecer recomendaciones generales y particulares para la futura legislación. En nuestro criterio se trató simplemente de complacer los caprichos de todos los que pasaron por el proceso constituyente.

La experiencia nos ha mostrado que no son temas marginales, sino que han adquirido una importancia sustancial a la hora de revisar el apego de la Administración al Derecho. Así, con el desarrollo de la descentralización administrativa son cada vez más numerosos los distintos conflictos que se presentan entre los distintos entes públicos, sobre todo a la hora de determinar la autonomía de cada uno de ellos. Igualmente, hemos podido observar como los principios de seguridad e igualdad jurídica han requerido continuas solicitudes de interpretación de textos legales, con todo y las limitaciones que ha tenido este especial recurso bajo la legislación actual[22].

En lo que al control de las vías de hecho se refiere, es importante destacar que el artículo 259 de la Constitución hace referencia a la necesidad de disponer medios impugnativos destinados al "restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". De modo que esta especial jurisdicción debe disponer de los remedios destinados a combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica, pero que sin embargo lesionan derechos e intereses de cualquier clase. No es el momento este de abordar en detalle todo el tema de las vías de hecho, pero baste con destacar que muchas veces las actuaciones de los órganos del Estado no revisten una apariencia jurídica formal que permita su impugnación por las vías o mecanismos tradicionales, razón por la cual es importante mantener criterios amplios y compatibles con la tutela judicial efectiva que permitan la revisión de cualquier perjuicio que el Estado le pueda causar a los particulares.

V. LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

En mi criterio es aquí donde se requiere de la mayor creatividad legislativa para tratar de cumplir con el mandato constitucional de una tutela judicial efectiva. Principio constitucional que no sólo se refiere a la velocidad de la justicia, sino también a su sencillez, accesibilidad y calidad.

1. Los procedimientos en general

En primer lugar, creo que no luce conveniente seguir manteniendo procesos distintos para cada tipo de recurso contencioso administrativo, ello genera confusiones además de que no se justifica tal clasificación. En este sentido, comparto las sugerencias realizadas por Canova, quien defiende la existencia de un procedimiento común para todos los asuntos contencioso-administrativos, donde se identifican las siguientes fases o etapas procesales: demanda, admisión de la demanda, emisión de providencias cautelares, citaciones a los demandados, emplazamientos a terceros, contestación de la demanda, instrucción de la causa (pruebas), vista oral y sentencia. Son estas las fases normales y comunes que debería contener cualquier proceso judicial[23].

22. En particular, la jurisprudencia ha venido exigiendo que la Ley que presente las dudas prevea expresamente la posibilidad de ser interpretada judicialmente. *V.*, entre otras, sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del 6-12-90, Caso *Petróleos de Venezuela, S.A.*

23. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la Reforma del sistema contencioso administrativo venezolano, op. cit.*, pp. 239 y ss.

De las distintas fases que propone Canova, es importante resaltar la vista oral, es decir, lo que sería el equivalente a unos informes orales. Creo que combinar la oralidad con la escritura en los procesos contencioso-administrativos sería un avance significativo, además de que obligatorio ante los nuevos principios constitucionales. Sobre todo para obtener la inmediación entre jueces y partes, lo que redunda en una mayor probabilidad de obtener la verdad procesal, toda vez que las audiencias le permiten a los jueces indagar sobre las dudas que puedan tener sobre una determinada controversia. Se busca entonces que la vista oral sea una especie de resumen de los argumentos y pruebas expuestos en autos, a los fines de facilitar y agilizar la decisión definitiva. Tampoco estaría mal permitir la presentación en este acto de un resumen escrito de la controversia.

Ahora bien, además del procedimiento común sugerido ya por la doctrina, considero imprescindible agregar un *procedimiento sumario o breve*, donde también predomine la oralidad. La idea central es que existan procedimientos judiciales breves para resolver los asuntos sencillos; y procesos más complejos para debatir los casos más complicados.

A mi juicio, se vulnera la tutela judicial efectiva cuando se nos tiene que involucrar en un debate judicial prolongado y complejo para, por ejemplo, conocer de la nulidad de un acto que ha sido dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

En pocas palabras, la tutela judicial efectiva implica que se dispongan de procedimientos judiciales sencillos para atender cosas sencillas. Como lo he expresado en otra oportunidad, no se puede estar lanzando misiles para matar ratones[24]. Así, podría diseñarse un procedimiento sumamente breve, muy similar al del amparo autónomo[25], a los fines de tramitar las nulidades, abstenciones, controversias de autoridades o interpretaciones que no requieran de mayor complejidad.

La idea sería que ante una pretensión a ser tramitada por el procedimiento expedito, el juez contencioso administrativo valorare y considere si ese procedimiento expedito es suficiente para administrar justicia en ese caso concreto, y de considerar pertinente mayores averiguaciones puede ordenar la continuación del juicio a través del procedimiento ordinario o común.

Este procedimiento expedito podría ser la solución efectiva para muchos asuntos o pretensiones frente al Estado que requieren de respuestas definitivas en lapsos perentorios, sin vulnerar el derecho a la defensa de los entes públicos. Es sencillamente insólito que, por ejemplo, para cuestionar una falta de respuesta ante una solicitud de, por ejemplo, un título universitario, se tenga que tramitar un proceso de más de dos años. Incluso, a los propios entes públicos le conviene muchas veces obtener resultados judiciales en forma expedita, toda vez que muchas veces se embarca a la Administración en procesos eternos que le impide cumplir a cabalidad con las gestiones públicas que tiene encomendada[26].

---

24. CHAVERO GAZDIK, Rafael J., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, *op. cit.*, pp. 345 y ss.

25. La idea sería un procedimiento cuyos lapsos se computen por horas; donde se le dé al ente público una oportunidad para contestar la solicitud; una fase probatoria diluida en el resto de las etapas del proceso; y una audiencia pública que permita la inmediación entre juez y partes. Obviamente, otorgándose un breve lapso para sentenciar.

26. Son muy frecuentes los casos donde un particular obtiene una medida cautelar en las primeras de cambio, y luego se solidariza con la pasividad y lentitud del proceso, a los fines de evitar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En definitiva, un sistema dual como el que propongo, permitiría atender cada caso concreto con las fases procesales necesarias para atender la mayor o menor complejidad que puedan presentar los asuntos. La idea es que el proceso en cada situación concreta no se haga ni muy largo ni tampoco insuficiente.

2. El tema de las medidas cautelares

Sin lugar a dudas el sistema cautelar en el contencioso administrativo ha sido el tema predilecto de la mayor parte de la doctrina preocupada por la justicia administrativa, sobre todo porque ha sido la única alternativa efectiva que ha coadyuvado a palear los terribles efectos de la dilación procesal. Incluso, sobre este particular también la polémica Exposición de Motivos de nuestra Constitución aportó su recetario.

Al respecto, creo que la Exposición de Motivos al menos ha presentado una acertada sugerencia que considero adecuada y necesaria. La idea central es tratar de unificar el sistema cautelar en nuestro contencioso administrativo. Hoy no se justifica que existan tres tipos de medidas preventivas, cada una de ellas con requisitos de procedencia y procedimientos distintos[27]. Claro está, este catálogo de medidas que fue apareciendo paulatinamente en nuestra justicia administrativa tuvo su razón de ser, básicamente debido a las deficiencias que presentaba la medida típica de suspensión de efectos, prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[28].

Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo vino a introducir dos grandes beneficios en nuestra justicia administrativa, pues con una solicitud cautelar de amparo se le permite al administrado acceder directamente al contencioso, sin necesidad de agotar la vía administrativa, y sin reparar en lapsos de caducidad.

Pues bien, con la reforma que se propone, el tema del agotamiento de la vía administrativa estaría resuelto al considerarla como potestativa; y con relación a los lapsos de caducidad la Exposición de Motivos sugiere que se eliminen en los casos de solicitudes de nulidades basadas en vicios de nulidad absoluta o violación de derechos fundamentales[29]. Razón por la cual, el nuevo sistema cautelar ofrecerá también esos mismos beneficios, es decir, no se nos privará de nada.

Por tanto, pareciera que están dadas las condiciones para homogeneizar las diferentes cautelas. La idea sería establecer un sistema cautelar amplio, que le permita al juez dictaminar todo lo que sea necesario para evitar que el proceso para obtener la razón se convierta en un daño para quien la tiene.

---

27. Nos referimos a la medida de suspensión de efectos (artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo; y las medidas cautelares innominadas (artículos 588 y 585 del Código de Procedimiento Civil).

28. Entre otras cosas, esta medida se limitaba a actos de efectos particulares; además de que no podía ser utilizada para dar protección preventiva ante actos de contenido negativo, ni para las omisiones de la Administración.

29. Sobre este último particular consideramos que puede resultar muy peligroso permitir la impugnación de actos en cualquier momento, pues se olvida que el principio de seguridad jurídica requiere que aún las cuestiones ilegales se consoliden, cuando ha transcurrido un lapso de tiempo importante, pues de lo contrario siempre le quedan dudas a los particulares sobre la existencia o no de sus derechos. Y ya sabemos que fundamentar una nulidad en vicios de nulidad absoluta o violaciones de derechos fundamentales es cosa bastante simple.

Los requisitos de procedencia de la cautela deberían ser, obviamente, los mismos que ha venido desarrollando la mayor parte de nuestra jurisprudencia, esto es, la presunción de buen derecho, el peligro de daño por la mora, junto con la respectiva valoración de los intereses en juego. En el trabajo de Canova que hemos citado varias veces se propone una interesante combinación de estos criterios, donde se da, como es lógico, una preponderancia a la presunción de buen derecho. En todo caso, estos detalles si podrían ir quedándole a la propia jurisprudencia.

Es importante reiterar que en todos los procesos contencioso-administrativos (nulidades, abstenciones, interpretaciones, etc.) el juez debe estar dotado de ese poder cautelar amplio y suficiente, permitiéndole disponer lo necesario para garantizar la efectividad de la justicia. Hoy no se justifican limitaciones o excepciones, ni para los actos generales[30], ni para las abstenciones o actos de contenido negativo. El poder cautelar es, sencillamente, un requisito fundamental e imprescindible para administrar justicia, más aún en el contencioso administrativo donde los actos de la Administración se presumen legítimos y son de ejecución inmediata.

Igualmente, con un sistema cautelar único y amplio, se debería establecer un claro y expedito sistema de oposición y/o apelación de las medidas preventivas; de modo que la Administración o los terceros interesados puedan cuestionar la medida aportando mejor derecho.

El tema de la caución también debe abordarse en la LOJCA, pues se requiere de un instrumento que pueda servir de garantía suficiente a la Administración y al interés general, pues la consagración de un poder cautelar amplio no puede permitir que se cometan excesos. Es necesario que el juez disponga del remedio de las contracautelas para evitar un desequilibrio que pueda dejar sin contenido cierto el fallo definitivo, a consecuencia de una determinada medida cautelar.

3. Privilegios procesales

Creo que no puede perderse la oportunidad de la LOJCA para modernizar las tendencias legislativas que conciben el contencioso administrativo como una especie de calvario para el administrado, pues distintas leyes dotan a los entes públicos de una serie de prerrogativas injustificadas e irracionales que colocan a los administrados en una clara situación de desigualdad.

Baste con referirnos al artículo 84 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual exige a todos los órganos judiciales que conocen de juicios donde la República es parte, que se notifique al Procurador General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. Ello, trae como consecuencia la necesidad de suspender el proceso durante ocho (8) días cada vez que se dicte alguna decisión durante el proceso, a pesar de ya la República ha sido debidamente citada y, por tanto, se encuentra a derecho.

---

30. Por ejemplo, resulta lamentable y hasta preocupante la posición asumida por la Sala Constitucional en el fallo de fecha 27 de diciembre de 2001, Caso *Fedecamaras*, donde se negó el poder cautelar de la Sala en casos de acciones de inconstitucionalidad. Afortunadamente han existido otras decisiones (por ejemplo, la sentencia del 30-1-02, Caso *Manuel Peña*) donde se reconoce el poder cautelar de la Sala ante acciones de inconstitucionalidad frente a actos de efectos generales.

Considero que la LOJCA pudiera otorgar ciertas prerrogativas procesales para la Administración, pero sin descuidar que la sobrecarga de trámites, incidencias y lapsos puede constituir un desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. La idea es que la justicia llegue a tiempo, sin más trámites que los estrictamente necesarios para permitirle a las partes exponer suficientemente sus argumentos, pruebas y consideraciones.

Debe consagrarse, igualmente, un sistema equitativo de *costas* en el contencioso administrativo[31]. Ya la doctrina más calificada ha venido pidiendo a gritos la eliminación de ese privilegio exorbitante de la exoneración absoluta de costas[32]. La justicia, para que sea efectiva, requiere que se le devuelva al vencedor, sea quien sea, los gastos en que tuvo que incurrir para obtenerla. Lo contrario es quedarnos cortos, es obviar el principio fundamental de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución. Hay mecanismos que pudieran eliminar los riesgos de que se puedan desangrar los erarios públicos con condenas irracionales, pero lo que no se justifica es una imposibilidad absoluta de obtener el reembolso de los gastos del proceso.

4. Recursos frente a decisiones definitivas

Tal y como señalé anteriormente, luce bastante razonable la propuesta de una especie de recurso de casación, o más bien de revisión, mediante el cual se le permita a la Sala Político-Administrativa corregir los errores en que hayan podido incurrir los tribunales de instancia. Creemos que podría emularse la figura del recurso extraordinario de revisión, previsto en el artículo 336.10, lo que permitiría evitar un ejercicio exagerado o abusivo de esta figura, garantizando así la verdadera efectividad del mismo.

En suma, la idea central sería que la Sala Político-Administrativa pudiera revisar, a su entera discreción, las decisiones definitivamente firmes de los tribunales administrativos de instancia que hayan incurrido en errores graves.

VI. LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El tema estelar de la LOJCA debe ser el de los poderes del juez contencioso administrativo, pues se requiere dejar de lado los criterios restrictivos que pretenden asignarle al juez una simple función anulatoria. Es claro que el juez administrativo no es quien debe decidir donde debe ir la carretera, donde debe emplazarse una central hidroeléctrica o cuando puede restringirse la libre convertibilidad de la moneda, pero también es evidente que los derechos del ciudadano no pueden verse soslayados por las actuaciones u omisiones ilegítimas de los órganos de la Administración y, por tanto, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva implica una remisión al poder judicial de la misión de verificar y, en su caso, corregir las arbitrariedades en el orden jurídico sin excepción alguna. La herencia del principio *The King can do not wrong*, ha quedado desvanecida por el Derecho Administrativo Contemporáneo.

31. El artículo 74 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece, sin más, que la República no puede ser condenada en costas; mientras que el artículo 88 del mismo Decreto-Ley permite que los particulares sean condenados en costas cuando resultan vencidos en procesos contencioso-administrativos frente a la República.

32. Sobre todo GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*

El tema de los poderes del juez administrativo puede llevarnos a un sin fin de planteamientos de imposible sistematización en este breve ensaño. En efecto, este tema, como bien lo apunta Díaz, puede abarcar el estudio de las ordenes y declaraciones que puede emitir un juez en el propio texto de la sentencia contencioso-administrativa (anulación, convalidación, modificación, condenatoria, obligaciones de hacer, de no hacer, etc.); también abarca el estudio de la posible flexibilización de los efectos de la decisión en el tiempo; las potestades inquisidoras del juez en el procedimiento contencioso administrativo; las potestades del juez para trasladar sus decisiones formales al campo material (el problema de la ejecución de los fallos contencioso-administrativos); y la posibilidad de imposición de costas en estos procesos[33].

Obviamente no pretendo aquí entrar a analizar en detalle cada uno de estos asuntos, me limitaré a destacar que la LOJCA debe reconocer la tendencia universal que ha venido reduciendo e, incluso, podríamos decir hasta eliminando, los actos exentos del control judicial. Nuestra jurisprudencia se ha venido haciendo eco de esa posición, e incluso ha intensificado notablemente la calidad y profundidad del control de las actuaciones administrativas, con miras a cercar la arbitrariedad administrativa. En este sentido, las *decisiones Depositaria Judicial (2-11-82), Pan American (11-5-81), Horacio Morales Longar* (16/05/83), *Phillip Morris*"(14-03-91) y, más recientemente, el conocido caso *Hernán Gruber Odremán* (30-3-93), han destacado que la labor del juez contencioso administrativo debe llegar hasta controlar los elementos reglados de las potestades discrecionales, como pueden ser los hechos determinantes en la resolución administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, respetando -claro está- las razones de mérito y conveniencia del Gobierno.

Ello quiere decir que hay una tendencia a reducir márgenes de discrecionalidad especialmente amplios, lo que implica, lógicamente, una extensión de los poderes del juez contencioso administrativo. La interpretación moderna preceptos constitucionales (derecho a la defensa y tutela judicial efectiva) ha exigido una justicia administrativa más extensa y reforzada, de allí que los tribunales han venido aceptando la aplicación de técnicas de control que permiten una mayor eficacia en el enjuiciamiento de los actos, como pueden ser la finalidad del acto y la desviación de poder, la desmistificación de la discrecional técnica, el control de los conceptos jurídicos indeterminados y la introducción de criterios igualitarios en el sistema de la carga de la prueba. En definitiva, la tendencia se encamina a remover los obstáculos jurídicos que impidan una adecuada fiscalización de motivos y fines de la actividad administrativa.

Desde esta perspectiva, nuestro sistema contencioso administrativo nunca ha eludido el control judicial de los hechos analizados por la Administración, a los efectos de contrastarlo con la veracidad fáctica y la motivación de sus actos. Sin embargo, el talón de Aquiles de nuestra justicia administrativa ha estado en la *ejecución material de los fallos*, debido a que en no pocos casos la efectividad de la decisión ha quedado supeditada a persuasiones, recordatorios o ayudas. Es decir, luego de todo un largo proceso para obtener la razón, comienza el calvario del administrado para obtener su efectiva subsanación. Aquí es donde la LOJCA debe prestar una mayor atención.

33. *V.*, DÍAZ CANDIA, Hernando, "Los poderes del juez contencioso administrativo en Venezuela", *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República* n° 11, Caracas 1994.

En efecto, los poderes de juez en nuestro país han quedado muy reducidos, básicamente por una legislación vetusta e inadecuada que no se ha ajustado a las nuevas exigencias del Estado de Derecho, sumado además, a una jurisprudencia muy respetuosa de los privilegios y prerrogativas de la Administración, los cuales han sido calificados como *fósiles medievales*[34].

En particular, se requiere de un absoluto replanteamiento de la tesis de la inembargabilidad de los fondos públicos. Consideramos que la admisión de la ejecución forzosa de dinero público en base a un título ejecutivo válidamente configurado (sentencia firme) es la salida única y necesaria a esta angustiante situación. El administrado litiga para ver satisfecho su derecho, no para obtener decisiones que únicamente le sirvan de adorno.

Obviamente no se trata de aceptar el embargo de bienes afectados al dominio público, pero si de reconocer que no todos los bienes, sobre todo las cuentas del Estado, están afectados directamente a la ejecución de una actividad de servicio público. En suma, la LOJCA debe dotar al juez contencioso administrativo de poderes y procedimientos suficientes e idóneos para hacer efectiva la justicia administrativa[35].

Resulta bastante ilustrativa la afirmación de Ruíz Ojeda, cuando afirma que "el prurito de que asegurando la relevancia externa de la cobertura presupuestaria se salvaguarda del mejor modo la libertad de los ciudadanos es, además de una ilusión, la más perfecta coartada para una Administración inicua que primero contrata y recibe la prestación y luego se cobija en la hipocresía de que la obligación es nula por falta de dotación presupuestaria[36]".

Aquí sugerimos la consagración de un procedimiento de ejecución, donde primero se le permita al ente público cumplir de manera voluntaria con el dispositivo del fallo, reconociendo que ello puede implicar diligencias complejas en determinadas circunstancias; pero luego de vencido ese lapso prudente, debe pasarse, sin ningún tipo de contemplaciones, a una fase de ejecución forzosa, la cual debe ser efectiva y contundente, para así garantizar la hora de la verdad de la justicia administrativa.

Paralelamente, deben consagrarse mecanismos idóneos y severos que permitan sancionar a los funcionarios públicos que se nieguen a cumplir, dentro de los lapsos legalmente establecidos, los mandamientos judiciales de ejecución.

Sólo así se podrá crear una conciencia ciudadana de que las sentencias son para cumplirlas, no para burlarse del vencedor.

Para concluir quisiera traer a colación una vieja cita de Tocqueville, donde se deja muy claro la importancia del control judicial de la actividad administrativa:

> Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, pues siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*

35. Es simplemente insuficiente y hasta inconstitucional el procedimiento previsto en los artículos 85 y 86 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

36. RUÍZ OJEDA, Alberto, *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la Administración y el embargo de dinero público*, Civitas, Madrid 1993.

> Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiados débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes.
>
> La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan[37].

Ojalá, en definitiva, no se desaproveche la oportunidad de la LOJCA. Se debe impulsar una verdadera reforma, no simples maquillajes, donde se respeten los principios constitucionales que requiere nuestra justicia administrativa.

Ya hemos visto que el legislador nunca atiende a tiempo las exigencias de la sociedad, por ello hay que aprovecharlo cuando, por fin, se decide a ocuparse de un asunto.

Hay que estar muy conscientes de que al Estado le cuesta mucho crear mecanismos legales efectivos para controlar las decisiones del poder, por eso hay que insistir hasta el cansancio. Requerimos urgentemente de una moderna y radical reforma de nuestra justicia administrativa, que nos permita juzgar en forma efectiva (a tiempo y con calidad) las arbitrariedades de la Administración.

Para ello, valgan estas sugerencias como un simple y modesto aporte a esa tarea, el cual debe sumarse a los muchos que nos ha brindado el hoy homenajeado, creo que es algo que todos le debemos.

37. TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México 1996.

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Profesor de la Universidad Complutense Madrid, España

I. EL CUADRO LEGAL GENERAL DE ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA ELECTORAL

En el Derecho Electoral español es tradicional la existencia de una organización *ad hoc*, la Administración electoral, de base esencialmente judicial por su composición, dotada de una efectiva autonomía funcional y estructurada internamente de modo jerárquico, a la que corresponde garantizar la transparencia y objetividad de los procesos electorales y el principio de igualdad, sin perjuicio del control último de sus decisiones por los Tribunales de Justicia.

No voy a entretenerme aquí, sin embargo, en su descripción. Recordaré sólo que de esa estructura forman parte las Juntas Electorales de Zona de cada partido judicial, las Juntas Electorales Provinciales, las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma y la Junta Electoral Central. En todas ellas los Jueces tienen mayoría y todas también, salvo la Junta Central, que es permanente, se constituyen ad hoc para cada proceso electoral.

Su relación interna se ajusta, como ya he dicho, al principio de jerarquía, por lo que, como regla general y salvo que la Ley disponga otra cosa, sus acuerdos son recurribles ante la Junta de superior categoría, que debe resolver -dice el artículo 21 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de Junio de 1.985- en el plazo de cinco días a contar desde la interposición del recurso.

Contra la resolución de la Junta superior "no cabe recurso administrativo o judicial alguno", según precisaba la redacción inicial del apartado 2 del propio artículo 21 de la Ley Orgánica, precepto éste que la Sentencia constitucional 149/2.000, de 1 de Junio, ha declarado inconstitucional y nulo en lo que se refiere a la exclusión incondicionada del recurso judicial.

A partir de esta Sentencia, por lo tanto, los acuerdos de las Juntas Electorales que resuelvan un recurso administrativo contra la resolución de la Junta que ocupa el escalón inferior agotan la vía administrativa y dejan expedita la jurisdiccional contencioso-administrativa ante cuyos Tribunales podrán ser impugnadas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción de 13 de Julio de 1.998.

La regla general expuesta tiene en la propia Ley Orgánica Electoral dos importantes excepciones que conciernen a los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidaturas y candidatos (artículo 49 de la Ley) y sobre proclamación de electos (artículos 109 y siguientes).

"A partir de la proclamación -dice el artículo 49 de la Ley- cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los

acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo", que en los dos días siguientes resolverá con carácter firme e inapelable en la vía judicial, sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos que culminan el proceso electoral son objeto de lo que la Ley Orgánica Electoral llama recurso contencioso-electoral a cuya regulación dedica, como es lógico, dada la decisiva transcendencia del asunto, especial atención, reservando para ella nueve artículos (109 a 117).

Para completar el panorama de los procesos judiciales a los que pueden dar lugar las elecciones hay que hacer referencia todavía a los relativos a la confección y revisión del censo electoral. Corresponde esta tarea a la Oficina del Censo Electoral, dependiente del Instituto Nacional de Estadística, que elabora el censo y lo mantiene permanentemente actualizado a partir de los datos que le proporcionan los Ayuntamientos y el Registro Civil.

Todo ciudadano puede consultar en cualquier momento los datos censales y formular, en su caso, las reclamaciones correspondientes ante las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo, que habrán de resolverlas en el plazo de cinco días. Las resoluciones en cuestión, dice el artículo 38 de la Ley Orgánica, se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, lo que remite hoy al procedimiento especial regulado por los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Con independencia de estas reclamaciones sobre los datos censales que pueden hacerse en cualquier momento, la Ley Orgánica Electoral regula también un procedimiento específico para las que se produzcan durante el período electoral, esto es, a partir de la convocatoria de unas concretas elecciones.

Publicada la convocatoria de éstas, los Ayuntamientos y Consulados exponen al público las listas de electores, exposición que abre un plazo específico de reclamación de ocho días ante las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo, cuyas resoluciones son recurribles en el plazo de cinco días ante el Juez de Primera Instancia, que en los cinco días siguientes dictará la correspondiente Sentencia contra la que no cabe recurso alguno en la vía judicial, de forma que sólo será susceptible del de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Con esta breve, aunque reconozco que fatigosa, descripción queda completo el cuadro de los distintos procesos que pueden generar la convocatoria y el desarrollo de unas elecciones en el Derecho Español, un cuadro cuya contemplación suscita no pocos motivos de crítica. No hay, en efecto, razón alguna que justifique tanta variedad de procedimientos y, menos aún, que se apele por el legislador a órdenes jurisdiccionales diferentes en casos sustancialmente idénticos. Así ocurre, como hemos visto, con la rectificación de los datos censales, que se remite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trata de rectificaciones que se promueven fuera del período electoral y a los Jueces de Primera Instancia, esto es, del orden jurisdiccional civil, cuando tales rectificaciones se plantean tras la convocatoria de unas elecciones.

No tiene mayor sentido tampoco que el artículo 38 de la Ley Orgánica Electoral ponga tanto énfasis en afirmar que los recursos contra resoluciones de la Oficina del Censo se tramitarán en el primero de los casos indicados por el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de la persona cuando el artículo 40 de la propia Ley prevé también un procedimiento sumario y extraordinariamente

expeditivo (cinco días para interponer el recurso y otros cinco días para resolverlo) para decidir sobre las rectificaciones de datos censales que se presentan durante el período electoral.

Si todo lo que se necesita y lo que se desea en ambos casos es un procedimiento simple y rápido para resolver las reclamaciones relativas a los datos del censo de cuya exactitud depende el ejercicio del derecho de sufragio basta elegir aquel que se considere más apropiado para el caso sin necesidad de establecer diferencias donde en lo sustancial, no hay diferencia alguna.

Otro tanto ocurre, en fin, con la diversidad de los plazos, de interposición y de resolución, de los distintos tipos de recursos (veinticuatro horas unas veces, dos, tres o cinco días otros), que también podría reducirse sin daño.

No está bien resuelta tampoco la relación que en muchos casos existe inevitablemente entre unos y otros recursos, supuesto que el procedimiento electoral es, justamente, eso, un procedimiento integrado por una serie de trámites sucesivos que culmina en un acto final, la proclamación de los candidatos elegidos, cuya legalidad depende, lógicamente, de la regularidad de todos los trámites que le preceden.

Por todas estas razones sería muy aconsejable, en mi opinión, una revisión general de la Ley Orgánica Electoral en este punto con el fin de simplificar hasta donde sea posible el cuadro actual de acciones y recursos y de reconstruir éste con un criterio único y claro que dote al conjunto de una coherencia sistemática de la que hoy por hoy carece, lo que no deja de producir dificultades en la práctica.

II. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL EN PARTICULAR

1. La mecánica procesal

De lo que acabo de decir resulta que el que la Ley Orgánica llama recurso contencioso electoral es sólo uno de los varios recursos sobre cuestiones electorales que dicha Ley regula, aunque, ciertamente, es el más importante de todos ellos porque se refiere al desenlace de las elecciones.

En él, por lo demás, se hacen particularmente visibles las tensiones a las que inevitablemente están sujetos los órganos judiciales competentes para resolver este tipo de conflictos y, muy especialmente, la que se produce entre la imperiosa necesidad de garantizar y proteger en sus estrictos términos el resultado de la voluntad popular efectivamente expresada en las urnas y la no menos imperiosa exigencia de poner fin cuanto antes al período de interinidad institucional que toda convocatoria de elecciones abre, una manifestación extrema de la permanente oposición entre legalidad y seguridad jurídica, que en este ámbito suele plantearse con especialísima crudeza.

Por estas razones y porque las últimas elecciones generales celebradas en el 2.000 han dado lugar a dos importantes Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional me parece particularmente necesario y oportuno dedicar alguna atención al recurso contencioso-electoral.

Es éste, en rigor, una variante del recurso contencioso-administrativo, puesto que se tramita ante y se resuelve por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a partir de un esquema procesal calcado sobre el modelo del proceso impugnatorio tradicional en esta jurisdicción, a cuya Ley reguladora se remite la Ley Orgánica Electoral en su artículo 116.2 en todo lo no expresamente regulado por ella.

Objeto del recurso contencioso-electoral son, como ya quedó dicho, los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales, cuestión esta última que dejaré a un lado con el fin de no enturbiar la exposición del asunto principal.

Realizado el escrutinio, corresponde, en efecto, a las Juntas Electorales proclamar los resultados de la elección y los candidatos elegidos. Contra este acuerdo formal pueden alzarse los candidatos, proclamados y no proclamados, los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción y los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en ella, a todos los cuales reconoce expresamente legitimación el artículo 110 de la Ley Orgánica Electoral.

El recurso se interpone ante la propia Junta Electoral que ha adoptado el acto de proclamación de electos dentro de los tres días siguientes al mismo y se formaliza en el propio escrito, consignando, pues, en él los hechos, los fundamentos de derecho y la pretensión que se ejercita.

Al día siguiente de su presentación el Presidente de la Junta Electoral ha de remitir el escrito de interposición, junto con el expediente electoral y un informe de la Junta en el que se consigne cuanto ésta estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente, que será la Sala 3ª del Tribunal Supremo cuando se trate de elecciones generales o al Parlamento Europeo y la del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando se trate de elecciones autonómicas y locales.

La resolución de remisión habrá de ser notificada acto seguido por la Junta a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala competente en los dos días siguientes. Concluido este plazo la Sala da traslado del escrito de recurso al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieren personado, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta para que en el plazo común de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, acompañar los documentos que consideren necesarios y solicitar, si lo desean, el recibimiento a prueba y proponer las que estimen oportunas.

Transcurrido el período de alegaciones, la Sala acordará *dentro del día siguiente* lo que proceda sobre el recibimiento a prueba, lo haya solicitado o no alguna de las partes, y resolverá también lo necesario para la práctica de las que declare pertinentes en un plazo que no podrá exceder de cinco días (artículo 112).

Concluido el período probatorio, la Sala, sin más trámite, dictará Sentencia en el plazo de cuatro días (artículo 113.1), que habrá de notificarse a las partes no más tarde del trigésimo séptimo día posterior a las elecciones (artículo 114.1) y contra la que no se da recurso alguno, sin perjuicio, naturalmente, del de amparo ante el Tribunal Constitucional, que deberá deducirse, en su caso, en el plazo de tres días y resolverse en los quince días siguientes.

Como puede verse, el recurso contencioso-electoral, al que el artículo 116 de la Ley Orgánica Electoral da carácter urgente y preferencia absoluta para su sustanciación y fallo, se resuelve en menos de veinte días: uno, el siguiente a su presentación, para re-

mitirlo a la Sala competente y emplazar a los interesados, dos más para que éstos puedan comparecer ante la Sala, otro para dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes comparecidas para alegaciones, cuatro para presentar éstas, otro más para resolver sobre la prueba, cinco como máximo para practicar ésta, en su caso, y otros cuatro para dictar Sentencia.

Si a los doce o, como mucho dieciocho días en el caso de que se acuerde el recibimiento a prueba, necesarios para tramitar y resolver el recurso contencioso-electoral, se unen los nueve días que la Ley Orgánica Electoral fija como máximo para realizar el escrutinio, los dos días que la propia Ley otorga para formular reclamaciones ante la Junta y los otros dos días que ésta tiene para resolver las presentadas y adoptar el acuerdo de proclamación de electos, resulta que en un mes, contado a partir del día de las elecciones pueden quedar zanjados definitivamente los conflictos generados por ellas, a expensas sólo de la eventual interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que de promoverse, requeriría otros dieciocho días más.

Es, pues, bien visible el propósito del legislador de combinar el obligado respeto a la voluntad popular y al derecho fundamental de igualdad de acceso a los cargos y funciones públicas con las exigencias institucionales y con la necesidad de poner fin cuanto antes a cualquier posible incertidumbre sobre la regular constitución de los órganos constitucionales, así como a la situación de interinidad política que la convocatoria electoral provoca.

2. La Sentencia y sus posibles pronunciamientos

Tras este rápido repaso a la mecánica procesal del recurso contencioso-electoral sólo resta hacer una referencia, también breve, a la Sentencia que pone fin al mismo.

El artículo 113 de la Ley Orgánica Electoral enuncia sus cuatro pronunciamientos posibles: inadmisibilidad del recurso, declaración de la validez de la elección y de la proclamación de electos y nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos o de la elección celebrada en una o varias Mesas Electorales.

Sobre los dos primeros no requieren mayores explicaciones, como no sea aclarar que la falta de protesta previa ante las Mesas Electorales o en el curso del escrutinio no determina por sí sola la inadmisibilidad del recurso, como ha precisado la jurisprudencia.

La nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos cuando se estime procedente debe ir acompañada de la proclamación como tales de aquél o aquéllos a quienes corresponda, tal y como precisa el artículo 113.1.c) de la Ley, lo cual es enteramente lógico y no supone excepción alguna al régimen general del recurso contencioso-administrativo, ya que la proclamación de electos es un acto estrictamente reglado, fruto de la mera comprobación del número de votos válidos obtenido por cada candidato.

El apartado d) del artículo 113.1 contempla un último pronunciamiento, a saber: la nulidad de la elección celebrada en aquélla o aquéllas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, en el plazo de tres meses a partir de la Sentencia. El precepto se cuida, además, de precisar que "la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la distribución de escaños en la circunscripción".

La redacción actual del artículo 113.1.d) procede de la modificación introducida en la Ley Orgánica Electoral por la Ley Orgánica 8/1.991, de 13 de Marzo, a raíz de una Sentencia constitucional de 15 de Febrero de 1990 que anuló en vía de amparo otra del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que, a su vez, declaró nulas las elecciones generales de Octubre de 1989 en toda la circunscripción y dispuso la retroacción de las actuaciones procesales para que dicho Tribunal completara la documentación electoral manejada a fin de averiguar la auténtica voluntad del electorado en las dos Mesas controvertidas y, de no poder hacerlo, declarara la nulidad de la elección en dichas Mesas y no en toda la circunscripción.

Con este precedente se entiende sin dificultad lo que la norma pretende en este caso. Se trata de dar respuesta a un supuesto muy concreto: la comprobación de la existencia de irregularidades de tal naturaleza que no sea posible considerar expresada la voluntad popular. En un caso tal no se puede, obviamente, resolver el recurso declarando la nulidad del acto de proclamación y proclamando electos a los candidatos que correspondan, como previene el apartado c) del artículo 113.1. Hay que repetir necesariamente la convocatoria en la Mesa o Mesas afectadas por la irregularidad detectada o, al menos, el acto de votación, si dicha irregularidad afecta sólo a dicho acto, para saber cual es, en efecto, la voluntad popular, ya que la irregularidad en cuestión no permite tener ésta como efectivamente expresada en la Mesa o Mesas de que se trata.

Naturalmente, esa repetición de la convocatoria o de la votación son innecesarias cuando el resultado global de las elecciones en el conjunto de la circunscripción al que la Mesa o Mesas afectadas pertenecen permanecería el mismo en todo caso por ser superior la diferencia de votos obtenida por los candidatos proclamados electos al número de votantes de dichas Mesas. El principio de economía procesal y de conservación de los actos administrativos, que formula con carácter general nuestra Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que está sólidamente instalado en nuestra jurisprudencia impone necesariamente esta conclusión. *Utile per inutile non vitiatur*.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2.001: UN CASO LÍMITE QUE CERTIFICA EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

1. Los hechos y el planteamiento de la *litis*

Expuesto ya en sus líneas generales el régimen del recurso contencioso-electoral, es el momento de presentar el caso resuelto por la reciente e importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 2001, que certifica sin vacilación el carácter exclusivo y excluyente del recurso contencioso-electoral en lo que respecta al control judicial de los resultados electorales y resuelve con seguridad y acierto indudables esa tensión básica, más atrás aludida, entre principios y valores constitucionales diversos que caracteriza a los procesos en materia electoral.

El supuesto de hecho determinante del conflicto resuelto por la Sentencia citada era, ciertamente, un supuesto límite. Estos son sus hitos:

- El 12 de Marzo de 2000 se celebraron las últimas elecciones generales de las que resulta el actual Gobierno.

- El siguiente día 15 la Junta Electoral Provincial de Asturias realizó el escrutinio general y el 20 de Marzo procedió a la proclamación de electos y extendió el acta correspondiente, resultando asignado al quinto candidato de la lista del Partido Popular el noveno escaño de Diputado por Asturias por una reducidísima diferencia de votos sobre el candidato que figuraba en cuarto lugar en la lista del Partido Socialista.

- El 29 de Marzo de 2000 la Junta Electoral Central acordó publicar los resultados en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el siguiente día 4 de Abril.

- El 11 de Abril de 2000, es decir, veintidós días después del acuerdo de la Junta Electoral de proclamación de electos que se produjo, como ya se ha dicho el anterior día 20 de Marzo, el cuarto candidato de la lista del Partido Socialista, que no había interpuesto el recurso contencioso-electoral, cuyo plazo de tres días concluyó el 23 de Marzo, formalizó ante la Junta un escrito de reclamación, denunciando la existencia de un error en el escrutinio por no haberse computado en la suma total de votos que en el acta de escrutinio fue asignada a la candidatura del Partido Socialista el número de votos que dicha candidatura había obtenido en dos Mesas Electorales, error puramente material o aritmético cuya corrección determinaría la asignación al reclamante del escaño atribuido al quinto candidato de la lista del Partido Popular por el acuerdo de proclamación de electos adoptado por la Junta Electoral.

El escrito de reclamación invocaba en su apoyo lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de Noviembre de 1992, que el artículo 120 de la Ley Orgánica Electoral declara ciertamente, aplicable con carácter supletorio en lo no previsto por ella, precepto citado que permite a las Administraciones Públicas rectificar "en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos

- La reclamación en cuestión fue desestimada por resolución de la Junta Electoral Provincial de 12 de Abril de 2000, contra la que el reclamante se alzó ante la Junta Electoral Central, que desestimó su recurso mediante resolución del siguiente día 18 de Abril.

- Acto seguido tanto el candidato socialista, como el Partido Socialista Obrero Español, interpusieron recursos contencioso-administrativos por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales contra los acuerdos de las Juntas, Provincial y Central, que han quedado reseñados, incluido el propio acuerdo de proclamación de electos adoptado por la Junta Provincial el 20 de Marzo de 2000, solicitando de la Sala 3ª del Tribunal Supremo su anulación, la corrección del error material padecido y la consiguiente proclamación del recurrente, cuarto candidato de la lista del Partido Socialista, como Diputado electo por Asturias, en lugar del indebidamente proclamado candidato quinto de la lista del Partido Popular.

El recurso así planteado ponía sobre la mesa varias cuestiones, dos de ellas de extraordinaria importancia, a saber:

- si el recurso contencioso-electoral es el único cauce procesal para hacer efectivo el control judicial de los resultados electorales proclamados por las Juntas Electorales o si, por el contrario, existen otros cauces distintos a través de los cuales pueda llegarse a la anulación judicial de los resultados proclamados más allá o fuera de los plazos que para la interposición y resolución del recurso contencioso-electoral establece la Ley Orgánica Electoral; y

- si la verdad material y el derecho fundamental a la igualdad de acceso a los cargos y funciones públicas proclamado por el artículo 23 de la Constitución debe prevalecer en todo caso y a toda costa sobre las exigencias constitucionales inherentes a la constitución en el menor tiempo posible y más allá de toda posible incertidumbre de las Cámaras Legislativas y del Gobierno.

2. El fallo y la argumentación que lo sostiene

El dilema exigió *ab initio* un primer posicionamiento provisional del Tribunal Supremo, supuesto que los recurrentes solicitaron del mismo en el propio escrito de interposición de sus recursos la suspensión de las resoluciones recurridas y, en particular, del propio acuerdo de la Junta Electoral Provincial de proclamación de Diputados electos adoptado el 20 de Marzo de 2.000 en lo relativo a la proclamación como tal del candidato que ocupaba el quinto lugar en la candidatura del Partido Popular.

La petición de suspensión tenía una fácil salida, que los demandados ofrecieron expresamente al Tribunal Supremo, ya que el candidato popular proclamado en noveno lugar como Diputado electo por Asturias el 20 de Marzo de 2.000 tomó posesión de su escaño en el Congreso inmediatamente después de esa fecha. El acuerdo de proclamación de electos cuya suspensión parcial se solicitaba por los recurrentes había sido ya ejecutado y, por lo tanto, la suspensión de la ejecución de dicho acuerdo era ya materialmente imposible. Sólo puede suspenderse cautelarmente la ejecución de un acto cuando dicha ejecución se encuentra todavía pendiente. Había, pues, una imposibilidad lógica de acceder a lo pedido. La jurisprudencia contencioso-administrativa y constitucional es rigurosamente inequívoca en este sentido.

El Tribunal Supremo no quiso utilizar esta salida y en su Auto de 26 de Julio de 2.000 optó por afrontar el reto de la comparación de los intereses en conflicto, a la que se remite el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al regular la administración de las medidas cautelares. Así el Auto parte del derecho de representación para participar en los asuntos públicos que consagra el artículo 23 de la Constitución, derecho -dice- que "se sitúa aquí en su más alto nivel constitucional en cuanto se relaciona con la regular constitución de la principal cámara legislativa de las Cortes Generales", lo que -añade- hace que ésta sea *la perspectiva principal* a la hora de resolver la pretensión de suspensión. Pero, dicho esto, el Auto observa que "a la incertidumbre consustancial a la idea misma del proceso, se le añade en este caso que hasta que estimemos la demanda no podemos asegurar plenamente que mientras se tramita el recurso el escaño que ahora ocupa un candidato del PP esté correctamente adjudicado, lo cual nos acontecería también en el supuesto de que accediésemos a la suspensión en los términos interesados, por lo que ante esta perplejidad consideramos que de momento satisface mejor el interés público el mantenimiento de la situación que viene avalada por la Administración Electoral", tanto más cuanto que la transcendencia del litigio "no hace aconsejable acudir aquí a una posible apariencia de buen derecho basada en unos datos de hecho cuya eficacia y últimas consecuencias sobre la asignación del escaño dependen de múltiples elementos, tanto fácticos como jurídicos, que será preciso desbrozar en el proceso". La suspensión fue, pues, denegada por estas razones, rigurosamente irreprochables, por lo demás, supuesto que el juicio sobre la medida cautelar se produce en el momento inicial del proceso cuando todavía no ha comenzado siquiera el debate contradictorio entre las partes.

Concluido éste y acordado no haber lugar al recibimiento a prueba por no existir contradicción entre las partes sobre los hechos, la Sala dictó Sentencia declarando inadmisible el recurso promovido contra el acuerdo de la Junta Provincial de Asturias de proclamación de Diputados electos de 20 de Marzo de 2.000, hecho público por acuerdo de la Junta Electoral Central del siguiente día 29, y desestimándolo en cuanto a las demás resoluciones recurridas.

La argumentación de la Sentencia que sostiene el fallo arranca de dos puntualizaciones fundamentales, que realiza en el cuarto de sus fundamentos de derecho y que a continuación transcribo:

> 1) No se trata aquí de dilucidar la significación de los derechos de sufragio activo y pasivo reconocidos en el art. 23 CE, ni la importantísima función que a tales derechos les corresponde en una democracia en cuanto instrumentos de realización del principio de soberanía popular.
>
> Lo anterior es algo que por obvio ni siquiera puede cuestionarse.
>
> Y tampoco soporta ninguna clase de polémica la afirmación de que la búsqueda de la real voluntad popular, manifestada en las urnas, ha de constituir el principal criterio de interpretación y aplicación jurídica que habrá de seguirse cuando se sustancie, en vía administrativa o en fase jurisdiccional, una controversia sobre el resultado de un proceso electoral.
>
> 2) El principal problema litigioso de este proceso es otro. Lo que hay que decidir es cuando y cómo se debe iniciar, en términos procesales, el litigio jurisdiccional en el que se quiera hacer valer una impugnación sobre el resultado electoral.
>
> Es decir, hay que resolver cuales son el plazo y cauce procesal que han de ser observados para iniciar un proceso jurisdiccional sobre una controversia electoral como la que se ha señalado, y en el que podrá ser invocado ese fundamental criterio interpretativo que antes se ha subrayado.

Concretado así el problema a resolver, el fundamento de Derecho quinto precisa que la Ley Orgánica Electoral "establece un específico cauce procesal para impugnar la actuación de las Juntas Electorales, que está constituido por el recurso contencioso-electoral cuando se trata de impugnar los acuerdos sobre proclamación de electos, impugnación que debe hacerse en el plazo de tres días. Y añade "es en ese específico procedimiento donde se han de ejercitar todas las pretensiones de nulidad o modificación del resultado electoral que haya quedado formalizado en el acta de proclamación de electos".

Subraya luego, con la cita de los preceptos legales correspondientes y en particular del artículo 114.1 de la Ley Orgánica, según el cual, como ya vimos, la Sentencia ha de notificarse a las partes "no más tarde del día trigésimo séptimo posterior a las elecciones", que es evidente "la voluntad del legislador de que la posible controversia electoral se zanje de manera definitiva en un inmediato y breve período de tiempo".

De todo ello concluye que la Ley Orgánica Electoral

> Mediante ese recurso contencioso-electoral de que se viene hablando, contiene una regulación directa y específica de la impugnación jurisdiccional de los resultados electorales, lo cual, en virtud del principio de especialidad que rige en las relaciones internormativas (*Lex specialis derogat generali*), prevalece sobre cualquier otra y la desplaza. Que la supletoriedad que dispone para la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 116.2) no opera en las cuestiones que ella directamente regula, como son las representadas por el concreto acto electoral frente al que ha de formalizarse la impugnación jurisdiccional, y por el plazo en que ésta ha de interponerse. Y que los preceptos de esa específica regulación procesal constituyen, en aplicación de lo ordenado por el 117.3 de la Constitución, las normas de procedimiento a las que necesariamente ha de ajustarse el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las controversias sobre materia electoral.
>
> Y también ha de considerarse eliminada la posibilidad de que, por la vía de la supletoriedad que el art. 120 de la LOREG dispone para la Ley de Procedimiento Administrativo, el resultado electoral sea corregido o revisado "en cualquier momento" mediante la aplicación de lo establecido en el art. 105.2 del segundo de esos textos legales, toda vez que no hay laguna alguna que sea necesario colmar por la vía de la supletoriedad.
>
> La LOREG, como ya se ha dicho, establece un plazo terminante para plantear cualquier clase de impugnación que se quiera hacer valer contra el resultado electoral.

No se limita, sin embargo, la Sentencia a lo que resulta de la interpretación literal de la Ley Orgánica Electoral hasta aquí hecho, sino que a esas razones añade en su fundamento de derecho sexto otras "de más profundo calado que también aconsejan la misma conclusión" y que

> Están constituidas por la necesidad de cohonestar la enorme trascendencia constitucional de las elecciones de los miembros de las Cortes Generales con el principio de seguridad jurídica, también proclamado por el texto constitucional (art. 9.3).
>
> La constitución de las Cortes Generales es el punto de arranque de actos de suma importancia constitucional, como son el nombramiento del Presidente del Gobierno y el de formación de un nuevo Gobierno; y también marca el inicio de los períodos parlamentarios que jalonan la actividad legislativa.
>
> Y es claro que permitir una posibilidad de impugnación de los resultados electorales, sin un preciso límite temporal, significa admitir la posibilidad de mantener, de manera muy prolongada o indefinida, una situación de incertidumbre sobre la definitiva composición de las Cortes Generales. Lo cual no es compatible con la importancia constitucional que corresponde a ese órgano parlamentario, ni tampoco con el principio constitucional de seguridad jurídica.
>
> El mandato de la LOREG sobre el plazo de interposición del recurso contencioso-electoral es la plasmación, por el legislador ordinario, de esas anteriores exigencias constitucionales.

Resuelta la cuestión por esa doble vía argumental la Sentencia dedica sus fundamentos de derecho séptimo y octavo a contestar las objeciones que a esa argumentación habían opuesto los recurrentes. La primera de ellas se refería a la supuesta imposibilidad de advertir "la posible discordancia entre, de una parte, el resumen de votación de una o varias mesas sobre el que haya dado cuenta oralmente el Secretario de la Junta Electoral y, de otra, la anotación que se realice para dejar constancia documental de esos resúmenes" durante la sesión de escrutinio y en el acta de proclamación, excusa a la que la Sentencia responde que, si bien esto es cierto,

> no lo es menos que el período de los tres días subsiguientes al acta de proclamación son más que suficientes para comprobar si el total resultado electoral que en ella se refleja es o no coincidente con la suma de los resúmenes de votación correspondientes a cada una de las Mesas que hayan sido computadas.

y que

> El protagonismo que la LOREG permite en los actos y operaciones electorales a los apoderados e interventores de las candidaturas, y el derecho a recibir certificaciones que igualmente prevé (especialmente en los arts. 76 a 79, y 108.7), representan medios puestos a disposición de las candidaturas en términos bastantes para que puedan realizar esa comprobación.
>
> Y entre tales medios ha de ser también destacado el representado por el derecho, reconocido a los representantes de las listas y miembros de las candidaturas, así como a sus apoderados e interventores, a que les sean entregadas y expedidas copias de las actas que, tras el escrutinio, han de ser extendidas por las Mesas Electorales (arts. 98.1 y 99.2).

La segunda objeción hacía alusión a la naturaleza de fundamental del derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución y a ella responde también con seguridad el fundamento de derecho octavo de la Sentencia, precisando con acierto que:

> Este precepto habla del derecho a acceder a las funciones y cargos públicos "con los requisitos que señalen las leyes". Y esta literal dicción lo que hace es atribuir a dicho derecho una configuración legal, lo cual supone que la acción para la reclamación de la efectividad de dicho derecho habrá de ser ejercitada en los términos legalmente establecidos para ello.

El Tribunal Supremo ha dejado así definitivamente en claro que el recurso contencioso-electoral es el único cauce procesal, excluyente de cualquier otro, para plantear y resolver todas las cuestiones que puedan suscitarse sobre la validez de los resultados electorales y que en él y sólo en él se encuentra el punto de equilibrio entre las exigencias del derecho fundamental a la igualdad de acceso a las funciones públicas y la necesidad de no prolongar la situación de interinidad institucional que deriva de la convocatoria de las elecciones, valores constitucionales ambos que deben preservarse en la misma medida.

IV. CONFIRMACIÓN DE ESTA TESIS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sentencia del Tribunal Supremo que acaba de analizarse fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional por los mismos actores del recurso contencioso-electoral por entender que estaba incursa en "vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, así como los derechos fundamentales que amparan, por un lado, a los votantes de la circunscripción de Asturias en las elecciones generales al Congreso de los Diputados celebradas el día 12 de Marzo de 2.000, relativos al respeto a su voluntad política, libremente expresada por medio del voto directo y secreto, y por otro, a mis representados D. Alvaro Francisco Narciso Cuesta Martínez, cuarto candidato de la lista presentada por el Partido Socialista Obrero Español-progresistas a los citados comicios, todos ellos recogidos en el artículo 23.1 y 2 de la Constitución Española.

El recurso de amparo en cuestión fue denegado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 2.002, Sentencia de la que me limito a reseñar lo siguiente:

> - Constata, a la vista de la prueba aportada al proceso, que, en efecto, se produjo una "discordancia entre lo realmente acaecido, esto es, la voluntad del electorado expresada en los sufragios emitidos y lo reflejado en el soporte informático que sirvió para calcular la distribución de los puestos representativos en juego.
>
> - Reconoce, a partir de esta constatación, que ello plantea "un claro dilema entre verdad material y seguridad jurídica, dilema -dice- en el que los elementos que lo componen han de considerarse en el mismo plano, el del normal funcionamiento del Estado democrático y en el que lógica y necesariamente la segunda ha de ser premisa de la primera", ya que "de poco serviría la total seguridad de una exacta correlación entre la voluntad del electorado y el resultado proclamado si la misma no tiene lugar en el momento en el que ha de constituirse la institución representativa de la que depende el nombramiento del Presidente del Gobierno y la formación de éste.
>
> - Advierte a continuación que por las razones dichas la relación entre verdad material y seguridad jurídica no puede cuestionarse *en cualquier momento* por el cauce de la rectificación de errores materiales que prevé la Ley reguladora del Procedimiento Administrativo.
>
> Subraya, finalmente, que el régimen electoral "resulta ser un régimen específico y singular, no equiparable normalmente al régimen administrativo común" y que "el legislador electoral al regular los plazos de reclamación e impugnación de los resultados electorales ha optado por una determinada concepción de la específica seguridad jurídica en materia electoral", ante la que debe ceder el descubrimiento de una realidad material distinta una vez transcurridos los referidos plazos, "pues de las distorsiones que puede llegar a generar la anulación de las situaciones ya creadas puedan derivarse perjuicios mucho más notables de los que supondría la indudable comprobación de aquella desconexión.

La argumentación del Tribunal Constitucional se cierra con una apelación a la "diligencia especialmente exigente" que el carácter perentorio de los plazos establecidos por la legislación electoral reclama *inexorablemente* de los protagonistas del proceso electoral, diligencia de la que no pueden resultar exonerados por el hecho de que la Administración Electoral haya actuado "con falta de esmero en la comprobación de los datos", razón por la cual concluye que sus derechos sustantivos garantizados por el artículo 23 de la Constitución (acceso al cargo representativo del recurrente) no pueden considerarse conculcados.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo que acabo de exponer trae a la memoria inevitablemente las polémicas elecciones presidenciales celebradas en Noviembre pasado en los Estados Unidos de América y toda la interminable secuela de procesos y resoluciones judiciales de los Tribunales, estatales y federales, incluidos los Tribunales Supremos del Estado de Florida y de la Federación, que amenazaron con demorar *sine die* la instalación de un nuevo Presidente con todo lo que eso hubiera supuesto de crisis constitucional en el plano interno y de crisis económica y financiera en el mundo entero.

Como todos recordarán, el problema se produjo en relación al posible cómputo como válidas de un buen número de papeletas no totalmente perforadas por los votantes, lo que dio lugar a la petición del candidato demócrata de un nuevo recuento con el que esperaba superar la exigua diferencia de votos inicialmente registrada en el Estado de Florida en favor del candidato republicano.

Ese nuevo recuento exigía un tiempo adicional, que con el Código Electoral de Florida no era muy claro que pudiera otorgarse, ya que dos secciones consecutivas del mismo daban pié a soluciones contradictorias. El conflicto suscitado por dichas normas, entre el *shall ignore* y el *may ignore* que una y otra aplicaban a las remisiones de resultados posteriores a una determinada fecha, fue resuelto inicialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo de Florida de 21 de Noviembre de 2.000, que, en uso de sus *equitables powers*, fijó las 5 p.m. del domingo 26 de Noviembre como fecha tope para el envío de las certificaciones correspondientes, plazo que por su brevedad hacía realmente imposible el nuevo recuento.

Una solución de este tipo, adoptada de forma un tanto vergonzante, fue, tras nuevas idas y venidas del Tribunal Supremo del Estado al Tribunal Supremo Federal, la que finalmente terminó imponiéndose a la vista de que la fecha de elección del nuevo Presidente por los compromisarios de los Estados se echaba encima y no había forma de aclarar antes de ella cuál de los dos candidatos había obtenido más votos populares.

Los obtuvo, al parecer, como ya entonces se suponía y luego comprobaron los recuentos privados realizados a *posteriori*, el candidato demócrata, pero esta increíble peripecia demostró al mundo entero que la siguió a través de los medios de comunicación y de la red que para ganar una elección no es suficiente tener más votos, sino que hay que tenerlos en el preciso momento en que la contienda electoral debe darse por terminada, ya que la pendencia indefinida de la misma puede colocar a un país al borde del abismo o, incluso, arrojarle a él.

Así hay que aceptarlo deportivamente porque lo mejor es enemigo de lo bueno. No es sorprendente por ello que el Tribunal Supremo de Florida en la Sentencia de 8 de Diciembre de 2.000 concluyera su argumentación con la cita de un legendario entrenador de fútbol americano, Vince Lombardi: *We did'nt lose the game, we just ran out off time.*

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Fernando Garrido Falla
Magistrado del Tribunal Constitucional, España

I. LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

1. Los orígenes del contencioso-administrativo español[1]

A La situación durante el Antiguo Régimen

La trayectoria del Estado del Antiguo Régimen se caracteriza cabalmente por una progresiva concentración de poderes en manos del Monarca frente a los señoríos jurisdicciones y a la jurisdicción eclesiástica, pudiendo resumirse las notas características del Estado preconstitucional en las siguientes:

1) existen jurisdicciones especiales, frente a las que se levanta el principio de "unidad de fuero", 2) a fines del XVIII en el interior de los grandes organismos administrativos (Consejo Real, Consejo de Castilla...) se produce la *separación funcional* entre los asuntos gubernativos y los contenciosos (administrativos); 3) no existe el recelo del caso francés frente a los Tribunales.

B. Los comienzos del Estado constitucional

Nuestro primer texto constitucional, la Constitución de Cádiz de 1812 consagra, a los efectos que aquí interesan, dos principios fundamentales: división de poderes y unidad de fuero jurisdiccional (aunque con exclusión de militares y eclesiásticos). No hay nada, sin embargo, en esta Constitución que se parezca a un sistema de Justicia administrativa. Habrá que esperar a 1845 para asistir al nacimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa en España, con unos perfiles rigurosamente condicionados, claro está, por las circunstancias políticas y doctrinarias del momento.

En todo caso puede decirse que durante el XIX son dos las tendencias que cabe apreciar en cuanto a la forma de entender la justicia administrativa:

a) Los liberales son partidarios del modelo judicialista (inglés), que consiguen fugazmente imponer durante el llamado *bienio progresista* (1854-56) y tras la Revolución liberal de 1868, hasta la Restauración (1876).

---

1. *V.*, GARRIDO FALLA, F., (en colaboración con LOSADA GONZÁLEZ, H. y PALOMAR OLMEDA, A.), vol. III (*La Justicia Administrativa)* del *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 2001, pp. 95 y ss.

b) Los conservadores, son partidarios del sistema francés (modelo de justicia retenida), que imponen en 1845 y que (con los paréntesis antes señalados) va a durar hasta la solución armónica o conciliadora de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888.

C. La instauración de la Justicia administrativa. Jurisdicción retenida y jurisdicción delegada

En efecto, la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene lugar mediante las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que siguiendo el ejemplo francés crean: 1) Consejos provinciales con jurisdicción delegada y 2) el Consejo Real con jurisdicción retenida; a partir de 1856 se llamará Consejo de Estado. Son notas a destacar:

a) Inicialmente se establece la regla de competencia general: "todo lo contencioso de las diferentes ramas de la Administración" (art. 9 de la Ley 1845); es el sistema de *cláusula general*.

b) Posteriormente, utilizando la distinción *gubernativo* frente a *contencioso*, las diferentes leyes especiales comenzar a atribuir a la Administración la resolución de las cuestiones contenciosas de su competencia (teoría del Ministro-Juez), con lo que las cuestiones van al Consejo Real en apelación o segunda instancia.

La consecuencia de todo ello son las notas del carácter revisor y de proceso al acto del contencioso del recurso contencioso-administrativo. Asimismo se volatiliza la cláusula general: en los Manuales de la época aparecen las listas de los actos susceptibles de recurso.

El cambio radical del sistema (auténtico precedente del sistema actual) tiene lugar, como ya quedó indicado, con la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre 1888, que logró *armonizar* las enfrentadas corrientes entre 1) jurisdicción retenida, 2) jurisdicción delegada y 3) judicialistas. De ahí que se dijera que esta Ley introduce en España el "sistema armónico y mixto", vigente hasta 1956, no obstante la reforma introducida por la Ley Maura de 5 de abril de 1904, que arrancó definitivamente la jurisdicción del Consejo de Estado para confiarla a una Sala especial del Tribunal Supremo, compuesta de Magistrados sometidos al estatuto de la carrera judicial, pero de procedencia mixta (judicial y administrativa).

En resumen, a imitación del ejemplo francés, las Leyes de 2 de mayo y 6 de julio de 1845 instalaron en nuestro ordenamiento positivo un todavía tímido sistema de fiscalización de la legalidad de la actuación administrativa sobre la base del siguiente esquema: comprobar si el acto administrativo dictado por la Administración se ajustaba o no al Derecho vigente. Esta idea permanece en la Ley de Santamaría de Paredes (1888-94) que, aún reconociendo el mérito que supone la parcial judicialización del sistema, exigía como requisitos para la interposición del recurso:

a) Que la Administración se hubiese pronunciado previamente, es decir, que hubiese un acto administrativo previo, o, dicho de otra forma, que la cuestión hubiese sido previamente planteada en vía administrativa (*privilége de préalable*, en la doctrina del Consejo de Estado francés). Esta exigencia está en la base del tan repetido carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que hoy debe ser establecido en sus justos términos, como ya se verá.

b) Que se hubiese vulnerado un derecho subjetivo del recurrente de carácter administrativo. Exigencia que comportaba una doble consecuencia, a saber: en primer lugar, se venía a establecer un requisito de legitimación para recurrir, excluyendo no sólo la acción popular, sino a quienes solo invocasen un interés más o menos directo en el asunto. En segundo lugar, el derecho vulnerado había de ser de carácter administrativo. Se establecía así la configuración de la materia administrativa, como delimitación frente a la civil o penal, propia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) En fin, se excluían las materia propias de la potestad discrecional de la Administración (como los actos políticos o de gobierno); requisito que se convertía en un presupuesto de admisibilidad del recurso.

2. La ley jurisdiccional de 1956: el proceso *inter partes*

La Ley de 27 de diciembre de 1956 cambia radicalmente el esquema precedente, introduciendo en nuestro Derecho el proceso *inter partes* como característica normal del proceso contencioso-administrativo. Pero en relación con esto, resulta necesario realizar algunas precisiones[2] que ya la propia Ley nos explicaba en su Exposición de Motivos. Así:

a) La Jurisdicción Contencioso-administrativa se sigue calificando de revisora en cuanto que requiere la existencia previa de un acto (expreso o por silencio administrativo) de la Administración; pero claro está, "esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción... como una segunda instancia; ante ella por el contrario se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo... es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique -dicho sea a título enunciativo- que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisible aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración".

b) En relación con las pretensiones de las partes, la Ley permitía -como la ahora vigente- tanto la petición de anulación del acto administrativo, como el restablecimiento de una situación jurídica individualiza o la condena al pago de una indemnización; pero sin necesidad de que ello conduzca -y fue un gran acierto el hacerlo así- al establecimiento de dos recursos procedimentalmente diferenciados, como hizo la Ley Municipal de 1935. El recurso contencioso-administrativo era al mismo tiempo de anulación y de plena jurisdicción; es decir, amparaba cualquiera de las ya enunciadas pretensiones formuladas por las partes. La diferencia estaba en el *petitum* (y, congruentemente, en el fallo de la Sentencia), pero no en el procedimiento seguido.

c) En fin, la Ley de 1956 estaba inspirada en el principio de cláusula general: cualquier acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, así como las disposiciones normativas con categoría inferior a la ley (es decir, los reglamentos) podían ser objeto de impugnación mediante el correspondiente recurso. Las exclusiones que se contenían en la redacción inicial o fueron abolidas por la propia legislación preconstitucional o quedaron *ipso iure* derogadas por la Constitución de 1978.

---

2. *V.*, GARRIDO FALLA, F., "Algunas novedades de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* nº 29, 1999, pp. 99 y ss.

No es, pues, un azar que la Ley de 1956 haya sobrevivido a los importantes cambios constitucionales acaecidos en España desde que fue promulgada. Constituyó un paso definitivo para la construcción del Estado de Derecho, hasta el punto de que González Pérez nos recordaba el juicio que, desde su exilio de Méjico, en cuya Universidad ostentaba la titularidad de una cátedra de Derecho Procesal, emitía Niceto Alcala-Zamora en los siguientes términos: "Sería erróneo en absoluto tildar de totalitario al texto, a causa de las circunstancias en que se ha promulgado, y entrañaría grave error que el día de mañana fuese víctima de uno de esos *ciegos bandazos derogatorios* a que tanto propende el temperamento político español, salvo las disposiciones de neto signo discriminatorio señaladas".

¿Debe deducirse de lo anterior que la reforma de la Ley de 1956 no ha sido necesaria? Por supuesto, ésta sería una conclusión equivocada. Por lo pronto, de entonces acá se ha producido un hecho jurídico-político fundamental que afecta a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico: la promulgación de la Constitución Española de 1978. La vinculación al Derecho de todos los poderes del Estado es ahora una exigencia global; las restricciones que en este sentido incluía la Ley de 1956 tienen necesariamente que desaparecer... aunque, si bien se mira, el Tribunal Constitucional ya se ha encargado, con su jurisprudencia, de indicarnos cuáles son los preceptos que deben considerarse derogados.

En segundo lugar, resulta necesario incorporar al texto de la Ley las modificaciones introducidas en leyes post-contitucionales. Así, la configuración del Estado de las Autonomías hizo necesaria la promulgación de la Ley 34/1981 para ampliar el concepto de Administración Pública a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Entidades sometidas a su tutela. Por su parte, las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal de Cuentas, así como el Estatuto de Personal de las Cortes Generales, han ampliado notablemente las facultades de fiscalización de la Jurisdicción Contencioso-administrativa al incluir determinadas resoluciones y disposiciones de dichos órganos constitucionales entre la materia fiscalizada (artículo 58,2º LOPJ).

En fin, la propia estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, sufre importantísimas transformaciones con la distribución de competencias que ahora arranca de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para terminar en la única Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con la innovación que supone el recurso de casación en ésta materia.

La necesidad de la reforma estaba, pues, prejuzgada.

3. La nueva ley jurisdiccional de 1998

La Ley 29/1998, de 13 de julio (BOE 14 de julio), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido a sustituir, cuarenta y dos años después de su promulgación, a la tan elogiada Ley de 1956. Curiosamente, los reformistas han tenido que superar las reservas de los muchos defensores de la Ley anterior. No deben extrañar, por eso, las reiteradas afirmaciones de *continuismo* que se contienen en la Exposición de Motivos de la nueva ley.

Pero, claro está, las novedades tenían que subrayarse para justificar la reforma. Me referiré seguidamente a las principales (que a veces no son tales).

a) Para empezar, se incorporan a la Organización judicial los Juzgados unipersonales (ya establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero hasta entonces en el papel). Cuestión polémica que no cuenta con el favor de importantes sectores doctrinales.

b) La Ley opta por suprimir la exclusión de fiscalización de los *actos políticos del Gobierno*, que se contenía en el proyecto que se tramitaba ante la anterior legislatura frente a la escandalizada protesta de la doctrina mayoritaria. Ahora se habla de los elementos *reglados* de los actos del Gobierno, así como de las indemnizaciones a que pueden dar lugar (art. 2,a). Lo cual da por supuesta su existencia, aunque admitiendo la fiscalización de sus elementos reglados. (A lo que hay que añadir, a mi juicio, la existencia de actos infiscalizables por concernir al funcionamiento y relaciones entre los Órganos constitucionales, como sería el caso de un Decreto de disolución de las Cortes).

c) Los redactores de la Ley se jactan de haber introducido las siguientes importantes modificaciones (según ellos, antes inexistentes): el recurso contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales. A mi juicio no resulta ocioso que se hable expresamente en la Ley de éstas posibilidades, pero debe quedar claro que esto también era posible con la Ley anterior. En efecto:

a') Por lo que se refiere a la inactividad de la Administración, bastaba con formular una petición expresa de actuación y, por silencio administrativo, teníamos una resolución formal contra la que recurrir, que es exactamente lo que ahora -como pretendida novedad- establece el art. 29 de la Ley de 1998.

b') Y en cuanto a la actividad material, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ya se habían pronunciado en sentido positivo. Más aún: tratándose de una *vía de hecho* era posible utilizar la acción interdictal ante la jurisdicción ordinaria; remedio que hoy parece discutible a la vista del artículo 30 de la Ley de 1998, que parece optar por una especie de *interdicto administrativo* (cuya lentitud puede pronosticarse sin grave riesgo de equivocación).

Dicho esto, el carácter continuista de la Ley 29/1998 se subraya expresamente en la propia Exposición de Motivos, en la que literalmente se lee: "Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la jurisdicción Contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido ha consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al Derecho y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales".

II. SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con la creación del Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165 de la Constitución) se completa la juridización del Estado.

Comencemos por recordar que son dos las atribuciones fundamentales que la Constitución y su Ley Orgánica (LOTC) asignan al Tribunal Constitucional: el control de la constitucionalidad de la Ley y la defensa de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos mediante el recurso de amparo.

A su vez, el control de constitucionalidad de las normas jurídicas se realiza a través de tres vías diferentes, a saber: 1) por vía de recurso de inconstitucionalidad; 2) por vía de conflicto de competencias y 3) por vía de cuestión de inconstitucionalidad[3]. Digamos algo en relación con estos diversos caminos jurídicos.

1. El recurso de inconstitucionalidad

La anulación, por vía de recurso de inconstitucionalidad, de las Leyes formales contrarias a la Constitución constituye la competencia indiscutible y el rasgo definitorio del Tribunal Constitucional, tanto en la Constitución española (CE) como en sus orígenes conceptuales. Así lo concibió Hans Kelsen, padre intelectual del concepto de la jurisdicción constitucional *concentrada* (el control constitucional de las Leyes en los Estados Unidos es *difuso*, por lo que la Corte Suprema no tiene el monopolio de los pronunciamientos de inconstitucionalidad). Surge, pues, el Tribunal Constitucional como una especie de legislador negativo y con tal carácter se introdujo en la Constitución Austríaca de 1921.

Dicho esto, tanto la función preventiva del Consejo Constitucional francés que, como es sabido, emite su dictamen con carácter previo a la promulgación de la Ley (control previo que también se contemplaba en la redacción original de la LOTC y que fue suprimido por la reforma de 1985), como la función revisora de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, presentan un perfil tan rigurosamente específico que las hacen irreinvindicables por el Tribunal Supremo. Los efectos de la sentencia estimatoria son contundentes: la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma inconstitucional (artículo 39 de la LOTC), por lo que los Tribunales ordinarios (incluido el Tribunal Supremo) habrán de ajustarse a tal decisión, incluso corrigiendo para el futuro su anterior jurisprudencia (artículo 40.2 LOTC).

En relación con esta vía, la coexistencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo puede y debe ser pacífica y no conflictiva.

2. Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí

En este supuesto -ya que el conflicto puede plantearse con motivo de *disposiciones, resoluciones y actos* sin rango formal de Ley (artículo 161.2 CE y artículo 61.1 LOTC)- puede obviamente darse una duplicación de impugnaciones: en vía constitucional y en vía contencioso-administrativa (en relación, en este caso, con las disposiciones, resoluciones y actos sin rango formal de ley, anteriormente mentados). Pues bien, si tal se diese, el Tribunal ordinario (por definición el contencioso-administrativo) "suspenderá la tramitación del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional" (artículo 61.2 LOTC)[4]. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos (artículo 61.3).

3. *V.*, mis comentarios al Título IX de la Constitución Española, en GARRIDO FALLA, F., et al., *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid 2001, pp. 2651 y ss.

4. *V.* GARRIDO FALLA, F., (en colaboración con LOSADA GONZÁLEZ, H. y PALOMAR OLMEDA, A.), vol. III del *Tratado de Derecho Administrativo*, *ob. cit.*, pp. 291 a 293. GÓMEZ MONTORO, A.J., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia", *REDA* nº 30,

En teoría, cabría plantear una repartición de competencias en esta materia: al Tribunal Constitucional cuando el conflicto surja de una norma con rango de Ley formal y a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la norma carezca de dicho rango. Sin embargo, este replanteamiento resulta inviable dada la redacción del artículo 161.2 CE.

En relación con ésta vía importa formular las siguientes observaciones:

a) Las Comunidades Autónomas pueden recurrir disposiciones, resoluciones y actos emanados del Consejo de Ministros, como expresamente se deduce de los arts. 61.1 y 63.1 de la LOTC, bien directamente ante el Tribunal Constitucional, bien ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (arts. 12.1.a) y 19.1.d de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el supuesto de que se hubiese planteado el conflicto simultáneamente ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, "este suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional" (art. 61.2 LOTC).

b) Entiendo que no se trata aquí de una simple suspensión; lo que ocurre es que el proceso contencioso-administrativo se extingue por pérdida del objeto litigioso.

No existe fundamento para que en esta materia el Tribunal Supremo pueda plantear reivindicaciones competenciales.

3. Por vía de cuestión de inconstitucionalidad

Como es sabido el artículo 163 CE establece que "cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos". La LOTC desarrolla este precepto en sus artículos 35 a 37.

Son, pues, notas características de esta vía de comprobación constitucional las siguientes: 1) la previa existencia de un procedimiento judicial cuya solución dependa de la aplicación de una norma que el Juez o Tribunal considere contraria a la Constitución; 2) que dicha norma tenga rango de ley; 3) que la dicha Ley sea posterior a la Constitución; 4) el planteamiento de la cuestión paraliza la decisión del procedimiento judicial del que trae causa.

Ningún conflicto con la jurisdicción ordinaria puede plantearse en el ejercicio de esta competencia.

1990, pp. 93 y ss. ARCE JANÁRIZ, A., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia", *REDA* nº 70, 1991, pp. 225 y ss. y "A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia", *REDA* nº 79, 1993, pp. 523 y ss. GÓMEZ MONTORO, A.J. y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "De nuevo sobre quien debe resolver sobre los conflictos positivos de competencias", *REDA* nº 99, 1998, pp. 369 y ss.

III. EL CONFLICTO ENTRE JURISDICCIONES CON MOTIVO DEL RECURSO DE AMPARO

Empero, los auténticos conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional se plantean obviamente con motivo del recurso de amparo[5]. Como es sabido, es la propia Constitución, en su artículo 161, la que atribuye expresamente al Tribunal Constitucional, competencia para conocer "...b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca".

Ahora bien, la remisión que se hace al artículo 53.2 descarta la idea de que esta competencia del Tribunal Constitucional se ejercite "en régimen de monopolio". Pues este precepto se expresa así:

> Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela y libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II (*de la Constitución*) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Una lectura restrictiva del precepto transcrito permitiría entender que los Tribunales ordinarios son el *Juez común* para la protección de las libertades y derechos fundamentales y que solo *en su caso* (es decir, "en los casos y formas que la Ley establezca", como se dice en el artículo 161.1.b) CE cabe acudir al Tribunal Constitucional, lo que haría del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional una vía excepcional.

Pero ocurre que esa prevista Ley resulta ser cabalmente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 (LOTC) en cuyo Título III se regula el recurso de amparo constitucional que, como es sabido, procede contra: 1) las decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (artículo 42); 2) las violaciones de los derechos y libertades fundamentales por parte del Gobierno o de sus Autoridades o funcionarios o de los Organos ejecutivos de las Comunidades Autónomas "una vez que se haya agotado la vía judicial procedente" (artículo 43.1); y 3) las violaciones de los derechos y libertades que tuvieran su origen inmediato y directo *en un acto u omisión judicial* siempre que en esta vía se hayan agotado todos los recursos utilizables y que la violación sea "imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial" (artículo 44.1).

Es decir, el recurso de amparo no tiene nada de excepcional, al convertirse, antes bien, en la vía ordinaria para resolver en última instancia las violaciones de los derechos y libertades fundamentales que tengan su origen en actos o decisiones de cualesquiera de los poderes del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Eso sí, lo que reiteradamente viene proclamando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el carácter *subsidiario* del recurso de amparo; pero no en el sentido de que solo a falta de Juez o Tribunal competente para conocer del recurso del particular lesionado (que podría ser un entendimiento correcto de la expresión) se pone en funcionamiento el proceso constitucional, sino como exigencia de que "se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (arts 43.1 y 44.1.a de la LOTC).

Subsidiario, pues, significa posibilidad del particular de acudir al recurso de amparo cuando no ha obtenido ante los Tribunales ordinarios, con carácter previo, satisfacción a sus pretensiones en materia de violación de derechos fundamentales. Se trata, en defini-

5. GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, *ob. cit.*, pp. 983 a 985 y 2668 a 2670.

tiva, de un alargamiento de la vía de amparo que -apartándose de la posible interpretación del art. 53.2 CE que antes sugeríamos- la LOTC viene a estructurar en dos fases: fase previa ante los Tribunales ordinarios y fase de auténtico amparo ante el Tribunal Constitucional[6].

El problema que plantea la solución que consagra nuestra LOTC es doble: a) en primer lugar, provoca una inevitable tensión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional (en realidad, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional); b) en segundo lugar, cualquier intento de establecer *filtros* en la vía previa para descargar el volumen de asuntos que llegan al Tribunal Constitucional genera el efecto perverso de producir un nuevo alargamiento de la vía previa. Permítaseme una reflexión sobre estas dos cuestiones.

A) Empezando por la segunda, ¿qué ha ocurrido con las sucesivas redacciones dadas al art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley orgánica 5/1997 y la Ley orgánica 13/1999? Pienso que lo que se pretendió por el legislador fue habilitar, mediante el incidente de nulidad, al propio Tribunal sentenciador para revocar su sentencia cuando hubiese incurrido en incongruencia o causado indefensión, dos de los más frecuentes supuestos de vulneración del art. 24 CE (que es, justamente, el precepto mayor número de veces invocado en los recursos de amparo). Sin embargo, he aquí el resultado práctico: por una parte, y con una frecuencia preocupante, el Juzgado o Tribunal no quiere saber nada de la irregularidad que se le imputa, lo que abre la vía del recurso de amparo (o sea, la reforma no descarga de trabajo al Tribunal Constitucional); por otra, coloca al litigante -a su propio abogado- ante la, a veces, fundada duda de si debe plantear el incidente de nulidad o acudir directamente a la vía de amparo. Pues bien, ¡qué no se equivoque!. Pues si utiliza indebidamente el incidente de nulidad, el Tribunal Constitucional le cerrará la puerta del amparo por extemporáneo, ya que habrá alargado indebidamente la previa vía judicial y habrá transcurrido el plazo para la interposición del recurso de amparo (art. 44.2 LOTC). Y si decide ir directamente al amparo y el Tribunal Constitucional lo considera prematuro, se le invocará la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y la imposibilidad de acudir *per saltum* a esta vía. No se olvide que el Tribunal Constitucional en trámite de admisión es inmisericorde. Por cierto con razón... casi siempre.

B) Mayor importancia, desde el punto de vista institucional, ofrece la creciente tensión entre el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, incluido por supuesto el contencioso-administrativo, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), y el Tribunal Constitucional "intérprete supremo de la Constitución...independiente de los demás órganos constitucionales y... sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica" (art. 1º, 1 LOTC); y, como consecuencia, "todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva" (art. 87.1 LOTC). Entre los cuales poderes públicos se encuentra obviamente el Tribunal Supremo, especialmente si se tiene en cuenta que el ya aludido carácter subsidiario del recurso de amparo exige, como es sabido, que con carácter previo a su planteamiento "se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (art. 44.1.a LOTC); entre los cuales, claro está, el recurso de casación cuando sea procedente.

6. GARRIDO FALLA, F., "La subsidiariedad del recurso de amparo", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* nº 28, 1998.

Dicho en fórmula breve: las Sentencias del Tribunal Supremo son revisables por el Tribunal Constitucional. La limitación en esta acción revisora se encuentra en la propia LOTC: aparte la decisión sobre si se han violado o no los derechos y libertades fundamentales "se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales" (art. 54 LOTC).

Si, pues, la delimitación -y la parcial supremacía del Tribunal Constitucional- está tan razonablemente establecida ¿por qué las tensiones? ¿Acaso porque resulta difícil soportar la situación de ser y no ser *supremo* al mismo tiempo? ¿Quizás porque todo sea susceptible de ser considerado desde el ángulo constitucional, olvidando el Tribunal Constitucional la restricción del art. 54? ¿Puede que por ambas cosas a la vez? Vayamos por partes.

Hay dos vías de posible revisión por el Tribunal Constitucional de sentencias del Tribunal Supremo, a saber: 1) por violaciones directamente achacables a los órganos judiciales que han intervenido en la vía previa, es decir, confirmadas o imputables al Tribunal Supremo (violación, por tanto, de las garantías procesales de los arts. 24 y 25 CE); y 2) por indebida apreciación del alcance constitucional que deba atribuirse a las libertades substantivas que consagra la CE en sus arts. 14 a 30.

a) Por lo que se refiere a la primera, hay que reconocer que es abundantísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que enfáticamente se afirma que no es competencia de esta jurisdicción, frente a una petición de tutela judicial efectiva, "determinar en cada caso concreto si el recurso (en la vía previa) reúne los requisitos legales para su admisibilidad, tarea en la que el TS ostenta la condición de intérprete último", afirmación ciertamente respetuosa, pero se añade a continuación que "la intervención de este TC queda reservada a los supuestos en los que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales resulta arbitraria, inmotivada, fundada en un error patente con relevancia constitucional o afectada de un rigorismo excesivo o una manifiesta desproporción entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido para la efectividad de la tutela judicial" (STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 8). Análogo razonamiento se encuentra en centenares de sentencias en relación con la valoración de la prueba y cuestiones de hecho.

Hay que reconocer que el argumento resulta contradictorio y que el lector puede pensar que estamos ante una sutil manera de *vestir el muñeco*. Porque, en definitiva, siendo el Tribunal Constitucional el que aprecia si ha habido arbitrariedad, falta de motivación o error patente está traspasando los límites del respeto a las formas procesales (especialmente cuando se declara la arbitrariedad) para entrar en el fondo de la cuestión controvertida.

El tema se suaviza, sin embargo, ordenando la retroacción de actuaciones para que el Tribunal sentenciador -o confirmatorio en casación- dicte nueva sentencia.

Pero no siempre sucede así. El caso más notable en los últimos tiempos -al menos desde que yo pertenezco al TC- es el resuelto por la STC 136/1999, de 20 de julio, relativo a la condena de los miembros de la Mesa de Herri Batasuna. Esta sentencia aprobada por una mínima mayoría y con votos particulares absolutamente variopintos (pues, frente a quien defendía en su integridad la sentencia del TS, había quien pedía su descalificación más rotunda) no deja de constituir un artificioso ejercicio para conseguir una tercera vía, por lo demás bastante desfigurada en el fallo, a saber: reconocer que la sentencia de la Sala 2ª del TS había aplicado con toda corrección el artículo 164,bis,a) del Código Penal de 1973 sobre colaboración con bandas armadas terroristas, pero que el

tal artículo, por infringir de manera manifiesta el principio de proporcionalidad, debía considerarse inconstitucional (aunque la declaración de tal resultase ociosa al haber dejado de estar vigente desde la promulgación del Código Penal de 1995).

A mi juicio, esta sentencia constituye un intento, quizás fallido, de ejercicio de *self restrain* por parte del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto, hay que añadirlo, que basándose la sentencia en la infracción de los derechos procesales que garantiza el artículo 25.2 CE, pudo limitarse a acordar la retroacción de actuaciones para que se dictase nueva sentencia por la Sala sentenciadora.

A los efectos de evitar los hoy inevitables conflictos que ya conocemos ¿cabría pensar en una reforma legislativa que estableciese en estos casos, como regla, la retroacción de actuaciones?

b) Por lo que se refiere a la tutela jurisdiccional de las libertades y derechos fundamentales, hay que convenir en que aquí el Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo debe pronunciarse sobre el fondo del asunto con la anulación, en su caso, de la sentencia dictada en la vía judicial previa, ya que la delimitación y alcance de estas libertades fundamentales, tanto frente a actuaciones de los poderes públicos, como cuando se trata de colisión de derechos entre particulares (por ejemplo, vulneración del derecho a la intimidad o al honor personal o familiar mediante el ejercicio del derecho a la información o a la libre expresión), pertenece plenamente y en última instancia al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, los hechos nos demuestran que lo que en teoría parece claro se enturbia frecuentemente en la realidad. El caso más notable lo constituye el conocido *asunto I. Preysler* que ha dado lugar, sin que variasen los términos de la *litis* a dos sentencias del Tribunal Supremo y a otras dos correlativas del Tribunal Constitucional. Lo cual ha propiciado un auténtico enfrentamiento dialéctico entre ambos Altos Tribunales.

Merece la pena recordar los antecedentes de este conocido caso. En julio de 1989 la Sra. I. Preysler interpuso ante el Juzgado de 1ª Instancia Nº 32 de Barcelona demanda civil en la que solicitaba que se declarase intromisión ilegítima en su honor, intimidad personal y familiar y en la propia imagen, así como una indemnización de 50.000.000 de pesetas, por la publicación en la revista *Lecturas* de un reportaje titulado "la cara oculta de Isabel Preysler". El Juzgado estimó parcialmente la demanda, declarando la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales alegados y condenando a los demandados (Director y Redactor de dicha revista y entidad mercantil editora de la misma) al abono de una indemnización de 5.000.000 de pesetas. Contra la referida Sentencia apelaron ambas partes ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó Sentencia en la que tras afirmar que "para cualquier persona, sea pública o privada, existe un ámbito especialmente protegido de su intimidad, como es el de la intimidad doméstica" se reconoce a la demandante una indemnización de 10.000.000 de pesetas. La Sentencia fue recurrida en casación por la entidad editora de la revista y por su Director, dando lugar a Sentencia del TS que estimó dicho recurso, casando y anulando la Sentencia de apelación, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Se apoya la Sentencia en el derecho a informar, considerando que en este caso los datos y las frases aparecidas en el reportaje de la revista, proporcionados por una antigua sirviente, no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, "simplemente constituyen una propagación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudiera servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona".

Frente a la referida Sentencia del TS, la Sra. I. P. presenta recurso de amparo en febrero de 1997, que, una vez terminada su tramitación, da lugar a Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo, en cuyo Fallo se acuerda otorgar el amparo solicitado, reconociendo que se ha lesionado el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente y ordenando restablecerla en su derecho, anulando la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en recurso de casación.

Obsérvese, que la Sentencia del TC no ordena la retroacción de actuaciones, sin embargo, la representación procesal de la revista y de su director presenta escrito ante el TS solicitando una nueva Sentencia para resolver los motivos de casación que no habían sido examinados en la Sentencia anulada; por su parte la representación de la Sra. P. interesó también nueva Sentencia desestimatoria de dicho recurso de casación y confirmación de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Resulta más que dudosa, a mi juicio, la pertinencia de la tramitación de este segundo recurso de casación, pues la STC 115/2000 no decretó retroacción de actuaciones sino que lisa y llanamente anuló la Sentencia del TS. Claro está que si, además, hubiese declarado la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial, las cosas estarían más claras. Lo cierto, sin embargo, es que el Tribunal Supremo dicta una segunda Sentencia con fecha 20 de julio de 2000 en la que, tras minimizar el alcance del contenido del reportaje publicado, se declara la intromisión ilegal en la intimidad de Doña Isabel Preysler y, seguidamente, se condena a los demandados, de forma solidaria, a abonarle la indemnización de 25.000 pesetas.

El carácter simbólico del acatamiento a la Sentencia del TC por parte del TS, resulta indiscutible. Ello da lugar a un segundo recurso de amparo que se plantea, en primer lugar, como incidente por indebida ejecución de la STC 115/2000 y, con carácter subsidiario, como recurso de amparo contra la Sentencia del TS por entender que se vulnera de nuevo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y se infringe el art. 24, que garantiza la tutela judicial efectiva. Lo cierto es que la Sala Segunda dicta nueva Sentencia 186/2001, de 17 de septiembre en la que se vuelve a reconocer que se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante, se declara la nulidad de la Sentencia de la Sala Primera del TS de 20 de julio de 2000 y, a efectos indemnizatorios, remite a las cantidades fijadas por la Audiencia Provincial de Barcelona (F.J. 9). Resulta ocioso añadir que si esto se hubiese dicho en la primera Sentencia del TC, este segundo peregrinaje jurisdiccional de la demandante hubiese resultado innecesario. Es posible que también se hubiese evitado la situación de tensión existente entre el TC y la Sala Primera del TS.

Merece la pena recordar algunas de las afirmaciones argumentales que se contienen en la segunda Sentencia del TC. Así, en el F.J.3 se lee:

> La violación del órgano judicial puede proceder tanto de su actividad *in procedendo* como de sus pronunciamientos *in iudicando*, distinción que tiene su trascendencia a la hora de modular el alcance de la declaración de nulidad, que constituye uno de los pronunciamientos contemplados en el art. 55.1.a) LOTC. En efecto, cuando la lesión afecta a derechos procesales, la declaración de nulidad lleva aparejada, generalmente, la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la comisión de la lesión para que el órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa de las garantías procesales. En cambio, cuando la lesión es de un derecho material o sustantivo, la declaración de nulidad de la decisión judicial ordinariamente habría de ir acompañada de una decisión del propio Tribunal Constitucional sobre el fondo del asunto. En ambos supuestos este Tribunal actúa como garante supremo de los derechos y libertades garantizados en los artículos 14 a 30.2 CE, fiscalizando como Juez último la correcta aplicación de tales derechos por parte de los Tribunales ordinarios.

Este distingo parece claro. Sin embargo, curiosamente no es la norma que se autoaplica el TC en la propia Sentencia 186/2001, pues, apreciándose por el TC vulneración del art. 24.1 CE por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva "incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes" (F.J. 6), sin embargo en el fallo no se pronuncia una retroacción de actuaciones sino que se confirma la vulneración del derecho sustantivo lesionado, así como la indemnización pertinente. No debe extrañar, por tanto, el razonamiento que se contiene en el voto particular formulado por los Magistrados Sres. Conde Martín de Hijas y Jiménez Sánchez, -curiosamente ponente de la Sentencia- en cuyo párrafo final se afirma: "La fijación directa por este Tribunal Constitucional de la indemnización procedente, aunque lo sea por el cauce casi eufemistico de remitirnos a la de la Sentencia de apelación, sin declarar su firmeza, consideramos que supone una implicación en ámbitos propios del ejercicio de la jurisdicción, confiados a los Órganos del Poder Judicial (y más claramente cuando, como en este caso, se trata de un conflicto *inter privatos*), que este Tribunal prudentemente ha evitado en otras ocasiones, sin que veamos la razón para que no se continúe esa actitud en este caso".

IV. POSIBLES FÓRMULAS PARA EVITAR CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Como ha recordado la citada STC 186/2001, la revisión en amparo de las Sentencias dictadas por la jurisdicción ordinaria, lo pueden ser por 1) vicios *in procedendo* y 2) vicios *in iudicando*.

A) Las primeras implican como regla la infracción de los artículos 24 y 25 CE; se trata por tanto, de violaciones de derechos que tienen *su origen inmediato y directo* en los órganos judiciales (art. 44.1 LOTC). En tales casos, es obvio que el Tribunal Constitucional fiscaliza a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que no resulta posible un reparto de competencias entre una y otra jurisdicción para enjuiciar tales recursos. Lo que si cabe, en cambio, (y es lo que parece deducirse del art. 54 LOTC) es establecer explícitamente la regla de que el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional sea siempre la *retroacción de actuaciones*. Pienso que si la Sentencia del caso *Herri Batasuna* se hubiese resuelto así, no se hubiese planteado ninguna situación conflictiva.

B) En los supuestos de revisión por vía de amparo de violación de libertades y derechos fundamentales por los órganos, autoridades y funcionarios de los Poderes Ejecutivos (art. 43 -y, en su caso, art. 44 al revisar en vía judicial previa- de la LOTC) es obvio que sea el Tribunal Constitucional quien deba decir la última palabra en cuanto a la extensión y posibles limitaciones de estas libertades; pero la expresión *en su caso* del art. 53.2 CE podría servir de base para una nueva distribución de la competencia para conocer de los recursos de amparo. Esta redistribución competencial podría basarse en las siguientes reglas, a saber:

a) En principio, se podría conceder a la jurisdicción ordinaria en sus distintos grados el conocimiento -como Juez común- de los recursos de amparo interpuestos por los particulares.

b) Como consecuencia, la competencia del Tribunal Constitucional quedaría reducida a los siguientes supuestos:

a') Cuando el Tribunal ordinario, con motivo de su actuación, cometa violación de los artículos 24 y 25 CE; es decir, cuando con motivo de la revisión (*in iudicando)* se infrinjan garantías instrumentales o procedimentales (*in procedendo)*.

b') Mediante la instrumentalización de un "recurso para unificación de doctrina constitucional". Su regulación podría inspirarse en la que para parecido recurso se regula en los artículos 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998.

Es decir, por contradicción entre Sentencias dictadas en supuestos análogos con motivo de la revisión de libertades fundamentales o por contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, o manifiesta infracción del contenido esencial del derecho o libertad objeto del recurso. Un uso prudente por parte del Tribunal Constitucional de esta última posibilidad sería la clave para ese *entendimiento necesario* entre ambas jurisdicciones.

V. EN PARTICULAR: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como resulta de cuanto se ha dicho hasta aquí, son frecuentes los casos de relaciones entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa. Un intento de sistematización nos conduciría a los siguientes supuestos:

a) Con carácter general, nos encontramos con el supuesto previsto en el artículo 43 LOTC, es decir, violaciones de los derechos y libertades fundamentales originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes. Se trata de los casos típicos del recurso de amparo constitucional; recurso que, sin embargo, solo es susceptible de ser interpuesto "una vez que se haya agotado la vía judicial procedente" (artículo 43.1, *in fine*, LOTC). Ahora bien, apurada dicha vía, el Tribunal Constitucional revisa los pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción ordinaria, incluidas las Sentencias del Tribunal Supremo.

Con motivo de la tan repetida revisión en vía ordinaria, el Tribunal puede, a su vez, vulnerar los derechos procedimentales que garantizan los artículos 24 y 25 CE (por ejemplo, imposición de una sanción gubernativa con infracción del principio de legalidad). El recurso de amparo tiene entonces un carácter mixto. Y el problema para el Tribunal Constitucional es si el examen de la violación *in procedendo* tiene carácter prioritario, lo que implicaría una sentencia del Tribunal Constitucional disponiendo la retroacción de actuaciones (con el posible efecto perverso de un innecesario alargamiento de la vía previa y una posible necesidad de un segundo recurso de amparo, como sucedió en el supuesto de la STC 186/2001 respecto de la jurisdicción civil).

b) En segundo lugar, nos enfrentamos con el supuesto de los recursos contra los Decretos Legislativos. Con anterioridad hemos expuesto nuestra opinión: si el Decreto Legislativo se ajusta exactamente a la Ley de Bases que lo habilita, su valor y rango es de Ley formal, por lo que la competencia para conocer de su impugnación corresponde al Tribunal Constitucional.

En cambio, si el Decreto Legislativo incurre en *ultra vives*, su valor será simplemente reglamentario, con lo que la posibilidad de ser impugnado en la vía contencioso-administrativa evita tener que recurrir al Tribunal Constitucional.

c) En fin, nos encontramos con el supuesto previsto en el artículo 161.2 CE (que se desarrolla en el artículo 76 LOTC): impugnación por el Gobierno de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de órganos de las Comunidades Autónomas.

Sin duda estas disposiciones y resoluciones pueden ser también recurridas en vía contencioso-administrativa, según se desprende expresamente del art. 19.1,c) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El plazo es el mismo en una y otra vía (dos meses y, a mi juicio, no cabe distinguir que en un supuesto quien recurre sea el Gobierno y en otro (vía contencioso-administrativa) sea la Administración del Estado, pues la personalidad jurídica de la administración es única, y a estos efectos comprende al Gobierno. ¿Se trata entonces de una elección que corresponde al Gobierno-Administración del Estado? Entiendo que para acudir a la vía contencioso-administrativa estamos efectivamente ante un supuesto de elección por parte del recurrente; pero, en cambio, para acudir al Tribunal Constitucional resulta necesario que el objeto de la impugnación tenga relevancia constitucional. Obsérvese que el art. 76 LOTC remite para la tramitación de estos recursos a lo dispuesto en los artículos 62 a 67 LOTC; quiérese decir, por tanto, que por vía de recurso lo que se está planteando es un auténtico conflicto de competencias positivo (si bien, en una sola dirección, es decir, del Estado contra las Comunidades Autónomas).

d) Digamos, para terminar, que estos conflictos de competencia no pueden encubrir, en cambio, cuestiones que solo pueden plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Un reciente caso ha sido resuelto por la STC 195/2001, de 4 de octubre. Los antecedentes del asunto se resumen así: Por el Gobierno del Principado de Asturias se presentó ante el Tribunal Constitucional conflicto positivo de competencia frente a la Junta de Galicia, en relación con el Acuerdo (o Acuerdos) de fecha indeterminada, que aprobaron un proyecto de obras para la construcción de un puerto en la localidad de Ribadeo (Lugo). En el escrito de planteamiento se solicitaba que se declarase por el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del Acuerdo o Acuerdos objeto de impugnación, por corresponder al Principado de Asturias la titularidad de las *competencias controvertidas*. Se argumentaba que las obra iniciadas comenzaron a afectar a la zona asturiana de la ría del Eo, provocando importantes alteraciones en el fondo de dicha ría y perturbando asimismo el ecosistema de dicha zona. Así es que produciéndose los efectos de dichas obras en territorio de la Comunidad Asturiana, se venía a entender que la Junta de Galicia había actuado invadiendo competencias de la Comunidad perjudicada.

Resulta obvio que plantear aquí un conflicto competencial carece de sentido. Ha habido, en primer lugar, un acto (o actos) administrativo de Organismos de la Junta de Galicia susceptible, en su caso, de impugnación en vía contencioso-administrativa. Y ha habido, sobre todo, unas actuaciones materiales que han causado daños a un tercero (entidad pública en este caso), por lo que estaríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) también fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por eso la referida STC 195/2001 declaró la inadmisión del conflicto planteado.

§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES[1] (UNA CONTRAREFORMA INCONSTITUCIONAL)

Agustín Gordillo
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina

I. DA CAPO[2]

Cuando venía camino a esta Ciudad reflexionaba y recordaba la frase clave de una película de Fellini[3] que puse en los cabezales al final del libro *La Administración Paralela* y aparece en la edición italiana[4], no en la española[5] Una orquesta está ensayando, se oye un gran ruido: todos se detienen, se miran, luego de un instante el director dice

1. Versión corregida de la desgrabación de la conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia en la Ciudad de La Plata, sobre *La defensa de la Administración en el nuevo Contencioso Administrativo*, en junio de 2001.

2. Hechos: La antigua Constitución y el correspondiente Código Contencioso Administrativo de 1906 establecían un control judicial de los actos administrativos por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en primera y única instancia colegiada. La interpretación jurisprudencial del código exacerbó las limitaciones del control, que devino virtualmente inexistente.

En 1994 se modifica la Constitución, que exige un distinto código, nuevos tribunales y mejor control. Poco después la Legislatura de la Provincia dicta el nuevo código, con un corte garantista contemporáneo pero aún dentro de las pautas comparadas en la materia. Se celebran los concursos públicos de oposición por el Consejo de la Magistratura y se seleccionan y designan los jueces de primera instancia en lo contencioso administrativo y algunos camaristas.

Ese proceso está incompleto a mediados de 2001. Los jueces designados no han podido jurar, a pesar de haberlo pedido y no están en funciones ni cobran sus sueldos. La Legislatura votó los fondos para ponerlos en funciones y el Superior Tribunal llegó a alquilar los inmuebles para poner en marcha el nuevo sistema de control judicial de la administración, pero el Tribunal de Cuentas de la Provincia, uno de los órganos a controlar (SORIA, Daniel F., "El Proyecto de Código Procesal contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas", *Revista Régimen de la Administración Pública*, 227: 11), objetaría el gasto si no se ponen en marcha los nuevos tribunales. El Superior Tribunal deja sin efecto las locaciones, no toma los juramentos, exhorta al Poder Ejecutivo.

Si bien es manifiesta la falta de voluntad política del nuevo gobierno provincial de poner en marcha el sistema y realizar lo que falta, en audiencia pública realizada en la Legislatura (controlada por la oposición) se expresa que la responsabilidad es del Superior Tribunal, que sería pasible de juicio político.

El Superior Tribunal, en el caso *La Jirafa Azul*, ha resuelto seguir ejerciendo jurisdicción por las causas posteriores a la entrada en vigor del nuevo código y aplicar al efecto el viejo código derogado.(MILANTA, Claudia, "*Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires (nota al fallo 'La Jirafa Azul')", LL*, 1998-B, 506.)

La Universidad Nacional de La Plata propone al Autor como Profesor Honorario y se realizan unas *Jornadas Nacionales de Actualización en Derecho Administrativo* en su Homenaje. En ese múltiple contexto se invita al autor a dictar *a)* la conferencia inaugural de un seminario sobre el contencioso administrativo provincial, en la sede del Palacio de Justicia en la Ciudad de La Plata, teniendo como título *La defensa de la Administración en el nuevo Contencioso Administrativo*; y *b)* la de clausura, con *Conclusiones y comentarios* a su cargo, de las *Jornadas sobre el Nuevo Contencioso Administrativo* organizada por los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, en funciones y con nuevo código desde hace alrededor de un año. Lo que sigue es el texto corregido de la primera de ellas. La segunda, una semana posterior, se incorpora dentro de la nota 24.

3. "Ensayo de orquesta".

4. *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Giuffrè, Milán 1987.

5. *La administración paralela*, Civitas, Madrid 1982, cuarta reimpresión 2001.

Da capo!, *Empecemos de vuelta*; al rato, otra vez. Así es toda la película, solo que va aumentando el sonido y se empieza a ver polvo y escombros y uno se da cuenta recién al final que es una gigantesca bola de hierro que está tirando todo el edificio abajo; se viene todo abajo y todavía no todos nos damos cuenta[6].

Voy a decir cosas medio deshilvanadas, exageradas como corresponde a mis ancestros andaluces, para tratar de superar el umbral de esa sordera.

1. La primera traición jurisprudencial de un Código

Soy un viejo desilusionado del derecho en la provincia de Buenos Aires. Recuerdo las palabras de Juan Francisco Linares, La deformación jurisprudencial de un Código[7]. Tienen más de medio siglo y cuando las leí, francamente, me convencieron: siempre me quedó la idea de que era una traición judicial al sistema normativo de control.

Tuve que pedir que alguien me llevara los juicios porque sinceramente no soportaba el proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires.

2. Privación sistemática de justicia

No hace mucho publiqué dos notas con un título para mí muy fuerte: "Privación Sistemática de Justicia en la Provincia de Buenos Aires"[8]. No es una frase dicha al pasar porque habla de la privación *sistemática*, no de vez en cuando sino *sistemática*.

Le puse número al segundo, *dos* y después me digo ¿qué voy a hacer, así hasta el diez? Pero esta es mi opinión de fondo, la vieja, la de Linares, de 50 años o 70 años.

He tenido mis peleas, pero finalmente todo empieza a cambiar, la doctrina se fue uniformando en la crítica al sistema[9], se modificó en este punto estructuralmente[10] la Constitución[11], por unanimidad de la Convención Constituyente; se hizo la Comisión del Código y el proyecto, debidamente elevado a la Legislatura, recibió aprobación legisla-

6. Es la permanente incapacidad de ver la realidad, que según Naipaul (The Return of Eva Peron, Londres 1980) nos caracteriza como países subdesarrollados. Es una observación común: NEILSON, James, "The old guard under siège", *Buenos Aires Herald*, agosto 16, 2001, p. 16.

7. *V.*, las referencias de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, cap. XIII, nota 1.6. , 4ª ed., Buenos Aires 2000, p. .

8. *V.*, nuestro libro *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo nº 3, Buenos Aires 1999, pp. 36 y ss.; "Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires", nota a PONTE, Cores, CSJN, *LL*, 1995-D, 1299. El segundo se llamó "Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la provincia de Buenos Aires", nota a CSJN, *Transporte del Oeste S.A. c. Municipalidad de Merlo*, *LL*, 1996-C, 39, reproducida en *Cien notas..., op. cit*, § 32, p. 96.

9. HUTCHINSON, Tomás, "La proyectada reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires. Oportunidad para cambiar la justicia contencioso administrativa", *LL*, 1989-E, 1254; TAWIL, Guido S., "El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino", *LL*, 1989-A, 1127; BIBILONI, Homero, "Algunas cuestiones para reflexionar ante la necesaria modificación del proceso contencioso en la Provincia de Buenos Aires", *Revista Función Pública* nº 89, p. 19.

10. ORTIZ, Ricardo Miguel, "El nuevo fuero contencioso administrativo", en el libro de *AA.VV.*, coordinado por BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata 2000, p. 37.

11. *V.*, MARTIARENA, Juan José, "Fundamentos constitucionales del proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires", *JA*, 2000-III, 1086; SORIA, Daniel F., "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional", *RDA* nº 17, p. 495; "Bases constitucionales del proceso administrativo bonaerense", *RAP* nº 5, p. 196, "El proceso administrativo bonaerense ante la reforma constitucional", *RAP* nº 5, p. 209.

tiva, promulgación, publicación, profusa difusión a través de múltiples estudios[12] y hace años que todavía no se lo cumple. Por suerte no estuve[13]. No tuve *nada* que ver, *nada*, no hay ni una coma y ni una palabra mía[14]. Tanto es así que alguna vez alguien tenía miedo que yo atacara el Código (todavía no me conocen), pero me parece excelente, la verdad, no tengo sino elogios[15]. La doctrina sigue avanzando en su estudio[16]. Mi duda y la de otros, como se verá, es de otro tipo[17].

3. La duda del suicida

Con el tiempo lo fuimos estudiando[18] y cuando está ya al parecer vigente, ahí se empieza a escuchar el ruido, ese ruido sordo y grave, cada vez peor, por sobre la inaudición de la sordera. Ahí comienza para mí una etapa final. O sea, después del final, *Da capo!*, o lo que en criminología llaman *la duda del suicida*. Pareciera que la gente que decide suicidarse con navaja empieza con mucha decisión y cuando llega a la mitad, o se quedó sin fuerzas porque está medio desangrado o -y este es el chiste de los criminólogos- le entran las dudas, ¿será buena idea haberme matado? Pero ya es tarde; el primer corte es recto y el resto sigue en zigzag.

Para mí, al poder en general le entró la duda a mitad del camino y esto no es nuevo, es muy viejo. Hay una anécdota que contaba Bielsa, por supuesto no me consta. Cuando se hace en 1946 el primer Plan Quinquenal, se manda un paquete importante de leyes al Congreso. Se aprueba todo, algunas leyes eran excelentes y están aún hoy vigentes. En ese paquete de leyes vino sancionado el Código Contencioso Administrativo.

---

12. *V.*, entre otros, BEZZI, Osvaldo M., "La proyección institucional de la creación del fuero administrativo en Buenos Aires", *RAP* nº 13, p. 205; *Código Procesal y Ley del Fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, editorial Función Pública, La Plata 1998; BOTASSI, Carlos A., "El nuevo proceso administrativo bonaerense", *Revista RAP* nº 7, p. 205; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "El nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Bs. As.", *Rev. Actualidad en Derecho Público* nº 8, p. 69; SORIA, Daniel F., "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional", *RDA* nº 17, p. 495; "Bases constitucionales del proceso administrativo bonaerense", *RAP* nº 5, p. 196; "El proceso administrativo bonaerense ante la reforma constitucional", *RAP* nº 5, p. 209; "El Proyecto de Código Procesal contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas", *RAP* nº 11, p. 227; "Las reformas al nuevo sistema de Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires", *RAP* nº 19, p. 259.

13. *V.*, CASSAGNE, Juan Carlos, "El nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en el libro de BOTASSI (coordinador), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, nota 3, Platense, La Plata 2000, pp. 1-2.

14. Buena prueba de ello, no se aceptó la crítica de BOSCH, que yo sigo, a la proteica expresión *contencioso administrativo*, en lugar de utilizar la diáfana frase *derecho procesal administrativo*. Son tributos docentes (como *poder de policía*, *Ley* de los gobiernos militares, etc.) al uso distorsivo del lenguaje.

15. Salvo, desde luego, la desafortunada y antigua terminología.

16. *V.*, en particular el libro de *AA. VV.*, cuya coordinación hiciera BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2000, p. 638. *V.*, además, entre otros, BOTASSI, Carlos A., "El nuevo proceso administrativo bonaerense", *RAP* nº 7, p. 205.

17. Otros también la tuvieron: BIBILONI, HOMERO M., "El nuevo contencioso provincial. Puerta a la esperanza o la posibilidad cierta de una desilusión", Rev. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la UNLP*, XXXIII, La Plata 1997, p. 79; en otra forma tremenda de decirlo se señala que "Sin el fuero, todo habrá sido en vano": ORTIZ, Ricardo Miguel, "El nuevo fuero contencioso administrativo", en el libro de *AA.VV.*, coordinado por BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata 2000, pp. 37 y ss., p. 54.

18. Así, BOTASSI, Carlos A., "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado", *J.A.*, 2000-III, 1141; D' ARGENIO, Inés A., "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", *J.A.*, 2000-III,1095;GAVEGLIO, Adrián J., "Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", *J.A.*, 2000-III, 1127.

Hasta ahí es verificable. Según la anécdota cuando le llevan a Perón el decreto de promulgación, el que se lo lleva le dice "Acá le traigo el decreto para la promulgación del Código Contencioso Administrativo, ¿usted sabe de qué se trata?" Le contesta que sí, por supuesto, pero el otro insiste. "¿Pero usted sabe para qué sirve esto?" Sí, para los tribunales, los abogados, los juicios. "¿Pero usted sabe, General, para qué sirve esto?" "Bueno, ¡dígame, para qué sirve!" "Sirve para anularle más fácilmente los decretos, General". Entonces lo vetó. El fundamento del veto era que se trataba de un asunto tan importante y complicado que merecía ser estudiado con mucho detenimiento, concienzudamente y así llegamos desde el año 1946 al 2000, estudiándolo muy concienzudamente.

4. El dique

Ahora bien, en la Nación esto se resolvió jurisprudencialmente. Los jueces finalmente rompieron el dique. Hoy en día hay un control suficiente y adecuado creado a partir de la Constitución[19] y del hartazgo de los jueces de una situación de descontrol que, por supuesto, la gente los señalaba con el dedo como no podía ser de otra manera[20]. Hoy en día existe acción de clase[21], tutela de los derechos de incidencia colectiva[22], un sistema judicial que funciona hasta en la prevención de algunos casos extremos de dilapidación de fondos públicos[23]. Tenemos la decisión que empezó en Mar del Plata con la Cámara Federal, que cuando hay una única decisión justa o razonable, la atribución se transforma de discrecional en reglada[24]. Tenemos una verdadera revolución jurisprudencial que hace que ya no haga falta el Código.

Nos cansamos los justiciables y la justicia, por suerte ambos[25]. El Código no hace ya falta, la jurisprudencia ha sufrido todo lo que haga falta y va resolviendo muy bien todos los problemas que puedan presentarse[26]. El presupuesto se equilibrará, de a poco.

---

19. Ha sido pivotal en ello las normas de los tratados de derechos humanos y las nuevas normas sobre garantías judiciales, sobre todo estableciendo la tutela de los derechos de incidencia colectiva. *V.*, también nuestro art. "Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional", *LL*, 1995-E, p. 988 y ss., reproducido con modificaciones, bajo el título *Los amparos de los artículos 43 y 75 inc. 22 de la Constitución*, como cap. IX de la 2ª ed. del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires 1996. Igualmente reproducido en MARTÍN, Abregú, y COURTIS, Christian (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 1997, pp. 201 y ss.

20. Un panorama general en nuestro t. 2, *op. cit*., caps. XIII, XIV y XV; nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Editorial Civitas, Madrid 1981.

21. El tema no deja de estar controvertido, comparar, en general, BIANCHI, Alberto B., "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala", en *RAP*, n° 235, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1998, pp. 11 y ss. *V.*, también nuestro art. "La legitimación", en *Procedimiento administrativo*, Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1999, pp. 441-7.

22. Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, *op.cit*., caps. II, III y IV; anteriormente nuestros art. "Derechos de incidencia colectiva", en el libro de la Universidad Austral, *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1996, pp. 274 y ss.; "La legitimación", en Universidad Austral, *Procedimiento administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1999, pp. 441-7.

23. Los tribunales nacionales han comenzado, felizmente, a fulminar de nulidad aquellas decisiones administrativas que son un obvio dispendio de recursos públicos. Así p. ej. CNF. ed CA, Sala II, *Torello, LL*, SupAdm, 3-IV-2000, con nota de GAMBIER, Beltrán, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad"*;* la misma Sala II *in re Gambier, Beltrán c. Poder Ejecutivo nacional, LL*, 1999-E, 623. Ambos comentados en nuestro tratado, t. 2, cap. III, § 6.6, pp. 30 a 33.

24. CFed. Mar del Plata, *Cipriano, LL*, 1998-F, 355, con nuestra nota "Control de razonabilidad", reproducida en nuestro libro *Cien notas de Agustín, op. cit*., p. 202.

25. *V.*, nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia", *LL*, 1997-F, 1318; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los grandes fallos de la actualidad", en la 2° ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, 1998.

En la nueva jurisdicción del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se dictó la primera Constitución luego de la autonomía y el primer código, llamado contencioso administrativo y tributario; se realizaron los concursos públicos de oposición y se designaron los jueces, que están en funciones. En la Ciudad de Buenos Aires, los tribunales de la materia funcionan normalmente[27]. El presupuesto está equilibrado.

---

26. Por ello cuando la Legislatura de la Ciudad analizaba el proyecto de código y requería opiniones, la nuestra fue que la clave estaba en cuántos jueces la Ciudad pensaba presupuestar. El código no era la primera prioridad, para nosotros.

27. Nota del Autor: En la clausura de las Jornadas antes referidas no puede evitar la comparación. Mis palabras fueron:

1.- Cuando se me invitó a decir estas conclusiones y reflexiones, entendí que si bien mi deber era estar presente lo más posible durante el desarrollo de las jornadas, mis palabras no habrían de ser un pretendido resumen de las ideas de los demás expositores y los intercambios del debate, sino mis propias conclusiones y reflexiones en ocasión y a propósito de aquéllos, que por ende no comprometen a los organizadores ni mucho menos al fuero.

Aclarado eso, sería pecar de plagio afirmar que todas las ideas que habré de exponer me pertenecen. Muchas las he recogido aquí. La selección y compaginación es mía, buena parte de las ideas son ajenas: las propias son a su vez reflexiones obligadas frente al testimonio de la realidad de estas jornadas.

2.- Afortunadamente las conferencias tienen un interés editorial más que suficiente para que sean publicadas como libro. Las jornadas que los organizadores han quedado, sin saberlo, comprometidos a hacer *cada año* siguiente y subsiguientes, permitirán el desarrollo de aquellas ideas propias y a los que las recogemos, provechosa recolección. Cada año un libro, ese es el compromiso y el derrotero que preanuncian y marcan estas Jornadas.

3.- Uno de los autores aquí mencionado ha distinguido el rol de partero del rol de profesor de inglés de la criatura. Quien recordó a dicho autor, a su vez, indicó que la Ciudad no podía ser madre y señaló algunas otras connotaciones esotéricas. Sea claro en todo caso que tanto las jornadas como el fuero no tienen partero, ni profesor de inglés, ni su madre es la Ciudad Estado de Buenos Aires. La Ciudad Estado es en cambio un calificado testigo de lo bien que han salido las cosas en la construcción de la justicia local. Muchas cosas andan bien en este país y ésta es una de ellas.

4.- Otras andan mal. Se han recordado aquí otros países y la Provincia de Buenos Aires y su código y fuero llamado contencioso administrativo. Evoquemos pues también cómo allende el Riachuelo nuestros colegas de la homónima Buenos Aires tienen un código escrito ordenado por la Constitución vigente, debidamente sancionado y promulgado, publicado y también vigente pero por extraña alquimia seudojudicial aún no aplicado, y jueces del fuero seleccionados y designados, pero por conjuros judiciales de juramentos no tomados, aún *no* en funciones. Los hados han querido probar a sangre y fuego su templanza; son trece, número que impetra los malabares del destino: hasta las páginas de los diarios locales han llegado la nómina de los jueces ARIAS, Luis Federico, GUARNIERI, Hugo, MARTÍ, Gladis, ECHARRI, Hugo, SERVÍN, José Abelardo, OCAMPO, Jorge Aníbal, ESCOBAR, Antonio, SCHREGINGER, Marcelo, FULGHERI, María, SARDO, Adriana, ISAAC, Simón, LOGAR, Ana, VALDI, Verónica. Los que no integran ya el Poder Judicial en otras funciones han ocurrido, como corresponde, al propio Poder Judicial. Otros nombres que la semana pasada han quedado registrados en audiencia pública en la Ciudad de La Plata, han jugado por deliberada omisión una carta osada contra el imperio de la Constitución, la ley y Justicia, han hecho hasta ahora lo necesario para impedir que esos jueces asuman sus funciones, han logrado impedir que el Código se cumpla, han cometido además actos positivos propios para incumplirlo. Debieran, en cabeza ajena aunque en terreno local, haber aprendido la lección: nadie transgrede la Constitución siempre impunemente, a veces toca pagar a la sociedad. Es el mismo país, apenas un curso de espesa agua oscura nos separa. Estemos pues atentos, aquende su caudal barroso, a defender nuestra propia Justicia. No lloremos tardíamente, como otros los últimos estertores de la moribunda Aerolíneas Argentinas, defendamos a tiempo la Justicia en jaque. El tiempo es hoy.

5.- Volvamos a lo bueno, que es mucho. Celebremos lo que anda bien. Es que estas Jornadas, como el fuero, son objetivamente un producto de lo más calificado que podía brindar la sociedad en la cual se hallan insertas. Son algo de lo mejor que puede dar de sí la sociedad política porteña. Más allá de las cenagosas orillas, pasando los extintos saladeros de otrora, otro código y otro fuero pugnan por nacer a la vida. Acá celebramos el bautismo.

Ha sido mucho más que un procedimiento público de concurso el que permitió la selección de quienes ahora nos han brindado sus ideas y su experiencia. Como todo procedimiento objetivo y garantístico puede no satisfacer a todos en el resultado inmediato, pero eso no importa: *el camino importa*. Puede que la exitosa instrumentación del Consejo de la Magistratura de la Ciudad no satisfaga a todos en sus decisiones, pero importa que esté y decida.

Para cambiar de imagen, en esta Ciudad Estado de Buenos Aires hemos asistido al bautismo de fuego de un código moderno y una constitución garantista, que muchos cultores de viejas pero no olvidadas dictaduras deploran. Es más que un fuero *hipergarantístico* como se pretende ridículamente denostarlo en los cafés y cenáculos de siempre, cuando no se tiene buen derecho o se quiere demasiado al poder por el poder mismo, sin importar quién ni cómo lo ejerce, cuando no se tiene memoria del miedo -en el célebre título del libro de Graham-Yool- porque no se lo sufrió sino que se ayudó a infligirlo, porque se medró en el sistema de abuso de poder.

5. Otra traición

Pero eso es la Nación y la Ciudad de Buenos Aires, acá en la Provincia seguimos con el letrero de Linares, la deformación jurisprudencial de un Código, ahora le agregamos la violación de la ley y al mismo tiempo de la Constitución[28]. Que también lo sea de la Convención Americana ya parece un detalle.

6.- Este fuero que ya rindió sus pruebas antes frente a los órganos públicos de selección, da también ahora su primer examen anual ante la sociedad abierta y sus amigos. Es el mejor y más brillante de sus exámenes salvo los que vendrán. No ya la prueba en su momento correctamente impuesta desde afuera como condición de admisión, sino el interrogante nacido desde adentro, por un imperativo de conciencia. No el examen pedido sino el ofrecido, como sólo los grandes se ofrecen a sí mismos. Es la legitimación social por antonomasia.

Bien está que las Jornadas no sean oficialmente del fuero. No deben tampoco serlo. No podrían incluso serlo, pues las opiniones, los criterios, las razones, no se votan ni se aprueban, sólo se discuten. No se cuenta el número de los soldados de las huestes de las ideas y doctrinas mayoritarias y minoritarias, pues hay falanges solamente de guerreros, no de jueces y magistrados, ni de pensadores, docentes o autores. No se cuenta el número o la cantidad de los sostenedores de tal o cual idea, de tal o cual ideología, de tal o cual interés concreto: solamente se sopesan sus razones, se ponderan sus intereses, se juzga su comportamiento, se tiene presente su trayectoria, se analiza la parábola de su vida y de sus ideales, se aprecia la coherencia entre sí de sus ideas y al todo se lo compagina y compara con sus actos.

Los jueces, a su vez, deciden en sus sentencias. Todos los demás opinamos antes y después sobre esas decisiones y sobre todos sus demás actos en el proceso y en la vida. Los restantes magistrados, funcionarios, integrantes del ministerio público en sus diversas manifestaciones, empleados mismos, también traen aquí una parte fundamental de sí mismos para que celebremos con ellos, todos juntos, esta pujanza del nuevo fuero.

Los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y todos los justiciables del proceso administrativo local junto a la opinión pública somos a nuestro turno los jueces naturales y sociales de su conducta, de su patrimonio, de su estilo de vida, de su afán de perfeccionamiento, de su predisposición al diálogo, de su vocación de transparencia, de su apertura intelectual y personal, de su temple en someter las propias ideas al debate, de su ahinco en el trabajo y en el estudio, de su afán de mejoramiento, de su profunda humildad en no venir a avasallar con el peso de sus decisiones, dictámenes y sentencias, que lo poseen, sino a someter al debate sus ideas, que las tienen más y mejores todavía.

7.- Estas Jornadas no son del fuero pero se viven y sienten como si lo fueran. Son un subproducto más, ciertamente no imaginado en su momento, del procedimiento de selección por concurso público, abierto y de oposición, propio de la democracia en que hoy vivimos y debemos siempre defender contra sus constantes ataques. Ataques que nunca faltan por aquellos que al menos conocemos y se dan siempre a conocer por sus ideas infaliblemente autoritarias, raramente ingenuas, frecuentemente interesadas.

En esa larga tarea de preparación que hicieron todos los integrantes del nuevo fuero de la Ciudad, de previos concursos de oposición para la docencia, de libros y artículos de doctrina, de notas a fallo, de charlas y conferencias dadas y escuchadas, de cursos hechos o impartidos, de exámenes otrora rendidos y hoy tomados, se ha creado un ethos y una ética del trabajo, del logro, de la realización personal, del mérito.

8.- Por eso demuestran con su vida que saben que sus funciones son un resultado de la democracia abierta y participativa de hoy, esa que no es solamente una forma de llegar al poder sino también una forma de ejercerlo. Para los que piensan que la Justicia es un poder no democrático, vaya esta profunda lección de democracia que nos dan los integrantes del fuero de la Ciudad. Son demócratas en acción, a la altura de las exigencias de mañana y por encima de las de hoy. Saben justipreciar el boato que debe acompañar su rango sin creerse del todo la simbología. No ignoran que aunque la alfombra roja debe existir, ella no es alimento intelectual. Como escuché a un magistrado en estas Jornadas, no se han comido la alfombra.

Conocen de la necesidad de perfeccionamiento permanente de las doctrinas y las personas. Vienen efectivamente al ruedo de las ideas, a discutir como integrantes de una sociedad pluralista, no como dueños de nociones verdaderas ni oficiales, sino como vanguardia del debate: es en función de ese liderazgo ejemplarizador que dan la tónica de venir al llano.

9.- Dan con su conducta el recto ejemplo a sus demás funcionarios y empleados que -mayoritariamente recibidos de abogados, o a punto de serlo- han sabido también emularlos y estudian con ahínco, como corresponde, en los cursos de especialización de su alma mater, que hoy testimonialmente nos brinda también su techo acogedor. De aquellas semillas salen estas mieses. Trabajan, piensan, leen y escriben derecho, sufren, aprenden y enseñan, mientras siguen construyendo, todos juntos, magistrados y funcionarios, el hermoso edificio intelectual y moral de este nuevo fuero porteño. Ese sí que es un auténtico Palacio de Justicia, el del espíritu, no el de ladrillo y argamasa. Estas Jornadas son ciertamente de esa Justicia, con mayúscula.

En estas Jornadas, ha sido Justicia.

28. Quizás es que se repara en "La proyección institucional de la creación del fuero administrativo en Buenos Aires"que advirtiera en el artículo de este título BEZZI, Osvaldo M., *RAP* nº 13, p. 205.

Y qué violación! Pues "Los convencionales constituyentes de 1994 *por unanimidad modificaron estructuralmente todos* los elementos que integran la Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires"[29]. Una frase así, que intentó reseñar una magnífica reforma constitucional y legislativa, culminando en un nuevo derrotero doctrinario, quedó imprevistamente transformada en el resumen de todo lo que es el alcance de la contrarreforma.

Al contrario, ahora se trataba de ver cómo desde uno de los poderes constituidos, precisamente el guardián de la Constitución aprobada por unanimidad de los convencionales constituyentes, se modificarían otra vez, esta vez en flagrante inconstitucional contrarreforma, "estructuralmente todos los elementos".

Cuando ya estaba el Código aprobado le entra la duda al poder provincial: empezaron con el tema de cómo se creaban los juzgados y aparecieron las voces de prudencia diciendo que no exageremos, todos juntos no, porque no va a haber causas suficientes, con una administración tan buena quién va a hacer un juicio. Despacito, de a poco.

Me acuerdo que por aquella época me dijeron "me imagino que usted no va a venir a sabotear esto" y les dije que no porque no soy saboteador. Entonces me acuerdo que con especial cuidado y a pedido dije que vayan despacito, de a poco, pero la verdad que si hubiera sabido que ese de a poco eran tantos -casi infinitos- años, hubiera dicho De a poco, pero no tanto. No exageren Uds. tampoco, que yo no soy el único andaluz.

6. Otro zigzag

Siguen los ruidos afuera. Siguen pidiendo *Da capo!* Pero ahora quieren dar por terminado el ensayo de orquesta, no quieren siquiera oír de vuelta desde el comienzo la partitura. Ahora quieren derogar el Código, la Constitución, los jueces[30], todo. Menos mal que no son los años de plomo. Yo lamento el mal cruce de las circunstancias que me tiene a mí hablando acá, justo en la Corte, sobre el tema. Pero, en definitiva, la principal responsabilidad que uno tiene es con la propia conciencia y no hay más remedio. No me toca sino decir como Wade dando conferencias en Estados Unidos "Espero que no me deporten"[31], porque iba a hablar en contra de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos[32].

Yendo al corazón del tema, la preocupación por la defensa de la administración en el contencioso es la duda del suicidado: es otro de los zigzags políticos de una mano moribunda y tardíamente vacilante. Seguramente pareció muy divertido ayer hacer un código, hoy no pueden creer que sea en serio[33].

29. ORTIZ, Ricardo Miguel, *El nuevo fuero contencioso administrativo*, *op. cit.*, p. 37.

30. Hasta las páginas de diarios y revistas ha llegado la nómina de los jueces: ARIAS, Luis Federico, GUARNIERI, Hugo, MARTÍ, Gladis, ECHARRI, Hugo, SERVÍN, José Abelardo, OCAMPO, Jorge Aníbal, ESCOBAR, Antonio, SCHREGINGER, Marcelo, FULGHERI, María, SARDO, Adriana, ISAAC, Simón, LOGAR, Ana, VALDI, Verónica.

31. He argentinizado la referencia. El chiste de WADE fue que esperaba no tener problemas con la visa de turista.

32. WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1963.

33. Por eso cuando la Ciudad pidió opinión de su proyecto de Código, yo sugerí que primero decidieran *cuánta* justicia querían tener. Para quienes se alegran de mis fracasos de fuerza de convicción sobre la cosa pública (van perdiendo la batalla) ésta es otra cuestión en que no convencí.

Ahora bien, en todo caso de derecho tenemos que ver las cosas no solamente al momento en que están pasando, sino cómo se van a ver después, dentro de diez o más años. Para mí no es solamente una forma de ver las cosas académicamente, profesionalmente me han pedido a veces opinión con ese alcance temporal.

II. "VERLA VENIR"[34]

Puedo hoy contar que en el año 1990 me consulta el Banco Mundial sobre si todo el sistema de la Ley de Reforma del Estado iba a ser declarado inconstitucional o no, quince años después[35]. Esta fue la pregunta en 1990. "Hoy ya sabemos que no. Pero después, cuando hayan cambiado todos los jueces, cuando esta Corte no esté y venga otra Corte, ¿usted cómo lo ve?" Una pregunta difícil, pero como toda pregunta se puede contestar. Yo consideré que la ley aguantaba el control de constitucionalidad diez o quince años después, con otros jueces, en otro momento político, sin todo el andamiaje que estaba en ese entonces presente.

1. El Proceso. Memorias del Miedo

Yo invitaría ahora a pensar qué pasa dentro de diez o quince años respecto del momento actual. Y voy a hacer una comparación tremendamente exagerada, tremendamente injusta, pido perdón, pero es lo que me viene a la mente. La primera parte de la comparación ya fue hecha en los periódicos, ya es un poco exagerada pero tiene la sensación de hechos históricos y en este punto creo que son comparables, en los contenidos obviamente no. Me estoy refiriendo, primero, a lo que pasó durante el Proceso militar. Durante el Proceso nadie hablaba de *dictadura militar*, por supuesto; no se usaba *el dictador*,[36] se decía *Ley* en vez de *decreto-ley*[37] y se hablaba sí de las muertes pero de los *enfrentamientos*; [38] no de la tortura, sabíamos que existía pero se estaba entre atemorizado e insensibilizado. Lo de atemorizado es así, sin ninguna duda. Recuerdo una editorial del *Buenos Aires Herald*, el único diario que publicó todas las muertes durante

34. El uso popular suele distinguir entre *verla venir* y *mandarla buscar*, refiriéndose a problemas que se le avecinan a uno. Lo primero es inteligente, lo segundo imprudente. Ahora bien, ni siquiera verla venir, eso es impericia máxima.

35. Conociendo esas preocupaciones externas cuando leí, en 1991,que el gobierno argentino iba a negociar el futuro *Plan Brady* y días antes había dictado un decreto desregulatorio que la opinión pública había criticado muy fuertemente pero para mí era constitucional, publiqué casi de inmediato mi artículo "La validez constitucional del decreto 2284/91", en el *Periódico Económico Tributario* n° 1, Buenos Aires noviembre de 1991, reproducido como cap. XI del libro *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit*. Fue inútil porque el *Plan Brady* no salió en ese momento. El decreto fue luego ratificado por ley. Y tampoco alcanzó con el *Plan Brady*.

36. Es magnífico y estremecedor recordar los malabarismos verbales de NEILSON, James, *En tiempo de oscuridad 1976-1983*, Emecé, Buenos Aires 2001; *V.*, más recientemente, el testimonio apasionante de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Sudamericana, Buenos Aires 2000, esp., pp. 139-233, que llega hasta 1998.

37. Por supuesto, el uso continúa, como lo explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Fundación de Derecho Administrativo, cap. I, § 6, 5ª ed., reimpresión Buenos Aires 2000, *Las 'leyes' que no son leyes*, p. 7. La pretendida función legitimadora de esa elección semántica es evidente. La criticamos desde su intronización en el gobierno militar de 1966: "Análisis crítico de la ley de desarrollo", *Revista de Legislación Argentina* n° 2, Buenos Aires 1966, pp. 86 y ss.

38. No ejecuciones o fusilamientos.

un tiempo, que decía *una noche de pesadilla*. Y cuenta la editorial que estuvieron toda una noche pensando y resolviendo ¿publicamos o no estas últimas muertes? y finalmente decidieron publicarlas. Pero por supuesto, se salvaron un poco por ser extranjeros. Contaron los diarios que a Andrew Graham-Yool, que está otra vez en el *Buenos Aires Herald*, un día lo secuestraron y lo dejaron desnudo en plaza San Martín, como para demostrarle el poder sin llegar a la tortura física o a la pérdida de la vida.

En su estremecedor libro *Memoria del Miedo*[39], que hace poco reeditó la Universidad de Belgrano, cuenta con diferencias y más detalles una parecida anécdota, sólo que aterradora.

Pero en aquel entonces, entre el miedo, la complicidad o lo que fuere, lo veíamos con menos sensibilidad de lo que se mira 25 años después. Y esto se ve en la reacción de la sociedad frente a lo que ocurrió en aquel momento.

2. El endeudamiento[40] y la hecatombe

Después vino la década del '90, estamos en democracia, ya no hay persecución, ya no hay muertes, no hay torturas. Eran otras épocas, había que privatizar, había que vender. Lo que no sabíamos en ese momento, como no supimos antes saber otras cosas, era que debiendo 60 mil millones antes de empezar a privatizar y vender, luego de privatizar y vender todo, serían 130 mil millones[41]. Hace poco un periodista serio comparaba el *proceso* con esta época que nos ha tocado vivir, el '90, por supuesto que los contenidos no son comparables, sí lo son en este despertar tardío. Veinticinco años después, ¿era tan terrible aquello? Sí, era muy terrible. ¿Estamos tan mal de verdad habiendo vendido todo? Sí, estamos tan mal[42].

3. La inaplicación del Código

Ahora la pregunta dentro de quince o veinticinco años es, ¿tenían un Código contencioso y los jueces anteriores decidieron no aplicarlo?[43] ¿Había jueces nuevos seleccionados y nombrados y los viejos no les tomaban juramento y estaban preguntándose si la administración no estaría un poco indefensa?

---

39. GRAHAM-YOOL, Andrew, *Memoria del miedo*, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires 1999.

40. Nos remitimos al t. 1, cap. IV, cáp. XI, § 8.3: "El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural"; *Después de la reforma del Estado*, caps. IV, V y VI., 2ª ed., 1998.

41. Es la cuenta que nos faltó sacar en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*

42. Nos remitimos al análisis que realizamos en el cap. IV del t. 1 de nuestro tratado, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio*. Otros libros aparecidos en este año 2001 no parecen compartir esta evaluación de la gravedad de la emergencia, por ejemplo CRIVELLI, Julio César, *La emergencia económica permanente*, Ábaco, Buenos Aires 2001, prólogo de BIANCHI, Alberto B., pp. 114 y ss.; ABERASTURY, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, prólogo de SÁENZ, Jorge A., Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98 y ss.; CANOSA, Armando N., *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Ábaco, Buenos Aires 2001, pp. 15 y ss. Algunos datos periodísticos posteriores avalan aquella primer impresión nuestra: ESPERT, José Luis, "*Default, devaluation likely*", *BAHerald*, 26 de agosto, p. 12; FRAGA, Rosendo, "El ajuste no puede provocar una situación de desesperación social", *La Nación*, 26 de agosto, p. 8; MARTÍN, Redrado, Surgery better than butchery, *BAHerald*, 24 de agosto, p. 8.

43. Es la situación a partir del caso *La Jirafa Azul*, sobre el cual volveremos. *V.*, MILANTA, Claudia, "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo Para la Provincia de Bs. As. (nota al fallo 'La Jirafa Azul')", *LL*, 1998-B, 506.

Al así hacerlo ¿inaplicaron además un código vigente, incumplieron y violaron frontal y estructuralmente la Constitución, resucitaron un código muerto, mantuvieron el descontrol y el despilfarro, dieron vida de ultratumba a un tribunal fenecido -ellos mismos?.

4. La autopreservación del Yo

Llego al tema. Lo veo con mucho dramatismo, porque puede haber lugar para la insensibilización propia de la autodefensa, la autopreservación del yo. Uno necesita como ser humano subsistir. Es primario como instinto humano. Uno puede negarse todo como para no tener que enfrentarse a la realidad. La negación de la realidad y el olvido es uno de los mecanismos de defensa del Yo, como ya decía Ana Freud.

III. SEPAN: QUE SABEMOS QUE SABEN

Si en el '76-78 era decir *en algo andarán*; si en el '90 era decir *tanto no será*, ahora es decir *no es para tanto, no exagere*. O como antes no sabían de las muertes y los latrocinios, [44] ahora parece que no saben qué es una democracia en que falte uno de los tres poderes del Estado. No saben qué es que no haya justicia, que la administración dilapide el dinero sin control, que detrás del descontrol vengan la miseria y la represión. *No saben* qué es violar la Constitución, la ley, el sistema de tutela jurisdiccional, el control del poder. "No sé, no me acuerdo, no lo veo, no lo creo": *preservo el yo*. Pero nosotros *sabemos que saben*. Esta vez el pueblo *sabe que saben de qué se trata*.

1. La ley de la irresponsabilidad

Vuelvo más atrás. Frente al zigzag del suicida es útil el desorden histórico, quiero una vez más mostrar la analogía de los procesos históricos en que se inserta esta denegación frontal y final de justicia. Cuando yo estaba trabajando en estas cosas que recordaba Martiarena del nuevo Derecho Internacional Público y su influencia en el derecho interno[45], recuerdo haber hablado con un jurista que me ha ayudado mucho, autor de Derecho Internacional. El me explicaba esto del derecho imperativo internacional y sacó el tema de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Con una risa me dice "por supuesto, olvidémosnos del hecho que son absolutamente nulas, totalmente inválidas". Como se rió me quedé con la duda sobre si consideraba que esto era sí o no. Después cuando sale la sentencia del juez Gustavo Cavallo veo que lo citan profusamente y él lo

44. Así como no hace mucho se construyó una teoría exculpatoria de las huestes militares, ahora se postula un paralelismo con los soldados del general -cuya riqueza sería la que éste les repartió. Otros despojos, otra guerra, otros juicios.

45. *V.*, t. 1, cap. VI; t. 2, *La justicia administrativa internacional*, cap. XVI; "La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional", *Cuadernos de Fundejus*, n° 3, año 3, 1995, pp. 23 y ss., reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo 1996, pp. 265 y ss.; "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno", *LL Actualidad*, 17 de abril de 1990, reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, 1ª ed., Buenos Aires 1990, actualmente 4ª ed., 1999; "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales", nota al fallo *Giroldi*, en la revista *Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública* n° 215, 1996, pp. 151 y ss.

había dicho en serio. Se rió con la risa de la hiena, como un gesto nervioso y nada más. Pero lo cierto es que de pronto la Corte de San José dice que todas estas leyes son absolutamente irritas. Nuestra Corte pidió el fallo, ya saben, se sintió el golpe afuera del edificio, como en *Ensayo de Orquesta*. Temblaron las paredes, se levantó polvareda, cayeron escombros...

Qué dice el fallo de San José, no solamente estas leyes sino toda forma de *no* juzgamiento de los responsables de la violación de los derechos humanos, todavía más amplio que delitos de lesa humanidad[46], contraviene la convención americana.

Son pues irritas y la Corte Nacional no va a tener más remedio que decirlo así. Y esto implicará todos los costos y todas las consecuencias de un lento acomodarse al derecho que nunca debimos abandonar. Fíjense, sale la sentencia en primera instancia y todos dicen "esto lo arregla la Corte, hagamos el *per saltum*", pero en la Corte ya no será lo mismo, lo están pensando distinto: es otro caso, otro tiempo histórico, otra realidad.

2. ¿Qué es esto de que no haya justicia?

Entonces vuelvo a invitar a pensar ¿cómo se va a sentir esto dentro de diez o quince años?[47]. Hoy, digamos que estamos un poco enojados, un poco molestos, un poco confusos, un poco preocupados, pero ¿vemos en su verdadera magnitud qué es que no haya justicia?

Que no haya justicia y punto. Porque esta es la verdad y no la vimos antes, cincuenta años o setenta años antes, pero se la ve ahora. La indefensión existió siempre, pero ahora es peor, más frontal, más flagrante: y ahora se agregan hechos propios en la cadena causal de la denegación de justicia. Antes tenía un esbozo de fundamentación en la vieja Constitución. Ahora la vieja constitución está derogada y la nueva Constitución por unanimidad modificó *estructuralmente todos los elementos* del sistema. Ahora se levantan contra la Constitución, contra la unanimidad de la convención constituyente, contra la legislatura que aprobó el nuevo código y derogó el viejo. Todo para ayudar a la administración vaya saber a qué. Tal vez a seguir gastando en el viejo esquema, en ese modelo que no se reconoce como agotado, del despilfarro y algo más, que lleva a la desesperación y algo más.

Hay otra comparación injusta que no puedo evitar: venimos del medioevo, en que el monarca hacía *justicia*. Se pasa a las *curia regis* y luego a la justicia delegada. Después se llega, con todas las mutaciones que ustedes conocen, al Consejo de Estado de Francia y de ahí al contencioso español y por fin a nuestros viejos contenciosos.

Por eso es esta jurisdicción en primera y única instancia que ya no existe en Francia, en España, en ningún país medianamente desarrollado. Es la jurisdicción única, en única instancia, concebida para que el control sea lo más escaso posible, con plazos muy

46. Este concepto, de todos modos, se está extendiendo pronunciadamente en la actualidad. Nos remitimos al desarrollo que hicimos en el t. 1, cap. VI, § 2.3, p. 21; § 3.4, p. 28.

47. Es la fundamental que siempre cabe hacerse en todo caso de derecho: la posible evolución de su contexto, que desde luego influirá luego en la decisión misma. Lo explicamos en el t. 1, cap. I, § 15, p. 40. Como dice CARRIÓ, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, "la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso", p. 34, § K. En otro sentido dice LEVI, Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires 1964, p. 12, que "Las reglas cambian mientras son aplicadas". Ampliar en nuestro *El método en derecho, op. cit.*, p. 89, "El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal".

breves para iniciarlo, infinito para resolverlo y todo lo demás. Todo armado para que no haya control porque así viene, viene del siglo XII transmutado por el Consejo hace un par de siglos porque tampoco es el actual[48]. El Consejo actual ya tiene vigente el principio de la prudencia en el Derecho Administrativo. Ahora es un principio del Derecho Administrativo.

IV. LA ADMINISTRACIÓN INDEFENSA

Para no dejar de hablar del tema que se me pone, porque es uno de los argumentos, *la administración va a quedar indefensa*, recuerdo un juicio que tuve contra la Provincia hace unos años; como abogado mi trabajo es tratar lo mejor que pueda de sacar las cosas adelante. Y hablando con mi contraparte, el abogado del Estado, me sale la siguiente frase, cuya ingenuidad fue inmediatamente vista como obvia y así me lo hizo saber, le dije "Bueno, espero que no me vuelvas loco con problemas procesales". Y me dice "Agustín, ¿te voy a dejar la principal carta que tengo?, perdóname, te voy a volver loco". No era cierto, me dejó correr solo. Lo que *no* me dijo era que ya *sabía*, no era un *pálpito, sabía*, que *me lo iba a ganar en cuanto al fondo*[49]. Me lo ganó en la forma y en el fondo y, además, creo que tenía razón. No parece precisamente una administración indefensa, tenga el código que tuviere. Con el órgano decisorio de su parte, como al Viejo Vizcacha, le alcanza y sobra.

Por eso la clave del nuevo código no es el nuevo código, son los nuevos jueces. Entonces, liquidan los jueces, pues *Sin el fuero, todo habrá sido en vano*.

Por las dudas, liquidan el nuevo Código también, hacen la resurrección del viejo cadáver. Y se quedan ellos también juzgando a la administración, más allá del tiempo, de la Constitución, de la historia.

De paso, derogan la nueva Constitución, restablecen *in totum l´ancien régime*.

Qu´ils mangent brioches.

V. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, ANTES DEL JUICIO: EL DICTAMEN PREVIO AL ACTO

Muchas veces en la justicia no se le da todo el peso necesario al dictamen previo de los organismos permanentes de asesoramiento letrado[50]. No se castiga siempre con la invalidez absoluta el acto dictado sin dictamen jurídico previo: no me digan pues que la preocupación es la defensa en derecho de la administración. Si lo fuera, fulminaríamos de nulidad todo lo que no tenga o no respete el dictamen jurídico previo de los organismos permanentes de asesoramiento letrado.

48. *V.*, *Conseil D'Etat, Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, La Spezia, Adam Biro, Italia 1999.

49. Los llamados *alegatos de oreja* funcionan especialmente en el derecho administrativo, a favor de la administración. *V.*, al respecto nuestro t. 2, cap. XVI, § 12, "Reuniones *ex parte*", p. 13; cap. I, § 4.2., "El alegato informal".

50. T. 3, cáp. IX, § 4.5, especialmente 4.5.2 "La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo".

Si no se les pide opinión o no se les hace caso o se inventan organismos nuevos de supuesto asesoramiento jurídico y todo esto la justicia no lo castiga con la nulidad, es porque no es cierto que les importe la defensa del Estado en Derecho.

Ahora bien, ¿por qué la insistencia de que haya un dictamen jurídico previo? Yo he estado dentro de la administración y de afuera también lo veo constantemente. Una cosa es convencer de algo a la autoridad y que ella diga sí, no hay problema, pero si el abogado no le hace el dictamen la autoridad no firma el proyecto. El abogado, puertas adentro, le dice "mire señor, acá pasa esto, pasa lo otro" y empieza una negociación interna entre quien quiere hacer algo y el que le va a hacer el dictamen jurídico.

En esa negociación interna generalmente el que quiere decidir se ajusta un poco más al planteo legal para lograr finalmente el dictamen letrado. A veces los letrados son demasiado astutos y hacen un dictamen en el cual, en definitiva, no le están diciendo que es válido, sino que lo puede hacer pero que vea después se verá que pasa. Es como darle o negarle una cautelar bajo caución juratoria. Hágalo si quiere, pero responsabilícese, institucional y personalmente.

Es muy importante la función juridizante del abogado en la administración pública, por eso es el dictamen jurídico previo. Una segunda función juridizante es el abogado de la administración en la contestación de la demanda. Es el mismo tipo de profesional que no le quiso hacer su dictamen si no moderaban un poco lo que estaban haciendo, *sí, pero no tanto*. Y no es suficiente con traer un abogado más. Nombrar a los amigos en cargos laterales de asesoramiento y luego pasarles a ellos la función de asesoramiento previo o defensa ulterior. Es que en algún momento ellos también saben de la responsabilidad. Así como el abogado de la administración pública es un elemento indispensable de juridicidad del sistema en el dictamen jurídico previo, con el Código va a haber un segundo momento de control de la administración pública, en el momento de la contestación de la demanda. Acá están demandando por esto, en verdad creo que tienen razón. Resuélvanlo porque yo no me voy a comprometer con usted y decir que esto está perfecto, porque ya no tengo la salida de decir que esto tiene cincuenta problemas procesales y en el fondo me remito a lo que resulte de la prueba. Voy a tener que decir algo sobre el fondo del asunto, bajo mi responsabilidad.

No nos apiademos del pobre abogado en el sentido de que va a estar inerme. Es más bien el funcionario ejecutivo que va a tener que enfrentar a los abogados del Estado cuando estos le digan lo que todos sabemos. Porque no es ninguna novedad, cuando algo viene todos sabemos si está más o menos bien o más o menos mal. Esto no es ninguna maravilla para nadie.

Con esto estoy diciendo que no creo que haya una situación difícil ni mucho menos de indefensión para el abogado ni para la administración: estarán indefensas la violación de la ley y de la Constitución. Hay una situación difícil para el funcionario que tiene que mantener o no una conducta ante la demanda.

Para el abogado es una situación distinta, no difícil porque los abogados sabemos convivir con situaciones difíciles. En realidad, nuestra profesión es de problemas. Las cosas que no tienen problemas no nos llegan, nos llegan solamente las que tiene problemas.

Por lo tanto, sabemos manejarnos frente a los problemas, con inteligencia y con practicidad. Y si no lo sabemos lo aprendemos. Esto es perfectamente posible.

1. La corrupción

Algo parecido pasa y yo lo he comentado varias veces acá en La Plata, con la Convención Interamericana contra la Corrupción[51]. Entre los requisitos, por lo menos que yo le veo, de validez de los contratos administrativos existen varios puestos por la Convención, de que el contrato sea justo, que haya equidad y uso eficiente de los fondos públicos. Eficiencia y equidad no son hoy meros argumentos de teoría administrativa, no son más argumentos de política, son ya argumentos jurídicos.

Y el abogado, entonces, a quien le piden un dictamen sobre un contrato que va a implicar un uso ineficiente de los fondos públicos, tiene que decirlo porque si no lo dice va a incurrir en *mala praxis*.

2. La urgencia

Yo comento siempre el tema de la urgencia, que es una cosa muy inasible y el abogado le encuentra la vuelta, para eso estamos, y pone que si usted tiene un informe que diga que es urgente y este informe parece *prima facie* razonable y usted también lo dice, yo como abogado le voy a decir que el pre informe parece *prima facie* razonable y si está de acuerdo en que hay urgencia, puede contratar directamente. Si va a haber un tema de si el uso de los fondos públicos es eficiente va a pedir primero un informe de alguien que explique por qué es eficiente y dirá "no parece *prima facie* irrazonable el dictamen que dice que es eficiente en el caso el uso de fondos públicos". Si usted está de acuerdo, bien, pero yo voy a cuidarme de no decir *adelante* sin analizar si *prima facie* es o no un uso eficiente o ineficiente de fondos públicos. Yo también me tengo que cuidar de la *mala praxis*.

Cuando un abogado contesta una demanda con alguna de las cosas que a veces se hacen y a veces pasan, es lo mismo. No puede decir que solamente se fijó en el plazo y que eran facultades discrecionales. Como abogado no puede ya liberarse de opinar sobre el fondo del asunto.

VI. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL JUICIO

El cambio que más impacta no es pues el aparente, bien lo han advertido. No es que el abogado del Estado con el viejo Código saque todos los ases de la manga: el administrado no lo hizo en plazo, se equivocó, no lo hizo dos veces, no trajo la prueba, facultades discrecionales, acto de gobierno, acto institucional, además siempre están los que trabajan para darle más por si le falta. Entonces con eso contesta la demanda. Ni siquiera una computadora precisa, con unos juegos de hojas escritas a máquina se las arregla y contesta cualquier demanda. Y todas son improcedentes sin mayor esfuerzo. Ahora, si no tiene todas estas cosas tiene que entrar al fondo, este es otro trabajo y tiene otro tipo de inconveniente y es que primero tiene que tomar una posición en el fondo del asunto. Debe pensar si lo que se le plantea es sensato o no, si tiene sustento fáctico. Y en el plazo que tiene para contestar la demanda tiene que consultar con la autoridad política.

51. Que analizamos en el cap. XVI de la quinta ed. del t. 1.Anteriormente en "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción", *LL*, 1°-IX-97.

Cómo se contesta esto? Si no le dicen nada, como suele ocurrir, no va a tener las viajes salidas del plazo, esto o lo otro, sino que va a tener que decir que esta demanda es totalmente improcedente porque el Estado ha obrado en forma magníficamente razonable. Ahora bien, cuando se resuelva que es irrazonable tiene que bancárselo, así como yo debo dar cuenta del juicio que perdí por no tener razón mi cliente. ¿Pero cómo y usted permitió que este juicio siguiera, usted no avisó que esto era un disparate, que mejor se solucionaba de entrada?

Hoy en día si el abogado del Estado contesta con 20 argumentos procesales y el juicio se pierde por el fondo, quién le va a decir nada. Pero si el único tema es el de fondo, va a tener que rendir cuentas el día de mañana acerca de cómo contestó ese problema de fondo en su momento.

VII. LA DESESPERACIÓN, CONTRACARA DE LA EMERGENCIA

El tema es que estamos llegando a un punto evidentemente límite. Ya están llegando opiniones un poco fruto de la desesperación. Ustedes saben lo que pasa con el gato cuando se lo acorrala, es medio peligroso. Nunca hay que acorralar a un gato porque el gato después araña y acá me parece que están acorralando a los gatos. Creo que es una cosa francamente peligrosa porque se parte de una carencia básica de razón[52].

1. Primero, la jirafa azul[53]

Yo creo que todas las cosas hay que verlas a través del tiempo. Cuando sale el primer fallo, el de la jirafa, me acuerdo que a mí no me dejó contento pero tampoco demasiado preocupado, me pareció simplemente raro. Bueno, la jirafa azul, el tiempito, la emergencia, la situación, la coyuntura. En esto los argentinos somos expertos; somos los maestros de la emergencia, del momento[54]. Por ahora no, está bien, esperemos. Tres meses, seis meses, un año, dos años. Por ahora no, pero cuánto? ¿Con el nuevo gobierno? No, tampoco. Los economistas dicen que llega un momento en que lo cuantitativo supera el umbral de lo cualitativo. Llega el momento de rendir las cuentas, el momento terminal en que hay que sancionar a los culpables pues el problema ya no tiene remedio.

---

52. Las voces de prudencia, en lo económico y social, recomiendan alimentar a los pobres en época de emergencia.(FRAGA, Rosendo, "El ajuste no puede provocar una situación de desesperación social", *La Nación*, 26 de agosto, p. 8.) Que alguien piense también en los que tienen hambre y sed de justicia. No hagan de moderna Maríe Antoniette, no nos digan "*Qu´ils mangent brioches*".

53. Nos remitimos nuevamente a MILANTA, Claudia, *Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires (nota al fallo 'La Jirafa Azul')*", *LL*, 1998-B, 506.

54. *V.*, nuestros artículos "La emergencia administrativa argentina de 1989-1992", en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo ORTIZ ORTIZ*, ed. Colegio Santo Tomás de Aquino, San José 1993; "Emergencia residual en la deuda pública interna", *LL*, 29 de mayo de 1995, reproducido como cap. V del libro *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.*, Ampliar *supra*, nota 43. ABERASTURY puntualiza la poca credibilidad de una emergencia de varias décadas.

2. Messineo

Y acá ha pasado esto, claramente. Ya no es una cuestión de demora, sino que es una cuestión cualitativa. No es un problema de cuánto tiempo pasó. Y cuando se empieza a desarmar todo el aparato de control y dejar el camino libre a la ilegalidad, esto es más grave todavía. Me informaron el otro día, supongo que con información correcta, no lo sé, que los fondos que estaban previstos para el sistema de control judicial se están destinando a otros fines, las cosas que estaban hechas para ponerlo en funcionamiento se están deshaciendo, he oído frases como "habrá que modificar la Constitución"[55]. Se está de hecho derogando la derogación del viejo Código, una aberración jurídica que ya señaló Messineo. Y está funcionando el viejo Código, el primero derogado. Unas horas y hasta unos días y quizás unos meses lo puedo creer y aceptar.

Las películas que tratan del *regreso de los muertos vivos*[56], con todo, no tardan más de un par de horas. Más no se soporta. Excede hasta del terror.

Messineo[57], que alguna vez se citó en este punto y en este sentido en los fallos de este tribunal, dijo que la abrogación de la norma abrogatoria no hace renacer la norma primigeniamente abrogada. Pueden derogar el segundo código *pero no pueden hacer renacer el primero* por más tiempo que una mala película de horror. Está derogado y punto, lo derogó otro Código, el nuevo. Deroguen el nuevo, ya lo han hecho, hagan lo que les parezca, es criatura vuestra, pero el primero no renace. Un tiempito, seis meses, un año, se puede mantener la ficción. Ahora, ya no da para más. Ya sabemos de qué se trata. No es cuestión de interpretación, es cuestión de voluntad[58].

3. Los plazos del dolo

Me estaban contando hoy, no lo sabía pero es fácil imaginarlo ahora que me lo dicen, los abogados inocentes que leen un Código en el Boletín Oficial, interponen la demanda en el plazo más amplio del nuevo código y le resuelven que el plazo aplicable es el más corto del viejo código derogado. Es de terror[59].

---

55. La Constitución que, por cierto, acaban de violar tan frontalmente como nunca se haya podido imaginar. Se aplican especialmente aquellas palabras de ALBERDI: "El secreto de tener una Constitución, es mantener la Constitución".

56. PADULA, Pablo Federico, *El regreso de los muertos vivos*, LL Litoral - Juris, octubre de 1997, pp. 847 y ss., que hemos recordado en el t. 2 de nuestro tratado, cáp. XIII, p. 41 *in fine.*

57. Lo hemos recordado en nuestro art. "La promulgación y publicación de las leyes", *Revista Derecho del Trabajo* n° 10, año XXIX, Buenos Aires 1969, pp. 595 y ss.

58. Ya lo hemos dicho a propósito de cuestiones igualmente obvias aunque menos graves, menos profundas: "el juez conoce el derecho y lo aplica, o lo desconoce en el doble sentido de la palabra. En un país que ha sufrido tantas rupturas del orden constitucional, no se debiera mantener como doctrina nacional, ni jurisprudencia, el verdadero prevaricato que el pasado introdujo en nuestro sistema Es peor que el derecho *al revés* que denota NIETO, Alejandro en España". "No hay un aplicarla en un justo medio ¿a veces sí y a veces no?, ¿algunas normas sí y otras no?, La Constitución y el orden jurídico supranacional se cumplen o se incumplen, eso es todo. No se pretenda disfrazar en buenas razones procesales el ciego aplicar de una norma inconstitucional". Nuestro libro *El acto administrativo*, *Introducción* , 5ª edición, 2000.

59. Si bien no litigo en dicha jurisdicción, el terror es real, porque yo también me equivoqué. En el libro publicado en La Plata sobre el nuevo contencioso administrativo yo mismo escribí que el plazo era de noventa días y lo criticaba por excesivo. ("El acto administrativo", en el libro coordinado por BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata 2000, pp. 19 y ss., p. 26.) No, resulta que ni siquiera eso. Son treinta, otra vez. Un tribunal de nueve colegas lo ha querido. Por ello me remito a mi artículo "Cómo leer una sentencia", publicado en la *Revista Actualidad en Derecho Publico* nº 14, 2001.

Como tiene dicho la CSJN, "Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, *sean éstos los particulares o el propio Estado*"; "El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa *venire contra factum propium non valet* que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe"[60].

"Resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro"[61].

Se recuerda que "deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa"[62].

Como se advierte, leer la jurisprudencia del superior tribunal provincial y compararla con la nacional es siempre motivo de desaliento. La privación sistemática de justicia es una constante a través de toda la historia de dicho tribunal local. No han querido despedirse sin dar las salvas finales[63].

VIII. LOS QUE NO PUEDEN ENTRAR

En el curso de especialización de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho tomamos el examen, en realidad no es un examen sino una entrevista de ingreso y tratamos de sacar sólo lo más grueso porque es para estudiar después. Históricamente son dos tipos de personas los que no pasan estas comisiones y son distintos grupos de entrevistadores, así que no es una cosa mía. Los dos perfiles que históricamente no se admiten al ingreso en el postgrado son por un lado aquellos muy verdes que todavía no aprendieron lo mínimo de la profesión. Es decir que se recibieron en diciembre, que es uno de los casos que no entró y no sabe ni en qué país está parado, no sabe nada de nada; no se acuerda con quién dio las materias, no se acuerda qué materias dio y mucho menos qué estudió, no sabe qué libros leyó, no tiene ningún libro, son todas fotocopias. Se les dice que sigan estudiando un poco más y después vuelvan porque, ahora, todavía no pueden aprovechar la especialización.

Vayamos al segundo perfil. Es el que se recibió hace tiempo pero no ha hecho nada útil desde entonces. Nos quedamos todos con la cara muy sobria pero es una persona que dice que se está acercando a la jubilación (es un caso muy típico) y entonces quiere empezar a estudiar *ahora*, así cuando se jubila se dedica a la docencia. Primero, no sabe que hay un límite de edad para entrar en la carrera docente y si se va a jubilar tampoco

60. *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional*, JA, 1989-IV, 429.

61. Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro, LL, 1992-B, 216, cons. 4° *in fine.*

62. STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Miranda, LL, 1998-E, 198, 202. Voto preopinante de HUTCHINSON, quien cita a la CSJN, Fallos, 7: 138; 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, Casik, 26-XI-85. *V.*, también MAIRAL, La doctrina de los actos propios y la administración pública, Depalma, Buenos Aires 1988.

63. En la audiencia pública convocada sobre este tema en la Legislatura una semana después se preguntó, en efecto, si esto era causal de juicio político. Pareciera que sí. Se dijo también que era causal de intervención judicial, al menos al Poder Judicial. No es que la intervención sea una panacea, pero alguna censura institucional debe tener este tipo de conducta. No puede quedar, como tantas cosas en el país, sin reprobación.

puede entrar, ni siquiera de profesor titular. Uno acepta eso cuando le dicen que se quieren dedicar a las plantas; pero van a estudiar derecho administrativo. (Risas.)

Estos dos extremos son los que no entran.

Pero hay un tercer caso real y al mismo tiempo anómalo, aunque verdadero. No entró tampoco uno que sostuvo y no pudo explicar, la tesis que el decreto-ley 22.140, derogado por la 25.164, está siendo aplicando en su organismo: Messineo no figuraba en su bagaje. El caso no lo invento, esa persona no la admitimos, específicamente por esa razón, para el ingreso a la especialización. Ahora vengo acá y es lo mismo. Y me pueden dar la explicación que quieran. Aguanta un tiempo, pero no más. Es ya más que una provocación.

1. La responsabilidad civil

Yo lo he dicho privadamente, pero lo digo ahora públicamente y hace mucho que lo digo. Lo dije en el primer artículo que publiqué sobre Derecho Administrativo, en 1959, sobre "La responsabilidad civil directa e indirecta de los funcionarios públicos"[64]. Hace 42 años que recomiendo demandar civilmente por la responsabilidad de los funcionarios públicos de los tres poderes. Son las palabras de Hauriou, que siempre tuvieron peso en mi mente[65].

Frente al problema no digo que no se hagan cosas como dicen algunos, por ejemplo un amparo. Hay muchas cosas que se pueden intentar, pero me pregunto, ¿se dan cuenta los que hoy tienen que tomar una decisión y la han postergado *sine die*[66], que son responsables civilmente? ¿Debieron excusarse, se trata del milenario *nemo iudex in causa sua*?

2. El crimen de los custodios

Pero hay más y peor. Hay una omisión de tomar el juramento, hay una omisión más que se agrega a las acciones positivas como aplicar un código que no existe, derogar un código vigente, como en los peores gobiernos de facto. Ya no es la traición jurisprudencial de un código. Ya no es el suicido político de un gobernante. Es la muerte de la ley *hecha por sus custodios*. Como en derecho penal, tiene más responsabilidad por el delito *quien tiene la guarda de la víctima*. Acá hay agravante de alevosía y estrago con dolo eventual, *al derogar de facto una reforma constitucional que por unanimidad cambia para bien la estructura de todos los elementos del control.*

---

64. *La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado*, *Lecciones y Ensayos* n° 14, Buenos Aires 1959, pp. 117 y ss., reproducido, con modificaciones, como cáp. XIX del t. 2 del tratado.

65. HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 á 1929*, t. I, París 1929, p. 649. Las transcribimos en el t. 2, cap. XIX, § 1, p. 1. *V.*, también MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsables privilegiados-Los jueces*, ED, 24-II-2000. En contra LINARES, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", *LL*, 153: 601.

66. Siendo como es uniforme el criterio interpretativo de que una suspensión *sine die* equivale a la derogación. Lo explicamos en el t. 3 del tratado, *El acto administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, cap. VI, nota 7.12, Buenos Aires 2000, p.13; cáp. XIII, § 3.2, p. 5, "La suspensión como extinción".

Si a uno le cuentan que en Uganda[67] pasó esto, ¿usted qué cree? ¿Qué le parece? Y, no lo toleraríamos de Uganda[68]. ¿Lo vamos a tolerar de nosotros sin darnos cuenta de la gravedad que tiene? Yo creo que éste es un momento ya casi, como en la película de Fellini, "*De gran finale*", ya se viene abajo todo el edificio: cascotes, escombros, columnas, techo. Y cuando algunos están pensando y me entero hoy de ideas que circulan, de modificar la Constitución, derogar formalmente el nuevo Código porque ya está casi derogado *de facto*, yo creo que realmente estamos al final del camino. Esto si no se arregla muy pronto termina muy mal. Y termina muy mal como terminó el *proceso*. Claro, no hay treinta mil muertos, espero que no me maten a mí. No habrá una corrupción gigantesca, no aparecerán en bolsillos privados 15 mil millones de dólares, pero estamos hablando de la vigencia del Estado de Derecho. Falta un poder del Estado, por culpa de dos poderes del Estado: el controlante y el controlado. Para que el controlado no terminara de perecer en su suicidio, entonces el controlante se apresuró a suicidarse él y, convenientemente, mató también el código, los jueces, todo. Hay preceptos bíblicos para ello.

Esto es el equivalente de decir, eliminemos el Poder Legislativo como en los golpes militares y nos arreglamos ahora con el Ejecutivo y el Judicial. Esto lo hemos vivido y no pareció tan importante. Ahora aprendemos que en realidad está mal y los diarios lo han aprendido también y hablan de la dictadura. Me llama la atención. Yo he sido funcionario de una dictadura, me lo han dicho los alumnos, y yo pensaba "qué fuerte, funcionario de la dictadura", pero ahora es normal decirlo.

Y con los derechos humanos, con la corrupción y con el soborno transnacional es lo mismo, de pronto se ha tornado normal señalarlo y juzgarlo y el que no lo ve o no lo juzga es porque no lo quiere ver y *no porque no se vea*. El vulgo no se equivoca, no hay peor ciego que el que no quiere ver.

Piensen ustedes la gravedad de decir *no hay justicia*, porque esta es la respuesta. Insisto, la idea no es mía, la dijo Juan Francisco Linares. Con todo, era menos grave en tiempos de Linares y no contentos de traicionar un código han hecho ahora regresar de la tumba y caminar, el código traicionado y finalmente muerto. Era menos grave porque el sistema lo imponía la vieja Constitución. Se podía argumentar ¿Qué culpa tengo yo si la Constitución dice que el control judicial es así?

3. Jirafas azules, escorpiones, ranas, gatos

Sí, pero cuando la Constitución dice exactamente lo contrario, cambió todo el sistema anterior, punto por punto y lo hizo por unanimidad de la convención constituyente, y todo eso lo deroga un órgano estatal, ya el tema se pone espeso. Cuando el legislador hace lo suyo, se puso espesísimo. Ya ahí yo creo que fue un momento de mala inspiración. Sinceramente no debieron haber dictado *La Jirafa Azul*.

67. Los argentinos somos muy sueltos de cuerpo en tomar ejemplos africanos como antítesis actual del estado del país. Los demás saben que las comparaciones no son tan lejanas.

68. Pero a este paso, como ya lo ha dicho NEILSON, James, en diez años más nos quedaremos atrás también de Uganda. No es sólo el subdesarrollo económico o la emergencia económica, es ante todo un estancamiento espiritual y moral.

Ahora está hecho, no se puede remediar. Pero ¿y el presente? ¿Y el futuro? ¿Es ineluctable repotenciar sinérgicamente[69] el error, hasta el caos final? ¿Quieren tirar abajo el edificio, como en la obra de Fellini? ¿Sansón, ahora tirando el templo de la justicia y del Estado sobre sí mismo?

Sí, al Poder Ejecutivo le tomó antes la duda del suicida y no quiso ni quiere, ni va a hacer absolutamente nada obviamente porque no está en su naturaleza. Uds. conocen el cuento del escorpión y la rana, que se ponen de acuerdo en que la segunda cruce el vado con el primero a cuestas. Pero la rana duda "Vos sos un escorpión, me vas a matar". "No, quédate tranquila, si te mato a vos me muero yo también, porque me voy a ahogar". A mitad del vado el escorpión pica nomás a la rana y antes de morir los dos, ante la muda queja de la rana, le dice "Es más fuerte que yo, está en mi naturaleza".

No le pidamos al gobernador, a éste, al que siga o al que estuvo, no le pidamos al poder político que diga "Ahora tomo la navaja y raaah, que venga el control judicial". No, si lo puede evitar lo va a evitar, porque está en su naturaleza.

Ahora bien, ¿quién es el que tiene que ponerle el cascabel al gato? El Poder Judicial, no hay otro[70]. Y si el Poder Judicial no lo hace o peor aún le ayuda a sacarse los cascabeles que tiene puestos... es fuerte, es demasiado fuerte.

No sé si vieron el debate en el Congreso con los superpoderes, por supuesto está en un clima de cierto nerviosismo, no se puede pedir mucha precisión, pero me causó cierta gracia en el fondo, en este sentido de la risa de la hiena, ver que impacto una amenaza que les hizo Elisa Carrió a los senadores y no sé si a los diputados de que los iba a querellar penalmente por infames traidores a la patria. Es desprolijo porque francamente creo que hay emergencia, claramente hay emergencia y desde la época romana durante seis meses se admiten poderes bastante excepcionales.

Creo que a Carrió se le fue la mano en el sentido de decir "acá va a estar configurado el delito de infame traición a la patria", pero los senadores capaz que no calcularon una estricta y puntual condena penal, pero sí que "Con tantas cosas que tenemos a ver si una más justo derrama el vaso". Entonces aflojaron un poco y decidieron ponerle un poco más de frenos o de límites a la delegación. Puede haber estado bien o mal, pero lo cierto es que alguien dijo algo exagerado pero que tuvo impacto y logró un resultado. Ahora bien, ¿por acá nadie piensa qué pasa con alguien que hace que de los tres poderes del estado uno no funcione? Es demasiado grave, es el equivalente a un gobierno *de facto* en que no hay Poder Legislativo. El problema es que ahora ya no hay doctrina y jurisprudencia legitimadoras de los gobiernos de facto, ahora hay expresas normas constitucionales opuestas, pensadas específicamente para la emergencia. Ni en la emergencia se puede suprimir un poder del Estado. Si el golpe de Estado no lo pueden ya dar impunemente los militares, ¿puede acaso darlo la cabeza del Poder Judicial?

Más aún, si yo tengo que decir qué me importa más digo que, francamente, me importa más el Poder Judicial. Con Administración y el Poder Judicial se ha demostrado que el país igual funciona, aunque mal o pésimo. Pero con Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, sin Poder Judicial, perdónenme, piénsenlo, es extraordinariamente grave: ya no se puede decir que funciona el Estado de los últimos siglos. Y acá no es un problema de

69. Sobre el tema del efecto sinérgico en derecho administrativo *V.*, t. 3, cap. IX, § 4.7 y sus referencias, cáp. X, § 18, "El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros".

70. Hemos sostenido siempre que es el más importante de los tres poderes. Actualmente veamos el mismo criterio en el t. 1, cap.III, sección II.

pasarse las culpas y decir que la culpa la tiene el gobernador, el gobernador también la tiene, pero ¿y con los jueces que están designados? Están notificados, les dicen que falta solamente tomarle juramento.

Me recordaban que el profesor español Luis Ortega, de paso por ésta, decía que vayan con un escribano. Buena idea, yo vendría con un escribano acá y labraría un acta. Primero preguntaría si me toman juramento y si no me lo toman que el escribano labre el acta. Lo que sigue después son las responsabilidades, porque esta no es una decisión que se pueda tomar sin incurrir en responsabilidad. La más simple y la más terrible es la civil porque esa sigue a la persona. Acá no hay que pensar en las responsabilidades políticas o penales porque no son eficaces, son demasiado poderosas. En el juicio de daños y perjuicios se lo sigue a uno hasta su casa, después de retirado o jubilado. Se lo sigue siempre.

IX. "MANDARLA BUSCAR"

Yo estuve hace unos meses, con un problema de vecindad, en una entrevista con el intendente lugareño, abogado él. Estaba un poco entre canchero y despectivo. Yo estaba en silencio acompañando a la gente. En algún momento los vecinos le dicen, con esa imprecisión del que no es abogado: "Si no es así vamos a utilizar todos los remedios o las acciones legales que correspondan". El Intendente se ríe, con toda razón y les dice "Perdónenme, eso se va a resolver dentro de veinte años y yo no voy a estar ya". Entonces yo, que al final de cuentas soy abogado, le dije "Mire, la acción de daños se resuelve mucho más pronto". No se lo dije con esta vocecita, sino con una voz un poco más fuerte. El hombre se enojó muchísimo, casi me hace echar. Pero finalmente lo pensó, después me preguntó quién era, luego agarró la tarjeta y la miraba. Es abogado y es político. En la propia reunión se dio vuelta. Desarmó todo lo que tenía armado porque me creyó que lo iba a demandar por daños y perjuicios y que de esa demanda no se zafaba yéndose de intendente, no le dejaba el problema al otro. Se lo llevaba puesto a su casa, para siempre.

Como dicen Braibant y Long: al funcionario no le importa el juicio contra el Estado; no le importa el juicio contra la administración, no le importa el juicio contra su acto, porque sabe que *él no va a estar cuando se resuelva*. Qué le importa, "Hagan lo que quieran, demanden!" Pero si uno le dice "Lo voy a demandar a usted por daños y perjuicios, no importa si es por dos pesos con cincuenta, pero lo voy a hacer". Eso tiene un alcance diferente si el planteo es correcto. Claro, nunca hay que dejarse extorsionar. La verdad, esto me lo enseñó un cliente a mí, un gran abogado, que no hay que dejarse extorsionar jamás por un juicio, le amenazan con hacer un juicio o se lo hacen, sopórtelo. Me han hecho juicios y los soporto y contesto la demanda y tomo abogado y gasto plata y espero la sentencia y, mientras tanto, llegan las cédulas a mi casa; el portero me dice *doctor, llegó esto para usted* y me lo da dobladito porque él no vio que era una demanda por daños y perjuicios. (Risas.)

Pues bien, el consejo sabio es no dejarse extorsionar. Que hagan juicio, que todavía se puede morir usted, se puede morir el otro, se puede arreglar, se puede resolver. No soy pues partidario del juicio como elemento extorsivo, pero sí como un aviso oportuno. Que no se entere veinte años después que las cosas son ahora distintas de lo que parecieron en aquel momento de insensibilidad, la insensibilidad del *proceso* frente a cada muerte.

Sé que es injusto, sé que es exagerado, por eso recordé que soy descendiente de andaluces. Pero es lo mismo en el sentido de la insensibilidad en el presente y el ajuste de cuentas años después. Yo, con todo afecto les digo sinceramente que es hora de llegar al final de la película de Fellini y resolverlo de cuajo antes que implote el edificio porque si no, después, las responsabilidades desgraciadamente van a ser pesadas. Esto ya no es *no* verla venir, es *mandarla buscar*.

Les pido disculpas por el tono dramático, propio de mi exageración, pero realmente es así como lo siento. Muchas gracias.

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN

Luis A. Ortiz-Álvarez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica Andrés Bello

(Crisis y grandes reformas de un paradigma. De la Revolución Francesa al nuevo "Code de Justice Administrative" del año 2000)

El contencioso administrativo francés (la justice administrative) ha sido, sin duda, un auténtico ejemplo o paradigma mundial en materia de control de la Administración Pública. La noción misma de Estado de Derecho y muchos de sus principios fundamentales están íntimamente relacionados con el nacimiento y desarrollo de tal sistema de justicia, del cual también va a surgir toda la construcción del Derecho Administrativo.

La riqueza de la historia francesa en la materia es, notoriamente, impresionante y, por supuesto, no pretendo historiar ni inventariar este vasto y apasionante proceso cuya explosión máxima tiene lugar con la *Revolución Francesa*, la cual generó una monumental onda expansiva que, como veremos, llega hasta nuestros días y que, de hecho, todavía está en curso. Lo que quiero destacar en estas notas, luego de hacer una pequeña conexión Revolución-contencioso administrativo (I), es que a pesar de las etapas de *crisis* por las que, ciertamente, ha pasado el sistema de justicia administrativa francés, llegando incluso a ser fuertemente criticado (II), el mismo sistema nunca ha dejado de recuperarse y pensar en la *renovación*, desde los mismos tiempos revolucionarios hasta lo más reciente del siglo XXI, y ello ha sido así en todos sus niveles, doctrinario, jurisprudencial y, con particular fuerza, a nivel legislativo (III). Me parece, pues, si acaso sea modestamente por medio de estas notas o breves reflexiones, que es tiempo de ayudar a rescatar la merecida celebridad del contencioso francés.

I. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO LEGADO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Sobre la historia y alcance de la Revolución Francesa y su influencia en la formación del Derecho público europeo (y mundial) ya se ha escrito bastante, y con sobrada brillantez por lo demás, para que yo siquiera soñase con rehacerla. Para esto, en todo caso, y además de una innumerable y riquísima bibliografía en francés[1], en inglés[2] y en muchas

1. Con meras aspiraciones ilustrativas, entre una infinita bibliografía, *V.*, al menos, entre clásicos y recientes, 1) TOCQUEVILLE, Alexis, *L´Ancien Régime et la Révolution*; SIEYES, E., *Qu'est-ce que le Tiers État?*; 2) BLUCHE, F., RIALS, S. y TULARD, J., *La Révolution Française*, Puf, París 1998; LEFEBVRE, Georges, *La Révolution Française*, Puf, París 2000; MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, 2 tomos, París 1979; SOBOUL, A., *La Révolution Française*, Gallimard, París 1984 / Puf, 1989; TAINE, H., *Les origines de la France contemporaine*, Hachette, París 1877-1874, 6 vol.; TULARD, J., *Histoire de France, Les Revolutions*, t IV, Fayard, París 1988; TULARD, J., FAYARD J. F. y FIERRO, A., *Histoire et Dictionnaire de la Révolution Française*, Laffont, Bouquins, París

otras lenguas[3] sobre la visión histórica y general de la Revolución, afortunadamente ya contamos con extraordinarios estudios específicos, tanto desde el mirador doctrinario iuspublicista francés -al cual luego me iré refiriendo- como en el marco de los autores de Derecho Público hispanoamericano, entre los cuales destacan obras que han escrito grandes maestros, tales como las de García de Enterría, una clásica[4] y otras más recientes[5], pero todas muy renombradas, a las cuales hay que agregar un muy estimable libro de Brewer-Carías, el cual se suma a su astronómica bibliografía y a su inigualable forma de escribir[6].

A partir de los eventos de la Revolución Francesa, la historia de la humanidad cambiaría para siempre. Sus aportaciones son simplemente inconmensurables y, por supuesto, sería muy ambicioso intentar presentarlas en un artículo, mucho menos en uno tan limitado y breve como este. Es difícil imaginar alguna materia o campo (social, económico, cultural, político, jurídico, científico, artístico…) que no haya sido alcanzado por los destellos de la explosión de 1789.

Baste pensar, entre muchos, en los grandes aportes de la Revolución -sin duda influida por los pensadores de ese tiempo[7]- sobre la visión de un hombre nuevo, la nueva sociedad y las declaraciones de derechos (y muy en particular la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), las nuevas ideas de soberanía, el principio de legalidad o Reino de la Ley y de libertad, el fortalecimiento de la idea de Constitución, el principio de rendición de cuentas, la reorganización territorial del Estado y su particular visión del principio de separación de poderes y la consecuente generación de un sistema especial de control de la Administración Pública y de dualidad de jurisdicción. Esta era, pues, la esencia y la definición de la Revolución, tal como lo escribe con pasión Michelet: "*Je définit la Révolution, l'avènement de la Loi, la résurrection du Droit, la réaction de la Justice*"[8].

1987, 1213 pp.; 3, FURET OZOUF, François (Dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, París 1988-2001, varios tomos; SOBOUL, Albert (Dir.), *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Puf, 1989.

2. SUTHERLAND, D.M.G., *The French Revolution and Empire. The Quest for A Civic Order*, Blackwell Publishing, UK 2003 (y la bibliografía que allí se cita -*vid*. pp. 390-406-); DOYLE, Willian, *The Oxford History of the French Revolution*, Oxford, New York 1989; *The French Revolution, a Bibliography of Works in English*, the Historical Association, London 1988; *The French Revolution. A very short introduction*, Oxford 2001; THOMPSON, J.M., *The French Revolution*, Sutton, UK 2001; 2) BAKER, Keith Michael, *Inventing the French Revolution, Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge University Press, 1990; BLANNING, T.C.W., *The Rise and Fall of the French Revolution*, University of Chicago Press, 1996; JONES, C., *The Longman Companion to the French Revolution*, London 1988; SCHAMA, S. *Citizens. A Chronicle of the French Revolution*, Viking 1989.

3. *Vid.* en castellano CALDERON BOUCHET, Ruben, *La Revolución Francesa*, Editorial Santiago Apóstol, 2001; OLIVAN, I. Castells, *La Revolución Francesa (1789-1799)*, Ed. Síntesis, Madrid 1997; GONZÁLEZ PACHECO, A., *La Revolución Francesa 1789-1799*, Ariel, Madrid 1998.

4. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid 1994.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1999; *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid 2001.

6. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución americana -1776- y la Revolución francesa -1789- y sus aportes al constitucionalismo moderno*, EJV, Caracas 1992.

7. Entre quienes destacan, sin duda, LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, Jean-Jacques. tres gigantes del pensamiento universal y autores de magníficas obras (*Second Treatise of civil government*; *L'Esprit des Lois*; *Contrat social*) todas de incontables reediciones.

8. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, 2 tomos, t I, París 1979, p. 51.

Dentro de este universo, y además de insistir sobre su gran influencia en la configuración de la Administración contemporánea[9], sobre lo que deseo poner énfasis es en la *relación directa* de la Revolución Francesa con el nacimiento de la justicia administrativa.

Tal como lo apunta García de Enterría, "la justicia administrativa es una creación jurídica completamente nueva, sin raíces en los grandes fundamentos del Derecho Occidental, el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho natural y de Gentes. Surge a fines del siglo XVIII, con la Revolución Frances. Hasta entonces la Administración había sido un instrumento personal del poder del monarca, beneficiaria, por tanto, de sus mismos atributos (soberanía, *legibus solutus*, capaz de quebrantar Leyes y de otorgar exenciones o privilegios, exenta de controles externos y, por supuesto, del juez). Esta situación va a sufrir un cambio espectacular, el más significado de la historia de la Administración: ésta pasará a ser una organización regulada por la Ley, tanto en su organización como en su actividad, una organización llamada, en su virtud, a ejecutar la Ley y no cualquiera ocurrencias de sus agentes"[10].

Con la Revolución, como se sabe, se establecería un nuevo principio de soberanía, la cual no va a residir más en el Rey, sino en la Nación, en el pueblo, tal como lo expresaba el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, siendo también relevante lo dispuesto por el artículo 6 del mismo Texto, en el sentido de que "La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derechos a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación". La Ley, pues, regirá y someterá a todos, en particular a los *agentes* o *administradores* que conforman el también delegado Poder Ejecutivo, pudiendo sólo actuar en virtud de la Ley, la cual debía estar por encima del hombre, tal como lo postulaba Rousseau.

En este sentido, eran categóricos los artículos 5, 7 y 8 de la Declaración de 1789[11], al igual que la Constitución de 1791.

El Poder Ejecutivo, pasaba así a ser concebido como un conjunto de competencias tasadas, estrictamente prefijadas por la Ley. En todo caso, lo relevante es que este nuevo

9. Sobre el particular, pueden consultarse numerosos magistrales estudios, entre otros: BURDEAU, F., *Histoire de l'administration française. Du 18*e *au 20e siècle*, Montchrestien, París 1994; BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Puf (Thémis), 1995; GODECHOT, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Puf, París 1998; GUGLIELMI, G.J., *La notion d'administration publique dans la theorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, 1991; HAURIOU, M., "De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII," *Rev. gén. d' adm*. t. 2, 1892, pp. 386 y ss.; LEGENDRE, P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Puf (Thémis), 1968; *L'administration du 18e siècle, à nos jours*, Puf (Thémis), 1969; *Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique*, Fayard, 1992; SAUTEL G., HAROUEL, J.-L., *Histoire des instituions publiques depuis la Révolution française*, Dalloz (Précis), 8e éd., 1997; THUILLIER, G. et TULARD, J., *Histoire de l'administration française*, Puf (Que sais-je?), 1994; TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, París, HACCHETTE; tamb. el trabajo ya citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 1994 (libro este último, por cierto, del cual también hay edición en francés, *Révolution Française et administration contemporaine*, Económica, París 1999).

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid 2001, pp. 27 y ss.

11. Esta, innovando en la historia, dispondría que "…*Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena*" (artículo 5); "Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados *por la Ley* y según las formas que ésta establezca" (artículo 7), norma que agrega que "cuando un ciudadano es llamado *en virtud de la Ley* debe obedecer al instante". Asimismo, se establece que "nadie podrá ser condenado más que *en virtud de la Ley* establecida y promulgada anteriormente al delito" (artículo 8).

reino de la Ley o de *legalización* de todas las actuaciones públicas generales y singulares, suponía que, en contraste con el superado absolutismo, ahora sólo los funcionarios podían imponerse o exigir obediencia en *virtud de la ley*, principio que, por supuesto, debía ser sometido a un sistema de control o, al menos, de autocontrol.

Dentro de este contexto, como se sabe, y con particular causa en una famosa Ley dictada por la Asamblea en plena tormenta revolucionaria y de reforma judicial (la *loi des 16-24 août de 1790*), se formalizaría el *principio de separación de las actividades judiciales y administrativas*[12], del cual, junto a otras normativas complementarias, incluyendo a la Constitución de 1791, derivaría todo el sistema de control de la Administración Pública, esto es, la *justice administrative*[13].

Una vez instaurado el sistema inicial, Napoleón Bonaparte jugaría un papel importante en la vida y consolidación de la justicia administrativa, en especial por medio de su impulso en la creación del Consejo de Estado o *Conseil d'Etat* (por la Constitución del año VIII), y la posterior instauración en su seno de una *commission du contentieux* en 1806. Para Bonaparte, el Consejo de Estado era una de esas "*masses de granit*" que había que echar sobre el suelo de la Francia. Y tal objeto se logró, pues desde sus inicios y por muchos años la jurisprudencia del Consejo de Estado fue admirable, a lo cual se sumaban los aportes -y en ocasiones la presión- del legislador por medio de reformas.

II. EL ESTANCAMIENTO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. EL MOVIMIENTO DE CRÍTICAS Y LA MUTACIÓN DEL SISTEMA

Pero no todo ha sido celebraciones. Por momentos, la brillantez y originalidad del contencioso francés llegó a perderse y, luego de ser un indiscutible paradigma, pasaría a ser puesto en entredicho, llegando incluso a percibirse un singular fenómeno de olvido.

En efecto, a pesar de la indiscutible espectacularidad y fama mundial del contencioso administrativo francés a lo largo de su historia (y quizás también por ello), hay que

12. Tema este de particular interés aquí, al cual CHEVALLIER, J., ha dedicado un libro excepcional: *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, París 1970, así como algún otro artículo posterior, "Du principe de séparation au principe de dualité" en *RFDA*, 1990, p. 712. *Cf.*, tamb. DELVOLVE, P., "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire" en *Mélanges Chapus*, París 1992, pp. 135 y ss.; VEDEL, G., "La loi des 16-24 août 1790. Texte? Prétexte? Contexte?" en *RFDA*, 1990, p. 698; asimismo, el *Dossier* especial de las revistas *AJDA*, n° 9, 1990, (*Juridiction administrative et juridiction judiciare 200 ans après la loi de 1790*); *RFDA*, 1990, (*La dualité de juridictions en France et à l'etranger. Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*); y *EDCE*, n° 42, 1991 (*1790-1990, 200 ans après, le juge administratif et le juge judiciare se rencontrent*).

13. Además de la bibliografía general citada hasta ahora, conviene ya ir tomando nota de algunas de las grandes obras generales del Derecho Administrativo, en las cuales se expresa bien la referida relación entre la Revolución y el contencioso administrativo: *vid*. entre otros, CORMENIN, Louis, *Droit administraf*, Pagnerre, 2 vol, 5ta. ed. 1840 (1ra. Ed. 1822); LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault, 2e éd., 1896 (1re éd., 1887-1888); DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., Boccard, t. 1 à 3, 3e éd., 1927 et 1928, t. 4 et 5, 2e éd., 1924 et 1925 (1re éd., 1911); HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12e éd. (par André Hauriou), 1933 (1er éd., 1892); *Cf*. tamb. MESTRE, J.-L., *Introduction historique au droit administratif français*, Puf, 1985; y su trabajo "Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents", *RFDA*, 1996, pp. 289 y ss., MONNIER, François, "La naissance du contentieux administratif moderne", *Rev. Adm*., 1995, pp. 348 y ss.; y, en general, todo tratado o libro moderno de Derecho administrativo o de contencioso administrativo hace ineludible referencia a tal conexidad. Asimismo, como punto seguro de partida, la gran obra de CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París 2002; tamb. su *Droit administratif général*, Montchrestien, París 2001.

reconocer, *on doit le reconnaître*, que, tanto internamente en Francia, como en el Derecho extranjero, no han faltado los que en tiempos relativamente recientes (*rectius*: antiguos) han destacado -y atacado- sus fallas.

Llegó un punto, preocupante, en el cual se podía afirmar que "*le droit administratif n´a plus bonne réputation*" (Delvolvé)[14], lo cual estaba directamente relacionado con las fuertes críticas que durante diversas etapas se lanzaban en contra de la jurisdicción contencioso administrativa. Como lo destaca Lochak, muchos eran los factores que se conjugaron para que ocurriera esa *erosión* de la legitimidad de la institución del contencioso administrativo francés. La *admiración tradicional* de los profesores hacía la obra del Consejo de Estado se había *debilitado* y, en general, algunos hablaban de una "*perte de prestige*" del Derecho administrativo.

La edad de oro del contencioso francés, *tout court*, parecía haber terminado, y aunque la tentación de justificar y dar razones es grande, por lo pronto no voy a darme esta tarea de mencionar y explicar los diversos elementos que llevaron a esta situación. Baste mencionar, para ilustrar con mejores plumas que la mía, algunos estudios de autocrítica dentro de la doctrina francesa que ya se dieron a esta tarea, siendo un inolvidable clásico aquel trabajo de 1962 del profesor Rivero sobre el *Huron au Palais Royal*, en el cual se destacaban tempranamente muchos de los defectos del contencioso administrativo francés[15], al cual le seguirían los *Nouveaux propos naïfs d'un Huron* en 1979 del mismo autor[16]. En los años 80, tuvo lugar una nueva ola de trabajos críticos sobre el sistema francés, estando dentro de los más célebres los estudios publicados en la revista *Pouvoirs* en 1988[17]. Asimismo, y a pesar de muchas mejorías normativas y jurispruden-

14. Para darle contexto a esta afirmación, echa hace casi ya 10 años (lo que, en términos evolutivos recientes, significa hace mucho tiempo atrás) me permito citar el párrafo dentro del cual se enmarca la frase, con la cual, por cierto, DELVOLVÉ, Pierre, comenzaba su libro *Le droit administratif*, Dalloz, París 1994, "Le droit administratif n'a plus bonne reputation. Ou c'est peut-être seulement la juridiction administrative à laquelle il est liè, et au premier chef le Conseil d´Etat, qui fait aujourd´hui l´objet de reproches, voire d´un procès, atteignant ce droit lui-même./ Pendant longtemps consideré comme une sorte de miracle (WEIL, P.) ayant assujetti la puissance publique au respect de la règle de droit, il est souvent perçu aujourd´hui, surtout par ceux qui le connaissent peu, comme une source de complication pour les administrés et pour les justiciables. Après avoir été porté au pinacle, comme un modèle de développement progressif, voire progressiste, tenant compte à la fois de l´intérêt général et des libertés des citoyens au service desquels l´administration se trouve également, il est dénoncé comme attentatoire aux droits des particuliers, étranger aux besoins des entreprises, ignorant des courants internationaux. II a contre lui l´air du temps, voire le vent de l´histoire!./ Du Conseil d´État, on n´attend plus les grands arrêts qui ont forgé le droit administratif. Trop distant des administrations et des autres jurisdiction, il le serait aussi des administrés, alors même qu´ils encombrent son rôle: sa justice, trop lente, serait vaine pour eux. On veut en détourner le cours au profit des tribunaux judiciaires. Du sacre, on est passé au massacre (F. BURDEAU). Le droit administratif ne vaut pas un excès d´honneur. II ne mérite pourtant pas l´indignité. La seule justification de ce petit livre est d´essayer, en le présentant, d´en mesurer les vertus et les limites".

15. RIVERO, Jean, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Dalloz 1962, chron., pp. 37-40 (tamb. en *Pages de Doctrine*, LGDJ). Para esa época, también son relevantes los trabajos críticos de LAUBADERE, A., *Réflexions sur la crise du droit administratif*, Dalloz 1952, I, pp. 5 y ss. y de WALINE M., *Préfaces du Jurisclasseur administratif, Situation actuelle du droit administratif en France* (1952; 1963)"; *Une décennie de droit administratif*, 1963 -1973 (1974).

16. RIVERO, Jean, *Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif*, EDCE 1979-1980, nº 31, pp. 27-30.

17. *Pouvoirs, n° 46*, intitulada *Droit administratif. Bilan critique*, París 1988, siendo de destacar los trabajos de MARION, Alain, BAZEX, BOULOUIS, CHEVALIER, COHEN-TANUGI, HUBAC/ROBINEAU y LOSCHAK. También en esta década, pueden mencionarse los estudios contenidos en *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, Ed. CNRS, 1986. Asimismo, entre otros, se encuentran los estudios de WOEHRLING, Jean-Marie, "Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins", *Mélanges Charlier* (Emile-Paul, 1981), pp. 341-368; VIARGUES, Robert, *Trentième anniversaire des tribunaux administrafis*, RDPF, 985, pp. 157-179; PRETOT, Xavier, *Réflexions sur la justice administrative*, Dalloz 1986, chron., pp. 271-274. Adicionalmente, *vid*. BIENVENU, J.J., *Le*

ciales, a principios de los años 90 también eran ásperos y constantes los análisis sobre el sistema, aun cuando ya se sentía con mayor positivismo y fuerza el auténtico proceso de *mutation* y renovación en el cual se encontraba ya el Derecho administrativo francés[18].

En términos generales, y casi sin tregua, la doctrina francesa ha sido bastante autocrítica y exigente, y sería muy tedioso tratar de listar todos los trabajos que en uno u otro tema del contencioso administrativo han sabido ver defectos, proponiendo cambios y reformas. Lo importante, en todo caso, es que estas críticas, entre intervenciones jurisprudenciales y legislativas, han sido resueltamente superadas. A partir de 1995 los cambios logrados eran impresionantes y todavía estaban por venir las reformas de 1997 y 2000, con las cuales, definitivamente, se logró recuperar, y con creces, la imagen de la justicia administrativa, cuya *âge d'or* está nuevamente en pleno esplendor. Ya veremos la profundidad de los cambios en muchas instituciones y dogmas sagrados (carácter revisor y objetivo, medidas cautelares, poderes de sustitución, ejecución de sentencias, etc.) lo cual, por si fuera poco, ha venido acompañado de un significativo y constante aumento del número de tribunales y magistrados, con lo cual se han logrado cifras y tiempos de decisión -y efectiva protección judicial- realmente envidiables, a la par de una estimable calidad de la justicia.

Pero antes de referirnos a este proceso de renovación, debemos recordar que las críticas del sistema francés no sólo tuvieron lugar en el país de Molière, sino que, como es normal, muchos autores extranjeros, aunque como *outsiders*, también hicieron eco de ese momento de desorientación del contencioso francés. Dentro de este nivel de la cadena analítica, es de destacar la labor que en este sentido ha realizado la doctrina española (quizás con la seguridad e inspiración proveniente de los otros sistemas europeos y del notable mejoramiento del contencioso español luego de la Constitución de 1978 y de las impresionantes consecuencias renovadoras sacadas del casi mágico derecho a la *tutela judicial efectiva*), aun cuando sea menester señalar que, si bien inmensamente valorada en Latinoamérica, en general dicha doctrina española es mucho menos conocida en el mundo jurídico francés.

Al respecto, no puede dejar de mencionarse el conocido libro de García de Enterría intitulado *Hacia una nueva justicia administrativa*, publicado a principios de los años noventa, en el cual se hacía referencia al contencioso en Francia como "el fin de un paradigma", para destacar que dicho sistema y sus esquemas tradicionales habían dejado -o tenían que dejar- de ser el sistema ejemplar a nivel mundial en materia de justicia

---

droit administratif, une crise sans catastrope, n° 4, Droits 1986; CHEVALLIER, J., *Changement politique et droit administratif*, in *Les usages sociaux du droit*, Centre univ. Picardie, Puf, 1989; COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l'Etat*, Puf, París 1985.

18. Ante todo, las obras colectivas *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Económica, París 1991; *Le droit administratif en mutation*, presentada por CHEVALLIER, J., Centre univ. Picardie, Puf, 1993; "Le droit administratif. Des principes fondamentaux à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation", *AJDA* nº spécial, juin 1995, (Débat: "Questions pour le droit administratif"). Asimismo, AUBY, J.-B. "Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites", *Mélanges J.-M. Auby*, Dalloz, 1992; BIZEAU, J.P., "Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique?", *AJDA*, 1992; CHAPUS, R., "L'administration et son juge. Ce qui change", *EDCE* nº 43, 1992, p. 259; LOCHAK, D., *La justice administrative*, París 1992; TRUCHET, D., "A propos de l'évolution du droit administratif: *loi d'extension* et *loi de divergence*", *Mélanges Chapus*, (Montchrestien 1992), p. 633; BRAIBANT, G., "Du simple au complexe. Quarante ans de droit administratif (1953-1993)", *EDCE* nº 45, 1994, p. 409; PRETOT, X., "La juridiction administrative à lacroisée des chemins", *Droit et politique*, Puf, 1993; SABOURIN, P., "Un Persan au Conseil d'Etat", *AJDA*, 1993, pp. 515-525; tamb., el *Rapport de la Commission d'enquête sénatoriale, sur la justice administrative* (Président, Hubert Haenel; Rapporteur, Jean Arthuis), JO 11 juin 1992, Doc. Sénat, nº 400 (219 p.).

administrativa, aun cuando en esa misma obra se daba cuenta ya de los primeros pasos de un proceso de reforma que terminaría expandiéndose en años subsecuentes, como en trabajos posteriores el mismo García de Enterría -siempre actualizado respecto las publicaciones francesas- tendría oportunidad de reconocer y aplaudir. Así, en un libro de 2001 en el cual se analiza en su capítulo I "*La justicia administrativa en el cambio de siglo*", el profesor español tendría oportunidad de informar sobre los significativos cambios del contencioso francés y de los otros sistemas europeos, a cuyas corrientes modernas el primero "no pudo dejar de ser receptivo".

En propósito, García de Enterría dirá que "el sistema francés es ya, inexcusablemente, el de un proceso de protección subjetiva", concluyendo su análisis general de la justicia administrativa europea -inclu-yendo a la francesa- con referencias a lo que califica como la maduración plena del proceso contencioso-administrativo" como una vía judicial plenaria y efectiva para el control de la Administración[19].

Pero antes de llegar a estos niveles, ciertamente hubo un movimiento de críticas, representado por muchos trabajos que -con razón- atacaron los *dogmas* del contencioso tradicional, a cuya *vis* expansiva se sumaron los cientos de estudios que en los últimos años destacaron las nuevas virtudes de otros sistemas de justicia administrativa europeos, todo lo cual generó una suerte de nube oscura sobre el contencioso francés. Lo importante ahora, pues, es ver cómo se despeja todo ese humo que tiene cegado a muchos, quienes no han podido percatarse que el fuego principal ya ha sido apagado. Hay, pues, muchos autores que han dejado de mirar y buscar inspiraciones en el país de Descartes, movimiento de aparente huida que se ha arraigado aún más por las limitaciones naturales de idioma y porque los pequeños estudios (como los publicados en las revistas especializadas, entre estas la *AJDA*, la *RFDA* y la *RDP*)[20] llegan a pocos y las grandes obras de contencioso francés moderno (siendo de destacar entre las grandes las del maestro René Chapus, las cuales se reeditan y actualizan constantemente) no suelen ser traducidas al castellano, todo lo cual colabora negativamente en el todavía presente -a pesar de la fuerza expansiva del Internet[21]- fenómeno del *retardo cronológico* que separa al derecho francés del latinoamericano.

Pero todo lo negativo es historia. El contencioso administrativo francés se ha renovado y no merece hoy ni estar en el olvido ni mucho menos ser inercialmente atacado, aun cuando esto, según he podido percibir en algunos foros, no sea infrecuente hoy día.

En efecto, en la actualidad, para mi sorpresa y poniendo a prueba mi serenidad, todavía es posible escuchar el eco del ruido de aquéllos tiempos de críticas, aun cuando sean cada día más aisladas y, para traspolar una afirmación de Delvolvé, normalmente provenientes de aquéllos que siempre han conocido poco el sistema de justicia administrativa francés o, me atrevería a decir, de aquellos que, confiando en libros viejos y cegados por el resplandor de otros ordenamientos que también se han renovado, no han

19. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo de Siglo*, Civitas, Madrid 2001.

20. *AJDA*: "L'Actualité Juridique Droit Administrative"; *RFDA*: *Revue Française de Droit Administrative*; *RDP* (o *RDPF*): *Revue du Droit Public et de la Science Politique*; a los cuales pueden sumarse muchas otras publicaciones periódicas relevantes, como el *Recueil Dalloz* (*D.*), *Les Petites Affiches* (*LPA*), *La Revue Administrative (Rev. Adm.), Gazette du Palais (G.Pal.), Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC), Etudes et documents du Conseil d'Etat (EDCE)*, entre otras.

21. En este sentido, por cierto, no está demás tomar nota de la página web del Consejo de Estado Francés (*www.conseil-etat.fr*), llena de relevante información y constantemente actualizada.

podido actualizarse con las virtudes del *nuevo* sistema de justicia administrativa en Francia.

III. LAS GRANDES Y CONSTANTES REACCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. VIEJAS Y ÚLTIMAS REFORMAS (DE LA REVOLUCIÓN AL SIGLO XXI)

Y de esto se trata el último punto de este modesto trabajo, de colaborar, a modo de revancha, en ese necesario proceso de información y rescate sobre lo que hoy por hoy es el contencioso administrativo francés y de hacer ver que, luego de un incesante proceso de avances jurisprudenciales y, en especial, de *reformas legislativas*, el sistema francés de justicia administrativa ha recuperado su posición en los primeros puestos del *ranking* mundial de efectividad en la materia.

En todo caso, con cierta resignación y a pesar de lo espectacular y constante -aunque, por supuesto, perfectible y en ocasiones criticable por su timidez- que resulta el fenómeno de renovación jurisprudencial francés, debo insistir en que no voy a poder dar cuenta de los avances del contencioso francés a través de sus grandes decisiones o *arrêts* del *Conseil d´Etat* y otros tribunales, en cuya masiva e indetenible labor también ha influido la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*[22] y la de los distintos tribunales de derecho europeo, con particular fuerza el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que sólo me limitaré a remitir a las obras exhaustivas del profesor René Chapus (*Droit administratif général*, 15ème Ed., Montchrestien, París, 2001, 2 tomos y su *Droit du contentieux administratif*, 10ème Ed., Montchrestien, París, 2002), así como, por supuesto, al insustituible libro de M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé y B. Genevois (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, cuya última edición que conozco es la 13ème, por Dalloz, París, 2001).

Dicho lo anterior, y en esto sí quiero concentrarme, toca ahora destacar las evoluciones en bloque que, por vía de intervenciones del legislador, ha tenido el contencioso francés, grandes pasos legislativos dentro de cuya inmensidad solamente podré destacar las que a mi juicio son las más relevantes, dándole particular importancia a las más recientes.

A tal efecto, para refrescar memorias y dar datos viejos, en primer lugar hay que hacer breve mención a la batalla histórica del contencioso administrativo, la cual comienza en la época de la Revolución Francesa donde, por medio de varias leyes (tales como las de 16-24 de agosto de 1790, 7-11 septiembre de 1790 y 27 abril-25 mayo de 1791), se otorgaron competencias a la Administración para resolver ella misma sus litigios (los *directoires* de departamentos y distritos para los asuntos locales y el resto

22. En todo caso, me parece menester el siguiente reenvio bibliográfico: *V.*, FAVOREU, Louis, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, Pouvoirs, 1989, pp. 17 y ss.; FAVOREU, Louis y PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, París 1989; GENEVOIS, B., "Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative", *RFDA*, 1990, pp. 143 y ss.; MERCUZOT, B., "L'integration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative", en *Le droit administratif en mutation*, Puf, Centre univ. Picardie, 1993, pp. 177 y ss.; OULD BOUBOUTT, A.S., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, París 1987; varios autores, *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Montchrestien, París 1988. Tamb. VEDEL, G., "Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Mélanges Chapus*, París 1992, pp. 662-671.

competencia del *conseil de ministres*, presidido por el Rey). En el año VIII, tendría lugar la primera reforma descollante, donde además de la confirmación del principio de separación por una Ley de 16 *fructidor*, la Constitución de 22 *frimaire* de ese año III (13 de diciembre de 1799) crearía el *Conseil d'Etat*"y la ley de 28 *pluviôse* crearía el *conseil de préfecture* en cada departamento. Sin embargo, el nuevo sistema no alcanzaba a los ministros, los cuales conservaban su competencia de derecho común y en primera instancia en tanto que un texto expreso no le otorgara competencia expresa a otro juez, lo que revelaba el mantenimiento del sistema de *l'administrateur-juge* y, en concreto, del *Ministro-Juez.*

En 1806, tuvo lugar otra reforma de afinamiento del sistema, impulsada por Napoleón, como dije, consistente en la creación, por Decretos de 11 de junio y de 22 de julio, de una "comisión del contencioso" (commission du contentieux), la cual le daría un verdadero impulso al Consejo de Estado en su futura carrera como órgano jurisdiccional. En 1831, nuevas reformas mejorarían el funcionamiento y estructura del Consejo de Estado (publicidad de audiencias, figura de los commisaires du gouvernement, etc.).

Todo este sistema, se mantiene por muchos años y es visto como un modelo de *justicia retenida* (*justice retenue*)[23] en el cual el Consejo de Estado y los Consejos de Prefecturas tienen potestades limitadas, si se quiere esencialmente consultivas y de autocontrol, momento éste del comienzo de la concepción de que el juez administrativo debe tener el espíritu de administrador (*l'esprit de l'administrateur*), esto es, del principio de *juger l'administration, c'est encore administrer*[24].

En 1872, el sistema daría otro gran paso (ya dado antes por poco tiempo entre 1849 y 1851), esta vez para configurar un nuevo esquema más efectivo de "*justicia delegada*" (*justice déléguée*) donde los referidos tribunales adquieren potestades soberanas y propiamente jurisdiccionales[25]. Esta última intervención legislativa, con la cual se produjo un auténtico fortalecimiento de las potestades judiciales de control contencioso administrativo, tuvo lugar por medio de la ley de 24 de mayo de 1872 y con la misma el Consejo de Estado podía tomar decisiones autónomas no sometidas a la aprobación del Jefe de Estado (*chef de l'Etat*), lo que bajo el sistema de justicia retenida era la regla, al menos en teoría (en la práctica el Consejo de Estado tenía ya gran prestigio e independencia).

En complemento de este gran avance legislativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado terminaría de enderezar el sistema, por medio de una decisión de principio, el *arrêt Cadot* de 13 de diciembre de 1889[26], con la cual se entiende suprimida la competencia residual de los Ministros, pasando la misma al Consejo de Estado, en lo adelante juez general de derecho común y de primera instancia.

Con esta decisión, de autoconferirse de competencia general en materia de litigios contra la Administración, se complementaba el célebre *arrêt Blanco* de 1873, en el cual

23. SAUVEL, T., "Le justice retenue de 1806 à 1872", *RDPF*, 1970, p. 260.

24. Sobre este principio, *V.*, ante todo, SANDEVOIR, Pierre, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, París 1964. Tamb. CHEVALLIER, J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *ob. cit.*, 1970.

25. *V.*, DRAGO, R., "La loi du 24 mai 1872" y WRIGHT, V., "La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872", en *EDCE* nº 25, 1972, pp. 13 y 21.

26. *Rec*., pp. 1148 y ss, concl. JAGERSCHMIDT; D. 1891.3.41, concl.; *S*. 1892.3.17, nota HAURIOU M.; *V.*, también LONG M., WEIL P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P. y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París 2001; CHEVALLIER, J., "Réflexions sur l'arrêt Cadot", *Rev. Droits* nº 9, 1989, p. 79.

se establecieron las bases (tanto de competencia jurisdiccional como sustantivas) del Derecho Administrativo.

Luego de una larga calma normativa, pero dentro de un ambiente de fortalecimiento del Consejo de Estado (y de una profunda articulación técnica de los recursos de *excès de pouvoir* y de *plein contentieux*), aunque a la vez de acumulamiento de demasiadas causas (*encombrement*) y de dificultades de decidir en tiempos razonables, tendría lugar otra gran reforma del contencioso francés. En 1953, los antiguos *conseils de préfecture* fueron suprimidos y en su lugar fueron creados los tribunales administrativos (*tribunaux administratifs*), a los cuales adicionalmente se les transfirió parte de las competencias en primera instancia del Consejo de Estado. Estos tribunales administrativos, que fueron creados por el Decreto-ley del 30 de septiembre de 1953 y por un Decreto de aplicación del 28 noviembre de ese año (en vigor desde el 1º de enero de 1954), hasta fecha reciente llegan a un número de 35 tribunales (colegiados), siendo los principales jueces de derecho común en primera instancia[27]. En la actualidad, estos Tribunales suman más de 580 magistrados y dictan más de 110.000 sentencias al año. Nótese también, que la *qualité de la justice* de estos tribunales es tan alta, que sólo el 15% de sus decisiones son apeladas y, de estas pocas apelaciones, ni siquiera la mitad llega a prosperar.

En 1963, el Consejo de Estado sería nuevamente reorganizado, quedando fortalecida su "*section du contentieux*". Posteriormente, la organización y competencias del Consejo de Estado han sido constantemente mejoradas, siendo de destacar, entre otras, las reformas de 1980, 1987 y 1990, hasta llegar al nuevo Código de Justicia Administrativa de 2000, el cual también abarca al Consejo de Estado. La estructura de este famoso tribunal, dividido en Secciones y Sub-Secciones, es muy compleja y cada día más eficaz.

El Consejo de Estado Francés (*Conseil d'Etat*)[28], conformado por más de 300 miembros ordinarios, está dictando al año más de 10.000 sentencias y sus lapsos de decisión, de fondo y cautelares, han mejorado sensiblemente.

---

27. Sobre la reforma de 1953, puede consultarse CHAILLEY, P., "La réforme du contentieux administratif: règles de compétence", D 1954, chron., p. 51; DESFORGES, C., *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs*, LGDJ 1961; GAZIER, F., "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif", *RDP*, 1954, p. 669; A. DE LAUBADERE, "Le réforme du contentieux administratif", *AJDA*, 1953; LETOURNEUR, M., "La réforme des compétences au sein de la juridiction administrative", Pal G. 1953, 2, D, p. 62; RIVERO, J., "Le réforme du contentieux administratif", *RDP*, 1953, p. 926. Tamb. COMBARNOUS M., "La réforme du contentieus administratif: du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987", *AJDA* nº spécial, *juin 1995*, p. 175; STIRN, B., "La situation des tribunaux administratifs", *RFDA* 1987, p. 436 y "Les tribunaux administratifs en 1989 et 1990: bilan et perspectives", *RFDA* 1990, p. 342; VIARGUES, R., "Trentième anniversaire des tribunaux administratifs", *RDP* 1985, p. 157; WEILL,G., "Les premiers résultats de la réforme du contentieux adminsitratif", *EDCE* nº 11, 1957, p. 131; WOEHRLING, J. M., "Réflexions sur une crise: la jurisdiction administrative à la croisèe des chemins", *Mélanges Charlier*, Ed. Emile-Paul, 1981, p. 341; y las obras colectivas: *Les tribunaux administratifs vingt ans après le réforme de 1953. Bilan et perspectives* (Actes du Colloque pour le 20e anniversaire des tribunaux administratifs), Publ. Université Grenoble 2, 1974; *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs* (Actes du Colloque national de Grenoble, 1984), Ed. CNRS, 1986.

28. Sobre el *Consejo de Estado*, además de las obras generales, en particular la de CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, cit., puede verse también MASSOT, J., MARIMBERT, J., *Le Conseil d'Etat,* Doc. frce. 1988; ROBINEAU, Y. y TRUCHET, D., *Le Conseil d'Etat,* Puf (Que sais-je?), París 1994; STIRN, B., *Le Conseil d'Etat. Son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, París 1991. Tamb. ARNOULT, E. et MONNIER, F., *Le Conseil d'Etat. Juger, conseiller, servir*, Gallimard (Découvertes), 1999; COSTA, P, *Le Conseil d'Etat et la société contemporaine,* Economica, París 1993; *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974* (obra colectiva, Dir. L. Fougère), Ed. CNRS, 1974; *Le Conseil d'Etat le l'an VIII à nos jours,* Soc. nlle Adam Biro, 1999 (IIe centenaire du *Conseil d' Etat*); "Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat" en *Rev. adm.* 1999 nº spécial 3, (IIe centenaire du *Conseil d'Etat*).

En 1987, por medio de una ley de 31 de diciembre, llegaría otra ola gigante. Esta vez con la creación de las Cortes Administrativas de Apelación francesas (*Cours administratives d'appel*), las cuales corresponden a una *innovación absoluta* (Chapus), pues era la primera vez que tribunal alguno (distinto al Consejo de Estado) tendría competencias de apelación en el contencioso general.

A estas nuevas Cortes de Apelación, intercaladas entre los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, se les han transferido importantes competencias y, sin duda, han sido consideradas como uno de los mejores avances del sistema.

Inicialmente en un número de 5, posteriormente fueron aumentadas a 7 Cortes, todas colegiadas, divididas en Salas y de gran efectividad. Sumando más de 140 magistrados, estas Cortes dictan al año más de 11.500 sentencias[29].

Para este entonces, y a pesar de extraordinarios avances, a los cuales su sumaban las figuras de las *astreintes* por la ley de 16 de julio de 1980 y de los *référés*, en especial el *référé provision* por un Decreto de 2 de septiembre de 1988 y el control de *cassation* del Consejo de Estado por las leyes de 1987 y 1989, entre muchos otros aportes normativos, todavía la doctrina exigía más. Entre las críticas más reiteradas, destacaban las relativas al supuesto carácter revisor y objetivo del sistema, la insuficiencia de las medidas cautelares, los limitados poderes de restablecimiento y sustitución del juez, la lentitud de los procesos y la dispersión normativa y la necesidad de una nueva codificación, entre otras.

Es así como en 1995, tendría lugar una de las renovaciones más importantes del contencioso administrativo francés. Las reformas fueron tan profundas en algunos campos, que -por ejemplo en materia de poderes del juez y el contenido de las sentencias- según expresiones de R. Chapus, se trataba de un *cambio espectacular* con el cual "se ha volteado una página en la historia del contencioso administrativo"[30]. Se construía, en una frase de Drago, *un nuevo juez* contencioso administrativo.

En efecto, por medio de una Ley de 8 de febrero de 1995, se establecieron notables y numerosas modificaciones en el contencioso francés, demasiadas y muy profundas para si quiera intentar mencionarlas todas y, mucho menos, analizarlas. Mejor será remitir a

29. COMBARNOUS, M., *Une étape décisive dans la modernisation du contentieux administratifs*, AJ 1988, p. 76; FRANC, M., "Commentaires sur une réforme", *AJDA* 1988, p. 79; GABOLDE C., "La seconde réforme du contentieux administratif", *D* 1988, chron., p. 51; LONG, M., "Une réforme pour préparer l'avenir", *RFDA*, 1988, p. 163; PACTEAU B., "La longue marche de la nouvelle réforme du contentieux administratif", *RFDA*, 1988, p. 168; PINAULT M., "Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987", *EDCE* nº 40, 1988, p. 215; STIRN B., "Le Conseil d'Etat après la réforme du contentieux", *RFDA*, 1988, p. 187; TEDESCHI P., "Quelques aspects de la réforme du contentieux administratif", JCP 1988, I. nº 3342; VIER C.-L., "Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987", *AJDA*, 1988, p. 118. Tamb. CHABANOL D., "Une réforme inachevée", *AJDA*, 1988, p. 102; LEPAGE JESSUA C. et HUGLO C., "La réforme du Conseil d'Etat vue par les avocats", *AJDA*, 1988, p. 127; LEVY M. y PRETOT X., "Le juge, le justiciable et le tomahawk", *AJDA*, 1988, p. 109. Asimismo, para estudios generales y balances, COMBARNOUS M., "La réforme du contentieux: du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987", *AJDA*, juin 1995 (nº spécial), p. 175; DRAGO, R., "Les cours administratives d'appel", *RFDA*, 1988, p. 186; GENTOT M., "1989, première annèe de fonctionnement des CAA", *RFDA*, 1990, p. 549; GENTOT M. et OBERDORFF H., *Les CAA*, Puf, París 1991; ISAIA H., *Les CAA. Approche critique*, Economica, París 1993; KALCK P., *TA et CAA*, Berger-Lavrault, París 1990; B. STIRN, "TA et CAA: un nouveau visage", *AJDA* nº spécial, juin 1995, p. 183; *RFDA* 1992, pp. 643 et 795; los estudios colectivos en "La réforme du contentieux administratif; premier bilan", *RFDA*, 1990, p. 337.

30. *Vid.* CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, París. Las referencias del texto aparecen a partir de la edición de 1995 (pp. 172, 724 y ss.) y se confirman y refuerzan en ediciones posteriores de esa obra. Para algunos comentarios adicionales, *V.*, CHAPUS, René, *Droit administratif général*, París.

la bibliografía sobre el particular[31]. En todo caso, hay que destacar la expansión del campo de acción de la figura del *juez único*, esto es, de la posibilidad de que, dentro de un tribunal colegiado, muchas de sus decisiones sean tomadas rápidamente por un solo juez. La Ley también estableció la posibilidad, dentro de un proceso cautelar, de decretar la *suspensión provisoire* de la ejecución de un acto administrativo, es decir, una suerte de medida cautelar provisionalísima. Asimismo, y además de diversos aportes a nivel de los procedimientos, se dispusieron nuevas competencias para las Cortes Administrativas de Apelación.

Pero el más importante y trascendental aporte de la Ley de 1995 fue en materia de poderes del juez. Y aquí sí se ameritan unos comentarios adicionales. Si bien la tradición[32] era la de no admitir que el juez contencioso administrativo realizara actos de administrador y dictara órdenes de hacer y de no hacer (*injonctions*), resulta ser que tal principio venía siendo seriamente atenuado por vía jurisprudencial, tanto en materia de los recursos de plena jurisdicción como los recursos de anulación. Así, para empezar, la jurisprudencia admitía claramente la posibilidad de que el juez contencioso administrativo decretara mandamientos de hacer o de no hacer a los particulares[33]. Asimismo, la jurisprudencia admitía que en ciertos casos el juez contencioso administrativo dictara este tipo de órdenes o *injonctions* frente a la propia Administración, bien que la regla seguía siendo la contraria. Finalmente, la tradición ha venido a modificarse sustancialmente, en favor de los poderes del juez, con la Ley reforma del contencioso administrativo francés de 1995.

Según esta Ley, el juez puede pronunciar estas *injonctions* cuando decide un litigio en el fondo (*règle au fond un litige*), lo cual puede utilizarlo el juez para hacer efectiva la cosa juzgada creada por su sentencia. Tales mandamientos pueden requerirse, entre otros casos, cuando la sentencia *implique necesariamente* que una *medida de ejecución* sea tomada *en un sentido determinado*. Como lo reseña Chapus[34], "tales *injonctions* son, en efecto, la manifestación de las obligaciones resultantes de la cosa juzgada. Con tales órdenes el juez no hace sino que juzgar. En otros términos, lo que hace el juez es continuar el ejercicio de su función jurisdiccional y cumplirla plenamente"[35].

---

31. Sobre esta Ley, en general, *V.*, el libro referido de CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, obra cit.; los estudios colectivos en la *RFDA*, 1991 (Dossier: *La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif*); También, FRAISSEX P., "La réforme de la justice administrative par la loi du 8 février 1995…", *RDP*, 1995, p. 1053; HUGLO C. y LEPAGE C., "Le Titre IV de la loi du 8 février 1995…", *Les Petites Affiches*, 17 mars 1995; PICARD, E., "La loi du 8 février 1995…", *La semaine juridique*, 1995, I, nº 3840; tamb. DRAGO, Roland, "Un nouveau juge administratif", en la publicación de las *I Jornadas de Derecho Administrativo Allan R. BREWER CARIAS*, 1995, pp. 13 y ss.; y en *Mélanges Jean Foyer*, Puf, París 1997, p. 451.

32. CHEVALLIER J., "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA*, 1972, p. 67; GAUDEMET Y., "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif', *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 805; MODERNE, F., "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle?", *RFDA* 1990, p. 798; RIVERO, J., "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D*, 1962, Chron., p. 37.

33. En donde, como muestra CHAPUS, R., *idem*., pp. 719, se encuentra bastante jurisprudencia, p. ej, CE, 8-01-1960, Caso *Lafon*; 4-10-1976, *Elissonde*; 25-01-1980, *Sotem et Mariani*; 17-03-1993, *Tortajada*.

34. *Idem*. p. 727.

35. Esta necesidad de amplios poderes del juez, por cierto, ya había sido denunciada por RIVERO, Jean desde 1962, en su famoso trabajo *Le Huron au Palais. Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir*, Dalloz, 1962, p. 37 en donde el Indio decía "en nuestro pueblo, pensamos que la función del juez contencioso administrativo es, en efecto, decir aquello que el derecho exige: así, cuando por ejemplo nuestro juez decide cuál de los dos cazadores, que se disputan el cuerpo de un ciervo el cual ambos pretenden haber cazado, debe llevarse la presa, según las leyes de la caza, nosotros pensamos que él sigue actuando como juez, y no se convierte en cazador de ciervos".

El contencioso francés, pues, en materia de poderes del juez y ejecución de sentencias, ha cambiado profundamente[36].

En 1997, vendrían otros mejoramientos del sistema contencioso administrativo francés, estos con ocasión del Decreto N° 97-563 del 29 de mayo de 1997, en vigor desde el 1 de septiembre del mismo año. En esta oportunidad las reformas eran muy diversas, destinadas a mejorar múltiples aspectos puntuales (regularización de recursos, instrucción de los procedimientos y cierre o libre adaptación de los lapsos procesales por parte del juez, indicación de lapsos de impugnación de sentencias, etc.) pero también a introducir ciertas novedades (tal como el *référé preventif* en materia de trabajos públicos y, en materia de la medida cautelar de suspensión de efectos o *sursis à exécution*, la obligatoriedad de presentar un escrito de ratificación de interés en la continuación del juicio de nulidad en los casos de negativas de medidas cautelares por ausencia de apariencia de buen derecho *o fumus boni iuris*, lo cual debe hacerse dentro de un lapso de 2 meses so pena de entenderse desistido el proceso de pleno de derecho, lo cual revela la intención de impedir la continuación de procesos inútiles y la toma de conciencia de la seriedad de los jueces y de los altísimos niveles de coincidencia entre lo que se decide en sede cautelar y en sede definitiva)[37].

Finalmente, y ya para ir cerrando con todos los honores, quedan dos grandes reformas o avances por reportar. Por una parte, me refiero al reciente proceso de codificación que culminó con un nuevo Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), construido por lo que respecta a su parte legislativa por una *ordonnance* Nº 2000-387 de 4 de mayo de 2000 y en cuanto a su parte reglamentaria por los Decretos Nºs 2000-388 y 389 de la misma fecha.

El nuevo Código, que en realidad entró en vigor el 1º de enero de 2001, ha sido recibido por la doctrina como uno de los más importantes avances del sistema[38], toda vez

36. *V.*, además de los estudios generales ya citados, BRISSON J.-F., "L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration", *Rev. Justices* 1996 nº 3, p. 167; CAMMILLERI A., "Le pouvoir d'injonction du juge administratif: une révolution avortée?", *JCP* 1997, I, nº 3992; DEBBASCH R., "Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou", *JCP* 1996, I, nº 3924; C. GABOLDE, *Le juge administratif va-t-il nous gouverner?*, *DA* 1995, fasc. 11, p. 1; GUETTIER, Christophe, "L'administration et l'exécution des décisions de justice", *AJDA*, n° spécial, París 1999, pp. 66 y ss.; GOURDOU J., "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995", *RFDA* 1996, p. 333, MALVASIO F., "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif", *LPA* nº 18, février 1997; MODERNE, F., "Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif," *RFDA* 1996, p. 43; VALADOU P., "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration", *LPA* 29 mai 1995, p. 4; WOEHRLING J.M., "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995: propositions pour un mode d'emploi", *LPA* 24 mai 1995, p. 18. Asimismo, GUETTIER CH., "Injonction et astreinte", *JCA*, fasc. nº 1114 (1997); PACTEAU B., "Astreintes envers les personnes morales de droit public, Juris-Classeur procédure civile," fasc. nºs 2145 s.; GAUDEMENT Y., "Le juge administratif, futur administrateur?", in *Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle*, Presses univ. Grenoble, 1995, p. 179; y el libro de MOUZOURAKI P., *L'éfficacité des décisions du juge de la legalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, París 1999.

37. Sobre las reformas de 1997, puede verse CHAUVAUX, Didier, "Réforme du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel", en *AJDA*, n° 9, 1997, pp. 688 y ss., autor que afirma que esta reforma también es muestra del interés en "aumentar la eficacia de las jurisdicciones contencioso administrativas y no afectar las garantías de los justiciables"; igualmente sobre esta reforma de 1997, *V.*, LATOURNERIE M-A., "Brèves réflexions su le décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratif et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions" en *RFDA* n° 5, 1997, pp. 952 y ss.; GABOLDE, Christian, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, Dalloz, París 1997.

38. Ante todo, el excelente y práctico libro, ahora actualizado, de LEPAGE, Corine y HUGLO, Christina, *Code de justice administrative 2002-2003*, Litec, París 2002; tamb. CHABANOL, Daniel, *Code de justice administrative*, Le Moniteur, París 2001; FANACHI, Pierre, *La justice administrative*, Puf, París 2000; y El libro colectivo, *Justice administrative*, La Documentation Francaise, Edición 2001. Asimismo, CHAPUS, René, "Lecture du code de justice

que el mismo ha venido a ratificar y consagrar principios modernos de control judicial y ha pasado a unificar y sistematizar un gran número -que era casi inmanejable- de normativas dispersas[39].

Además, el Código tiene una visión integral, pues el mismo no sólo viene a regular la actividad de los Tribunales Administrativos y las Cortes Administrativas de Apelación (como era el caso del Código derogado)[40], sino que también abarca a la actividad del Consejo de Estado.

En palabras de Chapus, esta nueva codificación "importaba absolutamente a la coherencia, a la claridad y, por esta vía, a la inteligibilidad del derecho de la justicia administrativa, al igual que a su acceso… Código de confirmación y consolidación, es igualmente el Código del futuro"[41].

Por otra parte, y generando ya una primera modificación del *Code de Justice Administrativa*, al cual se ha incorporado y fusionado, tenemos la importante reforma generada por la Ley de 30 de junio de 2000 (*loi du 30 juin 2000*). Se trata, nada menos, de lo que Pacteau ha calificado como "una de las grandes reformas contemporáneas del contencioso administrativo", "recompensa de un trabajo preparatorio eficaz" y reflejo de la "muerte programada de los tabúes que por mucho tiempo pesaron sobre la justicia administrativa… viejos principios tambaleantes que sólo esperaban caer y que no eran sino que arena y polvo"[42].

La ley de 30 de junio de 2000 (en vigencia desde el 1º de enero de 2001), ha venido a reestructurar y fortalecer resueltamente el sistema de medidas cautelares en el contencioso francés, esto es, los llamados *procédures d'urgence* -sistema ya antes bastante avanzado y poderoso[43]-. En concreto, y este es el primer gran aporte, la ley crea un novedoso y amplísimo *référé suspension*, el cual viene a suplantar al antiguo *sursis à exécution* y a la *suspension provisoire*. El nuevo *référé suspension* tiene un campo de acción más amplio, pues expresamente se dispone su operatividad frente a actos denegatorios[44]. Asimismo, otro avance de sumo interés, se suavizan las condiciones de procedencia y, en concreto, se bajan los estándares de exigencia para el estudio del *fumus boni iuris*, lo cual tiene lugar con un consciente cambio de lenguaje, de antes exigirse un *moyen sérieux* de anulación ahora es suficiente la exigencia de dudas, esto es, de *doute sérieux* en cuando a la legalidad de la decisión.

Pero adicionalmente, como una muestra más de la extensión de los poderes del juez y de la aceleración de los procedimientos, la nueva ley de junio de 2001 crea un *référé liberté*, el cual permite decretar *cualesquiera medidas necesarias* para la *salvaguarda* de las *libertades fundamentales*, debiendo pronunciarse el juez en un brevísimo lapso de 48 horas.

---

administrative", *RFDA*, n° 5, 2000, pp. 929 y ss.; CASANOVA J. A., "Le code de justice administrative", *AJDA*, 2000, pp. 639.

39. El nuevo Código tiene 720 artículos, 151 legislativos y 569 reglamentarios.

40. El anterior Código, de alcance parcial, era el *Code de tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* (de 1989) y antes de este, el *Code de tribunaux administratifs* (de 1973).

41. CHAPUS, René, "Lecture du code de justice administrative", *loc. cit*., 2000, *cit.*, pp. 929-939.

42. PACTEAU, Bernard, "Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* nº 5, 2000, pp. 959 y ss.

43. *V.*, ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Sherwood, Caracas 1999.

44. Con lo cual se supera definitivamente la restrictiva jurisprudencia *Amoros* de 1970 que afectaba a la figura de suspensión de efectos.

En lo que respecta al importante *référé provision*, por medio del cual se otorgan provisiones económicas cautelares, la nueva Ley de 30 de junio de 2000 no dispone nada nuevo, por lo que el mismo se entiende vigente bajo la normativa anterior, ya suficientemente amplia y moderna. También subsiste sin modificaciones el *référé instrucción*.

Sin embargo, el *référé conservatoire* ha sido mejorado, al no supeditarse más a la existencia de un recurso previo, siendo también irrelevante el tema de prejuzgar sobre lo principal. Adicionalmente, el *référé précontractuel* ha quedado reforzado al permitirse al juez suspender la firma de los contratos por un lapso específico de tiempo.

En lo que respecta a los procedimientos de estas medidas cautelares, la ley de 30 de junio de 2000 dispone que el juez deberá decidir con extrema rapidez, en 48 horas para el *référé liberté* como vimos y en los mejores lapso posibles ("*dans les meilleurs delais*") para el *référé suspension*. De igual modo, en aras de tal aspiración, expresamente se entiende que la decisión cautelar puede ser tomada por un solo juez (*juge unique*) y que, además, no es necesario esperar las conclusiones del *commisaire du gouvernement* para la realización de la audiencia contradictoria, la cual, por lo demás, se dispone puede ser escrita u *oral*, lo que es otro aporte importante de la normativa, la cual luce ya revolucionaria. Por último, también se establece una suerte de poder de selección o *filtrage* del juez, quien puede descartar de inmediato las solicitudes manifiestamente inadmisibles, e igualmente se disponen unos lapsos breves de decisión de las apelaciones.

Para ir cerrando con palabras de Fouletier y Pacteau, es posible sostener que "la ley de 30 de junio de 2000 ha logrado el *tour de force* de hacer descender de su pedestal al carácter ejecutorio de los actos administrativos"[45]. La ley es *ejemplar* y "nadie duda que el fin de siglo exigía un *tournant juridique*, para hacer progresar la justicia administrativa".

La ley en cuestión, que ya ha sido objeto de importantes análisis y comentarios[46], y cuya identificación exacta es *Loi nº 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, ha sido complementada por un decreto de aplicación, el *Décret nº 2000-1115 du 22 novembre 2000*, normativas que, como dije, han quedado integradas en el nuevo Código de la Justicia Administrativa, o mejor, de la nueva justicia administrativa.

Esta Ley de 30 junio de 2000, por lo demás, y no es un dato menor, fue analizada y firmemente apoyada por la misma Ministra de Justicia en Francia, en una declaración en julio de 2002, en la clausura de un coloquio[47] sobre la misma, reconociendo que el talón de Aquiles de la justicia es su lentitud, a lo cual la nueva ley reacciona con vigor y acierto, dentro de este proceso de *mutation* de la justicia administrativa, concluyendo:

---

45. FOULETIER, Marjolaine, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* nº 5, 2000, pp. 963 y ss.

46. Además de la obra de CHAPUS y de los trabajos generales antes citados sobre el Código de Justicia Administrativa, puede consultarse CYRIL, Clément, "Le juge administratif des référés: un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000", *LPA*, 10 août 2000; FOULETIER, Marjolaine, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *loc. cit.*; MORLOT-DEHAN, Clotilde, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *LPA*, 4 septembre 2000; PACTEAU, Bernard, "Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *loc. cit.*; ROUAULT M.C, *La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif*, Dalloz, 2001, chron. p. 398; VANDERMEEREN, Roland, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *LPA*, 2000, p. 706. Asimismo, el "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence," en *RFDA* nº 5, 2000, pp. 941 y ss.; "Rapport public 2002 - Conseil d'Etat," *EDCE* , n° 53.

47 *La pratique du référé administratif: un an après*, en la Assemblée nationale, París el 12 de febrero de 2002 (*www.justice.gouv.fr*).

"*je voudrais redire mon attachement au bon fonctionnement de la justice administrative…Pour ma part, je pense que notre société aurait plus à perdre qu'à gagner à un affaiblissement de la justice administrative qui a toujours su soumettre, avec doigté et fermeté, l'administration au principe de légalité comme au principe de responsabilité*".

En la práctica judicial, por lo demás, los resultados también palpables, tanto en la constante utilización de los nuevos mecanismos como, más importante aún, en los niveles de celeridad de respuesta. Vistos los avances y requerimientos legales (y la creación de tribunales y aumento significativo de magistrados y funcionarios judiciales que ha tenido lugar en lo últimos años, proceso de reclutamiento que todavía es constante y sostenido), hay que destacar que el contencioso administrativo francés, tanto en los procedimientos de fondo como en los cautelares, ha alcanzado lapsos de decisión realmente admirables. En este sentido, y para mostrar lo que es verdadera tutela judicial efectiva, sea suficiente mencionar que, en materia de medidas cautelares (los *référés*), el promedio durante todo el año 2001 fue que las mismas, contradictorio incluido, las decidía el Consejo de Estado en un promedio de 9 días y de solamente 3 días cuando estaban involucradas libertades fundamentales, efectividad también visible en los años 2002 y 2003, e igualmente presente a nivel de las Cortes Administrativas de Apelación y de los Tribunales Administrativos.

En definitiva, tal como el mismo García de Enterría lo ha aceptado y proclamado, el contencioso administrativo francés se ha generalizado como un proceso de protección subjetiva y efectiva, equiparándose a los mejores sistemas europeos y, agrego yo, quizás superándolos. En palabras del maestro español, es claro que hoy día la justicia administrativa europea, y dentro de ésta la francesa, ha madurado plenamente "eliminando todos los viejos obstáculos radicados en la tradición de exención de la justicia del viejo poder público, lejano y absoluto, y demoliendo todas las sucesivas y tenaces técnicas de impedir, limitar o condicionar la plenitud del conocimiento judicial que durante dos siglos han ido apareciendo. Al doblar este siglo el modelo me parece a punto de alcanzar su perfección última. La justicia administrativa, así perfeccionada, convertida en una tutela judicial plenaria y efectiva, no coartada, aproximativa o parcial, se ha erigido definitivamente en una pieza insoslayable de la concepción occidental del Estado de Derecho"[48].

Desde la Revolución hasta nuestro tiempo, el contencioso administrativo francés ha sabido renovarse como pocos. No creo en la perfección del sistema ni tampoco quiero venderlo de esa forma.

Hay, por supuesto, aspectos que pueden ser mejorados. No existe, de hecho, ningún sistema de justicia administrativa en el mundo que pueda ser calificado de perfecto.

Pero lo cierto del caso, es que el contencioso francés ha retomado un *standard* general de efectividad extraordinario. En la teoría, y en la práctica, la *justice administrative* está funcionando y lo está haciendo de manera magnífica. El paradigma, pues, ha vuelto y, en muchos aspectos, su omnipotencia y supremacía son más admirables que nunca.

48. *V.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo de Siglo*, Civitas, Madrid 2001, p. 59.

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW

J. A. Jolowicz
Profesor de la Universidad de Cambridge.
Inglaterra

In October of the year 2000, the English judicial system acquired, for the first time in its history, an *Administrative Court.* The Court is manned by a number of judges nominated by the Lord Chief Justice to sit as judges of the Court.

The introduction of the Administrative Court recognises the increase in litigation in the field of administrative law, but, from the point of view of principle, it is really little more than a change in nomenclature. The Administrative Court is not a separate court in its own right: it is not even a recognised Division of the High Court. It is no more than an element of the Queen's Bench Division of the High Court. Its judges are judges of that Division[1]: they are full time judges, but not full time judges of the Administrative Court.

This is all in keeping with one of the fundamental notions of the unitary judicial system of English law. It is for the ordinary courts, not separate administrative courts, to deal with litigation arising out of the acts and decisions of public authorities, including the central Government, and to do so in accordance with the ordinary general law. Indeed, if a public authority is shown to have committed a civil wrong (*tort*) against an individual, it may be held liable in the ordinary courts and in accordance with the ordinary law[2]. For most purposes, English law recognises only two main categories of proceedings the criminal and the civil. What is not criminal is civil. So, cases that would elsewhere be classified as *administrative* are, in England, civil[3].

In principle, therefore, and until recently, the English system barely recognised and made little if any use of the distinction between public and private law: it was a matter of dogma that the same law governs everyone in the state, both public officials, at all levels, and private citizens. The distinction between public law and private law was, of course, known, but it has been said that its principal use was to assist with the classification of books in a library. As will appear, the distinction acquired great practical importance in the early 1980s, but before turning to that it must be noted that the ordinary law lacks the means to provide full judicial control of the administration. Something specialised is needed, for example, if an individual is to be able to challenge the act or decision of a public authority with a view to having it quashed as illegal, and

1. The High Court is that part of the Supreme Court that deals with cases at first instance. The High Court is formally divided into three Divisions-The Chancery Division, the Queen's Bench Division and the Family Division.

2. English law thus rejects the reasoning of the famous French case of *Blanco*, T.C. 8 fév. 1873. D. 1873.3.17, concl. FORMERLY, David the maxim "The King can do no wrong" protected the Crown from liability. In her personal capacity the Queen remains immune to liability imposed by *her* judges, but since 1947 the Crown Proceedings Act has rendered the Crown, i.e., the sovereign in a public capacity, acting through Government Ministers (*Ministers of the Crown*) generally liable in tort, subject only to certain exceptions.

3. *In re Norway's Application* [1990] 1 A.C.723.

the same is true if the challenge seeks to prevent a public authority from acting in excess of the powers conferred on it by law or to compel it to act where it is its legal duty to do so.

To deal with this kind of problem recourse was made to the so-called *prerogative* remedies. By the end of the 16th Century, a number of *prerogative* remedies, that is, legal methods whereby the King could call upon his judges to exercise judicial control over *inferior jurisdictions* had become available to his subjects: "The Crown lent its legal prerogatives to its subjects in order that they might collaborate to ensure good and lawful government"[4]. The three prerogative remedies relevant to administrative law were known as *certiorari*, *prohibition* and *mandamus*[5]. By certiorari, the decision of an inferior jurisdiction could be brought before the court for consideration of its legality: if found to be illegal it would be quashed. By prohibition, an inferior jurisdiction could be prevented from exceeding its competence. By mandamus it could be compelled to perform a positive duty imposed upon it by law.

At first, the prerogative remedies were said to be available only against *inferior jurisdictions*, that is bodies with a duty to act judicially, but they came to be available also in relation to the acts and decisions of administrative and some other bodies as well[6].

This is not the place to explore in detail the expansion in the scope of the prerogative remedies: our concern is with procedure. It must suffice to say that in modern times their scope has been greatly expanded so that it now extends even to certain non-statutory bodies having no direct connection with Government, if they in fact exercise powers that are such that they can nevertheless properly be considered to be *public* powers. For example, the Panel on Take-overs and Mergers of the City of London is a *private* body that has promulgated a set of rules governing company take-overs and mergers. Though it has no statutory base and acts independently of Government, the Panel exercises extensive power in the City of London, can impose severe penalties for breach of its rules, such as exclusion from the London Stock Exchange and is relied on by the Government as an important element in control of the market, working in conjunction with the statutory regulation of investment business. The Panel's powers are, therefore sufficiently *public* for its decisions to be subject to certiorari[7].

During the 19th Century, the judicial system and the entire system of ordinary civil procedure in England underwent major reforms. The prerogative remedies were, however, omitted from these reforms. For better or worse they were allowed to retain their ancient characteristics and could only be invoked through an antiquated form of procedure which did not allow a claim for a prerogative remedy to be combined with a claim for any other remedy that might be available under the general law. An applicant for certiorari, for example, claiming that an administrative order affecting him should be quashed for illegality, could not add to that claim a claim for damages as compensation for harm caused to him by the illegal order. The procedure itself was complex. An applicant for what was still known as a *writ* of certiorari, prohibition or

4. Wade & Forsyth *Administrative Law* (ed.8, 2000) (hereafter *Wade*) 582. Habeas corpus is also a prerogative remedy, but is not relevant to the concerns of this paper.

5. See post, n.13.

6. Wade, 595-600. The Courts of the Justices of the Peace exercised important judicial functions and so constituted *inferior jurisdictions*. They also had imposed upon them a wide variety of administrative functions, This probably assisted the early expansion of the scope of the prerogative remedies beyond *inferior jurisdictions*.

7. *R. V. Panel on Take-overs and Mergers ex p. Datafin Plc* (1987) Q.B. 815.

mandamus asked for a *rule*, that is an order of the court calling upon the other party to *show cause* why the writ should not be issued. If the rule was granted, and the other party failed to *show cause*, the rule was made *absolute* and the remedy granted; otherwise, the rule was discharged. This was a costly and time-consuming two-stage procedure.

In 1933, some simplification was introduced. The procedure by *rule* was abolished, but before being able to proceed with his claim, the claimant had, instead, to obtain the court's permission: once permission had been granted, the case followed the pattern of normal single stage proceedings. In 1938, the *writs*[8] were changed to *orders* of certiorari, mandamus or prohibition as the case might be, which brought further minor simplification.

These changes, though beneficial, left the user of the prerogative procedure at a serious disadvantage by comparison with the user of the ordinary civil procedure. First, it continued to be impossible to combine a claim for one of the prerogative remedies with a claim for any other remedy. Secondly, while an ordinary civil litigant is entitled to have his opponent disclose relevant documents in his possession or control - *disclosure of documents*- this was not so under the prerogative procedure and, in contrast with the normal rule that evidence is presented orally by witnesses who are subject to cross-examination, the evidence under the prerogative procedure was given by sworn written statement (*affidavit*) on which cross-examination was very rarely allowed. In addition, under the prerogative procedure, the time limits were very much shorter than those under the ordinary procedure, and the permission requirement remained. However, the short time limits and the requirement of permission are commonly said to be necessary protections for public authorities against frivolous challenges to their decisions or acts and against prolonged periods of uncertainty as to their validity[9]. Both survive as part of the present law.

One consequence of the deficiencies of the prerogative procedure was an increased willingness on the part of the judges to allow use of the ordinary procedure for proceedings against public authorities. Of course, no litigant could claim certiorari, prohibition or mandamus through that procedure, but two ordinary *private* law remedies, if awarded against a public authority are almost as good. First, if an injunction is obtained against a public authority preventing it from pursuing an illegal course of action, that will be as effective in bringing the illegal conduct to an end as would be an order of prohibition. More importantly, perhaps, from a practical point of view, the modern remedy of a *declaration* can be used as a substitute for certiorari. It is possible, through the ordinary procedure, to ask the court to make a declaration of the legal position as it exists between the parties to the proceedings without at the same time seeking any other remedy[10]. So, for example, by way of the ordinary procedure, a claimant may ask the court to make a declaration that a certain decision of a public authority, is illegal and void.

It is true, of course, that such a declaration would not actually nullify the illegal decision, as would the grant of the prerogative remedy of certiorari , but it may be confidently expected that no public authority will attempt to apply a decision of its own once the court has pronounced that decision to be illegal.

---

8. The old form of the *writ* of certiorari was that of a royal demand to be informed of a matter: Wade 591.
9. See post text at n.18.
10. The declaration, which was brought into general use in the 19th Century, is a discretionary remedy, as are the prerogative remedies. This means that the judge has a certain freedom in deciding whether to grant or refuse it.

It thus came about that, for a time, the same *the ordinary* procedure could be used for challenges to public authorities as to *private* bodies that were not subject to the prerogative remedies but that were nevertheless in a position to exercise power over others, such as Trade Unions and professional associations. So, for example, there was no procedural difference between a case in which a declaration was granted that a proposed change in the rules of a Trade union was unlawful, and one in which a similar declaration of illegality was granted in relation to a demand by the Inland Revenue Authority for certain information from taxpayers. What is more, in similar circumstances, the substantive law is the same. For example, it is an aspect of what are called *the rules of natural justice*[11] that a person has a right to a fair hearing before a decision adverse to his interests is taken. This applies and was originally developed in relation to the decisions of statutory (public law) tribunals or administrative authorities: a decision taken in breach of the rules of natural justice will be declared void and of no effect. With the growth in modern times of powerful private bodies, the same principle has come to be applied to them. If a member of a trade union or other association is summoned to appear before its disciplinary committee, that committee must comply with the rules of natural justice or risk a challenge to its decision and a declaration of the decision's illegality.

In 1977, a fully revised procedure for the prerogative remedies was introduced. Each of them became an element of the new *application for judicial review*[12]. Under the Civil Procedure Rules 1998, Part 54, now in force, the substance of the 1977 law is maintained[13]. The 1977 law made it possible to join a claim for an injunction, a declaration or for damages with a claim for one of the prerogative remedies. Disclosure of documents can be ordered as may be cross-examination on affidavit evidence. It is also possible for the court to order proceedings started as an application for judicial review to continue as if they had been started as an ordinary action[14], but under the 1977 law there was no possibility of a transfer from ordinary proceedings to judicial review[15].

The short time limits for judicial review and the requirement of permission to proceed remain part of the law.

There is nothing in the legislation governing the application for judicial review that explicitly deprives a person of the choice, formerly available, between the ordinary civil procedure -usually an action for a declaration- and judicial review asking for certiorari. On the contrary, it was the intention of the draftsmen of the reforms that the choice should remain open[16]. However, after a period of uncertainty, the House of Lords, in the case of *O'Reilly* v. *Mackman*[17] dismissed an action for a declaration that the decision of a public authority was illegal and did so purely and simply because the claimants had adopted the wrong procedure. They should have used judicial review and asked for

11. The phrase has acquired a technical meaning, There are two fundamental rules: a man may not be a judge in his own cause, and a man's defence must always be fairly heard: see Wade, 435-543,

12. R.S.C. Ord. 53, now C.P.R. Part 54. See also Supreme Court Act 1981, s. 31.

13. Apart from changes in the language of the rule, the principal differences are that the claim for judicial review is now begun in much the same way as certain types of ordinary action and that English phrases have been substituted for the former Latin titles of the remedies. Certiorari, prohibition and mandamus are now known as a *quashing order*, a *prohibiting order* and a *mandatory order* respectively. For convenience, the Latin words will continue to be used in this paper.

14. Only in so far as claims for an injunction, a declaration or damages are concerned. It is explicitly laid down that judicial review procedure must be used for claims for mandamus, prohibition or certiorari: C.P.R. 54.2.

15. But see post, text at n. 39.

16. The realisation of this intention would, in any case, have created difficulty: Wade 649-650, post text at n. 35.

17. (1983) 2 A.C. 237.

certiorari. The case was one that could only be brought before the court by way of an application for judicial review. The House thereby established what is known as the *exclusivity* of judicial review.

The case concerned a number of men who had been sentenced to periods of imprisonment. Like all prisoners they would have received some remission of their sentences, but they committed serious disciplinary offences while in prison and were sentenced by the Board of Visitors (the *Board*) -the disciplinary authority- to loss of remission. They alleged that the Board had reached its decision unlawfully, and, by ordinary action, sought a declaration that the sentences of loss of remission were null and void. It was clear that, if their allegations were true, the decision of the Board would have been unlawful, but the House of Lords dismissed their action without consideration of its merits.

Part of the reasoning behind this decision was that the reforms of 1977 had removed the unfairness to the litigant of the old prerogative procedure and that there was therefore no reason to continue to allow the use of the ordinary procedure in *public law* cases. The short time limits, the requirement of permission to apply, the use of affidavit evidence and the few other surviving disadvantages to claimants were justified in the interests of good administration. "The public interest in good administration requires that public authorities and third parties should not be kept in suspense as to the legal validity of a decision the authority has reached ... for any longer period than is absolutely necessary in fairness to the person affected by the decision"[18].

A general rule, subject to some exceptions was laid down by the House of Lords to the effect that it would be wrong to permit a person seeking to establish that a decision of a public authority infringed rights to which he was entitled to protection under public law to proceed by way of ordinary action and by this means to evade the provisions of the law "for the protection of such authorities"[19].

There are two points in particular that must be made about *O'Reilly* v. *Mackman*.

The first is that it amounts virtually to a return the old formulary system from which English law was liberated by the reforms of the 19th Century. For centuries English law as administered by the central courts[20], was contained within a number of *forms of action*, each of which was appropriate for cases of a particular kind and each of which was self-contained and exclusive of the others. Over the years much time and money was spent in the courts on examining in meticulous detail whether the claimant had engaged the correct form of action for his case. A litigant who had the misfortune to select the wrong form of action would lose, whether or not he would have succeeded in obtaining the redress he sought through a different form of action: the question of overall merits was simply not considered[21]. The technicalities of the forms of action disappeared more than 100 years ago. It appears that -within the specialised field with which this paper is concerned- it was brought back by the House of Lords. The claimants in *O'Reilly* v, *Mackman* failed solely because they chose the wrong *form of action*, and the substance of their claims was never considered.

18. (1983) 2 A.C. at p. 280-281, per Lord Diplock.

19. (1983) 2 A,C. 285.

20. Originally, justice was local. The King's courts acquired jurisdiction piecemeal through development and expansion of the *forms of action.*

21. To be accurate the unfortunate claimant suffered a *non-suit*. The dismissal of the claim did not have res judicata effect: he was entitled to start a fresh action (if not out of time), but in reality, this was small consolation.

The second point is the use by the House of Lords of the concept of *public law* as the test for whether an ordinary action for, say, a declaration, may be engaged by the claimant, or whether he is obliged to apply for judicial review.

As already noticed, English law has not traditionally made practical use of the distinction between public and private law.

The position reached after *O'Reilly* v. *Mackman* was so well described by Lord Wilberforce in a case decided in the House of Lords just one year later, that it is here quoted in full:

> The expressions *private law* and *public law* have recently been imported into the law of England from countries which, unlike our own, have separate systems concerning public and private law. No doubt they are convenient expressions for descriptive purposes. In this country they must be used with caution, for, typically, English law fastens not upon principles but upon remedies. The principle remains intact that public authorities and public servants are, unless clearly exempted, answerable in the ordinary courts for wrongs done to individuals. But by an extension of remedies and a flexible procedure it can be said that something resembling a system of public law is being developed. But before the expression *public law* can be used to deny a subject a right of action in the court of his choice it must be related to a positive prescription of law, by statute or statutory rules.
>
> We have not yet reached the point at which the mere characterisation of a claim as a claim in public law is sufficient to exclude it from consideration by the ordinary courts; to permit this would be to create a dual system of law with the rigidity and procedural hardship for plaintiffs which it was the purpose of the recent reforms to remove[22].

The decision in *O'Reilly* v. *Mackman* forcibly introduced into English law the distinction between public and private law not as a matter of theory, but with an immediately practical function.

If a case was treated as arising out of *public law*, the use of judicial review was mandatory. If not, judicial review was excluded and only the ordinary procedure itself was available. In the light of what was said by Lord Wilberforce, it can readily be understood that in many of he cases decided in the years after *O'Reilly* v. *Mackman* the outcome depended on the claimant's choice of procedure. A particularly troublesome area was that of public employment. An employee of a public authority might be employed under a normal contract of employment, in which case he could not claim against the authority by judicial review[23]. On the other hand, he might be employed on statutory terms and conditions, that is public law, in which case judicial review would be mandatory[24].

As time passed after *O'Reilly* v. *Mackman*, the judges themselves -and most vocally the appellate judges- began to indicate their dislike for the dichotomy that that case had established, especially in those cases in which the defendant sought to strike out the claim on the sole ground that it had been begun in the wrong form. Gradually ways were found to soften the rigidity of the exclusivity rule of *O'Reilly* v. *Mackman.*

One profitable area for this was found in cases that involved both public and private law. So, in one case, the relevant public authority determined that a doctor working for the National Health Service had failed to give sufficient time to his practice as required

22. *Davy* v. *Spelthorne B.C.* (1984) A.C. 363, 276.
23. *R.* v. *East Berks. Health Authority, ex parte Walsh* (1985) Q.B. 152
24. *R.* v. *Home Secretary, ex parte Benwell* (1985) Q.B. 554, In most of these cases, the employee claimed that he had been wrongfully dismissed from his employment. See Wade, 651; Walsh "Judicial Review of Dismissal from Employment" (1989) P.L. 131.

by statutory regulations, and withheld part of his salary: this would have been perfectly lawful if it were the fact that the authority's determination was correct. The doctor brought an ordinary action claiming payment of his full salary. The success of his claim depended, of course, on a successful challenge to the (public law) determination by the authority. Notwithstanding this point, the House of Lords held that he had a private law right to be paid in accordance with the (statutory) terms of his employment and allowed his action, which was to enforce that private right, to go ahead[25].

The second means found to soften the exclusivity rule is less principled but more pragmatic. In relatively few cases of judicial review are there serious questions of fact, and the modern procedure for judicial review is modelled on a particular form of civil procedure designed for use where no serious issues of fact have to be resolved[26]. It is widely agreed that where this is not the case, the ordinary procedure is the more suitable. In *Dennis Rye Pension Fund* v. *Sheffield City Council*[27], the claimants owned residential property, which the local housing authority called upon them to repair and improve. The claimant was awarded a grant by the authority (under public law) which the authority subsequently refused to pay on the ground that the work had not been carried out to its satisfaction. The claim was for payment of the grant and was brought by the ordinary procedure and the authority argued that it should have been brought by judicial review. The Court of Appeal held that the claim could go ahead by the ordinary procedure. Lord Woolf M.R[28], pointed out that a challenge to the authority's refusal to express satisfaction -necessary as a condition of payment of the grant- would depend on the examination of factual issues which were more appropriately examined in the course of ordinary proceedings.

The final means found to give greater flexibility to the ruling in *O'Reilly* v. *Mackman* effectively gives to the court a large discretion to allow the use of the ordinary procedure in *public law* cases. It calls for a little explanation. The formal ground for striking out the claim in *O'Reilly* v. *Mackman* as given by Lord Diplock in the House of Lords was that the use of the ordinary procedure in the circumstances of that case amounted to an *abuse of the process of the court.*

Abuse of the process of the court is a well known and time honoured phrase used to describe proceedings which seek to use the process of the court for some ulterior and improper purpose: an action which is classified by the court as an *abuse of the process of the court* will be struck out[29].

---

25. *Roy* v. *Kensington and Chelsea Family Practitioner Committee* (1992) A.C. 624. See also *Wandsworth L.B.C. v. Winder* (1985) A,C. 461: the tenant of a house owned by a local authority was sued by the authority by ordinary action because he refused to pay an increased rent. The authority argued that he could not, in, that action, raise by way of defence the argument that the (public law) decision to raise the rent was unlawful: according to the authority the tenant should first challenge that decision by judicial review. The House of Lords had no doubt that such a step was quite unnecessary and that the defence could be raised without it.

26. C.P.R. 54. 1 (2) (c), making *Part 8 procedur* -an alternative form of ordinary procedure for use in cases not involving disputes of fact- the *judicial review procedure*.

27. (1998)1 W.L.R. 840.

28. Ibid. at p. 847. "M.R", is the abbreviation for Master of the Rolls, the ancient title of the President of the Court of Appeal.

29. A famous historical example is that of an action brought by one highway robber (*highwayman*) against his *partner* for the taking of an account between them of the proceeds of their profession. See JOLOWICZ, *Abuse of the Process of the Court: Handle with care*, 1990 "Current Legal Problems" 77.

In *Mercury Ltd.* v. *Telecommunications Director*[30], a dispute arose between the claimant, a private telecommunications company, and the Director General of Telecommunications -a public authority- about the interpretation by the latter of the former's telecommunications licence. The claimant began ordinary proceedings for a declaration that its own interpretation was correct. Against the defendant's objection that judicial review should have been used, the House of Lords held that the action was competent. Lord Slynn pointed out that proceedings in the Commercial Court[31] were at least as well suited, if not better suited, to determination of the issue in the case than judicial review. It could not, therefore, be properly regarded as an abuse of the process of the court. In coming to his conclusion, Lord Slynn indicated that in his opinion a degree of uncertainty was…

> a small price to pay to avoid the over-rigid demarcation between procedures reminiscent of earlier disputes as to the forms of action and of disputes as to the competence of jurisdictions apparently encountered in civil law countries where a distinction between public and private law has been recognised. It is of particular importance, as I see it, to retain some flexibility as the precise limits of what is called *public law* and what is called *private law* are by no means worked out. The experience of other countries seems to show that the working out of this distinction is not always an easy matter. In the absence of a single procedure allowing all remedies -quashing, injunctive and declaratory relief, damages- some flexibility as to the use of different procedures is necessary. *It has to be borne in mind that the overriding question is whether the proceedings constitute an abuse of the process of the court*[32].

By 1996, therefore, or thereabouts, the rigidity of the exclusivity rule had been substantially reduced by the decisions of the courts[33]. However, even if the will had been there to get rid of the rule altogether, that ceased to be a practical possibility after 1977. The reforms of that year made it possible to combine a claim for an injunction, a declaration, or damages with a claim for judicial review[34]. But those are *ordinary* remedies, ordinarily available by ordinary action. If, therefore, the exclusivity rule were removed, so that an ordinary action for a declaration could be brought against a public authority, a claimant could have rendered nugatory almost the whole of the judicial review procedure. It was an unfortunate and unintended consequence of the 1977 liberalising reform that abolition of the exclusivity rule, by giving the claimant the choice of procedures, would have led to an absurd result and so was effectively ruled out[35].

On the other hand, there is almost universal agreement that the unproductive procedural arguments and the dismissal of claims for procedural reasons that followed *O'Reilly* v. *Mackman* must be avoided so far as possible. Nevertheless, the Law Commission -perhaps because it felt that it had no choice- recommended only that transfers both ways between judicial review and ordinary proceedings should be allowed, but not that the procedures should be unified[36].

---

30. (1996) 1 W.L.R. 48.
31. Like the Administrative Court, the Commercial Court is a part of the Queen's Bench Division of the High Court, but of much greater antiquity.
32. (1996) 1 W.L.R. at p. 27, emphasis added.
33. This does not mean that public authorities ceased to raise the rule in their own defence, even taking it -generally unsuccessfully- to the House of Lords, as in *Steed v. Home Secretary* (2000) 1 W.L.R. 1169.
34. Ante, text at n. 14.
35. Wade, 650.
36. *Administrative Law: Judicial Review and Statutory Appeals* Law Com., nº 206, 1994.

Some time later, Lord Woolf in his major Report on the system of civil justice[37], recognised that the exclusivity rule had led to "wholly undesirable procedural wrangling" and that it continued to cause problems. However, he too did not, recommend the legislative abolition of the dichotomy. Instead he recommended that the two procedures should be brought closer together in order, as he said, to bridge the divide between public law and private law claims. To a substantial exent, this has been achieved under the new Rules. Proceedings for judicial review are now started by use of the same claim form as is used for those ordinary civil cases that do not raise serious issues of fact[38], and cases can now be transferred into, as well as out of judicial review[39]. This last point may not be of great assistance to claimants, however since the short time limits available in judicial review[40] will apply and the court's permission to proceed will be required once the case has become one of judicial review[41].

A little guidance to litigants is contained in the new Rule, which states that judicial review *must* be used where the claimant seeks a mandatory order, a prohibiting order or a quashing order[42], judicial review *may* be used where the claimant seeks a declaration, an injunction, or damages[43]. This does not do much, however, to help the litigant to avoid the wrong choice of procedure in a difficult case. In official advice to litigants contemplating action to challenge the lawfulness of an enactment, a decision, or action of a public authority, it is pointed out that judicial review may not be appropriate in every instance. In consequence, litigants are *strongly advised* to seek appropriate legal advice.

Such legal advice, if competently given and followed should normally protect the claimant from having his case struck out under *O'Reilly* v. *Mackman*, but there is now a real possibility that the courts themselves can play a part in preventing disastrous mistakes of procedural choice. It is a cornerstone of the new Civil Procedural Rules that they have the "Overriding objective of enabling the court to deal with cases justly"[44].

This objective is intended to be achieved mainly by the use of judicial case management, the introduction and detailed specification of which is a principal purpose of the new rules. It is no longer, as it was before, for the parties to control the way a case is developed through its pre-trial stages, but for the court to give directions from the inception of the case until trial.

Under this system there seems to be no reason why, if the court considers that the wrong procedure has been selected it should not, of its own motion if necessary, order

37. In 1994, Lord Woolf, then a judge in the House of Lords, was appointed by the Lord Chancellor to carry out a review of the rules and procedures of the civil courts with a view to improvement in access to justice. His report and recommendations were published in two parts as *Access to Justice: Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Interim Report 1995, Final Report 1996*. Lord Woolf's report forms the basis of the Civil Procedure Rules 1998, which now govern civil procedure.

38. Ante n. 26. The claimant in a judicial review case is required to supply very much more information and also supporting evidence on his claim at this stage than is required for an ordinary action.

39. Formerly, only the latter was possible.

40. CPR 54.5 (1), which states that the claim form must be filed *promptly* and in any event not later than three months after the grounds to make the claim first, arose. The court has a discretionary power in exceptional circumstances to extend this limit: CPR 3.1 (2) (a).

41. CPR 30.5 (2); CPR 54.4.

42. I.e., mandamus, prohibition or certiorai. See ante n. 13.

43. CPR 54.2, 54.3. Judicial review cannot be used to claim damages alone: CPR 54.3 (2).

44. CPR 1.1. Various aspects of this are expanded in CPR 1.2.

the case to continue as if it had been started as an ordinary action[45], or that it should be transferred to the Administrative Court as a case of judicial review[46].

The new procedural rules came into effect only in 1999 and have scarcely had time to prove themselves. However, on the face of things it seems that the worst effects of *O'Reilly* v. *Mackman* have probably been eliminated, but the dichotomy itself survives. It remains to consider some of its more important implications and whether a unified procedure could in practice be instituted[47].

If it is right that the most serious of the problems created by *O'Reilly* v. *Mackman* have been resolved, it may be asked why there should continue to be concern at the survival of the dichotomy. One answer, from a theoretical point of view, lies in the general unity of English law and the absence of a tradition of distinguishing between *public* and *private* law cases: *administrative* cases are civil cases and should be treated as such[48]. From a more practical point of view, the use of a distinct procedural form for *public* law cases provides the special *protection* of the permission requirement and the short time limit to all *public* law cases -including the most trivial- and to no *private* law cases, however significant. It makes no sense to afford special procedural protection to the decision of a Parish Council to change the days on which rubbish is collected in a village and to deny it to the decision of a large *private* corporation with many employees to change the conditions of its pension scheme. It is convenient to look separately at the two elements of the protection.

Permission. It is claimed that the permission requirement is necessary to protect public authorities from frivolous or unfounded challenges. It is true that under the ordinary procedure a claimant needs no permission to proceed, but there are procedures whereby a defendant may apply for a claim against him to be struck out, or alternatively he may apply for summary judgment dismissing the claim without further hearing. The grounds on which this may be done are that the claimant "has no real prospect of succeeding on the claim" -which certainly covers frivolous or unfounded challenges- and that there is no compelling reason why the case should be disposed of at a trial[49]. A successful application on these grounds will bring the action to an end, without more. That is quite sufficient to protect a public authority from baseless challenges. Certainly, under judicial review, it is the claimant who must apply for permission to proceed, whereas under ordinary procedure it is the defendant who must apply to have the claim dismissed. There is no reason, however, why a public authority should have this unique procedural advantage. If it wishes to dispose summarily of proceedings against it, it should be required to take the initiative, like any other litigant.

Short time limit. It cannot denied that the legal validity of some administrative decisions should not be left in doubt by allowing challenges to them to be brought for so long as the limitation period of *private* law has not expired[50]. Once again, however. this does not mean that every administrative decision requires the same protection. The Public Authorities Protection Act 1893, which provided special short periods of limitation for proceedings against public authorities, was repealed in 1954 without

45. CPR 54.20.
46. CPR 30.5 (2).
47. It is not denied that this would require legislation, and, perhaps, primary legislation at that.
48. Ante, text at n.3.
49. CPR 24.2.
50. The normal limitation (prescription) period is 6 years. For judicial review, it is normally 3 months.

causing difficulties[51], and a number of statutes which confer powers on public authorities specify their own periods within which challenges to the exercise of those powers must be brought. Rules such as these relate to particular public authorities or to particular categories of administrative decision, not to all administrative decisions, and are capable of individual adjustment. The legislature can attach to administrative acts and decisions the limitation period that is appropriate to the circumstances; those that need no special protection can be left to the ordinary law.

Standing. An important difference between the judicial review and the ordinary procedure, not already mentioned in this paper is that for the former a claimant must have *standing*. No such requirement is formally recognised for the latter, but, as already stated, in certain circumstances an action can be terminated without trial; in the ordinary procedure this is likely to happen if the claimant fails to state facts sufficient to show that the defendant has infringed a legal right of his own. This has much the same effect as would a dismissal for lack of standing, though English law does not recognise it as such.

The present law of standing for judicial review is directly tied to the permission requirement which provides that permission must not be granted unless the court considers that the applicant has "a sufficient interest in the matter to which the application relates"[52]. This is a flexible formula which has allowed the courts to make judicial review available not only to persons whose interests are affected but who cannot show a legal right of their own, but also to public spirited claimants whose purpose is to vindicate the law.

This was effectively settled by the House of Lords in *R.* v. *Inland Revenue Commissioners ex p National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd*[53]. In that case the Federation claimed by judicial review that the Inland Revenue had illegally favoured one class of taxpayers, in breach of its duty to administer the tax law fairly as between different classes of taxpayer. The House held that the initial permission to proceed had been rightly granted: it would be a "grave lacuna in our system of public law if a pressure group, like the federation, or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of *locus standi* from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped"[54]. At a later stage, however, after consideration of evidence presented by the Inland Revenue, it became clear that what the Revenue had done in the actual circumstances was within its lawful powers. It was finally held that after all, the Federation did not have standing, and the claim was dismissed without more.

There are, it is true, logical difficulties with this decision. Correctly, a decision that a claimant lacks standing is a preliminary decision that should be taken once and for all when the proceedings are started, and not after a consideration of the merits. However, the decision in the *Inland Revenue* case has its advantages. It means that permission to proceed can and should be given at the outset if the court considers that the claim shows "what might on further consideration turn out to be an arguable case in favour of granting the claimant the relief that he claims"[55]. In other words, at the beginning, the

51. Wade 653.
52. Supreme Court Act 1981, s. 31 (3).
53. (1982) A.C. 617.
54. (1982) A.C. at p.644, *per* Lord Diplock.
55. *Ibid.*

permission requirement, combined with standing, excludes only frivolous claims or those that are manifestly unsustainable; if permission is refused the defendant is relieved of offering any evidence in defence. On the other hand, if permission is granted at the earliest stage, the defendant must make some kind of answer to the claim, but if that answer is sufficient to defeat the claim on the merits, the proceedings need not run their full course.

There have been a number of cases in which Government decisions have been brought before the courts for consideration in which no individual rights have been affected. In one striking example a taxpayer was held to be entitled to challenge a Government decision to lay before Parliament a draft Order for the payment of a large sum of public money to the European Community[56].

Again, to take just two more examples, it has been held that the environmental organisation, Greenpeace, had standing to challenge a decision authorising the building of a nuclear power station[57], and that the Equal Opportunities Commission had standing to challenge a Minister's refusal to accept that the U.K. was in breach of European employment law and its consequent refusal to introduce legislation said to be necessary under European law[58].

In the latter case Lord Keith in the House of Lords observed that it would be a "very retrograde step now to hold that the EOC has no *locus standi* to agitate in judicial review proceedings questions related to sex discrimination which are of public importance and affect a large section of the population"[59].

It has been said, following the *Inland Revenue* case, that, in effect, a citizen's action or *actio popularis* is now in principle allowable in suitable cases[60], and, as noted earlier[61], the scope of judicial review is now much wider than it was. It follows that the opportunities for citizens to challenge the acts and decision of governmental and quasi-governmental bodies has been greatly expanded.

This is a healthy and desirable development, and it may well be that it could not have been achieved had *O'Reilly* v. *Mackman* not established the public/private dichotomy and the exclusivity of judicial review in English law.

Nevertheless, it is now suggested, by way of conclusion, that the time has come in England, and perhaps elsewhere, for a fundamental reconsideration of the dichotomy from the point of view of principle and legal policy. In England the dichotomy has taken the form of a separation of the procedures to be used for *public* law and for *private* law cases and the distinction is not deeply rooted in the English legal tradition[62]. In some other countries the dichotomy is deeply rooted and has taken form of a distinction between two judicial orders the *ordre judiciaire* and the *ordre administratif* . In those countries it may be more difficult to eliminate, but at least in England there is, as has been shown, a move away from insistence on its rigid application and what may be a trend towards its elimination.

---

56. *R.* v. *H.M.Treasury, ex p. Smedley* (1985) Q.B. 657. The challenge failed on the merits.
57. *R.* v. *Inspectorate of Pollution, ex parte Greenpeace Ltd. (nº 2)* (1994 4 All E.R. 329).
58. *R.* v. *Secretary of State for Employment, ex p Equal Opportunities Commission* (1995) A.C.1.
59. *Ibid*., at p. 26.
60. Wade, p. 682.
61. Ante, text at n.7.
62. Ante, text at n. 22.

In the ultimate analysis, the policy behind the dichotomy rests on the assumptions -no doubt valid in the past- that Society consists of the State, on the one hand, and of private citizens on the other, and that all significant power rests with the State. It needs no demonstration, however, that these assumptions are no longer valid. The acts and decisions of great corporations and of powerful trade unions are as capable of having wide spread consequences for society as are many, if not most, administrative decisions. It is, therefore, no less important that the legality of those acts and decisions should be open challenge.

In English law, the Attorney-General has standing to bring civil proceedings *in the public interest* and so does a private citizen who obtains permission to use the Attorney-General's name, by way of what is called a *relator action*[63].

However, the Attorney-General's decision whether or not to take action himself or to grant permission is wholly unfettered. It is not a judicial decision. It is subject to control only in Parliament and may be influenced by political -but, theoretically. not by party-political considerations[64].

Otherwise a private citizen may bring ordinary civil proceedings by relying on a private right of his own even though he does so for the ulterior purpose of vindicating the law, but this essentially involves a legal fiction.

A right of the claimant has been infringed and he purports to sue in respect of that, but his claim is brought in a wider interest. So, in *Congreve* v. *Home Office*[65] the Home Office had taken action in relation to the issue of television receiving licences which would have the effect of causing the plaintiff to suffer a very small financial loss (£6, i.e., less than US$10), but the same Home Office action affected very large numbers of other people. The claimant sought a declaration that the action of the Home Office was unlawful, and succeeded[66]. Lord Denning M.R. in the Court of Appeal noted that if the Home Office action was lawful, all those people would suffer and added, "They appeal to this court to help them. Mr. Congreve is their leader. His case is brought to test all of them".

On the other hand, where the claimant is unable to rely on a legal right of his own, however insignificant, his claim will necessarily fail. In *Gouriet* v. *Union of Post Office Workers*[67] the Secretary-General of the Union announced a proposed boycott of all communication with South Africa as a protest against the apartheid regime then in power in that country. The boycott would inevitably have involved post office workers in breaches of the criminal law and probably the Union also. The claimant first tried to get the agreement of the Attorney-General to a relator action and on his refusal, began proceedings in his own name. He could not claim infringement of a legal right of his own, and in the House of Lords his claim was rejected, in substance because only the Attorney-General can bring civil proceedings in the public interest against a *private* person or body, an expression which, unrealistically, includes a large Trade Union.

63. In a relator action the individual actor is essentially *dominus litis* and is responsible for costs, but the Attorney-General retains some control- e.g., over a possible appeal.

64. The Attorney-General is, of course, not only the principal law officer of the Crown, but a member of the Government.

65. (1976) Q.B.629.

66. This was before *O'Reilly* v. *Mackman* was decided and no objection was taken to the use of an ordinary action against a Government Department.

67. (1978) A.C. 435.

In the *Inland Revenue* case, it was made clear by the judges of the House of Lords that the decision in *Gouriet* v. *Union of Post Office Workers* -which had been relied on in argument by the defence- was irrelevant: *Gouriet's* case was concerned with a *private* body, the *Inland Revenue* case with a *public* body, and that distinction was decisive.

This makes little sense, as was essentially recognised by Lord Woolf who was not only concerned to bridge the divide between public law and private law claims[68], but also to enable the courts, in appropriate *private* law cases, such as claims for a declaration, to allow proceedings to continue "if it is in the interests of justice or in the public interest that they should do so"[69].

Implementation of this recommendation would do much to reduce the differences between the ordinary procedure and judicial review. Lord Woolf does not, it is true, go so far as to recommend abolition of the dichotomy, but it is suggested that legislation to achieve that result would not be technically difficult. There would be just one form of procedure, with no requirement that any claimant should seek the court's permission to proceed, whether the claim is against a public authority or not. All claims would, of course, remain subject to the risk of striking out[70].

There would, however, be a new procedure whereby a would be claimant could apply for permission to proceed with his claim if he so wished. In the vast majority of ordinary private claims in which the claimant claimed in respect of infringement of his legal right, there would be no reason for the claimant to seek permission, and no change from the present position.

If, however, the claimant had no private right and brought proceedings in what he saw as the public interest, he could apply for permission, and success in that aplication would remove any risk that the claim might be struck out[71].

The history of the practical use in English law of the public/private dichotomy is extremely short. It has been one of the purposes of this paper to show some of the problems to which that use can give rise.

Fortunately for English law, very soon after its introduction, it was recognised that the dichotomy is alien to English law[72], and now, after little more than 20 years, its impact has been greatly reduced. It may even be that it is already close to elimination. In some other countries such as France, where the dichotomy rests upon a fundamental dogma of the Revolution of 1789[73], it will be much more difficult to remove it from the administration of justice, but, as suggested here, the idea, however deeply entrenched, that litigation involving public authorities calls for different procedures, or even different jurisdictions[74], is ripe for fundamental reconsideration.

---

68. Ante, text at n.38.
69. Final Report p. 255.
70. Ante, text at n.49.
71. This suggestion is described more fully in JOLOWICZ, "Civil Proceedings in the Public Interest", *Cambrian Law Review* 32, 1982, pp. 46-48. See also JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, 2000, pp. 173-174.
72. Ante, text at n. 22.
73. Law of 16 and 24 August 1790.
74. As long ago a 1971, a leading French authority -Président Marc Ancel- regarded the French division of the court system into ordinary and administrative courts as *unfortunat* CAPPELLETTI and TALLON (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, 1973, p. 786.

In modern society the power of many so-called *private* institutions rivals that of many public authorities, and not infrequently surpasses it. The exercise of power by either category calls for the same judicial control in the same jurisdiction and in accordance with the same principles of substantive law.

ÍNDICE GENERAL

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD

ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ

I. CENTRANDO EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO 1311

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA: ALGUNAS OBSERVACIONES PREVIAS 1312

1. *Éxito y crisis del Derecho administrativo* 1312
2. *La evolución del concepto de Administración pública: de la claridad de lo público a la imitación de lo privado para llegar a la complejidad de lo público-privado* 1314
3. *La interrelación público-privado: la irrupción de la cultura managerial en lo público versus la responsabilidad público-social de las organizaciones privadas* 1315
   - A. *Gestión pública y Derecho administrativo* 1315
   - B. *La olvidada responsabilidad social de las organizaciones privadas* 1317

III. LA IMBRICACIÓN DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO A TRAVÉS DEL DERECHO 1318

1. *Los principios de buena gestión económica en la Administración pública* 1318
2. *La economía, eficacia y efectividad desde el punto de vista del Derecho* 1319
3. *Otros principios complementarios: hacia un compromiso* 1320

IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS: LA GOBERNANZA Y EL DERECHO 1321

1. *En busca de una definición de Gobernanza* 1321
2. *De la relación entre Gobernanza y Derecho: la participación de sujetos privados como marca de presentación* 1323

V. EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1325
1. *De obstáculo a facilitador y garante* 1325
2. *El Derecho como instrumento generador de confianza hacia lo público* 1326
VI. FINALMENTE ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU DERECHO? 1327
1. *Hacia una nueva concepción del Derecho administrativo: El Derecho como marco y como instrumento* 1327
2. *El Derecho como instrumento* 1330
A. *¿Por qué una norma de calidad adecuada no resulta aplicada en la práctica? El problema de las capacidades administrativas* 1330
B. *El rendimiento de las normas: garantías procedimentales como indicadores de resultados* 1331

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

I. APARICIÓN Y FRACASO DE LA IDEA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN 1886-1905 1335
II. CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN. EL PRIMER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1910-1941 1337
III. EL SEGUNDO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1941-1964 1341
IV. AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1964-1984 1343
V. EL TERCER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1984-1991 1346
VI. A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 1350
VII. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES 1353

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1359
II. LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO 1359
III. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA 1360
IV. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA 1360
V. LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO 1361
VI. CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1362
VII. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1363
VIII. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL 1364

IX. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL 1364
X. ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA 1366
XI. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 1367
XII. EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 1368
XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 1370
XIV. A MANERA DE EPÍLOGO 1371
BIBLIOGRAFÍA 1371

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS

I. LA POSICIÓN GENERAL DEL CIUDADANO ANTE LOS PODERES PÚBLICOS 1373
II. CIUDADANO Y ADMINISTRADO 1377
III. EL ESTATUTO ORDINARIO DE LOS CIUDADANOS 1379
BIBLIOGRAFÍA 1382

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LUBÍN AGUIRRE

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA 1384
II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD 1385
III. LA CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 1386
IV. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* 1388
V. EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS 1389
VI. GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA 1389
BIBLIOGRAFÍA 1392

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ

I. INTRODUCCIÓN 1393
II. LA GESTIÓN PÚBLICA POR RESULTADOS EN EL NUEVO ORDEN LEGISLATIVO VENEZOLANO 1394
1. *Sujeción a Planes, Objetivos y Compromisos de Gestión* 1395
A. *Los Compromisos de Gestión* 1396
2. *El Seguimiento de las Actividades* 1398
3. *La Evaluación* 1399
4. *Control del Desempeño Institucional y de los Resultados Alcanzados* 1400
III. CONCLUSIONES 1401

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

RICARDO HOYOS DUQUE

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN 1403
1. *La delegación de funciones presidenciales* 1404
2. *Las competencias del Presidente de la República en materia de Servicios Públicos Domiciliarios* 1405
II. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN 1406
1. *La Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994* 1406
2. *La ley 142 de 1994* 1406
3. *La jurisprudencia del Consejo de Estado* 1407
4. *La posición de la Corte Constitucional* 1411
III. CONCLUSIONES 1419

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA

JAIME VIDAL PERDOMO

I. INTRODUCCIÓN 1421
II. PRINCIPALES ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS QUE SE DEFINEN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL 1422
1. *La definición de la forma política-administrativa del Estado y su sistema de gobierno* 1423
A. *El régimen parlamentario en España* 1423
B. *La naturaleza del régimen presidencial* 1423
C. *La potestad reglamentaria* 1424
D. *El Consejo de Ministros* 1425

2. *La determinación de la estructura de la administración pública* 1426
3. *Principios constitucionales de organización y funcionamiento administrativos* 1426
A. *Principios sobre la intervención de la ley en la organización administrativa principal* 1426
B. *La intervención complementaria del Presidente de la República* 1427
C. *La organización ministerial en Venezuela* 1428
D. *Algunos otros mecanismos constitucionales* 1429
III. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 489 DE 1998 1429
1. *Introducción relativa a la reforma administrativa de 1968* 1429
2. *Los principales rasgos teóricos de la ley 489 de 1998* 1430
A. *Funciones según el título de la ley* 1430
B. *El alcance de la ley según los artículos 1º y 2º* 1431
C. *Visión de los principales aspectos de la ley* 1431
D. *La descripción general del contenido de la ley 1429* 1431
IV. ALGUNAS REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CONCLUSIONES 1432
1. *La legislación española de los últimos tiempos* 1433
2. *Ciertas conclusiones* 1433

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

ALFONSO PÉREZ MORENO

I. INTRODUCCIÓN 1435
II. CUESTIONES PREVIAS 1435
III. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS 1437
IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ARCHIVOS LA INTERPERTACIÓN DE LA LEY ANDALUZA 1438
V. CONTRADICCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA 1439
VI. LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LAS RELACIONES COMPETENCIALES 1440
1. *Un cambio de perspectiva: el ciudadano común como criterio predominante en la ordenación de la cooperación entre los entes públicos. El sistema de administraciones públicas* 1440
2. *La significación del principio de cooperación y su articulación técnica* 1441
3. *El principio de subsidiariedad como expresión de la cooperación* 1443
4. *El sistema de autonomías integradas, factor determinante de la cooperación* 1443

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

I. IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA 1445
II. CONTENIDO GENERAL DE LA NORMATIVA 1447
III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 1449
IV. MOTIVACIONES QUE DETERMINARON LA DEROGATORIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA POR EL MISMO CREADO 1457
1. *Su inidoneidad para cumplir con los fines propuestos* 1457
2. *Su incapacidad de atender a los cambios* 1458
V. OBJETIVOS DEL DECRETO DE REFORMA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA 1458
VI. NOVEDADES RELEVANTES DEL DECRETO LEY 1458
VII. ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA 1459
VIII. LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN 1459
1. *Organizador del sistema de función pública* 1460
2. *Órgano de control de otros órganos y entes de la Administración Pública* 1460
3. *Como órgano de asesoría* 1460
4. *Como órgano de enlace de los sindicatos* 1460
5. *En materia de reducción de personal es de su competencia* 1461
6. *En materia de formación debe:* 1461
IX. LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS 1461
X. LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS 1465
1. *Derechos funcionales* 1465
2. *Los derechos de naturaleza económica* 1465
3. *Derecho a la sindicalización* 1468
4. *Derecho a la negociación colectiva* 1468
5. *El derecho al procedimiento conflictivo* 1469
6. *Derecho de huelga* 1470
XI. DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 1471
XII. PROHIBICIONES 1472
1. *Con relación a la celebración de contratos* 1472
2. *Con relación a la actividad política* 1472
3. *Con relación a los gobiernos extranjeros* 1473
4. *Con relación a las acciones u omisiones limitativas de las actuaciones públicas* 1473
XIII. INCOMPATIBILIDADES 1473
XIV. DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL 1473
XV. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA 1480

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MANUEL RODRÍGUEZ COSTA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS 1483
II. EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO 1484
1. *El derecho de acceso en Estados Unidos* 1484
2. *El derecho de acceso en Francia* 1486
3. *El derecho de acceso en Italia* 1488
4. *El derecho de acceso en España* 1490
III. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA 1493
IV. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 1494
V. EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 1496
VI. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS 1497
VII. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO 1498
1. *Ámbito de aplicación subjetivo* 1498
2. *Ámbito de aplicación objetivo* 1498
VIII. MATERIAS EXCLUIDAS DEL DERECHO DE ACCESO 1500
IX. ADMISIBILIDAD DE DECLARAR RESERVADAS PARTES DEL EXPEDIENTE 1502
X. DISPOSICIONES EN LEYES ESPECIALES 1503
BIBLIOGRAFÍA 1505

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE

PIERRE DELVOLVÉ

I. LES ASPECTS ANTERIEURS AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES 1522
1. *Les aspects collectifs* 1522
2. *Les aspects individuels* 1525

II. LES ASPECTS PROPRES AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES 1527
1. *L'adoption des décisions* 1527
2. *Le retrait des décisions* 1531

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (*NON REFORMATIO IN PEIUS*) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

LUIS FRAGA PITTALUGA

I. INTRODUCCIÓN 1535
II. LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* EN EL ÁMBITO PROCESAL 1536
III. LA *NON REFORMATI PEIUS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO 1541
IV. BREVE APUNTE SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO 1544
1. *Derecho a la defensa o a ser oído* 1546
2. *Derecho a promover y evacuar pruebas* 1546
3. *Interdicción de las pruebas ilegítimas* 1547
4. *Derecho a la formación del expediente administrativo y de acceder al mismo* 1547
5. *Derecho a la notificación* 1548
6. *Derecho a la motivación* 1549
7. *Derecho al doble grado de instancia* 1550
8. *Derecho a ser presumido inocente* 1552
9. *Derecho a no autoinculparse* 1553
V. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POTESTAD REVISORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO 1553
VI. APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO 1555
1. *Perfiles fundamentales de las tesis que rechazan la admisibilidad de la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo* 1556
2. *Perfiles fundamentales de las tesis que admiten la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo* 1558
3. *Nuestra posición* 1559
A. *Derechos y garantías constitucionales que impiden la reformatio in peius* 1559
(a) *El derecho a la defensa* 1559
(b) *El derecho a la notificación e información de cargos* 1561
(c) *El derecho a la prueba* 1561
(d) *El derecho al doble grado de instancia* 1563
B. *El derecho a no autoinculparse* 1563

C. *Normas legales que impiden la reformatio in peius* 1564
(a) *La irretroactividad de los nuevos criterios administrativos* 1564
(b) *La irevocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos o intereses legítimos* 1568
D. *Principios del Derecho Administrativo Formal que impiden la reformatio in peius* 1569
(a) *El principio de la buena fe* 1569
(b) *El principio de venire contra factum proprium non valet* 1570
(c) *El principio de la confianza legítima* 1572

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO

ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

I. PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL TEMA OBJETO DE EXAMEN 1575
II. LOS PRINCIPIOS REGULADORES, TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN SEDE INTERNA ADMINISTRATIVA AGRARIA 1579
1. *Enunciado de principios rectores* 1579
2. *Procedimientos en torno al Régimen de uso de aguas con fines agrarios* 1582
3. *En torno al Registro Agrario* 1583
4. *Procedimiento de Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas* 1584
5. *Certificación de Fincas productivas (Art. 44 a 51)* 1587
6. *Procedimiento de otorgamiento del Certificado de Finca Mejorable* 1588
7. *Primacía del interés social y público en la protección del fin agroalimentario* 1590
8. *Procedimiento para la Adjudicación de Tierras* 1591
9. *Procedimiento de rescate de las tierras* 1593
10. *Pronunciamientos complementarios en casos de rescate* 1598
III. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO 1599
1. *Principios rectores en el contencioso agrario* 1599
2. *Regulaciones propias del Contencioso Administrativo agrario* 1601
A. *Competencia* 1601
B. *Materia abarcada por la competencia especial* 1602
3. *El trámite procesal propiamente dicho* 1602
A. *Ley procesal aplicable* 1603
B. *Forma para interponer los recursos y/o acciones contra entes públicos agrarios* 1603
C. *Admisión o inadmisión (Art. 174, 176, 178 y 179):* 1604
D. *Emplazamiento* 1605

E. *Pruebas* 1605
F. *Informes, sentencia y apelación: (Arts. 188 al 190 LTDA)* 1606
G. *Trámite de la Segunda Instancia: (Art. 191 al 193 LTDA)* 1606
IV. POTESTAD CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1607
V. OBSERVACIONES FINALES 1608

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD

BLANCA LOZANO CUTANDA

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONSIDERACIÓN TRADICIONAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROCEDER A SANCIONAR, POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO Y PROBLEMAS QUE COMPORTA 1611
II. LA OFICIALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA COMO NECESARIA CONSECUENCIA DE LA APLICACACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y LA EVOLUCIÓN SUFRIDA EN ESTE SENTIDO POR OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS 1620
III. EL RECONOCIMIENTO AL DENUNCIANTE DE LA CONDICIÓN DEINTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CUANDO SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES LEGÍTIMOS Y LA NECESARIA INTRODUCCIÓN EN AQUELLOS ÁMBITOS EN LOS QUE SE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DEDICADAS A SU DEFENSA 1624
1. *Superación de la negación tradicional de legitimación procedimental al denunciante cuando éste es titular de derechos o intereses legítimos. Su reconocimiento por la jurisprudencia y la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco* 1625
2. *El necesario reconocimiento de la acción pública y de la consiguiente legitimación en todo caso del denunciante cuando está en juego la defensa de derechos o intereses colectivos. El caso, especialmente significativo de la protección del medio ambiente* 1630
3. *La legitimación de las Asociaciones representativas de intereses económicos y sociales para la defensa de los intereses colectivos. Insuficiente reconocimiento legal y posibilidad de una interpretación amplia por la jurisprudencia de la condición de "interesado"* 1639
4. *Garantías necesarias para evitar denuncias infundadas o abusivas* 1641

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

CATERINA BALASSO

I. INTRODUCCIÓN 1643
II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA 1647
1. *Inicio* 1648
2. *Sustanciación* 1654
3. *Terminación* 1659

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY

I. INTRODUCCIÓN 1663
II. DE LOS ARGUMENTOS Y EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO 1664
III. DE LA INTERPRETACIÓN Y LA REVISIÓN 1666
IV. DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL 1671
V. ALCANCE DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 1671
VI. RESPECTO A LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA 1672
VII. PLANTEAMIENTOS DE LA DECISIÓN OBJETO DE ANÁLISIS 1672
VIII. DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN 1676
IX. DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES JUDICIALES TENDENTES A LA EJECUCIÓN DEL ACTO 1678
X. CONCLUSIONES 1685
BIBLIOGRAFÍA 1687

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO

FRANCK MODERNE

I. ANÁLISIS DE LA TÉCNICA JURÍDICA DE VALIDACIÓN LEGISLATIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS 1691
1. *La configuración global de la validación legislativa* 1691
2. *Las categorías de actos administrativos susceptible de validación legislativa* 1694

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS 1696
1. *El control de constitucionalidad* 1696
2. *El control de convencionalidad* 1700

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES

JUAN DE STEFANO

I. LAS RENUNCIAS Y LAS DISPENSAS 1705
II. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y EXENCIÓN 1706
III. EJEMPLO DE EXENCIÓN EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DEL 05-10-1999 Y EN LAS LEYES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL 22-12-1999, DEL 13-11-2001 Y DEL 28-12-2001 1706
IV. EJEMPLOS DE DISPENSA EN LA CITADA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES 1708
V. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y AUTORIZACIÓN 1708
VI. EL JURISTA H. FRÁGOLA SOSTIENE QUE LA DISPENSA NO SE DEBE CONFUNDIR CON LA CONCESIÓN, NI CON LA AUTORIZACIÓN. ÉL TOMA POR EJEMPLO LA APERTURA DE UNA CASA PARA JUEGO DE AZAR, Y DEMUESTRA QUE EL PROVEIMIENTO PERTINENTE ES LA DISPENSA 1709
VII. PERTENENCIA AL ESTADO DE LAS ARMAS DE GUERRA, SEGÚN EL ART. 133-CONSTITUCIÓN DE 1961, Y SEGÚN EL ART. 324 CONSTITUCIÓN 1999. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE POR LA TRANSGRESIÓN EN MATERIA DE ARMAS (ARTS. 273, 275, 277 Y 279) 1710
VIII. LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE 1939 Y LOS CASOS DE EXENCIÓN Y DISPENSA EN EL USO DE LAS ARMAS POR PARTE DE LOS MILITARES, POLICÍAS Y CIVILES 1711
IX. LAS AUTORIZACIONES EN SUS TIPOS DE LICENCIA Y PERMISO EN LA LEY DE CAZA Y EN LA LEY DE PESCA Y ACUICULTURA DEL DERECHO VENEZOLANO: 1) LA LEY DE CAZA DEL 15-08-1944 Y LA LEY DE PROTECCIÓN A LA FAUNA SILVESTRE DE AGOSTO DE 1970 1712
BIBLIOGRAFÍA 1713

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

DANIEL FERNANDO SORIA

I. INTRODUCCIÓN 1715
II. APORTES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA 1717
1. *Esquema de distinción* 1717
A. *Caducidad del acto administrativo y caducidad del procedimiento administrativo* 1717
B. *Caducidad de la pretensión procesal administrativa* 1717
C. *Caducidad y condición resolutoria* 1718

D. *Caducidad y renuncia* ... 1718
E. *Caducidad y revocación* ... 1718
F. *Caducidad y anulación* ... 1719
G. *Caducidad y retiro* ... 1719
H. *Caducidad y rescate* ... 1719
I. *Caducidad y rescisión o resolución* ... 1720
J. *La cuestión frente a otros modos de extinción de vínculos jurídicos* ... 1721
2. *Notas salientes de la figura* ... 1721
III. LA CADUCIDAD Y ALGUNAS REGULACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES ... 1722
IV. BREVES APUNTES COMPARADOS ... 1723
V. VISUALIZACIÓN DE LA CADUCIDAD Y DE FORMAS AFINES DE EXTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ALGUNAS REGULACIONES SECTORIALES ... 1727
1. *Medidas extintivas -de caducidad- en regímenes de fomento* ... 1727
2. *Medidas extintivas en materia de concesiones de uso de bienes del dominio estatal* ... 1730
3. *Medidas extintivas de licencias o actos autorizativos en materia ambiental, urbanística y de edificación* ... 1732
4. *Figuras equivalentes bajo otras calificaciones jurídicas* ... 1733
5. *Servicios Públicos y actividades de Interés Público* ... 1736
VI. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD ... 1738
1. *Subjetivos* ... 1738
2. *Objetivos* ... 1739
3. *De Procedimiento* ... 1742
VII. APUNTES COMPLEMENTARIOS ... 1744
1. *Concurrencia de causales de revocación y de caducidad* ... 1744
2. *Efectos de la caducidad* ... 1745
VIII. CONCLUSIONES ... 1746

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

I. INTRODUCCIÓN ... 1749
II. LA CONFIGURACIÓN INICIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EN EL ESTADO LIBERAL, COMO UN CONTRATO PRIVADO CON MODULACIONES ... 1750
1. *Obra pública y propiedad privada* ... 1750
2. *Obra pública y libertad de empresa: planificación pública e iniciativa privada* ... 1751

3. *La selección del contratista y el principio de igualdad* 1751
4. *Contrato de obra pública e interés general: el modelo de contrato privado y el modelo del acto administrativo* 1752
5. *La posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos* 1754
III. LA SUSTANTIVACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO 1755
IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL DERECHO COMUNITARIO 1757
1. *El cumplimiento de los criterios de convergencia* 1758
2. *La gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil* 1758
A. *La posición en menos en orden a la selección de la otra parte contractual* 1759
B. *La posición en más en las fases de ejecución y cumplimiento del contrato* 1760
C. *El sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa* 1761
D. *Regulación por Ley* 1762
V. APLICACIÓN POR EL ESTADO DEL MODELO DE GESTIÓN DIRECTA DE LA OBRA PÚBLICA POR MEDIO DE UNA SOCIEDAD ESTATAL DE CARÁCTER MERCANTIL 1762
VI. CONCLUSIONES 1763

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?

JESÚS CABALLERO ORTIZ

I. LAS CONTRADICCIONES QUE PRESENTAN LAS TESIS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO 1765
II. PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA CALIFICAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO 1767
1. *Los criterios manejados en su país de origen* 1767
2. *La amplia e incongruente caracterización del contrato administrativo en Venezuela* 1769
III. LA INNECESARIA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN BASE A UN RÉGIMEN ESPECIAL 1771
1. *El régimen jurídico sustantivo o sistema de prerrogativas no justifica la categoría* 1771
2. *La manera equívoca como fue incorporado el contrato administrativo en la legislación procesal administrativa* 1773
A. *Una disposición aislada* 1773
B. *La norma competencial* 1774
(a) *La tradición constitucional y legislativa* 1774
(b) *El surgimiento de la norma competencial* 1775
IV. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE 1776
V. CONCLUSIÓN 1777

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

LUIS CORSI

I. INTRODUCCIÓN 1779
1. *Referencia a la Cláusula* 1782
2. *La Cláusula rebus sic stantibus en el Código Civil* 1783
3. *La Cláusula en la jurisprudencia venezolana* 1785
II. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 1787
1. *Precisiones terminológicas* 1787
2. *Situaciones de imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico* 1788
3. *Condiciones de existencia de la imprevisión: requisito para que proceda* 1789
4. *Los poderes exorbitantes de la Administración en el contrato administrativo: La buena fe y la equidad como fundamento del riesgo imprevisible* 1791
III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA 1793
1. *Revisión del contrato* 1794
2. *Suspensión del contrato* 1795
3. *Resolución del contrato* 1795
4. *Imprevisión y fuerza mayor* 1796
5. *La teoría de la imprevisión y las exigencias del fin público o interés general propio del contrato administrativo* 1799
6. *Significado y alcance de la indemnización* 1799
7. *El sistema expuesto y su valoración crítica* 1800

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

I. LAS ACTIVIDADES NEGOCIADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO 1803
II. LA POSIBILIDAD DE CONVENIR CON LOS PARTICULARES 1808
1. *Manifestaciones principales de los acuerdos procedimentales* 1808
2. *Selección de un ejemplo: los convenios urbanísticos; la influencia de los intereses privados en materia urbanística (la "privatización" del urbanismo)* 1810
III. TRANSACCIONES 1814
1. *Transacción extraprocesal* 1814
2. *Transacción judicial o conciliación* 1817

IV. LOS ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS 1818
1. *Presente y futuro del arbitraje en el Derecho administrativo* 1818
2. *Un ejemplo de regulación de los arbitrajes: el Derecho de Costa Rica*..... 1824
3. *El éxito del arbitraje administrativo en el ámbito del comercio internacional*..... 1827

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO

I. INTRODUCCIÓN..... 1831
1. *Los procedimientos de selección del contratista* 1831
2. *Los "pliegos de bases y condiciones"*..... 1832
II. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN 1833
1. *Objeto de la licitación y objeto del contrato; sus variables* 1833
2. *Determinación del objeto en los pliegos de condiciones*..... 1834
3. *Límites de la determinación del objeto en el pliego de condiciones*..... 1834
4. *Determinación del objeto en las ofertas*..... 1836
5. *Adecuación de las ofertas al pliego de condiciones* 1837
6. *Determinación del objeto del contrato en el acto de adjudicación* 1839
7. *Determinación del objeto del contrato con posterioridad al acto de adjudicación*..... 1841
III. UN CASO PARTICULAR DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO: LA CONTRATACIÓN SOBRE MUESTRA 1842
1. *Planteamiento preliminar*..... 1842
2. *Interpretación del pliego* 1842
3. *Aplicación del pliego*..... 1843
4. *Criterio de igualdad o identidad con la muestra*..... 1843
IV. CONCLUSIÓN 1843
1. *Importancia del control jurisdiccional de la determinación del objeto*..... 1843

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

JOSÉ RAMÓN PARADA

I. LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO..... 1845
1. *De la creación de los servicios públicos a su privatización*..... 1845
2. *El equivalente norteamericano del servicio público. El régimen de las public utilities*..... 1848
3. *Los servicios compartidos entre la gestión pública y la privada*..... 1849
4. *Servicios públicos y tercer sector*..... 1850

II. LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y LA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN 1852
III. EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL. PRINCIPIOS GENERALES 1854
IV. LA RELACION DE PRESTACIÓN EL ESTATUS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 1855
1. *Admisión del servicio* 1855
2. *Derechos y deberes de los usuarios. La contraprestación económica del servicio. Tasas, precios públicos y tarifas* 1856
3. *Relación de prestación y garantía judicial* 1857
V. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 1858
VI. EL MODELO EUROPEO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS 1859
1. *Electricidad* 1860
2. *Servicio Postal* 1862
3. *Hidrocarburos* 1863
4. *Gas* 1864
5. *Telecomunicaciones* 1864
VII. LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O ACTIVIDADES PRIVADAS REGLAMENTADAS 1867
BIBLIOGRAFÍA 1868

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

I. INTRODUCCIÓN 1881
II. LAS TENTATIVAS PARA CONSOLIDAR EL SERVICIO PÚBLICO COMO FUNCIÓN TÍPICA ADMINISTRATIVA. LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS SERVICIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL 1882
1. *Los servicios públicos como expresión del interés general* 1882
2. *Las razones históricas para el compromiso entre Estado y servicios públicos. La teoría de los servicios públicos* 1886
3. *El concepto jurídico de servicios públicos como función administrativa* 1889
4. *La crisis del concepto jurídico clásico de los servicios públicos como función administrativa* 1890

5. *La concepción de los servicios públicos en Colombia. La prestación y el régimen jurídico. Evolución hasta su consolidación como una función administrativa* 1892

III. LA REACCIÓN NEOLIBERAL. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO FENÓMENOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO. REGLAS Y PRINCIPIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL 1899

1. *Servicios públicos y mercado. El abandono a la concepción del servicio como función pública administrativa* 1899
2. *Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos* 1903
   - A. *Libertad de Entrada* 1905
   - B. *Libertad de Acceso al Mercado* 1906
   - C. *Libertad de Contratación* 1908
   - D. *Libertad de Inversión* 1910
   - E. *Servicio Público Universal* 1910
   - F. *El sistema en sus desarrollos nacionales se concreta en los servicios públicos domiciliarios dirigidos a la atención del interés general sobre usuarios finales* 1911
   - G. *Órganos Autónomos Reguladores* 1914
3. *El Derecho Privado como la Base Jurídica del Nuevo Sistema. El Derecho Público como Regla de Excepción* 1918
   - A. *La Situación Actual del Problema* 1918
   - B. *Una Propuesta de Solución en Derecho y Armoniosa al Conflicto* 1919
   - C. *El Dilema de lo Público y de lo Privado* 1921
   - D. *Preservación de los principios de legalidad para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases* 1923
   - E. *El Derecho aplicable a los contratos y a los actos unilaterales en servicios públicos. Galimatías e inseguridad* 1925
   - F. *Régimen jurídico disciplinario especial para el ejercicio excepcional de funciones administrativas en servicios públicos* 1932

IV. LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL 1933

1. *La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991* 1933
2. *La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público* 1935
   - A. *La libertad, el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal* 1936

B. *Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado* 1938
C. *Los Monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional* 1942
D. *El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis. Alcance de los artículos 365 a 369 constitucionales* 1944
3. *La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos* 1949
4. *Políticas generales de administración y el régimen de control, inspección y vigilancia. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Alcance el artículo 370 constitucional* 1950
V. CONCLUSIONES 1951
BIBLIOGRAFÍA 1953

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000,N,328 IN ARRESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIAL LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA

ONORATO SEPE

I. DALLE NORME CRISPINE DEL 1890 ALLA LEGGE QUADRO PER I SERVIZI SOCIALI. INTERVENTI NORMATIVI ANTERIORI ALLA COSTITUZIONE 1957
II. DIFFICOLTA INCONTRATE NELL'ATTUAZIONE DI QUANTO PREVISTO DALL'ART.38 1958
III. GLI STUDI CONDOTTI DA CASSESE E BASSANINI E LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE ONOFRI: I PRINCIPI GENERALI CONTENUTI NELLA LEGGE QUADRO 1959
IV. GLI ADEMPIMENTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI PREVISTI PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE QUADRO 1960
V. SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE DEVONO COOPERARE PER L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI ENUNCIATI DALLA LEGGE QUADRO INEAMENTI GENERALI DELLA NUOVA DISCIPLINA 1962
VI. LA LEGGE QUADRO COME ATTRIBUZIONE DI UN COMPITO DI PARTECIPAZIONE ATTIVA DEI CITTADINI ALL'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO 1963
VII. IL CARATTERE DI UNIVERSALITÀ DEL SISTEMA INTEGRATO DI SERVIZI SOCIALI 1963
VIII. LA PROGRAMMAZIONE DEGLI INTERVENTI E L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ 1964
IX. I PIANI COMUNALI DI ZONA 1965
X. IL SISTEMA INFORMATIVO INTESO A FORNIRE CONOSCENZA DEI SERVIZI OFFERTI. 1965

XI. LA PREVISIONE DI INDAGINI SULLA C.D. ESCLUSIONE SOCIALE 1966
XII. IMPORTANZA DELLA NUOVA LEGGE QUADRO NELLA TRASFORMAZIONE E RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMPLESSIVO 1966

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

I. INTRODUCCIÓN 1969
II. CARACTERÍSTICAS 1969
III. FUNCIONES 1970
IV. NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO 1970
1. *Elemento orgánico: la titularidad pública (o exclusividad regaliana)* 1970
2. *Elemento material: el interés público* 1971
3. *Elemento formal: el régimen jurídico exorbitante* 1971
V. PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA 1972
VI. SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL 1973
1. *Introducción* 1973
2. *Concepto* 1974
3. *Régimen jurídico* 1974
4. *Obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público* 1975
A. *Servicio Universal* 1975
B. *Otras obligaciones o cargas jurídicas* 1976
VII. CONCLUSIÓN 1977

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

JUAN GARRIDO ROVIRA

I. INTRODUCCIÓN 1979
II. LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO MATERIA DE INTERÉS Y COMPETENCIA NACIONALES 1980
III. LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO 1982
IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO 1984
V. ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO 1989
1. *Fuentes normativas* 1989
2. *El servicio eléctrico* 1989
3. *La separación de actividades* 1991
4. *La libre competencia relativa y el libre acceso* 1992
5. *Otros aspectos administrativos* 1993
VI. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO ENTE REGULADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO 1995

1. *Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica* 1996
2. *Principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica* 1997
3. *Normas legales sobre el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión*..... 1998

VII. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA 1999
1. *La competencia de regulación* 2000
2. *Las funciones de fiscalización y de supervisión* 2005
3. *Las funciones de Control*..... 2006

VIII. CONCLUSIONES..... 2011

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VoIP EN VENEZUELA

DANIEL OQUENDO

I. INTRODUCCIÓN..... 2015
II. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y VENTAJAS DE VoIP 2018
III. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP 2019
IV. EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP 2021
1. *Utilizando únicamente Internet*..... 2021
2. *Utilizando únicamente una Red Privada de Telecomunicaciones*..... 2021
3. *Utilizando una red de conmutación de paquetes y una red de conmutación de circuitos y el recurso de numeración*..... 2022
V. CONCLUSIÓN 2023

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RAINER LORENZO

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, VERSUS LA DESLEGALIZACIÓN..... 2025
II. LA DESLEGALIZACIÓN EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES 2028
1. *Deslegalización y limitaciones a la libertad económica* 2029
2. *Deslegalización en materia tributaria*..... 2031
3. *Consecuencias jurídicas de la deslegalización de la libertad económica en materia de telecomunicaciones*..... 2032

BIBLIOGRAFÍA..... 2033

§ 90. LA DENOMINADA *DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO* POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

FRANCISCO HUNG VAILLANT

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA 2035

II. ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DE LAS CUALES SE PRETENDE DEDUCIR LA PERMISIBILIDAD DE HACER EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA 2039

1. *La Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor* 2040
2. *La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras* 2040
3. *La Ley de Mercado de Capitales* 2043
4. *La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* 2044
5. *La Ley de Impuesto Sobre la Renta* 2046
6. *El Código Orgánico Tributario* 2047
7. *El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo* 2048
8. *Ciertas disposiciones referentes a la Quiebra contenidas en el Código de Comercio* 2049

III. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES 2049

1. *La sentencia de la Sala Especial Tributaria de la extinta CSJ, de fecha 3 de febrero de 1999* 2049
2. *La sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 2053
3. *La sentencia de fecha 18 de abril de 2001 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 2055
4. *La sentencia de fecha 3 de marzo de 1994 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas* 2057

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN 2059

BIBLIOGRAFÍA 2062

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

FEDERICO E. LEÁÑEZ A.

I. CONSIDERACIONES GENERALES 2065

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2067

III. PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROHIBICIÓN GENERAL) 2068

IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS O PROHIBICIONES PARTICULARES. REFERENCIA ESPECIAL A LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS 2070

V. LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LA PROHIBICIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA 2075
VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA PROHIBIDA 2077
VII. POSIBILIDAD DE EVALUACIÓN PREVIA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA 2078

§ 92. EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

I. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN Y LA PRIMERA VERSIÓN DEL *CORRALITO* 2081
II. LA REACCIÓN POPULAR 2082
III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS 2083
IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS 2085
V. LA MISIÓN DEL PODER JUDICIAL Y EL CASO SMITH 2085
VI. LA LEY DE EMERGENCIA Nº 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD 2089
VII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 214 DEL PEN Y LA SEGUNDA VERSIÓN DEL *CORRALITO* 2092
VIII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 320 2094
IX. LA LEY Nº 25.787 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD 2096
X. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO 2098
XI. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 1326 2100
XII. REFLEXIONES FINALES 2104

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

FABIO ROVERSI MONACO

I. PREMESSE STORICHE 2107
1. *L'origine* 2107
2. *La successiva evoluzione* 2108
3. *La trasformazione* 2109
4. *Sintesi* 2111
II. UNA STORIA LUNGA E GLORIOSA 2111
III. L'INVERSIONE DI TENDENZA VERSO LA PRIVATIZZAZIONE 2113
IV. LA COMPETENZA DELLE REGIONI 2115
V. DUE DIVERSE TIPOLOGIE 2116

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE

I. ANTECEDENTES 2119
II. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO 2126
III. CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS SOBRE PERSONAS NATURALES QUE NO EJERCEN ACTIVIDADES ASEGURADORAS NI ACTIVIDADES CONEXAS 2135
IV. EXTRACCIÓN A DISTANCIA Y SIN CONTROL DE INFORMACIÓN TOMADA DE LOS SISTEMAS DE COMPUTACIÓN 2143
V. ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS RELATIVAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ASEGURADORAS Y SUS CLIENTES 2145
VI. APROBACIÓN PREVIA DE LAS PÓLIZAS, AVISOS DE SINIESTRO, FINIQUITOS Y OTROS ELEMENTOS 2147
VII. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE ORDENAR SUSPENDER O REVERTIR OPERACIONES 2151
VIII. INTERVENCIÓN DE LA CASA MATRIZ O DE OTRAS SOCIEDADES RELACIONADAS CON LA EMPRESA EN DIFICULTADES 2152
IX. DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS 2153
X. INHABILITACIONES CUESTIONABLES 2156
XI. CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS 2159
XII. INCREMENTO DE CAPITALES MÍNIMOS 2160
XIII. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA OPERAR 2163
XIV. OBJETO SOCIAL ÚNICO, LISTA DE ACTIVIDADES PERMITIDAS, NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PARA ACTIVIDADES CONEXAS Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES NO CONEXAS 2166
XV. CONFUSIÓN ENTRE EL PAPEL DEL INVERSIONISTA Y EL PAPEL DEL ADMINISTRADOR 2170
XVI. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE QUIENES TENGAN A SU CARGO LA DIRECCIÓN EFECTIVA Y LA GESTIÓN DIARIA 2173
XVII. RESTRICCIONES INNECESARIAS EN LA INVERSIÓN DE BIENES NO APTOS PARA REPRESENTAR LAS RESERVAS TÉCNICAS 2178
XVIII. INSUFICIENCIA DE LAS RESERVAS TÉCNICAS 2179
XIX. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES REPRESENTATIVOS DE LAS RESERVAS TÉCNICAS 2181
XX. LOS AUDITORES EXTERNOS 2182
XXI. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE CREAR APARTADOS GENÉRICOS O ESPECIALES 2183
XXII. DISOLUCIÓN POR INACTIVIDAD DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS 2184
XXIII. PÉRDIDAS PATRIMONIALES 2184

XXIV. CUENTA ESPECIAL PARA LAS PRIMAS 2185
XXV. LIMITACIONES AL PRODUCTOR DE SEGUROS QUE CEDE SU CARTERA 2186
XXVI. ARBITRAJE 2186
XXVII. SEGUROS SOLIDARIOS 2190
XXVIII. SUSPENSIÓN TEMPORAL POR CINCO INFRACCIONES Y REVOCACIÓN DEFINITIVA POR TRES INFRACCIONES ADICIONALES 2191
XXIX. SANCIONES PENALES 2192
XXX. CONSIDERACIONES FINALES 2194

VII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA

ENRIQUE ROJAS FRANCO

I. CONTROL INTERNO. EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA HÍBRIDO COSTARRICENSE 2206
II. JERARQUÍA PROPIA Y JERARQUÍA IMPROPIA 2207
III. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS 2209
IV. EL RECURSO DE QUEJA 2209
V. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS 2210
VI. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS 2211
VII. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 2211
VIII. ACCIONES Y RECURSOS JURISDICCIONALES EN COSTA RICA 2212
IX. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA 2212
X. LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES 2213
XI. LA SALA CONSTITUCIONAL 2214
XII. REFORMAS PROCESALES URGENTES 2216

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

I. LOS PODERES (DE FONDO) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN 2219
1. *Introducción* 2219
2. *La nueva legalidad administrativa* 2220
3. *La nueva justicia administrativa* 2220
4. *La nueva justicia administrativa (continuación)* 2222

II. LOS PODERES (CAUTELARES) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN..... 2228
1. *Los poderes clásicos. La suspensión de efectos del acto administrativo*..... 2228
2. *Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo. Introducción*..... 2229
3. *Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo, el amparo constitucional y las medidas cautelares innominadas*..... 2230
4. *Los poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo y las medidas preventivas contra particulares*..... 2230

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?

AURILIVI LINARES MARTÍNEZ

I. INTRODUCCIÓN..... 2233
II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE LESIVIDAD..... 2235
1. *Concepto*..... 2235
2. *Naturaleza Juridica*..... 2236
3. *Fundamento*..... 2237
III. EL PROCESO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA..... 2238
1. *Antecedentes Legislativos*..... 2238
2. *Requisitos subjetivos*..... 2241
A. *El Órgano Jurisdiccional:*..... 2242
B. *Legitimación activa:*..... 2242
C. *Legitimación Pasiva:*..... 2243
3. *Requisitos Objetivos*..... 2244
A. *Estabilidad del Acto*..... 2244
B. *Que declare derechos subjetivos*..... 2245
C. *Acto lesivo*..... 2246
D. *Que sea regular*..... 2246
E. *Que haya sido notificado*..... 2247
F. *No es necesario que el acto agote la vía administrativa*..... 2247
4. *Requisitos de la actividad: declaracion de lesividad*..... 2247
A. *Concepto*..... 2248
B. *Naturaleza Jurídica*..... 2248
C. *Fundamento*..... 2249
D. *Requisitos*..... 2249

IV. EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA: ¿INEXISTENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD? 2251
1. *El Ministerio Público como legitimado activo en el Contencioso Administrativo general* 2255
2. *El Consejo Nacional Electoral como legitimado activo en el Contencioso Administrativo Electoral* 2256
V. REFLEXIONES FINALES 2261
BIBLIOGRAFÍA 2263

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA

ALBERTO B. BIANCHI

I. PLANTEO 2265
II. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA 2268
1. *Enunciado* 2268
2. *Deferencia en caso de interpretación administrativa de las leyes* 2269
A. *La deferencia en caso de interpretación administrativa razonable* 2269
B. *Chevron v. NRDC. Dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa* 2272
3. *Bowles v. Seminole Rock y la deferencia en la interpretación administrativa de un reglamento* 2274
4. *Una primera síntesis* 2275
5. *Dificultades en la aplicación de Chevron* 2276
6. *La deferencia en materia tarifaria* 2278
7. *Ambito de aplicación* 2281
A. *Los reglamentos en la Administración norteamericana* 2281
B. *Substantive rules v. adjudications* 2283
8. *Crítica doctrinaria a Chevron* 2284
III. LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN LA ARGENTINA 2285
1. *Planteo* 2285
2. *Los reglamentos en la Argentina Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos* 2286
3. *Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la revisión de los reglamentos* 2288
4. *La revisión judicial del acto administrativo* 2294
5. *La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la Administración* 2296
6. *Conclusiones sobre la doctrina de la deferencia en la Argentina* 2297
IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE REGLAMENTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS 2298
1. *Rulemaking informal* 2299
2. *Rulemaking formal* 2301

3. *Negoiated rulemaking* 2302
4. *Los controles previos a su vigencia* 2302
A. *Control ejecutivo y legislativo* 2302
B. *La revisión judicial previa* 2304
V. CONCLUSIONES 2306

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO

MARGARITA ESCUDERO LEÓN

I. DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN TANTO EN LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA COMO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DICHAS SENTENCIAS 2310
II. SOLUCIONES QUE PRESENTA EL DERECHO COMPARADO 2313
1. *Francia* 2313
2. *España* 2314
3. *Italia* 2315
4. *Alemania* 2316
5. *Colombia* 2317
6. *Argentina* 2318
III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES APLICABLES EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA 2318
IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 2326
V. REFLEXIONES FINALES 2328
BIBLIOGRAFÍA 2329

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK

I. INTRODUCCIÓN 2331
II. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN Y SUS COMPETENCIAS 2333
1. *Descentralización* 2335
2. *La especialización de los juzgados* 2336
3. *Colegiación matizada* 2336
4. *Jerarquía* 2337
5. *Flexibilización* 2337
6. *Claridad de criterios* 2337
III. LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS 2338

IV. LA MATERIA DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS 2341
1. *Ámbito de lo contencioso administrativo* 2341
2. *La inactividad de la Administración* 2342
3. *El agotamiento de la vía administrativa* 2343
4. *Otros asuntos contencioso-administrativos* 2343
V. LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS 2344
1. *Los procedimientos en general* 2344
2. *El tema de las medidas cautelares* 2346
3. *Privilegios procesales* 2347
4. *Recursos frente a decisiones definitivas* 2348
VI. LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2348

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

I. EL CUADRO LEGAL GENERAL DE ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA ELECTORAL 2353
II. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL EN PARTICULAR 2355
1. *La mecánica procesal* 2355
2. *La Sentencia y sus posibles pronunciamientos* 2357
III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2.001: UN CASO LÍMITE QUE CERTIFICA EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL 2358
1. *Los hechos y el planteamiento de la litis* 2358
2. *El fallo y la argumentación que lo sostiene* 2360
IV. CONFIRMACIÓN DE ESTA TESIS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2363
V. CONSIDERACIONES FINALES 2364

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

FERNANDO GARRIDO FALLA

I. LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA 2367
1. *Los orígenes del contencioso-administrativo español* 2367
A *La situación durante el Antiguo Régimen* 2367
B. *Los comienzos del Estado constitucional* 2367
C. *La instauración de la Justicia administrativa. Jurisdicción retenida y jurisdicción delegada* 2368
2. *La ley jurisdiccional de 1956: el proceso inter partes* 2369
3. *La nueva ley jurisdiccional de 1998* 2370

II. SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2371
1. *El recurso de inconstitucionalidad* 2372
2. *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí* 2372
3. *Por vía de cuestión de inconstitucionalidad* 2373
III. EL CONFLICTO ENTRE JURISDICCIONES CON MOTIVO DE RECURSO DE AMPARO 2374
IV. POSIBLES FÓRMULAS PARA EVITAR CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA 2379
V. EN PARTICULAR: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 2380

§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRA REFORMA INCONSTITUCIONAL)

AGUSTÍN GORDILLO

I. DA CAPO 2383
1. *La primera traición jurisprudencial de un Código* 2384
2. *Privación sistemática de justicia* 2384
3. *La duda del suicida* 2385
4. *El dique* 2386
5. *Otra traición* 2388
6. *Otro zigzag* 2389
II. "VERLA VENIR" 2390
1. *El Proceso. Memorias del Miedo* 2390
2. *El endeudamiento y la hecatombe* 2391
3. *La inaplicación del Código* 2391
4. *La autopreservación del Yo* 2392
III. SEPAN: QUE SABEMOS QUE SABEN 2392
1. *La ley de la irresponsabilidad* 2392
2. *¿Qué es esto de que no haya justicia?* 2393
IV. LA ADMINISTRACIÓN INDEFENSA 2394
V. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, ANTES DEL JUICIO: EL DICTAMEN PREVIO AL ACTO 2394
1. *La corrupción* 2396
2. *La urgencia* 2396
VI. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL JUICIO 2396
VII. LA DESESPERACIÓN, CONTRACARA DE LA EMERGENCIA 2397
1. *Primero, la jirafa azul* 2397
2. *Messineo* 2398
3. *Los plazos del dolo* 2398

VIII. LOS QUE NO PUEDEN ENTRAR 2399
1. *La responsabilidad civil* 2400
2. *El crimen de los custodios* 2400
3. *Jirafas azules, escorpiones, ranas, gatos* 2401
IX. "MANDARLA BUSCAR" 2403

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN

LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ

I. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO LEGADO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA 2405
II. EL ESTANCAMIENTO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS EL MOVIMIENTO DE CRÍTICAS Y LA MUTACIÓN DEL SISTEMA 2408
III. LAS GRANDES Y CONSTANTES REACCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. VIEJAS Y ÚLTIMAS REFORMAS (DE LA REVOLUCIÓN AL SIGLO XXI) 2412

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW

J. A. JOLOWICZ

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO III

CUARTA PARTE: DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS
QUINTA PARTE: DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO
SEXTA PARTE: VARIA

Autores del presente volumen:

Germán Acedo Payarez
Asdrúbal Aguiar
Juan Domingo Alfonzo Paradisi
Ana Elvira Araujo García
Flor María Ávila Hernández
Carlos Ayala Corao
José Bermejo Vera
Germán J. Bidart Campos
Alberto Blanco-Uribe Quintero
Isabel Boscán De Ruesta
Humberto Briceño León
Josefina Calcaño De Temeltas
Miguel Carbonell
Dante Caponera
Jesús María Casal H.
Carlos A. Casanova
Leon Henrique Cottin
Roberto Cuellar M.
José Del Rey Fajardo
Héctor Faúndez Ledesma
Lucía Valle Figueiredo
Eduardo García De Enterría
Fortunato González Cruz
Asdrúbal Grillet Correa
Juan Carlos Henao
María Del Pilar Hiruela De Fernández
Luis Moisset De Espanes
Salvador Leal Wilhelm
Jacqueline Lejarza A.
Luis Paulino Mora Mora
José Muci-Abraham
Pedro Nikken
Jesús Ollarves Irazábal
Leonardo Palacios Márquez
Luciano Parejo Alfonso
Sonia Picado
Gerardo Puertas Gomez
Manuel Rachadell
Humberto Romero Muci
Mariolga Quintero Tirado
Giuseppe Rosito Arbia

Coordinadores:

Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz

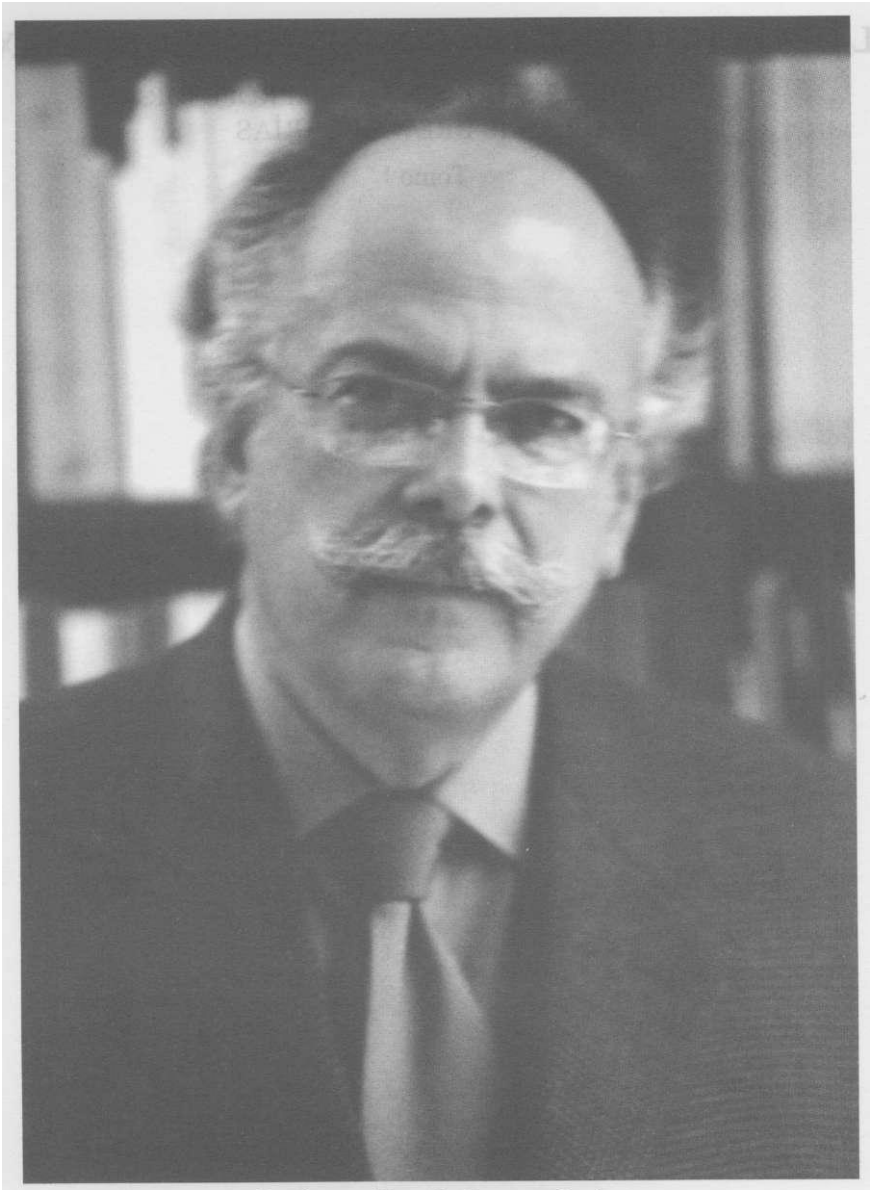
Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

THOMSON
CIVITAS

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

Tomo III



Profesor *Allan R. Brewer Carías*

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO III

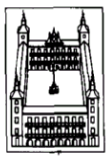
CUARTA PARTE: DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS
QUINTA PARTE: DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO
SEXTA PARTE: VARIA

Autores del presente volumen

GERMÁN ACEDO PAYAREZ
ASDRÚBAL AGUIAR
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
CARLOS AYALA CORAO
JOSÉ BERMEJO VERA
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
MIGUEL CARBONELL
DANTE CAPONERA
JESÚS MARÍA CASAL H.
CARLOS A. CASANOVA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
ROBERTO CUELLAR M.
JOSÉ DEL REY FAJARDO
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
JUAN CARLOS HENAO
MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
LUIS MOISSET DE ESPANES
SALVADOR LEAL WILHELM
JACQUELINE LEJARZA A.
LUIS PAULINO MORA MORA
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
PEDRO NIKKEN
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
LUCIANO PAREJO ALFONSO
SONIA PICADO
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
MANUEL RACHADELL
HUMBERTO ROMERO MUCI
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA

Coordinadores

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ



EDITORIAL CIVITAS, S.A.
MADRID, 2003

Primera edición, 2003

EL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO Y LA CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID; EL CENTRO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS PROVINCIALES Y LOCALES (CIEPROL) DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; LA FUNDACIÓN EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA; LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO; LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA); LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA); LA FUNDACIÓN INSTITUTO REGIONAL DE ESTUDIOS URBANOS (IREU) Y LA FUNDACIÓN ARQUITECTURA Y DISEÑO URBANO, han contribuido a la edición de esta obra.

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

Copyright © 2003, by Instituto de Derecho Público, UCV
Editorial Civitas, S.A
Bárbara de Braganza, 10.28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2094-0 (Obra completa)
ISBN: 84-470-2093-2 (Tomo III)
Depósito legal: M-45.135-2003
Compuesto por Francis Gil y Mirna Pinto
Printed in Spain – Impreso en España
Por Closas-Orcoyen, S. L.
Paracuellos del Jarama (Madrid)

PLAN GENERAL
DE LA OBRA

PLAN GENERAL DE LA OBRA[*]

PROEMIO
ALFREDO ARISMENDI A.

PRESENTACIÓN
JESÚS CABALLERO ORTIZ

DISCURSO
EDUARDO ROCA ROCA

PRÓLOGO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

DISCURSO
PEDRO NIKKEN

PREFACIO
LUCIANO PAREJO ALFONSO

APRECIACIÓN
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA
Rector de la Universidad Externado de Colombia

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN
Ex Superintendente de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela

[*] Al final de cada tomo se incluye un índice detallado del mismo. El último tomo incluye el índice general de toda la obra.

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
Profesora de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811
IRENE LORETO GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA
JORGE VÉLEZ GARCÍA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL
SANDRA MORELLI
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO
JORGE LUIS SUÁREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA
MARIANELA ZUBILLAGA
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA
HEINZ SCHÄFFER
Profesor de las Universidades de Salzburgo, Austria

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSSI
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES
DIETER NOHLEN
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS
MANUEL FEO LA CRUZ
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO
DANIEL ALBERTO SABSAY
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA
MARIE PICARD DE ORSINI
Profesora de la Universidad de Carabobo, Venezuela

§ 23. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN: DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBECIENCIA CIVIL?
ELOÍSA AVELLANEDA y LUIS SALAMANCA
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela, España

§ 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO
JORGE LONDOÑO
Vicerrector Académico de la Fundación Universitaria de Boyacá, Colombia

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL AMERICA LATINA
EDUARDO ROZO ACUÑA
Profesor de la Università degli Studi di Urbino, Italia

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA
CHRISTIAN PIELOW
Profesor de la Universidad de Ruhr, Bochum, Alemania

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO
ARGENIS URDANETA
Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la Organización Iberoamericana Cooperación Intermunicipal (OICI), España

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Profesor de la Universidad de la Coruña, España

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
Rector de la Universidad Valle del Momboy, Venezuela

§ 34. BREWER Y CARACAS
DOLORES AGUERREVERE VALERO
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
DONATO LUPIDII
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
ALFREDO ARISMENDI A.
Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA
RICARDO HARO
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD
PIERRE BON
Directeur del'Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia

2. *El poder judicial*

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL
DIEGO VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *El poder ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD
Profesor Emérito de las Facultades de Derecho de la Universidad Panthéon-Assas París II, Francia

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA 1940-1952
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL EN LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD
EDGAR CARPIO MARCOS
Asociación Peruana de Derecho Constitucional

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPORTADA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ–MENDIBLE
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública, México

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
Secretario de Estado, España

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Ex Consejero de Estado de Colombia

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO - ADMINISTRATIVA
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
LUBÍN AGUIRRE
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA
RICARDO HOYOS DUQUE
Consejero de Estado, Colombia

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA
JAIME VIDAL PERDOMO
Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
ALFONSO PÉREZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, España

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE
PIERRE DELVOLVÉ
Profesor de la Universidad de París II, Francia

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD
BLANCA LOZANO CUTANDA
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Univesidad Santa María

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO
FRANCK MODERNE
Catedrático de Derecho Público de la Universidad París I, Francia

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES
JUAN DE STEFANO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DANIEL FERNANDO SORIA
Profesor de la Universidad Católica Argentina y Universidad Austral

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
Catedrático de Derecho Administrativo, España

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?
JESÚS CABALLERO ORTIZ
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LAS CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
LUIS CORSI
Profesor de la Universidad Santa María y de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE
SANTIAGO GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, España

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA
JOSÉ RAMÓN PARADA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000, N,328. IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI. LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA
ONORATO SEPE
Profesor de la Universidad de Roma, Italia

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO
JUAN GARRIDO ROVIRA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VOIP EN VENEZUELA
DANIEL OQUENDO
Profesor de la Universidad Monte Ávila, Venezuela

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES
RAINER LORENZO
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA "DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO" POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
FRANCISCO HUNG VAILLANT
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA
FEDERICO E. LEÁÑEZ A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO
FABIO ROVERSI MONACO
Rector de la Universidad de Bologna, Italia

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA
ENRIQUE ROJAS FRANCO
Profesor de la Universidad de Costa Rica

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA
ALBERTO B. BIANCHI
Profesor de la Universidad Austral, Argentina

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, España

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional, España

§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRARREFORMA INCONSTITUCIONAL)
AGUSTÍN GORDILLO
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW
J.A. JOLOWICZ
Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra

TOMO III

CUARTA PARTE

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ
PEDRO NIKKEN
Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Profesor de la Universidad Central de Venezuela

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
Director Universitas S.R.L., Argentina

§ 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JESÚS MARÍA CASAL H.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL
ROBERTO CUELLAR M.
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO
LUIS MOISSET DE ESPANES Y MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina

2. *Principios de igualdad*

§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD
MIGUEL CARBONELL
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

3. *Libertad de expresión*

§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

§ 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, Brasil

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS
SALVADOR LEAL WILHELM
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS
JUAN CARLOS HENAO
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

5. *La libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN
LUIS PAULINO MORA MORA
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA
JOSÉ BERMEJO VERA
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Zaragoza, España

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales,
Universidad de los Andes, Venezuela

§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS "DERECHOS AMBIENTALES"
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
Vicerrector Académico de la Universidad Carlos III de Madrid, España

§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA
DANTE CAPONERA
Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Italia

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO. ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMA
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España

§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS
CARLOS M. AYALA CORAO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO "IMPUESTO" AL DÉBITO BANCARIO
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

§ 140. LA NOCIÓN DE "DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN" COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL
HUMBERTO ROMERO MUCI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SEXTA PARTE

VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL
JOSÉ DEL REY FAJARDO
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA
JACQUELINE LEJARZA A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO
CARLOS A. CASANOVA
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
SONIA PICADO
Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica

CURRICULUM VITAE
ALLAN R. BREWER-CARÍAS

CUARTA PARTE
DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ

Pedro Nikken
Consejero Permanente del Instituto
Interamericano de los Derechos Humanos y
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Los dos primeros artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipulan las obligaciones generales que los Estados partes asumen respecto de la totalidad de los derechos reconocidos por la misma Convención[1]:

> *Artículo 1*. Obligación de Respetar los Derechos
>
> *1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*
>
> *Artículo 2*. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
>
> *Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

Durante los primeros años de vigencia de la Convención se planteó la dificultad que surgiría de la lectura aislada de los mencionados artículos. Ese ejercicio podría llevar a pensar que los Estados partes no se han obligado más que a adoptar, de conformidad con su Derecho interno, *las medidas* o "las disposiciones legislativas o de otro carácter"

---

1. Estos dos artículos reproducen, en lo sustancial, el enunciado del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, según el cual:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención, lo que introduciría una orientación programática para el compromiso contraído, que no sería *self-executing* o autoejecutivo. Las obligaciones de los Estados partes no serían inmediatamente exigibles por los titulares de los derechos humanos protegidos por el tratado, es decir, las personas *bajo la jurisdicción* de esos Estados, las cuales no podrían invocar el Pacto de San José como fuente de Derecho en el orden interno, mientras no se hubieran adoptado "disposiciones legislativas o de otro carácter".

El tema así planteado se conecta directamente con la exigibilidad inmediata de la *garantía de los derechos humanos* reconocido en el Pacto de San José, a la que están obligados todos los Estados partes en el mismo.

El alcance y contenido general de la obligación de garantía de los derechos humanos han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeras sentencias contenciosas. La Corte ha expresado que:

> *Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*[2].

Por otra parte, el artículo 1.1 de la Convención, al hacer la distinción entre respeto y garantía de los derechos humanos, sitúa, en principio, el primer concepto en el ámbito de las consecuencias inmediatas de la actividad estatal. Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que:

> *...la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal*[3].

El cumplimiento de estas obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos cubre la totalidad de los derechos protegidos por el Pacto de San José. No debe olvidarse, sin embargo, que de acuerdo con el derecho internacional, un Estado parte en cualquier tratado está obligado a cumplir y a garantizar el cumplimiento, dentro del ámbito de la jurisdicción respectiva, de todos y cada uno de los compromisos que resultan implícitamente del tratado, interpretando sus cláusulas de buena fe, conforme a las reglas de hermenéutica propias del Derecho internacional. En ese contexto, el ámbito del compromiso de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una amplitud aún mayor que la que revela una primera lectura de los artículos 1 y 2 de la Convención. El Estado está obligado a asegurar su cumplimiento y a evitar su violación más allá del respeto y garantía de los derechos humanos al que debe ajus-

---

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, nº 4, párr. 166; también párrs. 164-177; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, nº 5, párrs. 175; también párrs. 173-188.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, serie A, nº 6, párr. 21.

tarse la actuación de sus órganos. Este trabajo intentará presentar supuestos en los cuales el deber de ejecución plena del tratado, o las situaciones en las cuales las violaciones a los derechos humanos son imputables al Estado, se ubican en las cercanías del límite máximo en que un Estado está obligado por el Pacto de San José; o de los supuestos en que un evento determinado que lesiona uno de los derechos protegidos por el mismo pacto puede ser imputado al estado como un caso de violación directo del mismo o de irrespeto a los derechos humanos imputable al mismo Estado. Por eso el presente análisis se situará en las fronteras de las obligaciones de los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como ejecutores y garantes de sus disposiciones.

El respeto de ciertos derechos requiere, en principio una mera abstención de ofenderlos por parte del poder público, como ocurre, en general, con las libertades fundamentales y con ciertos derechos, como la vida o la integridad personal. Otros requieren la adecuación de la actuación o de la organización del poder público, de manera que tales derechos puedan ser plena y libremente ejercidos por cada uno, como ocurre con el derecho al debido proceso (artículo 8), a un recurso judicial sencillo y rápido (artículo 25; o los derechos políticos (artículo 23).

La *garantía* de los derechos humanos, en cambio, se traduce sustancialmente en obligaciones positivas a cargo del Estado, como las de prevenir, investigar, reparar o, en su caso, asegurar la reparación; y sancionar, en sentido amplio, las violaciones a tales derechos.

Aunque se trata de materias conceptualmente discernibles, en la práctica es frecuente que el respeto y la garantía debidos a los derechos humanos por los Estados partes en la Convención Americana, lo mismo que en otros tratados que prescriban obligaciones generales semejantes, aparezcan estrechamente imbricados. Por ejemplo, el irrespeto a ciertos derechos (como el ya aludido acceso a un recurso judicial sencillo y rápido para proteger los derechos humanos, contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana), comporta, a su vez, el defecto de suministro de la garantía eficaz debida por los Estados partes a toda persona bajo su jurisdicción. A la inversa, situaciones que a primera vista se presentarían como un supuesto en el que la obligación fundamental del Estado se reduce a la *garantía*, (como ocurre cuando el agente de la lesión es un particular), pueden ocultar un caso en que el Estado mismo es el responsable del irrespeto o violación de los derechos humanos (por ejemplo, cuando esos particulares actúan en interés o por cuenta del Estado), situación en la cual el deber primario infringido es el de *respeto* a los derechos humanos.

Estas consideraciones, ya sean enmarcadas dentro del deber a cargo de los Estados de *respetar* en sentido estricto, los derechos humanos, ya los sean dentro de la obligación de *garantía* de dichos derechos, ponen de manifiesto que *el Estado es jurídicamente el ente llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos establecido en la Convención*, lo cual implica que está sujeto a ciertos deberes cuyo incumplimiento acarrea su responsabilidad internacional.

Dentro de estos deberes está la obligación del Estado de prevenir, investigar y asegurar la sanción (si fuere el caso) y la reparación de la lesión de los derechos protegidos por la Convención, quienquiera sea el agente inmediato de la lesión a los mismos. Cuando dicho agente es una persona que no actúa prevalida de un carácter oficial (un particular), la omisión en el cumplimiento de esas obligaciones compromete la responsabilidad del Estado, no por el hecho de que el acto lesivo se haya originado en el poder público, sino porque éste omitió su deber de prevenir, investigar, sancionar y asegurar la reparación de semejante acto. Se trata de casos de inobservancia de la obligación de

garantizar los derechos humanos, sin que de ello resulte *la imputación directa al Estado, como una actuación de sus órganos o funcionarios, de la conducta lesiva de un particular*.

Esto no excluye que, según el Derecho internacional, se puedan identificar situaciones especiales en las cuales las actuaciones de particulares pueden imputarse directamente al Estado como un hecho ilícito cometido directamente por éste. De acuerdo con el Derecho internacional es irrelevante que el agente de una violación de los derechos humanos haya sido un órgano o funcionario que haya procedido en violación del Derecho interno o fuera del ámbito de su competencia, o incluso que haya sido un particular, pues lo decisivo es que haya actuado aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial; o valiéndose de instrumentos que el mismo Estado ha puesto a su disposición (aun en violación del Derecho interno); o por cuenta o interés del Estado. Cabe recordar a este respecto que las reglas de imputación al Estado de los hechos internacionalmente ilícitos, a los efectos de su responsabilidad internacional, se rigen por las reglas del Derecho internacional y no por el Derecho interno[4].

Dentro de la inobservancia de la garantía se ubica el defecto de desarrollo en el Derecho interno para ajustarlo a los requerimientos de la Convención; así como el supuesto en el cual el Estado no asegura la reparación de las infracciones de la misma. En estos casos, se produce una violación de Derecho internacional, que toca la garantía de los derechos humanos, en cuanto no se adecua el orden jurídico nacional a los estándares internacionales o no se restituye a la víctima lo que se le debe por la violación a sus derechos. La responsabilidad del Estado se ve comprometida en ambos casos, aunque el agente directo del atentado concreto contra los derechos humanos sea un particular, pero que ha ajustado su conducta a una norma jurídica interna incompatible con la Convención.

En otro supuesto, un particular puede actuar como agente encubierto, por cuenta o en provecho del Estado. En estos casos, de establecerse ese singular vínculo entre un particular y el Estado, la infracción a la Convención debe reputarse como cometida directamente por éste. Claro está, incluso en el caso en que tal relación no estuviera inequívocamente establecida, el Estado sería de todos modos responsable si no se ha puesto la diligencia debida en la prevención, investigación y sanción de semejantes actuaciones de particulares, al menos por la inobservancia de la obligación a su cargo *de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención*.

Se trata de situaciones distintas, en las cuales, a partir de un determinado hecho lesivo de los derechos humanos, la responsabilidad del Estado queda comprometida ya sea porque la falta de garantía, en el orden interno, se traduce en una forma de irrespeto de los mismos; o, a la inversa, porque el irrespeto directo se esconde tras un aparente defecto de la garantía debida. En el primer supuesto, el Estado se estaría apartando de su deber jurídico como *ejecutor directo de la Convención* (I). En el segundo, la responsabilidad del Estado tendría por fuente las actuaciones de personas, grupos o entidades no

---

4. Los principios de Derecho internacional referentes a la imputación al Estado de un hecho internacionalmente ilícito han quedado sistematizados en los informes sobre responsabilidad de los Estados presentados por AGO Roberto a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, *Cf*., AGO, R., *"Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati"*, Universidad de Camerino, Jovene Ed., t. II, 1, en esp. pp. 450-462 y 549-608. La Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha acogido expresamente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez, cit.*, párrs. 169-173; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Godínez Cruz, cit.*, párrs. 178-183.

investidos formalmente de funciones oficiales (II). Ambas cuestiones serán examinadas sucesivamente en este trabajo.

II. EL ESTADO COMO EJECUTOR DIRECTO DE LA CONVENCIÓN

La cabal ejecución de la Convención Americana dentro de la jurisdicción de un Estado parte, requiere, en primer lugar, la adecuación del orden jurídico interno a los requerimientos del pleno disfrute de los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En un sentido amplio, tal adecuación es, al mismo tiempo, un acto de ejecución de la Convención y un acto de prevención contra sus violaciones.

El deber de prevención fue definido desde temprana hora por la Corte:

> *El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado…*[5]

La prevención, en consecuencia, comprende la adopción de medidas jurídicas (*legislativas o de otro carácter*) que tiendan a evitar las violaciones a los derechos humanos y a asegurar que éstas sean caracterizadas como un hecho ilícito, con todas las consecuencias jurídicas que semejante caracterización comporte. Por otra parte, en principio el incumplimiento de la obligación de prevención debe ser demostrado como tal, es decir, debe quedar establecido que la lesión cometida contra uno de los derechos humanos internacionalmente protegidos, cualquiera sea el agente que directamente han cometido el acto lesivo, habría podido evitarse; o que el orden jurídico interno no sea en la práctica, un medio para que ese hecho no acarree la responsabilidad de su autor. Más aún, si el deber de prevención se conecta con la obligación emanada del artículo 2 de la misma Convención, la mera inadecuación del orden jurídico interno, cuando ha servido de marco para generar una violación de los derechos humanos o para dar pie a que la misma resulte impune, es por sí misma una violación del Derecho internacional.

La ejecución de la Convención Americana y la condición de los Estados partes como garantes de los derechos humanos, implican asimismo obligaciones que nacen *ipso jure* cuando una persona sometida a la jurisdicción de uno de dichos Estados ha resultado víctima de una violación a los derechos protegidos. Entre esas obligaciones está la de asegurar la reparación apropiada de los daños resultantes de la lesión, reparación que estará a cargo del estado mismo cuando la violación a los derechos humanos le resulte imputable según las reglas propias del Derecho internacional de los derechos humanos.

En ese contexto, la primera parte de este trabajo se dividirá en dos grupos de consideraciones. El primero de ellos estará referido al deber de adecuación del Derecho interno a la Convención, no sólo como un vehículo de ejecución del tratado, sino como una forma particular que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente de la Corte Inter-

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, *cit. supra*, párr. 175.

americana de Derechos Humanos, reviste el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (1). El segundo se referirá al deber de reparar las violaciones de los derechos humanos, con especial referencia al enfoque que le ha dado al tema la jurisprudencia de la misma Corte (2).

1. La adecuación del orden jurídico interno a la Convención

El tema de la adecuación del orden jurídico interno a la Convención requirió, en primer lugar, la clarificación de la naturaleza del contenido del aludido artículo 2 del tratado como una norma de naturaleza programática o como una *expresión del deber general, a cargo de los Estados partes, de ejecutar en el orden interno las disposiciones de la Convención*. Este fue el primer asunto abordado y resuelto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, a lo largo de los años, ha venido precisando y afinando esa temprana definición (A). La jurisprudencia ulterior ha avanzado incisivamente sobre el significado de dicho artículo 2, considerado reiteradamente como una pieza importante del *deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos* protegidos por la Convención, a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes (B). En mi opinión, está todavía pendiente de desarrollo otro importante asunto que no debe disociarse del artículo 2 de la Convención ni de las obligaciones que, según el derecho internacional general, tienen los estados partes en la misma, como es la aplicabilidad de esas normas, como expresión de la regla general *pacta sunt servanda*, a la Convención en su conjunto, particularmente a su Segunda Parte, que reconoce implícitamente y define el contenido del *derecho a la protección internacional* del que es titular toda persona bajo la jurisdicción de los Estados americanos[6]. Este último asunto, aun cuando todavía no ha sido objeto de decisiones explícitas por parte de los órganos del sistema, será objeto de la atención del último grupo de reflexiones (C) del presente acápite.

A. El dilema inicial y su solución temprana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ya he recordado, al inicio de este trabajo, cómo en los primeros tiempos de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se planteó una posición según la cual el artículo 2 de la misma comportaba una obligación sólo exigible progresivamente, es decir, que se trataría de una disposición que dotaría a la Convención de una naturaleza programática: los Estados partes no quedarían inmediatamente obligados, según su artículo 1.1, *"a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción"*; sino a adoptar *"las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*, de conformidad con el artículo 2 de la misma Convención[7].

---

6. Este derecho tiene características particulares en el caso de los Miembros de la OEA que no son partes en el Pacto de San José; pero aunque en esos casos sea menos vigoroso, el derecho existe y puede ser ejercido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la Carta de la OEA y el Estatuto y el Reglamento de la misma Comisión.

7. Una discusión análoga se planteó a propósito del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (*supra*, nota 1), que planteaba el dilema sobre si las obligaciones que los Estados partes asumían eran

Tal interpretación de conjunto de los artículos 1.1 y 2 de la Convención es inaceptable y constituiría un flagrante desconocimiento de la regla fundamental contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual éstos deben "interpretarse de *buena fe*, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el *contexto* de éstos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*" (art. 31, énfasis añadidos).

La lectura de las dos disposiciones citadas indica claramente que los Estados partes se han comprometido a hacer efectivas de manera inmediata sus obligaciones de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención. El artículo 2 complementa el anterior, e indica un compromiso especial para materializar el deber de respeto y garantía de los derechos humanos, para el caso en que el Derecho interno de los Estados partes careciera de los instrumentos idóneos para dar cumplimiento a tales obligaciones. Como se ha indicado antes, el *respeto* se traduce a menudo, aunque no exclusivamente, en una obligación negativa (no violar el derecho), mientras que la *garantía* implica normalmente un quehacer positivo de los órganos del Estado[8], que comprende la adopción de medidas legislativas o de otro carácter para la efectividad de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La pretensión de contraponer, como normas de contenido no complementario sino contradictorio, los artículos 1.1 y 2 de la Convención, habría conducido al absurdo resultado de concebir al artículo 2 como una suerte de cláusula exoneratoria de responsabilidad por toda violación a los derechos humanos, en toda situación en que dicha violación estuviera autorizada por el Derecho interno; es decir, se exoneraría al Estado de las consecuencias de ignorar el artículo 1.1 por una causa exclusivamente imputable al mismo Estado, como sería la inexistencia en el ordenamiento interno de medios idóneos para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Semejante conclusión no sólo sería frontalmente opuesta al Derecho consuetudinario que rige la responsabilidad internacional, sino que dejaría sin objeto a la Convención Americana, pues, al dejar a los Estados partes la posibilidad de determinar unilateralmente, a través de su Derecho interno, la medida de sus obligaciones, se privaría de toda seriedad a la voluntad de dichos Estados de obligarse mediante el tratado.

Lo mal fundamentado de una interpretación semejante se percibe, por lo demás, muy claramente en la Convención Americana. En efecto, dentro de los propósitos de dicha Convención está el de establecer un régimen de *"protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados Americanos"* (Preámbulo). Sería inconcebible que la exigibilidad de las

---

directamente exigibles, según lo indicaba el texto del párrafo 2.1; o si eran meramente programitas, con base en una lectura aislada del artículo 2.2. La mayoría abrumadora de la doctrina y la práctica del Comité de Derechos Humanos han coincidido desde el primer momento en que el artículo 2.1 impone a los Estados en el Pacto obligaciones inmediatamente exigibles, que no se limitan a una conducta meramente pasiva (a un *no hacer*), en el sentido de abstenerse de violar los derechos y libertades reconocidos por el tratado, sino que implican deberes de contenido positivo de parte de la administración y de los órganos legislativos, orientadas a garantizar la vigencia de los derechos protegidos, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida o la prohibición de la tortura. Únicamente el articulo 23.4 del Pacto (igualdad de derechos de los cónyuges), podría considerarse una disposición programática y no exigible *ipso jure*, sino sujeta a un desarrollo legislativo. *Cf.*, NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, Kehl, Strasbourg, Arlington 1993, pp. 56-57 y 553-557.

8. *Cf.*, FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2ª edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1999, pp. 84 y 85.

obligaciones contraídas en función de esa protección tuviera que postergarse en espera de disposiciones de Derecho interno, puesto que es, precisamente, la insuficiencia de los recursos domésticos lo que explica y justifica la salvaguarda internacional.

Por otra parte, la interpretación que critico se apartaría enteramente del contexto de de la Convención como tratado de protección de los derechos humanos, cuyo articulado proclama los derechos protegidos como inherentes a la persona y que le corresponden como tal. Los términos en que está redactada la Convención revelan que ella reconoce derechos cuyo contenido es definido como atributo actual de *toda persona*, o prohíbe ciertas situaciones a las que *nadie* puede verse sometido. ¿Cómo podría explicarse que el irrespeto a esas disposiciones pudiera quedar justificado por falta de mecanismos apropiados en el Derecho interno? Si ese fuera el caso, la Convención misma perdería su sentido.

Las anteriores reflexiones no obedecen a una mera especulación de hermenéutica jurídica, sino a un concepto que ha sido sostenido nada menos que por los Estados Unidos, con un alcance aún más devastador para la fuerza obligatoria de la Convención Americana. En efecto, en su momento, los Estados Unidos atribuyeron a la norma del artículo 2 de la Convención el sentido de considerarla como una disposición que desproveería de autoejecutividad a la Convención en su conjunto[9]. Semejante conclusión es absolutamente insostenible: a los argumentos ya expuestos debe agregarse que, en el peor de los casos, el efecto programático del artículo 2 sólo podría invocarse respecto de los derechos y libertades reconocidos en el tratado que no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno. Serían esos derechos y no la Convención en su conjunto, los que no serían *self-executing.*

Semejante interpretación, por lo demás, conduciría a un resultado manifiestamente absurdo, como sería el de dar prácticamente por no escrito el artículo 1.1 de la Convención Americana, que es la piedra angular del tratado. Esta disposición, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *"establece el compromiso de los propios Estados Partes de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención y de 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción... En consecuencia, si por cualquier circunstancia... no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos"*[10].

Si el artículo 2 es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Convención, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que, a través de dichas disposiciones se

> *…recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice*:

---

9. Así lo sostuvo la delegación norteamericana en la Conferencia Especializada donde se adoptó la Convención. *Cf*., Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos (OEA/Ser.K/XVI/1.2). (1973), pp. 146-147. Al enviar la Convención al Senado para su aprobación, el gobierno federal propuso una declaración interpretativa en ese sentido.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986*, serie A., nº 7, párr. 28.

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención[11].

Este concepto ha sido reiterado por la Corte en repetidas ocasiones:

…en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica[12].

En sentencias precedentes, la Corte ya había expresado, en efecto, el mismo concepto:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (principe allant de soi; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella[13].

Como ha sido destacado ya en la doctrina, los Estados partes en una convención sobre derechos humanos (como en muchas otra convenciones internacionales de diversa naturaleza), asumen *obligaciones legislativas*[14], entre las cuales se encuentra, por ejemplo la de respetar la *reserva legal* en lo que respecta a las restricciones o limitaciones legítimas a los derechos humanos[15]. Dentro de este género de obligaciones está la de adecuar el Derecho interno a los tratados en materia de derechos humanos, particularmente para dar cumplimiento a lo explícitamente estipulado en los artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta es una obligación *positiva*, que implica un *hacer* cuyo contenido es el de tomar las providencias legislativas adecuadas para garantizar la efectividad del tratado en el Derecho interno, lo cual aunque en cierto sentido admite que su cumplimiento

---

11. *Ibid*., párr. 30.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos (fondo)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr 59. Igualmente *Cf.*, Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, n° 73, párr. 87; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, n° 94, párr. 112.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, nº 39, párrs. 68 69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, nº 72, párr. 179.

14. *Cf.*, CANÇADO TRINDADE, A.A., *Tratado do Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Sergio Antoni Fabris Editor, Porto Alegre 1999, pp. 134-146, en especial, p. 142.

15. *Cf.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes"… cit*., *supra*.

se complete en un plazo razonable, no puede ser postergado indefinidamente. Esto último violentaría el principio de la *buena fe* en la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales; y, por lo demás, nunca podría ser invocado como una exoneración por el defecto de garantía legislativa eficaz para los derechos protegidos, toda vez que, de conformidad con la regla consuetudinaria codificada en el artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una parte no puede invocar legítimamente su derecho interno como pretendida justificación por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en Derecho internacional.

Se trata, entonces, de un tema que tiene que ver con la inserción del Derecho internacional en el Derecho interno o, incluso, con la autoejecutividad de esas convenciones[16], pues hay Estados cuyo sistema jurídico no autoriza a los tribunales a sentenciar aplicando directamente una convención internacional (*medidas de otro carácter*), para garantizar los derechos internacionalmente protegidos, en ausencia de leyes domésticas que los incorporen al Derecho interno. Claro está, sin embargo, que mientras no se dicten esas leyes y el orden interno no permita la exigibilidad inmediata de la protección internacional, el Estado en cuestión estaría violando el Derecho de gentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con toda claridad respecto del carácter *self-executing* de la Convención Americana al afirmar que el sistema en ella consagrado *"está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo"*[17].

Esa conclusión no excluye que ciertos derechos aparezcan concebidos para ser realizados progresivamente y que, en cierta forma, no sean exigibles de modo inmediato, como ocurre, por ejemplo, en la Convención Americana, con algunos de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya efectividad ha de lograrse a través de *providencias* que deberán adoptarse *"en la medida de los recursos disponibles"* (art. 26); o con el derecho de todo niño *"a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"* (art. 19).

Con todo, aun en los supuestos en que pueda invocarse que una disposición determinada de la Convención tiene naturaleza programática, esa circunstancia jamás autoriza al poder público para actuar en contra de su realización, pues ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de *"permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella"* (art. 29.a).

---

16. A favor del carácter *self-executing* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con argumentos válidos, en general, para el Derecho internacional de los derechos humanos, *Cf.*, BUERGENTHAL, T., "El sistema interamericano para la protección de los derechos humanos" en *Anuario Jurídico Interamericano, 1981*, Washington D.C., 1982, en esp., pp. 124-127; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., "La convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno" en *7 Revista IIDH* (enero-junio, 1988), pp. 25-41; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos... cit.*, pp. 73-75; MONROY CABRA, M.G., "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno" en *Derechos humanos en las Américas, in memoriam de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington, D.C. 1984, pp. 135-145. *Cf.*, igualmente, para el sistema europeo, BUERGENTHAL, T., "The Effect of the European Convention on Human Rights and the Internal Law of Member States", en *European Convention on Human Rights*, The British institute of International and Comparative Law, London 1965, pp. 81-83; "Nuevo examen de la aplicación del Convenio europeo de derechos humanos en el orden jurídico interno" en *7 Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1966.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación..., cit.*, párr. 24.

Si esa fue la jurisprudencia de la Corte en la primera ocasión en que hubo de interpretar el artículo 2 de la Convención y su relación con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, la jurisprudencia posterior no se ha limitado a confirmar esa doctrina, sino que ha expresado un concepto aún más preciso y avanzado de la inserción del deber de adecuar del Derecho interno a las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos.

Se pasará entonces revista a la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del artículo 2 del Pacto de San José.

B. Concepto actual en la jurisprudencia de la Corte: el artículo 2 de la Convención como garantía de los derechos humanos

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que el respeto y garantía de los derechos humanos, tal como están concebidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana imponen a los Estados partes un conjunto de deberes entre los cuales cabe destacar: 1) la organización de los poderes públicos y del sistema jurídico interno en orden a la preservación de la integridad de los derechos humanos reconocidos en la Convención; 2) la prohibición de la utilización directa o indirecta de la función pública como medio para violar dichos derechos; 3) la consagración de recursos judiciales apropiados y eficaces para la protección de los derechos humanos; 4) la consagración de la ilicitud, dentro del Derecho interno, de todo acto atentatorio contra los mismos derechos humanos, cualquiera sea el agente que los lesione o menoscabe; 5) la investigación seria de toda situación que configure una lesión a los derechos protegidos, cualquiera sea su origen, y más aún si el mismo se presenta como desconocido; 6) el restablecimiento, en caso de violación, de la situación infringida, a través de la restauración, en cuanto quepa, del derecho o libertad conculcados y de la reparación, si es procedente, de las consecuencias de ese hecho ilícito; 7) la sanción, si cabe, contra los responsables, y 8) la adopción de medidas que, razonablemente, contribuyan a prevenir la repetición de hechos semejantes[18].

La enumeración anterior pone de manifiesto cómo las obligaciones de *respeto y garantía de los derechos humanos*, en particular esta última, son de la esencia del Estado de derecho. El cumplimiento escrupuloso de esta obligación, que es un compromiso solemne con la dignidad humana como fundamento y razón de ser del Estado, comporta para éste un estándar de organización y funcionamiento del poder público, que queda condicionado al bien común y a las exigencias de la dignidad de la persona.

En ese contexto más amplio, la garantía que los Estados deben ofrecer al pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos no se agota con la enumeración de deberes extraída de la más temprana jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, si el artículo 2 del Pacto de San José se interpreta con arreglo estricto a las reglas sobre interpretación de los tratados[19], establece, además de las obligaciones precedentes, otro

---

18. Se resume en este enunciado la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras sentencias de fondo, en las cuales examinó con detenimiento la naturaleza y alcance del artículo 1.1 de la Convención Americana: Caso *Velásquez Rodríguez, cit.*, párr. 166; también párrs. 164-177; Caso *Godínez Cruz, cit.*, párr. 175; también párrs. 173-188.

19. Según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, ya citado, éstos "interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

deber jurídico, indisociable de la garantía debida a los derechos humanos, como lo es la obligación de *adoptar disposiciones de Derecho interno* necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos.

Mediante una interpretación amplia de esta regla, la jurisprudencia de la Corte ha ido delimitando progresivamente su alcance. El artículo 2 no sólo obliga a los Estados partes a adoptar nuevas disposiciones de Derecho interno que doten de efectividad a la Convención en el orden doméstico; *están también obligados a suprimir toda norma o práctica* que resulte incompatible con los deberes asumidos según la misma Convención:

> *El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*[20].

Por otra parte, la adaptación del Derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no se agota en la obligación (positiva) de dictar nuevas normas para poner en vigencia, dentro de la jurisdicción nacional, los derechos internacionalmente reconocidos; ni en la obligación (también positiva) de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos. También comporta, como es lógico, la obligación (negativa) o prohibición de dictar leyes contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha expresado:

> *Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. "También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención". Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*[21].

La sola expedición de una ley violatoria o incompatible con la Convención Americana, aunque la misma no sea aplicada, constituye, *per se*, una infracción del Derecho internacional, que compromete la responsabilidad del Estado, aun cuando sólo sea por la mera circunstancia de que considere lícita en el ámbito doméstico una agresión contra los derechos humanos proscrita por el Derecho internacional:

> *La Corte concluye que la promulgación de una ley –manifiestamente- contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado*[22].

---

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, n° 52, par. 207; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)... cit.*, párr. 180. En el mismo sentido, sobre un caso concreto de violación del derecho a la libertad personal, *Cf.*, Corte I.D.H. Caso *Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, n° 35, párr. 99.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993*, párr. 26.

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994*, párr. 50.

A fortiori, la Corte concluyó "que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley -manifiestamente- violatoria de la Convención, produce responsabilidad internacional para el Estado"[23].

El principio sería, entonces que la sola promulgación y, con más razón, la aplicación de una ley violatoria de la Convención, es un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha agregado a este concepto el requisito de que se trate una ley *"manifiestamente violatoria de la Convención"*[24].

En mi opinión, esta última conclusión de la Corte es restrictiva respecto de las condiciones en las cuales un Estado es jurídicamente responsable por aplicar una ley incompatible con sus obligaciones internacionales, en general, y en materia de derechos humanos, muy en particular. Basta que la ley interna sea contraria a la Convención y que una persona bajo la jurisdicción de un Estado sufra una violación a sus derechos humanos por efecto de su aplicación para que el Estado sea internacionalmente responsable por esa infracción, según las reglas de Derecho internacional aplicable a la imputación al Estado de hechos cometidos por sus agentes o bajo la cobertura del poder público o del orden jurídico doméstico. En efecto, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados *"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado"* (art. 27.1). Esta regla de la Convención de Viena *-no hace distinción entre violaciones manifiestas o no del Derecho internacional por reglas de Derecho interno-*. Si la aplicación del Derecho interno resulta en una violación de los derechos humanos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, es irrelevante que la contradicción entre el orden jurídico nacional y el internacional sea manifiesta: si los derechos internacionalmente protegidos fueron violados, el Estado incurre en responsabilidad, por ignorante que sea el agente de la violación de que, aplicando una ley interna, estaba violando una convención internacional sobre derechos humanos[25].

Por lo tanto, el deber de los Estados partes de adecuar su Derecho interno a la Convención Americana no sólo es exigible inmediatamente, sino que se integra y forma parte esencial del deber general de garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que deben los Estados a toda persona bajo su jurisdicción. En ese sentido, el artículo 2 de la Convención, no sólo es compatible con el artículo 1.1 de la misma, sino que expresa parcialmente el mismo principio que éste, refiriéndolo esta vez a la *obligación internacional de adecuar de inmediato el Derecho interno al régimen de protección estipulado en la misma Convención.*

---

23. *Ibíd.*, párr. 57.
24. *Ibíd.*, párrs. 50, 57 y 58.
25. La única circunstancia en que la violación *manifiesta* de Derecho interno puede tener relevancia sobre el valor de las obligaciones contraídas, está referida a la causal de nulidad de los tratados prevista en el artículo 46 de la misma Convención de Viena, cuando una convención es celebrada por una autoridad incompetente para ello, situación en la cual el tratado queda viciado de nulidad si el Derecho interno en materia de atribución de competencia ha sido violado y siempre *"que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno".* Se entiende por violación manifiesta aquella que *"resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".*

C. El artículo 2 de la Convención y la garantía de la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos

En un aspecto, el artículo 2 es más restringido que el artículo 1.1, pues el primero se refiere a la garantía de los derechos humanos en términos generales, mientras que el segundo se refiere fundamentalmente a la *garantía legal* de los mismos o, con la expresión utilizada por Cançado Trindade, se trata de una *obligación legislativa* que han asumido los Estados Partes en la Convención, con el fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos que ella misma reconoce, a toda persona que esté bajo la jurisdicción de dichos Estados. Pero, desde otra óptica, el artículo 2 tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues, de acuerdo con la más recta interpretación, no debe entenderse restrictivamente, en el sentido de limitarse a abarcar la garantía de los derechos internacionalmente protegidos dentro del Derecho interno, sino que debe vincularse con el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones contraídas mediante la ratificación de la Convención, especialmente en lo que toca a la efectividad del sistema internacional de protección en el orden jurídico interno.

Un tema fundamental en esta materia no se refiere ya a los derechos protegidos explícitamente en la Parte I de la Convención sino a la efectividad que en el orden interno (cualquiera sea la rama del poder público afectado), tienen las recomendaciones, decisiones, resoluciones o sentencias de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, órganos que son objeto de la Parte II del Pacto de San José. Si las decisiones de los órganos creados para velar por el respeto a la Convención no son observadas por los Estados partes en la misma, el sistema de protección internacional quedaría privado de sentido en tanto tal. Los derechos reconocidos por la Convención ya se encuentran, en general, insertos dentro del ordenamiento constitucional de los Estados americanos. Por lo tanto, la relevancia del sistema establecido en la Convención radica principalmente en que ofrece a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, que no hayan podido obtener la garantía debida con los recursos que el orden interno proporciona, una instancia internacional a la cual acudir para obtener la protección que la jurisdicción doméstica le ha denegado.

La Convención consagra, implícitamente, el *derecho a la protección internacional de los derechos humanos*. El artículo 25 de la Convención reconoce, refiriéndolo al Derecho interno, el llamado *derecho a la protección judicial*, según el cual,

> *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención…*

Ese derecho tiene, en la dimensión internacional una expresión correlativa en la *actio popularis* para ejercer el *derecho de petición internacional*, con el que se desencadena el sistema de protección basado directamente en la Convención. Ese mecanismo,

que fue durante mucho tiempo una particularidad única y sobresaliente del sistema interamericano de derechos humanos, destacada desde entonces, y todavía hoy, como un aporte regional a la protección internacional de los derechos humanos[26].

---

26. *Cf.*, BUERGENTHAL, T., *The American and the European Conventions on Human Rights Similarities and Differences*, 30 Am.U.L.Rev (1980); del mismo autor: *International Human Rights*, West Publishing Co., St. Paul 1995, pp. 199-200; AGUILAR, A., "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos

El sistema de peticiones individuales es aplicable tanto a los estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como a los que no lo son. En relación con los primeros, el artículo 44 del Pacto de San José establece:

> *Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.*

Respecto de los Estados que pertenecen a la OEA, pero no son partes en la Convención, el artículo 20 del Estatuto de la Comisión[27] expresa:

> *En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes*:
>
> *a.- prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;*
>
> *b.- examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;*
>
> *c.- verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.*

A los efectos de este trabajo, orientado especialmente hacia los Estados partes en la Convención Americana (pues se trata de analizar el efecto de sus artículos 1 y 2 sobre el resto del tratado), me limitaré a formular algunas observaciones sobre las implicaciones del artículo 44 antes citado.

El artículo 44 de la Convención es la expresión procesal de que el único y verdadero titular de los derechos protegidos por ese instrumento internacional es el ser humano[28]. Esa titularidad debe ser la guía fundamental para la interpretación del Pacto de San José y para la formulación de la normativa secundaria -como los Reglamentos de la Comi-

---

humanos", en *Derechos Humanos en la Américas, in memoriam de Carlos A. Dunshee De Abranches*, OEA, Washington, D.C. 1984, pp. 199-216; del mismo autor, "La protección de los derechos humanos en el ámbito regional". *Revista de Derecho Público*, nº 3, Caracas julio-septiembre 1980; VASAX, K., "La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme", *LGDJ*, París 1968, pp. 46 y ss.; FROWEIN, J., The European and American Conventions on Human Rights: A Comparaison 1 Hum. Rights L.J. (1980); NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, IIDH/Civitas, Madrid 1987, pp. 205-219; BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. y NIKKEN, P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, IIDH/EJV, San José/Caracas 1990, pp. 98 y 99; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*; *cit*.., pp. 192-194.

27. Esta disposición reproduce, en lo esencial, la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), que reformó el Estatuto de la Comisión (a pedido de ésta) y formalizó y autorizó la práctica de la CIDH, instaurada desde sus primeras sesiones, en el sentido de recibir y dar trámite a *comunicaciones* o *peticiones* individuales. Se estableció así un sistema de iniciativa individual para la denuncia de violaciones a los derechos humanos, aplicable a todos los miembros de la OEA, años antes de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

28. *Cf.*, a este respecto, el importante estudio de CANÇADO TRINDADE, A.A., "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos" en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario (noviembre de 1999), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José 2001, pp. 3-68.

sión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos- encargada de desarrollar este derecho y de regular procesalmente la protección internacional de los derechos humanos.

Desde el momento en que la Convención Americana, inspirada en la práctica inveterada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoció como regla general de procedimiento el derecho de petición individual para denunciar la violación de los derechos por ella protegidos, se abrió un campo formidable para el florecimiento de la personalidad jurídica internacional del ser humano[29]. Tal como ha sido destacado, *"no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, -la piedra angular del acceso de los individuos al mecanismo de protección de la Convención Americana-"*[30].(Énfasis añadido).

Siguiendo ese concepto se han producido las últimas reformas a los Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Según las normas procesales vigentes de la Comisión, el peticionario tiene derecho, en principio, a que, en el trámite de su caso, se agoten todos los mecanismos de protección previstos en la Convención. Por lo tanto, sólo a título excepcional podría impedirse que sea sometido a la consideración de la Corte un caso en le que la CIDH concluya que el tratado ha sido violado[31], según lo dispone el artículo 44.1 del reglamento de la Comisión:

> *Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión*.

En cuanto a la Corte, el artículo 35.1.e de su Reglamento, ordena a la Secretaría que se notifique a la presunta víctima de la introducción de la demanda por parte de la CIDH. A su vez, el párrafo 4 del mismo artículo establece:

> *Notificada la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, estos dispondrán de un plazo de 30 días para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas*.

Por lo tanto, una vez introducida la demanda (actuación que, según la Convención, es monopolio de los Estados partes y de la CIDH), el ser humano individual puede ejercer plenamente su derecho a ser parte plena, con total autonomía, en el proceso ante la Corte.

---

29. Hace apenas quince años abordé el asunto con optimismo, pero reconociendo que aún se estaba en una fase de aproximación, que no había cristalizado como ocurre en el presente. *Cf., La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo…cit.*, pp. 65 y ss.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Pietruzzi y otros Excepciones Preliminares*, Sentencia del 4 de septiembre de 1998, serie C, nº 41, voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, A.A., párr. 3.

31. En mi opinión, incluso cuando la CIDH concluye que no hubo violación de la Convención, si la víctima manifiesta su aspiración a que el caso sea sometido a la Corte, la CIDH debería introducir a la instancia: el recurso a la Corte es un medio de protección de los derechos humanos y no un derecho procesal de la CIDH. Las razones para denegar el acceso a la Corte de estos casos, deberían estar sometidos a la misma regla del artículo 44.1: *decisión fundada de la mayoría de los miembros de la Comisión*.

De esta manera, a partir de la cuestión conceptual según la cual el titular sujetivo de los derechos humanos es la persona y nadie más; de la formulación procesal del artículo 44 de la Convención; y del sistema general de protección dispuesto en la Parte II del tratado, los Reglamentos de la Comisión y de la Corte han desarrollado con progresiva claridad un derecho autónomo, establecido y regulado en la misma Convención y en los citados Reglamentos: *el derecho a la protección internacional de los derechos humanos.*

Ahora bien, este derecho, como cualquier otro, debe ser *efectivo*, y debe estar sometido a los mismos deberes de *respeto y garantía* que pauta el artículo 1.1 e la Convención, para su libre y pleno ejercicio. Por lo mismo, ese derecho comporta nuevos deberes para los Estados, como lo es, en primer lugar el deber (negativo) o prohibición de establecer obstáculos para el acceso de la persona a la protección internacional[32].

Los derechos de las víctimas presuntas, así como los deberes del Estado, no se agotan en el acceso a la protección internacional, sino que comprenden *su efectividad*, sin la cual el sistema internacional de salvaguarda de los derechos humanos carecería de *efecto útil*. Por lo tanto, las decisiones tutelares de los órganos internacionales de protección son de obligatorio cumplimiento para los Estados partes, los cuales, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, deberán adoptar las *disposiciones legislativas o de otro carácter* necesarias para ponerlas en práctica, en la medida en que tales mecanismos no existan en el Derecho interno[33].

Por otra parte, no debe olvidarse que la Corte Interamericana ha interpretado el artículo 2 de la Convención de manera general y ha dejado claro, que un Estado parte *en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole*; y que *en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas*[34].

Por consiguiente, los Estados partes en la Convención Americana están obligados a adoptar las disposiciones legislativas y de otro carácter necesarias para dotar de efectividad en el orden interno a *todos los compromisos asumidos al ratificar el tratado y reconocer la competencia de los órganos de protección en él previstos.*

Es en este terreno donde se han revelado las carencias más importantes de la operación del sistema interamericano de derechos humanos. No es el propósito de este trabajo detenerse en este punto, cuya gravedad e importancia no pueden, empero, dejar de

---

32. *Cf.*, FAÚNDEZ LEDESMA, H., *cit.*, p. 192; y voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, ya citado, en el Caso *Castillo Petruzzi*.

33. El artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reconoce el derecho de toda persona a *dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*, es decir, el derecho de petición y acceso a la protección internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la misma norma, en lo que hace a la *efectividad* de dicha protección, el mismo artículo remite a normas secundarias, prescribiendo que *el Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales…* El carácter autoejecutivo (*self-executing*) que se reconoce a los tratados en el ordenamiento constitucional venezolano, puede ser una base para la ejecución en el orden interno de las decisiones de los órganos internacionales de protección. Sin embargo, hay que reconocer que esa base puede revelarse insuficiente en numerosos casos.

34. *V.*, notas 11, 12 y 13.

subrayarse. Basta destacar que en los trabajos emprendidos dentro del seno de la OEA, así como en la Cumbre Hemisférica de Québec, el estudio de las reformas tendientes a mejorar el sistema regional de derechos humanos ha puesto de relieve que, antes que las reformas en cuanto innovaciones institucionales, habría que ocuparse de mejorar el funcionamiento de las instituciones existentes, lo que comienza por el respeto y acatamiento que deben merecer a los Estados partes en la Convención las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos[35].

Las sentencias de la Corte, más allá de ninguna discusión, son de obligatorio cumplimiento para los Estados sometidos a su jurisdicción en un caso contencioso. Así lo estipula el artículo 68 de la Convención:

> *1.- Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*
>
> *2.- La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*

Esta disposición debe interpretarse en su más amplio sentido, pues no debe restringirse sólo a la sentencia sobre el fondo del caso sino a todas las sentencias, resoluciones y demás providencias que en el curso del proceso adopte el tribunal en particular a aquéllas que se refieren las excepciones preliminares, a reparaciones o a la ejecución de la sentencia, así como a las medidas provisionales que la Corte ordene de conformidad con el artículo 63.2 de la Convención.

Sin embargo, la única previsión sobre ejecución de sentencias que contiene la Convención es la relativa a la indemnización compensatoria que pudiere acordar la sentencia. Esto resulta a todas luces insuficiente, pues numerosas providencias judiciales están referidas a actuaciones a las cuales debe proveer el Estado al cual está dirigida la sentencia y que no implican el pago de una indemnización. Por lo demás, es frecuente que el Derecho interno de numerosos países latinoamericanos establezca el llamado *privilegio fiscal*, que impide la ejecución forzosa de las sentencias de los Tribunales internos contra el Estado, hipótesis en la cual, incluso las sentencias de la Corte Interamericana que ordenen el pago de una indemnización compensatoria estarían desprovistas de fuerza ejecutoria real en la jurisdicción nacional.

Claro está, en los países en que exista el aludido *privilegio fiscal* se requiere de una adecuación del Derecho interno a la Convención, para que semejante privilegio no pueda ser invocado para oponerse a la ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo demás, en mi opinión, el llamado *privilegio fiscal* violenta el derecho al debido proceso de quien litiga contra el Estado u otras entidades que disfruten del susodicho privilegio, el cual atenta, además, contra los derechos a la

---

35. El asunto fue objeto de detenido estudio en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, en especial durante los años 1999 a 2001, en un debate abierto a los órganos del Sistema y a la sociedad civil. Las conclusiones de dichos trabajos fueron transmitidos al Consejo Permanente y, por éste, al XXI Período de Sesiones de la Asamblea General, que tuvo lugar en San José, Costa Rica, en junio de 2001 (CP/CAJP-/01). Con base en dicho informe, la Asamblea General adoptó una resolución sobre *Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento* (OEA/Ser.P AG/RES. 1828 (XXXI-O/01) 5 junio 2001). Esta resolución, aunque tomó nota de la importancia de la efectividad de las decisiones de la Comisión y de la Corte, sólo tuvo tímidas expresiones para que los órganos políticos de la OEA cumplan un papel efectivo en "el cumplimiento de las decisiones de la Corte y el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión". Está todavía por verse cuál será el impacto real de esta información anual en el seno de los órganos políticos de la OEA.

igualdad ante la ley y la no discriminación. En virtud de esta odiosa ventaja, se sitúa a los particulares, en la práctica, en una posición de indefensión frente al Estado, al que se ofrece una ventaja procesal indebida de litigar sin riesgos.

En cuanto a la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte ha aclarado lo siguiente:

> …en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, *si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana* que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).
>
> Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes"*, por lo que, *-al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes-*.[36] (Las cursivas son de la Corte; los resaltados son añadidos).

Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso, por lo demás nunca utilizado hasta el presente, que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la Comisión en aplicación del artículo 50 de la Convención, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

El hecho es que, en general, el Derecho interno de los Estados partes en la Convención, carece de mecanismos específicos para la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o para el seguimiento y puesta en práctica de las recomendaciones de la Comisión[37].

En síntesis, los Estados partes en el Pacto de San José no sólo están obligados a respetar y garantizar los derechos explícitamente reconocidos en la Parte I del tratado. También están obligados a respetar y poner en práctica las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, en las áreas propias de su competencia

---

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, n° 33; párs 80 y 81.

37. Una excepción parcial a este cuadro viene dado por el Convenio de Sede entre la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito el 10 de septiembre de 1981 y ratificado por el Estado el 9 de septiembre de 1983. En los términos del artículo 27 de dicho Convenio, *las resoluciones de la Corte y, en su Caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.* Asimismo, la Sala Cuarta (constitucional) de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de mayo de 1995 (Exp. 0421-S-90. n° 2313-95) estatuyó que, cuando un Gobierno solicita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre la compatibilidad de sus leyes internas con la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, la opinión de la Corte es vinculante y obligatoria para el gobierno que la solicitó, conclusión que, por razón de competencia del Tribunal de la cual emanó, sólo constriñe a Costa Rica. Costa Rica, en cambio, no ha considerado vinculantes las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al menos cuando ellas tienden a suspender la ejecución o a dejar sin efecto en fallo definitivamente firme, confirmado por la Corte suprema de Justicia. Tal fue la posición de Costa Rica en el trámite del caso *Mauricio Herrera y otros c. Costa Rica* (Caso *del periódico La Nación*) en la CIDH.

como órganos de protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano. Esta obligación de los Estados partes no es solamente una emanación de la recta aplicación de Derecho internacional general, sino que también cae dentro del supuesto de aplicación del artículo 2 de la Convención, que debe asegurar la efectividad en el orden interno del ejercicio del *derecho de petición* previsto en el artículo 44 de la misma; y del *derecho a la protección internacional de sus derechos humanos* en los términos que dicho tratado la establece y que los Reglamentos de la Comisión y de la Corte organizan. La efectividad de este derecho, particularmente por lo que toca al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión y a la ejecución de las sentencias de la Corte en cada Estado parte, debe quedar garantizada por *"disposiciones legislativas o de otro carácter"*, tal como lo ordena el artículo 2 de la Convención Americana. Al fin y al cabo, la protección internacional de los derechos humanos perdería buena parte de su sentido si su efectividad no formara parte de la *garantía* del pleno y libre ejercicio de tales derechos.

Por lo tanto, cuando un Estado no pone en práctica las recomendaciones de la Comisión o las sentencias u otras providencias de la Corte de las cuales es destinatario, puede estar incurriendo en una *doble violación de la Convención Americana*. En primer lugar, la que resulta directamente de la inobservancia de lo decidido por los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos. Dicha inobservancia está referida, en el caso de la Comisión, a la violación de los deberes implícitos en el artículo 33 de la Convención, en concordancia con los artículos 52 y 111 de la Carta de la OEA; y, en el caso de la Corte, a la violación directa del artículo 68 de la misma Convención. En segundo lugar, si el Estado en cuestión no ha adoptado disposiciones legislativas o de otro carácter destinadas a dotar de efectividad, en el orden interno, a las decisiones o recomendaciones de la Comisión y las sentencias y demás providencias de la Corte, incurre también en una violación del artículo 2 de la Convención.

En conclusión, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la interpretación del artículo 2, en el contexto del derecho de petición ante los órganos del sistema, que implícitamente se reconoce a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes en la Convención Americana, dicho artículo 2 representa una pieza de significativa importancia para la *garantía de los derechos humanos* reconocidos por la misma Convención.

Dicha garantía implica, una vez más, cierto número de obligaciones a cargo de los Estados partes. Algunas de esas obligaciones son de contenido positivo, en el sentido de que implican *un hacer* por parte de los órganos del poder público; mientras que otras son negativas, en cuanto comportan *prohibiciones* que limitan la esfera de actuación legítima de dichos órganos. Quedan así comprendidas: 1) la obligación de *adoptar sin dilación disposiciones de Derecho interno* necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención; 2) la obligación de *suprimir toda norma o práctica* incompatible con los deberes que la Convención impone a los Estados partes; 3) la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de la Convención; 4) la prohibición de aplicar o dar cumplimiento a leyes u otras normas violatorias de la Convención[38]; 5) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter *necesarias para hacer efectivas las decisiones o recomendaciones de la Comisión y las sentencias y demás providencias de la Corte*.

38. *Cf.*, FAÚNDEZ LEDESMA, H., *cit.* p. 75.

Estos deberes, junto con algunos de los que antes se han enunciado en conexión con el artículo 1 del Pacto de San José, se ubican dentro de la prevención de las violaciones de los derechos humanos, como un vehículo para proveer a la garantía de los mismos. Esta última, claro ésta, no se agota en la fase previa a la violación, sino que surge con todo vigor cuando tales derechos son lesionados, supuesto en el cual el Estado está en el deber de investigar los hechos, de establecer las responsabilidades que los mismos den lugar y a asegurar la adecuada reparación a la víctima. La inobservancia de estos deberes dentro de su jurisdicción se traduce en una violación de la Convención Americana, esto es, en un hecho ilícito internacional imputable al Estado concernido, que incurre, por lo tanto, en responsabilidad internacional. Entre las consecuencias que la responsabilidad internacional por violación del deber de respetar y garantizar los derechos humanos, destaca muy especialmente a *obligación de reparar* el daño causado. Este tema será someramente examinado en la segunda parte del primer capítulo de este trabajo.

2. El deber de reparar las violaciones de los derechos humanos

El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

> *Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*.

Esta norma convencional recoge, en el ámbito específico de los derechos humanos, una regla de Derecho universalmente aplicable a los supuestos en los que una persona sufre un daño como consecuencia de un hecho ilícito imputable a otra persona: el agente del daño debe repararlo. En el ámbito de la responsabilidad internacional en general, el deber de reparación está a cargo del Estado al que resulta imputable un hecho internacionalmente ilícito que ha causado un daño.

Se expresa así una regla de Derecho consuetudinario, que es la base de la teoría de la responsabilidad internacional: *"todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado compromete su responsabilidad internacional"*[39].

La jurisprudencia internacional ha recogido de manera inveterada el principio según el cual un Estado que incurre en responsabilidad internacional está obligado a reparar el daño causado por el hecho ilícito que se le imputó. La obligación de reparar es autónoma respecto de la violación originaria y su pleno cumplimiento, en principio, libera al Estado de las consecuencias de la responsabilidad internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera invariable, ha destacado que la obligación de reparar forma parte indisociable de los deberes asumidos por los

---

39. *Tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale,* Commission de Droit International, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats (*Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale)* en AGO, R., *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati… cit.*, vol. II,1, p. 386. La Corte Internacional de Justicia, siguiendo la jurisprudencia invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha recogido el mismo principio: la violación de un compromiso internacional acarrea la obligación de repararlo en forma adecuada: *Reparation for injures sufferd in the service of United Nations,* Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1949, p. 184.

Estados Partes en la Convención y que expresa una regla general del Derecho internacional[40], según la cual *"toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente"*[41].

La extensión de la reparación también ha sido bien definida por la jurisprudencia internacional. La Corte Permanente de Justicia Internacional, a propósito de la reparación dentro del Derecho internacional general determinó lo siguiente:

> …La reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto. La -*restitución en especie*-, o, de no ser ésta posible, el pago de -*una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie*-, y la concesión, caso de ser necesario, de una -*indemnización por daños*- por la pérdida sufrida -si ésta no resulta cubierta por la restitución en especie o por el pago en lugar de ella- -*esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un acto contrario al Derecho internacional*-[42].

Estos principios han sido acogidos en el antes citado artículo 63.1 de la Convención Americana, y han sido desarrollados, teniendo en cuenta las particularidades del Derecho internacional de los derechos humanos, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentados principios generales que deben dominar esta materia. La reparación comporta normalmente una indemnización y otros aspectos resarcitorios de naturaleza patrimonial. Pero, especialmente en materia de derechos humanos, la obligación de *reparar* debe ir más allá de lo meramente patrimonial y comportar ciertas actuaciones de carácter extrapatrimonial (como una *satisfacción* a la víctima o sus familiares); o legislativo (como la adecuación del Derecho interno a la convención, en los términos del artículo 2 de la misma); o administrativo (como la destitución de un funcionario); o judicial (como proseguir investigación judicial del hecho lesivo, como puede ocurrir con las desapariciones forzadas de personas)[43].

De una manera invariable, la Corte ha enfatizado que el artículo 63.1 expresa, dentro del ámbito específico de los derechos humanos una norma fundamental de la responsabilidad internacional. Al violar una norma jurídica internacional y causar con ello un perjuicio, el Estado infractor debe soportar las consecuencias del hecho ilícito, que consisten, en estos casos, en el deber de reparar las consecuencias lesivas del ilícito

---

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, (*art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos*), serie C, n° 7, párr. 25; Caso *Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, (*art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos*), serie C, n° 8, párr. 23; Caso *El Amparo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C, n° 28, párr. 14); Caso *Neira Alegría y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 19 de septiembre de 1996, serie C, n° 29, párr. 36; Caso *Caballero Delgado y Santana, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia 29 de enero de 1997, serie C, n° 31, párr. 15; Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 40.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Niños de la Calle*, (Caso *Villagrán Morales y otros*), Sentencia de Reparaciones del 26 de mayo de 2001, párr. 59.

42. Affaire *de l'usine de Chorzów, fond,* Arrêt nº 13, 1928, C.P.J.I., serie A, nº 17, p. 47.

43. *Cf.*, A este respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, *cit.*, párr. 181; Caso *Godínez Cruz*, *cit.*, párr. 181. Más explícitamente, Caso *Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989 (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie C, n° 7; párrs. 32-36; Caso *Godínez Cruz*, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989 (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie C, n° 8; párrs. 30-34.

internacional y, en su caso, de poner cese de inmediato a la actuación contraria a Derecho que le es imputable:

> *Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana contiene una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De acuerdo con ello, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la mencionada violación*[44].

En su jurisprudencia reciente, la Corte ha subrayado que la reparación no puede separarse del contexto del caso concreto en el cual se ha producido la violación de los derechos humanos y que, por lo tanto, su contenido puede variar de acuerdo con las circunstancias:

> *-La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida-: podrá consistir en la restitutio in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 189; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 199; Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, ..., párr. 46; Caso El Amparo, Reparaciones, ..., párr. 16 y Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, ..., párr. 17). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos*[45].

En cuanto a la reparación, la Corte ha afirmado el principio generalmente aceptado en el Derecho internacional, que ella debe procurar la *restitutio in integrum* y que el daño moral es indemnizable:

> *La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.*
>
> *En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad*[46].

Como una materia de principio general, la Corte precisó que el artículo 63.1 debe interpretarse conforme al Derecho internacional y no al Derecho interno:

---

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos (fondo),...cit.*, párr. 67. En el mismo sentido, Caso *del Caracazo, Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 29 de agosto de 2002, serie C, n° 95, párr. 76; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros,* Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, nº 94, párr. 202; y Caso *Trujillo Oroza, Reparaciones,* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de febrero de 2002, serie C, nº 92, párr. 60.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 41.

46. Caso *Velásquez Rodríguez,* Indemnización Compensatoria, *cit.*, párrs. 26 y 27; Caso *Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, cit.*, párrs 24 y 25.

Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo.

Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia[47].

Estas reglas generales, con matices y atenuaciones en algunos casos han servido como directriz a la Corte para el cálculo de las indemnizaciones debidas por los Estados declarados responsables de haber violado la Convención en perjuicio de cualquier persona bajo su jurisdicción.

Este trabajo no pretende abordar *in extenso* el tema de la reparación conforme al artículo 63.1 del Pacto de San José, que presenta complejidades cuyo examen exhaustivo desbordaría el propósito del mismo. Me limitaré por tanto, a pasar revista, de manera sumaria, al contenido de la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos, teniendo presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La reparación del daño en forma específica, es el que procura *borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto*. Como se destacó antes, este es el concepto prioritario en materia de reparación según el Derecho internacional general; y cobra especial relevancia y vigor en el ámbito de la garantía de los derechos humanos, dada la naturaleza del bien lesionado, que es un derecho *inherente a la dignidad de la persona humana*.

De manera subsidiaria y complementaria, se debe una justa indemnización por los perjuicios que no pueden ser restituidos en forma específica. Por último, también es indemnizable el daño moral, o, como la Corte Interamericana ha precisado mejor en su terminología, los *daños inmateriales*.

Se examinarán entonces, sucesivamente, las siguientes cuestiones: (A) la reparación de la violación a los derechos humanos en forma específica; (B) la reparación por equivalente o indemnización; y (C) la reparación de los daños inmateriales. A estos tres aspectos se agregará un breve comentario sobre una forma particular de reparación inmaterial, normalmente apropiada sólo para los daños inmateriales, como los es *la satisfacción* (D).

A. La reparación de las violaciones a los derechos humanos en forma específica: restitución material

En Derecho internacional general, la primera obligación de un Estado que ha incurrido en un hecho ilícito, consiste en poner cese de inmediato a la violación[48]. En la Con-

---

47. Caso *Velásquez Rodríguez,* Indemnización Compensatoria, *cit*., párrs. 30 y 31; Caso *Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, cit.*, párrs 28y 29.

48. *Cf.,* ZEMANEK, K., "La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites" en *Responsabilité internationale,* Pedone, París 1987, p. 65. El autor cita el artículo 6 del Segundo Informe de Riphagen a la Comisión de Derecho Internacional: *El Estado lesionado puede exigir al Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito: a) que ponga cese a ese hecho, que libere a las personas y restituya los objetos que están en su poder y que impida que los efectos de tal hecho se prolonguen.*

vención Americana, este deber es el fundamento de la competencia de la Corte para disponer *"que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados".* (Art. 63.1). En este sentido, la reparación *"está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida"*[49]. La reparación *en especie*, consiste, por lo tanto, en borrar las consecuencias de la violación de la Convención *en perjuicio de la víctima* y en restituirla en el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

Las medidas que puede adoptar la Corte siempre dependerán, en primer término, de la posibilidad material de revertir la lesión (lo cual es imposible cuando se ha violado, por ejemplo, el derecho a la vida o a la integridad física, pues no es posible devolver la vida a la víctima ni borrar los efectos o poner cese a una tortura ya infligida); y, en segundo lugar, del derecho o libertad conculcados. A título de ejemplo, la Corte ha decidido que un proceso judicial realizado violentando las prescripciones de la Convención, debe ser invalidado y el caso debe ser reabierto en los tribunales nacionales. La Corte ha resuelto que,

> *-declara la invalidez-, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez-y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal*[50].

Asimismo, en un caso de violación del derecho a la libertad personal y al debido proceso, la Corte ha ordenado que el Estado ponga en libertad a la víctima, de acuerdo con su Derecho interno, en *un plazo razonable*:

> *Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención, y especialmente de la prohibición de doble enjuiciamiento, en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo y, por aplicación del artículo anteriormente transcrito, la Corte considera que el Estado del Perú debe, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable*[51].

En caso de que la Corte encuentre que la violación de la Convención se origina en la incompatibilidad entre disposiciones de Derecho interno y la Convención, la Corte ha ordenado la inmediata adecuación de aquél, aun en el caso de que se trate de normas internas de rango constitucional. En el caso *La Última Tentación de Cristo*, normas de la Constitución chilena sobre censura resultaban incompatibles con la Convención y la Corte estableció:

> *Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que -el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa-, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película La Última Tentación de Cristo, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.*
>
> *En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apro-*

---

49. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones... cit.*, párr. 43.

50. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, nº 52, párr 226 (13).

51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, nº 33, párr. 84.

piadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención[52].

La Corte ha delimitado también casos en los cuales la plena restitución no es posible de inmediato, caso en el cual subsiste como un deber permanente a cargo del Estado, que no se libera de él hasta reparar efectivamente el daño. Tal ha sido el caso de ciertas violaciones continuadas, particularmente de la desaparición forzada de personas, por lo que hace al *derecho a la verdad* de los familiares de los desaparecidos y del cuerpo social en general. En sus primeras sentencias contenciosas la Corte expresó:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance[53].

La Corte regresó sobre el tema en sus sentencias sobre reparaciones en esos mismos casos:

Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutiva de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuenica, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento[54].

En todos los ejemplos citados, la reparación tiende a lograr la plena *restitución* del derecho o libertad conculcados. Sin embargo, normalmente, la cesación de la violación no es suficiente para obtener la plena reparación de la lesión sufrida por la víctima. Por otra parte, la restitución así entendida puede, en ciertas condiciones, desbordar en sus efectos a la esfera de la víctima y repercutir de una manera general sobre el deber de garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a *todas las personas* bajo la jurisdicción del Estado condenado.

A propósito de este último aspecto, la jurisprudencia de la corte ha establecido una distinción entre el resarcimiento debido a la víctima y las consecuencias generales de la violación de la Convención:

La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación. La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: "la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados". Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella. Así, la Corte no podría oponerse a que una persona víctima de una violación de derechos humanos, particularmente si es un mayor de edad, renuncie a la indemnización que le es debida. En cambio, aún cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. "La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilí-

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de Febrero de 2001, serie C, nº 73, párrs. 97 y 98.

53. Caso *Velásquez Rodríguez (fondo)…, cit.,* párr. 181; Caso *Godínez Cruz (fondo)…, cit.*, párr. 191.

54. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria…, cit.*, párr. 35; Caso *Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria…cit.*, párr 33.

cito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención"[55].

Debe tenerse presente además que, en general, una vez producida la violación de los derechos protegidos por la Convención, la sola cesación de los efectos del acto lesivo no constituye una reparación íntegra la lesión padecida por la víctima, porque no es posible desvanecer retroactivamente los daños infligidos hasta el momento en que dicha cesación se hace efectiva (el tiempo de privación ilegítima de libertad o las consecuencias ya pasadas de un acto del poder público en aplicación de una ley incompatible con la Convención, por ejemplo). Por esa razón, la reparación *in natura* normalmente debe ser complementada con medidas de reparación adicionales. Algunas de ellas tienden a la garantía *ex post facto*, las cuales, a su vez, pueden estar orientadas a la reparación integral debida a la víctima y tienen como objeto principal dar una respuesta apropiada a la violación a los derechos de ésta, tal como ocurre con la obligación de investigar los hechos y de sancionar, en cuanto fuere menester, a los responsables de éstos.

También cabe agrupar bajo esta categoría a las medidas tendientes a evitar la repetición de hechos semejantes. La prevención, como se ha destacado antes en este trabajo, forma parte del deber general de garantía de los derechos humanos a cargo de los Estados partes en la Convención Americana. Esa obligación de carácter general puede ser objeto de una resolución, *también de efectos generales*, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *en la ocasión de sentenciar un caso particular*. Por ejemplo, en el *Caso del Caracazo*, donde se evidenciaron excesos represivos producto de prácticas precedentes y de la estructura de los cuerpos de seguridad, la Corte estatuyó lo siguiente:

Las características de los hechos de este caso, revelan que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado "no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Es menester impedir a toda costa que vuelvan a repetirse las circunstancias descritas". El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. No se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida. "Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos," adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal[56].

Este género de providencias judiciales tiene algo en común con aquéllas que se enderezan a ordenar la adecuación del Derecho interno a la Convención, con ocasión de una infracción individual producto de la aplicación particular de una norma doméstica incompatible con ésta. Se trata de sentencias que tienen un alcance general sobre la garantía debida a los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción del estado infrac-

55. Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones... cit.*, párr. 72.
56. Caso *del Caracazo. Reparaciones… cit.*, párr. 127.

tor en el caso concreto. En ese sentido, aunque se procura reparar la lesión de la víctima en el caso concreto, la sentencia tiene efecto *erga omnes*, cuyo cumplimiento no se agota en el interés particular del reclamante, sino que toca a la naturaleza y alcance de las obligaciones contraídas por los Estados partes en la Convención[57].

En el otro extremo se sitúa el resarcimiento de la lesión que no pudo quedar cubierto por la reparación *in natura*. En tal supuesto es necesario acudir al pago de una indemnización que repare, *por equivalente*, o compense la parte de la lesión que no ha podido restablecerse con la restitución del derecho o libertad conculcados ni con las reparaciones *ex post facto*, pues se refieren a daños ya causados que no pueden borrarse retroactivamente. De conformidad con el antes anunciado orden de exposición de este trabajo, se pasa de inmediato a considerar dicho punto.

B. El pago de una justa indemnización

Dadas las características que normalmente reviste la violación de los derechos humanos, la *restitutio in integrum* no es siempre realizable a través del mero restablecimiento a la víctima en el goce del derecho o libertad lesionados. En ocasiones (la privación de la vida es el ejemplo más elocuente), el restablecimiento es imposible en lo absoluto, mientras que en otras ocasiones sólo lo es parcialmente. Es necesario entonces suplir el resarcimiento de los daños materiales (e inmateriales) no reparados por medio del pago de una *justa indemnización*.

En sus primeras sentencias sobre la materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la pauta que, con las adaptaciones y precisiones impuestas por cada caso concreto, han orientado de manera invariable su jurisprudencia:

> *La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo "y el pago de una indemnización como compensación por los daños" patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral*[58].

La indemnización es, en consecuencia, una *compensación* adicional al restablecimiento de la víctima (en la medida de lo posible) en el pleno goce del derecho o libertad conculcados. Como remedio a la imposibilidad del pleno restablecimiento, se compensa a la víctima (o, si fuera del caso, a sus familiares) por los daños experimentados y no reparados mediante la restitución *in natura*.

La Corte también estableció que, si se comprueba su cuantía, es indemnizable el daño emergente (que puede comprender, por ejemplo, los gastos hechos en la investigación de la suerte de las víctimas, tratamientos por lesiones, los resultados de una condena patrimonial impuesta en violación de la Convención, etc.)[59], lo mismo que el lucro cesante (que puede consistir en lo que la víctima fallecida dejó de percibir en lo que puede presumirse habría sido su vida útil en términos económicos, o los salarios que deje de

---

57. *Cf.*, FAÚNDEZ LEDESMA, *cit.*, pp. 499 y 500.

58. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria…, cit.*, párr.26; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria…cit.*, párr 24.

59. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria…, cit.*, párr.42; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria…cit.*, párr 40.

percibir)[60]. En cambio, el estado actual del Derecho internacional no autorizaría a condenar al Estado por concepto de daños y perjuicios punitivos[61].

La indemnización debe ser *justa*. Esto implica que ella debe, en la medida de lo posible, cumplir un efecto de reparación de un daño, a través de su cuantificación en una suma determinada de dinero. Por la misma razón, la indemnización no debe exceder de la compensación, de modo que se traduzca en un lucro para la víctima o sus familiares, como ocurriría si excede lo necesario para reparar los daños y perjuicio experimentados por la víctima. La *"reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores"*[62].

Sin embargo, la Corte ha considerado en algunos casos que es relevante el hecho de que el Estado haya reconocido su responsabilidad para determinar el monto de la indemnización, en el sentido de disminuir el monto al cual se condena al Estado a pagar a la víctima o a sus familiares[63]. No puedo compartir ese criterio, precisamente porque el propósito de la indemnización no es premiar o castigar al Estado o a la víctima, sino asegurar a ésta que el monto que recibe tenga, realmente un efecto compensatorio del daño resultante de la violación de sus derechos, para asegurar de ese modo que la reparación *in toto* se traduzca en la *restitutio in integrum* de la lesión. El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado toca a la *satisfacción* debida a las víctimas y sus familiares, es decir, al concepto amplio de *reparación* previsto en el artículo 63.1; y no al de *indemnización*, en sentido estricto, de todos los daños producidos la violación a los derechos humanos de la víctima.

La indemnización completa no se agota en los daños materiales, sino que comprende también el daño moral.

C. La indemnización del daño inmaterial

Como antes se ha expresado, la jurisprudencia de la Corte, desde sus primeras sentencias, ha afirmado la resarcibilidad del daño moral, el cual, en la evolución posterior de la misma jurisprudencia, ha sido denominado *daño inmaterial*, que es, sin duda, una expresión más amplia y comprensiva que la de daño moral, tradicionalmente empleada en el Derecho comparado de la responsabilidad civil.

Es normal que en el ámbito de los derechos humanos la cuestión del daño moral o inmaterial se plantee con singular importancia. En la violación de los derechos humanos están envueltos valores intangibles propios de los atributos inherentes a la dignidad de

---

60. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria…, cit.*, párrs.47 y ss.; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria…cit.*, párrs 45 y ss.

61. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria…, cit.*, párr. 38; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria…cit.*, párr 36.

62. Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones... cit.*, párr. 43; Caso *Castillo Paéz. Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n° 43, párr. 53.

63. *Cf.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Aloeboetoe y Otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, serie C, n° 15, párr. 115; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *El Amparo. Reparaciones.* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C, n° 28, párr. 34. No compartimos ese criterio, porque tal reconocimiento toca a la satisfacción debida a las víctimas y sus familiares, es decir, al concepto amplio de *reparación* previsto en el artículo 63.1, y no al de *indemnización* de todos los daños materiales y morales efecto de la violación a los derechos humanos de la víctima.

la persona. Cuando estos atributos son lesionados, no se produce tan sólo una pérdida patrimonial, susceptible de ser cuantificada con cierta precisión. Acarrea también una lesión profunda a la integridad del ser humano, a su autoestima, a la definición de su vida personal y familiar en el porvenir, a sus relaciones con la sociedad, a su equilibrio psíquico. Se trata, en definitiva, de un tipo de daño que comporta sufrimientos corporales y morales y que afecta valores intangibles de la personalidad.

La Corte no ha considerado necesario fundamentar la rasarcibilidad del daño inmaterial. Lo ha vinculado con el sufrimiento humano y, desde sus primera sentencias ha mantenido invariablemente que "*su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad*"[64]. En su jurisprudencia más reciente, la Corte ha expresado:

> *Dadas las graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los respectivos hechos causaron a las víctimas y que produjeron también sufrimientos a sus familiares, las alteraciones de las condiciones de existencia de las víctimas y sus familiares y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que les acarrearon a estos últimos, la Corte estima que debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales, -conforme a la equidad-.*
>
> *Los hechos del presente caso ocasionaron a las víctimas y a sus familiares diversos tipos de padecimientos físicos y psíquicos, dolor, angustia, miedo intenso, y frustración. La Corte estima que el daño causado por estos nocivos impactos sobre las personas de que se trata deben ser objeto de compensación, en equidad, de la manera que pasa a señalar*[65].

Es interesante destacar que, el daño moral no se limita a los sufrimientos infligidos por atentados contra la vida, seguridad, libertad o integridad de la persona, sino que pueden originarse en violaciones a otros derechos, como el debido proceso o el acceso a la justicia[66]. La Corte ha planteado el tema de los daños causados al *proyecto de vida* de una persona, como ejemplo de daños inmateriales, pero no ha establecido todavía, de una manera expresa, una condena al pago de una indemnización por ese concepto[67].

Los daños inmateriales son, pues, indemnizables materialmente. A la inversa, existe igualmente un mecanismo resarcitorio inmaterial, especialmente aplicable a los daños inmateriales, al menos en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos, y que complementa la *restitutio in integrum*, que es la *satisfacción.*

D. La satisfacción como medio de reparación

La satisfacción tiene en general por objeto el reconocimiento del Estado de haber incurrido en un hecho internacionalmente ilícito, sin que tal reconocimiento esté necesariamente vinculado con el pago de una indemnización o de otra forma de reparación material. Junto con dicho reconocimiento, la satisfacción puede ser acompañada de una expresión de pesar por lo ocurrido y la presentación de las correspondientes excusas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que su sentencia condenatoria de un estado por haber violado la Convención puede representar a veces, en sí

---

64. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria, cit.*, párrs. 26 y 27; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria, cit.*, párrs. 24 y 25.
65. Caso *del Caracazo. Reparaciones… cit.*, párrs. 99 y 100.
66. *Ibíd.*, párr. 107.
67. *Cf.*, FAÚNDEZ LEDESMA, *cit.*, pp. 519-522.

misma, una satisfacción para las víctimas. Así ha ocurrido en su jurisprudencia más remota:

> *Por lo demás, la Corte entiende que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, -una forma de reparación y satisfacción moral- de significación e importancia para los familiares de las víctimas*[68].

Ese mismo criterio ha sido confirmado, al menos en parte, por la jurisprudencia más reciente de la misma Corte:

> *En cuanto a la solicitud de los representantes de los familiares de las víctimas y de la Comisión para que Colombia realice actos simbólicos como medidas de no repetición o de satisfacción, esta Corte considera que el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado constituye un aporte positivo al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana. Atendiendo al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado en lo que se refiere a este reclamo específico, -la presente Sentencia constituye per se una forma de reparación y satisfacción para los familiares de las víctimas-*.[69]

En este último caso, la satisfacción no emanó únicamente del fallo de la Corte, sino del expreso reconocimiento de su responsabilidad por parte del Estado. Aun así, la Corte consideró que era necesaria una medida de satisfacción complementaria:

> *Sin perjuicio de lo anterior, la Corte establece, como medida de satisfacción, que el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en un boletín de prensa de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas de Colombia, por una sola vez, la sentencia de fondo dictada por la Corte el 6 de diciembre de 2001 y de la presente sentencia el capítulo VI denominado Hechos y los puntos resolutivos 1 a 4*[70].

La satisfacción puede resultar también del efecto restitutivo comprendido en una sentencia de la Corte:

> *La Corte, conforme a una constante jurisprudencia internacional, considera que la obtención de una Sentencia por parte de las víctimas, como culminación de un proceso que ampare sus pretensiones, es por sí misma una forma de satisfacción. En el caso sub judice, se trata de magistrados de un alto tribunal de justicia constitucional que fueron destituidos. Consta en el expediente que, el 17 de noviembre de 2000 (supra 26 y 56.30), mediante una resolución del Congreso, los magistrados fueron restituidos en sus funciones, es decir, por el propio órgano que los había removido de sus cargos. Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial El Peruano. La Corte considera que esos hechos constituyen per se una reparación moral; igual reparación moral entraña la presente Sentencia*[71].

En conclusión, el deber de garantía de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica algo más para el Estado que la cabal ejecución de las obligaciones que por dicho tratado ha contraído. Comprende también nuevos deberes en caso de que infrinja dichas obligaciones, en menoscabo de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción. Una de ellas es la de reparar las consecuencias de esa infracción.

---

68. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria, cit.*, párr. 36; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria, cit.*, párr. 34.

69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Las Palmeras v. Colombia. Reparaciones*, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 74.

70. *Ibíd.*, párr. 75.

71. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *del Tribunal Constitucional* (*Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú*), Sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, nº 71; párr. 122.

Como ya se ha visto antes en esta primera parte, en un extremo de la obligación de garantía, cuando ésta involucra la reparación dispuesta u ordenada por un órgano de protección internacional de los derechos humanos, comprende que el Estado, en cumplimiento de la *obligación legislativa* que le impone el artículo 2 de la Convención, haya adoptado las medidas legislativas o de otro carácter para que la reparación ordenada como consecuencia de la protección internacional, pueda ser hecha efectiva en el ámbito de la jurisdicción doméstica. Ese cuadro, cuando se presenta, es una situación de máxima implicación del aparato estatal en la garantía debida a los derechos humanos y en la responsabilidad internacional que puede resultar en la frustración de esa garantía en perjuicio de una persona bajo la jurisdicción del Estado concernido. En ese sentido, la garantía en la jurisdicción interna de la reparación debida en virtud de la garantía internacional de los derechos humanos, se sitúa en las fronteras de la máxima exigencia al estado, al menos en lo que toca al más completo engranaje entre el sistema internacional de protección y el aparato estatal encargado de implementar las obligaciones internacionales contraídas en este ámbito.

No se agota allí, sin embargo, el recorrido que me he propuesto en el presente trabajo por contornos de la actividad ligada al Estado o sus intereses que pueden considerarse en los extremos o fronteras de sus deberes de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. Esos puntos extremos pueden aparecer también en una franja fronteriza entre la imputación al Estado, como un hecho propio, de una acción ejecutada directamente por un particular, por una parte; y la imputación de lo que inicialmente era un hecho de un particular, pero que no fue debidamente prevenido o reprimido por el Estado, por la otra. En el primer caso, el Estado puede ser considerado como el autor directo del hecho ilícito y estaríamos, por lo tanto, en el supuesto de que tal hecho se imputa al Estado como un incumplimiento del deber de *respetar* los derechos humanos; en el segundo, la imputación al Estado resulta de una omisión en la *garantía* debida a tales derechos.

En efecto, en principio, para que las consecuencias de una lesión a los derechos protegidos sea imputable al Estado, es necesario que se cumplan ciertas condiciones, como lo son que el hecho haya sido cometido por un agente u órgano del Estado; o que la infracción se haya apoyado en el uso de recursos que proporciona la función pública; o que obedezca a una falta de prevención; o que, incluso si ella ha sido cometida directamente por un particular o por un tercero desconocido, la acción lesiva no haya sido seriamente investigada y, en su caso, sancionada por el Estado.

La imputación al Estado de la acción de particulares o, en general, de personas que no proceden investidas de carácter oficial, representa un capítulo importante en la responsabilidad por violación a los derechos humanos, pues no es extraño que para cometer ciertos atentados, en procura de impunidad se recurra a la utilización de grupos paramilitares o de apariencia privada, pero que actúan por cuenta o interés del Estado (cualquiera sea el órgano o rama del poder público involucrados), o con su aquiescencia o estímulo.

Esta será la materia que se abordará en la segunda y última parte de este trabajo, conforme al orden de exposición que se anunció en las consideraciones preliminares del mismo.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ACTUACIONES DE PERSONAS, GRUPOS O ENTIDADES NO INVESTIDOS FORMALMENTE DE FUNCIONES OFICIALES

La complejidad y la versatilidad del Estado en sus manejos no se agotan entre los extremos del irrespeto directo a los derechos humanos cometido por un funcionario u órgano del poder público; o la falta de garantía a dichos derechos. Pueden, en efecto, presentarse además otras posibilidades intermedias[72]. Una de ellas es la actividad de personas o grupos de personas que no tienen la condición formal de órganos del poder público, pero que actúan por cuenta de éstos, o bajo su cobertura, sus instrucciones, sus intereses, su financiamiento, su aquiescencia o su protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la imputabilidad al Estado por violaciones a los derechos protegidos en el Pacto de San José no se agota en aquellos actos que sean obra directa de los órganos del poder público, sino que *la responsabilidad del Estado puede quedar igualmente comprometida por actos atribuidos a particulares o a autores no identificados*, aunque no esté probado que actuaron por cuenta o interés del Estado, siempre que ésta haya omitido sus deberes en la prevención, investigación o represión de tales actos. Pero en estos casos la fuente de la imputabilidad por el acto lesivo no radicaría en *"ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"*[73].

Se plantean así dos extremos diferenciados en cuanto al ente que incurre directamente en la trasgresión a la Convención: por una parte estarían las actuaciones emanadas directamente de órganos formales del poder público; y, por la otra, los que puedan atribuirse a particulares e incluso a personas desconocidas. En el primer caso, la violación a la Convención sería imputable *ipso jure* al Estado, mientras que en el segundo la fuente de la imputabilidad es la falta de diligencia en la prevención, investigación, sanción (si procede) y reparación de la violación. Todo ello atañe directamente a la obligación de *garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*, más que al estricto deber de respetarlos.

El régimen jurídico aplicable a estos supuestos se origina en principios generales de la teoría de la responsabilidad, aplicables en primer término, en el ámbito del Derecho internacional general, a la responsabilidad internacional. Sus desarrollos más recientes, empero, han tenido lugar en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos, en el cual los órganos de protección han tenido que tramitar a menudo denuncias relacionadas con la acción de grupos encubiertos, que practican actividades represivas violatorias de derechos fundamentales, en nombre, por cuenta o con la aquiescencia del Estado. Es, lamentablemente, una práctica recurrente en el mundo contemporáneo, cuyo

---

72. Entre esas situaciones está la del funcionario putativo o de hecho, es decir, de la persona que, sin tener la correspondiente investidura, *de hecho ejerce una función pública*, esto es, una función que normalmente cumple un órgano del poder público. En estos casos, en el Derecho público interno, se aplica la teoría del *funcionario de hecho*, cuyos actos, en principio, producen efecto frente a los administrados que actúan de buena fe. Esa teoría resulta con mayor razón aplicable en el Derecho internacional, más aún en el campo de los derechos humanos, donde poco importa al interés de la víctima si la agresión a sus derechos se originó en un acto real o aparente de ejercicio de una función pública, siempre que se den los requisitos para considerar al agente como un funcionario de hecho. Ese supuesto no será abordado en este trabajo.

73. Caso *Velásquez Rodríguez, cit.* párr. 172; Caso *Godínez Cruz, cit.*, párr. 182.

norte es asegurar la impunidad de los perpetradores de graves atentados contra la dignidad humana. En ese contexto, me referiré primero al tratamiento de estos supuestos dentro del Derecho internacional general (1), para después abordar el tema de las violaciones a los derechos humanos por agentes encubiertos del Estado o por grupos paramilitares o paragubernamentales (2).

1. El Estado internacionalmente responsable por la acción de personas que no actúan investidas de funciones oficiales

El tema ha sido considerado dentro del Derecho internacional general, particularmente dentro de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado, en la cual se ha planteado que dicha responsabilidad internacional puede quedar comprometida, no solamente por actos emanados directamente del Estado o de instituciones públicas, sino también de particulares, si actúan como funcionarios de hecho o si lo hacen *por cuenta del Estado o con su aquiescencia*.

En su *Tercer Informe sobre la Responsabilidad del Estado*, la Comisión de Derecho Internacional planteó el tema en los siguientes términos[74]:

> *Se han tenido en cuenta, hasta este punto, a los fines de la atribución al Estado sujeto de Derecho internacional, las acciones u omisiones calificadas en el Derecho interno, como órganos de la administración estatal, o bien como órganos de instituciones públicas de carácter especial o territorial que, por sus propias funciones, completan las funciones de interés público a las cuales provee el Estado mismo. Dirijamos nuestra atención ahora hacia situaciones en las cuales se está en presencia de acciones u omisiones de personas que no revisten ninguna de las calificaciones indicadas y que, no obstante, vistas las condiciones en las cuales dichas acciones u omisiones han tenido lugar y los fines perseguidos, son también susceptibles de ser consideradas como -hechos de Estado- y de engendrar una responsabilidad internacional, si ellas constituyen el incumplimiento de una obligación internacional*[75].

Después de analizar detenidamente la práctica y la jurisprudencia internacionales a este respecto, la Comisión de Derecho Internacional concluyó proponiendo la redacción del artículo 8 de la Convención que se aspiraba a adoptar:

> *Artículo 8.* Atribución al Estado, sujeto de Derecho Internacional, de los hechos de particulares que ejercen de hecho funciones públicas o actúan de hecho por cuenta del Estado.
>
> *Es también considerado como un hecho del Estado en el plano del Derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que, aunque estén formalmente des-*

---

74. Commission de Droit International. Troisième rapport sur la responsabilité des Etats (*Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale)* en AGO, R., *Scritti sulla responsabilità internazionale… cit,* p. 514

75. Traducción no oficial. El texto original dice: *"186. On a tenu compte, jusqu'ici, aux fins de l'attribution à l'Etat sujet de droit international, des actions ou omissions des personnes qualifiées, en droit interne, d'organes de l'administration étatique, ou bien d'organes des institutions publiques de caractère spécial ou territorial qui, de par leurs propres fonctions, complètent les fonctions d'intérêt public auxquelles pourvoit directement l'Etat lui-même. Tournons maintenant le regard vers des situations où l'on est en présence d'actions ou omissions de personnes ne revêtant aucune des qualités indiquées et qui, néanmoins, vu les conditions dans lesquelles ces actions ou omissions ont été commises et les buts poursuivis, sont elles aussi susceptibles d'être considérées comme des faits de l'Etat et d'engendrer une responsabilité internationale si elles constituent l'occasion d'un manquement à une obligation internationale*".

provistas, según el orden jurídico interno del Estado, de la condición de órganos de éste o de otra institución pública, ejercen de hecho funciones públicas o -actúan por cuenta del Estado-[76].

El problema, tal como se plantea en los citados textos, se refiere, bien a *funcionarios de hecho*, es decir, quienes *de facto* ejercen la actividad normalmente correspondiente a una función pública sin estar formalmente investidos de ella; bien a actos de personas o grupos de personas que, por la circunstancia de actuar *de hecho* por cuenta del Estado, incurren en un hecho ilícito internacional que resulta en una fuente de responsabilidad internacional frente a otro Estado, que ha sufrido el daño causado por dicho hecho ilícito.

Respecto de la primera situación existen ciertos ejemplos en la jurisprudencia arbitral, que no forman parte del objeto del presente trabajo[77], pues no presentan particularidades especiales respecto de las violaciones a los derechos humanos, en comparación con las cometidas por un funcionario público formalmente investido como tal. El otro supuesto ha dado origen a situaciones controversiales en las relaciones internacionales, y que han envuelto problemas relacionados con la irregularidad de lo que, en la práctica, equivalió a una extradición, como ocurrió con el caso *Eichmann*. Adolf Eichmann fue capturado en 1960 en Buenos Aires por un comando de nacionales israelitas, quienes lo trasladaron secretamente a Israel, donde fue juzgado por los crímenes de lesa humanidad que se le imputaban. Argentina reclamó a Israel la violación de su soberanía, a lo que este último respondió que la captura y traslado de Eichmann fueron resultado de la acción de un grupo de *voluntarios*. El 23 de junio de 1960 el Consejo de Seguridad, ante el cual el asunto fue planteado por el gobierno argentino, adoptó su resolución 138 (1960), mediante la cual llamó la atención sobre los peligros que comportaría la repetición de hechos semejantes y demandó del gobierno de Israel una reparación adecuada a la Argentina, conforme a la Carta de las Naciones Unidas y a las reglas del Derecho internacional. El asunto quedó zanjado mediante una declaración conjunta de los dos gobiernos del 3 de agosto de 1960, sin someterlo a arbitraje ni a arreglo judicial, de modo que los problemas jurídicos que se plantearon nunca fueron resueltos[78].

El caso se planteó jurídicamente ante la Corte Internacional de Justicia con ocasión de la toma, a fines de 1979, de las oficinas de la Embajada y el Consulado de los Estados Unidos en Teherán, así como de las oficinas consulares del mismo país en Tabriz y Shiraz. El asedio y posterior ocupación de las edificaciones mencionadas, así como la retención en condición de rehenes del personal diplomático y consular, fue perpetrado por una muchedumbre de estudiantes iraníes seguidores de la Revolución Islámica en-

---

76. *Ibíd*., pp. 526 y 527. Traducción no oficial. El texto original dice:

Article 8.- Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits des particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat.

Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement des personnes qui, quoique formellement dépourvues d'après l'ordre juridique interne de l'Etat de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou *agissent en fait pour le compte de l'Etat*".(Énfasis añadido).

77. Por ejemplo, el Caso *Zafiro* (tripulación de un barco privado norteamericano, que actuaba, de hecho en operaciones de guerra naval). *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 6, pp. 160 y ss.

78. *Cf.*, AGO, R., *Scritti sulla…, cit.* pp 521-523. Un asunto parecido se planteó en el Caso *Argoud*, uno de los jefes de la Organización Armada Secreta francesa, que fue secuestrado en Munich y transportado a París por un grupo de *desconocidos*, en 1963. Fue ubicado y arrestado por la policía francesa. Ante la reclamación del gobierno alemán, su contraparte francesa denegó categóricamente toda participación en el evento de Munich. El asunto también fue arreglado por la vía diplomática.

cabezada por el Ayatollah Khomeini. No eran agentes ni funcionarios públicos iraníes, ni pertenecían a ninguna organización integrada al aparato estatal de la República Islámica de Irán. La omisión en la protección debida a la sede diplomática y consular, de por sí, constituía un ilícito internacional, violatorio de normas convencionales y consuetudinarias de Derecho internacional relativo a las relaciones diplomáticas y consulares.

Pero, además, la conducta de los ocupantes de las instalaciones norteamericanas no podía desvincularse de la política del gobierno revolucionario de Irán, ni de las directrices, progresivamente más claras de su máximo líder, de aquiescencia primero, y de franco respaldo después, a la acción de los estudiantes revolucionarios, tanto en lo concerniente a la toma de las instalaciones diplomáticas y consulares norteamericanas, como a la retención en condición de rehenes del personal que trabajaba en dichas sedes.

Estados Unidos demandó a Irán por estos hechos ante la Corte Internacional de Justicia, la cual, entre otras cosas, concluyó estableciendo que:

> *La aprobación dada a estos hechos por el Ayatollah Khomeini* y otros órganos del Estado de Irán, junto con la decisión de perpetuarlos, convirtieron la ocupación permanente de la Embajada y la detención persistente de los rehenes, en actos de ese Estado. *"Los militantes, autores de la invasión y carceleros de los rehenes devinieron así agentes del Estado de Irán, por cuyos actos el propio Estado era internacionalmente responsable"*[79]. (Énfasis añadidos).

Como lo ha destacado el juez Carrillo Salcedo a propósito de este caso, "aunque los ataques hubieran sido llevados a cabo por militantes desprovistos de carácter oficial, habían tenido éxito porque los edificios atacados no estaban suficientemente protegidos por las autoridades del Estado territorial"[80].

Frente a estas infracciones, la Corte Internacional de Justicia, en su Sentencia del 24 de mayo de 1980, *inter alia*, declaró:

> *Decide* que la República Islámica de Irán, por la conducta que la Corte ha expuesto en esta Sentencia, ha violado en diversos aspectos, y está todavía violando, obligaciones que tiene contraídas frente a los Estados Unidos de América, de acuerdo con convenciones internacionales en vigor entre los dos países, así como bajo inveteradas reglas de Derecho internacional general[81].
>
> *Decide* que las violaciones de esas obligaciones comprometen la responsabilidad de la República Islámica de Irán frente a los Estados Unidos de América, de conformidad con el Derecho internacional[82].

Se trata, claro está, de materias vinculadas con la teoría de la responsabilidad internacional en el Derecho internacional general, particularmente en lo que se refiere a la atribución al Estado de un determinado hecho ilícito, que como tal compromete su responsabilidad frente al Estado que ha sufrido el perjuicio resultante de dicho ilícito.

---

79. Case *concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment of 24 may 1980. I.C.J. Reports, 1980, párr. 74. Traducción no oficial. El texto original dice: "*The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini* and other organs of the Iranian State, and the decision of perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State. *The militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible*". (Énfasis añadidos).

80. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 1991, p. 181.

81. Traducción no oficial. El texto original dice: *"Decides* that the Islamic Republic of Iran, by the conduct which the Court has set out in this Judgment, has violated in several respects, and is still violating, obligations owed by it to the United States of America under international conventions in force between the two countries, as well as under long-established rules of general international law".

82. Traducción no oficial. El texto original dice: "*Decides* that the violations of these obligations engage the responsibility of the Islamic Republic of Iran towards the United States of America under international law."

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría jurídica, el problema se plantea en términos idénticos en el Derecho internacional de los derechos humanos, cuando se trata de establecer cuándo es imputable al Estado la violación de los derechos internacionalmente protegidos sin que haya podido comprobarse la intervención directa de un órgano o entidad, que de acuerdo con el orden jurídico interno se encuadre dentro de la organización jurídica del Estado. Se trata de situaciones en las cuales, dichas personas o grupos de personas, actuando directa o indirectamente por cuenta del Estado, pero contando con el estímulo, el apoyo, fomento, la tolerancia o, en general, la aquiescencia de éste, violan derechos humanos internacionalmente reconocidos y; particularmente como en el caso al que se refiere esta petición, cuando dichos actos perpetrados por tales grupos de personas violan derechos fundamentales que están bajo el régimen de protección internacional establecido por la Convención.

2. La violación de los derechos humanos por actos que interesan al Estado perpetrados por personas que no ostentan formalmente carácter oficial ni pretenden ejercer una función pública

En materia de derechos humanos es aún más claro y grave el problema teórico jurídico planteado cuando éstos son violados por personas que no afirman ninguna condición oficial, pero cuyos actos redundan en provecho de políticas que el Estado no puede asumir como propias legítimamente. Se trata, indefinitiva, de situaciones en que se violan los derechos humanos, a través de personas que son aparentemente particulares, pero que actúan por cuenta del mismo Estado y que son en realidad sus agentes interpuestos.

Estas situaciones suelen ser peores aún que las resultantes de funcionarios que asumen plenamente su condición y responsabilidad. Particularmente en los casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, ha sido práctica de gobiernos autoritarios o despóticos, recurrir a personas o grupos de personas que actúan con apariencia anónima pero por cuenta del Estado, bajo sus órdenes y su protección, para cometer graves y atroces violaciones a los derechos humanos, y de esta manera protegerse tras una impunidad que el propio Estado les proporciona. Esta es, en Latinoamérica, la historia del terrorismo de Estado con aspiración a crimen perfecto, al que tan firmemente ha combatido la comunidad democrática y los grupos de derechos humanos; y que con vigor, creatividad jurídica y eficacia han caracterizado en su ilegalidad la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Esa ha sido la situación más frecuente de los grupos de exterminio clandestinos, de los paramilitares, de la desaparición forzada de personas o de las ejecuciones extra judiciales.

Una manifestación elocuente de esta observación, en lo que toca a las violaciones de los derechos humanos, es el concepto de *desaparición forzada de personas* contenido en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de personas, en cuyos términos:

> *Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.*

En el mismo sentido, el artículo 3° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, expresa:

> *Serán responsables del delito de tortura*:
>
> a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
>
> b) *las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices. (Énfasis añadido).*

La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su parte, ofrece numerosos ejemplos en los cuales se han considerado imputables al Estado y susceptibles de comprometer su responsabilidad internacional, actuaciones de personas o grupos de personas que, sin ser formalmente agentes o funcionarios del Estado, actúan bajo las órdenes o por la cuenta de éste, o cuya actuación ha contado con la aprobación formal o con la aquiescencia del mismo Estado, a través de sus fuerzas de seguridad o de cualquiera de sus órganos.

En los llamados *Casos Hondureños* (*caso Velásquez Rodríguez* y *caso Godínez Cruz*), entre los diversos fundamentos que tuvo la Corte para considerar que la desaparición forzada de la víctima había sido imputable al Estado hondureño y comprometía su responsabilidad, estuvo tener por probado:

> Que en la República de Honduras, durante los años de 1981 a 1984, un número de personas, entre 100 y 150, desaparecieron sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener noticia alguna (*omissis*).
>
> Que tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados que actuaban con aparente impunidad, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas (*omissis*).
>
> Que la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías *o por personal bajo su dirección* (*omissis*).
>
> Que ese secuestro [de Manfredo Velásquez Rodríguez] fue llevado a cabo *por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección* (*omissis*)[83] (Énfasis añadidos).

De allí la Corte concluyó, *inter alia* que

> *han sido probadas en el proceso: 1) "la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada" por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Manfredo Velásquez "por obra o con la tolerancia" de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica*[84].

De acuerdo con los párrafos citados de dicha sentencia, para que la desaparición forzada de Manfredo Velásquez Rodríguez (como en el de Saúl Godínez Cruz) resultara un hecho imputable a Honduras y configurara una violación a la Convención de la cual dicho Estado fue declarado responsable, bastaba que la misma hubiera sido perpetrada, no tan sólo por funcionarios de los cuerpos de seguridad hondureños, sino también por otras personas que *actuaban bajo sus órdenes*, vale decir, *por cuenta* del Estado. Tampoco era estrictamente necesario para condenar a Honduras en ese caso, que la desaparición hubiera sido *obra de las autoridades*, sino que era suficiente que se tratara de un

---

83. Caso *Velásquez Rodríguez… cit.*, párr. 147; Caso *Godínez Cruz…cit.*, párr. 153.
84. Caso *Velásquez Rodríguez… cit.*, párr. 148. En el mismo sentido, Caso *Godínez Cruz…cit.*, párr. 156.

crimen perpetrado *con la tolerancia* de dichas autoridades, lo que equivale a equiparar las actuaciones de las autoridades formales del Estado con la de personas que no ostentan esa cualidad, pero que actúan *con la tolerancia o bajo las órdenes de dichas autoridades*.

La misma doctrina fue aplicada por la Corte años más tarde en el *Caso Blake* (Guatemala)[85]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a la República de Guatemala por la desaparición y el homicidio del señor Nicholas Blake, ciudadano norteamericano, quien habría sido secuestrado y asesinado en Guatemala por agentes del Estado guatemalteco, *"miembros del Ejército y de las patrullas civiles; que los patrulleros civiles actuaron en coordinación directa con el personal militar y que había una dependencia institucional y participación directa de los agentes del Estado, tanto en la ejecución inicial del crimen como en las acciones para ocultar la desaparición forzada y favorecer una situación de impunidad"*[86].

En su defensa, Guatemala sostuvo "*que el señor Nicholas Blake no fue interceptado por ningún agente del Estado, llevado a un lugar de detención, ni sometido en éste a tratos crueles, infamantes, degradantes o torturas, y que no fue interrogado por autoridad alguna, ni desaparecido forzada o involuntariamente, o ejecutado por el Estado*"[87] Dentro de esa línea de argumentos, en vista de que entre los señalados como autores del secuestro y asesinato del señor Blake se encontraban integrantes de cuerpos paramilitares conocidos comúnmente como *patrullas civiles*, Guatemala adujo ante la Corte que rechazaba "el argumento de que los integrantes de las patrullas civiles fueran agentes estatales y que hubiera responsabilidad del Estado con base en esa premisa. Agregó que las patrullas civiles eran organizaciones comunitarias voluntarias que se originaron en las áreas de conflicto y que se encontraban integradas por los pobladores de esas zonas con el propósito de defender sus vidas, las de sus familias y sus pertenencias contra la subversión. Señaló que era natural que dichas patrullas tuvieran vinculaciones estrechas con el Ejército en lo que respecta a la lucha contra la subversión, pero que eso no permite presumir que "sus integrantes pertene[cieran], o [tuvieran] iguales funciones que las Fuerzas Armadas y que [fueran] Agentes del Estado de Guatemala"[88]. (El énfasis es de la sentencia).

Asimismo el "*Estado manifestó que no otorgaba a los miembros de las patrullas remuneración alguna o beneficios de Seguridad Social como a las tropas regulares. Agregó que sus miembros no estaban sujetos a la disciplina militar e integraban las patrullas en su tiempo libre, cuando no estaban dedicados a sus propias labores*"[89].

Al analizar los alegatos y pruebas de la Comisión y las antes citadas defensas opuestas por la representación del Estado, la Corte concluyó lo siguiente:

> Con fundamento en las pruebas examinadas y teniendo en cuenta los alegatos de las partes, la Corte considera probado que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, *las patrullas civiles tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las*

85. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Blake Sentencia de 24 de enero de 1998*, serie C, n° 36. Este asunto fue objeto de cuatro decisiones de la Corte; sin embargo, para abreviar y por tratarse de la sentencia que expresó la doctrina a la que me refiero, en las sucesivas ocasiones en que se haga mención al Caso *Blake*, la misma estará referida al fallo del 24 de enero de 1998.

86. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Blake*, párr. 57.

87. *Ibíd.*, párr. 61.

88. *Ibíd.*, párr.73.

89. *Ibíd.*, párr. 74.

funciones de las fuerzas armadas y, aún mas, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (*supra* párr. 52).

Esa relación institucional queda de manifiesto en el mismo decreto de creación de los Comités de Defensa Civil (CDC), así como en los Acuerdos de Paz de Guatemala de 1996 que, en este último caso, establecen que los CDC, "*incluyendo aquéllos que se desmovilizaron con anterioridad, -cesarán toda relación institucional- con el Ejército de Guatemala y no serán reconvertidos de manera que se restituya esta relación*" (subrayado no es del original) (Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, párr. 61.)

En consecuencia, *la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados*[90]. (Énfasis añadidos)

Más recientemente aún, dentro del marco que le proporciona el artículo 63.2 de la Convención Americana, la Corte dictó *medidas provisionales*, para evitar daños irreparables a los integrantes de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), gravemente amenazada por los grupos armados irregulares conocidos como *paramilitares*. En ese contexto, la Corte dictó medidas cautelares, considerando, *inter alia*:

Que, para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, erga omnes, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esto significa, a juicio de la Corte, que dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza[91].

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de analizar la imputabilidad al Estado de actuaciones de personas que actúan por cuenta de éste o con su tolerancia o aquiescencia, y que configuran violaciones a los derechos humanos reconocidos por la Convención. Se trata de situaciones que, lamentablemente, han presentado un carácter más o menos general y recurrente en América Latina, con diversas variantes. El hecho es que frecuentemente los Estados, y más concretamente sus cuerpos de seguridad, han utilizado como instrumentos de *guerra sucia* a grupos paramilitares, escuadrones de la muerte o, en general, grupos de personas que, sin ostentar formalmente condición oficial, han cometido crímenes contra los derechos humanos dentro del marco de una estrategia represiva o contrainsurgente promovida o tolerada por el Estado. Sobran los ejemplos. Los *ton ton macoutes*, en el Haití de Duvalier, las diversas expresiones de los escuadrones de la muerte en varios países de América Central; las llamadas *brigadas de la dignidad*, en el Panamá de Noriega; las llamadas *autodefensas* o cuerpos paramilitares de Colombia en estos mismos años, son apenas algunos de los ejemplos más patentes en América Latina de la utilización de personas, aparentemente desprovistas de la condición de agentes del Estado, para ejercer una acción política ilegal, presuntamente favorable al gobierno respectivo, y violar los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En los tiempos más recientes, podría afirmarse que el ejemplo más dramático que se ha presentado en el hemisferio es el de los paramilitares colombianos (ya he citado el

90. *Ibíd.*, párrs. 75, 76 y 78.

91. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Resolución de Medidas Provisionales del 24 de noviembre de 2000*, considerando 11.

reciente caso de las medidas provisionales de la Corte a favor de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó)*. Este tema fue ampliamente analizado por la CIDH, tanto respecto a las actuaciones de dichos cuerpos como en su significación jurídica respecto del Estado colombiano, en su *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999)* (en adelante *Tercer Informe*)[92].

En su origen, los paramilitares colombianos con el nombre oficial de *patrullas civiles*, actuaban bajo la cobertura legal del decreto N° 3398, aprobado bajo estado de emergencia en 1965; y más tarde convertido en legislación ordinaria por la ley N° 48 de 1968. A fines de los años setenta y en los ochenta, se fortalecieron los grupos paramilitares de autodefensa vinculados a los sectores económicos y políticos en las diferentes zonas del país. Estos grupos, patrocinados o aceptados por sectores de las Fuerzas Militares, buscaban defender los intereses de algunos individuos o grupos mediante la violencia, especialmente como reacción contra la desplegada en las zonas rurales del país[93]. Los paramilitares tenían pues una motivación contrainsurgente. Como resultado de ello, establecieron lazos con el Ejército colombiano[94].

A fines de los años ochenta, los paramilitares fueron declarados formalmente ilegales, pero ello no impidió que continuaran actuando y fortaleciéndose progresivamente. La Comisión pudo verificar, *"basada en toda la información que ha recibido en relación con las violaciones de derechos humanos en Colombia, los informes del Ejército dejan de presentar una descripción adecuada y completa de la situación de derechos humanos en el país, debido a la evidente falta de atención a las violaciones cometidas por las fuerzas de seguridad y los paramilitares"*[95]. (Énfasis añadido). La desidia del Ejército en atender e investigar las violaciones cometidas por los paramilitares implicaba, al menos, la anuencia con las actuaciones de dichos grupos.

En ese contexto, en su *Tercer Informe*, la Comisión afirmó de manera inequívoca la doctrina de la imputabilidad al Estado de las actuaciones de grupos de personas que incurren en actividades violatorias de los derechos humanos, actuando directa o indirectamente por cuenta de aquél o con su aprobación:

> *…en la medida en que miembros de estos grupos actúen como agentes estatales o asuman esta condición, o en la medida en que sus actividades ilícitas sean toleradas, perdonadas o aceptadas por el Estado, sus acciones pueden ser atribuibles al Estado colombiano y pueden comprometer la responsabilidad estatal frente a la comunidad internacional por violaciones a la Convención Americana y otros instrumentos de derechos humanos aplicables*[96].
>
> La Comisión está obligada a concluir que el Estado ha jugado un papel importante en el desarrollo de los grupos paramilitares y que no ha combatido adecuadamente estos grupos. *El Estado es por lo tanto responsable, de manera general, de la existencia de los grupos paramilitares y, por lo consiguiente, se le tendrá como responsable de las acciones llevadas a cabo por estos grupos*[97].

Puede entonces concluirse que, de acuerdo con el Derecho internacional general, incluida la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como con el Derecho Internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos del sistema

---

92. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999.
93. *Tercer Informe*, párr., 18.
94. *Ibíd.*, párr. 19.
95. *Ibíd.*, párr. 163.
96. *Ibíd.*, párr. 234.
97. *Ibíd.*, párr. 236.

interamericano de protección, que los actos de personas o grupos de personas, aunque estén formalmente desprovistos de la condición de autoridad como agentes del Estado, pero que al menos de hecho actúan por su cuenta, o con su estímulo, protección, tolerancia, apoyo o aprobación, son imputables al mismo Estado y comprometen su responsabilidad internacional, en la medida en que son actuaciones contrarias al Derecho internacional; y para los efectos que ahora nos interesan, violan los derechos humanos internacionalmente protegidos. En tales supuestos el Estado es reputado como *autor directo de la violación, que infringe su deber de respetar los derechos humanos de toda persona bajos su jurisdicción.*

Ya se ha recordado varias veces que no se agotan allí las situaciones en las que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida, con todas sus consecuencias, sin que haya quedado demostrado que el autor material del acto lesivo es un agente del poder público e incluso, tampoco ha podido probarse que actuaba por cuenta del mismo Estado o con su aprobación. El Estado puede ser declarado internacionalmente responsable, ya no por la lesión originaria sufrida por la víctima, sino por su omisión en investigarla y hacer efectiva la identificación del responsable; su punición, si corresponde; la reparación de los daños causados a la víctima; y las demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuya al hecho lesivo.

En estos casos, técnicamente la transgresión versa sobre el *deber de* garantía y no sobre el de respeto a los derechos humanos. Sin embargo, en la realidad, a veces es muy difícil, si no imposible, establecer que el estado es el autor intelectual de una violación a los derechos humanos ejecutada materialmente *interposita persona*, por aparentes grupos irregulares particulares. En tales situaciones, el establecimiento de que, por lo menos, el Estado incumplió con su deber de investigación, que atañe a la *garantía*, es la única herramienta técnico-jurídica para evitar que el *irrespeto*, premeditado a través de la actuación de grupos irregulares al servicio del Estado, quede completamente impune.

A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado expresamente:

> *El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.*
>
> *En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. "Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en*

cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado[98] *".*

Se trata, de nuevo, de una zona limítrofe entre la infracción por defecto de respeto o defecto de la garantía apropiada a los derechos humanos. Las elaboraciones de técnica jurídica que sirven para discernir si se está frente a uno u otro supuesto no dejan de tener relevancia en diversas materias, como puede ser la del contenido y alcance de la obligación en todo caso a cargo del Estado de reparar las consecuencias de la lesión a los derechos humanos. Sin embargo, lo determinante es el establecimiento de la responsabilidad del estado por infringir la Convención. En ese sentido, el escrutinio que los órganos internacionales de protección tienen atribuido dentro de su respectiva esfera de competencia, debe penetrar haciendo una disección rigurosa entre los límites que impone el deber de respeto y aquéllos que dimanan del deber de garantía, para salir al paso a las sofisticadas maquinaciones detrás de las cuales sectores de la actividad pública, aun en Estados gobernados democráticamente, esconden aparatos y prácticas reñidas con el imperio del Derecho y la intangibilidad de los atributos inherentes a la dignidad humana.

IV. CONCLUSIÓN

Termina esta ya extensa exposición con dos reflexiones. La primera tiene que ver con la fijación de las fronteras de los deberes del Estado en materia de derechos humanos. Esos deberes, que pasaron por el reconocimiento previo de los derechos como inherentes a la dignidad de la persona humana, nunca habrían quedado establecidos sin las luchas sociales y las conmociones históricas que le han venido devolviendo al ser humano el lugar que nunca debió dejar de ocupar como sujeto primario de las relaciones internacionales y como ineludible referente axiológico del Estado.

El poder público, o más precisamente, las personas y grupos que lo detentan, invariablemente procuran estrechar la extensión de los límites de sus deberes en materia de derechos humanos. Por eso es necesario escudriñar continuamente sobre el contenido, sentido y razón de ser de esos deberes, que no son más que el vehículo para la plenitud de los derechos innatos de la persona. También es necesario determinar cómo, ya sea a través de conceptos restrictivos, ya sea a través de mecanismos más o menos ingeniosos, el poder tiende a sacudirse la ligazón incómoda que resulta de su obligación de respetar y servir a la gente. La dignidad humana impone que, sin desmayo, se defina *in extenso* el ámbito de la garantía estatal a los derechos humanos y que, al mismo tiempo, se cierren las vías para la inimputabilidad de los ilícitos contra la persona, concebidos o aprovechados por el mismo poder. En suma, la extensión de las fronteras de la protección internacional de los derechos humanos, apareja el recorte de las fronteras dentro de las cuales se instala y se mueve la impunidad.

Este trabajo también ha aspirado, en segundo término, hacer un bosquejo de lo que implica la reparación de los daños causados por la violación de los derechos humanos. He subrayado que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, esa reparación no debe ser un vehículo de lucro para la víctima, ni de empobrecimiento indebido para el responsable. Ello no quita, empero, que la reparación procure ser un medio idóneo para

98. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez…*, *cit.*, párrs. 176 y 177; Caso *Godínez Cruz*…, *cit.* párrs. 187 y 188.

el restablecimiento del bien conculcado, que es siempre un atributo de la dignidad humana; y que también sea una carga para el responsable, que deje marcada en la historia del ejercicio del poder del Estado concernido, una huella lo suficientemente honda como para disuadir la repetición de violaciones que, al ser reparadas, no quedan completamente impunes, aun en los casos en que la aplicación de una sanción al agente de la violación, no es posible o procedente. De nuevo nos encontramos ante la necesaria correspondencia entre dos dimensiones: la de la lesión y la de su reparación. La amplitud de la reparación debe colmar las fronteras trazadas por la magnitud del daño experimentado por la víctima.

Dentro de esa dialéctica, con la fuerza de la razón, con la herramienta que proporciona la juridificación universal de los derechos humanos, con el ímpetu de una sociedad civil planetaria que está lista para seguir abriendo caminos para la salvaguarda de su propia dignidad, se dilata progresivamente el ámbito de la protección diseñada desde la letra del Pacto de San José hasta la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, definiendo con el sentido expansivo las fronteras de aquel compromiso hacia espacios donde sea más vigorosa la garantía que el Estado le debe al libre y pleno ejercicio de los derechos inherentes a los seres humanos situados bajo su jurisdicción.

§ 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?

German J. Bidart Campos
Director Universitas S.R.L., Argentina

1. Formular esta pregunta y pretender modestamente contestarla ofrece atractivos y riesgos. Puede, además, no ser simpática si se supone que implica renovar, sin demasiada perspectiva de éxito, la antinómica dualidad de derecho natural *versus* derecho positivo. ¿Habrá algo un poco más nuevo y menos polémico para comentar en esta nota?

El título se nos ocurrió hace tiempo, cuando tantas veces pensamos por qué desde el constitucionalismo moderno de fines del siglo XVIII hasta el actual del constitucionalismo social *siempre en el marco del estado democrático* se nos hizo habitual incluir en la constitución escrita un listado de derechos de la persona humana con más, en muchos casos, un plexo de derechos no enumerados o implícitos.

2. En el origen de cada constitución que a su contenido normativo y axiológico le inserta un sistema de derechos, las motivaciones pueden ser varias, y hasta distintas. Pero, en esa diversidad, ¿subyace algo común a todas, más allá de cuál sea la cultura social, el imaginario colectivo, la eventual tradición histórica, etc.? Sin apresurarnos, nos tentamos a contestar afirmativamente: hay *algo* compartido. Qué es, habrá de demandarnos alguna breve explicación personal en este trabajo.

3. Una primera cosa: si en un estado con escasa o nula afición democrática se dicta una constitución que, a su manera y estilo, incluye una declaración de derechos, podemos seguramente suponer que lo hace para dar una buena imagen, ya que se ha vuelto *moda* jurídica que las constituciones no se reduzcan a la parte orgánica dedicada al poder, sino que le acoplen la llamada parte dogmática donde aparecen los derechos.

Esta respuesta sería bastante pobre y muy poco explicativa, si de inmediato no adelantáramos otro interrogante del siguiente tenor: aun cuando una constitución sin filiación democrática incorpore derechos para mostrar al mundo un rostro favorable ¿por qué decide enrolarse en esa línea y no, más bien, asumir la sinceridad de su propia opción no democrática? Diríamos que tal mimetismo obedece a que hay *razones fuertes* en torno del *por qué* una constitución *debe* acoger un sistema de derechos.

4. Tal vez esto sea un retorno a la pregunta originaria: ¿por qué el constitucionalismo moderno dio auspicio inicial a las declaraciones de derechos, y por qué el constitucionalismo posterior les confirió desarrollo progresivo y maximizador?

Como curiosidad, retrocedamos al texto primitivo de la constitución de Filadelfia, que careció de declaración de derechos hasta que, años más tarde, se le añadieron al articulado originario las diez y catorce primeras enmiendas. Seguramente -acá reside la curiosidad- una constitución que en su articulado carecía de normas referidas a derechos nos hace comprender que la *razón* de esa ausencia y de ese vacío normológico obedeció a que resultaba demasiado vigorosa en la sociedad estadounidense la *razón* de que los derechos ni siquiera precisan que se los declare o que se los escriba en la constitución. Tienen un fundamento y una raíz tan hondamente enclavados en la cultura tradicional

de las colonias inglesas de Norteamérica, que casi da lo mismo incluirlos que no incluirlos.

Pero, aun así, la *razón* existía. Presencia y ausencia de declaración de derechos compartieron una misma razón: *hay derechos con normas y sin normas, porque los derechos no están en las normas.*

5. Mucho nos gusta, desde hace tiempo, afirmar que hay derechos con normas y sin normas, y que los derechos no están en las normas. En la constitución de Filadelfia no había normas, pero había derechos, y había razón para que los hubiera. Se quedaron en silencio: ¿no enumerados?, ¿implícitos? Se quedaron porque la ya mencionada tradición cultural de la sociedad de su tiempo, y las valoraciones heredadas, daban sobrada razón a su presencia. Derechos con normas y sin normas. ¿Qué será lo que queremos decir con esta afirmación?

Más allá de lo histórico, queremos ante todo decir que los derechos que, con o sin normas, están en la positividad, en el derecho positivo, muestran que esta positividad no se reduce a normas ni se agota en las que hay. De ser así el derecho consuetudinario no sería derecho positivo. ¡Y vaya si lo es! Si alguien tiene duda, que lo pregunte a nuestras comunidades indígenas y tendrán buena respuesta. Y exacta.

6. En un paso más adelante, ya concedida la presencia de los derechos en la positividad, con normas o sin normas, hay que ver por qué (con qué razón) las constituciones escritas son adictas a una *declaración de derechos*, con lo que la positividad constitucional de los derechos (con normas de reconocimiento) nos reclama indagar dónde auscultan los autores de la constitución para elaborar el plexo de derechos. Todavía más: también cuando una constitución reconoce y contiene derechos no enumerados, estos derechos (sin norma) están dentro de la positividad constitucional. Pero ¿dónde se los busca, dónde se hurga para elaborar la lista implícita, a qué hontanar acudimos a fin de integrarla de la mejor manera posible?

7. Todo esto lleva un trasfondo: ¿es que la razón por la cual la positividad constitucional aloja un sistema de derechos -con normas o sin normas- se ubica más allá de la positividad, por afuera de ella, o por encima de ella, o en cualquier ámbito que cada quien le asigne, pero siempre extramuros de la positividad?

Veamos un poco. Si alguien dice: los derechos que la positividad constitucional contiene provienen de la voluntad del constituyente, o, enunciado en otro lenguaje: son los que el poder dice que son, y son lo que el poder dice que son, ese alguien niega, consciente o inconscientemente, que los derechos posean alguna ascendencia extrapositiva. Habría que conceder que ello equivaldría a la más rotunda afición positivista: nada de lo que compone el sistema de derechos (ni siquiera su fuente o su razón) se halla fuera de la positividad. Con normas o sin normas, los derechos no cuentan con otra presencia y otra entidad distinta a la que les otorga la positividad.

8. Ni qué recordar que afirmaciones de tal índole riñen fuertemente con el iusnaturalismo. Pero entonces ¿hay que ser iusnaturalista para admitir que el sistema constitucional de derechos -con normas o sin normas- responde a una o más razones que están fuera de la positividad? ¿El por qué hay derechos en la constitución no tiene otra razón como no sea la derivada de la voluntad decisoria del poder *constituyente, o constituido*?

Nos costaría muchísimo contestar que es así. Hasta una constitución que, por exhibir una imagen (quizá enmascarada y no sincera) según la moda del constitucionalismo democrático, incluyera una declaración de derechos, estaría acudiendo por fuera de la

positividad para asumir la referida imitación democrática. O sea, la razón de su remedo le llegaría de allende la pura positividad.

Con cuánta más razón habríamos de reconocer que las constituciones que por afición democrática valoran como debido el reconocimiento de los derechos que declaran, están haciendo pie en algún piso que no es el mismo piso donde la positividad se asienta. Cuál o cómo sea aquel piso extrapositivo remite a disquisiciones amplias, extensas y profundas de neto corte iusfilosófico, pero trascendentales para un constitucionalismo democrático.

9. Quienes apelen al derecho que confiere la libertad de expresar lo que se piensa y sinceramente digan que la fuente o fundamento único y último de los derechos se sitúa en la pura positividad de la constitución, se acercan mucho *quizá demasiado* a quienes participan de la ya recordada idea de que los derechos son los que el estado dice que son, y son lo que el estado dice que son. Positividad al ras del decisionismo voluntarista. Y para quienes los derechos sólo son los que están en las normas, habría que preguntarles si la doctrina constitucional de los derechos no enumerados les es compatible con su rígido positivismo, ya que si los derechos no enumerados carecen de norma, se hace bastante difícil depararles un sitio coherente en y con la positividad normológica.

10. Traigamos a colación una fecunda idea de Bobbio: más que auscultar el fundamento de los derechos, una vez que el consenso en torno de los internacionalmente declarados se hace vigoroso, lo importante es empeñarse en conseguir que se vuelvan efectivos y eficaces. Y esto nos lleva personalmente hacia el trialismo de Goldschmidt, que hace años profesamos.

En efecto, si los derechos no están en las normas, y si hay derechos con normas o sin normas, la dimensión de las normas *lo normológico* no agota la realidad del mundo jurídico, en el que hay otras dos dimensiones: la sociológica de las conductas humanas, y la del valor *o dikelógica, o axiológica*.

En la dimensión sociológica de las conductas es donde, parafraseando a Bobbio, hemos de lograr y hospedar la efectividad y la eficacia de los derechos. Y en la dimensión del valor hemos de abrir el arco plural de valores que -en conexidad con los derechos- deben realizar las conductas con signo positivo, tanto como erradicar los disvalores (con signo negativo, como injusticia, insolidaridad, exceso de poder, etc.).

11. Sin entrar en un excesivo afán de purismo lingüístico o etimológico, digamos ahora que ocuparse del *fundamento*, de la base, del piso, o de la ascendencia de los derechos que se albergan *con normas o sin normas* en la positividad constitucional, significa intentar descubrir el por qué y la razón de ese mismo alojamiento positivo que damos a los derechos. A qué responde, por qué y para qué incluimos un sistema de derechos aliado al sistema axiológico en la constitución. Tal razón, ese por qué y ese para qué, siempre fuera de la positividad, podrá guardar *o no* parentesco con el iusnaturalismo pero, de cualquier manera y siempre, significará que los derechos no son los que el estado dice que son, ni son lo que el estado dice que son. Son algo distinto de la mera positividad, y la distinción que les viene desde fuera de la positividad es, precisamente, la que por su ascendencia incita a convencernos de que a los derechos hay que darles efectividad y eficacia porque concurre una *razón:* porque valen como derechos por *razones metapositivas* (extra o supra, como guste más). Tampoco importa demasiado aquí que esa valencia metapositiva de los derechos posea ontológicamente naturaleza jurídica, o solamente ética.

12. Si positivismo equivale a exclusividad del derecho positivo en una especie de monismo jurídico, el iusnaturalismo sería *en su versión más lata* una teoría que siempre coloca algo por sobre la positividad. Ese tal algo podrá ser el derecho natural en su versión clásica, o uno o más principios de raigambre ética, o el conjunto-promedio de valoraciones colectivas de una sociedad, etc.

El rescate supra o extrapositivo de los derechos siempre nos conduce de un modo u otro, como es fácil comprenderlo, a dotar al constitucionalismo democrático con una plataforma suficientemente *objetivada por fuera o por encima de la constitución*, como para convencernos de que en ésta hay un sistema de derechos porque *debe haberlo* a efectos de satisfacer aquel *algo* que, en el párrafo anterior, ubicábamos por sobre la positividad. Se trata, al fin y al cabo, de una legitimación exógena para el contenido axiológico de la constitución, buscando que su sistema de derechos no quede en dependencia del voluntarismo decisionista del estado que, a la postre, peca de relativismo peligroso.

13. Pero recuperemos la pregunta y la duda: ¿es siempre una modalidad iusnaturalista la que ha conducido y conduce a incorporar un sistema de derechos en la constitución?

Si, conforme lo insinuamos ya antes, iusnaturalista es toda teoría que reconoce *algo* por fuera o por sobre la positividad, hay que contestar afirmativamente: toda constitución que por razones ajenas a la mera positividad confiere alojamiento a un sistema de derechos, es iusnaturalista. Personalmente, no nos repele esta respuesta. Pero las fuertes aversiones al iusnaturalismo tal vez aconsejan revisar lo drástico de la afirmación.

Digámoslo en forma negativa: los derechos que contiene la constitución *no son tales porque el estado lo diga, ni son lo que el estado dice que son.* Si eso fuera así, los derechos serían un producto puramente estatal (*lo* que el estado dice que son), y su lista solamente constaría del simple enunciado voluntarista también estatal (*los* que el estado dice que son).

14. Entonces, si no nos plegamos a sostener tal postura, reconozcamos que alguna razón extra o suprapositiva da motivación fundamental al sistema de derechos; *fundamental* porque los fundamenta. ¿Dónde? Fuera de la positividad. Y ese fuera podrá explicarlo la iusfilosofía, pero objetivamente -con un punto de vista o con otro- no es errado condensarlo en un axioma constitucional personalista: *el ser humano necesita para su bienestar que en su convivencia sociopolítica se respete y promueva su dignidad de persona con un buen sistema de derechos.*

No ha de sonar extravagante todo esto, porque el constitucionalismo moderno surgió para proteger a la persona humana de toda clase de posibles absolutismos. No en vano el poder limitado y el sistema de derechos se erigieron en claves del régimen democrático. Ya no iba a ser, no iba a poder ser la voluntad del estado (lo que el príncipe quiere tiene fuerza de ley) la fuente de concesiones graciosas, porque algo (diríamos: mucho), desde fuera, daría sustento a la pretensión de convivir en libertad.

El *por qué* y la razón del sistema de derechos se anudaría así a la dignidad humana, al valor ético de la personalidad del ser humano, y a la convicción de que el estado, el poder, y la misma constitución, han de cumplir una función ministerial de servicio para que la convivencia societaria aporte beneficios a cada uno de los integrantes de la comunidad, en solidaridad con el conjunto.

15. En vocabulario no jurídico, cabría decir que el sistema de derechos no es un regalo, ni una dádiva, ni una donación que se inserta por buena voluntad del estado en la constitución. Es una exigencia que, desde fuera de la positividad, con fuerza moral o

con fuerza jurídica (según cada teoría prefiera), logra recepción en la positividad. De tal afirmación deducimos otra, como respuesta a la pregunta del título: *la incorporación constitucional de un sistema de derechos no es una respuesta positivista*. Si algunos resisten la versión más comprometida de que la respuesta es iusnaturalista, concedemos atenuarla del siguiente modo: *la incorporación constitucional de un sistema de derechos muestra intersecciones con el iusnaturalismo, o con versiones iusfilosóficas análogas*. Por análogas entendemos todas las que creen o admiten que, fuera o sobre la positividad, hay *algo* que implica un *deber-ser* axiológico para esa positividad: que un sistema constitucional de derechos tutele y promueva eficazmente la dignidad de la persona humana.

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA

Josefina Calcaño de Temeltas
Academia de Ciencias Políticas y Sociales,Venezuela

La copiosa bibliografía nacional y foránea sobre los derechos humanos fundamentales revela la atención que a través de los tiempos ha suscitado el estudio de este tema, el cual, lejos de perder vigencia, a partir de sus perfiles iniciales ha ido adquiriendo máxima importancia y connotaciones prácticas en todas las sociedades, empeñadas en imponer el respeto de estos derechos a las autoridades públicas o a las individualidades que los infrinjan, mediante mecanismos coercitivos o punitivos que enerven o impidan sus recurrentes violaciones.

Como una modesta contribución al merecido homenaje que con este libro se ofrece al Dr. Allan Brewer-Carías, autor de prolífica obra sobre temas diversos, especialmente en el campo del derecho público y a quien muchos de los estudiosos en esta área del conocimiento jurídico debemos especial reconocimiento por sus aportes y enseñanzas, en las páginas que siguen trataré de abordar, muy sintéticamente, algunos aspectos que estimo relevantes respecto al contexto histórico e ideológico que precede a la constitucionalización de los derechos fundamentales en el ámbito universal (I) para referirme luego, también sucintamente a la incorporación y evolución de estos derechos en Venezuela (II).

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL

Siguiendo la anotada orientación, comenzaré por precisar el concepto mismo de *Derechos Fundamentales* que es *se dice* expresión equiparable a *derechos humanos*, *derechos del hombre*, o *derechos de la persona*.

La doctrina mayoritaria sostiene que los derechos humanos son *fundamentales* porque pertenecen a la *esencia* de toda persona por el hecho de ser humana, esto es, tienen su *fundamento en la misma naturaleza*. Es la concepción del iusnaturalismo, corriente jurídico-filosófica que concibe al hombre dotado de derechos congénitos superiores a la sociedad, exaltando así a la persona humana como *entidad suprema* que forma el substrato filosófico de las relaciones entre el Estado y la sociedad. Son así, los derechos fundamentales, en palabras del profesor Antonio Fernández Galiano (*Derecho Natural, Introducción Filosófica al Derecho*. Edit Ceura, Madrid, 1986) "aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas, por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana".

Como derivado de esta concepción, los *derechos fundamentales son universales, igualitarios* e *inalienables*, es decir, se aplican a todos los seres humanos en el planeta en un plano de igualdad y no es posible perder esos derechos, del mismo modo que no es posible dejar de ser humano.

A esta postura iusnaturalista se opone la corriente iuspositivista o legalista, la cual sostiene que los derechos humanos sólo tienen virtualidad si se encuentran formalmente objetivizados en el ordenamiento jurídico positivo, que siendo las leyes vigentes en un país la única fuente de derecho, son ellas las que establecen los derechos de las personas y también la que determinan los derechos que son fundamentales. Por tanto, -afirman- la expresión *derechos fundamentales* sólo alude a aquellos derechos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la noción iusnaturalista de los derechos fundamentales tiene antecedentes muy remotos que se ubican en la antigüedad, primero con el filósofo griego *Aristóteles* (384-322 A. J.) en sus Tratados sobre el Ser y la Naturaleza, y luego el pensador romano Marco Tulio *Cicerón* (106-43 A. J.) quien difundió en Roma las ideas aristotélicas (*Sobre la República*, Libro III) y defendió la concepción jurídica iusnaturalista de la persona humana. Pero realmente el concepto de *persona* y, por ende, a la postre, de los derechos de esa persona, arranca de la filosofía y de la teología cristiana. Como bien lo resume Valle *Labrada Rubio* (*Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*. Edit Civitas, Madrid, 1998) *del misterio de Dios, se pasa al misterio del hombre*. La existencia de un Dios personal que se hace hombre, Jesucristo, no sólo explica la esencia humana, sino que Jesucristo en su naturaleza humana dignifica a toda persona humana.

En efecto, primero *San Agustín* en el siglo V después de Cristo y, más tarde, *Tomás de Aquino* en plena Edad Media, aportan las bases que determinan teológicamente el iusnaturalismo clásico, para el cual el concepto de persona humana se revela en su esencia, naturaleza y dignidad, que es común a toda la especie y le viene dada por ser congénita a su existencia. Particularmente relevante es la doctrina de *Santo Tomás* (1224-1274), inspirada en las categorías fundamentales de la filosofía aristotélica. En su obra cumbre la *Summa Theologica* (1267), Traducción de Editorial Porrúa, México, 1981) Tomas de Aquino afirma que en todo ser creado, y en especial en el hombre, existe una entidad y una eficacia causal superiores, que los seres humanos no son meras *sombras* o *reflejos* ontológicamente muy pobres del Creador, sino seres ciertamente dependientes de Él, pero no por ello menos dotados de una existencia y una naturaleza propias, capaces de desplegar por sí mismas todas sus operaciones naturales. Destaca en su análisis tres tendencias fundamentales en el hombre: la conservación del propio ser; la conservación de la especie; y la vida social y cultural. El pensamiento tomista -vertido no sólo en la indicada obra, sino en muchos de sus escritos- impregna el movimiento escolástico medieval en sus más prominentes figuras y es fuente inspiradora de la filosofía cristiana que concibe al hombre como una naturaleza individual, concreta, determinada, específica, caracterizada por su racionalidad (*el hombre piensa en la medida en que tiene una naturaleza racional*).

Hago un paréntesis en la secuencia de este tema para resumir la antítesis de la postura cristiana expuesta por el fundador del *socialismo científico*: el filósofo alemán *Karl Marx* (1818-1883). Marx propone un concepto materialista y colectivista del hombre, cuya conducta la explica sólo en términos socioeconómicos.

Sostiene que la persona humana sólo podrá emanciparse totalmente si se transforma en sociedad y desaparece como individuo, es decir que, en su ideología, la persona

humana sólo se realiza tomando conciencia de clase, siendo ésta la única forma de emancipación capaz de superar la alienación de la religión, del poder y del derecho.

Pasando a revisar ahora el *contexto histórico-político* en el desarrollo del reconocimiento de los derechos fundamentales, resalta un documento cuya data se sitúa también en la Edad Media y el cual constituye pieza importante en la evolución posterior de estos derechos. Se trata de la *Carta Magna de las Libertades Inglesas* que en 1215 el *Rey Juan Sin Tierra* (1167-1216) se vio compelido a dictar por exigencia de la nobleza feudal inglesa. En esta Carta se establecían los derechos de los *hombres libres* (*liberi hominis* sólo eran los Barones del reino), la libertad de la iglesia y la exclusión de impuestos que no fueran los consentidos por el Consejo. Reconocía asimismo -entre otros derechos- la libertad de tránsito, el acceso a la justicia, la inembargabilidad de los bienes, y la prohibición de ser detenido, preso o desposeído de los bienes, sin previo juicio de los Pares, según las leyes del país. Este documento (impropiamente calificado por algunos de *Constitución*), reviste gran trascendencia histórica, pues -como se sabe- en las naciones o sociedades premodernas se consideraba que el mandato de los reyes provenía de la voluntad divina y sus súbditos no poseían derechos naturales o humanos que pudieran hacer valer ante él. Por consiguiente, la Carta Magna, aunque de contenido clasista ya que sólo favorecía a dos de los estamentos de la sociedad de la época (nobleza y clero) y, por extensión a los comerciantes, con exclusión del pueblo llano, representa la *primera limitación del poder real impuesta a un monarca* y de ahí su evocación posterior en numerosos textos como el origen de las libertades inglesas y el fundamento de los derechos políticos del pueblo inglés.

Ciertamente, a lo largo de las diferentes dinastías reales inglesas (Tudor-Estuardo) se suscitaron muchos conflictos de intereses entre los monarcas y el Parlamento que veía disminuido sus poderes frente a aquél, de manera que la solución satisfactoria de estas disputas que se produjo a favor del Parlamento obedece al desarrollo de los derechos de las personas y el fortalecimiento de las instituciones inglesas a partir de lo consentido en la Magna Carta, como se corrobora en actos parlamentarios subsiguientes que se produjeron en la era moderna.

Así, en *1628* el Parlamento inglés no sólo se negó a conceder al Rey Carlos I (Estuardo) unos subsidios para gastos de guerra sino que, además, le presentó un documento para su firma (la *petition of rights*) en el que éste se compromete a garantizar una serie de derechos patrimoniales y personales de los que disfrutaban los ingleses, entre éstos, limitación de impuestos, garantías procesales en juicio y supresión de la obligación de alojar soldados que les había impuesto la Corona.

En *1679* el Parlamento dicta el *Habeas Corpus Act* relativa a la libertad personal y sobre la cual el historiador inglés *William Holdsworth* en su obra *A History of English Law* (Volumen II, Londres, 1971) escribe:

> Independientemente de que la intención de la famosa cláusula de la Magna Carta, que establece que 'ningún hombre libre puede ser hecho preso o exilado o en forma alguna destruido excepto mediante un juicio legal adoptado por sus iguales y conforme a la ley del país', haya sido o no salvaguardar el principio de que ningún hombre puede ser hecho preso sin un debido proceso legal, pronto comenzó a ser interpretada para salvaguardar ese derecho. Fue porque se interpretó así, que dicha cláusula ejerció una enorme influencia, tanto respecto de la manera como los jueces aplicaron los mandamientos que podían usarse para salvaguardar esa libertad, como respecto de la manera conforme a la cual el legislador asistió dicho desarrollo.

Transcurridos diez años del *Habeas Corpus Act*, en 1689, el Rey Guillermo III de Orange como condición impuesta por el Parlamento para poder ocupar el trono cuando

fue destronado Jacobo II (como resultado de la revolución de 1688-1689 llamada la *Revolución Gloriosa* protagonizada entre católicos y protestantes, con triunfo de estos últimos), tuvo que emitir una *Declaración de Derechos* en la que, habida cuenta de la magnitud de los derechos que reconoce al Parlamento, se convierte anticipadamente una monarquía absolutista en parlamentaria. En el mismo año 1689, un siglo antes de la Revolución francesa, esta declaración de derechos es confirmada por el órgano parlamentario en el célebre *Bill of Rights* al manifestar en su texto que "todos y cada uno de los derechos y libertades indicados y reclamados en la dicha Declaración, son verdaderos, antiguos e indubitables *derechos y libertades del pueblo de este Reino*, y así deberán ser estimados, permitidos, juzgados y solicitados". Los términos que subrayo evidencian la importancia del *Bill of Rights* y justifican su catalogación por los autores como la primera ley formal inglesa sobre los derechos y libertades fundamentales en sentido amplio, pues proclama los *derechos y libertades del pueblo inglés* en general y no privilegios de clases como existía en el antiguo sistema estratificado de la sociedad al que ya hemos hecho referencia. En ese instrumento legislativo se establecen, entre otros: el derecho a elecciones libres; la libertad de expresión del pensamiento; la libertad de debate; el derecho de reunión; el derecho de petición al Rey sin temor a represalia; el derecho a portar armas; y el derecho a ser protegido contra algunos procedimientos judiciales.

En esta narración no puede omitirse la referencia a un elemento que también ha incidido en la concepción y tratamiento de los derechos humanos en los países anglosajones. Es la creencia secular del pueblo inglés en una ley superior, fundamental, inmutable, que se impone por sobre cualquier normativa emanada de una autoridad, aunque ésta sea el órgano legislativo. Esa *ley superior* es denominada *common law*, constituida por las costumbres, usos y tradiciones populares espontáneas, así como por los precedentes establecidos en las decisiones judiciales. Pues bien, la existencia del *common law* en Inglaterra representó un freno o contrapeso al creciente poder del Parlamento en el afianzamiento de la soberanía parlamentaria sobre la monarquía. En ese sentido se tiene como evidencia documental, el fallo en *1610* del juez *Edward Coke* (a quien, por cierto, se le atribuye la redacción en 1628 de la *petition of rights* que restringía las prerrogativas reales) y en el cual, con motivo del célebre Bonham's Case asentó:

> aparece en nuestros libros que, en muchos casos, la ley común controla los actos del Parlamento y, a veces, los somete a juicio para invalidarlos, porque cuando una resolución del Parlamento es contraria o repugnante al *derecho común* o a la *razón común*, o incompatible o imposible de ejecutar, la ley común la juzgará y resolverá que debe ser invalidada (Texto tomado de Edward Corwin: *Libertad y Gobierno*. Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958)

Para Francisco Fernández Segado en esa expresión del *derecho y la razón comunes habían de tener un rol preponderante los derechos del hombre* (Sistemas de Protección Judicial de los Derechos Fundamentales, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Años 1995-96, p. 276).

Todo ese bagaje cultural, jurídico y político ejerció una enorme influencia en el movimiento independentista de las colonias inglesas en Norteamérica. Para constatarlo vale la pena detenerse un poco para repasar los escritos de uno de los grandes pensadores de esa nación: *John Locke* (1632-174), precursor del liberalismo, teórico del principio de la división de funciones del Poder Público (desarrollado posteriormente con más precisión por Montesquieu), cuya concepción iusnaturalista de los derechos del hombre impregna el texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos *en forma, fraseología y contenido* (Peardon).

En efecto, en los años *1694* y *1698* aparecen publicados *Dos Tratados de Gobierno* de John Locke (*Two Treatises of Government*). En el primero, centra su línea argumental en rebatir "los falsos principios y fundamentos de Sir Robert Filmer y sus adherentes", sobre la teoría de la monarquía de derecho divino, que considera a los reyes dotados de un poder natural como *directos sucesores de Adán*. En el segundo ensayo explana sus conceptos acerca del verdadero origen, extensión y, finalidad del gobierno civil. En este *Segundo Tratado de Gobierno* (Editorial Ágora, Colección Hombres y Problemas Nº 24, con Introducción del Profesor Thomas P. Peardon. Buenos Aires, 1959), Locke expone en diecinueve capítulos sus ideas sobre: el estado de la naturaleza; el estado de la guerra; el de la esclavitud; de la propiedad; del poder paternal; de la sociedad política y del gobierno; de las formas de una nación; de la extensión del poder legislativo; de los poderes legislativos, ejecutivo y federativo de la República; de la subordinación de los poderes de la República; de la prerrogativa; del poder paternal, político y despótico considerados en conjunto; de la conquista; de la usurpación; de la tiranía; y de la disolución del gobierno.

Resumiendo lo que dice Locke en el tema de los derechos y lo que justifica su doctrina iusnaturalista, él afirma que existe un *estado natural presocial*, donde todos los individuos tienen un derecho natural a la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad. Sostiene que si bien en el estado de naturaleza prevalece el orden y la paz, el paso al estado civil se hace necesario para hacer efectiva la tutela de los derechos naturales. Que esos derechos tienen poco valor si no existe un Gobierno, pues es casi imposible protegerlos mediante la acción individual. Para Locke, el Gobierno se basa en un *contrato social* entre gobernantes y gobernados y éstos sólo están obligados a obedecer si sus derechos humanos son protegidos por aquél. De este razonamiento concluye que un *Gobierno sólo es legítimo en la medida en que proteja y promueva sistemáticamente el ejercicio de los derechos humanos de sus ciudadanos*, pero que, *si por el contrario, el gobierno conculca esos derechos* entonces *la resistencia es justificable y un nuevo gobierno puede ser instituido*.

En su idea del contrato o pacto social entre gobernantes y gobernados, Locke concibe la relación entre ambos como un *fideicomiso* en el cual los derechos se hallan todos del lado del beneficiario (la comunidad) y todos los deberes a cargo de los depositarios (los gobernantes). En tal virtud establece limitaciones específicas al gobierno y, en ese sentido, desarrolla su teoría sobre la separación de poderes, *balancear el poder del gobierno colocando varias partes de él en diferentes manos*. (Segundo Tratado, edición citada, Sección 107, p. 90). A tal fin distingue cuatro diferentes funciones: legislativa (a la cual da supremacía sobre las otras ramas), ejecutiva y federativa (relaciones exteriores) las que podían estar en una sola mano, y la función de los jueces en toda comunidad. Esto lo expresa así:

> El poder legislativo es el que tiene el derecho a ordenar cómo la fuerza de la república ha de ser empleada para la preservación de la comunidad y de sus miembros....en las repúblicas bien ordenadas, donde el bien del conjunto es considerado como se debe, el poder legislativo es puesto en manos de diversas personas quienes, debidamente reunidas en asamblea, tienen por sí, o juntamente con otras, la facultad de hacer leyes; tras lo cual, una vez hechas éstas se separan nuevamente y quedan sujetas a las leyes que han hecho ...Empero, debido a que las leyes, que son hechas de una vez y en breve tiempo, tienen una fuerza constante y duradera y necesitan perpetua ejecución o asistencia, es necesario, por tanto, que haya un poder siempre en existencia que atienda a la ejecución de las leyes hechas y que se hallan en rigor. Y así el poder legislativo y el ejecutivo con frecuencia vienen a estar separados.

> ...Existe otro poder en toda la república a la que uno podría llamar natural, porque es el que corresponde al poder que todo hombre naturalmente tiene antes de que entrara en sociedad... Esto, por tanto, contiene el poder de guerra y de paz, de ligas y alianzas, y todas las transacciones con todas las personas y comunidades fuera de la república, y puede ser llamado *federativo*... Estos dos poderes, ejecutivo y federativo, aunque sean realmente distintos en sí mismos,... sin embargo, están casi siempre unidos. (Locke, *op.cit.* Capítulo 12, pp. 114-115)

Locke fue, en síntesis, la fuente ideológica más resonante de los principios que inspiraron la revolución norteamericana en el siglo XVIII y de las categorías políticas y conceptuales adoptadas en los primeros textos de la naciente República. Así se desprende nítidamente, primero, de la *Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, redactada por James Madison y dada a conocer el *12 de junio de 1776*. En efecto, en ese documento, contentivo de dieciséis numerales, se reproduce la doctrina iusnaturalista lockeana de los derechos humanos, el contrato social y la separación de poderes, en estos términos:

> 1.- Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.
>
> 3.- Que el gobierno es institución, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad...; y que *cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente para el bien público*.
>
> 5.- Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial están separados y que los miembros de los primeros (legislativo y ejecutivo) deben ser conscientes de las cargas del pueblo y participar en ellas y abstenerse de imponer medidas opresivas; que en periodos determinados se les vuelva a su condición privada, al cuerpo social de donde procedían y sus vacantes se llenen mediante elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las que puedan volver a elegirse o todos o parte de los antiguos miembros de dichos poderes, según lo dispongan las leyes.

Tres semanas después y en la misma línea de pensamiento, el Congreso General de los Estados Unidos de América emite, fechada *4 de julio de 1776* la *Declaración de Independencia* de las colonias norteamericanas de la Gran Bretaña. Esta declaración elaborada por *Thomas Jefferson* (a quien se acusó injustamente de haber copiado el Segundo Tratado de Locke) proclama como verdades evidentes por sí mismas, el hecho de que "todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; *que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla y a abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios* y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad..."

El *17 de septiembre de 1787* se sanciona en Filadelfia la *Constitución Federal de los Estados Unidos*, la cual no contempla específicamente enunciación de derechos humanos, los que sí son incluidos luego en diez *Enmiendas* aprobadas por el Congreso en *1791*, conocidas como la *Carta de Derechos*.

Ahora bien, aparte de Locke, en el tema que desarrollamos también ocupan un sitial relevante los escritos de dos pensadores europeos del modernismo, Rousseau y Montes-

quieu, de influencia determinante en el otro gran episodio revolucionario del siglo XVIII: la Revolución Francesa.

En efecto, el francés *Charles de Secondat, Barón de Montesquieu*, (1689-1755) es otro autor clave en la doctrina del liberalismo y, como tal, sus obras están dirigidas a rechazar el poder absoluto de los monarcas de la época, a defender el individualismo, la libertad, la soberanía popular, el imperio de la ley. En su notable libro *L'esprit des lois* (*El espíritu de las leyes*) publicado en Ginebra en *1748*, desarrolla su teoría sobre la separación de poderes en términos más depurados que la de Locke, pero con el mismo sentido de establecer mecanismos que frenaran el poder abusivo de los gobernantes y por ende, también abiertamente contrario a las monarquías absolutas de la época. En ese orden de ideas, escribe Montesquieu que *el abuso del poder sólo será impedido si, por la disposición de las cosas, el poder detiene el poder* ya que "todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciera estos tres poderes: el poder de hacer las leyes, el poder de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los crímenes o las diferencias de particulares". (*Obras completas*, libro XI, Edit. Seuil, Paris, 1964).

Muy cercano al ideario de Locke se inscribe la doctrina de *Juan Jacobo Rousseau*, nacido en Ginebra en 1712 y precursor del romanticismo. Este autor resalta la bondad natural del hombre, que la sociedad corrompe esta bondad (la aparición de la propiedad privada, las tensiones culturales, etc), por lo que es obligante volver a la virtud primitiva, pero admite que el Estado es un mal necesario para la convivencia pacífica y ordenada. En *El Contrato Social o Principios de Derecho Público* (*Du Contrat Social ou Principes de Droit Publique*. Edit. Tecnos, Madrid, 1988), Rousseau explana sus criterios sobre la libertad y la igualdad y su teoría de la ley como expresión de la voluntad general.

Aunque Rousseau fallece en 1778, es indubitable que sus conceptos e ideales democráticos fueron asumidos plenamente por los revolucionarios franceses y aparecen reflejados casi literalmente en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* proclamada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, derechos éstos reproducidos en el Preámbulo de la primera Constitución francesa de *1791* e incorporados en el texto de la de *1793*.

Además de Rousseau, la influencia de Locke y Montesquieu también se patentiza en la Declaración de Derechos de 1789, de la cual extraemos los siguientes puntos de los 17 que contiene ese documento:

> 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.
>
> 2. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. *Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*
>
> 3. El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.
>
> 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.
>
> 5. La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

> 6. *La ley es la expresión de la voluntad general*. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.
>
> 16. *Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*.

Mucho se ha escrito sobre la influencia del texto declarativo de derechos norteamericano (1776) sobre el francés del mismo género de 1789, dada la similitud de conceptos; y entre las razones que apuntalan esta hipótesis se esgrime el hecho cierto de que para la fecha de la elaboración de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Thomas Jefferson se encontraba en Francia ejerciendo el cargo de Ministro de Asuntos Exteriores de su país y recibió en su residencia de París a Lafayette, principal artífice de la Declaración francesa de los Derechos, así como a otros integrantes de la Asamblea Nacional (luego Constituyente)

Al margen de ese comentario que, en mi criterio, resulta históricamente intrascendente, lo que interesa poner de relieve es que con la emisión de la primera Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787 y la primera francesa en 1791, se inicia en las postrimerías del siglo XVIII lo que se conoce en el hemisferio occidental como el *Estado Constitucional de Derecho*, y que la incorporación en ambos textos constitucionales del elenco de derechos humanos declarados previamente en esos dos países en los documentos de 1776 (USA) y 1789 (Francia), marca *también el comienzo* de la *constitucionalización o positivización de los derechos humanos*, los cuales nacen con un acentuado matiz iusnaturalista e individualista, propio de los postulados de la época. Se trata, en definitiva, del reconocimiento expreso en el instrumento jurídico-político superior de un Estado, de los derechos fundamentales que poseen los individuos que lo integran y la previsión de los medios necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos.

Ahora bien, *es en la contemporaneidad cuando el reconocimiento de los derechos humanos adquiere carácter universal*, es decir, de derecho positivo internacional, fenómeno derivado de los horrores y las secuelas de la segunda conflagración mundial ocurrida en el siglo XX (1939-1945), lo que condujo a la firma el *26 de junio de 1945*, en la ciudad de San Francisco (USA) de la *Carta de las Naciones Unidas*, en la que los países aliados occidentales "con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas", proclaman la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y se comprometen a promover el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como a elaborar una declaración universal de derechos humanos, a cuyo fin se crea la *Comisión de Derechos Humanos*, que comenzó a funcionar en 1946.

Tres años más tarde y tras superar múltiples dificultades en la redacción de la declaración por tratarse de una Comisión redactora formada por representantes de países con ideología e intereses políticos, económicos, filosóficos y religiosos distintos y hasta opuestos, finalmente la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en la ciudad de París, emite *el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Este documento consta de siete *considerandos* (preámbulo) y treinta artículos contentivos de principios generales (1 y 2); derechos civiles y políticos (3 al 21);

derechos económicos y sociales (22 al 25); derechos culturales (26 al 27); y relaciones entre los ciudadanos y las comunidad internacional (28 al 30). Al decir de algunos autores (Truyol y Serra) la Declaración de 1948 constituye indudablemente "la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad y, como tal, *fuente de un derecho superior*, un *higher law* cuyos principios no pueden desconocer los miembros de la ONU".

Ahora bien, tanto del contenido de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como de numerosos instrumentos supranacionales suscritos a partir de 1948, algunos de incidencia regional, tales como la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1950) y más específicamente del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*, del Pacto Internacional de Derechos *Civiles* y *Políticos* del 23 de marzo de *1976*, ratificado por Venezuela el 10-05-1978), para citar sólo algunos, de todos ellos se desprende que el objetivo primigenio de la protección de los derechos de la persona individual se ha expandido progresivamente a la familia, a la sociedad, a entidades supraindividuales, al entorno, etc, lo que ha dado paso a la clasificación doctrinal de los derechos como de primera, segunda, tercera o cuarta generación, siguiendo el *orden cronológico* de incorporación de esos derechos a los ordenamientos jurídicos de los distintos países.

En este sentido, *Valle Labrada Rubio* (*op. cit.* pp. 122-125) expone un criterio ordenador de los derechos humanos, según el cual, resumidamente, incluye en la *primera generación*, los derechos civiles y políticos, (como derechos civiles: derecho a la vida; a la libertad física; libertad de conciencia y de expresión; y derecho de propiedad) y como derechos políticos: el derecho al sufragio y el derecho a la tutela judicial. En los de *segunda generación* agrupa a los derechos económicos y sociales (derecho al trabajo, con sus modalidades de derecho a la sindicación y el derecho a la seguridad social). En cuanto a los derechos que son positivizados históricamente en tercer lugar, o derechos de *tercera generación*, esta autora coloca los llamados derechos culturales (derecho a la educación, de acceso a la cultura) Y, por último, en los derechos denominados de *cuarta generación*, incluye todos los derechos humanos que van surgiendo como resultado del desarrollo de la técnica y las consecuencias perniciosas de este desarrollo (defensa del medio ambiente; de la propiedad intelectual, del derecho a la intimidad; defensa del derecho de la identidad del genoma humano; y derecho de autodeterminación de los pueblos).

Asdrúbal Aguiar realiza un análisis exhaustivo sobre el tema que nos ocupa en su trabajo titulado *La protección internacional de los Derechos del Hombre* publicado en el número 34 de la Serie *Estudios*, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas, 1987), cuya lectura recomiendo, así como la del *Código de Derechos Humanos* compilado por *Pedro Nikken*, con un Estudio Preliminar de su autoría, publicado por la Editorial Jurídica Venezolana en la colección de Textos Legislativos Nº 12 (Caracas, 1991), el cual proporciona una visión global sobre el marco normativo de protección de tales derechos.

Más recientemente, el *17 de julio de 1998*, la comunidad internacional dio un paso importante en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario al aprobar el *Estatuto de Roma*, el cual crea una *Corte Penal Internacional* (CPI) con competencia para investigar y sancionar los delitos más graves y castigar a los responsables de tales actos. Estos delitos que se contemplan en el artículo 5 del Estatuto, son los siguientes:

- el crimen de genocidio
- los crímenes de lesa humanidad
- los crímenes de guerra; y
- el crimen de agresión

Y los define así:

Artículo 6. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por *genocidio* cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por *crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque;

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

e) Tortura;

f) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

g) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte:

h) Desaparición forzada de personas;

i) El crimen de *apartheid;*

j) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental y física.

Seguidamente detalla el contenido de cada uno de los supuestos contemplados en los indicados literales. Y respecto al *ataque contra una población civil* precisa que se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

También define extensamente los crímenes de guerra y sus variables en el artículo 8; y en cuanto al *crimen de agresión* aclara que la Corte Penal Internacional ejercerá competencia respecto de este crimen una vez se apruebe una disposición que lo defina y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará, la cual será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

La diferencia fundamental entre la Corte Penal Internacional y los otros órganos de justicia internacional (la Corte Internacional de Justicia de La Haya; la Corte Interamericana de Derechos Humanos) estriba en que *la Corte Penal Internacional juzga individuos y no Estados*. En efecto, la Corte Internacional de Justicia de la Haya conoce de cuestiones relacionadas con controversias entre Estados (v.g. discrepancias en la interpretación de un Tratado) y la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es juzgar si los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han cumplido con las obligaciones en materia de derechos humanos asumida por ellos al suscribir y ratificar la Convención.

En este contexto, la entrada en vigor del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional pueden llegar a tener efectos directos sobre las instituciones democráticas y la administración de justicia en el ámbito latinoamericano, particularmente respecto a países de nuestra región, según la percepción de la Comisión Andina de Juristas, cuerpo de juristas de nuestra área geográfica, la cual opina que la creación de la CPI constituye un incentivo para juzgar a los perpetradores de los crímenes más graves a sabiendas de que si no se realiza una investigación imparcial en el campo nacional, el caso puede ser tratado por un órgano internacional, pudiendo igualmente funcionar como protección interna para impedir la intervención del Poder Ejecutivo u otros intereses en los procesos penales sujetos normalmente a una gran presión y atención política. (*La Corte Penal Internacional y los Países andinos*, publicación de la Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 2001).

El Tribunal Penal Internacional entró en vigor el 1º de julio de 2002, después que más de 60 países ratificaron el Estatuto de Roma que establece la creación de este órgano judicial (el Estatuto fue aprobado por 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra, entre éstos: China, Israel, Estados Unidos, Irán) y se prevé que entre en funcionamiento a mediados de 2003 luego que se aprueben los proyectos de resolución que determinen la regulación y el procedimiento a seguir en los juicios. Por lo pronto, el 03 de septiembre de 2002 se realizará la primera Asamblea de Países ratificantes del Estatuto de Roma (76, entre ellos Venezuela) que va a elegir al Presidente y a los dos Vicepresidentes del TPI y adoptará los mecanismos para la elección de los 18 Magistrados y el Fiscal que lo integran, para un mandato de tres años.

Tras esta referencia documental prometedora para la humanidad, concluyo la síntesis histórica sobre los derechos humanos, desde la perspectiva doctrinaria, institucional y normativa hasta el presente, para pasar a exponer en la misma línea esquemática, el origen y la evolución de los derechos fundamentales en Venezuela.

II. LA INCORPORACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO NACIONAL

Los postulados que inspiraron las dos grandes revoluciones del siglo XVIII (francesa y norteamericana) y que marcaron el destino futuro no sólo de los países en que se produjeron sino de la humanidad entera, fueron asumidos plenamente, dos décadas más tarde, por los hombres que forjaron la independencia de las colonias americanas de la metrópoli española, la cual comenzó en las Provincias de Venezuela. No es de extrañar que así ocurriera, porque esos hombres pertenecían casi en su totalidad, a la oligarquía criolla, económica e intelectualmente privilegiada, poseedores de una elevada forma-

ción frecuentemente adquirida en el Viejo Continente, y con dominio de lenguas extranjeras que les permitía el acceso a la lectura de los insignes pensadores comentados en el capítulo precedente de este trabajo (Locke, Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Thomas Payne y otros) y de las declaraciones revolucionarias contentivas de las soluciones jurídicas que aportan para la organización política e institucional de las nuevas repúblicas.

La primera manifestación documental de esa recepción ideológica la encontramos en la *Declaración de los Derechos del Pueblo* dada por el Supremo Congreso de Venezuela el *1º de julio de 1811* en la que se vierten principios proclamados en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En efecto, en el documento venezolano se lee en el epígrafe referido a los *Derechos del Hombre en Sociedad*, que *el fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye al asegurarla* (Art. 1); que esta felicidad consiste en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley (Art. 2); que "la ley se forma por la expresión libre y solemne de la voluntad general, y ésta se expresa por los apoderados que el pueblo elige para que representen sus derechos" (Art. 3); que "el derecho de manifestar sus pensamientos y opiniones por voz de la imprenta debe ser libre, haciéndose responsable a la ley si en ellos se trata de perturbar la tranquilidad pública o el dogma, la propiedad y el honor del ciudadano" (Art. 4); y otros numerales del mismo tenor de protección de los derechos individuales, así como de los deberes del cuerpo social, entre ellos, que la garantía social no puede existir sin que la ley determine claramente los límites de los poderes, ni cuando no se ha establecido la responsabilidad de los públicos funcionarios.

El *5 de julio de 1811 se declara solemnemente la Independencia de Venezuela*, en un Acta en la cual los Representantes de las Provincias unidas de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo "que forman la Confederación Americana de Venezuela en el Continente Meridional, reunidos en Congreso, y considerando la plena y absoluta posesión de nuestros derechos, que recobramos justa y legítimamente desde el 19 de abril de 1810, en consecuencia de la Jornada de Bayona y la ocupación del Trono español por la conquista y sucesión de otra nueva dinastía constituida sin nuestro consentimiento, queremos, antes de usar de los derechos de que nos tuvo privados la fuerza por más de tres siglos, y nos ha restituido el orden político de los acontecimientos humanos, patentizar al Universo las razones que han emanado de estos mismos acontecimientos y autorizan el libre uso que vamos a hacer de nuestra Soberanía", explanan largamente esas razones y seguidamente concluyen "creyendo con todas estas razones satisfecho el respeto que debemos a las opiniones del género humano y a la dignidad de las demás naciones, en cuyo número vamos a entrar, y con cuya comunicación y amistad contamos..." "a nombre y con la voluntad y autoridad que tenemos del virtuoso pueblo de Venezuela, declaramos solemnemente al mundo que sus Provincias unidas son, y deben ser desde hoy, de hecho y de derecho, Estados libres, soberanos e independientes y que están absueltos de toda sumisión de la Corona de España o de los que se dice o dijeren sus apoderados o representantes, y que como tal Estado libre e independiente tiene un pleno poder para darse la forma de gobierno que sea conforme a la voluntad general de sus pueblos, declarar la guerra, hacer la paz, formar alianzas, arreglar tratados de comercio, límites y navegación, hacer y ejecutar todos los demás actos que hacen y ejecutan las naciones libres e independientes".

Actuando de conformidad con los designios expresados en el Acta de Independencia parcialmente transcrita, cinco meses más tarde, el *21 de diciembre de 1811* es sancionada la *primera Constitución de los Estados Unidos de Venezuela*, que viene a ser tam-

bién la primera Constitución de hispanoamérica, y con la cual *se inicia la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela* bajo el rubro "*Derechos del Hombre que se reconocerán y respetarán en toda la extensión del Estado*" (Capítulo VIII). En esta enunciación de derechos se aprecia con mayor contundencia la impronta de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en los revolucionarios venezolanos, tal como se evidencia del análisis comparativo entre el texto francés y la Carta venezolana realizado por el bibliógrafo Don *Pedro Grases* en su obra *Estudio sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959)

Véase, al efecto, el articulado constitucional venezolano de 1811, de corte marcadamente individualista y de fundamento *iusnaturalista*, siguiendo la misma orientación del documento citado.

> El objeto de la sociedad es la felicidad común y los gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces y procurándole el más justo y honesto ejercicio de sus derechos. (Art. 151).
>
> Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. (Art. 152).
>
> La libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña a los derechos de otros individuos, ni al cuerpo de la sociedad, cuyos limites sólo pueden determinarse por la ley, porque de otra suerte serían arbitrarios y ruinosos a la misma libertad. (Art. 153)
>
> La igualdad consiste en que la ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja, ella no reconoce distinción de nacimiento, ni herencia de poderes. (Art. 154).
>
> La propiedad es el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo e industria. (Art. 155)
>
> La seguridad existe en la garantía y protección que la sociedad da a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. (Art. 156)

También contiene normas procedimentales sobre la libertad personal, entre ellas que "ninguno podrá ser juzgado, ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales, sino después que haya sido oído legalmente. Toda persona en semejantes casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios, para producir otros en su favor y cuantas pruebas puedan serle favorables dentro de términos regulares, por sí, por su poder o por defensor de su elección, y ninguna será compelida, ni forzada en ninguna causa a dar testimonio contra sí misma, como tampoco los ascendientes y descendientes, ni los colaterales, hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad" (Art. 160).

Y en términos casi idénticos a la fórmula expresada en la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia y en la Declaración de Independencia de las colonias norteamericanas de la Gran Bretaña, ambos documentos de 1776 e inspirados *como antes hemos dicho en este trabajo* en la doctrina de John Locke, la Constitución venezolana de 1811 reconoce y justifica en el artículo 191 *ejusdem* el derecho del pueblo a desconocer al gobierno cuya actuación se aparte de los principios y objetivos constitucionalmente establecidos. Dice así el citado precepto:

> *Artículo 191*. Los Gobiernos se han constituido para la felicidad común, para la protección y seguridad de los pueblos que los componen, y no para benéfico honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia o de alguna clase de hombres en particular que sólo son una parte de la comunidad. *El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administra-*

ción, y cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitablemente el derecho inenajenable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue más propio para procurar el bien público.

Por otra parte, no olvida el constituyente de 1811 la ingrata e injusta situación de los indígenas y esclavos, y a ellos dedica los artículos iniciales de las *Disposiciones Generales* (Cap IX), en los siguientes términos:

> Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado *indios* no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a favor, porque los encargados del Gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución, y como las bases del sistema de Gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que las de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casas de ilustración y enseñanza, hacerles comprender la íntima unión que tienen con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y de los derechos que gozan por sólo el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie, a fin de conseguir por este medio sacarlos del abatimiento o rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres, prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna, y permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión para que, a proporción entre los padres de familia de cada pueblo los dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales. (Art. 200)
>
> Se revocan, por consiguiente, y quedan sin valor alguno, las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos Tribunales, protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les han perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia. (Art. 201)
>
> *El comercio inicuo de negros, prohibido por decreto de la Junta Suprema de Caracas en 14 de agosto de 1810, queda solemne y constitucionalmente abolido en todo el territorio de la Unión, sin que puedan en modo alguno introducirse esclavos de ninguna especie por vía de especulación mercantil*. (Art. 201)
>
> Del mismo modo quedan revocadas y anuladas en todas sus partes las leyes antiguas que imponían degradación civil a una parte de la población libre de Venezuela conocida hasta ahora bajo la denominación de *pardos*; éstos quedan en posesión de su estimación natural y civil y restituidos a los imprescriptibles derechos que les corresponden como a los demás ciudadanos. (Art. 203). (Toda la *normativa* histórica vertida en este trabajo la he extraído de la *Compilación de las Constituciones de Venezuela* con Estudio Preliminar de Allan R. Brewer-Carías, Imprenta Fareso, Madrid, 1985).

Ahora bien, como se sabe, la naciente República se pierde el año siguiente (1812) con la Capitulación del General patriota Francisco de Miranda ante las tropas realistas de Domingo Monteverde y nuestro país entra en una prolongada, cruel y devastadora lucha por lograr su independencia, signada por victorias y derrotas, hasta la definitiva libertad de Venezuela en Carabobo el 24 de junio de 1821. De ahí que difícilmente pueda hablarse en esta etapa de nuestra historia de respeto de los derechos humanos, pues lo que privaba era *el derecho de la guerra* (*jus belli*) y es con ese fundamento que Simón Bolívar, investido de poder de facto, legisla mediante Decretos y Proclamas.

Ello explica el cuestionado *Decreto de Guerra a Muerte*, proclama de El Libertador de *1813* en plena *Campaña Admirable* para reconquistar la naciente República en la que promete a los españoles y canarios contar con la muerte aun siendo inocentes, amenaza que extiende a quien directa o indirectamente contribuyese a turbar el orden, paz y tranquilidad pública "sin que lo favorezca el sagrado de la ley, cumplida ya en todas sus partes; pero con la diferencia que para aquellos que antes han sido traidores a su patria y a sus conciudadanos y reincidiesen en ello, bastarán sospechas vehementes para ser ejecutados".

En contraposición, Bolívar indulta a los americanos que se hubieren alistado en las huestes realistas "si se presenta al juez de su pueblo u otra cualquiera autoridad pública, en el término de un mes, y no se le perseguirá en manera alguna por haber servido en el ejército español o por haberse alistado en las cuadrillas de salteadores".

En ese mismo marco de la guerra cruenta que imponía la necesidad de la recaudación de fondos para sostenerla, también en 1813 Bolívar ordena pasar por las armas a "todo aquel que fuere convencido de haber defraudado los caudales de la renta nacional de tabaco, o vendiéndole clandestinamente fuera del estanco, o dilapidándolos con robos y manejos ilícitos" (Ley contra los defraudadores de la Renta de Tabaco).

En todo caso, ninguno de estos actos es comparable al delito de *genocidio* perpetrado por los jefes realistas. No es lo mismo destruir grupos humanos no beligerantes, que fusilar combatientes por represalias bélicas. Esta diferencia la establece claramente el ilustre académico y penalista Don Tulio Chiossone, en estos términos:

"Pensamos que durante la guerra de la emancipación venezolana, podía hablarse de genocidio en los casos cuando jefes de las primeras montoneras realistas asesinaron, por razones políticas, a grupos humanos", y se refiere seguidamente a los hechos históricos de los cuales deduce la existencia de este delito en los años primigenios de nuestra nacionalidad, así:

"Hubo un grupo de oficiales españoles que se distinguió por su ferocidad, o sea, por el asesinato de grupos de ciudadanos que no se alistaban en sus filas. Ellos fueron: Boves, Rosete, Morales, Cervera, Antoñanzas, Suazola y otros. Pero no obstante que todos ellos fueron genocidas, y así debe juzgarlos la historia, el enemigo más formidable fue Boves -según expone el general O'Leary-, por sus numerosos secuaces, por el terror de su nombre y por la atrocidad de sus hechos, nublaba el horizonte del sur con sus huestes desenfrenadas. Boves, seguido por un enjambre de ladrones y asesinos, después de haber devastado todo el país, desde las márgenes del Orinoco hasta las cercanías de los valles de Aragua, amenazaba esta vez a Valencia y Caracas. En esa marcha de más de cien leguas, destruyó todas las poblaciones por donde pasó, e hizo matar a los habitantes que por su sexo o por las enfermedades no podían engrosar sus filas". Rosete *escribe el Dr. Chiossone* émulo de Boves en la crueldad genocida, "pasa a cuchillo a los indefensos habitantes de Ocumare, sin respetar el templo donde se habían congregado en busca de un asilo sagrado que creyeron inviolable".

"No hay para qué describir la masacre de Valencia en la que pereció el doctor Espejo. En Cumaná -cita a O'Leary"- 'mil víctimas fueron asesinadas en aquella ciudad, fuera de las que por huir de su mano de hierro se dieron voluntariamente la muerte, y de las que tratando de escaparse se arrojaron al mar con la loca esperanza de alcanzar los buques que a toda vela se escapaban del puerto'. Boves y sus secuaces y quienes lo sucedieron después de su muerte en la batalla de Urica, continuaron la destrucción de todo lo que fuese *americano* (Tulio Chiossone: *Formación Jurídica de Venezuela en la Co-*

lonia y la República. Universidad Central de Venezuela. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, 1980, p. 139. La cita del General Daniel Florencio O'Leary la extrae de sus *Memorias*, Tomo I. p. 234, Imprenta Nacional. (1953).

Baste esta comprimida narración de hechos para comprender y justificar las ejecuciones ordenadas por Bolívar en el curso de la guerra de independencia y desmontar las alevosas críticas de ser detractores.

Lo que no podría osar poner en duda ningún historiador, aparte del valor como guerrero y estratega de Bolívar, es la enorme capacidad organizativa de El Libertador, su inteligencia creadora, innovadora, analítica, su formación humanista y su devoción por la juricidad y la legalidad, como dan fe numerosos documentos que constituyen legado transmitido a los venezolanos y a todos los americanos.

Uno de esos documentos, de extraordinaria importancia, es el proyecto de Constitución propuesto por el General Bolívar al Congreso de Angostura, presentado por él ante ese órgano legislativo en un Discurso (*Discurso de Angostura*) que es una auténtica pieza literaria, jurídica y política. En esta Constitución, sancionada el 15 de agosto de 1819, se crean nuevas instituciones necesarias para la organización de la República y se consolidan otras que ya existían desde 1817, especialmente en el campo de la administración de justicia y en materia hacendística y, en general, administrativa. Acerca del valor histórico de estos documentos de 1819 expresa el historiador Don Indalecio Liévano Aguirre lo siguiente:

> Hasta ese momento, los cuerpos representativos o constituyentes reunidos en el mundo americano no habían tenido aspiración distinta de la de copiar sin discriminaciones las Constituciones liberales de los distintos Estados de la Unión Americana, especialmente las de Maryland y Massachussets, o transplantar a América, en idéntica forma, los regímenes monárquicos europeos, como venía acaeciendo en el Río de la Plata. Pero en 1819 los legisladores reunidos en Angostura, se encontraron por primera vez ante una situación radicalmente nueva. El proyecto de Constitución presentado a ellos, muy especialmente el discurso del Libertador, les señalaban un novedoso rumbo de Derecho Público americano. No más imitaciones subalternas de instituciones exóticas para las realidades del Nuevo Mundo, tal era el espíritu de estos dos grandes documentos, con los cuales Simón Bolívar ofrecía a la inteligencia americana la oportunidad histórica de independizarse de la inteligencia europea, como se estaba emancipando de su dominio político. (Indalecio Liévano Aguirre: *Bolívar*. Editorial El Liberal, S.A. Bogotá, p. 215)

Entre las instituciones novedosas que propone El Libertador, recuérdese la creación de un *Poder Moral de la República*, constituido por un Presidente y cuarenta miembros que, bajo la denominación de *Aerópago* ejercería "una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera Educación". Este Aerópago se compondría de dos Cámaras: la de Moral y la de Educación. Según se lee en el texto propuesto, "la Cámara de Moral dirige la opinión moral de toda la República, castiga los vicios con el oprobio y la infamia y premia las virtudes públicas con los honores y la gloria", y la Cámara de Educación "está encargada de la educación física y moral de los niños, desde su nacimiento hasta la edad de doce años cumplidos". Como se sabe, este proyecto fue considerado por todos los Diputados del Congreso como de muy difícil establecimiento y absolutamente impracticable, por lo que, después de largos debates, prevaleció entre ellos el parecer de que "en la infancia de nuestra política y tratándose de objetos tan interesantes al Estado y aun a la humanidad" no debían fiarse de sus teorías y raciocinios en pro ni en contra del proyecto, conviniendo consultar "la opinión de los sabios de todos los países por medio de la imprenta" "hacer algunos ensayos parciales y reunir hechos que comprobasen las ventajas o los perjuicios de esta nueva institución para en su vista proceder a ponerla en ejecución o rechazarla", decretándose,

en consecuencia que el Título del Poder Moral se publicase como Apéndice de la Constitución.

Ahora bien, ciñéndonos únicamente al tema de los derechos humanos que nos ocupa, la Carta de 1819 no innova respecto a su esencia y definición ya plasmada en la Constitución de 1811, ésta a su vez inspirada en las ideas de los teóricos revolucionarios del siglo XVIII y en los documentos que las contienen, especialmente en relación con el carácter iusnaturalista de los derechos. Lo que sí hace el constituyente de 1819 es que privilegia la materia de los derechos fundamentales, en el sentido de que no los incorpora como un capítulo más en el articulado de la Constitución sino que encabeza ese texto normativo con los *Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*. (Título I, arts. 1 al 16).

En su Discurso de presentación del proyecto de Constitución, Bolívar exhorta a los legisladores en Angostura a garantizar "*la libertad civil*, la más preciosa, la más justa, la más necesaria, en una palabra, la única libertad, pues sin ella las demás son nulas". Sobre la *igualdad* opina en esa misma ocasión que "el principio fundamental de nuestro sistema depende inmediata y exclusivamente de la *igualdad* establecida y practicada en Venezuela", que es principio sancionado por la pluralidad de los sabios *que los hombres nacen todos con derechos iguales a los bienes de la sociedad*. Consideración especial le merece *la esclavitud* que es, en sus palabras, *la hija de las tinieblas* y vehementemente pide a los Diputados de Angostura "la confirmación de la libertad absoluta de los esclavos, como imploraría por mi vida y la vida de la República", exhorto que fue atendido en los términos del artículo 14 según el cual "todo hombre hábil para contratar puede empeñar y comprometer sus servicios y su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido. *En ningún caso puede ser el hombre una propiedad enajenable*". Esta disposición -que no se repite en las dos Constituciones siguientes (1821 y 1830)- fue durante mucho tiempo letra muerta en Venezuela hasta *1854* cuando el gobierno de José Gregorio Monagas promulga la *Ley de Abolición de la Esclavitud* en todo nuestro territorio, lo cual se constitucionaliza en la Carta de *1857*. Sin embargo, durante ese intervalo hubo al menos dos intentos fallidos para erradicarla. El primero en *1821*, con la *Ley de Libertad de Vientres* dictada a instancias del Libertador, y el segundo, en *1846*, con un proyecto de ley introducido al Congreso, que permitía contratar un empréstito en el extranjero a fin de emancipar completamente a los esclavos indemnizando a sus dueños, proyecto que no se aprobó por la situación electoral de 1846 y sólo se concretó como dije, en 1854 (Ver en extenso: Gil Fortoul: *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo II, p. 311).

Sobre este mismo asunto, refiriéndose a la situación económica de Venezuela durante el siglo XIX y particularmente en el primer período de la vida republicana, Brewer-Carías comenta:

> ...La fuerza fundamental de trabajo en las faenas agrícolas continuaba siendo esclava o formada por libertos enfeudados, y ello a pesar de la política continua desde la Independencia de eliminar la esclavitud, primero por la aplicación de las normas de manumisión que venían de la Colonia y que permitían la compra de la libertad o su otorgamiento voluntario; y segundo, por la *Ley de Libertad de Vientres de 1821* (respuesta corta a la petición de Bolívar, desde Valencia, de que el Congreso le concediera en recompensa de la Batalla de Carabobo "la libertad absoluta de todos los colombianos en el acto de nacer en el territorio de la República") la cual aseguraba la libertad de los hijos de esclavos después de que cumplieran 18 años. El proceso de liberación, sin embargo, era pagado por el Estado a los dueños mediante impuestos, organizándose una Junta de Manumisión que administraba el proceso y la tarifa. (A.R. Brewer-Carías: *Cinco Siglos de Historia y un País en Crisis*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales -Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela. Caracas, 1998, p. 60).

El pensamiento de Simón Bolívar impregna no sólo el acontecer político, jurídico e institucional de Venezuela y de las naciones que libera del yugo español, pues también ha de destacarse su impronta en la formación de conciencia ciudadana por el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, de lo cual encontramos signos inequívocos en abundante documentación, de la que sólo extraeremos algunos ejemplos.

En carta del 27 de agosto de *1820* dirigida al Comandante Don Francisco Doña enfatiza *que el hombre* "*no tiene más patria que aquella en que se protegen los derechos de los ciudadanos y se respeta el carácter sagrado de la humanidad*"; "*la nuestra - escribe- es la madre de todos los hombres libres y justos sin distinción de origen y condición*".

En Bolivia, en *1826*, al presentar ante el Congreso el proyecto de Constitución elaborado para esa nación, es reiterativo en su planteamiento de la necesidad de conservar en toda su pureza la salvaguardia de los derechos individuales y recordar a los constituyentes bolivianos que esos derechos son "la libertad, la igualdad, la seguridad, todas las garantías de orden social".

La siguiente *Constitución* firmada en el Rosario de Cúcuta por el Congreso General de Colombia el *30 de agosto de 1821* y con la cual se crea la Gran Colombia (que une el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela). "en orden a fijar las reglas fundamentales de su unión y establecer una forma de gobierno que les afiance los bienes de su libertad, seguridad, propiedad e igualdad, como es dado a una nación que comienza su carrera política y que todavía lucha por su independencia", acentúa en las *Disposiciones Generales* (Título VIII) el aspecto de la libertad personal y establece una serie de normas de tipo procedimental para asegurar su efectividad.

En los años siguientes se dictan en Venezuela una serie de leyes importantes, entre ellas, en lo que hace relación con los derechos fundamentales:

-"Ley sobre la extensión de la *libertad de imprenta* y sobre calificación y castigo de los abusos" (*14 de septiembre* de *1821*), reglamentaria de la garantía sobre la libre expresión del pensamiento.

-"Ley reglamentaria de la *garantía de la inviolabilidad del secreto*". (*3 de agosto de 1824*), que establece el modo de registrar o interceptar la correspondencia y papeles privados y el respectivo procedimiento.

-"Ley reglamentaria de la *garantía sobre inviolabilidad del domicilio*", (3 de agosto de *1824*), establece casos de allanamiento y el procedimiento respectivo.

-"*Ley de Procedimiento en las causas de hurto*". (3 de mayo de 1826), establece las categorías de vagos y maleantes y define los delitos de hurto y robo, señalando para ellos la *pena de muerte* en los casos de escalamiento o fractura, o al ser cometidos de noche o con armas.

En la configuración de estas leyes y otros actos normativos dictados durante el prolongado y duro proceso emancipador, no hay que olvidar el acervo jurídico, la tradición legislativa recibida de la Colonia como elemento que coadyuvó de manera significativa al mantenimiento de la juridicidad durante ese periodo histórico. En ese sentido, el Dr. Chiossone reflexiona que habría sido imposible que la organización política e institucional que dio España en más de tres siglos a los diversos países americanos después del descubrimiento, pudiera desaparecer de un momento a otro, "pues con todos los vicios que pudieran achacársele, había formado una conciencia jurídica que siguió por muchos años sirviendo de pedestal a los nuevos Estados una vez emancipados". En

efecto, *agrega* "las leyes de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas del Rey Sabio siguieron aplicándose no sólo en la Gran Colombia, sino en Venezuela, después de su separación en 1830 y hasta 1873, especialmente en materia penal". (T. Ch. *Formación Jurídica de Venezuela... op. cit*. pp 134-135)

Disuelta La Gran Colombia, la Constitución sancionada en Valencia el *21 de septiembre de 1830* (considerada por la mayoría de los historiadores la primera Constitución del Estado venezolano autónomo. Pablo Ruggieri Parra: *La Supremacía de la Constitución y su Defensa*), se inspira en los textos que le precedieron en lo atinente a las libertades y garantías individuales, aunque más profusa en las normas procedimentales.

En efecto, por una parte, reitera el precepto que data de 1811 -el cual se reproduce en términos similares en Cartas posteriores-, que *declara culpable y objeto de castigo a los que expidieren, firmaren, ejecutaren o mandaren ejecutar decretos, órdenes o resoluciones contrarias a la Constitución y Leyes que garantizan los derechos individuales* (Art. 187).

Y en el aspecto procesal establece una extensa normativa (Arts. 194 al 204) relativa a las detenciones y arresto, en las que se perfila, aunque embrionariamente, la figura procesal del *habeas corpus* que luego, en una ley dictada bajo el imperio de dicha Constitución, el *25 de marzo de 1850* sobre Tribunales y Juzgados, se percibe más nítidamente al precisar que:

> cuando cualquier funcionario público estuviere formando actuación criminal contra cualquier persona, o hubiese dictado decreto de prisión, el interesado y cualquiera a su nombre puede ocurrir a la Corte Superior respectiva *por vía de amparo y protección*, y ésta mandando a suspender el procedimiento, pedirá la actuación, y en su vista, si lo encuentra de justicia, podrá levantar la providencia opresiva (Art. 10)

Asimismo, durante el período de vigencia de esta Constitución (1830 a 1857) se sancionaron en Venezuela otros instrumentos jurídicos de extraordinaria importancia en el ámbito de los derechos humanos, considerados pioneros en este campo por prestigiosas instituciones dedicadas a la materia, como Amnistía Internacional.

Tal es el caso del *Decreto de Abolición de la Pena de Muerte*, aunque restringido a los delitos políticos, dictado por el Presidente José Tadeo Monagas en *1849*, y la *Ley de Abolición de la Esclavitud* promulgada por el Congreso en 1854 durante el gobierno de José Gregorio Monagas, a la cual ya me referí *supra*. Ambas prohibiciones adquirieron rango constitucional en la carta de *1857* en sus artículos 98 y 99 que rezan: "queda abolida para siempre la pena capital en los delitos políticos", y "jamás podrá restablecerse la esclavitud en Venezuela".

La *Constitución* de *1858* reviste también importancia porque por primera vez, en el Titulo (V) correspondiente a los derechos individuales se consagra un artículo que reconoce expresamente la existencia de derechos individuales que no estén comprendidos en el texto constitucional, precepto que, a partir de allí, se encuentra en casi todas las Constituciones venezolanas y que resulta exactamente equivalente al artículo 50 de la derogada Constitución de 1961 y al 22 de la vigente de 1999. Ese artículo de la Carta de 1858 estaba redactado así:

> *La precedente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los individuos y que no estén comprendidos en este título*. (Art. 28)
>
> (Igual en las *Constituciones de 1909*, art. 25; *1914*, art. 17; *1922*, art. 23; *1925*, art. 33; *1928*, art. 33; *1929*, art. 33; *1931*, art. 33; *1936*, art 33; *1945*, art. 34; *1947*, art. 25 y *1953*, art. 32).

La novedad de la Constitución de *1864* respecto a las anteriores es que *habilita a cualquier ciudadano para acusar a quienes* expidieren, firmaren, ejecutaren o mandaren ejecutar decretos, órdenes o resoluciones que *violen o infrinjan cualquiera de las garantías acordadas a los venezolanos*. (Art. 17). Esta habilitación genérica se reproduce en iguales términos en las Cartas de *1874, 1881, 1891* y *1893* con la misma nomenclatura (art. 17) y en la de *1901*, (artículo 19), y luego desaparece de nuestro ordenamiento constitucional para resurgir, con una formulación mucho más amplia en 1961.

En efecto, la *Constitución del 23 de enero de 1961*, vigente durante 38 años y, por ende, la de más larga duración en toda nuestra historia republicana, representa un aporte encomiable en el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales esquemáticamente descrito en estas páginas, pues no se limita a *extender* la protección de los derechos inherentes a la persona humana a aquellos que no estén expresamente incluidos en la Constitución, como venía ocurriendo en nuestro ordenamiento constitucional desde 1858 sino que, además, advierte que la falta de ley reglamentaria no menoscaba el ejercicio de esos derechos; y por otra parte, establece la vía judicial para exigir el respeto de los mismos, a cuyo efecto habilita a los tribunales de la República y les indica el procedimiento expedito a seguir. Tales disposiciones están formuladas en los siguientes términos:

> *Artículo 49*. Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.
>
> El procedimiento será breve y sumario; y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.
>
> *Artículo 50*. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.
>
> La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

De esta forma, el constituyente de 1961 recoge y amplía el postulado contenido en el *artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (París-1948), -reforzada y actualizada posteriormente en varios textos internacionales-, que es de este tenor:

> *Toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley*.

No obstante, la transcrita normativa venezolana calificada por el reconocido constitucionalista mexicano Héctor Fix Zamudio como "uno de los aciertos más destacados de la avanzada Carta Fundamental de 1961", no siempre fue genuinamente interpretada en su verdadero alcance por la jurisprudencia patria que, dubitativamente, oscilaba entre considerar que el artículo 49 sólo era una norma programática inaplicable en ausencia de una ley que regulara su contenido, o en aplicarlo excediéndose en su interpretación y tergiversando el espíritu de este formidable instituto jurídico de protección. (Para un estudio exhaustivo del amparo en Venezuela, sus antecedentes, doctrina y jurisprudencia, véase el excelente trabajo de Rafael J Chavero Gazdick: *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood, Caracas, 2001).

En todo caso, la esperada ley sólo fue sancionada y promulgada veintiocho años más tarde, el *22 de enero de 1988* (*G.O.* Ext. 34.060 del 27-01-88). En esta *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* se desarrollan los indicados preceptos constitucionales y se establece una amplia regulación procesal de las acciones y recursos pertinentes para impedir el menoscabo de esos derechos y garantías, sea por una ley, una sentencia, un acto administrativo o por los particulares. Esta Ley ha sido a

su vez, *reinterpretada* por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (creada en la Constitución de 1999) en varios fallos en los cuales modifica sustancialmente el régimen de competencias contemplado en la Ley Orgánica de Amparo y transforma también de manera significativa la regulación procedimental para el ejercicio de las acciones y recursos en materia de amparo, lo que ha llevado a algunos comentaristas jurídicos a opinar que la referida Sala se ha extralimitado en su rol de intérprete constitucional invadiendo el campo del legislador. Las decisiones más ilustrativas, en lo que atañe a la competencia y el procedimiento de amparo constitucional fueron pronunciadas, en su mayoría, en el año 2000 y se identifican así: Caso *Emery Mata Millán* (20 de enero de 2000); Caso *C.A. Electricidad del Centro* (Elecentro) del 14 de marzo del mismo año; Caso *Yoslena Chanchamire Bastardo* (8 de diciembre 2000); y Caso *José Armando Mejía* del 1º de febrero de 2000, en cuanto a las reglas procesales. (Todas pueden ser consultadas in extenso en el citado libro de Rafael J. Chavero).

Recapitulando lo hasta aquí escrito, creo que es justo reconocer que Venezuela ha exhibido en su devenir republicano una legislación de vanguardia en el terreno de los derechos fundamentales, en el contexto de las naciones latinoamericanas. En efecto, hemos visto cómo desde muy temprano, se han asimilado las corrientes doctrinarias progresistas y asumido los contenidos declarativos de derechos en instrumentos universales y regionales, tratando de acoplarlos a nuestras realidades y dinámica social, política, económica y cultural. Consecuentemente y sin dejar de lado la consideración de los derechos fundamentales esenciales, primarios, se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico los derechos denominados de segunda, tercera y cuarta generación, de reciente aparición en el mundo globalizado, a los que ya me referí en el Capítulo I de este trabajo.

La Constitución vigente, aprobada por los venezolanos en *referendum* del *15 de diciembre* de *1999* (de la que se tienen tres versiones, la última publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.453 del 24-03-2000) y con la cual se cierra un ciclo constitucional de casi dos siglos, es ciertamente la más audaz, completa y actualizada respecto a las precedentes en el tratamiento de los derechos fundamentales, tanto en su concepción y estructura como en la extensión de los derechos tutelados.

Resumiré a continuación los aspectos que estimo más relevantes del vasto repertorio de derechos que introduce la novísima Carta de 1999, así como las instituciones y mecanismos de protección y garantía que se crean en orden a la eficacia de esos derechos.

En tal sentido:

-*Comienza por proclamar* como *valores superiores* del ordenamiento jurídico venezolano: *la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.* (Artículo 2)

-*Afirma que el Estado garantizará a toda persona, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos,* los cuales deben ser obligatoriamente respetados y garantizados por los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. (Art 19)

-*Desarrolla el principio de igualdad ante la ley*, sin discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos y libertades de las personas. (Art 21).

-*Mantiene* la cláusula abierta de *protección de los derechos inherentes a la persona humana aunque no estén expresamente señalados en la Constitución o no exista ley que los reglamente.* (Art. 22)

-*Otorga* por primera vez, *jerarquía supraconstitucional a los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos* suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales han de prevalecer en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a los establecidos en la Constitución y leyes de la República, y previene la aplicación inmediata y directa de esos instrumentos internacionales por los tribunales y demás órganos del Poder Público venezolano. (Art. 23).

-*Reafirma* el *derecho* de todas las personas *de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos* y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (Art. 26).

-G*arantiza una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita*, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. (Art. 26).

-*Reformula el derecho de amparo* al goce y ejercicio de los derechos constitucionales, y *precisa que el procedimiento para obtenerlo será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad*, facultando al tribunal para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella, debiendo tramitarse en cualquier tiempo y con preferencia a cualquier otro asunto. (Art. 27).

-*Advierte* que el *derecho de la libertad* o seguridad *personal no puede ser afectado*, en modo alguno, por la *declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales*. (Art. 27).

-*Introduce* en Venezuela el *habeas data* que, en los términos de esta Carta, es el *derecho* de todas las personas "*de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen legítimamente sus derechos*" e igualmente autoriza acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas, dejando a salvo el secreto de las fuentes de información periodística o de otras profesiones que determine la ley. (Art. 28).

-*Obliga* al Estado a *investigar y sancionar* legalmente los *delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades*. (Art. 29).

-*Establece* la *imprescriptibilidad de las acciones* para sancionar los *delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra*, y advierte que tales delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía. (Art. 29).

-*Otorga expresamente el conocimiento de los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra, a los tribunales ordinarios*; y advierte que las acciones para sancionar tales delitos son imprescriptibles. (Art. 29).

-*Compromete* al Estado a *indemnizar integralmente a las víctimas* o a sus derechohabientes de *violaciones de los derechos humanos que le sean imputables a él*. (Art. 30).

-*Otorga el derecho a los nacionales para solicitar amparo a sus derechos humanos ante los órganos internacionales* creados para tales fines en los tratados, pactos y convenciones ratificados por la República. (Art. 31).

-*Reafirma* la *proscripción* absoluta de la *pena de muerte*. (Art. 43).

-*Reafirma* la proscripción de la *esclavitud* o servidumbre. (Art. 54).

-*Compromete al Estado* a proteger *la vida de las personas* que se encuentren *privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad* en cualquier otra forma. (Art. 43).

-*Prohibe* a la autoridad pública, civil o militar, *practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas*, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías. (Art. 45).

-*Prohibe* el sometimiento de las personas a penas, *torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.* (Art. 46.1).

-*Faculta* a los particulares *para solicitar del Estado el restablecimiento o reparación* de la situación jurídica lesionada *por error judicial, retardo u omisión injustificados*. (Art. 49.8)

-*Garantiza* la *libertad de expresión*, sin censura previa. (Art. 57)

-*Garantiza la libertad de religión y de culto (Art. 59) y de conciencia* (Art. 61)

-O*torga derecho a todos los ciudadanos a manifestar* pacíficamente y sin armas. (Art. 68)

-*Prohibe* a los cuerpos policiales y de seguridad del Estado el *uso de armas de fuego y sustancias tóxicas* en el *control de manifestaciones pacíficas*. (Art. 68)

-*Reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio*. (Art. 69).

-*Reitera* el *derecho* de los ciudadanos a *la protección* de su *honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación*, y para *preservar* este derecho limita el uso de la informática. (Art. 60).

-*Crea nuevas formas de participación ciudadana:*

-El *Cabildo* Abierto (Art. 70).

-La *Asamblea de Ciudadanos*, de carácter vinculante, (Art 70).

-Los *referendos: consultivo* (Art. 71); *revocatorio* (Art. 72); aprobatorio (Art. 73); y abrogatorio (Art. 74).

-Los *Comités*: Comité de *Postulaciones Judiciales* (Art. 255 y 270); Comité de Evaluación de Postulaciones del *Poder Ciudadano* (Art. 279); y Comité de *Postulaciones Electorales*. (Art. 295).

-*Reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas*, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. (Art. 119).

-*Obliga* al Estado a *proteger* el *ambiente*, la *diversidad biológica*, los *recursos genéticos*, los *procesos ecológicos*, los *parques nacionales* y *monumentos naturales* y demás áreas de especial importancia ecológica. (Art. 127).

-*Prohibe patentar el genoma de los seres vivos.* (Art. 127).

-*Crea un Poder Ciudadano*, que se ejerce por un *Consejo Moral Republicano*, (integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República), con el objeto de prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público; y promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo. (Arts. 274 y 275).

-*Crea* la figura del *Defensor del Pueblo* (antes inexistente), cuya *función primordial es la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos*, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. (Art. 280).

-*Crea* un *Poder Electoral*, regulado en los artículos 292 al 298, con lo cual el Poder Público Nacional se divide en: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (Art. 136).

-*Prohibe la partidización* en la función pública, y enfatiza que el nombramiento o remoción de los funcionarios no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. (Art. 145).

-*Crea* el *Tribunal Supremo de Justicia*, en sustitución de la Corte Suprema de Justicia, con nueva estructura y adición de competencias. (Art. 262).

-*Crea* una *Sala Constitucional* en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, cuya misión primordial es *garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*; ser el máximo y último intérprete de la Constitución y velar por su uniforme interpretación y aplicación. (Arts 335 y 336).

-*Prevé* los Estados de Excepción y *califica* las circunstancias de su procedencia que pueden ser: de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, y resulten insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. (Art. 337) (*Estado de Alarma; Estado de Emergencia Económica y Estado de Conmoción Interior o Exterior*. (Art. 338).

-*Reformula* el *derecho* de los ciudadanos *a la rebelión legítima o desobediencia a las autoridades*, previsto en nuestro ordenamiento constitucional en la Carta de 1811 y no reproducido en las posteriores, en los siguientes términos:

> *Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe* los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Estas son, *en el papel*, las contribuciones más relevantes algunas, y más novedosas otras, que la Constitución venezolana de 1999 aporta, en mi criterio, al tema de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero no basta con las aparentes excelencias antes reseñadas en la letra constitucional. No debemos ufanarnos demasiado de una Constitución que ha sido presentada por sus autores como paradigma en el concierto de las naciones latinoamericanas, si sus buenos principios y las solemnes declaraciones de derechos humanos que contiene no tienen rigurosa aplicación y suficientes garantías de acatamiento. A tan sólo tres años de vigencia, resulta paradójico observar con tristeza cómo, frente a tanta excelencia teórica existan graves signos negativos en el escenario nacional provenientes, tanto de los propios operadores constitucionales como de las autoridades públicas en todos los niveles y más grave aún, en la más alta jerarquía que no solo desconocen o abiertamente contrarían los preceptos constitucionales, sino que

también, irónicamente estimulan la impunidad ante tales graves desviaciones por la debilidad de las instituciones precisamente creadas para impedirlas o sancionarlas.

Es obligante entender que la edificación y mantenimiento de una sociedad libre y democrática descansa esencialmente en la cultura cívica de los derechos fundamentales de los individuos que conforman esa sociedad, en la fortaleza de sus instituciones, en la estricta sumisión a la ley por parte de las autoridades y en una efectiva y no ficticia separación de los poderes públicos constitucionalmente instituidos, elemento que constituye pilar fundamental de un verdadero Estado de Derecho, según las sabias enseñanzas de sus teóricos Locke, Montesquieu y Rousseau, y sobre cuya carencia se pronunció el Libertador en determinado momento:

Huid del país donde un solo hombre ejerza todos los poderes. Es un país de esclavos.

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Jesús María Casal H.
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos examinar las condiciones que es preciso cumplir para la limitación o restricción de derechos fundamentales, desde la perspectiva del Derecho venezolano, aunque teniendo también en consideración la doctrina al respecto establecida por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes del Derecho comparado y de la teoría de los derechos fundamentales. Este estudio se centrará en las limitaciones o restricciones al goce o ejercicio de tales derechos que es lícito prever en tiempos de normalidad, dejando de lado las singularidades propias del régimen jurídico de los estados de excepción, ocasionados por circunstancias extraordinarias.

Es conveniente iniciar la exposición del tema recordando el significativo giro que se ha producido en el constitucionalismo en lo concerniente a las relaciones de la legislación con los derechos esenciales de la persona. Es en virtud de ese giro que cabe hoy hablar de las exigencias que el poder público, incluyendo al legislador, debe colmar para limitar o restringir válidamente derechos fundamentales, pues éstos ya no se encuentran a disposición de la ley sino que postulan una fuerza normativa propia, dimanante de la Constitución, y ostentan una pretensión general de validez y aplicación que sólo admite límites justificados materialmente y establecidos con arreglo a ciertos parámetros formales.

En la experiencia de Europa continental, la época de proclamación en declaraciones y luego de reconocimiento constitucional de los derechos individuales se caracterizó por el papel capital atribuido a la ley en la recepción y protección de tales derechos, el cual se tradujo en un legicentrismo[1] que supeditaba la eficacia de los derechos a la ley y que luego desembocó en un positivismo extraño al ideario y a los fundamentos filosóficos de la Revolución francesa.

Los derechos de la persona sólo valían en el ámbito de la ley. La ley, concebida como emanación de la voluntad general e instrumento de resguardo por excelencia de los derechos individuales, pasó a ocupar la posición preferente que se quería conceder a los derechos, hasta el punto que éstos no podían invocarse, como facultades jurídicas, fuera de la ley, mucho menos por encima de la ley.

La primacía de la ley, que representaba sin duda una conquista frente a los excesos de la monarquía absoluta, no era tanto una garantía de libertades previas, que tuvieran

1. Según la expresión de RIALS, Stephan, comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en su magnífica obra *La lengua de los derechos*, Alianza Editorial, Madrid 1999, p. 79.

fuerza jurídica suficiente para expandirse y ser exigibles aun a falta de ley, cuanto la manifestación de privilegios que se quisieron trasladar del monarca al parlamento, como supremo representante de la nación, que estaría sometido, no obstante, a la separación de los poderes y a ciertos límites internos a la misma ley (generalidad y abstracción).

Claramente ha expresado Zagrebelsky los exactos alcances de lo que sería la concepción decimonónica de los derechos:

> En el fondo, incluso la proclamación de determinados derechos en las Cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante. Cuando en virtud de factores políticos prejurídicos prevaleciese en la ley una cierta concepción -la *liberal*, precisamente- de las relaciones entre el Estado y los individuos, aquélla podía operar como marco constitucional de la libertad. Pero como el alcance concreto de los derechos venía fijado por la ley, su función protectora de la libertad podía tornarse limitación e incluso abolición de la misma cuando prevaleciesen orientaciones histórico-políticas opuestas[2].

Habría que esperar al primer tercio del siglo XX y, sobre todo, a la segunda posguerra para que se generalizara en el pensamiento constitucional europeo la convicción de la supremacía de los derechos fundamentales de la persona sobre la ley, los cuales fueron incluso erigidos en componente principal de una *superlegalidad o legitimidad constitucional*[3] situada por encima de la Constitución escrita. Por su parte, el constitucionalismo norteamericano había evolucionado tempranamente en esta dirección, por no haber llevado a cuestas el jacobinismo o el mito de la soberanía del parlamento, que tanto dificultó en Europa el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos en ésta consagrados, de lo cual aún subsisten algunos resabios.

En los países latinoamericanos, tributarios de una doble influencia europea y norteamericana en su evolución jurídico-constitucional, no se arraigó la tesis de la soberanía del parlamento sino la de la supremacía de la Constitución y de los derechos individuales[4], pero en la mayoría de los países fue vencida en la práctica por la precariedad institucional derivada de las guerras de independencia y por el caudillismo.

Por tanto, con diversidad de antecedentes y de evolución, se ha impuesto en el constitucionalismo la primacía de los derechos inherentes a la persona, más aún a causa de su internacionalización, que ha cristalizado en los variados sistemas y mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Estos derechos valen jurídicamente por su solo reconocimiento constitucional, sin perjuicio de la posibilidad de remontarnos a su carácter suprapositivo o a las consecuencias de su proclamación en instrumentos internacionales.

En suma, la regulación legal de derechos humanos o derechos fundamentales no es condición para su existencia u operatividad jurídica. Ningún órgano del poder público es dueño de estos derechos, previos y superiores a la ley, siendo más bien la ley que pretenda imponerles restricciones la que debe justificarse, mediante el cumplimiento de requisitos materiales y formales cuya observancia, además, el legislador está en la obligación de acreditar. Los derechos de la persona, pues, antes que estar supeditados en su vigencia a la voluntad del legislador, condicionan la tarea legislativa, lo cual no impide

---

2. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid 1995, pp. 49-50.
3. HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1927, pp. 325 y ss.
4. Muestra de ello es el artículo 199 de la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 1811*, según el cual toda ley contraria a los derechos consagrados *será absolutamente nula y de ningún valor*.

que la ley pueda restringir o limitar su goce o ejercicio, con carácter declarativo o constitutivo, si satisface las exigencias que se analizarán después de introducir algunas precisiones terminológicas y conceptuales.

II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Son variadas las expresiones que se han empleado para designar el conjunto de derechos que corresponden a la persona en su condición de tal, como derivación de la dignidad humana. No es objeto de este trabajo enunciar cada una de ellas y estudiar el ambiente ideológico dentro del cual se fraguaron. Pero sí nos interesa aclarar que cuando hacemos mención a los derechos fundamentales nos referimos a los derechos constitucionales o a derechos inherentes a la persona reconocidos, explícita o implícitamente, por la Constitución[5].

Esta noción es, pues, básicamente constitucional, y se caracteriza por ser abierta y flexible. Abierta, porque dentro de ella se incluyen derechos inherentes a la persona no contemplados expresamente en el Texto Constitucional y, entre éstos, los consagrados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que, al menos en parte, han adquirido rango constitucional en algunos sistemas jurídicos; es, también, amplia o flexible, porque no se circunscribe a una determinada clase de los derechos que figuran en las declaraciones constitucionales[6], sino se extiende a todos los derechos de tal rango, los cuales, en virtud de su reconocimiento en la Constitución y con independencia de su correspondencia con derechos humanos proclamados en instrumentos internacionales, no están a disposición del legislador.

Lo expuesto indica, entre otras cosas, que se propugna una apertura de la Constitución tanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo de suma relevancia los criterios jurídicos que en la materia han sido vertidos por los organismos internacionales encargados de la protección de estos derechos, como a la noción de dignidad humana, la cual, al enfrentarse a cambiantes circunstancias, es fuente de nuevos derechos. En relación con la primera manifestación de esta apertura, importa señalar que la regulación de los derechos humanos contenida en los tratados internacionales respectivos ha

---

5. El Profesor RUBIO LLORENTE, Francisco, resume del siguiente modo la evolución en el uso de expresiones diversas para aludir, desde una perspectiva básicamente constitucional, a los derechos inherentes a la persona: "Entre nosotros ha sido frecuente la de garantías individuales, o constitucionales, que sigue utilizándose en muchos países de nuestra lengua y que todavía nuestra Constitución emplea para delimitar la competencia del Tribunal Supremo. Junto a esta denominación, que procede de Francia, en donde la más arraigada es, sin embargo, la de libertades públicas, utilizada aun en los planes de estudio, se han empleado y siguen empleándose las de derechos individuales, o civiles, o constitucionales, que son también habituales en los países de lengua inglesa. En el continente europeo tiende a imponerse hoy la de derechos fundamentales, utilizada por vez primera en la Constitución germánica de 1848. Esta es la que aquí se utilizará para designar el conjunto de los derechos consagrados en las constituciones nacionales europeas, con independencia de que éstas empleen o no tal denominación"; *Cf.*, "Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Derechos Humanos" en *Politeia*, 26, 2001, p. 115. Esta tendencia se observa también en nuestra jurisprudencia constitucional; *V.*, p.ej., la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de julio de 2000, Caso *Seguros Corporativos y otros.*

6. Esta amplitud en el manejo del concepto de derechos fundamentales se explica por la inexistencia en la Constitución venezolana de una categoría específica y circunscrita de derechos calificados como fundamentales, incluida dentro del elenco de derechos constitucionales, como sí ocurre en otros ordenamientos constitucionales, lo que no ha impedido a la doctrina o a la jurisprudencia correspondiente, sin embargo, revisar la exactitud de la delimitación o calificación constitucional.

de prevalecer sobre la contemplada en el Derecho interno, cuando sea más favorable a su ejercicio, pues dichos tratados consagran estándares mínimos o básicos en la tutela de tales derechos, que los ordenamientos jurídicos nacionales pueden sobrepasar pero nunca desconocer.

III. LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos son por definición limitados y, normalmente, limitables. Su inserción en un orden jurídico implica su sometimiento a las exigencias de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en que se mueven. No obstante, el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales, que después analizaremos.

No es pacífico en la doctrina el tratamiento que reciben los conceptos de restricción o limitación de derechos fundamentales. Frecuentemente son utilizados como sinónimos, para referirse a las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental.

La noción de límite o limitación, ampliamente entendida, comprende las diversas formas de poner fronteras o condicionamientos a un derecho. Sin embargo, para la adecuada captación de los diversos modos de incidir en el contenido de un derecho constitucionalmente garantizado conviene distinguir entre los siguientes conceptos: la *delimitación o definición* del contenido del derecho; la *limitación* del derecho en sentido estricto; la *restricción* del derecho, y su *configuración* por el legislador.

La *delimitación o definición* del derecho es una labor que lleva a cabo la misma Constitución, al reconocer el derecho de que se trate. La consagración del derecho fundamental lleva consigo el establecimiento de sus contornos generales y permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida por el mismo (la vida, la libertad personal, la libertad de circulación, etc.). Con base en esta delimitación es posible considerar que ciertas medidas del poder público son ajenas o externas al ámbito tutelado por el derecho, razón por la cual no quedan sometidas a las condiciones que rigen constitucionalmente para aceptar la validez de las injerencias en tal derecho. En estos casos no cabe hablar en rigor de la fijación de límites, porque simplemente se trata de definir o consagrar el derecho, si bien la precisión de su contenido implica naturalmente trazar sus confines, contornos o linderos, es decir, su silueta.

La *limitación* del derecho en sentido estricto se produce cuando la Constitución, después de haber reconocido una determinada libertad, le impone, expresa o implícitamente, condicionamientos, derivados bien de la reducción del alcance de la facultad o libertad inicialmente protegida, bien de la necesidad de coordinar o concordar el derecho con otros derechos o bienes constitucionalmente tutelados. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando después de proclamar la libertad de expresión, la Constitución prohíbe la propaganda de guerra, y los mensajes discriminatorios, entre otros, o cuando al referirse a la libertad de religión y de culto señala que la manifestación del culto no debe oponerse a la moral o al orden público, de tal modo que el propio Texto Constitucional señala límites al ejercicio de la libertad garantizada. Lo segundo ocurre en virtud de la coexistencia en la Constitución de una amplia gama de derechos y de otros bienes jurídicos merecedores de protección, que deben ser coordinados entre sí, al integrar un solo

sistema constitucional. El principio de unidad de la Constitución exige considerar la repercusión de cada derecho fundamental sobre otros derechos o bienes constitucionales con los que potencialmente se encuentre en conflicto. Así, la libertad de expresión resulta necesariamente comprimida, al menos potencialmente, por el reconocimiento del derecho al honor o a la intimidad, y viceversa. En ambos supuestos corresponde al legislador la concreción de estos límites derivados de la Constitución, teniendo su intervención, en virtud precisamente del origen constitucional de estos límites, un carácter básicamente declarativo, aunque la determinación de los precisos perfiles de las medidas o medios limitativos del derecho es responsabilidad del legislador. Las leyes dictadas con tal propósito están indudablemente sometidas, como ha afirmado Hesse[7], al control de su constitucionalidad, así como al cumplimiento de los requisitos generales de licitud de toda limitación o restricción de un derecho fundamental.

La *restricción*, por su parte, puede ser concebida como la imposición, por la ley aunque siempre con base en la Constitución, de condicionamientos al goce o ejercicio del derecho. La singularidad de esta modalidad de incidencia legal en un derecho fundamental radica en que el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio lícito del derecho proviene de la ley, con carácter constitutivo o cuasi-constitutivo (no simplemente declarativo) y, justamente por eso, en su carácter no definitivo o relativo, derivado de la facultad (controlable) del legislador de suprimir o modificar la restricción. La restricción no reduce el alcance constitucional del derecho, que permanece incólume, pero sí prohíbe o condiciona algunas acciones o facultades en principio amparadas por la libertad reconocida, o implica o autoriza una injerencia en el bien jurídico garantizado. Dado que los derechos fundamentales poseen rango constitucional, sus limitaciones o restricciones han de establecerse siempre por la Constitución o con base en la Constitución. En lo que atañe a las restricciones, el basamento constitucional se encuentra en las distintas remisiones al legislador que, en forma de reserva legal genérica o específica, prevén las disposiciones constitucionales. Ello explica que Alexy califique a estas restricciones como indirecta o mediatamente constitucionales, que distingue de las directa o inmediatamente constitucionales[8], antes denominadas limitaciones.

De ahí que las reservas legales generales *allí donde existen*, relativas al conjunto de los derechos fundamentales, o las específicas, introducidas en preceptos constitucionales consagratorios de derechos, tengan una doble dimensión. La primera dimensión, la clásica, tiene una significación negativa, pues comporta la prohibición de que normas o actos del poder público distintos a la ley formal pretendan limitar, o afectar autónomamente, el contenido del derecho. La segunda dimensión es positiva, y supone bien un mandato, bien una habilitación dirigida al legislador para el desarrollo o la restricción del derecho[9]. Por eso, estas reservas legales son consideradas normas de competencia, que pueden permitir al legislador, sólo a él, imponer ciertas restricciones a tales derechos[10].

---

7. HESSE, Konrad, *Grudzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg 1999, p. 140.

8. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 276 y ss; *verfassugsmittelbare o verfassugsunmittelbare Schranken*, según la versión original alemana: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996, pp. 258 y ss.

9. SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Springer, Berlin 2000, pp. 118 y ss.; IPSEN, Jörn, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Luchterhand 2000, pp. 50 y ss.

10. ALEXY, *op. cit.*, pp. 119 y ss. y 272 y ss.

Tales reservas de ley operan, por tanto, como *cláusulas restrictivas*, en la medida en que, aun sin llegar a limitar por sí mismas el derecho, facultan al legislador a hacerlo. Así, expresiones como *con base en la ley*, o *de acuerdo con la ley*, entre otras, que formen parte de la consagración constitucional del derecho, se traducen generalmente en reservas de restricción del mismo, o sea, en el reconocimiento de un derecho bajo reserva de restricción[11].

Las restricciones impuestas por la ley a derechos fundamentales con base en reservas específicas, o en normas generales, expresas o implícitas, que permitan al legislador su fijación, poseen naturaleza constitutiva o cuasi-constitutiva, en la medida en que establezcan una reducción de las posibilidades de goce y ejercicio del derecho no ordenada por la Constitución, lo cual es aceptable siempre que sea compatible con ésta. El legislador, en uso de su libertad de configuración normativa o libertad política, está facultado para adoptar las medidas que estime necesarias para alcanzar el bien colectivo, lo cual puede conducir a la previsión de medidas restrictivas de algún derecho constitucional. El uso de esa libertad política conoce límites, y la restricción del derecho no será válida si prescinde de los requisitos que luego estudiaremos, pero el legislador a menudo dispone de un margen de libertad para decidir si somete o no un derecho a una determinada restricción constitucionalmente lícita mas no constitucionalmente necesaria. Así, en desarrollo de su política criminal el legislador puede tipificar delitos sin que la Constitución o los tratados internacionales lo exijan, así como despenalizar posteriormente las conductas respectivas; o, en desarrollo de su política económica o social, dejar en manos del libre mercado o del desenvolvimiento social asuntos hasta entonces sometidos a una regulación restrictiva, o a la inversa, dentro de ciertos límites por supuesto.

Múltiples debates doctrinales han generado los derechos no sometidos expresamente por la Constitución a reserva de restricción por el legislador, en lo que atañe a la posibilidad de su limitación. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido que estos derechos pueden ser limitados cuando sea necesario para la protección de derechos fundamentales de terceros o de otros bienes jurídicos de rango constitucional que entren en colisión[12], correspondiendo al legislador la precisión o concreción de estos límites. Como ya expusimos, estos supuestos en principio consisten en limitaciones de derechos fundamentales formalizadas o concretadas por el legislador pero derivadas de la propia Constitución, al ser ésta como totalidad (y unidad) el conjunto o sistema dentro del cual se insertan los derechos o bienes jurídicos en colisión, entre los cuales debe establecerse una coordinación o concordancia práctica, o sea, una determinación de la medida en que uno de ellos ha de preceder al otro dadas las circunstancias del caso.

En algunos ordenamientos los problemas que suscitan los derechos reconocidos sin reserva de restricción se superan por la existencia de disposiciones generales que facultan al legislador para regularlos o imponerles restricciones, dentro de determinados límites o condiciones.

Una categoría distinta a las antes examinadas es la de la *configuración* del derecho fundamental. La configuración es una actividad legislativa dirigida no a reducir las posibilidades de disfrute de un derecho, sino a completar su contenido[13]. Esta interven-

11. SACHS, *op. cit.*, pp. 124 y ss.; ALEXY, *op. cit.*, pp. 267 y ss.
12. *Cf.*, ALEXY, *op. cit.*, p. 281.
13. PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard, *Staatsrecht II (Grundrechte*), Müller, Heidelberg 2000, pp. 53-54.

ción legislativa adquiere especial relevancia en relación con los derechos que requieren de una configuración jurídica para obtener plena realización, en virtud de la naturaleza del ámbito de libertad que protegen, lo cual normalmente se pone de manifiesto por la amplitud de la reserva de ley prevista en el precepto constitucional correspondiente. El derecho de propiedad y el derecho al matrimonio son supuestos paradigmáticos de esta clase de derechos, cuyo contenido sólo en esencia puede derivarse de la Constitución, pues corresponde a la ley determinar, por ejemplo, el régimen general de los bienes y derechos reales, así como del matrimonio. Algo similar ocurre, aunque sólo en parte, en el ámbito del derecho de asociación, en lo que atañe a la regulación de las diversas modalidades de entes asociativos que pueden ser constituidos.

No siempre es clara la frontera entre la restricción y la configuración legal de un derecho, por lo que, en caso de duda, la ley respectiva quedaría sometida a las condiciones exigidas para la restricción de un derecho fundamental. También puede suceder que la ley, bajo el pretexto de configurar el derecho, lo prive del núcleo cultural e histórico de la institución tutelada, lo cual en algunos sistemas es rechazado acudiendo a la teoría de las garantías institucionales, siendo también invocable la garantía del contenido esencial del derecho, o el derecho mismo.

Por otra parte, al margen de los conceptos examinados, la ley también puede ser un instrumento para el desarrollo o la protección de los derechos fundamentales.

IV. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La injerencia del poder público en los derechos fundamentales ha de llenar determinados requisitos de los que depende su licitud. Algunos de éstos tienen carácter formal, mientras que otros son de índole material. El punto de partida de la intervención legítima en algún derecho fundamental reside en la norma legal que, mediante disposiciones suficientemente precisas, limita o restringe el derecho y, por lo general, autoriza a órganos del poder público, los jueces o la administración, a adoptar medidas que lo afecten (requisito formal). La ley respectiva, dictada para concretar limitaciones derivadas directamente de la Constitución o para establecer restricciones con base en ella, debe ser compatible sustancialmente con las reglas y principios constitucionales (requisito material).

Además de las condiciones generales válidas para todo derecho fundamental, las cuales serán objeto de ulterior análisis, hay condiciones específicas de ciertos derechos fundamentales, tales como la reserva judicial que rige, con variados matices, en relación con el derecho a la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones privadas, entre otros, o como la prohibición de censura en materia de libertad de expresión, aunque estas particulares exigencias según algunos pueden ser vistas como una forma de reserva legal calificada, concepto al que luego nos referiremos.

1. Formales

A. La reserva legal

Hemos señalado que está reservada a la ley la concreción de limitaciones o la imposición de restricciones a un derecho fundamental, lo cual impide a la administración u otros órganos del poder público afectar tales derechos sin respaldo legal. Esta exigencia ha de entenderse referida a la ley formal, es decir, a la norma jurídica de rango primario[14] aprobada por el parlamento siguiendo el procedimiento establecido conforme a la Constitución. Esto en virtud del principio democrático y del papel que según la teoría y los fundamentos del Estado constitucional incumbe al órgano deliberante y representativo en relación con los derechos inherentes a la persona.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, relativa a *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sostuvo que el término *leyes* del artículo 30 de la Convención -el cual trata del alcance de las restricciones permitidas por este instrumento internacional-, equivale a "norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado"[15]. Para arribar a esta conclusión la Corte se fundamenta en las garantías democráticas propias de la deliberación en un órgano representativo de diversas corrientes políticas, que se traducen en *un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder*[16].

Lo expuesto no implica, sin embargo, como lo aclara la propia Opinión Consultiva citada[17], que en esta materia estén necesariamente excluidas las autorizaciones, habilitaciones o delegaciones legislativas acordadas por el órgano legislativo con fundamento en la Constitución, las cuales permiten al ejecutivo, dadas circunstancias particulares y dentro de determinados límites, dictar normas con rango y fuerza de ley. En cualquier caso, es preciso que la habilitación o delegación se efectúe en conformidad con la Constitución, y que las normas adoptadas por el ejecutivo se sometan a los términos de la ley respectiva, y a controles eficaces contemplados constitucional o legalmente. Además, al estar en juego derechos fundamentales, la ley delegante o habilitante debe determinar parámetros concretos de contenido sobre los aspectos esenciales de la regulación, aparte de que algunas materias pueden considerarse sometidas a una reserva absoluta de ley (reserva de parlamento), que impide incluso la delegación o habilitación legislativa, como sucede en relación con el establecimiento de penas privativas de la libertad.

Es importante subrayar que la reserva legal impide no sólo a la administración sino también a los jueces recortar el libre ejercicio o disfrute de un derecho fundamental. Son por tanto criticables, aunque no sólo desde esta óptica, las sentencias que, con el

---

14. Siguiendo la clasificación de PIZZORUSSO, Alessandro, quien, entre otras categorías, distingue entre las fuentes constitucionales y las primarias; *Cf.*, sus *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, t. II, Madrid 1984, pp. 158 y ss.

15. Párr. 27.

16. Párr. 22.

17. En su párrafo 36, tal Opinión Consultiva precisa: "Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no se desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención".

argumento de la falta de desarrollo legislativo de un derecho constitucional, niegan algunas de sus posibilidades de aplicación o reducen la eficacia de la tutela que la Constitución ofrece[18]. La reserva legal puede implicar facultar a la ley, con carácter exclusivo, para restringir el goce y ejercicio de derechos fundamentales, no la subordinación de la operatividad de estos derecho a la existencia de la ley. Son también censurables las decisiones que, pretendiendo interpretar la Constitución o aduciendo la necesidad de determinar, hasta que la intervención del legislador se produzca, el grado o modo de vigencia de facultades relacionadas con algún derecho fundamental, reducen o tergiversan el contenido constitucionalmente atribuido a tal derecho[19].

Al reservarse a la ley la limitación o restricción de un derecho fundamental, está vedado a los tribunales hacerlo mediante normas generales contenidas en sus sentencias. No puede descartarse, en cambio, que los jueces, ante omisiones legislativas y en virtud de la interposición de acciones judiciales de tutela directa de derechos constitucionales, se vean forzados a adoptar, en relación con el caso particular, medidas de protección del derecho que afecten derechos fundamentales en conflicto, aun en ausencia de una disposición legal que las contemple, siempre que la decisión judicial concrete límites que la propia Constitución, expresa o implícitamente, establezca.

En lo que atañe a la posible intervención del ejecutivo, mediante la potestad reglamentaria, en la regulación de derechos fundamentales, es preciso recordar que en materias de la reserva legal la ley no puede efectuar una remisión en blanco en favor del ejecutivo, pues los aspectos centrales de la medida que directa o potencialmente afecte el derecho deben estar contemplados en la misma ley, sin perjuicio de la colaboración o complementación normativa del reglamento, que en algunos ámbitos se reduce a la mínima expresión.

Lo hasta ahora afirmado se aplica a toda reserva legal en el ámbito de los derechos fundamentales. Sin embargo, a veces la Constitución, al remitir a la ley la regulación de un derecho, impone al legislador límites adicionales, con frecuencia de contenido, lo cual ha dado lugar a que se hable, en estos casos, de reserva legal *calificada*, que se distinguiría de la *simple*. Así, en materia de libertad de expresión los tratados internacionales sobre derechos humanos determinan los únicos fines cuya consecución puede justificar la previsión de responsabilidades ulteriores, como forma de limitación o restricción del derecho. Esto también sucede en relación con otros derechos.

B. Determinación o precisión de la regulación

En íntima conexión con la reserva legal se encuentra la exigencia de que la regulación que afecte derechos fundamentales ostente determinación o precisión, de tal manera que

---

18. Tal como ha ocurrido con la negación de la posibilidad de ejercer el hábeas data colectivo o impropio -previsto en el artículo 28 de la Constitución-, y el hábeas data llamado pesquisitorio, hasta que sean regulados por la ley; *Cf.*, sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de marzo de 2001, Caso *Insaca.* La tendencia general de la jurisprudencia de la Sala ha sido, sin embargo, la de reconocer la plena operatividad de los derechos constitucionales aun a falta de desarrollo legislativo.

19. Tales como la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 12 de junio de 2001, Caso *Elías Santana y Queremos Elegir*, que impuso una serie de condicionamientos al ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a réplica o rectificación; y la sentencia de la misma Sala del 21 de noviembre de 2000, Caso *Gobernadores*, que coarta las posibilidades de ejercicio del derecho a la participación política por la sociedad civil.

las limitaciones o restricciones de estos derecho puedan ser cabalmente conocidas por sus titulares, lo cual hace previsibles las medidas que pueden adoptar las autoridades judiciales o administrativas sobre su esfera de libertad, dados los supuestos legales. Ello permite además a los sujetos de derecho tener certeza sobre el ámbito de ejercicio lícito del derecho fundamental. Adicionalmente, la precisión o especificidad de la ley limitativa o restrictiva facilita el control adecuado de los actos dictados por los órganos del poder público con base en dicha ley, a la cual éstos quedan sometidos.

De acuerdo con lo anterior, no son admisibles las cláusulas genéricas de habilitación como fundamento de limitaciones o restricciones de tales derechos. No obstante, conviene apuntar que no siempre es igual la determinación o precisión exigible a las normas que las contemplen, pues esto dependerá de la severidad de la medida adoptada por el poder público, y de la materia de que se trate, entre otros factores. No siempre rige, por ejemplo, el requisito de tipicidad en sentido estricto.

C. Carácter orgánico de la ley

En ciertos ordenamientos constitucionales, como el español y, bajo su influencia, el venezolano, se reserva a la ley orgánica lo relativo *al desarrollo* de los derechos constitucionales o de algunos de éstos.

En el caso venezolano, esto implica que sólo una mayoría calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea Nacional puede admitir los proyectos de leyes que supongan un desarrollo de derechos constitucionales, al igual que los correspondientes proyectos de leyes de reforma[20]. Tras una original tendencia a interpretar amplia o laxamente el alcance de esta modalidad de regulación de tales derechos y, por consiguiente, a sobredimensionar el ámbito de la ley orgánica en esta materia[21], la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha reducido los supuestos en que la incidencia legislativa en algún derecho fundamental puede calificarse como *desarrollo* del mismo, en atención al principio democrático, que por regla general es aplicado en el órgano legislativo mediante la toma de decisiones por mayoría simple, como también en virtud de la petrificación del ordenamiento que produciría la generalización de tal forma de ley.

En este sentido, la Sala Constitucional, al ejercer el control previo de constitucionalidad sobre el carácter orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad, que contiene disposiciones relacionadas con los derechos del consumidor y con la libertad económica, negó a dicha ley naturaleza orgánica, con base en los argumentos señalados. Para la Sala el ámbito reservado a la ley orgánica no comprende todas las leyes que, "rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce". Sólo se extiende a aquella regulación que "constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos" (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 31 de julio de 2002).

---

20. Art. 203 de la Constitución de 1999.

21. Como se observa en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de junio de 2000, relativa a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando menos por la facilidad con que se admite su carácter orgánico.

No aclara el fallo la significación que atribuye a esta noción de restricciones de un derecho fundamental *no autorizadas* por la Constitución. Sería erróneo inferir que con ello se hace referencia a restricciones *no permitidas* por la Constitución, pues entonces este aspecto de la ley sería *per se* inconstitucional, con prescindencia del carácter orgánico u ordinario de la ley. Más bien cabe pensar que con ello se alude al concepto de restricción del que partimos en este estudio, es decir, a un condicionamiento de las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho constitucional que no se deriva directamente de la Constitución, sino que el legislador establece con carácter constitutivo o cuasi-constitutivo. En estos supuestos se requeriría, aparentemente, de ley orgánica, aunque habrá que esperar a la evolución de dicho criterio jurisprudencial para hacer una apreciación más firme.

2. Materiales

Junto a los requisitos propiamente formales se encuentran otros de índole material. Nos referiremos a los de alcance general, dejando de lado los que pueden establecer las reservas legales calificadas respecto de algunos derechos fundamentales.

A. Licitud del fin perseguido

El fin perseguido por el legislador al prever limitaciones o restricciones a derechos fundamentales necesariamente ha de ser lícito. Ello supone que debe ser compatible con los preceptos constitucionales y con el orden de valores sobre los que gravitan. También debe estar en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, siendo digna de mención la importancia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atribuido a la legitimidad del fin que se persiga con la ley restrictiva[22].

Algunos han sostenido que la limitación o restricción de derechos fundamentales sólo resulta admisible cuando va dirigida a proteger otros derechos fundamentales, quedando excluida la garantía de bienes colectivos como finalidad de la ley limitativa, pero esta tesis no ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional comparada. El Tribunal Constitucional español la ha rechazado expresamente[23], y el Tribunal Constitucional Federal alemán acepta que se invoquen intereses públicos constitucionales para afectar tales derechos[24].

En la teoría de los derechos fundamentales, al determinar los bienes jurídicos cuya consecución puede justificar la afectación de estos derechos, se distingue entre los derechos reconocidos sin reserva legal o reserva de restricción y los que sí la poseen. Los primeros sólo pueden ser limitados por otros derechos o bienes constitucionales. Los segundos pueden ser restringidos por el legislador para salvaguardar intereses de diversa índole, no siempre deducibles directamente de la Constitución. Se suele considerar, sin embargo, que incluso estos últimos han de ser considerados constitucionales, pero

---

22. *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986*, párrs. 18 y 28 y ss.

23. SSTC 11/1981, del 8 de abril; 22/1984, del 17 de febrero; y 120/1990, del 27 de junio; *Cf.*, ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los Derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 97 y ss.

24. *Cf.*, ALEXY, *op. cit.*, p. 281.

éstos lo serían en un segundo grado o nivel (indirecto), dado que la reserva legal prevista constitucionalmente habilita al legislador para determinar los bienes jurídicos que deben ser preservados en aras de la armoniosa convivencia y del bienestar colectivo, siempre que sean compatibles con la Constitución y que se respeten las demás exigencias materiales que luego examinaremos[25].

El Tribunal Constitucional español, sin ulteriores precisiones, ajenas en realidad a su labor propiamente jurisdiccional, ha declarado que la limitación o restricción de derechos fundamentales sólo es lícita si con ella se pretende garantizar derechos o bienes jurídicos constitucionales expresos o tácitos[26].

En el plano internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2, dispone:

> En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Igualmente, el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

> Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Estos preceptos dejan un amplio margen al legislador para la determinación de los objetivos específicos de las limitaciones o restricciones legales a los derechos humanos. Sin embargo, es de suma relevancia el valor que ambos instrumentos atribuyen a la compatibilidad de las limitaciones o restricciones con la democracia, lo cual, como luego diremos, permite valorar la medida contemplada por la ley en su globalidad, incluyendo por supuesto el fin que con ella se persiga.

B. Proporcionalidad

Toda limitación o restricción legal de derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, también denominado de prohibición de exceso, que en la jurisprudencia constitucional europea ha desempeñado una función capital en el control de las injerencias legislativas en tales derechos.

A partir de su reconocimiento jurisprudencial como parámetro para determinar los límites de la actuación administrativa de policía, en el siglo XIX, y luego como principio constitucional implícito propio del Estado de Derecho, el principio de proporcionalidad ha desplegado su potencialidad en el control de la licitud de la actividad legislativa. Sus implicaciones jurídicas o algunas de éstas se cubren en ciertos ordenamientos bajo el concepto de la razonabilidad. Son tres las manifestaciones del principio mencionado: la idoneidad, la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva o limitativa[27].

---

25. *Idem*, p. 132.
26. ABA CATOIRA, *op. cit.*, pp. 97 y ss.
27. En relación con la extensa literatura sobre el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso *Vid*., por todos, STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, B. III/2, München, Beck 1994, pp. 761

Dicha medida es *idónea* cuando resulta apta para alcanzar el fin perseguido por la ley que la contempla. La idoneidad es un criterio fáctico en virtud del cual debe existir un cierto grado de probabilidad de que mediante la medida o previsión legal va a ser logrado el objetivo establecido expresa o implícitamente en la ley. No se requiere, lógicamente, que haya absoluta seguridad sobre los efectos benéficos que va a producir la regulación, pero tampoco basta la suposición o afirmación por el legislador de su idoneidad para conseguirlos, pues en este caso se estarían autorizando restricciones o limitaciones gratuitas, y en consecuencia injustificadas, de derechos fundamentales. No se exige que en virtud de la previsión legal *siempre* se obtenga el fin perseguido, pero tampoco es suficiente que tan sólo *alguna vez* sea logrado.

El rigor que se ejerza en el control de la idoneidad de la limitación o restricción legal dependerá de la profundidad de la injerencia en el derecho fundamental, ya que cuanto mayor sea ésta, tanto mayor será la aptitud exigible a la medida respectiva en orden a la realización del fin previsto. Además, este rigor variará en función de la capacidad en que se encuentre el órgano contralor para formarse un juicio completo sobre los aspectos fácticos de la materia, siendo bastante amplio el margen de apreciación que se concede al legislador cuando se trata de asuntos controvertidos en el plano científico o técnico.

El requisito de *necesidad* se satisface cuando no existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho, que sea a la vez idónea para alcanzar, con igual grado de efectividad, el objetivo propuesto. Sólo así cabe sostener que la previsión legal es *necesaria*, pues de lo contrario habría un espacio o magnitud de restricción o limitación no justificado, precisamente el que separa la medida contemplada legalmente de la menos gravosa que se hubiera podido establecer sin comprometer la finalidad perseguida.

La *proporcionalidad en sentido estricto* conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Después de haber constatado la idoneidad y necesidad de la medida, debe determinarse si este fin es lo suficientemente significativo como para justificar la medida contemplada por la ley. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medios-fines, que debe ser balanceada o proporcionada.

Es importante resaltar que, en el juicio sobre la licitud de la limitación o restricción legal, recae sobre el Estado, como legislador, la carga de argumentar y demostrar que aquélla es proporcionada en todos los sentidos indicados.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido en algunos de sus pronunciamientos las implicaciones del principio de proporcionalidad antes reseñadas, aunque sin partir de las mismas categorías. En este sentido ha aseverado, refiriéndose a la libertad de expresión, que:

---

y ss.; SACHS, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid 1990.

> la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (*The Sunday Times case, supra*, párr. nº 62, p. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold* judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. Nº 59, p. 26)[28].

C. Intangibilidad del contenido esencial del derecho

Además de los requisitos generales examinados, en algunos ordenamientos constitucionales se consagra la garantía del contenido esencial del derecho, concebida como un núcleo del contenido constitucional del derecho, en el cual está vedada toda intervención del poder público. La categoría del contenido esencial del derecho ha sido adoptada incluso en ordenamiento que no la contemplan expresamente en sus Textos Constitucionales, en ocasiones de manera un tanto acrítica.

Bajo esa categoría subyace la máxima de que los derechos pueden ser limitados o restringidos por ley, cuando exista justificación suficiente, pero nunca sería admisible su desnaturalización, vaciamiento o supresión. Aunque sin encasillarse en un determinado patrón dogmático, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido esta idea al expresar que:

> A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el *orden público* o el *bien común* como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real[29].

La representación de cada derecho fundamental como círculos concéntricos, en el cual el círculo mayor es el contenido general del derecho y el círculo menor es su núcleo o contenido esencial, ayuda a captar el sentido jurídico de ese concepto. La validez de las intervenciones del legislador en la periferia del núcleo esencial, comprendida dentro del círculo mayor, se mide atendiendo a la licitud del fin perseguido y con base en el principio de proporcionalidad y el *test* democrático, que luego analizaremos, mientras que la injerencia en el núcleo esencial está siempre prohibida.

El tratamiento que ha recibido la categoría del contenido esencial en los países en que tiene reconocimiento constitucional expreso no ha sido, sin embargo, del todo feliz. No existe claridad sobre cómo determinar el contenido esencial de cada derecho, ni la jurisprudencia ofrece muestras de que ello sea posible. De ahí que se haya desarrollado la teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Según ésta, el contenido esencial equivale en sus implicaciones jurídicas al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, o juicio de ponderación entre medios y fines, ya que no cabe imaginar una restricción o limitación a un derecho que sea justificada en virtud de la impor-

---

28. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párr. 46.

29. *Idem*, párr. 67.

tancia del fin perseguido y que sin embargo vulnere el contenido esencial del derecho[30]. Para los defensores de la teoría absoluta habría, en cambio, un núcleo intangible para cada derecho, que iría más allá de lo garantizado por el principio de proporcionalidad, y cubriría situaciones en las cuales la suma de sucesivas restricciones a un derecho termine por ahogarlo[31], como también los casos de limitaciones o restricciones que desnaturalicen el derecho o lo hagan impracticable, o que afecten la dignidad humana[32] o cercenen ciertos estándares mínimos político-culturales alcanzados en cuanto a las relaciones entre el individuo y el Estado y a la tolerabilidad de las intervenciones estatales en la libertad de la persona.

No es el momento de entrar en esta polémica. Lo que sí importa afirmar es que en aquellos ordenamientos que carecen de referencia expresa al concepto del contenido esencial en sus Constituciones, sólo tiene sentido emplearlo si se le concibe, en el sentido de la teoría absoluta, como un contenido mínimo del derecho que no puede ser afectado por el legislador. Por tanto, fuera de ese núcleo, los criterios generales para determinar la validez de medidas legales limitativas o restrictivas de derechos se encuentran en el principio de proporcionalidad y en el *test* democrático. Sería equivocado circunscribir al contenido esencial de los derechos fundamentales las posibilidades de control material de las intervenciones legislativas en tales derechos, como a veces ha ocurrido.

No olvidemos que el concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales se originó en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, después de haberse vivido durante la vigencia de la Constitución de Weimar una tendencia al vaciamiento del contenido de los derechos por las normas legales. Ante esta ausencia o precariedad de los *límites a los límites* (*Schranken-Schranken)* que la ley podía imponer a tales derechos, se acuñó la categoría del contenido o núcleo esencial del derecho, lo cual en su día representó un hito muy significativo en la lucha por preservar los derechos fundamentales frente a las regulaciones legislativas. Sin embargo, la evolución posterior de la jurisdicción constitucional y, sobre todo, el desarrollo del control de la constitucionalidad de las leyes limitativas de derechos con base en el principio de proporcionalidad, coloca a tal categoría en un segundo plano o, mejor dicho, en un plano final, no en cuanto a su importancia sino al modo u oportunidad de su utilización como herramienta de medición de la licitud de estas leyes.

En la jurisprudencia venezolana tal concepto inicialmente fue empleado para referirse a los límites materiales o de contenido que vinculan al legislador cuando regula derechos constitucionales. El error de esta primera recepción estuvo en pensar que el contenido esencial era la única exigencia de índole material que debía respetar el legislador al limitar derechos constitucionales:

> Este Máximo Tribunal ha precisado en múltiples fallos que tal limitación sólo puede hacerse efectiva mediante actos de rango legal, en virtud de la especial garantía que el constituyente originario le otorgó a dichos derechos, y que es lo que la doctrina ha denominado el Principio de la Reserva Legal. Sin embargo, si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta pudiere tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia -actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala- precisar cual es el *contenido esencial* de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador,

30. *V.*, por todos, ALEXY, *op. cit.*, pp. 286 y ss.
31. IPSEN, *op. cit.*, p. 61.
32. SACHS, *op. cit.*, pp. 149-151.

> de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional (Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de junio de 1997, caso *Tiuna Tours C.A.*).

El equívoco de esta concepción resulta patente, por cuanto la significación o virtualidad jurídica de un derecho constitucional no puede ser reducida a la reserva legal y al carácter inexpugnable de su contenido esencial. El contenido esencial puede ser visto como el *último* reducto de la protección que la Constitución proporciona a los derechos fundamentales frente a la regulación legal, nunca como el *único* o principal instrumento o principio material invocable para contener al legislador que pretende establecer limitaciones o restricciones abusivas a los derechos. Los instrumentos ordinarios para controlar la licitud sustancial de una regulación legal limitativa o restrictiva de derechos son el principio de proporcionalidad y el *test* democrático a los que queda sometida. Sin embargo, no puede descartarse que en ocasiones sea útil acudir a la categoría del contenido esencial, entendida, eso sí, como el núcleo o médula del derecho que no puede ser comprimido por el legislador, pues implicaría un vaciamiento, supresión o desnaturalización del derecho.

La consideración del contenido esencial del derecho como único límite material para el legislador en la regulación de los derechos fundamentales ha sido superada por la jurisprudencia constitucional posterior, aunque amenaza con reaparecer. En sentencia del 1 de junio de 2001 (Caso *Distribuidora Baibery Sun 2002 C.A.*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aseveró:

> ...las limitaciones que establezca la propia Constitución y las leyes de un derecho fundamental, no implican en modo alguno que el mismo se haga nugatorio o que sea infringido, toda vez que para que exista tal menoscabo, debe verse afectado el núcleo esencial del derecho constitucional que se denuncia vulnerado, esto es, su contenido esencial como las características mínimas que lo consagran como derecho fundamental, y no el ejercicio de sus diversas manifestaciones.

Esta tesis de la reducción de la protección constitucional (material) de los derechos a su contenido esencial o mínimo también se ha hecho presente en la sentencia de la Sala Constitucional relativa a la inconstitucionalidad de las vacaciones judiciales en el periodo comprendido entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre, con el agravante de que se hizo una aplicación desacertada de tal concepto. Es esta reciente decisión dicha Sala sostuvo que:

> ...se debe mencionar que si bien el legislador, representante histórico de la soberanía popular, está legitimado para incidir en la regulación de los derechos fundamentales, el alcance de dicha incidencia es, sin embargo, de carácter política -dado la naturaleza de su función-, la cual puede comportar amplitud pero también limitación en cuanto a la configuración y concepción de un derecho fundamental, restricciones que encuentran, como límites, el contenido esencial de tales derechos y que, en el caso específico de los derechos fundamentales, son rigurosos los estándares de restricción.
>
> ...Así, el contenido o núcleo esencial de un derecho constitucional, resulta ser en principio, un concepto jurídico indeterminado que se erige como un límite para el legislador y que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actividad de éste, compuesto por todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito, lo que conlleva afirmar que se afecta el núcleo esencial de un derecho constitucional cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, es decir, que lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Sentencia del 11 de junio de 2002, Caso *Jesús Salvador Rendón Carrillo).*

Así, la Sala Constitucional, después de afirmar que el límite material que ha de respetar el legislador al regular los derechos fundamentales es el contenido esencial del dere-

cho, lo define siguiendo la teoría absoluta, para lo cual se apoya, en las últimas líneas del párrafo precitado, en una temprana sentencia del Tribunal Constitucional español en que se intentó recoger dicha teoría[33]. No obstante, el fallo luego alude al principio de proporcionalidad, aunque sin dejar clara su relación con el concepto del contenido esencial, el cual resulta finalmente desdibujado, pues se termina declarando que "el permanente acceso de los administrados a los órganos judiciales viene a formar parte del contenido esencial del referido derecho" (de acceso a la justicia) y que la interrupción de las actividades judiciales normales durante el periodo de vacaciones judiciales vulnera tal contenido esencial, pero sólo se declara la inconstitucionalidad de las vacaciones judiciales entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre, no en cambio la interrupción durante las festividades navideñas y de Año Nuevo (24 de diciembre a 6 de enero), por la tradición histórica y cultural que las justifica. De este modo, el supuesto contenido esencial del derecho al acceso a la justicia deja de ser tal, al admitirse una limitación del mismo, lo cual sólo sería aceptable respecto del contenido general de un derecho, no de su núcleo intangible.

Al margen de la bondad o no de la declaración de inconstitucionalidad con la cual concluye el fallo, y de otros aspectos de la sentencia que suponen un aporte en el tratamiento de elementos de la teoría de los derechos fundamentales[34], lo cierto es que es necesaria una mayor precisión en el uso de categorías cuya correcta aplicación resulta imprescindible para controlar cabalmente la licitud de las intervenciones del legislador en los derechos inherentes a la persona.

Otra observación merecen las sentencias de la Sala Constitucional que han acudido al concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales no para referirse a un valladar inexpugnable para el legislador cuando regula estos derechos, sino para dife-

---

33. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981, de la cual el pronunciamiento de la Sala Constitucional se hace eco de modo parcial y confuso. Ciertamente, en la sentencia 11/1981 se proponen dos técnicas distintas de reconocimiento del contenido esencial de un derecho fundamental. Según la primera "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito"; de acuerdo con la segunda "...se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Conviene señalar que este fallo de la jurisprudencia española, al entrar en el asunto concreto sometido a su consideración (el derecho a huelga), en parte incurrió en el error de confundir el contenido esencial o mínimo con el contenido general o total de un derecho -lo cual fue corregido en la jurisprudencia posterior-, como ahora también lo hace parcialmente nuestra Sala Constitucional. La parte del fallo del Tribunal Constitucional español y de nuestra Sala Constitucional en que se alude a limitaciones al derecho que "lo dificultan más allá de lo razonable", ha de entenderse, por cierto, en el contexto de la teoría absoluta, o sea, en sentido abstracto, pues concebida de manera concreta se correspondería con la teoría relativa (principio de proporcionalidad).

34. Como el análisis relativo a los casos de posible colisión entre derechos fundamentales: "Al respecto, según el principio de concordancia de las normas constitucionales, que emerge como consecuencia de la interpretación sistemática de la normativa constitucional, los bienes constitucionalmente protegidos que resulten de la misma naturaleza deben ser coordinados y, al presentarse un posible conflicto en un caso concreto, el juez debe hacer una ponderación de los mismos. Sin embargo, dicha ponderación no debe ser entendida como una jerarquización de las normas constitucionales, sino como una cuestión de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución donde se realiza un detallado análisis del contenido de cada norma, para precisar la delimitación que la propia Carta Magna ha realizado en la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, situación ante la cual, cuanto más amplio sea el núcleo esencial de un derecho, su margen de aplicación se dilata respecto al resto de la normativa constitucional, por lo que se produce una exégesis de los preceptos constitucionales que se dicen en conflicto, ello lleva a concluir que los derechos están delimitados conforme a su articulación con otros derechos y en consecuencia, el contenido de la protección que éstos otorguen no emerge solamente de la norma que lo reconoce, sino que viene dada a su vez, por la articulación de esa norma con las restantes de la Constitución".

renciar los supuestos de procedencia del amparo constitucional de los propios de las vías procesales ordinarias. Algunas decisiones de la Sala Constitucional han intentado introducir el criterio, hasta ahora desconocido en nuestra jurisprudencia, según el cual el amparo constitucional sólo es procedente cuando se vulnera el contenido esencial del derecho invocado, no cuando se afectan otros aspectos del derecho, externos a ese núcleo. En tal sentido, se ha sostenido que:

> Pero, a fin de llevar a buen puerto el imprescindible análisis crítico que debe efectuar el juez constitucional en su tarea de garantizar la función subjetiva de los derechos fundamentales, éste debe interpretar en todo caso, si bien de manera casuística pero con fundamento en los límites internos y externos que perfilan toda actividad hermenéutica, el núcleo esencial de los tales derechos, es decir, abstraer su contenido mínimo desde la premisa de que un derecho humano es el resultado de un consenso imperativo según el cual una necesidad es tenida por básica, para así diferenciarlo de diversas situaciones jurídicas subjetivas donde tales necesidades no se manejan en su esencialidad.
>
> Una vez analizado el precepto contentivo del derecho humano que se denuncia conculcado, sigue aplicar al caso que se presenta el contenido mínimo según el cual el derecho luce imprescindible para la dignidad, igualdad y libertad humanas. Si la norma constitucional resulta directamente aplicable a la solución del conflicto, esto es, si la situación en la cual surgió la controversia era canalizable según los fines y contenido de un precepto constitucional o de una norma de rango inferior en cuyo contenido esté reflejado o se encuentre implícito un derecho humano; entonces, al acto, actuación u omisión que le desconoció debe imputársele la causación de una lesión a la regularidad constitucional y, en consecuencia, ser pasible del procedimiento de tutela en vía de amparo, una vez agotada la vía ordinaria, salvo las excepciones que a este requisito ha venido señalando la Sala (ver N° 848/2000, 159/2000, 82/2001 y 331/2001). Si tal no fuere, es decir, si la determinada situación jurídica podía conducirse a través de normas en cuyos términos no se verifica el contenido esencial de un derecho humano, las consecuencias derivadas de la no aplicación o falsa aplicación de dichas normas devendría revisable por la jurisdicción ordinaria.
>
> ...Tal postura controvierte el sentido expresado en la concepción según la cual el amparo persigue las violaciones directas de la Constitución y que, cuando la infracción se refiere a las leyes que la desarrollan, se está ante una transgresión indirecta que no motiva un amparo...debe quedar claro que la lesión directa debe entenderse en la línea en que fue explicado anteriormente, es decir, respecto a los conceptos de núcleo esencial y supuestos distintos al núcleo esencial del derecho de que se trate (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*)[35].

Es infundada y sin duda riesgosa para las libertades públicas esta posición de la máxima instancia de la justicia constitucional. En la jurisprudencia constitucional anterior y posterior a la vigencia de la Constitución de 1999 ya se había consolidado el criterio según el cual el amparo procede ante toda lesión a un derecho constitucionalmente garantizado, sin importar que hubiese sido objeto de desarrollo legislativo. La vieja tesis de la violación directa de la Constitución, que en un comienzo fue un obstáculo para la plena efectividad del amparo, fue perdiendo su significación original, y hoy lo determinante es que ciertamente se denuncie y demuestre la violación de un derecho constitucional y no solamente de normas de menor rango. Sería, por lo tanto, un enorme retroceso pretender que la tutela judicial reforzada que ofrece el amparo constitucional se circunscriba al núcleo esencial o contenido mínimo del derecho invocado -siempre de difícil definición por lo demás-, cuando lo cierto es que se extiende a todo el contenido

35. *V.* también las sentencias de la Sala Constitucional del 1 y del 22 de junio de 2001, Casos *Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A. y Gladys Corothie*, respectivamente.

del derecho, ni más ni menos, como se desprende del artículo 27 de la Constitución y, en el plano de los tratados internacionales sobre derechos humanos, del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

D. Compatibilidad con el sistema democrático

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgan gran significación a la democracia como parámetro para medir la licitud de las limitaciones o restricciones de derechos humanos. Al respecto, es elocuente el texto del artículo 32.2 de dicha Convención, inspirado en el artículo 29.2 de la Declaración Universal:

> Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En la misma dirección apunta el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aunque sin estipular una cláusula general relativa a las posibles restricciones a los derechos consagrados, sino mediante la previsión de los fines lícitos de las mismas *en una sociedad democrática* al regular varios de estos derechos (arts. 8 a 11); pero ello no ha impedido que la necesidad de la limitación de los derechos humanos o libertades fundamentales en una sociedad democrática sea tratada como criterio general para la determinación de su licitud[36].

Este control o *test* democrático adquiere singular importancia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en virtud de la estrecha vinculación entre democracia y derechos humanos que lo ha caracterizado desde sus orígenes. La Comisión[37] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han encargado de subrayar la significación del concepto de democracia representativa al examinar la licitud de limitaciones o restricciones a derechos reconocidos en la Convención. En su Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte sostuvo, en relación con el artículo 13 de la Convención, relativo a la libertad de pensamiento y expresión, que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión es necesaria para asegurar algunos de los objetivos mencionados en el artículo 13.2 "tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas"[38]. La Corte también declaró, de manera más general, que:

> Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas[39].

Pese a que estas afirmaciones de la Corte pudieran llevar a pensar que el criterio expuesto rige sólo respecto de algunos de los derechos garantizados por la Convención, el

---

36. *Cf.*, JACOBS, Francis/WHITE, Robin, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon, Oxford 1996, pp. 306 y ss.
37. Especialmente en su Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Informe anual de 1994).
38. Párr. 42.
39. Párr. 44.

mismo es aplicable al conjunto de los derechos reconocidos por ella, como se desprende de otros párrafos de la citada Opinión Consultiva[40] y del propio texto del artículo 32.2 de la Convención, que, más bien, "opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas"[41]. Este alcance general de la exigencia de compatibilidad con la democracia de las restricciones a los derechos humanos consagrados fue ratificado por la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, relativa a *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*[42]. La Carta Democrática Interamericana es una manifestación reciente de la inescindible vinculación entre la democracia y los derechos humanos dentro del sistema en el que se inscribe la Convención, sin perjuicio de la singular relevancia que algunos de estos derechos puedan poseer en este contexto, según las circunstancias del caso.

Por tanto, las limitaciones o restricciones legales a los derechos fundamentales o derechos humanos deben superar este *test democrático* para que sea posible afirmar su licitud, lo cual comprende tanto al fin perseguido con la previsión legal como a la apreciación de la proporcionalidad en sentido estricto de la limitación o restricción y, eventualmente, de su indebida repercusión en el contenido esencial del derecho. La finalidad de la ley limitativa debe concordar con los principios democráticos, y la ponderación entre el medio empleado y el fin que se pretende obtener ha de realizarse a la luz del orden de valores propios de una democracia. Ello también puede ayudar a advertir y rechazar los intentos legislativos de reducción del ámbito de goce o ejercicio de uno de esos derechos más allá de lo aceptable o tolerable en una sociedad democrática. La entera consonancia de aquéllas con el *orden público democrático*[43] propugnado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es, pues, imprescindible para aceptar su validez.

La significación particular de este *test* democrático reside en que enfatiza o pone de relieve aspectos sólo tácitamente comprendidos en el examen de la licitud de la finalidad de la ley limitativa, de la proporcionalidad de la medida o previsión legal correspondiente, y del respeto a la intangibilidad del contenido esencial del derecho, por cuanto es indudable que dicho examen ha de efectuarse desde el prisma de la Constitución y del sistema político democrático en que tiene lugar.

V. REFLEXIÓN FINAL

El afinamiento de la técnica jurídica y la profundización en el control de las leyes limitativas o restrictivas de derechos fundamentales siguen siendo temas pendientes en el sistema jurídico venezolano y en el de otros muchos países latinoamericanos. El importante desarrollo del amparo constitucional, o de procesos judiciales análogos, como

40. En particular, de su párrafo 67, que examina los conceptos de orden público (art. 13.2) y de bien común (art. 32.2): "Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las *justas exigencias* de *una sociedad democrática* que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".

41. Párr. 65.

42. Párr. 31.

43. *La colegiación obligatoria de periodistas...*, párr. 69.

instrumentos de tutela de estos derechos ante excesos de la administración o de los jueces, no ha estado acompañado por un avance similar en el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes que los afectan.

Es, de cualquier modo, un paso necesario para que nuestros países se consoliden como Estados constitucionales, cuyos órganos estén siempre sujetos a la Norma Suprema y a los derechos que ésta pretende garantizar.

§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Roberto Cuellar M.
Director Ejecutivo del
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad y especialmente sus grupos poblacionales más vulnerables como lo son las mujeres, la ancianidad, la niñez, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, personas con discapacidad, migrantes, presentan un importante desafío a los estados nacionales: necesidades básicas y elementales para vivir que en la actualidad no ha sido posible satisfacer, a pesar de la llegada de la democracia latinoamericana. De esa forma, el desarrollo humano sostenible es todavía un sueño, la discriminación sigue siendo un amargo rasgo distintivo de nuestras sociedades y en muchos países se ha retrocedido en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y se han profundizado las brechas sociales[1].

Dicha marcada desigualdad en el goce y disfrute de derechos humanos básicos de las personas en América Latina ha generado evidentes tensiones sociales y ha acentuado la crisis de inequidad que agobia los estratos medios que han pasado a ser parte de los estratos más bajos. Así se experimenta en la actualidad un clima social de alta conflictividad potencial que consecuentemente tiene relación con los índices de criminalidad, delincuencia y deterioro en la seguridad ciudadana.

La violencia engendra violencia y hoy, de ese fenómeno nadie se escapa. La violencia es una realidad amenazante y es una aflictiva sensación de inseguridad que le hace mucho daño a la dignidad humana y pone en jaque a la democracia en América Latina. Las hay expresiones de violencia de varios tipos y de variadas formas: las propiamente institucionalizadas que quedan impunes en su inmensa mayoría y las criminales que son regularmente sancionadas con la cárcel y excepcionalmente castigadas con la pena de muerte.

Hay otras formas de violencia ocultas y negadas: la intrafamiliar -comúnmente llamada *violencia doméstica*, que cobra muchas víctimas en la privacidad del hogar-, y la violencia social que causa graves consecuencias para la vigencia de los derechos humanos en más de tres cuartas partes de la población latinoamericana excluida de los beneficios sociales de la democracia.

Y es que el tema de la seguridad ciudadana se mantiene en un primer lugar de las agendas nacionales debido a que su antítesis, la inseguridad ciudadana, es el reclamo más constante que se hace a las autoridades. Esa circunstancia ha generado las más diversas teorizaciones sobre el tema de la seguridad, no siempre bien enfocadas hacia la

---

1. *Actualización del Documento Visión-Misión.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reunión del Consejo Directivo 23 y 24 de agosto de 2002.

determinación de la causas y su erradicación, sino más bien hacia acciones más de carácter reactivo que preventivo. Es así como, por lo general, se responde a concepciones muy *seguristas* que le dan énfasis al tratamiento estatal y/o represivo del problema, lo cual se encuentra reflejado claramente en las políticas policiales. Por el contrario, son escasas las iniciativas que abordan el problema de la inseguridad desde la causa de los derechos humanos y desde su incorporación al derecho constitucional.

Con un panorama como el anterior, resulta de especial interés hacer un análisis profundo del contexto actual de la seguridad en nuestros países, y de las respuestas sobre las causas de la criminalidad y la consecuente inseguridad social. También nos interesa estudiar en el presente documento las consideraciones que ha presentado el derecho internacional para el tratamiento de esa temática y las que a nivel de la legislación constitucional y de las políticas domésticas se han tomado en cuenta para el análisis y la protección de un derecho humano que consideramos indispensable: el derecho de toda persona de contar con un entorno que le permita ejercer su proyecto de vida y alcanzar el punto satisfactorio de su derecho humano al desarrollo.

II. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA SEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA:

1. Los efectos devastadores de la delincuencia

La delincuencia es una realidad angustiante y un problema destructivo. La criminalidad sigue siendo el fenómeno de violencia más preocupante en nuestras sociedades. La delincuencia es una crisis de valores: la vida, los bienes, la paz en las calles y la tranquilidad en nuestros barrios, están en peligro constante ante los acechos de la creciente acción de la violencia criminal. ¿Qué nos ha pasado frente a la violencia a la que a diario le teme la sociedad latinoamericana?; ¿por qué ahora somos incapaces de contener el auge de la criminalidad y resultan infructuosos los esfuerzos por bajar los niveles delincuenciales en las principales ciudades de América?; ¿cuáles son las entidades civiles que se han preparado para prevenir la violencia y para tratar las secuelas de los crímenes atroces y de las extorsiones?; ¿por qué la inseguridad de los habitantes es el principal problema de nuestras democracias?

Cada vez más hay ocasiones en que nuestras sociedades prefieren la fuerza y los hechos consumados ante la ola de violencia criminal. Se resuelve una parte, pero no se tratan las causas de la fenomenología. Lo cierto, es que en nuestras sociedades no se tomaron las decisiones correctivas, a tiempo. A la vez, se dejó al lado la contundencia e impacto de la credibilidad y legitimidad social de la función política para combatir el crimen organizado. En buena parte de Latinoamérica, la criminalidad y la violencia es el caldo de cultivo de la angustia nacional y de la incertidumbre social.

En segundo término, debemos cuestionarnos acerca de la herencia violenta de nuestras sociedades y preguntarnos sobre su relación con la delincuencia en sus dimensiones actuales. La delincuencia no es una cuestión casual, que surge por generación espontánea. En nuestras sociedades, tiene causas remotas e inmediatas que se relacionan con una violencia no superada en buena parte de la región. Así lo encontramos en países que han salido de la guerra civil en los que la transición se ha intensificado la delincuencia desproporcionada; en otros casos, hay un fenómeno de movilización humana que tras-

ciende los espacios fronterizos, muy significativo, y que unido a una desactivación económica muy drástica, resulta en el avance de la actividad delictiva.

En tercer lugar, la agenda de la seguridad incluye y debe incluir el fenómeno de la corrupción. El auge de un liberalismo económico malentendido, en general, no se ha visto acompasado de reformas para favorecer la justicia social y garantizar sistemas de convivencia democrática con una mínima igualdad de oportunidades. La apertura de la economía y la especulación financiera han creado nuevas fortunas superponiendo una cobertura de prosperidad que se ha demostrado falso en la mayoría de países de Latinoamérica. La impunidad de quienes han cosechado riquezas a costa de los dineros públicos siembra de dudas la institucionalidad democrática y la débil convicción de que la justicia puede ser igual para todos.

Pero de todas las aristas de la agenda de la seguridad, la más preocupante es la acción de la delincuencia organizada, de manera que trasciende lo local para convertirse en una oscura telaraña internacional.

En la raíz de la historia delictiva en la región, el auge de grupos bien organizados, no es nada nuevo. A la sombra del poder dictatorial y de los negocios ilícitos generados en conflictos internos, lacras como el contrabando y el narcotráfico prosperaron agresivamente. Ahora se trata de la sofisticación de los métodos y de las prácticas delictivas; ahora, la organización para delinquir cubre todos los niveles de la delincuencia; ahora, las pandillas juveniles se han extendido como ejércitos. En realidad, el principal desafío de la institucionalidad es el control y la represión del crimen organizado, sea cual fuere su manifestación, su nivel y su actividad sea pública o privada, sea común o sistemática. En tanto no se haga una lucha contra el crimen organizado, que desarticule sus redes y llegue a la cúpula, sin importar el rango social en que se encuentren, ni el partido político con que simpaticen, de muy poco servirá cualquier esfuerzo regular, ni nadie creerá en los *golpes de suerte* de la policía.

Es, precisamente, el crimen organizado el que tiene capacidad de infiltrar, contaminar, infectar y erosionar la institucionalidad democrática y la administración de la justicia. La corrupción que genera, no solo entre el cuerpo de jueces sino en todo el sistema administrativo, se va volviendo una especie de doble institucionalidad perversa y destructiva, que destruye la lógica del sistema democrático mismo.

2. La política y la criminalidad

Los continuos incrementos en las estadísticas de la criminalidad, el aumento de sectores sociales afectados por este fenómeno, la muy considerable intervención de jóvenes en hechos violentos o delictivos[2], una relación cada vez más estrecha entre la delincuencia -individual y organizada- y la problemática de la droga y el narcotráfico; el fenómeno del crimen organizado y la regionalización del delito[3], y el evidente y considerable crecimiento del sentimiento de inseguridad en la población, han pasado a ser problemas comunes de nuestros países.

---

2. Al respecto el autor KLIKSBERG, Bernardo, señala que la OPS considera a la criminalidad de la región un problema central de salud pública. Esta es una de las principales causas de muerte de la población joven y en algunos países recientemente su magnitud ha llevado a la reducción demográfica de la población joven de ciertos niveles de edad.

3. *Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Informe Final de Evaluación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto de 2000.

En nuestra región el crimen violento y la violencia juvenil llegan a crear, en algunas ciudades, verdaderos espacios urbanos de guerra social permanente. La expansión de la criminalidad ha generado un creciente desorden público e inseguridad pública estatal y ciudadana, como lo demuestran los diferentes estudios de este fenómeno elaborados en varias ciudades del continente[4]. Por ejemplo, se estima que América Latina tiene 30 homicidios por cada 100,000 habitantes por año (tasa que multiplica por 6 la de los países con una criminalidad moderada como los de Europa Occidental). Estudios del BID y otras organizaciones indican que la zona de América Latina es la segunda con más criminalidad del mundo luego del Sahara Africano[5].

Además, el crimen y la violencia entorpecen el crecimiento económico y contribuyen a la expansión de la pobreza debido a sus efectos en los capitales material, humano y social. Lo anterior también perjudica la capacidad de respuesta del gobierno frente a las principales necesidades de la sociedad[6].

Se constata un estado incapaz de responder con eficacia frente a las verdaderas causas del problema que normalmente responde ensayando una fórmula de represión penal. Por el contrario, la lucha contra la criminalidad ha significado siempre una puerta abierta a la transgresión y desconocimiento de derechos fundamentales de aquellos sectores sociales más deprimidos económicamente sobre los cuales se suele incidir en este problema.

Esta realidad, no sólo nos permite observar con meridiana claridad la situación de indefensión en la cual se encuentran los ciudadanos de nuestros países frente al problema de la inseguridad, sino también constatar el divorcio entre el estado y la sociedad.

Ese divorcio y el énfasis estrictamente represivo de la lucha contra el crimen y la violencia social, plantea un tema que, por las condiciones que atraviesa América Latina, no puede seguir pendiente: la muy estrecha relación entre el problema de la inseguridad ciudadana y los derechos humanos.

No cabe duda que el problema es muy complejo y que cualquier alternativa, para ser realmente viable y posible, requiere de una férrea voluntad política, para vencer las más diversas resistencias en el estado pero también en la sociedad.

América Latina actualmente vive una etapa política en la que la construcción de un estado democrático es un proceso que tiene que enfrentar una serie de tensiones y de conflictos. Dentro de ese proceso, las condiciones de seguridad y la definición del rol que las instituciones del estado y la sociedad tienen, también forman parte de este proceso, porque definitivamente la solución a este problema hoy se asume como parte de las condiciones indispensables de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos de sus ciudadanos.

Dentro de esta arista política, los políticos han sabido comprender que la creciente inseguridad es una forma rápida de ganar adeptos para captar potenciales votantes. Para ello invocan la falta de policía y de autoridad del estado, proponen *cero tolerancia* para

---

4. Así por ejemplo, en Honduras entre los años 1995 a 1998 el registro de delitos pasa de 21.319 a 46.200 (según la DGIC) y en Costa Rica de 1988 a 1997 los delitos a la vida pasan de 112 a 195, los delitos contra la propiedad de 856 a 1185 y los delitos sexuales de 45.2 a 74.6. Datos suministrados por la publicación *Gobernabilidad Democrática y Seguridad Ciudadana en Centroamérica*.

5. KLIKSBERG, Bernardo, *El Crecimiento de la Criminalidad en América Latina: Un tema urgente.*

6. Según los análisis de la CEPAL la pobreza ha crecido en términos absolutos y relativos. El número de pobres es hoy mayor que en 1980 y ha subido el porcentaje que representa en el conjunto de la población que se acerca a la mitad de la misma. *Ibid.*

todos los delitos y nadie levanta la bandera de alerta temprana para trabajar en lo preventivo porque los partidos políticos saben que las encuestas confirman que el sentimiento de inseguridad es la principal preocupación de la región e interpretan que la inseguridad es una arma electoral.

En relación con el punto anterior, quiero mencionar que dos de las principales aportaciones de los partidos políticos, en las recientes campañas electorales de Colombia, Brasil y Ecuador, son la lucha contra la corrupción y el combate contra la delincuencia e inseguridad de la ciudadanía. El PT -Partido de los Trabajadores- prometió nuevas leyes y medidas administrativas para reforzar las fuerzas de policía y para rejuvenecer el sistema penal. Lula da Silva, el nuevo presidente del Brasil conseguiría un lugar de privilegio en la historia del país si logra cambiar la oleada de homicidios, motines carcelarios, atracos y secuestros que imponen una sensación de estado de sitio permanente en varias de las grandes ciudades brasileñas.

El horizonte democrático y constitucional conlleva a una potenciación de la sociedad civil, fortaleciendo el tejido social, elevando la autoestima individual y colectiva de las comunidades, o sea procurando construir poder de decisión en beneficio propio. Para asumir un nuevo enfoque frente a la inseguridad, el nuevo paradigma, el de la *visión integral de seguridad para los habitantes*, debe contribuir al fortalecimiento de un estado democrático defensor de los derechos humanos y a tener una sociedad civil fuerte.

Es necesaria la participación ciudadana en procura de una mayor seguridad ciudadana, aún desde la óptica de los derechos humanos, con todo y las bondades que ofrece, sin embargo no deja de tener sus riesgos y sus límites. Los riesgos están en la medida en que la situación de inseguridad se encuentra *in crescendo* y en tanto ni el estado ni las comunidades logren detener las oleadas de delincuentes, lo que puede animar a grupos privados que, llevados por la desesperación de la situación, caigan en la tentación de apelar a la fuerza y a la venganza.

Afortunadamente, en varios de nuestros países se están ensayando soluciones que permiten analizar y comparar experiencias que se han aplicado para combatir la criminalidad y la delincuencia y proveer así seguridad. Desde luego, algunas son peligrosas para el futuro de los derechos humanos. Otras, sin embargo, son dignas de estudio porque procuran soluciones compatibles con nuestro sentido de la dignidad humana, de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y del estado de derecho.

III. LA SEGURIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tema principal que nos ocupa, cuál es las implicaciones constitucionales que un estado adopta para salvaguardar el derecho a la seguridad de que debe gozar toda persona, nos lleva a estudiar el tratamiento internacional del tema, teniendo en cuenta algunas de las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano de sus consecuencias jurídicas. La seguridad de los individuos pasa por la inviolabilidad de sus derechos y de sus libertades[7].

7. *Memoria del I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

En base a lo anterior, coincido con Rafael Nieto L., en varias afirmaciones: habrá más o menos seguridad en un estado en tanto y cuanto se garanticen de mejor o peor manera los derechos y libertades de sus habitantes; habrá más o menos seguridad en la medida en que haya más o menos garantía efectiva para el disfrute y gozo de los derechos y libertades; en la medida en que haya violación a esos derechos habrá inseguridad; en la medida en que los derechos se respeten habrá seguridad[8].

El término de seguridad es muy amplio, pues puede abarcar desde concebir a la seguridad como persona, hasta la seguridad como grupo o sociedad. Indudablemente que no podríamos priorizar entre uno y otro. El sujeto tiene derecho a sentirse seguro, individual o socialmente, por lo que situaciones tales como la violencia intrafamiliar, el maltrato a los niños, mujeres o ancianos, las torturas por parte de grupos policiales y guerrilleros, militares o paramilitares, son actos violentos que tienen como consecuencia un fuerte sentimiento de inseguridad.

En numerosos instrumentos internacionales se marca el reconocimiento de la seguridad y otros bienes jurídicos como por ejemplo la vida y la integridad física, como derechos humanos. En este sentido, se pueden mencionar que el siguiente articulado: 3 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6.1 y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos I y XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 4.1, 5.1, 7.1 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran en términos casi idénticos que toda persona tiene derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad y la propiedad[9]. La comisión de determinados delitos como homicidios, lesiones, violaciones, secuestros, robos, constituyen vulneraciones a esos derechos fundamentales.

Así hay autores que afirman que el *derecho a la seguridad* es el resultante de la suma de algunos denominados derechos humanos, entre los que se pueden citar: el derecho a la vida; el derecho a la inviolabilidad de la persona, que incluye el derecho a la libertad sexual, a la libre circulación, al libre movimiento y a la inviolabilidad del domicilio; y el derecho a la propiedad[10].

La reacción para tratar a la delincuencia y la criminalidad también debe tener en cuenta el respeto a las garantías fundamentales, y las que están contempladas en el derecho internacional. Tales garantías se refieren al respeto al debido proceso, y entre otros, reconocen el derecho a no ser detenido en forma arbitraria; a no ser sometido a tortura ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a un juicio público y justo ante un tribunal independiente e imparcial; a la presunción de inocencia y a una defensa plena. El que la persona pueda gozar de todos los derechos mencionados -su establecimiento legal y su cumplimiento efectivo- genera confianza en el sistema judicial y constituye una de las formas más eficaces de lucha contra la inseguridad ciudadana a través de la seguridad jurídica[11].

En la Conferencia sobre Prevención de la Inseguridad Urbana del Consejo de Europa se logró consenso sobre lo que constituye inseguridad, definiéndola como *falta de segu-*

---

8. *Ibid* p. 104.
9. *Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Informe Final de Evaluación, op. cit.* p. 53.
10. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Beatriz, *Seguridad Ciudadana y Seguridad Jurídica.* Página web: www.ute.gob.sv/-Publicaciones/Boletin/
11. *Ibid.*

ridad y temor al delito, sea real o imaginario[12]. Desde esta perspectiva, la seguridad está ligada tanto a la realización efectiva de los derechos fundamentales, como a la garantía de la existencia de sanción para quienes los transgredan.

De nuestra parte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha visto la seguridad en relación con que todas "las personas, sin discriminación alguna, puedan disfrutar de sus derechos y libertades sin interferencias ilegítimas de otros individuos o de funcionarios estatales, que su dignidad no se encuentra amenazada por factores heterónomos, y que tienen la certeza de que hay condiciones sociales para su desarrollo pleno en el tiempo como seres humanos"[13].

Otras normas del ámbito internacional que nos parece importante mencionar serían: el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley de Naciones Unidas, 1979; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas de 1984; la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de Naciones Unidas de 1985[14].

En todo caso, coincidimos con Andrés Domínguez en que, en una sociedad democrática el concepto y el alcance de la palabra *seguridad* están vinculados, en primer lugar al derecho humano a la libertad y seguridad de cada persona; en segundo, a la estabilidad y correcto funcionamiento de las instituciones públicas que realizan el estado democrático de derecho y por último en la seguridad y estabilidad del derecho que vincula y organiza las relaciones entre las personas y entre estas y los bienes(...). Por lo tanto, la seguridad no es la orientación sustantiva del orden público, sino una cualidad de éste. En la medida que las personas realizan sus derechos fundamentales, las instituciones aseguran esos derechos y los particulares se someten en sus relaciones a la ley, la seguridad surge como la consecuencia del orden democrático de derecho, como una variable dependiente del mismo[15].

IV. DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO EN EL TEMA DE LA SEGURIDAD

Si estamos entendiendo entonces que el término de seguridad nos remite a la consideración de las posibilidades con que cuenta la persona para gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales, es necesario hacer referencia a cómo el estado incorpora en su legislación las políticas para salvaguardar el goce de los derechos humanos. No hay duda de que el estado es el principal responsable de garantizar la seguridad. La seguridad será el objetivo; y la prevención y la protección son los medios para conseguirla.

Como es de conocimiento general, gobierno, territorio y población son los tres elementos clásicos del estado y si se concibe el estado como la unión circunstancial de dichos elementos, es evidente que la tarea de preservar la intregridad del territorio y la estabilidad de los gobiernos, no puede hacerse sobre la base de la violación de los dere-

12. CARRANZA, Elías (Coordinador), et al. *Delito y Seguridad de los Habitantes*, p. 24.
13. Definición contenida en el documento *Visión-Misión del IIDH*, 2002. *V. supra* nota 1.
14. *Ibid.*
15. DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés, *Policía y Derechos Humanos*, p. 62.

chos y libertades del individuo. La seguridad del territorio y la del gobierno no pueden estar por encima de la seguridad de la sociedad dado que territorio estatal y gobierno son instrumentos concebidos para el bienestar de los habitantes y de la autonomía, y por ello están subordinados a la sociedad que es la finalidad, motivo y razón de ser del estado. El derecho de los derechos humanos presupone entonces que el estado y el gobierno tienen como finalidad el servicio de los individuos y por tanto, estado y gobierno están al servicio público.

En base a lo anterior, toda teoría de la seguridad se descarta como válida si supone una seguridad que busque salvaguardar uno solo de los elementos mencionados y si coloca a la seguridad de los elementos, territorio y gobierno, por encima de la sociedad. La seguridad de un estado entonces debería medirse fundamentalmente por la seguridad de su sociedad y la democracia es el sistema que mejor permite la expresión y participación de la ciudadanía en el gobierno, elemento clave de la seguridad. La seguridad ciudadana será la seguridad de los habitantes del estado y en consecuencia la primera es vital para la seguridad del estado. De acuerdo con la anterior afirmación, la seguridad ciudadana se debe entender como la vigencia de los derechos y libertades de los ciudadanos en su territorio[16].

La seguridad ciudadana es un deber y responsabilidad de los poderes públicos, mediante actividades legislativas, judiciales, penitenciarias y policiales que tienen como finalidad asegurar la paz pública y la convivencia, conjugando el libre ejercicio de los derechos y libertades con el respeto a la legalidad establecida. De esta forma, la seguridad ciudadana está condicionada por la actuación de una serie de instituciones y organismos públicos[17].

El concepto de seguridad ciudadana nos relaciona con el de inseguridad que supone según José Maria Rico y Luis Salas, la existencia de riesgo y ausencia de garantía para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. Ambos autores definen la inseguridad como la falta de represión y prevención del delito así como el aumento de la criminalidad. Para la magistrada González Sánchez, la inseguridad también tiene que ver con la falta de respaldo y garantías a favor de las víctimas para ejercer su derecho a la persecución del delito y al resarcimiento correspondiente, que nos relaciona con el tema de seguridad jurídica.

En atención a lo anterior, el estado se encuentra en relación con la seguridad ciudadana, con tres obligaciones imperantes:

> la obligación de prevenir que actos de criminalidad o violencia pongan en riesgo el goce de derechos fundamentales;
>
> la obligación de represión y de que se castigue al autor del delito;
>
> la obligación de resarcimiento o compensación de aquellas víctimas a quienes se les vulnere el derecho a la seguridad.

16. Para mayor desarrollo al respecto *V.* NIETO LOAIZA, Rafael, *Seguridad Ciudadana, Derechos Humanos y Sociedad Civil: algunas notas aproximatorias.* Ponencia contenida en *supra* nota 3. P. 104.

17. GÓNZALEZ SÁNCHEZ, *supra* nota 10.

V. LA SEGURIDAD CIUDADANA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNO

Como hemos analizado, en un estado democrático, la seguridad es un factor que contribuye al bienestar social y a mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Dentro de una nueva concepción de la seguridad, ésta no debe ser concebida únicamente como la prevención o persecución de los delitos, sino que debe estar orientada a garantizar todos los derechos humanos. En este sentido, estamos reconociendo la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

El proceso que debe emprender el estado es bastante complejo y debe ser comprensivo de varias instituciones propias de un estado democrático de derecho. Entran así en juego la función jurisdiccional, el rol de la policía, las fuerzas militares, así como la confiabilidad en otras instituciones y en sus responsables y gestores de la educación.

Lo anterior será siempre teniendo en cuenta, que "la Constitución de América Latina para el siglo XXI tiene que arraigar el principio de la separación orgánica de poderes, como antídoto efectivo frente al autoritarismo. Incluso debe consolidar la separación de Poderes más allá del Legislativo, el Ejecutivo y del Judicial y hacer partícipes efectivos del Poder Público con rango constitucional a los órganos de control, como las Contralorías Generales, el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos y los órganos electorales"[18].

En general, es posible afirmar que el desarrollo de la noción de seguridad ciudadana es incipiente en algunos de los ordenamientos jurídicos de los países de la región. Así por ejemplo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el artículo 55, se introduce el término en forma tangencial, no delimitándose específicamente. Este artículo establece que, *Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por la ley, frente a situaciones que constituyan amenazas, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus debere…* El concepto de seguridad ciudadana se introduce con delimitación restrictiva, haciéndose referencia a determinadas situaciones, con lo cual no se garantiza el ejercicio del derecho sino en determinadas circunstancias[19].

Otras constituciones como las de Chile, Ecuador y Perú se refieren a la obligación estatal de brindar seguridad ciudadana a los habitantes.

Igualmente, en las constituciones de América Latina también se pueden encontrar otras disposiciones relacionados con la seguridad ciudadana, tales como aquellas que se refieren al concepto de orden público, las que contienen principios del debido proceso legal, así como las que crean y organizan instituciones como el poder judicial, la policía y las fuerzas militares.

Sin embargo, se encuentran evidentes carencias en el derecho constitucional de frente al desafío que presenta la seguridad ciudadana en relación con la necesidad de que se incorporen presupuestos de derechos humanos. Coincido con el autor Brewer-Carías que señala que "el más grande reto de la Constitución de América Latina del Siglo XXI

---

18. BREWER-CARÍAS, Allan, *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 21.

19. *Derecho a la seguridad ciudadana*. Informe Anual n° 13.

es la constitucionalización de la internalización de la protección de los derechos humanos"[20].

Como parte del ordenamiento jurídico, los códigos penales de los países de la región tipifican conductas criminales que atentan contra la seguridad ciudadana.

La criminalidad es un fenómeno muy complejo que abarca una amplia gama de acciones, realizadas en circunstancias muy distintas y por personas de diversa condición social, económica y cultural. Algunas de las acciones que normalmente se tipifican son el homicidio, el robo en las viviendas, los asaltos callejeros, el tráfico de drogas, estafas, corrupción de menores, entre otras. Pero además existen una serie de delitos no convencionales (abuso de poder, corrupción pública, fraude fiscal, delito ecológico), así como varias clasificaciones de un mismo acto punible (por ejemplo, un homicidio puede ser de naturaleza culposa, producto de la negligencia o imprudencia al conducir un vehículo, o consecuencia de una mala praxis médica)[21].

No es posible pensar que el derecho penal, y más concretamente la privación de libertad, es el medio idóneo para resolver el problema de la criminalidad; incluso en algunos casos ni siquiera cabe ese tipo de intervención. Hay que distinguir entre aquellas acciones que efectivamente exigen una sanción privativa de libertad y, las que pueden corregirse con medidas alternativas.

Otro serio problema que enfrentan los códigos penales de América Latina y que se han ido solventando a través de los procesos de reforma, es que prácticamente se han copiado de modelos europeos, en ocasiones sin comprender su ideología, sin considerar la realidad de nuestros países, y hasta combinando soluciones de diferentes modelos en forma poco coherente.

Asimismo, también debe considerarse el problema de la criminalización de grupos de población socialmente débiles, y carenciados. En la mayoría de los países de las Américas, las personas migrantes son consideradas por la generalidad de la población como delincuentes y culpables del aumento de los índices de criminalidad.

El disfrute de los derechos humanos se encuentra íntimamente relacionado con la forma en que las sociedades democráticas son capaces de enfrentar el problema de la inseguridad ciudadana. La violencia y los altos índices de criminalidad afectan gravemente el disfrute de los derechos humanos. Como anteriormente se indicó, para reducirlos es necesario desplegar una serie de acciones coordinadas, que tomen en cuenta todos los factores que la originan.

Siendo esta una responsabilidad del estado, se plantean varios ámbitos que deben ser fortalecidos:

1. Políticas públicas integrales y programas de acción para la justicia

Las causas de la criminalidad y la violencia son muchas y de muy diversa naturaleza, y por ello la solución que se plantee debe atenderlas de forma integral.

---

20. *Supra* nota 18.

21. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Seguridad Ciudadana y Justicia Penal, perspectiva de la Sociedad Civil: Memoria del Foro,* San José 1999.

La solución del problema no debe centrarse en mayor actuación policial, ni en legislaciones más represivas, sino que debe ir más allá, pretendiendo una reforma social que considere problemas relacionados con la globalización, la falta de empleo, el fenómeno cada vez mayor de la inmigración, la falta de acceso a la educación y a otros servicios básicos, entre otros tantos que pueden reclamarse.

La teoría criminológica moderna ha venido demostrando que la mayor efectividad en el control del delito se alcanza cuando se guarda una relación entre las acciones destinadas a mejorar la calidad de vida de los sectores más vulnerables de la población y aquellas de reducción de la criminalidad más grave[22].

Dentro de las políticas y planes del estado un importante componente debe ser el de la prevención y reducción de conflictos sociales, y particularmente del delito, donde aparte del combate a la pobreza y otros factores que generan delincuencia, se debe promover una fuente mínima de recursos en la educación. En este aspecto deben trabajar conjunta y coordinadamente las empresas, las comunidades, las organizaciones de la sociedad civil, la policía y otras entidades estatales. Es necesario desplegar políticas preventivas desde las cuales se generen nuevos ámbitos de vinculación entre la sociedad civil y el estado. La complejidad y agudización actual de fenómenos exigen el involucramiento de la sociedad en su resolución. Sólo así se podrá garantizar el derecho básico de la seguridad pública en un sistema democrático de derecho.

El sistema de justicia penal debe ser congruente con la doctrina de derechos humanos y en este sentido deben adoptarse, entre otras, medidas tendientes a reducir la población de presos sin condena; deben desarrollarse alternativas a las penas privativas de libertad. Las instituciones que integran este sistema deben trabajar en forma coordinada; deben despenalizarse muchas infracciones que debieran encontrarse en el ámbito de lo social, educativo o de reforma; los procedimientos penales deben ser revisados para hacerlos más comprensibles y accesibles a todos los sectores de la población; debe buscársele una solución urgente al problema del hacinamiento en las cárceles, dado que este fenómeno genera aún más violencia.

2. Fortalecimiento de la Policía

En relación con la policía debemos partir de la separación tajante entre las fuerzas militares y policiales, propiciando así la desmilitarización de la seguridad.

Igualmente, deben existir mecanismos efectivos de control internos y externos a esta institución, de manera que se le conmine a la rendición de cuentas.

La relación policía comunidad debe fortalecerse de manera que la primera se encuentre al servicio de la segunda. Esto permitirá que los servicios policiales se adapten a las necesidades reales y a las expectativas de la comunidad e igualmente que esta colabore en ciertas funciones policiales, sobre todo en la elaboración y evaluación de sus políticas. Es también muy importante la confianza que los miembros de la comunidad tengan de su policía, para lo cual la profesionalidad del policía y la información que la población reciba sobre verdadero papel en la sociedad (educación), son aspectos fundamentales. Igualmente los policías deben desarrollar destrezas en la resolución de conflictos, logrando evitar que puedan llegar al sistema de justicia formal.

---

22. *Derecho a la seguridad ciudadana*. Informe Anual n° 13.

Por último, queremos mencionar que en varios países de América Latina, se encuentra en funcionamiento la figura del ombudsman o defensor de los habitantes. Esa institución es clave en la labor de vigilancia y fiscalización de las funciones del estado frente a la problemática que plantea la seguridad ciudadana.

En especial, resulta una institución que puede jugar un rol preponderante en la búsqueda de soluciones en las cuales se contemple la participación de las instituciones democráticas y de la sociedad civil organizada.

VI. CONCLUSIONES

Para luchar efectivamente contra el crimen, se requiere de cuatro elementos interactuantes: voluntad política y decisión judicial, colaboración ciudadana y eficiencia policial. Por eso, una de las aspiraciones más claras de la ciudadanía es la estabilidad democrática de nuestras sociedades, entendida como satisfacción mínima de necesidades y de derechos sociales de todos los grupos y sectores. La violencia no puede tratarse solo con leyes: cualquier visión meramente punitiva es insuficiente. Al fenómeno de la violencia hay que enfocarlo en sus entrañas más profundas, en estrecha relación con las perspectivas reales de futuro de los derechos humanos que tengan la mayoría de los distintos estratos de la población. Hay que combatir la exclusión social que, generada por la economía de consumo, ha extendido la pobreza y la miseria en nuestras sociedades. Eso hace que el tratamiento de la violencia sea uno de los puntos básicos de la agenda de educación para la vida en democracia.

El principal obstáculo es, en las actuales circunstancias, la aún no desarticulada vinculación institucional del crimen. Por ello hay muchos temores y reservas del ciudadano común cuando tiene que denunciar un hecho criminal, participar como testigo o dar informaciones cruciales y probatorias. La policía, y en general la institucionalidad, deben ganarse la confianza con hechos y sin reparos ni mediatizaciones de la voluntad política y con la eficiencia operativa que la grave situación demanda. Esa integración de esfuerzos es indispensable para controlar la creciente delincuencia que pone jaque a los derechos humanos en las democracias latinoamericanas.

La doctrina de los derechos humanos no está reñida con la protección constitucional de la seguridad ciudadana. Sin embargo, conviene recordar que la defensa de la seguridad no puede significar la violación de normas mínimas del debido proceso y del respeto a la dignidad humana en sus distintas manifestaciones. En otras palabras, seamos firmes, seamos decididos, seamos fuertes en la lucha contra la delincuencia, pero no nos rebajemos a quebrantar los postulados universales de los derechos humanos.

En una frase resumimos nuestra visión: es la lucha permanente por la protección de las víctimas y los inocentes.

A pesar de que ahora *los hechos se están burlando cada vez más del derecho*, mi postulado es que la lucha contra la violencia social y contra la violencia criminal debe tener en cuenta a los derechos humanos y a los derechos de las víctimas. La doctrina de los derechos humanos está a favor del combate a la criminalidad porque la seguridad ciudadana y de los hombres, de las mujeres y de la niñez es un derecho fundamental que debe proteger la democracia.

III. LOS DERECHOS INDIVUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO

Luis Moisset de Espanes y
María del Pilar Hiruela de Fernández
Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba, Argentina

I. INTRODUCCIÓN. DESARROLLO DE LA GENÉTICA

A mediados del siglo XIX se producen los primeros avances científicos que darán nacimiento a la moderna ciencia de la genética.

El precursor de estos estudios es el Abate Mendel[1], aquel monje austríaco que realizó una serie de experimentos con arvejillas o guisantes para determinar las leyes de herencia de los colores en esas flores.

Asienta en esa época, 1865, uno de sus descubrimientos: la determinación de la forma en que se transmiten hereditariamente ciertas características propias de esas plantas. Con sus investigaciones nace el conocimiento científico de la transmisión de características por vía hereditaria.

Pasarán todavía cuarenta años antes de que un inglés, William Bateson, en 1906, dé a esta ciencia incipiente el nombre de genética. Pocos años después, en 1909, un holandés, Wilhelm Johannsen, va a crear el nombre *gen* para bautizar al elemento transmisor de esas características que se transmiten por herencia, y en 1920 Winkler crea la palabra *genoma*, para simbolizar la suma total de genes de un organismo[2].

En 1908, en experimentos que se realizan sobre una mosca, la mosca del vinagre o *drosophila*, se advierte por primera vez que los factores hereditarios estaban localizados en los cromosomas; esto es obra de un norteamericano, Thomas Hunt Morgan.

Luego, allá por 1927, otro científico norteamericano discípulo de Morgan, descubre que se puede lograr mutaciones en los genes por la aplicación de rayos X[3].

Como puede advertirse el desarrollo de la genética es del siglo pasado; después de los primeros experimentos de Mendel en el siglo XIX, recién en el siglo XX se bautiza la ciencia, se empieza a conocer o determinar dónde asientan las características genéticas; se advierte que en todas las especies hay unos elementos que se llaman cromosomas, que en los cromosomas están asentados los genes y que en los genes están contenidas las peculiaridades de la especie que se van a transmitir por herencia.

---

1. MENDEL, Gregor, monje agustino, publica sus estudios en el *Boletín de Historia Natural de Brno* en 1865.
2. *V.* BERNARDI, Giorgio, "El Proyecto Genoma Humano: en defensa de la ciencia básica" en *Proyecto Genoma Humano: Ética*, ed. F.B.B.V., 2ª ed., Madrid 1993, p. 255.
3. Este descubrimiento lo efectúa MÜLLER, J. Hermann.

Al comienzo se creía que estas peculiaridades estaban fijadas en las proteínas, hasta que en 1944 un bacteriólogo canadiense, Avery, en trabajos que realiza junto con McLeod y McCarty, descubre que no es en las proteínas donde se asientan realmente los genes sino en el ADN (ácido desóxirribonucleico).

En 1953 Watson y Crick, que por sus trabajos reciben el premio Nobel, van a determinar cuál es la estructura del ADN, que es donde están asentados los genes que transmiten las características de las distintas especies.

A partir de allí se genera una inquietud generalizada en los medios científicos, la cual culmina con la formulación del Proyecto Genoma Humano, fijándose como objetivo el descifrar y conocer el mapa genético humano de un modo integral.

Finalmente, el 26 de junio de 2000 se alcanza una de las metas del ambicioso proyecto, determinándose el 99% de la información genómica humana (o ADN)[4]. El 12 de febrero de 2001 se hace pública la secuencia del genoma humano, en contra de los intereses del sector privado que propugnaban mantenerla en secreto. A partir de tal data, cualquier ciudadano de la tierra puede tener acceso gratuito, vía internet, a las páginas del Proyecto Genoma Humano y obtener secuencias de genes u otras secuencias de interés de regiones cromosómicas específicas.

Como puede advertirse, hay un largo recorrido, desde principios del siglo XX, hasta el momento actual, que ha sido necesario para desentrañar una serie de aspectos correspondientes a las características que se transmiten por herencia.

Respecto a los cromosomas humanos, en el primer momento por un error se pensó que eran 44 (22 pares que corresponden a los que hoy se denominan cromosomas autosómicos) y luego se estableció que no eran 44 sino 46 pues a ellos debían sumarse los cromosomas sexuales X e Y, es decir que el ser humano presenta 23 pares de cromosomas[5].

Esos 23 pares de cromosomas están constituidos por cadenas de ADN, que tienen forma helicoidal, y eso lleva a que en cada ser humano haya kilómetros de ADN enrollado; allí están asentados los genes que van a fijar las características que tenemos cada uno de nosotros, y además esto se transmite por vía hereditaria.

En los gametos, es decir la célula sexual femenina, va una mitad de los cromosomas, un juego de estos 23 pares, transmitidos por la madre, que se va a reunir con la otra mitad que se encuentra en los espermatozoides del padre; se formará así el doble juego de pares transmitido por ambos progenitores, es decir los 46 cromosomas del embrión humano con las características que se le han legado. La combinación de estos genes fijará las características individuales.

Se calcula que hay aproximadamente en cada ser humano, en estos 46 cromosomas, 30.000 genes[6]. Y se ha comenzado a descubrir que en determinados pares de cromosomas, o en algunos genes que se van individualizando, reside la transmisión de ciertas

---

4. El revolucionario logro, que abre una nueva era en la lucha contra las enfermedades, fue anunciado consecutivamente en China, Japón, Francia, Alemania, el Reino Unido y Estados Unidos.

5. *V.* BERNARDI, Giorgio, trabajo y obra citadas, p. 253.

6. Antes de la lectura integral del genoma humano se especulaba que el número de genes del hombre, oscilaba entre los 70.000 y 100.000. Esta diferencia entre el cálculo primigenio y el número real se debió a que los científicos se empeñaban en sostener que la raza humana era muy diferente a las demás criaturas y que por lo tanto debía -necesariamente- tener mayor cantidad de genes. De ser tal como se ha descubierto (30.000) el hombre sólo tendría dos veces más el número de genes de una lombriz o una mosca.

características, que pueden ser buenas o malas, ya que no sólo se transmiten las características buenas sino también las malas.

II. PROYECTO GENOMA HUMANO

Corresponde detenernos y realizar algunas consideraciones en torno a la génesis y evolución que ha tenido el denominado Proyecto Genoma Humano.

En este orden de ideas, cuadra señalar que a partir de los primeros avances y descubrimientos, nace en los medios científicos la inquietud por la necesidad de realizar un estudio conjunto de la plantilla genética humana, para tratar de llegar a conocer de manera integral lo que podríamos denominar el mapa genético; saber cuáles son los *cien mil*[7] cromosomas del género humano, dónde asientan y qué función cumplen.

Así se efectuaron estudios de los tramos del ADN de cada cromosoma, en una tarea que los científicos llaman *secuenciación*[8]; es decir, trazar la secuencia, determinar dónde está el gen y luego buscar qué función cumple ese gen que se ha determinado.

El proyecto Genoma Humano, tal como se lanzó, tuvo como finalidad completar el estudio del mapa genético de nuestra especie, considerado por los biólogos como algo indispensable para el mejor conocimiento del ser humano.

¿Cuándo y cómo comienza el Proyecto Genoma a ponerse en funcionamiento?

En 1985 se dan los primeros pasos; vean ustedes que no estamos muy lejos en el tiempo, han transcurrido menos de dos décadas.

En California, en la Universidad de Santa Cruz, se lanza la idea de que era necesario tratar de conocer la plantilla genética de la humanidad[9].

Un premio Nobel, Renato Dulbecco, es el que señala las ventajas que podría tener, para avanzar en los conocimientos sobre el cáncer, investigar la posible influencia que tiene la transmisión genética de determinadas características, para lograr por esa vía la curación de una enfermedad que tanto nos aflige.

El mismo año en el Departamento de Energía de Estados Unidos, DOE, el profesor Charles DeLisi pone en marcha la idea de profundizar estas investigaciones. A eso se suma, en 1986, una reunión de varios premios Nobel que se realiza en los laboratorios Cold Spring Harbor y estos investigadores reclaman ayuda económica para poner en marcha el proyecto.

La idea tropieza con algunas dificultades en el primer momento porque muchos grupos investigadores de la biología y de la genética piensan que si los gobiernos se entusiasman tras el Proyecto Genoma y le dedican fondos, esto va a cortar los aportes que se destinan a otro tipo de investigaciones.

---

7. Ya hemos señalado en la nota anterior que actualmente se estima que el genoma humano se integra con treinta mil cromosomas, es decir apenas la tercera parte de lo que se creía una década atrás.

8. *V.* WALTER, Gilbert, "La secuenciación del genoma humano. Situación actual" en *Proyecto Genoma Humano: Ética*, p. 55.

9. La cronología del *Proyecto Genoma Humano* puede consultarse en el Apéndice del aporte de COOK-DEGAN, Robert M., "Las raíces de la polémica: los orígenes del Proyecto Genoma Humano" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, volumen I, ed. F.B.B.V, Madrid 1994, p. 67 y ss.

Pese a eso, durante la administración Reagan, en los Institutos Nacionales de Salud (National Institutes of Health, o NIH), en 1988 se aprueban, por primera vez en EE.UU., partidas importantes para comenzar el estudio del Genoma, y se forma en 1988 una especie de asociación que recibe el nombre de HUGO, (Human Genome Organization, o sea: Organización del Genoma Humano).

Con ese impulso se reúnen dos Seminarios de trabajo en España, en Valencia, cuyo principal organizador es un biólogo español que ha realizado estudios e investigaciones en los Estados Unidos, Dn. Santiago Grisolía. Se aprueban importantes declaraciones, primero en la reunión de 1988 y luego en la de 1990, que se dedica especialmente a estudiar los aspectos éticos del Proyecto Genoma, que es lo que más preocupa a los propios científicos, porque ellos advierten que, el conocimiento de la plantilla genética facilita que se realicen en ella manipulaciones conduciendo, muchas veces, a resultados no del todo favorables para la especie y reclaman, primero de las personas especializadas en ética y filosofía y luego de los juristas, el auxilio de sus aportes, para fijar márgenes que signifiquen un límite, no a la investigación sino a la manipulación genética que puede venir tras esa investigación.

El Programa Genoma recibe su lanzamiento definitivo en 1990, luego de formada esa asociación, HUGO, con el hecho de que varios gobiernos destinan partidas a laboratorios para que profundicen estas investigaciones. La tarea fue llevada adelante principalmente, en cuatro países: Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia y Japón que son los que decididamente adoptaron como objetivo lograr la determinación total de la plantilla genética del hombre y posteriormente hubo esfuerzos tendientes a unirse a esa tarea en Francia, Canadá, Australia y la Comunidad Económica Europea.

En cambio, desde un inicio hubo una gran reticencia por parte de los alemanes sobre quienes pesa el lastre de lo que hicieron en materia de genética durante el período en que gobernó Hitler, cuando llegó a consagrarse en Alemania la eutanasia por considerar inconveniente que tuvieran descendencia personas defectuosas y pudiesen transmitir sus taras por vía hereditaria. Lamentablemente estas concepciones son tan viejas como el mundo; basta recordar la Roca Tarpeya, desde donde se despeñaba a los niños con defectos.

Piénsese también en el peligro que corren en la India los *nasciturus* de sexo femenino; afirman algunas noticias periodísticas que el conocimiento anticipado del sexo de la criatura por nacer, trae como consecuencia que muchas madres procuren abortar si se enteran que va a ser una mujer, porque las mujeres son consideradas una carga; entonces se produce un mayor número de nacimiento de varones que de mujeres.

Las consideraciones expuestas ponen de manifiesto las trascendentes repercusiones que los avances genéticos tienen en el plano ético y los dilemas jurídicos que generan en la vida social.

III. DECLARACIONES DE VALENCIA SOBRE GENOMA Y ÉTICA

1. Primer Seminario. Valencia, 1988

En este recorrido que nos hemos propuesto, corresponde en primer lugar traer a colación lo que se puso de manifiesto en 1988, a poco tiempo de lanzarse el Proyecto Genoma, en el Primer Seminario sobre cooperación internacional para el Proyecto Genoma Humano.

Por un lado todos los asistentes creían que era indispensable seguir adelante con las investigaciones que permitieran el mejor conocimiento del mapa humano, es decir la cartografía y secuenciación del Genoma, porque ese conocimiento, al asegurar una información adecuada, puede beneficiar ampliamente la salud de la población.

En tal sentido el primer punto de la *Declaración de Valencia sobre el Proyecto Genoma Humano*, de 1988, expresa textualmente:

1. Los miembros de la conferencia creen que el conocimiento que surge de la cartografía y secuenciación del genoma humano puede beneficiar ampliamente la saludad y el bienestar de la humanidad. A tal fin los científicos participantes asumen su responsabilidad para asegurar que la información genética sea utilizada sólo para aumentar la dignidad humana, y alientan un debate público sobre las implicaciones éticas, sociales y legales del uso de la información genética.

Consideraron también que estas investigaciones no podían reducirse al estudio del genoma humano sino que paralelamente debían practicarse investigaciones similares en animales, en plantas y en microorganismos seleccionados, para llegar por la vía del conocimiento de los genomas de otras especies a un mejor conocimiento del propio genoma humano[10].

Reclamaban que estos esfuerzos no se hicieran de manera aislada sino de forma coordinada entre todos los países, para no superponer investigaciones y no generar un costo mayor en algo que evidentemente se mostraba como muy caro, porque en esa primera etapa se calculaba que un laboratorio podía analizar más o menos unos diecisiete mil pares de las bases del ADN al año, con lo cual se necesitaría mil laboratorios durante cien años para poder llegar a conocer la totalidad de la plantilla genética[11].

Los progresos paralelos que se fueron realizando en materia de informática permitieron por un lado abaratar y por otro acelerar las búsquedas. El proyecto genoma fue avanzando de manera tan acelerada que en esta época ya se llegó a sostener que, de los 100.000 genes (que se creía componían el mapa genético humano) ya se conocía la ubicación y la secuencia de unos 20.000 y se aseguraba que para fines del siglo XX se habría completado el estudio de la cartografía genética del hombre.

Además de aconsejar la coordinación, reclamaba ese simposio de Valencia la información, es decir, que no hubiese secreto científico, sino que los investigadores de los diferentes países intercambiaran toda la información que recogieran sobre el genoma para que esos datos pudiesen estar al alcance de todos los medios científicos, permitiendo la continuidad de los esfuerzos y, otro aspecto importante, que no hubiese abuso en el empleo de estos nuevos conocimientos genéticos[12].

---

10. "Declaración de Valencia..., 3. Los participantes apoyan fuertemente larealización de estudios paralelos del genoma de animales, plantas y microorganismos seleccionados, para llegar a un entendimiento más profundo del genoma humano".

11. "Declaración de Valencia... 2. Los miembros apoyan el concepto de colaboración internacional en el proyecto y reclaman la más amplia participación de los países de cualquier latitud según sus propios recursos e intereses".

12. "Declaración de Valencia... 5. Los miembros de la Conferencia creen que la información resultante de la cartografía y secuenciación del genoma humano debe ser de dominio público y disponible para científicos de todos los países".

2. Segundo Seminario. Valencia, 1990

Esa primera reunión efectuada en Valencia prolongó sus tareas con otro encuentro, efectuado en 1990, cuyas declaraciones sobre aspectos éticos son de singular importancia por lo que entendemos conveniente reproducir íntegramente su texto.

IV. DECLARACIÓN DE VALENCIA SOBRE ÉTICA Y EL PROYECTO GENOMA HUMANO

1. Nosotros, los participantes en el seminario de Valencia, afirmamos que una sociedad civilizada incluye el respeto por la diversidad humana incluyendo las variaciones genéticas. Nosotros reconocemos nuestra responsabilidad para ayudar a asegurar que la información genética se utilice para potenciar la dignidad del individuo, que todas las personas con necesidad tengan acceso a los servicios genéticos, y que los programas genéticos sigan los principios éticos de respeto a la persona, bienestar y justicia.

2. Creemos que el conocimiento adquirido de la cartografía y la secuenciación del genoma humano originará un gran beneficio para la salud y el bienestar humanos. Apoyamos la colaboración internacional para la investigación del genoma y requerimos la más amplia participación posible de todos los países del mundo, dentro de los recursos e intereses de cada país.

3. Requerimos la colaboración entre las naciones y las distintas disciplinas en el desarrollo de la investigación y en el intercambio de información y materiales relativos al genoma de los seres humanos y de otros organismos.

4. Las cuestiones relacionadas con el uso y abuso de los nuevos conocimientos genéticos han provocado numerosos debates. Además de las discusiones en los círculos científicos, es necesario que tengan lugar de forma urgente debates públicos sobre las implicaciones éticas, sociales y legales de los usos clínicos, comerciales y de otros usos de la información genética.

5. Apoyamos todos los esfuerzos encaminados a la educación del público a través de todos los medios posibles, incluyendo la prensa y las escuelas, sobre la cartografía y la secuenciación genética, las enfermedades genéticas y los servicios genéticos.

6. A la luz del gran crecimiento de la información en los campos de la prognosis y la terapéutica que originará el proyecto genoma, requerimos un mayor apoyo para la formación de consejeros genéticos y para la educación de otros profesionales de la salud.

7. Como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtenida o revelada sólo con la autorización de dicho individuo o de su representante legal. Cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justificación legal y ética.

8. Estamos de acuerdo en que la terapia génica de las células somáticas pueda ser utilizada para el tratamiento de enfermedades humanas específicas. La terapia génica de la línea germinal afronta numerosos obstáculos y no ofrece un consenso ético general. Nosotros apoyamos un mayor debate sobre las cuestiones técnicas, médicas y sociales de este tema. 14 noviembre 1990. Valencia (España)

Como vemos la recomendación incluye, además de las discusiones en los círculos científicos, la realización de debates públicos sobre las implicaciones éticas, sociales y legales de los usos clínicos, comerciales y cualquier otro empleo que se le diera a la

información genética y que la ingeniería genética tuviera como valla el que la intervención sólo pudiera afectar las que llamaríamos células somáticas, es decir las células que dan la formación del cuerpo, con fines curativos, pero evitando manipular las células germinativas, para impedir que se transformara o se deformara la herencia genética de la especie.

Estos han sido, en general, los lineamientos trazados en esas dos primeras reuniones donde se trataron aspectos de tipo científico, de colaboración y las limitaciones éticas.

V. DECLARACIÓN DE BILBAO SOBRE GENOMA Y DERECHO

La tercera reunión, efectuada en Bilbao en 1993, se dedicó, además de actualizar los conocimientos y dar cuenta de cuáles eran los últimos avances científicos en la marcha de este proyecto, a estudiar la repercusión jurídica, que a nosotros, desde la óptica particular de nuestra profesión, es la que más nos preocupa. El temario incluía los siguientes problemas:

1. La libertad del hombre y el genoma;
2. El derecho a la intimidad y el uso de la información genética.
3. El legado genético y el principio de culpabilidad.
4. La patentabilidad de los descubrimientos genéticos.
5. El genoma humano y el contrato de seguro.
6. Límites penales de la manipulación genética.
7. La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas.
8. Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales.

La simple mención de tales objetivos pone de relieve la existencia de una amplia gama de aspectos en los cuales los avances del Proyecto Genoma repercuten en la sociedad, y el jurista se ve obligado a reflexionar para tratar de suministrar cauces adecuados a esa evolución.

Alguna vez nuestra preocupación por estos problemas nos ha llevado a escribir sobre el cambio social y el cambio legislativo. La sociedad se encuentra en una perpetua y constante situación de cambio, tanto por la evolución que se advierte en las relaciones humanas, como por consecuencia de los avances técnicos; estas transformaciones, que se producen todos los días, exigen al jurista estar atento para que, por un lado, las leyes no sean una traba a los avances beneficiosos, y acompañen esa evolución social fijando los caminos correctos para que las relaciones se desenvuelvan sin conflictos.

Ésta es la misión esencial del jurista y esto es lo que nos obliga a reflexionar frente al Proyecto Genoma, y actuar en consecuencia.

VI. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1997

El 11 de noviembre de 1997, los 186 Estados miembros de la UNESCO aprobaron por unanimidad en la 29ª Conferencia General, la Declaración Universal sobre el Ge-

noma Humano y los Derechos del Hombre, tras cuatro años de trabajo en la Comisión Jurídica del Comité Internacional de Bioética (CIB).

Esta Declaración constituye un claro exponente de la preocupación mundial por los posibles problemas que generaría el conocimiento acabado de la cartografía completa del genoma humano.

El documento consta de 7 capítulos titulados: La dignidad humana y el genoma humano; El derecho de las personas interesadas; Investigaciones sobre genoma humano; Condiciones de ejercicio de la actividad científica; Solidaridad y cooperación internacional; Fomento de los principios de la Declaración y Aplicación de la Declaración.

Un análisis exhaustivo de la referida Declaración excedería considerablemente el objeto del presente artículo. Sin embargo creemos necesario realizar algunas consideraciones en torno a la misma.

1. Dignidad de la persona humana

El Capítulo primero, tal como lo puntualizáramos, se centra en un tema medular: la dignidad de la persona humana frente al genoma humano.

En este orden de ideas, el art. 1° de la Declaración expresa que "en sentido simbólico el genoma humano es el patrimonio común de la humanidad"[13]. Por su parte el art. 2° dispone que el individuo tiene derecho al respeto de su dignidad cualesquiera sean sus características genéticas.

Esta afirmación de la dignidad tiende a evitar que se reduzca a considerar al sujeto sólo por sus características genéticas y se lo respete como persona[14].

El art. 4° de la Declaración establece que *el genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios*. Mucho se ha criticado esta última disposición ya que la mención del genoma en *su estado natural* abre la vía de admisión al patentamiento de elementos aislados del cuerpo humano o producidos artificialmente, aun cuando la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

2. Derechos de las personas interesadas

El Capítulo segundo, referido a los derechos de las personas interesadas, comienza con el art. 5° que establece que toda investigación, tratamiento o diagnóstico en relación con el genoma humano sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y ventajas que entrañe y en concordancia con otras exigencias fijadas por las respecti-

13. Autorizada doctrina ha objetado el sentido simbólico que la norma asigna a la expresión "patrimonio común de la humanidad", afirmándose que la expresión "tiene una elaboración precisa en el derecho internacional y la incorporación del genoma humano a esta categoría es sostenible con fundamentos sólidos... La inclusión de determinados bienes en el ámbito del patrimonio común de la humanidad no puede implicar intento alguno de *apropiación* sino simplemente una forma de mostrar interés de la humanidad en su protección y conservación" (*Cf.*, BERGEL, Salvador D., "El Proyecto de la UNESCO sobre protección del genoma humano", *Revista Jurídica El Derecho*, del 10-04-97).

14. En definitiva, la disposición normativa bajo la lupa, se orienta a evitar el determinismo biológico y vedar acciones discriminatorias fundadas en la composición genética del hombre.

vas legislaciones nacionales. De este modo, se procura evitar investigaciones que impliquen un riesgo para la salud o integridad de las personas.

La misma norma en su inc. b) agrega que en todos los casos será menester recabar el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada[15]. Finalmente, el inc. c) del art. 5° toca un tema delicado y muy sensible consagrando el derecho de toda persona a demandar que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

El art. 6 de la Declaración ordena que ningún sujeto puede ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas. Finalmente, el art. 7°, último del segundo Capítulo, refiere a la confidencialidad de los datos genéticos asociados a cualquier persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad. De este modo, la información que se obtenga en las pruebas genéticas, efectuadas por cualquier motivo, no podrán ser divulgadas a terceros sin el consentimiento expreso y escrito del interesado[16].

3. Investigaciones sobre genoma humano

El tercer Capítulo referido a las investigaciones sobre el genoma humano contiene normas y directivas generales, disponiendo que en ningún caso de investigación podrán prevalecer sus resultados por sobre el respeto de los derechos fundamentales de las personas, y por ello prohíbe las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana (art. 11°) y la regla de que los principios del consentimiento informado del paciente como la reserva de su información genética sólo podrán ser limitados -con carácter excepcional- por normas legislativas que no merezcan observación a la luz de los principios del derecho internacional y nacional protector de los derechos humanos (art. 9°). El art. 12°, último de este capítulo, prevé el derecho de toda persona de acceder a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano y declara la libertad de investigación para el progreso del saber.

4. Otros aspectos

Los capítulos cuarto y quinto, tal como lo puntualizáramos *supra*, aluden a las condiciones para el ejercicio de la actividad científica y a los principios de solidaridad y cooperación internacional. Así, el mencionado en primer lugar se ocupa de establecer una serie de responsabilidades que pone en cabeza de los investigadores tales como el rigor, la prudencia, la probidad intelectual, etc, reitera el principio de la libertad de investigación sobre el genoma e invita a los Estados miembros a que tomen las medidas apropiadas para promover las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de la actividad de investigación. El Capítulo Quinto, en cambio, apunta a lo-

15. La consagración normativa de este recaudo constituye una gran conquista de la bioética contemporánea, e implica una superación del paternalismo médico.

16. Adviértase que este principio de confidencialidad ya había sido anticipado en importantes documentos, tales como la Declaración sobre Genoma Humano emitida por la Asociación Médica Mundial de septiembre de 1992 y la 2ª Conferencia sobre cooperación internacional en el Proyecto Genoma Humano de Valencia (noviembre de 1990).

grar la cooperación internacional indispensable para el logro de los objetivos del Proyecto Genoma Humano.

El documento cierra con dos segmentos destinados a regular la promoción y fomento de la Declaración y su aplicación.

Esta Declaración de la UNESCO constituye un importante paso dentro del Proyecto Genoma Humano, y más allá de las críticas que se le han formulado, el documento recepta importantes principios básicos y las pautas elementales en la protección de la persona humana frente al avance de la biología y las investigaciones científicas.

VII. LECTURA Y PUBLICACIÓN DEL GENOMA

El 26 de junio de 2000 constituyó una fecha memorable para la historia de la humanidad, desde que tras 10 años de intensa investigación del genoma humano, considerado el auténtico libro de la vida, se dio por descifrado en sus partes esenciales.

Para conseguir este hito, que coronó un siglo de investigación biológica, el proyecto público internacional y el privado de la empresa norteamericana PE Celera Genomics abandonaron la pugna que mantenían y decidieron anunciarlo conjuntamente en la Casa Blanca y Dowing Street conectados vía satélite, en una ceremonia presidida por el entonces presidente de los EE.UU., Bill Clinton, acompañado por el primer ministro Tony Blair.

En dicha ceremonia se declaró que *el genoma humano constituye el mapa más importante jamás producido por la humanidad*, y se puntualizó que las consecuencias prácticas de su descubrimiento *cambiarán la medicina para siempre*, otorgando *un nuevo poder para curar* especialmente en el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades como el Alzheimer, el Parkinson, la diabetes y el cáncer.

No obstante, se coincidió en subrayar que como todos los descubrimientos científicos, conlleva peligros y riesgos, por esto se puso el acento en la *responsabilidad de usar sabiamente este descubrimiento, para el bien común de la humanidad en todos los países*.

La reunión culminó puntualizándose que el Proyecto no ha hecho sino *comenzar*, en este sentido se dijo que "ahora empieza la fase más divertida del proyecto. Ya tenemos el orden de todos los elementos del código genético y ahora se trata de averiguar qué significan".

VIII. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL GENOMA HUMANO

Es un lugar común resaltar la vinculación cada vez más estrecha entre los avances y aplicaciones de las Ciencias Biomédicas y los derechos de los individuos, presentándose esta relación *con frecuencia* como una intensa tensión dialéctica.

Por ello creemos importante puntualizar los principales problemas y dilemas que en lo jurídico plantea el descubrimiento del genoma humano y delinear algunos principios o pautas rectores que deberían ser tenidos en cuenta por el Derecho a los fines de garantizar la efectiva vigencia de los derechos del hombre.

1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral

El respeto a la vida es el fundamento de los demás derechos del hombre. Todas las Declaraciones de Derechos Humanos llevan impreso en su articulado la esencialidad de este derecho.

No se trata de negar valor a la terapia genética. Por el contrario somos conscientes que los intentos de corregir radicalmente las taras hereditarias, de suyo no pueden ser más que beneficios para el hombre.

Pero esos beneficios deben contrastarse y limitarse con los riesgos que tales intervenciones pueden implicar.

Las intervenciones en el genoma humano por medio del ADN recombinante, por su potencialidad modificadora de ciertas características biológicas de los individuos o, incluso, de las estirpes intervenidas ponen en evidencia un peligro importante al derecho a la integridad física y moral de la persona.

En este panorama se abre también otra puerta que apunta a un problema todavía indefinido: la eugenesia. La tentación eugenésica, aunque con intermitencias, ha sido una constante en la historia de la humanidad, no sería por consiguiente un problema nuevo. Sin embargo, el descubrimiento del mapa genético del hombre ha renovado este dilema. Los análisis genéticos preconceptivos, preimplantatorios y prenatales son un instrumental precioso que aporta la ciencia, pero que pueden ser utilizados a favor de estas corrientes e intentos por mejorar la especie humana.

El hombre de derecho deberá procurar impedir que la ciencia se ponga al servicio de la eugenesia.

2. Comienzo de la vida humana

El reciente descubrimiento del mapa genético humano ha demostrado inequívocamente que en el momento de la fecundación del óvulo con el espermatozoide surge *un ser humano con todo el genoma completo*.

En otras palabras, ha quedado demostrado que desde el momento mismo de su concepción, la primera célula del ser humano contiene ya completo el genoma que informará su desarrollo posterior y nada más se añadirá a la cadena genética durante el resto de su vida.

En consecuencia, el hallazgo exige asumir que si el Derecho tiene por objeto primordial y esencial el respeto y la protección del ser humano, habrá de tutelarlo desde el primer momento[17], porque la vida humana y la propia persona empieza desde la fecundación y no hay discontinuidad después, sino un proceso del mismo ser.

De este modo, si la ciencia del Derecho quiere ser consecuente con sus predicamentos y finalidades debería irremediablemente prohibir toda posibilidad de aborto[18].

---

17. Como lo hizo el sabio codificador argentino don VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, estableciendo en el artículo 70 del Código Civil que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas".

18. Opinión sustentada por HIRUELA, Pilar que el profesor MOISSET DE ESPANÉS matiza sosteniendo que hay casos de excepción en los que puede admitirse el aborto.

3. Dignidad de la persona

El hombre no es un objeto, una cosa o un medio instrumental para conseguir determinadas metas, por lo tanto no puede ser tratado de esa manera en el laboratorio, ni en los proyectos de investigación.

En consecuencia, el derecho debe propender al respeto del ser humano, tanto en cuanto persona, como por su pertenencia a la especie humana, cualesquiera sean sus características genéticas.

Así deberá dejarse de lado todo determinismo genético y tomar al hombre como un verdadero sujeto con dignidad tutelable.

4. Derecho a la intimidad

La lectura del genoma humano conlleva el peligro de utilizar indiscriminadamente sus resultados ofendiendo así el derecho a la intimidad de las personas.

En efecto, aun cuando el análisis del genotipo humano proporcionará una valiosa información que hará posible predecir enfermedades que la persona podría padecer en un futuro; llevar a cabo un seguimiento del tratamiento de una patología; relacionar diagnóstico y pronóstico con ciertos marcadores genéticos, etc., la difusión indiscriminada de los datos genéticos a terceras personas o entidades podría suponer un grave atentado a la intimidad y poner en peligro expectativas de la persona afectada, condicionando delicadas decisiones en diversos ámbitos (familiar, educativo, de salud, de seguros, etc.).

Un uso indebido de esa información genética puede tener consecuencias irreversibles, de ahí que la efectividad del derecho a la intimidad requiera inexcusablemente de garantías complementarias.

Es decir este riesgo ha de ser conjurado previamente mediante controles y disposiciones legales.

En prieta síntesis puede sostenerse que la información sobre el genoma humano en vinculación con el derecho a la intimidad plantea tres cuestiones fundamentales, a saber: a) La obtención y recogida de los datos; b) La conservación de tales conocimientos y c) La utilización de los mismos.

Con relación a la recogida de los datos, tal tarea debe necesariamente ser efectuada con previo consentimiento libre y voluntario del interesado, debiendo regularse con rigurosidad las condiciones y recaudos para que dicho consentimiento sea un acto válido.

Por de pronto, creemos que resulta indispensable como condición previa al consentimiento que el sujeto haya sido debidamente informado sobre el alcance y tratamiento de los datos obtenidos.

Igualmente, para su validez, consideramos que el consentimiento debe resultar expreso e indubitable, rigiendo una pauta hermenéutica restrictiva en los supuestos de duda sobre su existencia. Ello así, no sería viable un consentimiento tácito o presumido.

En orden a la conservación de los datos genéticos, la primera de las tareas que debe proponerse el legislador radica en determinar con precisión cuál será el soporte que ha de utilizarse para almacenar tan sensible información.

Sobre el particular se ha dicho *con acierto* que el más vulnerable de los soportes a utilizar es sin dudas el soporte informático (ordenadores, CD, etc.) dado el fácil acceso al

mismo que cualquier persona puede tener desde otro ordenador y la correlativa dificultad de identificarla y controlarla.

Atañe también a la conservación de los datos la cuestión relativa a su seguridad.

En cuanto al uso de los datos genéticos, aparte de distinguirse entre usos lícitos (*vgr*. para prevenir enfermedades, para procurar la cura, para identificación de criminales, etc.) e ilícitos (*vgr*. como instrumento de discriminación, con finalidades racistas o eugenésicas, etc.) deben elaborarse y sancionarse normativas que tiendan a la prevención y represión de los usos ilícitos de los datos. Y sobre este punto, creemos que resulta más importante la prevención jurídica que la punición, desde que por gravosa que sea la sanción el daño efectuado sólo podrá ser reparado parcialmente y nunca en su integridad por medios económicos.

Por otro costado, convendría también distinguir entre la difusión de la información en el ámbito familiar y la difusión de la misma información genética a entidades corporativas o terceros extraños. En el primer caso, encontramos situaciones en las que podría prevalecer el derecho de los familiares a conocer datos genéticos de un individuo afectado por alguna enfermedad genética, con el objeto de evitar peligros y adoptar medidas responsables. Cuestiones justificantes que -en principio- no se presentarían en el segundo de los ámbitos señalados. En efecto, la adquisición de datos genéticos fuera del contexto familiar puede llevar a la estigmatización y discriminación de los individuos por motivos biológicos.

Resta finalmente referirnos a un derecho de la persona humana que guarda íntima vinculación con el derecho a la intimidad, cual es el *derecho a no conocer*[19], en virtud del cual no se puede obligar a un individuo a conocer datos sobre predisposiciones a enfermedades futuras que no tengan curación, desde que una solución distinta podría colocarlo en una situación crítica de impotencia que influyese decisivamente de modo negativo en el modo de vida del sujeto. Por lo tanto, consideramos que este derecho debe ser también consagrado por el legislador en oportunidad de regular el derecho a la intimidad frente al descubrimiento del genoma humano.

La tutela y garantía de este derecho impedirían que se hiciere obligatorio imponer coercitivamente o condicionar ciertas relaciones y prestaciones a un sometimiento a pruebas biogenéticas. La libertad y la intimidad de las personas, su derecho individual a la autodeterminación de la información personal, aparecen así como los objetos deseados sobre los que debe procurarse una protección efectiva.

El jurista es quien debe trazar, en el marco del derecho a la intimidad, los límites que protejan al individuo frente al conocimiento de su genoma por terceros.

Es cierto que si la persona se encuentra enferma, para su tratamiento y curación puede resultar indispensable al médico que se haga el estudio de la cartilla genética; pero el sujeto tiene derecho a exigir que no se difunda, que sólo conozca esos datos quien debe tratarla, y que el secreto médico ponga un límite a la divulgación de su cartilla genética, aunque ese límite no sea absoluto, pues parece justificado que el investigador penal pueda acceder a su conocimiento.

---

19. Sobre el tema puede consultarse el interesante artículo del Prof. Dr. TAUPITZ, Jochen, "El Derecho a no saber en la legislación alemana", publicado en *Revista de Derecho y Genoma Humano* nº 8, Fundación BBVA, España 1998, pp. 105 a 115.

Se trata de un problema común a todos los bancos de datos; la información genética no puede usarse por cualquiera, ni con cualquier fin, porque se afectaría el derecho a la intimidad; pero no puede negarse esa información si fuese indispensable para salvar un inocente, o para condenar a un culpable que realmente ha cometido un ilícito.

Adviértase que la plantilla genética, fijada en el ser humano desde el momento de la concepción, permite individualizarlo con mucha precisión; corresponde a él, y no a otro. Todas y cada una de nuestras células tienen la misma plantilla genética.

Es cierto que el derecho a la intimidad permite reclamar protección contra la pretensión de los demás de conocer nuestro genoma, pero ese derecho a la intimidad no puede levantar una valla insalvable a la investigación cuando se trata de determinar la autoría de un delito. En esos casos entran en juego intereses superiores, que pueden permitir avanzar frente al derecho a la intimidad para conocer la plantilla genética de una persona y establecer si es o no es el delincuente. El derecho, en tales hipótesis, atenderá al interés superior de la sociedad y permitirá que se requiera la información genética.

5. Culpabilidad

Otro de los problemas que nos planteamos los juristas frente a la determinación de las características genéticas, es saber si esa formación genética puede crear un condicionamiento que incline al sujeto hacia ciertas conductas delictivas.

En algunos sectores de las ciencias penales se ha operado una especie de renacimiento de las doctrinas de Lombroso, es decir, la creencia de que algunos individuos tienen determinadas características genéticas que provocan una inclinación al delito. Aquello que Lombroso fundamentaba en la *facie* ahora sería determinable por el conocimiento del genoma, si es que dentro de los genes que posee un individuo hay características que puedan inclinar al delito.

Se han encontrado así anomalías en el cromosoma del sexo, donde en lugar del par XX (mujer), o el XY (varón), aparecen trisonomías (dos XY o dos YX).

Supongamos que la trisomía del cromosoma sexual, con la presencia de dos Y, junto a una X, produjera un exceso de virilidad; o en el caso de los *gay*, si se llegase a determinar la existencia de un factor que condicionase por vía genética ese tipo de sexualidad, evidentemente no podríamos sostener que la conducta de esos sujetos es fruto de una ilicitud, sino que tendríamos que afirmar: es consecuencia del genoma que poseen, y eso estaría eliminando el factor de culpabilidad.

En nuestra sociedad, desde el episodio que relata la Biblia de la destrucción de Sodoma, a los sodomitas siempre les hemos cargado la culpa, como si sus hábitos fueran consecuencia de una mala conducta, pero si la homosexualidad tiene características genéticas, ya sea transmitidas por herencia o consecuencias de una anomalía que provoca una inclinación a esa conducta, resulta forzoso revisar los conceptos y eliminar la atribución de *culpabilidad*.

Adviértase, sin embargo, que el pensamiento más generalizado entre los penalistas, expresado ya en la reunión de Bilbao, es contraria al determinismo genético; estiman que sigue prevaleciendo la voluntad para determinar la conducta, por sobre las inclinaciones que fijaría lo heredado genéticamente. Entienden que es más un problema de educación que de la constitución biológica del ser.

El tema, de singular importancia, ha determinado que la Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto organizara un Seminario sobre las características biológicas de la persona y su influencia en la personalidad y delincuencia, el cual se celebró en Bilbao los días 9 y 10 de noviembre de 2001.

El Módulo II del mencionado Seminario trató especialmente las *Implicaciones biológicas en la determinación de la responsabilidad penal* y produjo un dictamen con nueve conclusiones[20], entre las cuales, luego de reconocer que los estudios del genoma han provocado un resurgimiento de las teorías biologísticas de la delincuencia, se insiste en que, sin embargo, estas nuevas teorías no son deterministas[21].

Esta es la conclusión que prevalece; pero, sin embargo, el avance científico ha redespertado en algunos grupos de pensadores la idea de que puede resultar necesario revisar totalmente el concepto de culpabilidad a tenor de lo que establezca la cartilla genética del individuo.

6. Manipulación genética y derecho penal

Para seguir refiriéndonos a los problemas que suscita el conocimiento y manejo del Genoma Humano en el campo del derecho penal nos ocuparemos de los límites que debe imponerse a la manipulación genética.

Los propios médicos, los propios biólogos, los propios genetistas, apelan al jurista y le reclaman pautas de conducta que guíen sus trabajos de investigación, porque sienten el temor de que las manipulaciones genéticas puedan producir alteraciones dañosas e irreparables sobre el genoma, que es un legado de la humanidad.

Se ha sostenido entonces que las manipulaciones genéticas deben admitirse solamente cuando tengan por objeto preservar la salud del individuo, pero sin introducir mutaciones en las células germinales, de manera que no se altere el patrimonio genético de la humanidad, que se transmite por herencia a nuestros sucesores. Los científicos, temerosos de las consecuencias nocivas que la manipulación del genoma humano puede acarrear a las generaciones futuras, nos reclaman a los juristas que proyectemos leyes que prohíban manipular esa parte genética germinativa, y que se sancione gravemente a quien viole esa prohibición.

Los propios científicos piensan que el límite a la actividad de ingeniería genética debe estar reforzado por sanciones penales.

7. El conocimiento del genoma y las relaciones laborales

El conocimiento del genoma podía influir en el campo laboral porque los patrones, en parte con razón, desearán conocer la plantilla genética del futuro empleado u obrero, porque si en ella se advierte la posibilidad de la aparición de determinado tipo de enfermedades no resultaría conveniente someterlo a esfuerzos que puedan desencadenar

---

20. *V. Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 15, Fundación BBVA, España 2001, p. 212.

21. *Revista y lugar cit.* en nota anterior: "2.- No obstante debe ponerse de relieve que estas nuevas teorías no son deterministas. Es decir los patrones biológicos no determinan hechos delictivos, sino que interaccionan con otras variables y con el medio ambiente. 3.- No existen, pues efectos directos de factores biológicos en la delincuencia. Son siempre indirectos".

esa enfermedad o se conviertan luego en causa de un accidente que deba ser indemnizado[22].

No se trata solamente de evitar el pago de una indemnización, sino del hecho de no someter al obrero a una actividad que lo va a perjudicar.

Sala Franco advierte que el propio trabajador puede estar interesado en conocer su genoma, para orientar su actividad profesional aprovechando sus aptitudes genéticas y evitando enfermedades tendenciales[23]. Por eso en las relaciones laborales resulta un problema delicado establecer dentro de qué límites puede admitirse que la patronal solicite el conocimiento anticipado de la plantilla genética del futuro empleado.

Los conflictos se plantean a la hora de decidir si es lícito exigir al trabajador que proporcione al empresario información sobre su genoma, pues esa información puede ser utilizada de manera discriminatoria. El profesor Malem afirma que en el mundo laboral "la posibilidad de discriminar a trabajadores en virtud de su constitución biológica ha dejado de ser un punto especulativo para convertirse en dramática realidad"[24].

Es un punto que debe analizarse cuidadosamente.

En efecto, dejar esta situación al libre criterio de las partes (patrón y empleado) es no tener en cuenta la falta de equilibrio que existe en esta clase de relaciones, por lo cual sería una irresponsabilidad del Estado el no prever la situación, más aún en épocas *como la actual* de creciente desempleo masivo.

Por lo tanto creemos que es necesario tener una especial precaución sobre esta problemática dado que la realización indiscriminada de estas pruebas genéticas puede tener como consecuencia que a determinados trabajadores se les haga completamente imposible conseguir un trabajo con las graves consecuencias que acarreará para él y su grupo familiar.

Sobre el particular, habrá de establecerse que los análisis genéticos sólo podrán ser realizados con la existencia de un permiso explícito y libre por parte del trabajador, y que los médicos que realicen la prueba deben proteger su intimidad biológica bajo el secreto médico.

Asimismo creemos que la obligación del demandante de empleo de revelar información de este tipo, sólo será justificada sobre aquellos hechos en los cuales el empleador pueda tener un interés razonable y justificado en el marco de la relación laboral de que se trate. Desde esta óptica, es evidente que en algunos casos será vital saber si el aspirante al empleo tiene alguna enfermedad que lo imposibilite, en algún sentido o grado para realizar el trabajo encomendado; esta circunstancia estará enraizada en el requisito de idoneidad, pero una predisposición que no transforme al trabajador en inidóneo tornaría arbitraria cualquier discriminación sobre la base de ese rasgo genético.

Por ello, entendemos conveniente que el equipo médico que lleve adelante las pruebas genéticas, sólo manifieste al empleador la condición de aptitud y adecuación del aspi-

---

22. En realidad en el momento actual el análisis del genoma proporciona escasa información de verdadera relevancia en materia de relaciones laborales. *Cf.,* SALA FRANCO, Tomás, "El proyecto del genoma y las relaciones laborales", *Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 2, p. 147.

23. Trabajo citado en nota anterior, p. 148.

24. MALEM SEÑA, Jorge M., "Privacidad y mapa genético", *Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 2, p. 140. Recuerda allí que "la discriminación sufrida por quienes son identificados como portadores del gen de la anemia de células falciformes es bien conocida"

rante a la tarea específica, evitando hacer público el motivo que debe quedar en conocimiento tan solo del trabajador (si quiere saber), y eventualmente de su grupo familiar.

8. Genoma y contrato de seguro

De manera paralela vemos que el deseo de conocer la plantilla genética de los posibles *clientes* ya se ha presentado en las compañías de seguros, que tienen interés en que se les proporcionen por anticipado los datos genéticos de los asegurados para establecer las primas o, incluso, negar el seguro.

Este es otro punto donde advertimos una inflexión de los progresos científicos en el campo de lo jurídico.

Sobre la cuestión cuadra recordar que la manifestación de una predisposición genética a una enfermedad en un futuro indeterminado es un aleas, y por lo tanto cubrirlo es la función propia de los seguros de vida. En consecuencia, consideramos que la compañía de seguros no podría invocar derecho alguno a que el tomador de la póliza se sometiera a determinadas pruebas para determinar sus caracteres genéticos.

9. Patentabilidad del genoma

Uno de los debates más arduos que plantea el descubrimiento de la plantilla genética humana se vincula con la posibilidad de admitir el patentamiento de los descubrimientos.

En los primeros años las reuniones de los genetistas, vinculadas con el genoma humano, habían sido muy pacíficas; todos estaban de acuerdo sobre la necesidad de colaboración y que cada grupo comunicase a los demás los avances que se obtenían, para que unos y otros gozasen de un conocimiento total y no hubiese superposición en los esfuerzos.

Pero ya en el año 1991 un científico norteamericano, Craig Vanter, intentó patentar 337 genes humanos y en 1992, dada la celeridad con que avanzaron las investigaciones sobre el genoma, se presentaron 2.375 genes para su patentamiento[25]. Aun cuando no existen datos precisos sobre el incremento de tales cifras en la actualidad, lo cierto es que de un análisis rápido de la jurisprudencia norteamericana y europea sobre la cuestión, puede aseverarse -sin hesitación- que el aumento ha sido considerable, exigiendo una urgente respuesta por parte del Derecho que fije parámetros objetivos y rigurosos para el futuro patentamiento de nuevos descubrimientos genéticos.

Si bien las patentes sobre genes de especies vegetales o animales han sido aceptadas, el patentamiento del genoma humano provoca rechazo en la comunidad científica y jurídica toda. Y varias razones concurren para justificar tal abierta oposición.

En primer lugar, se ha considerado *con acierto a nuestro criterio* que, tal como lo establece la Declaración de la UNESCO, los genes humanos son patrimonio inaprehensi-

25. Adviértase que antes de tal fecha, según una investigación llevada a cabo por THOMAS y sus colaboradores, entre 1981 y 1985 ya se habían concedido 1175 patentes para secuencias de ADN humano en el mundo (THOMAS, S.M., DAVIES, R.W., BIRTWISTLES, N.J., CORTWTHER, S.M,. BURKE, J.F, "Ownership of the Human Genome", *Nature*, vol. 380, 4 abril, 1996, p. 387.

ble de toda la humanidad. En otras palabras, el cuerpo humano y sus partes no son susceptibles de apropiación ni transacción económica alguna; es una *res extracommercium*. Por lo tanto, no resultaría viable autorizar a un determinado laboratorio la explotación exclusiva de secuencias de la composición genética humana.

Por otro costado, en lo tocante a material genético humano no se observan los parámetros objetivos exigidos por el derecho de propiedad industrial. En efecto, en su devenir legal y jurisprudencial, esta rama del derecho llegó a elaborar un elenco de recaudos objetivos que deben *necesariamente* ser observados por quien aspire ser tutelado por una patente de invención.

Tales requisitos son: la novedad, la no obviedad[26], la aplicación industrial[27] y *esencialmente* la necesidad de que consista en un invento y no en un mero descubrimiento.

Por estas razones un estudioso del problema del patentamiento de los genes humanos, Salvador Darío Bergel, ha advertido que aunque se lo admita, es menester ponerle límites precisos, estableciendo con precisión las fronteras que existen entre descubrimiento e invención[28].

En primer lugar, consideramos que aquí no hay invención patentable y que el solo procedimiento de determinación del gen, de la secuenciación que permite individualizarlo, no es bastante para justificar una patente que impida a los demás averiguar y conocer cuáles son los genes, dónde se encuentran ubicados, y cuál es su función.

Se advierte fácilmente la importancia que puede alcanzar el patentamiento del ADN por las consecuencias económicas. Basta pensar que si un determinado trozo de ADN contiene, por ejemplo, los genes de la lactosa humana y puede implantarse en los vacunos, como se afirma que lo han logrado científicos holandeses, quien dispusiera de la protección de una patente por un número amplio de años, obtendría importantes ventajas económicas, porque sería el único que suministraría animales dotados con las características de ese gen humano incorporado al genoma animal.

La discusión no ha acabado; es un punto en el que no hay consenso. La comunidad de intereses entre los científicos ha entrado en crisis con esta posibilidad de patentamiento de los genes humanos. Quienes se oponen señalan que, además, en los trozos de ADN que se han secuenciado determinando la existencia de un cierto gen, aparecen tramos de sustancia donde no está el gen, a los que lo denominan *basura* porque no saben cuál es la función que tienen. Es decir que, además del gen existe el resto de la cadena de ADN donde está implantado ese gen, y se desconoce en absoluto qué función cumple ese tramo. Incluso en algunos de los genes que se patentan se sabe que ese gen tiene determinada estructura, pero todavía no se conoce cuál es la función que cumple dentro del organismo.

En esas condiciones resulta inadmisible la patentabilidad de los genes.

Es cierto que estos límites pueden ser superados cuando se llegue a conocer la función que cumple el gen y si la denominada *basura* del ADN tiene o no funciones paralelas, y cuáles son esas funciones.

---

26. Que atañe al mérito o altura inventiva.
27. Comprensivo de un sentido amplio de industria.
28. BERGEL, Salvador Darío, "Patentamiento de genes y secuencias de genes" en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 8, 1998, p. 57.

Sin embargo, aunque en el futuro se alcancen estos conocimientos, siempre resultará válida la pregunta: ¿podríamos admitir que se patente la plantilla genética, que es patrimonio de la humanidad? Esta es la pregunta básica que debemos responder.

Lamentablemente hay políticas de estado favorables a conceder patentes sobre el conocimiento científico en diversos campos, como una forma de alcanzar el predominio y someter a los demás países que quedan privados de esos conocimientos[29]; y el material genético se ha convertido en materia prima esencial para la *industria genómica*[30]. Esta forma de proceder nos parece inaceptable.

Quienes defienden el patentamiento afirman que esas patentes tienen un límite temporal y que con los beneficios económicos que se obtienen se costean las investigaciones, lo que en definitiva redunda en un avance más rápido de los conocimientos.

No estamos de acuerdo con este tipo de razonamiento, esencialmente falso, con el que se cubre el afán de poder y la avaricia que suelen impulsar a quienes por la vía del patentamiento pretenden obtener un monopolio del conocimiento, excluyendo al resto de los avances que se realizan en la investigación del genoma. Bien dice Bergel que en el camino de la ciencia los descubrimientos y los avances se consolidaron sobre inventos o descubrimientos anteriores[31]. Esa evolución no puede ni debe ser detenida o cercenada arbitrariamente.

Frente al avance desmedido que se observa en materia de patentamiento de genes humanos es necesario una reacción legislativo, que haciéndose eco de los reclamos de científicos y académicos, ponga límites a los intentos de crear en este campo una explotación monopólica que perjudica tanto a la investigación, como a toda la sociedad, cuyos miembros se ven privados de los beneficios que debería reportarles el progreso científico.

10. Protección del medio ambiente

De forma paralela debe abordarse el análisis jurídico de la protección del ambiente (bioseguridad), que también puede verse afectado por las manipulaciones genéticas sobre los seres vivos, sean éstos humanos o no humanos.

Desde esta perspectiva, el Derecho deberá procurar la protección de la biodiversidad y controlar la utilización confinada de microorganismos manipulados genéticamente.

IX. PALABRAS FINALES

Genoma y Derecho son conceptos que necesariamente deben ser entendidos en conexión e íntima vinculación ya que el ordenamiento jurídico debe cumplir su función de control y organización social.

---

29. BERGEL, Salvador Darío, "Patentamiento de material genético humano: implicaciones éticas y jurídicas", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 15, 2001, p. 56.
30. Autor y trabajo citados en nota anterior, p. 57.
31. Autor y trabajo citados en nota 29, p. 59.

En principio las aplicaciones biomédicas de las nuevas tecnologías no suelen plantear el problema de ser *per se* ilícitas, sino que el dilema se presenta en la determinación de los límites de su licitud.

Ante tales avances de la ciencia de la biología y la medicina, el operador del derecho se debate entre una actitud no intervencionista que propugna dejar al mundo de la investigación libre de toda restricción permitiendo que los estudios se efectúen en un área exenta de controles y limitaciones, y una postura conservadora y controladora emergente de la preocupación social por los riesgos y peligros que plantean los nuevos descubrimientos.

Estamos convencidos que el Derecho debe estar atento a los cambios científicos y ser precavido en el control de sus riesgos potenciales.

Debe necesariamente, regular estos avances actuando como elemento de racionalización y garantía de los derechos de las personas. Empero, ello no debe significar que se transforme en un obstáculo de la innovación y del avance de la ciencia.

Por lo tanto, habrá de encontrarse el punto medio de equilibrio en el cual se garantice y tutele a la persona sin impedir que el mundo científico pueda seguir procurando beneficios para una mejor calidad de vida de las personas.

2. *Principio de igualdad*

§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD

Miguel Carbonell
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este breve ensayo es aportar algunas claves conceptuales para la comprensión de un principio complejo como lo es el de igualdad, que ha jugado en el pasado, está jugando en el presente y está llamado a jugar en el futuro, un papel central en los modernos Estados constitucionales.

A partir del análisis de esas claves conceptuales se intentarán delimitar otras tantas manifestaciones constitucionales del principio; de ese modo, se hará un rápido repaso por la igualdad entre las personas, la igualdad entre el hombre y la mujer, la igualdad como no discriminación y la igualdad sustancial (también llamada igualdad material). Los conceptos que se acaban de mencionar marcan una especie de ruta evolutiva del principio de igualdad, que se ha ido recogiendo y desarrollando en los textos de las constituciones a partir de todos ellos.

Finalmente, me detendré en un comentario también breve sobre dos cuestiones que tienen que ver con la aplicación del principio de igualdad y que están generando, desde distintos puntos de vista, debates importantes dentro de la teoría y la práctica constitucionales; me refiero a las cuotas electorales por razón de género, por un lado, y a los efectos del control de constitucionalidad de las leyes mediante la aplicación de la prohibición de discriminar, por otro.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS SIGNIFICADOS

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci (1992, pp. 85-87)[1]:

a. Un primer nivel es el lógico-lingüístico. En este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta *¿igualdad en qué sentido?*. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad, de determinar sus usos lingüísticos.

b. El segundo nivel es el filosófico-político. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: *¿porqué igualdad?* y *¿qué igualdad?*. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a

1. Un análisis muy completo y detallado, en el que se apoya también COMANDUCCI, se puede ver en WESTEN, 1990.

proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para poder llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que existen.

En este segundo nivel, Ronald Dworkin ha distinguido la *igualdad económica* de la *igualdad política* (1993, pp. 478 y ss.). La igualdad económica, de acuerdo con el mismo autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abunda más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación política (o en el derecho a ella), entonces habrá que determinar -desde el punto de vista político- el significado de esa igualdad (Bovero, 2000, p. 14). En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas -o la amplia mayoría de ellas- que pertenecen a una comunidad pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular. A esa inicial definición se le debe añadir el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de "una cuota igual... de participación en el proceso político decisional", como consecuencia del reconocimiento de que "los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de *todos* los individuos considerados... tienen una *igual dignidad*" (Bovero, 2000, p. 16).

c. El tercer nivel es el jurídico, que es sobre el que se va a centrar la exposición de las páginas siguientes. Se trata de contestar a la pregunta de *¿cómo lograr la igualdad?*. Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales, desde un punto de vista de dogmática constitucional no tenemos la necesidad de justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo . La soluciones seguidas en este punto por los ordenamientos constitucionales pasan por el establecimiento de cláusulas de no discriminación, enumerando una serie de criterios sobre la base de los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre las personas; entre esos criterios se suele encontrar la raza, el sexo, la religión, la orientación sexual, etcétera . Una variante de lo anterior es la prohibición de expedir leyes particulares, leyes de caso único o dirigidas a alguna persona en particular, pues, entre otras cuestiones, dichas leyes tienen un potencial discriminatorio mucho más intenso que las leyes generales.

La igualdad desde el punto de vista jurídico no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, sino que sirve también para vincular la conducta de los demás poderes públicos e incluso, en ciertos aspectos y bajo algunas condiciones, de los particulares.

Por ejemplo, una forma de vinculación del poder judicial al principio de igualdad se da a través de la creación de un sistema de precedentes obligatorios (en México la

llamada jurisprudencia), por medio de los cuales se obliga a los jueces inferiores a decidir casos que sean sustancialmente iguales o parecidos a otros resueltos con anterioridad tomando en cuenta las razones consideradas en los primeros en el tiempo. Igualmente, el reconocimiento del principio de igualdad a nivel constitucional puede suponer, o supone de hecho, una limitación a la arbitrariedad y a la discrecionalidad del poder ejecutivo, que no podrá imponer o tendrá que justificar el otorgamiento de un trato desigual otorgado a dos o más particulares que se encuentren sustancialmente en una posición parecida o similar frente a la administración.

Por lo que hace a los particulares, la igualdad puede tener consecuencias en las relaciones entre ellos regidas por el derecho laboral o por el derecho civil. En el derecho laboral, por ejemplo, se suele prohibir la distinción entre hombres y mujeres al momento de determinar el sueldo que corresponde a un mismo puesto de trabajo. En el derecho civil el mandato de igualdad no permite que las mujeres casadas puedan ver limitados sus derechos por su cónyuge, por ejemplo en el sentido de que deban de requerir autorización para interponer una acción judicial o para abrir una cuenta bancaria (ninguno de los dos ejemplos es ficticio, por cierto).

En un sentido sustancial, el principio de igualdad puede suponer -si está recogido en un texto de rango constitucional- la posibilidad de articular tratamientos jurídicos desiguales para alcanzar una igualdad en los hechos (Prieto, 2000). Como modelos de preceptos constitucionales que consagran la igualdad sustancial pueden tomarse la Constitución española de 1978 (artículo 9.2) o la italiana de 1947 (artículo 3 párrafo segundo).

Para el moderno derecho constitucional el principio de igualdad ha desempeñado un papel central. Su impacto sobre los ordenamientos constitucionales de muchos países democráticos ha sido muy importante. Mediante el principio de igualdad en sentido formal -que implica que todas las personas que se encuentren en la misma situación deben ser tratadas de la misma manera- se pueden someter a escrutinio constitucional casi todas las leyes y casi todos los actos gubernativos. Por otro lado, la igualdad puede servir para reforzar el disfrute de otros derechos constitucionalmente reconocidos (Rosenfeld, 1996); entre ellos el derecho a la salud o el derecho a la vivienda, tal como se explica en capítulos posteriores. La igualdad en sentido sustancial se ha utilizado como fundamento para la realización de tratamientos igualitarios más allá de los textos legales, a través de la implementación de políticas públicas sustantivas; también ha servido para justificar acciones positivas previstas legislativamente, entre otras cuestiones.

III. LA IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN

Una de las formas típicas a través de las que se protege la igualdad en los Estados constitucionales es el establecimiento de una prohibición para el legislador de discriminar. Dicha cláusula anti-discriminatoria se suele acompañar de un catálogo de criterios que, normalmente de forma enunciativa y no limitativamente, ayudan a identificar las situaciones más obvias que generan discriminación.

Frente al poder legislativo, por ejemplo, ese tipo de normas suponen un *límite material* a la legislación en la medida en que el texto constitucional está vinculando -en el caso concreto, restringiendo- el contenido posible de las leyes: no será admisible

constitucionalmente una ley que utilice uno de los criterios enumerados o algún otro que genere situaciones de discriminación (Guastini, 2000; en general Alexy, 1993, pp. 381 y ss., y Jiménez Campo, 1983, pp. 71-114).

Para algunos autores, de los mandatos de no discriminación contenidos en diversos textos constitucionales se desprende: a) la prohibición de *discriminaciones directas*, es decir, la invalidez de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial, sin que se encuentre razonablemente justificado; b) la prohibición de *discriminaciones indirectas*, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros que sin embargo, por la desigual situación fáctica de los sujetos afectados (por ejemplo hombres y mujeres), generan consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre algunos de ellos; y c) mandatos de *acciones positivas*, las cuales se definen como "el conjunto de actuaciones o productos primarios de una política pública de promoción de la igualdad sustancial" (Rey Martínez, 1995, pp. 67 y ss., 2000, pp. 47-48; Alemany, 1999, p. 96).

Por otro lado, parece lógico afirmar que la igualdad prevista en muchos textos constitucionales no se debe ni se puede, entender como simetría absoluta -o mejor, como identidad-. Más bien se trata de prohibir, por ejemplo, que el legislador introduzca en las leyes distinciones *no razonables* o, dicho de otra forma, que haga distinciones justificables cuando sea necesario -apoyadas en argumentos- y no discriminaciones. Esto permitiría hacer realidad la máxima de que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, ya expresada por Aristóteles en *La Política* cuando afirmaba lo siguiente: "Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales".

Evidentemente, la razonabilidad de las diferencias que se establezcan en las leyes o en otras normas jurídicas deberá ser precisada, caso por caso, por el poder judicial y, en última instancia, por el juez constitucional. Riccardo Guastini (2000, p. 241) apunta, en tono crítico y con todo acierto, que el análisis del principio de igualdad a través de los argumentos de la *razonabilidad* constituye un instrumento muy poderoso en manos de los tribunales constitucionales "para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador" (ver también las observaciones de Prieto, 1997, pp. 38-41). Pero esto, criticable o no, quizá no puede ser de otra forma en la medida en que, como afirma Rubio Llorente,

> …la igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los 'términos de la comparación', entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal , pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad" (Rubio Llorente, 1993, p. 640) [2]. Desde una óptica semejante a la expresada

2. *V.*, también las prevenciones del propio RUBIO con respecto a las *razones* que frente al legislador pueden oponer los jueces constitucionales, en la misma obra, pp. 658-661; ALEXY, 1993, p. 388. PRIETO, Luis, ha señalado, con su habitual claridad, el cambio que para la teoría de la interpretación supone el principio de igualdad: "...en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional; el juicio de razonabilidad es siempre un juicio valorativo, referido conjuntamente a las igualdades y a las desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Ambas consideraciones son

por Rubio Llorente, aunque partiendo de una metodología distinta, Amartya K. Sen ha destacado el hecho de que el estudio sobre la igualdad debe tener presentes dos cuestiones esenciales: a) la básica heterogeneidad de los humanos y b) la multiplicidad variable con que se puede juzgar la igualdad. Con respecto a lo primero, el mismo autor afirma que "Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no sólo por las características externas, como el patrimonio heredado, o el medio ambiente natural y social en el que vivimos, sino también por nuestras características personales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales. La valoración de la igualdad tiene que ajustarse a la existencia omnipresente de esta diversidad humana (1999, p. 13).

La existencia del pluralismo en las sociedades actuales presupone la presencia de muy diversas concepciones del bien, lo cual a su vez puede conducir a que sea difícil lograr un consenso acerca de cuáles son las identidades o diferencias relevantes y que por ello deben ser permitidas y, al contrario, cuáles son las igualdades que deben ser impuestas o protegidas por el ordenamiento jurídico (Rosenfeld, 1996).

De lo apuntado por los autores citados se desprenden dos de las principales dificultades del estudio y análisis de la igualdad; por una parte, la dificultad de determinar los *sujetos relevantes* para realizar el juicio de igualdad (es decir, quién debe ser considerado igual o desigualmente tratado en comparación con qué otro sujeto), por otra el *objeto* o *alcance* (*domain*) de la igualdad (o sea, qué cosas o situaciones se pueden se pueden catalogar como iguales o desiguales). Estas dos dificultades hacen de la igualdad un concepto *singularmente elusivo* y lo mantienen sobre todo como un ideal (Rosenfeld, 1996, p. 162).

IV. LA IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ALGUNOS RASGOS GENERALES

En el derecho constitucional comparado son muy conocidas las cláusulas que tutelan, desde un punto de vista general, la igualdad. Los textos de corte más clásico se limitan a enunciar una norma sobre la igualdad entre hombres y mujeres, que ha sido tradicionalmente el criterio básico para afirmar dicho principio. Las constituciones más avanzadas suman a ese criterio algunos otros.

Así por ejemplo, el artículo 3.2 de la Constitución alemana de 1949 dispone que "Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad de derechos de hombres y mujeres y procurará suprimir las desventajas existentes". En otras Constituciones se encuentran prohibiciones generales de discriminación por razón de sexo; dentro de ellas encontramos el artículo 7.1 de la Ley Constitucional Federal austriaca de 1929 que dispone: "Todos los ciudadanos nacionales son iguales ante la ley. No se admitirán privilegios de nacimiento, sexo, posición, clase ni confesión"; la Constitución española de 1978 dispone en su artículo

---

inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance si no añadimos *para qué* o *en función de qué* regulación jurídica debe serlo... la igualdad actúa siempre a partir de desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas" (1997, pp. 39-40).

14, de forma más amplia, que "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

El Tribunal Constitucional español ha interpretado en reiteradas ocasiones el artículo 14 recién transcrito. Respecto a los alcances del principio de igualdad contenido en el artículo 14, el Tribunal afirma que dicho precepto no impide "tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal ni, mucho menos, que excluya la necesidad del establecimiento de un tratamiento desigual para supuestos de hecho que, en sí mismos, son desiguales y que tengan como misión contribuir precisamente al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que, en tales casos, el régimen jurídico diferenciado vendría exigido por el propio principio de igualdad y sería un instrumento ineludible para su efectividad" (Sentencia 84/1992).

En otro pronunciamiento, el Tribunal distingue entre igualdad *en la ley* e igualdad *en la aplicación de la ley*; la primera se viola "cuando la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad"; la segunda se vería vulnerada, en cambio, "cuando un órgano aplicador del Derecho -bien de la Administración, bien un órgano judicial- interpreta la norma pertinente en un determinado supuesto de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales" (Sentencia 73/1989).

Concretamente sobre la prohibición de discriminar por razón de sexo, el Tribunal afirma que dicha prohibición, "no sólo entraña la interdicción de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo" (Sentencia 19/1989).

De la mano de lo anterior, se puede afirmar que la igualdad, por ejemplo entre el hombre y la mujer, vale también en el ámbito de las relaciones entre particulares. Concretamente en el ámbito laboral, donde la mujer no podrá sufrir ninguna discriminación en su percepción salarial o en el resto de sus condiciones de trabajo. Al estar las disposiciones de este tipo contenidas en normas de rango constitucional, no pueden ser objeto de ninguna negociación o concesión entre trabajadores y patrones; como afirma Bilbao Ubillos, "la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería el resultado de la libre voluntad de las dos partes, no convierte en legítima una decisión que tiene un sentido claramente discriminatorio" (1997, p. 457). El mismo punto de vista mantiene el Tribunal Constitucional español cuando sostiene que "la aplicación de los derechos fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares debe hacerse matizadamente… pero de ello no puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad" (sentencia 241/1988).

V. LA IGUALDAD MATERIAL Y LAS CUOTAS ELECTORALES

Una de las vías que se han intentado transitar en varios Estados democráticos para revertir la desigualdad que existe en materia política entre hombres y mujeres ha sido la del establecimiento de cuotas electorales por razón de género. Se trata de la reserva establecida por la ley (o, en pocos casos, por la propia Constitución) de un porcentaje de puestos o candidaturas para cada unos de los géneros en los procesos electorales.

Las cuotas electorales son un tipo específico de *acciones afirmativas*, que son medidas que tienden a corregir, por medio de disposiciones legales o administrativas, una situación histórica de discriminación, infravaloración o sujeción; las acciones afirmativas han estado desde hace varios años en el centro del debate social y político en los Estados Unidos, a partir de interesantes pronunciamientos de su Corte Suprema[3], de importantes reformas legislativas y administrativas[4], así como del igualmente penetrante debate surgido a su alrededor[5].

Teniendo presentes estos datos, y puesto que el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal (Giorgis, 1999; ver sin embargo las limitaciones de la igualdad sustancial advertidas por Prieto, 2000, pp. 38 y ss.), quizá podría considerarse adecuada o incluso justa desde un punto de vista prescriptivo la posibilidad de introducir alguna especie de discriminación positiva a favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integrar los órganos directivos de los partidos políticos. Esto sucede ya en diversos países: de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos públicos representativos de los Estados respectivos[6]. Como señala Anne Phillips, las cuotas forman ya parte de la agenda política actual; de hecho, son un punto importante de desencuentro político (1999, p. 146).

La justificación de las cuotas electorales, de acuerdo con Alfonso Ruiz Miguel (1999, p. 48), procede de un doble género de razones: en cuanto al fin, "las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración"; por lo que hace al medio, de acuerdo con el mismo autor, las cuotas se justifican en tanto que facilitan "el acceso a puestos socialmente importantes (por lo que) puede(n) ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, sino de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión" (el análisis de otros argumentos sobre el tema se puede ver en Phillips, 1999).

Ferrajoli apunta que "puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de

---

3. Por ejemplo, el Caso *Bakke* de 1978 sobre acciones positivas en las universidades; el Caso *Johnson vs. Santa Clara Transportation Agency* sobre acciones positivas en materia de género.

4. La *Equal Pay Act* de 1963, o el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964, o la creación de la *Equal Employment Opportunity Commision*, por mencionar algunos ejemplos.

5. Para un primer acercamiento al tema, DWORKIN, 1984; el mismo autor ha reunido sus reflexiones sobre la igualdad en DWORKIN, 2000. Un resumen y ulteriores indicaciones bibliográficas sobre el tema en BECALLI, 1999.

6. *El País*, 9 de junio de 2000.

los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares" (1999, p. 89).

El mismo Ferrajoli (1999, p. 92) apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres (*garantías sexuadas*, las llama), lo siguiente:

> Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.

No todos los autores que han escrito sobre el tema se ponen de acuerdo en el porcentaje mínimo que se debería reservar a cada género, aunque parece haber un cierto predominio de quienes opinan que quizá un 30% sería una cuota adecuada.

¿Porqué se propone establecer un 30% y no directamente un 50% si lo que se quiere es asegurar una representación lo más proporcional posible al número total de miembros de cada género? La respuesta es que de lo que se trata es de buscar con las cuotas no una representación paritaria o equivalente con el porcentaje de población que corresponde a cada género, sino simplemente una representación que permita llevar los intereses y la voz de cada género a los puestos donde se toman las decisiones políticas importantes de cada comunidad, de tal forma que se pueda suponer razonablemente que sus intereses recibirán una atención adecuada; se trata pues de una *representación umbral*, un mínimo garantizador, que lo mismo puede aplicarse a las mujeres que a las minorías indígenas o lingüísticas (sobre este punto, Phillips, 1999, p. 163, quien se apoya en un trabajo de Kymlicka).

Iris Marion Young ha construido interesantes argumentos para demostrar que la representación de grupos desaventajados o vulnerables no asegura, por sí misma, una correcta defensa de los intereses de esos grupos. Para esta autora, el hecho de que se asegure un porcentaje de representación femenina no oculta que las mujeres que lleguen a ocupar esos asientos pueden ser todas de una misma clase social o tener prejuicios respecto a una serie importante de temas: las diferencias de raza o de clase social atraviesan las diferencias de género. De acuerdo con Young hay dos datos que aseguran el mejor funcionamiento de la representación política: el primero es el momento de designar a los representantes, en el cual deben poder participar todos los interesados; el segundo lo constituye la posibilidad de llamar a cuentas (*accountability*) a los representantes, de forma que tengan que responder frente a los electores por el desempeño que han tenido en el puesto para el que fueron elegidos.

Este argumento es interesante en la medida en que contribuye, creo, a reforzar el análisis de Kymlicka recordado por Anne Phillips: la representación de grupo o de género puede ser un umbral mínimo que permita que los intereses de las minorías sean oídos o tomados en cuenta al momento de decidir sobre las cuestiones relevantes para una comunidad. Pero es probable que dentro de grupos muy grandes, como es el caso de las mujeres, se incluya una variedad tan grande de intereses que los vuelva difícilmente identificables y más difícilmente representables. Sin embargo, este argumento, se encarga de precisar Young, no debe servir para desautorizar la

representación diferenciada en razón de grupo, sino para advertir las limitaciones que en general tiene cualquier tipo de representación (Young, 1997; Young, 2000).

De todas formas, con independencia de las razones de justicia que se puedan aportar para justificar las cuotas electorales, hay una cuestión vinculada al tema sobre la que se ha reparado poco. Se trata de la consecuencia jurídica que se establece para el caso de que no se cumpla con la cuota. Esto es interesante en la medida en que determinadas consecuencias jurídicas podrían lesionar ciertos derechos fundamentales (por ejemplo la posibilidad efectiva de tomar parte en los asuntos públicos por medio de una candidatura electoral), pero otras no. Así por ejemplo, si la consecuencia del no cumplimiento de la cuota es el retiro del registro electoral de un partido o la prohibición de participar en las elecciones para un sujeto determinado, se podría afectar el derecho de asociación o el derecho a la participación política. Pero si las consecuencias fueran de otro tipo esta presunta violación de derechos fundamentales podría evitarse. Así por ejemplo, como sucede en el caso francés, si la consecuencia es de orden económico y se vincula con el financiamiento público de las campañas . Desde luego, en tanto las consecuencias sean menos drásticas habrá mayor posibilidad de incumplir la norma, pero con ello quizá se avanza un buen trecho en la defensa de las cuotas y en su armonización con otras disposiciones del sistema jurídico.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

Si, como hemos visto, el argumento de la razonabilidad -creado a partir de la aplicación del principio de igualdad- puede ser un instrumento importante de discrecionalidad en manos de los tribunales constitucionales, conviene entonces detenerse en el papel que desempeñan dichos órganos en la reparación de las situaciones en las que se considera que ha operado alguna forma de discriminación normativa.

Se trata de una cuestión relevante en la medida en que vuelve sobre una argumentación recurrente en cierto sector de la doctrina, que parece encaminarse hacia posturas restrictivas de los poderes de los jueces constitucionales, así como de los alcances de sus actuaciones, y que, en nombre de una mala interpretación del principio democrático de mayoría, pretende ganar parcelas de inmunidad o intangibilidad de la política frente al derecho .

Aparte de lo anterior, también es cierto que el uso del principio de igualdad y las reparaciones de la discriminación suponen diversos problemas técnicos en la forma de dictar sentencias y de fijar sus consecuencias.

Riccardo Guastini (2000, pp. 241-242) explica el problema en los siguientes términos:

> ...el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: casi podría llamarse una máquina de producir lagunas.
>
> Cuando el legislador trata de modo diverso casos que parecen iguales al intérprete (es decir, cuando el legislador distingue sin razón), entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata de modo igual casos que al intérprete le parecen diversos (es decir, cuando el legislador no distingue ahí donde debería), entonces el intérprete dirá que falta una norma diferenciadora.

En ambos casos, de acuerdo con el autor, el intérprete -al declarar la invalidez de la norma en cuestión-, estaría creando una laguna, ya que reconocería la falta de una norma igualadora (en el primer caso) o de una norma diferenciadora (en el segundo).

En realidad tal parece que la laguna se crearía solamente en el segundo supuesto, no en el primero. Supongamos que una ley de la seguridad social determina que para poder gozar de la jubilación anticipada se deben de reunir los requisitos A, B y C; pero que en el caso de las mujeres bastará con que se cumpla con B y C. Constatada la ilegitimidad de la medida discriminatoria (suponiendo, solamente para efectos de ilustrar el ejemplo, que la medida realmente sea irrazonable), la consecuencia de la sentencia que dicte la jurisdicción constitucional será extender el supuesto de hecho a la clase de sujetos discriminados. El juez constitucional declarará ilegítima la medida *solamente* por lo que hace a la discriminación, anulando la distinción realizada de forma contraria a la Constitución y permitiendo el goce del derecho o prerrogativa en igualdad de circunstancias. Con esa decisión no estará creando una laguna, sino simplemente extendiendo el ámbito personal de aplicación de una norma.

Ahora bien, en este caso existe una dificultad de hecho (política, se podría decir) de la que cabe dar cuenta. Las sentencias de este tipo -aditivas, se les suele llamar-, en las que se extiende alguna regulación legislativa a más sujetos de los que había previsto el legislador, pueden comportar en algunos casos el redireccionamiento de una buena cantidad de recursos públicos. Recursos que con seguridad no fueron previstos en la correspondiente ley de presupuesto aprobada por el mismo poder legislativo (sobre el caso italiano, como siempre muy representativo, Groppi, 2002).

Para evitar estos problemas se han teorizado algunas posibles soluciones. Por ejemplo a través de las llamadas *sentencias intermedias* (González Beilfuss, 2000, p. 177). En tales sentencias la jurisdicción constitucional se limita a constatar la discriminación, pero le deja al legislador la elección de la forma en que se tiene que suprimir. Puede suceder también que el tribunal constitucional otorgue un espacio de tiempo al legislador antes de que se aplique su sentencia.

Lo importante en este punto es poner de manifiesto que existen dificultades tanto técnicas como políticas al momento de llevar a cabo la reparación de las discriminaciones normativas y que, por lo menos en aquellos países que tengan una jurisdicción constitucional actuante, que haya desarrollado algún tipo de línea jurisprudencial sobre el principio de igualdad, es necesario ir pensando en aquellos mecanismos que produzcan los menores trastornos posibles para el buen funcionamiento de todas las instituciones públicas.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, Macario, "Las estrategias de la igualdad", *Isonomía*, número 11, México, 1999.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid 1993

BALLESTRERO, María Victoria, "Acciones positivas. Punto y aparte", *Doxa*, número 19, Alicante 1996

BELTRÁN, Elena *et al. Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid 2001,

BOVERO, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000.

CARBONELL, Miguel, *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2ª edición, IIJ-UNAM, Porrúa, México 2002.

CARBONELL, Miguel, "Artículo 4" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16ª edición, IIJ-UNAM, Porrúa, México 2002.

CARRILLO, Marc, "Cuotas e igualdad por razón de sexo" en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH (en prensa), México 2002

COMANDUCCI, Paolo, "Uguaglianza: una proposta neo-illuminista", *Analisi e diritto 1992*, a cargo de COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo, Giappichelli, Turín 1992.

DWORKIN, Ronald, "Eguaglianza", *Enciclopedie delle Scienze Sociali*, volumen III, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1993.

DWORKIN, Ronald, *Sovereing virtue: the theorie and practice of equality*, Harvard University Press, Cambridge 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Trotta, Madrid 1999.

FERRAJOLI, Luigi y OTROS, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2001.

GASCÓN, Marina, "El derecho constitucional del pluralismo. Conversación con el profesor Gustavo Zagrebelsky", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, número 11, Murcia 1999.

GIORGIS, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Turín 1999.

GROPPI, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana" en FERRER M., Eduardo (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, 3ª edición, Porrúa, México 2002.

GUASTINI, Riccardo, "La Constitución como límite a la legislación" en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, UNAM-Porrúa, México 2000, (2ª edición, 2002),

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 9, Madrid 1983.

LAPORTA, Francisco J. "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, Nº 67, Madrid 1985.

PHILLIPS, Anne, "Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?" en BECALLI, Bianca (editora), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Feltrinelli, Milán 1999.

PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México 1997.

PRIETO, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo -compiladores-, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, IIJ-UNAM, México 2000, (2ª edición ampliada, 2001);

REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid 1995.

REY MARTÍNEZ, Fernando, "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", ABZ. Información y análisis jurídicos, número 121, Morelia 2000.

ROSENFELD, Michael, *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy. Theoretical perspectives*, Durham, Duke University Press, Londres 1994.

ROSENFELD, Michael, "Towards a reconstrution of constitutional equality" en SAJÓ, Andras (editor), Western rights? Post-communist application, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston 1996, (hay traducción al castellano en Derechos y libertades, número 6, Madrid 1998).

RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción" en su libro *La forma del poder*, CEC, Madrid 1993.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Igualdad" en ARAGÓN, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Civitas, Madrid 2001.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Doxa*, número 19, Alicante 1996.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Paridad electoral y cuotas femeninas", *Claves de razón práctica*, Nº 94, Madrid, julio-agosto, 1999.

SEN, Amartya K., *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid 1999.

TULLY, James, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Ediciones Cátedra, Madrid 2000.

WESTEN, Peter, *Speaking of equality. A analysis of the retorical force of 'equality' in moral and legal discourse*, Princeton University Press, Princeton 1990.

3. *Libertad de expresión*

§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC

Asdrúbal Aguiar
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

TÍTULO II

LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC Y EL DERECHO INTERNACIONAL*

En cuanto a su origen, la libertad de expresión y de prensa no puede estar sujeta al arbitrio de las autoridades y de la legislación positiva... [L]a acción de autoridades que lo nieguen [omissis] constituyen violaciones de un orden jurídico jerárquicamente superior: ya sea basado en concepciones de derecho natural o en la vigencia de normas y principios internacionales recogidos en tratados, declaraciones o en el derecho consuetudinario internacional (Contribuciones a los diez principios de la Declaración de Chapultepec, San José de Costa Rica, SIP, 1998)

I. INTRODUCCIÓN

[1] En marzo de 1994 tuvo lugar, en ciudad de México, la Conferencia Hemisférica que organizó la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) y en cuyo seno se adoptó la célebre *Declaración de Chapultepec*, que consagra los diez principios que "enmarcan y definen en todos sus alcances" a la *libertad de expresión*: "principio, garantía y custodio de todos los derechos humanos y... fundamento esencial de la democracia"[1]. Tratase, en efecto, de un conjunto de reglas o de postulados que, originados en la interpretación de un derecho humano fundamental y por estar asidos, además, a una visión o concepción de la sociedad histórica, pretenden asumir el valor de axiomas para la aplicación o el desarrollo progresivo de los ordenamientos jurídicos internacional e interno de los Estados.

[2] La SIP reunió luego, en San José de Costa Rica, en agosto de 1998, a un grupo de juristas expertos en la materia quienes, en unión de periodistas y directores de distintos

---

* El texto contiene parte de la exposición del autor en el Panel sobre la Declaración de Chapultepec, organizado por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en Caracas, el 22 de febrero de 2002. Fue corregido y ampliado para su presentación en la Cumbre Hemisférica sobre Justicia y Libertad de Prensa en las Américas, realizada en Washington D.C. del 20 al 22 de junio de 2002.

1. LANAO, Jairo E., (Compilador), *La libertad de prensa y la ley. Miami. Sociedad Interamericana de Prensa*, 1999, pp. 542 y 543.

medios de comunicación, hicieron aportes doctrinales específicos para la adecuada exégesis de la Declaración. Éstos, bajo el título de *Contribuciones*[2], los ha asumido la Sociedad como una suerte de interpretación sino auténtica que hace fe de los principios señalados, a saber:

I. La libertad de expresión como derecho inalienable, anterior y superior al Estado y fundamento de democracia y de las libertades.

II. El derecho de toda persona y de la sociedad a buscar, recibir y difundir informaciones sin límites de fronteras ni contenidos.

III. El libre acceso a la información pública y la reserva de las fuentes de información del periodista.

IV. La violencia contra los periodistas y su impunidad, como atentados contra la libertad de expresión.

V. La proscripción de la censura previa y de las restricciones a la libertad de prensa y a la libre circulación de las informaciones.

VI. La prohibición de discriminaciones de trato a los periodistas.

VII. Las violaciones a la libertad de expresión por medios indirectos para el premio y castigo de los periodistas.

VIII. La prohibición de la colegiación obligatoria de periodistas y de la asociación no voluntaria de los medios de comunicación social.

IX. El compromiso autónomo con la verdad.

X. La responsabilidad limitada del periodista y la proscripción de las llamadas leyes de insulto o de desacato.

II. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DE LAS ONG'S E INHERENCIA HUMANA DE LA EXPRESIÓN LIBRE

[3] A primera vista cabría sostener que la Declaración, como fuente de normatividad sobre la libertad de expresión, no obliga sino a sus autores, a pesar de la relación directa que hace la materia en cuestión con el ejercicio de las libertades públicas y la práctica de la democracia. La SIP, seno dentro del cual nace este instrumento es, en efecto, una organización no gubernamental de ámbito hemisférico y cuyos pronunciamientos vinculan a quienes sean sus asociados dentro de los límites que permita, necesariamente, el orden público de los Estados en su correspondencia con las exigencias del orden público internacional o *ius cogens*.

[4] Sin embargo, no es impertinente observar -junto al ya fallecido jurista francés Michel Virally- que "la sociedad internacional contemporánea se [ha vuelto] muy heterogénea... Está sometida a una evolución acelerada, provocando transformaciones brutales y rápidas en su estructura y su equilibrio interno, y a un movimiento de las ideas de una amplitud sin precedentes"[3]. El autor en cuestión, al decir esto, quiso destacar la

2. *Idem.*, pp. 549 y ss.

3. VIRALLY, Michel, *El devenir del derecho internacional: Ensayos escritos al correr de los años*, FCE, México 1998, p. 230.

influencia cada vez mayor que hoy ejerce la opinión pública en la cristalización de las pautas de conducta internacionales y en su descripción técnico formal y para lo cual, al margen de toda la institucionalidad clásica o en su explicable desapego por lo jurídico, se aprovecha con efectividad de "la insuficiencia de los modos tradicionales de formación del derecho internacional, de su sistema de *fuentes* (normativas)"[4] y llena los espacios o vacíos dejados por éste.

[5] Es indiscutible, sin embargo, que la comunidad internacional contemporánea sigue siendo, en lo esencial, una comunidad de Estados sobre cuya voluntad ora concurrente, ora heterónoma, se afirman las normas vigentes del actual Derecho internacional o de gentes. Mas, mal podría conocerse y entenderse a cabalidad la estructura y el funcionamiento efectivos de esta comunidad plural y de vocación universal, obviando, no sólo a los otros actores que también han alcanzado el reconocimiento de su subjetividad jurídica: como las organizaciones internacionales gubernamentales (*Igos*) o los grupos rebeldes con estatuto de beligencia, sino también los que, sin contar todavía con tal reconocimiento o capacidad, disponen de recursos de poder o de una legitimidad o subjetividad parcial que les permiten concitar o promover sea la obediencia a sus prescripciones o repartos de conducta, sea la garantía supranacional de sus derechos subjetivos, *v.g.*. las organizaciones internacionales no gubernamentales (*Ingos*), las empresas transnacionales (*Bingos*), y el mismo individuo[5]. Dominique Carreau[6], al referirse de modo puntual a las organizaciones no gubernamentales y destacarlas como parte de la sociedad trasnacional contemporánea y expresión de la diversificación de sus actores, sostiene que más que sujetos de derecho internacional son, eso sí, *forces trasnationales*, *groupes de pression*. Empero, no deja de admitir que *un certain nombre ont reçu un début d'officialisation en se voyant offrir un statut international partiel: en général, celui d'observateur au sein de certains organisations internationales;* y que, asimismo, *quelques-unes disposent d'un certain pouvoir normatif international en émettant ce que l'on pourrait appeler du droit professionnel international*, refiriéndose a los casos de la IATA, la Cruz Roja o algunas federaciones deportivas; para luego concluir en lo que más importa: *les ONG vont concourir -soit indirectement, soit directement- à l'élaboration des normes de droit international.*

[6] En consecuencia, dos circunstancias requieren de nuestra atención específica en orden al tema que nos ocupa en este apartado: como lo es determinar la naturaleza y el valor normativo internacional de la *Declaración de Chapultepec*. Una, la incidencia cierta que tienen las ONG's en el Derecho internacional contemporáneo aun siendo "asociaciones... privadas que tienen un fin no lucrativo de utilidad internacional, ...[pero] creadas por un acto de Derecho interno de un Estado [si bien] ejercen una actividad efectiva en dos o más Estados.."[7]; bastando como ejemplo de ello el reconocimiento embrionario que les ha otorgado el artículo 71 de la Carta de San Francisco, cuando promueve los arreglos con fines consultivos entre el Consejo Económico y Social de la ONU y las señaladas organizaciones no gubernamentales. Otra, más allá de la crítica realizada a la doctrina clásica que ve a la sociedad internacional como una socie-

4. *Loc. cit.*
5. Al respecto, ver PUIG, Juan Carlos, *Derecho de la comunidad internacional*, Depalma, I, Buenos Aires, pp.16 y 17
6. CARREAU, Dominique, *Droit international*, Editions Pedone, París 1986, p. 29
7. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho internacional público*, Editorial Trotta, Madrid 1995, pp. 156 y 157.

dad de Estados-personas[8]: acusándosela de incurrir en el error antropomórfico de la personalidad moral para ocultar la realidad interindividual e intergrupal que domina y da fundamento a las relaciones internacionales, es que los derechos humanos y su protección supranacional desbordan hoy los muros de la lógica formal y contractualista en que se apoya el Derecho internacional de los Estados[9].

[7] En cuanto a lo primero, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, para apenas mencionar uno sólo de los instrumentos internacionales que protegen al individuo en sus derechos fundamentales, establece en su artículo 44 que "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte". La *legitimatio ad causam* de los peticionarios: individuos y ONG's en las instancias internacionales es un dato de la realidad jurídica presente[10]. La misma Corte Interamericana a propósito de su práctica jurisprudencial[11] y, de modo particular, luego de haber adoptado su nuevo Reglamento de 1996, en vigor a partir de 1997 inclusive, dispuso que "en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma"[12].

[8] Sobre la materia u objeto de regulación *in comento*, como lo es el derecho humano a la libre expresión del pensamiento o de las ideas, vale observar que aquél, al igual que el conjunto de los otros derechos humanos, es tal por su *inherencia* al hombre, varón o mujer, en decir, por estar referido a su inviolabilidad, a su autonomía, a su dignidad[13]. No puede, por ende, ser negociado o transado en el marco de los intereses del Estado o de la comunidad de los Estados. Le pertenece al hombre antes y más allá de la sociedad, y es condición para la existencia misma del Estado y para el desempeño de la soberanía; sin perjuicio de que se justifiquen y realicen, el derecho señalado y los otros derechos de la persona humana, en la alteridad, o que encuentren su debido reconocimiento y garantía en el ámbito necesario del poder público constituído, sea interno, sea internacional. La libertad de expresión es, en efecto, la que mejor revela al individuo como persona, la que le descubre en su esencia de ser racional y la que de suyo le hace capaz de proyectarse ante y hacia los otros. Así que, al ser la libertad de expresión el testimonio o quizá el más importante de esa *dignidad intrínseca* proclamada por la Carta de las Naciones Unidas y admitida como principio constitucional del Derecho internacional

8. Así, SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrestien, París 1948, pp. 18 y 19.

9. *V.* de nuestra autoría, en tal sentido, "La humanización del derecho internacional contemporáneo", en la obra colectiva *Les droits de l'homme a l'aube du XXIe Siecle*, Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 457 y ss.

10. Así, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos" en la obra colectiva *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2001, pp. 3 y ss.

11. *Cf.*, Caso *El Amparo (Reparaciones)*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 27, en el Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996), OEA, Washington 1997, p. 164.

12. Artículo 23 del señalado Reglamento, aprobado por la Corte en su XXXIV período ordinario de sesiones, el 16 de septiembre de 1996, *Cf.*, Informe Anual de la Corte..., *cit.*, p. 227.

13. Acerca de los principios de los que derivan los derechos humanos, consúltese a SANTIAGO NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1989, pp. 46 y ss.

contemporáneo[14], cabe sostener que su núcleo fijo, su contenido y extensión sólo pueden reconocerse y ser determinados, de modo auténtico, *en* y *por* la fuente primaria de donde proviene: el ser humano, con sus atributos y con sus falencias.

[9] En suma, siendo la SIP una organización internacional no gubernamental por excelencia, que reúne en su seno a personas que ejercen la actividad de la prensa, que se relacionan más allá de todo propósito de naturaleza pública y ocupada como está de promover y de proteger en el ámbito continental el derecho humano a la libertad de expresión, no podría desestimarse, sin más, el carácter jurídico -y no simplemente moral- internacional de la *Declaración de Chapultepec*. Y este señalamiento, bueno es advertirlo, deja atrás su carácter hipotético cuando se constata, por una parte, que dicho instrumento ha sido suscrito "por los principales Jefes de Estado de los países del hemisferio occidental"[15] y, por la otra, en época más reciente, que la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a instancias de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, reafirma que "los principios de la *Declaración de Chapultepec* constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información"[16].

III. EL VALOR PRESCRIPTIVO DE LOS GENTLEMAN'S AGREEMENTS

[10] Sin perjuicio, entonces, de la idea a cuyo tenor la SIP y sus pronunciamientos pueden contribuir -y de hecho contribuyen- a la formación y a la cristalización de normas de Derecho internacional e incluso, descontado que sus elaboraciones doctrinales pueden ser consideradas, cuando menos, como fuentes auxiliares del ordenamiento jurídico internacional de los Estados según lo previsto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es pertinente repetir que la Declaración en estudio ha sido firmada por diversos Jefes de Estado y confirmada por un órgano competente del Sistema Interamericano. De modo que, estaríamos en presencia *mutatis mutandi* de un instrumento normativo internacional que, si bien no responde en propiedad a los cánones de los tratados o acuerdos internacionales, emula estrechamente la figura anglosajona de los *gentlemen's agreement* o *accords informels*[17].

Trátase, exactamente, de la modalidad de actos concertados no convencionales -poco atendida por la doctrina latina y parecida, en su relación con los tratados, a la misma relación que se da entre las recomendaciones y las decisiones de los organismos internacionales- y que, en opinión de Virally, consistiría en lo siguiente: *un accord entre*

---

14 Al respecto, véase la explicación de CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Técnos, Madrid 1995, pp. 25 y ss.

15. La afirmación corresponde a FASCETTO, Jorge Eduardo, Presidente de la SIP (1998-1999), en su artículo "La prensa libre es esencial para la democracia", contenido en *La libertad de prensa y la ley*, *op. cit.*, p. 10.

16. *Cf.*, "Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión" en *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (OAS/Ser.L/V/I.4 Rev.8), Secretaría General de la OEA, Washington 2001, p. 190

17. SCHACHTER Oscar, "Les actes concertés a caractère non conventionel" en la obra colectiva de BEDJAOUI, Mohammed (Rédacteur général), *Droit internacional: Bilan et perspectives*, tomo 1, Pedone/Unesco, París 1991, pp. 277 y ss.

dirigeants politiques qui ne lie pas les États qu'ils représentent sur le plan du droit, mais dont le respect simpose à ses signataires comme une question d'honneur ou de bonne foi[18].

[11] La ausencia de fuerza obligatoria formal en los señalados actos concertados no convencionales y que son propios del *soft law*, *v.g.* la *Declaración de Chapultepec*, en modo alguno permite afirmar que se encuentren huérfanos de toda juridicidad. Decir lo contrario conduciría a sostener, en contraposición a la historia, al contenido y a la esencia misma del Derecho internacional, que la única fuente de tal Derecho es el tratado, vale decir, el acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados y regido por las normas del señalado ordenamiento[19].

[12] Ciertos aspectos, por ende, deben ser analizados a los fines de apreciar la fuerza vinculante o no de la *Declaración de Chapultepec*, en tanto que manifestación de voluntad *no convencional*. En primer lugar, debería determinarse, eventualmente, si sus disposiciones pueden o no ser invocadas o alegadas como fuente directa o auxiliar de Derecho. No son ellas, ciertamente, de origen convencional; pero podrían, a lo mejor, ser un elemento importante, según lo acotamos, para la formación o para la cristalización -quizá no suficiente para la prueba-[20] de una práctica reiterada de Derecho, válida como costumbre internacional o también para expresar, ora una interpretación auténtica del Derecho existente, ora principios reconocidos de Derecho internacional. Schachter lo observa con claridad: *Le fait qu'une déclaration ou un autre acte concerté ne soit pas censé créer d'obligations juridiques ne signifie d'ailleurs pas qu'ils soient sans rapport avec le droit international: dans certaines circonstances, l'acte concerté peut jouer un rôle pertinent et important dans la définition des obligations et des droits de l'Etat*[21].

[13] En este orden, por ejemplo, las elaboraciones del antiguo Profesor de Estrasburgo, de Ginebra y de París, Michel Virally, acerca del papel de los principios en el desarrollo del Derecho internacional, más que ilustrativas nos resultan aleccionadoras. Él logra discernir, por una parte, entre las declaraciones de principios "cuyo respeto [se] estima necesario para responder a una necesidad social o a una exigencia de justicia"[22], en cuyo caso tales declaraciones serían de *lege ferenda*; y, por la otra, aquéllas en las que sus textos, por estar redactados en forma indicativa, parecerían ser de *lege lata*. Y agrega, en la búsqueda de una respuesta similar a la que nos ocupa, que muchos principios del Derecho internacional fueron inicialmente el producto de una hermenéutica afincada en el recurso a la analogía y a la inducción, dando lugar a una tarea estrictamente doctrinaria -como tal fuente auxiliar del Derecho- pero cuyos predicados más tarde fueron reconocidos y aceptados como normas positivas internacionales. Por el contrario, otros principios, contenidos en las mencionadas Declaraciones o *acuerdos de caballeros* no han hecho sino sintetizar a la manera de axiomas "todo un patrimonio de soluciones jurídicas admitidas y aplicadas desde hace mucho tiempo"; y que, incluso, siendo más generales que aquellas nacidas de la inducción a partir de casos jurídicos específicos permiten "*formular nuevas reglas y ofrecer soluciones inéditas a situaciones sin precedentes*", en una interacción dinámica entre una inducción seguida de otra

18. *Apud.*, QUOQ DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick et PELLET, Alain, "Droit international public", *LGDJ*, París 1999, p. 382.
19. *Ibid.*, p. 388.
20. SCHACHTER, *op. cit.*, p. 280.
21. *Ibidem*, p. 279.
22. VIRALLY, *El devenir del derecho*..., *op. cit.*, p. 225.

deducción[23]. En este último caso, los principios así declarados tendrían el valor, sea de principios verdaderos de Derecho internacional, sea de interpretaciones auténticas o sistemáticas del Derecho en vigor.

IV. LA DECLARACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA

[14] La *Declaración de Chapultepec*, a nuestro juicio, además de ser axiomática es un resumen evidente, según lo dicho, de las prescripciones que sobre la libertad de expresión y acerca del derecho a la información están contenidas en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, y el mismo Pacto de San José; y no solo eso, recoge, *lato sensu*, la interpretación pacífica que de dicha libertad han hecho los tribunales internacionales de derechos humanos. Ella, sin embargo, enuncia principios jurídicos provistos de un singular contenido ideológico, en perífrasis que hacemos del maestro Virally, dado que se refieren a una institución fundamental de la sociedad y de la cultura occidental y, de manera puntual, interamericana: la libertad de expresión y de prensa, como "componentes fundamentales del ejercicio de la democracia", de acuerdo a los términos establecidos en la recién aprobada Carta Democrática Interamericana[24].

[15] De modo que, por referirse la *Declaración de Chapultepec* a la libertad de expresión y de prensa y al derecho a la información, que son derechos humanos y componentes fundamentales de la democracia, por lo mismo, integrantes del orden público internacional de nuestro tiempo, valen, en su favor y como respaldo de la mayor o menor juridicidad que aquella acusa, los *dicta* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[25] referidos al tema de las declaraciones internacionales sobre la materia:

> *OC1/82 de la Corte I.D.H. 41*. ...cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el artículo 29 [de la Convención Americana de Derechos Humanos], que contiene las normas de interpretación de la Convención y que se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haya asumido en esa materia. Dicho artículo textualmente señala: Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno....
>
> *OC2/82 de la Corte I.D.H. 29.* La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.
>
> *OC10/89 12 de la Corte I.D.H. 12*. El Gobierno de los Estados Unidos de América opinó que (l)a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre representa una noble enunciación de las aspiraciones de los Estados Americanos en cuanto a los derechos humanos...17. [y] deben manifestar, con el debido respeto, que debilitaría seriamente el derecho internacional de los tratados instituido decir que la Declaración es juridicamente obligatoria... 37. [Empero, c]omo di-

23. *Ibidem*, pp. 229 y ss.

24. *Cf.*, Artículo 4 de la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea General de la OEA en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, en Lima, Perú el 11 de septiembre de 2001.

25. Consúltense los textos correspondientes en BIDART CAMPOS, Germán y CALOGERO PIZZOLO, H., (Coordinadores), *Derechos humanos, Corte Interamericana, Opiniones Consultivas, Textos completos y comentarios. Mendoza*, Ediciones Jurícias Cuyo, Argentina 2000, *passim.*

jo la Corte Internacional de Justicia: *un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar* (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

[16] Las ideas de la Declaración, por consiguiente, parecerían responder -cambiando lo cambiable- al criterio de *democracia sustancial* enunciado por Ferrajoli, a cuyo tenor los derechos fundamentales expresan "necesidades... cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado"[26]. En otras palabras, tales derechos -así la libertad de expresión- no pueden ser o verse menguados ni por el mismo Estado ni por el mercado, ni por las mayorías políticas. Responden, en efecto, a la idea de las *sociedades abiertas* o si se quiere liberales contemporáneas, que no libertaristas o sólo formales y tampoco socialistas, que fijan mínimos éticos y normativos inconmovibles -constituídos por los derechos fundamentales- asegurados por el Estado de Derecho y que, dentro de su contexto y dentro de tales límites básicos, procuran la tolerancia y la posible convivencia entre culturas distintas, que no diferentes[27].

[17] Algunas expresiones contenidas en el Preámbulo de la *Declaración de Chapultepec* son ilustrativas al respecto: "La práctica democrática debe reflejarse en instituciones modernas, representativas y respetuosas de los ciudadanos: ...; pero debe presidir también la vida cotidiana.... Sin la práctica diaria de ese binomio [democracia y libertad] ...la vida individual y social se trunca, la interacción de personas y grupos queda cercenada, el progreso material se distorsiona, se detiene la posibilidad de cambio, se desvirtua la justicia. [La] manifestación más directa y vigorosa, aquélla sin la cual el ejercicio democrático no puede existir ni reproducirse: [es] la libertad de expresión y de prensa. [De allí que] los firmantes de esta declaración representamos distintas herencias y visiones. Nos enorgullecemos de la pluralidad y diversidad de nuestras culturas"[28].

V. PRINCIPIOS DE CHAPULTEPEC

[18] Revisados a la luz de las previsiones normativas convencionales y de los diferentes *dicta* emanados de la Comisión, de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y, en general, de las enseñanzas que nos aporta el Derecho interamericano de los derechos humanos, es evidente la correspondencia de aquéllos con el conjunto de principios establecidos por la *Declaración de Chapultepec*; lo cual le asigna, lo repetimos, un valor incuestionable como fuente del Derecho internacional contempo-ráneo.

---

26. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2001, pp. 35 y ss.

27. *V., lato sensu*, el libro de KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea: Una introducción*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1995, *passim.*

28. *Declaración de Chapultepec y sus contribuciones*, Sociedad Interamericana de Prensa. Miami, s/e, s/f.

1. Libertad de expresión y democracia

No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.

[19] La Convención Americana es clara cuando afirma, en su Preámbulo, el propósito de consolidar, "dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". Y, al efecto, comienza por reconocer, por una parte, "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". En otras palabras, tal y como lo dispone su artículo 29, el concepto de *inherencia* priva en la interpretación de todo su articulado. Así que, ninguna de las disposiciones del Pacto puede ser interpretadas en el sentido de: "c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes a la persona humana". Por otra parte, luego de consagrar en sus artículos 13 y 14, respectivamente, los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión así como el derecho de rectificación o respuesta, la Convención también dispone, en el señalado artículo 29, que tampoco sus disposiciones pueden ser interpretadas en el sentido de: "c. excluir otros derechos o garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno..."

[20] En igual sentido se pronuncia la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (léase *Declaración de la OEA*], cuando en su numeral 1 afirma que "la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas...[y] un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática"[29]. Llama a curiosidad, sin embargo, la calificación que la Declaración de Chapultepec y en línea diferente a la señalada le otorga a la libertad de expresión: como derecho inalienable del *pueblo*. La libertad de expresión, sin mengua de su significación social que tiene y por ser ingrediente esencial de las sociedades democráticas, es, sin lugar a dudas, un derecho individual y de primera generación: hace parte de los clásicos derechos civiles y políticos, que corresponde a todas y cada una de las personas y que obligan, en general, a la abstención de interferencias por parte del Estado. Los llamados *derechos de los pueblos*, por su parte, expresan una categoría particular comentada por la doctrina desde comienzos del siglo XX y que cristaliza en el plano normativo luego de los años 50', a raíz de la célebre Conferencia de Bandung[30] condenando la dominación colonial. Hacen alusión directa, como derechos de esencia colectiva, al principio de autodeterminación consagrado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

Trátase, en suma, de una regla precisa, como lo decía Pascual Fiore, que "puede servir para tutelar y sostener los derechos de las nacionalidades -de los pueblos, de las gentes- y para admitir que, según el Derecho internacional, la formación de los Estados... -o el derecho de los pueblos para asociarse y organizarse políticamente- debe ser

29. *Cf.*, el texto respectivo en *Documentos básicos....*, Secretaría General de la OEA, *op. cit.*, p. 190.

30. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio et al, *Curso de derecho internacional público*, Editorial Civitas, Madrid 1998, p. 758.

favorecida…"[31] con preferencia de los denominados derechos dinásticos o de los históricos de cualquier naturaleza.

[21] En la exégesis de las previsiones de la Convención Americana citadas, la doctrina y la jurisprudencia interamericanas han sido consecuentes con el espíritu de las mismas al señalar, sea que "la democracia constituye un criterio general y un elemento primordial, de base material, para la determinación de los derechos fundamentales, [y sus limitaciones admisibles] y, por consiguiente, para la interpretación del Pacto de San José"[32]; sea que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión es una *piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir en la colectividad* puedan desarrollarse plenamente..[33]. Ha dicho la Corte, por lo mismo, que *la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse*[34]; de donde *las garantías... que se derivan de la forma democrática de gobierno, ... no implican solamente una determinada forma de organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que result[a]n indispensables...[para] preservar el Estado de Derecho*[35]. Tanto es así que, en su opinión consultiva acerca de la Colegiación obligatoria de periodistas, la Corte ya había tenido oportunidad de agregar que *las justas exigencias de la democracia deben (...) orientar la interpretación [sic] de la Convención Americana y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas*[36].

2. Derecho a la información

Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos.

[22] El derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente, es acogido tanto por el artículo 13 de la Convención Americana como por el numeral 2 de la *Declaración de la OEA*. Esta última insiste, además, en que la igualdad de oportunidades y la ausencia de trato discriminatorio deben calificar el ejercicio efectivo de los mencionados derechos.

[23] En todo caso, es pertinente destacar que *[c]uando la Convención [Americana] proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de [buscar, recibir y] difundir informaciones e ideas por cualquier ... procedimiento, está subra-*

---

31. FIORE, Pascual, *El derecho internacional codificado*, Hijos de Reus, Editores, Madrid 1901, pp. 110 y 111.
32. Agregados -[ ]- nuestros. *Cf.*, CÓRDOBA Z. Francisco, *La Carta de derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Temis, Bogotá 1995, p. 31.
33. *V.*, párr. 70 de *La colegiación obligatoria de los periodistas de la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985* en VENTURA, Manuel E., y ZOVATTO, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y principios (1982-1987)*, IIDH/Civitas, Madrid 1989, p. 355.
34. *OC-5/85 cit.*, párr. 69, *loc.cit.*
35. *Garantías judiciales en estados de emergencia de la Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987*, párrs. 37 y 41.2, en VENTURA y ZOVATTO, *La función consultiva..., op. cit.*, p. 462.
36. *Opinión Consultiva OC5/85..., cit., supra*, párr. 44, *op.cit.*, p. 347.

yando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles.., según lo ha dicho la Corte Interamericana[37]. Y tal dictum, bueno observarlo, no responde a una simple consideración teórica. Por el contrario, la premisa tiene una consecuencia práctica esencial para la Corte: "Las dos dimensiones mencionadas... de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente"[38]. Y la razón huelga: "La interdependencia de las dos dimensiones mencionadas, lógicamente hace abstracción de la justificación de regímenes arbitrarios con la supuesta protección de una y en detrimento de la otra"[39]. *Por tanto [como lo concluye en su Opinión Consultiva OC-5/85 la misma Corte], cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas; de donde resulta que... la libertad de expresión ... requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno*[40].

3. Acceso a la información pública

Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.

[24] La Convención Americana no contempla una disposición expresa que sea equivalente a la de este principio de la *Declaración de Chapultepec*. En todo caso, el texto del artículo 13 *ejusdem* permite colegir la obligación de las autoridades de poner a disposición de los ciudadanos la información generada por el sector público, cuando, de una parte, dispone el derecho de toda persona "de buscar, recibir y difundir informaciones" y, por la otra, señala que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, ...o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y de opiniones". La *Declaración de la OEA*, a su vez, le abre espacio a esta conclusión al declarar que "4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos [que l]os Estados están obligados a garantizar.." Ella, sin embargo, fija un limite que no menciona la *Declaración de Chapultepec*, relativo al caso de informaciones cuyo suministro sea susceptible de provocar "un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas" y que, bueno es advertirlo, sólo puede ser establecido mediante ley.

4. Debida reparación

El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la

37. *Ibidem* párr.31, *op. cit.*, p. 343.
38. *Idem*, párr. 33, *op. cit.*, p. 344.
39. *Cf.*, CÓRDOBA, *op. cit.*, p. 128.
40. *Cf.*, opinión señalada, párr. 30, en VENTURA y ZOVATTO, *op. cit.*, p. 343.

libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.

[25] La incitación a la violencia *o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas* atenta contra la libertad de pensamiento y de expresión, a tenor de lo previsto en el artículo 13, numeral 5 de la Convención Americana. Y la norma en cuestión puede ser apreciada en un doble sentido: sea como prohibición dirigida a los periodistas y comunicadores, en modo tal de que no realicen propaganda en favor de la guerra o apología del odio contra cualquier persona y por ningún motivo; sea como prescripción que obliga al Estado y a los terceros, para que no impidan mediante la violencia o su provocación el sagrado ejercicio de quienes son trabajadores de la prensa. La *Declaración de la OEA*, en su principio 9, es consistente con su correlativo de la *Declaración de Chapultepec*, si bien insiste en la obligación del Estado de prevenir y también de reparar adecuadamente a las víctimas.

5. Inmunidad

La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

[26] La *Declaración de la OEA* hace honor a este principio cuando afirma que "5. La censura previa...debe estar prohibida por la ley [y que l]as restricciones en la circulación libre de ideas y de opiniones , como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión". De tal forma que, la libertad de expresión, como lo estable el artículo 13, numeral 2 de la Convención Americana, "no puede estar sujeta a previa censura -menos a autorizaciones- sino a responsabilidades ulteriores".

[27] El predicado de principio y de la norma señalados es bastante claro y no deja lugar para las dudas. Se corresponde, quiérase o no, con la concepción del Estado liberal: que milita en favor del sistema represivo (a condición de que no sea exagerado) y no de un sistema preventivo, vale decir, judicial. El artículo 13, numeral 2 citado *supra* no obvia, pues, la necesidad de una apelación al ejercicio responsable del derecho a la libertad de expresión, centrándose en la idea de la represión por el abuso de la señalada libertad y no en la de la prevención de tal abuso, mediante el hipotético establecimiento de limitaciones a la circulación de la información. Sin embargo, las responsabilidades exigidas *deben estar expresamente fijadas por la ley* y, además, perseguir un objetivo legítimo y necesario dentro de una sociedad democrática[41]. Deben ser necesarias para asegurar, según el texto de la previsión antes mencionada: "a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas".

[28] El criterio de la Corte Interamericana es, al respecto, puntual: "El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente

41. *V.*, los comentarios anteriores al respecto.

establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean *necesarias para asegurar* los mencionados fines"[42].

[29] La Convención Americana no admite, por consiguiente, el sistema preventivo en materia de libertad de expresión y, de una manera excepcional y claramente delimitada, acepta sólo las llamadas prohibiciones; las que, por su naturaleza, volvemos a repetirlo, deben constar en la ley; en una ley accesible y suficientemente precisa para que el ciudadano sepa como ordenar su propia conducta; sujeta a objetivos legítimos, es decir, correspondientes con las hipótesis expresamente admitidas en la Convención; y, por encima de todo, ajustadas a las exigencias de una sociedad democrática. Esas prohibiciones, en lo particular, no son otras que las estipuladas taxativamente en el artículo 13, numeral 5 de la Convención y que aluden, puntualmente, a la propaganda que incita a la guerra, a la violencia o a la discriminación. Al margen de estas hipótesis, excluida por lo demás la única forma de censura admitida por el señalado Pacto de San José: la censura previa de los espectáculos públicos para la protección de la moral en adolescentes y niños (numeral 4 *ejusdem*), no acepta el sistema interamericano ninguna otra forma o modalidad de injerencia preventiva por parte del Estado en la materia.

[30] La jurisprudencia de la Corte Interamericana, en suma, ha dado sus directrices en cuanto a los aspectos arriba tratados, y ellos son inconmovibles: *Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad... [Ellos estipulan,] en primer lugar, la prohibición de la censura ... incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención... El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido*[43].

6. Igualdad de trato

Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.

[31] Los premios y las discriminaciones a medios y a periodistas pueden ser entendidas como formas indirectas de restricción de la libertad de expresión, según lo previsto en el artículo 13, numeral 5 de la Convención Americana, cuando proscribe, *in genere*, las restricciones "por cualesquiera... medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y de opiniones". La jurisprudencia interamericana no ha tenido la oportunidad de referirse a este aspecto en lo particular. Sin embargo, la *Declaración de la OEA* se refiere a esta materia *in extensu* al postular como incompatibles con la libertad de expresión "13. La utilización del poder del Estado y los

42. *Cf.*, párr. 39 de la *Opinión Consultiva OC-5/85*, *cit.*, en VENTURA y ZOVATTO, *op. cit.*, p. 345.
43. *Opinión Consultiva OC-5/85*, *cit.*, párrs. 36, 38 y 39, *op. cit.*, pp. 344 y 345.

recursos de la hacienda pública; ....., con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas...”

7. Independencia

Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas.

[32] Lo dicho en cuanto al principio anterior vale, *mutatis mutandi*, para la explicación de este principio. El artículo 13, numeral 3 de la Convención América es, sin embargo, más preciso al respecto, pues dispone expresamente que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel de periódicos, de frecuencias radioeléctricas,..., etc”.. La *Declaración de la OEA*, a su vez, desarrolla la disposición convencional al observar, con un criterio finalista más elaborado, que “la utilización del poder del Estado...; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y de televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación, en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley…”

8. Libertad de asociación profesional

El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.

[33] El artículo 16 de la Convención Americana consagra la libertad de asociación, por que “1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. La *Declaración de la OEA*, en lo relativo al tema de la colegiación obligatoria de los periodistas, es todavía más amplia y precisa que la Declaración de Chapultepec, que apenas reitera el carácter *voluntario* de toda asociación profesional o gremial de periodistas o de medios de comunicación. Dice aquélla, en tal sentido, que, además de la colegiación obligatoria, *la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística*, constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

[34] El tema de marras ha sido objeto de una especial consideración por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de su Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, dictada a solicitud del Gobierno de Costa Rica. Su *dictum* es concluyente y fue adoptado por unanimidad de los jueces de dicho tribunal: *la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o*

para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[44].

[35] No huelga recordar, dada la existencia no discutida de obligaciones de colegiación para el ejercicio de otras profesiones distintas a la del periodista, el argumento central esbozado por la Corte: *La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática... Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad... El problema surge del hecho de que el artículo 13 [de la Convención Americana] expresamente protege la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..., ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa.... La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente... [esto]. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención [y ello] ...no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho a la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Convención [en favor de toda persona]*[45].

9. Compromiso con la verdad

La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.

[36] El compromiso con la verdad es asumido en términos afirmativos por la *Declaración de Chapultepec*. Pero, aclara la misma que el logro de dicha finalidad y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos, pues son de la exclusiva responsabilidad de los periodistas. La *Declaración de la OEA* es más exigente en la materia, cuando prescribe, en línea con la propia jurisprudencia interamericana, la incompatibilidad de con el derecho a la libertad de expresión de *7. Condicionamientos previos, tales como la veracidad*.

[37] El asunto revela especial importancia, pues si bien la Corte Interamericana observa que "la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas"[46], es contundente al prevenir sobre los regímenes de ética y de responsabilidad en el caso de los periodistas: "Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene [la] misma sociedad"[47].

---

44. *Cf.*, parte dispositiva de la *OC 5/85*, en VENTURA y ZOVATTO, *op. cit.*, p. 360.
45. *Idem*, párrs. 70 a 73, en la *op. cit.*, pp. 355 y 356.
46. *Ibid.*, párr. 68, p. 355.
47. *Ibidem*, párr. 77, p. 357.

10. Proscripción de leyes de desacato

Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público.

[38] La Declaración de la OEA dispone, en primer orden, que "10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público", para ajustar, seguidamente, que "11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad". Ambos principios explican, en consecuencia, el sentido de la prohibición de las denominadas *leyes de desacato*, que intentan castigar las ofensas contra los funcionarios públicos y, en general, contra las instituciones del Estado.

[39] No son admisibles, pues, dentro de la actual doctrina interamericana, las exigencias de responsabilidades ulteriores por abuso del derecho a la libre expresión del pensamiento en los supuestos de vilipendio de los cuerpos o funcionarios públicos. La responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de expresión no se aviene con la idea de protecciones discriminatorias y por categorías de personas o de instituciones y tiene, además, un carácter taxativo: respeto a los derechos y reputación de los demás, protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas; por lo que es pertinente repetir junto a la Corte Interamericana, entonces, que *[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse*"[48]. De consiguiente, mal podría interpretarse que la Convención Americana admite, sin más, la ilicitud y consiguiente responsabilidad por cualquier expresión que afecte *a los demás*. Ella, la Convención, prescribe en sus artículos 29, inciso c) y 32, que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir los derechos y garantías que se derivan de la democracia representativa de Gobierno o las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

[40] La jurisprudencia europea a este respecto es quizá la más directa e ilustrativa: "...los límites de la crítica admisible son más largas frente al Gobierno que ante los particulares, e incluso frente a un político. La posición dominante que éste ocupa le obliga a ser prudente en el uso de la vía penal.."[49]. De allí que en el caso de referencia y por tomar la noción de sociedad democrática un papel tan preponderante en la fijación o no de restricciones a la libertad de expresión, se haya afirmado en resumidas cuentas que la represión penal de un oponente político para sancionar su discurso hostil *ne saurait se justifier dans une société démocratique.* Otro caso de referencia e importante lo ha sido el ya mencionado *Affaire Lingens*, quien fuera condenado por difamar al Canciller austríaco Kreisky: *La liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de conaître et juger les idées et les attitudes des dirigeants. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve a coeur même de la notion de societé democratique*[50]. La Corte concluyó que la señalada injerencia en la libertad de expresión conllevó a un atentado sustancial de la libertad de opinión, no habiendo sido demostrada la mala fe del periodista.

48. *Idem*, párr. 69, *op. cit.*, p. 355.
49. Affaire *Castell c.Espagne*/1992.
50. Affaire *Lingens c. Autriche*/1986.

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Héctor Faúndez Ledesma
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

El reconocimiento de que la libertad de expresión no es absoluta, así como la necesidad de ponderarla con otros derechos o intereses, ha permitido que los Estados interfieran en diversas formas con el ejercicio de la misma. La censura, las restricciones en cuanto a la oportunidad en que se puede transmitir un mensaje, o las sanciones penales en caso de difamación u otro tipo de expresiones, son sólo algunas de las medidas a que tradicionalmente ha recurrido el Estado. Pero no siempre es sencillo determinar si, en efecto, se está en presencia de una medida que interfiera con la libertad de expresión, o si tal interferencia es ilegítima. La aplicación de un impuesto a los libros, o a los discos sonoros, o la necesidad de contar con una licencia del Estado para operar una estación de televisión, son medidas que obviamente tienen un impacto en la difusión de informaciones e ideas, y que interfieren -aunque no necesariamente de manera ilegítima- con la libertad de expresión; será un análisis caso por caso, teniendo en cuenta los propósitos de esa medida y el ámbito de aplicación de la misma, el que permitirá determinar si tal interferencia está o no permitida. En el caso de sanciones penales aplicadas después de que la persona afectada ya ha expresado sus opiniones o ideas, se ha sostenido que no habría interferencia con la libertad de expresión; sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha rechazado esta interpretación, y ha señalado que, incluso las medidas adoptadas después de que la persona ha expresado sus opiniones o ideas pueden constituir una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión[1].

Tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho comparado se ha previsto que, para que no sea desproporcionada o innecesaria, cualquier medida dirigida a restringir la libertad de expresión debe reunir determinados requisitos, sin cuya presencia la libertad de expresión conserva toda su vigencia. De ello depende no sólo su conformidad con el Derecho, sino la legitimidad y la fuerza operativa de las medidas previstas para restringir la libertad de expresión. Tales requisitos se pueden resumir en los siguientes: a) la circunstancia de que cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión esté prevista por la ley, b) que su propósito sea proteger un derecho o un interés público prevaleciente, c) que la restricción de la libertad de expresión sea proporcionada al fin legítimo que se persigue, y d) que dicha medida sea necesaria en una sociedad democrática.

---

1. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Handyside v. The United Kingdom*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafo 4. *Cf.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Müller and others*, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 28, y Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 39.

En todo caso, es importante subrayar que dichas restricciones no pueden ser utilizadas como un medio para anular el ejercicio de la libertad de expresión. De no concurrir los requisitos antes señalados, cualquier interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión constituye una violación de la misma[2].

I. SU CARÁCTER LEGAL

Uno de los grandes aportes de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, consistió en el papel estelar que se le asignó a la ley en el funcionamiento de un Estado democrático, y que aún conserva. Es por eso que, desde el punto de vista formal, la primera garantía de que las restricciones a la libertad de expresión no serán el resultado del capricho o de la arbitrariedad de los órganos del Estado radica en la legalidad de las mismas. En efecto, tanto el Pacto como las convenciones Americana y Europea requieren que cualquier restricción de que pueda ser objeto la libertad de expresión se encuentre expresamente prevista por la ley. Además, el art. 30 de la Convención Americana dispone que las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general, y con el propósito para el cual ellas han sido establecidas. Es decir, la libertad de expresión no se puede coartar por consideraciones distintas a las específicamente señaladas por la ley. Esta exigencia se ve fortalecida por la circunstancia de que, en la mayor parte de los países, la libertad de expresión también es objeto de protección constitucional. Sin embargo, este requisito no se puede eludir por la vía de señalar esas restricciones en forma muy amplia y genérica en un texto legal, pero remitiendo a meros reglamentos u ordenanzas la determinación de las modalidades y características que pueden asumir esas restricciones.

Esta garantía de la libertad de expresión tiene también un carácter democrático, en la medida en que con ella se pretende asegurar que el único órgano autorizado para regular su ejercicio e imponer restricciones a la misma es el parlamento nacional, elegido popularmente mediante los procedimientos constitucionales previamente establecidos. En una sociedad democrática, afianzada en la separación de funciones, no es ésta una tarea ni del poder ejecutivo ni del poder judicial. En consecuencia, pretender regular la libertad de expresión mediante una sentencia, con el pretexto de interpretar la disposición constitucional que la consagra y llenar supuestas lagunas legales, como ha querido hacerlo una sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela[3], es absolutamente incompatible con el compromiso asumido por los Estados en lo que se refiere a la libertad de expresión.

La correcta aplicación del principio de reserva legal, si bien no es una condición suficiente, permite evitar muchas dificultades y conflictos. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la noción de *ley* debe entenderse en su acepción material y no formal; de manera que comprende el conjunto del Derecho escrito, incluyendo los textos de

---

2. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 35.

3. *Cf.*, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Amparo Constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

rango infra legislativo[4]. Sin embargo, que la restricción pertinente esté *prevista por la ley* no significa solamente que ella tenga una base en el Derecho interno, sino que tenga las características propias de una ley (entendida como norma jurídica de carácter general y permanente), en términos de accesibilidad a la persona a la cual se dirige (es decir, de su publicidad), de la posibilidad de prever las consecuencias que derivan de su aplicación, y de su compatibilidad con la primacía del Derecho[5].

El principio de reserva legal sólo constituye una garantía de la libertad de expresión si con la expresión *leyes* se está haciendo referencia a una *ley* en sentido formal y no en el sentido amplio de cualquier norma jurídica. En este sentido, el juez Rodolfo Piza ha expresado que, si bien estas disposiciones no precisan el sentido de la palabra ley, la aplicación de principios generales universalmente compartidos en las naciones democráticas y en todos los Estados de Derecho permite afirmar que se trata de materias reservadas estrictamente a la ley formal, emanada de un parlamento democrático, con todas las garantías que esto implica[6]. La Corte no tardó mucho en darle la razón, al dar respuesta a una consulta formulada por el Uruguay y referida precisamente al sentido de la expresión *leyes* en el art. 30 de la Convención[7]. En el curso del trámite de esta consulta, el gobierno de Costa Rica se preguntaba si la expresión *leyes*, utilizada en el art. 30 de la Convención, se refería a leyes en sentido formal, como norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución, o en un sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico[8]. Si bien la Corte señala que su indagación se limita a precisar el sentido de la palabra *leyes* sólo en el art. 30 de la Convención, y que su respuesta no es aplicable a todos los casos en que allí se utilizan expresiones como *leyes*, *ley*, *disposiciones legislativas*, *disposiciones legales*, *medidas legislativas*, *restricciones legales*, o *leyes internas*, cuyo sentido deberá ser determinado en cada caso específico[9], el tribunal admite que los criterios del art. 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos; porque la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos[10]. Según la Corte, el art. 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, las cuales se agregarían a las restricciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos; por el contrario, lo que el mencionado artículo pretende

---

4. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, *De Wilde, Ooms and Versyp*, Sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 93.
5. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Affaire *Association Ekin c. France*, Sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 44.
6. *Cf.*, su opinión separada en *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafos 14 de la opinión separada.
7. *Cf., La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*.
8. *Cf., ibid*, párrafo 7.
9. *Cf., ibid*, párrafo 16.
10. *Cf., ibid*, párrafo 17.

es imponer una condición adicional para que las restricciones singularmente autorizadas sean legítimas[11]. La Corte ha subrayado la importancia de evitar la arbitrariedad de los actos del poder público, y se ha referido al principio de legalidad, que -en opinión del tribunal- es consustancial con la idea y el desarrollo del Derecho en el mundo democrático, y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación[12]. Por consiguiente, de acuerdo con la Corte Interamericana, no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el art. 30 de la Convención, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos humanos pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general[13]. En opinión de ese alto tribunal, en el marco de la protección de los derechos humanos, la expresión leyes carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos; lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Para este tribunal, la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 de la Convención, no puede tener otro sentido que el de ley formal; es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el Derecho interno de cada Estado[14]. En todo caso, nada parece impedir que estas restricciones no se encuentren previstas exactamente en una ley, sino en una disposición de rango constitucional[15].

Pero para la Corte Interamericana no basta una mera conformidad formal de la ley con el Derecho interno, pues dicha ley también debe ser legítima, desde un punto de vista político; en efecto, la Corte observa que, en una sociedad democrática, el principio de legalidad está inseparablemente vinculado al de legitimidad, en virtud del sistema que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común[16]. No es posible desvincular el significado de la expresión leyes en el art. 30 del propósito de todos los Estados americanos, expresado en el preámbulo de la Convención, de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; en su opinión, la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte[17]. En consecuencia, las leyes a que se refiere el art. 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del poder legislativo democráticamente elegido, y promulgados por el poder

11. *Cf.*, *Ibidem*.
12. *Cf.*, *ibid*, párrafos 22, 23, y 24.
13. *Cf.*, *ibid*, párrafo 26.
14. *Cf.*, *ibid*, párrafo 27.
15. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 24, 28, 34, y 35.
16. *Cf.*, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, párrafos 32 y 37.
17. *Cf.*, *ibid*, párrafo 34.

ejecutivo; sólo la ley formal, así entendida, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención[18]. Pero lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención[19].

La Corte Europea de Derechos Humanos ha abordado este requerimiento con mayor flexibilidad que los órganos del sistema interamericano. En efecto, según el tribunal europeo, la expresión *prescrita por la ley* requiere que la medida que interfiere con la libertad de expresión tenga sustento en el Derecho interno del Estado y, en segundo lugar, dicha expresión se refiere a la calidad de la norma en ley en cuestión, requiriendo que ella sea accesible a las personas involucradas[20]; además, dada la naturaleza de los sistemas jurídicos que coexisten entre los países partes en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea ha señalado que la palabra *ley* comprende no solamente los estatutos legales (es decir, la ley escrita), sino también el Derecho común[21], y convenios internacionales[22]. No obstante, este enfoque ha sido objeto de críticas, incluso por algunos de los mismos jueces de la Corte; en tal sentido, en el caso de radio Groppera, el juez Bernhardt se preguntaba si el requisito de que toda restricción debe estar *prescrita por la ley* se satisface realmente cuando el parlamento le confiere al poder ejecutivo poderes ilimitados o extremadamente amplios, permitiéndole que se convierta en la autoridad legislativa y ejecutiva al mismo tiempo[23].

1. El carácter preciso y concreto de la norma

En estrecha relación con lo anterior, las sanciones posteriores derivadas del ejercicio de la libertad de expresión tampoco pueden estar basadas en disposiciones legales formuladas en forma manifiestamente vaga e imprecisa, que hagan posible una aplicación arbitraria de las mismas; disposiciones de esa naturaleza no pasan de ser un pretexto legal para reducir al público al silencio. Por consiguiente, en opinión de Türk y Joinet, este tipo de legislación no puede considerarse con prescindencia de la apreciación que se tenga sobre su legitimidad[24].

No basta con que las restricciones a que pueda estar sometida la libertad de expresión se encuentren expresamente previstas por la ley; también es esencial que esas restricciones se encuentren definidas de manera suficientemente precisa y concreta, señalando

---

18. *Cf.*, *ibid*, párrafo 35.
19. *Cf.*, *ibid*, párrafo 36.
20. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, Sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 75.
21. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of The Sunday Times v. The United Kingdom* (n° 1), Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 47.
22. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 57.
23. *Cf.*, su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990.
24. *Cf.*, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 74.

todos los elementos que la configuran, para no dejar lugar a interpretaciones ambiguas o abusivas; lo contrario equivaldría a eludir el contenido esencial del principio de legalidad. En este sentido, la Comisión Interamericana ha condenado la existencia de disposiciones legales que, por su excesiva vaguedad y generalidad, pueden constituir serias restricciones a la libertad de expresión; a título ilustrativo, la Comisión ha citado una disposición legal que sancionaba con prisión a quien, por cualquier medio, predicare públicamente el odio entre paraguayos o la destrucción de las clases sociales[25].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha prestado especial atención a esta circunstancia, y sistemáticamente a rechazado como inconstitucionales, por su ambigüedad e imprecisión, algunas regulaciones que restringen la libertad de expresión, y que pueden tener un efecto disuasivo en el ejercicio de este derecho[26]. A título ilustrativo, en el caso de una resolución de las autoridades del aeropuerto internacional de la ciudad de Los Ángeles, que declaraba que cualquier actividad relacionada con la libertad de expresión constituía una contravención a los usos permitidos dentro del terminal aéreo y que la misma sería objeto de acciones legales, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó como inconstitucional esta resolución, por excesivamente vaga, y observó que la distinción entre expresiones relacionada con la actividad del aeropuerto y aquellas no relacionadas con su actividad era, por lo menos, muy sombría[27]. Según este tribunal, incluso una construcción más estrecha, como la antes referida, que distingue entre expresiones relacionadas con la actividad del aeropuerto y aquellas que no lo están, tenía el efecto de dar a los funcionarios del aeropuerto la facultad de decidir si una determinada expresión estaba o no relacionada con la actividad del aeropuerto, lo que evidentemente proporcionaba una oportunidad para el abuso[28].

Esta misma preocupación se expresa en un documento de la Organización de las Naciones Unidas, señalando el peligro que encierran las leyes que penalizan determinados actos que cabría calificar de *delitos de opinión*, en virtud de disposiciones penales formuladas de manera vaga, oscura, ambigua o genérica, y que a veces sirven de justificación para castigar con severidad a personas que sólo han expresado su opinión, sin utilizar ni propiciar la violencia[29].

El propósito del principio que comentamos cumple una doble función. Por una parte, reduce la competencia del Estado en cuanto a la forma como éste puede restringir la libertad de expresión; por la otra, le indica al ciudadano qué es exactamente lo que se prohíbe. Por consiguiente, el Estado no puede eludir el principio de legalidad mediante el empleo de conceptos definidos en forma excesivamente ambigua, tales como *blasfemia*, *subversión*, *desinformación*, *rumores falsos*, etc., que le confieren al Estado un amplio margen de discrecionalidad en la regulación de la expresión. Es a partir de estas consideraciones y no de la ausencia absoluta de una ley que, en varias oportunidades, se ha objetado la legalidad de restricciones a la libertad de expresión ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, el criterio sostenido reiteradamente por el tribunal europeo indica que, según este requerimiento, la ley debe estar formulada con suficiente

---

25. *Cf.*, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1987, p. 71.
26. *Cf.*, por ejemplo, *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).
27. *Cf.*, *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).
28. *Cf.*, *Ibidem*.
29. *Cf.*, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 30.

precisión como para permitirle a las personas involucradas -y si es necesario con la asesoría legal apropiada- que puedan prever -en un grado razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso- las consecuencias de sus actos; pero una ley que confiera un cierto grado de discreción a las autoridades encargadas de aplicarla no es necesariamente incompatible con este requisito, siempre que el ámbito de esa discreción y la manera en que ella se pueda ejercer estén indicados con suficiente claridad, teniendo en cuenta el propósito legítimo que se persigue con ella, para brindar al individuo una protección adecuada en contra de una interferencia arbitraria[30].

A partir de su falta de claridad y precisión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha objetado el carácter *legal* de determinadas restricciones a la libertad de expresión, ya sea porque, como en el caso Autronic AG, las regulaciones nacionales sobre radio no indican exactamente cuál es el criterio a utilizar por las autoridades al pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, o porque las disposiciones de tratados internacionales (específicamente, el art. 22 de la Convención Internacional de Telecomunicaciones) dejan un margen de apreciación muy amplio a las autoridades nacionales[31]. Por el contrario, teniendo en cuenta el propósito de este requerimiento, el tribunal europeo ha admitido que una restricción legal que no ha sido redactada en términos suficientemente precisos pueda haber sido clarificada mediante la jurisprudencia de un tribunal superior. En tal sentido, en el caso de la sección 78 de la ley de propiedad intelectual de Austria, que prohíbe difundir la fotografía de una persona cuando con ello se pueda afectar sus *legítimos intereses*, confiriendo una amplia discreción a los tribunales nacionales, la Corte Europea tuvo en consideración que la noción de *intereses legítimos* había sido interpretada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Austria; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que no se podía decir que la aplicación de dicha disposición iba más allá de lo que era previsible en las circunstancias del caso[32]. Asimismo, en el caso de la Asociación Ekin contra Francia, en que se impugnaba, por su ambigüedad, la aplicación de una ley de 1881 que permitía prohibir la circulación, distribución, o venta en Francia de periódicos u otros escritos, de publicación periódica o no, redactados en idioma extranjero, así como los periódicos y escritos provenientes del extranjero redactados en francés, ya sea que hubieran sido impresos en Francia o en el extranjero, el tribunal europeo se remitió a la jurisprudencia constante, clara y precisa, de los tribunales franceses, que complementaba el texto de la ley, permitiendo a los individuos interesados en la publicación de alguna obra ajustar su conducta a dicha ley[33]. Esta excesiva flexibilidad condujo, en el caso *Ahmed and others v. The United Kingdom*, a que la Corte aceptara una formulación no suficientemente precisa de categorías de funcionarios públicos locales, respecto de los cuales se prohibía su participación en determinadas actividades políticas (tampoco definidas con precisión), que podían afectar el deber de imparcialidad de las autoridades locales; según la Corte, la conducta que podía comprometer la imparcialidad de un funcionario local no podía definirse con absoluta precisión, por lo que era acepta-ble que sólo se indicaran conductas que tenían el poten-

30. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, Sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 47.

31. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 57.

32. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case *of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafo 43.

33. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Affaire *Association Ekin c. France*, Sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 46.

cial de afectar esa imparcialidad, las que en todo caso debían interpretarse a la luz del vicio que se buscaba evitar[34].

En el caso *Castells v. Spain*, no obstante que las restricciones de que había sido objeto tenían como base legal lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Penal español, el afectado alegó que para él no era predecible que esas disposiciones excluyeran como defensa la prueba de la verdad de lo afirmado, lo cual resultaba menos razonable después de la adopción de la Constitución de 1978, cuyo art. 20 consagra el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz; sin embargo, en este caso la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que, para los propósitos del art. 10 de la Convención, las normas del Derecho español que regulaban esta interferencia con la libertad de expresión eran suficientemente predecibles[35]. En su jurisprudencia anterior, el tribunal europeo había reconocido que frecuentemente las leyes pueden estar redactadas de una manera que no es suficientemente precisa, y que esto sería así, en esferas como la competencia comercial, en que la situación está cambiando constantemente, de acuerdo con los desarrollos en el mercado y en el campo de la comunicación, por lo que la interpretación y aplicación de tal legislación inevitablemente quedaría entregada a la práctica[36]; asimismo, en esferas como la moral pública, en que la situación cambia de acuerdo a las ideas prevalecientes en la sociedad, la Corte Europea había sostenido que sería absolutamente imposible obtener una absoluta precisión en la formulación de las leyes[37]. Sin embargo, su jurisprudencia más reciente indica que uno de los requerimientos que surge de la expresión *prescrita por la ley* es precisamente el de hacer que determinadas consecuencias sean predecibles; por consiguiente, una norma no puede considerarse como *ley*, a menos que esté formulada con suficiente precisión como para permitir a un ciudadano ajustar su conducta de acuerdo a lo prescrito en esa norma, estando en capacidad de prever las consecuencias que su acción puede acarrear[38]. Pero la Corte Europea continúa admitiendo que, aunque la certeza es altamente deseable, esto es algo que puede generar demasiada rigidez, en circunstancias en que la ley debe estar en capacidad de adaptarse a circunstancias cambiantes; de modo que la Corte acepta que muchas leyes inevitablemente están redactadas en términos que, en mayor o menor grado, son vagas, y cuya interpretación y aplicación es una cuestión que irá definiendo la práctica; en su opinión, el nivel de precisión requerido de la legislación doméstica -que según la Corte no puede prever todas las eventualidades- depende del contenido del instrumento en cuestión, del ámbito que está previsto que cubra, y de la condición de aquellos a quienes está dirigido; en este sentido, debido a la naturaleza general de las disposiciones constitucionales, el grado de precisión requerido de ellas puede ser más bajo que el que se demanda de la legislación[39].

---

34. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Ahmed and others v. The United Kingdom*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 46.

35. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Castells v. Spain*, Sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 35 al 37.

36. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 30.

37. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Müller and others*, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 29. *Cf.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 45.

38. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 34.

39. *Cf., Ibidem.*

Por otra parte, a partir de lo señalado por la Corte Europea en el caso *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, en el sentido que esta garantía intenta evitar una interferencia *arbitraria* con la libertad de expresión[40], esta disposición se invocó en el caso *Tolstoy Miloslavsky*, en que el afectado había sido condenado en un proceso por difamación a pagar, como indemnización, la suma de 1 millón y medio de libras esterlinas. Si bien el afectado no negó que la indemnización, apreciada discrecionalmente por el jurado, tenía fundamento en el Derecho inglés, sostuvo que dicha ley no le permitía prever, en una apreciación razonable del mismo, que el monto de esa compensación podría ser tal alto como un millón y medio de libras esterlinas; en su opinión, al momento de emitirse dicha sentencia no existía en el Derecho inglés un principio reconocido que exigiera que la compensación guardara proporción con el propósito de reparar el daño causado a la reparación del demandante; además, señaló que hubiera sido imposible para sus asesores legales predecir una compensación de esa magnitud, teniendo en cuenta que ella era tres veces mayor que el monto otorgado previamente por un jurado en casos por difamación, y que incluso era sustancialmente mayor que la compensación acordada en un caso por lesiones a un demandante que hubiera sufrido una extremadamente severa incapacidad física o mental[41]. Sin embargo, la Corte Europea tuvo en consideración que éste era un caso excepcionalmente grave de difamación, en que incluso el abogado del demandado y el demandado mismo habían aceptado, durante la audiencia en los tribunales ingleses que, si se determinaba que había habido difamación, el jurado tendría que conceder una cifra considerable a título de compensación; asimismo, el tribunal europeo aceptó que la legislación nacional para el cálculo de los daños a la reputación en un caso por difamación deben considerar una amplia variedad de situaciones de hecho, por lo que debía admitirse que un grado considerable de flexibilidad puede ser necesario para permitir al jurado apreciar el monto de los daños en un caso particular; por consiguiente, la Corte Europea rechazó que la noción de que una interferencia con la libertad de expresión esté *prescrita por la ley* deba interpretarse en el sentido de permitir al afectado, incluso con asistencia legal apropiada, poder anticipar, con cualquier grado de certeza, el monto de la compensación que pueda acordarse en su caso particular, y consideró que las normas legales relevantes para la determinación de la compensación en juicios por difamación habían sido formuladas con suficiente precisión[42].

2. La accesibilidad o publicidad de la norma

El principio de reserva legal carecería de toda relevancia si, como en *El Proceso*, de Kafka, las leyes formaran parte de una esfera misteriosa, desconocida, e inaccesible para los ciudadanos comunes. En consecuencia, no basta con que una determinada restricción de la libertad de expresión esté basada en la ley si, paralelamente, no se sabe cuál es esa base legal. Sobre este particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha incorporado la noción de *accesibilidad* de la norma, en el sentido de su publicidad o de que pueda ser conocida por los ciudadanos, a fin de permitirles adaptar su conducta a la

40. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, Sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 47.

41. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 38.

42. *Cf.*, *ibid*, párrafos 40, 41, y 44.

misma. Pero, si bien este requisito normalmente se cumplirá con la publicación de la norma en cuestión en una gaceta o boletín oficial del Estado, el tribunal europeo ha aceptado que, en el caso de textos muy extensos y de carácter técnico, simplemente se proporcione información sobre el sitio en el cual se pueden encontrar y consultar los mismos. Según la Corte, esta es una materia que depende del contenido del instrumento en cuestión, de la esfera que está dirigido a cubrir, del número de personas a quienes afecta, y de la condición de las mismas; en el caso *Groppera*, el citado tribunal observó que las disposiciones pertinentes del Derecho internacional de las telecomunicaciones eran muy complejas y de un alto contenido técnico (más de mil páginas), que ellas estaban dirigidas a especialistas que sabían como obtenerlas, y que podían consultarse en las oficinas de la Administración de Correos y Telecomunicaciones en Berna, o que podían obtenerse de las oficinas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en Ginebra[43].

3. Las existencia de garantías procesales

También se ha sugerido que el requisito que comentamos no estaría suficientemente satisfecho con la mera circunstancia de que la restricción que se invoca se encuentre formalmente prevista por la ley, sino que sería indispensable que esa restricción sea aplicada en el marco de un procedimiento judicial, en el que el afectado disponga de suficientes garantías para hacer valer sus derechos. Este requisito resulta especialmente pertinente en el caso de la Convención Americana, que sólo permite la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores, las cuales deben establecerse sobre la base del Derecho, teniendo en cuenta las garantías judiciales que la misma Convención consagra. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las personas que, como resultado del ejercicio de la libertad de expresión, se consideren lesionadas en su honra o su dignidad, cuentan con recursos adecuados en los tribunales de justicia[44]. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para que pueda establecerse válidamente la responsabilidad por eventuales abusos de la libertad de expresión, según la Convención es preciso que se reúnan varios requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines[45]. Pero, obviamente, cualquier responsabilidad derivada del ejercicio de la libertad de expresión debe ser establecida por los tribunales, observando las debidas garantías.

Este argumento se invocó en el caso *Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, en que, de conformidad con la ley, las autoridades habían confiscado la edición número 267 de una publicación semanal holandesa, por considerar que su difusión podía infringir el art. 98 del Código Penal holandés y comprometer la seguridad nacional; como

---

43. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 68.

44. *Cf.*, Caso n° 11.230, 3 de mayo de 1996, *Francisco Martorell vs. Chile*, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre casos particulares, n° 11/96, párrafo 69.

45. *Cf.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*, serie A, n° 5, párrafo 39.

dicha confiscación no fue seguida de una acusación criminal en contra de los responsables de la publicación del semanario, éstos alegaron que, para que la mencionada restricción de la libertad de expresión fuera compatible con la exigencia de estar prescrita por la ley, era necesario que dicha medida se dispusiera en el contexto de un procedimiento criminal puesto que, dada la importancia de la libertad de expresión, sólo ese tipo de procedimiento proporcionaba suficientes garantías. Por el contrario, en el presente caso el fiscal había obtenido la orden judicial para confiscar la ya referida publicación sin tener que probar, en un procedimiento contradictorio, que la información cuya divulgación se estaba impidiendo comprometía la seguridad nacional y debía mantenerse secreta[46]. Si bien la Corte Europea de Derechos Humanos no acogió enteramente este argumento, pues consideró que la exigencia de que toda restricción de la libertad de expresión deba estar prescrita por la ley no impide ordenar la confiscación o el retiro de la circulación de un material impreso, al margen de un procedimiento criminal; en opinión de la Corte, las autoridades nacionales deben estar en capacidad de adoptar ese tipo de medidas para evitar la divulgación de secretos sancionados por la ley sin tener que iniciar una acción penal en contra del responsable, siempre que la legislación nacional le proporcione al afectado suficientes garantías procesales para objetar dicha medida, como en efecto ocurría en este caso[47]. En un caso más reciente, la Corte Europea ha rechazado que se pueda exigir a una persona probar la veracidad de sus afirmaciones y, al mismo tiempo, privarla de una oportunidad efectiva para presentar evidencia en tal sentido, demostrando el carácter apropiado de sus comentarios[48]. Asimismo, en el caso de la Asociación Ekin contra Francia, en que la autoridad administrativa prohibió la circulación de un libro editado en el extranjero sin un control jurisdiccional previo, debiendo esperar más de nueve años antes de que se produjera una decisión judicial definitiva sobre la legalidad de dicha medida, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la duración de ese procedimiento lo privaba de toda eficacia, y que el control jurisdiccional existente en materia de prohibición administrativa de publicaciones no reunía las garantías suficientes para evitar abusos[49].

La ausencia de garantías judiciales al adoptar medidas restrictivas de la libertad de expresión también ha sido considerada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente en el caso *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*[50]. En este caso, la legislatura del estado de Rhode Island había creado una comisión para estimular la moral en la juventud, la cual tenía el deber de educar al público en lo relativo a libros, fotografías, panfletos, papeles impresos, u otros materiales que contuvieran un lenguaje obsceno, indecente o impuro, o que manifiestamente tuvieran la tendencia de corromper a la juventud. El procedimiento adoptado por la referida Comisión incluía una notificación al distribuidor de la publicación indicándole que ciertos libros o revistas distribuidos por él habían sido revisados por la Comisión y que se había declarado que los mismos eran inapropiados para su venta, distribución, o exhibición a menores de 18 años de edad, por lo que se requería su cooperación; listas de esas publicaciones inapropiadas se

46. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, Sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafo 30.

47. *Cf., ibid*, párrafo 32.

48. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case *of Jerusalem v. Austria*, Sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 46.

49. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Affaire *Association Ekin c. France*, Sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 61.

50. *Cf., Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963).

hacían llegar a las estaciones de policía, y la Comisión tenía el deber de recomendar al Fiscal General que instruyera un procedimiento penal en contra de quienes compraran material pornográfico[51]. El efecto de tales notificaciones -con la amenaza implícita de una acusación penal- era intimidar a los distribuidores de esas publicaciones, los cuales se abstenían de tomar nuevas órdenes respecto de las publicaciones proscritas, cesaban de vender las copias que tenían a su disposición, retiraban de los minoristas las copias no vendidas y las devolvían a sus editores; en consecuencia, las actividades de la Comisión se traducían en la supresión de la venta y de la circulación de las publicaciones mencionadas en las listas antes referidas, las cuales incluían publicaciones no obscenas. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el esquema diseñado por el estado de Rhode Island constituía una forma de censura gubernamental, desprovista de las garantías constitucionales del debido proceso requeridas para regular la obscenidad; el tribunal recordó decisiones anteriores suyas, señalando, en primer lugar, la complejidad de lo que determina la obscenidad, y la necesidad vital de que, al establecer su presencia, se apliquen las garantías que eviten negar la protección de la libertad de expresión respecto de materiales que no tratan el sexo de una manera que apela a los intereses lascivos y, en segundo lugar, la circunstancia de que la garantía constitucional del debido proceso no deja a los estados en libertad para adoptar cualquier procedimiento que les plazca para determinar el carácter obsceno de un determinado material, sin considerar las posibles consecuencias que eso pueda tener respecto de expresiones constitucionalmente protegidas[52]. En opinión de la Corte, citando lo dicho por ella misma en *Speiser v. Randall*[53], la línea entre la expresión constitucionalmente protegida y expresiones que legítimamente pueden ser reguladas está muy finamente dibujada, por lo que la separación de las expresiones legítimas de aquellas que son ilegítimas requiere la utilización de herramientas muy sensibles[54]. Como correctamente observa la Corte, al obviar la necesidad de emplear sanciones penales, el estado eliminó, al mismo tiempo, las garantías del proceso penal; de manera que, como cualquier sistema de censura previa es visto con desconfianza y se presume que es constitucionalmente inválido, tal sistema es tolerado sólo si opera bajo una estricta supervisión judicial que determine la validez de dicha restricción[55]. Por el contrario, el informal sistema de censura administrativa instaurado en el estado de Rhode Island no contemplaba nada de lo anterior, y sólo permitía especular si las publicaciones incluidas por la Comisión en la lista de material censurable habían sido consideradas obscenas o simplemente perjudiciales para la moral de la juventud.

La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de garantías procesales en los casos en que haya razones para censurar la correspondencia de los reclusos. En efecto, en el caso *Procunier v. Martínez*, la Corte señaló que la decisión de censurar, o de retener una carta, debe estar acompañada por garantías procesales mínimas, entre las que se menciona el que recluso sea notificado de esa medida, ya sea que se trate de correspondencia enviada por él o dirigida a

---

51. *Cf., Ibidem.*
52. *Cf., Ibidem.*
53. *Cf., Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).
54. *Cf., Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963). Además de *Speiser v. Randall*, la jurisprudencia citada por el tribunal incluye *Alberts v. California*, 354 U.S. 476 (1957), *Marcus v. Search Warrant*, 367 U.S. 717 (1961), *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), *Winters v. People of State of New York*, 333 U.S. 507 (1948), y *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).
55. *Cf., Ibidem.*

éste, y que se otorgue al autor de la carta una oportunidad razonable de objetar esa decisión, pudiendo dirigirse a una persona distinta al oficial de la prisión que la desaprobó[56]. Asimismo, en el caso de una ley del estado de Texas, que, sobre la base de que en el pasado se habrían exhibido películas obscenas en una determinada sala de cine, permitía suspender en forma indefinida la exhibición de películas en esa misma sala, sin una determinación judicial previa sobre su obscenidad, y sin una garantía de un pronunciamiento judicial pronto y expedito sobre su probable obscenidad, la Corte entendió que esa ley era inconstitucional porque carecía de las garantías procesales indispensables[57].

Sin duda, si el autor de una publicación ha incurrido en algún exceso en cuanto al tipo de mensaje que transmite, debe responder por su temeridad; pero también debe contar con todas las garantía judiciales indispensables para defender su derecho a expresarse. Después de todo, la libertad de expresión es un derecho fundamental, que tiene un carácter preferente frente a otros derechos, que se levanta como una barrera frente al poder estatal, y que -a menos que se le pretenda vaciar de contenido- no puede verse avasallado sin que se alegue una razón legítima, cuya existencia sea debidamente establecida por una instancia judicial.

II. LOS PROPÓSITOS QUE SE CONSIDERAN LEGÍTIMOS

La legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión es un asunto de la mayor importancia práctica, pues es en función de ella que debe evaluarse el contenido de las leyes, las cuales deben guardar relación con los propósitos que se consideran legítimos. En este sentido, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa ha resaltado la importancia que tiene el que las restricciones a que los Estados puedan someter los derechos humanos sean sólo las que estén expresamente previstas por la ley, y que se apliquen de manera compatible con las obligaciones que esos Estados han contraído de acuerdo con el Derecho Internacional[58]. El sentido finalista de estas restricciones es de particular importancia, y pone de relieve el que los Estados no pueden restringir la libertad de expresión con el propósito de anular el ejercicio de la misma. Sin embargo, el mero hecho de que una interferencia con la libertad de expresión persiga alguno de los objetivos legítimos no implica, por si solo, que esa restricción sea legítima, o que sea necesaria en una sociedad democrática, y que no esté sujeta a control internacional.

Sin duda, regular cualquier forma de expresión entraña un peligro inherente para la plena vigencia de esta libertad, por lo que toda reglamentación o restricción de la misma debe confinarse a un ámbito muy limitado, en el que la intervención del Estado esté justificada como resultado de un interés legítimo prevaleciente. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la Convención Americana no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella consagra sean lícitas; además, se requiere que esas leyes se dicten

---

56. *Cf.*, *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

57. *Cf.*, *Vance v. Universal Amusement Co.*, 445 U.S. 308 (1980). *Cf.*, también, *Freedman v. Maryland*, 390 U.S. 51 (1965).

58. *Cf.*, el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, del 29 de junio de 1990, párrafo 24.

por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas[59]. Citando la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte ha expresado que el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del *bien común*, noción a la cual se hace referencia en el art. 32 N° 2 de la Convención, y que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad[60].

Para que una restricción de la libertad de expresión sea legítima, ella debe estar dirigida a proteger alguno de los derechos o intereses específicamente mencionados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay absoluta coincidencia en cuanto a los propósitos que autorizan restringir el ejercicio de la libertad de expresión; en ambos casos esos objetivos incluyen: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, c) la protección del orden público, d) la protección de la salud pública y e) la protección de la moral pública. El art. 10 N° 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos menciona otros elementos, tales como la integridad territorial del Estado, la seguridad pública, la necesidad de evitar la divulgación de información recibida en confidencia, y la necesidad de mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial; además, el art. 16 de la Convención Europea dispone que nada de lo previsto en el art. 10 (al igual que en los artículos 11 y 14) será considerado como un obstáculo para imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. El análisis de estas circunstancias será examinado más adelante, explorando si ellas están implícitas en las ya previstas por el Pacto y por la Convención Americana, o si, por el contrario, se trata de circunstancias distintas y adicionales a las anteriores. En cuanto a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el art. 29 indica que los derechos y las libertades de cada persona se ejercen respetando los derechos de los demás, la seguridad colectiva, la moral, y el interés común, y señala la necesidad de velar por la preservación y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos. A título ilustrativo, debe observarse que, en el art. 5 del proyecto de Declaración sobre Libertad de Información, aprobado por el Consejo Económico y Social de la ONU, se señala que ésta no puede ejercerse en oposición a los principios y propósitos de las Naciones Unidas, y que sólo podrá estar sujeta a las *limitaciones* que establezca la ley con el único propósito de lograr el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la seguridad nacional, el orden público, la moral, y el bienestar general en una sociedad democrática.

Todas estas listas son exhaustivas, sin que se les puedan añadir otros elementos considerados igualmente importantes; en consecuencia, cualquier consideración que no se encuentre expresamente prevista en ellas es absolutamente inadmisible, y constituye una interferencia indebida con la libertad de expresión. No obstante, debe observarse que los criterios excesivamente ambiguos contemplados en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, tales como *moral*, *interés común*, o *la preserva-*

59. *Cf., La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986*, párrafo 28.

60. *Cf., ibid*, párrafo 29.

ción y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos, por su falta de precisión, si bien no podría decirse que constituyen una violación del principio de legalidad, se apartan ostensiblemente de lo que es la esencia del mismo. Aunque en menor medida, este problema también se plantea en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, particularmente en lo que se refiere a la interpretación extensiva que se puede hacer de los conceptos de *moral pública* y de *orden público*, que se pueden prestar para hacer aplicables esas restricciones a los intereses sociales o culturales del Estado, o incluso a la protección de una determinada religión[61]; en el mismo sentido, y aunque haya sido superada por instrumentos vinculantes y de mayor entidad, también es bueno recordar la ambigüedad e imprecisión de algunos conceptos utilizados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 29 N° 2 expresa que el ejercicio de los derechos humanos está sujeto a las limitaciones establecidas por la ley con el objeto de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer *las justas exigencias de la moral*, del orden público, y del *bienestar general* en una sociedad democrática.

Estas imprecisiones han permitido que, en el caso de una condena penal que, según el gobierno, tenía por objeto proteger el orden público y la seguridad nacional, el afectado haya alegado ante la Corte Europea de Derechos Humanos que de la sentencia dictada en su contra se desprendía que el objeto de la interferencia con su libertad de expresión no habría sido ninguno de los anteriores sino preservar el honor del gobierno; en este mismo caso, una sentencia del Tribunal Constitucional español también había subrayado que la seguridad del Estado podía verse comprometida por actos dirigidos a *desacreditar las instituciones democráticas*. En este caso, la Corte Europea observó que el señor Castells no solamente describía en su artículo de prensa una situación sumamente grave, caracterizada por numerosos asesinatos cometidos en el país Vasco, sino que se quejaba de la inactividad de las autoridades -y en particular de la policía-, acusándolos de colusión con los responsables de esos asesinatos y sugiriendo que los responsables estaban en el gobierno; bajo esas circunstancias, la Corte Europea consideró que las medidas adoptadas en contra del afectado lo habían sido para la prevención del desorden, y no solamente para la protección de la reputación de otros[62]. En realidad, no es extraño que una misma medida persiga dos o más de los propósitos antes referidos. En el caso *Karatas*, en que Turquía condenó a prisión y al pago de una multa al autor, de origen kurdo, de una antología de poemas que se consideraba que constituía propaganda en contra de *la unidad indivisible del Estado*, disponiendo además la confiscación de la publicación en cuestión, teniendo en cuenta lo sensible de la situación en el sudeste de Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos admitió que esas medidas podían perseguir algunos de los objetivos mencionados por el gobierno turco, y en particular la protección de la seguridad nacional, de la integridad territorial, y de la prevención del desorden y el delito[63].

---

61. *Cf.*, en este sentido, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, El derecho a la libertad de opinión y de expresión, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 76.

62. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Castells v. Spain*, Sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 38 y 39.

63. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 44. El título de la obra objetada es *La canción de la rebelión - Dersim*; en la misma se glorificaba la rebelión armada en el Kurdistán y se propiciaba la independencia de esa región.

Pero también es importante subrayar que, según el art. 30 de la Convención Americana, las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren *por razones de interés general* y con el propósito para el cual esas restricciones han sido establecidas. Por consiguiente, no es legítimo que, con el pretexto de alguno de los propósitos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se adopten medidas ideológicamente motivadas, que restrinjan el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado como incompatibles con la libertad de expresión -y con la vigencia de un sistema democrático representativo de gobierno- la existencia de figuras delictivas que sancionan a una persona solamente en razón de sus creencias[64]; asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha condenado la existencia de disposiciones constitucionales que, como en el caso del art. 71 de la Constitución paraguaya de 1967, prohibía predicar el odio entre los paraguayos, o la lucha de clases, o hacer la apología del crimen o la violencia, y que, en opinión de la Comisión, había sido empleada repetidamente para silenciar simples expresiones de disconformidad de la oposición[65]. Según la Comisión Interamericana, la *seguridad nacional*, el *orden público*, o *la salud o la moral públicas*, no constituyen conceptos vacíos que el Estado pueda determinar libre o arbitrariamente, sino que configuran lo que la doctrina jurídica conoce como conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido se puede precisar utilizando las reglas de la razonabilidad y de la sana lógica, y cuya interpretación sólo permite una solución justa[66]. Pero referirse a una *solución justa* resulta incluso más ambiguo que los conceptos que se desea interpretar; de manera que, tal vez, sería más adecuado señalar que esos conceptos deben interpretarse en el contexto del tratado respectivo, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Un peligro implícito en las consideraciones antes referidas radica en que, invocando formalmente alguno de los propósitos que permiten restringir legítimamente la libertad de expresión, en realidad se persiga un objetivo diferente, que no está previsto entre aquellos que se consideran legítimos. En este sentido, en el caso: *Karatas*, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que el afectado había sido condenado no tanto por haber incitado a la violencia, sino por haber diseminado propaganda separatista, refiriéndose a una región de Turquía como el Kurdistán, y por haber glorificado el movimiento insurreccional en esa región[67]. En estas circunstancias, cualquier restricción de la libertad de expresión resulta arbitraria, e incompatible con las normas internacionales que la regulan; por consiguiente, sin perjuicio de la deferencia que se debe conceder al Estado cuando éste alega alguno de los motivos que le faculta restringir la libertad de expresión, también es indispensable formular criterios que permitan detectar aquellos casos en que se coarta esta libertad con un propósito ilegítimo, tarea que ciertamente no es sencilla, debido al carácter subjetivo de muchos

64. *Cf.*, el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente a 1973*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1974, p. 29.

65. *Cf., Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1987, p. 71.

66. *Cf.*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso *11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes*, párrafo 76.

67. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 52.

de los propósitos señalados en los instrumentos internacionales que comentamos, pero que no por eso podemos eludir. En particular, al buscar los indicios de la verdadera motivación de una medida restrictiva de la libertad de expresión, debe considerarse las circunstancias en que se adoptó esas disposiciones, y la forma en que ellas han sido aplicadas.

Pero vale la pena insistir en que no es suficiente que una determinada restricción se imponga por razones de interés general si al mismo tiempo no persigue uno de los propósitos legítimos específicamente señalados previamente. Las cadenas de radio y televisión, tan frecuentes en nuestros países, en cuanto imponen al propietario del medio de comunicación la carga de transmitir gratuitamente un mensaje oficial, constituyen una restricción de la libertad de expresión que, sin duda, está sustentada en razones de interés general; pero si paralelamente no tienen como objetivo asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, la protección del orden público, la protección de la salud o de la moral pública, constituyen una interferencia ilegítima con la libertad de expresión, no permitida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni por la Convención Europea de Derechos Humanos, ni por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, un decreto del gobierno de Venezuela, que con el propósito de velar por el *patrimonio artístico nacional*, del cual *la música venezolana es una manifestación importante*, impone a las estaciones de radiodifusión sonora la obligación de incluir en sus programaciones musicales diarias como mínimo, un 50% de música venezolana[68], no corresponde a ninguno de los propósitos previstos como legítimos en los instrumentos internacionales antes referidos y, por lo tanto, es incompatible con los mismos.

Aunque en esta materia la Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado un enfoque diferente, que somete el ejercicio de la libertad de expresión a las restricciones que sean razonables, relativas a la oportunidad, el lugar, o la forma en que deseemos hacer uso de la misma, dicho tribunal ha subrayado que la aplicación de esta regla no puede estar basada en el contenido -o en el tema- de la expresión, ni puede estar abierta a la arbitrariedad; por consiguiente, la misma no admite su aplicación discrecional, pues ello podría conducir a la supresión de una idea o de un punto de vista particular[69]. En consecuencia, en la medida en que esas restricciones no pueden atacar la esencia de la libertad de expresión, puede decirse que el resultado es exactamente el mismo que se persigue en los instrumentos internacionales que comentamos.

Lo que obviamente escapa al ámbito de los propósitos que se consideran legítimos es la existencia de sistemas jurídicos que constitucionalmente asumen determinadas concepciones del Estado y de la vida pública, incorporando principios ideológicos o religiosos que no permiten el disentimiento o la expresión de ideas o creencias diferentes. Sobre este particular, se ha señalado que, para que la libertad de expresión sea efectiva, su ejercicio no debe estar vinculado a una determinada concepción de la vida pública pues, conforme al art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

68. *Cf.*, el decreto n° 598, del 3 de diciembre de 1974, publicado en la *G.O.* de la República de Venezuela del 9 de enero de 1975. Es interesante observar que la recientemente aprobada Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de 12 de junio de 2000, en su art. 208, n° 4, ha ratificado la vigencia de dicho decreto.

69. *Cf.*, por ejemplo, *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

Políticos, permitir la expresión de *ideas de toda índole* es una condición esencial para una verdadera libertad de expresión[70].

III. SU PROPORCIONALIDAD

Cualquier restricción de la libertad de expresión debe ajustarse estrictamente a lo que sea necesario para alcanzar el propósito legítimo que se persigue. Pero la circunstancia de que se persiga un fin legítimo no justifica recurrir a cualquier medio para lograrlo; tanto los fines como los medios deben ser igualmente legítimos, y ninguna medida restrictiva de la libertad de expresión puede interferir con ella substancialmente más de lo que sea estricta y razonablemente necesario. La demanda de proporcionalidad entre la interferencia a que se somete la libertad de expresión y los bienes jurídicos que se desea proteger impone a las autoridades del Estado la necesidad de poner en la balanza intereses contrapuestos e igualmente dignos de protección, debiendo determinar cuál es el que debe tener prioridad.

En el caso *News Verlags*, al pronunciarse sobre la falta de proporcionalidad de una decisión judicial que prohibía a una revista publicar la fotografía de una persona en conexión con el reportaje de procedimientos penales seguidos en su contra, la Corte Europea de Derechos Humanos parece haber tenido en consideración no sólo la circunstancia de que esa medida era lo suficientemente amplia como para prohibir la publicación de su foto independientemente del texto que la acompañara, sino que el carácter discriminatorio de la misma hacía que no hubiera proporcionalidad entre dicha medida y el fin legítimo que se perseguía; en efecto, el resto de los medios de comunicación pudo hacer uso indiscriminado de esa fotografía durante el curso de los procedimientos penales en contra del acusado[71].

En todo caso, es conveniente subrayar que este requisito resulta aplicable no sólo a las medidas dirigidas a evitar que se difunda un mensaje que pueda amenazar alguno de aquellos intereses cuya protección permite restringir la libertad de expresión, sino también a las sanciones posteriores que se puedan disponer como resultado del ejercicio abusivo de esa libertad, las cuales deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. En tal sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la condena penal de los periodistas no constituye un medio razonablemente proporcionado para procurar alguno de aquellos objetivos legítimos que autorizan restringir la libertad de expresión, pues también debe tenerse en cuenta el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa[72]. El mismo tribunal ha indicado que la compensación dispuesta en un juicio por difamación debe ser una suma proporcionada al daño causado. En efecto, en un caso en que, en un juicio por difamación, se acordó una indemnización de un millón y medio de libras esterlinas, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que un jurado no está en libertad de fijar el

---

70. *Cf.*, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 32.

71. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case *of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafos 47 y 59.

72. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Affaire *du Roy et Malaurie c. France*, Sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 37.

monto que le plazca a título de compensación, y que, de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, una indemnización por difamación debe guardar una razonable relación de proporcionalidad con el daño sufrido por la reputación de la persona agraviada; en el presente caso, el tribunal europeo observó que la suma acordada a título de compensación era tres veces mayor que la más alta compensación otorgada previamente en Inglaterra, sin que se hubiera otorgado una indemnización comparable desde que se dictó la sentencia respectiva, y que una compensación de esa magnitud debía ser objeto de especial análisis, debido a que el Derecho interno no contemplaba la garantía de una razonable relación proporcionalidad entre dicha compensación y el propósito legítimo que se perseguía con ella[73].

Vista desde otro ángulo, para que una medida restrictiva de la libertad de expresión sea legítima, debe haber una relación directa entre los fines que se persiguen y el medio empleado para alcanzarlos; en consecuencia, dicha restricción debe ser un medio eficaz para lograr esos fines, sin interferir con la libertad de expresión más allá de lo que sea estrictamente necesario. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando se trata de restricciones que interfieren con la difusión de juicios de valor, esa relación de proporcionalidad entre medios y fines puede depender de que exista una suficiente base fáctica que sirva de sustento a esos juicios de valor[74]; asimismo, la Corte ha subrayado que la proporcionalidad de una interferencia con la libertad de expresión puede depender de la oportunidad que se le haya brindado a la persona afectada por la misma para demostrar que lo afirmado por ella constituía un comentario apropiado (*fair comment*)[75]. Por el contrario, la Corte Europea ha aceptado que las autoridades del Estado, como responsables del orden público, puedan adoptar medidas, incluso de naturaleza penal, para reaccionar *apropiadamente y sin exceso* ante los ataques y las críticas injustificadas de sus adversarios[76]; pero debe observarse que el tribunal parece restringir este tipo de medidas sólo a aquellos casos en que tales expresiones inciten a la violencia en contra de un individuo, de un funcionario público, o de un sector de la población[77]. Además, el tribunal europeo ha señalado que al ponderar la proporcionalidad de la medida adoptada por el Estado, cuando ésta consista en sanciones penales, también debe tenerse en cuenta la severidad de las mismas[78]. Sin embargo, el juez Bonello -de la Corte Europea de Derechos Humanos- considera que, en una sociedad democrática, la sanción penal de aquellos que estimulan la violencia sólo puede estar justificada si el mensaje tiene el efecto de producir un peligro claro y presente; pero, en su opinión, cuando la invitación al uso de la fuerza se presenta en forma intelectualizada, abstracta, y remota en términos de tiempo y espacio del lugar de un foco de conflicto actual o inminente, la libertad de expresión conserva su carácter fundamental y debe prevalecer[79].

---

73. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafos 49 y 55.
74. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case *of Jerusalem v. Austria*, Sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 43.
75. *Cf.*, *ibid*, párrafo 46.
76. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.
77. *Cf.*, *Ibidem*.
78. *Cf.*, *ibid*, párrafo 62.
79. *Cf.*, su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999.

Por su trascendencia, a este elemento se hace referencia en el documento de Copenhague sobre la dimensión humana de la seguridad y cooperación en Europa, en el que la OSCE indicó que cualquier restricción a los derechos y libertades debe relacionarse con alguno de los objetivos de la ley pertinente, y debe ser *estrictamente proporcionada* a ese objetivo[80]. Esa proporcionalidad debe medirse en una doble dimensión: por una parte, las medidas adoptadas para restringir la libertad de expresión deben ser proporcionadas al bien jurídico que se pretende proteger; por la otra, este criterio supone un adecuado equilibrio entre la legitimidad de la expresión y la legitimidad de las restricciones a que se le quiere someter, lo cual implica un juicio de valor sobre el contenido del mensaje.

A juicio de los relatores especiales designados por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de Naciones Unidas para examinar el derecho a la libertad de opinión y de expresión, la privación de libertad es una sanción manifiestamente desproporcionada, que no debería estar prevista en el ámbito de la libertad de expresión, salvo en los casos excepcionales en que exista un peligro manifiesto e inmediato de violencia[81]. En opinión de los relatores especiales, las sanciones que afectan la libertad de desplazamiento de las personas, o el ejercicio de sus actividades profesionales -tales como la prohibición de escribir o dirigir un periódico, la prohibición de enseñar, las dimisiones forzadas, o la obstrucción de los ascensos- plantean cuestiones de proporcionalidad y de necesidad democrática, a pesar de que ellas no son necesariamente aplicadas por los órganos del Estado sino que por grupos privados[82]. Por el contrario, el derecho de respuesta, entendido ya sea como sanción penal o como reparación civil, o la obligación de publicar el fallo condenatorio en un proceso por difamación no plantearían dificultades en cuanto a su proporcionalidad[83]. Pero no obstante la frecuencia con que se le utiliza y el carácter radical que ella reviste, constituyendo una forma de censura, los relatores no se refieren a la confiscación de una publicación diseñada para ser distribuida entre el público, que tiene el efecto de la censura, y cuyas consecuencias adversas pueden no tener ninguna proporción con los legítimos intereses que esa medida pretende proteger. En otras palabras, lo que este principio requiere es asegurarse que el remedio no pueda ocasionar un mal mayor que el daño que se pretende evitar, y que para alcanzar el objetivo que se persigue se recurra a la medida menos restrictiva de la libertad.

De manera concordante con lo antes expuesto, el magistrado Tomás Vives Antón, del Tribunal Constitucional español, ha sostenido que el recurso a la vía penal es incompatible con la libertad de expresión pues, en su opinión, la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que

---

80. *Cf.*, el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, del 29 de junio de 1990, párrafo 24.

81. *Cf.*, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 83.

82. *Cf.*, *ibid*, párrafos 84 y 86.

83. *Cf.*, *ibid*, párrafo 148.

constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos) puede producir sobre ésta un *efecto de desaliento* que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones[84].

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha subrayado la necesidad de que la naturaleza y la severidad de las sanciones dispuestas en un caso particular sean factores que también se tomen debidamente en cuenta al evaluar la proporcionalidad de ese tipo de interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión; en este sentido, en el caso: *Karatas* el tribunal europeo se mostró sorprendido por el persistente empeño del fiscal en asegurar una sentencia condenatoria, y por la severidad de la pena impuesta al afectado, que había sido condenado a más de trece meses de prisión por la publicación de una antología de poemas que, aunque contenía pasajes particularmente agresivos en contra de las autoridades turcas, sólo podía tener un impacto limitado en un número reducido de lectores[85]. Este criterio no fue compartido por algunos jueces de la Corte Europea, quienes *por contraste* citaron la letra de la Marsellesa como un ejemplo poético del llamado a las armas[86]. Asimismo, el tribunal europeo ha subrayado la necesidad de que exista un adecuado equilibrio entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y la conducta que con ellas se intenta rectificar; en este sentido, en el caso *Marônek v. Slovakia*, la Corte sostuvo que las razones invocadas por los tribunales domésticos para imponer una condena por difamación no parecían suficientemente convincentes como para justificar el relativamente alto monto de la compensación pecuniaria acordada a los demandantes pues, entre otras cosas, ellos habían sido objeto de un procedimiento disciplinario antes de la publicación de la carta abierta que dio origen al juicio por difamación; de manera que cualquier daño que ellos hubieran sufrido en este contexto no podía imputarse al peticionario, y no podía concluirse que había una relación razonable de proporcionalidad entre la medida aplicada por las autoridades nacionales y el propósito legítimo perseguido por ellas[87]. En el mismo sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, la Corte sostuvo que el hecho que a un periodista se le hubiera impuesto una pequeña multa por producir y difundir un programa de televisión en el que sus entrevistados emitieron conceptos racistas no era relevante; lo que importaba es que el periodista fue condenado, y que esta medida era desproporcionada para lograr el objetivo de proteger la reputación o los derechos de otros[88]. En el mismo sentido, en el caso *Lopes Gomes da Silva*, contrariamente a lo que sostenía el gobierno de Portugal, La Corte Europea indicó que lo relevante no era el carácter mínimo de la pena (de carácter puramente pecuniario) infligida al periodista, sino el hecho mismo de su con-

---

84. Voto particular que formula a la sentencia n° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo n° 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, n° 147 (suplemento).

85. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 49, 52, y 53. Si bien dichos poemas podían interpretarse como una incitación al odio, a la rebelión, y al uso de la violencia, la Corte llamó la atención sobre la naturaleza del medio empleado por el afectado -la poesía-, forma de expresión que, en opinión del tribunal, atraería sólo a una minoría de lectores.

86. *Cf.*, la opinión conjunta, parcialmente disidente, de los jueces WILDHABER, RIDRUEJO, Pastor, COSTA, y BAKA, en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999. En opinión de quien escribe estas líneas, esa apreciación atribuye a la Marsellesa una dimensión mucho mayor de la que tiene en cuanto expresión de un sentimiento revolucionario en marcha, y la confunde con la causa de la revolución.

87. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case *of Marônek v. Slovakia*, Sentencia del 19 de abril de 2001, párrafos 58 y 59.

88. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Jersild v. Denmark*, Sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafos 35 y 37.

dena, pues, considerando el interés de una sociedad democrática en preservar una prensa libre, la condena de los periodistas no representa un medio razonablemente proporcionado para procurar el objetivo legítimo que se perseguía[89].

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, una de las razones que justifica el reconocer a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación para determinar si una interferencia con la libertad de expresión es proporcionada al fin legítimo que persigue deriva de los *deberes y responsabilidades* que, según el art. 10 de la Convención Europea, entraña el ejercicio de esta libertad, los cuales asumen una significación especial al momento de restringir su ejercicio[90]. En opinión de la Corte Europea, al revisar las decisiones de las tribunales nacionales, ella debe asegurarse que las sanciones impuestas a la prensa hayan sido estrictamente proporcionadas y requeridas por afirmaciones que traspasaron los límites de la crítica aceptable, pero sin privar de protección a las afirmaciones efectivamente amparados por el art. 10 de la Convención Europea; por consiguiente, el ejercicio de la libertad de expresión es un asunto complejo y delicado, por lo que una sanción impuesta a un periodista sólo se justifica si lo expresado por éste ha traspasado los límites de la crítica aceptable[91].

En el caso de la confiscación de una película, no obstante que ella hacía permanentemente imposible que se pudiera exhibir en cualquier otro lugar distinto a la jurisdicción que la censuró, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que dicha medida no era desproporcionada en relación con el propósito legítimo que se perseguía, y que no podía interpretarse que el art. 10 de la Convención Europea prohibía la confiscación de objetos cuya utilización había sido declarada ilícita[92]. Pero, por otra parte, ese mismo tribunal ha señalado que el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre debe pesar decisivamente en la balanza al determinar si una restricción ha sido proporcionada al propósito legítimo que se persigue con ella[93]. En su sentencia en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en que las autoridades nacionales habían dispuesto que un periodista revelara la fuente de su información respecto de las dificultades financieras de una empresa, la Corte determinó que los intereses de esa empresa en eliminar de esta forma la amenaza residual de difundir información confidencial por medios distintos de la prensa, desenmascarando a un empleado desleal, y pudiendo demandarlo para obtener una compensación, incluso si se consideraban en forma acumulativa, no eran suficientes para superar la importancia del interés público en proteger las fuentes periodísticas, por lo que, en opinión de la Corte, no había una relación de proporcionalidad entre el legítimo objetivo que se perseguía mediante la orden de revelar la fuente y los medios empleados para alcanzarlo[94]. Asimismo, en el caso *Ezelin*, en que un abogado fue objeto de sanciones disciplinarias por no haber manifestado su desacuerdo con los inmanejables incidentes que ocurrieron durante una manifestación

89. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Affaire *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, Sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafo 36.

90. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 43.

91. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case *of Perna v. Italy*, Sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 46.

92. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 57.

93. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

94. *Cf.*, *ibid*, párrafos 45 y 46.

en la que había participado, entendiendo que esa actitud era el reflejo de que dicha persona avalaba y apoyaba activamente tales excesos, aunque la Corte Europea admitió que dicha medida perseguía el propósito legítimo de prevenir el desorden, y si bien la pena impuesta se situaba en el nivel más bajo de las sanciones disciplinarias previstas en el decreto que regulaba el ejercicio de la profesión de abogado, el citado tribunal indicó que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses no puede resultar en disuadir a los abogados de manifestar sus ideas o creencias por temor a sanciones disciplinarias[95].

En el caso de una publicación periódica respecto de la cual se dispuso una orden de prohibición de volver a publicar un artículo que, a partir de un incidente suficientemente comprobado pero posiblemente aislado, criticaba las prácticas comerciales de una empresa, la misma Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que, en una economía de mercado, una empresa inevitablemente se expone a una estricta vigilancia por parte de sus competidores; de manera que sus estrategias comerciales y su forma de cumplir sus compromisos pueden dar origen a críticas de parte de los consumidores y de la prensa especializada. El tribunal europeo admitió que, para llevar a cabo esta tarea, la prensa especializada debía poder revelar hechos que podían ser de interés para sus lectores, y contribuir a la transparencia de las actividades comerciales. Sin embargo, en una votación dividida nueve votos contra nueve, con el voto decisorio del Presidente, en este caso el tribunal consideró que incluso la publicación de asuntos que eran verdaderos y que describían eventos reales, podían, bajo ciertas circunstancias, estar prohibidos; además, una afirmación veraz puede estar calificada por observaciones adicionales, por juicios de valor, por suposiciones, o incluso por insinuaciones. Según la Corte, también debe reconocerse que un hecho aislado merece ser analizado muy de cerca antes de hacerlo público; de lo contrario, una descripción veraz de ese incidente puede dar la falsa impresión que éste es evidencia de una práctica general. De manera que, a juicio del tribunal, todos estos elementos podían contribuir legítimamente a la valoración de la afirmación hecha en un contexto comercial, pero que correspondía a los tribunales nacionales decidir qué afirmaciones podían permitirse y cuales no[96]. En consecuencia, hay que inferir que en este caso, según la Corte Europea, la restricción a la libertad de expresión aplicada por los tribunales alemanes prohibiendo que se volviera a publicar la información contenida en uno de sus boletines, fue proporcionada al propósito de proteger los derechos de otros[97]. Asimismo, en el caso *Rekvényi v. Hungary*, en que diversas disposiciones del Derecho húngaro -incluyendo normas constitucionales- restringían la participación política de los policías, la Corte Europea aceptó que el propósito de las mismas era despolitizar los cuerpos policiales, en un momento en que Hungría se estaba transformando de un régimen totalitario a una democracia pluralista, y que, en vista del compromiso que durante el período anterior la policía tenía con el partido gobernante, dicha restricción era necesaria, *inter alia*, para proteger la seguridad pública y para prevenir el desorden[98], y no constituía una medida que pudiera considerarse excesiva[99]

95. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafos 47 y 52.

96. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 35.

97. *Cf.*, *ibid*, párrafo 31.

98. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 39 y 41.

99. *Cf.*, *ibid*, párrafo 49.

o desproporcionada[100]. El tribunal subrayó que los oficiales de policía están investidos de poderes coercitivos para regular la conducta de los ciudadanos, y que en algunos países pueden portar armas para el desempeño de sus funciones; además, la fuerza policial está al servicio del Estado, y los miembros del público tienen derecho a esperar que, en su trato con la policía, ellos se enfrenten con oficiales políticamente neutrales, que no están comprometidos en la refriega política; por consiguiente, la Corte estimó que el deseo de asegurar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea afectado por la corrosión de la neutralidad política de sus oficiales es perfectamente compatible con principios democráticos, y persigue el objetivo legítimo de proteger, *inter alia*, la seguridad pública y la prevención del desorden[101], por lo que las medidas que restringían la actividad política de los policías no eran desproporcionadas para lograr esos objetivos[102]. Por el contrario, en una decisión más reciente, en un caso en que se obligó a pagar una cuantiosa indemnización pecuniaria a los responsables de publicar por la prensa las entrevistas concedidas por quienes se habían sometido a operaciones de cirugía estética, en las que señalaban que después de las mismas habían quedado *desfiguradas*, que sus vidas habían sido *arruinadas*, que habían sido *mutiladas*, y que no habían contado con los cuidados necesarios después de la operación, la Corte Europea consideró que no había una razonable relación de proporcionalidad entre las restricciones a que, con dicha medida, se sometía a la libertad de expresión, y los legítimos objetivos que se perseguían[103]; le sentencia impugnada imponía una indemnización pecuniaria cercana a los 5 millones de coronas noruegas que, según los afectados, era la más cuantiosa que se había concedido por los tribunales noruegos en un caso de difamación, y que tenía un efecto inhibidor en el ejercicio de la libertad de expresión[104].

La existencia de otros medios que hagan posible la difusión de determinadas informaciones o ideas es, también, otro elemento que la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido en consideración para establecer si una medida que restrinja la libertad de expresión es proporcionada al propósito que se persigue. En este sentido, en el caso *Jacubowski v. Germany*, en que los tribunales nacionales habían prohibido a una persona distribuir una circular que pretendía servir de respuesta a un comunicado de prensa emitido por sus antiguos empleadores y que ponía en duda su competencia profesional, el tribunal europeo observó que tal prohibición se refería solamente al método elegido para circular esa información, y que el afectado podía difundir sus opiniones y defenderse a sí mismo por otros medios (distintos de esa circular), por lo que no podía considerarse que esa medida, que interfería con su libertad de expresión, fuera desproporcionada[105].

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, no basta demostrar que el fin que se persigue con una restricción sea apremiante y que tenga carácter preferente frente a la libertad de expresión; también se requiere que los medios empleados para ello estén cuidadosamente diseñados para alcanzar esos fines sin interferir indebidamente con el

100. *Cf., ibid*, párrafo 50.
101. *Cf., ibid*, párrafo 41.
102. *Cf., ibid*, párrafo 50.
103. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Bergens Tidende and others v. Norway*, Sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 60.
104. *Cf., ibid*, párrafo 38.
105. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Jacubowski v. Germany*, Sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 29.

ejercicio de la libertad de expresión[106]. En consecuencia, si se tiene en cuenta el carácter fundamental y preferente de la libertad de expresión, tampoco resulta razonable interpretar o aplicar esas restricciones de manera tan amplia que puedan desnaturalizar la esencia misma de la libertad de expresión. En este sentido, la doctrina de la *construcción excesivamente amplia* esbozada por la Corte, si bien no hace referencia expresa a esta circunstancia, apunta directamente a su falta de proporción con los fines que persiguen algunas medidas dirigidas a restringir la libertad de expresión. En relación con una resolución de las autoridades del aeropuerto internacional de la ciudad de Los Ángeles, que declaraba que cualquier actividad vinculada con la libertad de expresión constituía una contravención a los usos permitidos dentro del terminal aéreo y que la misma sería objeto de acciones legales, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que esta resolución cubría todo el universo de la actividad expresiva y que, al prohibir toda expresión protegida, estaba creando una *zona libre de libertad de expresión*[107]*;* la mencionada resolución fue considerada inconstitucional, pues no se limitaba a regular la actividad expresiva que pudiera crear problemas para el funcionamiento adecuado del aeropuerto, tales como una congestión de sus actividades, sino que prohibía incluso el conversar o leer, o el uso de alguna insignia o de vestuario que tuviera un carácter simbólico, lo que permitía que cualquier persona que ingresara al aeropuerto pudiera ser acusada de violar esa resolución[108]. No se podía concebir, a juicio del tribunal, ningún interés social que pudiera justificar una prohibición absoluta de la expresión como la antes referida[109]. En este mismo sentido, el juez Blackmun ha reconocido la existencia de un legítimo interés estatal en prohibir la realización de actos sexuales en público *incluyendo una librería*, pero ha rechazado que el método adecuado para sancionar y disuadir tales actos sea cerrar la librería, en vez de arrestar a quienes los cometieron[110].

En cuanto se refiere a medidas restrictivas de la expresión comercial, Lawrence Tribe ha observado que la doctrina de la expresión comercial representa un compromiso entre el derecho el derecho a transmitir y recibir información sobre los bienes y servicios disponibles con el derecho del Estado a regular las transacciones que recaigan sobre esos bienes y servicios[111]; en este sentido, a partir de la autoridad del Estado para regular las transacciones comerciales, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha concluido que el Estado también pueda regular los mensajes comerciales, que inevitablemente están vinculados a esas transacciones[112]. Sin embargo, el citado tribunal entiende que cuando su competencia disminuye cuando, más que los aspectos estrictamente comerciales, la actividad regulatoria que emprenda pueda atacar la sustancia de la información comunicada; la Corte Suprema ha sugerido que, debido a su *mayor rigidez*, derivada del afán de lucro que la inspira, en su caso probablemente disminuye el efecto inhibidor que genera toda regulación; a juicio del tribunal, cuando el Estado los mensajes comerciales para proteger a los consumidores de propaganda engañosa, fraudulenta, o agresiva, o cuando requiere divulgar información de interés para el consumidor, el propósito de esa restricción sería compatible con la garantía constitucional de la libertad

106. *Cf., Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).
107. *Cf., Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).
108. *Cf., Ibidem.*
109. *Cf., Ibidem.*
110. *Cf.*, su opinión disidente, a la que se unieron los jueces BRENNAN y MARSHALL, en *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986).
111. *Cf., Constitutional Law*, 2d. edición, Little, Brown and Company, Boston/Toronto 1988, p. 903.
112. *Cf., Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979).

de expresión; pero en el caso de regulaciones estatales que prohíben completamente anunciar, de cualquier manera, el precio de cualquier bebida alcohólica ofrecida para la venta dentro del Estado (excepto por las etiquetas o signos desplegados dentro de las instalaciones autorizadas para la venta de estas bebidas, y siempre que no sean visibles desde la calle), para lograr un objetivo que no está relacionado con la protección del consumidor, esta restricción debe ser vista con especial cuidado, y tales medidas no deberían ser aprobadas a menos que el mensaje comercial sea engañoso o esté relacionado con una actividad ilegal[113]; según la Corte, al evaluar la eficacia de una restricción para promover un interés público legítimo, no se puede aprobar una restricción de mensajes comerciales que proporciona un apoyo remoto o ineficaz a los propósitos gubernamentales; en consecuencia, corresponde al Estado el peso de la prueba de demostrar no solamente que su regulación promoverá la realización de ese interés público, sino también que lo hará en un grado substancial, particularmente cuando se ha recurrido a una medida tan drástica[114]. Es decir, debe haber una razonable correspondencia entre el objetivo que se persigue y el método empleado para lograrlo.

El medio empleado es, también, un aspecto esencial para determinar si una determinada restricción es proporcionada al fin que se persigue. En un caso en que la ley sancionaba como delito poner a disposición del público en general materiales que podían ejercer una influencia potencialmente dañina para los menores de edad, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que la medida dispuesta por la ley tenía un alcance excesivo y no era proporcionada al fin legítimo que se perseguía, puesto que negaba a los adultos su derecho a expresarse libremente (entendiendo esta libertad en su sentido más amplio, que comprende tanto la libertad de expresión como la de información), puesto que solamente les permitía tener acceso a aquellos materiales que eran aceptables para los niños, por lo que esa legislación no restringía razonablemente el mal que se quería evitar[115]. A juicio del tribunal, el Estado no puede reducir a la población adulta solamente a aquella información que es apropiada para los niños[116]; para subrayar lo desproporcionado de esa medida, la Corte sostiene que una regulación de esa naturaleza equivaldría a incendiar la casa para asar el cerdo[117].

Por otra parte, la proporcionalidad de las medidas que interfieren con la libertad de expresión también se puede medir en función de la capacidad del mensaje que se objeta para, en efecto, amenazar el bien jurídico que se desea proteger. En el caso Karatas, en que Turquía había adoptado diversas medidas para sancionar la difusión de un mensaje que consideraba que constituía una incitación a la violencia y una amenaza para la unidad indivisible del Estado, la Corte Europea observó que el afectado había expresado sus puntos de vista a través de la poesía, que por definición está dirigida a una audiencia muy pequeña, en vez de hacerlo a través de los medios de comunicación de masas, circunstancia que limitaba en una medida substancial el potencial impacto de ese mensaje respecto de la seguridad nacional, el orden público, o la integridad territorial; en opinión del tribunal europeo, aunque algunos de los pasajes de esos poemas tuvieran un tono muy agresivo y parecieran invitar al uso de la violencia, el hecho de que ellos fueran de una naturaleza artística y de un impacto limitado reflejaría que eran la expresión

113. *Cf., 44 Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al*., 517 U.S. 484 (1996).
114. *Cf., Ibidem*.
115. *Cf., Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).
116. *Cf., ibid.*
117. *Cf., ibid*.

de una profunda angustia frente a las dificultades de una situación política determinada, más que un llamado al levantamiento popular, por lo que las medidas adoptadas para restringir ese mensaje eran desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática[118].

En la medida en que las restricciones previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos son la excepción y no la regla, ellas tienen que aplicarse con prudencia, para no ir más allá de los propósitos que ellas pretenden proteger, y para evitar coartar indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que es el equilibrio entre la libertad de expresión, como principio general, y las limitaciones y restricciones a que ella pueda estar sometida lo que determina el ámbito real del derecho de la persona[119]. Asimismo, el citado Comité ha observado que cuando un Estado imponga ciertas condiciones o restricciones al ejercicio del derecho a expresarse, ellas no deben poner en peligro este derecho[120], con lo cual probablemente ha querido sugerir que no se debe afectar la esencia del derecho.

En último término, también debe tenerse en consideración que el principio de proporcionalidad se aplica no solamente al tipo de restricciones a que se puede someter la libertad de expresión, sino que también a la naturaleza de las sanciones que se puedan imponer al autor del mensaje; de manera que dichas sanciones tampoco pueden ser desproporcionadas o superfluas.

IV. SU NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

De lo dicho hasta aquí resulta manifiesto que, en principio, en presencia de un peligro claro e inminente que amenace otros bienes jurídicos de especial relevancia, la libertad de expresión puede verse desplazada para preservar esos otros intereses. Sin embargo, a menos que se pretenda vaciar la libertad de expresión de todo contenido, esa necesidad tiene que demostrarse, y las restricciones que deriven de ella tienen que ser compatibles con una sociedad democrática. Por consiguiente, cualquier disposición que restrinja o coarte la libertad de expresión debe evaluarse teniendo en consideración, el núcleo esencial de la libertad de expresión, que consiste en el carácter intangible del debate político libre y abierto en una sociedad democrática, y que interesa a todos los miembros del cuerpo social.

1. Su estricta necesidad

Según Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la necesidad que es esencial para la legitimidad de una restricción no existe, a menos que la expresión pueda producir, o esté dirigida a producir, un peligro claro e inminente de

---

118. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 52 y 54.

119. *Cf., Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto*, Observación general 10, párrafo 3, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento n° 40 (A/38/40), Naciones Unidas, Nueva York 1983, p. 111

120. *Cf., ibid*, párrafo 4, p. 111.

algún daño sustantivo que el Estado tiene la facultad constitucional de tratar de evitar[121]. Para ese momento, el mencionado tribunal no había determinado cuándo un peligro podía considerarse claro, o qué tan remoto podía ser dicho peligro para que aún se considerara presente o inminente, ni qué grado de daño podía considerarse suficientemente sustantivo como para que se justificara recurrir a restringir la libertad de expresión como medio de protección; lo que sí es evidente es que, si el peligro no está actualmente presente, o si no es inminente, incluso la probabilidad de ese peligro resulta irrelevante. De modo que, en opinión del juez Brandeis, para llegar a conclusiones lógicas sobre esta materia había que tener en cuenta porqué un Estado normalmente no tiene la facultad de prohibir la diseminación de doctrinas sociales, económicas o políticas que la vasta mayoría de los ciudadanos considera falsas o cargadas de consecuencias negativas[122]. Lo dicho por Brandeis conduce necesariamente a considerar cualquier posible restricción a la luz del tipo de sociedad que queremos. Porque, en efecto, la necesidad de cualquier restricción debe evaluarse no sólo en función de los propósitos legítimos que la inspiran, incluyendo la protección de los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, sino que, sobre todo, debe considerarse su pertinencia en el marco de una sociedad democrática. El sentido de esta expresión implica, entre otras cosas, una sociedad pluralista, impregnada de un espíritu de tolerancia, y abierta a todo tipo de ideas. Además, como cuestión de principio, respecto de cualquier restricción relativa a la libertad de expresión, según la Corte Europea de Derechos Humanos -que ocasionalmente también parece haber adoptado el criterio del peligro claro y presente- esta circunstancia debe establecerse de manera convincente[123]. A juicio del juez Bonello -de la Corte Europea de Derechos Humanos-, para dar por establecido que se está en presencia de un peligro claro y presente debe demostrarse que se esperan actos inmediatos de grave violencia, o que precisamente ese fue el propósito del mensaje, o que la conducta anterior del autor del mismo proporciona suficientes razones para creer que su apología de la violencia producirá una acción inmediata y dolorosa[124].

Para que sea necesaria, en opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no basta con que dicha restricción proporcione un apoyo remoto o ineficaz a los legítimos propósitos del Estado, sino que debe demostrarse -y la carga de la prueba le corresponde al Estado- que lo hace en un grado substancial[125]. Paradójicamente, al considerar la constitucionalidad de la Ley de Registro de los Agentes Extranjeros de 1938, en la forma enmendada en 1942, que utiliza la expresión *propaganda política* para identificar materiales regulados por el estatuto antes citado (tales como libros, revistas, películas, etc.), y cuya definición incluye cualquier mensaje que tenga el propósito de influir en la política exterior de los Estados Unidos, no obstante que el afectado, un senador de la legislatura del estado de California que deseaba exhibir tres películas canadienses sobre el efecto para el medio ambiente de una guerra nuclear y de la lluvia ácida (una de las cuales había recibido un Oscar como el mejor documental extranjero en 1983), había alegado que calificar una película con esa expresión peyorativa era innecesario y no

121. *Cf.*, su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

122. *Cf., Ibidem*.

123. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

124. *Cf.*, su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999.

125. *Cf., 44 Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al*., 517 U.S. 484 (1996).

servía a ningún interés legítimo del Estado, la Corte Suprema de los Estados Unidos, al rechazar que esta medida restringiera la libertad de expresión, no se pronunció sobre la necesidad de la misma[126].

El tribunal europeo ha considerado no solamente la necesidad de las restricciones impuestas a la libertad de expresión, sino también la pertinencia del procedimiento utilizado para imponer ese tipo de restricciones; en tal sentido, el citado tribunal ha hecho suyo el criterio expresado por la Corte de Apelaciones de Inglaterra, en el caso *Rantzen v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, en el que señaló que conceder que conceder al jurado una discreción casi ilimitada no proporciona una medida satisfactoria para decidir lo que es necesario en una sociedad democrática[127]. En cuanto se refiere a la *necesidad* de las restricciones que se puedan imponer, en el primer caso que involucró al periódico *The Sunday Times* de Londres, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que *necesarias*, sin ser sinónimo de indispensables, implica la existencia de una *necesidad social imperiosa*, por lo que, para que una restricción sea *necesaria*, no basta con demostrar que ella sea *útil*, *razonable*, u *deseable*, y que implica la existencia de una *necesidad social apremiante*[128]. De manera que, en el ámbito europeo, la noción de un *peligro claro y presente* -utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos- ha sido sustituida por el requisito de una *necesidad social apremiante*. En tal sentido, la Corte Europea ha señalado que el derecho de participar en una reunión pacífica -la que, por lo demás, no había sido prohibida- es de tal importancia que no puede restringirse de ninguna manera, incluso para un abogado, mientras la persona involucrada no cometa un acto reprochable, y consideró que al sancionar disciplinariamente a tal abogado por participar en esa reunión, por mínima que fuera esa sanción, no era necesario en una sociedad democrática[129]. Asimismo, en el caso de la prohibición de publicar la fotografía de una persona que se impuso a una revista, la Corte Europea consideró que dicha medida fue más allá de lo necesario para proteger a esa persona de la difamación, o para evitar que se violara la presunción de inocencia[130].

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la necesidad de una restricción al ejercicio de la libertad de expresión se debe encontrar establecida de manera convincente[131], lo cual no habría ocurrido en el caso de dos periodistas que fueron condenados por los tribunales franceses, como resultado de la aplicación de una ley de 1931, que prohíbe publicar, antes de una decisión judicial, toda información relativa a un procedimiento penal con constitución de parte civil; según la Corte Europea, si esa disposición está dirigida a proteger la reputación de las personas, o a garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial, ella resulta inapropiada, pues no se extiende a los demás procedimientos judiciales, que sí pueden ser objeto del reportaje de la prensa. A juicio del tribunal europeo, tal diferencia de trato no parece estar fundada en ninguna razón objetiva, y entraba de manera absoluta el derecho de la prensa a informar al público sobre

126. *Cf., Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

127. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafos 50 y 51.

128. *Cf., The Sunday Times case*, Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 59.

129. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 53.

130. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case *of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafo 59.

131. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Affaire *du Roy et Malaurie c. France*, Sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 27, punto iii.

un asunto que, aunque se refiera a un procedimiento penal con constitución de parte civil, puede ser de interés público[132]. Por el contrario, en un caso en que se prohibió las transmisiones por cable de los programas de una radio situada en otro país, no obstante que dichas transmisiones *por cable* no podían interferir con las frecuencias radioeléctricas locales o causar algún otro tipo de daño, ni tampoco se había demostrado una escasez de redes de cable, la Corte Europea consideró que esa medida había sido necesaria para evitar la evasión de la ley, al operar desde el otro lado de la frontera eludiendo el sistema de comunicaciones establecido en el país[133], aunque tampoco se precisó suficientemente cuál era esa ley, y cuál era el propósito legítimo que perseguía.

Por otra parte, al considerar la necesidad de tales restricciones, se debe examinar el caso en su conjunto, incluyendo las expresiones que fueron objeto de esa restricción y el contexto en el que ellas se pronunciaron, se escribieron, o se publicaron[134]. A juicio del tribunal europeo, los Estados tienen un cierto margen de apreciación al determinar si tal necesidad existe, pero el reconocimiento de ese margen va de la mano con la supervisión de los organismos europeos de control, abarcando tanto el Derecho como las decisiones que lo aplican, siendo la Corte Europea la que tiene la última palabra en cuanto a si la restricción de que se trate es compatible con la libertad de expresión protegida por el art. 10 de la Convención Europea; en consecuencia, la Corte Europea no debe limitarse a establecer si el Estado ha ejercido su discreción razonablemente, cuidadosamente y de buena fe, sino que debe examinar la interferencia objeto de la controversia en su conjunto, y determinar si ella es *proporcionada* al fin legítimo que se persigue, y si las razones aducidas para justificarla son *relevantes y suficientes*[135]. De acuerdo con la Corte, es indispensable que concurran ambos elementos; en consecuencia, si, en un caso particular, las razones aducidas por el Estado para adoptar una medida que interfiere con la libertad de expresión son relevantes, pero no suficientes como para justificarla, dicha medida sería incompatible con la garantía de la libertad de expresión[136].

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha señalado que, al hacer esta evaluación de la necesidad de una medida restrictiva de la libertad de expresión, ella debe llegar a la convicción de que las autoridades nacionales aplicaron patrones compatibles con los contenidos en el art. 10 de la Convención Europea, y que su decisión se basó en una apreciación aceptable de los hechos[137]. En tal sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, en el que se había condenado penalmente a un periodista y al encargado de un programa noticioso por difundir un reportaje que contenía expresiones racistas y peyorativas respecto de los negros y los inmigrantes residenciados en Dinamarca, el tribunal europeo consideró que dicha evaluación debía tener en cuenta la forma en que se preparó ese reportaje, su contenido, el contexto en el que se transmitió, y el propósito del

132. *Cf., ibid*, párrafo 35.

133. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 73.

134. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case *of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafo 52.

135. *Cf., The Observer and Guardian v. The United Kingdom case*, Sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

136. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

137. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Jersild v. Denmark*, Sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

programa; en particular, se señaló que un factor importante en esta evaluación era determinar si dicho reportaje, considerado en su conjunto, desde un punto de vista objetivo sugería que su propósito era la propagación de ideas racistas[138]. A juicio de la Corte Europea, la circunstancia de que la iniciativa de producir ese reportaje sobre el grupo conocido como los chaquetas verdes (*Greenjackets*) obedecía a una decisión del mismo periodista, que conocía por adelantado que durante la entrevista probablemente se emitirían expresiones racistas, que de hecho las había estimulado, que al editar el programa no había omitido esas expresiones, y que sin su participación no se habrían difundido a un amplio círculo de personas, eran razones relevantes para los propósitos de considerar una restricción de carácter penal a la libertad de expresión[139].

De manera semejante, refiriéndose a posibles restricciones de la libertad de expresión de los reclusos, los jueces Marshall y Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, han señalado que si bien el Estado tiene un interés legítimo y substancial en la seguridad, en la disciplina de las instituciones penitenciarias, y en la rehabilitación de los reclusos, estas consideraciones no eliminan la necesidad imperiosa de justificar las razones que, en cada caso, se invocan para privar a una persona de sus derechos constitucionales[140]. Por ejemplo, cuando las autoridades de una prisión tienen razones fundadas para creer que un prisionero está planeando su escape por medio de la correspondencia, pueden incautar la correspondencia de ese recluso; pero no hay ninguna justificación para que, a partir de la mera posibilidad de que eso pueda ocurrir, se adopte una política general que permita leer la correspondencia de todos los reclusos buscando información de ese tipo[141].

En lo que se refiere a las restricciones que puedan ser el resultado de expresiones injuriosas o difamatorias, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que la necesidad de las mismas debe ser examinada teniendo en cuenta el papel desempeñado por la parte lesionada, en cuanto ésta pueda haber provocado tales expresiones en el curso de su activa participación en una discusión pública muy encendida; en opinión del tribunal, en esas circunstancias, y cuando la reputación de ambas partes está en entredicho, debe tolerarse un cierto grado de exageración[142].

Aunque sin asumirlo como propio, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha analizado esta circunstancia bajo la rúbrica de la *razonabilidad* de las restricciones impuestas a la libertad de expresión. En *Mills v. Alabama*, la Corte Suprema de Alabama había considerado que una disposición de la Ley de Prácticas Corruptas de dicho estado, mediante la cual se sancionó penalmente al editor de un periódico por publicar, en el mismo día de una elección, un editorial instando a votar por la adopción de un determinado sistema de gobierno municipal, imponía *restricciones razonables*, o por lo menos *dentro del campo de lo razonable*, las que constituían para la prensa una restricción menor, aplicable solamente en el día de las elecciones; según el tribunal de Alabama, dicha disposición legal protegía al público de las acusaciones y contraacusaciones de último minuto, y de la distribución de propaganda en un esfuerzo por

138. *Cf., Ibidem*.
139. *Cf., ibid*, párrafo 32.
140. *Cf.*, su opinión concurrente en *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).
141. *Cf., Ibidem*.
142. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Nilsen and Johnsen v. Norway*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 52. *Cf.*, también, Case *of Oberschlick v. Austria (n° 2)*, Sentencia del 1 de julio de 1997, párrafos 31 a 35.

influir en los electores en el mismo día de la elección, cuando ya no se podía responder a dichos argumentos o determinar la veracidad de los mismos. A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluso si este argumento fuera constitucionalmente relevante, resultaba fatalmente defectuoso pues la ley que se objetaba permitía la propaganda hasta el último minuto del día anterior a la elección, pero sancionaba penalmente la respuesta que se diera a esos argumentos el mismo día de la elección, que en términos prácticos era la última oportunidad para responder a ellos de manera efectiva y proteger apropiadamente al electorado[143]; en opinión de la Corte, ningún criterio de *razonabilidad* es suficiente para impedir la invalidez de una ley que -al castigar penalmente a un editor de un periódico por invitar a votar de una u otra forma en una elección pública- viola la garantía constitucional de la libertad de expresión[144].

2. Su compatibilidad con una sociedad democrática

Uno de los aspectos en que difieren los textos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por una parte, y el de la Convención Europea de Derechos Humanos, por la otra, radica en la mención que hace este último instrumento en cuanto a que cualquiera de las condiciones o restricciones a que se someta el ejercicio de la libertad de expresión deben ser medidas *necesarias, en una sociedad democrática*. Mientras en la Convención Europea este elemento se incluye en la misma disposición que consagra la libertad de expresión, no se le menciona en las disposiciones equivalentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Americana; sin embargo, también hay que tener en cuenta los principios y propósitos que inspiran tanto al Pacto como a la Convención Americana. En el caso de la Convención Americana, desde el primer párrafo de su preámbulo, ésta contiene numerosas disposiciones que indican que uno de los propósitos de dicha Convención es precisamente la preservación de las instituciones democráticas[145]; en efecto, mientras el preámbulo reafirma el propósito de consolidar en el continente, *dentro del cuadro de las instituciones democráticas*, un régimen de libertad personal fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, el art. 29, en su letra c), hace alusión a *la forma democrática representativa de gobierno*, y el art. 32, Nº 2 se refiere a los límites de los derechos de cada persona *en una sociedad democrática*. En el marco de la Convención Americana, esta circunstancia no se puede ignorar al examinar los requisitos y condiciones a que están sometidas las restricciones a que se pretenda someter la libertad de expresión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que el art. 29 de la Convención Americana prohíbe que sus disposiciones se puedan interpretar excluyendo otros derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y ha señalado que "las justas exigencias de la democracia deben... orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones

143. *Cf., Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).
144. *Cf., Ibidem*.
145. *Cf.*, el primer párrafo del preámbulo, y los artículos 15, 16 n° 2, 22 n° 3, 29 letra c), y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

democráticas"[146], Asimismo, al referirse a las circunstancias que pueden justificar la determinación de responsabilidades ulteriores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que no se puede olvidar que las restricciones que por ese concepto se impongan a la libertad de expresión deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática[147]. Por lo tanto, parece natural y lógico interpretar el Pacto y la Convención Americana en el sentido de que cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser igualmente *necesaria* para alguno de los fines señalados, pero en el contexto de *una sociedad democrática*.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 5 N° 1, expresa que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar *actos encaminados a la destrucción* de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en mayor medida que la prevista en él; además, en los *Principios de Siracusa*[148] se señala que la expresión *necesaria* implica que la restricción cumple con las siguientes condiciones: a) se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones o restricciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto, b) responde a una necesidad pública o social apremiante, c) responde a un objetivo legítimo, y d) guarda proporción con ese objetivo[149]. A mayor abundamiento, se indica que, al aplicar una restricción, el Estado no podrá utilizar medios más restrictivos que los necesarios para lograr el propósito de la restricción[150]. Pero es importante subrayar que, de acuerdo con los *Principios de Siracusa*, la expresión *en una sociedad democrática* debe interpretarse en el sentido de imponer una restricción adicional a las cláusulas de restricción que califica[151]; si bien se admite que no existe un modelo único de sociedad democrática, se afirma que una sociedad responde a esta definición cuando reconozca, respete y proteja los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos[152].

Sin duda, la existencia de una sociedad democrática supone un cierto grado de tolerancia y amplitud mental. De manera que, para establecer la necesidad de una determinada restricción de la libertad de expresión en una sociedad democrática, además de constatar la presencia de una necesidad social apremiante y que la medida restrictiva de que se trate sea proporcionada al propósito legítimo que se persigue, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sugerido examinar si las razones aducidas para aplicar dicha

---

146. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 44.

147. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso *11.803, Chile, Olmedo Bustos, Juan Pablo, Colombara López, Ciro, Márquez Vidal, Claudio, Muñoz Wilson, Alex, Insunza Tagle, Matías y Aguirre Fuentes, Hernán*, párrafo 75.

148. *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

149. *Cf., ibid*, párrafo 10.

150. *Cf., ibid*, párrafo 11.

151. *Cf., ibid*, párrafo 19.

152. *Cf., ibid*, párrafo 21.

restricción son *relevantes y suficientes*[153]. En un caso en que se sancionó con indemnizaciones pecuniarias la publicación por la prensa de entrevistas concedidas por quienes se habían sometido a operaciones de cirugía estética, en las que señalaban que después de las mismas habían quedado *desfiguradas*, que sus vidas habían sido *arruinadas*, que habían sido *mutiladas*, y que no habían contado con los cuidados necesarios después de la operación, la Corte Europea consideró que el indiscutible derecho del Dr. R. a que se protegiera su reputación no podía prevalecer sobre el más importante interés público en la libertad de prensa para impartir información sobre asuntos de legítimo interés público; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que las razones alegadas por el Estado para interferir de esa forma con la libertad de expresión eran relevantes, pero no suficientes para demostrar que la citada interferencia era necesaria en una sociedad democrática[154]. Esa necesidad de ponderar adecuadamente la libertad de expresión con otros derechos o intereses también se puso de manifiesto en el caso *Piermont v. France*, en que la Corte Europea observó que las expresiones objetadas a la señora Piermont fueron hechas durante una reunión autorizada y pacífica, que ella no incitó a la violencia o al desorden, que habló en apoyo a las demandas locales para la suspensión de las pruebas nucleares y en respaldo a la independencia de la Polinesia Francesa, por lo que su discurso habría sido una contribución a un debate democrático, y que esa manifestación no habría sido seguida por ningún desorden; por consiguiente, teniendo en cuenta ese adecuado equilibrio entre, por una parte, la libertad de expresión de la señora Piermont y, por la otra, el interés público que requiere prevenir el desorden y preservar la integridad territorial del estado, la Corte Europea concluyó que la expulsión de Dorothée Piermont de la Polinesia Francesa, con prohibición de reingresar a la misma, no era necesaria en una sociedad democrática[155].

En el caso de una persona que fue condenada por difamación al haber comparado dos accidentes de tránsito en que habían estado involucrados dos dirigentes políticos de partidos diferentes, la Corte Europea de Derechos Humanos acogió el argumento de que, en una sociedad democrática, debería poder hacerse referencia a los delitos cometidos previamente por un político, incluso si las sentencias a que fue condenado ya se han cumplido, o si se han suspendido o levantado, y señaló que el registro de condenas penales de un político podía ser un factor relevante al valorar su idoneidad para ejercer un cargo público[156]; a juicio del tribunal, esa comparación constituía esencialmente un juicio de valor, respecto del cual no era posible ofrecer prueba de su verdad pero, en su opinión, los hechos en que se basaba eran sustancialmente correctos, y la buena fe del autor de esta comparación no ofrecía lugar a dudas; de manera que no podía considerarse que el autor de las expresiones calificadas como difamatorias había excedido los límites de la libertad de expresión[157]. En consecuencia, la Corte concluyó que la interferencia de la libertad de expresión de que había sido objeto el señor Schwabe -al condenarlo como autor del delito de difamación-, en este caso, no fue necesaria en una socie-

153. *Cf.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Nilsen and Johnsen v. Norway*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 43.

154. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Bergens Tidende and others v. Norway*, Sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 60.

155. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Piermont v. France*, Sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 73 a 78.

156. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Schwabe v. Austria*, Sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 32.

157. *Cf.*, *ibid*, párrafo 34.

dad democrática para proteger la reputación de otros[158]. En el mismo sentido, en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en el cual los tribunales ingleses habían dispuesto medidas preliminares para impedir la publicación de información relacionada con las dificultades económicas de una empresa, una orden adicional para revelar la fuente de esa información fue considerada como innecesaria, pues en buena medida servía el mismo propósito de impedir la diseminación de información confidencial por la prensa, y que ya se había logrado con la medida provisional[159]. Sin embargo, en el caso de un miembro del parlamento austriaco que fue víctima de un reportaje en el que se sugería que padecía SIDA, que respondió a ese ataque señalando que éste era un periodismo de estilo nazi, y que fue objeto de una decisión judicial en la que -después de ponderar su derecho a emitir juicios de valor y la necesidad en una sociedad democrática de proteger los derechos y la reputación de los demás, se le prohibía volver a utilizar esas expresiones u otras semejantes para dirigirse al periódico, la Corte Europea señaló que el razonamiento de los tribunales nacionales era relevante y suficiente con relación al fin perseguido[160]; según la Corte, las expresiones del peticionario, calificando al periódico *Kronen-Zeitung* de practicar un periodismo nazista, no solamente eran polémicas sino particularmente ofensivas, y aunque eran la respuesta indignada a un reportaje difamatorio en el que se insinuaba que padecía de SIDA, asociándolo con una enfermedad que provocaba temor y antipatía entre la población, el tribunal europeo aceptó el criterio de la Corte Suprema austriaca señalando que eso no justificaba el reprocharle al periódico el que éstos eran métodos típicamente nazis, lo cual se aproximaba sensiblemente a una acusación criminal, pues después de la Segunda Guerra Mundial Austria había adoptado leyes que sancionaban penalmente las actividades inspiradas en ideas nacional socialistas[161]. En este caso, la Corte puso especial énfasis en el estigma que va asociado a las actividades inspiradas en las ideas nacionalsocialistas, pero, aunque aceptó que el artículo publicado en el *Kronen-Zeitung* era difamatorio y que no contribuía a un debate de interés público, no prestó mayor atención al estigma asociado con una enfermedad como el SIDA, particularmente porque la acusación de métodos periodísticos de estilo nazi no fue una reacción inmediata del afectado, sino que un comentario que se produjo posteriormente, cuando el periódico ya había publicado una rectificación redactada por el mismo afectado[162].

En realidad, la Corte Europea ha subrayado en numerosas oportunidades la necesidad de que cualquier restricción de la libertad de expresión no interfiera con el debate político, como lógicamente se desprende de la exigencia de que cualquier interferencia con ella debe ser necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, en el caso *Castells v. Spain*, en que el afectado había sido condenado por difamar al gobierno, a pesar de ostentar la condición de senador, el tribunal sostuvo que, aunque la libertad de expresión es importante para todos, es especialmente importante para los representantes electos por el pueblo, precisamente para que llamen la atención sobre sus preocupaciones y defiendan sus intereses; en estas circunstancias, la Corte consideró que interferir con la libertad de expresión de un miembro del parlamento que, como en el caso del afectado,

158. *Cf., ibid*, párrafo 35.
159. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 42.
160. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case *of Andreas Wabl v. Austria*, Sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafos 37, 38, y 41.
161. *Cf., ibid*, párrafos 41 y 42.
162. *Cf., ibid*, párrafo 42.

pertenecía a un partido político de oposición al gobierno, requería un examen muy estricto[163]. Si bien el afectado no había utilizado su escaño en el Senado para criticar al gobierno -desde donde podría haberlo hecho sin temor a sanciones-, sino que lo había hecho a través de la prensa, la Corte destacó la importancia de la prensa en un Estado de Derecho, recordando que es a ella precisamente a quien le corresponde impartir informaciones e ideas sobre asuntos políticos u otros asuntos de interés público, y que es ésta la que le proporciona al público el mejor medio de descubrir las actitudes de sus dirigentes políticos y de formarse una opinión acerca de las mismas, permitiendo a todos participar en un debate político libre, que es lo que está en el corazón de una sociedad democrática[164]. Según el tribunal, los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto del gobierno que en las relaciones entre particulares, o incluso respecto de un dirigente político, porque en una sociedad democrática los actos u omisiones del gobierno deben estar sometidos al escrutinio más estricto, no sólo de las autoridades legislativas y judiciales sino que también de la prensa y de la opinión pública[165]; en consecuencia, la Corte consideró que, en estas circunstancias, la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión a que se sometió al señor Castells no era necesaria en una sociedad democrática. Consideraciones similares llevaron a los jueces disidentes en el caso *Nilsen and Johnsen v. Norway*, en el cual estaban involucrados dos casos de libertad de expresión: por una parte, la libertad de un profesor de Derecho Penal que había publicado los resultados de su investigación sobre la alegada brutalidad policial en la ciudad de Bergen y, por la otra, la libertad de expresión de los representantes de la policía, dirigida a intimidar al primero, a fin de ocultar la brutalidad policial que pudiera haber ocurrido en la ciudad de Bergen. En opinión de los jueces disidentes, entre estas dos libertades en conflicto el interés público se inclina a proteger la libertad de expresión del profesor, en contra de la difamación e intimidación ejercida por la policía, por lo que cualquier restricción impuesta a los representantes de la policía sería una interferencia necesaria en una sociedad democrática, pues una conclusión diferente tendría el efecto de permitir que se suprima el debate público mediante expresiones difamatorias[166]. En este mismo sentido, en el caso *Wille v. Liechtenstein*, en que el Príncipe amonestó por escrito y se negó a confirmar en su cargo de Presidente del Tribunal Administrativo a una persona que había dictado una conferencia sobre la naturaleza y funciones de la Corte Constitucional -que no fue del agrado del Príncipe-, el tribunal europeo no encontró razones que demostraran, de manera suficiente, que esa interferencia con la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática[167].

Por el contrario, en el caso *Rikvényi v. Hungary*, examinando las restricciones impuestas en ese país a la participación política de los policías, y en que el gobierno había alegado que esta restricción estaba dirigida a evitar que la policía continuara siendo vista como un instrumento de apoyo a un régimen totalitario y que, más bien, se le concibiera como guardián de las instituciones democráticas, la Corte Europea de Derechos Humanos indicó que poseer una fuerza policial políticamente neutral es un objetivo

163. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Castells v. Spain*, Sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 42.

164. *Cf., ibid*, párrafo 43.

165. *Cf., ibid*, párrafo 46.

166. *Cf.*, en este sentido, la opinión disidente de los jueces KURIS, TÜRMEN, STRÁZNICKÁ and GREVE, en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Nilsen and Johnsen v. Norway*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999.

167. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Wille v. Liechtenstein*, Sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafos 56, 65, y 70.

legítimo en cualquier sociedad democrática, y recordó que, para asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia, varios Estados partes en la Convención Europea han considerado necesario asegurar el logro de este objetivo mediante disposiciones constitucionales que restringen la libertad de los oficiales de policía para participar en actividades políticas y que, en particular, les impiden tomar parte en el debate político; de manera que, en este caso, las medidas tomadas para evitar la influencia directa de la política partidista respondían, en opinión del tribunal europeo, a una necesidad social apremiante en una sociedad democrática[168]. En todo caso, las consideraciones anteriores no parecen justificar que se coarte la libertad de expresión de todos los funcionarios públicos, impidiéndoles que puedan proporcionar cualquier tipo de información a los medios de comunicación sin autorización oficial. Aunque la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este particular, en el caso de una maestra de escuela, que además era dirigente sindical, y que fue sancionada con la suspensión de su ascenso por haber hecho declaraciones denunciando que los maestros habían sido agredidos verbal y físicamente por la policía, lo cual también le hizo más difícil obtener un pasaporte y la forzó a retirarse de su empleo antes del tiempo previsto, debido a que la peticionaria no había agotado los recursos internos, el tribunal lamentablemente no examinó la necesidad, en una sociedad democrática, de una medida tan drástica como esa que somete a censura previa a un importante sector de la población[169].

En su informe final sobre la libertad de expresión, Türk y Joinet consideran que la denegación de visa a periodistas extranjeros, o la denegación de credenciales, la confiscación de su pasaporte, la prohibición de asistir a manifestaciones, la obligación de presentarse periódicamente a la policía, la detención administrativa de que suelen ser objeto en los aeropuertos, o la composición selectiva de grupos autorizados de periodistas extranjeros, son incompatibles con el principio de necesidad democrática[170].

Según Türk y Joinet, todo proceso de limitación y, en su caso, de eliminación de las limitaciones admisibles, es un proceso dinámico que propicia la evolución hacia la democracia; en su opinión, en el proceso de consolidación de la democracia puede ser necesario abolir progresivamente las leyes que autorizan limitaciones y suprimir los criterios de legitimidad que las sustentan; de manera que, sin perjuicio de que estos procesos puedan variar en cada sociedad, el ámbito de las limitaciones -o restricciones- se reduce a medida que progresa la democracia[171].

En el caso de la revista *Bluf!*, que en 1987 obtuvo y publicó un informe de los servicios de seguridad interior de Holanda, fechado en 1981 y marcado como *confidencial*, aunque la Corte Europea de Derechos Humanos aceptó que, por la naturaleza de sus responsabilidades, los servicios de seguridad del Estado debían disfrutar de un alto grado de protección en lo que se refiere a la divulgación de información de sus actividades, determinó que era discutible si la información contenida en ese informe era suficientemente sensible como para justificar que se evitara su divulgación; la Corte ob-

---

168. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 46 y 48.

169. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case *of Akkoç v. Turkey*, Sentencia del 10 de octubre de 2000, párrafos 62 y ss.

170. *Cf.,* E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 85.

171. *Cf.,* E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 50.

servó que, al momento de la confiscación de la revista que lo publicó, el informe ya tenía seis años de elaborado, que era de naturaleza muy general, y que los jefes de los servicios de seguridad habían admitido que, en 1987, mucha de esa información ya no era secreto de Estado; además, el informe sólo estaba marcado como *confidencial*, lo cual representaba un bajo grado de secreto, por todo lo cual confiscar esa publicación no se justificaba como necesario[172].

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo[173].

Sobre este particular, la Corte Europea no ha sido menos exigente. De acuerdo con el criterio expresado reiteradamente por el citado tribunal, el adjetivo *necesaria* implica la existencia de una necesidad social apremiante[174]. Por consiguiente, no basta con alegar que la interferencia con la libertad de expresión es necesaria, sino que el Estado tendrá que demostrar la gravedad del caso, requiriendo medidas drásticas para evitar un daño irreparable para alguno de los bienes jurídicos expresamente señalados por el art. 10 de la Convención Europea. En tal sentido, una vez más es oportuno citar a Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien sostenía que quienes conquistaron la independencia de los Estados Unidos reconocían los riesgos a que están sometidas todas las instituciones humanas, pero que sabían que el orden no podía ser asegurado simplemente por medio del temor al castigo de sus infracciones, y que era peligroso desalentar el pensamiento y la imaginación; de manera que, reconociendo la ocasional tiranía de las mayorías gobernantes, ellos enmendaron la Constitución para garantizar la libertad de expresión y de reunión[175]. Según Brandeis, aquellos que conquistaron la independencia mediante la revolución no eran cobardes, y no le temían al cambio político; ellos no exaltaron el orden a costa de la libertad, y tenían confianza en que del razonamiento libre y sin temor, aplicado al proceso gubernamental, no podía generarse ningún peligro, a menos que el mal que se temía fuera tan inminente, que éste se produciría antes de que hubiera una posibilidad de discusión plena; de manera que, si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias, evitando el daño por medio de un proceso de educación, el remedio a aplicar sería más

172. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, Sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafos 40 al 42.

173. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 46. Se ha omitido una cita que, al final de este párrafo, hace la Corte Interamericana a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

174. *Cf.*, por ejemplo, European Court of Human Rights, Case *of Müller and others*, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 32.

175. *Cf.*, su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

expresión, y no un silencio impuesto por el Estado[176]. El temor de un daño serio no justifica, por sí solo, la supresión de la libertad de expresión. Brandeis recuerda que, como los hombres le temían a las brujas, quemaban a las mujeres; pero la función de la comunicación es liberar a los hombres de los temores irracionales; de manera que, para que la supresión o restricción de la expresión esté justificada, debe haber fundamentos razonables que hagan temer que, si se practica la libertad de expresión, resultará un grave daño que hay que prevenir, y que es inminente[177].

V. EL OBJETO DE LAS POSIBLES RESTRICCIONES

A partir de la distinción entre el mensaje y el medio empleado para transmitirlo, la doctrina ha procurado sistematizar la naturaleza de las restricciones que pueden interferir con la libertad de expresión. Sobre este particular, el profesor Laurence Tribe se ha referido a dos vías por las cuales se puede restringir la expresión: la primera de ellas está constituida por regulaciones gubernamentales que apuntan precisamente al impacto comunicativo de un acto, y que en principio -en el marco de la Constitución de los Estados Unidos-, son inconstitucionales, a menos que se demuestre que el mensaje que se suprime genera un *peligro claro e inmediato*, constituye una difamación, o queda comprendido entre las formas de expresión no protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. La otra vía está representada por las regulaciones gubernamentales que apuntan a los aspectos no comunicativos de la expresión, y que son constitucionales incluso si se aplican a una conducta expresiva, siempre que no reduzcan indebidamente el flujo de ideas e informaciones[178]. En este mismo sentido, Melville Nimmer distingue entre las restricciones que atacan directamente el contenido del mensaje (entre las que podría citarse las normas que sancionan las expresiones calumniosas), y aquellas otras que, sin pretender restringir la expresión, de hecho, se traducen en una merma de la misma; mientras las primeras intentan proteger un interés determinado, imponiendo restricciones al contenido del mensaje, las segundas procuran amparar un bien jurídico o un interés amenazado regulando la forma en que se materializa la expresión, pero prescindiendo de su contenido, como sería el caso de una ordenanza municipal que prohíba las manifestaciones públicas en las calles de la ciudad en horas o días en que puedan interferir de manera significativa con el transito vehicular[179]. En ambos casos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha prestado especial atención a que esas restricciones no tengan un alcance excesivo, o que carezcan de suficiente precisión.

En consecuencia, la libertad de expresión puede ser objeto de restricciones referidas al contenido mismo del discurso, o de otras que regulen la oportunidad, el lugar, o la manera de transmitir el mensaje. Mientras estas últimas apuntan a aspectos tangenciales del discurso, que dejan abiertas diversas opciones para comunicar el mensaje, las primeras son restricciones más radicales que, ya sea mediante la censura previa, o mediante el

176. *Cf., Ibidem*.
177. *Cf., Ibidem*.
178. *Cf., American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., Mineola-New York 1988, pp. 791 y ss.
179. *Cf., Nimmer on Freedom of Speech*, Mathew Bender, New York, 1984, pp. 2 a 25.

control de los medios de expresión[180], o por la vía de aplicar sanciones posteriores, apuntan al contenido mismo del discurso.

1. Las restricciones sobre el contenido del mensaje

Sin duda, las restricciones que interfieren de manera más severas con la libertad de expresión son aquellas en que el objeto de la misma apunta a regular el contenido mismo del mensaje, determinando qué es lo que forma parte de la expresión protegida; por consiguiente, su compatibilidad con las disposiciones de los tratados de derechos humanos que consagran el derecho a expresarse debe ser examinada con especial cuidado, y no pueden aplicarse de manera automática. Incluso en una sociedad democrática, el contenido de un mensaje que lesiona la reputación de terceros, que revela sus secretos personales o comerciales, que divulga información relacionada con la seguridad del Estado, o que tiene el potencial de alterar el orden público, plantea problemas que requieren la intervención del Estado.

A pesar de la cautela con que este tipo de restricciones deben ser vistas, ellas han sido ampliamente utilizadas en el Derecho comparado. Probablemente, es en el ámbito de la seguridad nacional, cuya protección requiere medidas muy estrictas, en donde se hace mayor usos de restricciones del contenido de la expresión; asimismo, la protección de la privacidad de las personas, o de secretos industriales o comerciales, suponen restricciones dirigidas igualmente al contenido del mensaje. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha permitido restringir el uso de palabras agresivas (*fighting words*) que puedan constituir una incitación a la violencia, pero ha rechazado cualquier intento por regular lo que constituya una defensa general de ideas[181]. No obstante, debe observarse que el criterio expuesto por la Corte supone aislar las palabras agresivas, que no son parte esencial de la exposición de ideas, y cuya eliminación, más allá de esterilizar el mensaje, supuestamente deja intacto su contenido esencial, y asume que el hecho de presentarlo de otra forma no altera su contenido; en realidad, no debe perderse de vista que eliminar esas palabras puede alterar el contenido del mensaje.

A juicio de Lawrence Tribe, una medida que restrinja la libertad de expresión en función del contenido del mensaje no puede fundarse en la circunstancia de que ese mensaje ya ha sido comunicado por otras personas -alegando que con ello se pretende facilitar la difusión de puntos de vista diferentes-, ni tampoco en la circunstancia de que ese mensaje se puede comunicar en otro lugar, en otro momento, o de otra manera; en su opinión, la garantía constitucional de la libertad de expresión no le permite al Estado moderar el debate en una forma análoga a como éste se regula en una asamblea pública, ni siquiera con el pretexto de facilitar el logro de los fines de la libertad de expresión[182].

---

180. Por ejemplo, durante los siglos XVI y XVII, en Inglaterra el gobierno controlaba la libertad de expresión a través del monopolio que tenía sobre las imprentas.

181. *Cf.*, en este sentido, OWEN M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London 1996, p. 5.

182. *Cf.*, *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola-New York 1988, pp. 834 y ss.

2. Las restricciones relativas al lugar, la oportunidad, y el modo del mensaje

Una opción menos radical, que mira con indiferencia el contenido del mensaje, es la que regula los aspectos tangenciales del mismo, y que apunta a regular las condiciones en que éste se puede hacer público. En consecuencia, estamos en presencia de restricciones supuestamente neutras en cuanto al contenido del mensaje, pero que indirectamente tienen el efecto de restringir el ejercicio de la libertad de expresión.

Ya sea con el propósito de proteger los derechos de otro, o con algún otro interés legítimo, el Estado puede relegar determinadas formas de expresión a algún sitio en particular, o excluirla de otro. Por ejemplo, se puede disponer de un parque, o teatro determinado para las manifestaciones públicas, o para los espectáculos demasiado ruidosos o, a la inversa, se puede prohibir la existencia de discotecas en las proximidades de un colegio. En Estados Unidos, las regulaciones que relegan las salas de cine que exhiben películas pornográficas, o las tiendas de artículos sexuales, a una zona de la ciudad son un ejemplo de este tipo; pero el establecimiento de *zonas* a las que se limita la difusión de determinados mensajes ha sido aceptada sólo si no restringe indebidamente el acceso de los adultos a ese tipo de mensajes, y en el entendido que los menores no tienen derecho a ver o leer el material prohibido. Lo que no puede hacer ese tipo de restricciones es reducir el derecho de la población adulta a leer o ver solamente aquello que es apropiado para los niños[183]. Más recientemente, según la juez O'Connor, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, en Internet se habría intentado crear una *zona para adultos*, segregando material considerado indecente de áreas a las que pudieran acceder los menores de edad[184].

A partir de la premisa de que algunas expresiones no pueden ser toleradas en ciertos lugares, las restricciones sobre la oportunidad, lugar, o manera de transmitir el mensaje han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos. Sin embargo, según la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de ese país (sin duda menos liberal que en años anteriores), este tipo de restricciones debe estar precisamente definidas para servir un interés público, y deben ser neutrales en cuanto a su contenido, pero (a diferencia de lo sostenido previamente) no deben ser necesariamente las menos restrictivas para lograr ese propósito; según la Corte, el requisito de la definición estricta de las restricciones estaría satisfecho en la medida en que la regulación respectiva promueva un interés público fundamental que, en ausencia de esa reglamentación, se lograría de manera menos efectiva. No obstante, el tribunal aclara que esto no debe interpretarse como una aceptación de que la restricción de que se trate pueda afectar el mensaje más allá de lo que sea estrictamente necesario para promover el interés público que justifica dicha restricción[185]. Por el contrario, invocando la jurisprudencia anterior de la Corte, los jueces Mashall, Brennan, y Stevens, consideran que una restricción está estrictamente definida únicamente si su objetivo no es más que eliminar la fuente misma del daño que se busca remediar; además, el criterio de la *estricta definición* requiere examinar la existencia de métodos alternativos de lograr el interés público que se desea proteger con la restricción y, en segundo lugar, determinar si la mayor eficacia de esa reglamentación es suficiente como para justificar

183. *Cf.*, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

184. *Cf.*, su opinión concurrente en parte y disidente en parte en *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et. al.*, 96 U.S. 511 (1997).

185. *Cf.*, *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

la restricción que ella impone a la libertad de expresión. Los jueces disidentes observan que la anterior preocupación de la Corte por la circunstancia de que una regulación de esta naturaleza no debe afectar la expresión más que una alternativa satisfactoria, está ausente de esta decisión, requiriendo únicamente que el Estado demuestre que el interés público que se desea proteger no se pueda servir eficazmente sin la regulación que se objeta; de manera que, al ignorar alternativas que evitarían afectar innecesariamente la libertad de expresión (tales como el sancionar a quien hace ruido, o a quien bota basura), la Corte estaría rindiendo tributo a la eficacia pero, al mismo tiempo, estaría sacrificando la libertad de expresión[186].

Por otra parte, regulaciones destinadas a prohibir en los parques o en los terminales de un aeropuerto la solicitud de contribuciones financieras, en cuanto no tienen el propósito de impedir un mensaje o una idea en particular, y que buscan evitar prácticas abusivas que, por estar dirigidas a personas vulnerables requiriendo el aporte inmediato de dinero, crean un ambiente propicio para el fraude y la presión indebida, han sido consideradas neutrales en cuanto a su contenido y compatibles con la garantía de la libertad de expresión[187]; pero aunque es importante subrayar que ellas han sido aceptadas en cuanto están diseñadas para regular la *conducta* asociada con el mensaje, y no la forma en que éste se transmite, también hay que observar que sus efectos son idénticos a los que tienen las regulaciones relativas al lugar, la oportunidad, o la forma de comunicar el mensaje.

Pero, no obstante que este tipo de restricciones tiene un carácter neutro, que ciertamente no depende del contenido del mensaje, a veces ellas tienen el efecto de impedir el uso del medio más efectivo para transmitir un mensaje. A título ilustrativo, Lawrence Tribe menciona las protestas del movimiento de derechos civiles de comienzo de los años 60 y del movimiento pacifista de fines de la misma década, ambos en Estados Unidos. En opinión de Tribe, aquellos ciudadanos tomaron las calles para protestar no porque no hubiera otros canales de comunicación disponibles, sino porque no había otro medio más adecuado para registrar la intensidad de su protesta o la solidaridad de quienes compartían esa idea; para demostrar su fuerza numérica y hablarle en voz alta al Estado, debilitando su autoridad moral[188].

En el caso *Marônek v. Slovakia*, la Corte Europea de Derechos Humanos también consideró la pertinencia de restricciones de carácter adjetivo. En efecto, en el caso de una persona que fue objeto de un proceso por difamación y de sanciones penales y pecuniarias por pretender resolver una disputa mediante una carta abierta que dirigió al Primer Ministro de Eslovaquia, denunciando a una pareja como responsable de supuestos hechos ilícitos que le afectaban, que fue fijada en varias paradas de buses y de tranvía, indicando el nombre completo y la profesión de ambos, el tribunal europeo coincidió con el argumento de los tribunales nacionales en cuanto a que el reclamante tenía otros medios más apropiados a su disposición para buscar una solución a su problema[189].

---

186. *Cf., Ibidem*.

187. *Cf.,* la opinión concurrente de los jueces KENNEDY, BLACKMUN, STEVENS, y SOUTER, en *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

188. *Cf., American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola-New York 1988, p. 840.

189. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case *of Marônek v. Slovakia*, Sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 55.

VI. LA NATURALEZA DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS

Una de las conquistas más notables que deriva de la regulación internacional de la libertad de expresión es que, si bien ésta puede ser sometida a determinadas restricciones, el Estado no puede recurrir a cualquier procedimiento para coartarla. De manera que, aunque el fin que se persigue sea legítimo, no todos los medios están permitidos.

Por otra parte, debe observarse que existe una diferencia substancial entre lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos, que no excluyen la censura previa, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, a partir de las circunstancias que permiten restringir la libertad de expresión, pone énfasis en el establecimiento de la responsabilidad ulterior del autor del mensaje, y sólo permite la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia.

En todo caso, al elegir los medios a que se puede recurrir para interferir con el derecho a expresarse, el Estado no dispone de un margen de opciones ilimitadas, entre las cuales pueda seleccionar la que le plazca. Muy por el contrario, el carácter fundamental de la libertad de expresión sugiere la necesidad de imponer condiciones muy estrictas a algunas de las medidas que la restrinjan, tales como la intercepción de comunicaciones telefónicas, y plantea serias dudas en cuanto a la legitimidad de otras, como la infiltración policial de reuniones o manifestaciones públicas.

1. La censura previa y las responsabilidades ulteriores

Quiero una situación sin censura, porque no quiero ser responsable de lo que ellos puedan decir

Napoleón Bonaparte, en carta del 1° de junio de 1805 a su Ministro de Policía, Joseph Fouché

Según Kenneth Karst, la idea de igualdad entre las distintas ideas y puntos de vista se sitúa en el corazón mismo de la libertad de expresión y de la garantía de que el Estado no podrá regular el contenido del mensaje[190]; de manera que cualquier disposición que discrimine en función del contenido del mensaje es censura en su forma más depurada. La censura es la forma más severa de interferir con la libertad de expresión; mientras una sanción posterior, dispuesta como consecuencia de un procedimiento judicial, está sujeta a un cúmulo de garantías judiciales y sólo opera después de que dicha sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada, la censura previa tiene un efecto inmediato y, en cierto sentido, produce un daño irreversible. En tal sentido, no puede perderse de vista el valor que tiene una información recibida en forma oportuna; en caso contrario, ella carece de pertinencia.

Paradójicamente, a pesar de que su propósito es impedir la difusión de un mensaje, existe la impresión de que con la censura se obtiene un resultado completamente contrario al que se espera; a juicio de Herbert Spencer, la persecución, antes que ahogar, pro-

190. *Cf., Equality as a central principle in the First Amendment*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, p. 21. Citado por TRIBE, Lawrence en *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola-New York 1988, p. 800.

paga las doctrinas[191]. En opinión de Yves Madiot, la censura es inherente a nuestra vida social, y es practicada por todos los que disponen de información, o por quienes están en capacidad de controlar la difusión de la misma[192]. Particularmente la censura previa, como medio para proteger los derechos o intereses que se desea preservar, y como procedimiento que ataca el núcleo de la libertad de expresión, es un aspecto que merece especial consideración. No cabe duda que la censura constituye la forma más radical de interferir con las posibilidades de comunicarnos; lo que queda por definir es determinar cuál es su régimen jurídico.

A. El concepto de censura

La censura constituye la denegación de la libertad de expresión tanto en su aspecto individual, es decir el derecho que tiene toda persona a expresarse, como en su aspecto colectivo, en cuanto garantía de que la sociedad pueda recibir todo tipo de información[193]. Con la censura se impide que la información llegue a su destino, ya sea suprimiéndola o restringiendo su circulación; pero ella también constituye un juicio de reproche sobre el autor del mensaje que, como consecuencia de la reacción social que puede generar, a veces puede tener consecuencias fatales para su libertad, su integridad física, o incluso su vida.

Desde el punto de vista jurídico, lo que nos interesa es la censura en cuanto medida de control sobre el contenido de una obra, adoptada por las autoridades del Estado en forma previa a su difusión, para impedir o restringir la circulación de información, ya sea porque ella no está en sintonía con los patrones morales del censor, o porque se considera que el interés público hace necesario suprimirla, o por cualquier otra causa. La censura puede afectar no sólo a los libros u obras escritas, sino que también a la música, la pintura, el cine, o cualquier otra producción intelectual.

Un aspecto no menos importante es el que se refiere a la autocensura y, sobre todo, a la censura social. Sobre este particular, en el prefacio de su novela *Granja de Animales*, George Orwell dirigió su atención a las sociedades relativamente libres del control estatal, señalando que "lo siniestro de la censura literaria en Inglaterra estriba en que es en gran parte voluntaria. Es posible silenciar las ideas impopulares y mantener en secreto los hechos inoportunos sin ninguna necesidad de prohibición oficial... Cualquiera que se oponga a la ortodoxia imperante se ve silenciado con sorprendente eficacia"[194]. Como si se quisiera confirmar las palabras de Orwell, Noam Chomsky nos recuerda que el prefacio antes citado permaneció inédito durante treinta años[195].

En opinión del Tribunal Constitucional español, al margen de otras acepciones, en este campo, por censura hay que entender "la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aun-

---

191. *Cf., Demasiadas leyes*, traducción de DIEGUEZ, Rosendo, Editorial Tor, Buenos Aires 1943, p. 31.

192. *Cf., Les Droits de l'Homme*, M.A. Éditions, París 1987, p. 34.

193. *Cf.*, en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso *11.803, Chile, Olmedo Bustos, Juan Pablo, Colombara López, Ciro, Márquez Vidal, Claudio, Muñoz Wilson, Alex, Insunza Tagle, Matías y Aguirre Fuentes, Hernán*, párrafo 21.

194. *Cit.*, por CHOMSKY, Noam, *Actos de Agresión*, Editorial Crítica, S.L., Barcelona 2000, p. 47.

195. *Cf., Ibidem*, citando un artículo de CRICK, Bernard, en *Times Literary Supplement*, del 15 de septiembre de 1972.

que consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no *censura*, en el sentido que le da la Constitución (española)"[196]. Según este alto tribunal, lo que a veces ha dado en llamarse *autocensura*, utilizada para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites a la actividad informativa, tampoco encaja en el concepto de censura propiamente tal[197]; asimismo, la tarea asumida por los editores y directores en cuanto al examen y análisis de textos y contenidos antes de su difusión, para comprobar que no se traspasen los límites de las libertades que ejercen, tampoco constituiría censura[198]. Según el Tribunal Constitucional español, la verdadera censura previa consiste en cualquiera medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido[199].

B Los antecedentes históricos de la censura

Ciertamente, la censura no es el producto del siglo de la iluminación o del racionalismo; ella es la forma más antigua y más radical de controlar el libre flujo de informaciones e ideas, y probablemente tiene el efecto contrario al que se persigue; no por casualidad, Voltaire sostenía que la característica más notable de la censura es que ella confiere credibilidad a las opiniones que ataca[200]. El origen mismo de la palabra se remonta a la antigua República Romana que, en el año 443 antes de Cristo, instituyó la figura del censor, como la culminación de una carrera política; los censores -en número de dos- gozaban de gran prestigio y autoridad, y -además de elaborar el censo de la población-, tenían la responsabilidad de inspeccionar la conducta y la moral de los ciudadanos. Pero en las antiguas ciudades griegas, particularmente en Esparta, también se daba por sentado que los ciudadanos debían formarse según las necesidades del régimen; el mismo Platón, en *La República*, sostenía la convicción de que las opiniones de la población pueden moldearse de acuerdo con la ley, y que los ciudadanos pueden ser objeto de sanciones si dicen algo que ofenda la sensibilidad pública, que atente contra la moral, o que pueda subvertir las instituciones públicas. Pero, curiosamente, llama la atención que la historia recuerde la sabiduría de quienes, como Galileo, Shakespeare, Thomas Paine, o Pascal, fueron objeto de la censura, mientras se ignora a aquellos que temporalmente lograron acallarlos.

Si bien lo primero que viene a la mente es la censura política, aplicada en forma rigurosa y a veces dramática, la censura eclesiástica, con frecuencia asociada con el poder civil, no ha sido menos eficaz y, por el contrario, aún sorprende, no sólo por su intolerancia sino que por la extrema crueldad a que pudo conducir. Sus antecedentes se remontan a principios del siglo V cuando, en el año 405, el Papa Inocencio I previó la necesidad de contar con una guía de libros prohibidos, la cual fue finalmente decretada por el Papa Gelasio I, alrededor del año 496. Ese sistema poco sofisticado cristalizó en 1559, bajo el pontificado del Papa Paulo IV, cuando la Iglesia Católica elaboró una lista

196. Sentencia n° 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo n° 1421/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de enero de 1996, n° 11 (suplemento).
197. *Cf., Ibidem*.
198. *Cf., Ibidem*.
199. *Cf., Ibidem*.
200. *Cf.*, el prefacio a *Poème sur le désastre de Lisbonne*, 1758.

de libros prohibidos, el *Index Librorum Prohibitorum*, y que -periódicamente actualizado- permaneció en vigor hasta el 14 de junio de 1966[201]; entre los libros prohibidos por la Iglesia figuraban todas las obras de Thomas Hobbes, todos los escritos filosóficos de Descartes, el *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*, de John Locke, todos los trabajos de David Hume, *El Contrato Social*, de J. J. Rousseau, la *Crítica de la Razón Pura*, de E. Kant, la *Vida de Jesús*, de Ernesto Renan, todas las obras de Emilio Zola, y todas las obras de Jean Paul Sartre[202]. De alguna manera, esa cultura de la intolerancia, que se gestó en importantes sectores de la Iglesia Católica, se ha prolongado hasta nuestros días; según Carlos Fuentes, en el continente americano, como consecuencia de la fortaleza de la contrarreforma, no pudimos incluir la libertad de palabra y la libertad de creencias en nuestra acta bautismal[203].

Entre los antecedentes de la censura en el mundo hispano, debe recordarse que, ante los peligros que encerraba la imprenta y que podían amenazar a la corona, en 1502, los reyes católicos decretaron que ningún libro ni impresor podía osar imprimir un libro -por pequeño o grande que fuera, e independientemente de que estuviese escrito en latín o en otro idioma- sin que para ello contara con una licencia expedida por los reyes, y prohibieron, igualmente, que se vendieran en el reino libros que no hubieran sido previamente examinados por ellos; la infracción de estas disposiciones se sancionaba con la confiscación de los libros, los cuales debían ser quemados públicamente, en la plaza de la ciudad o de la villa en donde se hubieren impreso o vendido[204].

La hoy desaparecida Unión Soviética también recurrió a todos los medios a su alcance para silenciar a los disidentes e impedir a sus ciudadanos el acceso a la información. Los libros y revistas que no correspondían a las ideas políticas más ortodoxas no formaban parte del inventario de las bibliotecas del Estado. Incluso la historia era revisada periódicamente, para ajustarse a la línea del partido comunista; a título ilustrativo, después de la ejecución, en diciembre de 1953, de Lavrenti Pavlovich Beria, quien había sido Director de la policía secreta y que había desempeñado un importante papel en las purgas de Stalin, todos los artículos en que se le elogiaba tuvieron que ser escritos de nuevo, incluyendo las referencias que se hacía de él en la *Gran Enciclopedia Soviética (Bolshaia Sovetskaia Entsiklopedia)*, cuya nueva versión también fue recibida por la biblioteca de la Universidad de California, en reemplazo de la anterior[205]. Los autores de cualquier obra crítica del régimen soviético eran perseguidos y procesados criminalmente, o declarados *enfermos mentales* e internados en sanatorios. Ni siquiera escritores y científicos de renombre, ganadores del premio Nobel, escaparon a esta suerte.

---

201. Sin embargo, la Santa Sede publicó nuevas regulaciones, que contienen normas precisas acerca de la lectura de libros que se consideran peligrosos para la *fe católica* o para la *moral cristiana*. En este sentido, en la página web de Las Siervas de los Corazones Traspasados de Jesús y María, se advierte sobre "la necesidad de avisar al pueblo de Dios de los peligros en (*sic*) la lectura". *Cf.,* http://www.corazones.org/apologetica/ indice_libros_prohibidos.htm 05/04/01.

202. La lista de autores prohibidos también incluye a MAQUIAVELO, Nicolás; MILTON, John; RABELAIS; MONTAIGNE; LA FONTAINE; PASCAL; MONTESQUIEU; VOLTAIRE; DIDEROT; STENDHAL; BALZAC; HUGO, Victor, FLAUBERT, Gustave; DUMAS, Alejandro; GIDE, Andre; FRANCE, Anatole; LAROUSSE, Pierre; D'ANNUNZIO; MORAVIA, Gabriel; STUART MILL, Alberto; CROCE, John; BENEDETTO y BERGSON, Henri.

203. *Cf., El conflicto está en la historia*, discurso pronunciado al recibir el doctorado honoris causa de la Universidad de Harvard, 9 de junio de 1983, reproducido en GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel y otros, *La democracia y la paz en América Latina*, Editorial El Buho, Bogotá 1985, p. 34.

204. *Cf.,* la *Pragmática* de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, del 8 de julio de 1502.

205. La biblioteca de la Universidad de Kansas aún conserva la versión original.

En efecto, después de que se prohibiera su novela *El Doctor Zhivago*, en 1958 Boris Pasternak fue forzado a rechazar el premio Nobel de literatura; asimismo, luego de publicar *El Archipiélago Gulag*, Alexander Solzhenitsyn fue arrestado, acusado de traición, y enviado al exilio; y Andrei Sakharov fue expulsado de la Academia Soviética de Ciencias y enviado al exilio interno en la inhóspita ciudad de Gorky.

En Inglaterra, una de las formas que adoptó la censura, y que fue ampliamente utilizada incluso antes de la invención de la imprenta, cuando los libros simplemente se copiaban a mano, fue la necesidad de obtener una licencia o autorización oficial para la publicación de un libro. Este procedimiento fue reivindicado como una prerrogativa de la Corona, que encontraba su origen en una práctica largamente establecida por la iglesia de Inglaterra, y que, con la aprobación del Parlamento, fue introducida por Enrique VIII, haciéndola extensiva no sólo a los escritos heréticos sino a cualquier publicación, y particularmente a aquellas que de carácter subversivo que pudieran amenazar la destrucción del reino. El discurso de John Milton, pronunciado ante el Parlamento inglés en 1644 y publicado bajo el título de *Areopagítica*,[206] fue precisamente una reacción en contra de una ley aprobada el 14 de junio del año anterior restableciendo la censura, y que señalaba que, a partir de esa misma fecha, no se publicaría ni se importaría ningún libro, panfleto o papel, sin la debida licencia previa o registro en la Compañía de Libreros[207]. Sin perjuicio de varios cambios, antes y después de la revolución, particularmente en cuanto a las agencias gubernamentales encargadas de otorgar las licencias, y en cuanto a su base de sustentación, que pasó de ser una prerrogativa real a una ley aprobada por el Parlamento, este sistema permaneció en vigor hasta su derogación en 1694. Con la aprobación en 1737 de la Ley de Licencias, la cual estuvo en vigor hasta 1968 cuando se adoptó la Ley de Teatros, las obras de teatro también fueron objeto de la censura inglesa, a fin de preservar el *decoro* y las *buenas maneras*; pero, en realidad, esa ley fue el resultado de la sensibilidad herida del Primer Ministro de la época, Sir Robert Walpole, quien había sido expuesto al ridículo en una obra de teatro de Henry Fielding,[208] que criticaba la corrupción política imperante bajo su gobierno. Por otra parte, en lo que concierne al cine, la propia industria ha establecido un Consejo de Censores, que concede o deniega a cada película un certificado indicando el tipo de público para el cual ha sido aceptada, y que opera como un mecanismo de auto censura; además, las autoridades locales poseen el poder de conceder o denegar licencias a las salas de exhibición, lo cual les permite un control definitivo de las películas que se pueden exhibir en su área respectiva.

Paradójicamente, la censura ha estado presente incluso en aquellos círculos tradicionalmente inclinados a la libertad de expresión. En este sentido, Frederick Schauer relata el caso del distinguido historiador Leonard Levy, a quien en 1957 el Centro por las Instituciones Democráticas le encomendó preparar un estudio sobre el significado ori-

---

206. Este libro lleva como subtítulo el de *Discurso sobre la libertad de impresión, sin licencias, al Parlamento de Inglaterra.* Bajo las circunstancias que exigían una licencia previa, esta obra fue impresa secretamente, y aún se ignora el nombre del impresor. La infracción cometida por MILTON fue condonada, con lo que el sistema de licencias recibió un severo golpe, que condujo rápidamente a su colapso.

207. La Compañía de Libreros (*The Stationers' Company*), que se había formado en 1403 de entre los miembros de las cofradías de escribientes, encuadernadores, y libreros, obtuvo en 1557 un decreto que le confirió virtualmente el monopolio del comercio de libros.

208. Novelista, dramaturgo, autor de escritos políticos y satíricos, además de magistrado, que se convirtió en un personaje importante de la vida londinense de la primera mitad del siglo XVIII. Como uno de los pioneros de la novela inglesa moderna, es autor, entre otras obras, de *La historia de Tom Jones*, publicada en 1749.

ginal de la libertad de expresión en la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos[209]; al estudiar las fuentes, contrariamente a sus convicciones anteriores, Levy llegó a la conclusión de que los redactores de la Primera Enmienda habían tenido una concepción de la libertad de expresión mucho más restringida que lo que tradicionalmente se pensaba, y que en su intención original no figuraba el propósito de eliminar la legislación penal sobre discurso sedicioso ni la intención de eliminar la censura previa más allá de lo que constituyeran mensajes de contenido político. Cuando estas conclusiones fueron incorporadas en el estudio, Robert M. Hutchins, uno de los intelectuales más distinguidos de la época y Director del Centro, se rehusó a publicarlas. Esta forma de censura fue denunciada con indignación por el mismo Levy, en un libro en el que relata estos hechos[210].

Aunque el desarrollo científico y tecnológico hace cada vez más difícil asegurar la eficacia de la censura previa, particularmente en el mundo de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, aún es relativamente eficaz respecto de materiales escritos, de grabaciones sonoras, y de películas. En todo caso, del mismo modo como se han multiplicado los medios de comunicación, y así como la imaginación ha recurrido a distintos medios para transmitir su mensaje, la censura también ha asumido nuevas formas. Si la quema de libros podía ser una eficaz forma de censura antes de la invención de la imprenta, cuando los libros eran escritos a mano y había muy pocas copias disponibles, hoy en día no pasa de ser una muestra de salvajismo, incapaz de evitar, por sí sola, el acceso a una publicación, y mucho menos a la información en su sentido más amplio. En la actualidad, la censura puede ocultarse tras la decisión de qué libros comprar o no comprar para una biblioteca pública, a qué programas de opinión asistirán los miembros del gabinete del gobierno tal o cual, particularmente cuando se decide no asistir a los programas en que simultáneamente se invite a alguna figura de oposición al régimen[211], la clasificación de un libro o de una película como *propaganda política*, mientras que otras son calificadas como *material educativa*, o tras otras decisiones aparentemente inocuas.

C. El debate sobre la pertinencia de la censura

La lucha que se desarrolló en Inglaterra en contra de la censura, practicada en forma de licencias que se requerían para publicar, se reflejó en los escritos del poeta John Milton, de J.S. Mill, y de William Blackstone. Este último sostuvo que la libertad de prensa es esencial a la naturaleza de un Estado libre; en su opinión, tal libertad consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones, y no en dejar libre de censura materiales criminales ya publicados. Según Blackstone, todo hombre libre tiene el indiscutible derecho a exponer ante el público los sentimientos que le plazca, y prohibir

---

209. *Cf., The First Amendment as ideology*, en ALLEN, David S. and JENSEN, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical perspectives on freedom of expression*, New York University Press, New York and London 1995, pp. 25 y ss.

210. *Cf., Legacy of Suppression: Freedom of speech and press in early American history*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1960.

211. En este sentido, CHOMSKY, Noam y HERMAN, Edward S. mencionan que ABRAMS, Elliot siendo Sub-Secretario de Estado para asuntos latinoamericanos, rehusó participar en una conferencia sobre derechos humanos en América Central, organizada por la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard, si no se excluía la intervención del ex embajador de los Estados Unidos en El Salvador, señor WHITE, Robert. *Cf., Los guardianes de la libertad*, Crítica, Barcelona 2000, p. 57.

esto es destruir la libertad de prensa; pero si él publica algo que es impropio, dañino o ilegal, tiene que asumir las consecuencias de su temeridad[212]. Este debate se extendió a los Estados Unidos, cuyas colonias debieron someterse a las licencias para publicar, y se manifestó en la adopción de la primera enmienda a su Constitución, la cual se ha interpretado como una renuncia a la censura previa. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, al determinar la extensión de la protección constitucional de la libertad de expresión, generalmente se ha considerado que su propósito principal es el de evitar la censura previa *como ha sido practicada por otros gobiernos*, sin perjuicio de las sanciones posteriores que se considere contrarias al bienestar general[213]. Sin embargo, en el curso del presente siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha admitido que la protección de la libertad de expresión, incluso en lo que concierne a la censura previa, no es absolutamente ilimitada; esta limitación se habría reconocido en casos excepcionales. Según la Corte, "cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son tal estorbo que su comunicación no se podrá sostener mientras los hombres estén luchando, y ningún tribunal podría considerarlas protegidas por cualquier derecho constitucional"[214]. Además, en opinión de ese alto tribunal, nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir la obstrucción a sus servicios de reclutamiento, o la publicación de la fecha de salida de sus transportes navales, o el número y localización de sus tropas; de modo semejante, los requerimientos de la decencia podrían hacerse prevalecer respecto de publicaciones obscenas, o la seguridad de la vida de la comunidad podría protegerse contra incitaciones a la violencia y al derrocamiento de un gobierno disciplinado, porque la garantía constitucional de la libertad de expresión no impide que se pueda adoptar una orden judicial impidiendo que se pronuncien palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza[215]. Sobre este particular, lo sostenido por el juez Brandeis resulta especialmente pertinente; en su opinión, la censura se justifica si se teme fundadamente que, de manifestarse las expresiones que se desea prohibir, va a ocurrir algo grave; es decir, debe haber una probabilidad razonable para creer que el peligro que se percibe es inminente y que el daño que se procura evitar es grave[216]. En opinión de Brandeis, para quienes "confían en el poder del razonamiento libre y sin temor, empleado en la dinámica propia del proceso de gobierno representativo, ningún daño que provenga del hecho de expresarse puede considerarse claro e inmediato, a no ser que la incidencia del daño percibido sea tan inminente que pueda producirse antes de tener la oportunidad de discutirlo a fondo. Si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias (que hay en el mensaje que se desea evitar), y si hubiera tiempo para evitar ese daño recurriendo a la educación, el medio adecuado sería más expresión y no el silencio forzoso. Sólo una emergencia puede justificar la censura previa"[217]. Si bien la doctrina del *peligro claro e inmediato*, tomada de las condiciones para que proceda la legítima defensa en el ámbito del Derecho penal, ha aportado un importante elemento de juicio para determinar la procedencia de la censura previa en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses, ella no ha estado exenta de críticas; en efecto, ella es suficientemente ambigua como para fundarse en un juicio

212. *Cf., Commentaries on the Laws of England*, tomo IV, pp. 151-152.
213. *Cf., Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).
214. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.
215. *Cf., Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).
216. *Cf.*, su opinión concurrente en *Whitney v. People of the State of California*, 274 U.S. 357 (1927).
217. *Ibidem*.

subjetivo, que pretende anticipar cuáles serían las consecuencias perjudiciales del mensaje que se desea impedir[218].

El art. 19 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que es *el ejercicio* de la libertad de expresión el que puede estar sujeto a ciertas restricciones. Similarmente, el art. 10 N° 2 de la Convención Europea tampoco prohíbe la censura como tal, y dispone que *el ejercicio* de esta libertad puede estar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones, o sanciones; aunque las sanciones son una forma de establecer responsabilidades por un mensaje que ya se ha emitido, las formalidades, condiciones, o restricciones, imponen una censura o barrera al ejercicio mismo del derecho a expresarse; además, la referencia que se hace a la *prevención* en esta disposición, sugiere claramente que sus redactores no excluyeron la posibilidad de recurrir a la censura previa. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que los peligros inherentes a la censura previa son de tal entidad que hacen necesario el más cuidadoso análisis, y que esto es especialmente así en lo que concierne a la prensa, porque las noticias son una mercancía perecedera, y cualquier dilación de su publicación, incluso por un corto tiempo, puede despojarla de todo valor e interés[219]. En todo caso, la censura sólo podría ser aceptada en circunstancias muy excepcionales, cuando el mensaje que se objeta pueda poner en peligro la existencia del Estado como tal, o cuando constituya tal grado de abuso que se traduzca en la negación de los derechos de terceros, de una manera que resulte intolerable en una sociedad democrática.

Pero estas consideraciones no han impedido que, incluso en Europa, se haya recurrido a medios indirectos de censura, como -en el caso *Piermont y France*- la prohibición de permanecer en la Polinesia Francesa, o de reingresar a ella, como una forma deliberad de silenciar las opiniones políticas de una persona[220].

Por el contrario, nutriéndose del espíritu de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y adoptando una solución semejante a la interpretación jurisprudencial formulada por los tribunales de ese país, el art. 13 N° 2 de la Convención Americana omite referirse a posibles *restricciones* y dispone que el ejercicio de la libertad de expresión *no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*; además, el N° 3 del mismo artículo establece que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. La única excepción estaría prevista en el art. 13 N° 4 de la Convención, que dispone que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa *con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.* En todos los demás casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que cualquier medida preventiva implica el me-

---

218. *Cf.,* en este sentido, lo expuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque con pequeñas variantes que introducen la *incitación* a una acción ilegal, en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

219. *Cf., The Observer and Guardian v. The United Kingdom case*, Sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 60.

220. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Piermont v. France*, Sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 10 y 11.

noscabo a la libertad de expresión[221]; por consiguiente, dicho tribunal ha sostenido que "el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido"[222]. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana tampoco ha percibido ninguna circunstancia que autorice recurrir a la censura, señalando que, según el art. 13 de la Convención, quien ha ejercido la libertad de expresión en forma abusiva debe afrontar las consecuencias ulteriores de ese acto[223]. En una interpretación que no compartimos, la Comisión Interamericana ha llegado a sugerir que la prohibición de la propaganda de guerra, así como de la apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal, prevista en el art. 13 Nº 5 de la Convención Americana, debe entenderse en armonía con el inciso 1 del mismo artículo, que rechaza de plano la censura y sólo prescribe el establecimiento de responsabilidades ulteriores[224].

Mientras el establecimiento de responsabilidades ulteriores puede tener un efecto inhibidor de la libertad de expresión, la censura previa es una sanción irreversible, que congela definitivamente el debate. Pero sería ingenuo asumir que la prohibición de la censura previa es suficiente garantía de la libertad de expresión, pues si una persona pudiera ser castigada penal o civilmente por expresiones que no causan ningún daño, esta libertad no pasaría de ser una simple burla.

Sobre este particular, Rodolfo Piza ha sostenido que la sustitución de las *restricciones* a que hace referencia el art. 19 N° 3 del Pacto por la prohibición de la censura previa junto con la posibilidad de establecer *responsabilidades ulteriores* no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo[225]. Por otra parte, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la censura previa "es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión"[226]. En opinión del Tribunal, "el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido"[227]. Este sería también el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha entendido que la censura previa es absoluta, y que cualquier interés que entre en conflicto con la libertad de expresión sólo autorizaría a establecer

---

221. *Cf.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

222. *Cf., La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 39.

223. *Cf.*, en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso *11.803, Chile, Olmedo Bustos Juan Pablo, Colombara López Ciro, Márquez Vidal Claudio, Muñoz Wilson, Alex, Insunza Tagle Matías y Aguirre Fuentes Hernán*, párrafo 77.

224. *Cf.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 61, letra g.

225. *Cf.*, su opinión separada en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 8.

226. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 38.

227. *Ibid*, párrafo 39.

responsabilidades ulteriores[228]. Esas responsabilidades pueden establecerse ya sea por la vía penal, sancionando como delito las expresiones que se consideren lesivas, o por la vía civil, disponiendo las reparaciones pecuniarias a que haya lugar, o por ambas.

En realidad, un Estado parte en la Convención Americana sólo podría recurrir a la censura previa en situaciones excepcionales de la naturaleza prevista en el art. 27 de la misma Convención[229], en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de esa situación. Esta medida podría afectar a cualquiera de los dos elementos de la libertad de expresión; es decir, la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de información, tanto desde el punto de vista del que la posee como de quien quiere acceder a la misma.

Rodolfo Piza se ha referido a la diferencia que existe entre el establecimiento de *responsabilidades ulteriores* y la imposición de *restricciones propiamente dichas*. En su opinión, las primeras hacen alusión a infracciones de la ley que solamente se producen con el ejercicio de la libertad de expresión, y solamente se sancionan después de ejercerla; las segundas, en cambio, estarían dirigidas a limitar (*sic*) el ejercicio mismo de la libertad de expresión. Este último sería el caso de las licencias o autorizaciones, cuyo propósito no es el de someter el ejercicio de la libertad de expresión a una responsabilidad ulterior por el abuso que con el mismo se cometa, sino impedir el ejercicio mismo de dicha libertad mientras la licencia o autorización no haya sido otorgada[230]. En su opinión, las responsabilidades ulteriores que autoriza el art. 13 N° 2 no pueden tender a producir un efecto impeditivo, sino únicamente a lograr, por medios indirectos y no preventivos, que el ejercicio de este derecho se mantenga dentro de límites legítimos[231]. Por consiguiente, la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto constituye una restricción cuyo propósito sería prevenir el ejercicio mismo de la actividad periodística, sometiéndolo a la condición de una licencia o autorización, constituiría una restricción no autorizada por el art. 13 N° 2 de la Convención Americana[232]. En el mismo sentido, Pedro Nikken estima que la colegiación obligatoria de periodistas, entendida en los términos antes expuestos, representa un régimen extremo, incompatible con la Convención Americana, puesto que bastaría con que una persona *difundiera* por sí misma, a través de un procedimiento de su elección (que podría ser la prensa, la radio, o la televisión) una información que hubiera *buscado* libremente, para que incurriera en responsabilidad (incluso penal) por ejercicio ilegal del periodismo[233].

Es interesante observar que la nueva Constitución de Venezuela, promulgada el 30 de diciembre de 1999, en sus artículos 57 y 58, también excluye la censura previa tanto respecto de la libertad de expresión propiamente tal como respecto de la libertad de

---

228. *Cf., Steve Clark v. Grenada*, Caso 10.325, Informe n° 2/96, del 1° de marzo de 1996, en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1995*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1996, pp. 122 y ss.

229. Es decir, en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte.

230. *Cf.*, su opinión separada en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Opinión Consultiva OC-5/85*, *del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 10.

231. *Cf., Ibidem*.

232. *Cf., ibid*, párrafo 11.

233. *Cf.*, Declaración del Juez NIKKEN, Pedro en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*, párrafo 10.

información. Sin embargo, el art. 337 del citado texto constitucional, permite *restringir* (no suspender) las garantías constitucionales en estados de excepción, excepto en lo que se refiere, *inter alia*, al derecho a la información; curiosamente, esta disposición parte en dos la libertad de expresión en sentido amplio, e incluye el derecho a la información (aunque no la libertad de expresión propiamente tal) entre los derechos intangibles. Sin embargo, el art. 209 de la recientemente aprobada Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que, "hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, *suspender la transmisión de comunicaciones* cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"[234].

Rechazando el recurso a la censura previa, y acogiendo el establecimiento de responsabilidades ulteriores, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sostenido que la libertad de prensa "radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin el previo contralor de la autoridad, pero no de la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos y causar daños por culpa o negligencia. La Constitución Nacional no asegura la impunidad de la prensa. Una vez efectuada la publicación, su contenido queda sometido a la ley y al control de los jueces"[235]. En opinión de ese tribunal, el derecho de difundir información "no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles.

La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la integridad moral y el honor de las personas"[236].

Sin embargo, esta distinción entre censura previa y *responsabilidades* ulteriores tampoco debe sobre-estimarse; desde luego, en la era de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, la amenaza de una sanción penal o pecuniaria puede disuadirnos de difundir determinadas informaciones o ideas, incluso con mayor eficacia que la censura previa. Además, tampoco debe perderse de vista que, en el caso de los medios de comunicación, la responsabilidad civil puede ser compartida, extendiéndose a los directores de esos medios, que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso no lo hicieren, lo que virtualmente les convierte en censores de lo que se pueda comunicar a través de ese medio[237].

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que, en la práctica, la censura ha hecho que la información que se objeta se difunda en forma clandestina, a veces incluso con

---

234. No se indica si la referencia que se hace a la *seguridad* lo es a la seguridad personal, a la seguridad nacional, o a una noción distinta en que la misma sea pertinente.

235. PONZETTI DE BALBÍN, c/Editorial Atlántida, *La Ley*, B, 1985, p. 114, citado por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice" en *Campus*, Año IV, n° XVI, Buenos Aires octubre de 1997, p. 7.

236. *Campillay c/ La Razón*, Sentencia del 15 de agosto de 1986, *La Ley*, C, 1986, p. 406, citado por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, en "La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice", en *Campus*, Año IV, n° XVI, Buenos Aires octubre de 1997, p. 7.

237. *Cf.*, por ejemplo, el art. 1.195 del Código Civil de Venezuela.

mayor eficacia que la proporcionada por los métodos ordinarios. En este sentido, en la sociedad contemporánea las comunicaciones por satélite, al igual que internet, han contribuido a evadir la censura. Por ejemplo, cuando, en abril de 1999, la Corte Suprema de Chile prohibió la difusión de *El libro negro de la justicia chilena*, que criticaba duramente a los jueces de ese país por su comportamiento servil durante la dictadura de Pinochet, inmediatamente dicho libro fue difundido a través de internet, en forma mucho más amplia de lo que podía esperarse con el medio impreso.

2. El derecho de rectificación o de respuesta

Este derecho adquiere toda su relevancia como un derecho del individuo frente a los medios de comunicación, obviamente con la garantía del Estado. Si bien los medios de comunicación tradicionalmente se han resistido a reconocer este derecho, por considerar que constituye una imposición arbitraria de información, ello no significa que no acepten la responsabilidad que les incumbe en la transmisión de información veraz. En este sentido, el manual de estilo de *El País* asume, como cuestión de principio, que el periódico ha de ser el primero en subsanar los errores cometidos en sus páginas, y hacerlo lo más rápidamente posible, y sin tapujos[238].

Además de las circunstancias y de los propósitos que, según las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos que hemos venido comentando, permiten restringir la libertad de expresión, el art. 14 de la Convención Americana señala uno de los medios a que, con tal fin, puede recurrir el Estado, y consagra el derecho de rectificación o de respuesta. Dicha disposición expresa que:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial[239].

En nuestra opinión, la disposición que comentamos debe interpretarse en conexión con el art. 13, N° 2, letra a), de la Convención Americana, que somete el ejercicio de la libertad de expresión al *respeto a los derechos o a la reputación de los demás*; en consecuencia, su pertinencia debe interpretarse en relación con este propósito. Este derecho permite a cualquier persona aludida por un comentario perjudicial difundido a través de cualquier medio de comunicación, o a la que se haya hecho referencia en la información inexacta de una noticia, proteger su reputación y su integridad moral requiriendo a ese medio que inserte la rectificación pertinente, en sus ediciones o programas, y dentro de un lapso razonable después de recibida la rectificación, de modo que se asegure la efi-

238. *Cf., Libro de Estilo El País*, Ediciones El País, 15° edición, Madrid 1999, p. 23, punto 1.10.

239. Debe observarse que, mientras el texto en inglés del art. 14 n° 1 se refiere a "inaccurate or offensive statements *or ideas*", las versiones en castellano (*informaciones inexactas o agraviantes*), en francés (*données inexactes ou des imputations diffamatoires*), y en portugués (*informaçôes inexatas ou ofensivas*), omiten la referencia a las *ideas*.

cacia de este derecho. Desde luego, la persona aludida no es solamente aquella que ha sido debidamente identificada, con su nombre y apellido, sino también aquella persona respecto de la cual se proporcionan suficientes datos y circunstancias que permiten identificarla.

En la medida que se trata de un derecho individual, su titular es quien alegue un perjuicio personal, para sus derechos o para su reputación, que deriva de esa información inexacta o agraviante. En todo caso, debe observarse que, según el art. 14 N° 1 de la Convención Americana, el ejercicio de este derecho no excluye a ninguna persona, ni está limitado a una categoría especial de personas; en el mismo sentido, el art. 58 de la Constitución de Venezuela señala que "toda persona tiene derecho... a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes". Por consiguiente, resulta absolutamente incongruente con las disposiciones antes citadas que una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela señale que tal derecho no lo tienen ni los medios ni quienes en ellos se expresan, pues el medio de difusión siempre puede contestar o rectificar la noticia inexacta o agraviante que sobre él, sus periodistas o colaboradores, haya sido difundida en otro medio[240]. Según el citado tribunal, "el derecho a la replica y a la rectificación no lo tienen ni los medios ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante *remitidos* suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia"[241]. Desde luego, esa sentencia ignora, entre otras cosas, que el derecho previsto en el art. 14 N° 1 de la Convención Americana contempla el derecho del afectado efectuar la rectificación o la respuesta *por el mismo órgano de difusión*, a fin de permitirle acceder a la misma audiencia que inicialmente recibió la información inexacta o agraviante, y como una forma de reparación *no excluyente de otras responsabilidades* que le corresponde precisamente al medio que difundió la información inexacta o agraviante que hace necesaria la rectificación o respuesta. En tal sentido, es interesante observar que el art. 20 de la Constitución colombiana garantiza el derecho de rectificación *en condiciones de equidad.*

En primer lugar, hay que observar que este derecho individual se configura frente a la información proporcionada por cualquier medio de comunicación, ya sea éste un medio escrito o radioeléctrico. En tal sentido, es importante subrayar que lo que puede ser susceptible de rectificación son las informaciones inexactas; es decir, aquellas noticias o datos que por su origen, por la forma de su presentación, o por su ubicación en los espacios dispuestos por un medio de comunicación, presumen de objetividad; por el contrario, el derecho de rectificación no resulta aplicable respecto de las ideas u opiniones. Sin embargo, en la medida en que este derecho responde a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad del medio de comunicación, en el caso de informaciones inexactas o agraviantes difundidas en un anuncio pagado, que no compromete la responsabilidad del medio, la persona afectada tendría a su disposición los recursos ordinarios, civiles o penales, pero no el derecho de rectificación o de respuesta; en todo caso, nada impide que, como parte de su responsabilidad civil o penal, los tribunales obliguen al autor de

240. *Cf.,* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

241. *Ibidem.*

ese anuncio pagado a cancelar el valor de la publicación de esa rectificación o respuesta, o de la sentencia dictada en su contra.

En lo que se refiere al derecho de respuesta, las circunstancias que lo hacen operativo requieren algunas precisiones adicionales. En efecto, si bien el art. 14 N° 1 de la Convención Americana indica que éste procede en caso de *informaciones inexactas o agraviantes*, nos parece que esta disposición debe interpretarse en el sentido de requerir que la información a la que se responde sea *inexacta y agraviante*; se trata de dos de las condiciones operativas de este derecho: 1) que la información que se objeta falte a la verdad *que sea inexacta*, y 2) que ella cause un daño o lesión a la persona aludida; es decir, que sea perjudicial o agraviante. No tiene sentido responder a una información que, debido precisamente a su exactitud y corrección, pueda resultar agraviante para quien legítimamente ha sido mencionado en ella. Sin embargo, cuando no se dan los supuestos antes mencionados, la circunstancia de que no proceda el derecho de rectificación o de respuesta no impide que esas expresiones puedan generar una responsabilidad ulterior, que pueda ser exigible ya sea por la vía civil o por la vía penal. Sin duda, de esta disposición no deriva necesariamente la obligación de los medios de comunicación de informar verazmente; pero sí se puede deducir la obligación de realizar un esfuerzo serio por descubrir la verdad y, de rectificar las informaciones inexactas.

Por otra parte, según lo dispuesto por el art. 14 N° 2 de la Convención Americana, tanto en el caso de informaciones inexactas como de informaciones agraviantes, el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no sustituye las responsabilidades civiles o penales que puedan derivar de dicha información. Además, teniendo en cuenta las dificultades que derivan del principio de la confidencialidad de las fuentes para hacer efectiva esa responsabilidad, el art. 14 N° 3 dispone que toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. Esta disposición, si bien no supone que los responsables del medio se hagan necesariamente solidarios de la información que se objeta, responde a la circunstancia de que ellos han estado en capacidad de impedir su divulgación, y que tenían la obligación de actuar con mayor diligencia en la verificación de la misma, a fin de asegurarse que los hechos y circunstancias difundidos correspondan con los elementos esenciales de la realidad y evitar daños a terceros. Pero, precisamente porque éste es un derecho que surge en el marco de la actividad de los medios de comunicación de masas, que requiere que la noticia *que es una mercancía perecible* se proporcione con suficiente prontitud, la necesidad de que haya correspondencia entre la información que se difunde y los hechos esenciales de la realidad no puede interpretarse como una exigencia de absoluta meticulosidad y exactitud en la narración de los hechos y circunstancias que rodean a la noticia; en este sentido, el Tribunal Constitucional español ha observado que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el ejercicio del derecho a la información, la única garantía sería el silencio[242].

Es claro que el derecho de rectificación o de respuesta no es procedente en el caso de opiniones; respecto de éstas, el remedio adecuado es el establecimiento de las responsabilidades civiles o penales a que haya lugar. Sin embargo, en el mundo de la información, la descripción de hechos y las opiniones suelen ir de la mano, lo que eventualmente puede plantear controversias en cuanto a la procedencia del derecho de rectificación

242. *Cf.*, TC 6/1988, también, TC 171 1990, 143/ 1991, y 15/1993.

o de respuesta, o en cuanto a los elementos que lo justifican. Tampoco es un derecho que pueda exigirse en el marco de un debate político concentrado en la discusión de ideas y puntos de vista, y no en la comunicación de hechos o situaciones, que es lo propio de la información. Ello es así porque el propósito de este derecho no es estimular el debate público sino proporcionar un recurso que haga posible la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; de lo contrario, su uso generalizado, incluso respecto de opiniones, podría actuar como un mecanismo perverso que inhiba el debate político, y que, para evitar el costo económico que impone el publicar la rectificación o la respuesta, obligue a los medios de comunicación a ser muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden.

En la medida en que el propósito de la Convención Americana es reconocer derechos y libertades a las personas, y no facultar a los Estados para hacerlo, interpretando la frase *en las condiciones que establezca la ley* utilizada por el art. 14 N° 1 de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, pero no a su creación, existencia o exigibilidad en el ámbito internacional, y que la tesis según la cual dicha frase solamente facultaría a los Estados partes a *crear por ley* el derecho de rectificación o de respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento interno no lo regule, no se compadece ni con el sentido corriente de los términos empleados ni con el contexto de la Convención[243].

Por otra parte, debe observarse que el margen de discrecionalidad que tiene el Estado para establecer, mediante la ley, las condiciones en que puede exigirse el derecho de rectificación o de respuesta no es ilimitado. En primer lugar, el art. 14 N° 1 de la Convención señala expresamente que la rectificación o la respuesta debe efectuarse por el mismo órgano de difusión que comunicó la información inexacta o agraviante que genera el derecho de rectificación o de respuesta. En segundo lugar, en cuanto a su oportunidad, ella tiene que realizarse dentro de un plazo razonable después de haberse recibido la referida rectificación o respuesta; en principio, nos parece que el medio debe dar cabida a esa rectificación o respuesta en la edición o en el programa inmediatamente siguiente a la fecha en que haya sido recibida por el medio. Ni la extensión de esa rectificación o respuesta, ni su ubicación en la programación del medio, han sido reguladas por la Convención y se han dejado al criterio del legislador nacional; sin embargo, nos parece que ambos aspectos deben responder apropiadamente al propósito de esta institución, brindando a la persona afectada condiciones de igualdad en cuanto a su cobertura y ubicación, y permitiéndole acceder a la misma audiencia que estuvo expuesta a la información inexacta o agraviante. Lo que se requiere es que el impacto de la información inexacta o agraviante pueda ser contrarrestado por la difusión, en condiciones de igualdad, de la rectificación o respuesta del afectado. En el caso de los medios escritos, ello supone considerar el despliegue y ubicación de la información inicial; en el caso de los medios radioeléctricos, el ejercicio efectivo de este derecho debe considerar el programa, el día de la semana, la hora en que se difundió dicha información, y la duración de la misma. Es decir, para que se asegure eficazmente este derecho, la ley debe asegurar la difusión adecuada de la rectificación o respuesta de que se trate.

---

243. *Cf.,* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986*, párrafos 33 y 23.

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contempla expresamente el derecho de rectificación o de respuesta, es interesante observar que este derecho ha encontrado cabida en la legislación española, que lo regula mediante una ley orgánica especialmente dictada para ese efecto[244]. Según el art. 1 de la ley que comentamos, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. De acuerdo con el art. 2 de esta misma ley, el derecho se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar; la rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar, y su extensión no excederá sustancialmente la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario. El director del medio de comunicación deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. Si la información que se rectifica se difundió en una publicación cuya periodicidad no permite la divulgación de la rectificación en el plazo antes indicado, se publicará ésta en el número siguiente; si la noticia o información que se rectifica se difundió en un espacio radiofónico o de televisión que no permite, por la reciprocidad de la emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, el rectificante podrá exigir que se difunda en un espacio de audiencia y relevancia semejante, dentro de dicho plazo. El art. 4 de esta ley indica que, si la rectificación no se hubiere publicado o divulgado dentro de los plazos antes señalados, o si se ha publicado o divulgado sin respetar las normas antes referidas, o si el director del medio de comunicación ha informado que aquella rectificación no será difundida, dentro de los siete días siguientes, el perjudicado podrá ejercer la acción de rectificación ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio, o ante el del lugar donde tenga su domicilio la dirección del medio de comunicación. El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en la ley, contados desde la notificación de la sentencia. además, es importante hacer notar que el objeto de este proceso no es incompatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza a que, como consecuencia de los hechos difundidos, pudiera tener derecho el perjudicado.

Un aspecto que no ha sido suficientemente analizado, y que plantea problemas difíciles de resolver, es el que se refiere a la forma de hacer efectivo este derecho en el caso de información inexacta o agraviante difundida a través de páginas de internet. Sin tener que invertir una cantidad considerable de dinero, cualquier persona puede crear una página *web* y difundir información en la red. Pero, por su propia naturaleza, no hay medios coactivos que permitan asegurar el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta en caso que el responsable de una página *web* esté renuente a hacerlo; además, a diferencia de lo que sucede con la prensa y los medios de comunicación radioeléctricos, allí no hay un director responsable de la información que se difunde. Sin duda, éste es uno de los desafíos que tenemos por delante.

---

244. *Cf.,* la *Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Rectificación,* n° 2/1984, promulgada el 26 de marzo de 1984, y publicada en el *BOE* n° 74, del 27 de marzo de 1984, con una corrección de errores publicada en el *BOE* n° 90, del 14 de abril de 1984.

3. Las restricciones por vías o medios indirectos

La importancia de esta libertad hace necesario que ella se proteja no solamente de los ataques frontales del Estado, sino que también de cualquier intento para restringirla en forma más sutil y subrepticia, utilizando premios o castigos. Por lo tanto, fuera de los propósitos taxativamente previstos en el art. 13 N° 2 de la Convención Americana, que permiten restringir la libertad de expresión en las circunstancias allí señaladas, el art. 13 N° 3 de la misma Convención prohíbe restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Si bien esta disposición parece estar referida fundamentalmente a las restricciones de que pueden ser objeto los medios de comunicación, tampoco se puede excluir su aplicación en aquellos casos en que, por medios indirectos, se impide a una persona transmitir un determinado mensaje; en este sentido, la Declaración de Windhoek menciona las frecuentes restricciones de visa que impiden el libre movimiento de periodistas[245].

Sobre este particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información, difundida a través de cualquier medio de comunicación -ya sea oral, escrito, artístico, visual, o electrónico- debe estar prohibida por la ley, y que la restricción en la circulación libre de ideas y opiniones, así como también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión[246]. La Comisión sostiene que, en la medida en que toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y en cualquier forma, la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión[247]. Asimismo, ella considera que el someter la libertad de información a condicionamientos previos, tales como los de veracidad, oportunidad, o imparcialidad de la información, son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales[248]. Según la Comisión, la utilización del poder del Estado y de los recursos de la hacienda pública, la concesión de prebendas arancelarias, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial o de créditos oficiales, o el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión con el objetivo de presionar y castigar, o de pre-

---

245. *Cf.,* el párrafo 6 de la Declaración adoptada el 3 de mayo de 1991, en el Seminario sobre la Promoción de una Prensa Pluralista e Independiente en África, celebrado con el patrocinio de la UNESCO en Windhoek, Namibia, del 29 de abril al 3 de mayo de 1991. Le referida Declaración recibió el respaldo de la Conferencia General de la UNESCO, en su vigésimo sexta sesión, celebrada en 1991.

246. *Cf.,* la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 período de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 5 de la parte declarativa.

247. *Cf., ibid*, párrafo 6.

248. *Cf., ibid*, párrafo 7. *Cf.*, también, el informe del relator para la libertad de expresión designado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que considera que las restricciones legales existentes en el continente son el principal obstáculo institucional para el pleno y efectivo reconocimiento de la libertad de expresión; entre estos obstáculos legales, el relator menciona la aceptación por parte de algunos Estados del concepto de información veraz, pues cualquier calificativo previo que se le imponga limita la cantidad de información protegida por este derecho. *Cf.*, el *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1999*, vol. III, Washington, D.C. 2000, pp. 16 y 29.

miar y privilegiar, a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley[249]. Según la Comisión Interamericana, los mecanismos que se utilizan para coartar la libertad de expresión son muchos y variados, y ese abanico de opciones va desde el asesinato de periodistas hasta el uso de mecanismos más sofisticados, como el hostigamiento constante de los periodistas por medio de demandas judiciales, legislación restrictiva, o medidas de gobierno que ponen obstáculos innecesarios al ejercicio de la libertad de expresión[250].

La pretensión, formulada nada menos que en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, de que en los medios de comunicación debe haber un equilibrio ideológico que asegure la participación de columnistas de distintas tendencias[251], puede considerarse un medio indirecto de restringir el ejercicio de la libertad de expresión. El mismo tribunal antes citado ha señalado que las tasas impositivas que se impongan a las empresas editoriales en igualdad de condiciones, o las normas sobre concesiones en el espacio radioeléctrico, no constituyen formas indirectas de restringir la libertad de expresión[252]; sin embargo, en opinión de quien escribe estas líneas, la existencia de tasas impositivas iguales para todas las empresas periodísticas, pero más elevadas que las aplicables a otras actividades económicas, o la existencia de normas que confieren un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades encargadas de otorgar concesiones del espacio radioeléctrico, sí constituyen medios indirectos de restringir la libertad de expresión.

El efecto que tiene en el ejercicio de la libertad de expresión la existencia de monopolios que controlen los medios de comunicación tampoco a escapado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Según la citada Comisión, la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas, por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos[253]. Además, en lo que concierne a frecuencias radioeléctricas, la Comisión considera que las asignaciones de frecuencias para radio y televisión deben considerar criterios democráticos, que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a las mismas[254]. En realidad, la Corte Europea de Derechos Humanos ha ido más allá de lo manifestado por la Comisión Interamericana, indicando que, en todo caso, no puede interpretarse que las licencias que pueda conferir el Estado respecto de las empresas de radio difusión, de cine, o de televisión, no estén sometidas a los requisitos señalados en el art. 10 N° 2 de la Convención (en cuanto a las formalidades y los propósitos de cualquier restricción a la libertad de expresión), pues una interpretación distinta conduciría a un

---

249. *Cf.*, la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 período de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 13 de la parte declarativa

250. *Cf., Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1998*, Washington, D.C. 1999, vol. III (*Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*), p. 59.

251. *Cf.*, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

252. *Cf., Ibidem.*

253. *Cf.*, la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 2 al 20 de octubre de 2000, Washington D.C. párrafo 12 de la parte declarativa.

254. *Cf., Ibidem.*

resultado contrario al objeto y propósito del art. 10 de la Convención Europea[255]. Demás está subrayar que ese razonamiento es igualmente pertinente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, en su voto concurrente con la sentencia de la Corte Europea en el caso *Autronic AG*, el juez de Meyer observó que la facultad de los Estados se extiende a otorgar licencia para las transmisiones de radio y televisión, pero no para recibir dichas transmisiones, y que estas últimas sólo pueden ser objeto de interferencias en cuanto a la forma o a las circunstancias de dichas transmisiones, pero sólo en la medida en que cualquiera de ellas pueda dar origen a efectos perniciosos que hagan surgir la necesidad imperiosa de prevenirlos o eliminarlos[256].

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo una primera oportunidad de aplicar esta disposición de la Convención Americana, que prohíbe las restricciones de la libertad de expresión por vías o medios indirectos. La Corte dio por probado que, en diciembre de 1984, el señor Baruch Ivcher Bronstein, un ciudadano de origen israelí, adquirió la nacionalidad peruana; se dio igualmente por probado que la legislación peruana vigente en el año 1997 disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos, se requería gozar de la nacionalidad peruana; asimismo, se dio por probado que, a partir de 1986, el señor Ivcher era propietario de más del 53% de las acciones de la empresa operadora del canal 2 de la televisión peruana, del cual era director y presidente, y que como tal se encontraba facultado para tomar decisiones de tipo editorial respecto de la programación del canal 2. El 6 de abril de 1997, el mencionado canal transmitió un reportaje de interés nacional, denunciando las supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército en contra de la agente Leonor La Rosa y acerca del supuesto asesinato de la agente Mariela Barreto Riofano; posteriormente, el 13 de abril de 1997, se transmitió un reportaje sobre los supuestos ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú y hombre de confianza del entonces Presidente de la República Alberto Fujimori. Como consecuencia de los reportajes antes referidos, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias que incluyeron la visita de miembros de la Dirección Nacional de Policía Fiscal para sugerirle que cambiara la línea informativa del canal 2, y la apertura de un proceso en su contra por parte de la Dirección Nacional de Policía Fiscal; además, las Fuerzas Armadas emitieron un comunicado oficial en el cual denunciaban al señor Ivcher por llevar a cabo una campaña difamatoria tendiente a desprestigiarlas. El mismo día en que se emitió el comunicado antes referido, el gobierno expidió un decreto que reglamentó la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de carcelarla a los peruanos naturalizados. Posteriormente, una resolución del Director General de Migraciones y Naturalización dejó sin efecto el título de nacionalidad peruana expedido a favor del señor Ivcher. Un juez ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario del canal 2, revocando su nombramiento como director del mismo, y prohibiendo la transferencia de sus acciones. Los accionistas minoritarios del canal 2 asumieron el control del mismo, y a partir de ese momento se prohibió el ingreso al canal de los periodistas que laboraban en el programa Contrapunto, que había transmitido los reportajes antes mencionados, y se cambió la línea informativa del ca-

255. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 52.

256. *Cf.,* su voto concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990.

nal[257]. En el contexto de los hechos antes referidos, la Corte Interamericana observó que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del canal 2 de la televisión peruana[258]; según la Corte, al separar al señor Ivcher del control del canal 2, y al excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática, en violación de los artículos 13 N° 1 y 13 N° 3 de la Convención Americana[259].

El hostigamiento policial a que se puede someter a un medio de comunicación también fue examinado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso del periódico *Özgür Gündem*, el cual había sido allanado por la policía, sus archivos y documentos habían sido requisados, y su personal había sido detenido, como resultado de lo cual las operaciones de producción del periódico se interrumpieron durante dos días. Según el tribunal, estos hechos constituían una grave interferencia con la libertad de expresión de los peticionarios, porque era desproporcionada para el legítimo propósito de prevenir el delito, y porque no se había proporcionado ninguna justificación para requisar los archivos, libros, y documentos del periódico, ni tampoco respecto de una orden de detención en blanco, de todas las personas que se encontraran en el lugar, incluyendo el cocinero, el personal de aseo, y el ingeniero de calefacción. A juicio de la Corte, no se demostró que ese allanamiento, en la forma que se condujo por las autoridades, haya sido necesario en una sociedad democrática, para la protección de un interés legítimo[260]. En este mismo caso, en que el citado periódico había sido objeto de más de un centenar de procedimientos judiciales, particularmente por incitación a la violencia o por comentarios que podían exacerbar una situación de tensión ya existente, los peticionarios alegaron que el propósito del gobierno con esas acciones judiciales era impedir la producción y distribución del periódico. Según la Corte, como estas medidas están dirigidas en contra de un periódico, ellas deben ser examinadas a la luz del papel esencial que le corresponde a la prensa en cuanto a garantizar el adecuado funcionamiento de una democracia; en tal sentido, estima el tribunal que la posición dominante de las autoridades del Estado las obliga a desplegar mayor moderación al recurrir a procedimientos penales, pues las autoridades de un Estado democrático deben tolerar la crítica, incluso si ella es considerada como provocadora e insultante. Además, en el caso particular, se consideraba que esa crítica tenía un contenido fáctico y emocional, pero no ofensivo. Por consiguiente, la Corte concluyó que, a través de numerosos procedimientos penales y condenas por el contenido de algunas ediciones, que finalmente llevaron al cierre del periódico, el Estado le había impuesto medidas que eran desproporcionadas e injustificadas para proteger un propósito legítimo[261].

---

257. *Cf.,* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú)*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafos 76 y 156 al 160.

258. *Cf., ibid*, párrafo 162.

259. *Cf., ibid*, párrafos 163 y 164.

260. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Case *of Özgür Gündem v. Turkey*, Sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafos 47, 48, 49, 50, y 71.

261. *Cf., ibid*, párrafos 51, 52, 53, 54, 58, 60, 61, 63, 68, y 71.

Por otra parte, la misma referencia que, en el art. 13 de la Convención Americana, se hace al *abuso* de controles oficiales de frecuencias radioeléctricas asume que el Estado puede ejercer tales controles. De hecho, una supuesta escasez de frecuencias radioeléctricas lleva implícita una regulación de la radiodifusión por parte del Estado. En este sentido, el art. 10 N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que la libertad de expresión no impedirá que los Estados puedan someter a licencias las transmisiones radiales o televisivas, o incluso la actividad de las empresas cinematográficas. Aunque en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no hay una disposición semejante, durante los trabajos preparatorios del mismo se propuso incorporar una referencia a la facultad del Estado para otorgar licencias para el uso de los medios técnicos de transmisión, con el propósito de evitar el caos en el uso de las frecuencias radioeléctricas; sin embargo, su inclusión fue rechazada, por considerar que podía ser utilizada para obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión, y porque, a juicio de los redactores del Pacto, su indicación expresa tampoco era necesaria pues ya estaba cubierta por la referencia al orden público que se hace entre los motivos que permiten restringir la libertad de expresión[262]. Pero es importante subrayar que este tipo de licencias no está prevista para controlar la información que se imparte, ni para determinar qué programas resultan aceptables, sino para organizar la forma en que pueden operar aquellos medios que, por sus características técnicas, deben ser regulados. De manera que el Estado no puede someter a los medios radioeléctricos a un sistema de licencias dirigido a censurarlos, y a suprimir determinado tipo de informaciones o ideas. En la medida en que el uso de licencias implica una restricción de la libertad de expresión, para que sea legítima debe perseguir un fin legítimo, y debe someterse a las demás condiciones y requisitos que hacen que tales restricciones sean legítimas. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la referencia que se hace en el art. 10 N° 1 de la Convención Europea tiene el propósito de dejar en claro que el Estado puede controlar, mediante un sistema de licencias, las transmisiones radioeléctricas en su territorio, pero que eso no lo exime de cumplir con los requisitos del párrafo 2 del art. 10[263]. Hay que hacer notar que, en este caso, el gobierno de Suiza sostuvo que su utilización del sistema de licencias tenía el propósito de evitar el desorden en las comunicaciones y, en segundo lugar, proteger los derechos de otro, puesto que estaba dirigida a asegurar el pluralismo informativo, permitiendo una distribución equitativa de las frecuencias tanto a nivel nacional como internacional, lo cual fue aceptado por la Corte[264]. Pero, como muy bien ha observado el juez de Meyer, la facultad que tienen los Estados de conferir licencias para el uso de medios radioeléctricos no implica la facultad de denegar a ciertos individuos el derecho de ejercer su libertad de expresión por algún medio radioeléctrico, o prohibir que determinados asuntos sean transmitidos, o recibidos por ese medio[265].

Aunque en el caso *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH* los peticionarios alegaron que la negativa de las autoridades austriacas a otorgarles una licencia para operar una estación transmisora de televisión en el área de Viena violaba su libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos recordó la disposición antes citada, según la

---

262. *Cf.,* United Nations General Assembly, Doc. A/5000, del 5 de diciembre de 1961, párrafo 23.

263. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Groppera Radio AG and others,* Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 61.

264. *Cf., ibid,* párrafos 69 y 70.

265. *Cf.,* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case *of Groppera Radio AG and others,* Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo I de su opinión disidente.

cual era claro que los Estados estaban autorizados para regular, mediante un sistema de licencias, la forma en que las transmisiones radioeléctricas eran organizadas en sus territorios, particularmente en sus aspectos técnicos, pero también en relación a otras consideraciones, incluyendo la naturaleza y objetivos de la estación transmisora que se proponía, su potencial audiencia a nivel nacional, regional o local, los derechos y las necesidades de audiencias específicas, y las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales[266]. Según la Corte Europea, esto podría conducir a interferencias cuyo objetivo sería legítimo de acuerdo con el párrafo 1 del art. 10 de la Convención, aunque no correspondiera a alguno de los propósitos señalados en el párrafo 2 del mismo artículo; pero la compatibilidad de tales interferencias con lo dispuesto por la Convención debe ser apreciada a la luz de los otros requerimientos que se indican precisamente en el párrafo 2 del art. 10 de la Convención[267].

Aunque no se le menciona expresamente, en el art. 13 N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está latente que lo que se quiere evitar es el monopolio de la información, particularmente por el Estado. Sin embargo, en el caso de Austria, en que, debido a la ausencia de legislación relativa a la operación de estaciones transmisoras de televisión terrestre distintas de la Corporación de Radiodifusión Austriaca (ORF), los empresarios privados no estaban autorizados para operar estaciones terrestres de teledifusión (como alternativa a las transmisiones por satélite o a la televisión por cable), la Corte Europea de Derechos Humanos observó que, gracias a las facultades de supervisión que se le confería a las autoridades sobre los medios de comunicación, el sistema monopólico que operaba en ese país estaba en capacidad de contribuir a la calidad y equilibrio de la programación, y era compatible con lo dispuesto por el art. 10 N° 1 de la Convención, sin perjuicio de que -en este caso- pudiera no satisfacer las condiciones del art. 10 N° 2 de la misma Convención[268]. En respuesta al argumento del Estado, que alegaba la escasez de frecuencias debido a la situación topográfica de Austria, el tribunal europeo sostuvo que, como resultado del progreso técnico alcanzado en las últimas décadas, la justificación para el monopolio de televisoras nacionales, que restringe de manera tan trascendente la libertad de expresión, ya no puede encontrarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y a canales disponibles[269]. La Corte consideró, también, la necesidad de analizar si el hecho de permitir a los empresarios privados el acceso a las transmisiones por cable, mientras se reservaba para una corporación de Derecho público la transmisión de televisión terrestre, proporcionaba una solución menos restrictiva que el monopolio absoluto de las transmisiones de televisión, de manera compatible con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en este sentido, teniendo en cuenta que, según la información que se le había proporcionado, casi todas las viviendas que recibían la señal de televisión en Viena tenían la posibilidad de conectarse a la red de cables, el tribunal europeo aceptó que la televisión por cable ofrecía a las estaciones privadas una alternativa viable a las transmisiones de televisión terrestre, por lo que consideró que la interferencia con el derecho a impartir información, derivada de la imposibilidad de obtener una licencia para instalar estaciones de transmisión terrestre no podía considerarse desproporcionada para los objetivos

266. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case *of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, párrafo 25.

267. *Cf., Ibidem*.

268. *Cf.,* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case *of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, párrafo 25.

269. *Cf., ibid*, párrafo 38.

que perseguía la Ley Constitucional de Radiodifusión, tales como garantizar la imparcialidad y objetividad de los reportajes, y la diversidad de opiniones a través de una estación nacional[270]. No obstante, el juez Bonello hizo notar el efecto que puede tener en el acceso a la información el que la misma sólo esté disponible para quienes disponen de recursos económicos; en este sentido, el juez antes citado expresó que si se hubiera demostrado que el costo de las transmisiones por cable era sustancialmente más oneroso que la televisión terrestre, ya sea para el transmisor o para el receptor, habría concluido que se estaba en presencia de una violación de la libertad de expresión[271]. Según Bonello, entre los elementos constitutivos de la libre circulación de las ideas e informaciones, había que mencionar, en forma destacada, el que nadie esté en desventaja (financiera o de otro tipo) para impartir o recibir informaciones o ideas y, en segundo lugar, que el efecto pernicioso del monopolio de un medio de comunicación sólo puede neutralizarse adecuadamente mediante la existencia de alternativas fácilmente accesibles, que no impongan una carga más pesada que la soportada por el monopolio[272].

Entre otros medios que pueden utilizarse para coartar la libertad de expresión, surtiendo el mismo efecto de la censura, puede citarse la expulsión de que fue objeto el 29 de noviembre de 1984 el corresponsal británico en Chile de la agencia UPI, Anthony Boadle, a quien se le atribuyeron inexactitudes en un artículo que, en realidad, él no había escrito; si bien días más tarde se le autorizó a regresar al país, no cabe duda que esa medida, sumada a las frecuentes llamadas que los corresponsales extranjeros recibían del Ministerio del Interior y de la Dirección de Comunicación Social sobre el contenido de las noticias que despachaban al exterior, tuvo un efecto intimidatorio no sólo sobre el señor Boadle sino sobre todos los corresponsales extranjeros[273]. Otras modalidades que pueden asumir estas restricciones -muchas de las cuales apuntan al contenido del mensaje- incluyen la prohibición de fundar nuevas publicaciones periodísticas, acciones judiciales en contra de los medios de comunicación, cancelación de la concesión de ondas para la operación de radioemisoras alegando anomalías administrativas, suspensión de los espacios informativos que se transmiten por radio o televisión, prohibición de publicar o difundir determinadas noticias o imágenes, prohibición de presentar cierto tipo de noticias en forma destacada, obligación de difundir sólo informaciones oficiales, estrictos controles sobre la importación y distribución de libros, prohibición de la circulación de determinados libros y publicaciones, y prohibición de la exhibición de determinadas películas[274].

Por otra parte, la libertad de expresión -en su sentido más amplio- puede verse afectada por normas que regulen la importación o exportación de material impreso o grabado, o por normas que regulen o impidan la distribución por correo de determinados objetos. Con frecuencia los gobiernos han hecho uso de esta posibilidad, y han recurrido al cierre de las fronteras estatales para impedir el ingreso de las publicaciones, películas, fotografías, música, u otros productos procedentes del exterior. En un caso en que se objetaba una ley que prohibía la importación de libros y otros artículos obscenos o in-

---

270. *Cf., ibid*, párrafo 40.

271. *Cf.,* su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case *of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, Sentencia del 21 de septiembre de 2000.

272. *Cf., Ibidem*.

273. *Cf.,* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1985, p. 229.

274. *Cf., ibid*, pp. 220 a 230.

morales, dejando a la discreción del Secretario del Tesoro admitir los llamados libros clásicos o libros de reconocido mérito literario o científico únicamente cuando fueran importados con fines no comerciales, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, observó que atar la censura al movimiento de la literatura o de las películas al comercio interestatal o al comercio exterior sería una forma muy fácil de obstaculizar la libertad de expresión[275]. El efecto directo de una medida de esta naturaleza es tratar en forma discriminatoria un mismo mensaje, en función de su origen nacional o extranjero. En este mismo sentido, en el caso de una ley que permitía clasificar libros, revistas, películas, etc., como *propaganda política*, los jueces Blackmun, Brennan y Marshall, también de la Corte Suprema de los Estados Unidos, consideraron que ese esquema de clasificación restringía el discurso político por medios indirectos e inhibía la diseminación de esos materiales, pues quienes desearan exhibir una película debían calcular el riesgo de ser asociados con la difusión de materiales clasificados como propaganda, y que ese es un riesgo demasiado grande para aquellos que deben responder ante la opinión pública; además, esa etiqueta oficial tiñe el mensaje de la película así clasificada, disminuyendo la credibilidad de sus espectadores[276]. El escepticismo así generado produce, en la persona que desee exhibir esa película, una carga demasiado real y demasiado grande como para que pueda ser ignorada en términos prácticos, puesto que la libertad de expresión se ve coartada como resultado de la reacción del público y no de una restricción directa sobre el contenido del mensaje[277].

Aunque sin referirse a ella como un *medio indirecto* de restringir la libertad de expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el efecto que el asesinato de periodistas tiene en el ejercicio de esa libertad, y la responsabilidad que le cabe al Estado en cuanto a la investigación de esos hechos y la sanción de sus autores. Según la Comisión Interamericana, aunque no se haya determinado de manera definitiva y concluyente quién o quiénes fueron los autores intelectuales del crimen, si los hechos demuestran que la víctima fue asesinada por el contenido de sus artículos de prensa, la renuncia del Estado a una investigación completa y exhaustiva del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad; ese tipo de hechos tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. Por consiguiente, la Comisión considera que la falta de investigación y sanción penal de los autores intelectuales del asesinato de un periodista conlleva la violación del derecho a informar y expresarse pública y libremente, y acarrea la responsabilidad internacional del Estado, por violación de la libertad de expresión no solamente del periodista asesinado sino del derecho de todos los ciudadanos a recibir información[278]. A juicio de la Comisión, la libertad de expresión comprende la garantía del Estado para que el titular de ese derecho pueda expresarse y difundir sus ideas con libertad, así como el derecho de todo ciudadano de recibir dicha información sin interferencias ilegales o injustificadas[279]. En tal sentido, junto con expresar su pre-

---

275. *Cf.*, su opinión disidente en *United Sates v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973).
276. *Cf.*, su opinión disidente en *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).
277. *Cf., Ibidem*.
278. *Cf.*, el Informe n° 50/99, Caso *11.739, Héctor Felix Miranda*, México del 13 de abril de 1999, párrafos 51, 52, y 56. *Cf.*, también el Informe 130/99, Caso *11.740, Víctor Manuel Oropeza*, México del 19 de noviembre de 1999, párrafos 47, 53, 56, 57, 58, y 61.
279. *Cf.*, el Informe 130/99, Caso *11.740, Víctor Manuel Oropeza*, México del 19 de noviembre de 1999, párrafo 53.

ocupación por el creciente número de periodistas asesinados como consecuencia del ejercicio de su profesión, la UNESCO ha recomendado a los Estados que adopten el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra las personas cuando éstos son perpetrados para impedir el ejercicio de la libertad de expresión, y que perfeccionen sus legislaciones para posibilitar el procesamiento y condena de los autores intelectuales de los asesinatos de quienes están ejerciendo el derecho a expresarse[280].

Una práctica igualmente preocupante, que inhibe la actividad de los periodistas y de los medios de comunicación, es la que se ha reflejado recientemente en las acciones concertadas de ciudadanos que aparentemente actúan en forma espontánea, sin obedecer instrucciones gubernamentales, y que han emprendido campañas de amedrentamiento dirigidas en contra de periodistas y de medios de comunicación particularmente críticos del gobierno, sin que éste haya adoptado las medidas indispensables para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. En el caso del periódico turco *Özgur Gündem*, se alegó, entre otras cosas, que éste había sido objeto de serios ataques y acosos de los cuales las autoridades turcas eran directa o indirectamente responsables, y que finalmente condujeron al cierre del citado periódico. En la denuncia que se introdujo ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, se hizo una detallada relación de los ataques de que fueron objeto los periodistas, los distribuidores del periódico, y otras personas asociadas con él; entre esos incidentes se mencionaba a siete personas asesinadas por *desconocidos*, ataques incendiarios en contra de los kioscos que distribuían ese periódico, agresiones en contra de niños que vendían ese periódico, la desaparición de un periodista de dicho medio de comunicación, la explosión de una bomba en la sede del periódico que sucedió a *Özgür Gündem*, y las amenazas a los distribuidores y a los vendedores del periódico. A pesar de los afectados denunciaron estos hechos ante las autoridades turcas, y a pesar de las numerosas solicitudes de protección que se habrían dirigido a las mismas, la mayor parte de ellas quedaron sin respuesta[281]. El informe elaborado por la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos dio por establecido que había un alarmante patrón de agresiones a personas vinculadas con el periódico, y que las autoridades turcas no habían adoptado las medidas necesarias para proteger a los afectados y para investigar esos ataques, ni habían cumplido con su obligación positiva de garantizar a los afectados su derecho a la libertad de expresión[282]. En este mismo sentido, según los denunciantes, al estimular o al dar su aquiescencia en tales actos, que acosaban a intimidaban a los periodistas y a los distribuidores del periódico, y al no proporcionarles protección adecuada cuando sus vidas claramente estaban en peligro, directa o indirectamente, Turquía había buscado obstaculizar, impedir, o hacer imposible la producción del periódico *Özgür Gündem*[283]. La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que, si bien el objeto esencial de muchas disposiciones de la Convención Europea es proteger al individuo en contra de la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, también puede haber obligaciones positivas, inherentes al respeto efectivo de los derechos involucrados; según el tribunal, el ejercicio genuino y efectivo de esta libertad no depende simplemente del deber del Estado de no interferir, sino que puede requerir medidas positivas de protección, incluso en las relaciones entre

280. UNESCO, Resolución 120, del 12 de noviembre de 1997.

281. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Case *of Özgür Gündem v. Turkey*, Sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafos 9, 11, 12, 13, 14, 15, y 16.

282. *Cf.*, *ibid*, párrafo 38.

283. *Cf.*, *Ibidem*.

particulares. Al determinar si esa obligación positiva existe, debe tenerse en consideración un adecuado equilibrio entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo; a juicio de la Corte europea, el alcance de esta obligación variará, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones que se presentan en cada país, las dificultades involucradas en el control policial de las sociedades modernas, y las elecciones que es necesario realizar en términos de los recursos disponibles y de las prioridades. En todo caso, esa obligación positiva no debe interpretarse de una manera que imponga a las autoridades del Estado una carga desproporcionada o imposible de realizar[284]. En su sentencia, el tribunal europeo observó que, en el presente caso, las autoridades turcas estaban al tanto de la serie de actos violentos de que habían sido víctimas las personas asociadas con el periódico *Özgür Gündem*, quienes temían haber sido señalados como blanco deliberado, en un esfuerzo dirigido a impedir la publicación y distribución del periódico; sin embargo, no hubo una respuesta apropiada por parte del Estado. Teniendo en cuenta la seriedad de los ataques, de naturaleza reiterada y extendida, el gobierno turco no podía escudarse en las investigaciones emprendidas por algunos fiscales respecto de estos incidentes, las cuales no lograban desvirtuar el alegato de que esos ataques eran parte de una campaña concertada, apoyada, o tolerada por las autoridades[285]. En consecuencia, la Corte Europea concluyó que, en el presente caso, incluso si se hubiera probado que el *Özgür Gündem* era un instrumento de propaganda del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), el Estado estaba en el deber de investigar y protegerlo de la violencia ilegal e innecesaria; por lo tanto, se determinó que el Estado no cumplió con su obligación positiva de proteger al periódico *Özgür Gündem*, como medio para el ejercicio de la libertad de expresión[286].

VII. COLOFÓN

De las consideraciones anteriores se desprende que, si bien la libertad de expresión no es absoluta, el Estado no tiene un derecho irrestricto para restringirla o coartarla. Cualquier medida que interfiera con el ejercicio de la libertad de expresión debe responder a objetivos legítimos, debe ser necesaria para ese propósito, tiene que ser proporcionada al daño que con ella se pretende evitar, y tiene que cumplir importantes requisitos formales, que son los que permiten preservar la libertad en una sociedad democrática. Además, no cualquier medida que interfiera con la libertad de expresión está permitida. Estas circunstancias permiten afirmar que la libertad de expresión tiene un carácter preferente, y ocupa un lugar central en nuestro sistema de libertades.

284. *Cf., ibid*, párrafos 42 y 43.
285. *Cf., ibid*, párrafo 44.
286. *Cf., ibid*, párrafos 45 y 46.

3. *Acceso a la justicia y debido proceso*

§ 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lucia Valle Figueiredo
Professora Titular de Direito Administrativo
da PUC São Paulo, Brasil

I. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou à noção de Estado de Direito, deverá corresponder pressupostos mínimos?

Se não estiver o Estado curvado à *rule of law*, tal seja, à lei a que o poder estatal se deve submeter, sequer poderíamos cogitar na existência do Estado Democrático de Direito.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos *freios e contrapesos*, do *juiz natural*, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto*, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

2. Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de *Estado de Direito***,** porém ainda estaremos, na verdade, em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista, estaria amplamente justificado[1].

3. José Afonso da Silva enfatiza que não se pode apenas considerar o Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

> Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução . Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente[2].

---

1. Vejam-se a respeito as obras de ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, p. 93 e ss., bem como DI RUFFIA Biscaretti, *Direito Constitucional*, traduzido por DINIZ, María Helena, Cáp. I, ainda Santi Romano, tradução de DINIZ, María Helena, *Principios de Direito Constitucional*, principalmente, Cáp. VI, VII, VIII e IX., DE SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, Cap. I, II, III. Também consulte-se a importante obra de SAMPAIO, Dória: *Direito Constitucional Tributário e Due process of law*, Cap. II.
2. DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição revista e ampliada, p. 101.

II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4. Como se depreende ao Estado de Direito não é necessário, ou não lhe é essencial, a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, nos referiremos. Mas, como se verifica também, ao Estado Direito não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e à cidadania existissem.

5. O Estado democrático de direito, como inserido na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além dos requisitos já enumerados, que o *poder emane do povo*. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º)[3].

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e, efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em conseqüência, o Estado de Direito é estado de legitimidade[4].

6. Enumera o ilustre constitucionalista precitado, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado democrático de direito. São eles: princípio da constitucionalidade, princípio democrático; princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, como já assinalamos, princípio da igualdade, princípio da Divisão de Poderes, princípio da legalidade e da segurança jurídica[5].

Consideramos essas noções necessárias como propedêuticas ao tema, embora também sejam seu núcleo fundamental. Haveremos de discorrer sobre alguns desses princípios na medida em que sejam de transcendental importância para caracterização do Estado Democrático de Direito e, nele, ser inserido o devido processo legal.

III. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

7. Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do *devido processo legal*. Lembremo-nos que o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, em 1215, na Magna Carta, escrita em latim (exatamente para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo), época em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei -ele mesmo- mas, a lei era a que o soberano ditava.

Destarte, aparece nessa época, o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da *law of the land*, a lei da terra, ou, como também conhecida mais tarde, a *rule of the law*. Os senhores feudais deveriam conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas, verifica-se que, ainda, o devido processo legal tinha conteú-

---

3. "Art. 1º -A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municipios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)".

4. Veja-se a excelente obra de DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO, Diogo, *Direito da participação política. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia,* Renovar, São Paulo, s.d.

5. *Idem, ibid*, pp. 107/108. É evidente que o princípio da separação de poderes deverá ser efetivo e não apenas formal. Se o Congresso estiver completamente subjugado ao Executivo, teremos apenas formalmente um Estado democrático de direito.

do meramente formal. Formal e sem a expressão com que, depois, passaria do Direito Inglês para as colônias americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

8. É, todavia, depois das Emendas V e XIV, que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda V deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem o devido processo legal, o *due process of law*. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV, há grande transformação, isso porque já não mais se fala, apenas, do devido processo legal, mas na igual proteção da lei: *equal protection of law*. Então, depois da Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a *igualdade na lei*, e não só *perante a lei*.

Há distância enorme entre respeitar-se a igualdade em face da lei e a igualdade dentro da lei, como a breve passo versaremos.

9. Somente será *due process of law* aquela lei -e assim poderá ser aplicada pelo Magistrado- que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilhas com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.

Quando o texto constitucional prescreve no Artigo 5º, inciso LV[6], a obrigatoriedade do devido processo legal -e é o primeiro texto constitucional que a contém expressamente-não é por acaso-. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania.

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz em seu bojo o *devido processo legal* e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à ampla defesa, mas *ampla defesa* no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a acepção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.

10. *De conseguinte, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrigando a igualdade substancial e formal.*

Não é possível pensar-se que, no final do século, com a evolução do Direito Americano desde as primeiras décadas deste mesmo século, quando se incorpora a cláusula em nossa Constituição, equiparável às melhores constituições do Primeiro Mundo, à Constituição Espanhola, à Constituição Portuguesa, à Constituição Alemã, não é possível, repetimos, supor-se que o texto constitucional empregasse a cláusula do *devido processo legal* apenas com seu aspecto formal, com o aspecto do século passado.

Em outras palavras, somente no caso concreto -em face de lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais- é que veremos se foi cumprido o *due process of law*, que dependerá das circunstâncias, como dizia o grande Holmes[7].

Passemos a enfrentar o *due process* em seu aspecto material, de grande importância.

---

6. "Art. 5º -Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)".

7. Como o *due process* deve ter sentido substantivo, somente no caso concreto poderemos verificar se foi efetivamente respeitado.

IV. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IGUALDADE MATERIAL

11. O princípio da igualdade, já averbamos, coloca-se como vetor fundamental no texto Constitucional. Em conseqüência, como vetor fundamental do devido processo.

A generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a *equal protection of law*, tal seja, à igualdade na lei.

O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio fundamental, matriz de todos os outros.

Em decorrência, o princípio da igualdade deve nortear, de ponta a ponta, toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo ao princípio.

A exata dimensão do princípio da igualdade é de cabal importância também ao entendimento da *discricionariedade*, pois, se atento se estiver ao cumprimento do princípio, ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrimines e quando não pode como, por exemplo, em atos administrativos gerais.

Em San Tiago Dantas vamos encontrar o exato conceito do que seja a igualdade na lei. O que significa a igualdade?

Primeiro, San Tiago Dantas -*in Problemas de Direito Positivo. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*- diz que a lei, quando discrimina, não pode escolher aleatoriamente as situações. Tem de haver *razoabilidade nas classificações.* Caso não haja, não se poderá dizer cumprido o *due process of law*, mas, antes, haverá *undue process of law***,** se não houver a predita razoabilidade das classificações.

12. Destarte, somente se concebe a igualdade na lei[8], se as classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a descrimines próprios. Por outro lado, também se refere San Tiago Dantas ao respeito aos princípios explícitos e implícitos da Constituição.

13. Aqui, lembraria que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu pórtico, no artigo 1º, tem por fundamentos a *soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político.*

O princípio da legalidade está atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial -igualdade substancial- não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.

Já se referia Canotilho, na *Constituição Dirigente*[9], que a chamada discricionariedade do Legislativo tem de ser aferida diante dos princípios constitucionais. Não é o legislador livre. Deve respeitar os princípios constitucionais, ainda que implícitos. Tudo, que estiver na Constituição como vetor, terá de ser respeitado pelo legislador.

---

8. Ao tema é imprescindível a consulta do *Conteúdo jurídico de princípio da igualdade*, de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Malheiros Editores, São Paulo.

9. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra 1982, p. 74.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º, LV, vez primeira, vai trazer expressamente a garantia do *devido processo legal*, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV:

> Art. 5º (...)
>
> LV- Aos litigantes, em processo judicial *ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...). (grifamos)

14. O respeito ao devido processo legal deverá informar todos os procedimentos judiciais e também os administrativos.

Antes da atual Constituição, como já afirmamos, era, no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava com maior facilidade o respeito ao devido processo legal.

O processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial.

Quaisquer dos *poderes* (poderes encontra-se entre aspas, porque, na verdade o Poder é uno, exercido por meio de funções) do Estado vinculam-se inteiramente à lei em seu sentido amplo.

V. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO DECORRÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

15. Já pontuamos os postulados do Estado de Direito e cumpre, agora, lembrar, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello[10], que todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado as competências do Estado, as funções estatais, e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios. Aos princípios do Estado de Direito[11] deve corresponder necessariamente a obrigação de se *responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas* (artigo 37, § 6º da Constituição Federal)[12].

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade, acolhida pelo Texto Constitucional atual, é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais. É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário é subjetiva.

---

10. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª edição revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, pp. 15/42.

11. CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 51.

12. "Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (...)".

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema, aparece um pouco diferente.

16. No tocante aos atos ilícitos, decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado, se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[13].

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, *não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva*.

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve *faute de service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

16.1. Em conclusão: verificamos que o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos aparece como conseqüência lógica do princípio da legalidade. Sobremais disso, as prerrogativas especiais dadas à Administração impõem a responsabilidade objetiva do Estado.

De seu turno, a responsabilidade por atos lícitos decorre do princípio da igualdade, da divisão equânime das cargas públicas. E, além disso, a responsabilidade por atos ilícitos não se confina aos atos comissivos, porém também se estende aos omissivos.

16.2. Se no direito brasileiro a responsabilidade é objetiva, tal seja, basta o dano e o nexo causal, devemos assinalar situações não possibilitadoras de indenização. É dizer: excludentes da responsabilidade estatal.

Claro está que se a culpa for *exclusivamente* do lesado não responderá o Estado. Cautelas, entretanto, devem ser tomadas para que se não afaste a responsabilidade estatal quando seria devida.

Em outro falar: se o dano não ocorreria, caso a conduta da vítima não tivesse provocado o agravo, não se há de cogitar em responsabilização estatal.

Doutra parte, exclui-se também a responsabilidade estatal nas hipóteses de força maior. Se, houver, por acaso, tomando-se como exemplo, terremoto de graves proporções, absolutamente incontrolável e inevitável, não se poderá pretender obrigar o Estado a indenizar.

A força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios, tais sejam, ocorrências *naturais, imprevistas e imprevisíveis que, ao ocorrerem, provocam danos.* Não se pode, entretanto, cogitar na existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade, inundações essas previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas.

---

13. BANDEIRA DE MELLO; ARANHA, Oswaldo, *Princípios de Direito Administrativo*, vol. 2, pp. 486/487; também BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª edição, Malheiros Editores, 1995, p. 515.

Doutra parte, também não se poderia dizer ter ocorrido força maior se tombasse árvore sobre carro estacionado por ocasião de tempestade, se a árvore, por hipótese, estivesse sem exame de suas raízes por muito tempo. Ou, ainda, se já fora condenada por agrônomos. Somente a análise da hipótese concreta poderá resolver o problema.

Conseqüentemente insculpida no nosso Texto Constitucional a responsabilidade objetiva, *postulado do verdadeiro Estado de Direito*, no qual a Administração age manietada, coarctada, ao *influxo de uma finalidade cogente*, como nos diz Cirne Lima, cumpre, efetivamente, haja contrapartida dos agravos que devam ser suportados pelos administrados para implementação do interesse público. E, ademais e principalmente, não sejam suportadas ilicitudes em franca agressão ao ordenamento jurídico.

VI. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

17. De outra parte, a fundamentação das decisões administrativas e a razoabilidade de tais decisões são de cabal importância para sua validade.

Como venho dizendo desde a promulgação da Constituição, pouco importa o fato de não estar a motivação expressa no artigo 37, artigo este destinado aos princípios da Administração Pública. Assim é posto que, no artigo 93, inciso X[14], obriga-se a motivação das decisões administrativas dos tribunais.

Ora, se as decisões administrativas do Judiciário devem ser motivadas, claro está que também a motivação é necessária para as decisões do Executivo. Deveras, o Judiciário exercita função administrativa de maneira atípica, pois, tipicamente, sua função é a judicial.

Procedendo-se à interpretação sistemática, não seria de se supor que os tribunais devessem motivar suas decisões administrativas e não fossem a isso obrigados os administradores, a quem cabe expressamente a função administrativa, portanto, de maneira típica.

Em conseqüência, pouco importa que não se encontre a motivação sediada no artigo 37, no Capítulo VII, referente à Administração Pública, que não esteja topograficamente inserida ao lado dos outros princípios. Pouco importa, porque se acha na mesma Constituição, e expressamente, ainda que esteja, como assinalado, referindo-se ao Poder Judiciário.

18. De outra parte, teríamos o princípio, de qualquer forma, consagrado no texto constitucional na medida em que o artigo 5°, inciso XXXV[15], dá possibilidade de acesso amplo à jurisdição quando houver lesão ou, até mesmo, apenas ameaça a direito.

É dizer, não somente a lesão possibilita o acesso ao Judiciário, mas até mesmo a ameaça de lesão. Ora, sabida é a impossibilidade de acesso ao Judiciário se as decisões

---

14. "Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (...)".

15. "Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)".

não forem motivadas. Como discutirá a parte seu direito, se não souber sequer o fundamento das decisões?

Em conseqüência, o artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição da República também clama pela necessidade de motivação. Ademais, nesta Constituição, no artigo 5°, inciso LV[16], às claras, às abertas, encontra-se o asseguramento do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, com os meios e recursos a eles inerentes, tanto no processo judicial quanto no administrativo.

Portanto, outro fundamento da necessidade expressa de motivação sedia-se no próprio inciso LV do artigo 5°. Não seria viável, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa se motivação não houvesse.

A motivação é a explicitação das razões que levam o administrador a decidir de uma maneira ou de outra, diante de determinada situação, diante de determinados pressupostos, diante de determinados fatos. O administrador pode chegar à decisão *A*, *B*, ou *C*, respaldando-se em parecer técnico, por exemplo; todavia, é importante e indispensável declinar as razões ensejadoras de tal decisão. Não é possível que o administrador ou o juiz omitam a motivação.

Assim fazem os administradores quando dizem: "indefiro com base no artigo tal, inciso tal". Pouco importa se o artigo tal ou qual dá suporte á aplicação da pena em tese. Mas, às vezes, as penas a serem aplicadas são alternativas, ou em escala crescente. Tanto o administrador como o juiz deverão dizer: "aplico o artigo tal, inciso qual, porque a questão examinada, tais e tais fatos inserem-se na hipótese legal, por força de tais ou quais razões".

É dizer: de forma alguma a alegação de dispositivo legal pode ser considerada motivação, fundamentação do ato. É, apenas, a fundamentação legal. No Estado Democrático de Direito, a *motivação* integra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o *devido processo legal em seu sentido material.* É sua pedra fundamental.

VII. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

19. No processo administrativo sempre se contém procedimento. Processo é o caminhar para a frente, a fim de se chegar a determinado termo, a determinado ponto. Então podemos falar, como também faz a Constituição, de processo legislativo, judicial e executivo.

Todavia, é assente que, na doutrina administrativista, prepondera o termo procedimento. Porém, na verdade, entendemos deva procedimento ser reservado às formalidades, que devam preceder aos atos administrativos, à necessidade administrativa de praticar determinados atos anteriormente ao ato final.

Procedimento, consoante se nos afigura, é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final. Exemplifiquemos com o procedimento de licitação, procedimento de concurso, procedimento de lançamento, de inscrição da dívida ativa, etc. Enfim, para a emanação de ato administrativo, sempre haverá procedimento. Embora, é bem verdade, que há atos em que essas formalidades são extremamente singelas.

16. O conteúdo do artigo 5º, inciso LV já foi citado na p. 8.

Como vimos o termo *procedimento* emprega-se em duas acepções. Ora, refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanação de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual de *per se* desencadeando efeitos típicos (como, no exemplo citado, procedimentos concorrenciais, concurso, licitação), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.

No primeiro caso, conjunto de formalidades, há uma série de atos (inclusive de terceiros) e fatos administrativos necessários à formação válida do procedimento.

E o processo, de seu turno, estará caracterizado pela *litigância* ou contraposição de interesses, ou, ainda, pelas *acusações*, portanto, revisão necessária dos atos administrativos, quer seja por iniciativa própria (de ofício) ou por provocação do administrado ou de terceiro.

Não nos parece, pois, que o artigo 5°, inciso LV, do texto constitucional quisesse se referir simplesmente ao procedimento, quer seja ao nominado ou inominado.

Em face da preocupação do texto constitucional, queremos fazer a distinção para demonstrar o seguinte: na espécie de procedimentos de primeiro grau (nomenclatura de Giannini)[17] parece-nos necessária, apenas e tão-somente -quando não houver, pois, litigância, interesses contrapostos ou sanções- a aplicação dos princípios inseridos no bojo do artigo 37, da Constituição, acrescentando-se o da *motivação*, o da *lealdade*, da *razoabilidade* e da *boa-fé*, encartados ao longo de toda a Constituição.

20. Entretanto, quando estivermos diante de processos, que têm contrariedade, ou, por outro lado, diante de processos em que existam *acusados*, ainda que entre aspas, em face de processos sancionatórios, os princípios do contraditório e da ampla defesa se hão de colocar; assim também quando estivermos em face de processos ablativos de direitos, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente.

Deveras, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado *preliminarmente*.

Nos processos sancionatórios, de primeiro ou de segundo grau, pois, podemos ter processos sem recursos (o administrado pode, p. ex., não recorrer da autuação fiscal) e, também nos processos disciplinares, que visam a verificar os ilícitos administrativos praticados por funcionários, acreditamos ser de toda aplicabilidade a contextura completa do inciso LV do artigo 5°. Portanto, basicamente, o *devido processo legal*, com seus corolários, com suas conseqüências.

21. Em outro falar: no procedimento administrativo para prática de determinado ato, por ex., outorga de uma licença, ou de uma isenção, se não houver de permeio *recurso*, transformando o procedimento em *revisivo ou recursal*, teremos, apenas, formalidades a serem cumpridas pela Administração Pública para chegar ao ato final pretendido.

Porém, quando houver *litigância* -é isto o que está no texto constitucional, "aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral"- *contraposição de interesses, contraditoriedade de interesses*, será de cabal importância a aplicação do devido processo legal.

---

17. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, volume secondo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1993, pp. 99-118.

22. É claro que os princípios vigentes no processo administrativo vão se aplicar. Lembremos, em primeiro lugar, do *princípio da oficialidade*. É exatamente o contrário do *princípio dispositivo;* na oficialidade, na medida em que o processo esteja com quem detém competência decisória, deve caminhar independentemente da instigação da parte inicial, a não ser nas hipóteses de recursos da parte, cuja desistência lhes seja disponível. Se, todavia, tratar-se de procedimento convencional, o recurso de alguém obrigará a Administração a prosseguir para verificação da legalidade.

23. Por outro lado, é de cabal importância o princípio da *verdade material*, até porque estamos diante da função administrativa e devemos lembrar que função é *relação de dever* daquele que não está acima, mas sim daquele que deve prestar, que deve fazer.

A relação de fundo faz com que o princípio da *verdade material* seja de vital importância no processo administrativo. Não está o administrador impedido, muito pelo contrário, é-lhe não só permitido, como, na verdade, é seu dever, procurar a verdade material no processo, independentemente das provas que a parte tenha produzido.

24. Por outro lado, também no contraditório a na ampla defesa insere-se o problema da defesa técnica. Se é verdade que, no processo administrativo, pode a parte dirigir-se à Administração sem advogado, todavia, cremos que, nos processos sancionatórios e nos disciplinares, deve haver defesa técnica[18].

Sempre que houver prejuízo à parte, a defesa técnica faz-se imprescindível; apenas no caso de, efetivamente, não haver prejuízo poder-se-á dela prescindir.

Vejam que não nos referimos à necessidade de defesa técnica em função de a norma constitucional afirmar ser o advogado essencial à administração da justiça. Não por isso, mas porque consideramos que, sem defesa técnica, na verdade, no mais das vezes, sobretudo nos processos disciplinares, não teremos ampla defesa, defesa realmente eficiente, defesa em que haja efetiva possibilidade de amplo contraditório e exaustão das provas.

25. Há também necessidade de acompanhamento da prova produzida; verificamos que determinadas provas podem e devem ser acompanhadas pelas partes.

Então, notem, quanto ao deferimento de provas, é claro que, tanto o juiz como o administrador, poderão indeferir as meramente protelatórias, provas desnecessárias ao conhecimento de quem deva decidir, mas assegurar-se de que visem apenas a protrair a demanda faz-se absolutamente necessário.

Realmente, é preciso a parte produzir sua prova, acompanhar a prova a ser realizada. Não existem provas secretas, a parte tem de ter vista dos autos por si ou por seu advogado, não só para a defesa de seu interesse, como dispõe a Constituição Federal, no artigo 5°, inciso XXXIII[19], mas também para defesa de interesses outros, tem direito a acesso aos autos; se algo correr em segredo, deve estar devidamente justificado (são raros os feitos que devem correr em segredo).

Vista dos autos, vista de pareceres contrários à Administração Pública e as certidões destes pareceres é direito do administrado. É claro que a Administração, em sua competência decisória, poderá decidir diferentemente do parecer, mas não ocultá-lo.

---

18. A Profª MEDAUAR, Odete admite a necessidade de defesa técnica somente para questões mais importantes.

19. "Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (...)".

26. De outra parte, ainda se deve assinalar que o direito à revisibilidade é fundamental no processo administrativo, integra a teoria do processo. Não se pode admitir processo, em que haja *litigiosidade* ou *acusados*, sem possibilidade de recurso. A nosso sentir, a supressão da possibilidade de recorrer atenta ao *due process*. O direito ao silêncio, ou o de não se auto-incriminar, é garantia constitucional, e , ainda que não fosse expressa (artigo 5º, inciso LXIII[20] da Constituição Federal), deveria ser diretamente deduzida da cláusula do devido processo.

27. E, por evidente, e finalmente, há proibição da *reformatio in pejus*, não obstante o princípio da legalidade que preside toda atividade administrativa. E não poderia ser diferente. Se houvesse possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstacularia a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Já dissemos em nosso *Curso de Direito Administrativo*[21], a propósito da reforma para pior (*reformatio in pejus*):

> Anteriormente, na 1ª edição, escrevemos ser possível a *reformatio in pejus*, excluindo-a dos processos sancionatórios e disciplinares.
>
> Todavia, remeditando o tema, em edições posteriores, entendemos que esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa. Portanto, quando *o processo revisivo for feito de ofício pela Administração ou, se provocadamente, encontrem-se outros envolvidos*, como, por exemplo, nos procedimentos concorrenciais. Mas, na verdade, não será *reformatio in pejus*.
>
> Podemos dar como exemplo o ato de habilitação no procedimento licitatório. É possível que a Administração, instigada pelo recurso de um dos licitantes (que se encontrava habilitado) contra a habilitação de outro, revendo o ato, verifique a necessidade de reformá-lo por inteiro. Inclusive inabilitando, até, o recorrente já habilitado. É claro que, nessa hipótese, o prazo recursal deverá ser reaberto, para que o ora inabilitado possa ter direito à revisão.
>
> E, nesta hipótese, fala-se impropriamente em *reformatio in pejus*. Houve, na verdade, ato de controle da legalidade, por importar nulidade do procedimento; caso assim não se procedesse, estaria a Administração agindo *contra legem*.
>
> Figuremos, também, recurso interposto em determinado concurso, portanto, *em que se encontram envolvidos vários competidores*. Se, por via de recurso, houver controle de toda legalidade - e não apenas do ato passível de recurso-, pode ocorrer que, na prática, o recorrente tenha sua situação piorada.
>
> Não é, todavia, a hipótese mais comum. Se beneficiado com determinada situação, e pretender outra ainda melhor, vai ocorrer, para aquela situação anterior, a preclusão administrativa. A não ser, como frisado, que se coloquem situações de terceiros ou invalidades impossíveis de serem convalidadas e inexistam coarctamentos de outras regras à invalidação.
>
> Os princípios arrolados do contraditório e da ampla defesa são absolutamente essenciais aos processos administrativos, como denominados constitucionalmente.
>
> (...).

A aplicação do devido processo legal, em seu sentido substantivo, será o meio inesgotável para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como para o correto exercício da função administrativa.

---

20. "Art. 5º (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (...)".

21. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª edição, Cap. XV, Malheiros, São Paulo, pp. 428-429.

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Salvador Leal Wilhelm
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV en lo adelante) en su artículo 26, garantiza el derecho de toda persona a acceder a la justicia en defensa de sus derechos e intereses. Asimismo, en busca de permitir el acceso de todos, la justicia es *gratuita* lo cual obviamente sólo significa que no hay costas procesales derivadas del arancel judicial. En uso de este derecho una empresa de televisión demanda a una empresa productora en defensa de un contrato de exclusividad. A pesar de que un tercero, otra empresa de televisión, ha anunciado previamente durante un mes la transmisión del programa causante del litigio, la actora, la primera empresa, utiliza el procedimiento de amparo constitucional (Correia, 2001: B11).

Este procedimiento está establecido para ser utilizado sólo:

> ...Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará la satisfacción a la pretensión deducida (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 a:50).

En este caso no hay urgencia y además se trata de una cuestión contractual que debió resolverse en un Tribunal Mercantil por no tratarse de ninguna manera de la violación de un derecho constitucional, lo cual hace improcedente el amparo. Tomar la decisión de inadmisibilidad por la falta de urgencia y existencia de otra vía judicial (Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, LOAGDC Art. 6, Núm. 4) exige el uso de recursos del Tribunal. Se ocupa al Tribunal, sin necesidad, por una demanda frívola, en vía de amparo, pero trascendente y necesaria en vía mercantil, lo cual se traduce en un desperdicio de recursos. La actora quien no paga costas procesales con su comportamiento produce lo que se conoce como externalidades, costos no asumidos por quien se beneficia de ellos sino por terceros.

El determinar cuáles son estas externalidades, que pueden ser positivas o negativas y cómo evitarlas es una labor que puede realizarse a través del análisis económico del derecho. Este método será utilizado para determinar las consecuencias de garantizar el acceso ilimitado y gratuito a la justicia. También quién debe asumir esos costos, que no son sólo monetarios. Y, cómo se debe limitar, si es posible, ese derecho para evitar que otros derechos resulten debilitados por la asignación ineficiente de recursos al derecho de acceso Friedman, 2000).

La investigación se centrará en las materias de amparo y contencioso administrativo. En estas leyes a través del auto de admisión se limita expresamente el acceso a la justicia a diferencia de la materia civil, en la cual, a pesar de la ley (Tribunal Supremo de Justicia, 2000. a:412) el auto de admisión se reduce en la realidad a un formalismo vacío.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA

La vida en sociedad trae necesariamente conflictos entre los seres humanos. Sus intereses y derechos se contraponen o son vistos como contrapuestos. Sin Estado, en anarquía, cada quien hace justicia por su propia mano, si puede. Siempre habrá alguien mas fuerte. Eventualmente surgen formas de organización para resolver los litigios. Estas deben ser imparciales y sus decisiones deben ser ejecutables forzosamente. En ese momento surgen los Tribunales. A todos se les debe permitir ocurrir ante ellos para formular sus demandadas y obtener una solución justa (Cappelletti y Garth, 1996: 9-10 y Useche, 2001:5). Este derecho consustancial a la existencia misma del Estado, sin ese derecho el Estado se convierte en una entelequia (González Pérez, 1989: 22-28) Pero si no puede afirmarse que sea derivado del Estado de Derecho sino de la esencia misma del Estado, sí va a ser pieza clave de aquél. A partir del siglo XVIII, con el desarrollo de la Administración y la multiplicación de los roles estatales, el litigio ya no se plantearía sólo entre particulares, sino entre particulares y el Estado. El Estado de Derecho exige el sometimiento del Poder Público a:

> Normas fijas y conocidas de antemano, normas que permiten que cada una prever con suficiente certidumbre como usará la autoridad sus poderes coercitivos y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de ese conocimiento. (Hayek, 1990:103)

Los Tribunales ya no deben sólo resolver conflictos individuales sino también deben mantener la legalidad (Buscaglia y Ratliff, 2000:55) y constitucionalidad, lo que hace surgir las competencias contencioso administrativa y constitucional.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

A todos, sin excepción se les garantiza la posibilidad de que ante un Tribunal, independiente e imparcial se instaure un proceso que concluya en una sentencia, favorable o negativa (González Pérez, 1989:28 y Useche, 2001:7) Pero si bien formalmente tal aserto es cierto, una serie de costos, impiden que tal derecho se haga efectivo.

La justicia no es gratuita, nada lo es. No se pagan aranceles, pero hay otros costos, además del abogado. Y el particular deberá balancear costos y beneficios antes de decidirse a demandar.

El primer costo, es el pago de abogados. En materia de amparo, la jurisprudencia afirma que las costas no están sujetas al límite del treinta por ciento (30%) que establece el Código de Procedimiento Civil, artículo 286 (en adelante CPC) (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 b:207). Lo cual significa que su monto quedará a criterio del Tribunal en otro proceso, con sus respectivas costas. La Jurisprudencia citada también afirma que ese caso del amparo el proceso puede llevarse sin abogados (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 b: 206)

Un segundo elemento a tomar en cuenta es el que el monto de dinero a recibir, si se trata del contencioso administrativo puede ser demasiado pequeño. Y si se trata de amparo la sentencia otorgaría un derecho que no tendría necesariamente valor monetario. Esto hace irrazonable asumir los costos del proceso que además del abogado incluyen pérdida de días de trabajo, pago de transporte a los tribunales, pago de los auxiliares de justicia, como peritos (Ritcher y Roche, 2001: 59), y costos asociados con el transcurrir del tiempo.

En materia de amparo la justicia se actúa a través de un proceso breve y oral y no sujeto a formalidad, proceso en el que todo tiempo es hábil y que se tramita con preferencia a cualquier otro asunto (Art. 27 CRBV). Pero la realidad es otra, y las dilaciones son la regla. La lentitud o retardo procesal no es característica exclusiva del sistema judicial venezolano, pero eso no la hace menor (Buscaglia y Ratliff, 2000: 57 y Ritcher y Roche, 2001: 34 y 56). Si se trata de necesidades urgentes el tiempo necesario para obtener una solución sería ciertamente una razón para decidir si se utiliza o no el sistema judicial (Capelletti y Garth, 1996: 16) Por lo tanto al reducir el tiempo de respuesta de los tribunales hará posible la efectividad del derecho de acceso a los tribunales y por lo tanto también recibe consagración constitucional expresa, así se tiene derecho a:

> …obtener con prontitud la decisión correspondiente... El Estado garantizará una justicia.... expedita sin dilaciones *indebidas* sin formalismos o reposiciones *inútiles* Art. 26 CRBV. (Subrayados del autor)

Un último costo asociado con el proceso y que debe tenerse en cuenta en la materia de amparo y contencioso administrativo es que la actividad del Poder Público puede afectar a miles de personas simultáneamente. La victoria de un recurrente beneficiaría a toda la colectividad, si a raíz de una derrota en los tribunales la Administración cambiase su proceder. En definitiva, los costos recaerían sólo sobre una persona pero muchos se beneficiarían. Esto es lo que se conoce como una externalidad positiva. Quienes reciben el beneficio no lo costean. Esto se traduce o puede traducirse en un problema de acción colectiva. La decisión que sostiene la legalidad o la constitucionalidad es un bien público, pues será gozada o debe ser gozada por todos. Si bien los efectos de la sentencia son personales y no se extienden a terceros en principio; los Tribunales en algunos casos han reconocido al recurrente como el defensor de un interés colectivo (Tribunal Supremo de Justicia, 2001b: 117) extendiendo los efectos de la sentencia a personas que no recurrieron. Por demás, dado el carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional (Art. 335 CRBV) y la posición que ocupa la Sala Político Administrativa, como vértice del Contencioso administrativo los demás tribunales estarán obligados en un caso y en el otro, posiblemente, seguirán los criterios de la sentencia. De lo cual se concluye que la colectividad se beneficiará como un todo, pero los costos recaerían sólo sobre quien decida recurrir. Por lo tanto es posible que nadie recurra. (Olson, 1992)

IV. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Este derecho garantizado por la constitución en su artículo 26 se puede definir como:

> El derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable... pero no ... es el derecho a que los plazos se cumplan, y a que las secuencias del proceso se ajusten a las dimensiones temporales definidas en las normas procesales. (Fernández Viagas. 1994: 44)

El artículo 26 CRBV reconoce que el tiempo es consustancial al proceso. El Juez y las partes necesitan tiempo para preparar sus alegatos y argumentos. La evacuación de las pruebas requiere tiempo. En ocasiones las partes residen en distintas ciudades. Los testigos deben ser ubicados y citados. Finalmente el Juez debe valorar los medios de prueba para poder determinar su grado de convicción. La decisión debe ser producto del análisis de hechos y argumentos. El análisis requiere calma y tiempo. Es mas, el acelerar el proceso puede ser un medio de "obligar al adversario a la improvisación, especulando con la desorientación psicológica producida por la sorpresa" (Calamandrei, 1986:279). Sin embargo, la Sala Constitucional parece no compartir estas apreciaciones

pues exige que la sentencia en los juicios de amparos se produzca de inmediato o en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas. (Tribunal Supremo de Justicia, 2000a: 393).

Solo la dilación irrazonable es violatoria del derecho constitucional, la irracionalidad es un *concepto jurídico indeterminado* es decir:

> ...la medida concreta de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata. (García de Enterría, 1962: 71).

Así en cada juicio concreto deberá determinarse si la dilación es razonable o no. Deberá tomarse en cuenta: la complejidad del asunto, a mayor complejidad mas tiempo. La conducta del demandante, si se obstaculiza o no el proceso sin razón. La conducta del juez. Lo que el interesado arriesga. Si la materia exige solución inmediata, como es el caso del amparo (Fernández-Viagas, 1994: 73-106)

Una causa común de excusa para el retardo procesal, la dilación indebida es el alto número de casos pendientes. (Fernández-Viagas, 1994: 99)

Y aquí es donde se plantea el problema central de esta investigación.

A medida que se amplía el acceso a la justicia, si se mantiene constante el número de tribunales el retardo procesal necesariamente tenderá a incrementarse. Si hay un mayor número de causas pendientes, por necesidad el Juez dedicará menor tiempo a cada causa por lo que se requerirá más tiempo para cada una. Por otra parte si se logra reducir el tiempo para decidir cada causa, dado que el retardo es uno de los costos que impiden el acceso, aumentará la demanda del servicio judicial y a la larga se volverá al retardo procesal (Buscaglia y Ratliff, 2000: 69)

Los efectos de ampliar el exceso pueden ser devastadores, en Argentina se afirma que un Magistrado de la Corte Suprema de ese país tiene que firmar una sentencia cada catorce minutos para cumplir con su trabajo, obviamente el Juez se limita a firmar lo que la llamada *junior court*, el cuerpo de asistentes y escribientes del Tribunal le preparan, sin leerlas siquiera. De allí que Sagues (2001: 4-5) concluya que el mejor modo de destruir un tribunal es aumentar el número de casos que debe conocer.

V. LAS PROPUESTAS USUALES DE SOLUCIÓN

1. La que pareciera ser la panacea es la oralidad, la CRBV en su artículo 257, en orden a la eficacia de los trámites exige que los procesos sean orales. Pero los juicios escritos pueden llevarse, y de hecho, así es, simultáneamente. Dado el extremado y vacío formalismo de los juicios, centenares de ellos transcurren simultáneamente, siendo llevados no por el Juez, sino por los auxiliares del Tribunal.

El Juez, en el común de las decisiones se limita a firmar lo hecho por los escribientes. Por supuesto, a mayor número de casos, menor será el tiempo dedicado a cada expediente. Los juicios orales, en cambio exigen la inmediación del Juez, así que este no puede *delegar* su trabajo en los escribientes, lo cual en todo caso es ilegal, sino que tampoco puede atender los juicios simultáneamente. Mientras se desarrolla una audiencia es imposible estar presente en la audiencia de un segundo caso. Esto exigiría, si los juicios fuesen orales, establecer un calendario de causas. Y por supuesto, en un día habrá un número limitado de audiencias, por lo cual la espera por una sala de audiencias disponible puede ser extremadamente larga.

2. La segunda solución obvia es la de aumentar el número de Tribunales. Esto significa o aumentar el presupuesto o disminuir los recursos disponibles para cada Tribunal.

Se está ante otro problema clásico y es que los derechos cuestan (Holmes y Sunstein en Pintore, 2001: 190). Todos los derechos son positivos, en el sentido de que todos exigen un gasto presupuestario. La CRBV, establece en su artículo 254 que no menos del dos por ciento (2%) del presupuesto ordinario nacional se dedicará al Poder Judicial. Pero ya para el 2001, esto no pudo ser cumplido y se le asignó sólo el uno coma treinta y dos por ciento (1,32%) (Quijada en Pérez Rodríguez, 2000).

Pero ese presupuesto puede utilizarse para crear nuevos juzgados, como reclama el Colegio de Abogados, que quiere triplicar las fuentes de trabajo, los tribunales (Veloz en Poleo, 2000). O se pueden utilizar para aumentar los ingresos monetarios o no monetarios de los Jueces creando:

> …un ambiente lo mas regio posible con nuevos mobiliarios, aparatos electrónicos que puedan interconectar a todos los jueces. (Quijada, 2000)

En este último caso, a presupuesto constante no se puede aumentar el número de Tribunales.

Sin embargo, algunos estudios demuestran que el aumento del presupuesto o asignar un porcentaje no resuelve el problema. (Buscaglia y Ratliff, 2000: 69) pues como ya se dijo, al reducirse el retraso aumenta la demanda y ésta aumenta el retardo.

La causa que impide la mejora puede ser otra, mayores recursos puede significar mayor número de jueces mal pagados. Pero si el aumento de recursos es considerable y se aumenta el número de jueces bien pagados, no necesariamente se traducirá en menos retraso o mayor acceso. Al aumentar el número de Tribunales, personas sin la preparación suficiente deben ser nombrados para llenar las vacantes. El talento con probidad es escaso. Por demás el pagar bien a los jueces no asegura un buen funcionamiento. Una vez nombrados los jueces, como humanos buscarán reducir la carga de trabajo, rechazando tantos casos como sea posible. Igualmente es de esperarse que recurran a formalismos para descargarse de casos en materias que no dominen o no disfruten (Macey, 1995: 63 y 64) y no se trata de desacreditar a los jueces, sino de prever un comportamiento maximizador racional de su parte.

Por otra parte, aumentar el presupuesto exige aumentar los ingresos totales del Estado o redistribuirlos al interior del presupuesto. Aumentar los ingresos exige recurrir a medios fiscales o monetarios. Los medios monetarios consisten en depreciar el bolívar de tal manera que cada dólar producto del petróleo permita crear mas bolívares, significa aumentar la masa monetaria. Si este aumento no es compensado por la producción, produce inflación. La inflación exige aumentar los pagos en sueldos. Y desaparecen los nuevos ingresos. Luego sólo queda la vía fiscal, los tributos. Estos pueden revestir la forma de tasas o impuestos. La CRBV en sus artículos 26 y 254 prohíbe expresamente la posibilidad de cobrar tasas por el Poder Judicial. Esto ¿en qué se traduce? En el caso que sirvió de ejemplo al comenzar el artículo, dos empresas llevan a la competencia constitucional un asunto mercantil, lo cual significa que aún bajo la vigencia de la constitución del 61 no había pago de aranceles o tasas (Art. 16 L.O.A.D.G.C.) La empresa ganadora se beneficia económicamente en exclusiva. Los gastos distintos de abogados del Tribunal, sueldos del Juez, empleados, sede del Tribunal, tales recursos son consumidos en el juicio, se cargan al presupuesto general del Poder Judicial. El presupuesto se paga con los impuestos que recaen sobre toda la población sin importar si es o no de escasos recursos. Es decir, se produce una redistribución de dinero de los pagadores de

impuesto hacia una empresa que recibe *gratuitamente*, el servicio. No es gratis, lo pagan los contribuyentes. Por otra parte, el que se obligue al cumplimiento de los contratos, es un factor que mejora el desempeño de la economía y favorece el desarrollo (Buscaglia y Ratliff, 2000) Por tanto, no sería aventurado afirmar que los contribuyentes pagarían por el desarrollo económico.

Pero esta segunda vía que ahora se ha ilustrado, el impuesto, tampoco esta exenta de trabas. Primero la presión tributaria tiene dos límites, uno: no se puede hacer recaer sobre quienes no tienen recursos suficientes. Dos: no puede absorber todo el dinero sobre cierto nivel, ni destruir la capacidad de poder con la renta, porque sería confiscatorio y la Constitución lo prohíbe (Art. 317 CRBV) Pero mas allá de esos limites legales en una sociedad democrática los tributos deben ser aceptados por el cuerpo electoral a través de sus representantes (Art. 317 y 74 CRBV) El aceptar un impuesto significa renunciar a bienes presentes en favor de un futuro, en este caso: la Justicia. Esta es provista por Tribunales en los cuales *el derecho es ancho y ajeno* (Garnica, 2000: C1). Entonces es difícil justificar un aumento de impuestos para pagar por la *Justicia* ¿Podrían redistribuirse los recursos al interior del presupuesto? Los impuestos van a un fondo común y no tienen una destinación previa. De nuevo la justicia difícilmente será la prioridad, lo que se destina a los Tribunales se le resta a educación, salud y sobre todo al enorme aparato de subsidios de que gozan muchos sectores. Incluso los empresarios quines serían beneficiados directos de una mejora en la justicia no la consideran una prioridad. Para aquellos la tasa de cambios, cuya depreciación disminuye la presión de la competencia es más importante para el desarrollo económico y que un sistema judicial eficiente. (Carquez, 2001:61)

Tercera solución: dado que ni la oralidad, ni el aumento del número de tribunales es la solución, es necesario impedir la sobrecarga de los tribunales existentes, por ejemplo, reduciendo las tareas administrativas (Buscaglia y Ratliff, 2000: 61). Pero mas importante sería hacer efectiva la regulación del derecho de acceso a los tribunales, permitiendo al Juez, estableciéndolo legalmente, la restricción de la entrada de *casos frívolos* (Buscaglia y Ratliff, 2000: 60) o casos manifiestamente infundados. El artículo 26 de la CRBV a diferencia del 68 de la constitución del 61 no remite al legislador, la regulación y concreción del derecho pero todo derecho es limitable (Bobbio, 1997: 5 y ss.) Si bien la esencia del derecho siempre estará vedada al legislador (Corte Suprema de Justicia. 1990: 119)

Entonces será necesario limitar el acceso a los tribunales para salvaguardar la justicia sin dilaciones indebidas. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977, en efecto limita el acceso a los tribunales de lo Contencioso Administrativo y la Ley Orgánica de Amparo lo hace respecto de la competencia de amparo. Pero, ¿son razonables esas limitaciones?

VI. LAS LIMITACIONES LEGALES

1. El artículo 84 L.O.C.S.J. establece que no se admitirán demandas cuando así lo disponga la ley. Esta norma viola el artículo 259 CRBV que establece lo que se conoce como la Cláusula General o revisabilidad de todo acto administrativo. Por la cual estableció en su oportunidad la antigua Corte Suprema de Justicia que:

> cuando la ley emplea la fórmula *no habrá recurso alguno* se refiere a los recursos administrativos y no a los recursos contenciosos administrativos. (Brewer, 1984: 392)

La Cláusula General es una garantía contra la actuación no sujeta al derecho por parte de los órganos del Estado y los infames *actos políticos* y la falta de control del acto discrecional (García de Enterría, 1962: 60).

Y no solo eso, sino que según sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, el recurso contencioso administrativo tendrá dos instancias, salvo que sea el Tribunal Supremo el que conozca en cuyo caso será la única instancia, de acuerdo con el artículo 8, numerales 1 y 2, literal h del Pacto de San José y el artículo 23 CRBV (Tribunal Supremo de Justicia, 2000b: 289) Fundamentación errada pues el literal h del numeral 2 se refiere sólo a la competencia penal, pues habla del inculpado.

Pero si bien, nada justificaría reducir el alcance del control de los actos del Poder Público, cabría preguntarse si los mismos es válido para los así llamados actos cuasijurisdiccionales, actos en ejercicio de la potestad arbitral. La Administración en numerosas ocasiones en materias sensibles social o económicamente, tales como laboral, agrario, inquilinato, actúa como *juez* entre dos particulares. Y en tal caso el acto, siendo administrativo, es recurrible ante los Tribunales. Y la decisión del Tribunal es apelable.

¿Cuál es la consecuencia de esto?

En las Inspectorías del Trabajo, por ejemplo se resuelven los casos de despido de trabajadores que tienen estabilidad, la decisión que dicta la inspectoría es difícil de ejecutar y no representa una gran cantidad de dinero para el trabajador que está supuesto a ser resguardado . La parte perdidosa tiene derecho a recurrir a los tribunales de lo Contencioso Administrativo según sentencia de la Sala Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia. 2001 b: 239). Y corresponde según el artículo 185 L.O.C.S.J. a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo con sede en Caracas y con apelación ente el Tribunal Supremo de Justicia. En la misma sentencia se ratifica la revisabilidad de todo acto administrativo (Tribunal Supremo de Justicia. 2001 b: 244). Pero ¿es razonable que un trabajador que gane salario mínimo y reside en el interior del país que sea favorecido por la decisión del Inspector del Trabajo sea obligado a disputar, tal vez durante años, en los Tribunales de Caracas contra el patrono que recurrió al Contencioso Administrativo? Antes de esa sentencia, al menos se podía litigar en el Tribunal laboral de la localidad (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 b: 381). A las Inspectorías del Trabajo acuden quienes no pueden acceder a los tribunales (Ritcher y Roche, 2001: 50) y al no limitarse legalmente el derecho de acceso a los Tribunales se les priva de la justicia pues la decisión deberá ser defendida con un enorme gasto de recursos. Por supuesto, para el patrono es igualmente irracional impugnar la decisión por los excesivos costos.

¿Podría proponerse en materia constitucional la figura del *certiorari* que se utiliza en Estados unidos para limitar el acceso a la justicia constitucional? El *certiorari* exige que cuatro de los nueve jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos acepten conocer el caso. La institución sin embargo no puede trasladarse a Venezuela pues la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos es la tercera instancia, por lo cual la falta de pronunciamiento es indiferente. Mientras en Venezuela la Sala Constitucional es la única instancia. Por otra parte el *certiorari* obedece a criterios políticos, estratégicos y personales (Clayton y Gillman, 1999)

2. Los Requisitos Procesales: La CRBV (artículo 26) prohíbe las formalidades inútiles mas no aquellas que son esenciales, es decir aquellas:

> …formas y requisitos procesales que por afectar al orden público, son de necesaria observancia, por su racionalidad y eficacia. (González, 1989: 61)

Como tales clasifican algunas de las llamadas causales de inadmisibilidad de los artículos 84 y 124 L.O.C.S.J.

Las referidas a la competencia de los Tribunales son siempre admisibles, todos los Tribunales tienen jurisdicción mas no todos tienen la misma competencia. Aún así es indiferente, en principio, si es un Tribunal laboral o uno contencioso administrativo es el que conoce el acto del Inspector de Trabajo, pues la competencia se ejerce por los tribunales que la ley determine (Artículo 259 CRBV) (González Pérez, 1989: 69, en contra Brewer, 1993: 49 y sgtes.)

La más polémica causal es la referida a la legitimación, la L.O.C.S.J. en su artículo 124 exige un interés legítimo, directo y actual, la CRBV en su artículo 26 extiende la legitimación a los intereses difusos y colectivos. No puede sin embargo como se ha llegado a plantear, eliminarse el requisito (Alonso, 1996: 179) pues como se dijo por la antigua Corte Suprema de Justicia:

> No dejan los ordenamientos jurídicos, en general -y el nuestro tampoco es la excepción- al libre arbitrio de los particulares la interposición de los recursos, sino que, por el contrario, generalmente imponen a estos limitaciones para demandar. Lo contrario llevaría... a embarazar inmotivadamente el funcionamiento de los tribunales [y] preserva en cambio al juez de los llamados recurrentes de oficio... Por mandato del legislador, pues, el juzgador se ve constreñido por el derecho positivo a examinar con prioridad la capacidad del demandante para actuar en juicio. (Corte Suprema de Justicia, 1985: 135)

Y aún extendiéndose la legitimación a los intereses difusos, es decir, aquellos que pertenecen a pluralidad indiferenciada de individuos (Cresti, 1992: 5) no se puede convertir en una acción popular en defensa de la legalidad en abstracto. Pues esto se traduciría en una sobrecarga de trabajo y desperdicio de recursos de los Tribunales. Pudiendo convertir al procedimiento en una posibilidad de ganar notoriedad, obtener dividendos económicos o lograr una meta ideológica. (Brewer, en Villegas, 1999: 80)

Es mas cuando un grupo pretende actuar aún legitimado por la ley, debe exigirse de él permanencia, para evitar el oportunismo (Tribunal Supremo de Justicia, 2000b) y que haya alguna relación entre el grupo y el daño. (Gelhorn et al, 1995: 113)

Una causa de admisibilidad supuesta a desaparecer es la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa. La Ley Orgánica de Administración Pública artículo 9, numeral 7, la convierte a futuro, en opcional, lo que no debe significar su eliminación pues en los asuntos de pequeño monto y en especial en los actos en masa es la única vía razonable, pues en tales casos el acceso a los Tribunales tiene costos prohibitivos. Incluso el recurso de reconsideración debe mantenerse pues si el acto emana del Ministro, el particular sólo tiene la costosa opción del contencioso administrativo, sino existe el recurso de reconsideración. (Sarmiento, 1996: 46)

Finalmente una causal que hasta la constitución del 99 separaba al recurso de inconstitucionalidad del contencioso administrativo y hoy solo hace inadmisible el recurso de amparo es la necesidad de una violación directa de la Constitución (Tribunal Supremo de Justicia, 2000 b: 169). El permitir que toda violación de la Constitución sea recurrible en amparo llevaría cada caso pendiente en algún tribunal hacia la competencia constitucional. (Wahl y Wielawd, 1997: 14 y sgtes. En contra Brewer, 1991: 35 y ss.).

VII. CONCLUSIONES

La existencia del Estado depende de que su sistema judicial funcione. Al evolucionar hacia un Estado de Derecho, el sistema judicial debe estar en capacidad de conocer todo conflicto entre los particulares y el Estado, en función de garantizar la libertad individual.

Un Estado de Derecho debe garantizar a todos, sin excepción, el acceso a los Tribunales. Costos como abogados, tiempo, que no siempre serán compensados por lo obtenido en el juicio, sea esta ganancia monetaria o no, lo pueden impedir.

Cada caso que es llevado ante los Tribunales aumenta la carga de trabajo de aquellos, impidiendo el acceso a otros. Al aumentar el número de casos aumenta el tiempo necesario para resolver cada caso, lo cual se traduce en dilaciones indebidas. Estas son un costo que impide el acceso.

La primera solución es aumentar el número de Tribunales. Pero la sociedad no siempre esta dispuesta a sacrificar otros bienes para pagar por garantizar el acceso a la justicia.

Cada litigante beneficia a los demás al ayudar a crear certeza jurídica, pero también sobrecarga los Tribunales, por lo cual no necesariamente es justo que no se puedan establecer aranceles para pagar la provisión del servicio.

Entonces sólo queda limitar legalmente el acceso a los tribunales impidiendo que demandas irrazonables aumenten la carga de trabajo de los tribunales. A tal efecto las leyes establecen las causas de inadmisibilidad. Con excepción de la prohibición de acceder a la justicia que desvirtúa la esencia del derecho y la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, las causas de inadmisibilidad limitan razonablemente el acceso a los tribunales, lo que se traduce en que de eliminarse, el retardo procesal actual se haría mayor aún.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, María, *Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso Administrativo,* Civitas, Alsa, Madrid 1996.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales,* Introducción General, Estudio Preliminar, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

BUSCAGLIA, Edgardo y RATLIFF, William, *Law and Economics in Developing Countries*. Hoover Press, Stanford 2000.

CALAMANDREI, Piero, *Estudios Sobre el Proceso Civil,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1986.

CAPPELLETTI, Marco y GARTH, Bryant, *El Acceso a la Justicia. La Tendencia en el Movimiento Mundial para Hacer Efectivos los Derechos*, FCE, México 1996.

CARQUEZ, Alfredo, "Inflación, Tipo de Cambio e Impuestos: Tres frenos de la Competitividad", *El Nacional* 22 de septiembre de 2001, p. E-1.

CORREIA, Alexis, "Protagonista de Novela se suspendió indefinidamente", *El Nacional,* 21 de septiembre de 2001. P.B-11.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Forense,* 3era. Etapa, vol. I, 4to.Trimestre, Nº 130, Fundación Gaceta Forense, Caracas 1985.

CRESTI, Marco, *Contributto allo Studio della Tutela degli Interessi Duffussi,* Giuffre Milano 1992.

FERNÁNDEZ-VIAGAS, Placido, *El Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas,* Civitas, Madrid 1994.

FRIEDMAN, David, *Law's Order,* Princeton University Press, Princeton 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Lucha contra Las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo" en *Revista de Administración Pública* Nº 38, Secretaría Técnica de Gobierno, Madrid 1962, p. 45-215.

GELLHORN ET AL, *Administrative Law Cases and Material,* Foundation Press, St. Paul 1995.

HAYEK, Friedrich, *Camino de Servidumbre,* Alianza Editorial, Madrid 1990.

MACEY, Jonathan, "Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure" en *Conference on Assessing the Workload of the Courts*, Papers and Proceedings Magun (ed), Federal Judicial Center Washington 1995.

OLSON, Mancur, *La lógica de la Acción Colectiva. Bienes Públicos y la Teoría de Grupos,* Limusa, México 1992.

PÉREZ RODRÍGUEZ, Solbella, "Asignación al Poder Judicial no Llega a 2% del Presupuesto Nacional" en *El Nacional* en http://wwwz.el-nacional.con/archive/ result.asp:file=/archive data/2000/10/06/p d 253.htm. Acceso 19 de octubre 2001.

PINTORE, Anna, "Diritti Insazibili" en *Ferrajoll et al Diritti Fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, 179-200.

POLEO, Willmer, "Abogados piden Mayor Presupuesto para Administración de Justicia, *El Nacional* en http://wwwz.elnacional.con/archive/result.asp:file=/archive data/2000/10/11/p d 452.htm. Acceso 19 de octubre de 2001.

QUIJADA, Manuel, "Reestructuración del Poder Judicial", *El Nacional* en http://www2.el-nacional.con/archive/result.asp:file=/archivedata/2000/11/17/p d//s.htm. Acceso 19 de octubre de 2000.

RITCHER, Jacqueline y ROCHE, Carmen, "Acceso a la Justicia y Solución Alternativa de Conflictos" en varios *Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 2001, pp. 19-68.

SAGUES, Néstor, "Reflexiones sobre las Variables de Exito y de Fracaso de un Tribunal Constitucional", *Ponencia del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Mimeografiado, San Cristóbal 2001.

SARMIENTO, Manuel, *Los Recursos Administrativos en el Marco de la Justicia Administrativa,* Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Civitas, Madrid 1996.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2001 b) en PIERRE, Oscar (ed) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia,* Vol. 8, Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2000 a) en Ramírez y Garay, comp. *Jurisprudencia* Nº CLXII. Ramírez y Garay, Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2001 a) en PIERRE, Oscar (ed) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Vol. 7.Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2000 b) en http://www.tsj.gov.ve/decisiones /scon/Agosto/1050-230800-00-237820.htm. septiembre 2000.

USECHE, Judith, "El Acceso a la Justicia en el Nuevo Orden Constitucional Venezolano", *Ponencia del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Mimeografiado, San Cristóbal 2001.

VILLEGAS, José, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Colectivos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

WAAL, Rainer y WIELAND, Joachim, "La Jurisdicción Constitucional como Bien Escaso. El Acceso al Bundesverfassungsgericht" en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 51, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.19-37.

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA

León Henrique Cottin
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

En la Constitución de la República de Venezuela del año 1961, que estuvo vigente hasta que fue sustituida por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se establecía, dentro de los derechos individuales, la garantía al debido proceso en una forma dispersa y difusa. La Constitución de 1999 mejoró lo establecido en la de 1961 concretizando y unificando la garantía al debido proceso.

I. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

El artículo 60 de la Constitución de 1961 establecía:

> *Artículo 60*. La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:
>
> 1. Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido *in fraganti* sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstas por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado.
>
> El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención. (*omissis*)
>
> 4. Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
>
> 5. Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley. (*omissis*)
>
> 8. Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente.

En esta regulación en cuanto al debido proceso se encuentra un marcado acento referido al proceso penal. En efecto, se consagra que nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido *in fraganti*; que el indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley; que no puede ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal y que nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente.

En Venezuela imperó desde 1926, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal promulgado el 13 de julio de ese año, hasta 1998 la marcada división, en el proceso penal, entre sumario y plenario. El sumario estaba regido por el principio inquisitivo y protegido por el secreto. El plenario era público y regido por el principio dispositivo. Con la publicación del Código Orgánico Procesal Penal en *Gaceta Oficial*, el 23 de enero de 1998, se estableció la eliminación del llamado secreto sumarial. Incluso en disposición transitoria, se previó que la eliminación del secreto sumarial entraría en vigencia anticipada, un año y seis meses antes de la *vacatio legis* prevista para el Código. El secreto sumarial se prestó en Venezuela, durante muchos años, a abusos y a lo que genéricamente se denominó terrorismo judicial, pues atentaba directamente contra el derecho a la defensa y, claramente, contra el debido proceso.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal de 1998 perdió sentido el énfasis de la Constitución de 1961 al proceso penal como garantía al debido proceso.

La dispersión de la Constitución de 1961, en cuanto al debido proceso, se hacía patente al consagrar principios atinentes específicamente, al debido proceso en otras normas. Así,

> *Artículo 67*. Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna respuesta.
>
> *Artículo 68*. Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.
>
> La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.
>
> *Artículo 69*. Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente.

Estos tres artículos consagraban, inorgánicamente, principios inescindibles de la garantía al debido proceso.

II. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Esta Constitución establece, a nuestro juicio, una forma mucho más clara, concreta y orgánica lo que es la garantía constitucional al debido proceso, con todos los principios que le son inherentes e inescindibles. Veamos lo que establece la nueva constitución.

> *Artículo 49*. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:
>
> 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.
>
> 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
>
> 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente indepen-

diente, e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones naturales o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificado. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del Magistrado o de la Magistrada, del Juez o de la Jueza; y el derecho del Estado a actuar contra estos o estas.

Es obvio que en estos ocho numerales se contemplan los principios del debido proceso en forma concreta y organizada corrigiéndose la forma difusa y dispersa de la constitución de 1961.

Sin embargo, hay que destacar que en el Capítulo III, (De el Poder Judicial y del Sistema de Justicia), del Título V, (De la Organización del Poder Público Nacional) hay una norma conectada con el debido proceso y su finalidad. Así, el artículo 257 establece:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los tramites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

El contenido de este artículo tiene concordancia con la consagración orgánica del debido proceso que hace el artículo 49 de la Constitución y con otro contenido en el Capítulo I del Título III (De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes). El artículo 26 establece:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, e incluso los colectivos o difusos; la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

El contenido de los artículos 257 y 26 no puede calificarse como un defecto de la Constitución de 1999. No es un defecto de técnica porque era necesaria su ubicación en los Títulos y Capítulos que lo hizo el constituyente, aunque es indudable su conexión con el debido proceso[1].

1. Es interesante destacar, dado lo reciente e importante del proceso constituyente, lo que pasó en la Asamblea Nacional Constituyente en relación al artículo que consagra la garantía del debido proceso. En la Gaceta Constituyente correspondiente a octubre-noviembre de 1999, consta en la sesión nº 27 del 23 de octubre de 1999 el debate originado con ocasión de la primera discusión que tuvo lugar en relación al artículo del debido proceso contemplado en el anteproyecto de Constitución. El constituyente JIMÉNEZ, Leonel propuso "agregar un numeral

III. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA

Uno de los fines fundamentales del Estado es el mantenimiento del orden en la sociedad. Para mantener ese orden, en el mundo occidental, existe la prohibición de hacerse justicia por sí mismo. El Estado mantiene, salvo los medios alternativos, el monopolio en la administración de justicia. No hay una definición absoluta y válida para todos los tiempos del concepto de jurisdicción. La administración de justicia postula el establecimiento de un procedimiento para hacerlo. Ese procedimiento constituye el instrumento al cual deben acudir las partes en conflicto. El conflicto puede ser entre ciudadanos o entre ciudadanos y el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, y debe ser resuelto a través de un proceso. Si no existiera un proceso preestablecido simplemente no habría civilización.

El Estado, en los sistemas de derecho positivo, a través del órgano en el cual hace residir la soberanía, formula leyes que contienen un supuesto de hecho general y abstracto al cual atribuyen una consecuencia jurídica. Esa es la formulación del derecho. Frente a ese método de formulación también ha surgido el de formulación de derecho para el caso singular, que ha predominado en las épocas primitivas y en los períodos revolucionarios.

La civilización occidental desde hace varios cientos de años, ha preferido el sistema de la formulación legal. Esa formulación legal prevé un supuesto general y abstracto al cual atribuye la consecuencia jurídica. Ante un conflicto de intereses, alguien debe instar a que sea decidido siguiéndose el debido proceso. Se insta a la solución del con-

---

que diría de la siguiente manera: Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso". El constituyente BREWER-CARÍAS estuvo de acuerdo con la proposición anterior de la siguiente manera: "Las propuestas de JIMÉNEZ, Leonel en principio me parecen adecuadas, pero es necesario aclarar, que la propuesta de redacción para el numeral 2 no sustituye la garantía de la presunción de inocencia. Presumo que eso no se está eliminando, de manera que quede claro que no es sustitución de la presunción de inocencia…Presumo que eso no se está eliminando, de manera que quede claro que no es sustitución de la presunción de inocencia…En relación con el numeral 5 sugiero cambiar la redacción: Ninguna persona podrá ser *sancionada* en lugar de *condenada*. Esa palabra tiene una carga penal y la garantía del debido proceso se establece como lo dice el encabezamiento del artículo 51, no sólo respecto a actuaciones judiciales sino de actuaciones administrativas. Por tanto pienso que más amplio sería decir que ninguna persona podrá ser "sancionada por actos u omisiones que no fuesen previstos como delitos, faltas o infracciones". Se trata de agregar aquí los conceptos de todo lo que se ha denominado en algún momento el derecho penal administrativo, relativo a las infracciones administrativas, que son parte también del debido proceso".

Resulta paradójico que la constituyente VARELA, Iris, electa en las planchas del partido del presidente CHÁVEZ, Hugo quien convoco a la Asamblea Constituyente- haya propuesto lo siguiente: "Buenos días, considero que todos estamos de acuerdo en que se debe garantizar el debido proceso; eso se refiere al artículo que estamos analizando. El artículo está excesivamente largo y propongo, con carácter previo que, se nombre una comisión especial, con los abogados penalistas, que esa Comisión no quede conformada con un número mayor de cinco constituyentes, pero que puedan participar todos los que quieran, y que se redacte el artículo conservando la esencia del mismo. Pero para reducirlo debido a que es excesivamente largo y pienso que así podríamos seguir avanzando el debate".

Se aprobó nombrar la comisión que quedó compuesta por los constituyentes BREWER-CARÍAS, Allan, GÓMEZ GRILLO, LÓPEZ PORTILLO, VARELA, Iris, JIMÉNEZ, Leonel y GARCÍA, Antonio. El constituyente OTAIZA, Eliézer manifestó su deseo de estar en la Comisión. No hay constancia en la Gaceta Constituyente, que se lo haya nombrado pero se dejó a salvo que cualquier constituyente podía participar en la Comisión.

En la sesión nº 28 del 24 de octubre de 1999 la Comisión especial presentó el artículo 51 que fue sometido a votación de la Asamblea Nacional Constituyente y resultó, finalmente aprobado con las observaciones hechas por los constituyentes BREWER-CARÍAS, Allan y JIMÉNEZ, Leonel, desechándose la propuesta de la constituyente Iris Valera de reducir el artículo.

flicto haciendo un alegato que contiene, a su vez, la acción y la pretensión. El profesor Jesús González Pérez explica, claramente, cómo se insta el proceso:

> La instrucción del proceso tiende a proporcionar los elementos necesarios para que pueda llevarse a cabo la comparación entre los fundamentos de la pretensión y el ordenamiento jurídico. Comprende dos tipos de actividad. Por un lado aquella por la que se aportan al proceso determinados hechos o normas como fundamento de la pretensión o de la oposición a la pretensión; por otro, la que tiende a verificar la veracidad de aquellos datos.
>
> Alegación procesal es, por tanto, el acto por el cual se incorporan al proceso determinados hechos o normas como fundamento de la pretensión o de la oposición a la pretensión . (González Pérez, J. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, p. 57, Civitas, 1990).

Cuando se plantea un conflicto entre particulares o entre particulares y el Estado el método o instrumento para resolverlo es el proceso. Ese proceso debe tener unas garantías y principios para que la administración de justicia, en manos de un órgano o poder del Estado, no se convierta en instrumento de abuso, arbitrariedad y conculcación de los derechos a los ciudadanos. El proceso como instrumento para solucionar conflictos convierte a quienes se sirven de él en esclavos de ese proceso. Usamos el término esclavo no en una acepción despectiva. Lo usamos en el sentido de que quien quiera servirse del proceso debe respetarlo y cumplir sus reglas. Vale la pena repetir el símil del proceso con un instrumento musical. El instrumento musical tiene su técnica. Por ejemplo, el piano debe tocarse con los dedos de la mano y el ejecutante que se sirve de él se convierte en su siervo y debe hacerlo de acuerdo con su técnica. Igual ocurre con el proceso. Quien acude al proceso como instrumento de solución de conflictos tiene que hacerlo de acuerdo con su técnica y sus principios. No sólo quien inste el proceso debe someterse a sus principios. También quien va a decidir el proceso está, ineludiblemente, sometido al cumplimiento de sus principios. Cuando el proceso cumple su finalidad y sean respetados sus principios y garantías se habla de que ha habido un *debido proceso.*

En el mundo occidental el proceso es el vehículo para la resolución de conflictos. Entiéndase, que nos referimos a procesos de cualquier naturaleza, constitucional, civil, mercantil, laboral, administrativo, electoral y en definitiva a cualquier vehículo, método o instrumento para solucionar conflictos.

Las partes, desde sus posiciones, deben tener iguales posibilidades de conocimiento de lo que se controvierte, de alegatos, de pruebas y de control de pruebas.

El proceso como instrumento fundamental de garantía ciudadana se aplica en todos los ámbitos de la organización social en los cuales se presentan conflictos. Se debe aplicar no sólo en el campo jurisdiccional. En el ámbito de la administración pública, en Venezuela, existe un proceso debido que garantiza al ciudadano contra abusos o excesos de funcionarios. Son aleccionadoras, en este aspecto, las palabras del profesor Allan Brewer-Carías:

> La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en vigor desde el 1º de enero de 1982, sin la menor duda, producirá uno de los más grandes cambios que haya sufrido jamás la Administración Pública Venezolana. Se trata de una Ley revolucionaria, cuyo impacto en el comportamiento administrativo puede ser mucho mayor del vislumbrado
>
> *...omissis…*
>
> La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por primera vez regula en Venezuela, con carácter general, el procedimiento constitutivo de los actos administrativos, es decir, el procedimiento conforme al cual la Administración debe formar su voluntad y concluir manifestándola a través de una decisión concreta, de un acto administrativo.

> Antes de esta Ley puede decirse que no había en nuestro país, procedimiento administrativo establecido legalmente con carácter General. (A. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1982, p.7 y 239).

El proceso para ser debido debe cumplir principios. Esos principios, inherentes a la estructura de cualquier proceso son fundamentalmente, la contradicción o la existencia de dos posiciones enfrentadas; el principio de igualdad en los medios de defensa y ataque y el principio dispositivo y sus derivados.

El principio de la contradicción surge clarísimo en los procesos que se rigen en el ámbito del derecho privado: actor y demandado. Pero igualmente surge en el campo de la jurisdicción contencioso administrativo. No hay proceso sin conflicto o litigio. Cuando se busca una decisión o sentencia, un presupuesto ineludible de ella es que haya oposición o tesis contrapuestas entre una pretensión y una defensa.

Otro principio es la igualdad, que se le debe conceder a las partes en conflicto para que tengan los mismos medios de ataque y defensa.

Otro principio es el dispositivo. El principio dispositivo tiene cuatro postulados que, resumidamente, son: a) No hay proceso sin actor. b) El tema a decidir lo disponen las partes. c) Las partes tienen la carga de la prueba de sus respectivos alegatos y defensas y d) El juez no puede decidir una cosa distinta a la pedida ni más allá de lo pedido. No hay discusión sobre la vigencia y alcance del principio dispositivo, y de sus postulados en la justicia que se ventila y decide de acuerdo al derecho privado. Pero, es una exageración decir que este principio no se aplica en el proceso contencioso administrativo. Ese principio está presente en la totalidad de los procesos jurisdiccionales administrativos y sólo tiene límite en cuanto a los medios de autocomposición procesal, en la justicia administrativa, cuando esté en juego el orden público. Ciertamente se ha exagerado y abusado, por lo menos en Venezuela, haciendo énfasis en el concepto de orden público para atenuar la aplicación del principio dispositivo. Es un dislate sostener que en la justicia administrativa no se aplica el principio dispositivo. Imaginémonos por un segundo que un juez de lo contencioso administrativo pretenda él ejercer la acción para decidir él, como juez, un caso en el cual le parece obvio que se ha violado el orden público; o que el juez exonere de prueba a una de las partes en conflicto o invierta la carga de la prueba. Es repugnante en la jurisdicción, la coincidencia, en la misma persona, de los roles de juez y parte.

El profesor, colombiano, Santofímio Gamboa, Jaime Orlando, al referirse al derecho a la defensa y a las pruebas sostiene lo siguiente:

> La base substancial de la contradicción luego del Derecho de Defensa se ubica indiscutiblemente en la posibilidad de tener amplio acceso a los medios probatorios y a sus debates con el fin de producir decisiones sustentadas fáctica y jurídicamente…*omissis*…
>
> Ahora bien, lo importante y trascendental para el Derecho de Defensa, además de la necesaria presencia de la apersona interesada antes de cualquier decisión, es que el principio de la contradicción se traslade al ámbito de la prueba dentro de la actuación administrativa. Esto es, que la parte contra la cual se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla, discutirla, debatirla y, si es el caso, solicitar todas aquellas, que al momento de hacer la evaluación en conjunto permitan contrarrestar las que le fueron opuestas. (J.O. Santofímio "El Derecho de Defensa en las actuaciones Administrativas". *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Fudena. Caracas, 1998. p. 280).

En algunos países que han desarrollado legislaciones o códigos para regular, especialmente, el contencioso administrativo, se ha destacado el debido proceso y el control

a la prueba. El referido autor Jaime Orlando Santofimio cita, en la obra citada, una decisión del Consejo de Estado de la República de Colombia de 24 de febrero de 1994 al referir la interpretación que el Consejo de Estado dio al artículo 35 del Código Contencioso Administrativo Colombiano:

> …Debido proceso no es simplemente el que establezca la ley, sino aquel que garantice la imparcialidad del juez, su independencia y autonomía, así como el derecho de defensa, que comprende la posibilidad de controvertir las pruebas presentadas en contra del demandado, la de aportar las propias y de ser oído y asistido por un abogado, escogido por él, o en su defecto nombrado de oficio, respetando el derecho de recurrir a las decisiones interlocutorias. La actuación debe adelantar sin dilaciones injustificadas, observando los términos procesales y la plenitud de sus formalidades, con prevalencia del derecho sustancial. (*Ob. cit*. p. 281).

La consagración del proceso y del proceso debido como garantía de paz ciudadana y de seguridad jurídica ha sido consagrado en la Constitución Venezolana de 1999, como ya se dijo, en su artículo 257, al establecer que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

IV. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER Y CONTROLAR LAS PRUEBAS

Postulado fundamental de la garantía al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas es el derecho a la defensa. Inseparable al derecho a la defensa es tener acceso a las pruebas y disponer del tiempo y los medios adecuados para controlarlas.

No es posible para ningún juez ni para autoridad administrativa resolver un caso según sus creencias religiosas, por sus sueños, o por mensajes esotéricos o astrológicos o según su intuición o porque sencillamente le parece así. Toda resolución debe fundamentarse en las pruebas.

La garantía constitucional de acceder a las pruebas y disponer de tiempo suficiente para su control y defensa implica, necesariamente, que los medios de prueba utilizados sean legales y pertinentes con el conflicto de intereses que se está dirimiendo. Si no es así, el proceso sería kafkiano.

El derecho a controlar y acceder a las pruebas y disponer de tiempo y de medios adecuados para ejercer la defensa implica que quien, a su vez, ejerce su derecho a probar, a promover pruebas, lo haga dentro de los limites de la constitucionalidad y de la legalidad. El derecho a promover pruebas no puede ser ejercido de manera tal que impida o dificulte el acceso a las pruebas y su control por la contraparte.

Para hacer efectiva la garantía constitucional de acceso y control de las pruebas y disponer del tiempo para ejercer la defensa, en los procesos jurisdiccionales, se establece un pronunciamiento del juez, previo al fondo, sobre la manifiesta ilegalidad o impertinencia de las pruebas promovidas por las partes en conflicto. Esa depuración del proceso *in limine litis* no busca otra cosa que sacar del proceso las pruebas superfluas, tanto manifiestamente ilegales o impertinentes y que configurarían un abuso de derecho por parte de quien las ha promovido. El permitir y admitir una promoción de medios de prueba desmesurada, manifiestamente ilegales o impertinentes, sin control por parte del Juez, haría nugatorio el derecho a la defensa y al acceso y control de las pruebas por la otra parte.

Recuérdese que la constitución del 99 establece que el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257) y que todos los ciudadanos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente en una forma gratuita, accesible, idónea, equitativa y expedita sin dilaciones y sin formalismos inútiles. (Artículo 26 Constitución de la República)

Ante una promoción desmesurada de medios de prueba manifiestamente ilegales o impertinentes y ante la falta de control del juez, al pronunciarse *in limine litis*, y no desecharlas, habiendo mediado oposición a su admisión, parecería que no le queda otra alternativa a la contraparte opositora, que recurrir a la vía del amparo constitucional.

Es cierto que en Venezuela existe, como principio general en el proceso civil, el recurso de apelación contra la sentencia del juez cuando se pronuncia *in limine litis*, sobre la admisión o negativa de pruebas. Sin embargo, esta apelación debe ser oída a un solo efecto, efecto devolutivo. La no suspensión de la ejecución de la sentencia que ordenó admitir las pruebas puede ocasionar gravámenes y gastos irreparables por la sentencia que conozca sobre el recurso de apelación de la admisión de pruebas y que resultaron ser, después, manifiestamente ilegales o impertinentes.

Por otra parte, debemos destacar, que el objeto de la apelación sería recurrir de la sentencia que admitió la prueba por razones de manifiesta ilegalidad o de manifiesta impertinencia. En cambio, en el ámbito del recurso de amparo se discutirían razones de inconstitucionalidad, como sería la violación del debido proceso, por enervar el derecho a la defensa y al acceso y control de las pruebas.

Lo que estamos diciendo puede ser fácilmente entendible con un ejemplo. Imaginemos que una de las partes promueve en un juicio que se ventila en una determinada Circunscripción Judicial, más de doscientos (200) testigos, señalando al promoverlos que el domicilio de la mayoría de ellos está situado en los mas recónditos, diversos y distantes lugares del país. Supongamos que esos testigos han sido promovidos solicitándose que declaren previa citación. Si el Juez admite tan desmesurado número de testigos, alegando que no hay limitación al numero de testigos promovidos en la legislación venezolana, violaría el derecho de defensa de la contraparte. En efecto, al admitir ese desmesurado número de testigos el juez tendría que comisionar a distintos tribunales, con competencia de los distintos domicilios de los testigos. Eso significa que el termino de evacuación de las pruebas estaría corriendo, simultáneamente, en, por decir algo, veinte (20) distintos tribunales, cuyos días hábiles se contarán por distintos calendarios dependiendo de los días en que los distintos tribunales decidan despachar o no. Por otra parte, la situación se agrava porque, como postulamos, los testigos deben declarar previa citación, y ésta dependerá de la actividad del promovente, él sabe cuando lo va a citar y, una vez citado, él solo sabe si irán o vendrán a declarar. De manera tal que es perfectamente posible que habiendo sido citados no comparezcan al tribunal porque se encuentra presente la contraparte para ejercer su debido derecho de control y acceso a la prueba, lo cual en el caso de la prueba testimonial sería el derecho a repreguntar. Esto estaría ocurriendo simultáneamente en los distintos tribunales ante los cuales el juez de la causa haya librado comisión. Es infantil sostener que no se está violando el derecho a la defensa por cuanto la parte contra quien se han promovido los testigos puede designar abogados en los distintos lugares del país para repreguntarlos. Este argumento es absolutamente pueril, pues el juicio se esta ventilando en otra parte, en la capital, y allí se supone que están lo abogados que conocen los hechos con-trovertidos y los pormenores

del caso que se discute y a quienes le sería imposible estar presente, simultáneamente, en las distintas partes donde se evacuará la prueba.

El maestro Rengel Romberg, Arístides, corredactor del vigente *Código de Procedimiento Civil*, en su "Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano", sostiene:

> La regla de que el testigo rinda declaración en su domicilio o residencia, ha dado lugar a abusos en la práctica, que revelan falta de lealtad y probidad en el proceso, consiste en promover un número exagerado de testigos (en algunos casos treinta, cuarenta y hasta noventa testigos), indicándose como domicilio de ellos los más diversos y remotos lugares de la República con el propósito de dificultar a la contraparte comparecencia simultánea al acto de las declaraciones y privarlas así del derecho de repreguntar a todos o a algunos de los testigos. (Tomo IV, pág. 345)

En el mismo sentido el maestro Uruguayo Eduardo J. Couture:

> …*omissis*…
>
> Pero si adopta la solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, inútilmente costosas, hasta ofensivas del derecho del adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría así, al magistrado, dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo e inerte, impropio de su función.
>
> ….*omissis*…
>
> La jurisprudencia ha reservado, sin embargo, a los jueces como una especie de válvula de seguridad, para aquellas pruebas notoriamente impropias, o escandalosas, o cuyo costo desproporcionado excede las exigencias del litigio, o escritos improcedentes, etc… pero estas soluciones no pueden considerarse inherentes a la prueba, sino de verdadera disciplina judicial, tendentes a evitar los excesos de litigantes notoriamente maliciosos (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Couture, Eduardo J., Tercera Edición, Ediciones De Palma).

El acceso y el control a la prueba como garantía constitucional es un tema de enorme interés práctico que excede a discusiones simplemente teóricas. Nos vamos a permitir citar la opinión de un especialista en el tema probatorio, que escribió una obra bajo la vigencia de la Constitución de 1961, es decir, sus argumentos ostentan más validez y fuerza bajo la égida de la vigente, de 1999, que de un modo más claro, organizado y detallado consagra con rango constitucional, el derecho de acceder y controlar la prueba. El doctor Cabrera, Jesús Eduardo en una de sus obras señala:

> El abuso de pruebas, en nuestro criterio, nace cuando una parte utiliza la letra o el silencio de la ley, para ofrecer o constituir una prueba aparentemente apegada a la ley, pero que de una manera sutil reduce o menoscaba el derecho a la defensa de su contraparte, hasta el punto que ciñéndose a lo legal, prácticamente, lo inhibe (…) también nace el abuso de derecho cuando con la proposición del medio se busca dañar al contrario en el campo de la prueba, excediéndose con dicha promoción de los límites que exige la buena fe (entendida esta en su acepción de honestidad o lealtad), o del objeto en vista al cual se le confirió el derecho: probar conforme a la verdad (art. 170 CPC).
>
> (*Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Caracas, Editorial Jurídica Alba 1997, Tomo II, p. 144 y s.)

En cuanto a la violación de los derechos constitucionales el mismo autor señala:

> Es nuestro criterio que la prueba propuesta en forma tal que viole derechos o garantías constitucionales de protección directa o inmediata, como son los derechos individuales y las garantías, es inadmisible por ilegal, con lo que el Derecho Venezolano se separa de aquellos ordenamientos jurídicos con lo que da curso a la prueba así obtenida aunque sancionen, aparte a los transgresores…*omissis*…
>
> El derecho de defensa está colocado entre los derechos y garantías constitucionales individuales y el art. 68 C.N. reza: La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

> El CPC hace evolucionar ese derecho con la creación de oportunidades procesales para que se ejerza, y al hacerlo, de acuerdo a los diversos estados de la causa, se cumple con la letra del artículo 68 C.N.
>
> Sin embargo, a pesar de la existencia regulada de oportunidades para su uso ¿puede verse este derecho conculcado en el proceso debido a la actividad de las partes o del juez? Creemos que sí. Cuando ello es producto de la actividad judicial estamos ante la indefensión, la cual es una forma de ilegalidad; pero podría darse el caso -raro, pero posible- que la actividad de una parte conculcara el derecho de defensa de su contraparte causando su indefensión. De suceder esto, la actividad en ese sentido, también sería ilegal por contrariar el artículo 68 CN…*omissis*…
>
> Si un medio se promueve de manera tal que el no promovente se vea impedido y disminuido en su defensa, a pesar de que la ley, teóricamente le daba oportunidad para ello, estaremos ante un tipo de indefensión, que como tal es ilegal y es deber del juez garante del derecho (artículo 15 CPC), conocer tal situación, medie o no oposición y declararla ilegal.
>
> En la materia que nos ocupa, el ofrecimiento de algunos medios y la promoción de la prueba bajo ciertos casos y circunstancias podría colocar a la contraparte del promovente en un estado donde fuera imposible la defensa donde a pesar de tener las oportunidades para ello, no pueda defenderse cabalmente al minimizarle el control de la prueba. Se trata de una cuestión casuística a examinarse con cada medio ofrecido. (Obra citada Tomo 1, p.153 y s).

Los comentarios citados del doctor Cabrera destacan que el juez puede conculcar el proceso debido, lo cual colocaría a la parte en estado de indefensión y que esto es una forma de ilegalidad por contrariar el artículo 68 de la Constitución de 1961. El artículo 68 de la Constitución del 61 es equivalente, a grandes rasgos, al 49 de la Constitución del 99. La actividad del juez no sólo sería ilegal, sino que además, y lo que es más grave, sería inconstitucional.

El propio doctor Cabrera, reflexionando sobre el asunto ha sostenido que siempre debe el juez contar con la capacidad para evitar las lesiones, para dar verdadero vigor al derecho constitucional a la defensa y del proceso debido. *Pretender que el derecho de defensa* -dice el señalado autor- *se ejerce actuando solo en las oportunidades preclusivas que señala el proceso, sin poder ejercer ninguna petición fuera de ellas, es dejar al debido proceso como un cascarón vacío, ya que la garantía del debido proceso no puede cumplirse con el solo hecho de que se siga un juicio contra una persona y a ella se le de una oportunidad para alegar.*

No basta, es necesario que el trámite procesal no perjudique a la parte impidiéndole esa defensa que se le otorga, ya que si no estaríamos ante una caricatura y no ante un verdadero proceso. "(El derecho del demandado de preparar su contestación y su prueba (Derecho a conocer)". *En Revista de Derecho Probatorio*, Nº 6, 1995, p.71, 72).

El remedio, contra ese abuso del promovente de medios de prueba y de la decisión del juez que viole el derecho de controlar la prueba de la contraparte, parece ser la interposición de un recurso de amparo por violación de la garantía constitucional del debido proceso por parte del juez que admitió la prueba, sin percatarse que esa admisión violentaría el derecho a la defensa de la otra parte.

Se pueden plantear muchos ejemplos de promoción de medios de prueba y admisión por parte del juez que violarían y harían nugatorio el derecho constitucional de acceder y controlar las pruebas y, por ende, el debido proceso. Imagínese que una de las partes promueve veinte mil (20.000) papeles, como documentos emanados de ella o de terceros, solicitándole a los terceros su reconocimiento y pretendiendo que la contraparte ejerza el control sobre tan copioso volumen de prueba instrumental. Ello no es posible. Si el juez admite ese enorme número de documentos sin haber hecho un análisis sobre su mani-

fiesta ilegalidad o impertinencia, viola los derechos consti-tucionales de la contraparte por cuanto le hace imposible, nugatorio, al ejercicio de su derecho constitucional de tener la posibilidad y el tiempo de controlar la prueba.

V. EL AMPARO COMO VÍA RESTABLECEDORA DE LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABER TENIDO DERECHO A ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER SU CONTROL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo puede ser solicitada por todos quienes hayan sido lesionados o amenazados de lesión en el goce o ejercicio de sus derechos o garantías constitucionales, a objeto de que se restablezca de inmediato la situación jurídica infringida.

En Venezuela, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que la acción autónoma de amparo posee un carácter extraordinario, esto es, que ella solo procede frente a la inexistencia o frente al carácter inadecuado de las vías judiciales ordinarias o paralelas.

El punto central a dilucidar es si se da la vía del amparo cuando, *in limine litis*, se han admitido medios de prueba que violan al derecho a la defensa por impedir o dificultar o hacer nugatorio el acceso y control a las pruebas.

Recuérdese que la sentencia por la cual el juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas es apelable, apelación que al ser oída no suspende la ejecución de la providencia.

En Venezuela la materia de amparo corresponde, en última instancia y principalmente, a la competencia de la recién creada Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Las sentencias dictadas por la Sala no han establecido, todavía, un camino claro y diáfano sobre el carácter extraordinario de la acción de amparo.

Vamos a hacer referencia, sin mayor profundidad, a algunas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo que han tratado el asunto.

a) Sentencia Luis Alberto Baca de 28 de julio de 2000. Esta sentencia puso de manifiesto algo evidente: Que la dilación judicial de la vía ordinaria concurrente con la lesión de derechos fundamentales, será siempre la razón que justificará la utilización de la vía extraordinaria del amparo.

En efecto:

> Sin mucha claridad, fallos y diversos tribunales incluyendo los de varias salas de la extinta Corte Suprema de Justicia han negado el amparo al accionante, aduciendo que el mismo ha debido acudir a las vías procesales ordinarias aunque sin explicar la verdadera causa para ello, cual es que por estas vías se podía restablecer la situación jurídica infringida antes que la lesión causare un daño irreparable, descartando así la amenaza de violación lesiva.
>
> Sólo cuando la dilación ponga en peligro inminente la reparabilidad de la situación jurídica, las partes podrán acudir al amparo, para lograr la finalidad que se procuraba ante el juez de la alzada, quien además es un protector de la situación jurídica lesionada viene en estos casos a ser objeto del amparo, la dilación judicial como un hecho concurrente con la violación ya existente de los derechos y garantías violados por los actos, omisiones o sentencias judiciales, y que consolidan dichas infracciones .

….omissis….

Con respecto a los fallos cuya apelación se oye en un solo efecto, si contienen violaciones constitucionales en perjuicio de una de las partes, la lesionada puede optar entre acudir a la vía de la apelación, caso en que la parte considera que por este camino restablecerá su situación o acudir a la acción de amparo.

…omissis…

Si antes de que precluya el plazo para apelar, opta por la acción de amparo, en lo concerniente a la infracción constitucional el juez del amparo será el que conozca la acción autónoma; y si el perjudicado utilizare el recurso de apelación contra el fallo lesivo, dentro de tal recurso no podrá decidirse lo atinente a la transgresión constitucional, ya que ante dos jueces (el del amparo y el de la apelación) cuyo deber es mantener la supremacía de la Constitución, es el juez ante quien se incoa la acción natural de jurisdicción constitucional (el amparo) que debe decidirla, surgiendo con respecto al de la alzada una litis pendencia en ese sentido, donde impera la pendencia acusada por la acción de amparo.

Por ello, si el agraviado opta por la vía de amparo se le cierra la de la apelación sobre la materia que versa el amparo. Viceversa si el agraviado hace uso de la apelación, es porque considera que este recurso es el óptimo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida, y ante tal escogencia, el amparo que se incoare sería inadmisible a tenor de lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 6 de la Ley de Orgánica de amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

b) Caso *Seauto La Castellana*, sentenciado por la Sala Constitucional el 6 de febrero de 2001.

Precisado lo anterior, esta sala pasa a determinar lo referente a la consulta planteada, y al respecto observa que lo infinito que las situaciones jurídicas puedan ser, la lesión de las mismas y su posibilidad de ser irreparables, es casuística. De manera que la determinación de la necesidad del otorgamiento del amparo aun cuando existan otras vías, recae en el ámbito de la más amplia apreciación del juez, puesto que pueden existir otras acciones o recursos, pero si se trata de impedir un daño irreparable, sólo la brevedad del amparo puede garantizar el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida.

c) Caso *Choucroun Armand* un sentenciado por la Sala Constitucional el 9 de febrero de 2001.

En efecto, la infracción del derecho a la defensa o al debido proceso, por actuación u omisión judicial, no se produce con toda infracción de reglas procesales. Sólo cuando la infracción impida a una parte ejercer su defensa, enervándole las oportunidades para alegar y probar, cercenándole la contradicción y el control de las pruebas de su contraparte, o impidiéndole conocer lo que se le imputa o pretende de él, o negándole el uso de los medios que la ley adjetiva establece en desarrollo de la garantía jurisdiccional y del derecho al debido proceso, será, cuando ocurra la infracción constitucional en materia de la acción de amparo; por lo que quien acciona en amparo, contra una decisión judicial deberá alegar cómo y de que manera la infracción procesal denunciada le impide o menoscaba el ejercicio de sus derechos constitucionales a la defensa al debido proceso o a la tutela judicial efectiva, indicando en principio expresamente, la actividad procesal concreta a la que tenía o tendría derecho en ejercicio de sus derechos constitucionales, que le ha sido impedida por la violación procesal o de que manera la infracción cometida por el juez le menoscaba el ejercicio de algún otro derecho constitucional.

d) Caso *Cipriano Rodríguez, Jairo*, sentencia de la Sala Constitucional de fecha 16 de noviembre de 2001.

Es la obligación del juez constitucional impedir que las violaciones reales o temidas, se consoliden y hagan irreparables la situación jurídica de la víctima lo que permite que en algunos casos proceda la acción de amparo incoada a pesar de estén pendientes oposiciones, recursos, etc., si es que ellos no resultan idóneos para evitar o restablecer la situación jurídica infringida, antes de

que el daño se haga irreparable. Esta realidad es la que permisa al juez que conoce dentro del proceso de una violación constitucional, evitarla o repararla aplicando los artículos 23, 24 y 26 *ejusdem* con lo que por vía incidental impide o repare el agravio constitucional sin llegar al proceso de amparo, a pesar que la ley -equívocadamente ante ese supuesto- se refiere al amparo, el cual resulta innecesario ya que el juez dentro del proceso repara la situación inconstitucional.

e) Caso *Guía, José Angel*, sentenciado por la Sala Constitucional el 5 de junio de 2001:

De cara al segundo supuesto, relativo a la que acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprende de la circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión que el uso de los medios procesales ordinarios resultan insuficientes al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado. Alguna de tales circunstancias podría venir dada cuando, por ejemplo, la pretensión de amparo exceda del ámbito intersubjetivo para afectar gravemente al interés general o el orden público constitucional; en caso de que el recurrente pueda sufrir una desventaja inevitable o la lesión devenga irreparable por las circunstancias de utilizar y agotar la vía judicial (lo que no puede enlazarse del hecho de que tal vía sea costosa o menos expedida que el procedimiento de amparo); cuando no exista vía de impugnación contra el hecho lesivo, o esta sea de imposible acceso; cuando el peligro provenga de la propia oscuridad o complejidad del ordenamiento procesal; o ante dilaciones indebidas por parte de los órganos judiciales, tanto en vía de acción principal como en vía de recurso debe recordarse no obstante que el concepto de proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto deberá ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Podrían identificarse, como ejemplo, de tales criterios objetivos: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, la conducta procesal del interesado y de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes. Así, criterios de razonabilidad pesarán sobre la decisión que se tome en cada caso concreto.

f) Caso *Sellhorn Erna Yolanda*, donde se insiste en el carácter cautelar de esta modalidad de amparo y que su fin es dar plena efectividad a las apelaciones cuando, por sí solas, no acarreen la suspensión del proceso principal. Textualmente señaló:

Los criterios expresados en la sentencia parcialmente transcrita en primer término, y en sentencias posteriores, indican que es perfectamente viable que *el que considere lesionados sus derechos constitucionales por una actuación judicial, además de ejercer el recurso ordinario previsto en la ley para restituir la correcta aplicación de la normativa que haya sido infringida, solicite al juez que conoce de dicho recurso, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos Y Garantías Constitucionales, la suspensión de los efectos del acto que considera lesivo u otra medida cautelar, mientras se decide el recurso ordinario.* En ese caso, el juez, aplicando las disposiciones de los artículos 23, 24 y 26 de la citada ley especial, *podrá dictar la medida que considere apropiada para evitar la consumación o el daño mayor que pueda producirse en el caso concreto de no dictarse la misma,* ello aún cuando, como en el presente caso, el procedimiento ordinario no prevea la apelación a doble efecto. (Resaltados añadidos).

VI. CONCLUSIONES

No hay duda que la Constitución de 1999 mejoró la redacción y contenido de la garantía al debido proceso en relación a la formulación de la Constitución de 1961. La Constitución de 1999 concretizó y aclaró el derecho al acceso, al control de las pruebas y a tener tiempo suficiente para la defensa. El proceso constituye un instrumento fun-

damental para la realización de la justicia y por ende para la paz ciudadana. Acudir al proceso constituye la forma civilizada, de solución de los conflictos que se pueden presentar en la vida social.

Es posible que una parte, en conflicto con otra, abuse de su derecho a probar y lo haga de tal forma que dificulte o impida el derecho a la contraparte de acceder y controlar los medios de prueba promovidos. Es indudable que el juez al pronunciarse sobre los medios de prueba y no ejercer el control que por imperio de la ley debe hacer, desechando los medios de prueba que sean manifiestamente ilegales o impertinentes viola, disminuye o menoscaba el derecho a la defensa de la contraparte.

El amparo es, indiscutiblemente, un mecanismo o vía para obtener la protección inmediata, en una forma breve y eficaz, a las amenazas o violaciones a las garantías constitucionales y al restablecimiento de la situaciones jurídicas infringidas. Le tocará dilucidar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolver si es el amparo la vía adecuada, pronta y eficaz, contra una sentencia que admitiendo medios de prueba viola el derecho a la defensa de una de las partes, o si, por otra parte, el camino a seguir es un recurso de apelación con efectos no suspensivos y cuyo pronunciamiento va a referirse a la revisión de si los medios de prueba admitidos violentaban el deber de desechar las manifiestamente ilegales o impertinentes.

Nos parece que el camino correcto para subsanar la violación de la garantía constitucional al debido proceso controlando y accediendo, en forma razonable, a los medios de prueba promovidas por la parte contraria, es el amparo constitucional por ser el procedimiento más eficaz y apropiado contra las transgresiones a las garantías constitucionales.

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

Ana Elvira Araujo García
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. EVOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS Y LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRETENSIONES DE ANULACIÓN Y DE LAS MAL LLAMADAS DE PLENA JURISDICCIÓN

El administrado, sin perjuicio de resultar destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es, al mismo tiempo, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el Derecho Administrativo no tendría razón de ser.

El verdadero problema que plantea el tema de las situaciones subjetivas activas no son las formas típicas de derechos subjetivos que conoce el Derecho privado, sino lo limitado de su ámbito. Lo más importante del campo de la actividad administrativa queda fuera. Si sólo se dispusiera de los supuestos típicos de derechos subjetivos para exigir el cumplimiento de la ley a la Administración, la mayor parte del campo de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares (García de Enterría).

El Derecho Privado es la expresión de la justicia distributiva de dar a cada cual lo suyo. Así, su cumplimiento queda en manos de los particulares, quienes solicitan a los tribunales la protección de sus derechos y que se cumpla la ley. El Derecho Administrativo, sin embargo, está articulado de forma distinta. Si tiene, claro, manifestaciones de justicia distributiva (los típicos derechos subjetivos) pero esta no es su principal materia.

El Derecho Administrativa, en su regulación, valora los intereses colectivos, sin adecuar expresamente a los mismos con los intereses privados. Podemos pensar en el Derecho de la organización, en el otorgamiento de potestades públicas, la legislación de obras públicas, de orden público, de selección de funcionarios, entre otras.

Nadie puede pretender, por caso, que un Concejo Municipal delibere o adopte determinadas ordenanzas, o que un Plan de Urbanismo se elabore con todos los documentos que la ley dispone. Esas normas no pueden hacerse valer por los particulares? Es un asunto importante. Si la respuesta es negativa, la legalidad, al no poder ser exigida por los administrados, se convierte en una regla moral para la Administración, a lo más, bajo el control parlamentario, pero no bajo el control del juez, porque éste no se podría poner en movimiento. Como vemos, para el Derecho Público esta es una cuestión de gran significación.

1. El recurso por exceso de poder como un supuesto recurso *objetivo* y el requisito del interés. Breve análisis de la historia del asunto en Francia, Italia, Alemania y España

Desde los orígenes mismos del contencioso, el Consejo de Estado francés observó el problema. Según la tradición de la justicia, el contencioso se erigió en defensa de verdaderos derechos subjetivos de los administrados. Pero al lado de este recurso en que el juez contencioso actúa como cualquier juez, tutelando derechos, (es lo que se llamó recurso de *plena jurisdicción*) empieza a configurarse una institución que, a partir del último tercio del siglo XIX, será el principal contenido de la justicia administrativa.

Se inicia este *recurso por incompetencia y exceso de poder* por parte del Consejo de Estado francés, que actúa como órgano administrativo puro (*sistema de justicia retenida), para operar un control interno sobre la Administración, en el cual las reclamaciones individuales actúan como meras denuncias*. A los motivos de fondo iniciales, incompetencia y exceso de poder (aunque esta última expresión se utilizó en forma general y abstracta, sirve para todo y todo recurso es por exceso de poder), se van añadiendo el vicio de forma, la violación de Ley y la desviación de poder que empiezan a incidir sobre los actos discrecionales, que la doctrina de la época entiende como no justiciables (García de Enterría).

La Ley francesa de mayo de 1872 admite como un recurso ordinario, al lado del de plena jurisdicción, el recurso por exceso de poder: con lo cual se pasa del sistema de justicia retenida al de *justicia delegada o propiamente jurisdiccional*. Ahora, el Consejo de Estado perfila técnicamente la figura que Hauriou llama *maravilla de arqueología jurídica*.

El recurso por exceso de poder deja de ser una petición o denuncia y se transforma en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la Ley por la Administración. Sin embargo, no se admite que es una justicia subjetiva , en la que el recurrente defiende derechos propios. Se habla de un recurso *objetivo* en el cual no son derechos subjetivos, sino la legalidad objetiva lo que es objeto de valoración y fallo. Por eso se habla de un *proceso al acto* (se abre proceso al acto como en la edad media se abría proceso a un cadáver, dirá Hauriou con fino sarcasmo). En consecuencia, la sentencia sólo puede anular el acto administrativo atacado, si es declarado con lugar el recurso, nunca concluye en la declaración de un derecho ni de una indemnización de daños y perjuicios a favor del recurrente, ni tampoco en una condena a la Administración como sujeto, la cual, *propiamente*, tampoco es parte en esta clase de juicio. Por otra parte, se justifica en este carácter objetivo del recurso, los efectos *erga omnes* de la sentencia, si es anulatoria, y no limitados al solo recurrente. Sin embargo, el recurrente es más que un denunciante que defiende la legalidad: *se le exige un interés personal y directo en el asunto*. Lo curioso es que la doctrina no ve en este elemento nada que vaya contra la supuesta naturaleza objetiva del recurso, ni siquiera Hauriou, que opina que los particulares juegan el papel de un Ministerio Público.

Se trata de una especie de acción pública que el interesado está encargado de intentar en interés de todos (Hauriou). Con lo cual, la exigencia de un interés no es más que imponer un *requisito de seriedad*, dice la doctrina francesa, para justificar el examen de fondo. Una vez comprobado ese requisito, el Tribunal se olvida por completo del triste recurrente, para concentrarse en el examen del fondo de la legalidad del acto, *único objeto de la sentencia*. La intervención del interesado tiene como finalidad poner en funcionamiento, en movimiento, el aparato de la justicia.

Esta construcción ha sido la dominante en muchos sectores de la doctrina y de la legislación hasta bien entrada la década de los setenta en el siglo XX.

Es interesante ver otras perspectivas de un problema que ha estado mucho tiempo en el mismo centro del Derecho Público.

Italia adopta, con relación al problema del contencioso administrativo el sistema judicial. La reforma de 1889 atribuye al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito administrativo, intereses que se calificarán como *legítimos*. Desde entonces, en Italia la justicia administrativa está dividida en protección de derechos subjetivos confiada a los Tribunales ordinarios y protección de intereses legítimos confiada al Consejo de Estado, partición que ha respetado la actual Constitución italiana (Artículos 24 y 113).

A partir de esta distinción del sistema de justicia administrativa, la doctrina italiana se va a esforzar, con mucha sutileza, en precisar qué cosa son los *intereses legítimos* para distinguirlos de los tradicionales derechos subjetivos.

La primera gran *ola* (representada por los maestros Ranelletti y Zanobini, entre otros) pone el énfasis en el destinatario del interés: el derecho subjetivo es un interés exclusivo del titular reconocido por el ordenamiento jurídico; el interés legítimo es el interés de un administrado que coincide de hecho con el interés general, en función del cual la norma se ha dictado. Es la doctrina clásica.

La segunda corriente considera que encuentra la clave en la naturaleza puramente procesal del interés legítimo, como una proyección procesal del interés *de facto*, identificándolo con la legitimación para recurrir. Por su parte, Giucciardi trae otra explicación, seguida entre nosotros por el eminente maestro Luis Farías Mata, y que es bastante sencilla. Los derechos subjetivos nacen de la ejecución de normas de relación intersubjetivas; en cambio, los intereses legítimos nacen de la aplicación de normas de acción que se agotan en la esfera propia de la Administración y no pretenden construir relaciones jurídicas. Los autores coinciden en que esta bipartición de la justicia administrativa no es satisfactoria. Sin embargo, el aporte de este concepto de interés legítimo a la doctrina jurisprudencial venezolana es extraordinario.

El Derecho alemán, por su parte, hizo un axioma de la correlación entre derechos subjetivos perfectos y tutela jurisdiccional (Jellinek, 1906). Este autor deja al margen de la tutela jurisdiccional lo que llama, junto con Ihering, *reflejos de derechos*, es decir, esa serie de status derivados de las libertades fundamentales. Lo glosa García de Enterría.

Con la Ley Fundamental de Bonn se formula la conocida *cláusula general* de protección jurisdiccional del ciudadano, que busca una protección jurídica sin lagunas, a pesar de que esta cláusula declara como objeto de protección sólo las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos. Sin embargo, la doctrina germana profundiza este concepto de derecho público subjetivo e incluye en el mismo los contenidos tradicionales y los intereses legítimos de la doctrina italiana (situaciones protegidas mediante recurso *objetivo*, según la doctrina francesa).

La Ley Santamaría de Paredes de 1888, en España, limita la protección a los derechos subjetivos perfectos según el modelo del Derecho Civil, como objeto del recurso contencioso administrativo. La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas estuvieron de acuerdo con esta posición legal.

En esta misma época, la doctrina italiana había observado que limitar la protección jurisdiccional a lo que en ese tiempo se llamaban derechos subjetivos, era dejar sin garantías al grueso de la legalidad administrativa. Este sistema se corrige en España

incorporando la técnica francesa del recurso por exceso de poder o de anulación, a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956. Esta Ley reduce todo a un problema procesal de legitimación. El tema es cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico. Se admite el interés legítimo para acceder al juicio y que el Tribunal se ponga en marcha. El fondo es la legalidad objetiva del acto.

2. Cuál es el objeto de la tutela judicial, además de los derechos subjetivos *perfectos* ¿?

En los actuales momentos, la idea de un recurso *objetivo* o en puro interés de la legalidad, la verdad, no tiene mucho sentido, a menos que hablemos de la acción popular y del interés simple, donde el recurrente sí actúa como un agente del Ministerio Público.

Alguna experiencia judicial basta para entender que los recurrentes defienden lo que consideran son sus derechos, o al menos, sus intereses, y no la legalidad abstracta. Es casi una tontería pensar que su interés se acaba con la admisión del recurso, que es lo que resulta de entender el interés como un mero medio procesal de legitimación. El recurrente siente no sólo la admisibilidad, sino también que el recurso sea desestimado y lo siente como negación sustantiva de derechos (García de Enterría). La objetividad que tiene es que mueve el mecanismo entero de la justicia. Que ya es bastante, porque la justicia es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de luchar por el propio derecho.

No es posible, así mismo, reducir el problema a una técnica procesal de legitimación que es como se ha entendido durante mucho tiempo. Hay que precisar, primero, si la legitimación es un mero requisito procesal que afecta como tal a la acción o, por el contrario, si es un requisito de fondo que afecta la pretensión de que se trata, es decir, la titularidad del derecho que se pide ser tutelado, que es la tesis dominante hoy. Es lo que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (daño, perjuicio) causado al interés, que es lo sustancial, y no el interés mismo. Esto permite que la actitud del recurrente se describa como *una defensa frente a un perjuicio que le cause el acto* de la Administración, perjuicio que es injusto si está causado al margen de la legalidad.

Lo que mueve al recurrente, entonces, no es un abstracto interés por la legalidad, sino el muy concreto de estimar que la Administración lo está perjudicando al obrar fuera de la legalidad, y que ese acto ilegal debe ser eliminado para evitar el perjuicio. Aquí se conectan, de este modo, *interés subjetivo y legalidad objetiva*. La Ley autoriza a un sujeto a ejercer una acción anulatoria contra los actos administrativos ilegales que le causen un perjuicio. Es, sencillamente, un específico derecho subjetivo, en palabras de García de Enterría. Donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, siendo ilegal, ha causado un perjuicio personal al ciudadano y, es en este sentido, que se ejerce la acción.

En resumen, estamos en presencia de un fenómeno de verdaderos derechos subjetivos y no de nada *objetivo* o de situaciones jurídicas atípicas.

La legalidad de la Administración, como una base del Estado de Derecho es, también, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que le impida a un ciudadano hacer lo que la Ley le permite, no sólo es una acción ilegal, es también una agresión a la libertad de ese ciudadano. Sin embargo, la construcción técnica básica del Derecho político, según la cual los individuos dejan de ser súbditos para convertirse en ciudadanos no pasa al terreno del Derecho Administrativo para justificar las acciones

judiciales defensivas, salvo los derechos públicos perfectos, sino paulatinamente y por obra de una jurisprudencia progresiva, cuyos logros son explicados de forma convencional (recurso *objetivo*).

Se pueden establecer algunos elementos que caracterizan la estructura de este tipo de derecho subjetivo que estudiamos, siguiendo a García de Enterría:

A) El concepto de *grief* se refiere a cualquier inmisión de la Administración en los *asuntos propios*. La jurisprudencia francesa dice que el acto atacado debe lesionar material o moralmente al actor. La jurisprudencia alemana habla de *círculo vital*.

B) La doctrina italiana, con Cannada-Bartoli, señala que detrás de las situaciones de ventaja o de interés subyace casi siempre un derecho subjetivo de los típicos. Es decir, que el derecho subjetivo es siempre presupuesto de las situaciones que se califican como interés legítimo, porque dónde está el verdadero derecho subjetivo es en la reacción (ejercicio de la acción) frente al acto ilegal que perturba el ámbito vital.

C) Si antes de que existiese la lesión no existe mas que el derecho al libre desenvolvimiento, el hecho mismo de la lesión, cuando es ilegal, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el de defenderse, de solicitar la protección judicial. García de Enterría toma de Roubier lo que este autor llama *situación reaccional*, que significa que antes de la lesión por la infracción no existía un derecho subjetivo propiamente, pero una vez ocurrida la lesión surge un verdadero derecho subjetivo a la reparación o restitución del perjuicio causado.

D) Nadie tiene un *derecho subjetivo* a que la Administración cumpla con el principio de legalidad. Observar la legalidad es un deber sólo objetivo para la Administración, derivado de su vinculación positiva con la ley. Cuando un particular se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones ilegales de la Administración, adquiere, por la unión de esos dos factores, perjuicio e ilegalidad, un derecho subjetivo a defenderse para que se restablezca su situación afectada por la actividad administrativa. La acción no está dirigida a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la *defensa de los propios intereses.* El recurrente es parte del juicio y la Administración también es parte procesal, porque es la destinataria de una acción procesal que la afecta. Lo que se hace valer en el proceso es, así las cosas, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, mas o menos cualificado.

E) La constitución en derechos subjetivos no nace directamente como ventaja desde la ley. Sólo cuando esas ventajas sufren una agresión ilegal por parte de la Administración, surge el derecho subjetivo reaccional a solicitar la restitución y reparación, si es el caso. Por eso es que no tiene sentido que una sentencia que declare con lugar el recurso se limite a anular el acto y no contenga otro pronunciamiento, fundamentándose en el razonamiento del recurso *objetivo* que busca restituir sólo la legalidad violada.

En resumen, el administrado es titular de derechos subjetivos en dos supuestos: Uno, cuando ostenta derechos subjetivos perfectos o típicos frente a la Administración (patrimoniales, titularidades jurídicas, entre otros). El otro, cuando es perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación ilegal de la Administración, supuesto en el cual la Ley le otorga la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo a eliminar esa actuación ilegal y a restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por aquella actuación ilegal. Estos últimos, que siguiendo a García de Enterría llamamos derechos sujetivos reaccionales (o impugnatorios) son los que nuestro ordenamiento jurídico llama intereses legítimos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (enero de 1982) y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (enero de 1977). La doctrina los identifica también como intereses legítimos ó reaccionales. Esta última figura es la que permite a los particulares fiscalizar la totalidad de la legalidad administrativa y no sólo la franja pequeña que constituyen los derechos subjetivos de corte tradicional. Y esta es su gran trascendencia.

II. EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR. DERECHOS SUBJETIVOS, INTERESES LEGÍTIMOS O REACCIONALES. INTERESES COLECTIVOS

1. El interesado en el procedimiento administrativo. Requisitos. Capacidad y representación

El interesado es una figura propia del procedimiento administrativo y en Venezuela lo contiene inicialmente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en los artículos 2, 22, 23 y 48.

Tales disposiciones establecen lo siguiente:

> *Artículo 2*. Toda persona *interesada* podrá, por si o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieron para no hacerlo.
>
> *Artículo 22.* Se consideran *interesados*, a los efectos de esta Ley, las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
>
> *Artículo 23*. La condición de *interesados* la tendrán, también quienes ostenten las condiciones de titularidad señaladas en el artículo anterior, aunque no hubieran intervenido en la iniciación del procedimiento, pudiendo, en tal caso, apersonarse en el mismo en cualquier estado en que se encuentre la tramitación.
>
> *Artículo 48*. El procedimiento se iniciará a instancia de parte *interesada*, mediante solicitud escrita o de oficio.
>
> En el segundo caso, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reza:

> *Artículo 112.* Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estadales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.
>
> *Artículo 121*. La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.
>
> El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general.

En los procedimientos administrativos participan sólo los interesados, que a los fines de la ley son aquellos a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, antes transcritos, es decir, los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos (art. 121) y los titulares de derechos e intereses (art. 112). De esta forma, la ley de procedimientos venezolana (1982) amplió la figura del interesado mas allá de los derechos subjetivos perfectos y de los intereses legítimos, personales y directos hasta comprender los intereses colectivos y los difusos como legitimados para iniciar o ser parte de un procedimiento administrativo, los cuá-

les, según la interpretación jurisprudencial dominante hasta tiempos cercanos, validaba sólo para acceder a la justicia administrativa en los casos de impugnar actos normativos.

Decimos que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos amplió la figura del interesado mas allá de los derechos subjetivos perfectos y del interés legítimo en su interpretación limitante de personal y directo, porque esta Ley se refiere, si, a la actividad administrativa en general, pero las disposiciones que habilitan la intervención de los particulares, en su mayoría, están referidas a los actos administrativos particulares, tales como la materia de recursos administrativos, de notificación a los interesados, entre otras. Sin embargo, estos actos pueden afectar la esfera jurídica correspondiente a un derecho subjetivo o bien a un interés legítimo, que puede ser individual o colectivo, precisión ésta que permite la Ley al incluir el supuesto, la legitimación, del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la noción de interesados.

Para ser interesado, se requiere contar con la necesaria capacidad jurídica y de obrar. La capacidad es la del Derecho común, según el artículo 24 de la Ley, aunque ésta señala que por disposición expresa de una Ley especial se puede otorgar condiciones especiales para la capacidad de algunos sujetos, cual es el caso de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (octubre de 1998). No es indispensable, por otra parte, tener la condición de interesado desde el principio del procedimiento como peticionario, según el artículo 23 de la Ley. La calidad de parte se refiere justamente a la relación jurídico-procedimental, se traduce en derechos y encuentra su causa siempre en una situación jurídica protegida como derecho o como interés legítimo, y se desprende de la iniciativa en el procedimiento o de verse afectado, o tener la posibilidad de serlo, por el acto administrativo (Luciano Parejo).

La noción de *parte* referida a los administrados se refiere a la de *interesados* y, estos, en definitiva son los titulares de derechos públicos subjetivos porque iniciaron el procedimiento o porque la decisión del mismo hizo nacer en ellos ese derecho subjetivo y los titulares de intereses legítimos, en donde incluimos los individuales y los colectivos, que se encuentren en la situación descrita. Hoy día, con el reconocimiento de la tutela judicial efectiva, no debe ser un requisito exigir que el interés sea personal y directo a los fines de la protección jurídica individualizada y se debe ampliar, en consecuencia, el concepto del interés legítimo. De esta forma, el interés legítimo exigido para justificar la participación en los procedimientos administrativos puede ser invocado también por las asociaciones y grupos en defensa de los intereses que las justifican (Luciano Parejo). La jurisprudencia española precisa que el interés legítimo no debe interpretarse de forma tan amplia que se refiera sólo al simple interés de mantener la legalidad o de evitar agravios futuros o potenciales (sentencias del Tribunal Supremo de septiembre y octubre de 1992). Por otra parte, que el interés legítimo debe ser *directo*, debe interpretarse en el sentido definido por la jurisprudencia española como "aquella situación en la que, de prosperar la pretensión de su titular, se obtendría un beneficio o se dejaría de sufrir un perjuicio de carácter material o jurídico, derivado del acto de la Administración" (sentencias del Tribunal Constitucional de octubre de 1982, julio de 1983 y febrero de 1987).

Con relación a la actuación personal y la representación, las reglas son mas flexibles que en el procedimiento civil y menos formales, respondiendo a la característica de antiformalismo propia del Derecho Administrativo. Las dos formas de participar en el procedimiento están contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley de Procedimientos venezolana, la actuación puede ser personal o a través de representante, salvo para la notificación, prevista en el artículo 75 de la Ley, que debe ser a un apoderado. Si la

petición a la Administración aspira a crear un derecho, la Ley exige una legitimación concreta para poder introducir peticiones: se debe ser interesado (artículo 48).

2. La concepción del contencioso administrativo como tutela de derechos e intereses legítimos. Legitimación para recurrir: derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales. Intereses colectivos y los medios de protección

A. El Contencioso Administrativo como y un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses. El principio constitucional

El artículo 68 de la Constitución venezolana de 1961 consagraba la tutela judicial efectiva así:

> Todos pueden utilizar los órganos de la Administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

Sin duda que está contenido en términos modernos y explícitos el concepto de la tutela judicial efectiva, incluido como uno de los derechos individuales de la Constitución. La protección del derecho a la tutela jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales. Nuestros tribunales se acogieron casi hasta el presente a la tradicional interpretación del acceso a la justicia contencioso administrativa por medio de demostrar un derecho subjetivo típico o un interés legítimo que, insistían, debía ser personal y directo.

Este Artículo 68 contiene la consagración de dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial, es decir, utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de derechos e intereses, y el derecho a la defensa, en todo estado y grado del proceso. Según González Pérez el derecho a la tutela judicial efectiva tiene tres momentos decisivos: *acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia*. Así mismo, este artículo no califica a los intereses objeto de protección ni de personales ni de legítimos, mucho menos de directos; por tanto, estaba abierta desde 1961 la posibilidad de tutelar los intereses colectivos y difusos.

Es la Constitución española de 1978, con su artículo 24 (muy similar al de la Constitución italiana) de la protección judicial de los derechos, y la interpretación progresiva de la jurisprudencia española sobre este concepto, la que ha significado mayor influencia en los nuestros (tribunales y doctrina) para ampliar la perspectiva del acceso a la justicia, cuando, en propiedad, era una interpretación que pudimos hacer muchos años antes que en España estuviera consagrado constitucionalmente el principio de la tutela judicial efectiva.

El artículo 24 de la Constitución española de 1978 reza:

> Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

El artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999 reza:

> Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La primera conclusión de la lectura de estas normas constitucionales es que la justicia administrativa es una *tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas*. No es, en modo alguno, un proceso al acto o de protección de la legalidad objetiva, es un proceso de tutela de derechos del recurrente y de la Administración (ésta mas potestades que derechos) confrontados entre si como partes. La segunda, es la universalidad de la declaración, que conlleva a la inconstitucionalidad sobrevenida de todas las disposiciones generales con carácter de ley que limitan el recurso contencioso administrativo sobre determinadas materias y sujetos.

Este derecho a la tutela jurisdiccional es la vertiente subjetiva del principio, por cuanto ha sido consagrado constitucionalmente como uno de los derechos de la persona (Juan Santamaría Pastor). El artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999, antes copiado, es aplicable a todo tipo de procesos judiciales y no sólo a la tutela jurisdiccional contra la Administración. Tiene esta norma un contenido complejo; primero, el derecho a la acción o al proceso. Es decir, que no cabe excluir por ley, menos por reglamento, el recurso judicial frente a determinados actos, cualesquiera que sean, sin violar la Constitución. Segundo, el derecho a un proceso igualitario: descarta la indefensión de cualquiera de las partes y otra, contiene la exigencia de una efectiva contradicción procesal. Y tercero, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

B. Legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales

La jurisprudencia española (tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) ha aplicado directamente la doctrina de los derechos reaccionales, en aplicación de la fórmula constitucional de la tutela judicial efectiva, que es bien sencilla. García de Enterría la describe así:

> Cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmedia-tamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital.
>
> Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital se protege con dicha acción porque nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y por cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga de soportar o de sacrificar sus situaciones de ventaja. En sus efectos esta construcción coincide con la teoría de los intereses legítimos.

El Tribunal constitucional español ha dicho que el concepto constitucional de intereses legítimos dispensa del requisito de que los mismos sean directos, porque la Constitución no lo exige así ni los califica de tales. Así, este tribunal ha dicho que basta que los intereses sean indirectos y que la Constitución no exige tampoco que sean personales, por lo cual se ha abierto la tutela a los intereses que la doctrina llama difusos y colectivos. La Ley española acoge esta doctrina en 1985 y reconoce para la *defensa de los intereses colectivos* la legitimación de las *corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados*. Esto de grupos afectados es una técnica similar a las de las *class actions* norteamericanas.

En Venezuela, el artículo 26 constitucional de 1999, respetando la tradición de la Constitución de 1961, no califica a los intereses de legítimos, sino que dice *derechos e intereses* y añade, *incluso los colectivos y difusos*. La doctrina jurisprudencial tendría que ser mucho mas contundente y abierta, interpretando en esta dirección lo que sostienen las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de la Corte Suprema de Justicia.

Lo más importante de todo lo expuesto es la nueva época de la justicia administrativa que imponen las Constituciones citadas: la justicia administrativa no es un proceso abstracto a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración (sistema de doble jurisdicción) o acaso jueces atados por mil lazos en el ejercicio de una función que puede parecer insólita por el hecho de someter al poder público a rendir cuentas ante el Derecho. Por el contrario, *es un proceso plenario a la Administración como sujeto, por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva a sus derechos e intereses legítimos* (García de Enterría).

La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que había que imponer sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad *titulares de derechos fundamentales con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración*. Es un cambio radical en la situación de las partes en la relación ciudadanos Administración.

En Venezuela, el tema de la legitimación activa, como vimos, está regulado de forma general en los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con la primacía de la disposición constitucional, artículo 26, de la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia venezolana, reconociéndole los avances en esta materia cuando se trata de juicios de amparo constitucional, en el contencioso administrativo ha mantenido, con pequeños y tímidos avances, la tradicional concepción individualista del proceso administrativo, dejando fuera del concepto de interés legítimo los intereses colectivos. La concepción del proceso contencioso administrativo, por supuesto, es y debe ser subjetiva en el sentido de un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses, siempre que se incluyan los intereses colectivos en el concepto de interés legítimo. La jurisprudencia española ha explicado suficientemente cómo deben ser entendidos los términos *directo* y *personal* en el interés legítimo consagrado como expresión en las leyes, para tener que desarrollar nuevos argumentos. Estaba España sumida en la oscuridad de las libertades públicas y la jurisprudencia venezolana fue de avanzada y pionera en el tema de la legitimación para recurrir con el caso Moreau Meyer (fuente de soda Tolón) en el año 1964 y el caso Sanitarios Maracay, dos años después, ambas sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde se delinearon los conceptos de derechos subjetivos e intereses legítimos de forma brillante, acogiendo la doctrina expuesta en el juicio por la Procuraduría General de la República, prácticamente iguales a como se interpretan actualmente. El caso Pulido Mora, también en decisión de la SPA-CSJ de octubre de 1985 definió, con ponencia del maestro, magistrado Farías Mata, la posición sobre la legitimación ratificando la exigencia del interés personal, legítimo y directo. Posteriormente, la sentencia del caso Cememosa, de la Corte Primera tencioso Administrativa, de octubre de 1988, cierra aun más la interpretación del interés legítimo, llegando a expresar que "no se admite que el afectado por un *efecto secundario (indirecto) o ulterior* pueda recurrir contra el acto". Impresionante lo limitado del argumento. Bastante similares en su concepción son sentencia de la SPA-CSJ de noviembre de 1990, la cual, sin embargo, admite la representación de una comunidad,

pero el acto debe estar destinado al actor (.....), y una de la CPCA de mayo de 1989 caso Asociación de Vecinos la Viña *vs*. Concejo Municipal del Distrito Valencia. Según estas decisiones, no tienen acceso a la justicia las asociaciones que representen un interés colectivo para impugnar actos de efectos particulares, sólo tienen legitimación los que ostenten un interés personal, legítimo y directo, interpretado éste en la forma limitada que ya describimos. En otras palabras, con esta interpretación no pueden ejercerse acciones para defender el interés colectivo y el difuso por carecer de legitimación en los juicios contra actos de efectos particulares.

Advertir que la admisión de estos intereses colectivos sería convertir la acción de nulidad contencioso administrativa en una acción popular no parece acorde con las doctrinas contemporáneas sobre el tema. Basta que el tribunal aplique la tesis de la lesión en la esfera de intereses o del beneficio en ella una vez que se produce el fallo, para contradecir esta posición tradicional sostenida por parte importante de la doctrina nacional, Brewer-Carías entre otros. En las páginas siguientes comentaremos la juris-prudencia reciente.

C. Intereses legítimos colectivos e intereses difusos. En qué consisten ¿? Medios de protección

El interés colectivo puede definirse como el interés de una colectividad cuando no existan individuos particularmente afectados, *o habiéndolos*, se mantiene el interés general (Moreno Catena). Creemos, sin embargo, que el hecho de que sean intereses comunes a una pluralidad de sujetos determinada, no puede excluir la posibilidad de que los mismos se defiendan individualmente.

En cuanto a la acción colectivamente ejercida para la defensa de un interés colectivo, la determinación del interés puede realizarse de dos maneras; por una ley especial, caso entre nosotros de la LOPNA, o por interpretación del texto legal general en concordancia con el principio constitucional por parte de los órganos judiciales, donde entra en juego el criterio de la especialidad de la asociación. El problema está en *saber a quién se habilita para actuar en el proceso como defensor de ese interés colectivo* (María Isabel González Cano).

La doctrina ha expresado la necesidad de articular mecanismos para potenciar la tutela judicial del interés colectivo. Son tres las ideas: reforzar la actuación de las asociaciones intermedias no estatales, representativas de intereses colectivos *y de los grupos de afectados*, (estas asociaciones intermedias están previstas en leyes especiales como la LOPNA, como veremos); en segundo lugar, la intervención del Ministerio Público o Fiscal y en tercer lugar, la extensión de la acción popular a las situaciones de importancia en el ámbito administrativo.

Es bien problemática, por otra parte, la distinción entre interés colectivo e interés difuso, si es que son instituciones diferentes. Una de las notas dice que el interés difuso pertenece por igual a todos los ciudadanos y otra, que goza normalmente de reconocimiento constitucional (cultura, vivienda, salud, información, etc.). Ninguna de estas dos notas lo definen ni lo diferencian porque cultura, salud, medio ambiente, son derechos reconocidos constitucionalmente a todo ciudadano venezolano. La diferencia no está en el *tipo de interés*, sino en el grado de convertirlo en subjetivo al mismo; en cualquier momento, cualquier interés, identificado con un derecho del ciudadano, puede ser colectivo o difuso, dependiendo de la existencia o no de una comunidad unificada y determinable (María Isabel González Cano).

El interés colectivo era considerado inicialmente como una suma de intereses individuales, propio de la doctrina liberal y hoy superada. Se le concibe hoy no como suma, sino como síntesis de intereses individuales, por tanto, como algo autónomo, diferente de la simple suma de intereses individuales (Vigoriti).

La solución más correcta es la que conduce los intereses colectivos al ámbito del interés legítimo y calificarlos entonces como *posiciones de ventaja* de dimensión colectiva. Según Vigoriti, la afirmación procesal de estos intereses debe ser mantenida porque representa la única posibilidad real de tutela.

Lo que se denomina *interés difuso* hay que reconducirlo a los instrumentos de defensa de los intereses colectivos, porque la posibilidad de que se ejerzan individualmente abriría el riesgo de la acción popular, y además, la jurisprudencia es reacia ante el ejercicio colectivo de los intereses difusos y se resisten a reconocer legitimadas a las asociaciones para ejercer su representación, a menos que estén reconocidas previamente por la ley (Ma. Isabel González Cano). En una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de agosto de 2000, ponencia del magistrado Jesús E. Cabrera, en una acción de amparo constitucional que los actores denominan de *habeas data*, se sostiene:

> Esta Sala Constitucional ha aceptado, en sentencia de fecha 30 de mayo de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), que pueden intentarse amparos fundados en la protección de derechos difusos o colectivos, pero de la pretensión de los actores ni siquiera puede colegirse que de esos derechos o intereses se trata, pues del escrito presentado no se deduce que lo que solicitan se debe a que la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad se está viendo desmejorada, sin que pueda reconocerse en el escrito de amparo un vínculo, así no sea jurídico, entre los accionantes y la sociedad o un segmento de ella, afectado por la omisión que se atribuye al Consejo Nacional Electoral. No expresa el escrito cuál es el interés de la sociedad que pudiera tener en el petitorio de los actores, luciendo más un interés personal de los accionantes, que un interés social. La lesión a los derechos políticos puede desmejorar la calidad de la vida, al dejar desprotegida a la sociedad; pero más bien se está ante un interés puntual de personas y que sin tener la representación social o colectiva se auto constituyen en veedores, sin traer al expediente prueba alguna de su acreditación como tales. En consecuencia, no se está tampoco ante una acción basada en intereses difusos o colectivos. Observa la Sala que en los actores no existe interés ni legitimación para incoar una acción de amparo en la forma que pretenden.
>
> Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas o grupos que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretendan representar a la ciudadanía, a la sociedad y a otras instituciones, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, ya que no existe estatuto o ley que las rija y que no se sabe a cuál comunidad representan. Tales grupos buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime.
>
> Mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses.
>
> Esta Sala ha sostenido que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata, por ello antes que la Ley establezca las formas de participación y los elementos que legitimen tal representación, ha permitido que organizaciones de reconocida trayectoria como las Asociaciones de Vecinos actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación. Mientras la ley no regule tal situación, queda a juicio de esta Sala, teniendo en cuenta su trayectoria y continuidad en sus objetivos en la materia, calificar la legitimación activa, cuando dichos entes obren a nombre de la sociedad civil o de las organizaciones no gubernamentales.

A pesar de los elementos de confusión presentes en el fallo, queda claro que es necesario una ley donde se otorgue a instituciones o a grupos de afectados la legitimación para intentar acciones en nombre de los intereses colectivos. No obstante, la Sala, en ausencia de la ley, se reserva el derecho a decir quien tiene la legitimación y quien no la tiene, de manera de darle cumplimiento a las disposiciones constitucionales sobre participación. No es sólo la regulación sobre la participación, sino, y sobre todo, el principio de la tutela judicial efectiva. Es muy amplia la discrecionalidad que se reserva en esta materia la Sala Constitucional.

Por último, se precisa que la distinción entre interés colectivo e interés difuso no está en el tipo de bienes o intereses que ambos conceptos abarcan, sino en la concreción subjetiva de los afectados, en la posible ausencia de un ente que los agrupe, en el dato subjetivo del interés.

El concepto de *interés difuso* es muy amplio y diverso. El único elemento común es que la titularidad de la situación de interés pueden tenerla una pluralidad de sujetos no identificables. El tener a un grupo o asociación representando al interés colectivo es uno de los aspectos que lo distingue del interés difuso, que no tiene representatividad organizada y creemos que es una de sus mejores cualidades. En el interés difuso se trata de intereses *indiferenciados* por su propia naturaleza, mientras que el colectivo es un interés de grupo, generalmente organizado, para la persecución de fines propios. La organización se convierte en el elemento esencial del interés colectivo y, a la vez, en el dato que lo diferencia del interés difuso. Sánchez Morón cree que en el interés difuso hay dos datos significativos: el subjetivo, o sea, la pluralidad indeterminada de sujetos, que puede ser hasta la comunidad en general, y el dato de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional.

Por tanto, podemos decir que el interés difuso es un interés legítimo colectivo que, en principio, no cuenta con una representatividad organizada y estable, pero con igual contenido y con los mismos fines que el interés colectivo.

La Constitución de 1999, en sus artículos 280 y 281,2 consagra la figura del Defensor del Pueblo como el responsable de velar por la defensa de los intereses colectivos y difusos de los ciudadanos, para lo cual está habilitado para ejercer las acciones necesarias para cumplir ese cometido en materia de prestación de servicios públicos. En una sentencia de fecha 17 de mayo de 2001, la Sala Constitucional (TSJ), con ponencia del magistrado Antonio García García, en una acción de amparo constitucional, declaró que el Defensor del Pueblo no tiene legitimación para solicitar la defensa de derechos laborales individuales, ni estos son intereses colectivos o difusos, y que el amparo no es el medio judicial indicado para dilucidar este asunto. Sostiene la Sala:

> ...la pretendida representación procesal aducida por la Defensoría del Pueblo, no resulta admisible, pues no se colige en el presente caso que dicho organismo está actuando en razón de derechos e intereses colectivos de una profesión o gremio profesional que, al tener características y aspiraciones comunes, persiguen los intereses de grupo en forma unificada; por el contrario, la Sala observa que la Defensoría del Pueblo actúa en representación de un notorio interés plural, esto es, de una suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlo con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exige del obligado una prestación general, dado que se denuncian la violación de los derechos de carácter laboral...que específicamente agravia a un grupo de trabajadores perfectamente cuantificable e identificable individualmente, cuyos derechos e intereses devienen de sus contratos de trabajo.

La Sala concluye en que es cada trabajador quien, individual o colectivamente, está legitimado para ejercer las acciones correspondientes en defensa de sus derechos e intereses a través de una acción dirigida a la protección de derechos e intereses contractuales y determinados. No puede pretenderse, amparados en la teoría de los intereses colectivos, sustituir los medios judiciales ordinarios por éste.

III. CONCLUSIONES

1. Es muy positiva la función de la acción popular en los casos en los que están en juego intereses generales, para preservar en relación con los mismos el respeto a la legalidad de la actuación administrativa (Ma. I. González C.) En Venezuela, la jurisprudencia siempre ha aclarado que el resultado de una declaratoria con lugar de una acción popular es la restitución de la legalidad infringida por la actuación ilegal de la Administración, pero nunca la restitución de una situación subjetiva lesionada por la actividad administrativa, salvo en los casos de una acción popular de inconstitu-cionalidad en conjunto con un amparo constitucional. En Italia, la Ley urbanística de 1967 no admite la acción popular en materia de urbanismo, sino que exige legitimación de carácter vecinal con lo cual tiene el mismo ámbito del interés legítimo. Spantigati declara que el interés del ciudadano en materia urbanística no puede definirse, en la Ley de 1967, como acción popular para la tutela de un interés público general, sino que se trata de un interés individual del ciudadano sometido a una resolución de planificación, interesado en que sean llevados a feliz término los procedi-mientos urbanísticos.

2. El Tribunal Constitucional español mantiene una posición diferente. Mantiene que, como en muchos casos, tras la acción popular existe la pretensión del reconocimiento del interés de cada ciudadano en defensa de un interés colectivo o difuso, a la acción popular le son aplicables las garantías del artículo 24.1 de la Constitución española. En sentencia de julio de 1983 (proceso penal en el caso del síndrome tóxico) afirma que dentro de los supuestos de acción pública se encuentran aquellos en los que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, que se configura como interés legítimo y personal, directo o no, individual o colectivo.

3. Los intereses colectivos y difusos son una manifestación de la crisis que arrastra la separación entre derecho subjetivo e interés legítimo, y también la división entre derecho público y derecho privado. Los intereses colectivos y difusos son una categoría aplicable, prácticamente, en todos los dominios del ordenamiento jurídico y en especial en el derecho administrativo (José L. Villegas). Así mismo, la tutela de los intereses colectivos y difusos ha sido encarada en una óptica procesalista principalmente, en detrimento de las técnicas preventivas de naturaleza procedimental, con la consecuente disminución de la protección de estos intereses por el tinte individualista del proceso administrativo. De aquí lo necesario de la transformación de los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa,* Edit. Civitas, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo,* Edit. Tirant lo blanch, Valencia, España, 1997.

PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo,* Dos volúmenes, Edit. Ariel, Barcelona, 5ª. Ed. 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", *REDC,* N° 3, 1981.

SÁNCHEZ MORON, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública, CEC, Madrid, 1980.*

GIANNINI, M.S., *Derecho Administrativo,* INAP, Madrid, 1991.

CHINCHILLA, Lozano, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo,* Editorial Civitas, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo,* Madrid, Civitas, 1989.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *La acción de amparo contra los poderes públicos,* Caracas, Venezuela, 1994.

MOLES CAUBET, Antonio, *El sistema contencioso administrativo venezolano en el derecho comparado,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1989.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1993.

VILLEGAS, José Luis, *La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos,* Editorial Jurídica Venezolana, Nº 6, Caracas, Venezuela, 1999.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1990.

Avances Jurisprudencias del Contencioso Administrativo en Venezuela, XVIII Jornadas *J.M. Domínguez Escovar,* Tres Tomos, Barquisimeto, Venezuela, 1993.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional y Sala Político Administrativa de Venezuela, 1999 a 2001, consultadas en originales.

§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Flor María Avila Hernández
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La tutela de los intereses colectivos y difusos prevista en la Constitución forma parte del proceso de expansión de los derechos humanos en el país, especialmente de los derechos de participación, unido a la progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad, en la corresponsabilidad de la *función pública*. Esta investigación se ubica en el análisis normativo, jurisprudencial y comparado, que permita identificar las dimensiones normativas y de la praxis judicial en torno a la tutela de estos intereses. Con respecto a la praxis judicial, el análisis se circunscribe a las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (años 2000-2001). Con relación al estudio comparado, se esbozan los rasgos principales de la teoría de estos intereses en Italia. Se concluye el reconocimiento por parte de nuestro máximo tribunal de la autonomía institucional de estos intereses, su enlace con los derechos de participación, teniendo como objetivo la defensa de la calidad de vida y del bien común.

Este estudio aspira a contribuir con la reflexión necesaria y que suscita el interés actual de juristas, jueces y demás operadores jurídicos, sobre la naturaleza y fundamento jurídico de los intereses colectivos y difusos así como su ubicación en la tutela de los derechos fundamentales según el modelo establecido en la Constitución de 1999.

Para el logro de estos propósitos, es menester interrogarnos: en cuanto a la naturaleza jurídica de los intereses colectivos y difusos, si constituyen categorías jurídicas autónomas que impliquen el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de nuevas situaciones subjetivas susceptibles de tutela jurídica; y en el caso de ser afirmativa la respuesta, esto es, que nos encontramos frente a nuevos institutos jurídicos diferenciados y con autonomía en el derecho, determinar cuál es su fundamento.

Del mismo modo y habida cuenta que el ordenamiento constitucional de 1999 prevé la tutela de los intereses colectivos y difusos, corresponde dilucidar cuál es su posición en el marco de la tutela de los derechos fundamentales y si su incorporación se justifica como garantía de la calidad de la vida en las condiciones actuales de nuestra sociedad.

La tesis que sostenemos en este trabajo es que la inclusión de la tutela de los intereses colectivos y difusos en la Constitución de 1999, forma parte del proceso paulatino de expansión y especificación de los derechos humanos en el país, especialmente de los derechos de participación, unido a la progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre los poderes públicos, el individuo y la sociedad, que propenden a la conformación de relaciones paritarias en la corresponsabilidad de la *función pública*.

Por otra parte, impulsada en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la década de los 90', la tutela de los intereses colectivos y difusos, su consagración a nivel constitucional (1999) implica el reconocimiento de nuevas situaciones subjetivas, de caracter

meta o supraindividual, merecedoras de protección jurídica en virtud del principio de la tutela de la dignidad humana. Por otra parte, a la base de la protección de los intereses colectivos y difusos está el reconocimiento del protagonismo de la sociedad y su corresponsabilidad en el logro de los fines del Estado, en el modelo o paradigma de los derechos fundamentales formulado por el Constituyente de 1999, que ubica a la *igualdad*, a la *democracia*, a la *solidaridad* y a la *responsabilidad social* como unos de los valores principales que permea nuestro sistema normativo. Asimismo, la protección constitucional de dichos intereses tiene como fundamento la integridad de la calidad de la vida como bien jurídico tutelable y en consecuencia supone la apertura de la esfera jurídica del individuo y de las comunidades, en una sociedad abierta, compleja, cambiante y globalizada. En efecto, en dicho modelo, esta categoría especial de tutela se afirma con la participación solidaria del individuo y de las formaciones sociales en la vida política, civil y comunitaria y en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Esta investigación se ubica en el análisis normativo, jurisprudencial y comparado, que permita identificar las dimensiones normativas en torno al modelo de los derechos fundamentales de la Constitución de 1999, específicamente los derechos de participación y de la protección de los intereses colectivos y difusos así como de la praxis judicial en torno a dicha tutela. En consecuencia, el análisis excluye las diversas formas de tutela de los derechos previstas en la Constitución de 1999. Con respecto a la praxis judicial, el análisis se circunscribe a las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el período 2000-2001. En relación al estudio comparado, se esbozan los rasgos principales de la teoría de los intereses colectivos y difusos en Italia, que permita contribuir a la identificación, a la luz de otras realidades jurídicas, de los caracteres diferenciadores de esta categoría de intereses.

Los modernos ordenamientos jurídicos convergen en tener como centro principal de su gravitación a la *persona*, en consecuencia, el desarrollo pleno de su vida en un ambiente de libertades, como respuesta a la evolución propia de los derechos humanos en nuestra cultura jurídica occidental. Para el logro del desarrollo humano, la tutela de la vida y de su calidad, forman parte integrante e imprescindible de los referidos ordenamientos.

De igual forma, se constata un creciente aumento de la complejidad de las relaciones sociales, con el desarrollo de la técnica y del fenómeno de la globalización, así como con la evolución de la llamada sociedad de la *información* o *tecnológica*. Este desarrollo no sólo ha afectado la esfera de las relaciones privadas, sino también de aquellas públicas, especialmente debido a la expansión de los servicios públicos y de aquellos de interés general, a consecuencia de una mayor demanda y crecimiento de los sectores sociales.

El Derecho, por su parte y como respuesta a las pretensiones morales de la conciencia colectiva (exigencia ética), se afirma en proyectar los valores de igualdad, libertad y solidaridad en el desarrollo del sistema normativo así como garantizar el *status*[1] de igualdad del individuo en las distintas relaciones de las que forma parte y en todas sus facetas de la vida social: como miembro natural integrante de una comunidad, como usuario de servicios públicos, como consumidor, como trabajador, como vecino, entre otras.

---

1. Por *status* se entiende la condición personal del sujeto en cuanto miembro de una sociedad más o menos amplia (familia, comunidad, Estado) y que constituye el índice de las situaciones y de los intereses que se vinculan a tal condición, fungiendo de presupuesto para su adquisición.

Las nuevas realidades sociales han exigido la protección de la persona concreta, no del hombre abstracto sino del individuo situado en condiciones específicas y particulares de una realidad sociohistórica y cultural, que no siempre ha garantizado su igualdad de posición frente a los sujetos con los cuales interactúa y por lo cual se ha necesitado de una construcción jurídica que tutele y asegure una igualdad material y no sólo formal de las personas.

De la misma forma, el Derecho aspira a mantener en equilibrio las diferentes posiciones subjetivas de los sujetos entre sí y con relación al poder público, de manera de proteger al llamado *débil jurídico* y garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Con el devenir histórico de la edificación del Estado contemporáneo, a través de las diferentes construcciones jurídico-políticas de los modelos de Estado, se ha tendido siempre a este propósito correctivo de la *desigualdad* humana, en primer lugar, con la afirmación de los derechos fundamentales del individuo en el estado liberal de derecho, como garantía de las libertades de los individuos frente al poder despótico del monarca, más recientemente con el desarrollo de los derechos sociales, económicos y culturales del Estado social, como garantía de la igualdad material de las personas y con la expansión de los derechos de participación con el Estado democrático de derecho, como garantía de la realización de la ciudadanía.

La Constitución de 1999, por su parte, contiene en su artículo segundo, una fórmula de Estado que sintetiza la evolución propia del Estado contemporáneo del siglo XX: *el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia.* En esta fórmula constitucional se condensan los principios basilares de cada uno de los modelos de Estado:

Del *Estado liberal*, se establece la obligación del Estado de respetar y garantizar las libertades clásicas fundamentales de la persona, la seguridad, la propiedad y la igualdad. Asimismo, de este modelo se hereda la noción de *Estado de derecho,* que en su concepción clásica implica la inserción de los principios del imperio de la juridicidad, la división de poderes (aunque en nuestro sistema jurídico hoy se configura una colaboración de poderes), la legalidad de la Administración pública, la irretroactividad de la ley, la justicia constitucional y el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales, los cuales son contenidos en la fórmula constitucional del "Estado social y democrático *de derecho y Justicia*" y se desarrollan a lo largo del texto fundamental.

Del *Estado social* se incluyen los principios de la procura existencial a cargo del Estado, el intervencionismo económico a través de la producción y promoción del empleo y de la economía, la expansión de los servicios públicos y de las prestaciones sociales, la justicia social y la modelación del orden social.

Del *Estado democrático*, se prevé la participación de los ciudadanos no solamente en las decisiones públicas fundamentales, sino también en los beneficios de los servicios sociales, de la producción y del desarrollo económico. Al respecto, este modelo se apoya con la introducción de diversos mecanismos de la democracia directa como la institución de los *referendos*, la *iniciativa legislativa*, *constituyente y constitucional y* la *consulta popular*.

Por otra parte y a los efectos de este trabajo, interesa resaltar que las más recientes normas de derechos fundamentales reconocidas e incluidas en la Constitución de 1999 responden a la necesidad de ofrecer tutela a situaciones subjetivas emergentes y que el imperativo de la protección de la dignidad humana ha reclamado. Es el caso de los llamados por un sector de la doctrina *derechos de tercera generación* como el derecho a la

libertad informática, a la imagen, al medio ambiente sano, a los derechos de los consumidores, a la calidad de los servicios y de la vida, a la paz, al desarrollo, entre otros. Es precisamente la expansión y evolución propia de los derechos, la que ha dado lugar, al mismo tiempo, a la expansión de los *intereses*, protegidos por el ordenamiento y con ello, la posibilidad jurídica del reconocimiento de aquellas situaciones subjetivas que dan origen a las reinvidicaciones de los intereses colectivos y difusos.

1. El Modelo de Derechos Fundamentales de la Constitución de 1999

El modelo constitucional de derechos fundamentales[2] contenido en la Carta Magna de 1999, que tiene como base la garantía de la dignidad de la persona, ha abierto el camino en nuestro ordenamiento jurídico para la tutela de los intereses colectivos y difusos, aunque ésta ya fuera iniciada por el legislador nacional a partir de la década de los 90', a través de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Antes de abordar el diseño constitucional de la tutela de estos intereses, se hace necesario identificar los rasgos más resaltantes y caracterizadores de este paradigma de derechos, no sólamente por estar ubicada dicha protección en el marco de la tutela judicial efectiva, sino también por estar enlazada a los derechos fundamentales, como se explicará en este ensayo, especialmente con los derechos a la calidad de vida y los derechos de participación.

En primer lugar, este modelo, que tiene su núcleo principal en el Título III de la Constitución (*De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes*), presenta un complejo conjunto de derechos y deberes de las personas y de las formaciones sociales así como un conjunto de deberes del Estado en su concepción amplia, a fin de garantizar la efectividad del goce de los referidos derechos. Y decimos núcleo principal, puesto que a este elenco de derechos, hay que agregarles aquellos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por la República, aquellos inherentes a la persona, derechos tácitos o *derechos no enunciados*[3] como los denomina la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 22 C.N) y el resto de los derechos fundamentales diseminados a lo largo del texto constitucional. Del ánalisis normativo de este modelo es posible evidenciar los siguientes rasgos caracterizadores:

-El centro de la actuación del Estado es *el desarrollo de la persona*, pero que obviamente no es un desarrollo exclusivamente individualista, sino que se proyecta en la vida en sociedad, en la vida en común. Es por ello que implica la capacidad del Estado, a través de sus diversos órganos, de generar las condiciones de diversa índole que posibiliten el normal desarrollo y despliegue de las potencialidades individuales en un régimen de libertades y con la garantía de la *procura existencial y de la calidad de la vida.*

---

2. Acogemos en este trabajo la definición aportada por el profesor ORTÍZ, Rafael de derechos fundamentales como aquellos derechos humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada. *V.* "Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano" en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto La Roche*, vol. II, nº 3, Caracas 2001, p. 58.

3. "*Los derechos no enunciados entendidos, como exigencias subjetivas de justicia, no reconocidos en las leyes y no como pretensiones morales, vendrían a referirse a unas mínimas exigencias importantes para la sobreviviencia física de los hombres y para su convivencia pacífica*". (TSJ/SC:21-11-2000, en http://www.tsj.gov.ve).

-El diseño de los derechos fundamentales se enmarca dentro de un modelo de *Estado Social y democrático de Derecho y Justicia*" lo cual, apareja importantes consecuencias, dentro de las cuales destaca la disposición, la responsabilidad y la atribución del Estado para la construcción y promoción de un *orden social* que tenga como fines principales *el desarrollo pleno de la persona y el respeto a su dignidad.* (Avila, 2000:7)

-No es un núcleo acabado, exhaustivo, definitivo o cerrado de derechos, puesto que se deja abierta la puerta al *reconocimiento* por parte de los poderes públicos (especialmente a través del poder judicial, con la interpretación usual) de derechos no enunciados en la constitución que sean inherentes a la persona y que las particulares condiciones sociales, económicas, políticas o de la técnica en un momento histórico determinado, impongan la tutela del sujeto o de grupos en favor de la preservación de su dignidad.

-Se articulan una serie de principios que informan esta categoría de derechos tales como *el de progresividad*, esto es, la prohibición de menoscabar o desmejorar su contenido y ejercicio, *la irrenunciabilidad*, dado que no pueden ser renunciados o relajados mediante convenio o acuerdo entre particulares, en virtud de que son normas de orden público, *la interdependencia e indivisibilidad de su goce y ejercicio*, lo cual implica la interfuncionalidad entre los diversos *sistemas* y *familias* de derechos, es decir, en la praxis del derecho se condicionan recíprocamente, de manera que la posibilidad de realización de unos es a su vez la posibilidad de la realización de los otros. (*Ibid*).

-En este paradigma se establece la corresponsabilidad de los actores sociales, esto es, *individuos, familias y grupos o comunidades, sean estas últimas espontáneas u organizadas*[4], en el desarrollo pleno de la persona y de la sociedad como fines del Estado. De allí que se pueda afirmar que en este modelo constitucional, el Estado es el *principal promotor* y *garante* del goce y ejercicio de los derechos de los sujetos, instituyéndose todo un sistema de garantías para su protección y tutela, más dicha tutela no tiene carácter de exclusividad o de monopolio sino que su alcance se extiende a la esfera de las diversas formaciones sociales. Creemos que este aspecto contiene un ingrediente particular e innovador, puesto que esta *solidaridad* compartida de la sociedad en la realización de los fines del Estado, siendo uno de éstos la garantía de *una vida buena*, de una vida digna como pretendían los griegos de la *polis*, implica el protagonismo y participación de grupos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, pueblos, comunidades organizadas u espontáneas, en la tutela de los derechos.

-En este modelo se cambia el paradigma de contraposición entre el Poder público y el *privado*[5], puesto que éste último tiene una corresponsabilidad plena en la defensa de los derechos humanos, gozando en consecuencia de un *status procesal activo* en dicha tutela. De este modo, la Constitución esquematiza y presenta un cuadro marco de las diversas corresponsabilidades de la siguiente manera:

---

4. A lo largo del texto constitucional, se mencionan diversas categorías o formas de la vida comunal, entre ellas, la familia, la comunidad organizada, los pueblos indígenas, el pueblo venezolano, la sociedad civil, entre otros. Todas ellas tienen como elemento caraterizador hacer referencia a la vida de los sujetos en común y la atribución por parte del Constituyente de *derechos y deberes*. Su diferenciación deberá responder a las nociones propias de la sociología, de la antropología y de la política, y corresponde al operador jurídico, principalmente a los jueces, científicos del derecho y al legislador su respectiva conceptualización.

5. En el paradigma tradicional de la ciencia jurídica y política moderna, la categoría del privado viene entendida como esfera tradicionalmente diferenciada y contrapuesta a la categoría del público. Sin embargo, a lo largo del ensayo se explicarán las transformaciones que estas dos categorías están afrontando.

Corresponsabilidad de familias y de la sociedad con el Estado:

-En la creación de las condiciones favorables que permitan la participación del pueblo en la gestión pública (art. 62).

-En la protección integral de los niños y adolescentes (art. 78).

-En la creación de oportunidades de trabajo para los jóvenes (art. 79).

-En el respeto de la dignidad humana, autonomía, atención integral y beneficios sociales de los ancianos y ancianas (art. 80).

-En el respeto de la dignidad humana, la equiparación de oportunidades, de condiciones laborales satisfactorias de las personas discapacitadas o con necesidades especiales (art. 81).

-En el proceso de promoción de la educación ciudadana (art. 102).

-En la conservación del ambiente libre de contaminación (art. 127).

Corresponsabilidades de ciudadanos y el Estado:

-En la obtención de vivienda adecuada para las familias que permita una vida digna (art. 82).

Corresponsabilidad de la comunidad organizada y el Estado:

-En la definición, planificación, ejecución y control de las políticas en las instituciones públicas de salud. (art. 84)

Corresponsabilidad del Estado y de la sociedad:

-En la generación de las condiciones favorables para la participación (art.62).

-En la seguridad de la nación (art. 326).

A. El proceso de expansión y especificación de los derechos humanos. Los derechos de participación

Algunos autores (en Italia, Bobbio, en España, Peces Barba) advierten en la evolución de los derechos humanos una etapa o proceso denominado de *especificación* (Bobbio, 1990, p. 62) o de *concreción* (Peces Barba, 1995, p. 180), como "*una nueva línea de tendencia, que se puede llamar especificación, consistente en el paso gradual pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los mismos*…" (Bobbio, *op.cit.*, p. 62)

Este proceso se ubica en una etapa posterior al proceso de positivación y de generalización de los derechos en el siglo XX (siguiendo la clasificación empleada por Peces Barba) y que obedece a la necesidad de *vincular a los derechos con los sujetos concretos*, los cuales, dadas las nuevas realidades sociales, económicas y políticas, exigen, en virtud del valor de la solidaridad o fraternidad, su protección. De igual forma, este desarrollo se ha manifestado especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a través de las diversas declaraciones y convenciones internacionales sobre los derechos del niño, de la mujer, de los discapacitados, de los refugiados, entre otros[6].

6. Para mayor abundamiento ver BOBBIO, N., *L'età dei diritti,* Einaudi, 1990, pp. 62-63.

> Se juzgan como relevantes algunas situaciones del genérico *hombre* o *ciudadano*, que exigen un tratamiento especial y que no se resuelven desde ese *homo iuridicus*… (Peces Barba, op.cit:181).Y la relevancia de dichas circunstancias radica "en la condición social o cultural de las personas que se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad". (*Ibid*).

Hechos estos antecedentes, en nuestro ordenamiento se ha verificado especialmente, a partir de la década de los 90', un conjunto de leyes que se orientan a proteger los diversos *status* del sujeto concreto. Así por ejemplo, tenemos las normas que protegen a la persona como *consumidor* frente a los mercados desleales, bienes y servicios de producción nacional o extranjera y como "usuario" frente a los servicios públicos y privados (con la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario), como *niño* o "adolescente" frente a los otros sujetos de las relaciones jurídicas y al poder público (con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), como *sujeto de una sociedad informatizada* frente a los avances de la tecnología (con el Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), como *asilado* o *refugiado*, frente a las condiciones sociopolíticas de los estados de los cuales son nacionales y que la evolución del derecho humanitario exigen su protección (con la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas).

De igual forma, la expansión de los derechos se ha concretizado principalmente con la ampliación de los derechos sociales y los de participación. Con respecto a estos últimos, siguiendo la tendencia de cierta doctrina (Peces Barba), comprenden no sólo los derechos políticos *stricto sensu* (derecho al sufragio activo y pasivo), sino que incluyen además *los derechos de las personas a la función pública* como colaborador del Estado, bien sea a través del acceso a la Administración para formar parte de ella, o en el procedimiento administrativo para la elaboración de disposiciones administrativas como usuarios o en la fiscalización o control de los servicios públicos, entre otras tareas. Otro sector de la doctrina (Pietro Sanchís, 1990:134) incluye dentro de los derechos de participación, además de los políticos *stricto sensu*, aquellos que abarcan el derecho subjetivo en sentido técnico, singularmente el *derecho a la jurisdicción*, por cuanto se encamina a la formación de la decisión pública aunque sea de carácter individual y no general.

A nuestro entender, estas posiciones doctrinales destacan la reivindicación de la función social y democrática de ciertos derechos concebidos primigeniamente con un carácter individualista, como por ejemplo, el derecho a la jurisdicción antes mencionado. De este modo, estos derechos adquieren una diversa significación como cauces del ejercicio democrático en el modelo del estado social y democrático de derecho.

En el sistema normativo venezolano, la Constitución de 1999 estableció un paradigma de participación amplio que acoge la tendencia de la doctrina antes expuesta, incluyendo no sólo un catálogo de derechos políticos *stricto sensu* (Título III, Capítulo IV), sino también la participación de las personas y de los grupos en la función pública. Asimismo, los derechos de participación no se limitan al espacio político, sino más bien se extienden a los planos económico y social donde es posible y necesaria la concurrencia de la voluntad ciudadana para la conformación de la voluntad general del Estado y la democratización de las decisiones[7].

---

7. El art. 62 de la Constitución consagra el derecho de los ciudadanos a participar *libremente* en los asuntos públicos, tanto en las esferas política, económica y social. Como lo señala expresamente el Constituyente dicha

De igual forma, se constata en una serie de normas que apuntan a la participación en las diversas funciones que despliega el Estado: en la *función normativa*, a través de la iniciativa legislativa (art. 204), constitucional (art. 342) y constituyente (art. 347), de la consulta legislativa, (art. 211) y los referendos aprobatorio y abrogativo de leyes (arts. 73 y 74), en la *función administrativa*, a través de la prestación de los servicios públicos (art. 184), en la *función judicial*, a través de los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas en ejercicio (art. 253), en la *función política*[8], siempre que actúe como cuerpo electoral, en los referendos consultivos y revocatorios de mandato (arts. 71 y 72), en la conformación de órganos públicos como el Consejo Federal de Gobierno (art. 185) y los Consejos Locales de Planificación Pública (art. 182), en la *función electoral*, a través de la conformación del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

A primera vista se observa que de considerar dentro de los derechos de participación exclusivamente los derechos políticos *strictu sensu*, tendríamos que concluir que sólo sería susceptible su ejercicio por los ciudadanos, es decir, aquellos sujetos vinculados por la nacionalidad al Estado venezolano (salvo las excepciones previstas en la Constitución)[9]. Mientras que la dirección a la cual se orienta la doctrina señalada, incluye dentro de estos derechos participativos, no solamente aquellos estrictamente ejercitados por los ciudadanos, sino que su goce se configura como un poder jurídico, como una posición subjetiva de ventaja, a cargo de cualquier persona, inclusive extranjeros, que tengan y ello es obvio una vinculación a la colectividad de la cual forman parte. De esta forma, podrían ser incluidos dentro de esta categoría de derechos, el *derecho a la tutela judicial efectiva* (que incluye el derecho a la jurisdicción) y los derechos de control cívico y de prestación de los servicios públicos. Es en este punto, en el cual se verifica el enlace de la tutela de los intereses colectivos y difusos con los derechos de participación. En efecto, la defensa de estos intereses implica el ejercicio del derecho de participación, en conformidad con la doctrina antes expuesta. En este sentido, la defensa de los intereses colectivos y difusos a través del ejercicio del derecho a la tutela efectiva en sede jurisdiccional representa no sólo una forma de participación ciudadana sino también el ejercicio de un derecho subjetivo con función social. La dimensión social de este derecho a la tutela efectiva, escapa a una comprensión exclusivamente limitada al perfil del derecho individual, como se ha referido.

Ahora bien, para completar estas ideas, es necesario señalar otra posición de la doctrina (Haberle en Alemania) que refuerza la función social que cumplen estos derechos. Este autor sostiene que el esquema de las relaciones de condicionamiento de los bienes

---

participación puede ser directa (a través de los mecanismos de consulta popular) o indirecta (a través de representantes). En el caso de la participación directa puede ser desplegada a través de los institutos propios de la democracia directa como los referendos, la iniciativa popular legislativa, constitucional o constituyente, la consulta popular y el cabildo abierto entre otros (art. 70 *ejusdem*), por medio de los cuales los ciudadanos pueden expresar libremente su voluntad sobre diferentes aspectos en el ámbito político, sin intermediarios y en el ejercicio inmediato del poder soberano.

8. El término función política es entendido como la actividad de dirección suprema de la cosa pública. Compartimos la doctrina italiana que señala que dicha función también es ejercida cuando el cuerpo electoral, constituido por el conjunto de electores, escoge sus representantes en parlamento y con las instituciones de democracia directa participa a la determinación de los fines del Estado. *V.* CARINGELLA, F., DELPINO, L., DEL GIUDICE, F., *Diritto Amministrativo*, XVI Edizione, Giuridiche Simone, Serie Manuali Giuridici, 1999, p. 14.

9. De este modo, la Constitución prevé el ejercicio de ciertos derechos políticos por parte de los extranjeros con residencia mayor a diez años en el país y que reúnan los requisitos que exige la Constitución y la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, art. 64 C.N.

jurídicos protegidos por la Constitución, comporta que la lesión al interés de un individuo presuponga la lesión a la entera colectividad. Es decir, existen una serie de relaciones de condicionamientos de los derechos de un individuo con los derechos de las otras personas. Y en consecuencia, la lesión o amenaza a la libertad de un individuo, apareja, por la dimensión social de las libertades, una lesión a la comunidad (Haberle,1996:54). De conformidad con esta posición, cuando un sujeto reivindica un interés colectivo o difuso en juicio, no lo hace invocando una lesión o amenaza de lesión estrictamente individual, sino que su interés se proyecta en beneficio de la colectividad de la cual forma parte.

En efecto, el ejercicio de la tutela de los intereses colectivos y difusos implica un considerable nivel de la popularmente llamada *conciencia ciudadana* o cívica, puesto que se presupone que está dirigida a mejorar las condiciones de vida existentes del grupo o de la colectividad en general, o a remover los obstáculos que impiden una vida de calidad del grupo social.

B. Los valores superiores de *solidaridad, democracia* y *responsabilidad social*

En la formulación del Estado Social y Democrático de Derecho consagrada por el Constituyente de 1999, se establecen como "*valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado*", la *vida, la igualdad, la justicia, la libertad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social* y *la preeminencia de los derechos humanos*, como los principios axiológicos que deben presidir el orden político y jurídico del Estado y de la sociedad. (Avila, *op.cit*: 7).

A los efectos de este trabajo, nos detendremos en los valores *solidaridad responsabilidad social* y *democracia*, dado que a nuestro entender se encuentran y convergen a la base de las reivindicaciones que comportan los intereses colectivos y difusos.

La solidaridad como valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Poder publico, "incide en la organización jurídica de la sociedad, como fundamento de los derechos humanos y tambien como criterio de interpretación de los mismos... El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás... (Peces Barba, *op.cit.*, p. 279).

Esta idea, enunciada por el filósofo y constitucionalista español, nos parece relevante pues la solidaridad no es un valor aislado ni abstracto, sino que se proyecta y adquiere significación en la dimensión social que es propia del derecho y particularmente de los derechos fundamentales y en la configuración de un *orden social* al cual propende el modelo constitucional.

> La solidaridad contribuye igualmente a la creación de cauces de comunicación en la sociedad, que permite un diálogo ilustrado entre personas que se respetan y se reconocen y que contribuyen en ese esquema compartido a poner en común, a discutir y a formar criterios morales que superan la pura individualidad (*Ibid*, p. 280).

En este sentido, la solidaridad supone una esfera de interacciones y de comunicaciones entre los distintos actores sociales, en la consecución de objetivos comunes, con la conciencia de su necesidad y relevancia para el grupo.

En cuanto a la *responsabilidad social* como valor implica el deber compartido de todos los individuos de contribuir, en la medida de sus posibilidades, a la obtención de ciertos bienes que sean accesibles a todos los componentes del grupo social.

Con relación al valor *democracia*, éste encarna o se materializa a través de la participación dinámica de los individuos en la toma de decisiones fundamentales para el grupo social, en la defensa de los derechos, en la realización conjunta con los órganos del Estado en la consecución de las condiciones socioeconómicas de una vida digna, identificándose con la *democracia material* o sustancial. Consideramos que es especialmente la exigencia de este orden objetivo de valores y su proyección en el desarrollo normativo venezolano, los que dan apertura a la protección de los intereses colectivos y difusos, lo cual significa el reconocimiento de las necesidades del otro como propias (*solidaridad*), la participación en la función pública de manera que puedan proyectarse dichos intereses en los programas de dirección política y en los diseños normativos de las instituciones de la vida colectiva (*democracia*) y la corresponsabilidad con el Estado en la defensa del bien común y de los derechos (*corresponsabilidad social*).

2. La naturaleza jurídica y fundamento de los intereses colectivos y difusos

La consagración a nivel constitucional de esta forma de la tutela de los intereses colectivos y difusos está basada en una ampliación de la esfera de las relaciones y situaciones jurídicas subjetivas protegidas por el Derecho, producto del proceso evolutivo de la expansión y especificación de los derechos, como se ha referido.

Por otra parte, la mutación de las relaciones entre el Poder público, la persona y la sociedad, conforme al paradigma de participación que postula la Carta fundamental, ha abierto el camino al reconocimiento de nuevas situaciones jurídicas subjetivas[10], de caracter meta o supraindividual, merecedoras de protección jurídica en virtud del principio de la tutela de la dignidad humana.

Ahora bien, para entender de una forma más precisa esta progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre los distintos sujetos de las relaciones jurídicas, se hace necesario hacer un breve recorrido por los diversos modelos de estado.

Así pues, en el modelo del estado *liberal*, la protección de los *intereses generales* o del *interés público*, se atribuía como regla general a los poderes públicos con carácter de monopolio. En consecuencia, la exclusividad de su tutela correspondía al Estado, expresión de una clase hegemónica y a tales intereses se contraponía el interés egoísta y particular del individuo (*Cfr.* Casetta, 2001, p. 80). Se observa en este modelo propio de los siglos XVIII y XIX, una contraposición absoluta entre los intereses del Poder público y los intereses de los administrados, en otras palabras, de las esferas del *público* y del

10. Por s*ituación jurídica subjetiva* entendemos la concreta situación en la cual es colocado o mejor dicho, del cual es titular un sujeto en el ordenamiento. Cada sujeto del derecho constituye en el plano del ordenamiento jurídico un centro de referencia de una serie de situaciones y relaciones jurídicas. Por otra parte, las situaciones jurídicas son los modos concretos del ser jurídico, de un sujeto con relación a los intereses protegidos por el ordenamiento. La totalidad de las mismas y de sus relaciones imputables al sujeto definen su subjetividad y forman su esfera jurídica, la cual es reconducible a una unidad a través de la referencia a su titular. *V.*, CASETTA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 2001, p. 268. Hechas estas precisiones, se debe indicar que dentro de las situaciones subjetivas jurídicas clásicas en nuestro ordenamiento tenemos el derecho subjetivo y el interés legítimo.

privado. De hecho, los derechos fundamentales de los individuos (seguridad, libertad, igualdad, propiedad), nacieron como límites o frenos al poder público y para la tutela de los intereses individuales. Esto explicaba obviamente el carácter sagrado y absoluto de muchos de esos derechos como el de la propiedad. En este modelo, la contrapartida para el *privado* frente a la Administración Pública era la garantía del principio de legalidad de su actuación y el interés legítimo como límite de la potestad pública.

A través de un largo proceso de transformaciones de la Administración pública y el advenimiento del estado social y democrático de derecho, comienza a revertirse el antagonismo entre la esfera del *público* y del *privado*. En efecto, el estado social "*aporta una fórmula nueva a las relaciones entre el Estado y la sociedad…con la ejecución del Estado social se pierde la autonomía e independencia del Estado y la sociedad, cada uno por su lado, que son sustituidas por dos partes de un sistema más amplio con continuas y fuertes relaciones entre ambas, unidas por finalidades complementarias*" (Fernández García, 1996, p. 92-93).

En este modelo de Estado, la interrelación *Estado-sociedad* se explica en la consecución de los fines del primero, los cuales no tienen sentido sino se proyectan hacia la sociedad, hacia los grupos sociales, en el entendido que se hace necesaria una comunicación, un diálogo continuo entre ambas instituciones y no su concepción rígida de esferas totalmente contrapuestas. Con la injerencia entendida en sentido positivo del Estado en la esfera *social* y con una diversa fórmula de concebir las relaciones *Estado-sociedad*, unido a la expansión de los servicios públicos, comienza paulatinamente a revertirse la posición inflexible de contraposición absoluta entre el poder público y los administrados, es decir, de las esferas del *público* y del *privado* y en consecuencia de sus intereses. Indiscutiblemente, la fórmula del estado democrático también es influyente en este proceso de reversión, puesto que las exigencias de una democracia sustancial implican la participación del ciudadano en la toma de las decisiones fundamentales, incluyendo el ámbito de la administración pública. De esta forma, la tutela de la vida y de las libertades, en el ámbito del Estado social de derecho, son una exigencia legítima del individuo y de la comunidad, (*Cfr*. Haberle, *op.cit*., p. 54), en este sentido, las necesidades colectivas son elaboradas y representadas también por los sujetos privados.

Del mismo modo, afirma Franzese (1992, p. 571), la crisis del sistema político institucional, esto es de la ley formal (…) como fuente ordenadora de los intereses unida a la proliferación de las tareas asumidas por los poderes públicos con la consolidación del Estado social, signaron el ingreso de las relaciones de tipo paritario entre el público y el privado.

Por otra parte, en este modelo, los intereses así como los derechos, han tenido en los últimos años, una continua expansión debido a mayores exigencias de protección de la calidad de vida de los grupos, originado por el fuerte desarrollo de los mercados y de los bienes de consumo, del uso de la técnica en los servicios, de los servicios públicos y privados, en los cuales no siempre la calidad del servicio o del bien es completamente asegurada.

Si bien, hoy continua vigente la noción del interés público (también denominado *interés general, utilidad pública*) como aquel interés prevalente y prioritario atribuida su satisfacción principalmente a los sujetos públicos[11], constituyendo la razón de ser de las

11. La satisfacción del interés general o público, si bien corresponde al Estado y los órganos que lo componen, no excluye que los privados persigan fines de intereses generales. De igual forma, se recuerda en esta sede la corresponsabilidad de los individuos, familia, grupos y sociedad, con los fines del Estado venezolano.

atribuciones del poder público (puesto que los entes existen para la realización de los intereses públicos o generales), éste coexiste con intereses metaindividuales derivados de exigencias colectivas, correspondiendo también su vigilancia y satisfacción a la esfera de los privados.

En efecto, los intereses de las personas al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al goce de los bienes culturales y de los bienes de consumo y de éstos últimos, a un precio conveniente, a su calidad, a su distribución racional, a una información adecuada y no engañosa; son incluídos tradicionalmente por la doctrina, en la categoría de los *intereses difusos*. Estos no son ya más intereses exclusivos del *privado* o cuya incidencia se orienta a una sóla esfera jurídica individual y particularizada, sino que se proyecta en la esfera de los intereses de toda una colectividad, dado que su realización para el particular implica una posición de ventaja para el resto de la colectividad, en cuanto miembros de la misma.

Asimismo, cabe distinguir aquellos intereses, que siendo también meta o supraindividuales, la ventaja de su realización sobrepasa el interés particular de un sólo sujeto, caracterizándose por ser comunes a un grupo particular y específico, diferenciable de otras formaciones sociales y del resto de la colectividad. A estos intereses asociados a grupos específicos, como pudieran ser los intereses de los profesionales de la medicina, del derecho, los vecinos de una parroquia determinada, la doctrina ha afirmado que forman parte de la categoría de los *intereses colectivos*. Desde esta posición, su característica es de ser intereses al mismo tiempo individuales y extraindividuales, sin alcanzar la categoría de intereses generales. Considerados en su objetividad, constituyen el presupuesto y el fundamento de la organización del grupo y representan su principio organizador. (*Cfr*. Sforza, 1963, p. 105).

Bajo esta perspectiva, los intereses de los individuos coinciden con los intereses de la sociedad, y no es posible afirmar su contraposición. De esta forma, en los intereses colectivos y difusos se manifiesta la comunión entre el *individual* y el *social*. Acogemos las palabras del jurista italiano Vigoriti cuando sustenta que los intereses difusos y colectivos, al estar enlazados con los derechos constitucionales de libertad, y hemos agregado en este estudio, con los derechos de participación, implican una nueva forma de relacionarse el individual con el colectivo, no en contraposición, sino en colaboración.

> Todo nace, a nuestra forma de ver, del esquema mental en que fueron pensado en el siglo pasado las nociones de derecho subjetivo y de interés legítimo, un esquema, esto es fundamentalmente concebido en términos de contraposición del individual al colectivo. Contraposición que, en cambio, no tiene sentido cuando se habla de intereses enlazados a los derechos constitucionales de libertad, o sea, precisamente a los intereses difusos y colectivos: en los cuales el individual no nace en antítesis al colectivo, pues, al contrario, nace propio del colectivo, y en este siempre se reencuentra y se refleja también cuando, en cualquier modo, se diferencian (Vigoriti, 1980, p. 54).

Corresponde dilucidar cuál es la solución aportada por la Constitución de 1999 a la temática de estos intereses. Si bien ésta conserva la categoría del interés público o utilidad pública, atribuida su satisfacción prevalentemente a los sujetos públicos, agrega la categoría del *interés social*. Sin embargo, a nuestro entender los intereses públicos son también intereses sociales y por consiguiente estamos frente al *telos* del Estado, en el entendido que persiguen la satisfacción de las necesidades del colectivo.

Por otra parte, la Constitución establece diversos principios que informan la actividad del poder público como el de la legalidad, de la competencia y de la responsabilidad, que continúan a constituir garantías para el privado; incluyendo otros como el de la *participación* y de la *corresponsabilidad* del privado en la función pública. Bajo el

paradigma participación propuesto por el constituyente, antes referido, el privado y la sociedad no se presentan de frente al Estado en posición de subordinación o de antagonismo, sino que se sitúan en un mismo plano de coordinación como colaboradores de éste, en la consecución de sus fines. En efecto, el modelo de la Constitución de 1999 quiso modificar la relación asimétrica entre el Poder público y el privado. Se incorpora el nuevo paradigma según el cual individuo y sociedad (concretizada ésta a través de asociaciones de diversa índole, organizaciones no gubernamentales, comunidad organizada) son corresponsables y colaboradores en la función pública.

En este sentido, las recientes transformaciones que está experimentado el sistema administrativo venezolano aputan hacia la dirección antes mencionada. Tenemos entonces que la Administración pública se proyecta siempre menos como autoridad, como poder imperativo y absoluto y siempre más disponible al individuo y a la conformación de relaciones de coordinación con éste. De esta forma, se configura la administración no sólo como organización subjetiva (o de poderes subjetivados) sino como ámbito de confluencia de intereses sociales, incluidos los intereses colectivos y difusos. Como afirma Guarino, *la noción del interés difuso tiene una importancia notable porque confirma que no es el individuo a existir para la organización, sino es la organización en función del individuo. La organización no tendría razón de ser si no logra asegurar a los individuos, a todos los individuos, algunos bienes fundamentales* (1977, p. 175)

Esta tendencia acentuada en la más reciente legislación en materia administrativa, como se evidencia de las disposiciones de la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública (L.O.A.P.), cuando establece que ésta se constituye en función del servicio a los particulares y a la población (art. 5) y en función de la garantía del goce, conforme al principio de progresividad y de no discriminación, de los derechos humanos. (art. 3).

Por otra parte, la búsqueda del consenso social en la actividad de la Administración, a través de la participación social en la actividad normativa (art. 136 L.O.A.P.), en el control de la gestión pública (art. 135 *ejusdem*) y en la descentralización funcional de los servicios públicos a los niveles del individuo y de las comunidades, propician la reivindicación de los intereses de las agregaciones o formaciones sociales. De este modo, y siempre con mayor frecuencia, son las formaciones sociales y no solamente el individuo, a entrar en contacto con la Administración Pública, a ser parte dialogante y contractual. Inclusive resalta del artículo 5 de la referida Ley que la Administración Pública en su actividad debe dar preferencia a la satisfacción de las necesidades de la población. Se observa entonces la opción legislativa de privilegiar en la actuación administrativa al grupo social que a los individuos o particulares.

Este cambio de posición o de relacionarse el privado y los demás componentes de la sociedad (asociaciones, organizaciones no gubernamentales) con el poder público, permite la participación de ésta en el control, vigilancia y defensa de los intereses supraindividuales (control cívico y colectivo), pudiendo demandar prestaciones no sólo por parte del poder público sino también de los privados.

A. La Calidad de la vida como bien jurídico protegido por los intereses colectivos y difusos

La calidad de vida se presenta hoy como una noción ampliamente difusa en nuestro ordenamiento jurídico. Aparece en la Constitución de 1999 vinculada a la calidad del ambiente, de los servicios públicos y de los bienes de consumo (arts. 83, 103, 117) y

también con expresiones equivalentes como *prosperidad y bienestar del pueblo* (art. 3). Por otra parte, la calidad de vida se proyecta como principio informante de la actividad administrativa. Así por ejemplo, en materia de prestación de los servicios públicos fundamentales, esta exigencia se evidencia en la más reciente legislación administrativa[12]. De esta forma, la calidad de vida se presenta como mandato constitucional a desarrollar por el legislador y como objetivo a alcanzar por la actividad de nuestro estado social y democrático de derecho[13].

Asimismo, la calidad de vida se enlaza a la idea de un Estado de Justicia. Ello se desprende de la Exposición de Motivos de la Constitución cuando expresa sobre la organización juridicopolítica del Estado: "*Estado social y democrático de Derecho comprometido con el progreso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia*".

En este mismo orden de ideas, en la Constitución de 1999, la calidad de vida se propone como una noción mucho más amplia que la procura existencial. Puesto que la procura es la garantía del goce por parte de todos los individuos (miembros de una comunidad estatal) de condiciones mínimas materiales de existencia sin la cual la vida no puede ser dignamente vivida, la calidad de vida tiene un contenido mucho más amplio pues va más allá del simple vivir, del simple mantenerse, dado que busca optimizar las condiciones humanas en una cierta realidad histórica, con una perspectiva no sólo de presente sino también de futuro. En este sentido, la protección de la calidad de vida abarca no solamente la atención a las condiciones de existencia del presente sino que también se proyecta al futuro, a fin de garantizar a las generaciones venideras la posibilidad del *buen vivir*.

Por otra parte, la calidad de vida coincide con la procura existencial en el sentido que afecta la generalidad de los sujetos componentes de una sociedad y no puede ser pensada exclusivamente en el interés de grupos o de clases sociales particulares. De este modo, la procura existencial formulada por Forsthoff, supone la responsabilidad que "*no se agota en las medidas a favor de las clases económicamente débiles, sino que se extienden a la generalidad de los ciudadanos, ya que a todos alcanza la incapacidad para dominar por si mismos sus condiciones de existencia, es decir, la menesterosidad social en el sentido amplio del concepto*" (García Pelayo, 1977, p. 28).

Dado que vivimos inmersos en una sociedad cambiante y económicamente globalizada, en la cual la calidad de vida se encuentra amenazada constantemente (sea a nivel del ambiente, del consumo, de la salud), se exige una persona no pasiva que espere todo del Estado, sino todo lo contrario, un sujeto activo en la defensa de sus derechos e intereses, especialmente en la defensa de los intereses colectivos y difusos.

En efecto, "los derechos e intereses difusos y colectivos persiguen mantener en toda la población o en sectores de ella, una aceptable calidad de vida, en aquellas materias cuya prestación general e indeterminada de tal calidad de vida corresponde al Estado o a los particulares" (TSJ:SC, 21-11-2000, *varios gobernadores de Estado vs. el Ministro de Finanzas*, en http://www.tsj.gov.ve, subrayado nuestro).

---

12. *V.* la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico (arts.2,8,32,36) y la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento (arts. 3,9,36,41,66,67).

13. *"Ahora bien, correspondiendo al Estado venezolano mantener las condiciones aceptables de calidad de la vida…"* (TSJ:SC, 21-11-2000, en http:www.tsj.gov.ve).

Por otra parte, se debe puntualizar que existe una correlación estrecha entre la calidad de vida y el goce efectivo de ciertos derechos fundamentales consagrados en la Constitucion, tales como el derecho a la salud, que forma parte del derecho a la vida (art. 83 C.N.), los derechos a la intimidad y privacidad en la sociedad actual tecnológica (art. 60), a una vivienda adecuada (art. 82), al trabajo y al salario suficiente y *vital* (art. 91), a la cultura (art. 99), al goce de servicios públicos de calidad, tales como los *educativos* que permitan una formación integral de la persona y los *informativos* que posibiliten el acceso universal a la información (art. 102), al deporte (art. 111), al goce de bienes y servicios de calidad (art. 117), a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 127) y a la garantía de una seguridad alimentaria de la población (art. 305), entre otros.

Asimismo, la calidad de vida se dirige a la protección del individuo de los mercados dominados por las leyes económicas, instituyendo una serie de derechos a favor del aprovechamiento de los bienes económicos evitando su utilización antisocial, tales como el derecho de los individuos a bienes y servicios de calidad (art. 117) y a una información adecuada y no engañosa (art. 117). Del mismo modo, añade el Constituyente otras normas que tienden a la protección de la calidad de vida, tales como la cláusula que establece el régimen socioeconómico del Estado fundamentado en los principios de la justicia social, de la productividad y de la solidaridad, a los fines de asegurar una existencia digna y provechosa para la colectividad (art. 299).

En cuanto a la relación de la calidad de vida y el goce efectivo de los derechos fundamentales, nuestro máximo Tribunal se ha pronunciado al respecto, señalando que ésta se logra con el desarrollo de los derechos relativos a la sociedad, que abarcan, no sólo los derechos tradicionalmente denominados por la doctrina como *derechos sociales* sino también con el goce de los derechos ambientales, culturales y políticos. En efecto, la Sala Constitucional ha definido la calidad de vida como:

> …el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo… por lo que ella, en sentido estricto, no es el producto de derechos individuales como los contenidos puntualmente en el Capítulo de los Derechos Humanos, sino del desenvolvimiento de disposiciones constitucionales referidas a la sociedad en general… (TSJ:SC, 21/11/2000, varios gobernadores de los Estados vs. el Ministro de Finanzas, en http://www.tsj.gov.ve).

Sin embargo, consideramos que la calidad de vida, hoy por hoy, se obtiene con el goce interdependiente de todos los derechos fundamentales, no sólo sociales sino también individuales, porque no habría calidad de vida si los miembros de un Estado se sintieran continuamente amenazados a su intimidad y privacidad a través de las nuevas tecnologías de las información y la comunicación, sin contar con ninguna protección por parte del ordenamiento jurídico o no se gozaran de las clásicas libertades de expresión, comunicación y conciencia, como formas expresión de la vida humana. Realmente se hace difícil deslindar el horizonte de estos derechos así como verificar hasta qué punto el menoscabo y la lesión de ellos incide en una disminución de la calidad de la vida. Es por ello que el Constituyente, en consonancia con la doctrina de los derechos humanos, exige el goce interdependiente de los mismos derechos.

Por otra parte, la calidad de vida, en el entendido antes expuesto de estar enlazada directamente al goce efectivo de los derechos fundamentales, implica la realización del elenco de libertades comprendidos los derechos de participación. De este modo, la participación no sólo hace efectiva la vitalidad del individuo y de los grupos en el tejido económico y sociopolítico, sino que hace efectiva la garantía del Estado social y democrático no sólo como nivelación de las condiciones materiales de la existencia, sino también como ejercicio efectivo de la ciudadanía.

3. La tutela de los intereses colectivos y difusos en el marco del modelo de derechos de la Constitución de 1999

La Constitución de 1999 instituye un modelo de derechos fundamentales como se ha referido anteriormente, a los cuales les confiere una serie de garantías de índole normativo, institucional y judicial[14], dentro del cual incluye la tutela de los intereses colectivos y difusos.

Con respecto a la tutela jurisdiccional de estos intereses, la disposición del artículo 26 establece expresamente: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente".

De esta forma, la Constitución consagra *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, que faculta a toda persona al ejercicio de una acción contra una violación a sus derechos o intereses, incluidos aquí los colectivos o difusos, según sea el caso, a través de la jurisdicción. Esta norma, de cardinal importancia en la configuración de nuestro sistema de protección de los derechos, hace en consecuencia posible el acceso de los individuos a la *justicia* y al *derecho a la defensa.*

Del mismo modo, el derecho a la tutela efectiva se presenta en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental, de contenido complejo que comprende, según la doctrina, en su núcleo esencial, lo siguiente: el derecho de acceso a la jurisdicción para el planteamiento del conflicto intersubjetivo de intereses, el derecho a la obtención de una resolución de fondo sobre el mismo en un tiempo razonable, el derecho al respeto en la resolución del principio de congruencia, el derecho a la motivación de las decisiones judiciales y fundadas conforme a derecho, el derecho de acceso a los recursos ordinarios y extraordinarios posibles en la vía judicial, el derecho a las medidas cautelares y el derecho a la ejecución de la sentencia.

La labor interpretativa del Tribunal Supremo de Justicia, en recientes decisiones, ha precisado el contenido de este complejo derecho complejo, a saber:

> El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido… (TSJ:SC, 10-05-2001, Defensoría del Pueblo vs Comisión Legislativa Nacional, en http://www.tsj.gov.ve)

Consideramos que el Constituyente de 1999 quiso reafirmar la importancia de la protección de los intereses colectivos y difusos, no sólo otorgándole carácter constitucional a dicha tutela sino también incluyéndola en el marco de la tutela judicial efectiva de los derechos, reafirmando con ello la relevancia que adquieren hoy la defensa de estas posiciones subjetivas jurídicas.

Además de los clásicos esquemas de tutela tradicionales en el país (como la tutela del derecho subjetivo y del interés legítimo con amplia trayectoria en el área del derecho

---

14. Para mayor abundamiento sobre estas garantías, véase el artículo intitulado "El catálogo de los derechos del hombre y sus garantias. Referencias al nuevo orden constitucional venezolano" ya citado, en *Rivista di Filosofia dei Diritti Umani: philosophy of Human Rights,* Napoli 2000.

administrativo), el panorama normativo constitucional de 1999 ofrece amplias posibilidades de defensa a favor de la persona y con relación a los status específicos que pueda en un momento particular gozar. Entre los diversos status de la persona indicamos entre otros, y no con pretensión de exhaustividad, la de *consumidor* y *usuario* de bienes y servicios públicos y privados, la de titular de derechos fundamentales tales como la salud, el medio ambiente sano, la cultura, el trabajo, la educación, la intimidad, la privacidad, la de *miembro* de grupos específicos (en consecuencia, goza del status de ser portador de los intereses colectivos), o la de simple *miembro de la colectividad* (que le confiere la facultad de reivindicar los intereses difusos, en caso de defensa de la calidad de la vida o del bien común). En efecto, la mayor atención hacia la tutela de la esfera jurídica del individuo, busca, de cualquier modo, compensar el enorme crecimiento de los denominados *poderes fuertes* que constituyen la contrapartida de muchas de las relaciones jurídicas que involucran el privado, tanto en la esfera pública como en la privada.

La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos implica por otra parte la *superación de la concepción individualista del proceso.* En este sentido, el profesor Pérez Luño, con relación a la protección del ambiente (que constituye uno de los componentes de la calidad de vida), mediante la acción popular que permite la iniciativa de cualquier interesado (individual o colectivo), afirma que...*se trata, en suma, de institucionalizar nuevos medios para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o un grupo, por incidir en la calidad de la vida de los ciudadanos en su conjunto.* (1998, p. 477).

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado al respecto, indicando que dicha tutela implica la superación de las clásicas formas de legitimación procesal, en aras de la realización de una justicia real y efectiva:

> El nuevo marco constitucional, además de consagrar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales de los sujetos de derecho, quienes pueden concurrir de manera individualizada a solicitar la protección de sus derechos y garantías constitucionales, plantea ahora de manera expresa la posibilidad de que dirijan a tales órganos solicitudes que tengan por finalidad el logro de tutela judicial de intereses colectivos o bien que los peticionantes aleguen la violación o amenaza de derechos o garantías fundamentales que forman parte de la esfera de intereses difusos, tutela jurisdiccional de la que se verían privados, como sostiene Jesús González Pérez, ...de mantenerse las normas clásicas de legitimación... (TSJ:SC, 29-05-2000, Queremos elegir y otros vs. Consejo Nacional Electoral, en http://www.tsj.gov.ve)

También la doctrina se ha pronunciado en torno a esta amplicación de la legitimación procesal. Así tenemos que "la exclusividad del interés directo en las pretensiones procesales ha sido enriquecido por la posibilidad de defender los intereses difusos, inclusive de futuros titulares, por medio de asociaciones, corporaciones o grupos…" (Peces Barba, *op. cit*., p. 186). Con respecto a la tutela institucional de los intereses colectivos y difusos, la Constitución instituye dicha protección a la Defensoría del Pueblo como órgano integrante del Poder Ciudadano. En efecto, corresponde a la Defensoría del Pueblo por órgano del Defensor del Pueblo, "la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas", conforme a lo previsto en el artículo 280 de la Constitución[15].

---

15. Asimismo, se establecen como atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo, entre otras*: "1. Velar por el efecto respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, convenios*

Por otra parte, algunas leyes especiales prescriben la constitución de entes especializados de protección de los intereses colectivos y difusos, como por ejemplo, *la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* que ordena la creación del *Consejo Nacional de Derechos*, a nivel de la República, los *Consejos Estadales de Derechos*, a nivel de cada uno de los Estados que conforman la Federación, los *Consejos Municipales de Derechos* y los *Consejos de Protección del Niño y del Adolescente* a nivel de cada Municipio, órganos éstos encargados de velar por el cumplimiento y el goce de los derechos fundamentales de los niños y adolecentes y de sus intereses colectivos y difusos. Asimismo, el Código Orgánico Procesal prevé el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Público, en el caso de delitos que afecten los intereses colectivos o difusos. (art. 46)

De la configuración constitucional y legal, la tutela de estos intereses es compartida tanto por algunos órganos del Poder público (Defensoría del pueblo, Consejos de Derechos) y por los privados. Es decir, la tutela de estos intereses no es exclusiva del poder público, como se ha hecho referencia, su ejercicio por parte de los particulares forma parte del derecho de participación bajo el modelo de derechos constitucional. De esta forma, el artículo 26 de la Constitución consagra la garantía de la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos, contra todos los actos del Poder Público y de los particulares y debe ser interpretado también a favor de la tutela no solamente de las situaciones jurídicas subjetivas diferenciadas (intereses colectivos) sino también las de carácter no estrictamente individual (intereses difusos), porque de otra forma quedarían sin protección y fuera del control jurisdiccional los actos lesivos de estas posiciones.En consecuencia, la tutela abarca una esfera amplia y elástica de situaciones subjetivas jurídicas.

4. La jurisprudencia nacional sobre los intereses colectivos y difusos

La Constitución de 1999 así como las legislaciones que contemplan la tutela del interés difuso o colectivo[16] no definen que debe entenderse por el interés difuso o por el colectivo. Corresponde entonces a los diferentes operadores jurídicos determinar su contenido. En este sentido, juega un papel importantísimo la jurisprudencia, y en particular la de la Sala Constitucional, puesto que su tarea es interpretar las normas constitucionales, aparte del carácter vinculante en materia del contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, dentro de las cuales figuran los derechos fundamentales.

Corresponde identificar del análisis realizado de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (años 2000-2001) los caracteres más resaltantes de la construcción jurisprudencial formulada de estas instituciones jurídicas:

---

y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento....2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir del Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos". (art. 281 *ejusdem*).

16. Como la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

En cuanto a su naturaleza jurídica:

Tanto a los intereses colectivos como los difusos se les reconoce autonomía institucional propia, susceptible de tutela judicial, es decir, como categorías de intereses diferenciables entre sí y de los intereses legítimos. Así se desprende de las siguientes afirmaciones de la Sala Constitucional:

> ...la Constitución vigente (artículo 26) se refiere a acciones para tutelar derechos e intereses difusos o colectivos, lo que pudiera interpretarse como que ellos forman una sola categoría. No comparte esta Sala tal interpretación... (TSJ:SC, 30-06-2000, Defensoría del Pueblos vs. Comisión Legislativa Nacional, en http://www.tsj.gov.ve).

> Por ello y en correspondencia con el criterio sostenido en los fallos antes parcialmente transcritos, esta Sala considera que lo que diferencia el interés difuso del interés colectivo es que este último, en cuanto a la naturaleza es mucho más concreta para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no sólo para el que lo detenta sino para el obligado...(TSJ:SC, 17-05-2001, Defensoría del Pueblo contra CADAFE y empresas filiales, en http://www.tsj.gov.ve).

Los intereses difusos son concebidos como intereses indiferenciados. El vínculo que une a las personas en el caso de los intereses difusos no es necesariamente jurídico, sino la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de la sociedad. Asimismo, establece la Sala que el daño debe comportar la lesión o la amenaza a un bien supraindividual o suprapersonal.

> Debe, en estos casos, existir un vínculo común, así no sea jurídico, entre quien acciona para lograr la aplicación de una norma, y la sociedad o el segmento de ella, que al igual que el accionante (así sea un ente especial para ello), se ven afectados por la acción u omisión de alguien...Son los difusos los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso...Consumidores son todos los habitantes del país. El daño a ellos como tales, atiende a un bien supra individual o supra personal, y a una prestación indeterminada en favor de ellos, por los manipuladores de bienes y servicios. (TSJ:SC, 30-06-2000)

Los intereses colectivos son concebidos como intereses comunes a los miembros de un determinado grupo o de un sector poblacional identificable. "*Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos.* (TSJ:SC, 30-06-2000).

En cuanto a su fundamento:

El radio de acción de estos intereses (colectivos y difusos) se proyecta en la defensa de los denominados por la jurisprudencia como *derechos cívicos, de participación o de protección ciudadana*, que permiten al individuo controlar la calidad de vida común. Asimismo, como derechos de participación implican la interacción de la sociedad, a través de sus individuos, en la consecución, conjuntamente con el Estado, de un nivel de vida de calidad y el logro del bien común. Al respecto, estableció la Sala que su protección.

> ...es parte del principio de expansión de los derechos y garantías constitucionales, del dominio de lo Constitucional sobre los derechos subjetivos personales, ya que estos derechos de defensa de la ciudadanía vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tales como el logro del bien común (señalado como fin del Estado en el Preámbulo de la Constitución), el desarrollo de una sociedad justa, o la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo... (TSJ:SC, 30-06-2000).

En cuanto al bien que protegen:

El objeto de la tutela de los intereses colectivos y difusos es la calidad de la vida comunal y la defensa del bien común.

> Los derechos e intereses difusos y colectivos persiguen mantener en toda la población o en sectores de ella, una aceptable calidad de vida, en aquellas materias cuya prestación general e indeterminada de tal calidad de vida corresponde al Estado o a los particulares. (TSJ:SC, 21-11-2001, varios gobernadores de Estado vs. Ministro de Finanzas, en http://www.tjs.gov.ve).

En cuanto a la legitimación activa:

Los intereses colectivos como los difusos, por generar un *interés social común* actual o un *derecho subjetivo comunal* (con palabras de la Sala), son accionables por cualquier persona, nacional o extranjero con domicilio, capaz procesalmente que tengan un vínculo con la sociedad. De esta manera, estableció expresamente la Sala: *Las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia...* (TSJ:SC, 30-06-2000). Asimismo, la legitimación activa también la tienen las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, dentro de los límites de los objetivos societarios, como en nuestro país, las asociaciones de vecinos, las asociaciones de consumidores y usuarios, entre otras.

En cuanto a la legitimación pasiva:

El interés social es exigible frente al Estado, a grupos y a particulares. Tienen eficacia tanto vertical (frente al Estado) como horizontal (frente a los privados). La satisfacción de estos intereses puede ser a través de prestaciones positivas o abstenciones a cargo del Estado o de particulares, que favorezcan al conglomerado social. Asi lo estableció enfáticamente la Sala Constitucional: "*Una característica de estos derechos, es que al perseguir con ellos el bien común, su contenido gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad*..". (TSJ:SC, 30-06-2000).

En cuanto a los efectos de la acción por intereses colectivos:

Las acciones por intereses colectivos se extienden a todos aquellos sujetos individualizados que se encuentren en la misma situación de lesión o amenaza de lesión de su derecho a la calidad de vida. Reciente jurisprudencia, por ejemplo, en el caso de una acción de amparo constitucional para la defensa del derecho constitucional a la salud, de sujetos que padecen la enfermedad del Sida y que sean miembros del Seguro Social, extendió el mandamiento de amparo para todos aquellos sujetos que se encuentren en la misma situación de enfermedad que los accionantes, por tratarse de *un interés colectivo* que afecta en común a un grupo de la sociedad. En tal sentido, indicó la Sala Constitucional;

> Debe acotarse, que en los casos en los cuales la acción de amparo es interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento a acordarse favorecerá bien a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad, en el primer caso; bien a un grupo relevante de sujetos indeterminados apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base a la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, en el segundo supuesto. Así, no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos *erga omnes*, tal como lo señalara el *a quo*, pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela a ellos brindada es siempre concreta, mas nunca de modo genérico.(TSJ:SC, 06-04-2001, varios ciudadanos contra IVSS).

5. Los intereses colectivos y difusos en Italia

A partir de los años 60 y 70 del siglo XX, comenzó en Italia a reivindicarse la tutela de los intereses colectivos y difusos en el ámbito de la jurisdicción administrativa. A partir de esa fecha, se inició un gran debate sobre la naturaleza jurídica y las formas de tutela de los referidos intereses, a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia, en ausencia de una disciplina positiva del legislador. Parte de la referida discusión era si los intereses difusos constituían una categoría jurídica autónoma y diferenciada de los intereses colectivos. Con respecto a estos últimos, era aceptado pacíficamente que formasen parte de una sub-especie de los intereses legítimos, pero no ocurría lo mismo con los intereses difusos, a los cuales se alegaba su carácter *adespota*, es decir, su incapacidad de ser adjudicados a los titulares de una posición diferenciada con respecto a la colectividad indeterminada.

Así, la evolución jurisprudencial estuvo marcada por numerosos tentativos de individuar los criterios de *transformación* de los intereses colectivos y difusos en intereses diferenciados y en consecuencia legítimos, a cargo de los sujetos privados, una vez abandonado el criterio que confería exclusivamente a los sujetos públicos la tutela de los intereses generales (*Cfr*. Casetta, *op.cit*., p. 280).

Recientemente, la doctrina ha identificado las dos formas de interés en exámen: -el interés difuso que corresponde a la colectividad generalizada o a un grupo social espontáneo y el interés colectivo vinculado a una formación social organizada e individualizada jurídicamente (como ejemplos, los intereses de las asociaciones ambientalisticas, asociaciones de consumidores, órdenes profesionales, organizaciones sindicales, etc.). De tal modo que se considera común a estos intereses (colectivos y difusos) la característica de ser intereses cualitativamente idénticos en una colectividad de personas. Su distinción priva en el diverso carácter atribuido a la organización, considerándola como fundamental en los intereses colectivos e irrelevante en los intereses difusos. (Federici, 1984, p. 20).

De esta forma, la doctrina (Caringella, 1999, p. 103) ha elaborado los rasgos caracterizadores de los *intereses difusos* a saber: a) No tienen como punto de referencia objetivo un bien susceptible de apropiación individual. b) Son comunes, bajo el perfil subjetivo, a todos los miembros de la colectividad.

Asimismo, los intereses difusos han sido caracterizados por la doctrina bajo un doble perfil: desde el punto de vista subjetivo pertenecen a una pluralidad de sujetos, desde el punto de vista objetivo, se refieren a bienes no susceptibles de utilización diferenciada (Casetta, *op.cit*., p. 280). Estos intereses son considerados como "*intereses de igual contenido, comunes a varias personas, distintos de las tradicionales situaciones jurídicas subjetivas, que vienen condivididos por una pluralidad de sujetos, porque son la manifestación de un nuevo modo de entender la relación sujeto-bien*". (Federici, *op.cit*., p. 19).

En cuanto a los intereses colectivos (Caringella, *op. cit*., p. 105), éstos se caracterizan por: a) ser *diferenciados*, en cuanto se refieren a un sujeto individualizado, en línea general, a una organización de tipo asociativo que se distingue de la colectividad y de los individuos que la integran y b) ser *calificados*, en el sentido que son previstos y tomados en consideración, sea indirectamente, por e derecho objetivo.

De este modo, los intereses colectivos son concebidos como las homogéneas pretensiones de los componentes de una clase de personas (o una formación social en vía de autodistinción o de autorganización), en el ámbito de una colectividad más amplia o de

la misma colectividad general, a que un determinado bien, con relevancia social, no sea expuesto a prejuicio. (Corasaniti, 1980, p. 103). En cuanto a los bienes objeto de la tutela de los intereses colectivos,

> …no son sólo aquellos indivisibles, pero además aquellos divisibles, y además la misma doctrina afirma que el colectivo no es quid del todo diverso y supraordinado al individual, porque de otra forma se terminaría por quitar la atención del protagonista efectivo del fenómeno colectivo, esto es de la persona, a cuyos intereses también si tienen relevancia superindividual, no dejan nunca de pertenecer (Vigoriti, *op. cit.*, p. 58).

En cuanto al origen y fundamento de los intereses colectivos y difusos, parte de la doctrina italiana (Federici, *op.cit.*) señala que éste es debido al resultado de la inclusión de las garantías a nivel constitucional de los intereses comunes a una pluralidad de personas sobre la base de los principios fundamentales de los derechos inviolables (art. 2 de la constitución italiana), de la igualdad sustancial y de la participación (art. 3, II *ejusdem*). En este sentido, su tutela es producto de las transformaciones de los modos de protección del interés público y su fundamento es la defensa de la persona y de ciertos bienes de la colectividad. De manera que los intereses difusos son tutelados en la forma del derecho de la persona en su dimensión social. Esta tesis encuentra su sustentación en la Constitución y particularmente en los artículos 2 y 32 de la misma. Así por ejemplo, el artículo 32 establece el valor de la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la colectividad, señalando la tutela de dicho valor como tarea de la República.

Con respecto a la tutela jurisdiccional de estas dos categorías de intereses, la jurisprudencia administrativa ha admitido su protección, sin embargo, se exige la subsunción de ambos en la categoría general de los intereses legítimos. Esta elaboración jurisprudencial ha sido debida particularmente a la famosa decisión del Consejo de Estado Nº 24, del 19/10/79.

No obstante, el reconocimiento a nivel jurisprudencial de la categoría de los intereses difusos no ha sido fácil, de hecho se han tenido que superar, entre otros, el obstáculo de la negación de la autonomía conceptual de los intereses difusos, los cuales generalmente eran enmarcados dentro de la noción del interés colectivo, sin diferenciarse, como se ha referido. La dificultad del reconocimiento de la legitimación para su actuación es que en el sistema judicial italiano sólo son accionables los intereses del sujeto en cuanto titular de una posición sustancial individual y diferenciada, mientras los intereses difusos por su naturaleza se relacionan con sujetos indeterminados, dando lugar a posiciones colectivas indiferenciadas. Esta situación no ha ocurrido para los intereses colectivos, dado que se relacionan con una colectividad individualizada y determinada, y su tutela es confiada a entes representativos de los mismos.

Por otra parte, ha favorecido a la expansión de la tutela de los intereses difusos, la progresiva consolidación en la doctrina italiana (Federici, Comoglio E F. Satta) de la tesis según la cual las situaciones jurídicas subjetivas, tal como son elaboradas por la ciencia jurídica, no son necesariamente ni un número cerrado ni inmodificables, al contrario, siguen el desarrollo propio del ordenamiento y su evolución.

> …En tal perspectiva las fatispecie normativas, pero que no se sustraen a una inevitable heterointegración de orden técnico, se preanuncian a una estructura abierta, rechazando de recibir conceptos rigidos e inmodificables en el tiempo, ya que reflejan las etapas salientes de una operación, históricamente relativa, de restauración y de reconstrucción, que aquellas *conquistas* asumen no como puntos de llegada, pero como puntos de partida para la actuación de nuevos principios de legalidad democrática. (Comoglio, citado por Federici, *op. cit.*, p. 152)

Asimismo la doctrina más atenta, impulsada por la apertura de la jurisprudencia administrativa en frente de la tutela, ha elaborado una noción más amplia y elástica del interés legítimo. Además esta escogencia es confirmada por varias leyes del sector (v. la ley Nº 349/86 sobre el daño ambiental que atribuye a determinadas asociaciones ambientalistas la potestad de impugnar los actos ilegítimos del bien *ambiente*) y el Decreto ley Nº 52/96 que prevé en favor de las asociaciones de consumidores la potestad de ejercitar la acción inhibitoria contra las cláusulas vejatorias, entre otros.

Como afirma Sechi (2001:7) ha constituido expresión de una gran conquista de civilidad jurídica el haberse previsto normativamente la posibilidad, para las asociaciones de intereses colectivos, de presentar peticiones, propuestas e instancias en el ámbito de los procedimientos administrativos (art. 61 de la Ley Nº 142/90), la facultad de intervenir en los mismos (art. 9 l. De la Ley 241/90) y el derecho de acceso a los actos públicos (Ley Nº 349/86).

En cuanto a la accionabilidad de los intereses difusos, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que los intereses difusos son accionables cuando ellos sean reclamados por un ente exponencial que tenga las siguientes características: no sea ocasional, representativo y que se inserte en el territorio en el cual se sostiene la lesión del interés.

A esta orientación rígida y fundada sobre un dato estrictamente positivo, se ha opuesto otro que considera los intereses difusos accionables también en ausencia de estos requisitos, en cuanto hagan referencia a los derechos fundamentales de la persona. En esta orientación se ha pronunciado el Pretor de Roma en el caso de la tutela de los intereses de los minusválidos, los cuales se lamentaban que el Comune de Roma no había predispuesto los medios idóneos para permitir su acceso al metro. El magistrado afirmó que la atribución de un derecho subjetivo a una entera categoría de sujetos no compromete su consistencia, "*porque la vinculación exclusiva entre un bien y un determinado sujeto (individuo o ente) es típico de los derechos patrimoniales, mientras la característica de los derechos fundamentales (no patrimoniales) es aquella de prescindir de un sinnúmero de ligámenes de exclusividad, siendo vinculados a la existencia misma de la persona humana como partícipe de la colectividad*".

Con relación a la tutela de los intereses colectivos en sede jurisdiccional, la doctrina se ha pronunciado en que ésta constituye una forma de participación ciudadana en la justicia y un acto de confianza en el sistema. *La participación es, entonces, el motivo de fondo del recurso al juez a la tutela de los intereses colectivos y, en conjunto, inspirador del análisis de los institutos que nos ocupan* (Vigoriti, *op.cit*., p. 57).

Por otra parte, se han elaborado diversos criterios para la *individualización* de las formaciones legitimadas para representar los intereses de los ciudadanos. Al criterio de la *vinculación territorial* se han anadido el criterio de la *personalización* de los intereses. En otras palabras, está legitimado a tutelar los intereses colectivos, el ente o la formación que tiene, como propria y exclusiva finalidad el perseguimiento de dichos intereses. Parte de la doctrina y de la jurisprudencia han adoptado el criterio de la participación procedimental, prevista principalmente en la Ley Nº 241/90. Se afirma que en la previsión de dicha ley es implícita la legitimación a la participación y a la tutela procesal. Otro sector de la jurisprudencia ha optado por un criterio normativo, en este sentido, son las normas del sector las cuales individualizan y califican los entes exponencialmente legitimados a promover la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos.

II. CONSIDERACIONES FINALES

Creemos que se está desarrollando en el país una prometedora teoría sobre la tutela los intereses colectivos y difusos, con las especiales contribuciones de la doctrina y de la jurisprudencia, como ha podido presentarse y nos auguramos que la misma pueda ser enriquecida, a los fines de una mejor dilucidación sobre la naturaleza y fundamento de estos institutos jurídicos. Como fuere la tesis mantenida en el trabajo, la inclusión de la dicha tutela en la Constitución de 1999 forma parte del proceso paulatino de expansión y especificación de los derechos humanos en el país, especialmente de los derechos de participación, unido a la progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad. Asimismo, el Constituyente de 1999 quiso reafirmar la importancia de la protección de los intereses colectivos y difusos, no sólo otorgándole carácter constitucional a dicha tutela sino también incluyéndola en el marco de la tutela judicial efectiva de los derechos, reafirmando con ello la relevancia que adquieren hoy, en las actuales condiciones de nuestra sociedad, la defensa de estas posiciones subjetivas jurídicas.

De esta forma, la protección de los intereses colectivos y difusos y su enlace con los derechos fundamentales, especialmente con los derechos de participación, en la protección de la calidad de la vida y defensa del bien común, implican por un lado, el fortalecimiento de la conciencia ciudadana, de la solidaridad, de la igualdad, de la responsabilidad y de la democracia como valores inspiradores y supremos de nuestro ordenamiento jurídicopolítico y por el otro, la unicidad del público con el privado en la corresponsabilidad de la función pública. La *comunión* del público con el privado, del Estado con la sociedad, del colectivo con el individual, parecen ser las premisas de un orden que reivindica la dimensión social de los derechos fundamentales y la *unidad política* de los poderes públicos y privados en la realización de los fines del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

AVILA HERNÁNDEZ, Flor María, "El catálogo de los derechos del hombre y sus garantías. Referencias al nuevo orden constitucional venezolano" en *Rivista di Filosofia dei Diritti Umani: philosophy of Human Rights*, Napoli 2000.

BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi 1990.

CARINGELLA, F., DELPINO, L., DEL GIUDICE, F., *Diritto Amministrativo*, XVI Edizioen Giuridiche Simone, Serie Manuali Giuridici, 1999.

CASETTA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 2001.

CORASANITI, A., "Interessi diffusi en *Dizionario del diritto privato*", Milano 1980.

FEDERICI, Renato, *Gli Interessi Diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1984.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, "Estado, sociedad civil y democracia" en *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

FRANZESE, Lucio, "Simmetria e Asimmetria nel Rapporto tra Privato e Pubblica Amministrazione" en *Diritto e Società* Nº 4, Cedam, Padova 1992.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid 1977.

GUARINO, G., *L'organizzazione pubblica,* Milano 1977.

HABERLE, Peter, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, La nuova Italia Scientifica, Roma 1996.

ORTÍZ, Rafael, "Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano" en *Estudios de Derecho Publico, Vol. II Libro Homenaje a Humberto La Roche* Nº 3, Caracas 2001.

PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, Tecnos, Quinta edicion, Madrid 1995.

PIETRO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales,* Debate, Madrid 1990.

SECHI, Bruno, "Interessi finalmente legittimi e Risarcibili", Monografia, en *Rivista elettronica di Diritto* en http:///www.diritto.it

SFORZA, Cesarini, "Preliminari sul diritto collettivo" en *Il diritto dei privati*, Milano 1963.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional: (2000), Sentencia del 29 de mayo de 2000, *Caso Queremos elegir y otros contra el Consejo Nacional Electoral* en http://www.tsj.gov.ve. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

----------, ---------- (2000), Sentencia del 30 de junio de 2000, *Caso Defensoría del Pueblo contra la Comisión Legislativa Nacional* en http://www.tsj.gov.ve. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

----------, ---------- (2000). Sentencia del 21 de noviembre de 2000, *Caso varios gobernadores de Estado contra el Ministro de Finanzas* en http://www.tsj.gov.ve. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

----------, ---------- (2001). Sentencia del 6 de abril del 2001, *Caso varios ciudadanos contra el IVSS* en http://www.tsj.gov.ve. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

----------, ---------- (2001). Sentencia del 10 de mayo del 2001, *Caso Defensoría del Pueblo contra la Comisión Legislativa Nacional* en http://www.tsj.gov.ve. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia.*

----------, ----------(2001). Sentencia del 17 de mayo del 2001, *Caso Defensoría del Pueblo contra CADAFE y empresas filiales* en http://www.tsj.gov.ve. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo,* Milano 1980.

§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS

Juan Carlos Henao
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

Se pretende mediante el presente escrito[1], con el cual me uno a participar en el libro que en homenaje y reconocimiento se hace a la brillante vida académica del profesor Allan R. Brewer-Carías, presentar algunas reflexiones sobre lo que en mi entender será una de las más importantes formas de consolidar la protección de los derechos de los asociados, esto es, el ejercicio de las acciones diseñadas para restablecer la vulneración de los derechos colectivos y los de grupo. Este tema, trajinado de vieja data en derecho comparado[2] es, sin embargo, en nuestro medio, como se verá, de novísima práctica. Quizás detrás de tal realidad hay un triste reflejo de nuestras culturas: la concepción egocéntrica de la responsabilidad civil la ha hecho operar históricamente más para defender patrimonios individuales y egoístas, que para defender derechos pertenecientes a la colectividad. Es otro reflejo de nuestra idiosincracia frente a la cual la responsabilidad civil es su propio espejo.

No se quiere decir con lo anterior que la responsabilidad civil deba desentenderse de las acciones que tienden a proteger los patrimonios individuales, que es la hipótesis clásica desde hace siglos: simplemente se quiere anotar que, a pesar de que el ser humano es egoísta, no puede ser sólo eso y que, por tanto, no debe concebírselo únicamente desde una perspectiva individualista. Su aspecto social, que nos marca a todos por el mero hecho de la existencia, debe tener un reflejo en la concepción del mundo y, por ende, en la forma como opera el derecho y la responsabilidad civil. De allí la importancia del estudio de la defensa de los derechos colectivos y de grupo.

Si la responsabilidad civil tiene por finalidad dejar indemne a la víctima de un daño resarcible, luego de precisar la existencia del daño -a secas- y su imputación a persona diferente de la víctima -quien tendrá el deber de repararlo, la protección de los derechos colectivos que también pueden ser dañados debe quedar en la órbita de la reparación.

Si no ocurriera así, la protección de los derechos del ser humano quedaría reducida a los *predominantemente individuales*, se le truncaría la posibilidad de velar por aquellos

---

1. Dejo expresa constancia de mí agradecimiento a NEWMAN, Vivian, MALAGÓN, Carlos Alberto y JAFFÉ, Angelina, por la lectura que hicieron del escrito antes de su publicación, con lo cual busco, eso espero, haber disminuido los errores que pueda contener.

2. DIDIER, Philippe, *De la répresentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 264: "Uno de los primeros ejemplos de estas acciones (la *representative suite* del *Common Law* inglés) de los cuales hemos guardado seña, opone en el siglo XI a un sacerdote con sus parroquianos, reprochando el primero a los segundos que no le habían dado todas las contribuciones que estimaba tener derecho. La acción del sacerdote contra sus parroquianos no fue iniciada contra cada uno de ellos individualmente, sino contra el grupo. La historia del *Common Law* medieval nos ofrece un importante número de ejemplos de litigios con participación de colectividades diversas. Nada sorprendente hay en ello. El mundo de la edad media se formó de múltiples comunidades, imbricadas unas con otras. El individuo aislado tenía pocas posibilidades de sobrevivir, salvo si se unía a uno u otro grupo".

colectivos que también le son inherentes y se caería en la lógica inaceptable según la cual *lo que ocurra afuera no importa*, la zona común de la propiedad horizontal que se derrumbe!, etc.

Naturalmente que para poder afirmar que los derechos colectivos son inherentes al ser humano, debe admitirse que su goce pertenece a todos, *al común, al colectivo*, como es evidente en la realidad. El problema se presenta realmente cuando se trata de establecer si los daños colectivos, más que los de grupo, como se verá, están insertos en los derechos de las personas o si solamente los representantes de las mismas pueden velar por ellos. En este escrito se toma la primera postura, por razones que atañen a la misma definición de daño que se propone.

En efecto, se estima que daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima[3]. Tal definición supone varios comentarios. El primero, que la noción de patrimonio se entiende en sentido amplio, esto es, sin limitarla sólo a los bienes pecuniarios, como es usanza en la doctrina clásica[4] y aún moderna[5]. Considerar que sólo lo pecuniario, que al decir del Diccionario de la Lengua Española es lo *proveniente de dinero efectivo*, forma parte del patrimonio, es excluir bienes que no tienen tal naturaleza y que sin embargo son objeto de indemnización. Se cree más preciso y útil entender que el patrimonio también se compone de bienes no pecuniarios que, al ser vulnerados, crean la obligación de restablecerlos y/o indemnizarlos, siempre y cuando se reúnan los demás elementos de la responsabilidad civil.

Más preciso, porque en ese orden de ideas desaparecería así el uso del desafortunado concepto de daño *extrapatrimonial*. El daño sólo puede lesionar el patrimonio, en su componente de intereses, de derechos, de bienes, de situaciones cobijadas bajo la confianza legítima, etc. Si entendemos entonces que el daño aminora el patrimonio y, a su turno, que éste último concepto cobija todo tipo de intereses, bienes o derechos de las personas -porque la lesión de cualquiera de dichas categorías permite ejercer los derechos subjetivos de la persona, se logra precisar que no es esencial que sea pecuniaria la obligación que surje con el daño resarcible. Prueba de este aserto es la procedencia de la indemnización de los mal llamados *daños extrapatrimoniales* que deberían ser simplemente denominados *no pecuniarios*. Se estima entonces que la indemnización de daños no supone necesaria y exclusivamente la indemnización pecuniaria. La indemnización de daños se debe entender de manera más amplia. Es decir, no se puede excluir de la responsabilidad civil todo el vasto campo en el cual las reparaciones se hacen mediante *injunctions*[6] o mediante obligaciones de hacer o de no hacer, que son unánimemente

---

3. Nos remitimos a nuestro libro *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 1998.

4. Es el caso de JOSSERAND cuando afirma que, "el patrimonio es una noción de orden esencialmente pecuniario; los derechos que no tienen significación pecuniaria quedan fuera del patrimonio" (JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, t. I, vol. I, *Teorías generales del derecho y de los derechos*, trad. CUNCHILLOS, Santiago y MANTEROLA, Bosch Editores, Buenos Aires 1952, p. 454).

5. FROMION-HEBRARD, Benoît, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Tesis sustentada en la Universidad París II el 16 de mayo 1998, no publicada, p. 28*:* "todos los derechos del patrimonio coinciden en la idea común del valor pecuniario".

6. Según el *Black's Law Dictionary,* with pronunciations, Sixth Edition, Centennial Edition (1891-1991), Publisher's Editorial Staff, St. Paul, Minn., 1990, la definición de *injunction* es la siguiente: "Orden de la Corte mediante la cual se prohibe a alguien hacer un acto concreto o se le ordena deshacer un error o una injuria. Un remedio prohibitivo en equidad, emitido u otorgado por una Corte, demandado por una parte quejosa, dirigido a la parte demandada en la acción, o a una parte convertida en demandada para este propósito, que prohibe a la parte hacer algún acto, o permite a sus sirvientes o agentes hacer algún acto que está amenazando o intentando acometer, o

aceptadas por la doctrina y los ordenamientos de los más variados países. Se debe recordar que la indemnización puede proceder *in natura*, esto es, restableciendo el derecho tal cual existía antes de su daño, o, también, mediante obligaciones de hacer o de no hacer que no siempre deben tener equivalencia pecuniaria. Como ejemplo están algunas sentencias, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado de Guatemala, entre otras, a bautizar un colegio con el nombre de unos niños masacrados por las fuerzas estatales[7]. No se ve por dónde dicha obligación indemnizatoria tiene un tinte pecuniario, salvo si se llegare al extremo de estimar que la placa a colocarse tiene por esencia un valor en el mercado.

Y más útil, porque lanza la discusión de si los bienes y derechos colectivos forman parte del patrimonio de la persona y sobre quién puede, ante su afrenta, interponer acciones indemnizatorias. Se considera, como ya se anotó, que es una obviedad afirmar que los derechos colectivos pertenecen al *común*. Sin embargo, el punto que debe ser esclarecido es, más bien, el de la legitimación para interponer las acciones en defensa de tales derechos que trascienden el ámbito *individual* de la persona. Esa sí es una discusión política, de rango constitucional o legislativo. En efecto, se puede concebir que dicha legitimación sea restringida, como ocurre en general en Europa en materia de derecho del medio ambiente, razón por la cual no puede cualquier persona reclamar por el derecho lesionado[8], pero puede también concebirse que dicha representación sea potestad de toda persona por el mero hecho de serlo, como ocurre en derecho colombiano. Es una escogencia política del legislador y en ocasiones es fruto de una evolución jurisprudencial.

Tómese una u otra postura, el hecho es que siempre que exista lesión a un derecho colectivo debe proceder una acción. Donde hay daño resarcible debe haber acción. Su titularidad, se reitera, puede ser restringida, pero jamás negada, porque una tal negación sería inconstitucional y aniquilaría toda posibilidad de defensa de los derechos colectivos, lo cual es inconcebible. En derecho francés, entre las "libertades clásicas (que) han sido consagradas y constitucionalizadas" se encuentra *el derecho de acceso a la justicia*[9], de manera que se puede notar que no podría el legislador afirmar que para la de-

---

restringiendo la continuación del mismo, siendo este acto injusto e inequitativo, injurioso al demandante y que no puede ser reparado por una acción legal. Un proceso legal que opera en persona y requiere que la persona a quien se dirige haga o se abstenga de hacer una cosa particular. *Gainsburg v. Dodge*, 193 Ark. 473, 101 S.W.2d 178, 180".

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *niños de la calle* (Caso *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala*), Sentencia del 26 de mayo de 2001, en donde se condenó a bautizar un colegio con el nombre de los niños asesinados y a colocar una placa en su nombre.

8. *V.* en lo referente al daño ambiental que lesiona un derecho colectivo: "Esta concepción puede entenderse, finalmente, en el contexto de ciertas leyes de responsabilidad civil por daños ambientales que se han dictado en Italia y Alemania y, dentro de España, en Cataluña. En este sentido, la Ley italiana de 8 de julio de 1986 instaura un modelo de reparación por daños ambientales *en general*, si bien la legitimación para el ejercicio de las acciones contra aquéllos se reserva al Ministerio del Ambiente, ya que los particulares no disponen más que de un simple poder de denuncia de dichos daños frente al mencionado Ministerio. Por su parte, la Ley alemana del 10 de diciembre de 1990 es un claro ejemplo o modelo del ejercicio de acciones inhibitorias, negatorias e indemnizatorias, pero limita su aplicación a las relaciones de vecindad, y no es éste, finalmente, sino el modelo que sigue la ley catalana (al ceñir la legitimación también a los casos de vecindad respecto de la inmisión). Es decir, ninguna de estas leyes reconoce una legitimación general (una acción popular) en defensa de los daños estrictamente ambientales", en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 1998, p. 227.

9. FAVOREU, Louis et PHILIP, Loic, *Les grandes decisions du Conseil Constitutionnel*, 8ª edición, Dalloz, París 1995, p. 348.

fensa, por ejemplo, del medio ambiente, está proscrita la acción civil de indemnización de daños. Se vulneraría así el derecho de acceso a la justicia porque se parte precisamente, entre otras, de que los animales no pueden tener derechos, a pesar de que se constata una errada tendencia doctrinaria en contrario[10]. Razón de más para establecer que si bien la legitimación en la causa se puede restringir, el daño existe siempre que se lesiona un derecho colectivo, porque alguien, asociación o no, grupo o no, Estado o no, tendrá el derecho -y en ocasiones la obligación- de reclamar por él. Por esta vía se llega a sustentar una participación democrática en la defensa de los intereses que nos conciernen a todos, sin aceptar la idea de que los animales o los árboles son sujetos de derecho.

En esta introducción se debe también, en aras de establecer los parámetros generales a partir de los cuales se desarrollará el tema, recordar que "las acciones se clasifican en función del perjuicio que buscan reparar. Si la acción repara un perjuicio común a todos los miembros de un grupo, la acción será colectiva. Al contrario, si sólo repara perjuicios diferentes y particulares, la acción será individual"[11]. Con independencia del alcance del concepto de acción colectiva o de derechos colectivos que, como se verá, es diferente en Colombia y en Francia, vale la pena rescatar de esta cita doctrinaria que dependiendo del tipo de daños que se reclaman, existen distintas acciones. Este criterio es de utilidad para lo que se pretende en este escrito, pues si bien no descalifica la posición que indica que las acciones procesales se clasifican dependiendo de la causa de los daños, se estima que es de mayor importancia y claridad hacerlo desde el punto de vista de la forma de daño generada. El punto se vuelve así sencillo: si lo que se pretende es proteger un derecho de corte *individual*, la petición es la clásica *egoísta* o *para sí*; si la petición es a nombre de un derecho colectivo, en el entendido que le da la ley colombiana -que se estudiará más adelante-, la acción será la popular; si la petición pretende la protección de un grupo, la acción será de grupo. Nótese que bajo esta clasificación el derecho que beneficia la esfera preponderantemente individual de una persona física o moral, será petición para sí; por el contrario, serán acciones populares aquellas que pretenden la defensa de derechos que pertenecen al *común*, a *todo el mundo*; y finalmente, los derechos de grupo y su acción respectiva, se encontrarán en un estadio intermedio entre los dos anteriores.

Bajo los criterios generales ahora expuestos, debemos constatar que el constitucionalismo latinoamericano es muestra del interés por otorgar mecanismos que permitan la defensa de los derechos colectivos, así como los de grupo. En algunos países se regulan de manera expresa y en otros de manera tácita, como lo muestran las frecuentes y nuevas constituciones o reformas constitucionales de los años 90. Así, sólo a título de

---

10. Debemos así tomar posición acerca de si los elementos de la naturaleza son sujetos de derechos, pues en nuestro entender, solo el ser humano lo es. Un planeta sin seres humanos se autorregularía. Pensamos al contrario que la petición a favor del colectivo es la mejor forma de garantizar los derechos colectivos y por ello estamos de acuerdo con el profesor MARTÍN cuando afirma que, "titulares de un derecho subjetivo, los usuarios del medio ambiente pueden ver sus prerrogativas protegidas de manera automática sobre el modelo de los derechos de la personalidad" (MARTÍN, G., *Le droit à l'environnement,* PPS, París 1978, p. 843). También estamos de acuerdo con la siguiente afirmación de BORÉ, Louis: Hasta el momento estas ideas no han prosperado. Si MARGUENAUD, M., cree encontrar en el derecho contemporáneo los primeros signos de una personificación del animal, esta opinión ha sido duramente combatida, al igual que la de STONNE, M., por razones tanto jurídicas como filosóficas. Hoy en día se puede afirmar que solo los seres humanos o los grupos de personas son sujetos de derechos" en *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 32.

11. DIDIER, Philippe, *De la répresentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 391.

ejemplo, en lo que tiene que ver con las referencias expresas, Colombia, como se explicará con mayor detenimiento, tiene normas constitucionales específicas desarrolladas por la ley. Brasil, en el artículo 5°-LXII de su constitución, permite expresamente la acción popular "que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público... para el medio ambiente"; la constitución argentina permite que *toda persona* interponga acción de amparo *contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva generan* (art. 43); la constitución venezolana establece en su artículo 26, que "toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer vales sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos (…)"[12]. En lo que respecta a referencias tácitas, la constitución chilena, por ejemplo, establece en su artículo 19-8 que, toda persona tiene *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, y que "es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza". Igual ocurre con Ecuador en su artículo 86 de la constitución, que además hace referencia expresa a los mecanismos para la reparación e indemnización a los consumidores (art. 92).

Esta postura de garantizar la indemnización de los derechos colectivos y de grupo lesionados está inserta, cuando la lesión proviene del Estado, en la necesidad de predicar su responsabilidad civil como soporte y baluarte del Estado de Derecho. Dicha postura ha sido regulada de manera contundente en casi todos los países de América Latina, como es el caso de Colombia (art. 90 C.P.), de Chile (art. 38 C.P.), de Ecuador (art. 20 C.P.), de Cuba (art. 26), de El Salvador (art. 245 C.P.), de Honduras (arts. 324 y 327 de la C.P.), de Paraguay (art. 39 C.P.), de Uruguay (art. 24 C.P.) y de Venezuela (arts. 30 y 140 de la C.P.).

Se trata entonces de un tema que tiene un amplio respaldo constitucional. Sin que nos atrevamos a afirmar cuál es su real desarrollo en cada país, sí podemos considerar que tiene y tendrá en el futuro próximo un campo de aplicación importante. Intentar entonces un análisis comparativo entre dos sistemas de derecho es de utilidad. Este ensayo se escribe a partir de los casos colombiano y francés, en la medida en que quien lo redacta busca estudiar los dos países. Se intentará entonces desentrañar la forma como opera la protección de los derechos colectivos y los de clase en ambos sistemas jurídicos, revisando en un primer momento la acción de grupo o de clase en derecho colombiano (1), luego la acción popular en el mismo derecho (2), teniendo en cuenta que en Colombia, a diferencia de Francia, existe reglamentación expresa sobre cada acción. Posteriormente nos concentramos en el estudio de la defensa de los derechos de grupo y de los colectivos en el derecho francés (3), para finalizar con algunas conclusiones críticas (4).

---

12. *V.*, como reciente posición jurisprudencial en Venezuela, y a pesar de no compartirse el alcance que se le da a los conceptos de derechos colectivos, difusos, etc., la siguiente Sentencia: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 30 de junio de 2000, Magistrado ponente: CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo, *Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional*: "En este sentido, la Sala considera que si el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla, sin distinción de personas la posibilidad de acceso a la justicia para hacer valor derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, tal acceso debe interpretarse en forma amplia, a pesar del rechazo que en otras partes y en algunas leyes venezolanas, exista contra el ejercicio individual de acciones en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos (...) Conforme a lo explicado, las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia".

Pasemos entonces al desarrollo del plan enunciado, advirtiendo que se hará referencia al derecho procesal sólo en la medida en que sea útil para desarrollar el plan propuesto, y que por consiguiente no se agotarán los elementos que habrían de ser revisados si se tratara de una perspectiva procesalista.

I. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO EN DERECHO COLOMBIANO

La defensa de estos derechos se garantiza mediante el ejercicio de la denominada acción de grupo o de clase, llamada *class action* en el sistema anglosajón, de donde es originaria.

En dicho sistema se le define como "un medio por el cual, donde exista un amplio grupo de personas interesado en una materia, cualquiera de ellas puede iniciar juicio representando a la clase, sin necesidad de reunir a cada uno de sus miembros… Hay condiciones generales para el trámite de cualquier proceso de clase. En primer lugar, que las personas que conformen el grupo sean tan numerosas que sea imposible llevarlas a la Corte, y que el número de representantes sea tal que garantice objetivamente la adecuada representación de todas ellas. Adicionalmente, debe tratarse de un grupo identificable con interés común en los puntos de hecho y de derecho debatidos, que afecte a todas las personas a representar"[13].

En Estados Unidos de Norteamérica la regulación de la *class action* se encuentra en la Regla 23 del Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.). La procedencia de la acción exige que "los puntos comunes de hecho y de derecho del grupo sean predominantes sobre aquellos que afectan sólo los miembros individuales, como también que la acción de clase sea la más propicia para el justo y eficiente fallo de la controversia con respecto a otras acciones disponibles"[14]. Como se observa, en dicho sistema la acción apunta no solo a resolver puntos de hecho y de derecho comunes a varias pretensiones, sino también a la eficiencia de la administración de justicia para no someterla a múltiples y desgastadores procesos. Sus requisitos, de conformidad con el artículo 23.a del referido Federal Rules of Civil Procedure, son los siguientes: "(1) la clase debe ser tan numerosa que juntar a todos sus miembros no sea practicable, (2) los puntos de hecho y de derecho deben ser comunes a la clase, (3) las posiciones de ambas partes deben expresar las típicas de la clase, y (4) los representantes deben proteger límpida y adecuadamente los intereses de la clase"[15].

Estos cuatro requisitos, al decir de los precitados autores, deben acumularse con al menos uno de los tres enunciados por el mismo artículo 23, en su literal b: que la aplicación del *inconsistent standards class* constate que la prejudicialidad de fallos contradictorios afectarían las pretensiones de la clase, en la medida en que ineludiblemente alteraría los derechos sustanciales de quienes tengan las mismas reclamaciones, pudien-

13. *Black's Law Dictionary,* with pronunciations, Sixth Edition, Centennial Edition (1891-1991), Publisher's Editorial Staff, St. Paul, Minn., 1990.

14. BOSTON, Gerald W. y MADDEN, M. Stuart, *Law of environmental and toxic torts, cases, materials, and problems*, Second Edition, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minnesota 2001, p. 929.

15. OWEN, David G., STUART MADDEN, M., y DAVIS, Mary J., *Madden & Owen on Products Liabilitity*, volumen 2, Tercera edición, Ed. West-Group, U.S.A. 2000, p. 739.

do agotar por demás la posibilidad indemnizatoria del responsable, por lo cual es esencial una decisión unitaria (23.b.1); que la actuación o la abstención del demandado sea común a las pretensiones que contengan *injunctions* o declaraciones sin que las indemnizaciones monetarias sean las que primen (23.b.2) y que las declaraciones comunes a favor de la clase predominen sobre las individuales y sean mejores que las que se presentarían en otras vías procesales (23.b.3).

De conformidad con el doctrinante Louis Boré, haciendo una síntesis de su exposición para relacionarla con la explicación que se acaba de hacer, la regla 23 "distingue en realidad tres acciones de clase diferentes"[16]. En la primera (artículo 23.b.1), la acción procede sólo si al admitir diferentes demandas intentadas por o contra cada uno de los miembros del grupo, no se generan dos riesgos. De un lado, el de decisiones contradictorias o divergentes respecto de los diferentes miembros del grupo, resultando para la parte adversa normas de conducta incompatibles. Esta hipótesis sólo se predica cuando la acción pretende que se declaren *injunctions* -de hacer o de no hacer-, que no supongan indemnizaciones pecuniarias. Del otro, sentencias que en la práctica incidirían sobre intereses de otras personas no cobijadas por la decisión o que afectarían sensiblemente sus intereses o las colocaría en dificultad para hacerlos valer. Esta última situación se predica para las reparaciones pecuniarias, como por ejemplo cuando el responsable, al pagar a unos miembros del grupo, queda sin dinero para pagar a los restantes. En la segunda forma de acción (23.b.2), muy utilizada para hacer declarar *injunctions*, como por ejemplo impedir discriminaciones en materia de libertades públicas, en la medida en que la parte vencida actuó o dejó de actuar por motivos aplicables al conjunto del grupo, la *injunction* o la declaración debe cobijar a todo el grupo. En la tercera forma (23.b.3), los puntos de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo son predominantes sobre los aspectos individuales y la acción de grupo debe ser mejor y más eficaz que cualquier otro medio procesal. Al diferenciar las tres formas anteriores de acción de grupo, el doctrinante sostiene que, "en las dos primeras, que corresponden a *class actions* declarativas y de *injunctions*, los puntos de hecho y de derecho comunes a los miembros del grupo son suficientes para que la acción sea admitida. Al contrario, para la tercera forma, …el legislador fue más exigente en la reforma de la regla 23 en 1966, al incluir la indemnización pecuniaria de perjuicios por medio de la acción. Por tanto, es más fácil admitir que una sola persona actúe en nombre de un grupo para hacer cesar una polución, por medio de una *injunction*, que admitir la misma acción para obtener indemnizaciones pecuniarias, razón por la cual la acción de clase en reparación pecuniaria está sujeta a un régimen más estricto que la *class action* en cesación del daño".

En derecho colombiano la acción de grupo está reglamentada en la ley 472 de 1998[17]. Su campo de aplicación es ilimitado en la medida en que se puede predicar de cualquier

16. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, pp. 362 y ss.

17. Dice el artículo 3° de la ley 446 de 1998: "Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios". Dice a su turno el artículo 46 de la misma ley: "Procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reco-

actividad del Estado y aún de los particulares. Opera allí donde se predique que se dan los requisitos legales a la existencia del grupo, como se verá adelante, que la ley establece en mínimo 20 personas, con independencia de que tal número mínimo sea cobijado por la sentencia[18]. A pesar de que existen normas que reglamentan la acción en campos específicos[19], la nueva ley tiene aplicación general. Su caducidad es de dos años contados a partir del acaecimiento del daño (artículo 47) y el grupo es representado por "el actor o quien actúe como demandante… sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder" (artículo 48). Las personas que forman parte del grupo pueden integrarlo desde la misma presentación de la demanda, durante el proceso o aún con posterioridad a la sentencia[20]. En esta última hipótesis, no se "incrementará el monto de la indemnización contenida en ella" (art. 55).

A pesar de la consagracion legal de la acción en derecho colombiano, la doctrina ha criticado[21], con razón, el texto de la ley, que ha generado incertidumbre en su aplicación y que desaprovechó una oportunidad histórica para reglamentar de manera correcta el artículo 88 de la Constitución Política.

Así, por ejemplo, la ley expresó que la acción se ejerce "exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios" (art. 3). Se generó así la duda de si dicha acción también procede, por ejemplo, para eventos en los cuales se

---

nocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios. El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas".

18 Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 25 de abril de 2002, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Rosa Yamile JARAMILLO CHANCI, y otros, exp. AG 0500 1233 10002000030 01: "La Sala no comparte este criterio, pues, tratándose de estas acciones, no es requisito que impida fallar de fondo el hecho de que no fuere posible demostrar, en el trámite del proceso, los perjuicios que reclama el número mínimo de personas que debe conformar el grupo demandante, y tampoco constituye tal hecho un impedimento para la prosperidad de las pretensiones de aquellos que lograron establecer la existencia de todos los elementos de la responsabilidad cuya declaración se solicita".

19. *V.*, decreto 3466 de 1982 conocido como el Estatuto del Consumidor; ley 45 de 1990 para el campo de competencia desleal y uso de información privilegiada en el mercado de valores, sustituida por los artículos 1.2.3.1 y 1.2.3.2. del decreto 653 de 1993.

20. Dice el artículo 55 de la ley: "Integración al grupo. Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo".

21. *V.*, a nivel de ejemplo, TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKensie) Editores, Medellín 2001, p. 27: "Igualmente, pretendemos mostrar los enormes defectos de la técnica legislativa que dicha Ley contiene, pues no tiene perdón que el sueño de una participación democrática de los ciudadanos en la solución inmediata de sus conflictos judiciales, termine convertido en un laberinto de normas sin sentido que mas parecen una maraña elaborada con el fin exclusivo de que los derechos de la víctimas se diluyan ante la confusión normativa"; GUZMÁN BEJARANO, Ramiro, *Procesos Declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Nueva ley de conciliación*, Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2001, p. 168: "Ningún aporte científico hizo la ley al complejo asunto de distinguir los derechos de los intereses, ni tampoco los intereses y derechos colectivos de los difusos, que tantas perplejidad y polémica han suscitado en la doctrina".

busque la nulidad contractual intentada por numerosas personas frente a una cláusula abusiva o aún para eventos en los cuales se pretenda "la posibilidad de que un número plural o conjunto de personas puedan hacer efectivos derechos prestacionales"[22], ejercicios que no ha sido admitidos por la jurisprudencia, que interpreta de manera equivocada, en nuestro entender, el precepto de por sí confuso. Se comparte la inquietud del profesor Tamayo Jaramillo cuando dice que, "lo que una buena legislación debe exigir es que haya una pretensión común basada en unas condiciones uniformes, sin que sea necesario que haya de por medio una indemnización de perjuicios"[23]. En efecto, se estima que en este sentido la ley cometió un craso error, proveniente de la ignorancia respecto de los esquemas procesales foráneos. Pero tal error no puede llevar a considerar, como lo hace el propio profesor Tamayo, que "es triste pero necesario concluir, que las acciones de grupo, solo son procedentes cuando tienen por objeto la indemnización de perjuicios", salvo si en esta afirmación se interpreta de manera amplia, como debe serlo, el significado la indemnización de perjuicios. Si bien una interpretación restrictiva del texto legal limitaría notablemente la acción, no por ello debe considerarse, como lo ha hecho el Consejo de Estado Colombiano en la sentencia referida, que la acción solo procede cuando se trata de indemnizaciones por equivalente dinerario.

Se estima, al contrario y como se ha anotado en la introducción de este escrito, que la indemnización de daños no supone necesaria y exclusivamente la indemnización pecuniaria. Es decir, no debiera admitirse, como ocurre en la precitada sentencia, que se excluyan del ámbito de la acción de grupo las demandas que pretenden, por ejemplo, el restablecimiento de un derecho o aún las de nulidad de negocios jurídicos o las de declaratoria de obligaciones de hacer o de no hacer, pues se olvida que todas ellas también suponen dejar indemne a la víctima. El problema reside entonces en que se ha interpretado de manera restrictiva la ley, limitando el concepto de *indemnización de perjuicios* a los eventos en los cuales procede una indemnización por equivalente pecuniario, lo cual es errado precisamente porque la indemnización también puede proceder *in natura*, esto es, restableciendo el derecho, o, también, estableciendo obligaciones de hacer que no necesariamente tienen equivalencia pecuniaria.

Volviendo a la regulación en Estados Unidos de América, la acción no está sólo concebida para indemnizaciones pecuniarias sino también, y sobretodo, para deprecar declaraciones de hacer o *injunctions*, lo cual no significa que en esta última hipótesis no haya condena para que el demandado restablezca el derecho y/o deje indemne al perjudicado[24]. Bajo este entendido se debe recordar que el *pago* de conformidad con el artículo 1627 del Código civil colombiano, "se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación", con lo cual no se limita la noción genérica de pago a aquél que

22. Consejo de Estado colombiano, octubre 28 de 1999, Exp. AP-003, demandante: Juan José NEIRA GÓMEZ, ponente: DÍAZ BUENO, Javier.

23. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKensie) Editores, Medellín 2001, p. 203.

24. Podemos anotar que la *class action* puede terminar mediante transacción que tiene que ser aprobada por el tribunal y que es bien utilizada en Estados Unidos de América cuando el demandado observa que el demandante tiene buenas pruebas. Por ello se hacen acuerdos, por ejemplo, sometiéndose el demandado a una *injunction* (*Koolauloa Welfare Rigts Group v. Chang*, 652 P. 2d 185, Corte Suprema de Hawai, 1982), a cambiar sus métodos de venta (*Waters v. City of Chicago*, 420 N.E. 2d 599, Corte de Apelación de Illinois, 1981), a otorgar 180 millones de dólares americanos que el representante del grupo debe distribuir en el mismo (In re Agent Orange Product Liability Litigation, 818 f. 2d 145, Segundo Circuito de las Cortes de Apelación, 1987), a distribuir cupones de reducción de mercancías (In re Audi Class action Litigation, Corte del Circuito de Illinois, 1988), etc.

se vierte mediante el equivalente dinerario. Como bien lo anota el Rector Hinestrosa, "indistintamente, tanto en el lenguaje técnico como en el corriente, se dice pagar, solucionar, cumplir, cancelar, satisfacer una obligación, para significar la ejecución de la prestación por parte del deudor y, más ampliamente, la satisfacción del acreedor. Pago (de *pacare*=satisfacer, pacificar, aplacar) o solución es la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea la clase de la obligación…"[25], precisión que reitera que la noción no es exclusiva al pago mediante el dinero. Se estima entonces que es incorrecto considerar que la acción de grupo solo procede cuando se pretende una indemnización pecuniaria, porque ni una interpretación armónica de la ley ni el estudio del derecho comparado permiten una tal conclusión, que por demás llevaría a limitar radicalmente la operancia de la acción.

Pero no ha sido éste el único aspecto que ha generado confusión. En efecto, la redacción del citado artículo 55 de la ley 472 sugiere que la procedibilidad de la acción de grupo está supeditada a la vulneración de un derecho colectivo. Sin embargo, la Corte Constitucional aclaró el punto cuando declaró la constitucionalidad condicionada del artículo estudiado, afirmando que "las expresiones 'derivadas de la vulneración de derechos e intereses colectivos' del artículo 55 de la ley 472 de 1998, solo podrán entenderse ajustadas a la Carta Política, en la medida en que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo, condicionamiento en virtud del cual se declarará su exequibilidad en la parte resolutiva de este fallo"[26]. No se requiere entonces de grandes esfuerzos interpretativos para subsanar la deficiente redacción técnica de la ley, y desechar cualquier duda respecto de que para la procedencia de la acción de grupo se exige haber vulnerado previamente un derecho colectivo, pues dicha acción está instituida para la lesión de cualquier tipo de derecho que pueda invocar el grupo: la acción procede cuando se vulnera un derecho individual, siempre que el mismo esté inserto y se disfrute en razón de la pertenencia a un grupo. Esta posición se apoya también en la lectura desprevenida de los citados artículos 3 y 46 de la ley 472, que no hacen referencia a la necesaria vulneración de derechos colectivos, razón por la cual cabe entender que, "la acción de grupo puede intentarse con independencia de si el daño está o no vinculado con un derecho o interés colectivo"[27].

La expresión legal de *derechos colectivos* expresada en el artículo 55 de la ley 472 no significa lo que el concepto expresa en derecho colombiano, y todo parece indicar que los redactores del texto fueron influenciados por el significado que tiene el concepto en derecho europeo y en particular francés, en los que los derechos colectivos, como se verá, se predican de las asociaciones, sindicatos, etc. Este argumento es suficiente para criticar la solución jurisprudencial de la precitada sentencia del 28 de octubre de 1999 del Consejo de Estado Colombiano, que excluyó la acción de grupo porque "no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados

25. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, I, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2002, p. 561.

26. Corte Constitucional colombiana, agosto 16 de 2000, Exp. D-2770, actor: Néstor Raúl CORREA HENAO, ponente: TAFÚR GALVÍS, Álvaro.

27. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos Declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Nueva ley de conciliación*, Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2001, p. 188.

de relaciones laborales, como lo pretenden en esta oportunidad los actores que se ordene incluir en su asignación de retiro o pensión, la denominada prima de actualización".

Por fortuna tal posición ha sido abandonada, al estimarse que "un derecho colectivo, o cualquier otro, puede ser protegido por la vía de la acción de grupo"[28].

Las acciones de grupo están instituidas entonces, en derecho colombiano, para el resarcimiento *en sentido amplio* de daños que siendo individuales deben haberse sufrido en tanto se pertenece a un grupo de mínimo 20 personas.

Sin embargo, queda el debate acerca de si la legitimación para actuar en tal tipo de acción requiere exclusivamente que se reúnan las mínimo veinte personas exigidos por la ley, o si, por el contrario, deben darse otros requisitos adicionales. La jurisprudencia colombiana ha venido construyendo una posición en virtud de la cual no es solo la pluralidad de 20 demandantes la que permite la procedencia de la acción de grupo. En ocasiones se ha expresado que no basta que se reúna el número de personas exigidas por la ley, sino que, habida consideración de que se trata de un procedimiento privilegiado por el constituyente y por el legislador, debe presentarse un *daño socialmente relevante*. Es por eso que, en el evento en el cual el número de 20 personas exigido por la ley demandó por los perjuicios sufridos por un atentado terrorista, el Consejo de Estado inadmitió la acción de grupo, ya que, "para la procedencia de la acción no basta con que haya una acumulación subjetiva de pretensiones con la sóla exigencia de que los damnificados sean al menos 20. La acción de grupo se diferencia también de las demás acciones reparatorias por la *repercusión social del daño*, en consideración al número de los damnificados y al impacto generalizado que produzca" [29]. En otras decisiones, que son complementarias a la anterior, se ha precisado que el grupo debe existir con anterioridad al hecho dañino, para que pueda gozar del trámite privilegiado. Es por tanto menester que el grupo de personas comparta condiciones uniformes respecto de la causa del daño, entendida ésta como la situación común en la que se han colocado tales personas, que permite identificarlas como grupo antes de la ocurrencia del daño, y con ocasión de la cual, posteriormente, todas resultan perjudicadas"[30], o, en otras palabras, "que debe existir una situación común en la que se colocaron determinadas personas con antelación a la ocurrencia del daño"[31], de lo cual se deduce, como lo afirma la misma sentencia, que "no es el daño, entonces, lo que origina el grupo". Si se afirma que esta última posición no es excluyente con la primera, es porque en la precitada sentencia se afirma que también la *entidad social* es lo que legitima al grupo, de lo cual cabe anotar que el daño debe tener trascendencia social en la medida en que se causó a un grupo que por existir con anterioridad al daño, está privilegiado con la acción. No se trata pues simplemente de una acumulación de pretensiones, porque si así fuera habría de tramitarse como acción de grupo todo proceso de reparación directa que tuviera un mínimo de veinte víctimas, como sería el caso de la muerte de una persona que genere daño a 20 familiares.

---

28. *Consejo de Estado colombiano*, Sección Tercera, 2 de febrero de 2001, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Accionistas de la corporación de ahorro y vivienda, exp. AG 017.

29. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 18 de octubre de 2001, ponente: HOYOS DUQUE, Ricardo, Actor: José del Carmen, VEGA SEPÚLVEDA, y otros, expediente n° AG-25000-23-27-000-2000-0023-01.

30. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 25 de abril de 2002, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Rosa Yamile JARAMILLO CHANCI y otros, exp. AG 0500 1233 10002000030 01.

31. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 2 de febrero de 2001, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Accionistas de la corporación de ahorro y vivienda, exp. AG 017.

Así las cosas, se observa que la jurisprudencia colombiana, con buena razón, está buscando diferenciar la acción de grupo y la acumulación de pretensiones de mínimo 20 personas. Se comparte el propósito, porque se considera que la simple unión de 20 personas no justifica la privilegiada acción de grupo. La acción de grupo no es una acción de reparación directa en *patota*. Tiene que ser algo más, de manera que haga sentido la creación de una acción especial. El daño a tal número de personas debe en efecto tener una *entidad social*, para lo cual se habrán de tener en cuenta varios y disímiles factores, como lo enuncia la precitada sentencia del 2 de febrero de 2001, al afirmar que, "la fuerza semántica del vocablo *grupo* debe traer consigo especiales implicaciones jurídicas, las cuales fueron insinuadas por la Corte Constitucional[32], al afirmar que la pluralidad de personas a la que afecta el daño que se pretende reparar es de una entidad tal, que debe ser atendida de manera pronta y efectiva, es decir, que debe tratarse de un grupo relevante dentro de la actividad social, económica, política, académica -entre otras- del país; igualmente, cuando la Corte aclara que con la acción de grupo se pretende proteger intereses de *sectores* de la población, está indicando que no toda pluralidad de personas configura un grupo de aquellos cuyos integrantes están legitimados para interponer estas acciones".

Pero partir de esta premisa para concluir que, además de la *entidad social* del daño, debe preexistir el grupo al daño, nos parece contrario al espíritu de la acción. Es decir, consideramos que un grupo con *entidad social* se puede formar antes, durante o después de un daño. Varios argumentos nos llevan a sostener esta afirmación. En primer lugar, hay que anotar que en ninguna parte de la ley se encuentra la exigencia de la preexistencia del grupo al daño, concepto que ha sido más bien el fruto de pesquisas jurisprudenciales en aras de lograr definir los contornos de la acción. El artículo 46 de la ley 472 se limita a afirmar que "el grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas", cifra arbitraria que ha podido ser 10 o 200, máxime cuando en derecho comparado no se exige un número plural determinado. En segundo lugar, el hecho de que el mismo artículo exija que las veinte personas deben tener "condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales" y *respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*, tampoco supone la preexistencia del grupo al daño. No se puede deducir del concepto *condiciones uniformes respecto de una misma causa*, establecido en la ley, la exigencia de que el grupo deba ser siempre anterior al daño, salvo si se entiende que las *condiciones comunes* están latentes antes del daño y los individuos que lo sufren se agrupan gracias a su advenimiento. Es decir, no se podría argumentar, para desechar una acción de grupo, el hecho de que el mismo se conformó con posterioridad al daño, siendo que las condiciones que permitieron la producción del daño provienen precisamente de la existencia latente del grupo. Así, por ejemplo, si existe una comunidad que tiene riesgos de ser desplazada por la violencia y que a la postre lo es y por tal motivo se agrupa para solicitar una indemnización mediante la acción de grupo, no se debería rechazar su ejercicio de la acción. Si no se toma una tal interpretación se aniquilaría el concepto de la *entidad social* de un grupo, porque quedaría dependiendo del momento de su creación. Se comparte entonces el análisis serio que hace la precitada sentencia de febrero de 2001, en el sentido de que de nada serviría que la ley haya establecido que para la existencia del grupo deben acumularse tanto "las condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales" como *los elementos que configuran la responsabilidad*, pero no por eso se puede

32. Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-215 de 1999.

concluir que el primer extremo -que en efecto no debe ser lo mismo que la noción de *hecho dañino*-, tiene que ser anterior al daño.

Las *condiciones uniformes* no suponen necesariamente la existencia del grupo como tal, sino la expresión de una vocación grupal que se puede concretar por la existencia del daño. Es pues bajo este entendido que se critica la solución jurisprudencial colombiana, porque si normalmente los grupos se configuran y consolidan con anterioridad a los hechos dañinos, pueden existir eventos en los que no ocurra así. Supongamos el conocido ejemplo, en Argentina, del movimiento de las Madres de Mayo, que se agruparon en virtud de los daños que fueron inferidos a sus *subversivos* hijos durante la dictadura. Pensemos aún en un desprevenido sector de la población que es atacado en su honra por un hecho dañino que los hace reaccionar y conformarse en grupo. Recuérdese que en Estados Unidos de Norteamérica la acción ha tenido mucha importancia frente a las discriminaciones en libertades públicas. ¿Se les negaría la acción de grupo? Nada permite suponer que se llegaría a tal extremo, a pesar de que la conformación del grupo sea posterior a la muerte de los hijos y al hecho de haber recibido la afrenta, porque se estaría así desvirtuando lo esencial a la definición de esta acción, es decir, *la entidad social* del grupo. En este orden de ideas, si bien normalmente el grupo preexiste al daño, pueden darse eventos en los cuales los grupos se conformen como tales con posterioridad al evento dañino, puesto que antes sólo existen en latencia.

Es pertinente esta cita doctrinaria: "la noción de grupo latente designa la situación de un grupo desorganizado". El grupo es latente en el sentido en que está en suspenso. Es posible identificar un conjunto de personas que se pueden unir por un interés colectivo, lo cual permite hablar de grupo; pero dicho grupo no está organizado ni estructurado. En concreto, no tiene posibilidad de expresión. El estado latente del grupo es perjudicial para sus miembros, quienes se encuentran solos frente a las agresiones exteriores. El interés que los une no es igualmente protegido que si se encuentran organizados. Una cierta corriente doctrinal ha resaltado aquí la presencia de intereses difusos, es decir, de prerrogativas que pertenecen a un gran número de individuos en la posición de un grupo latente. Su estado de desorganización no les permite defenderse completamente. El paso de su estado latente al de grupo estructurado es altamente conveniente para sus miembros. Sin embargo, este proceso, paradójicamente, no se hace espontáneamente. El análisis sociológico de los fenómenos colectivos ha demostrado que la latencia es la situación normal de los grupos... la estructuración del grupo reside en la movilización y en la organización de las personas que el organizador del grupo considera deben pertenecer a él. Se debe identificar claramente aquello que define el grupo, es decir, dar a conocer el interés colectivo del grupo. En el caso de una asociación defendiendo una gran causa, es precisamente dicha causa la que debe ser promovida. Pero además, y es el punto para nosotros más importante, debe existir en las personas que se busca unir, el sentimiento de que comparten el interés del grupo, o, dicho de otra manera, que ellas pertenecen al grupo. La estructuración se presenta así como un proceso de maduración sicológica de una forma de conciencia que identifica. Para retomar la terminología marxista, se debe desarrollar una conciencia de clase. Este trabajo de identificación está repleto de inconvenientes"[33].

Con apoyo en la anterior cita doctrinaria, la posición jurisprudencial colombiana que hace de la conformación del grupo con anterioridad al daño, un elemento esencial a la

33. DIDIER, Philippe, *De la répresentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 360.

definición de la acción, debe ser complementada. Bien puede ocurrir que el grupo sea latente al momento de advenimiento del daño y que, al presentarse, se pasa al estado de su estructuración. En esta hipótesis también debe proceder la acción, en tanto, los grupos pueden brotar espontáneamente dependiendo de si se presentan o no los elementos que unifican los intereses de los individuos por su intermedio. Así las cosas, el elemento central a la definición del grupo residirá en el hecho de qué individuos tienen derechos comunes lesionados y no tan solo la sumatoria de lesión de derechos individuales. Es el caso de la acción de grupo de una comunidad amenazada que a la postre fue masacrada: no es la muerte de cada individuo la que genera la acción de grupo, sino el estado de intereses comunes en tanto comunidad lo que permite predicar su conformación en grupo. Con este criterio se desecha entonces la acción de grupo intentada, por ejemplo, por 20 familiares de un muerto, en la medida en que los de los 20 individuos son derechos que no pasan por el prisma del grupo, como también ocurre en el precitado caso de la bomba terrorista. De allí que, como se ha dicho, la acción de grupo es intermedia entre la acción individual y la acción popular. La posición jurisprudencial colombiana estudiada no puede, entonces, llevar al extremo de negar que la conformación de grupos puede darse precisamente por la afrenta a derechos que son comunes a los individuos que lo conforman y que se agrupan con posterioridad a los daños.

En este punto puede ser de ayuda el derecho comparado. En los Estados Unidos de Norteamérica, "toda acción comienza por una declaración de certificación por medio de la cual el juez verifica que la *class action* instaurada satisface una serie de requisitos que, de una parte, apuntan a la superioridad de tal acción sobre las otras existentes y, de la otra, a la calidad de la representación del grupo"[34]. A pesar de que en dicho sistema no hay un número plural mínimo ni máximo exigido para la procedencia de la acción[35], el juez es muy celoso, según el mismo autor, en observar si las diversas pretensiones del grupo pueden ser acumuladas en un solo proceso, sin que por ello se convierta en acción de grupo. En este sentido el sistema de Quebec enseña, en el artículo 1003 del Código de procedimiento civil, que procede la acción de grupo cuando "la composición del grupo hace difícil o poco práctica la aplicación de los artículos 59 o 67", es decir, aquellos sobre la acumulación de pretensiones. Por eso la utilidad de la distinción entre la acción de grupo y la acumulación de pretensiones individuales, al momento de definir la acción. Si las acciones individuales pueden ser acumuladas sin que se alteren los derechos individuales, es porque no se está en presencia de una acción de grupo. Al contrario, si la acumulación de procesos es dispendiosa y genera excesivas dificultades procesales en el cual cada individuo pretende un derecho que se goza en tanto se pertenece al grupo, debe ser admitida la acción de grupo. Aún más, puede llegar a ocurrir, como lo muestran los Estados Unidos de Norteamérica, a pesar de que la hipótesis sea excepcional, que "el juez pueda admitir la *class action* solo respecto de ciertos puntos del litigio. Podrá así admitir la acción únicamente en lo relacionado con la existencia

34. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 360.

35. Existen casos en los cuales se rechazan demandas instauradas por grupos de 5 personas (*Kane v. Sierra Lincoln-Mercury Inc.*, 533 p. 2d 464, Corte Suprema de Nevada 1975), de siete (*Shomberg v. Club Med. Inc.*, N.Y.L.J., 1 junio de 1978, p. 10, Corte Suprema de New York 1978) o de treinta y dos (*O'Halleron v. L.E.C. Inc.*, 471 So. 2d 752, Corte de apelación de Louisiana 1985), pero también se han admitido acciones de grupos de treinta personas (*Garnet Malley School District Court v. Hanlon*, 327 A. 2d 215, Pennsylvania Common Pleas 1974), llegándose a extremos de aceptar acciones de cinco millones de personas (*Lazar v. Hertz Corp*., 191 Cal. Rptr. 849, Corte de apelaciones de California, 1983) y aún de diez y seis millones de personas (*Feldman v. Quick Quality Restaurants Inc.*, N.Y.L.J., 22 de julio de 1983, p., 12, Corte Suprema de New York, 1983).

del hecho dañino y enviar el problema de los daños y del nexo de causalidad a las acciones individuales"[36].

En lo referente a los tipos de grupo que pueden ser representados en una acción, se observa que pueden existir tanto grupos *cerrados* como *abiertos*. La primera hipótesis se presenta en los eventos en los cuales se conoce desde el inicio de la demanda los componentes del grupo. Esta es la hipótesis que está siendo más utilizada en Colombia. La segunda hipótesis supone que no se puede conocer desde el inicio de la demanda la cantidad exacta de los componentes del grupo, a pesar de que se den los parámetros para determinarlo[37], teniéndose en cuenta que la carencia de los elementos suficientes para tal efecto supone la inadmisión de la demanda[38]. Nótese que lo ya afirmado sobre los grupos latentes y los grupos estructurados puede también ser de utilidad en este aparte, puesto que, normalmente, los grupos estructurados son cerrados, a diferencia de lo que ocurre con los latentes. Si bien tanto en uno y otro caso se exige la delimitación del grupo, lo importante es resaltar que en los eventos de los grupos *abiertos* la notificación permitirá que se hagan presentes aquellos que lo deseen y aún más, que se pueden presentar sentencias cuando miembros del grupo no se enteraron siquiera de la existencia del proceso. Es por esto que en Estados Unidos de Norteamérica, "existen dos modos diferentes de definición del grupo. En el sistema del *opt in* solo las personas que expresamente manifestaron su voluntad de adherir al grupo son vinculadas por la decisión pronunciada. En este caso no hay ninguna afrenta al derecho de acceso a la justicia porque cada miembro del grupo expresó su voluntad de ser parte en el proceso. En el sistema del *opt out*, al contrario, solo las personas que rechazan expresamente ser parte del grupo no serán vinculadas por la sentencia. Se puede por tanto perder el derecho de acceso a la justicia sin siquiera haber conocido la existencia del proceso"[39]. Esta distinción no se trabaja como tal en la ley colombiana, que se limita a afirmar que en cualquier evento la notificación se surte "a través de un medio de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz" (artículo 53). Ello no impide afirmar que se estima que para los eventos de grupos *cerrados* se debe buscar una notificación personal en tanto que para aquellas de los grupos *abiertos* se puede acudir a los medios masivos de comunicación de la manera más eficaz posible. Recuérdese que "la regla general es la de que como el demandante representa a todos los miembros del grupo, en principio estos tienen la calidad de partes y están representados por el actor, y lo que en el proceso se decida tendrá efectos frente a todos"[40], con lo cual se puede llegar a hipótesis en las

36. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 366.

37. En este sentido afirma el numeral 4 del artículo 52 de la ley 472, relativo a los requisitos de la demanda: "4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo".

38. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 1 de junio de 2000, ponente: HOYOS DUQUE, Ricardo, actor: Kilian Joaquín ÁVILA GUTIÉRREZ, y otro, exp. AG-001: "Ni de la demanda ni del escrito de impugnación de la providencia pueden establecerse criterios claros para identificar a los demás demandantes, pues tal como se señaló antes, se refiere el actor inicialmente a un sector y a un hecho causante del daño ocurrido en un lapso determinado, los cuales se generalizan posteriormente de tal manera que no es posible identificar a los afectados con el hecho".

39. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 414.

40. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, "De las acciones populares y de grupo", en la obra colectiva *Reformas a la legislación comercial*, Colegio de Abogados de Medellín y Editorial Dike, Bogotá D.C. 1999, p. 195.

cuales el miembro del grupo ni siquiera se entera de la existencia del proceso ni de su sentencia, y puede sin embargo ver vulnerado su derecho.

Esta situación ha permitido que se hagan críticas al sistema del *opt out*, en la medida en que se viola el principio de contradicción porque el titular del derecho no tendrá la oportunidad de hacer presencia en el proceso[41]. Es decir, en la acción de grupo precisamente se corre el riesgo de debilitar la disposición individual de derechos y por ello se estima sano tratar por todos los medios procesales que ello no ocurra, para no caer precisamente en la hipótesis de excepción de la cosa juzgada para el evento en el cual *hubo graves errores en la notificación* (literal b del artículo 56 de la ley 472). Por demás, bajo esta interpretación, la lógica de los artículos 55 y 56 de la ley 472 se respeta con mayor aprieto.

Es claro que uno de los elementos esenciales de la acción de grupo es el de que la sentencia vincula a todos sus miembros, salvo que expresamente se hayan excluido (art. 56). Si no lo hicieron, la sentencia vinculará a todos los que lo componen (art. 55), de suerte tal que quien no concurrió al proceso verá su derecho fenecido porque la sentencia produce cosa juzgada respecto del demandado, con el agravante de que si se hace presencia con posterioridad a la sentencia, "no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas" (art. 55). No es que se considere que el sistema del *opt out* genere violación de derechos, entre otras porque el principio de la contradicción, cuando no se trata de materia penal, puede ser objeto de limitación legal para los demandantes, pero es indiscutible el riesgo de que resulte lesionada la persona que no se entera de los efectos de una sentencia que la cobija.

La lógica de la acción de grupos *abiertos* es interesante también desde otra perspectiva: rompe el tabú del carácter personal del daño como requisito del mismo, porque supone que se indemnizan daños que no se sabe exactamente qué personas lo sufrieron. En efecto, en la hipótesis en las cuales la acción de grupo es procedente para grupos abiertos o indeterminados, bien puede ocurrir que no todas las personas que se benefician con la indemnización hayan sufrido perjuicio. Tomemos tres ilustrativos ejemplos del derecho comparado. El primero, de Quebec, narrado en los siguientes términos por el doctrinante Boré: "En el fallo *Viau c. Sindicato canadiense de la función pública* el demandante solicitaba 20 dólares de daños por usuario, para reparar el perjuicio que le había causado una huelga en el servicio de transportes en común, después de las tres de la tarde. El tribunal calculó que en promedio 52.310 pasajeros habían usado el transporte durante el mes de huelga después de la hora dicha. Multiplicó 20 dólares por 50.000 y condenó al sindicato responsable de la huelga ilegal a un millón de dólares para reparar el perjuicio… Si el juez escoge la distribución colectiva de la indemnización, puede ordenar la ejecución de cualquier forma reparadora de su escogencia, como otorgar bonos de rebaja a las víctimas, reducción temporal de los precios del demandado, disminución del valor de la mensualidad de los miembros del grupo, otorgamiento de una indemnización a un organismo que podrá hacer beneficiar a las víctimas. Así, en el fallo *Viau* el tribunal ordenó al sindicato responsable pagar un millón de dólares a la sociedad de transportes en común para que ésta, en contrapartida, diera un número de viajes

41. *V.*, FRISON-ROCHE, M.A., *Généralités sur le principe du contradictoire*, Tesis sustentada en París II, 1998, n° 85.

gratuitos a sus usuarios"[42]. El segundo, conocido como el caso de los *Yellow Cabs* en los Angeles, narrado de la siguiente manera por el autor en otro escrito: "En el fallo Taxis Amarillos de los Angeles, que habían realizado una alza ilegal en las tarifas, el juez ordenó la reducción equivalente del precio del alza ilegal durante un mismo período de tiempo. Esta solución se sustentó en el precio exorbitante que hubiere costado la identidad de todas las personas que habían cogido un taxi durante dicho tiempo y en la imposibilidad para la mayoría de probar el monto del pago ilícito realizado, así como sobre la idea de que al ser permanente la mayoría de los clientes, serían ellos quienes se beneficiarían de la indemnización"[43]. El tercer caso que, a pesar de no haber dado lugar a una condena a favor de un grupo, puesto que fue en territorio francés donde, como se verá, tal acción no existe, sí permite ilustrar lo que aquí pretendemos mostrar: "En el litigio vinos *Margnat*, botellas que se anunciaban con 150 centilitros de contenido, en realidad tenían 148,6. La cantidad faltante representaba 7 centavos de franco y el productor había vendido 200 millones de botellas durante cuatro años, lo cual arrojaba una ganancia ilícita de 14 millones de francos"[44].

Nótese que en estos eventos los beneficiarios de la indemnización no son necesariamente los mismos que sufrieron daño, porque bien puede ocurrir que un turista recién llegado a la ciudad goce de la declaratoria de responsabilidad y viaje a menor costo y consuma más vino. Se presenta pues una disfunción entre quien sufre el daño y quien se beneficia de su indemnización, con lo cual se atenta frontalmente contra el carácter personal del daño. Este tipo de casos se presenta en lo que se denominan *daños mínimos* y que precisamente dan lugar a lo que también se denomina *reparaciones fluídas*. Sin embargo, esta hipótesis en la cual la indemnización puede beneficiar a quien no sufrió el daño, tiene un alcance específico que no debe alarmar frente a la teoría general del daño: su campo de acción es tan solo el de la acción de clase, y al interior de esta, el de las acciones en las cuales el grupo es *abierto* o *indeterminado*. Esto significa que el título lesionado pertenece a un grupo, conformado por individuos potenciales y variantes, que será realmente el beneficiario de la indemnización. Además, debe tenerse en cuenta que el título que sustenta el derecho a reclamar es utilizado por un individuo que por ser parte del grupo puede representarlo, razón por la cual sigue vigente el carácter personal del daño, aunque, hay que reconocerlo, bajo otra forma de expresión. El hecho de que la indemnización no beneficie individualmente a cada persona que haya cogido un taxi o el transporte público o comprado una botella de vino, proviene de la imposibilidad fáctica de lograr hacerla beneficiaria de la misma, lo cual no impide, al menos en teoría, que pueda lograrse.

Para finalizar con los comentarios sobre esta acción en derecho colombiano, se debe anotar que también se ha admitido para la prevención de daños contingentes y no solo para la indemnización de perjuicios causados o consumados, ampliándose así su espectro en la medida en que se da a la responsabilidad civil una función más completa que le permite reparar daños que, sin ser consumados, están en proceso de serlo. Así, en sentencia del 24 de agosto de 2000, se reparó a los propietarios de viviendas mal contrui-

---

42. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 392.

43. BORE, Louis, "L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative", *RFDA*, 1996, p. 547.

44. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 405.

das, con lo cual se toma la posición tradicional de reparar daños consumados, pero al mismo tiempo se ordenó "tomar las medidas necesarias y realizar las obras correctivas de drenaje y contención suficientes para detener los empujes del terreno que proviene del deslizamiento activo de los barrios"[45] contiguos, con lo cual se protege también un daño inminente. Se insiste en que dicha función *preventiva* también concierne la responsabilidad civil, porque frente a la aminoración de bienes, que se produce por el solo hecho su amenaza y su repercusión en el valor de las viviendas, se impide que tal desmedro pase a mayores.

Se reitera entonces que está acción está concebida para daños que, siendo individuales, requieren de su pertenencia a un grupo para poder ser indemnizados por dicha via procesal. Como se verá a continuación, esta hipótesis es diferente a la de la afrenta a derechos colectivos.

II. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN DERECHO COLOMBIANO

Los casos que plantean una verdadera apertura de la legitimación para demandar la indemnización de daños, son aquellos en los cuales una o varias personas son habilitadas para pedir una indemnización a favor de la colectividad y no en su nombre propio, ni siquiera mediando la pertenencia a un grupo. En tal caso se presentan "acciones propuestas por numerosos sujetos *exponenciales*"[46]. La acción típica y exclusiva en derecho colombiano para tutelar los derechos colectivos, es la popular.

La acción popular se remonta al derecho romano, pero en dicho derecho no era la acción que hoy conocemos con tal nombre: "la acción popular no fue para los romanos la acción abierta a todos en interés de la ley que hoy en día se concibe. Interpuesta en ocasiones por un interés privado, pero sirviendo siempre al interés público, tenía un carácter híbrido"[47]. Esta mixtura era normal en la medida en que bajo la República romana el interés público y el privado no se disociaban radicalmente, a punto tal que el individuo podía ejercer funciones estatales. Por eso, con independencia de que el punto deba ser profundizado, que no es objeto del presente escrito, se debe dejar en claro que no se puede hacer una transposición automática entre la acción popular en el derecho romano y la de hoy en día, pues el mero hecho de la existencia de aquella en Roma no impide anotar sus profundas diferencias con la actual[48].

---

45. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 24 de agosto de 2000, expediente AG 99-001, Marcos, YESID GARCIA, contra Alcaldía Mayor de Bogotá.

46. CARANTA, Roberto, *La responsabilità extracontrattuale della publica amministrazione. Sistemi e Techniche*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1993, p. 432. La frase la escribe el autor al hablar de los intereses colectivos y de la forma como pueden ser protegidos.

47. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 145.

48. En aras de ilustrar someramente el contexto en el derecho romano, se transcribe el siguiente párrafo de la obra citada de BORÉ: "El derecho romano hacía una *summa divisio* entre los crímenes públicos y los delitos privados. Bajo la República romana, los primeros podían ser perseguidos por cualquier ciudadano a nombre del interés público por intermedio de una *acción pública* (corresponde por tanto a lo que hoy en día denominamos *acción popular*), en tanto que los segundos no podían ser perseguidos sino por la o las víctimas privadas, por intermedio de lo que se denominaba *acción penal*. En el primer caso, la condena pecuniaria iba a las arcas del Estado, mientras que en el segundo, iba para el demandante. La acción popular, consagrada poco a poco por la ley y por los edictos

En derecho colombiano las acciones populares tienen una larga tradición normativa, como quiera que ya en el Código civil de 1887 se encontraban reguladas[49]. Sin embargo, la utilización de esta acción pasó casi inadvertida durante más de 100 años, razón por la cual se comparte la apreciación del profesor Tamayo Jamarillo cuando afirma que "esta norma, que ha pasado prácticamente inadvertida en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una dimensión insospechada en cuanto tenga que ver con daños producidos por contaminación ambiental y por riesgo nuclear; es así como los diferentes grupos de presión, en muchos países, luchan por instaurar la institución de la acción popular, pues solo de esa forma se podrán eliminar los problemas que presenta la exigencia según la cual sólo la víctima está legitimada para demandar en responsabilidad civil"[50].

La situación cambió radicalmente a partir de la ley de 1998, año desde el cual ha existido un incremento notorio en el ejercicio de la acción. Por ello Colombia es un país privilegiado en este aspecto, porque cuenta con mecanismos legales que superan cualquier discusión sobre la protección de los derechos colectivos y el alcance de la legitimación para actuar en su defensa. Tanto la noción de derecho colectivo como la de acción popular están manifiestamente anclados en dicho sistema.

La publicación de la citada ley 472 de 1998, que concretó varios proyectos legislativos sobre el tema[51] y desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política[52], ha reglado

---

de los pretores, se sitúa a medio camino entre estas dos acciones y es por ello que las condiciones exactas de su régimen han sido muy controvertidas. Muchas polémicas se han dado para determinar si el demandante invocaba en esta acción un interés personal o uno general. IHERING y BRUNS se inclinaban por la primera solución, mientras que MOMMSEN y RUDORF defendían la segunda. Los interesantes desarrollos de HENRI, Robert en su tesis permiten pensar que había parte de verdad en ambas posturas. En efecto, varias personas podían presentarse delante del pretor para reivindicar el derecho de ejercer una acción popular contra una u otra infracción".

49. Dice el artículo 2359 del Código civil: "Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción". Esta norma debe también ser leída en concordancia con el artículo 1005 del Código Civil, que enuncia: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad". También se debe tener en cuenta el artículo 1006 del mismo Código cuando establece que, "las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competen a los inmediatos interesados".

50. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo II, "De los perjuicios y su indemnización", editorial Temis, Bogotá D.C. 1986, p. 80.

51. Con anterioridad a la promulación de la ley existieron los siguientes proyectos de ley sobre el tema: Proyecto de ley 05 de 1995 de la Cámara, acumulado con el 84 del mismo año e institución, que está publicado en la Gaceta del Congreso, año IV, n° 493, del jueves 28 de diciembre de 1995; proyecto de ley 024 de la Cámara, por el cual se reglamenta el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares, publicado en la Gaceta del Congreso, año IV, n° 217, del miércoles 2 de agosto de 1995; proyecto de ley 005 de 1995 de la Cámara, publicado en la Gaceta del Congreso, año IV, n° 207, del jueves 27 de de julio de de 1995.

52. Dice el artículo 88 de la constitución política: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

de manera exhaustiva pero confusa la materia, al decir de la doctrina[53] y de los propios miembros del Consejo de Estado[54]. De todas formas, de su formulación se observa que los derechos que fueron definidos como colectivos son más amplios y precisos que aquellos enunciados por la Constitución Política en términos enunciativos[55], con lo cual se puede anotar que la definición de derecho colectivo en Colombia es la que se deduce de los anteriores ejemplos que la ley da de los mismos.

Las acciones populares se definen en la ley como "los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos", enumerados en su artículo 4 precitado. Tales acciones "se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible" (art. 2). Desde este punto de vista la acción popular tiene dos facetas: la preventiva y la restitutoria. Por la primera, se busca tanto evitar como hacer cesar la afrenta al derecho colectivo, con lo cual se observa que la función será diferente en uno y otro caso: si de evitar se trata, se esta típicamente frente a una función preventiva -nótese la similitud con la acción de tutela o de amparo, mientras que si se trata de hacer cesar, se está en la faceta restitutoria en la parte del daño que ya inició su consumación y de la preventiva en aquella que está en ciernes. Ahora, en cuanto a la función restitutoria, es apenas natural que se trata de "volver las cosas a su estado anterior cuando fuere posible" o de indemnizar por equivalente pecuniario cuando no se puede volver a dicho estado. Aunque la hipótesis normal será aquella en la cual la petición pretenda hacer volver al estado anterior el derecho colectivo lesionado, bien puede ocurrir que por haberse consumado la lesión del derecho y por no existir la posibilidad de restituirlo *in natura*, sólo proceda la indemnización pecuniaria del derecho lesionado. Es decir, la acción popular puede buscar principal y exclusiva-

---

53. *V.*, entre los críticos de la ley: TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKensie) Editores, Medellín 2001; BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *De las acciones populares y de grupo, en la obra colectiva Reformas a la legislación comercial*, Colegio de Abogados de Medellín y Editorial Dike, 1999.

54. *V.*, las dicientes palabras del Consejero de Estado HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, "Una regulación legal oscura, confusa y, en ocasiones, contradictoria de las nuevas acciones ha sido determinante en la ausencia de claridad y coherencia en la solución de los casos concretos que, en número creciente, se resuelven en los estrados judiciales", *in La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares*, no publicado.

55. Dice el artículo 4° de la ley 472 de 1998: "Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; j) El acceso a los servicios público y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas o nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley".

mente una indemnización pecuniaria del derecho colectivo lesionado[56]. Esta presentación coincide con lo expresado en el artículo 34 de la ley 472, cuando al referirse a la sentencia, expresa que la misma "podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuera físicamente posible"[57]. Desde la perspectiva que se maneja en este escrito, las dos facetas comentadas suponen la noción de daño, porque el derecho colectivo es aminorado -caso de reparación o cesación de la afrenta- o porque su aminoración es inminente y se trata de impedir su consumación -caso de prevención. En ambos casos hay formas reparadoras, tanto de la aminoración del derecho como de su amenaza.

La legitimación para la defensa de tales derechos colectivos se encuentra reglamentada en el artículo 12 de la ley, en el que, a más de permitir la titularidad de la acción a "toda persona natural o jurídica", se permite para otras personas públicas o privadas (Procuraduría, Defensoría, ONGs, alcaldes, etc.). Como es normal, dada la naturaleza del derecho que protege la acción así por el carácter público de la misma, no hay caducidad para el ejercicio de la acción, a punto tal que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la acción para el evento en el cual "esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior"[58], que se contemplaba en "cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración" (artículo 11).

Puesto que la acción procede para la protección de todo derecho colectivo, su campo es tan amplio como lo es el listado de tales derechos. Así, por ejemplo, por medio de esta acción se ordenó, para proteger el derecho a la moralidad administrativa y al patrimonio público, la devolución de unos dineros que el Estado había conciliado con unos particulares a raíz de la terminación de un contrato estatal[59]; se ordenó suspender la actividad de un cable de transporte aéreo, pero el Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia, entre otras, frente a la revuelta de los usuarios directos del cable[60]; se ordenó reabrir un hospital público que por falta de dinero había sido cerrado[61]; se ordenó a un municipio adoptar las medidas que técnicamente sean más convenientes,

---

56. Se está de acuerdo con la conclusión a la que llega sobre el punto el profesor TAMAYO JARAMILLO en la p. 170 de su libro ya citado: "En conclusión, creemos que la acción popular también es perfectamente posible así se trate exclusivamente de cobrar la indemnización de un daño colectivo ya causado".

57. Se considera desafortunada la exigencia de que la condena al pago de perjuicios se hará "en favor de la entidad pública no culpable", pues se estima que confunde la guarda y administración que pueda tener la persona pública de un derecho que por ser colectivo pertenece precisamente al *común*, con la calificación que pueda hacerse de la actuación o de la omisión de la entidad pública, que en nada incide sobre la necesidad de reparar el derecho. En el evento en el cual la persona pública culpable es la misma que tiene a su cargo el derecho colectivo, lo cual puede ocurrir con frecuencia, el juez habrá de ser creativo en aras de garantizar la indemnización del daño ora a favor de otra persona pública, relacionada con el derecho colectivo lesionado y con la indicación expresa de cuál es la finalidad de la indemnización, ora a favor de la misma entidad, con la salvedad de que habrá de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, bajo el argumento de que la prevalencia del derecho sustancial supone que no se puede dejar sin indemnización un derecho colectivo que constitucional y legalmente tiene que ser reparado.

58. Corte Constitucional colombiana, abril 14 de 1999, C-215.

59. Consejo de Estado colombiano, 31 de mayo de 2002, Exp. AP-300, actor: Contraloría General de la República y otros, ponente: LÓPEZ DÍAZ, Ligia.

60. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 14 de junio de 2001, Exp. R-075, actor: Luis Miguel SABOGAL CAMARGO, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier.

61. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, 21 de noviembre de 2001, Exp. AP-120, Actor: Defensoría del Pueblo, ponente: RENGIFO, Carmen Alicia.

mediante las cuales se garantice el consumo de agua potable de un corregimiento y la implantación de un mecanismo de tratamiento de las aguas residuales de los alcantarillados de otros corregimientos[62]; se ordenó invertir en el mejoramiento de una iglesia colonial, considerada patrimonio histórico, que amenazaba ruina[63]; se suspendió, por violación de los derechos a la moralidad y a la seguridad públicas, la construcción de un estadio de fútbol que habia sido contratado por un municipio y se ordenó que el terreno y la parte ya construida fuera utilizada para fines diferentes[64], etc.

Como se puede observar por los ejemplos citados, la defensa de los derechos colectivos está generando enormes problemas cuando mediante una acción popular se cuestiona la validez de actos administrativos unilaterales o aún contractuales. En este punto se plantea entonces el problema de determinar si la acción popular y los derechos que defiende, tienen o no la posibilidad de anular derechos de distinta naturaleza que puedan estar concedidos en otros actos de la administración. El ejemplo del estadio de fútbol, precitado, es diciente: ante el contrato administrativo en ejecución, suscrito entre la alcaldía municipal y el consorcio constructor, el Consejo de Estado ordena *que se suspendan inmediatamente las obras…* y ordena también a la alcaldía "que realice un estudio, que debe iniciar en un término máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, para determinar el uso al que puede destinarse el terreno adquirido y las obras adelantadas hasta el momento". Es decir, por la vía de la defensa de los derechos colectivos se llega a la suspensión del contrato y de las obras que se habían adelantado!

En el precitado escrito del Consejero de Estado Alier E. Hernández Enríquez se da cuenta del problema y cita dos tesis principales que pueden ser concebibles ante el mismo.

La primera, llamada negativa, que supone la imposibilidad de anular actos administrativos mediante la acción popular, habida consideración de que tales actos gozan de presunción de legalidad y de que existen otros tipos de acciones para su anulación. El Consejo de Estado colombiano la ha aplicado en algunas ocasiones, afirmando, por ejemplo, que no se puede anular una licencia ambiental que supuestamente ha vulnerado un derecho colectivo, puesto que "ese acto administrativo se presume legal mientras no exista una decisión judicial que lo suspenda o lo anule, providencia que deberá adoptarse por vía diferente a la acción popular y dentro de un juicio procesalmente impulsado por quienes tengan legitimidad para ello"[65].

La segunda, denominada positiva, permite la anulación de los actos y/o contratos administrativos mediante la acción popular, teniendo en cuenta que dicha acción es autónoma y no subsidiaria y que su finalidad es la protección de derechos colectivos, que son de naturaleza superior y especial. En palabras de la Corte Constitucional, tales derechos "versan sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o

62. Consejo de Estado colombiano, Sección Cuarta, 14 de septiembre de 2001, ponente: PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel, actor: Defensoría del Pueblo, exp. AP-162.

63. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 20 de septiembre de 2001, Exp. AP-125, actor: Jaime, UMAÑA DÍAZ, ponente: GIRALDO, María Helena.

64. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 7 de junio de 2001, Exp. AP-166, Actor: Manuel Jesús BRAVO, y otros, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier E.

65. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, mayo 18 de 2000, Expediente AP-038. *V.* en igual sentido: Sección Segunda, marzo 23 de 2000, Expediente AP-025; Sección Cuarta, marzo 31 de 2000, Expediente AP-005.

ataca bienes tan valiosos para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona sino de toda una sociedad"[66]. Gracias a esta posición teórica se han podido proferir sentencias como la ya citada del estadio de fútbol, pero también otras en las cuales, por ejemplo, se ordena "a la Alcaldía Municipal de Ibagué y a la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado que suspendan inmediatamente el proceso de concesión de la empresa demandada, hasta tanto se adopten las medidas necesarias para tomar en cuenta los balances y los estados que reflejen la realidad financiera de la empresa y, luego, con base en los mismos, se defina el esquema de gestión empresarial que asegure la prestación eficiente del servicio público de acueducto y alcantarillado de todos los habitantes del Ibagué"[67], con lo cual se muestra una intromisión real en los contratos administrativos[68], o, aún casos en los cuales, si bien no se anula un acto administrativo que distribuía la contribución de valorización por la construcción de una carretera, sí se estudió la legalidad del mismo, concluyéndose que por ajustarse a derecho no violaba el derecho colectivo[69].

La evolución del derecho colombiano frente a la nueva normativa de las acciones populares está por consolidarse, lo cual no impide declarar nuestro acuerdo con la segunda posición jurisprudencial reseñada. En efecto, se debe anotar que los derechos colectivos generan derechos subjetivos en cabeza de cualquiera persona de la comunidad, quien podrá proteger la amenaza o vulneración de los mismos obligando a quien o a quienes lo están amenazando o vulnerando, a su reparación o a la cesación de su amenaza. Más importante aún: el daño colectivo es un daño de mayor envergadura que el daño individual, razón por la cual aún en los eventos en los cuales la reparación del daño colectivo suponga la aniquilación de los derechos individuales, éstos deben ceder ante aquellos[70].

---

66. Corte Constitucional colombiana, 14 de abril de 1999, Expediente C-215.

67. Consejo de Estado colombiano, Sección Quinta, 24 de agosto de 2001, ponente: QUIÑÓNEZ PINILLA, Darío, actor: Procurador Provincial de Ibagué, exp. AP-100.

68. Consejo de Estado colombiano, Sección Primera, 24 de mayo de 2001, ponente: NAVARRETE BARRERO, Olga Inés, actor: Personero municipal de Sopó, exp. AP-076, en donde el Consejo de Estado, al contrario de lo que había decretado el tribunal de instancia, admitió una demanda cuestionando un contrato de compraventa finiquitado. Dijo lo siguiente: "Por el contrario, del texto de las normas transcritas se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser quebrantado por actos, acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones administrativas, lo que significa que es al resolver la controversia cuando el juzgador deba pronunciarse sobre la legalidad de esos actos, acciones u omisiones. El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular".

69. Consejo de Estado colombiano, Sección Primera, 9 de noviembre de 2000, Expediente AP-119.

70. Se comparte íntegramente la siguiente afirmación de BOTERO, Luis Felipe, que da otro argumento importante para sustentar la posición que aquí se defiende y que la plasma en uno de sus múltiples comentarios al citado libro del profesor TAMAYO JARAMILLO (p. 178): "3. En cuanto a la posibilidad de impugnar un acto administrativo a través de una acción popular, me permito agregar en defensa de tal posibilidad lo siguiente: el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo contempla como causal de revocación de los actos administrativos, en su inciso segundo, lo siguiente: 'cuando no estén conforme con el interés general o social, o atenten contra él'. Esta norma me parece encuadra de manera singular en la conclusión que en este párrafo y líneas anteriores se defiende. Basta con que un acto *atente* (lo que en la ley 472 equivaldría a amenaza o daño contingente) contra el *interés público o social* (podría asimilarse esta terminología con el derecho o interés colectivo aunque no necesariamente coincidan ambos términos) para que deba ser revocado por la propia administración, entonces, con mayor razón debe ser anulado en sede judicial motivada por una acción popular cuando viole un derecho o interés colectivo. Aún mas, si de la protección de un derecho subjetivo patrimonial no fundamental se puede anular un acto administrativo (acción de nulidad y restablecimiento del derecho), con mayor razón debería serlo para la violación de un derecho colectivo".

Se presenta de esta manera una jerarquización de los daños, en donde la reparación de aquellos que se consideran de mayor entidad -los colectivos- puede conllevar, dado el caso, a la vulneración de derechos individuales adquiridos.

Y aunque tal posición puede generar incertidumbre jurídica, se piensa que no hay escapatoria habida consideración de la elección que hicieron el constituyente y el legislador, en nuestro sistema jurídico, respecto de la jerarquía de los derechos. Esta opción significa que los derechos individuales sólo pueden gozarse en la medida en que no atenten contra los derechos colectivos, quedando sí pendiente la discusión y procedencia de la indemnización de los derechos individuales que deban ceder ante la acción popular. !Será cuestión de prudencia de los jueces en el manejo de esta opción! De igual manera, se puede concebir que frente al advenimiento de daños individuales cuya reparación no quiera ser solicitada por quien detenta prioritariamente el derecho lesionado, se tiene que abrir la posibilidad de reparación del daño colectivo, así afecte la decisión personal de quien sufre el daño individual[71]. Esta lógica, por sorprendente que parezca, tiene una justificación que parte desde el mismo momento en el cual, como se vio, se concibe que dentro del patrimonio del individuo están inmersos los derechos colectivos, puesto que atenúa la naturaleza egocéntrica del ser humano concebida desde las clásicas normas del Derecho Civil.

Se concluye entonces que la acción popular en Colombia es un mecanismo procesal principal, que protege la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos que como tal han sido definidos en la ley.

III. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO Y DE LOS COLECTIVOS EN DERECHO FRANCÉS

En derecho francés, las acciones en defensa de los intereses de grupo y de los derechos colectivos no se encuentran reglamentadas de manera expresa, ni son objeto de especializados estudios doctrinarios. No en vano, en lo que toca al daño ecológico, se ha podido escribir que "la tendencia general de la jurisprudencia es más bien restrictiva"[72] y, yendo aún más lejos, se ha podido afirmar que la acción popular se encuentra proscrita[73]. No existe en derecho francés el término de *action populaire* o el de *action*

71. *V.* en este sentido nuestro trabajo "la responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental", artículo inmerso en el libro *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2000, pp. 127-199.

72. RICHER Laurent, "Préjudice réparable", *in Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, nº 65, Dalloz, París 1987.

73. BUZON, Benoît, "Les féderations d'associations et l'intérêt à agir devant le juge administrative, commentaires à l'arrêt CE, 8 février 1999, Féderation des associations de protection de l'environemment et de la nature des côtes d'Armor, n° 176779", *in Droit de l'environnement*, nº 66, Victoires Editions, París marzo 1999, p. 6: "En esto, el juez administrativo continúa a trazar un difícil límite respecto de la legitimidad para actuar de las asociaciones y de los grupos: proscripción de la acción popular, exámen atento de los términos de los estatutos en lo relacionado con el objeto de la asociación y, aún, un cierto emblandecimiento de las condiciones que se les exigen para actuar"; RAYMOND, Jean, En matière de defense de l'environnement: la qualité pour agir des associations et le recours pour excès de pouvoir, Revue Juridique de l'environnement, 1991, I, p. 453: "Es admitido, después del fallo del Consejo de Estado Ministère de l'agriculture c/ dame Lamotte, que el recurso por exceso de poder está, frente al juez administrativo, *abierto aún sin texto* y que tiene por efecto asegurar, conforme a los principios gene-

de groupe. Sin embargo, sería prematuro sostener que el derecho francés no ofrece la posibilidad de reparar los daños inferidos a un grupo o a la colectividad misma, es decir, que no se presenta la hipótesis de pedir para un grupo o para el colectivo.

Para determinar si tales posibilidades indemnizatorias se presentan en el derecho francés, debemos en un primer momento estudiar cuál es la situación de la acción de grupo y de la popular, a fin de establecer si se reparan y cómo, en el conjunto del sistema procesal, los daños de grupo y los colectivos.

En lo que respecta a las acciones de grupo, en nuestro conocimiento, no existe una legislación que la contemple de manera general, como ocurre en el derecho colombiano. Existe sí un importante ejemplo en el campo de los productos defectuosos. En efecto, el artículo 8-1 de la ley del 18 de enero de 1992, que complementó la ley del 5 de enero de 1988, estableció que, "cuando varios consumidores, personas físicas identificadas, hayan sufrido perjuicios individuales causados por el hecho de un mismo profesional que tengan un orígen común, cualquier asociación avalada y reconocida en el plano nacional …puede, si ha obtenido poder de al menos dos consumidores afectados, solicitar indemnización ante cualquiera jurisdicción a nombre de dichos consumidores". Sin embargo, según autorizada doctrina, dicha ley "fue una elegante manera de enterrar los proyectos de acción de grupo"[74].

Como ya ha sido anotado, los orígenes de esta acción se encuentran en la *class action* del sistema anglosajón que, sin embargo, muestra diferencias profundas con la existente en el sistema francés, como bien lo anota Simon Taylor: "Toda persona física o moral puede representar los demandantes en una *class action*. La acción en *representación conjunta* debe ser interpuesta por una asociación inscrita y autorizada. Para obtener poderes la asociación solo puede recurrir a la prensa escrita. La acción puede ser interpuesta ante la jurisdicción civil, penal o administrativa. Para la acción ante los tribunales civiles, la demanda de la asociación debe expresar *el apellido, nombre y dirección de cada uno de los consumidores por cuenta de quienes actúa*"[75]. Estas diferencias, que coinciden con las que se presentan con el derecho colombiano, son quizás las que explican la constatación que hace la misma autora, en el sentido de que hasta 1995 tal acción no había sido utilizada por "la dificultad para la asociación de controlar miles de expedientes y por el riesgo que corre al comprometer su propia responsabilidad por errores cometidos durante el litigio", lo cual permite reiterar que, frente a "esta institución (la *class action*) convertida en fuente de inspiración para numerosos países que la han introducido bajo diversas formas (…) Francia parece insensible, a la hora actual, a sus bondades"[76], porque, según el mismo autor, a 1997, "ninguna de las asociaciones de consumidores que interrogamos ha interpuesto una acción de grupo ni tiene la intención de hacerlo".

Si eso ocurre en una materia en la que la acción está reglamentada, la situación no es mejor en otras áreas donde no lo está, pues en estos casos, cuando una persona moral representa un grupo, "esta facultad no le permite actuar para obtener indemnización de

---

rales del derecho, el respeto de la legalidad. Sin embargo, el Consejo de Estado no ha querido hacer de este recurso una acción popular y ha limitado el interés para actuar".

74. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 413.

75. TAYLOR, Simon, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Etude comparative du droit anglais et du droit francais*, LGDJ, París 1999, p. 175.

76. DIDIER, Philippe, *De la répresentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 356.

perjuicios individuales sufridos por sus miembros: cada uno debe actuar por su propia cuenta"[77], demostrándose así cómo en derecho francés, salvo la excepción anotada, no existe realmente la acción de grupo. En efecto, cuando "el interés común de las personas afectadas por el acto es de naturaleza diferente al interés colectivo que corresponde a la asociación"[78], deben demandar cada una de las personas individualmente. Sin embargo, si se actúa en recurso de pleno contencioso, como se verá, pueden presentarse Demandas Colectivas, siempre y cuando "juzguen las mismas cuestiones respecto de todos los demandantes sin que haya lugar a examinar circunstancias particulares a cada uno (Cons. Et., 13 julio 1961, Ville de Bressuire: Rec. Cons. Est., Tables, p. 1135. -13 julio 1963, Consorts Ferlay y otros: AJ 1961, 709, nota B. Paulin)"[79].

En lo que respecta a la acción popular, como también se ha dicho, la situación es más clara que la de la acción de clase: no existe. Pareciera como si, al contrario, todo el esquema procesal contencioso francés se hubiera cimentado a partir de impedir la acción popular. Al menos así lo siente la más autorizada doctrina cuando explica que el liberalismo del juez administrativo en la apreciación del interés para actuar, no puede llegar al extremo de admitir la acción popular[80]. No obstante, cabe afirmar, que "el interés es apreciado con un liberalismo tal, que al menos desde muchos puntos de vista, el recurso por exceso de poder no está muy alejado de lo que sería una acción popular"[81].

En cualquier caso, se reitera que el hecho de que no exista reglamentación general de las acciones de grupo y de las colectivas en derecho francés, no da para concluir que los daños que por tal vía se reparan en derecho colombiano, no son reparados en aquél derecho. Es por ello que debemos centrarnos ahora, así sea sumariamente, en el estudio del esquema procesal contencioso francés, porque se trata de analizar si a partir de dicho esquema son viables las peticiones indemnizatorias que se plantean en derecho colombiano, en relación con la petición para un grupo y para el colectivo.

---

77. REMOND-GOUILLOUD, Martine, "Réparation du prejudice écologique", *JC Environnement, Editions Techniques-Juris-Classeurs*, nº 41 et 42, fascículo 1060, 1992.

78. AUBY, Jean-Mary y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 166, París 1992.

79. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 455, París 1992.

80. VENECIA, Jean-Claude, "Intérêt pour agir", *Répertoire de Contentieux Administratif*, nº 67, tome II, Dalloz, París, 1985: "La ausencia de este requisito (el del interés directo) conllevaría al reconocimiento de la acción popular que consideraciones de orden práctico no permiten contemplar"; ROUSSET, Michel, "Droit Administratif", II. *Le contentieux administratif*, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 118: "…al contrario, el Consejo de Estado no acepta que la calidad de contribuyente del Estado permita por sí misma la posibilidad de intentar acciones, puesto que ello significaría el recurso a todo el mundo y hacer de dicho recurso una *acción popular*, a lo cual se rehusa"; AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 163, París 1992, "la jurisprudencia no ha admitido extender de manera exagerada los *círculos de interés*, según la expresión del Comisario de gobierno LAURENT (cons. S. 2 avril 1954, GAEBELE: Rec. Cons. d'Etat, p. 212) y a hacer del recurso por exceso de poder una acción *popular* abierta a toda persona en nombre de la legalidad"; LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, "Recours pour excès de pouvoir (conditions de recevabité)", *Répertoire de Contentieux Administratif*, n 52, tomo II, Dalloz, París 1985: "El Consejo de Estado juega con esta incertidumbre para orientar su política jurisprudencial en materia de interés para actuar en el recurso por exceso de poder. El carácter pretendidamente objetivo del recurso por exceso de poder debería llevar a la desaparición de toda referencia al interés para actuar, como condición para admitir la demanda: en un Estado de derecho todo el mundo tiene un poderoso interés sobre el respeto de la legalidad por las autoridades administrativas. Sin embargo, es precisamente en este recurso en el cual la jurisprudencia administrativa es mas ilustrativa en cuanto al análisis de la noción de interés. La explicación es bien conocida. De manera deliberada y por razones de comodidad, el Consejo de Estado rehusa hacer del recurso por exceso de poder una acción popular, abierto a todos".

81. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 203.

En lo que respecta al esquema procesal contencioso administrativo francés, se puede afirmar en términos generales que, dicho "contencioso es objetivo, cuando la pregunta planteada al juez es aquélla de la conformidad de un acto respecto del conjunto de normas jurídicas (constitucionales, legales, jurisprudenciales, reglamentarias), que se imponían al autor de tal acto. Normalmente se clasifican allí el recurso por exceso de poder, el recurso en apreciación de la legalidad y los recursos que, a pesar de estar relacionados con el contencioso de plena jurisdicción, sólo plantean aspectos de legalidad (por ejemplo, recursos en materia fiscal). El contencioso es subjetivo cuando la pregunta planteada al juez es la de determinar si a una persona le será reconocido un derecho subjetivo, como un derecho a indemnización. Se trata así para el juez, no tanto de verificar la conformidad de un acto a las normas jurídicas, como de buscar si un acto o un hecho han lesionado derechos subjetivos y situaciones particulares. Normalmente se clasifican aquí los recursos en materia contractual y en materia de responsabilidad contractual y extracontractual"[82]. Esta división general del contencioso proviene de las teorías de Duguit y de Waline, que toman en cuenta la naturaleza del asunto sometido al juez, a diferencia de la tesis de Laferrière, que explica el contencioso administrativo a partir de los poderes del juez. A pesar de que doctrinalmente se aceptan mayoritariamente las teorías de Waline y de Duguit, como en la cita anterior de los profesores Auby y Drago, es claro que ambas posiciones "se unen, en efecto, bastante ….Se debe pues no olvidar la distinción entre contencioso objetivo y subjetivo y conviene también no conservar tal cual la clasificación de Laferrière"[83].

En lo referente al contencioso objetivo, del cual su expresión más importante es el recurso por exceso de poder, se puede decir que, "según el ilustre fallo Dame Lamotte de 1950, se define como 'el recurso procedente, aún sin norma, contra todo acto administrativo, cuyo objeto es asegurar, de conformidad con los principios generales del derecho, el respeto de la legalidad"[84]. Es un "recurso que busca la anulación de una decisión administrativa, sustentado en la violación de una regla de derecho … No se está en presencia del recurso por exceso de poder si el demandante busca otra cosa diferente de la anulación"[85], a punto tal que, "si la demanda que da lugar a este recurso tiene además pretensiones indemnizatorias, éstas últimas deben rechazarse"[86].

Ahora bien, el hecho de que no se permitan pretensiones indemnizatorias no significa que la situación generada por el hecho dañino y/o por el acto administrativo no deba ser restablecida como consecuencia de su anulación, precisamente porque lo que se pretende es "restablecer íntegramente la situación jurídica anterior al acto anulado. De esta manera, la administración tendrá aún la posibilidad de tomar decisiones retroactivas con el objeto de llegar a una verdadera *restitutio in integrum*"[87]. A pesar de que tal *restitutio* no lleva al pago de indemnizaciones pecuniarias, puede ocurrir "que la anulación su-

82. LASSERRE, Bruno, "Recours", *Répertoire du Contentieux Administratif*, n° 39-40, tomo II, LGDJ, París 1985.

83. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 185.

84. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 187.

85. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 108, París 1992.

86. *Ibidem.*

87. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 377, París 1992.

ponga el reconocimiento de un derecho subjetivo"[88], con lo cual no se desnaturaliza el recurso comentado. En los eventos en los cuales se llega al reconocimiento de un derecho subjetivo, que no son necesariamente los más numerosos, surge para la administración la obligación de restablecer el derecho. No se debe olvidar en este momento que "la reparación comprende en primer lugar el deber de reposición de las cosas al estado en que se encontraban y un deber de restitución…"[89], con lo cual se observa que en el *recours pour excès de pouvoir* también se puede llegar al restablecimiento de derechos subjetivos, así las pretensiones sean de mera legalidad. Lo que ocurre es que dicho restablecimiento no es ordenado, en principio, por el juez, sino que debe ser realizado por la administración como consecuencia de la anulación.

En lo referente al contencioso subjetivo, el recurso *de pleine juridiction*, que es su máxima expresión, se define como aquél "en el cual el juez es invitado a pronunciarse sobre la existencia, el contenido y los efectos de derechos subjetivos que particulares o personas morales hacen valer frente a una persona moral de derecho público"[90]. Sus características son bien definidas: "atañe un derecho subjetivo; su objeto es principal pero no exclusivamente pecuniario; el juez administrativo dispone de un poder que va más allá de la anulación del acto atacado y que conlleva la posibilidad de condenar a la administración al pago de una suma de dinero y aún a transformar la situación jurídica que le es sometida"[91]. Este contencioso se denomina también *plein contentieux*, precisamente porque "el juez dispone de poderes que le permiten ir más allá de la anulación del acto que es sometido a su consideración"[92].

La distinción reseñada entre ambos recursos no es sin embargo absoluta, como suele ocurrir, razón por la cual los tratadistas hablan del *nuevo recurso por exceso de poder*[93] o de los *nuevos recursos de plena jurisdicción*[94], en donde estudian los puntos de cruce entre los dos contenciosos, esto es, los casos en los que el *recours pour excès de pouvoir* es tratado como *recours de pleine juridiction*, y viceversa. Lo importante es, sin embargo, constatar que existen dos recursos generales cuyos propósitos específicos son definidos, a pesar de que existan puntos confusos y polémicos.

Gracias a la presentación del esquema general anterior, se procede entonces a estudiar cómo se defienden en concreto los derechos colectivos y los de grupo en derecho francés.

Se reitera que el contencioso se divide dependiendo de si la petición impetrada busca solamente el respeto de la legalidad o si pretende el reconocimiento de derechos subje-

---

88. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 664. Se debe advertir que el autor, cuando expresa la frase citada, remite al n° 242, donde afirma: "D.- Una confusión a evitar. Dado lo anterior, una posible confusión debe ser evitada. Decir que un recurso comporta solamente problemas de legalidad, no significa que de la respuesta del juez, no puedan derivar derechos subjetivos. Por ejemplo, el funcionario que habiendo ejercido un *recours pour excès de pouvoir* contra la decisión que lo destituye, obtiene la anulación de la decisión declarada ilegal y tiene derecho a su reintegración y a la reconstitución de su carrera".

89. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑES, Santiago, *La reparación de daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 1998, p. 68.

90. AUBY y DRAGO Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 394, París 1992.

91. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 402, París 1992.

92. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 208.

93. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 210.

94. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 403, París 1992.

tivos en cabeza de una persona. En la primera hipótesis es indiferente que el demandante pida la anulación de actos administrativos que conciernen a un individuo, a un grupo o aún a la colectividad en general. En la segunda hipótesis, se puede pedir el reconocimiento de derechos que pertenecen a un individuo o a un grupo, quedando por determinar qué ocurre con el reconocimiento de derechos a favor de una colectividad.

Para profundizar sobre el punto se debe estudiar en derecho francés la noción de *intérêt pour agir*, que ha sido clave en el desarrollo del contencioso, precisamente por la inexistencia de la acción popular. Dicho concepto expresa los múltiples y diversos derechos e intereses que pueden presentarse en un litigio. Dependiendo de la concepción amplia o restringida que se tenga de un tal interés, se podrá concluir si existen o no peticiones de grupo y peticiones colectivas dentro en tal contencioso.

Ya se ha anotado que en lo relacionado con el recurso por exceso de poder, por liberal que haya sido la jurisprudencia para admitir las demandas, siempre se ha exigido que el demandante tenga interés para actuar. Igual ocurre, con mayor razón, en el recurso de pleno contencioso, puesto que se trata del reconocimiento de derechos subjetivos cuya titularidad no es colectiva, lo que no tiene el alcance de significar que se impida el inicio de demandas en aras de defender un interés público que pertenece a toda la comunidad. Ocurre simplemente que ninguna persona en su calidad de individuo puede arrogarse el derecho de buscar su defensa o protección. El argumento más contundente para esta posición indica que lo que es colectivo no puede ser de uno, pero aquí retomamos la definición que propusimos de daño, en el entendido de que los derechos colectivos también forman parte del patrimonio del ser humano y por ello la restricción en la titularidad para su defensa no puede ser absoluta. Donde hay daño a un interés colectivo tiene que haber acción, con independencia del alcance que se dé a la legitimación para interponer la demanda en su defensa. Como se vio, si acaso el interés para actuar puede ser limitado, de acuerdo con la postura de los sistemas que no aceptan la acción popular, pero aún en este caso una tal limitación no puede ser muy brusca porque negaría de base el derecho.

Es bajo estos supuestos que, en el derecho francés, el papel de los grupos y de las asociaciones ha sido fundamental, en la medida en que han sido los llamados a buscar la protección de los derechos que sobrepasan la dimensión estrictamente individual. El derecho colectivo y los derechos de grupo son prioritariamente salvaguardados por intermedio de las asociaciones, figura esencial al sistema jurídico francés hasta el diciente punto de que "el 50% de los franceses son miembros de una asociación"![95]. Por ello se ha podido afirmar que Francia es un país de democracia representativa más que participativa. En este sentido retoma su verdadera dimensión la regla *pas d'intérêt, pas d'action -sin interés no hay acción-*, es decir, que el interés para actuar supone un interés personal, directo y legítimo del demandante, a punto tal que *nul ne plaide par procureur -nadie litiga por representante-*. Esta regla esencial debe insertarse en el contexto del que proviene: el interés para actuar se requiere tanto en el recurso por exceso de poder como en el pleno contencioso y las asociaciones juegan en ambos un papel fundamental para la salvaguarda de derechos que no son petición a favor del individuo demandante. Se garantiza así "a los administrados y a los ciudadanos un medio para defender todo interés de su elección: les basta conformarse en asociación (dos

95. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 1.

personas son suficientes) y asignarle la misión de salvaguardar aquello que les es preciado"[96]. En consecuencia, es útil estudiar el alcance de cada uno de los recursos del derecho francés, analizando al mismo tiempo el papel que han tenido en su interior las asociaciones en la defensa de las diferentes categorías de derechos.

Anticipándonos a la presentación que se inicia, se debe hacer una advertencia importante. La noción de *derecho colectivo* sí existe en derecho francés, pero no tiene el mismo significado que tiene en derecho colombiano. En efecto, se vio que en Colombia los derechos colectivos enunciados en el artículo 88 de la Constitución y desarrollados por la ley, son aquéllos que no afectan a personas en particular sino en tanto forma parte de la colectividad, que ni siquiera de un grupo, como ocurre con el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación, etc. Al contrario, la noción de *droit collectif* en derecho francés está ligada a los derechos de las asociaciones, en la medida en que "el interés colectivo es aquél de una asociación o de un sindicato que actúa en aras de defender los intereses para cuya defensa se han constituido"[97]. Es por ello que, "a admisibilidad de las demandas de las asociaciones está subordinada a la existencia de un nexo directo entre las decisiones administrativas atacadas y el objeto y las actividades estatutarias de dichas asociaciones"[98]. Pero si "ninguna de las disposiciones atacadas de la instrucción del 31 de julio de 1996 ataca los derechos e intereses colectivos de los agentes cuyo sindicato asegura la defensa", la demanda es en consecuencia rechazada[99]. También se tiene en cuenta si en los estatutos existe la competencia "de estudiar y defender los intereses materiales y morales tanto colectivos como individuales de las personas relacionadas por los estatutos", y se admite la demanda "para atacar la legalidad del acto administrativo del 18 de febrero de 1997 que crea los consejos de perfeccionamiento en las escuelas nacionales de ingenieros"[100], en la medida en que la creación de dichos consejos ataca los intereses colectivos de la asociación.

Pero se observa que una cosa son los derechos *colectivo* de un grupo, que se definen en sus estatutos, y, otra bien distinta, son los derechos colectivos, a partir de la definición colombiana, que no pueden ser apropiados por una asociación. Si bien es cierto pueden coincidir en algunos eventos, por ejemplo cuando una asociación para la defensa del medio ambiente salvaguarda igual derecho colectivo, se debe anotar que el *principio de la especialidad de las personas jurídicas* impide, en derecho francés, llegar a la posición colombiana. En efecto, "cuando se trata del interés para actuar en justicia, la jurisprudencia y la doctrina hacen una distinción entre interés general e interés colectivo, según un criterio puramente orgánico: el primero lo defienden las personas públicas mientras que el segundo las personas privadas. Para nosotros, se debe declarar ilícita una asociación que tuviera por objeto hacer respetar el orden público o asegurar la segu-

---

96. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, p. 424. París 2001.

97. VENECIA, Jean-Claude, *Intérêt pour agir, Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 23, tomo II, Dalloz, París, 1985.

98. Consejo de Estado francés, 8 de febrero de 1999, *2/6 SSR, 176779*, A, Federation des associations des protection de l'environnement et de la nature des Côtes d'Armor, M. Errera, rapp., M. Hubert, c. du g.

99. Conseil dÉtat Français, 7 de abril 1999, 6/2 SSR 185060 B, Syndicat Indépendant de la Garderie Nationale de l'Environnement-Rassemblement des opposants à la chasse-Ligue pour la protection des oiseaux, M. Lerche, rapp. M. Lamy, c. du g. *V.* en igual sentido, 16 de junio de 2000, Association Tam-Tam, 2/1 SSR 198274 B, M. Errera, rapp., M. Martin Laprade, C. du G.: no se declara la ilegalidad de un importante proyecto urbanístico en París de 900.000 metros cuadrados de oficinas y 520.000 de alojamiento, porque su interés general no iba en contra de normas de medio ambiente.

100. Consejo de Estado francés, 10 de junio de 1998, M. Wehrle, *4/1 SSR 186923 B*, Syndicat indépendant de l'enseignement supérieur, M. Balmary, rapp., M. Schwartz, c. du g.

ridad pública, pues la generalidad de un tal objeto no sería compatible con el principio de la especialidad de las personas jurídicas. Ellas serían así un Estado dentro del Estado. El Consejo de Estado, a justo título, juzgó inadmisible el recurso de una asociación que tenía por objeto *combatir la injusticia bajo cualquiera de sus formas* porque -en razón a la generalidad de estos términos, la asociación demandante no justifica un interés dándole legitimidad para actuar y demandar la anulación de la circular del ministro del interior-"[101]. Al contrario, en derecho colombiano toda persona encarna el interés público sin que ello permita afirmar que se trata de Estados dentro del Estado.

Simplemente, por la tradición romanística ya anotada, se conservó la posibilidad de que las personas tuvieran la posibilidad de buscar la salvaguarda de un interés general, como ocurre de vieja data, también, con la acción de simple nulidad[102], igualmente inexistente en derecho francés.

Marcada esta diferencia sobre los conceptos de base, ha de averiguarse si los derechos colectivos, como se conciben en Colombia, son salvaguardados en el sistema francés por la vía de los recursos existentes y gracias al papel, entre otras, de las asociaciones.

En lo que respecta al recurso por exceso de poder, veremos las diferentes hipótesis que se presentan.

En primer lugar, un individuo puede solicitar la anulación de un acto administrativo que le perjudica, sin que pretenda indemnización pecuniaria. Esta hipótesis, supone la forma tradicional como opera la responsabilidad civil, esto es, la petición para sí, aunque, como el contencioso objetivo no busca el reconocimiento de derechos subjetivos, se considera que dicha afirmación no puede ser absoluta, en la medida en que el interés que se defiende en esta hipótesis es individual, así los argumentos jurídicos sean de pura legalidad. Tan cierto es que, cuando un acto administrativo de carácter individual lesiona una persona, lo que la víctima busca es precisamente que se le restablezca su derecho vulnerado. La prueba es la parte del contencioso laboral que se tramita por la cuerda del recurso por exceso de poder, en el cual "todo agente público puede contestar la legalidad de las decisiones de las cuales es destinatario (negación de un derecho, de un ascenso, de un nombramiento, de una medida disciplinaria, etc.) con la sola condición de que la decisión atacada le sea desfavorable y que su anulación le proporcione una ventaja"[103]. Se da por sentado que la ventaja que procura a la *víctima* la anulación del acto administrativo debe ser reconocida por la administración, a punto tal que, para garantizar su cumplimiento, como se estudiará, puede el juez ordenar *injunctions* y multas. Tampoco se debe olvidar que la persona lesionada por el acto administrativo puede iniciar el recurso por exceso de poder y posteriormente continuar con el de plena

---

101. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 12.

102. Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro".

103. LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, "Recours pour excès de pouvoir (conditions de recevabilité)", *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 121, tomo II, Dalloz, París 1985.

jurisdicción[104], corroborando así que el recurso por exceso de poder representa, cuando la anulación del acto administrativo produce el restablecimiento de un derecho individual, una hipótesis de la forma tradicional de operar la responsabilidad civil, al salvaguardar patrimonios individuales y egocéntricamente considerados.

En segundo lugar, un individuo que demanda en tanto pertenece a una categoría social, puede solicitar la anulación de actos que atentan contra dicha categoría. La hipótesis es interesante porque plantea un acercamiento a la acción de grupo y a la popular, sin caer en su lógica[105], pero sí admitiendo que una persona puede demandar en defensa de los intereses de un grupo por el mero hecho de pertenecer conceptualmente a él, sin que sea requisito que el grupo sea una asociación o un sindicato constituidos. En este caso se puede predicar que el recurso por exceso de poder sirve para proteger los derechos colectivos, en la medida en que la persona puede buscar la anulación de actos que los atacan. Así, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el patrimonio público, se ha reconocido de vieja data la categoría de *contribuyente*[106] para justificar el interés para actuar, criterio que permitió, *verbigracia*, la admisión de una demanda que "busca la anulación de la decisión implícita por medio de la cual el alcalde de Guidel se abstuvo de ordenar a las sociedades contratistas reembolsar las sumas de dinero pagadas supuestamente de manera equivocada por la comuna", en cuyo caso la decisión no fue anulada pero porque se estableció "que Mme Courtet no justificó que una parte de la suma que la comuna pagó a las sociedades por los trabajos de construcción de las escuelas haya sido girada por error"[107]. Se precisa entonces que, de haberse establecido tal supuesto -que se giró por error-, la solución habría sido de anulación. La cercanía a la acción popular es evidente en la medida en que, de haber procedido la anulación del acto, el alcalde habría tenido que recobrar las sumas pagadas en exceso, con lo cual el patrimonio público hubiere sido restituido. Tomemos otro ejemplo, el del aficionado a acampar, narrado por el profesor Chapus, donde se lesionó el derecho al disfrute y goce del medio ambiente: "Teniendo conocimiento que el alcalde de la comuna, en la cual nunca había llevado sus morrales, prohibió la práctica de acampar, demandó la anulación del

---

104. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 439, París 1992,: "un problema importante es el de la interrupción de la caducidad por la interposición de un recurso por exceso de poder. La situación se puede presentar de la siguiente manera: un particular soporta una decisión administrativa que le causa perjuicio (por ejemplo, un funcionario es despedido); ataca la decisión con un recurso por exceso de poder que gana. Esgrimiendo la sentencia anulatoria, puede obtener reparación del perjuicio sufrido? Sobre el fondo no hay problema, en la medida en que las condiciones de la reparación se reúnan. Pero en la mayoría de casos el término de caducidad habrá operado y la pregunta que se plantea es la de saber si el término de caducidad volvía o no a contar desde la decisión de anulación… Así, el recurso por exceso de poder tiene por efecto interrumpir la caducidad. Pero la jurisprudencia ha interpretado la ley, en ocasiones, de manera restrictiva…"

105. ROUSSET, Michel, *Droit Administratif*, II, Le contentieux administrative, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 118,: "Se debe distinguir el interés personal que solo pertenece a una persona y el interés individual que puede pertenecer a una categoría conformada por una cantidad mas o menos numerosa de individuos… De manera empírica la jurisprudencia ha establecido esta noción; así, a inicios del siglo admitió que la calidad de usuario de un servicio público da interés para atacar una decisión de supresión del servicio: CE 21 de diciembre de 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, GAJA 90…".

106. Consejo de Estado francés, 29 de marzo de 1901, Casanova, *Rec.* p. 33, *D 1902.3.33*, *S 1901.3.73*, note M. Hauriou, 25 de junio de 1920, Le Doussal et Métour, p. 639, *D 1920.3.8.*; 13 de febrero 1930, Dufour, p. 176, *DH 1930*, p. 255; 9 de febrero de 1955, Soc. La Belle Baule, p. 77, 2 esp.; 23 de noviembre de 1988, Dumont, p. 418, *JCP 1988*, IV, p. 412.

107. Consejo de Estado francés, 10 de febrero de 1992, Mme Courtet, 1/4 SSR 116582 B, M. de Bellescize, rapp., M. Le Chatelier, c. du g., *Rec.* p. 1210, *D 1992*, SC, p. 414, obs. P. Terneyre, *DA 1992*. n 6, p. 1, concl. G. Le Chatelier.

acto administrativo municipal. Por lo que era un aficionado a acampar, no es imposible (el espíritu de contradicción puede ayudar) que tuviera un día la idea de acampar en dicha comuna: su interés no es lesionado de manera muy evidente y su demanda es admitida"[108]. El ámbito de esta lógica es cada vez más amplio, pues a más de la categoría de *campeur* admitida en el ejemplo anterior, la jurisprudencia ha recibido demandas, por ejemplo, de usuarios de un servicio[109], de miembros de una profesión[110], de padres de familia[111], de trabajadores extranjeros[112], de habitantes de un municipio[113], de hoteleros[114], etc. La misma caracterización que ha hecho la jurisprudencia francesa muestra cómo, por el concepto que la categoría expresa, se trata de peticiones no sólo colectivas, como los anteriores ejemplos, sino de grupo, como ocurre en el citado caso Damasio.

En tercer lugar, una asociación o un sindicato puede solicitar la defensa de los derechos colectivos que son objeto de protección en sus estatutos. Así, en un interesante caso en donde el concejo municipal de un municipio había solicitado la eliminación de lobos que los acechaban, una asociación demanda el acto por ser contrario a normas comunitarias sobre medio ambiente, a lo cual accede la Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, máxime al constatar que dichos lobos se encontraban en su territorio por una migración natural que habían hecho desde Italia[115]. De igual manera, cuando un proyecto urbanístico crea riesgo de inminentes daños ecológicos, se produce su anu-

---

108. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif, Montchrestien*, 9ª edición, París 2001, p. 437. Se trata del fallo del 14 de febrero de 1958, Abisset, *Rec.* p. 98, concl. M. Long, *AJ 1958*, 2, p. 221, chron. FOURNIER, J., et BRAIBANT, G., fallo que admite la demanda pero rechaza el fondo.

109. Consejo de Estado francés, 21 de diciembre de 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, GAJA 90; 19 de diciembre de 1979, Meyet, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 475, *D. 1980*, Inf. Rap. 124, nota DELVOLVÉ: actos administrativos relacionados con la organización y el funcionamiento del servicio; 24 de noviembre de 1933, Zenard, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 1100, 13 de diciembre de 1939, Seguinaud, Rec. Cons. d'Et., p. 588: comerciantes en concurrencia con un servicio público industrial y comercial.

110. Consejo de Estado francés, 4 de noviembre de 1971, Claude, Rec. Cons. d'Et., p. 654: demanda de un arquitecto contra el reglamento que fija las condiciones de acceso a la profesión; 4 de octubre de 1974, DAME David, *Rec. Cons. d'Et.,* p. 465, *D. 1975*, 369, nota AUBY, *AJDA 1974*, 546, nota DRAGO: demanda de un cronista judicial contra un texto que limita la publicidad de los debates; 7 de julio de 1978, Essaka et Syndicat des avocats de France, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 297, *Rev. dr. publ. 1979*, p. 263, concl. Théry: la calidad de abogado permite atacar una circular que puede afectar los derechos de defensa.

111. Consejo de Estado francés, 7 de julio de 1922, GRILLE: Rec. Cons. d'Et., p. 336: demanda de padres de familiar contra un acto municipal relativo al status de unas escuelas; 12 de diciembre de 1953, Rolin, Bellanger, etc., *Rec. Cons. d'Et.*, p. 546, *Dr. soc. 1954*, p. 241, concl. MOSSET: demanda de padres de familia contra un decreto que reglamenta unas vacunaciones.

112. Consejo de Estado francés, 13 de enero de 1975: *Rec. Cons. d'Et.*, p. 784, *AJDA 1975*, p. 258, nota ANDRÉ, Jean-Marc: la calidad de trabajador extranjero permite atacar las circulares relativas a la renovación de los permisos de residencia.

113. Consejo de Estado francés, 6 de febrero de 1931, Dame Doré, *Rec. Cons. d'Et.,* p. 156: caso de cambio de clasificación de una vías; 29 de abril de 1932, Cayez, S. 1932, 3, 96: caso de una decisión que amplía un cementerio; 13 de febrero de 1914, Hazera, Rec. Cons. d'Et., p. 186: caso de una decisión de un concejo municipal definiendo los bienes municipales.

114. Consejo de Estado francés, 28 de mayo de 1971, Damasio, *Rec. Cons. d'Et.,* p. 391, concl. Théry, *AJDA 1971*, 406: la calidad de hotelero permite atacar un acto administrativo que cambia las vacaciones escolares.

115. Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, 28 de diciembre de 1998, 97MA00712, C, Commune de Roquebillière, M. Gonzales, rapp., M. Bocquet, c. du g.: "Considerando que por la deliberación del 26 de abril de 1996 el concejo municipal del municipio de Roquebilliere pidió al gobernador de los Alpes-Maritimes capturar los lobos de Mercantour y, en caso de que el gobernador no hiciera eco de esta petición, encargó al alcalde de aplicar el artículo L.2122-21-9 del código general de las colectividades territoriales y requerir a los habitantes de la comuna para que eliminaran los lobos; que el Tribunal administrativo de Niza anuló esta decisión porque aplicaba una disposición legislativa incompatible con la convención relacionada con la conservación de la vida salvaje y del medio natural en Europa, suscrito el 19 de septiembre en Berne".

lación[116]. También se logra suspender la autorización ministerial que permitía la caza de pájaros, durante meses no permitidos, en contra de normas comunitarias[117]. Esta forma de operar el derecho francés por intermedio del recurso por exceso de poder, amerita ser resaltada porque muchas de las pretensiones que se pueden hacer en Colombia por intermedio de una acción popular, también pueden ser estudiadas en Francia por dicho recurso. En efecto, las asociaciones pueden lograr la defensa de los derechos colectivos y utilizar la faceta preventiva de la acción popular que se concibe en Colombia. Queda por determinar qué ocurre si una vez lograda la anulación del acto administrativo, que de por sí ya es restitución del derecho colectivo lesionado, se producen daños colectivos. Por ejemplo: ¿qué ocurriría si durante la vigencia del acto administrativo que permitía eliminar lobos se alcanzó a matar unos cuantos ejemplares? ¿Se podría demandar, por ejemplo, que el juez ordene a la administración invertir en la reproducción de la especie salvaje para reparar su amenaza de desaparición? Sobre este punto se volverá.

En cuarto lugar, las asociaciones o sindicatos pueden solicitar la defensa de los intereses de grupo, más que colectivos -en la acepción colombiana-, cuando se relacionan con su objeto estatutario. Es el caso de la demanda de una asociación cuando hay decisiones individuales positivas que pueden afectar el interés colectivo de los asociados[118], o, aún el caso en el cual la Orden de abogados de Marseille demanda un decreto reglamentando la formación de futuros abogados y el certificado de aptitud profesional[119]. En estos eventos se presenta una acción que pretende el respeto de derechos que pertenecen a un grupo determinado y constituye una acción usual de las asociaciones en la medida en que realizan peticiones a favor de los intereses para los cuales se constituyeron.

En lo que respecta al recurso de pleno contencioso, se presenta el mismo esquema del recurso por exceso de poder en lo relativo al interés para actuar, con la diferencia de que el juez puede ordenar la indemnización pecuniaria de daños -*dommages-intérêts*-. Veamos qué hipótesis se presentan, dando por descontado que los clásicos casos de responsabilidad contractual y extracontractual son petición para sí y no ameritan ser

---

116. Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, 1ª Sección, 1 de julio de 1999, Société de réalisation foncières et industrielles de la Mediterranée, 96MA02405 C, M. Bidard de La Noe, rapp., M. Bénoit, c. du g.: "…resulta de las disposiciones anteriores que las canteras no pueden ser autorizadas si afectan específicamente las características esenciales del entorno natural; considerando que brota de la instrucción que el sitio escogido para la explotación de la cantera a cielo abierto está en una colina arborizada, muy verde, clasificada como espacio protegido; que el ecosistema de esta zona presenta, desde el punto de vista de la fauna y la flora, un interés particular al cual la explotación causaría un daño irreversible; que el estudio de impacto ambiental confirma la presencia de múltiples especies importantes de pájaros; que no está establecido que las medidas previstas para limitar los riesgo ligados a la explotación de la cantera sean suficientes para reducir los inconveniente a un nivel aceptable; que en consecuencia, teniendo en cuenta las características esenciales de esta zona, el gobernador de Var incurrió en un error manifiesto de apreciación al autorizar, por su decisión del 18 de abril de 1991, la explotación de la mencionada cantera".

117. Consejo de Estado francés, 9 de junio de 2000, Association France Nature Environnement, 6 SS 211294 C, M. Chaubon, rapp., M. Lamy, C. du G. En igual sentido: 21 de mayo de 2000, Association France Nature Environnement, 6 / 4 SSR 210347 C, M. Lerche, rapp., M. Lamy, C. du G.

118. Consejo de Estado francés, 10 de julio de 1996, Mme Cachalou-Trochme-Département des Deux-Sevres, 5/3 SSR 143265 B, M. Philippe Boucher, rapp., M. Gaeremynck, c. du g.: "Considerando, finalmente, que el hecho de que el sindicato tenga por objeto, no solo la defensa de los agentes de la función pública territorial sino también aquella de los agentes de la función pública del Estado, no lleva a privarla del interés para demandar ante el juez del exceso de poder una decisión relativa a la situación individual de un agente de la función pública territorial".

119. Consejo de Estado francés, 30 de septiembre de 1983, Ordre des avocats au barreau de Marseille, *Rec.* p. 391.

reseñados en este escrito, a diferencia de lo que se hizo con el recurso por exceso de poder. Es decir, los casos vistos en este último recurso, en los cuales el demandante solicita el reconocimiento expreso de un derecho subjetivo o actúa como persona-categoría, no se ilustrarán. El primero porque es la típica petición para sí. El segundo, porque no se admite en el recurso de pleno contencioso que una persona pida indemnización a favor de un grupo, sino tan sólo que un grupo -como sumatoria de intereses individuales- acuda ante el juez para hacer anular un acto administrativo y disponga en bloque el restablecimiento del derecho y/o la indemnización pecuniaria del daño que concierne al interés representado, más no a sus componentes individuales.

Con la anterior precisión, estudiemos los otros casos del recurso.

En primer término, se observa que las asociaciones pueden solicitar la indemnización de daños sufridos directamente a raíz de la lesión a los derechos *colectivos* que representan. Así, una asociación puede solicitar anulación de un acto administrativo y al mismo tiempo daños morales en tanto representante del grupo, por el hecho, por ejemplo, de que se hayan contratado trabajadores temporales ante una huelga a la postre declarada ilegal[120]. A pesar de que no se han encontrado en la jurisdicción contencioso administrativa casos en los cuales las asociaciones integradas para la defensa de derechos colectivos realizan *motu propio* gastos para la conservación y reparación de los mismos, no es para desechar la hipótesis, máxime si se encuentra en otras jurisdicciones, en las cuales se puede solicitar reparación por los gastos de siembra de pescados[121] o de limpieza de playas[122]. Tales indemnizaciones proceden siempre y cuando los gastos sean de aquéllos que normalmente no tiene que sufragar la asociación para desarrollar su objeto[123]. Se apoya esta jurisprudencia en la lógica del *colaborador ocasional del servicio público*. También, una asociación puede demandar indemnización por el pago de

120. Consejo de Estado francés, Ass., 18 de enero de 1980, Synd. CFDT des P et T du Haut-Rhin, *Rec*. p. 30, *AJ 1980*, p. 88, chron. Y. Robineau et M - A Feffer, *D. 1980*, IR, p. 302, *JCP 1980*, n 19450. En el mismo sentido: Tribunal Administrativo de Caen, 17 de octubre de 1972, *Syndicat de la Défense contre la pollution atmosphérique autour de la zone portuaire de Caen contre le Ministre de l'Industrie* (*JCP 1973* n 17351, note P.A.-R.M.). Dice el fallo: "Que, el sindicato demandante, que no tiene por objeto la sola defensa de los intereses particulares de sus adherentes, puede demandar al Estado la reparación del perjuicio que le ha podido causar la falla del servicio; que invoca un doble perjuicio: moral y material"; Considerando que para demandar el pago de una indemnización de 50.000 francos el sindicato prueba los gastos sufragados en un procedimiento ante el Tribunal de Gran Instancia de Caen; que, sobre este último punto, el perjuicio invocado no es ni directo, ni actual ni cierto; …que, en estas condiciones y teniendo en cuenta las circunstancias del proceso, se hará una evaluación suficiente de la reparación debida al sindicato otorgándole un franco de indemnización. Ver en sentido contrario: sect., 30 de marzo de 1981, *Min. Transports, Min. Agriculture c/ Association pour la défense des sinistrés de la région morlaisienne*, *Rec.*, p 175: "...que una asociación ha sido creada para la defensa de las víctimas de la región; que si la asociación pretende la reparación del perjuicio moral que le habría sido causado, no aparece acreditado que la mencionada asociación justifique haber sufrido un perjuicio moral producido por las fallas del servicio imputables al Estado".

121. Pau 25 de febrero de 1970, *JCP* n 70, éd. G, II, 16532 nota Despax.

122. Rennes 3 de noviembre de 1965: RTD com., 1967, 919, nota Pontavice.

123. Consejo de Estado francés, 26 de octubre de 1984, Fédération des associations de pêche et de pisciculture de la Somme, 10SS 49134 C: "Considerando que no está probado que la federación demandante haya procedido a cultivos excepcionales destinados a remediar la destrucción de pescados debidos a la polución y que representaran gastos superiores a aquellos realizados en el año anterior". *V.*, en el mismo sentido: Corte Administrativa de apelaciones de Lyon, 25 de abril de 2002, Fédération départamentale des associations agrées de pêche et de protection du milieu aquatique du Cantal, n° 96LY02602, *Droit de l'Environnement*, n° 98, 2002, p. 111: "Considerando que si bien está establecido que en el año siguiente al siniestro se realizaron varias siembras de pescado en el río en cuestión, no se estableció ni se alegó que tales operaciones hubieran representado gastos superiores a aquellos normalmente realizados y que hubieran presentado un carácter excepcional destinado a remediar la destrucción de los pescados".

los honorarios cancelados a un experto, en aras de proteger a un grupo de vecinos del excesivo ruido causado por un establecimiento[124] o aun los gastos para probar una contaminación en un proceso verbal para tal efecto[125].

A pesar de que una tal posición supone "que el tribunal administrativo da a la noción de interés para actuar una interpretación extensiva" que puede generar "la multiplicación de las demandas intentadas por las asociaciones que justifican intereses más o menos específicos"[126], no se observa porqué ello podría ser criticado, si precisamente estamos en la hipótesis de una persona moral que como tal tiene el derecho a obtener indemnizaciones. El hecho de que la indemnización sea para la persona moral y no para sus miembros individualmente considerados, no cambia la situación porque todo dependerá de la amplitud con la que la jurisprudencia trate los derechos de las asociaciones. En efecto, como se afirma en otro comentario sobre el fallo en estudio, "por lo que hay interés colectivo del sindicato, diferente de aquél de sus miembros, la lesión de dicho interés constituye un daño susceptible de reparación"[127]. Lo importante entonces en estas hipótesis es que la persona demandante pida para ella, así su interés último sea el de la protección de derechos colectivos. En esta hipótesis el derecho colectivo lesionado -en la acepción del derecho colombiano mencionada previamente- no es reparado. Tan sólo lo es el interés de la asociación, a pesar de que represente un grupo y a pesar de que en sus estatutos se encuentre la defensa de derechos colectivos. En sentido estricto, la misma situación se presenta cuando una persona natural demanda en nombre de una herencia o de una copropiedad o aún a nombre de una sociedad comercial: el destinatario de la indemnización es la comunidad o la persona moral que encarna la sociedad comercial. En estos casos que se describen, la indemnización se justifica por un motivo más *noble* que sobrepasa el interés estrictamente individual, porque prima el interés de la asociación o del grupo. Esta hipótesis es de todas formas interesante en la medida en que la indemnización del daño moral o de los gastos invertidos en la defensa del derecho colectivo se otorga directamente a quienes lo sufrieron, constituyendo así una petición para sí que hace girar la acción hacia el pleno contencioso, a pesar de que en el fondo se trate de las consecuencias de la defensa del derecho colectivo.

En segundo término, podemos anotar que no se encuentran casos en los cuales las asociaciones solicitan reparación de los daños colectivos, a favor de la comunidad. Desde la perspectiva general del esquema francés puede concluirse que la reparación de los daños colectivos, en su acepción colombiana, no existe, marcando así una diferencia profunda con el esquema colombiano. En efecto, en lo referente al pleno contencioso, la situación se desdobla en tanto se presentan dos hipótesis: la primera, en la cual las asociaciones piden para sí la reparación de daños que afectan sus intereses, como los citados casos de indemnización de daños morales o de gastos realizados en la defensa de un derecho colectivo; la segunda, en la cual una asociación demanda a favor de la reparación directa del daño colectivo. Esta última es la hipótesis que se echa de menos en el

---

124. Consejo de Estado francés, sect., 18 de mayo de 1979, Association Urbanisme judaïque de Saint-Seurin, Rec., p 218: "Considerando que la asociación… demandó… una indemnización de 600 francos como reparación del perjuicio proveniente del pago de los honorarios del técnico para medir la intensidad del ruido proveniente del funcionamiento del establecimiento…" (rechazo de las pretensiones porque no hubo falla del servicio).

125. Corte Administrativa de apelaciones de Lyon, Fédération du Pays-de-Dôme pour la pêche et la protection du milieu aquatique, n° 96LY01886, *Droit de l'environnement,* n° 98, 2002, p. 112.

126. Note P.A.-R.M., *JCP* n 1973.17351.

127. *Rev. trim. droit sanitaire et social*, enero-marzo, 1973, notas de jurisprudencia por DUBOUIS, Louis p. 313.

derecho francés, lo cual no impide afirmar que los ejemplos pueden darse en un futuro próximo, puesto que la lógica del esquema procesal francés no lo prohibe. En efecto, podría presentarse la hipótesis en la cual las demandas en comento se hagan por la vía del recurso por exceso de poder, en el cual el interés para actuar legitime a una persona o a una asociación para demandar, en nombre del derecho colectivo lesionado su restablecimiento, o, el cumplimiento de obligaciones que también hagan cesar una tal lesión.

Se ilustra la situación con un ejemplo: una asociación demanda por los daños que produjo una polución de agua que le mermó su clientela y que generó pérdida de riqueza biológica. En cuanto al primer rubro del daño, su demanda fue aceptada. Sin embargo, respecto del segundo rubro, los "daños consistentes en la *pérdida de riqueza biológica* del agua", se estimó que "no pueden por ellos mismos abrir derecho a reparación"[128]. De igual manera, en los casos ya referidos al estudiar la defensa de los derechos colectivos, desde la perspectiva de la legalidad. En el caso de la asociación que logra anular por exceso de poder el acto administrativo del Consejo Municipal que ordenaba matar a los lobos, ¿podría impetrar una acción de plena jurisdicción por la muerte de los ejemplares acaecida antes de la anulación del acto? ¿Podría ocurrir lo mismo con la asociación que logra que se respeten las normas comunitarias que fijan las fechas para la caza de ciertas especies y que en el entretanto fue disminuída? Todo pareciera indicar que bajo la interpretación del esquema actual la respuesta sería tan negativa como la otorgada en el estudiado caso Saint Quentin. Pareciera que, puesto que "el perjuicio ecológico *stricto sensu* presenta un carácter esencialmente colectivo", el esquema tradicional contencioso administrativo francés no está preparado para recibirlo, con lo cual se demuestra que tal tipo de daños, como lo afirma el mismo autor, "no puede ser asimilado por una aproximación jurídica tradicional"[129]. Es por ello que, ni siquiera en el caso en el cual una asociación demanda por un perjuicio ecológico que ataca el objeto de sus estatutos, procede indemnización de dicho daño.

Para completar esta presentación general del contencioso francés, debemos hacer mención a un campo específico del mismo: el contencioso de las contravenciones de las grandes vías (*contravention de grande voirie* o CGV), que "no tiene por objeto imponer penas a delincuentes sino asegurar la protección del dominio público, sin referencia a las nociones clásicas de la responsabilidad penal y garantizando la reparación de los daños causados al dominio público"[130]. Como lo precisa el mismo autor, los campos de

---

128. Consejo de Estado francés, 12 de julio de 1969, Ville de Saint-Quentin y otros, *Rec*., p. 383: una asociación de pescadores no puede obtener reparación a raíz de la *pérdida biológica* de un río. Dice el fallo: Respecto de las demandas número… de las Federaciones Departamentales de las Asociaciones de Pesca y Piscicultura de Aine y de Somme. - Considerando que a raíz del lanzamiento del agua de las alcantarillas de Saint-Quentin (…) los únicos daños que eventualmente podrían ser reparados a las federaciones serían los relativos a los gastos de población de peces en el río, con exclusión de los daños por *pérdida de riqueza biológica* en dichas aguas, que no podrían abrir derecho a reparación (…) Considerando, al contrario, que la Sociedad de pescadores *les Pêcheurs Hamois* justifica haber perdido, en razón de la contaminación de las aguas, un número importante de socios entre 1964 y 1965 (indemnización de 5.000 francos). *V.*, en similar sentido: 1 de febrero de 1967, commune de Gaillagos, Estaing, Arcizans, Dessus et Bun, *Rec*, Table, p. 933: un municipio no sufre un perjuicio por los daños a las fuentes de aguas de un lago. Dice el resumen publicado del fallo: "Daños causados a las fuentes de agua de un lago por el arreglo de una caída de agua de la electricidad. Lago abierto: los municipios colindantes no tienen derecho de propiedad sobre los peces que allí se encuentran. Ausencia de reparación por pérdida de capital".

129. REMOND-GOUILLOUD, Martíne, "Réparation du prejudice écologique", *JC Environnement Editions Techniques-Juris-Classeurs*, n° 100, fascículo 1060, 1992.

130. PERIER, Jean-Claude, "Voirie (Contraventions de grande voirie)", *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 3, tome II,. Dalloz, París 1985.

aplicación de este régimen son comparables, en el marco del presente escrito, a la protección de ciertos derechos colectivos que por otras vías procesales son protegidos en derecho colombiano: "1. Las degradaciones de una instalación del dominio público … 2. La ocupación sin derecho de una parcela del dominio público … 3. La extracción de arena del dominio público …; cortar la hierba de un terreno público … 4. El vertimiento de aguas lluvias o usadas en las líneas del tren … de vinos sucios en una corriente de agua … de residuos industriales en un río … de productos petroleros en un puerto … de hidrocarburos en el dominio público fluvial …. de aguas usadas en las rocas que bordean el mar"[131], etc. Es pues evidente que tal régimen está concebido para proteger bienes públicos: espacio público, medio ambiente, patrimonio cultural[132], etc.

Si bien es cierto que la competencia para iniciar las acciones que buscan la protección del dominio público está claramente determinada por la ley[133] y también que "ninguna norma permite a una asociación instaurar directamente una demanda ante un tribunal por contravención de grandes vías"[134], se debe anotar que, "la obligación de iniciar las acciones prohibe a la administración rehusar, sin motivo legítimo, el inicio de las demandas por contravenciones de grandes vías. En efecto, cuando un gobernador se abstiene de investigar a un contraventor, específicamente un ocupante sin título del espacio público, puede un tercero solicitar que se inicie la respectiva investigación. En principio, el gobernador no puede dejar de actuar. Sin embargo, sí puede eventualmente hacerlo pero a condición de que dicho rechazo no se motive por *razones de simple conveniencia administrativa*[135].

---

131. *Ibidem*, n° 42-45.

132. Consultar sobre el tema: PIERRE-LAURENT FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, París 1997. Afirma en la página 131: "La ley permite a la administración iniciar una acción civil demandando, específicamente, indemnización pecuniaria de daños. Esta disposición tiene por orígen la ley del 31 de marzo de 1887. En tal época, en efecto, la limitación del dominio para volver público un bien solo era permitida con el acuerdo del propietario. Se presentaba así una especie de contrato cuya violación era sancionada. Estas disposiciones perduraron en la ley de 1913. Ellas permiten también al Estado, en los eventos en que el investigado no es condenado penalmente por razones propias al derecho penal, obtener al menos reparación por la afrenta al monumento. En la práctica esta norma no ha sido utilizada".

133. Concepto del Comisario de gobierno M. Dumarais del 8 de octubre de 1993 en el negocio n° 147604 147605: "Así, ustedes ya han juzgado que la autoridad designada expresamente por el legislador para impetrar ante la jurisdicción demandas por contravenciones de grandes vías donde se le otorga la consecuente competencia es, a exclusión de cualquiera otra, el gobernador. Tal es el sentido de vuestra decisión del 14 de diciembre de 1981, *Ministre des transports c/ Société Varig*, t. déc. 2891".

134. Corte Administrativa de apelaciones de París, 2ª Sección, 25 de abril de 1996, Association Te Kua o Te Henua Enana, 94PA01494 C, Mme Albanel, rapp., Mme Brin, c. du g. *V.* en el mismo sentido: Corte administrativa de apelaciones de Nantes, Plenaria, 20 de diciembre de 1995, Port Autonome de Nantes Saint-Lazare, 94NT00709 A, Mme Lackmann, rapp., M. Cadenat, c. du g.: "Considerando, de una parte, que la acción en reparación por afrentas al dominio público marítimo solo puede, por aplicación de las disposiciones del artículo L 13 precitado, ser interpuesto ante el tribunal por el gobernador (...)".

135. KOUEVI Amavi, "L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie", *AJDA, 2000*, n° 5, p. 395. *V.*, a nivel de ejemplo el siguiente fallo: Corte Administrativa de apelaciones de Nantes, 2ª Sección, 4 de febrero de 1998, *M. Robert Veau c/ Ministre de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme*, 97NT00437 B, Mme Tholliez, rapp., Mme Devillers, c. du g.: "Considerando que las autoridades encargadas de la función de policía y conservación del dominio público marítimo deben, por aplicación de los principios que rigen la domanialidad pública, vigilar la utilización normal de las playas y ejercer los poderes que provienen de la legislación en vigor, comprendido aquel de interponer demandas ante el juez de CGV para hacer cesar las ocupaciones sin título e impedir los obstáculos creados ilegítimamente y que se oponen al ejercicio público del derecho de uso sobre el dominio público marítimo; que, si bien dicha obligación encuentra sus límites en otros intereses generales a cargo de las mencionadas autoridades, específicamente, los provenientes de las necesidades del orden público, no podrían legalmente excusarse por razones de simple conveniencia administrativa; que, en el caso concreto, para

Como se puede observar, el hecho de que un tercero pueda iniciar una acción buscando la reparación en una Contravención de Gran Vía -CGV- nos acerca a la acción popular porque, por un mecanismo de participación un ciudadano contribuye a la protección de bienes que pertenecen al dominio público, sabiendo por demás que en esta hipótesis la autoridad está vinculada por una competencia expresa. Igual ocurre en España, en donde "los daños ambientales pueden presentarse en relaciones jurídicas, de carácter triangular, en las que la actuación de la administración contra los daños ambientales se motiva por una solicitud de un sujeto interesado (tercero), quien pretende que la administración actúe contra el causante de un daño ambiental que le perturba"[136]. Sólo se debe agregar que el ejemplo español citado, es aun más cercano a la acción popular, y que sin duda se trata de una concepción más amplia que el caso francés en estudio, porque abarca muchos otros campos del actuar estatal. Para el caso francés de la protección de las Grandes Vías, "el rechazo de una autoridad administrativa en iniciar las investigaciones pertinentes es una decisión administrativa susceptible de ser demandada ante el juez del recurso por exceso de poder"[137]. Tal posibilidad puede conllevar a que la administración sea condenada por "carencia sistemática"[138] o por simple falla del servicio[139] en relación con la omisión en cumplir con sus tareas de protección del dominio público.

Quedando en claro que los terceros pueden indirectamente actuar para buscar la protección de bienes públicos, cabe agregar que "por su decisión, el tribunal requiere al contraventor a restituir o volver al estado anterior los bienes públicos ocupados o de pagar una suma de dinero que refleje los costos de las reparaciones de los daños causados a tales bienes", a punto tal que "la reparación debe ser ordenada aún en la hipótesis en que no haya sido solicitada al tribunal"[140]. Es pues claro que nos encontramos en presencia de un mecanismo de reparación de los derechos colectivos que, si bien no alcanza a ser la acción popular, llega al mismo resultado.

En efecto, podemos ilustrar dos hipótesis en el marco del presente escrito. De una parte, aquélla en virtud de la cual se obliga a cesar la afrenta contra el dominio público por la orden que se le da al contraventor de restaurarlo, con lo cual nos aproximamos a la acción popular preventiva colombiana y a la reparación *in natura*[141], propias a la

---

justificar las tolerancias dadas a M. Veau las autoridades administrativas no argumentan ningún motivo proveniente del interés general o del orden público; que, en consecuencia, el gobernador de Morbihan no podía abstenerse de usar sus poderes en vigor, incluso aquel de demandar ante el juez de CGV para hacer cesar la ocupación sin título y remover los obstáculos creados de manera ilícita por M. Veau".

136. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 1998, p. 234.

137. Corte Administrativa de apelaciones de de Marseille, 23 de julio de 1998, M. Paravisini, 97MAO1853 C.

138. KOUEVI Amavi, "L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie", *AJDA 2000*, n° 5, p. 401.

139. Corte administrativa de apelaciones de Marseille, 23 de julio de 1998, M. Paravisini, 97MAO1853 C: "Considerando que al abstenerse ilegalmente de tomar las medidas necesarias para hacer cesar la ocupación irregular de la vía pública, el alcalde de Velone Orneto incurrió en culpa de naturaleza a comprometer la responsabilidad del municipio".

140. PERIER, Jean-Claude, "Voirie (Contraventions de grande voirie)", *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 121, tomo II, Dalloz, París 1985.

141. *V.*, en este sentido, REMOND-GOUILLOUD, Martine: Reparación *in natura*. Es privilegiada en este campo: sólo la *restitutio in integrum*, es decir, volver al estado idéntico anterior, parece borrar verdaderamente el perjuicio ecológico. A la postre, la condena destinada a evitar la no repetición del daño se traduce en una obligación de hacer (ejemplo para trabajos de insonorización, Lyon 23 déc. 1980: *CPEN* bruit, n° 118). Muchas leyes la preveen específicamente: así, según la ley-basuras de 1975, 'el tribunal puede ordenar bajo multa volver el lugar dañado a su

reparación de los daños colectivos. Así, por ejemplo, el propietario de una embarcación irregulamente ubicada en el espacio público marítimo es obligado a desocupar inmediatamente el lugar[142]; quien tiene colocada una cadena que impide el paso por un camino rural debe retirarla[143]; quien ha construído un muro sobre un espacio público debe proceder a su demolición[144], etc. De otra parte, aún más interesante, se encuentran los ejemplos en los cuales los tribunales condenan a la reparación pecuniaria de los bienes públicos dañados. En estos casos no solo se exige que cese la afrenta al derecho colectivo, como ocurre cuando una sociedad daña el sistema aéreo de telecomunicaciones del Estado[145], se ordena "pagar a France Telecom la suma de 17 191 F para reparar los daños causados a una cabina telefónica"[146], o se inician investigaciones por la extracción de materiales del lecho de un río sin que se hayan construido las protecciones necesarias[147]. En tales hipótesis es normal que el juez dé un término al contraventor para que repare las molestias ocasionadas y, en caso de desacato, para que los trabajos se hagan de oficio y por su cuenta[148]. El campo de aplicación de este contencioso podría ser el de los daños ecológicos y así se llegaría a proteger el medio ambiente, al menos tratándose de los ríos y del mar: es el caso de "la extracción de arena del lecho del río Loire que afecta la estabilidad de sus bordes facilitando la subida de la marea y erosionando su lecho"[149], o aún aquél de los "daños…causados al dominio público fluvial de Vorey"[150]. Es necesario, evidentemente, que se establezca un nexo de causalidad entre el hecho dañino y la actuación de la persona investigada[151].

---

situación anterior' (art. 24 9e L.); la demolición de construcciones y el restablecimiento de los terrenos a su estado anterior están previstos por el Código del urbanismo (art. L. 160-1, L. 480-4-2, L. 430.9); el Código forestal ordena la resiembra de árboles en caso de tala ilegal (art. L. 313-1, al. 3); y la legislación sobre industrias dispone que el industrial cuya empresa causa daños puede ser condenada, bajo multa, a efectuar los trabajos necesarios para cesarlos", in "Réparation du préjudice écologique", *JC Environnement Editions Techniques-Juris-Classeurs*, n° 37, fascículo 1060, 1992,.

142. Consejo de Estado francés, 10 de septiembre de 1999, Voies navigables de France, 8/9 SSR 179628 B, Mme Belliard, rapp., M. Arrighi de Casanova, c. du g.; Corte administrativa de apelaciones de París, 26 de diciembre de 1995, M. Krylischin, 95PA01518 B, M. Spittz, rapp., M. Paitre, c. du g.

143. Consejo de Estado francés, 29 de diciembre de 1999, *Commune de Breteau, c/ Mme Gérardin*, 5/3 SSR 145760 C, M. Sansón, rapp., M. Chavaux, c. du g.

144. Corte administrativa de apelaciones de París, 1ª Sección, 23 de julio de 1991, Mme Foucque, 89PA01591 B, Mme Jeangirard-Dufal, rapp., Mme Mesnard, c. du g.

145. Corte administrativa de apelaciones de París, 2ª Sección, 22 de julio de 1993, Société Immobilière Meaux Jaurés, 92PA00075 B, Mme Matilla-Maillo, rapp., Mme Moureix, c. du g.

146. Corte administrativa de apelaciones de Nantes, 2ª Sección, 23 de abril de 1997, Entreprise Stalter, 95NT00917 C, M. Margueron, rapp., Mme Devillers, c. du g.

147. Consejo de Estado francés, 3 de febrero de 1978, Mariani ès qualités et société de terrassement et de mécanique dite Durance Agrégats, *Rec*. p. 48, *AJDA 1978*, p. 225.

148. Corte administrativa de apelaciones de Nantes, 2ª Sección, 8 de diciembre de 1999, M. et Mme Luois Depalle, 97NT01274 B, M. Margueron, rapp., M. Lalauze, c. du g.: "Considerando, de todo lo que precede, que hay lugar a condenar a M. Depalle a restablecer los terrenos, si no lo ha hecho, al estado anterior a la construcción de la casa, situada en el sitio llamado *Kérion* en Arradon, sobre el dominio público marítimo, en el término de tres meses contados a partir de la notificación de la presente decisión, pudiendo la administración, vencido dicho término, proceder a su ejecución a sus expensas y por su cuenta y riesgo".

149. Consejo de Estado francés, 7 de enero de 1983, Société des sablières d'Ancenis, 6 / 2 SSR 30441, 35700 B, M. Cazin d'Honincthun, rapp., M. Robineau, c. du g.

150. Consejo de Estado francés, Sección, 26 de junio de 1984, M. Maire, 6 / 2 SSR 32568 C, M. Van Ruymbeke, rapp., M. Dandelot, c. du g.

151. Corte administrativa de apelaciones de Lyon, 1ª Sección, 9 de mayo de 1989, *Secrétaire d'Etat à la mer c/ Société Borg Shipping Ltd*, 89LY00244 A, M. Jannin, rapp., M. Jouguelet, c. du g.

Si tal es la presentación general del sistema procesal francés, que permite ilustrar la protección de los derechos colectivos y de grupo en dicho país, corresponde ahora estudiar cuáles son los poderes del juez para hacer cumplir los derechos reclamados por las vías procesales reseñadas, pues dependiendo de ellos podremos analizar si la cobertura de los derechos es similar en ambos países, puesto que la posibilidad de *injunctions* amplía la posibilidad de cubrimiento de las acciones.

El principio general es que, "en principio, toda persona condenada tiene la obligación de ejecutar la decisión de la justicia"[152]. Dicho principio es sustancial a un Estado de derecho que no podría permitir que las decisiones de los jueces quedaran sin respaldo de la fuerza pública. Pero en derecho francés, debido a que también existe el principio de la separación de poderes, se ha considerado tradicionalmente que, "el administrado no puede obligar al poder público, naturalmente, a que use la fuerza pública contra sí mismo" porque "en razón de una regla constante, las vías de ejecución de derecho común no se pueden aplicar a las personas públicas"[153]. Sin embargo, esta posición ha tenido un reciente y sustancial cambio, dando una dimensión nueva a los poderes del juez que, hoy en día, dispone de *injunctions* y de *astreintes*.

En efecto, la ley del 8 de febrero de 1995 autorizó expresamente al juez declarar *injunctions*[154], lo cual ha permitido escribir que, "su consagración supone un cambio que se puede calificar de espectacular. No hay duda de que, con la ley del 8 de febrero de 1995, se pasó una página de la historia del contencioso administrativo"[155]. Respecto de las *injunctions* se ha considerado que, a pesar del notable avance realizado por dicha ley en derecho francés, "por gravemente herido que se encuentre el principio de la prohibición de establecer ordenes a la administración, no se podría sin embargo estimar que tal principio ha sido desechado"[156]. En efecto, múltiples ejemplos jurisprudenciales recuerdan que la *injunction* está limitada legalmente[157]. Sin embargo, varias críticas doctrinales se encuentran respecto de la rigidez del sistema francés en el punto[158], las cuales conllevan también a buscar que el principio conocido como la *intangibilidad de la obra*

---

152. DUGRIP, Olivier, "Exécution des décisions de la juridiction administrative", *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 13, tomo II, Dalloz, París 1985.

153. DUGRIP, Olivier, "Exécution des décisions de la juridiction administrative", *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 3, tomo II, Dalloz, París 1985.

154. Dice el artículo 77 de la ley 8 de febrero de 1995: "Cuando toma la decisión de fondo en un litigio que implica necesariamente una medida de ejecución en un sentido determinado, el Consejo de Estado, a solicitud de parte, ordena dicha medida y puede acompañarla de una multa a partir de la fecha que determine".

155. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 872.

156. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 867.

157. Consejo de Estado francés, 31 de marzo de 1995, M. Hatterer-Four, 3 SS 116161 C, M. Gervasoni, rapp., M. Savoie, c. du g.: "Considerando que por fuera del caso previsto en el artículo 77 de la mencionada ley del 8 de febrero de 1995, cuyas disposiciones no son aplicables al caso concreto, no corresponde al Consejo de Estado ordenar requerimientos a la administración; que, en consecuencia, la solicitud de M. Hatterer-Four pidiendo que el Consejo de Estado obligue a la administración a tomar en cuenta, para el cálculo de su pensión, los servicios prestados posteriormente al límite de edad y que fueron descontados de su pensión, no pueden, en ninguna circunstancia, ser declarada". *V.* en el mismo sentido: 5 de mayo de 1995, *Commune d'Arques c/Mme Dupuis-Matton*, 10/7 SSR 111720 B, M. Simon-Michel, rapp., M. Scanvic, c. du g.

158. ROUSSET, Michel, *Droit Administratif*, II, Le contentieux administrative, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 57: "En definitiva, podemos preguntarnos si a nuestro sistema administrativo no le hacen falta los medios de los cuales dispone el juez británico: la posibilidad de ordenar *injunctions* a la administración. Un autor escribía a inicios de siglo que esta situación era *injustificable* (G. JÈZE); existe allí en efecto una especie de tabú que hoy en día debería ser abandonado; no se puede en efecto admitir que el Estado está sometido al derecho si tiene la posibilidad de no cumplir una decisión judicial".

pública sea fuertemente cuestionado, en la medida en que impide que el juez pueda dar la orden a la administración de destruir un inmueble bajo la consideración de que, "es mejor un inmueble mal construido que un inmueble destruido". Por ello, "el abandono de este principio es sugerido igualmente, para el campo del medio ambiente, por la Comisión de *Acciones Públicas y Ecología*"[159].

De cualquier forma, gracias a la nueva ley, los poderes del juez se han incrementado notablemente. Así, en virtud de un tal poder de *injunction*, se ordena a un ministro retirar un acto administrativo[160] o se le obliga a dictar uno[161], se ordena dar un título provisional de residencia[162], validar un título de aptitud profesional de un peluquero[163], iniciar una acción ante la jurisdicción ordinaria para recuperar un espacio público ilegalmente ocupado[164], restablecer un funcionario en sus funciones[165], entregar al demandan-

159. "Contentieux-Problématique et perspectives", *JC Environnement Editions Techniques-Jurisclasseur*, n° 42, fascículo 1005, 1992,.

160. Consejo de Estado francés, 20 de marzo de 2000, Groupe d'information et de soutien des immigrés, 2 / 1 SSR 205266 A Mlle Verot, rapp., M. Martin Laprade, C. du G.: "se requiere al ministro del empleo y de la solidaridad y al ministro de presupuesto la abrogación del acto del 17 de marzo de 1997, que fijó el monto de la cotización a pagar a la oficina de migraciones internacionales con ocasión del examen médico realizado por los extranjeros que solicitan un permiso de estadía, lo cual deberá hacerse en un término de quince días contados a partir de la presente decisión"; ver en el mismo sentido: 7 de junio de 2000, M. Zurmely, 4 / 6 SSR 206362 B, M. Olson, rapp., M. Schwartz, C. du G.: "que la anulación parcial de la decisión del Primer Ministro negando retirar ciertas disposiciones de los decretos n° 90-1011 del 14 de noviembre de 1990 y n° 92-657 del 13 de julio de 1992, implica necesariamente la promulgación de medidas que terminen la aplicación de las disposiciones reglamentarias cuya ilegalidad ha sido constatada; que hay lugar para que el Consejo de Estado ordene esta promulgación en el término de seis meses".

161. Consejo de Estado francés, 16 de junio de 2000, Syndicat national CGT du Ministère des Affaires Etrangères, 10 / 9 SSR 204962 B, M. Gounin, rapp., Mme Daussun, C. du G.: "Considerando que la ejecución de la presente decisión implica necesariamente que el gobierno profiera el o los decretos de aplicación, previstos por los artículos 79 et 80 de la ley del 11 de enero de 1984, necesarios a la titularización de los agentes no titulares del ministerio de la cooperación que tengan vocación a ser nombrados en un cuerpo de categoría A; que hay lugar de ordenar esta medida". *V.* en el mismo sentido: 22 de marzo de 2000, Mme Dury, 10 SS 210950 C, Mme Denis, rapp. Mme Daussun, C. du G.: "Considerando que la ejecución de la presente decisión implica necesariamente que los ministros en cuestión profieran la reglamentación prevista por el artículo 1 del decreto del 28 de marzo de 1967, necesaria para la determinación de los grados y empleos del personal así como la de los países extranjeros a los que se aplicarán las disposiciones del mencionado decreto; que hay lugar a ordenar esta medida".

162. Consejo de Estado francés, 19 de junio de 2000, *Préfet du Val d'Oise c/ M. Laaji*, 10 SS 214365 C, Mme Dayan, rapp., Mme Mitjavile, C. du G.: "Considerando que la decisión que anula el acto administrativo que rechazó otorgar un permiso de residencia, en violación del respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 de la Convención europea de la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, implica al menos, bajo condición de que no cambien las circunstancias de hecho y de derecho para el otorgamiento de un permiso de residencia, el otorgamiento de un permiso temporal indicando la mención vida *privada y familiar* previsto por el artículo 12 bis de la ordenanza del 2de noviembre de 1945; que en consecuencia, se otorga el derecho a M. Laaji en el sentido de requerir al Prefet Du Val D'oise otorgarle un permiso temporal de residencia". *V.* en el mismo sentido: 29 de marzo de 2000 M. Ludiakueno, 1 / 2 SSR 209583 A, Mme Prada Bordenave, rapp., Mlle Fombeur, C. du G.

163. Consejo de Estado francés, Mme Grimaud, 5 de mayo de 2000, 6 SS 214236 C, M. Benassayag, rapp., M. Lamy, C. du G.: "…que teniendo en cuenta la parte motiva de la presente decisión, la ejecución de la misma implica necesariamente la validación de la capacidad profesional de Mme Grimaud; que, en consecuencia, hay lugar de ordenar a la Comisión nacional de peluquería validar la capacidad profesional de Mme Grimaud en un término de dos meses".

164. Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, 1a Sección, 23 de julio de 1998, M. Paravisini, 97MA01853 C, M. Moussaron, rapp., M. Bocquet, c. du g.: "Considerando que la ejecución de la presente decisión implica que el municipio Velone Orneto tome las medidas necesarias para hacer cesar la ocupación irregular de la vía pública en la parcela n° 713, específicamente demandando ante la jurisdicción ordinaria competente".

te las calificaciones dadas por un jurado sobre su trabajo científico[166], etc. Si el demandante ha solicitado en su demanda también una *astreinte*, el juez puede darla, llegando a representar sumas considerables[167].

Se concluye entonces que en derecho francés la inexistencia de la acción popular y de la acción de grupo no puede permitir, sin embargo, estimar que los derechos colectivos o de grupo no son protegidos. Si bien, como se verá, la protección no es la misma que si existieran acciones procesales concretas, tampoco se puede considerar que el derecho francés se desentiende de tal problemática.

Queda entonces por precisar en la conclusión cuál es el alcance de las diferencias entre los dos sistemas.

IV. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores se puede entrever que existen diferencias importantes entre los dos sistemas jurídicos estudiados.

En lo que respecta a las demandas en favor de los derechos de grupo, la gran diferencia es que la acción de grupo existe en derecho colombiano y no en derecho francés. En este derecho, aun en el caso de los productos defectuosos, se requiere que cada víctima otorgue poder, con lo cual se desnaturaliza la acción. Por tanto, cuando los miembros de un grupo son lesionados, corresponde a cada uno de ellos otorgar poder para buscar el resarcimiento de su daño individual. En este aspecto el derecho colombiano es más eficaz y conforme con la tendencia general que se ha podido constatar en derecho comparado, porque sí tiene una acción en la cual un grupo, sin necesidad de que todos sus miembros otorguen poder, puede ser indemnizado por los perjuicios que sufren los individuos que lo componen. Lo anterior no impide que, en Francia, las asociaciones pueden demandar en recursos por exceso de poder buscando la anulación de actos administrativos, cuando el acto está relacionado con su objeto estatutario, pero en este evento no pueden pedir indemnización de daños, sino la anulación de los actos máxime acompañada de una *injunction*, que hasta el presente no han sido utilizadas para facilitar

---

165. Corte Administrativa de Apelaciones de París, Cuarta Sección B, 23 de septiembre de 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Isaac*, 98PA01174 C, Mme Adda, rapp., M. Lambert, c. du g.: Considerando que, por una petición registrada el 10 de septiembre de 1999, M. Isaac solicitó a la Corte ordenar al Ministro del Interior de transladarlos a la comisaría de Pointe-à-Pitre bajo multa de 1.500 F por día de atraso contados a partir de la decisión que se habrá de tomar; que se debe comunicar la presente decisión al Ministro del Interior y requerirlo de responder a la solicitud en el término de un mes contado desde la notificación de la presente decisión.

166. Corte Administrativa de apelaciones de París, 9 de febrero de 1999, M. Stefant, 98PA00128 C, Melle Payet, rapp., M. Brotons, c. du g.: "Considerando que M. Stefant demanda que se requiera, bajo multa, al Centro nacional de investigación científica de entregarle íntegramente, incluido el nombre de quienes suscriben, la fotocopia de las notas dadas por los expertos consultados sobre el valor de sus trabajos científicos; que la ejecución de la presente decisión implica necesariamente que se de razón a la solicitud del demandante; que, en consecuencia, se debe ordenar dicha medida en el término de un mes contado a partir de la notificación de la presente decisión, so pena de multa de 500 francos por día de retraso".

167. Corte Administrativa de apelaciones de París, 4a Sección, 22 de octubre de 1998, SA Borie SAE et autres, 6PA03378 C, Mme ADDA, rapp., M. Lambert, c. du g.: "Decisión (...) Artículo 2: Una multa se decreta contra la Régie immobilière de la ville de París si no justifica haber, en el término de los tres meses siguientes a la notificación del presente fallo, pagado las sumas relacionadas en los considerandos del presente fallo, para asegurar la ejecución de los fallos del tribunal administratio de París del 25 de junio de 1991 y del 30 de marzo de 1996. El monto de tal multa es de 10.000 francos por día".

la restitución y/o reparación de derechos colectivos lesionados. Si se pretendiera la indemnización de daños, tendría que acudirse a la acción de pleno contencioso para que la asociación o el sindicato sea directamente resarcido por la afrenta a los intereses lesionados que representa conforme con los estatutos (daño moral o gastos para la defensa del derecho que se defiende), pero sin que por esta vía se pueda llegar a la indemnización de los daños individuales sufridos en tanto se pertenece a un grupo. Se constata entonces que la acción de grupo no tiene cabida en Francia puesto que el principio *nadie litiga por representante* impide que el miembro de un grupo sea representado por este. El estado actual del esquema procesal francés no permite una posibilidad tal porque, como se vio, el ejercicio de las demandas de *personas-categorías*, que permite justificar el interés para actuar en el contencioso objetivo, no puede ser aplicado en el contencioso subjetivo.

Otra diferencia, aún más importante, se relaciona con el significado y el lugar que en los dos sistemas representa el concepto de derecho colectivo y su eventual reparación. Como se ha dicho, en el sistema francés, a diferencia del colombiano, no ha sido consagrada ni constitucional ni legalmente la acción popular.

En efecto, en el actual esquema del contencioso administrativo francés no se encuentran casos en los cuales las personas físicas o las morales hayan solicitado la reparación de daños colectivos en beneficio de la colectividad, tomada en su acepción colombiana. Es una de las diferencias más significativas con el derecho colombiano, porque en Francia no hay decisiones que pronuncien condenas a favor del colectivo. Quizás el principio estudiado de la *especialidad de las personas morales* impide que las mismas se arroguen derechos colectivos que más bien serían, bajo la acepción francesa, interés general, representado por el Estado. Como se ha visto, lo máximo que puede ocurrir es que una asociación que ha actuado en la defensa de un derecho colectivo sea indemnizada por los gastos que invirtió en su protección, pero todo ello de conformidad con la teoría del Colaborador Ocasional y siempre y cuando dichos gastos sobrepasen los que normalmente destina la asociación para cumplir con su objeto. En el campo del contencioso objetivo, no se encuentran casos en los cuales una asociación haya demandado al juez ordenar a la administración actuar en un sentido determinado para reparar o cesar la afrenta a un derecho colectivo.

Las conclusiones anteriores pueden ser apoyadas y reiteradas en la descrita lógica del precitado fallo Ville de Saint Quentin, en el cual "los daños consistentes en la *pérdida de riqueza biológica*...no pueden en sí mismos abrir derecho a ninguna reparación". Se anota igualmente que, "el simple hecho de que la flora y la fauna acuática hayan sido destruídas, no puede ser un rubro de daño indemnizable, salvo si se establece que se ha causado un daño directo a una persona física o moral determinada"[168]. También se pueden recordar en este sentido los casos estudiados cuando ilustrábamos la protección de los derechos colectivos en el recurso por exceso de poder. Todo parece indicar que, en el actual esquema contencioso francés, no hay acogida a la indemnización de los daños colectivos, porque la ausencia de la acción popular lo impide y el esquema procesal no da para suplirla.

En efecto, aún si "la polución de un río, lo mismo que la del aire o de la tierra, son obstáculos al cumplimiento del objeto estatutario de las asociaciones y afrentas a las

168. *G.F.*, comentario del fallo Corte Administrativa de apelaciones de Lyon, Fédération du Pays-de-Dôme pour la pêche et la protection du milieu aquatique, n° 96LY01886, *Droit de l'environnement*, n° 98, 2002, p. 112.

causas que estas defienden, y según el criterio definido por Mme Latournerie, deberían permitir que ellas obtengan reparación[169] …la jurisprudencia es constante en relación con las asociaciones de pesca: sólo pueden obtener indemnización por los perjuicios materiales que la polución les ha causado y no por la reparación de un perjuicio moral o ecológico"[170]. No existe pues en derecho francés la posibilidad de reparar directamente a favor de la comunidad los daños colectivos.

El vacío que en este aspecto presente el derecho francés puede sin embargo, en nuestro entender, ser llenado de dos maneras.

La primera sería que por vía legislativa se introduzca la noción de acción popular. Parte de la doctrina es partícipe de esta idea: "el derecho contencioso francés está, desde el punto de vista de sus capacidades, muy por debajo de aquéllas ofrecidas, por ejemplo, en derecho anglosajón, que distingue entre las acciones de las molestias *privates* y *publics*; las acciones por *public nuissances* están abiertas en Estados Unidos a los ciudadanos en general, a quienes se les reconoce, en cierta medida, el derecho de suplantar a las autoridades públicas para iniciar acciones que solo éstas podrían iniciar"[171]. Marcel Sousse toma el mismo punto de vista al afirmar que, "como lo consideran E. du Pontavice y P. Cordier, 'sólo el reconocimiento de un derecho general al medio ambiente en el cual los particulares, como las asociaciones, podrían demandar ante los tribunales, permite calificar los intereses calificados de colectivos'. Un paso hacia el reconocimiento de este derecho ha sido ya realizado en el marco internacional y en el extranjero"[172]. Los clamores de la doctrina, generalmente expresados en materia del medio ambiente, podrían ser extendidos a todos los derechos colectivos, a la usanza colombiana, como lo sugiere Mr. Tanquerel: "si está demostrado que permitir a la sociedad civil el uso de estos mecanismos puede generar mejores decisiones y una aplicación más rigurosa de las mismas, entonces una apertura es deseable. Es en función de la concepción según la cual se permite a todos y no solo a las *personas interesadas*, hacer comentarios de pura oportunidad en la fase no contenciosa de toma de decisiones administrativas, lo cual permitirá otorgar calidad para actuar a los demandantes *ideológicos*, es decir, a los organismos u organizaciones que hacen valer el interés público y no sus intereses materiales"[173].

No es de extrañar, bajo esta presentación, que en Colombia exista acción pública de inconstitucionalidad, que no existe en Francia, quizás porque, como se ha dicho, éste país reposa más sobre una democracia representativa que participativa, lo cual también ha empezado a generar críticas en la doctrina[174]. Sin embargo, una reforma legal no

---

169. Quien suscribe estas líneas está en desacuerdo con la afirmación, sólo en el sentido en que en tal hipótesis no es la asociación la que debería ser indemnizada, sino precisamente el colectivo, con independencia de quién administre el objeto de la condena.

170. BORE, Louis, "L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative", *RFDA*, 1996, p. 551.

171. "Contentieux - Problématique et perspectives", *JC Environnement Editions Techniques-Jurisclasseur*, n° 40, fascículo 1005, 1992.

172. SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, París 1994, p. 389.

173. TANQUEREL, Thierry, *Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis*, Helbing&Lichtenhahn, Collection Genovoise, 1996, p. 206.

174. *V.* en este sentido: ROUSSEAU, Dominique et SPITZ, Eric "Le crépuscule du Conseil constitutionnel", *Le Monde*, vendredi 7 de diciembre de 2001, Horizons-Débats, p. 19. "Se debe tener temor de una verdadera Corte Constitucional buscada por ciudadanos que entienden hacer respetar sus derechos que según ellos la ley les ha

tendría necesariamente que reflejar una situación como la colombiana, en donde cualquier persona puede iniciar acciones en defensa de los derechos colectivos.

Como lo dice pertinentemente el profesor Jourdain a propósito de los daños ecológicos, "existe por demás una poderosa corriente doctrinaria favorable a la indemnización de este daño, que podría generarse, como lo prevée la ley Barnier del 2 de febrero de 1995, permitiendo a los organismos privados o públicos representativos de la defensa del medio ambiente demandar reparaciones"[175].

La segunda vía se insertaría en el esquema contencioso actual. En efecto, se estima que el esquema procesal francés, en estricto sentido, no impide la reparación de los derechos colectivos, a pesar de que, sin discusión, permitirlo requerería de soluciones osadas y audaces. La hipótesis que se estima pertinente consiste en que, por la vía del recurso por exceso de poder y sin necesidad de inscribirse en la lógica de la acción popular -inimaginable en la Francia actual, se admita que una persona o una asociación demande, en nombre del derecho colectivo lesionado, el restablecimiento no pecuniario del mismo o la condena a la administración para que actúe en determinado sentido. Como se ha visto, las *injunctions* que puede pronunciar el juez francés permitirían la reparación de los daños colectivos siempre que, constatado el daño, se ordenen las medidas necesarias para volver a la situación anterior, sin que tenga relevancia el campo de la actuación administrativa del que se trate. Si bien es cierto que por la vía del recurso por exceso de poder no se pueden obtener condenas económicas, sí se podría obtener que la administración sea obligada a actuar en aras de restaurar el derecho colectivo lesionado. Así los lobos y los pájaros tendrían por fin un juez que los escuche! A pesar de que una tal solución nos deja en mitad de camino, en la medida en que no garantiza, como en derecho colombiano, las indemnizaciones pecuniarias frente a la lesión de los derechos colectivos, el avance sería notable.

---

lesionado? (...) Para que los ciudadanos dejen de ser la hipoteca de los partidos políticos cuando sus derechos fundamentales están en juego, deben ser los actores de sus propios derechos".

175. JOURDAIN, Patrice, "Le préjudice et la Jurisprudence" *in La Responsabilité civile à l'aube du XXIe Siècle,* Bilan Prospectif, Colloque organisé para la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry les 7 et 8 décembre 2000, Editions du Juris-Classeur, Responsabilité civile et assurances, n° 6 bis, junio de 2001, p. 47.

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES

Mariolga Quintero Tirado
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

"¡Qué difícil es para un 'juez constitucional', en la vorágine de estas horas y en el fuego cruzado de tantos intereses nada inocentes, guiarse políticamente con el espíritu y la fuerza propios de la discreción judicial!"

Augusto Morello

I. INTRODUCCIÓN

El proceso es un juicio de existencia. Por ello, el abogado en ejercicio se batalla con una realidad concreta, irrepetible, en que está rodeada, además de su cliente, de sujetos vinculados directamente a la lid judicial, jueces, secretarios, funcionarios auxiliares de diversa índole, los contrarios y sus apoderados, y el mundanal secreto de gente que gravita influyendo la decisión, más convocado según la valía económica, social o política del proceso[1].

El abogado es un defensor de los intereses de su cliente, que despliega un prolongado esfuerzo, producto de una estrategia, de una visón normativa y realista del caso y ajusta su comportamiento procesal al logro de convencer al juez de la verdad de sus alegaciones.

El abogado, entonces, eS un ser programado, determinado por el factor subjetivo que le atribuye al objeto defendido y por tanto, no desarrolla una conducta neutra, sino absolutamente parcializada.

Dentro del contexto actual en que una visión de vida más humanizada nos orquesta armónicamente en un haz de garantías procesales de estirpe constitucional, que potencian la seguridad jurídica y donde centramos el núcleo soleado del deber ser del principio del debido proceso, o de un proceso justo, o con garantías o de una tutela judicial eficaz, circunvalados como estamos por esa constitucionalización del proceso, no sería difícil -en lo abstracto y virtuoso de ese querer- posesionarnos de nuestro rol de abogados en un carril sin tropiezos, ni sombras.

Pero, ese no es el mundo que nos oxigena, no hay ese sabor grato del nuevo emblema doctrinal y legislativo de la ciencia procesal, sino "*un estrujón malévolo que nos asfixia*"[2], donde el proceso está lleno de desencantos, de miles de rostros que lo rasguñan, de una falencia técnica, de un inmenso desamparo, y en el que la dignidad de la justicia se ha escapado, como que si su Palacio estuviera de fuego ardiendo.

---

1. CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
2. BENEDETTI, Mario.

Sin embargo, el juego efectivo de las garantías procesales requiere de esa dignidad, de unos jueces independientes, autónomos e imparciales y que sepan gobernar el proceso, como intérpretes de sus límites y contenido; y además reclama de los demás operadores jurídicos conciencia y conducta proba y leal.

¿Son nuestros jueces venezolanos los garantes de esas garantías?

¿Las predican, las conocen, las imponen?

¿Somos nosotros los abogados condicionantes de peso para que se materialice ese juego de las garantías?

¿Las actuamos y las requerimos?

¿Sabemos cómo hacerlo?

II. EL ABUSO Y LA MORALIZACIÓN DEL PROCESO

1. Presentación

Nos dice el gran doctrinante Landoni, que el querido profesor Adolfo Gelsi Bidart instruía que era menester colocar:

> ...el acento -de la mayor significación ética- en el problema de la utilización del proceso, que como es un medio o instrumento jurídico, debe estar sujeto al enfoque adecuado al medio, a la ética de los medios, que abarcan *lo que se hace* (el *modus operandi*), además de aquello para lo cual se hace.
>
> En rigor no puede nunca prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquel funciona como *causa* final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado). Pero, además, el medio tiene consistencia propia, en parte modelada en vista del fin, pero que de ningún modo se confunde con éste. Por ende, la eticidad del medio deberá establecerse más que en el fin perseguido (el objetivo que a veces se confunde con el objeto) que tiene su propia eticidad, en relación a: a) aquello en que el medio consiste; b) el modo de usar, de ejercer o de ejecutar, de realizar el mismo instrumento[3].

Por tanto, la regla moral es parámetro necesario de la conducta de los operados jurídicos en el proceso.

Ahora bien, ya situados en el fraude procesal, que en una noción muy simple significa utilizar el proceso para desviarlo de su finalidad, algunos autores lo inscriben en el marco del abuso del derecho (abuso del proceso), mientras que otros lo enfocan como un agravio al principio de moralidad, aunque emparentándolo a la noción de uso procesal abusivo.

Igualmente, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia exigen que esté presente en el acto abusivo el elemento subjetivo "*dolo o culpa*", pero ya parece que adquiere importancia "*la tesis funcional que reconoce su origen en los conceptos de Josserand, como criterio identificador del abuso en las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido.*

---

3. LANDONI SOSA, Ángel, "La regla moral y el abuso de lasa vías procesales", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, p. 391.

Esto supone como único requisito que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico"[4].

Y en revisión del criterio de quienes proscriben del abuso del derecho como principio del proceso, tomamos las palabras del jurista Abraham Luis Vargas, quien nos dice:

> ¿Otro principio procesal?
>
> La pregunta -muy actual- la hace y responde el célebre Jorge W. Peyrano en una de sus últimas contribuciones.

Este autor se manifiesta sin ambages cuando afirma que 'ya está aquí con nosotros y en operaciones, un nuevo principio procesal (el que prohíbe el accionar procesal abusivo)', aunque reconoce que 'por lo común, doctrina y jurisprudencia se abstienen de invocarlo prefiriendo efectuar aplicaciones puntuales del mismo'.

> Sin embargo y aun cuando parezca una herejía –y realmente lo es de mi parte–, es ésta una de las excepcionalísimas ocasiones en que uno no está de acuerdo con el ilustre procesalista. Vayamos por partes: en primer lugar, el mimo Peyrano admite que el principio existe 'por más que el legislador no lo haya mencionado explícitamente como regla genérica en una norma particular, siendo que los *principios generales* no están condicionados en modo alguno a su recepción positivista (cualquiera sea la opción que se tome en orden a su naturaleza jurídica y a su función u operatividad: antes de, en lugar de, al lado de, integrando a, interpretando a o supliendo a: las normas jurídicas).
>
> Luego, recurre -y aquí creemos que está la posición correcta- a calificar al principio de marras *a lo menos* como un *principio consecuencial o derivado del unánimemente aceptado y admitido 'principio de moralidad*, habiéndose *normativizado* a través de la instrumentación legal de deberes procesales con contenido ético (habitualmente los de conducirse con lealtad, probidad y buena fe)'.
>
> En efecto, no es necesario -desde mi punto de vista- traer *nuevos baldes de agua* desde el Derecho sustantivo (desde donde vienen incluso algo *agujereados*) para apagar los *incendios procesales civiles* (ejercicio abusivo *del* y *en el* proceso), siendo que en nuestra propia casa (la legislación adjetiva) tenemos *un obrero bien pago* (*el juez* como director del proceso, figura ya distinta del viejo *elector* de la clásica procesalística) presto a actuar con todo el rigor que le permiten las más modernas herramientas (sus *poderes-deberes* preventivos y sancionadores de las inconductas procesales, y los consecuentes *deberes* -de lealtad, probidad y buena fe- de las partes que ingresan al escenario judicial) para solucionar la dificultad (léase, aplicación de las típicas responsabilidades: civil -indemnización de daños y perjuicios-, penal -en su caso-, administrativa dentro del litigio -sanciones disciplinarias, vgr. multas- y fuera de él -vgr. ante los colegios de abogados respectivos-).
>
> Finalmente, el eminente procesalista sigue las reflexiones de Eduardo Vallejo y Osvaldo Gozaíni en orden a que 'la sanción de la norma del artículo 1071 del ordenamiento civil -por más que esté materialmente incluida en el Código Civil- determina que su espíritu y trascendencia impregne todo el edificio jurídico; debiendo tenerse presente que el Código civil argentino, es, en verdad, un repositorio de disposiciones correspondientes a una suerte de 'teoría general del Derecho', las cuales pueden ser válidamente aplicadas en otros sectores del mundo jurídico'.
>
> Por nuestra parte, volvemos a insistir en que la interpretación de la norma de marras no fue pacífica ni antes ni después de su consagración, llegando la discusión -y también las críticas- hasta nuestros días.
>
> Pero ello no es todo; el artículo 1.071 del Código Civil adopta tan sólo una de las posibles variantes del *abuso del derecho* -en particular el criterio objetivo o funcionalista, lo cual, de

4. GASPARINI, Marisa G.; BILESIO, Juliana, "Reflexiones sobre el abuso en materia Procesal" en *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2001, p. 19.

> trasvasarlo sin más, nos dejaría huérfanos para aplicar el instituto en problemas netamente procesales (*vgr*., el postulado *objetivo* engendra responsabilidad *objetiva*, mientras que en el proceso la mayoría de las aplicaciones implicarían responsabilidades *subjetivas*, por culpa o dolo -la *temeridad* y la *malicia* o la *mala fe* son prueba acabada de este razonamiento-) [5].

En esa tónica, considero innecesario ocurrir ante una teoría foránea (en el sentido de emigrar desde la órbita del Derecho sustancial) para exigirle soluciones que bien pueden encontrarse mediante los conocidos principios de *moralidad* y de *economía*. Por lo demás, repárese en que, de aceptar la *abusión* como principio, *podría producirse colisiones insalvables con otros principios* universalmente aceptados en el proceso civil: verbigracias, los de *contradicción*, *preclusión* y *adquisición*.

2. Del fraude

El principio de moralidad es el basamento, conforme a nuestra legislación adjetiva y jurisprudencia del fraude procesal.

Muy explicativo sobre el entendimiento de esta figura es el procesalista Gozaíni, quien nos dice que:

> Debe entenderse como fraude procesal 'toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares, que se incline a obtener o a dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o impedir su pronunciamiento o ejecución'.
>
> De esta interpretación concluimos que el fraude procesal puede plantearse:
>
> a) Unilateralmente: mediante el acto llevado a cabo por una de las partes en el proceso, el que, calificado en su entidad ilícita, puede ocasionar responsabilidades civiles y penales.
>
> Por ejemplo: 1) La insolvencia fraudulenta prevista en el art. 179, 2ª parte del Código Penal; o el delito de desobediencia procesal fraudulenta, incorporado al Código Penal por la ley 17.567; 2) La negativa maliciosa a firmar que, a pesar de constituir un supuesto legislado, tendría que reprimirse con mayor severidad; 3) El proceso de usucapión que, sobre bases artificiosas y con aparentes fundamentos, promueve una pretensión que no encuentra réplica adecuada por la mentira que oculta su formulación; 4) La adulteración de piezas del expediente, testimonios mal logrados, deformación de escritos, etc.
>
> Bilateralmente; por medio de la actitud engañosa que dirigen las partes, perjudicando a un tercero o burlando la ley, el orden público o fiscal.
>
> La conciencia de la propia sinrazón (temeridad) agrega como elemento característico la *colusión*, derivando la posibilidad de a) procesos aparentes: es decir, aquellos que no componen un litigio real y concreto, y que buscan una finalidad diversa a la natural eficacia que sirve a la justicia. (Vgr. procesos que buscan solamente la declaración jurisdiccional para verbalizar en otro proceso su jurisprudencia); b) procesos simulados: donde la concertación entre las partes persigue distraer derechos de terceros o evadirlos directamente mediante un proceso que, por sus consecuencias, permite sustraer judicialmente la acción de los acreedores; c) procesos fraudulentos (propiamente dichos): en los que se utiliza la estructura adjetiva con el fin de provocar daño a terceros. *Vgr.* juicio ejecutivo que hace iniciar el deudor a un tercero, persiguiendo la ejecución de sus bienes para sustraerlos de otras obligaciones asumidas.
>
> Esta misma clasificación de fraude unilateral o bilateral o concertado, atiende también las posibilidades de defraudación por vía de los funcionarios judiciales.

---

5. VARGAS, Abraham Luis, "El ejercicio abusivo del proceso", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 306-309.

Los auxiliares de la justicia (peritos, testigos, intérpretes, traductores, depositarios, martilleros, síndicos, etc.) pueden ser agentes del desvío procesal a través de la multiplicidad de actos que cumplen en el desarrollo procedimental (*Vgr*.: perito que informa en sentido diverso al apreciado; testigo que calla la verdad o la oculta para beneficiar a alguna de las partes; intérpretes que modifican el sentido de una expresión, etc.).

Atendido objetivamente el fraude, se puede actuar en el proceso, o utilizándolo abusivamente para lograr una decisión jurisdiccional que puede ser oponible a terceros (fraude con el proceso).

El primer caso encuentra el fraude generándose en un proceso en marcha o que se promueve. Se debate en curso procedimental y puede multiplicar sus efectos corrosivos mediante el sistema de avance exclusivo que tiene la litis. Evidentemente, una etapa del proceso que se encuentra viciada transmite sus efectos nulificantes.

Un caso común de fraude procesal en todos los países, es el divorcio en el que las partes se ponen de acuerdo para fraguar una causal inexistente, o invocar una nulidad para disolver el vínculo allí donde no existe otra posibilidad legislativa.

El fraude con el proceso aparece comprendido en todo su trámite, o sólo en tramos de sus pasajes. El proceso simulado defrauda el orden legal previsto; en cambio, la ocultación de bienes prendados, la verificación de créditos inexistentes, las medidas cautelares pedidas para sustraer bienes de la agresión de terceros, etc. ocupan sólo una etapa, pero, claro está, desvían el destino teleológico del proceso.

Es indudable -dice Véscovi- que la realización del fraude mediante el proceso tiene algunas desventajas frente al realizado fuera de él, en el campo negocial, puesto que al mayor costo se agrega un cierto contralor, que hace que las partes, aún en los procesos dispositivos, no actúen en la absoluta impunidad. Pero por otro lado existen ventajas, especialmente la de que por medio del negocio fraudulento en realidad no se obtiene nada, puesto que la nulidad sancionada por el derecho civil hace inhábil el resultado buscado, mientras que el proceso agrega al acto un elemento de indiscutible estabilidad; la cosa juzgada. Esto sin olvidar, todavía, que ciertos resultados jurídicos (divorcio, prueba de determinados estados civiles, etc.) sólo pueden obtenerse mediante el proceso y no mediante el simple acuerdo de voluntades contractuales"[6].

Volviendo ahora al deber de lealtad y probidad, tenemos que no está incluido directamente en las garantías procesales constitucionales.

Pero que tan pronto ahondamos en la noción de un proceso justo y en las garantías de acceso a la jurisdicción y de la defensa, se hace prístino que los sujetos procesales en ejercicio de las mismas, tengan no sólo la carga sino el deber de decir la verdad. Por ende, cuando se falsean los datos fácticos de las alegaciones se está hablando inconstitucionalmente.

Además, cuando el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil consagra el deber de probidad y lealtad en el proceso está estableciendo un mandato que si es inobservado genera una actividad revestida de antijuricidad, por ello, como indica el jurista Walter Zeiss, el derecho procesal no es un derecho *libre de moralina*[7].

Este deber también está reconocido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, en el Capítulo dedicado a los principios que rigen los procesos contenciosos en asuntos de familia (artículo 450, literal m, *Moralidad y probidad procesal*); en el artículo 1 del Código de Ética de los Jueces venezolanos o Juezas venezolanas, que reza:

---

6. GOZAÍNI, Osvaldo, *La conducta en el proceso*, Librería Editora Platense, La Plata 1988, pp. 246-249.
7. ZEISS, Walter, *El dolo procesal*; *aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, Trad. y presentación de Tomás A. BANZHAF, EJEA, Buenos aires 1979, pp. 24 y 25.

> Los principios éticos deben orientar todos los actos del juez o jueza, para lograr la confianza pública en su integridad e independencia y en el sistema de justicia.

Igualmente, en el artículo 4 del Código de Ética Profesional del Abogado, que dispone:

> Son deberes del abogado:
>
> 1.- Actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad.

Además, el artículo 5 del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica expresa:

> Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

En esta región importa también preguntar si en la noción del fraude está implicado un daño. Lo cierto es que puede predicarse que existe un abuso procesal sin que se configure culpa grave o dolo en el operador o justiciable actuante, pero debe atenderse si la desviación ha provocado un daño procesalmente computable, como lo denomina Marcos L. Peyrano[8], como lo sería obstruir el ejercicio de cualquiera de las garantías procesales constitucionales o gravar los derechos de ese rango.

No obstante el criterio funcional que acogemos, debe aclararse que "*para que surja responsabilidad aquiliana derivada de 'abusos procesales' deberá existir siempre -aquí sí- dolo o culpa del 'abusador', pero este aspecto subjetivo no es de ninguna manera un requisito indispensable para que se configure un abuso procesal. A su vez, el abuso deberá -para dar lugar a un resarcimiento- generar (como es lógico) un perjuicio injustificado para aquel que aspire a constituirse como sujeto activo de una acción de responsabilidad*"[9].

Y esa es la forma de entender el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en su párrafo único, cuando norma:

> Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.
>
> Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:
>
> 1° Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;
>
> 2° Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;
>
> 3° Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.

III. PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL FRAUDE

No podemos dejarnos capturar ilusionada o mágicamente por la receta de la moralidad, si no tenemos un juez con esa regla comprometido y seducido, que extreme su rol

---

8. PEYRANO, Marcos, "El abuso del derecho y su inserción como nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal" en *Abuso procesal,* Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, pp. 205.
9. PEYRANO, Marcos L., *Ibidem,* pp. 205.

de director imparcial del debate y que con lúcida anticipación, en caso de percibirlo, ponga de manifiesto la maniobra abusiva y valle su objetivo.

La exigencia de actuar de buena fe impone al juez no un comportamiento displicente, sino oportuno y diligente, por la implicancia de la garantía procesal constitucional de la legalidad del proceso (articulo 49 ordinal 3º), y tiene el deber de revelar la conducta indebida, aun de oficio, aunque en mi opinión con audiencia previa de ambas partes (a través del incidente innominado contemplado en el artículo 607 de la Ley Adjetiva Civil), para lo cual también está permisado por los Códigos sobre la materia (artículos 206 y 212 del Código de Procedimiento Civil y, 207 y 212 del Código Orgánico Procesal Penal); y por entrañar la violación del imperativo ético al que deben ajustar sus conducta los sujetos del proceso.

Pero, además, dentro del tipo del fraude, es perfectamente posible que si el proceso viciado por esa reprochable actitud todavía está en curso se provoque un incidente, dentro del régimen de las nulidades procesales, para controlarla y reprimirla, siguiendo el trámite de los incidentes innominados (artículo 607 ya referido).

Empero, si el proceso ha pasado en autoridad de cosa juzgada, habrá que recurrir a una pretensión autónoma nuláfica.

Si bien, esa postura había presentado alguna resistencia en el campo doctrinal, la subida de nivel de las garantías procesales al marco constitucional ha hecho viable la revisión de la cosa juzgada fraudulenta o aparente.

Esto no debilita el campo operativo del recurso de invalidación que sigue en vigor en las situaciones que contempla, sino que cobija con buen sentido la necesidad de que se celebre un proceso justo.

IV. DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Es por ello que, el análisis del contenido, naturaleza jurídica y método procesal del concepto en cuestión, debe permitir un criterio suficientemente estricto para delimitar sus consecuencias dentro de todo *iter* y sobre todo, en beneficio de las partes.

Así, el desarrollo del fraude procesal apuntala una forma de accionar que motiva la garantía de los postulados constitucionales referentes a la conducta *jurisdiccional* y *operacional* de todos sus involucrados, presentando un perfil conceptual y procedimental que recientemente ha sido diseñado por la jurisprudencia venezolana, pero sin lugar a dudas susceptibles de revisión y aceptación, por lo que debe imponerse una reorganización de los fundamentos y considerandos que definitivamente establezcan un nivel medio como constante doctrinal.

Bajo estas premisas, debemos comenzar señalando la noción dada en sentencia número 908, dictada por la Sala Constitucional en fecha 4 de agosto de 2001, en la que se incluye dentro del fraude procesal o dolo genérico, el dolo específico, la colusión, la simulación y el abuso del derecho, pues se trata del mantenimiento del orden público a cargo del juez, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva y por tanto, dejó sentado que: "*...el fraude procesal (dolo) puede ser atacado con el fin de hacerle perder sus efectos, sin necesidad de acudir a especiales supuestos de hecho señalados en la ley, para específicas situaciones, las cuales de todos modos siguen vigentes*". Igualmente, la misma decisión circunscribió tal generalidad conceptual bajo la definición siguiente: Se

trata de un conjunto de "*...maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero....*" y se refiere al dolo específico en el caso del fraude ejercido por uno de los litigantes y por otro lado, a la colusión, vista como el fraude creado por el concierto de dos o más sujetos procesales.

Precisamente, partiendo de la noción del fraude procesal antes aludida, el control judicial del fraude impone el examen de un punto único fundamental, como es el análisis del procedimiento mediante el cual se le condena para así comprender sus consecuencias, siendo el amparo constitucional y el procedimiento ordinario las vías de impugnación a las cuales alude la jurisprudencia.

En este sentido, la decisión antes citada, con argumentación doctrinal llega a la conclusión de que la cosa juzgada dolosa es revisable y que si el ardid individual o la colusión afecta a un tercero o a una de las partes durante la pendencia del proceso, es factible suscitar el incidente de dolo en el mismo juicio; y añade que cuando se hayan creado varios procesos con el objeto de lograr un propósito deshonesto, es factible iniciar una acción autónoma de nulidad.

Sin embargo, aun cuando la jurisprudencia ha tratado de consolidar un criterio específico, no siempre ha sido así, pues en sentencia de fecha 23 de agosto de 2001[10] la Sala Constitucional señaló que no compartía el criterio del a quo en cuanto a la negativa del amparo como vía procedente para denunciar el fraude y al respecto señaló:

> ...Ciertamente el Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento para invalidar decisiones judiciales, y específicamente el numeral 3 del artículo 328, establece como causal de invalidación de una decisión judicial cuando la misma haya estado fundamentada en la falsedad del instrumento en virtud del cual dicha decisión haya sido pronunciada cuando se haya declarado la falsedad en juicio penal. Tomando en cuenta esto, una acción de amparo constitucional no procedería contra la sentencia cuando el fraude procesal denunciado es la falsificación del documento en sí, ya que el medio ordinario sería denunciar penalmente la falsificación y luego obtener sentencia firme que verifique dicha falsedad, pudiese interponerse un recurso de invalidación dentro de los tres (3) meses siguientes. Sin embargo, no necesariamente el fraude procesal se origina o se estructura utilizando un documento falso. Puede que la falsedad del documento sea sólo parte de la maquinación utilizada por la parte o partes involucradas para construir el fraude procesal, para fingir un proceso entre partes que no tienen entre ellas conflicto alguno, y son las actuaciones procedimentales fingidas -con independencia de los documentos u otros elementos que se utilicen en el proceso simulado- las que constituyen el meollo del fraude procesal.

Pareciera éste ser un caso casuístico, pero consideramos que justamente si el documento es parte del dolo, será probado en un proceso independiente al amparo constitucional.

No obstante, si bien es cierto la referencia constitucional de evitar daños por causa de litigios inexistentes o fraudulentos, debe señalarse en primer lugar, que la admisión del amparo se ha cuestionado. Por ejemplo, en un caso de colusión la Sala Constitucional resolvió mediante fallo número 2.281, de fecha 16 de noviembre de 2001, que el fraude procesal debe ventilarse por vía del procedimiento ordinario y no así por acción de amparo como pretendían los presuntos agraviados. El argumento central de la decisión, con apoyo en la misma sentencia de fecha 4 de agosto de 2000 antes citada, fue la am-

10. Expediente número 2.226, Caso *Aurea Elisa Fuenmayor*.

plitud del lapso probatorio que existe en el procedimiento común, en el que deben examinarse diversos hechos complejos que constituyen el fraude.

De igual modo, en sentencia número 1.539, dictada por la Sala Constitucional el 8 de julio de 2002, se ratificó la tesis antes expuesta justificada en la exigencia probatoria, en conjunto con otro criterio reflejado en fallo número 1.085 del 22 de junio de 2002, dictado por la misma Sala, en el cual se estableció que la vía del amparo constitucional no es procedente para anular juicios fraudulentos, "*...debido a las formalidades cumplidas y a la apariencia que crea la colusión no se pone de manifiesto la violación directa de la Constitución y resulta necesario, la mayoría de las veces, demostrar el armazón para que emerja la infracción constitucional, de manera que no es posible restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida*"; luego de haber mencionado lo establecido en otra sentencia[11], en la cual se señaló lo que sigue:

> En decisiones anteriores, esta Sala ha establecido que el procedimiento del amparo constitucional no es la vía para declarar judicialmente la existencia del fraude procesal, sino el juicio ordinario. Sin embargo, también ha señalado que, aun cuando resulte inadmisible el amparo constitucional con ese propósito, si, a juicio de la Sala, del expediente surgen elementos que demuestren inequívocamente la utilización del proceso con fines diversos a los que constituye su naturaleza, podrá ser declarado el fraude procesal y, por ende, la inexistencia del juicio, no obstante tal inadmisibilidad, cumpliendo así la función tuitiva del orden público que compete a este Alto Tribunal.

En este sentido, se observa la tendencia en apreciar la importancia constitucional del fraude, por violación del debido proceso y sea éste el principal argumento para admitir una acción de amparo, lo esencial para identificar la vía procedente para solicitar la declaratoria de nulidad del fraude no debe ser exclusivamente la complejidad del caso, ni la violación flagrante de la Constitución tampoco, pues la vía de amparo es restablecedora y no de condena y de lo contrario, resultaría una verdadera subversión procedimental violatoria del Texto Fundamental el ejercicio de tal vía para controlar el fraude. En efecto, si partimos de la premisa general que impone ver al fraude procesal como un todo, independientemente de las especies que lo configuren, se debe -en consecuencia- considerar la pretensión de una demanda por fraude como una sola, es decir, la nulidad.

Siguiendo este orden, somos partidarios del régimen procesal garantista y sobre esta base, la pretensión y vía idónea en defensa del fraude es pedir la nulidad de procesos fraudulentos por vía incidental o principal (autónoma), pues un procedimiento ordinario creado especialmente para anular los efectos de cosa juzgada emanados de los procesos impugnados genera mayores garantías a las partes por la libertad en las actuaciones procesales y no resulta tan restringida como la acción de amparo, que en todo caso no debe formularse causada en el hecho doloso.

V. RESPONSABILIDADES

El *estándar* de la moralidad procesal, parámetro a partir del cual, el Juzgador habrá de servirse para apreciar la conducta de los operadores jurídicos y de los justiciables, exige para que se haga efectivo en la realidad jurisdiccional, un régimen legislado que imponga sanciones por la violación de los imperativos éticos.

---

11. Número 2.749, *Caso Urbanizadora Colinas de Cerro Verde*.

Por supuesto, que ello no significa un positivismo extremo, sino abrir el juego de la interpretación, al compás de los principios básicos que orientan el sistema de las garantías procesales básicas, para provocar una solución jurídica que resuelva el caso. Aquí es importante, entonces, mencionar el nuevo esquema de la nulidad procesal acomodado a aquella óptica.

Basados en esas premisas, brilla al ojo que todos los sujetos procesales pueden incurrir en responsabilidades por abuso y sobre este particular el citado autor Abraham Luis Vargas nos da una buena síntesis, que es la siguiente:

Y a ello añadimos la responsabilidad disciplinaria del juez.

> Dentro del proceso, al igual que en cualquier otro ámbito sociológico iluminado por la intervención necesaria del haz de normas jurídicas, se dan frecuentemente inconductas de diferente naturaleza o gravedad (desde las provistas de dolo hasta las imbuidas de culpa -leve o grave-).
>
> Y, también aquí, dichas actitudes son reprochadas mediante -al menos- seis consecuencias:
>
> 1. La nulificación de los actos jurídicos (al respecto, ya enunciamos en el ap. III, 7, las dificultades que presenta este cuadrante);
>
> 2. la responsabilidad penal (siempre y cuando se configuren los tipos previstos en la ley sustantiva);
>
> 3. la responsabilidad administrativa *endógena* (o sea la aplicable por el juez -como director del proceso- para con los apoderados o mandantes de las partes que son *auxiliares de la justicia* mediante los *llamados de atención*, *prevenciones*, *apercibimientos*, *multas*, etc.);
>
> 4. la responsabilidad administrativa *exógena* (esto es, la reprimida por los colegios de profesionales respectivos ante el giro de copias de las actuaciones jurisdiccionales donde luce el mal desempeño de los curiales);
>
> 5. la responsabilidad civil contractual (entre el abogado, procurador o letrado patrocinante y su mandante o poderdante), y
>
> 6. la responsabilidad civil extracontractual (de las partes y sus apoderados, o bien, de cualquier otro sujeto procesal -ya aludimos antes a la configuración del *juez abusador*-) por el *ejercicio abusivo* del o en el proceso[12].

Ciertamente, el respeto al principio del debido proceso y sus garantías procesales cardinales y de los derechos humanos constituye un derecho fundamental de los justiciables y un deber elemental y esencial de todo órgano jurisdicente. Así se desprende de las declaraciones e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de las disposiciones constitucionales relativas al derecho al debido proceso y al funcionamiento del sistema judicial, en las cuales se menciona las condiciones mínimas del administrador de justicia, a saber, *independencia* e imparcialidad.

Dispone el artículo 49 de la Constitución vigente lo siguiente:

> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia, (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, *independiente e imparcial* establecido con anterioridad (...) (resaltados agregados).

---

12. VARGAS, Luis Abraham, "El ejercicio abusivo del proceso. Criticismo y relativismo filosófico-científico vs existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario" en *Abuso procesal*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, pp. 321.

Por su parte, el artículo 255 *eiusdem*, establece en su último aparte:

> Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, *por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones* (resaltados agregados).

En ese mismo orden de ideas, los artículos 30 y 31 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura disponen lo siguiente:

> *Artículo 30*: La responsabilidad disciplinaria tiene por objeto velar porque los jueces cumplan estrictamente con sus deberes y con el decoro que exige su ministerio, *de modo que con su conducta promuevan la confianza pública en la integridad e imparcialidad de la administración de justicia*; así como establecer y aplicar sanciones a las acciones y omisiones que los infrinjan....

Y ello es así, porque la actuación del juez debe promover la confianza pública en su imparcialidad y objetividad y ser respetuoso del sistema de garantías, velando por la moralidad procesal.

Por otro lado, el artículo 31 *eiusdem*, insiste en el deber de los jueces de actuar con imparcialidad, y al respecto dispone:

> El juez deber es independiente en la interpretación de la ley y el derecho, *deberá actuar imparcialmente, sin temor o favoritismo*, ni obedeciendo interés sectorial alguno, clamor público o miedo de crítica.... (resaltados agregados).

El incumplimiento de los deberes enunciados por el juez constituye una grave falta, que lo hace desmerecer del concepto público que el ejercicio de la función jurisdiccional implica y atenta contra la respetabilidad de los órganos encargados de la misma, pidiéndose encuadrar así la conducta que se denuncie, cuando el juez incurra en una conducta éticamente censurable en la causal de destitución del cargo para el Juez tipificada en el numeral 2° del artículo 39 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.

La norma invocada es del tenor siguiente:

> Son causales de destitución, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar: ...2° Incurrir en actos que lesionen la respetabilidad del Poder Judicial o que, aún no constituyendo delito, comprometan gravemente la dignidad del cargo....

De otra parte, también está la responsabilidad del Estado por error judicial, retardo u omisión injustificados (ordinal 8º del artículo 49 de la Constitución vigente).

VI. DE LA TRANSPARENCIA PROCESAL

En un importante significado de la referencia transparencia al proceso podemos entender que en el sector del litigio constituye un manto con influencia en la determinación si el mismo se ha desarrollado inmaculadamente, sin poner en entredicho la conducta de los distintos sujetos intervinientes.

Por ello, nos permitimos algunas breves palabras sobre esta referencia.

La jurisprudencia encontrada permite observar referencias y alegatos sobre presuntas vulneraciones a la transparencia procesal. Sin embargo, la Sala Constitucional no define qué es propiamente la trasparencia procesal. Tampoco se establece cómo debe ser alegada en juicio la falta de transparencia procesal.

En nuestro ordenamiento existen pocas referencias al principio de la transparencia procesal. Constitucionalmente, el artículo 26 de la Constitución de la República Boliva-

riana de Venezuela menciona la *transparencia* como un elemento necesario para la tutela judicial efectiva.

Las otras referencias que podemos mencionar guardan relación con la verdad procesal (12 y 170.1 del C.P.C.), y las mismas pueden ser interpretadas concatenadamente con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela si se parte de la base de que la falta de verdad procesal conduce, por fuerza, a la falta de transparencia procesal.

Pareciera que la transparencia procesal más que una institución jurídica propiamente, es un valor que debe informar las actuaciones en el proceso para poder obtener un proceso justo.

Haciendo una relación conceptual, pensamos que sí se podría incluir el valor de la transparencia procesal dentro del derecho al debido proceso. Es más, pareciera que no existen mecanismos judiciales que permitan hacer observar la transparencia procesal, distintos de los que se pueden hacer valer judicialmente en materia de debido proceso, razón por la cual pensamos que para alegar la transparencia procesal hay que encausarla dentro del debido proceso.

La falta de transparencia procesal pudiera provenir del Juez o de las partes. Si estamos en presencia de intransparencias por parte del Juez, podemos comentar lo siguiente:

1. El Juez está incumpliendo su obligación legal (art. 12 C.P.C.) de tener *por norte de sus actos la verdad*.

2. El Juez violenta la garantía del derecho al debido proceso.

3. El Juez obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que si se llegara a decidir el fondo de la causa, los elementos motivantes para decidir serían falsos y no se corresponderían a la realidad de la relación jurídica controvertida en el proceso.

4. Habría que estudiar la posibilidad de que el Juez incurra en responsabilidad (penal administrativa, civil, etc.) en virtud del perjuicio causado a las partes, por la falta de transparencia procesal (voluntaria, deliberada y conocida por parte del Juez).

Si la falta de transparencia procesal proviene de las partes, habría que comentar lo siguiente:

1. La parte o el litigante está faltando a su deber legal (170, numeral 1ero C.P.C.), según el cual éstos deben *exponer los hechos de acuerdo a la verdad*.

2. Se violentarían igualmente los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (arts. 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

3. El litigante estaría faltando a su obligación de actuar lealmente en el proceso (art. 15 Ley de Abogados).

4. Si el Juez no advierte la falta de transparencia de las actuaciones de una de las partes, éstas podrían inducir aquél al *error judicial* consagrado en el numeral 8 del artículo 49 de la Constitución.

5. Habría que estudiar la posibilidad de que el litigante o la parte incurran en algún tipo de responsabilidad frente a la otra parte; a la vez que opere una sanción en contra de éste.

Añadiendo y entendiendo que la transparencia procesal forma parte de dos derechos constitucionales (debido proceso y tutela judicial efectiva), pareciera que nada obsta

para que en el momento que se verifique la falta de transparencia por parte del Juez, la parte esté legitimada para ejercer una acción de amparo constitucional ante el Juez de instancia superior al que conoce la causa en la cual se presenta la falta de transparencia, alegando una violación de los derechos comentados anteriormente.

Un último comentario respecto a la falta de transparencia procesal por parte del Juez hace referencia al hecho de que éste se podría sentir agredido por parte del litigante que denuncia la falta de transparencia procesal, pues se podría estar poniendo en entredicho la integridad moral de dicho Juez. Todo lo cual resulta inconveniente, pues el Juez se puede privar de la independencia psicológica necesaria para juzgar al sentirse agredido por dicho litigante.

Bajo este supuesto, el Juez debe inhibirse o, de lo contrario, procedería perfectamente la recusación.

VII. CONCLUSIONES

-La doctrina del abuso procesal es acogida por la doctrina procesal internacional.

-La regla de la moralidad está vigente en Venezuela y la violación del imperativo ético la atropella.

-El fraude procesal es un tipo de uso abusivo del proceso e implica un apartamiento del medio de utilizar persiguiendo una decisión procesal injusta.

-Aunque el dolo y la culpa en la desviación procesal provoque responsabilidad civil (o penal tipificada), no son determinantes para la definición de abuso de las vías procesales.

-Debe sumarse que la conducta reprochable haya causado un daño procesal computable.

-La responsabilidad es la consecuencia del uso abusivo.

-Para viabilizar el acceso debido a la justicia hay que reglamentar sus sanciones.

-Consecuencialmente, toda interpretación de la figura del abuso debe adecuarse a las garantías constitucionales que instituyen el principio del debido proceso.

-El uso abusivo puede derivar en nulidad, sea por vía incidental o principal, si se dio durante el transcurso del proceso o una vez producida la cosa juzgada.

-Debería preverse la intervención de terceros perjudicados en las pretensiones nuláficas derivadas del abuso procesal.

-La transparencia procesal es un elemento que sirve de marco referencial para evaluar la conducta de los sujetos en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

AGATIELLO, Osvaldo R.; LÓPEZ-MIRÓ, Horacio G.; DEL CARRIL, Enrique V., *La ética del abogado*, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Librería Editoria Platense Abeledo Perrot, Argentina 1995.

CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*. Abeledo Perrot, Argentina 2000.

DROMI, Roberto, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1992.

GASPARINI, Marisa G.; BILESIO, Juliana, "Reflexiones sobre el abuso en materia Procesal" en *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2001.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*. Librería Editora Platense. La Plata. Argentina, 1998.

HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, Segunda edición, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina 2001.

LANDONI SOSA, Ángel, "La regla moral y el abuso de las vías procesales", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria.

MORELLO, Augusto M., "Constitución y proceso", *La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Abeledo Perrot, Argentina 1998.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil II. Sujetos del proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

PEYRANO, Marcos L., "El abuso del derecho y su inserción como nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal" en *Abuso procesal*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

PRIETO QUINTERO, Andrés, "La cosa juzgada y el nuevo derecho constitucional", Temas procesales, *Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal*, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 23 abril 1999.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "La cosa juzgada y sumariedad", *JUS*, Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, La Plata 1983.

ROMERO ARIAS, Esteban, "La presunción de inocencia", *Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Editorial Aranzadi, 1985.

SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2001.

VARGAS, Abraham Luis, "El ejercicio abusivo del proceso", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria.

ZEISS, Walter, "El dolo procesal", aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico. Trad. y presentación de Tomás A. Banzhaf, EJEA, Buenos Aires 1979.

Otros (Revistas)

El Juez y la Magistratura (*Tendencias en los albores del siglo XXI*). Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Viena 1999.

Estudios Procesales. Homenaje al Dr. Jorge Fabrega Ponce, Encuentro Internacional de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Santiago de Veraguas (Panamá), Enero, 1995. Editorial Jurídica Bolivariana. 1995.

DESPEDIDA

TE LLAMAN PORVENIR PORQUE NO VIENES NUNCA
Ángel González

Lo dicho, aunque pudiera intentar de comprenderse -*en mis limitaciones*- claramente no lo es, porque la regla moral no se ve, sino que se proyecta y es a través de ella como lente que se puede mirar e interpretar la conducta procesal en entredicho.

El constitucionalismo moderno, casi orillado en la cátedra y en la praxi apenas comienza hacer espacio en alguna esquina de cualquier Sala o Tribunal, donde entronado en sus creencias y con sus virtudes, sus ansiedades, sueños y soledades y sobrecargas vive un juez, y los demás.

Y entre ellos, aunque a pié y ofuscados, también habitamos los abogados, algunos ajenos a la ciencia, otros prácticos en las mañas y otros más dotados pero todos como extraños -entre dagas y puñales y muy secretos enemigos y escasísimos amigos-, a la cooperación que entre nosotros debería reinar.

Y la rutina, como uno de los adversarios para abstenerme de mencionar otros de peso más amenazante, hiere a muerte las técnicas garantistas que son puestas de lado como una sombrilla rota por la falta de uso.

Más en ese porvenir, que yo apenas avizoro y al que no podré darle bienvenida, aunque en las noches que no son hurañas me llena de primavera, serán ustedes sin rencores colmados los que con un poco de valentía y sonoro orgullo, por el rojo de la cinta que nos distingue, armarán un proceso de honor y expulsarán, una vez vencidas las atrocidades que nos obstruyen muy especialmente la independencia e imparcialidad, la inteligencia y probidad del poder judicial, a los sabios de pacotilla, a los creadores de ostracismo, a los traficantes de justicia.

Y sacarán de las memorias estas cordilleras, este hogar académico, para vestirse de luz y de prestigio, cuando interrogados sobre su escogencia todavía puedan decir *abogado*, como quisiera en mis noches de esperanza lo fuera también mi estirpe.

5. *Libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA

Humberto Briceño León
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Compararemos en este trabajo las concepciones que actualmente se tienen sobre las cláusulas constitucionales de libertad de culto en los Estados Unidos y en Venezuela.

Como se sabe tanto la Constitución Americana como la Constitución Venezolana han previsto expresamente la libertad de cultos, sin embargo debemos destacar que el sistema de libertad de cultos en Venezuela difiere de la concepción constitucional que se tiene sobre este tema en los Estados Unidos de América.

La libertad de culto en Venezuela está prevista en nuestra Constitución, y en la realidad existe la posibilidad de practicar religiones distintas a la religión Católica que es la que mayoritariamente se practica en Venezuela. También es verdad que en los tiempos contemporáneos la forma de relacionarse el Estado venezolano con la Iglesia Católica implica que el Estado venezolano ha favorecido la Iglesia Católica así como la participación de la ciudadanía en esa religión. En Estados Unidos de América la participación del Estado en las actividades religiosas es completamente diferente y así en ese sistema constitucional se ha dispuesto la llamada *establishment clause*. En efecto la Constitución de los Estados Unidos de América básicamente impide al gobierno desarrollar actividades que permitan a una determinada religión prevalecer sobre la práctica de otras religiones. Es también cierto, como veremos adelante, que el sistema constitucional venezolano se ha movido lentamente y ha ido disminuyendo los privilegios para la Iglesia Católica. También el sistema de libertades en la práctica y en la vida cotidiana venezolana no se materializa del mismo modo como resulta en el sistema constitucional de los Estados Unidos de América, ya que obviamente los privilegios que el Estado ha otorgado a la Iglesia Católica en Venezuela no implica una competencia balanceada y de alguna manera no fomenta de similar forma el desarrollo de otras iglesias en Venezuela. Es importante destacar en relación con el sistema de libertad de culto en Venezuela que efectivamente en los últimos años, en las más recientes constituciones, se ha producido una disminución de los privilegios de la Iglesia Católica que ha permitido el desarrollo, aunque parcial, de otros cultos, iglesias o religiones.

A efectos demostrar las diferencias en las regulaciones constitucionales haremos unas breves referencias al origen de las relaciones Iglesia-Estado que en América Latina prevalecieron y señalaremos también sucintamente la evolución que en los sistemas constitucionales latinoamericanos tal relación ha alcanzado[1].

---

1. RODRÍGUEZ ITURBE, José, *Iglesia y Estado en Venezuela 1824-1964*, Caracas 1968.

Para todo ello es importante tener en cuenta que un tercio de toda la población católica del mundo se encuentra en América Latina y por ello podemos entender la gran influencia que en la vida de las naciones latinoamericanas tiene actualmente la Iglesia Católica. Al mismo tiempo esa evolución demuestra que cada vez más las nuevas constituciones latinoamericanas están reduciendo los privilegios que tuvo la Iglesia durante el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX. En efecto han desaparecido en algunas de estas nuevas constituciones parte de esos privilegios, aun cuando, repetimos,creemos que conserva preponderancia en nuestro sistema constitucional la Iglesia Católica sobre el resto de los cultos. El papel del Estado en América Latina en el mantenimiento de esos privilegios ha sido un motor importante en la preponderancia de la Iglesia Católica sobre el resto de las iglesias importantes del mundo de hoy.

De seguida presentaremos un resumen de la evolución constitucional del tema en América latina y particularmente en Venezuela, luego haremos algunas reflexiones sobre el tema en los Estados Unidos de América para poder luego hacer la comparación.

En mi opinión, la comparación muestra la preponderancia de la Iglesia Católica sobre el resto de las iglesias debido, entre otras razones no de menor peso, a los privilegios que el Estado latinoamericano le ha acordado a los católicos, sin olvidar que esos privilegios han disminuido en comparación con lo que ocurrió al menos durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

II. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EN VENEZUELA SOBRE LA LIBERTAD DE CULTO

La relación entre las iglesias y el Estado en los países latinoamericanos fue teñida por una muy importante influencia de las monarquías que colonizaron nuestros países. En efecto el Imperio Español al colonizar América latina impuso la religión Católica en la mayoría de los países de Sur de América, y también sembró las instituciones jurídicas que desarrolló el Estado monárquico en las sociedades y la vida religiosa de nuestras naciones.

Con la independencia de la mayoría de las naciones latinoamericanas a principio del siglo XIX, las nuevas repúblicas de entonces, heredaron esas relaciones que había impuesto la Corona Española sobre nuestros países, de ese modo continuaron las relaciones de la Iglesia Católica con nuestras repúblicas más o menos con los mismos moldes que había antes impuesto la Corona Española a las colonias latinoamericanas. Básicamente las relaciones entre la Iglesia Católica y los recién independizados estados latinoamericanos se rigieron por lo que fue llamado la ley del *Patronato* eclesiástico. Estas normas establecían en primer lugar una preeminencia, casi absoluta, de la Iglesia Católica, en segundo lugar también una casi absoluta prohibición sobre la libertad de practicar otros cultos religiosos y en tercer lugar estas leyes pretendieron someter en algunos aspectos los estados recién independizados a la voluntad de la Iglesia Católica y efectivamente algunas de esas expresiones de la Ley de Patronato suponían en algunas áreas la obediencia del Estado a la Iglesia Católica de la época.

Puede hablarse, en cuanto al tema que nos ocupa, de una primera etapa de las relaciones Estado-Iglesia a principio del siglo XIX en la cual básicamente rigió la Ley de Pa-

tronato que tuvo su expresión más acabada en 1824 que como en la mayoría de los países latinoamericanos la ley fue acogida por Venezuela[2].

Podemos luego hablar de una segunda etapa en la que se fue admitiendo la idea de un *Concordato* entre la Iglesia Católica y el Estado, lo que fue acogido por las constituciones latinoamericanas. El Concordato fue básicamente un convenio o acuerdo bilateral con el Vaticano el cual definía total o parcialmente las relaciones entre el Estado y la Iglesia y fue desde 1852 bajo el Papado de Pío IX cuando se firmaron y ratificaron los primeros *Concordatos* en América Latina, en concreto con Guatemala y Costa Rica.

Lucio Moreno Quintana define a los *Concordatos* como los tratados para resolver las cuestiones eclesiásticas entre la Santa Sede y los dictados de la religión Católica[3]. Estos Concordatos o convenios internacionales son verdaderos tratados internacionales y ellos no reflejan la doctrina de la *establishment clause* de los Estados Unidos de América, al contrario implican poca o ninguna libertad para practicar otros cultos en América Latina distintos al católico. Fue mucho después, a mediados del siglo XX cuando el Papa Juan XXIII avanzó hacia la declaratoria, en el concilio Vaticano II, de la libertad de cultos que para América Latina conllevó la posibilidad de practicar otras religiones desde la perspectiva de la religión Católica.

En Venezuela fue la Constitución Federal de 1864 la que expresamente por primera vez admitió la libertad de cultos, aún cuando de manera restringida, ya que sólo permitía para la religión Católica la práctica pública, lo que suponía que las otras religiones no podían públicamente ejercer su práctica sino en un esquema muy restringido. Es importante aclarar que aún cuando la Ley de Patronato no fue expresamente derogada por prácticamente ninguna nación de América Latina, la gran parte de las naciones latinoamericanas a partir de los años 50 fueron asumiendo el *Concordato* o convenio internacional como fórmula para regular la relación entre Estado-Iglesia y también la mayoría de las naciones latinoamericanas reconocieron muy limitadamente la libertad de culto frente a la religión Católica. También resulta interesante anotar que esta institución de los *Concordatos* y acuerdos internacionales de la Iglesia Católica no sólo los hizo en el mundo con los estados católicos, también lo hizo el Vaticano con Alemania en 1933 cuya mayoría es protestante y también con la Túnez Musulmana de nuestros días. Por supuesto en la práctica estos *Concordatos* fueron sustituyendo en América Latina a la Ley de Patronato, sin que esa ley se haya derogado expresamente. Los acuerdos internacionales, en nuestro criterio, derogan tácitamente las leyes anteriores en conflicto con esos acuerdos, por ello se entendió en algunos aspectos que tales Concordatos abrogaron las Leyes del Patronato. Algunos autores discutieron inclusive la vigencia de la Ley de Patronato de 1824, repetimos, a pesar de los *Concordatos*[4].

El contemporáneo régimen constitucional venezolano ha expresado un régimen dual en el que ha reconocido por una parte la Ley de Patronato y al mismo tiempo la posibilidad de celebración del *Concordato* o pacto internacional con el Vaticano.

En efecto, la Constitución venezolana de 1947 en su artículo 85 así lo estableció. Esta disposición fue repetida por la constitución 1961 en el artículo 130 que dispuso:

---

2. SÁNCHEZ, Jesús Leopoldo, "El Convenio Eclesiástico, las Constituciones Hispanoamericanas y Constituciones Nacionales", *Estudios sobre la Constitución,* tomo 3, Caracas 1979, pp. 1723 y ss.
3. *Tratado de derecho internacional,* Buenos Aires 1963, p. 539.
4. SÁNCHEZ, Jesús Leopoldo, *Id*.

> En posesión como esta la República del Derecho de Patronato Eclesiástico, lo ejerciera conforme lo determine la ley. Sin embargo podrán celebrarse convenios o tratados para regular las relaciones entre la iglesia y el Estado.

Es importante considerar este sistema dual que estableció la Constitución de 1947 y la Constitución 1961 en Venezuela que aún cuando confirmaban la vigencia de la Ley de Patronato en 1824 al mismo tiempo admitieron la posibilidad del *Concordato*, es decir, que convenios internacionales derogaran la Ley de Patronato, que tal cual antes dijimos fue la fórmula original a través de la cual las rigieron las relaciones Iglesia Católica-Estado en América Latina.

La Constitución Venezolana de 1999 en mi criterio recogió la tendencia de abandonar la Ley de Patronato, esta carta fundamental no repitió la norma sobre el *Patronato* y *Concordato*, por el contrario, eliminó la referencia a la Ley de Patronato y al *Concordato*.

La Constitución del 1999 estableció en su artículo 59 la libertad de religión y de culto al prescribir textualmente:

> El Estado garantizará la libertad de religión y de culto. Toda persona tiene derecho a procesar su fe religiosa y culto, de manifestar sus creencias en privado y en público mediante al enseñanza u otras prácticas siempre y cuando no se opongan a la moral, las buenas costumbres y al orden público. Se garantizan, asimismo, la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas sin más limitaciones que las derivadas de esta Constitución y la ley. El padre y la madre tienen derecho a que sus hijos o hijas reciban la educación religiosa que estén de acuerdo con sus convicciones.
>
> Nadie podrá invocar creencias o valores religiosos para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otros u otras el ejercicio de sus derechos.

Como se ve la norma constitucional de 1999 amplió la libertad de culto y aun cuando hasta la fecha no ha tenido ninguna interpretación de nuestras Cortes de Justicia su extensión es indudable. Debemos esperar por la interpretación constitucional que nuestros tribunales hagan de esta circunstancia jurídica, en la que sin duda estará envuelto el rol del Estado. Creo que en el futuro habrá de discutirse judicialmente el rol del Estado y su posibilidad de promover una sola iglesia y por supuesto resultara interesante profundizar sobre la cláusula constitucional según la cual los padres tienen derecho a que sus hijos practiquen la religión de su escogencia sin que pueda el Estado imponérseles.

Hasta la fecha no ha habido ninguna sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia que haya establecido o declarado la existencia de una especie de *establishment clause* como la de Estados Unidos de América que impida el Estado privilegiar económicamente o a través de otros medios a una iglesia sobre las otras. Sin embargo ha habido dos importantes sentencias, las únicas destacadas en la historia contemporánea que han interpretado la libertad de culto, una en 1953 y otra en 1990 ambas de la Corte Suprema de Justicia.

Como hemos visto la Constitución de 1999 eliminó la expresa referencia al sistema dual que predicó la existencia de una Ley de Patronato y a la vez la existencia de los *Concordatos* o acuerdos internacionales. La Constitución de 1999 no hace ninguna referencia ni a la Ley de Patronato ni a los Concordatos. Esta supresión de la cláusula del *Patronato* y *Concordato* de la Constitución de Venezuela de 1999 no significa que pueda sostenerse que el *Concordato* o tratado internacional que Venezuela firmó bajo el régimen de la Constitución de 1961 haya quedado sin vigencia. En efecto se puede sostener que aun cuando la Constitución del 1999 no hizo referencia expresa a los acuerdos con la Santa Sede sin embargo permanece inalterada la vigencia de los

acuerdos internacionales bajo el sistema de las regulaciones constitucionales generales de los acuerdos internacionales que también regula la Constitución Venezolana de 1999. En mi opinión la supresión de la cláusula es un síntoma o evidencia de apertura, ya que por lo menos desde el punto de vista de la letra de la Constitución de 1999, es decir de su contenido estrictamente literal, no podemos decir que exista una iglesia oficial, no obstante sí pensamos posible sostener que continua vigente el Concordato con la Santa Sede, y por ello y en la práctica real una protección del Estado venezolano a la Iglesia Católica y así desde una perspectiva real si podemos afirmar la existencia de una iglesia oficial. También es posible que en el futuro algunas iglesias distintas a la católica pudieran sostener una causa jurídica debido a un eventual problema interpretativo argumentando contradicciones entre la existencia del Concordato con la Santa Sede y la redacción del vigente artículo 59 de la Constitución Venezolana. Como se ha dicho esta disposición aún no se ha interpretado como equivalente con la *establishment clause* de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La Corte Suprema de Justicia de Venezuela en 1990 declaró válida una resolución del Ministerio de Justicia de Venezuela que le negó el derecho a una misión religiosa Bautista a establecerse en una zona indígena venezolana. El Ministerio de Justicia de Venezuela alegó, para negar la posibilidad de establecer una misión Bautista en esa zona indígena, la Ley Aprobatoria del Convenio celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede en 1964, según la cual el gobierno de Venezuela está obligado a prestar especial apoyo y protección a las misiones católicas, implícitamente aceptando la exclusividad de la Iglesia Católica en la zona geográfica indígena a la que se refirió la Corte Suprema de Venezuela; al parecer también consideró argumentos distintos a la libertad de culto. La misma Corte Suprema de Justicia para sustentar su decisión se basó en una sentencia anterior que había dictado en 1953 en la cual la Corte declaró:

> Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la libertad religiosa o de conciencia no implica en modo alguno un derecho consagrado en la constitución a hacer campañas y realizar otras actividades con fines proselitistas pues la catequización no es de orden constitucional, toda vez que ella requiere una actividad exterior para llevar a efecto, por lo cual la nación no está obligada a reconocerla, sometida como esta a su control y vigilancia: esa propaganda por el triunfo de cual o tal idea religiosa la limita al Estado de igual manera que la libertad de enseñanza como la de culto es relativa incondicional.

Como se ve en esa sentencia dictada en 1953 e implícitamente ratificada en 1990 el Estado conservó un alto poder de control sobre las iglesias lo que en la práctica se ha traducido en un predominio de la Iglesia Católica por efecto, entre otras circunstancias, del apoyo del Estado a la Iglesia Católica. Es también importante saber que el gobierno venezolano otorga donaciones a la Iglesia Católica y a muchas de sus instituciones como son colegios y organizaciones caritativas. Existen algunos indicios que señalan que el Estado venezolano también realiza otras donaciones pero en menor cuantía a otras iglesia como la judía y evangélica, no obstante es desproporcionado el gran monto que se acuerda a la Iglesia Católica en comparación con el que suponemos se le hace a otras iglesias, no obstante alguien pudiese alegar, sin que faltara alguna razón para ello, que es proporcional al número de feligreses de esas religiones.

III. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y THE FREE EXERCISE CLAUSE

En Estados Unidos *The first amendment* ha consagrado la libertad de religión, es decir la libertad para creer, y su contenido ha sido entendido en el sistema constitucional americano en dos sentidos: uno como la libertad para practicar las religiones, y dos como la neutralidad del Estado frente a las iglesias, denominada esta doctrina la *establishment clause*.

El *free exercise clause* básicamente establece la imposibilidad para el gobierno de sancionar a los ciudadanos porque practiquen algún tipo de religión o credo. El segundo de los contenidos es la llamada *establishment clause* que básicamente impone al gobierno no ayudar o actuar en favor de algún tipo de dogma o iglesia concreta.

1. The Free Exercise Clause

Modernamente *the free exercise clause* comenzó a aplicarse en 1963 con una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Sherbert vs. Verner*[5]. La Corte mantuvo: "sería una violación a la libertad religiosa negar el beneficio del séptimo día de no trabajo a los adventistas, únicamente por la negativa a trabajar el Sabbath"[6]. Básicamente esa sentencia impone al gobierno la imposibilidad de sancionar a un individuo por actuar de acuerdo con su creencia religiosa al menos que el gobierno pueda demostrar *a compelling need before it may penalize an individual*.

2. Establishment Clause

Esta cláusula básicamente prohíbe al gobierno ayudar a una religión más que a las otras, dicho de otra manera, obliga al Gobierno a mantenerse neutral frente a las Iglesias.

Esta doctrina se ha desarrollado en mi opinión como una manera, fórmula o modelo para asegurar la libertad religiosa impidiendo que una religión predomine sobre las otras por efecto del apoyo del Gobierno, impidiendo así una suerte de monopolio que pueda imponer alguna religión por efecto de la ayuda preferente o privilegiada que le pueda dar ese Estado. De esta manera la libertad religiosa está absolutamente vinculada al *establishment clause* consagrada en la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, y es esa una de las más activas doctrinas que se ha desarrollado en esa nación del mundo para proteger la libertad de cultos y constituye una fórmula para garantizar la libertad, es decir la neutralidad del Gobierno se erige como parte de la libertad religiosa.

En el caso Lemon vs. Kurtzman[7] se debatió si una impugnada práctica del Gobierno estaba en contradicción con al libertad de religión, la Corte de los Estados Unidos de América desarrolló una prueba para dar respuesta a ese debate judicial, formulando tres preguntas en torno a la práctica gubernamental: (i) ¿Tiene la práctica del Gobierno un propósito secular?; (ii) ¿Tiene esa práctica efectos que permitan a una religión predominar?; (iii) ¿Tiene esa práctica un efecto excesivo en estrechar los lazos entre Estado e

5. 374 U.S. 398 (1963).
6. Traducción libre del autor.
7. 403 U.S. 602 (1971)

Iglesia?[8] La Corte Suprema de los Estados Unidos estableció este test para determinar si la práctica del Gobierno, está o no en contra de la *establishment clause*. Como se ha expresado básicamente lo que intenta la cláusula es la neutralidad del Estado y así incluso lo vemos en la decisión de *Abington Township vs. Schempp* [9] en la que la Corte prohibió lecturas oficiales de la Biblia como parte de la ceremonia de apertura del año escolar en las escuelas públicas.

Esta idea de la neutralidad del Estado está destinada a impedir que una Iglesia sea más beneficiada por el Gobierno que otra. Esto fue confirmado recientemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en su decisión de 27 de junio del 2002, en este caso se trataba de un programa de ayuda económica escolar para que los padres pudiesen pagar parte de la inscripción y escoger el colegio de su preferencia con ayuda económica del Gobierno. La Corte decidió que no podía evidenciar que el Estado deliberadamente quisiera dar un incentivo a un tipo de colegio religioso, afirmó la Corte que cualquier escuela privada religiosa o no religiosa podría participar en el programa.

Esta sentencia que hemos citado es conocida como *Zelman vs. Simón-Harris* del 27 de junio del 2002 la Corte dijo en resumen lo siguiente:

> En suma, el programa de Ohio es completamente neutral con respecto a la religión. El programa provee beneficios directos a un vasto espectro de individuos, definidos solamente con base en sus necesidades financieras y la residencia de una particular escuela distrital.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto el sistema de Estados Unidos de América ha concebido la libertad religiosa con base en el libre ejercicio de la práctica y para ello ha entendido que el papel del Estado debe ser neutral y en consecuencia el sistema constitucional de esa nación impide que el Estado promueva, financie o colabore con una iglesia en particular para que no predomine sobre las otras. De modo que el sistema de Estados Unidos de América ha controlado el rol del Estado para que sea sólo neutral frente a las creencias religiosas, lo que claramente permite la inexistencia de una iglesia oficial.

En la historia constitucional de Venezuela vemos como se ha admitido, al menos en la práctica, la idea de una religión oficial o por lo menos privilegiada frente a las otras. Así en la Constitución de 1947 y en la Constitución de 1961 hay una mención directa a los acuerdos internacionales que la Santa Sede del Vaticano podía firmar con Venezuela. Esto explica cómo jurídicamente una iglesia en particular era y creo que aún es promovida y privilegiada por el Estado Venezolano. Es decir, fueron las propias constituciones que directamente reconocieron privilegios para la Iglesia Católica.

En la Constitución de 1999 ha habido algunos cambios leves; en efecto, se eliminó la referencia directa que las Constituciones de 1947 y de 1961 hicieron a la Ley de Patronatos y a los Concordatos o convenios internacionales con la Santa Sede del Vaticano. Esta eliminación de la Constitución no impide que siga en vigencia el Concordato que Venezuela firmó con la Santa Sede en 1964, lo que supone que aún existen los privilegios legales para la Iglesia Católica en Venezuela.

---

8. Traducción libre del autor.
9. 374 U.S. 203 (1963).

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela han apoyado la existencia de esos privilegios para la Iglesia Católica Venezolana, en efecto se han dictado dos sentencias que ya citamos en 1953 y más reciente 1990, en ambos casos se admitieron esos privilegios exclusivos de la Iglesia Católica en relación con el resto de las iglesias en Venezuela.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO[1]

Asdrúbal Grillet Correa
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN: LA SANCIÓN DEL ADOLESCENTE EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

El *derecho penal juvenil* es casi desconocido, por no decir totalmente desconocido, por los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Se conoce su contenido en el cuarto nivel, concretamente en el Curso de Especialización en Derecho del Niño y del Adolescente y por el dictado de algunas materias optativas contenidas en el *Pensum* de Estudios del Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Con las *sanciones aplicables a los adolescentes en el derecho penal juvenil venezolano*, se espera contribuir a la difusión, desarrollo y aplicación del nuevo derecho penal juvenil. En este sentido, se trata de dar a conocer parte de una investigación descriptiva, que se centra en las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes que han entrado en conflicto con la ley penal y las leyes penales especiales, especificadas en el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), teniendo como marco de referencia a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención sobre los Derechos del Niño (la Convención) y demás instrumentos jurídicos internacionales, suscritos por Venezuela y, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). A tal efecto, es necesario tener presente que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, forma parte de la política criminal represiva del Estado, destinada al control social de los jóvenes infractores, dando respuesta al hecho criminal ya producido. No obstante, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es un sistema garantista de justicia penal, que define las conductas penalizadas, el proceso para la determinación de la responsabilidad de los adolescentes infractores, las medidas socioeducativas aplicables y la forma de ejecución de las mismas, con estricto apego a los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales suscritos por Venezuela.

Previamente, se precisan: los conceptos de niño y adolescente como sujetos de derecho, con base en un criterio objetivo, *juris et de jure* y, la problemática de la imputabilidad-inimputabilidad de los adolescentes. Asimismo, se estudian los derechos, garant-

1. El autor agradece a la Doctora MÁRQUEZ DE VIETE, Celia, profesora del Curso de Especialización en Derecho del Niño y del Adolescente del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, la tutoría prestada para la elaboración de la presente investigación. Asimismo, a Ada Vanessa y Valentina, continuación de mi ser, por servir de inspiración.

ías y deberes de los niños y adolescentes contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debidamente concordados con la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos jurídicos internacionales, suscritos por Venezuela y, el Código Orgánico Procesal Penal.

En la medida de lo posible se presentan cuadros-resumen como recurso pedagógico, para facilitar a los interesados en el tema, la comprensión y el manejo de los aspectos investigados.

La muerte del viejo paradigma tutelar y el nacimiento del paradigma de la protección integral, forzosamente hacen concluir, que el modelo de la protección integral debe ser considerado como un paradigma transitorio, que debe ser revisado continuamente, para dar paso a nuevos modelos globales, que hagan ciudadanos plenos a los niños y a los adolescentes, incluso antes del nacimiento. Los modelos emergentes deben ser producto de la interacción de todos los componentes de la sociedad, sin ningún tipo de discriminación, teniendo como génesis nuestras especificidades, adoptados en forma soberana por la sociedad venezolana, tomando en cuenta las experiencias de otros países, pero sin imposiciones foráneas. Finalmente, es necesario resaltar que la participación de los niños y de los adolescentes en la construcción de los nuevos paradigmas, debe tener carácter protagónico y no jugar el papel de simples espectadores, como ha ocurrido hasta la fecha.

Analizadas las sanciones punibles del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como parte integrante de la doctrina de la protección integral, que viene a sustituir el binomio compasión-represión por el binomio severidad-justicia, se recomienda al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela: la reforma del *Pensum* de Estudios de la Escuela de Derecho, de manera de incluir en el mismo, con carácter obligatorio, la asignatura Derecho Penal Juvenil, como un derecho penal especial, que incluya entre otras, el estudio de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el derecho comparado. Además, se debe proceder a integrar el *pensum* del tercer nivel con los estudios de cuarto nivel, de manera de evitar repeticiones innecesarias. Asimismo, la designación de grupos de trabajo para estudiar y difundir el derecho penal juvenil.

II. ANTECEDENTES Y CONTENIDO

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente aparece publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nº 5.266 Extraordinario, el 02 de octubre de 1998[2] y entró en vigencia el 1 de abril de 2000, teniendo como marco la Conven-

2. CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, en el trabajo intitulado, *Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: una aproximación general*, recopilado en el libro Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2001, p. 52, señala que aunque "la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es anterior a la Constitución, ambas son perfectamente congruentes y compatibles ya que se fundamentan en los mismos valores, en la misma visión de la democracia participativa y, sobre todo, en los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos. Se puede afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente incorporó al

ción de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, instrumento este último, aprobado por unanimidad el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas[3], ratificado el 26 de enero de 1990 por el Ejecutivo Nacional y convertido en Ley de la República de Venezuela, al ser publicada en la Gaceta Oficial, Nº 35.541, el 29 de agosto de 1990.

Como es conocido por todos, en la época de la Capitanía General de Venezuela al igual que en los primeros años del nacimiento de la República de Venezuela, se aplicó el derecho penal español hasta prácticamente la entrada en vigencia del Código Penal de 1863, que es el primer Código Penal venezolano, instrumento que contemplaba la normativa aplicada a los adultos y a los adolescentes, política criminal que con pequeñas variantes también se recoge en los subsiguientes Códigos Penales de 1873, 1897, 1904, 1912, 1915 y 1926[4], concretándose en los Artículos 69, 70 y 71 del Código mencionado en último término. De acuerdo a Luis Ángel Naranjo Díaz[5], los artículos *in comento* consagran todo "lo referido a la responsabilidad penal de las personas mayores de doce años y menores de quince, en una redacción ambigua que hace depender la responsabilidad de los adolescentes de esa edad al hecho, poco concreto, de que aparezca que obró con discernimiento. Situación delicada que podía crear, como en efecto creó, una grave discriminación en contra del menor de bajos recursos, a quien en la mayoría de los casos se le consideró en actuación con discernimiento; mientras que el menor perteneciente a una familia de recursos económicos, sociales o políticos de cierta relevancia, era declarado sin responsabilidad por actuar sin discernimiento".

El 10 de enero de 1939, entra en vigencia el Código de Menores, señalando:

> *Artículo 1º.* Al Estado le corresponde la vigilancia, educación, protección integral de los menores de 18 años que se encuentren en abandono moral o material o que hubieren delinquido.
>
> ...
>
> *Artículo 8º.* Para los fines de esta Ley, se considerará delincuente a todo menor que resultare autor, cómplice o encubridor de hechos calificados como delito o falta por el Código Penal y por otras Leyes. Para la determinación de esta clase de delincuente deben tomarse en cuenta las disposiciones de los artículos 69, 70 y 71 del mismo Código.
>
> ...
>
> *Artículo 38.* A los menores de 18 años que se encuentren en estado de abandono moral o material o que hubieren delinquido, serán juzgados por Tribunales especiales para menores, conforme a las disposiciones de este Código.

El Código de Menores fue derogado el 30 de diciembre de 1949, por el Estatuto de Menores, instrumento este último, que fue reformado el 23 de diciembre de 1975 y de acuerdo con Luis Ángel Naranjo Díaz[6], el Estado venezolano con el Estatuto de Menores, introduce en el "derecho de menores criterios científicos sobre el estudio de la personalidad del sujeto menor de edad, infractor o con problemas de conducta. También

---

nuevo texto constitucional los principios fundamentales de esta Ley o, dicho de otro modo, esta Ley desarrolló anticipadamente las disposiciones constitucionales referidas a los derechos de niños, niñas y adolescentes".

3. A la fecha, todos los países pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, con las excepciones de los Estados Unidos de América y Somalia, han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

4. La última Reforma del Código Penal fue publicada en la *G.O.* n° 5.494 *Extraordinario*, el 20 de octubre de 2000.

5. NARANJO DÍAZ, Luis Ángel, *Responsabilidad penal del adolescente en Venezuela. Análisis exegético de la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Distribuidora Nabriel, Caracas 2001, p. 16.

6. NARANJO DÍAZ, Luis Ángel, *op. cit.*, p. 28.

establece la investigación del ambiente social y familiar del menor en esas condiciones. Con estas consideraciones científicas ingresa en el estudio de las ciencias jurídicas consideraciones meta-jurídicas propias del estudio de la conducta humana, como peritajes multidisciplinarios entre la Ciencia Médica, la Psicología y en especial, la Psiquiatría".

El Estatuto de Menores fue derogado el 30 de diciembre de 1980, al ser publicada la Ley Tutelar de Menores en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nº 2.710 Extraordinario, ley adscrita a la doctrina de la situación irregular, al paradigma tutelar. Y finalmente, como se anotó *supra*, el 29 de agosto de 1990, la Convención se convierte en Ley de la República y, a partir del 01 de abril de 2000, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente deja sin efecto a la Ley Tutelar de Menores y se produce el advenimiento de un nuevo paradigma: la doctrina de la protección integral.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (EMLOPNA), al ratificar Venezuela la Convención sobre los Derechos del Niño, en el período que va desde el 29 de agosto de 1990 hasta el 31 de marzo de 2000, se produce una realidad jurídica anómala: la vigencia simultánea de dos leyes, la Ley Tutelar de Menores (vigente hasta el 31 de marzo de 2000) y la Convención (vigente desde el 29 de agosto de 1990), antagónicas entre sí, regulando el mismo tema, generando una verdadera *esquizofrenia jurídica*[7].

Para superar la situación *supra* indicada y cumplir con los compromisos internacionales adquiridos, Venezuela tiene que ajustar su legislación interna a los principios y normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención significa un cambio radical de paradigma, se pasa de la doctrina tutelar, la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, la doctrina para la protección de los derechos del niño.

Para José Arcadio Sánchez Valencia[8], la doctrina tutelar es *peligrosista*, nacida de la corriente filosófica del positivismo, basada en la creencia que el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones, "debido a su incompleto desarrollo físico, intelectual y afectivo. Por eso pretende ser un derecho tutelar del menor mismo, que aspira a ser formativo del hombre. Esta teoría ha surgido como una respuesta al conocimiento del fracaso de la institución de la familia, debido a ello, este derecho especial, en algún momento histórico y en algunos países, se ha traducido en un derecho penal paternalista".

Por su parte, Emilio García Méndez[9], sostiene que la doctrina de la protección integral propone "un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles... Se jerarquiza la función judicial,

---

7. Esta situación se presentó en el resto de los países de América Latina durante el proceso de transformación de la Convención en ley nacional, de acuerdo con lo expuesto por GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, quien utiliza la expresión *esquizofrenia jurídica* para referirse a este problema, en el trabajo intitulado, "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*. tomo I, segunda edición, aumentada, corregida y actualizada, Editorial Temis y Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires 1999, p. 10.

8. SÁNCHEZ VALENCIA, José Arcadio, en el trabajo intitulado, "Derecho Penal de Menores en El Salvador", recopilado en el libro *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad. El proceso de adecuación de la legislación interna a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La experiencia de El Salvador*. Publicación realizada por el Ministerio de Justicia de la República de El Salvador, PNUD, Prodere Edinfodoc, con la colaboración de la Cooperación Italiana, UNICEF e ILANUD, Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, San Salvador 1995, p. 114.

9. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América latina. De la situación irregular a la protección integral*, segunda edición. Ibagué 1997, pp. 27-28.

devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica... Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentran en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión... Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia... Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión -debidamente comprobada- de delitos o contravenciones... Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos... Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos de derecho contenidos en la Convención Internacional... Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional... según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad".

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, las acotaciones preinsertas se resumen, así: "Se abandonó el concepto del niño como sujeto de tutela para adoptar el concepto del niño como sujeto de derechos, entendiéndose por tal la habilitación para demandar, actuar y proponer. Hoy se ve al niño como persona en desarrollo, con derechos y responsabilidades inherentes a todos los seres humanos".

Con la denominación *doctrina de la protección integral*, se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, que como ya se anotó, expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño[10], esta doctrina condensa la existencia de los siguientes instrumentos básicos:

1) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño;

2) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing[11];

3) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad[12];

4) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil o Directrices de Riyadh[13];

5) El Convenio Nº 138 y la Recomendación Nº 146 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la edad mínima de admisión al empleo[14]; y,

6) La Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza[15].

---

10. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.
11. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.
12. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.
13. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.
14. Adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1973 y aprobados por el Congreso de la República de Venezuela como ley al ser publicada en la *G.O. de la República de Venezuela*, nº 3.326 Extraordinario, de fecha 18 de enero de 1984.

No cabe duda, que la Convención sobre los Derechos del Niño, a pesar de no ser el primer instrumento en términos cronológicos, constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa. Además, la Convención ha tenido el mérito de llamar la atención acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia.

Pacíficamente se acepta que la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación, por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral, paradigma dentro del cual se inscribe la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que como se ha dicho, entró en vigencia a partir del 01 de abril del 2000, instrumento que consta de 685 artículos, distribuidos en 6 títulos, con sus correspondientes capítulos y secciones, con el siguiente detalle:

El *Título I*, establece las Disposiciones Directivas: los principios y regulaciones fundamentales aplicables a toda la Ley y determinan las bases del desarrollo de su contenido y consta de nueve (9) artículos.

El *Título II*, Derechos, Garantías y Deberes de todos los niños y adolescentes, de manera de cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención, tiene 3 capítulos y consta de ciento siete (107) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Derechos, Garantías y Deberes; y, Capítulo III, Derecho a la Protección en Materia de Trabajo.

El *Título III*, Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, tiene 13 capítulos y consta de dos ciento veinte y ocho (228) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Políticas y Programas de Protección del Niño y del Adolescente; Capítulo III, Medidas de Protección; Capítulo IV, Órganos Administrativos de Protección. Consejos de Derechos del Niño y del Adolescente; Capítulo V, Órganos Administrativos de Protección. Consejos de Protección del Niño y del Adolescente; Capítulo VI, Órganos Judiciales de Protección y Ministerio Público; Capítulo VII, Entidades de Atención; Capítulo VIII, Defensorías del Niño y del Adolescente; Capítulo IX, Infracciones a la Protección Debida. Sanciones; Capítulo X, Acción de Protección; Capítulo XI, Procedimientos Administrativos; Capítulo XII, Procedimiento Judicial de Protección; y, Capítulo XIII, Previsión y Aprovisionamiento de Recursos Económicos. Fondo de Protección del Niño y del Adolescente.

El *Titulo IV*, Instituciones Familiares, tiene 6 capítulos y consta de ciento ochenta y uno (181) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Patria Potestad; Capítulo III, Familia Sustituta; Capítulo IV, Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales; Capítulo V, Procedimiento de Adopción; y, Capítulo VI, Procedimiento Especial de Alimentos y de Guarda.

El *Título V*, Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, tiene 4 capítulos y consta de ciento cuarenta y seis (146) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Procedimiento; Capítulo III, Sanciones; y, Capítulo IV, Justicia Penal del Adolescente.

---

15. Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

Por último, el *Título VI*, se refiere a las Disposiciones Transitorias y Finales y, consta de catorce (14) artículos.

III. EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE COMO SUJETOS DE DERECHOS

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se abandonó el concepto de niño como sujeto de tutela para adoptar el concepto de niño como sujeto de derechos, entendiéndose por tal la habilitación para demandar, actuar y proponer, señalando taxativamente la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, lo siguiente:

> *Artículo 1º*. Objeto.
>
> Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles, desde el momento de su concepción.
>
> ...
>
> *Artículo 10.* Niños y adolescentes sujetos de derecho.
>
> Todos los niños y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.
>
> *Artículo 11.* Derechos y garantías inherentes a la persona humana.
>
> Los derechos y garantías de los niños y adolescentes consagrados en esta Ley son de carácter enunciativos. Se les reconoce, por lo tanto, todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en esta Ley o en el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, destacan dos (2) ideas básicas:

1) Que la Ley consagra y reconoce expresamente a todos los niños y adolescentes, la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales, garantizándoles adicionalmente, el ejercicio personal de los mismos en forma progresiva; y,

2) Que la responsabilidad de lograr este propósito, corresponde en forma concurrente pero diferenciada, al Estado, a la familia y a la sociedad.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, define al niño y al adolescente, así:

> *Artículo 2º*. Definición de niño y de adolescente.
>
> Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad.
>
> Si existieren dudas acerca de sí una persona es niño o adolescente se le presumirá niño, hasta prueba en contrario. Si existieren dudas acerca de sí una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario.
>
> ...
>
> *Artículo 533.* Grupos etarios.
>
> A los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones se distingue los adolescentes en dos grupos: los que tengan de doce hasta menos de catorce años y los que tengan catorce y menos de dieciocho años de edad.

Es importante destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño no hace distinción entre las personas de menos de diez y ocho (18) años. No obstante, en el proceso de discusión de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se consideró conveniente crear dos (2) categorías dentro de este grupo etario: los niños y los adolescentes, de manera de regular con mayor sencillez, las materias relativas al ejercicio de derechos y garantías, los deberes y las responsabilidades. Asimismo, desagregó el último de los grupos etarios, en dos subgrupos: un subgrupo, que comprende a los adolescentes mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) años; y el otro subgrupo, que comprende a los adolescentes mayores de catorce (14) años y menores de diez y ocho (18) años. Se deslindan a los grupos y subgrupos etarios siguiendo criterios pacíficos de la *psicología evolutiva*[16], adoptados en forma casi unánime en la legislación comparada. Es decir, que con un criterio objetivo, mediante la aplicación del *sistema biológico*[17], *juris et de jure*[18], se infieren en la población los siguientes rangos de edades de los grupos etarios, así: *niños* (menores de 12 años), *adolescentes* [con dos subgrupos: mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) años y, mayores de catorce (14) años y menores de diez y ocho (18) años]; y, adultos (mayores de 18 años).

De acuerdo a la información publicada por la Oficina Central de Estadística e Informática[19-20], la población total de Venezuela al 21 de octubre de 1990[21], se cifró en 18.105.265 personas, de las cuales 5.497.153 personas pertenecían al grupo de los niños, 2.414.197 personas al grupo de los adolescentes, que incluye dos (2) subgrupos de adolescentes[22], y 10.193.915 personas al grupo de los adultos. Es decir, que para 1990 un poco menos de la mitad de la población (43,7%) eran personas menores de diez y ocho (18) años y el resto (56,3%) personas mayores de diez y ocho (18) años.

16. *Cf.,* Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

17. *Cf.,* RAFFO, Héctor A., en el trabajo intitulado, "El derecho de menores. Un derecho singular", recopilado en el libro RAFFO, Héctor A.; IGLESIAS, Ascensión M.; GAMAS, Rafael E. y SÁNCHEZ, Rosa E., *Menores infractores y libertad asistida. Los cinco puntos,* Ediciones La Rocca, denomina sistema rígido al sistema biológico, Buenos Aires 2000, p. 47.

18. LONGO F., Paolo, en el trabajo intitulado, "El Ministerio Público dentro del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia", recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA,* pp. 177-178, sostiene que "ya no se puede recurrir únicamente a la presunción iuris et de iure de mayoridad por razones de estricta cronología etaria, sino que debe atenderse a los mecanismos técnico científicos que permiten considerar la mayor o menor comprensión de los actos y la certeza de la expresión de la voluntad de infante o del joven, basado en la concepción de que los seres humanos y sujetos de derecho con participación preponderante en el sistema de derecho que les atañe".

19. A la Oficina Central de Estadística e Informática le cambiaron el nombre y a la fecha se denomina Instituto Nacional de Estadística.

20. Oficina Central de Estadística e Informática, *El Censo 90 en Venezuela,* Caracas 1993, pp. 5-7.

21. Fecha en que se realizó el censo poblacional de 1990.

22. El subgrupo de adolescente formado por los mayores de 12 años y menores de 14 años suma 840.348 personas y, el subgrupo de adolescente integrado por mayores de 14 años y menores de 18 años se cifró en 1.573.849 personas.

CUADRO 1

REPÚBLICA DE VENEZUELA

POBLACIÓN AL 21 DE OCTUBRE DE 1990

Grupos etarios		**Población**		
Categorías	Edades	Total	Varones	Hembras
Adultos	Mayores de 18 años	10.193.915	5.004.188	5.189.727
Adolescentes	Mayores de 14 años y menores de 18 años	1.573.849	791.394	782.455
	Mayores de 12 años y Menores de 14 años	840.348	425.875	414.473
Niños	Menores de 12 años	5.497.153	2.798.300	2.698.853
T O T A L		18.105.265	9.019.757	9.085.508
Fuente:	Oficina Central de Estadística e Informática. *El Censo 90 en Venezuela*. Caracas, 1993. Págs. 5-7.			

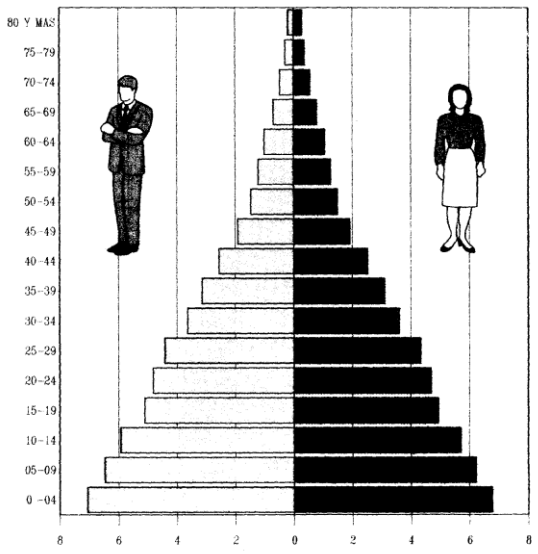
Las estadísticas anotadas forzosamente llevan a concluir, que Venezuela tiene una pirámide poblacional de base muy ancha (población joven) y un vértice estrecho (población adulta). En consecuencia, *Venezuela es clasificada como un país de población predominantemente joven*.

GRÁFICO 1

REPÚBLICA DE VENEZUELA

PIRÁMIDE DE POBLACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 1990

EDADES



PORCENTAJE DE POBLACIÓN

Fuente: Oficina Central de Estadística e Informática y Centro Latinoamericano de Demografía. *Venezuela: Estimaciones y proyecciones de población 1950-2035*. Caracas, 1995, pág. 41.

Para Carmen Luisa Reyna de Roche[23] la

> alta proporción en la cual la población de Venezuela está integrada por niños y jóvenes acentúa la importancia que es necesario dar a los problemas que afectan a la infancia venezolana y a la protección de los derechos de los niños que habitan el país, a la supervivencia, al desarrollo, a la protección y a la participación, que es de lo que fundamentalmente se trata cuando se hablaba del interés del menor o, ahora, del Interés Superior del Niño.

A continuación se presentan las estimaciones de la población de Venezuela, realizadas por la Oficina Central de Estadística e Informática para los años 2000, 2010 y 2020.

CUADRO 2

REPÚBLICA DE VENEZUELA
POBLACIÓN ESTIMADA PARA LOS AÑOS 2000, 2010 Y 2020

Grupos etarios		**Población**		
Categorías	Edades	2000	2010	2020
Adultos	Mayores de 18 años	14.441.292	18.601.680	22.702.261
Adolescentes	Mayores de 14 años y Menores de 18 años	2.022.623	2.202.128	2.260.458
	Mayores de 12 años y Menores de 14 años	1.069.533	1.111.161	1.138.363
Niños	Menores de 12 años	6.636.296	6.800.918	6.809.706
T O T A L		24.169.744	28.715.887	32.910.788
Fuente:	Oficina Central de Estadística e Informática y Centro Latinoamericano de Demografía. *Venezuela: Estimaciones y proyecciones de población 1950-2035*. Caracas, 1995. Págs. 23-24 y 27-30.			

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como las leyes nacionales de los países pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas tienden a utilizar las palabras niño(s), niña(s), niñez, juventud y adolescente(s), en lugar de las palabras menor y menores, por cuanto estas últimas se asocian a la incapacidad del(los) niño(s) y adolescente(s) para ejercer personalmente sus derechos y asumir sus responsabilidades y en consecuencia, reflejan la confrontación entre la doctrina tutelar y la doctrina de la protección integral. Por iguales razones, evitan usar las palabras mayor y mayores y, en su lugar propenden a utilizar la palabra adulto. Sobre el particular, Elías Neuman[24] dice que los preconceptos y discriminaciones se advierten desde el lenguaje y que él utiliza niño(s) y menor(es) y, adulto(s) y mayor(es) como palabras sinónimas, sin discriminación posible y lo hace porque se hallan en el idioma.

No obstante, en algunos instrumentos jurídicos de países de América latina se utilizan las palabras *estigmatizadas*, a pesar de haber ratificado la Convención, como es el caso de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y El Salvador.

---

23. REYNA DE ROCHE, Carmen Luisa, en el trabajo intitulado, "Del interés del menor al interés superior de los niños, niñas y adolescentes", recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, p. 80.

24. NEUMAN, Elías, *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal,* Editorial Universidad, Buenos Aires 1994. p. 67.

CUADRO 3

LEYES, PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE LEYES SOBRE NIÑOS Y ADOLESCENTES DE ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS, ELABORADOS DESPUÉS DE RATIFICADA LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998[A-B]

País	Instrumento jurídico	Año[1]
Argentina	Ley Nº 10.903 Patronato de Menores[2]	1919
Bolivia	Ley Nº 1403 Código del Menor	1992
Brasil	Estatuto del Niño y del Adolescente	1990
Colombia	Código del Menor[2]	1989
Chile	Ley de Menores Nº 16.618 Ley de Erradicación de Personas Menores de Dieciocho Años de las Cárceles de Adultos	1996 Nd
Costa Rica	Código de la Niñez y la Juventud Ley de Justicia Penal Juvenil	1997 1996
Ecuador	Código de Menores	1992
El Salvador	Ley del Menor Infractor	1995
Guatemala	Código de la Niñez y la Juventud	1996
Honduras	Código de la Niñez y la Adolescencia	1996
México	Nd	Nd
Nicaragua	Código de la Niñez y la Adolescencia	1998
Panamá	Código de la Familia	1994
Paraguay	Código del Menor[2]	1981
Perú	Código de los Niños y los Adolescentes Decreto Legislativo Nº 899 Ley contra el Pandillaje Pernicioso Decreto Legislativo Nº 895 Ley contra el Terrorismo Agravado	1993 1998 1998
República Dominicana	Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	1994
Uruguay	Código del Niño[2]	1934
Venezuela	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	1998

a Cuadro elaborado con base en el texto del libro señalado como fuente.

b En algunos países están tramitando proyectos o trabajan en la elaboración de anteproyectos de leyes, para adaptarlos a la Convención o para actualizar sus correspondientes leyes, como es el caso de Argentina (Proyecto de Código del Niño y del Adolescente); Brasil (Anteproyecto de Ley de Ejecución de Medidas Socioeducativas); Ecuador (Matriz Legislativa del Nuevo Código del Niño y del Adolescente); México (Anteproyecto de Ley Reglamentaria del Artículo 40 Constitucional, para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas, y los y las Adolescentes), Panamá (Proyecto de Ley Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia); Paraguay (Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia); y, Uruguay (Proyecto de Ley Código de la Niñez y la Adolescencia).

1 Se refiere al año en que fue aprobado el instrumento.

2 Instrumento vigente a la fecha, aprobado antes de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Nd Información no disponible.

Fuente: *Infancia, ley y democracia en América Latina.* Tomos I y II. Editorial Temis-Ediciones Depalma. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1999.

IV. ¿IMPUTABILIDAD-INIMPUTABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES?

Se discute en el foro sobre si los adolescentes son imputables o si son inimputables. Ahora bien, ¿Por qué surge la duda? La duda nace, porque la lógica dice, que: Si todos los adultos que violan la ley penal son infractores y en principio todos los adultos infractores, son imputables. Entonces, si los adolescentes tienen los mismos derechos y deberes que los adultos, cuando los adolescentes infringen la ley penal, se convierten en infractores[25] e imputables, como los adultos.

Sobre el particular es conveniente precisar, que es pacíficamente aceptado por la doctrina, que *inimputable* es una persona que está exenta de responsabilidad por sus actos o sus acciones o por circunstancias existentes en el momento del hecho punible. Ahora bien, esto es aplicable a cualquier persona imputable (con capacidad de culpabilidad), se trate de un adolescente o de un adulto y se aplica tanto en el sistema penal de adultos como en el sistema penal de adolescentes. No obstante, tratándose de adolescentes, se da una presunción de no imputabilidad a toda persona mayor de doce (12) años y menor de diez y ocho (18) años y de acuerdo a Delia Mateo de Ferroni[26], ello resulta ser una característica propia del derecho de menores. En el mismo sentido, Edson Seda[27] señala que para la Constitución brasileña "el adolescente imputable (al cual se puede imputar o atribuir un acto que llevó a cabo en el pasado e imputarle responsabilidad por ese acto), se debe atribuir (cosa que tiene que ver con el futuro) una medida socioeducativa, no una pena"[28].

Además, la duda también se basa en la polémica de vieja data, dada por las dos posiciones doctrinarias irreconciliables, que consideran al derecho penal como compartimentos estancos, negando la lógica del derecho penal como un todo. Las posiciones *in comento*, se presentan a continuación:

1) Quienes consideran que los ilícitos penales de los adolescentes integran un cuerpo dogmático autónomo[29], con proyección jurisdiccional específica y procedimientos propios; y,

---

25. BERISTAIN, Antonio, en el trabajo intitulado, "Desarrollo del niño, desarrollo social y criminal. Ruptura epistemológica del desarrollo/economía", recopilado por la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas en el *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo 2, Caracas 1998, p. 87, señala al joven que no ha cumplido diez y seis (16) años, incluso diez y ocho (18) años, "nunca se le debe calificar como delincuente. Si se hace se le estigmatiza, se le margina. Y eso sobre una base falsa, pues se le supone capaz de una responsabilidad y culpabilidad igual que la de un adulto. Esto carece de confirmación científica".

26. MATEO DE FERRONI, Delia, *Régimen penal de menores*, Editorial Juris, Rosario 1998, pp. 101-102.

27. SEDA, Edson, en el trabajo intitulado, "Comentarios al proceso de reforma legislativa en Brasil", recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 260.

28. SANDOVAL, Miguel Ángel, en el trabajo intitulado, *Nuevo derecho penal del adolescente*, recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, p. 332, sostiene que las medidas socioeducativas son penas, que tienen carácter aflictivo y una finalidad preventiva especial y no son medidas de seguridad. Por su parte, MORAIS, María G., en el trabajo intitulado, "La ejecución de las medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente", recopilado en el mismo libro (p. 368), señala que "eufemismo aparte, la LOPNA prevé como medida sancionatoria una medida de seguridad postdelictual, de finalidad educativa aplicada y ejecutada por un juez especializado, sin ninguna consideración a la peligrosidad del adolescente, dentro de los límites fijados por la norma y ejecutada de acuerdo a las condiciones, derechos y garantías establecidos en la ley".

29. ALVEAR VALENZUELA, María Soledad, en el trabajo intitulado, "Comentarios al proceso de reforma legislativa en Chile", recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 326, señala que durante el Siglo XIX, "se proclamó la autonomía del derecho de menores ante el derecho penal, que en la práctica se expresó en la promulgación de leyes especiales de menores en los países de América Latina y en algunos países

2) Quienes consideran que tales inconductas integran un capítulo especial dentro del derecho penal de adultos y una jurisdicción penal similar a la ordinaria.

Por otro lado, los niños, definidos como personas con menos de doce (12) años de edad, como se anotó *supra*, son *no imputables por presunción absoluta, en razón de su edad* y en consecuencia, no se les aplica el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Los niños están en una etapa de transición, denominada *moratoria psicosocial* por E. Erickson[30], se trata de un período previo a la asunción real de los roles y responsabilidades de los adolescentes y de los adultos. Los roles de los adolescentes y adultos van relacionados con las normas, "implican aquello que la sociedad dispone para sus miembros y espera su cumplimiento, son roles que le son propuestos como posibilidades futuras, aquello que puede llegar a ser. La moratoria es un período de demora que se concede a alguien que no está listo para cumplir una obligación o que se impone a aquél que debería darse tiempo a sí mismo".

La no imputabilidad de los niños es magistralmente explicada en el Proyecto de Reforma del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil del Código del Menor de la República de Colombia[31], así:

> Es sabido, que el procesamiento penal, es una forma de tratar a las personas, que produce consecuencias negativas, estigma o juicios de valor negativos sobre ellas. Y esta forma de tratamiento, influirá en la formación de la personalidad del sujeto, puesto que todos construimos nuestra personalidad en interacción con otras personas, y la forma como los otros nos ven y tratan es decisiva para la formación del sujeto. A edades más tiernas, se es más vulnerable a la forma como los otros nos ven y tratan. Con anterioridad a los doce años no tiene mayor sentido vincular a un proceso penal a una persona y en cambio si lo deja sometido a todas sus consecuencias negativas.
>
> Excluir a los menores de 12 años del juzgamiento penal, implica en cierta forma reconocer que antes de esa edad, la mayor cuota de responsabilidad por sus actos recae en la familia, la sociedad y el Estado.

Las medidas aplicadas al niño victimario se parifican con las medidas aplicadas al niño víctima. Es decir, que a ambos se les aplican medidas de protección y por ello, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señala:

> *Artículo 532. Niños.* Cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible sólo se le aplicarán medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en esta Ley.

Ahora bien, la LOPNA define las medidas de protección así:

> *Artículo 125*. Definición.
>
> Las medidas de protección son aquellas que impone la autoridad competente cuando se produce en perjuicio de uno o varios niños o adolescentes individualmente considerados, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos.
>
> *La amenaza o violación* a que se refiere este artículo *puede provenir* de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, representantes, responsables o *de la propia conducta del niño o del adolescente* (subrayado del autor).

---

de Europa". Esta legislación estaba basada en lo que se conoce como la doctrina de la situación irregular y en Chile se dictó en 1928, la Ley de Protección de Menores.

30. Citado por VARELA, Osvaldo H.; ÁLVAREZ, Héctor R. y, SARMIENTO, Alfredo J., *Psicología forense. Consideraciones sobre temáticas centrales*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997, p. 48.

31. Proyecto de Reforma al Código del Menor. Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 372.

En consecuencia, según el

Artículo 126. Tipos.

Una vez comprobada la amenaza o violación a que se refiere el artículo anterior, la autoridad competente puede aplicar las siguientes medidas de protección:

a) inclusión del niño o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios de los programas a que se refiere el artículo 124 de esta Ley;

b) orden de matrícula obligatoria o permanencia, según sea el caso, en escuelas, planteles o institutos de educación;

c) cuidado en el propio hogar del niño o adolescente, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño o adolescente, a través de un programa;

d) declaración de los padres, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo responsabilidad en relación al niño o al adolescente;

e) orden de tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, ambulatorio o en régimen de internación en centro de salud, al niño o al adolescente que así lo requiera o a sus padres o representantes, en forma individual o conjunta, según sea el caso;

h) abrigo,

i) colocación familiar o en entidad de atención;

j) adopción;

Se podrá aplicar otras medidas de protección si la particular naturaleza de la situación la hace idónea a la preservación o restitución del derecho, dentro de los límites de competencia del Consejo de Protección que las imponga.

Las ideas preinsertas las resume Emilio García Méndez[32], así:

1) Los menores de 18 años (y mayores de 12) son inimputables penalmente, siendo, sin embargo, penalmente responsables.

2) La responsabilidad penal significa que a los adolescentes (de 12 a 18 años incompletos), se le atribuyen, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos que siendo típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. Siendo las leyes penales, el punto de referencia común para adultos y menores de 18 años, el concepto de responsabilidad difiere sustancialmente del de imputabilidad, en tres puntos fundamentales: a) los mecanismos procesales, b) el monto de las penas (adultos) difiere del monto de las medidas socioeducativas (adolescentes), y c) el lugar físico del cumplimiento de la medida.

3) Los menores de 12 años, no sólo son inimputables sino que además son penalmente irresponsables. Cuando un menor de 12 años, comete un hecho (debidamente comprobado), que si [es] cometido por un adolescente pudiera constituir una infracción penal, no corresponde en estos casos una medida socioeducativa, sino una medida de protección penal.

V. DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES

Los niños y adolescentes como sujetos de derechos, son titulares de un conjunto de derechos, agrupados por la doctrina en cuatro (4) grandes categorías: derecho de super-

32. GARCIA MÉNDEZ, Emilio, "Bases para la construcción de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil", citado por BUAIZ VALERA, Yury Emilio, en el trabajo intitulado, "Política social, política criminal y la Convención sobre los Derechos del Niño", recopilado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, p. 326.

vivencia, derecho al desarrollo, derecho a la protección y derecho a la participación. Ahora bien, en forma coetánea le nacen un conjunto de deberes, resumidos por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, así:

> *Artículo 93.* Deberes de los niños y adolescentes.
>
> Todos los niños y adolescentes tienen los siguientes deberes:
>
> a) honrar a la patria y sus símbolos;
>
> b) respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico y las órdenes legítimas que, en la esfera de sus atribuciones, dicten los órganos del poder público;
>
> c) respetar los derechos y garantías de las demás personas;
>
> d) honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al ordenamiento jurídico;
>
> e) ejercer y defender activamente sus derechos;
>
> f) cumplir sus obligaciones en materia de educación;
>
> g) respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y culturas;
>
> h) conservar el medio ambiente;
>
> i) cualquier otro deber que sea establecido en la ley.

A tal efecto, Alberto Baumeister Toledo[33] dice que bajo la "nueva óptica, por igual la Ley procura establecer que a estos titulares de derechos *de rango y condiciones especiales*, como contrapartida de los derechos y prerrogativas que se les conceden, les nazcan y vayan asumiendo en su desarrollo las correspondientes responsabilidades frente a sus grupos familiares y sociales, con particular relevancia en lo que atiende a su responsabilidad por hechos ilícitos, anómalos socialmente,.."

CUADRO 4

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA INFANCIA RECONOCIDOS POR LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO[1]

Categoría	**Artículo[2]**
1) *Derecho de supervivencia:*	
Derecho a la vida	6
Derecho a que los padres tengan la asistencia debida para que puedan asumir su crianza	18
Derecho a la salud	24
Derecho a la seguridad social	26
Derecho a un nivel de vida adecuado	27
Derecho a la protección en casos de conflicto armados	38
2) *Derecho al desarrollo, entre otros:*	
Derecho al nombre y nacionalidad	7
Derecho a preservar su identidad	8

33. BAUMEISTER TOLEDO, Alberto, en el trabajo intitulado "Anotaciones sobre la nueva normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente" relacionadas con los procedimientos en materia de familia y menores", recopilado por CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, en el libro *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,* Vadell Hermanos Editores, C.A., Valencia-Caracas 2000, p. 11.

Derecho a no ser separado de sus padres	9
Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión	14
Derecho de acceso a la información	
Derecho a la educación	17
Derecho a la recreación y la cultura	28 y 29
	31
3) *Derecho a la protección:*	
Derecho a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia y correspondencia	16
Derecho contra todas las formas de explotación y crueldad	19
Derecho de protección especial del niño refugiado	
Derecho de protección al niño mental y físicamente impedido	22
Derecho contra el uso ilícito de estupefacientes	23
Derecho contra el abuso sexual	33
Derecho contra la venta o trata de niños	34
Derecho contra abusos en el sistema de justicia penal	35
	37 y 40
4) *Derecho a la participación:*	
Derecho a expresar su opinión y ser escuchados en asuntos que le conciernan	12
Derecho a la libertad de expresión	13
Derecho a la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas y Derecho a desempeñar un papel activo en la sociedad en general.	15
1	Cuadro elaborado con base en el texto de la EMLOPNA.
2	Corresponde al artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño.
Fuente:	Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

A continuación se presentan los principios básicos y las garantías fundamentales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

VI. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL JUVENIL

La doctrina de la protección integral convierte a los niños y a los adolescentes en sujetos de derechos, que los hace beneficiarios de un conjunto de principios básicos, de los cuales analizaremos cuatro (4), vinculados estrechamente con el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, por estar relacionados con el objeto de esta investigación, a saber: el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, la oportunidad y, la mínima intervención.

1. Principio de interés superior del niño

El interés superior del niño, llamado también el *principio de los principios*[34] o el *principio rector-guía*[35], no es una *creacion ex novo* de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha sido "recogido del anterior derecho de familia o de menores... adquiere un nuevo significado al ser incorporado en el artículo 3º de la Convención"[36]. El interés superior del niño, en palabras de Miguel Cillero Bruñol[37], es un principio garantista, es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades; constituye un conjunto de derechos-garantías frente a la acción del Estado y representa un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad. Una correcta interpretación del principio *in comento*, lleva a entender que en todas las decisiones, los derechos del niño deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. En consecuencia, una correcta aplicación del principio del interés superior del niño, especialmente en sede judicial, requiere de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad.

Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

2. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación significa, que todos los niños y adolescentes tienen en el proceso, los mismos derechos y garantías que los adultos, además de los propios que se generen por su condición de niños y/o adolescentes, con la excepción de la restricción al principio de publicidad, para "proteger a los menores [léase niños y adolescentes] de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados)"[38].

Por otro lado, los niños y/o los adolescentes no pueden ser discriminados por ningún respecto.

---

34. *Cf.*, Instituto Nacional del Niño y la Familia. "Protección especial y derechos de niños, niñas y adolescentes". INNFA-UNICEF, citado por PARRAGUEZ RUÍZ, Luis S. y CAMPAÑA, Farith Simón, en el trabajo intitulado, "Comentarios sobre la matriz legislativa del nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador", recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 593.

35. CILLERO BRUÑOL, Miguel, en el trabajo intitulado, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 71, señala que el Comité de los Derechos del Niño considera que el interés superior del niño es el principio rector-guía de la Convención.

36. CILLERO BRUÑOL, Miguel, *op. cit*., p. 70.

37. CILLERO BRUÑOL, Miguel, *op. cit.*, p. 71-84.

38. *Regla 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores. Adicionalmente, V. infra* el Numeral 6.8) Confidencialidad, en el Cuadro 6. Garantías Fundamentales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, concordadas con la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal.

3. Principio de mínima intervención y principio de oportunidad

El principio de mínima intervención intenta la puesta en práctica de un derecho penal mínimo, en el entendido que el recurso de la justicia penal debe ser el aplicado en última instancia y es lo que se ha llamado "*desjudicialización* o *derecho penal subsidiario*, por cuanto las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del mismo"[39].

Es una referencia obligada en el derecho penal juvenil y trata de evitar en lo posible, la incoación de expedientes a adolescentes, por hechos inocuos y en consecuencia, guarda estrecha relación con el principio de oportunidad.

De acuerdo con Gimeno Sendra[40], el principio de oportunidad es la facultad que tiene el titular de la acción penal, "para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un actor determinado". Ahora bien, de acuerdo con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, corresponde al Ministerio Público el monopolio del ejercicio de la acción pública para exigir la responsabilidad de los adolescentes en conflicto con la ley penal y en consecuencia, debe investigar las sospechas fundadas de perpetración de hechos punibles con participación de adolescentes, para ejercer la acción pública, salvo los criterios de oportunidad reglada previstos en el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. De acuerdo al principio de oportunidad, pueden ponerse en práctica fórmulas de solución anticipada, para darle al asunto soluciones distintas a la acusación, mediante la aplicación de la conciliación y la remisión. La conciliación se aplica cuando se trata de hechos punibles, para los que no sea procedente la privación de libertad como sanción. Por su parte, la remisión se desarrolla dentro de la hipótesis de la *teoría de la insignificancia*[41], que considera que no existen delitos insignificantes, nimios o de bagatela, que lo irrelevante son los hechos. Sobre la última hipótesis de solución anticipada, Edson Seda[42] dice que las remisiones se están aplicando en muchos lugares en forma reiterada y sistemática, violando de ese "modo el derecho al debido proceso legal para determinar la culpa del acusado y se contribuye a agravar el fenómeno de la reincidencia criminal".

Seda se basa en la no existencia de proceso para el acusado de delito, cuando el fiscal, en su convicción, entiende que es mejor aplicar la remisión.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se anota, que los supuestos de conciliación y remisión, están "fundamentados en los principios de humanidad y proporcionalidad permiten no sancionar la criminalidad de bagatela o la culpabilidad exigua y decantar el proceso, de modo de elevar a juicio sólo lo más significativo del resultado de una investigación".

A continuación se explaya el contenido jurídico, de los principios anotados *supra*, contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debidamente concordados con la Convención sobre los Derechos del Niño:

---

39. *Cf.*, ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch 2001, p. 85.

40. GIMENO SENDRA, V., "Los procedimientos penales simplificados. Principio de oportunidad y proceso penal monitorio", *Revista Poder Judicial*, Número Especial II, p. 34, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.* p. 82.

41. *Cf.*, CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia*, Editorial AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires 1967, p. 15.

42. SEDA, Edson, *op. cit.*, pp. 262-263.

CUADRO 5

PRINCIPIOS BÁSICOS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL, CONTENIDOS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO[1-2]

5.1) Interés superior del niño:
5.1.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 8º. Interés Superior del Niño.* El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. *Parágrafo Primero*: Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar: a) la opinión de los niños adolescentes; b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes; c) la necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente; d) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; e) la condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo. *Parágrafo Segundo:* En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.
5.1.2) Convención sobre los Derechos del Niño: *Artículo 3.* 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
5.2) Igualdad y no discriminación:
5.2.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 3º. Principio de igualdad y no discriminación.* Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o adolescente, de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares.
5.2.2) Convención sobre los Derechos del Niño: *Artículo 2.* 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o de sus tutores o de sus familiares.

5.3) Mínima intervención y oportunidad:

5.3.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 564. Conciliación.

Cuando se trate de hechos punibles para los que no sea procedente la privación de libertad como sanción, el Fiscal del Ministerio Público promoverá la conciliación. Para ello, celebrará una reunión con el adolescente, sus padres, representantes o responsables y la víctima, presentará su eventual acusación, expondrá y oirá proposiciones.

Parágrafo Primero: En caso de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos propondrá la reparación social del daño.
Parágrafo Segundo: Si se llega a un preacuerdo, el Fiscal lo presentará al Juez de Control, conjuntamente con la eventual acusación.

...

Artículo 569. Remisión.

El Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Control que se prescinda del juicio, o se limite éste a una o varias infracciones menores, o sólo a alguno de los adolescentes partícipes, cuando:

a) se trate de un hecho insignificante o de una participación mínima;
b) el adolescente colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la perpetración o consumación de otros hechos conexos, ayude a su esclarecimiento, o brinde información útil para probar la participación de otras personas;
c) el adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave;
d) la sanción que se espera por el hecho, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que cabe esperar por los restantes hechos.

Acordada la remisión, termina el procedimiento respecto al hecho o al adolescente a cuyo favor obra.

5.3.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 40.

...

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que ha infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

...

B. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

1 2	Cuadro elaborado con base en los instrumentos señalados en la fuente. En la transcripción de los instrumentos jurídicos anotados, se respeta la grafía.
Fuente:	Convención sobre los Derechos del Niño Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

VII. GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Paúl Von Büren[43] señala que el Derecho Procesal Penal moderno, "pretende crear y mantener un equilibrio de poderes en la relación jurídica que surge entre un individuo y el Estado, como consecuencia de que el primero se vea sometido de una investigación penal por parte de los órganos competentes del sistema de administración de justicia. A tal efecto, ha desarrollado una serie de principios y garantías procesales en beneficio del imputado, quien es considerado el débil jurídico frente a la capacidad represiva de los órganos policiales o administrativos del Estado".

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente consagra una serie de garantías fundamentales de orden sustantivo y procesal, siguiendo lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera de hacer garantista como mínimo, al Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, como el de los adultos, con la particularidad de la especialidad en razón de la edad. En otras palabras, desde el inicio de la investigación y durante el desarrollo del proceso judicial, las garantías procesales aplicadas a los adolescentes se han parificado con las correspondientes a los adultos, además, de las que gozan por su condición especial de adolescentes.

A tal efecto, *infra* se detallan las garantías *in comento*, debidamente concordados con la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores (Reglas de Beijing), según fuere el caso y, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, de la vinculación correspondiente con el Código Orgánico Procesal Penal:

CUADRO 6

GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, CONCORDADAS CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, LAS REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA A MENORES, LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL[1-2]

6.1) Dignidad:
6.1.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 538. Dignidad.* Se debe respetar la dignidad inherente al ser humano, el derecho a la igualdad ante la ley, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad. Ningún adolescente puede ser limitado en el ejercicio de sus derechos y garantías más allá de los fines, alcances y contenidos de las medidas cautelares o definitivas que se deba imponer.
6.1.2) Convención sobre los Derechos del Niño: *Artículo 37.* Los Estados Partes velarán por que: A. Ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

43. VON BÜREN, Paúl, *El hecho objeto del proceso y la defensa: en la investigación en el juicio, en la sentencia, en los recursos*, ponencia presentada en el Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura, Caracas agosto de 2000, p. 1. (mimeo).

C. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

6.1.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorios, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.
4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo a la ley.

Artículo 55.
Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas...

Artículo 332.
Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.

6.1.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 10.
Respeto a la dignidad humana. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza.

Artículo 125.

Derechos. El imputado tendrá los siguientes derechos:

10. No ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal;

6.2) Proporcionalidad:

6.2.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 539. Proporcionalidad.

Las sanciones deben ser racionales, en proporción al hecho punible atribuido y a sus consecuencias.

6.2.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 40.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto sus circunstancias como con la infracción.

6.2.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas al efecto.
6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

6.2.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 244. *Proporcionalidad.*

No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años.

6.3) Presunción de inocencia:

6.3.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 540. Presunción de inocencia.

Se presume la inocencia del adolescente hasta tanto una sentencia firme no determine la existencia del hecho y la participación culpable del imputado, imponiendo una sanción.

6.3.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 40.

2. Con el fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular.
   B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
      I. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe, su culpabilidad, conforme a la Ley;

6.3.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: ...

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

6.3.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 8. Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.

6.4) Información:

6.4.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 541. Información.

El adolescente investigado o detenido debe ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no incriminarse y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, representantes o responsables y su defensor.

6.4.2) Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 40.

2. Con el fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular.

   B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

II. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que se dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
6.4.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *Artículo 49.* El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: … 1. ...Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...
6.4.4) Código Orgánico Procesal Penal: *Artículo 125. Derechos.* El imputado tendrá los siguientes derechos: … 1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan; 4. Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano; 7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue; 9. Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aún en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;
6.5) Derecho a ser oído:
6.5.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 542. Derecho a ser oído.* El adolescente tiene derecho a ser oído en la investigación, en el juicio y durante la ejecución de la sanción. Cada vez que deba oírsele se le explicará el precepto contenido en el artículo 60, ordinal 4º de la Constitución [Artículo 49, ordinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela]. Cuando no entienda el idioma castellano tendrá asistencia gratuita de intérprete.
6.5.2) Convención sobre los Derechos del Niño: *Artículo 12.* 1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consecuencia con las normas de procedimiento de la ley nacional
6.5.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *Artículo 49.* El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
6.5.4) Código Orgánico Procesal Penal: *Artículo 125. Derechos.* El imputado tendrá los siguientes derechos: 1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan; 6. Presentarse directamente ante el Juez con el fin de prestar declaración; 7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue; 9. Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;

6.6) Juicio educativo:

6.6.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículos 543. Juicio educativo.

El adolescente debe ser informado de manera clara y precisa, por el órgano investigador y por el tribunal, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, y del contenido y de las razones legales y ético sociales de las decisiones que se produzcan.

6.6.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 29. …

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
   A. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
   B. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
   C. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de las suyas;
   D. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
   E. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

6.6.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 22.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Artículo 78.

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

6.6.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 13. Finalidad del proceso.

El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión.

6.7) Defensa:

6.7.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 544. Defensa.

La defensa es inviolable desde el inicio de la investigación hasta el cumplimiento de la sanción impuesta. A falta de abogado defensor privado, el adolescente debe tener la asistencia de un defensor público especializado.

6.7.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

D. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40.

2. Con el fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular.

B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

I. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe, su culpabilidad, conforme a la ley;
II. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que se dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
III. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerara que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
IV. Que no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
V. Si se considerara que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
VI. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
VII. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

6.7.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

6.7.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 12. Defensa e igualdad entre las partes. La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Corresponde a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades.

Los jueces profesionales, escabinos, jurados y demás funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas.

6.8) Confidencialidad:

6.8.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 545. Confidencialidad.

Se prohíbe la publicación de datos de la investigación o del juicio, que directa o indirectamente, posibiliten identificar al adolescente. Se dejan a salvo las informaciones estadísticas y el traslado de pruebas previsto en el artículo 535 de esta Ley.

6.8.2) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores (Reglas de Beijing):
Regla 8. Protección a la intimidad.

8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.

Regla 21. Registros.

21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

6.8.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 22. Vide supra.
Artículo 78. Vide supra.

6.8.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 13. Finalidad del proceso. Vide supra.

6.9) Debido proceso:

6.9.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 546. Debido proceso.

El proceso penal de adolescentes es oral, reservado, rápido, contradictorio y ante un tribunal especializado. Las resoluciones y sentencias son impugnables y las sanciones impuestas revisables, con arreglo a esta Ley.

6.9.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 40.
2. *Vide supra.*
B. *Vide supra.*

6.9.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 49. Vide supra e infra.

6.9.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 1. Juicio previo y debido proceso.

Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, ante un Juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

6.10) Única persecución:

6.10.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:
Artículo 547. Única persecución.

La remisión, el sobreseimiento y la absolución impiden nueva investigación o juzgamiento del adolescente por el mismo hecho, aunque se modifique la calificación legal o se conozcan nuevas circunstancias.

6.10.2) Convención sobre los Derechos del Niño:
Artículo 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

A. El derecho de un Estado Parte; o
B. El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

6.10.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

6.10.4) Código Orgánico Procesal Penal:
Artículo 20. Única persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal: 1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por este motivo concluyó el procedimiento. 2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.
6.11) Excepcionalidad de la privación de libertad:
6.11.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 548.* Excepcionalidad de la privación de libertad. Salvo la detención en flagrancia, la privación de libertad sólo procede por orden judicial, en los casos, bajo las condiciones y por los lapsos previstos en esta Ley. La prisión preventiva es revisable en cualquier tiempo a solicitud del adolescente.
6.11.2) Convención sobre los Derechos del Niño: *Artículo 37.* Los Estados Partes velarán por que: B. Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
6.11.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *Artículo 22. Vide supra.* ….. *Artículo 78. Vide supra.*
6.11.4) Código Orgánico Procesal Penal: *Artículo 9. Afirmación de la libertad***.** Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
6.12) Separación de adultos:
6.12.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 549. Separación de adultos.* Los adolescentes deben estar siempre separados de los adultos cuando estén en prisión preventiva o cumpliendo sanción privativa de libertad. Las oficinas de policía de investigación deben tener áreas exclusivas para los adolescentes detenidos en flagrancia o a disposición del Fiscal del Ministerio Público para su presentación al juez, debiendo remitirlos cuanto antes a los centros especializados. Tanto la prisión preventiva como las sanciones privativas de libertad deben cumplirse exclusivamente en establecimientos adscritos al sistema previsto en esta Ley.
6.12.2) Convención sobre los Derechos del Niño: *Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:* C. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
6.12.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *Artículo 22. Vide supra.* …. *Artículo 78. Vide supra*.
6.13) Proceso a indígenas:
6.13.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: *Artículo 550. Proceso a indígenas.* Cuando se trate de adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas, se debe observar, además de las reglas de esta Ley, sus usos y costumbres y se oirá a las autoridades propias, siempre que sea posible su comparecencia.
6.13.2) Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 30. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.	
6.13.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *Artículo 260.* Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.	
1 2	Cuadro elaborado con base en los instrumentos señalados como fuente. En la transcripción de los instrumentos jurídicos anotados, se respeta la grafía.
Fuente:	Código Orgánico Procesal Penal. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Convención sobre los Derechos del Niño. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores (Reglas de Beijing).

VIII. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICABLES AL ADOLESCENTE INFRACTOR

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se fundamenta en dos (2) sistemas básicos, cada uno con especificidades propias: 1) el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente (Título III, artículos 117-344); y, 2) el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente (Título V, artículos 526-671). El primero de los sistemas está destinado a la protección de los niños y de los adolescentes que son víctimas, a quienes se amenazan o violan derechos y, el segundo de los sistemas está destinado a los adolescentes que son victimarios, quienes violan los derechos de los demás. El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente forma parte de la política criminal represiva del Estado[44], destinado al control social de los jóvenes que han entrado en conflicto con la ley penal y las leyes penales especiales, dando respuesta al hecho criminal ya producido. No obstante, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es un sistema garantista de justicia penal, define las conductas penalizadas, el proceso para la determinación de la responsabilidad de los adolescentes infractores, las medidas socioeconómicas aplicables y la forma de ejecución de las mismas, con estricto apego a la Convención sobre los Derechos del Niño, basado en el principio de legalidad y su correspondencia con el principio de seguridad jurídica.

Para Quintero Olivares[45], el principio de legalidad tiene las siguientes garantías, a saber:

---

44. Como es sabido, una parte de la política criminal del Estado desarrolla políticas públicas preventivas y la otra parte, desarrolla políticas públicas represivas. Las políticas preventivas buscan reducir al mínimo posible, la incidencia de los hechos criminosos en la sociedad. Por su parte, las políticas represivas dan respuesta al hecho criminal ya producido.

45. QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal*, Parte general, Cedecs, Barcelona 1996. pp. 34 y ss, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, pp. 144-145.

1) La *garantía criminal*, implica que para que un hecho sea delictivo es necesario una ley previa que lo haya descrito precisamente como tal;

2) La *garantía penal*, comporta la prohibición de imponer penas que no hayan sido previstas con anterioridad para aquella clase de delito;

3) La *garantía jurisdiccional*, implica que las sentencias no pueden ser dictadas más que por un juez competente y tras cumplir los requisitos y garantías del proceso; y,

4) La *garantía de ejecución*, que exige que el cumplimiento de la pena se verifique del modo exactamente previsto en la ley.

Ahora bien, es conveniente acotar que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente está organizado bajo un modelo especial y tiene su base de sustentación en el Artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dice así:

> *Artículo 78.* Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de plenos derechos y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

El paradigma anotado había sido previamente recogido por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, *contrariando* la lógica que considera que primero se aprueba la Constitución y luego, la ley instrumenta el precepto constitucional. Sin embargo, la ley está inserta dentro del espíritu, razón y propósito de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[46]. En este sentido, la ingeniería institucional contemplada en el Artículo 526 de la LOPNA, presenta un modelo organicista, estructurado, conformado y hecho para un fin, que se va a llevar a cabo a través de funciones, al señalar que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es el conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes.

Pero, ¿Cómo va a organizarse ese conjunto de órganos para generar el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente?

La respuesta está contenida en el Artículo 527 *ejusdem*, donde se detallan los órganos que conforman el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y metafóricamente hablando, pudiera decirse, que tiene un cerebro, un órgano rector y otros órganos complementarios, que van a generar funciones para lograr el fin buscado, para poder dar respuesta, para que el organismo funcione y está integrado por la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[47], el Ministerio Público, los Defensores Públicos, la Policía de Investigación y, los Programas y las Entidades de Atención, con el siguiente detalle:

1) Sección del Adolescente del Tribunal Penal

Corresponde a la Sección de Adolescentes de los Tribunales Penales ordinarios y a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [Tribunal Supremo de Justicia],

---

46. *V. supra* nota de pie de página n° 3.
47. Hoy, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, a las leyes de organización judicial y a la reglamentación interna (Artículo 665 *ejusdem*).

Asimismo, el control de la investigación y la audiencia preliminar estarán a cargo de un juez profesional que se denominará Juez de Control. Si la investigación se lleva a cabo en lugar donde no funcione este tribunal, asumirá esta función el Juez de Municipio. La fase de juzgamiento estará a cargo de un Tribunal de Juicio, integrado por un juez profesional, acompañado, en los casos previstos, por dos escabinos. El control de cumplimiento de las medidas estará a cargo de un juez profesional que se denominará Juez de Ejecución. En cada tribunal funcionará una Corte Superior constituida por una o más Salas de Apelación, integradas por tres jueces profesionales (Artículo 666 *ejusdem*).

2) La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [Tribunal Supremo de Justicia] conocerá el recurso de casación (Artículo 667 *ejusdem*).

3) El Ministerio Público

Al Ministerio Público le corresponde el monopolio del ejercicio de la acción pública para exigir la responsabilidad de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal (Artículo 648 *ejusdem*). El Ministerio Público debe investigar las sospechas fundadas de perpetración de hechos punibles con participación de adolescentes, para ejercer la acción penal pública, salvo los criterios de oportunidad reglada previsto en el *Capítulo IV. Justicia Penal del Adolescente* del *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Artículo 649 *ejusdem*).

Las funciones del Ministerio Público se detallan a continuación:

> *Artículo 650.* Funciones del Ministerio Público.
>
> En relación con este Titulo, son funciones del Ministerio Público:
>
> a) velar por el cumplimiento de sus disposiciones;
> b) investigar hechos punibles con participación de adolescentes;
> c) ejercer la acción salvo los casos previstos;
> d) solicitar y aportar pruebas y participar en su producción;
> e) solicitar la cesación, modificación o sustitución de las medidas cautelares o sanciones decretadas;
> f) interponer recursos;
> g) vigilar el cumplimiento de las funciones de la policía de investigación;
> h) asesorar a la víctima durante la conciliación, cuando ella lo solicite;
> i) las demás que esta Ley u otras le fijen.

4) Defensores públicos

Si el imputado no elige un abogado de confianza como su defensor o rechaza el que le suministren sus padres, representantes o responsables, el Juez de Control notificado o el que conozca en ese momento del proceso, le designará un defensor público a lo cual no podrá oponerse. Para tal efecto, el servicio de Defensoría Pública contará con una sección especializada (Artículo 656 *ejusdem*). Una vez designado el defensor privado o público, éste manifestará su aceptación ante el juez, sin más formalidades (Artículo 657 *ejusdem*). Si en la localidad donde se lleva a cabo la investigación no hubiere defensor público, se nombrará defensor de oficio a quien se notificará y se tomará juramento (Artículo 658 *ejusdem*). Para las diligencias que hayan de practicarse fuera del lugar del

proceso, si el defensor manifiesta que no puede asistir a ellas, se nombrará defensor auxiliar en los casos que fuere necesario (Artículo 659 *ejusdem*).

5) Policías de investigación

Para el descubrimiento y la verificación científica de los hechos punibles y sus presuntos responsables, el Ministerio Público contará con el auxilio de la Policía de Investigación, cuyos integrantes deben estar especialmente capacitados para trabajar con adolescentes (Artículo 651 *ejusdem*). La Policía de Investigación podrá citar o aprehender al adolescente presunto responsable del hecho investigado, pero en ningún caso, podrá disponer su incomunicación. En caso de aprehensión, lo comunicará inmediatamente al Fiscal del Ministerio Público (Artículo 652 *ejusdem*).

Para evitar conflictos interpoliciales, si un adolescente es aprehendido por miembros de otros cuerpos policiales, éstos lo remitirán inmediatamente a la Policía de Investigación para que proceda conforme lo dispone el Artículo 652 (Artículo 653 *ejusdem*).

En los Artículos 648 y 651 *supra* reseñados, está presente el principio de especialidad, que hay que tenerlo siempre concordado con el Artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también reseñado *supra*.

6) Programas y entidades de atención

No están dentro de las atribuciones de los órganos.

En el nuevo paradigma, se considera al adolescente infractor como una *categoría jurídica*[48], pasando a ser sujeto de derecho, con derecho a la defensa y al debido proceso y demás derechos, garantías y deberes contemplados en *el Título II. Derechos, Garantías y Deberes* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Se rompe con la concepción del adolescente infractor como categoría sociológica vaga, implícita en la Ley Tutelar del Menor, que amparada en una falsa y eufemística ideología tutelar, aceptaba reclusiones de menores, desprovistas de todas las garantías que una medida de tal naturaleza debe necesariamente incluir y que implicaban una verdadera privación de libertad. "La reeducación en vez de castigo, y las medidas de seguridad en el lugar de las penas, constituirán los eufemismos específicos, que legitimarán en la práctica privaciones de libertad sin proceso, sin garantías y sobre todo, sin tiempo definido de duración"[49]. Todo el sistema estaba organizado para tratar a un delincuente y no para atender a un adolescente que transgredió una norma.

La doctrina moderna aconseja asumir que los adolescentes tienen responsabilidad penal, de la misma naturaleza que el adulto, pero atenuada, como lo recoge la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, al señalar:

> *Artículo 528.* Responsabilidad del Adolescente.
>
> El adolescente que incurra en la comisión de hechos punibles responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone.

Es decir, que al adolescente infractor se le debe y tiene que aplicar el derecho penal de menores, un derecho especial.

---

48. *Cf.,* VOLPI, Mario, *O adolescente e o ato infracional*, Cortez Editora y el Instituto do Estudos Sócio-econômicos, Sao Paulo 1997, p. 15.

49. *Cf.,* GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América latina. De la situación irregular a la protección integral*, p. 97.

Es conveniente repetir, que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente entiende por niño a toda persona con menos de doce (12) años de edad y por adolescente a toda persona con doce (12) años o más y menos de dieciocho (18) años de edad (Artículo 2 *ejusdem*), distinguiendo dos (2) subgrupos etarios de adolescentes: los que tengan doce (12) hasta menos de catorce (14) años y, los que tengan catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad (Artículo 533 *ejusdem*). Las disposiciones del *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, serán aplicadas a las personas definidas como adolescentes al momento de cometer el hecho punible, aunque en el transcurso del proceso alcancen los dieciocho (18) años o sean mayores de edad cuando sean acusados (Artículo 531 *ejusdem*). También asienta la Ley *in comento*, que cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible, sólo se le aplicarán medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en la misma (Artículo 532 *ejusdem*).

El catálogo de sanciones aplicado a los adolescentes, se detalla *infra* y tiene una finalidad primordialmente educativa y se complementará, según el caso, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Los principios orientadores de dichas medidas son el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social (Artículo 621 *ejusdem*). La finalidad educativa de las medidas genera una apertura, para que haya esa interacción entre el sujeto que debe cumplir la sanción y los entes y familiares que trabajen en el proceso.

Del análisis del Artículo 621 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se observa un cambio radical en la naturaleza de la sanción, de la típicamente punitiva del Derecho Penal común a las medidas de carácter socioeducativo del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.

Para determinar la medida aplicable, se debe tener en cuenta: la comprobación del acto delictivo y la existencia del daño causado; la comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo; la naturaleza y gravedad de los hechos; el grado de responsabilidad del adolescente; la proporcionalidad e idoneidad de la medida; la edad del adolescente y su capacidad para cumplir la medida; los esfuerzos del adolescente para reparar los daños; y, los resultados de los informes clínicos y psicosocial, todo de conformidad con el Artículo 622 *ejusdem.*

A su vez, el tribunal podrá aplicar las medidas en forma simultánea, sucesiva y alternativa, sin exceder el plazo fijado en la sentencia para su cumplimiento. Asimismo, las medidas podrán suspenderse, revocarse o sustituirse durante la ejecución y en el caso de aplicar la medida privativa de libertad, el juez debe considerar y deducir el período de prisión preventiva a que fue sometido el adolescente, si es el caso (Parágrafos Primero y Segundo del Artículo 622 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente). ¿Por qué? Porque no se trata de una pena donde la cosa juzgada impide la revisión de la decisión que se haya tomado. Ahora bien, el principio de revisión es permanente, pero "esta facultad no es ejercida creativamente por los Abogados de menores".

De acuerdo a Mónica Fernández Sánchez[50], en la fase de control o de juicio se impondrán sanciones que se ajustarán a un perfil delictual taxativamente establecido por la

50. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica, *La ejecución de la LOPNA: sanciones privativas y no privativas de la libertad. Entidades y programas. Roles de la sociedad civil, ponencia presentada en el Curso Sistema de Responsa-*

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tasada y ajustada al hecho concreto, que se plasmará en una decisión que respete los derechos humanos del adolescente y promueva una integralidad en el aprendizaje del mismo, orientado básicamente en la búsqueda de la futura prevención y una adecuada convivencia social. Los límites tasados para implementar una sentencia, se dividen en grupos. Son límites que en su conjunto sirvieron para iniciar la acción penal, entendiendo que deben colocarse en estos grupos, aquellos que se relacionan con la exteriorización de la voluntad indispensable para la actuación del derecho penal objetivo, que le dieron base y razón al hecho penal han tornado su legitimo desenvolvimiento. A continuación se presentan los grupos de límites o pautas que debe tener en cuenta el sentenciador, en interpretación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

CUADRO 7

GRUPOS DE LÍMITES O PAUTAS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL SENTENCIADOR EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE[1]

Objetivo general	**Objetivos particulares**
Acción física: Observar la representación del elemento objetivo del delito, su exteriorización perceptible, que implica el estudio de la integralidad de la acción delictiva, desde que se inicia hasta que se consuma el hecho, con la producción del efecto	1) Comprobación del acto delictivo 2) La existencia del daño causado
Participación criminal y autoría: Determinar quién o quiénes son los sujetos activos del delito, que servirá para aplicar la pena o sanción a la persona física que puede presentar los atributos de inteligencia y voluntad que presuponen las finalidades de retribución y prevención de la pena misma	1) La comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo 2) El grado de responsabilidad del adolescente
De la capacidad del infractor: Observar las circunstancias relativas al adolescente infractor, en cuanto a su disposición frente al hecho y su nivel etario, así como las posibilidades de que pueda cumplir la medida	1) Edad del adolescente 2) Capacidad para cumplir la medida 3) Los esfuerzos del adolescente para reparar el daño
Criterio técnico: Realizar un examen clínico y psicosocial al joven infractor que pueda indicarle los elementos criminógenos y quizás la existencia de patologías psiquiátricas que puedan haber influido en la perpetración del hecho punible	

bilidad Penal del Adolescente, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura, Caracas agosto de 2000, pp. 4-6, (mimeo).

Criterio de proporcionalidad: Considerar la naturaleza y gravedad de los daños y la racionalidad e idoneidad de la medida	Aplicar la medida socioeducativa: 1) Amonestación 2) Imposición de reglas de conducta 3) Servicios a la comunidad 4) Libertad asistida 5) Semilibertad 6) Privación de libertad
1	Cuadro elaborado con base en el texto de la ponencia señalada infra.
Fuente:	FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica. La ejecución de la LOPNA: sanciones privativas y no privativas de la libertad. Entidades y programas. Roles de la sociedad civil, ponencia presentada en el Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente. República Bolivariana de Venezuela. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura. (mimeo). Págs. 4-6.

De acuerdo con el principio de legalidad penal, el Artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece, que comprobada la participación del adolescente en el hecho punible y declarada su responsabilidad, el tribunal lo sancionará aplicándole medidas socio-educativas, graduadas en una escala de medida, ordenadas de menor gravedad a mayor gravedad, así: amonestación, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida, semilibertad y privación de libertad.

María Rosario Ornosa Fernández[51], comentando la disposición similar correspondiente a la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España, señala que las "medidas no están determinadas para un delito o una falta concretos, tal como sucede en el Código Penal, y esa indeterminación es producto de la necesidad de que su adopción se realice en función de las características individuales de cada menor. La consecuencia de ello es que existe una discrecionalidad a la hora de su elección si bien está condicionada por los principios de proporcionalidad y acusatorio" y las limitaciones de la ley. Sobre el particular, María G. Morais de Guerrero[52] dice que "la aplicación de las sanciones está cercada de muchas garantías... -y aunque- la autoridad jurisdiccional conserva poderes discrecionales, porque le corresponde individualizar la sanción, pero lo hará siguiendo los parámetros objetivos que la ley le impone" en el Artículo 622 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Aunque la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente no lo hace, las medidas socioeducativas pueden clasificarse tomando como base diversos criterios. En este sentido, *infra* se presentan las medidas socioeducativas del nuevo paradigma, contenidas en la LOPNA, clasificadas en cuatro (4) categorías jurídicas. Asimismo, un cuadro contentivo de las medidas reeducativas, contempladas en el viejo paradigma, en la Ley Tutelar de Menores.

---

51. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, p. 181.

52. MORAIS DE GUERRERO, María G., en el trabajo intitulado, "Adolescentes en conflicto con la ley penal. Responsabilidad, sanciones y ejecución en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente", recopilado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, p. 346.

CUADRO 8

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE[1]

Categoría jurídica	**Medida socioeducativa**	**Artículo[2]**
Admonitorias	Amonestación	623
Restrictivas de derechos	Imposición de reglas de conducta	624
	Servicios a la comunidad	625
Restrictivas de la libertad	Libertad asistida	626
	Semilibertad	627
Privativas de la libertad	Privación de libertad	628

1 Cuadro elaborado con base en las medidas socioeducativas contenidas en la LOPNA.

2 Corresponde al artículo que define la medida socioeducativa en la LOPNA.

Fuente: Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

CUADRO 9

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS REEDUCATIVAS DE LA LEY TUTELAR DE MENORES[1]

Categoría jurídica	**Medida reeducativa**	**Artículo[2]**
Restrictivas de derechos	*Colocar al menor bajo el cuidado de sus padres, tutores, guardadores o parientes responsables*	*107*[a]
	Colocación familiar	111
Restrictivas de la libertad	Libertad vigilada	108
	Asistencia en instituciones de reeducación[3]	118
	Asistencia en instituciones curativas[4]	122
Privativas de la libertad	Asistencia en instituciones de reeducación[5]	118
	Asistencia en instituciones curativas[5]	122

1 Cuadro elaborado con base en las medidas reeducativas contenidas en la LTM.

2 Corresponde al artículo que define la medida reeducativa en la LTM.

3 Cuando la medida reeducativa se cumplía en régimen abierto o semi-cerrado.

4 Cuando la medida reeducativa se cumplía en régimen abierto.

5 Cuando la medida reeducativa se cumplía en régimen cerrado. No obstante, algunos investigadores sostienen que en la práctica predominaba el régimen cerrado sobre el régimen abierto.

a No aparece definida en la LTM.

Fuente: Ley Tutelar de Menores

A continuación se presentan algunas particularidades de las medidas socioeducativas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, teniendo en cuenta que se trata de medidas socioeducativas de carácter penal y no social y, son *intuito personae*. Asimismo, que la LOPNA no debe ser aplicada para reprimir, sino que su fin es educativo y socializador:

1. Amonestación

La amonestación es la más leve y económica de las medidas que contempla el catálogo de sanciones y está definida en el Artículo 623 *ejusdem*, como la severa recriminación verbal al adolescente, que será reducida a declaración y firmada. Asimismo, la amonestación debe ser clara y directa, de manera que el adolescente comprenda la ilicitud de los hechos cometidos. La doctrina acepta pacíficamente, que para que esta medida tenga sentido educativo, se debe aplicar de la forma más inmediata posible a la realización de la infracción. Para Mónica Fernández Sánchez[53] la amonestación ciertamente es una reprimenda en vía judicial, se trata de "reprochar al sancionado su conducta infractora, oralmente y en público, brevemente, sin humillarlo, ni hiriendo su dignidad y exhortándolo a no reincidir, debe además sugerírsele los medios racionales para que prevenga nuevas conductas infractoras".

En otras legislaciones, la amonestación o represión judicial, habitualmente se pronuncia oralmente y es concebida como una pena en Suiza, como una medida correctiva en Alemania y como una medida educativa en la mayoría de los países[54].

En Alemania existen tres (3) tipos de amonestaciones, a saber:

1) Exhortación (*Ermahning*), es una advertencia amistosa sobre la manera de comportarse el menor infractor y con la condición de realizar algún trabajo o cumplir algún deber;

2) Advertencia (*Verwarnung*), es una advertencia firme y enérgica al joven infractor sobre su responsabilidad, combinada con la obligación de presentar excusas, restituir o donar cierta cantidad de dinero para fines benéficos; y,

3) Prescripción (*Weisung*), es una advertencia con la obligación de realizar algún acto relacionado con el hecho punible. Por ejemplo, si el menor ha robado productos del campo, se le obliga a trabajar para el agricultor perjudicado durante un determinado número de horas.

2. Imposición de reglas de conducta

De acuerdo con el Artículo 624 *ejusdem*, la imposición de reglas de conducta consiste en la determinación de obligaciones o prohibiciones impuestas por el juez para regular el modo de vida del adolescente, así como para promover y asegurar su formación. Las órdenes o prohibiciones tendrán una duración máxima de dos (2) años y el cumplimiento deberá iniciarse, a más tardar, un mes después de impuestas.

---

53. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica, *op. cit.*, p. 5.

54. SABATER TOMÁS, Antonio, *Los delincuentes jóvenes. Estudio sociológico y penal*, Editorial Hispano Europea, Barcelona 1967, p. 312.

Para María G. Morais[55], la imposición de reglas de conducta "debe aplicarse a los adolescentes que necesitan, principalmente, de control, de disciplina. El sancionado no será sustraído de la supervisión de sus padres, pues se supone que tiene su vida familiar organizada de tal modo, que ella constituye el apoyo idóneo para su desarrollo. El tribunal sólo impone las obligaciones de hacer o no hacer, y durante la ejecución, simplemente se constatará que el adolescente está cumpliendo con la medida".

Las reglas de conductas las impone el juez, de acuerdo con las exigencias particulares de cada caso, pudiendo imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión[56]: instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él; abandonar el trato con personas que han ejercido o puedan ejercer malsanas influencias; obligación de buscar empleo; matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados; abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; y, ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

3. Servicios a la comunidad

Los servicios a la comunidad consisten en tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda de seis (6) meses, durante una jornada máxima de ocho (8) horas semanales, preferentemente los días sábados, domingos y feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o jornada de trabajo. Las tareas en referencia deberán ser asignadas, según las aptitudes del adolescente, en servicios asistenciales o en programas comunitarios públicos que no impliquen riesgo o peligro para el adolescente, ni menoscabo para su dignidad (Artículo 625 *ejusdem*).

María Rosario Ornosa Fernández[57] señala que la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se acuerdan respecto de adolescentes "que no necesitan un control prolongado en el tiempo, pero que deben percibir una respuesta social a la infracción cometida. De ahí que sea conveniente que las prestaciones, en la medida de lo posible, estén relacionadas con el bien jurídico lesionado por el joven al cometer el hecho".

La amonestación, la imposición de reglas de conducta y la prestación de servicios a la comunidad, se aplican a infracciones leves.

4. Libertad asistida

La libertad asistida consiste en otorgar la libertad al adolescente, obligándose éste a someterse a la supervisión, asistencia y orientación de una persona capacitada, designada para hacer el seguimiento del caso. La duración máxima de esta medida será de dos

---

55. MORAIS, María G., en el trabajo intitulado "La ejecución de las medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente", recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, pp. 369-370.

56. *Cf.*, Órdenes de orientación y supervisión contenidas en el literal b) del Artículo 121 de la *Ley de Justicia Penal Juvenil de la República de Costa Rica*, Investigaciones Jurídicas, S.A., p. 36.

57. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, p. 188.

(2) años (Artículo 626 *ejusdem*). Los centros especializados, públicos o privados donde se cumple la medida socioeducativa *in comento*, carecen de muros, rejas, barrotes y demás instrumentos físicos contra la evasión, por cuanto se trata de un régimen basado en la disciplina y la responsabilidad del adolescente.

La libertad asistida ha tropezado con tres (3) obstáculos en otros países[58], a saber:

1) La mentalidad compasivo-represiva de algunos jueces, propio del paradigma tutelar, que no están convencidos de la efectividad y beneficios de la medida y que se resisten a la aplicación de la misma, a pesar de estar establecida en la Ley;

2) La resistencia de la sociedad, que no acepta en términos generales su implantación, porque considera que supone para ella un riesgo y porque el menor infractor está prácticamente absuelto; y,

3) La escasez de personal capacitado, por cuanto no se trata de una mera supervisión, asistencia y orientación para apartar al menor de las malas compañías o impedir que cometa otro hecho punible, por el contrario, se trata de una supervisión, asistencia y orientación constructiva, encaminada a prestar apoyo activo, aconsejar, a colaborar en la búsqueda de empleo, a remitir al menor a los organismos pertinentes en caso de dificultad, a prestar ayuda económica, mediante los fondos que maneja el personal supervisor o a promover su educación, proporcionándole al joven la oportunidad de aumentar su cultura general o procurando que se les de una formación profesional.

Las cualidades del personal de supervisión, asistencia y orientación encargado de llevar adelante la medida de libertad asistida, deben: tener un (1) título de una escuela de asistencia social reconocida; ser personas de madurez emocional, integridad, habilidad para establecer relaciones, personas afectivas, con una firme creencia en la dignidad y el valor del individuo y en la capacidad de la gente para modificarse; tener un interés auténtico por ayudar al prójimo, profundidad intelectual y madurez de juicio, amplia experiencia y preocupación continua por perfeccionarse profesional-mente.

En Japón, Francia, los Países Bajos, Alemania y Suecia, se ha conseguido interesar a la sociedad en las bondades de esta medida, logrando reclutar personal voluntario, que trabaja bajo la dirección del personal capacitado.

5. Semilibertad

Se trata de una medida socioeducativa intermedia entre la libertad asistida y la privación de libertad. La semilibertad consiste en la incorporación obligatoria del adolescente en un centro especializado, durante el tiempo libre de que disponga en el transcurso de la semana. Se considera tiempo libre, aquel durante el cual el adolescente no deba asistir a un centro educativo o cumplir con un horario de trabajo. La duración de esta medida no podrá exceder de un (1) año (Artículo 627 *ejusdem*).

La experiencia de los regímenes abiertos indica que se trata de instituciones con ausencia absoluta de dispositivos materiales o físicos contra la evasión, donde se han sustituido los muros, las rejas, los guardas y demás dispositivos de seguridad, porque el tratamiento penitenciario está basado en la confianza. La autoridad escribe las bases mínimas de convivencia y disciplina, que son complementadas con la auto responsabi-

58. *Cf.*, SABATER TOMÁS, Antonio, *op. cit.*, pp. 319-321.

lidad de cada adolescente, de manera de asegurar el orden, la convivencia e interrelación durante el internamiento.

El régimen de semilibertad favorece la salud física y mental, mejora la disciplina y facilita las relaciones del joven con su familia y el mundo exterior. Asimismo, facilitan el poder encontrar trabajo, en caso de no tenerlo.

Se dice que el inconveniente que presenta el régimen de semilibertad es que las relaciones de los adolescentes sancionados entre sí y con el mundo exterior, pueden disminuir la función intimidatoria de la sanción y facilita las evasiones.

La institución del régimen abierto es una de las creaciones más atrevidas e interesantes de la penología moderna. La semilibertad marca una etapa importante en la evolución de los regímenes penitenciarios y una aplicación afortunada del principio de individualización de la pena, para conseguir la readaptación social.

Para la aplicación de las medidas analizadas *supra*, la sociedad está llamada a jugar un rol preponderante.

6. Privación de libertad

La privación de libertad es la más grave y costosa de las medidas contenidas en el catálogo de sanciones a ser aplicadas a los adolescentes de acuerdo con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y consiste en la internación del adolescente en establecimiento público, del cual sólo podrá salir por orden judicial (Artículo 628 *ejusdem*). La privación de libertad es una medida excepcional, de última instancia, cuando se han agotado otras medidas socioeducativas o el hecho punible no admite otra solución. La doctrina pacíficamente acepta, que la privación de libertad puede causar males mayores en la personalidad del adolescente.

Elías Neuman[59] señala que da la impresión que en las instituciones de internamiento utilizadas para los adolescentes que cumplen medidas socioeducativas privativas de libertad, "se procura amaestrar al menor [adolescente] transgresor. Amaestrarlo y luego quebrarlo en su identidad, en el mínimo de autoestima que aún le queda"...-exacerbando-*su victimización institucionalizada y su resentimiento social*.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, "la privación de libertad se admite como sanción únicamente cuando el adolescente haya resultado culpable de uno o varios de los hechos punibles taxativamente dispuestos, que son por regla general, los de mayor significación social por sus resultados, por la violencia que le es intrínseca o por la generalización del fenómeno y su vinculación con el crimen organizado; o cuando fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción, se prevea en la legislación ordinaria pena privativa de libertad, que en su límite máximo sea igual o mayor de cinco años; o cuando incumpliere injustificadamente otra sanción que le haya sido impuesta, caso en el cual se considera su internamiento como un presupuesto necesario para un programa socioeducativo eficaz".

En tal sentido, en el Parágrafo Segundo del Artículo 628 *ejusdem* se señala*:*

---

59. NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 99.

Articulo 628: Privación de Libertad.

...

Parágrafo Segundo: La privación de libertad sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente:

a) cometiere alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; tráfico de drogas, en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores;

b) fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción prevea pena privativa de libertad, que en su límite máximo, sea igual o mayor de cinco años;

c) incumpliere, injustificadamente, otras sanciones que le hayan sido impuestas. En este caso, la privación de libertad tendrá una duración máxima de seis meses.

Es importante destacar, que a los efectos de las hipótesis señaladas en los literales a) y b), no se tomarán en cuenta las formas inacabadas o las participaciones accesorias, previstas en el Código Penal.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente regula con precisión el lapso mínimo y máximo que puede durar la privación de libertad, según la edad del adolescente, los distintos supuestos de procedencia de esta sanción y se agrega que en ningún caso, podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente. Esto, sumado al lapso máximo por el que puede privarse de su libertad a un adolescente mayor de catorce (14) años es de cinco (5) años y de dos (2) en caso de que tengan menos edad, da cuenta del absoluto respeto a la concepción de que se trata de una responsabilidad penal especialmente atenuada y que la privación de libertad como medida sancionatoria tradicional, sólo es procedente en casos muy graves y como sustrato para la aplicación de un programa acorde con el objetivo pedagógico de la sanción.

A tal efecto, el Parágrafo Primero del Artículo 628 *ejusdem* señala que la privación de libertad es una medida sujeta a los principios de excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo. En caso de adolescente que tenga catorce (14) años o más, su duración no podrá ser menor de un (1) año ni mayor de cinco (5) años. En caso de adolescentes de menos de catorce (14) años, su duración no podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años. En ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la ley penal para el hecho punible correspondiente.

En la aplicación de la medida socioeducativa de privación de libertad debe tenerse en cuenta el principio de resocialización, muy bien expresado en la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores de España, que textualmente dice así:

Artículo 55. Principio de resocialización.

1. Toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad.

2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográficas y culturalmente.

3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.

Para María Rosario Ornosa Fernández[60], la resocialización "tiene como objeto evidente, la mejora de la relación individuo-sociedad y constituye un principio básico en la ejecución de las penas de cara a su humanización, por cuanto pretende que la privación de libertad se adapte, en la medida de lo posible, a las condiciones de la vida en sociedad para, de alguna forma, paliar los efectos nocivos de la privación de la libertad".

Ahora bien, Osvaldo H. Varela, Héctor R. Álvarez y Alfredo J. Sarmiento[61] sostienen que *una persona* es *socializada*, "cuando se halla en condiciones de participar en acciones concertadas sobre la base de normas convencionales".

Finalmente, debe acotarse que de acuerdo con el Artículo 550 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, para la aplicación de las medidas socioeducativas *in comento*, cuando se trate de adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas, se debe observar, además de las reglas de esta Ley, sus usos y costumbres y se oirá a las autoridades propias, siempre que sea posible su comparecencia. Sobre el particular, pero referido a la Ley Penal del Ambiente, Alexander Luzardo Navas[62], señala:

> …es el reconocimiento de un modo de vida y una cultura ancestral que debe ser respetada en sus valores, siempre y cuando los hechos señalados sucediesen en los lugares donde siempre han morado y de acuerdo a su modelo de subsistencia y de ocupación del espacio.

Por su parte, Gladys Yrureta L.[63], de modo similar, señala que es:

> ... necesario tener claro que *ante algunas circunstancias* el indígena *no civilizado* actúa sin comprender la ilicitud del hecho, debido a que su entendimiento y voluntad obedecen a un mundo empírico perspectivo distinto al nuestro. Pero esto no quiere decir que se encuentra mentalmente incapacitado. (cursivas de la autora).

IX. RESUMEN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Infra se resume el Catálogo de Sanciones del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como parte de la doctrina de la protección integral, que sustituye el binomio compasión-represión por el binomio severidad-justicia. El catalogo *in comento* sigue un orden jerárquico, ordenado en forma gradual, de menor gravedad a mayor gravedad.

---

60. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, p. 419.

61. VARELA, Osvaldo H.; ÁLVAREZ, Héctor R.; y, SARMIENTO, Alfredo J., *op. cit.*, p. 83.

62. *Cf.*, ARTEAGA, Alberto; LUZARDO, Alexander; MAYAUDÓN, Julio E.; BROWN, Sergio; y. BELISARIO, Francisco, *Ley Penal del Ambiente*. Exposición de motivos y comentarios, con estudios preliminares del equipo interdisciplinario de la Comisión del Ambiente del Senado que elaboró el texto final, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1996, p. 23.

63. YRURETA L., Gladys, en el trabajo intitulado "Responsabilidad penal del indígena". Estudio especial dentro de los proyectos de Código Penal venezolano, recopilado en el libro *Ciencias del delito. Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1980, p. 648.

CUADRO 10

RESUMEN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
CONTENIDAS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN
DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE[1]

Código	**Medida Socioeducativa**	**Artículo[2]**
7.1	Amonestación	623
7.2	Imposición de reglas de conducta	624
7.3	Servicios a la comunidad	625
7.4	Libertad asistida	626
7.5	Semilibertad	627
7.6	Privación de libertad	628
1	Cuadro elaborado con base en las medidas socioeducativas contenidas en la LOPNA.	
2	Corresponde al artículo que define la medida socio-educativa en la LOPNA.	
Fuente:	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.	

X. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Impuesta la sanción y estando firme la decisión, seguidamente se pasa al Juez de Ejecución, para que se proceda a ejecutar la medida socio-educativa impuesta, todo de conformidad con la garantía de ejecución[64] del principio de legalidad, que exige que el cumplimiento de la pena se verifique del modo exactamente previsto en la ley. Por ello, en el *in fine* del Articulo 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se establece que las "medidas se deben cumplir conforme las reglas establecidas en esta Ley". Ahora bien, la ejecución de la medida socioeducativa no debe ser entendida como la venganza de la sociedad contra el adolescente infractor. Por el contrario, Yury Emilio Buaiz Valera[65] dice, que la finalidad es lograr "que el joven asuma la responsabilidad por el hecho cometido, entienda el daño que con él ha ocasionado a la sociedad, comprenda que con su conducta ha violado los valores y derechos de otros, y lo más importante, que dimensione los valores educativos que tienen que ver con el hecho cometido".

Durante la ejecución de las medidas socioeducativas hay que tener siempre presente que el adolescente es un sujeto de derecho, que tiene deberes y derechos, deberes y derechos que no se les pueden vulnerar y es necesario la aplicación del principio del interés superior del niño en concordancia con el principio de resocialización, comentados *supra*.

Adelante se transcriben los derechos y deberes de los adolescentes sujetos a la aplicación de medidas socioeducativas, contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

64. *V., supra* la nota de pie de página n° 46.
65. BUAIZ VALERA, Yury Emilio, *op. cit.*, p. 329.

Artículo 630. Derechos en la ejecución de las medidas.

Durante la ejecución de las medidas, el adolescente tiene los siguientes derechos, sin perjuicio de los demás que le puedan favorecer:

a) ser mantenido, preferentemente, en su medio familiar si éste reúne las condiciones requeridas para su desarrollo;

b) a un trato digno y humanitario;

c) a recibir información sobre el programa en el cual esté inserto, sobre las etapas previstas para el cumplimiento de la medida; así como sobre sus derechos en relación a las personas o funcionarios que lo tuvieren bajo su responsabilidad;

d) a recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y necesidades, y a que aquellos sean proporcionados por personas con la formación profesional idónea;

e) a comunicarse reservadamente con su defensor, con el Fiscal del Ministerio Público y con el Juez de Ejecución;

f) a presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta y, especialmente, a promover incidencias ante el Juez de Ejecución;

g) a comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa del juez;

h) a que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le correspondan, y respecto de la situación y de los derechos del adolescente.

Artículo 631. Derechos del adolescente sometido a la medida de privación de libertad.

Además de los consagrados en el artículo anterior, el adolescente privado de libertad tiene los siguientes derechos:

a) permanecer internado en la localidad o en la más próxima al domicilio de sus padres, representantes o responsables;

b) que el lugar del internamiento satisfaga las exigencias de higiene, seguridad y salubridad, cuente con acceso a los servicios públicos esenciales y sea adecuado para lograr su formación integral;

c) ser examinado por un médico, inmediatamente después de su ingreso a la institución de internamiento, con el objeto de comprobar anteriores violaciones a su integridad personal y verificar cualquier estado físico o mental que requiera tratamiento;

d) que se le mantenga, en cualquier caso, separado de los adultos condenados por la legislación penal;

e) participar en la elaboración del plan individual de ejecución de la medida;

f) recibir información sobre el régimen interno de la institución, especialmente sobre las medidas disciplinarias que puedan serle aplicadas y sobre los procedimientos para imponerlas y ejecutarlas;

g) impugnar las medidas disciplinarias adoptadas, en el caso concreto, por las autoridades de la institución;

h) no ser trasladado arbitrariamente de la institución donde cumple la medida. El traslado sólo podrá realizarse por una orden escrita del juez;

i) no ser, en ningún caso, incomunicado ni sometido a castigos corporales;

j) no ser sometido a régimen de aislamiento, salvo cuando sea estrictamente necesario para evitar actos de violencia contra si mismo o contra terceros;

k) ser informado sobre los modos de comunicación con el mundo exterior; mantener correspondencia con sus familiares y amigos y a recibir visitas, por lo menos semanalmente;

l) tener acceso a la información de los medios de comunicación;

m) mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de local seguro para guardarlos, recibiendo comprobante de aquellos que hayan sido depositados en poder de la institución;

n) realizar trabajos remunerados que complementen la educación que le sea impartida;

o) realizar actividades recreativas y recibir asistencia religiosa, si así lo desea.

Artículo 632. Deberes del adolescente sometido a medida de privación de libertad.

El adolescente privado de libertad tiene el deber de conocer y acatar el reglamento de la institución y de seguir lo establecido en su plan individual de ejecución.

Las medidas socioeducativas de imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad y libertad asistida se cumplirán en régimen no institucional, por cuanto se cumplen en medio libre, con supervisión y orientación idónea; la semilibertad tiene un cumplimiento mixto, una parte se cumple en la institución y la otra, en medio libre; y, la privativa de libertad se cumple bajo régimen institucional de internamiento.

CUADRO 11

FORMAS DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS CONTENIDAS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE[1]

Código	Medida socioeducativa	Forma de Ejecución
7.1	Amonestación	Es de ejecución instantánea
7.2	Imposición de reglas de conducta	Ameritan seguimiento especializado y se cumplirá mediante la inclusión del adolescente en programas socio-educativos, públicos o privados, registrados ante el respectivo Consejo Municipal de Derechos
7.3	Servicios a la comunidad	
7.4	Libertad asistida	
7.5	Semilibertad	Se cumplirá, preferentemente, en centros especializados, públicos o privados, diferentes a las instituciones destinadas al cumplimiento de la medida privativa de libertad. De no disponerse de centros especializados, la medida se ejecutará en las instituciones de internamiento, pero siempre en lugar separado de los destinados a los adolescentes sancionados con privación de libertad.
7.6	Privación de Libertad	Se ejecutará en instituciones de internamiento exclusiva para adolescentes, distintas de las destinadas al cumplimiento de medidas de protección y diferenciadas según el sexo.
1	Cuadro elaborado con base en el texto de la LOPNA.	
Fuente:	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.	

El Juez de Ejecución es el encargado de controlar el cumplimiento de la medida socioeducativa impuesta al adolescente y cumplida como haya sido la medida impuesta u operada la prescripción, el Juez de Ejecución ordenará la cesación de la misma y en su caso, la libertad plena del adolescente. Con lo que se pone punto final al proceso.

XI. PROCEDIMIENTO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE

Para finalizar la presente investigación, es conveniente señalar que el procedimiento contenido en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es de tipo garantista, propio del procedimiento acusatorio adoptado por los Estados democráticos modernos. En este sentido, Miguel Ángel Sandoval[66] señala que por ello "algún sector de la doctrina haya planteado la existencia germinal de un derecho procesal mínimo del adolescente; mínimo, porque interviene con un criterio no sancionador, sino educativo, porque tal intervención reserva la privación de libertad como sanción en los casos más graves, y porque busca la disminución de la violencia institucional de perversos resultados ahora y siempre".

El procedimiento en comento está desarrollado en el *Capítulo II. Procedimiento* del *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la LOPNA, se divide en fase preparatoria o de investigación, fase intermedia y fase de juicio oral y, tiene las siguientes especificidades:

1. Fase preparatoria o de investigación

De acuerdo con el Artículo 551 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la investigación tiene por objeto confirmar o descartar la sospecha fundada de la existencia de un hecho punible y determinar, en el primer caso, si un adolescente concurrió en su perpetración. Ahora bien, ¿cuándo comienza la fase preparatoria o de investigación? La fase de investigación "se inicia a partir del momento en que los órganos competentes obtienen conocimiento de la comisión de un hecho punible determinado"[67] en que pueda estar involucrado un adolescente.

La investigación la dirigirá el Fiscal del Ministerio Público especializado, en los casos de hechos punibles de acción pública y será auxiliado por los cuerpos policiales, en forma coetánea se notificará al juez de control (Artículo 552 *ejusdem*). Asimismo, el Ministerio Público debe investigar y hacer constar tanto los hechos como las circunstancias útiles para el ejercicio de la acción, como los que obren a favor del adolescente sospechoso (Artículo 553 *ejusdem*).

La investigación comprende las diligencias necesarias para la incorporación de los medios de prueba conducentes sin menoscabo de los derechos fundamentales (Artículo 554 *ejusdem*).

Por su parte, a los jueces de control les compete autorizar y realizar los anticipos de prueba y acordar medidas de coerción personal; resolver incidentes, excepciones y peticiones de las partes durante esta fase; y, disponer las medidas necesarias para que, en la obtención e incorporación de la prueba, se respeten los principios del ordenamiento jurídico (Artículo 555 *ejusdem*).

---

66. SANDOVAL, Miguel Ángel, en el trabajo intitulado, "Sistema penal de responsabilidad del adolescente", recopilado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,* p. 364.

67. *Cf.,* VON BÜREN, Paúl, *op. cit.*, p. 3.

¿Cómo finaliza la investigación? Pues bien, de acuerdo con la LOPNA:

Artículo 561. Fin de la investigación.

Finalizada la investigación, el Fiscal del Ministerio Público deberá:

a) ejercer la acción penal pública, presentando acusación, si estima que la investigación proporciona fundamentos suficientes;

b) solicitar la suspensión del proceso a prueba, cuando se haya logrado un preacuerdo conciliatorio entre las partes;

c) solicitar la remisión en los casos que proceda;

d) solicitar el sobreseimiento definitivo si resulta evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción;

e) solicitar el sobreseimiento provisional cuando resulte insuficiente lo actuado y no exista posibilidad inmediata de incorporar nuevos elementos que permitan el ejercicio de la acción.

2. Fase intermedia

Si al Ministerio Público no le fuere posible aplicar alguna de las soluciones señaladas *supra* en los literales b), c), d) y e) del Artículo 561 de la LOPNA y si estima que la investigación proporciona fundamentos suficientes, necesariamente tendrá que presentar acusación por ante el juez de control, quien deberá decidir sobre si ordena o no el enjuiciamiento del adolescente.

De acuerdo con Paúl Von Büren[68] la función primordial de la acusación es la "de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia como acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se formuló pliego de cargos. Asimismo, esta fase sirve para que las partes conozcan entre sí cuál es la posición concreta que cada una de ellas asumirá en relación con la causa, con el fin de contradecir los argumentos, rebatir y contra-argumentar las posiciones o bien, aclarar, ampliar o apoyar las gestiones cuando coincidan en sus pretensiones".

Al terminar la Audiencia Preliminar y bajo la hipótesis que el juez de control admite la acusación (total o parcial), debe dictar el auto de enjuiciamiento correspondiente, apegado a lo establecido por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el

Artículo 579. Auto de enjuiciamiento.

La decisión por la cual el juez de control admite la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena el enjuiciamiento del imputado, contendrá:

a) la admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de los acusados;

b) las modificaciones introducidas al admitir la acusación, con la indicación detallada de las circunstancias de hecho extraídas o agregadas;

c) cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente, determinará con precisión los hechos por los que enjuicia al imputado y la resolución de lo que corresponda respecto de los otros hechos;

d) las modificaciones en la calificación jurídica del hecho punible, cuando se aparte de la acusación;

e) la identificación de las partes;

f) las pruebas admitidas y el fundamento de las no admitidas;

---

68. VON BÜREN, Paúl, *op. cit.*, p. 4.

g) la procedencia o rechazo de las medidas cautelares o su sustitución, disponiendo, en su caso, la libertad del imputado;

h) la intimación a todas las partes, para que, en el plazo común de cinco días, contados a partir de la remisión de las actuaciones, concurran ante el tribunal de juicio;

i) la orden de remitir las actuaciones al tribunal del juicio.

Este auto se notificará por su lectura.

Admitida la acusación por parte del juez de control, se remitirá al tribunal del juicio las actuaciones, la documentación y los objetos incautados, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes (Artículo 580 *ejusdem*).

3. Fase de juicio oral

En el juicio oral se busca comprobar la certeza de la acusación, mediante la evacuación de los medios probatorios propuestos por las partes para esta fase. No obstante, el juez de juicio, mediante la figura de la ampliación de la acusación por el Fiscal del Ministerio Público o el querellante, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de enjuiciamiento, que modifique la calificación jurídica o la pena del mismo hecho objeto del debate (artículo 596 *ejusdem*).

Habiéndose guardado todas las formalidades, derechos y garantías, se procederá a la absolución o a la condena y finalmente, al levantamiento del acta de debate.

De acuerdo con la LOPNA, los requisitos de la sentencia son:

Artículo 604. Requisitos de la sentencia.

La sentencia contendrá:

a) mención de tribunal y la fecha en que se dicta; nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal;

b) enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio;

c) determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado;

d) exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;

e) parte dispositiva, con mención de las disposiciones legales aplicadas;

f) firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

El catálogo de medidas socioeducativas aplicable a los adolescentes y las formas de ejecución de las mismas, detallados *supra*, tiene una finalidad primordialmente educativa y se complementarán, según el caso, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Los principios orientadores de dichas medidas son el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social (Artículo 621 *ejusdem*). La finalidad educativa de las medidas genera una apertura, para que haya esa interacción entre el sujeto que debe cumplir la sanción y los entes y familiares que trabajen en el proceso.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente contempla un régimen de impugnaciones, que se interponen, tramitan, resuelven y proceden por los motivos señalados en el Código Orgánico Procesal, con los efectos establecidos en el mismo.

XII. CONCLUSIÓN

Actualmente, el mundo registra cambios importantes en el tratamiento de los derechos humanos y la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación, por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral, paradigma dentro del cual se inscribe la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que entró en vigencia a partir del 01 de abril de 2000.

Compartimos el criterio de Emilio García Méndez[69], al sostener que la doctrina de la protección integral propone "un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles... Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica... Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentran en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión... Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia... Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión -debidamente comprobada- de delitos o contravenciones... Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos... Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos de derecho contenidos en la Convención Internacional... Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional... según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad".

Tomando en cuenta el desconocimiento del *derecho para la protección del niño y del adolescente* en el Tercer y Cuarto Nivel, con las excepciones *supra* anotadas y con la esperanza de contribuir a la difusión, desarrollo y aplicación del nuevo derecho penal juvenil, se presenta y propone al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, la siguiente conclusión y recomendaciones:

La muerte del paradigma tutelar y el nacimiento del paradigma de la protección integral, forzosamente hacen concluir, que el modelo de la protección integral debe ser considerado como un paradigma transitorio, que debe ser revisado continuamente, para dar paso a nuevos modelos globales, que hagan ciudadanos plenos a los niños y a los adolescentes, incluso antes del nacimiento. Los modelos emergentes deben ser producto de la interacción de todos los componentes de la población, sin discriminación de ningún estamento social, teniendo como génesis nuestras especificidades, adoptados en forma soberana por la sociedad venezolana, tomando en cuenta las experiencias de otros países, pero sin imposiciones foráneas. Finalmente, es necesario resaltar que la participación de los niños y los adolescentes en la construcción de los nuevos paradigmas debe tener carácter protagónico y no jugar el papel de simples espectadores, como ha ocurrido hasta la fecha.

---

69. *V. supra* pie de página n° 10.

RECOMENDACIONES

Primero: La reforma del *Pensum* de Estudios de la Escuela de Derecho, de manera de incluir en el mismo, la asignatura Derecho Penal Juvenil, como un derecho penal especial, de carácter obligatorio, que incluya entre otras, el estudio de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el derecho comparado. Además, se debe proceder a integrar el *pensum* del tercer nivel con los estudios de cuarto nivel, de manera de evitar repeticiones innecesarias. Transitoriamente, se pudiera iniciar las actividades de la Cátedra, con la preparación y dictado de un Seminario sobre Derecho Penal Juvenil, con la tutoría de la plantilla académico-docente del Curso de Especialización en Derecho del Niño y del Adolescente y, el Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas, de manera de ir tomando y procesando experiencias;

Segundo: La designación de un grupo de trabajo de carácter permanente, para que se encargue de recopilar, actualizar y sistematizar toda la información disponible sobre el Derecho Penal Juvenil, con el fin de proporcionar información para la toma de decisiones oportunas en todos los Poderes Públicos del Estado y mantener informados a todos los componentes de la sociedad venezolana. Este objetivo pudiera alcanzarse por intermedio del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela;

Tercero: La constitución de una comisión de carácter permanente, para que se encargue del seguimiento y profundización del Derecho Penal Juvenil en Venezuela y el análisis comparado con la legislación del resto del mundo;

Cuarto: El nombramiento de un comité de publicaciones de carácter permanente, para que seleccione, resuma (según sea el caso), mantenga al día y publique la información relacionada con el Derecho Penal Juvenil, que se considere de interés para el Estado, la sociedad, la familia, los niños, los adolescentes, los investigadores, los estudiantes y el resto de la sociedad venezolana;

Quinto: Que por intermedio del órgano competente, se dirija a las demás Facultades de Ciencias Jurídicas del país, les haga conocer las propuestas preinsertas y las exhorte a unir esfuerzos, para la concreción de las mismas a nivel nacional; y,

Sexto: Que por intermedio del órgano competente, se dirija a los diferentes Poderes Públicos del Estado, el Fondo de las Naciones Unidas para la Protección de la Infancia y demás organismos internacionales que tengan que ver con los niños y los adolescentes, para invitarlos a coordinar esfuerzos destinados al logro de las propuestas anotadas.

BIBLIOGRAFÍA

ARMIJO, Gilbert, *Enfoque procesal de la ley penal juvenil,* San José, Costa Rica 1997.

ARTEAGA, Alberto; LUZARDO, Alexander; MAYAUDÓN, Julio Enrique; BROWN, Sergio; y, BELISARIO, Francisco. *Ley penal del ambiente*. Exposición de motivos y comentarios, con estudios preliminares del equipo interdisciplinario de la Comisión del Ambiente del Senado que elaboró el texto final. Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela 1996.

CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia,* Editorial AD-HOC, S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1967.

CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal (Coordinador), *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Primera reimpresión, Vadell Hermanos Editores, C.A. Valencia-Caracas, Venezuela 2000.

CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal (Coordinador), *Primer año de vigencia de la LOPNA*, Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, Venezuela 2001.

ESPERT S., Francisco, *Apertura y humanización institucional*, UNICEF, Bogotá, Colombia 1989.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica, "La ejecución de la LOPNA: sanciones privativas y no privativas de la libertad. Entidades y programas. Roles de la sociedad civil", ponencia presentada en el *Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente*, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Servicio Autónomo Escuela de Judicatura, (mimeo). Caracas, Venezuela agosto de 2000.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Segunda edición, Ibagué, Colombia 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores), *Infancia, ley y democracia en América latina*, Tomos I y II, Segunda edición, aumentada, corregida y actualizada, Editorial Temis-Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá, Colombia-Buenos Aires, Argentina 1999.

MARTÍNEZ RINCONES, J., ANDRADE, Raiza; y, MORALES, Nelson, *Justicia penal juvenil y derechos humanos: Venezuela*, Programa Ilanud, Comisión Europea, Editores Edmundo Aray, J. Martínez Rincones y Raiza Andrade, Mérida, Venezuela 1998.

MATEO DE FERRONI, Delia, *Régimen penal de menores*, Editorial Juris, Rosario, Argentina 1998.

MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *La protección y el tratamiento de los menores*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina 1960.

Ministerio de Justicia de la República de El Salvador y El Pnud, Prodere Edinfodoc con la colaboración de la Cooperación Italiana, Unicef e Ilanud, *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad. El proceso de adecuación de la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño. La experiencia de El Salvador*, Colección Desarrollo Humano, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, El Salvador 1995.

MORAIS DE GUERRERO, María G., (Coordinadora), *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela 2000.

MORAIS DE GUERRERO, María G., *La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal.* Incluye ejecución en la LOPNA, Segunda edición actualizada, Vadell Hermanos Editores, C.A., Valencia-Caracas, Venezuela 2001.

NARANJO DÍAZ, Luis Ángel. *Responsabilidad penal de adolescentes en Venezuela. Análisis exegético de la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Distribuidora Nabriel, Caracas, Venezuela 2001.

NEUMAN, Elíasm *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1994.

NIKKEN, Pedro, *Código de Derechos Humanos*, Colección Textos Legislativos N° 12, Editorial Jurídica Venezolana y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela 1991.

Oficina Central de Estadística e Informática, *El Censo 90 en Venezuela*, Caracas, Venezuela 1993.

Oficina Central de Estadística e Informática y Centro Latinoamericano de Demografía. *Venezuela: Estimaciones y proyecciones de población 1950-2035*. Caracas, Venezuela 1995.

ONU, Conferencia de La Haya, Derecho Internacional Humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de los Estados Americanos u Organización para la Unidad Africana, *Derechos del niño*, McGraw-Hill, Madrid, España 1998.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores*, Bosch, Barcelona, España 2001.

RAFFO, Héctor A., IGLESIAS, Ascensión M.; GAMAS, Rafael E.; y SÁNCHEZ, Rosa E., *Menores infractores y libertad asistida. Los cinco puntos*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina 2000.

República de Costa Rica, *Ley de justicia penal juvenil*, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica 1996.

SABATER TÓMAS, Antonio, *Los delincuentes jóvenes. Estudio sociológico y penal*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, España 1967.

STRUCHKOV, Nicolái, *La educación del penado: ley, teoría y práctica.* Editorial Progreso, Moscú, Rusia 1985.

Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. *Ciencias del delito. Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone*, Caracas, Venezuela 1980.

Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Tomo 2, Caracas, Venezuela 1998.

VARELA, Osvaldo H.; ÁLVAREZ; Héctor R.; y, SARMIENTO, Alfredo J., *Psicología forense. Consideraciones sobre temáticas centrales*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1997.

VOLPI, Mario, *O adolescente e o ato infracional*, Cortez Editora e Inesc., Sao Paulo, Brasil 1997.

VON BÜREN, Paúl, "El hecho objeto del proceso y la defensa: en la investigación, en el juicio, en la sentencia, en los recursos", ponencia presentada en el *Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente*, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicialm Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura, (mimeo), Caracas, Venezuela agosto de 2000.

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD

Jesús Ollarves Irazábal
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela, el derecho humano más violado es el derecho a la salud. Esto se comprueba con el seguimiento que he realizado a su problemática, así lo demuestra la totalidad de los estudios realizados por numerosos investigadores y por los mismos entes oficiales, los cuales coinciden en afirmar que la salud en Venezuela ha retrocedido a niveles de los años 50, época en que, a causa de la inexistencia de políticas sanitarias que atacaran efectivamente las enfermedades de carácter epidemiológico y que previnieran y controlaran su aparición, el estado de salud de la población evidenciaba un grave deterioro, lo cual incidía negativamente en la expectativa de vida de la población. Esto pareciera evidenciar que en nuestro país, el Estado nunca ha asumido la atención de la salud como le corresponde en su calidad de garante de este derecho. Frente a esta circunstancia es pertinente precisar si el Derecho a la Salud es un un verdadero derecho tal como lo consagra nuestra carta fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República o por el contrario una mera aspiración.

En este sentido, podemos decir que el sistema de salud venezolano ha sido motivo y tema de discusión en los últimos años especialmente con el proceso de reforma del sector. Son muchos los argumentos que existen en cuanto a las reales condiciones de la salud en Venezuela y las posibles causas de sus resultados, así como la verdadera evolución del gasto en el sector y su correspondencia con las condiciones de salud de la población. Sin embargo, es poco lo que formalmente se ha realizado con la finalidad de sustentar tales argumentos.

Ahora bien, cuando se trata de derechos económicos y sociales, verbigracia el Derecho a la Salud, parece que algunos sectores entienden que se trata de un derecho de quinta categoría, ya que su justiciabilidad no marcha al unísono con el deber del Estado de proteger y garantizar los contenidos míninos de este derecho.

Esta permanente indiferencia por parte del Estado, hace necesario preguntarnos sí tiene el Estado la obligación de *satisfacer* la realización de este derecho.

La protección de los derechos fundamentales del hombre es uno de los temas más importantes y de imperativo estudio del derecho contemporáneo, tanto en el derecho interno como en el internacional, en donde se han adoptado un conjunto de órganos, convenciones, normas de carácter consuetudinario y procedimientos inherentes a la protección de los aludidos derechos; esta evolución ha puesto al hombre frente al Derecho en una posición de vanguardia.

En el contexto de la salud se hace necesario confrontar al Estado frente a los compromisos que ha asumido con la población y con la comunidad internacional, ya que no basta con facilitar el acceso a este derecho, de igual forma se hace necesario vigilar la competencia judicial para velar por la integridad de la Constitución y los tratados inter-

nacionales suscritos y ratificados por la República en referencia a la justiciabilidad del derecho a la Salud la cual se ejerce a través de todos los jueces del país.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA SALUD

Uno de los aspectos que nos permite entender mejor la situación de la salud en Venezuela, se refiere al análisis de los índices de morbimortalidad de la población. La morbilidad entendida como el número proporcional de personas que enferman en una población y tiempo determinados, refleja que el venezolano se enferme mayormente por causas que son perfectamente prevenibles. Prevalecen las enfermedades infecciosas (diarreas, neumonías, sarampión, hepatitis, gastroenteritis, anemia y parasitósis), las cuales ocuparon el 60% de las consultas en los centros de salud. Aunado a ello, han hecho su aparición enfermedades caracterizadas por el contagio masivo como son el dengue, paludismo y muy probablemente el cólera, cuya peligrosidad reside en su alta capacidad de desencadenar brotes epidémicos.

En lo que se refiere a la mortalidad, si bien se considera que en términos globales ésta ha disminuido, ubicándose aproximadamente para el año 2001 en 5,3 muertes por cada mil habitantes a nivel nacional, la relación de muertes por causa de las enfermedades infecciosas, asociadas a las condiciones de vida de la población, sigue siendo considerable; además el descenso de los índices de mortalidad no es por sí mismo un indicativo de mejores condiciones de salud, pues en ello puede intervenir el crecimiento de la natalidad.

La población más afectada por muerte debido a enfermedades infectocontagiosas es la población infantil, sobre todo los menores de 4 años y la causa principal la constituye la diarrea y la gastroenteritis.

Pero el problema de la salud no se detiene aquí, abarca también la capacidad potencial que tienen los individuos de contraer enfermedades debido a las condiciones en que se encuentran.

Es por tanto necesario abordar aspectos como el problema alimentario, la dotación de servicios públicos, la atención médico-hospitalaria propiamente dicha y el acceso a los medicamentos.

1. Opinión pública sobre la salud

Como parte del análisis hemos incluido la opinión pública en el área de salud. En el siguiente cuadro se muestran los resultados obtenidos por la encuesta realizada en el año 2001 a una muestra de 2000 personas. La pregunta era la siguiente:

¿En su opinión, la Salud en Venezuela ha mejorado o ha empeorado?

Encuesta Salud	Total	B/C *	C *	D *	E *
Total encuestados	2.00	70	363	748	819
Empeorado Leveramente	54%	64%	63%	57%	47%
Empeorado Levemente	23%	21%	23%	22%	23%

Se ha mantenido igual	19%	9%	9%	13%	19%
Mejorado Levemente	6%	4%	4%	5%	7%
Mejorado sustancialmente	1%	1%	1%	1%	2%
No sabe	1%		1%	1%	1%

(*) Clases sociales

En el cuadro se muestra que el 77% de los encuestados considera que el servicio de salud ha empeorado, el 19% considera que se ha mantenido igual, mientras que el 7% opina que ha mejorado. Por otra parte, si analizamos la opinión por clase social encontramos que las clases sociales más altas opinan que ha empeorado.

2. La salud y el derecho alimentario

La desnutrición en Venezuela para la década de los setenta no era un problema de salud pública, por el contrario, la malnutrición, ocasionada por exceso o distorsión del patrón de consumo, sí constituía un problema a ser abordado. Para el año 2001 esta situación ha variado y la desnutrición en sus dos fases, aguda y crónica, ha pasado a ser un factor de primer orden.

El problema de la desnutrición afecta fundamentalmente a los estratos más bajos de la población cuyos ingresos no alcanza ni siquiera para cubrir el costo de una Canasta Básica Alimentaria al mes. Además, dichos problemas comienzan a sentirse desde el mismo período del embarazo, ya que las madres pertenecientes a estos estratos están a su vez malnutridas. La imposibilidad de realizar una buena lactancia o de suplir la falta de la misma con los requerimientos nutricionales necesarios, agrava la situación de forma tal que los sectores más álgidos del problema se encuentran, nuevamente en el grupo entre 0 y 4 años, donde se produce el mayor número de muertes por desnutrición. De acuerdo a los indicadores el veinte por ciento de la población menor de 15 años presenta problemas de desnutrición, porcentaje dentro del cual un 3.3% aproximadamente se ubica en situación crítica, un 7% en grave y el resto entre moderada y leve. Los daños que produce la desnutrición crítica son irreversibles, mientras que la desnutrición grave, moderada y leve si no es atacada a tiempo produce también consecuencias de muy difícil superación.

En lo que se refiere a la dotación de servicios básicos encontramos que el principal foco de enfermedades lo constituye la falta de un adecuado servicio de agua potable y de dotación de cloacas y aguas servidas. Sólo la mitad de la población venezolana cuenta con servicios de cloacas, es decir, 9.734.800 personas y el 66% (12.221.400) dispone de agua directa[1]. Aún así, estos datos hay que tomarlos con cuidado ya que es suficientemente conocida la irregularidad del suministro de agua sobre todo hacia aquellas zonas más necesitadas del servicio por las condiciones de hacinamiento y carencia de servicios de limpieza que a su vez, son las más numerosas. Igualmente, de ese porcentaje de dotación de cloacas, habría que deducir aquéllas que no funcionan por hallarse en mal estado o saturadas. Entre los efectos inmediatos que produce esta situación encontramos la aparición de enfermedades relacionadas con la falta de aseo: sarna, piojos,

1. Indicadores OCEI.

úlceras e infecciones bacterianas de la piel; todo ello con el agravante del rápido contagio que pueden producir dichas enfermedades.

La situación médico-hospitalaria contribuye a que se agrave el cuadro de la salud en Venezuela. No existe otro término que el de colapsada para describir el grado de deterioro en que se encuentra la salud pública en el país. El énfasis en una medicina curativa en desmedro de los aspectos preventivos, ha congestionado de tal modo los hospitales que hoy no se dan abasto para cubrir la demanda de la población. Por otra parte, las carencias que existen en los centros dispensadores de salud pública se manifiestan a todo nivel: falta de dotación de materiales médicos, medicinas, lencería, camas en pésimo estado, costosos equipos dañados. No existe una ubicación adecuada del personal médico y paramédico y la burocracia de los organismos oficiales dispensadores de salud, absorbe más del 70% de los presupuestos asignados. Esta afirmación se evidencia con el colapso de los hospitales de la ciudad de Caracas . Al parecer los recursos e insumos que se suministraron a finales del pasado año, a raíz del colapso de varios centros, comenzaron a mermar y por otra parte son muchos los equipos que se han dañado, lo cual impide un funcionamiento normal de los hospitales, debido a que no se puede garantizar una atención adecuada a los pacientes.

Resalto que muchos de los pacientes hospitalizados llevan hasta doce meses esperando por su respectiva intervención quirúrgica y ante la falta de insumos han tenido que adquirir lo necesario para ser operados, además de practicarse exámenes y placas en clínicas privadas, debido a que los servicios de Rayos X y de laboratorio tampoco funcionan. De allí que sólo se puedan atender estrictas emergencias.

Mención aparte merece los problemas de corrupción que se ubican desde los niveles más simples como el robo de materiales hasta los sobreprecios en la adquisición de equipos y medicinas y el cabalgamiento de cargos (médicos con 3 y 4 cargos que cobran sin trabajar). Esta circunstancia es reconocida por el mismo Estado y por los organismos regionales.

3. Acceso a los medicamentos

En cuanto al acceso a los medicamentos encontramos que si ya para un 60% de la población es difícil cubrir sus requerimientos alimentarios, mucho más difícil es tener acceso a uno de los rubros que más duramente ha sido golpeado por la inflación. Así lo indica el descenso de un 80% del volumen de ventas de medicamentos en las farmacias. El comportamiento de los precios de los medicamentos, desde el 01-01-01 hasta el 01-01-02, ha sufrido un incremento de los precios que oscila entre un 200% y un 300%, lo que a mi juicio constituye la dosis adecuada para decretar la muerte de los enfermos de menores recursos. Para el presente año se crearon muchas expectativas en torno a la implementación del programa de medicinas genéricas como mecanismo efectivo para garantizar el acceso a las medicinas a la población de menores recursos. Hoy muchos sectores vinculados a la fabricación de medicinas e interesados en el desarrollo de este programa denuncian que el mismo está condenado al fracaso, entre otras cosas, por la acción de los laboratorios transnacionales, el chantaje con las materias primas y la pasividad del Estado para hacer frente a esta situación.

Este cuadro que presenta la salud en Venezuela está en relación directa con las condiciones de vida de la población. El caso de las enfermedades es más que evidente pues una población bien nutrida, con adecuados servicios públicos y por supuesto, con una

atención sanitaria eficiente, no tendría porque acarrear las consecuencias que estamos padeciendo. A propósito de la aparición del cólera en algunos países de América Latina y el inminente peligro de expansión hacia otros, como es el caso de Venezuela, las autoridades sanitarias de los diferentes países no tuvieron más alternativa que reconocer que la aplicación de los programas de ajustes económicos que enfatizan soluciones a nivel de la macroeconomía, produjeron como resultado inmediato, en el caso de la salud, el crear las condiciones para el desarrollo de esta enfermedad .

III. EL DERECHO A LA SALUD

La primera riqueza es la Salud. Emerson

1. El concepto:

Antes de precisar un concepto de Derecho a la salud, es necesario acercarnos al concepto de salud en el cual se deben destacar 3 características básicas y esenciales:

1) El estado de salud no puede ser algo absoluto, completo o permanente; sino que es esencialmente *variable*.

2) No puede establecerse un límite definido y drástico entre la salud y la enfermedad. Existen *diversos niveles y grados* sobre los que tampoco pueden establecerse criterios fijos.

3) El concepto de salud implica la consideración de 3 componentes:

-el *subjetivo* (creencia y percepción de bienestar),

-el *objetivo* (funcionalidad orgánica),

-el *adaptativo* (integración bio-psico-social).

Podemos afirmar que antes de 1978, la salud era considerada como la mera ausencia de alguna enfermedad, desde un nivel orgánico.

La Organización Mundial de la Salud, define a la Salud como un estado de bienestar físico, mental, social, y no meramente como la ausencia de enfermedad o invalidez. La salud implica siempre un determinado equilibrio entre sus diferentes dimensiones: anátomo-morfológico, fisiológico, psíquico, ecológico y socio-económico[2]. Es obvio el alcance de dicha definición es complicado ya que no deja de ser ideal, puesto que ese supuesto estado de plenitud es prácticamente imposible.

Ahora bien, atendiendo al concepto propuesto por la Organización Mundial de la Salud es necesario preguntarnos ¿ que se debería entender como bienestar?

Consideramos que a los fines de precisar el significado de estado de bienestar debemos tomar como referencia la satisfacción de una serie de condiciones identificadas en los diversos indicadores socioeconómicos, las cuales determinan el *nivel de vida*, y que

2. La salud debe entenderse como un proceso dinámico dentro de una dimensión continua en cuyos extremos se situaría la enfermedad (como pérdida de la salud del sistema biológico) y la propia salud (como bienestar en su más amplio sentido), respetando la unidad funcional del individuo, de manera que el dualismo salud mental/salud física deja de tener sentido.

por lo general están relacionados con la salud, nutrición y consumo de alimentos, educación, empleo y condiciones de trabajo, vivienda, seguridad social, etc.

Por otro lado, debemos ser conscientes que al referirnos al termino de calidad de vida debemos asociarlo con el de bienestar ya que son expresiones que están profundamente imbricados y es por ello que la calidad de vida debe estar referida al *bienestar global del individuo*, incluyendo indicadores objetivos de vida y el bienestar subjetivo y percibido con los mismos.

Al introducirse en nuestra ley fundamental varios tratados que se relacionan con los derechos humanos, vemos que el concepto de protección de la salud adquiere jerarquía constitucional y específicamente se encuentra consagrado en el articulo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de igual forma se encuentra previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12; en la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 24, 25 y 26; y la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer.

Por otra parte, *Bidart Campos*, nos enseña que: "el derecho a la salud es corolario del derecho a la vida"[3].

Lo anterior significa que la salud, debe entenderse como un proceso dinámico dentro de una dimensión continua en cuyos extremos se situaría la enfermedad como pérdida de la salud del sistema biológico y la propia salud como bienestar en su más amplio sentido, respetando la unidad funcional del individuo, de manera que el dualismo salud mental/salud física deja de tener sentido.

Ahora bien, partiendo de la premisa anterior podemos concluir que: el derecho a la salud está determinado por el conjunto de derechos que tienen las personas dentro de un Estado y el conjunto de obligaciones que éste tiene dentro del ámbito de su competencia para garantizarle a las personas bajo su jurisdicción un estado de bienestar físico, mental y social.

A. El conjunto de derechos que tienen las personas dentro de un Estado

Los titulares del Derecho a la Salud son las *personas humanas* y en razón de esta circunstancia es preciso tener claro que el Estado tiene el deber principal de crear las condiciones necesarias para que cada persona humana pueda desarrollarse y mantener un estado de bienestar físico, mental y social satisfactorio.

B. El conjunto de obligaciones que tiene el Estado dentro del ámbito de su competencia

Es obvio que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar la vigencia del Derecho a la Salud, circunstancia ésta plenamente avalada por la Doctrina y los diversos tratados internacionales de los cuales Venezuela es parte, sin dejar de tener en cuenta la influencia del *jus cogens*, que como normas de carácter im-

3. *Cf.*, BIDART CAMPOS, Germán J., *Estudios nacionales sobre la Constitución y el derecho a la salud*.

perativo son obligatorias incluso para los Estados que no hayan ratificado los aludidos convenios[4].

C. Garantía a las personas bajo su jurisdicción de un estado de bienestar físico, mental y social

Es menester destacar que entre los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos a la Salud, hay que atribuir un lugar destacado a la obligación de garantía establecida en el artículo 2 inciso 2 del pacto internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que por vía de consecuencia significa que además de las acciones que el estado debe emprender para asegurar esta categoría de Derechos, debe tomar las medidas necesarias para proteger al individuo, lo que significa de manera indudable que no basta que el Estado facilite el acceso de estos derechos, sino que tiene la obligación de garantizarlos, adoptando medidas inmediatas, abandonando políticas incompatibles con el aludido derecho.

Por otro lado, el derecho a la salud a la luz de la legislación Venezolana, está definido como un derecho social fundamental, el cual es obligación del Estado garantizar como parte del derecho a la vida.

La garantía al resguardo de la salud puede definirse como el derecho que tiene todo individuo de un Estado a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto preventivo como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada la salud de las personas, o una solución jurisdiccional en el evento de que el estado no cumpla con sus compromisos constitucionales o convencionalmente asumidos frente a otros

---

4. Tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los derechos civiles y políticos, se encuentran establecidos, reconocidos y consagrados en pactos y convenios que tienen la naturaleza de verdaderos tratados de derecho internacional que se rigen por el Derecho de los Tratados regulado en la Convención de Viena. Los tratados son fuentes de derecho internacional y como tales generan obligaciones para los Estados.

Nada en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales autoriza a desconocer su valor jurídico como fuente de derechos. Por el contrario, de su lectura desprevenida se observa que contiene una codificación.

Los tratados internacionales están regidos por los principios de la buena fe y del pacta sunt servanda. En virtud del primero, los Estados están obligados a cumplir sin esguinces sus compromisos, valga decir de manera transparente; en virtud del segundo se afirma que los tratados no pueden convertirse en letra muerta y se deben cumplir.

En virtud del principio de la buena fe los Estados que han aprobado en los escenarios multilaterales un instrumento de derechos humanos o lo han firmado, deberían someterlo al órgano interno competente para su aprobación y consecuente ratificación. A pesar de que sólo la Organización Internacional del Trabajo tiene en su Constitución la obligación de sumisión, debería desarrollarse una vía similar en los demás organismos intergubernamentales, para, de esta forma, dar mayor efectividad al principio de la buena fe.

El desarrollo de los dos principios enunciados supra, los Estados están obligados a incorporar, de manera adecuada al derecho interno, las normas de derecho internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es la de *adoptar medidas* y dentro de éstas se incluyen las legislativas.

Los Estados que integran la América Latina, en su mayoría, son Parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros instrumentos de derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma han adquirido una serie de obligaciones en relación con el logro del pleno disfrute de éstos para sus habitantes.

Además del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran reconocidos, consagrados y garantizados en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en el Protocolo de San Salvador (sistema interamericano) y en otros instrumentos destinados a proteger, entre otros sectores, a la mujer y a la niñez.

Estados al momento de ratificar algún instrumento internacional en materia de derechos humanos.

2. Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho interno

El constituyente venezolano al momento de estudiar el tema, introdujo en el texto constitucional ciertas disposiciones vanguardistas a los fines de asegurar una vigencia al derecho a la salud, además de compatibilizar nuestra carta magna a los estándares internacionales, sin embargo es a partir de esta referencia legislativa como determinaremos la actividad material de los diferentes actores estatales en esta materia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al analizar el contenido de este articulo, se evidencia de forma clara que la primera obligación de resultado a cargo del Estado es la de *garantizar* el disfrute de los derechos sin discriminación. Significa esto que la igualdad y la no discriminación[5], en cuanto en sí mismas no requieren erogación de recursos, es decir deben ser plenas. Se trata pues de disposiciones auto ejecutables.

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Este artículo le impone al Estado la obligación de la creación de un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado pero cuando analizamos las elementales particularidades que representan al actual sistema de salud, nos damos

cuenta que el Estado no cumple con su obligación de garantizar el derecho a la salud, ya que en nuestro país no se cuenta con políticas coherentes para crear y consolidar un sistema público nacional de salud.

Artículo 85. El financiamiento del sistema público de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud

5. Cabe aquí recordar que a la luz del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proscribe de jure en forma total los siguientes criterios de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole. Origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La discriminación de facto hay que estudiarla de cara al derecho consuetudinario.

que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

Al analizar las anteriores disposiciones podemos inferir que el Estado tiene la obligación de adoptar ciertas medidas que en este caso son de resultado, es decir deben ser concretas, y orientadas al logro progresivo del pleno disfrute del Derecho a la salud. Estas medidas deben adoptarse en el más corto plazo posible, cualquier dilación injustificada configura una violación a la normativa constitucional e internacional.

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines.

Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

Este dispositivo constitucional nos enseña que *toda persona* tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, *que garantice la salud*, la dificultad que se presenta en el actual sistema de Salud, es que existe una pluralidad de subsistemas que sugieren una suerte de discriminación y al analizar la justiciabilidad de este Derecho nos encontramos que precisamente las personas que cotizan obligatoriamente se ven inducidas en la ineficiencia del servicio, siendo nugatorios todos los esfuerzos para lograr los contenidos mínimos de acceso a este Derecho.

Es necesario destacar que la obligación a cargo del Estado es la de *garantizar* el disfrute de los derechos sin discriminación y cabe aquí recordar que a la luz del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proscribe de *jure* en forma total los siguientes criterios de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole. Origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La discriminación de facto hay que estudiarla de cara al derecho consuetudinario.

Artículo 111. Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantiza los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley.

La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país.

Este artículo consagra de forma clara las actividades que podrían beneficiar la calidad de vida y dispone las garantías necesarias para materializar el contenido del Derecho a la salud, con la salvedad que la obligación no es únicamente a nivel de adopción de políticas, si no de disposición de recursos materiales y efectivos para que la actividad sea fecunda y redunde en el bienestar de la persona humana.

Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Esta disposición se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado de igual forma en nuestra carta fundamental y a la par constituye un complemento de las obligaciones asumidas por el Estado.

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

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

Artículo 178. Es de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas:

5) Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal.

Artículo 184. La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

1) La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

Artículo 311. La gestión fiscal estará regida y será ejecutada con base en principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal. Esta debe equilibrarse en el marco plurianual del presupuesto, de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios.

El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional para su sanción legal un marco plurianual para la formulación presupuestaria que establezca los límites máximos de gasto y endeudamiento que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales. La ley establecerá las características de este marco, los requisitos para su modificación y los términos de su cumplimiento.

El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud.

Los principios y disposiciones establecidas para la administración económica y financiera nacional, regularán la de los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables.

3. Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho Internacional

El Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales[6].

Artículo 12

1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 24

1) Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2) Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptará las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

4) Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de la salud

6. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966, y entró en vigencia el 3-1-1976; el mismo consta de 94 ratificaciones y en Venezuela fue publicado en *G.O. de la República* en fecha 28-1-1978. n° 2.146 extraordinaria.

física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1) Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2) Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Convención sobre eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer.

Art. 12.

1) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1 supra los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

La declaración de Quito al hacer referencia al derecho a la salud establece en el párrafo 77 [7]:

Que se destaque la importancia de incorporar la perspectiva de género en todas las actividades referidas a la promoción de los derechos humanos y, en particular, el enfrentamiento de la violencia contra la mujer y el/la niño/a en la vida pública y privada, *el derecho a la salud, incluida la salud reproductiva y sexual y la protección de su integridad física, sicológica y sexual.*.

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [8]

-Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir

6. Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir

7. Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe (24 de julio, 1998).

8. Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante 'Principios de Limburg), entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.

requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. *Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten.*

-Las obligaciones de conducta y resultado

7. Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. *Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan un norma sustantiva precisa. Por ejemplo, con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995.*

-Obligaciones mínimas esenciales

9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. *Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud,* habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza". Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

-Nuevas normas

30**.** Con el fin de seguir clarificando el contenido de las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos sociales y culturales, tanto *los Estados como las entidades internacionales pertinentes deberían perseguir activamente la aprobación de nuevas normas sobre derechos económicos, sociales y culturales específicos, en particular el derecho* a trabajar, a la alimentación, a la vivienda y *a la salud.*

IV. COLOFÓN

La eficacia del Derecho a la Salud, depende en amplia medida de que los ordenamientos jurídicos estatales se conformen de acuerdo a las normas internacionales[9].

La protección del derechos a la Salud se rige hoy por hoy, por normas de Derecho internacional, tales como las previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, estas disposiciones se han añadido a la normativa constitucional venezolana, tal como lo estableció el constituyente en el preámbulo de la carta fundamental, reconociéndolos de igual modo en los fines del Estado, y al establecer la jerarquía de los tratados de derechos humanos, la garantía de tales derechos y la cláusula abierta a los derechos humanos a los fines de procurarle plena eficacia y un pleno valor jurídico

9. Las acepciones norma y obligación Internacional tienden a confundirse. Las normas tradicionalmente se producen por vía consuetudinaria, las obligaciones internacionales mediante el acuerdo de dos o mas sujetos de Derechos Internacional.

a los aludidos Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[10] *de igual forma lo establece el constituyente de forma categórica en el artículo 83 de la carta fundamental.*

Ahora bien, al reflexionar sobre la naturaleza del Derecho a la Salud y su condición de Derecho humano, debemos reconocer que nuestro Estado, se encuentra en una posición de vanguardia desde el punto de vista constitucional y es conteste con la normativa y la jurisprudencia internacional la cual ha sostenido constantemente la primacía del Derecho internacional y en este orden de ideas ha considerado que los Estados están obligados a adoptar las medidas legislativas necesarias impuestas por los tratados que han suscrito y ratificado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966, y entró en vigencia el 3-1-1976; el mismo consta de 94 ratificaciones y en Venezuela fue publicado en gaceta oficial de la República en fecha 28-1-1978. N° 2.146 extraordinaria.

En ese sentido la jurisprudencia internacional ha establecido:

> *Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos*[11].
>
> *Las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado*[12].

Es preciso acotar en este punto la obligatoriedad y aplicabilidad de los tratados y en este caso el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro ordenamiento jurídico interno, la cual en gran medida está acondicionada por factores históricos, ideológicos y políticos, sin embargo, el constituyente del 99 transformó el sistema constitucional en forma clara y transparente en lo atinente a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la adecuación constitucional de las obligaciones convencionales contraídas en esta materia y en especial en lo relacionado, con la recepción de las obligaciones convencionales, el rango jerárquico de los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno y la aplicación de esas normas convencionales por los tribunales y autoridades internas, lo cual ha quedado evidenciado en el preámbulo y los artículos enunciados *supra*.

Es importante establecer la importancia de la responsabilidad que tiene el Estado y en particular los jueces respecto de las condiciones aseguradoras para la vigencia plena del estado de derecho, teniendo presente fundamentalmente el papel de los mismos en el sistema de administración de Justicia, especialmente *en la consecución de la Justiciabilidad del Derecho a la Salud* .

En este caso se debe reconocer la irrestricta relación que tiene el derecho a la Salud con la vida, lo que explica inexorablemente su carácter de fundamental, sin embargo no podemos dejar de reconocer que la salud, se encuentra en un último lugar dentro de la

---

10. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su preámbulo, lo siguiente: con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos.
11. *Cf.*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, n° 10, p. 20.
12. *Cf.*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, n° 17, p. 32.

jerarquía que se le ha querido dar a los Derechos Humanos, como tampoco debemos dejar de reconocer que en Venezuela se ha experimentado un franco retroceso y una inercia desde el punto de vista de su garantía, lo que se traduce en una inconsistencia constitucional de los mismos en su efectiva vigencia.

El Derecho internacional reconoce y garantiza el Derecho a la Salud, pero se requiere una mayor precisión y un mayor desarrollo de dichas normas, a fin de que los Estados y la comunidad internacional cumplan a cabalidad con sus obligaciones respecto a la realización de este derecho; para lograr tal objetivo sería conveniente establecer mecanismos internacionales de control y vigilancia más eficaces.

Sería ideal la elaboración de un documento que cree un organismo que con la ayuda de expertos en derechos económicos y sociales analizaran los problemas específicos de los Estados partes, relacionados con el derecho a la Salud y se creen soluciones materiales para minimizar tales problemas, con esta propuesta se establecería un mecanismo eficaz de control y vigilancia internacional para la realización de tales derechos.

Se debería crear una comisión de expertos en cada Estado para estudiar la situación del acceso de Medicamentos Esenciales y la Política Farmacéutica con el fin de elaborar políticas, estrategias, directrices, programas de formación y otros instrumentos prácticos, basados en pruebas científicas, en provecho de la comunidad, para adiestrar a los funcionarios de los ministerios de salud, a las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones profesionales y otras partes interesadas[13].

De igual forma, los Estados deberían incorporar la necesidad de actualizar sistemáticamente la selección de los medicamentos para tener en cuenta las nuevas opciones terapéuticas y la evolución de las necesidades terapéuticas; la necesidad de garantizar la calidad de los medicamentos; y la necesidad del desarrollo continuado de mejores medicamentos, medicamentos para las enfermedades emergentes y medicamentos para afrontar las cambiantes pautas de resistencia.

Los Estados y en especial Venezuela deberían aumentar la financiación de los medicamentos, tanto publicando orientaciones sobre mecanismos de financiación como poniéndolos en práctica. Entre las actividades ha realizar se debería evaluar la financiación pública de las prestaciones farmacéuticas, es decir, el objetivo estaría orientado a reducir el costo de los medicamentos.

Ahora bien, en este contexto debemos determinar si estamos en presencia de un verdadero derecho o de meras aspiraciones.

Tradicionalmente, muchos estudiosos de los Derechos Humanos han considerado minimizado el carácter de los derechos económicos, sociales y culturales al extremo de desnaturalizarlos jurídicamente, y por el contrario como verdaderos derechos a los contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso que nos ocupa los Estados, en específico Venezuela, frente a los derechos económicos y sociales asumen obligaciones de hacer o de dar, lo cual implica una erogación dineraria lo que se traduce en una carga muy pesada a un Estado en el planteamiento y ejecución de sus políticas sociales.

---

13. Los medicamentos esenciales son aquellos que sirven para satisfacer las necesidades de atención de la salud de la mayoría de la población; por consiguiente, deben hallarse disponibles en todo momento en las cantidades adecuadas y en las formas farmacéuticas que se requieran, y a un precio asequible para las personas y la comunidad.

Además, es bueno acotar que no sería válido el argumento de la pobreza por parte de los Estados, ya que los mismos independientemente de su grado y desarrollo económico, están obligados a asegurar el respeto por los derechos mínimos de subsistencia de todas las personas, este criterio está sustentado por una parte, en el análisis hecho por reconocidos juristas y los cuales fueron recogidos en los principios de Limburgo[14].

Podríamos determinar que el derecho bajo estudio pueden ser considerados como tales, partiendo de la teoría general de las obligaciones lo cual es preciso determinar *prima facie*, cuáles serían los elementos constitutivos de la obligación que tienen los Estados frente a los mismos. Tenemos un elemento subjetivo el cual está constituido por la relación entre los Estados signatarios de un pacto y los ciudadanos de cada uno de estos Estados partes del referido pacto o tratado y un elemento objetivo, el cual estaría orientado al reconocimiento, respeto y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que los Estados se comprometen a efectuar frente a los hombres en sus comunidades.

Esta conducta de los Estados en el reconocimiento, respeto y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden consistir, según sea el caso, en prestaciones de dar, hacer, o de no hacer y por último la relación jurídica que enlaza a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus ciudadanos en pro del derecho enunciados supra, que es el elemento propiamente jurídico.

Por todo lo anterior se concluye ante el punto analizado que el Derecho a la Salud es *un verdadero derecho*, ya que son normas que están creadas por actos que se concretan en tratados, pactos y constituciones en el caso del Derecho interno, y precisamente estos instrumentos fueron creados no como un acto meramente intelectual, por

el contrario, son normas de derecho para ser cumplidas en un espacio y tiempo determinado y se distinguen de otras normas que han sido creadas precisamente de esos actos puramente intelectuales.

Además el Estado tiene la obligación de satisfacer este derechos, así lo prescribe el artículo 2 inciso 1 del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando expresa que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, específicamente económicos y técnicos, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive, en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los Derechos Económicos y Sociales. Y es precisamente el inciso 2 de esta misma disposición donde se establece que los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de los Derechos que se enuncian en el Pacto, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. De igual forma los Estados no pueden invocar el principio de *autodeterminación de los pueblos* para desconocer o incumplir las obligaciones que han asumido en los diversos acuerdos internacionales y los que impone la convivencia internacional.

---

14. Los *Principios de Limburgo* fueron aprobados en el encuentro realizado en Mastricht, Holanda por un grupo de expertos en derecho internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de Norte América). El encuentro tuvo lugar los días 2 a 6 de junio de 1986. Recientemente se reunió un grupo de expertos, con ocasión de los 10 años de los Principios de Limburgo y aprobaron los "Principios de Maastricht", que en buen parte son referente de este trabajo.

En cuanto al control Jurisdiccional, es conveniente advertir que el juez está vinculado primordialmente al Derecho positivo, pero debe esforzarse por dar cumplimiento a la intención del legislador, apoyándose en los fines u objetivos que definen las leyes mismas, más allá de la letra de la ley, dentro del Estado de derecho, el juez está facultado para aplicar en casos concretos, ciertos principios aceptados y reconocidos por la conciencia jurídica de la comunidad internacional.

En el Derecho internacional, específicamente en el sistema interamericano, por el mismo carácter más político que jurídico, no se conoce ningún antecedente que nos permita asegurar que pudiéramos tener un control jurisdiccional sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de denunciar la violación del artículo 26 de la Convención,[15] que contiene el compromiso de los estados de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y culturales contenidas en la Carta de la OEA, evidentemente una denuncia de violación de esa disposición podría apuntar a la circunstancia de que el estado no ha adoptado las medidas a las que se comprometió, o que no ha destinado a este propósito el máximo de los recursos disponibles, o que habiéndose adoptado algunas medidas ellas tienen carácter regresivo que desmejora la situación existente con anterioridad, o que las medidas pertinentes se apliquen de manera discriminatoria, verbigracia el caso del Sistema de Jubilaciones y Pensiones en Venezuela, en violación del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a la obligación de los Estados partes de la *Convención Americana*, en lo que concierne a su compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está, sujeta a su jurisdicción, declara que los Estados partes tienen el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder publico, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Así, pues, la conducta de los jueces se encuentra condicionada por la mayor o menor organización del aparato gubernamental y de las estructuras del poder publico en general.

Por otro lado, en el derecho interno no existe disposición alguna que impida recurrir a los Tribunales para ser justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, pero existe la dificultad de que cuando se recurre a ello la reclamación se hace ineficaz, por cuanto se desconocen o no se aplican las normas de derecho internacional, es por ello que, urge la necesidad de la capacitación de todos los sectores de la administración de justicia en lo atinente a la justiciabilidad de los aludidos derechos y sobre su alcance y vigencia, ante este desconocimiento en el sector de administración de justicia, se transgrede inicialmente las normas que consagran los derechos económicos y sociales, lo que significa, primero, que el Estado no cumple con satisfacer y garantizar los referidos derechos y, segundo, este incumplimiento viola tratados internacionales que deben ser

---

15. Se destaca que el 16 de noviembre de 1999, entró en vigencia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales ("Protocolo de San Salvador") en virtud del depósito del correspondiente instrumento de ratificación por el Estado de Costa Rica. *Es decir Venezuela no ha manifestado su compromiso de obligarse por dicho protocolo y cumplirlo en todos sus términos.*

aplicados con preferencia al derecho interno. Con esta ineficacia del Estado de no atender o no pronunciarse correctamente cuando el agraviado recurre para solicitar justicia por la violación a sus derechos económicos y sociales se viola de igual forma el Principio *Jura Novit Curia*[16].

Nuestra Constitución establece de forma clara la justiciabilidad de los derechos difusos y colectivos:

> *Artículo 26*. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, *incluso los colectivos o difusos*[17], a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
>
> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

El tribunal supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia Nº 483 del 29/05/2000 ha establecido:

> *Principio del formulario*
>
> El nuevo marco constitucional, además de consagrar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales de los sujetos de derecho, quienes pueden concurrir de manera individualizada a solicitar la protección de sus derechos y garantías constitucionales, plantea ahora de manera expresa la posibilidad de que dirijan a tales órganos solicitudes que tengan por finalidad el logro de tutela judicial de intereses colectivos, o bien que los peticionantes aleguen la violación o amenaza de derechos o garantías fundamentales que forman parte de la esfera de intereses difusos... ...En razón de una serie de hechos y circunstancias alegados por los peticionantes, los cuales podrían ciertamente afectar intereses difusos del colectivo -en el que se integran tanto las personas naturales actoras como las referidas organizaciones-, intereses que en este específico caso ameritan una inmediata consideración, esta Sala reconoce legitimación en las personas y organizaciones que accionan en este proceso con miras a lograr un mandamiento de tutela constitucional, el cual tendrá, de ser acordado, efecto erga omnes; tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto.

De igual forma nuestro más alto tribunal en la Sala Constitucional, en Sentencia Nº 770 del 17/05/2001 expresó:

> ...esta Sala considera que lo que diferencia el interés difuso del interés colectivo es que este último, en cuanto a la naturaleza es mucho más concreta para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no sólo para el que lo detenta sino para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, perseguible de manera unificada, por tener dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes; y a su vez, tales intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de éstos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo y pertenecen por entero a todos ellos.

Así mismo, ha dicho la misma Sala Constitucional, en Sentencia Nro. 487 del 06/04/2001.

> *Principio del formulario*

16. Esta expresión latina está referida al principio relativo a la obligación de los jueces de conocer el Derecho.
17. Destacado nuestro.

> La Sala observa que, a pesar que no existía reconocida en la ley una acción judicial para ejercer derechos e intereses colectivos, motivo por el cual ésta no se ejerció directamente en esta causa, ella contiene la petición en protección de un derecho colectivo (el de los agraviados), por lo que esta Sala, en cuanto a ese aspecto de la pretensión, le da el tratamiento de una acción de amparo por intereses colectivos, la cual es posible incoar, conforme a lo señalado en la aludida sentencia de esta Sala del 30 de junio de 2000. Debe acotarse, que en los casos en los cuales la acción de amparo es interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento a acordarse favorecerá bien a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad, en el primer caso; bien a un grupo relevante de sujetos indeterminados apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base a la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, en el segundo supuesto. Así, no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos erga omnes, tal como lo señalara el a quo, pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela a ellos brindada es siempre concreta, mas nunca de modo genérico.

Lo que significa entre otras cosas, que la competencia judicial para velar por la integridad de la Constitución en interacción con la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales y en especial con el derecho a la salud se ejerce a través de todos los jueces del país, destacando que el constituyente al referirse a intereses difusos supone todos los supuestos fácticos de naturaleza socio-económico que sean jurídicamente substanciales y que integren grupos, colectividades o géneros de personas relacionadas por una necesidad común, cuya situación regulada por el ordenamiento jurídico se encuentre en un estado de minusvalía.

Empero, existen pocos antecedentes de recursos interpuestos ante Tribunales nacionales y no precisamente con feliz término, tal es el caso *Nicanor*[18], donde entre otras cosas el accionante ejerció un recurso de amparo para que le fuera garantizado el derecho a la salud por el peligro grave e inminente de no ser intervenido quirúrgicamente por cuanto el Estado consideraba que no existían recursos económicos y materiales suficientes, ante tal planteamiento el Juzgado que conoció del aludido recurso motivó su sentencia basándose en la afirmación de que el Estado venezolano no estaba obligado a realizar aquéllo que le era imposible materialmente.

Por otro lado, en Sentencia de fecha 20 de Enero de 1998, la extinta Corte Suprema de Justicia marcó un hito en la jurisprudencia de nuestro país, en lo atinente a la justiciabilidad de el derecho a la salud (caso enfermos de VIH contra Ministerio de la Defensa), donde se ordena al Estado por intermedio del ente administrativo garantizar de inmediato los derechos a la salud de los recurrentes a los fines de que ellos puedan recibir el tratamiento médico adecuado y se les asegure el percebimiento de un salario, con el fin de lograr una subsistencia digna y decorosa, asimismo, se le ordena al Ministro del ramo solicitar del Congreso de la República, la asignación de partidas especiales para prevenir e implementar las medidas de combate de la enfermedad del VIH/SIDA. Lógicamente, a mi juicio el criterio establecido en esta sentencia debería ser interpretado de forma extensiva a los efectos de cubrir otras patologías diferentes las cuales merecen igual atención.

---

18. *V.*, sentencia de fecha 31 de marzo de 1985 emanada del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, confirmada por el Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Edo. Mérida en fecha 2 de abril de 1985.

El texto de la sentencia dice lo siguiente:

> ...utilizando al máximo las posibilidades de seguridad social y asistencia médica de su Despacho debe garantizar de inmediato los derechos a la salud de los recurrentes en el sentido de que ellos puedan recibir el tratamiento médico adecuado. Asimismo, debe asegurárseles, el percebimiento de las remuneraciones, con el fin de lograr una subsistencia digna y decoros.
>
> El Ministerio de la Defensa, en un lapso de un (1) mes desde la publicación de la presente sentencia, debe impartir Directivas de Concientización de la enfermedad del VIH/SIDA, en el sentido de su gravedad y del comportamiento de solidaridad y ético de todo el personal de las Fuerzas Armadas.
>
> El Ministro de la Defensa deberá, en virtud de las obligaciones que le incumben, constitucional y legalmente y con base a esta sentencia, solicitar del Congreso de la República, la asignación de partidas especiales para prevenir e implementar las medidas de combate de la enfermedad del VIH/SIDA, así como para obtener los medios de su tratamiento.....[19]

En otro orden de ideas, se hace necesario plantearse la circunstancia de la inderogabilidad del Derecho a la Salud en ciertos caso como en los estados de excepción.

Por lo general, los estados de excepción han servido a los Estados para restringir derechos, bajo el pretexto de regular una situación anómala de orden público interno, pudiendo decretar bajo este contexto el control de ciertos rubros, o actividades, por ejemplo la venta o administración de agua potable, medicamentos o alimentos en las zonas de conflicto, descontrol o disturbio.

Sin embargo, es preciso destacar que las restricciones autorizadas por el artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales[20], no están vinculadas a los estados de excepción, es decir, estas restricciones infringirían la normativa internacional y configurar una violación de las obligaciones del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que se traduce en una situación de responsabilidad internacional para el Estado. Además, en este instrumento, no existe ninguna disposición que autorice la suspensión de derechos u obligaciones.

Finalmente, considero que la adopción de un artículo que regula el control y justiciabilidad de los derechos colectivos y difusos contribuye de forma significativa al mejoramiento en las reivindicaciones de las condiciones de vida de los habitantes, y de la efectiva y plena vigencia de sus derechos, y en especial de la Salud, lo que dependerá en gran medida en el cambio de conciencia tanto de los justiciables al momento de recurrir a los entes jurisdiccionales, así como de los distintos órganos del Estado encargados de planificar políticas económicas y de los administradores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10-12-1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966.

19. Sentencia sala Político-Administrativa de fecha 20 de Enero de 1998, expediente n° 14000.
20. *Cf.*, pie de página 6.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Resolución del ECOSOC 1985, del 22 de mayo de 1985.

Indicadores Económicos y Sociales, Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI), años 1948-2001.

Sentencia de fecha 31 de marzo de 1985, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida.

Sentencia de fecha 31 de marzo de 1985, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida.

Sentencia Sala Político-Administrativa de fecha 20 de Enero de 1998, expediente N° 14000.

Word Investment, Report 1995.

The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social & Cultural, Rights-International Comission of Jurist.

BERGTEN and NOLAN, "Pacif Dynamism and International Economic Sistem Institute for International Economics", Washington D.C. 1993.

BHAGWATTI, James, *Proteccionismo*, Alianza Editorial, Madrid 1991.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Estudios nacionales sobre la Constitución y el derecho a la salud".

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

ECOSOC:	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos.
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
OEA:	Organización de Estados Americanos.
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
CADH:	Convención Americana de Derechos humanos.
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.
CPJI:	Corte Permanente de Justicia Internacional.
CSJ:	Corte Suprema de Justicia.
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia .

I

§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN

Luis Paulino Mora Mora
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

I. MOTIVACIÓN

Este trabajo responde a una amable invitación hecha por el Instituto de Derecho Público de Venezuela para concretar un homenaje al Doctor Allan Brewer-Carías, a quien debe mucho no sólo el Derecho Público venezolano, sino el Latinoamericano en general.

El vasto campo de conocimiento dentro del que se mueve con erudición el Doctor Brewer-Carías, incluye el Derecho Constitucional, y es ese justamente el tema que ha servido producir el más fructífero contacto con la Sala Constitucional costarricense de la que formo parte. No debe entonces extrañar que me haya parecido apropiado escribir este ensayo descriptivo en el que se expone la manera en que la Sala Constitucional de Costa Rica ha abordado ciertos temas constitucionalmente trascendentes respecto de la situación de los extranjeros, con la idea de que sirvan para demarcar un camino latinoamericano de reconocimiento y efectiva aplicación de los derechos humanos por encima de nacionalidades y condiciones.

II. INTRODUCCIÓN

A quien ha tenido la experiencia de quedar perdido (aún por corto tiempo) en un país extranjero, le es posible imaginar con bastante precisión lo difícil que resulta para una persona sobrevivir en un ambiente extraño donde muchas cosas le resultan ajenas o desconocidas, y encuentra a veces la indiferencia de quienes en forma habitual residen en el lugar. Ahora, contrario a la persona del ejemplo -que probablemente tiene un nivel cultural y educativo suficiente para superar su inconveniente y cuya contingencia no causa recelo entre los residentes habituales- la situación del extranjero que emigra a otro país, es muy otra, pues normalmente carece de medios y además, el sí recibe por lo general no sólo la indiferencia sino muchas veces la abierta oposición de los nacionales. Aunque solamente se trate de una aproximación no experta a la cuestión, me permito hacer una pequeña descripción de cuestiones que relevantes, al menos en mi país, deben ser consideradas a la hora de conocer y resolver sobre el tema de los extranjeros.

Por una parte, desde el punto de vista de la persona que abandona su lugar de residencia y su nación para tratar de asentarse (aunque sea temporalmente) en otro, no cabe duda del trauma, incomodidad y angustias que tiene que sentir; más aún si se trata de aquellos que se ven obligados a dejar su tierra por la fuerza de las armas, la presión agobiante de la necesidad económica o su disidencia política. Les espera un cambio en

las costumbres y modos de actuar conocidos, y se espera de ellos el respeto a conjuntos de reglas a veces bien distintas; y no me refiero solamente a las jurídicas, sino, quizá principalmente a las de convivencia y trato; reglas sobre el *cómo hacer las cosas* o el *como comportarse* que no están escritas en ninguna parte y muchas veces no pueden ni siquiera ser coherentemente expresadas, pero están allí. Todo ello presenta dificultades para alguien que no se prepara de antemano en forma alguna para el impacto, sino que -a veces en cuestión de horas- se ve sumido en una desconcertante maraña de imposiciones. Podemos imaginar lo difícil que debe ser tomar una decisión consistente en dejar de lado todo aquello que ha constituido nuestra vida, para cambiarlo por el desarraigo, la incertidumbre, el rechazo.

De otra parte, está la perspectiva de las sociedades que perciben a los extranjeros que pretenden incorporarse a ellas como elementos ajenos, como *cuerpos extraños* que *desordenan* el normal desarrollo y devenir del cuerpo social. Normalmente se acude a su conducta *diferente* para atribuirles la culpa de los males de la sociedad. Se les achaca su resistencia a adaptarse, a comportarse de la forma preestablecida, *la normal*. En resumen, se combate su *diferencia*, bajo el argumento de que si no quieren asimilarse a la sociedad que los acoge, si se niegan a mimetizarse renunciando de golpe a toda su propia raigambre cultural, entonces no debieron venir. Esto incluso resulta en cierta forma explicable (aunque no justificable), dado que en general las costumbres y modos de ser distintos que traen consigo los extranjeros tienden a subvertir el *orden establecido*.

Toda esta problemática se agudiza cuando por diferentes razones el flujo de extranjeros hacia un determinado país se intensifica, porque entonces la sociedad resiente no sólo las diferencias (que se tornan mucho más perceptibles), sino, además, percibe una amenaza más directa aún, con la competencia que se produce a todo nivel, pero destacándose la que se produce por la obtención de los puestos de trabajo tanto a nivel formal como informal, los beneficios sociales (cuando los extranjeros pueden acceder a ellos) y en general la disputa por el disfrute de los bienes sociales, que ahora deben compartirse con personas que ni siquiera son nacionales.

Todos estos elementos están presentes en Costa Rica, en donde las autoridades señalan que el número de extranjeros en nuestro país, puede superar el millón de personas, es decir, alrededor de una cuarta parte de la población total de la nación. Se trata en nuestro caso de nicaragüenses, salvadoreños y últimamente, colombianos, peruanos y ecuatorianos, que buscan radicarse al menos temporalmente en el país, lo cual ha venido produciendo previsible e irremediablemente una creciente xenofobia perceptible en todos los estratos sociales, pero mayormente en la clase media, según los estudios que existen al respecto.

Esta xenofobia no es sin embargo abierta en absoluto, sino que -por la conjugación de muy distintas razones- se presenta un doble lenguaje o doble discurso en este aspecto, pues en el ámbito del estereotipo social (la imagen del país que la sociedad costarricense pretende ofrecer), se maneja un concepto de una sociedad compuesta por personas afables, con una educación básica, amables en general y bastante individualistas, con un arraigado sentimiento de la igualdad, y en general inclinados a apreciar al extranjero. Ello pudo posiblemente haber existido hace quizá unas cinco o seis décadas, en virtud principalmente de la abundancia de tierra y de trabajo, que hacía que hubiera campo para todos. Pero la situación es diferente desde hace mucho tiempo; la frontera agrícola se agotó en los años sesenta y la creciente diferencia entre el progreso urbano y el rural ha hecho que la población se hacinara en las ciudades donde la apropiación de cada bien económico es objeto de una lucha feroz, en la que, evidentemente, no puede verse

con buenos ojos la participación de los extranjeros. Y este último punto conlleva a su vez una nueva contradicción porque por una parte se acusa al extranjero y se desprecia, por otra, se requiere de su participación en la economía (formal e informal) realizando trabajos básicos en agricultura, comercio -principalmente informal-, labores de seguridad privada, y otras que en nuestro país, son poco atractivas para los nacionales.-

Frente a estas realidades no se puede entonces cerrar los ojos y la Sala Constitucional, como órgano inmerso en la sociedad tiene que contribuir -en la medida de sus posibilidades y atribuciones- a la superación de estas cuestiones; y lo ha hecho optando por defender la dignidad humana del extranjero; bajo la perspectiva de que la existencia y participación de los extranjeros en nuestro país es un hecho irreversible, y de que no resulta posible otra actitud para la sociedad costarricense que la de reconocerles sus derechos fundamentales: La Sala se ha preocupado por definir la situación del extranjero frente a los nacionales, aceptando que con la incorporación de aquéllos a nuestra sociedad se han de producir buenos y diversos resultados, de modo que hay que tratar de combatir los dañinos y estimular los ventajosos. En fin, se ha tomado muy en cuenta a la hora decidir la forma de definir el estatus del no nacional, primero su condición de seres humanos, y de que normalmente no están en Costa Rica por su gusto, sino que se han alejado de su país por razones para ellos tan poderosas que han cedido frente ellas el aprecio a su propia tierra y a su propia gente, según lo sentimos todos los seres humanos.

III. EL EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Desde una perspectiva meramente jurídica la norma de mayor rango que se refiere a la situación de los extranjeros en Costa Rica es el artículo 19 de la Constitución Política, en que se dispone:

> Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.

A ella pueden agregarse, referencias a cuestiones particulares del extranjero por ejemplo: los artículos 14 y 15 constitucionales en cuanto a la naturalización, artículo 19 párrafo primero en cuanto a las distinciones entre costarricenses y extranjeros, artículo 22 que regula su ingreso y la permanencia en el país, artículo 31 en cuanto a la expulsión y extradición de extranjeros, artículo 68 en cuanto al derecho de preferencia del costarricense en materia laboral.-

Como se ve el artículo 19 constitucional establece zonas vedadas a la participación de extranjeros pero además deja abierta la posibilidad de limitar por vía legal los derechos y deberes individuales de ellos. Esto ha sido aprovechado por el legislador para crear una miríada de regulaciones en los más diversos campos, donde se imponen regulaciones específicas que diferencian entre extranjeros y nacionales. Sirve como ejemplo de ello en primer lugar obviamente la legislación migratoria, el derecho de trabajo, y en general el acceso al disfrute de bienes cuando este se otorga mediante autorización o concesión (zona marítimo-terrestre y permiso de ventas ambulantes y estacionarias).

Una de las labores más relevantes a cargo de la Sala en esta materia fue la de rescatar para el extranjero el derecho constitucional a la igualdad de trato *en la realidad de los hechos*; lo anterior, como se dijo ante la variedad de reglas y actuaciones que -respondiendo a la xenofobia reinante- han tratado de reducir la dignidad humana del extranjero.

Para ello, se comenzó por reinterpretar el concepto constitucional anteriormente transcrito, para constreñir la amplitud que anterior jurisprudencia constitucional le había concedido al legislador. El instrumento para ello fue una reinterpretación más sistemática y lógica del artículo 19 de la Constitución, para sostener la "imposibilidad del legislador de privar del contenido esencial a la norma constitucional". Veamos como lo expresó la propia Sala, primero apoyándose en el Tribunal Constitucional español.

> La frase *con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las Leyes establecen*, contenidas en el artículo 19, permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros, propias de las diferencias lógicas existentes, sin que se pueda interpretar, por supuesto, que las excepciones contenidas en la Ley, pueden ser tales que impliquen una desconstitucionalización de los derechos, ya garantizados a nivel constitucional a los extranjeros. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional Español ha dicho que el artículo 13 de la Constitución Española, al decir "en los términos que establezcan los tratados y la ley", no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posesión jurídica de los extranjeros, relativo a los derechos y libertades públicas. "Antes bien, con la mejor doctrina habría que presumir, en principio, la equiparación del ejercicio de los derechos de los nacionales y de los extranjeros, y que las posibles limitaciones habrían de tener carácter excepcional e interpretarse restrictivamente. En consecuencia, en aquellos derechos respecto a los cuales puedan establecerse limitaciones a su ejercicio por los extranjeros, el legislador no es enteramente libre, tales derechos siguen siendo constitucionales, y se ha de respetar el contenido esencial del derecho de que se trate. La restricción legal deja de estar amparada constitucionalmente si convierte el derecho proclamado en una pura apariencia de lo que es en realidad, si lo desvirtúa de forma que lo hace inaprehensible, si lo desnaturaliza y borra los perfiles con que está caracterizado (ver sentencia Nº 115/1987). (...) (sentencia número 1282-90 del 16 de octubre de 1990).

Esta tesis se refine con el tiempo poco a poco, tal y como se deduce de la siguiente cita:

> La acción acusa que este texto viola los artículos 19 y 41 de la Constitución. El primero declara que los costarricenses y extranjeros tendrán los mismos derechos individuales y sociales, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones que la misma Constitución y la ley establezcan. El hecho que la Constitución confiera al legislador entre sus facultades, la de establecer distinciones entre costarricenses y extranjeros, *no supone una desconstitucionalización de la posición de los extranjeros respecto de los derechos y libertades públicas a ellos garantizados, los que sin lugar a dudas, como fundamentales, están dotados de especial protección dentro de su regulación de privilegio*. Por ello y a los efectos de la resolución de esta acción, es imprescindible delimitar los alcances del artículo 19 Constitucional. En este sentido, se distinguen los llamados derechos fundamentales que son inherentes al hombre sin distingos de ninguna naturaleza, porque son parte de la dignidad humana y la base del orden jurídico político costarricense. Corresponden a esta esfera, entre otros, el ser reconocido *como sujeto de derecho, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la salud, y en general, todos los que por su naturaleza no requieren para su ejercicio, de condiciones especiales de nacionalidad o ciudadanía del titular, por ser consustanciales a la esencia misma de los seres humanos;* y a ello obedece que la regulación de los mismos, no soporte distinción alguna, sin incurrir en discriminaciones inadmisibles en el Derecho Constitucional. Existen otros derechos, que por voluntad del constituyente, son patrimonio exclusivo de los nacionales y que en ninguna forma pueden pertenecer a los extranjeros, como por ejemplo, los que conforman los artículos 19 párrafo final, 22 línea final, 32, 60 párrafo último y 131 inciso 1) de la Carta Política y en el mismo sentido el artículo XXXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (...) (sentencia número 1684-91 del 28 de agosto de 1991)

Queda de ese modo claramente definida la posición de la Sala respecto a la intangibilidad de ciertos derechos fundamentales reconocidos *por mero hecho de ostentar la condición de ser humano,* independientemente de la nacionalidad. Ello no impide reconocer ciertas diferencias pero sólo si ellas tienen como base justamente el carácter de extranjero y son justificables. Por ejemplo en una sentencia donde se reclamó la obligación del residente extranjero casado con costarricense, de depositar la suma correspondiente a los costos de su eventual repatriación, se dijo:

> (...) En el caso concreto tenemos que nuestra Constitución permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros al indicar en su artículo 19 que "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, *con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen*"; por supuesto que esas excepciones han de ser lógicas y derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre éstas dos categorías, de tal forma que no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización de la igualdad, como lo sería el decir en una ley que los extranjeros no tienen derecho a la vida, a la salud, o a un derecho humano fundamental, pues éstas serían irracionales. Las únicas posibles son -como se dijo-, las que lógicamente deban hacerse por la natural diferencia que existe entre éstas condiciones (nacionales y extranjeros) como lo es, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país. La exigencia contenida en el numeral 147 supra citado de garantizar el monto del costo de una eventual repatriación del extranjero residente, no constituye una diferencia irrazonable o arbitraria que vulnere el principio de igualdad. Como se explicó en el considerando anterior, el Estado, en ejercicio de su soberanía tiene la potestad de proteger la seguridad nacional y el orden público, y por ello puede establecer condiciones *razonables* a la permanencia de extranjeros en nuestro territorio, a la vez que tiene el deber de garantizarles a éstos sus derechos fundamentales, (...) La disposición que se impugna no crea una diferencia irrazonable entre extranjeros y nacionales porque obviamente el Estado no requiere que nacionales garanticen el monto de su expulsión o deportación, ya que conforme a lo reglado en los artículos 22 y 32 de la Constitución, ningún costarricense puede ser compelido a abandonar el territorio nacional, de ahí que esa exigencia sólo es posible con respecto a los extranjeros. (...) Por las mismas razones expuestas en los considerandos II y III, estima la Sala que la norma cuestionada no transgrede el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (sentencia número 1440-92).

Con estos antecedentes se allana el camino para un tratamiento no discriminado de los extranjeros y los nacionales, siempre que estén en juego derechos fundamentales. A la vez, se ha creado el soporte doctrinario que ha servido para confrontar reclamaciones concretas, tratando de tener en cuenta siempre primero que todo la dignidad del ser humano, independientemente de su nacionalidad. Un buen ejemplo, que resulta suficientemente ilustrativo del método, es el siguiente relacionado con la entrega de subsidios para compra de vivienda únicamente a nacionales. Puede notarse cómo la Sala sostiene la norma bajo el argumento de que no se trata de un derecho fundamental, reafirmando de tal modo la idea de que no puede discriminarse al extranjero en el disfrute de tales derechos. Se dijo en ese fallo:

> III. (...) Según lo dicho supra, en principio, los extranjeros y los nacionales poseen los mismo derechos, quedando a salvo la posibilidad de que, cuando no se trate de derechos fundamentales o derechos humanos, la misma Constitución Política o la ley ordinaria establezcan excepciones o limitaciones. De allí que sea menester plantearse la cuestión sobre la naturaleza jurídica del llamado *Bono familiar de la vivienda*, a fin de determinar si, en primer lugar, se trata de un derecho. Del examen de la Ley (...) se colige que, en realidad, dicho bono no sólo no constituye un derecho fundamental, y, por ende, el legislador podría constitucionalmente limitar su otorgamiento únicamente a los nacionales que cumplan determinadas características o requisitos -pues no existe un derecho fundamental o humano al otorgamiento de esa ayuda- sino que, además, se trata de un beneficio, no un derecho (...) La exclusión de los extranjeros como posibles beneficiarios es una decisión discrecional del legislador que no resulta contraria a los artículos 19 y 33 constitucional-

> les, ya que no se les está limitando el disfrute de ningún derecho, sino que, simplemente, el legislador determinó que el beneficio en cuestión sólo debía otorgarse a los nacionales, a fin de solucionar, en la medida de lo posible, el problema de vivienda de éstos. (...) Nótese que el beneficio tiene como posibles destinatarios a los costarricenses de escasos recursos, con exclusión de otros nacionales, aún cuando éstos también pudieran tener necesidad de disfrutar de ese bono para obtener una vivienda propia. (...) En caso de que se suprimiera el otorgamiento de dicho bono, no se estaría suprimiendo ningún derecho fundamental, sino únicamente un beneficio social, que si bien como tal es de suma importancia, no por ello deja de ser un acto de liberalidad del Estado, eso sí, en cumplimiento de su obligación de velar por el bien social (sentencia número 1415-99 de 26 de febrero de 1999).

IV. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD

Similar situación ha ocurrido con el reconocimiento del derecho a la salud, al que desde el primer momento se le ha considerado un derecho fundamental donde no cabe hacer diferencia entre nacionales y extranjeros (sentencias 1280-92 y 1684-91 citadas supra).

La primera sentencia que sirve de ejemplo concreto es la número 6240-93 en la que se afirmó:

> XVI. El derecho a la Salud, como derecho humano, fue reconocido por la Sala en tempranas sentencias, como la Nº 56-90 que declaró ese derecho como irrenunciable; y la sentencia Nº 1755-90 en la que se dijo:
>
> En el presente caso, está de por medio del derecho a la Salud, derecho fundamental del ser humano *en la medida en que la vida depende en gran parte de su respecto* de tal forma que conforme a nuestra Constitución Política, artículos 10 y 48, y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la materia objeto del presente recurso... sí se constituye en objeto de obligado conocimiento de esta instancia, en la medida en que involucra la presunta violación de un derecho constitucional...
>
> De manera que no existe duda sobre la protección constitucional del derecho a la salud jalonado del derecho a la vida y por allí de un derecho al ambiente sano. A manera de ilustración podemos citar las sentencias 1580-90; 1833-91; 2362-91; 2728-91; 1297-92; 2233-93; 4894-93; que han reconocido el derecho a la salud y a un ambiente sano, como un derecho individual constitucionalmente protegido (sentencia 6240-93).

En otra sentencia se expone ya explícitamente la naturaleza fundamental del derecho a la salud.

> VIII. En cuanto al derecho a la salud, es importante aprovechar el contexto que nos presenta el caso en estudio para aclarar que, si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa ese derecho -aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste -el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. (...) Si dentro de las extensiones que tiene éste derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades (1915-92 del 22 de julio de 1992).

Otro ejemplo lo presenta la sentencia número 3125-92 en la que se conoció la prohibición de los supermercados de vender sucedáneos para la leche materna, actividad que sólo podían llevar a cabo las farmacias, en ella se consideró.

> V. (...) La protección especial a la infancia debe ser la que le permita al niño crecer y desarrollarse en óptimas e integrales condiciones de la salud, por lo que son prioritarias las medidas que se adopten para brindarle las mejores atenciones pre y post natales, adecuada nutrición y oportuna vigilancia médica, seguridad total y evitar, desde luego, los malos tratos, el abandono y todo tipo conductas que sean nocivas para su formación. En virtud de lo expresado, se concluye que el niño tiene derecho a que el Estado dicte cuantas medidas considere necesarias para que lo proteja adecuadamente, lo que es, desde luego, del más puro *interés público*.

En otra sentencia donde también se solicitaba el reconocimiento del derecho a la salud por parte del Estado, se indicó:

> I. (...) La salud de la población es un bien de interés público y es función esencial del Estado velar por ella, por medio del Ministerio de Salud, (...) El proceso de vacunación de los niños contra enfermedades transmisibles, es parte de ese deber integral del Estado y se regula también por la Ley General de Salud, en los Artículos 147 y siguientes y es precisamente al Estado, por medio del Ministerio de Salud, a quien corresponde hacer las declaraciones de estado de peligro de epidemias, fijar las zonas de peligro y declarar la vacunación obligatoria (...) (sentencia 360-91).

Al relacionar esta tesis expuesta por la Sala en el sentido de considerar indudablemente la salud como un derecho fundamental del ser humano, no puede caber ninguna duda de que por allí se está incluyendo a los extranjeros, pues no podría concebirse una solución distinta con antecedentes tan claros en favor del reconocimiento de los derechos fundamentales de toda persona independientemente de su nacionalidad. Igual sucede cuando se trata de equiparar los derechos fundamentales de los niños, con la ventaja de que se cuenta con la Convención sobre los Derechos del Niño que establece reglas muy claras, útiles parar desterrar cualquier intento de discriminación.

V. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

En una serie de sentencias aisladas, se han analizado las cuestiones relativas a discriminaciones relacionadas con el derecho a la educación de los extranjeros. Por ejemplo en el caso que origina la sentencia número 6098-94 un estudiante extranjero reclama contra la diferencia de precios en los cursos impartidos en la Universidad de Costa Rica, distinción que se hace con fundamento en la calidad de extranjero o nacional. La Sala admite la validez de la diferenciación y señala que se justifica en la necesidad de fortalecer la educación de manera que más costarrricenses puedan ingresar a la universidad. En este caso el acento parece ubicarse en el hecho de que el acceso estaba previsto y que la diferencia de precios era explicable.

No obstante, la reacción fue otra cuando se sometió a discusión una norma que *impedía* el acceso de extranjeros a ciertos colegios (instituciones para niños talentosos). La sentencia hace un extenso análisis del tema de la educación como derecho fundamental para concluir que es incuestionable que el extranjero tiene derecho a disfrutar de él, se dijo en ella:

> III). Ciertamente, el párrafo primero del artículo 19 constitucional, establece que: "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen", lo cual significa que, en lo que al conjunto de derechos fundamentales se refiere, sólo serían válidas las diferencias en-

tre los nacionales y quienes no lo sean, si éstas tienen rango constitucional y legal, y en este último caso, siempre en la medida en que la diferenciación se ajuste plenamente a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que orientan la función legislativa, y por supuesto, en tanto no sea contraria a la dignidad humana. Esta Sala, en desarrollo del contenido de la norma en análisis, ha eliminado por inconstitucionales, una serie de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, cuyo único fundamento lo fue el criterio de la nacionalidad, el cual se ha desechado reiteradamente, como motivo validante de diferenciaciones entre unos y otros. (...)

El Tribunal Constitucional Español, frente a textos constitucionales similares, que permiten hacer excepciones al principio de igualdad entre extranjeros y nacionales aún por ley, en sus sentencias 107-1984 y 115-1987 ha reconocido que las excepciones que se hagan, no pueden significar la desconstitucionalización del derecho de igualdad. (...)

La norma impugnada establece pues, una discriminación irrazonable en perjuicio de los extranjeros, a quienes se les priva del goce del derecho fundamental a la educación científica, únicamente por su condición de extranjeros, y sin que exista no sólo una norma legal, sino un fundamento válido que justifique la diferencia, por lo que debe declararse contraria a los artículos 19, 28 y 33 de la Constitución Política (sentencia 02570-97 del 13 de mayo de 1997).

También la Sala, siguiendo en esto una clara tendencia, ya expuesta en otra oportunidad, dedica espacio para sustentar sus decisiones en la normativa internacional:

VI). Pero además, resulta evidente que la norma impugnada, también lesiona una serie de instrumentos internacionales vigentes en nuestro medio, que tutelan la igualdad de trato de los extranjeros, en relación con los nacionales de todo Estado, en lo que al goce de las libertades fundamentales -como la educación- se refiere; (...)

VII). Resulta evidente pues, que tanto nuestra Constitución Política, en su texto expreso, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en el país, impiden al Estado costarricense establecer, en perjuicio de los extranjeros que habiten en nuestro país, restricciones irrazonables al ejercicio de los derechos fundamentales, con las únicas excepciones que imponga ese marco fundamental, o las disposiciones legislativas ajustadas a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. (...) (sentencia 2570-97 de 13 de mayo de 1997).

Por último, debe hacerse mención de otra sentencia, la número 08857-98, donde se refuerza la tesis antes expuesta y como punto relevante, se agrega la Convención Sobre los Derechos del niño, al marco normativo aplicable a estos casos, en el entendido que dichas disposiciones son de aplicación indiscriminada tanto a nacionales como a los extranjeros que viven en nuestro país.

En el caso, se reclamaba contra una disposición que impedía a los menores extranjeros acceder a los llamados *bonos Escolares*, una forma de subsidio para el estudio, a cargo del Estado, y al analizar el punto discutido se consideró:

(...) El artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dispone que el objeto de ésta, es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Sala estima que en desarrollo de estos principios, debe acudir, básicamente a los instrumentos internacionales de protección al niño para resolver el caso concreto. En consecuencia y por la importancia para el caso, resulta necesario transcribir el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley Nº 7184 del 18 de julio de 1990 (...).

Costa Rica como Estado firmante de esa Convención, quedó obligado a dar cumplimiento a todas sus disposiciones, en procura de alcanzar los fines y propósitos de proteger adecuadamente a la infancia y desde este punto de vista, resulta imprescindible, entonces, examinar el contenido del artículo 2 de la misma, al disponer textualmente:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, de las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Resulta para la Sala particularmente claro que esta norma, de gran contenido proteccionista, en los términos propios de la Convención, está destinada a todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado que la ha aprobado, sin distinción de ninguna clase, lo que quiere decir, en estricto sentido jurídico, que cualquier infante que se encuentre en territorio de la República, es sujeto activo de todos los beneficios de la Convención. Es absolutamente claro que el país puede aplicar las políticas legislativas plasmadas en las leyes de migración, para restringir el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio, a reserva de que sean disposiciones razonables y proporcionadas; pero ello no desdice el hecho incuestionable que en tanto el menor esté bajo su jurisdicción, bajo cualquier status migratorio, deba protegérsele en toda la intensidad que la Convención prevé. Desde esta óptica, las normas cuestionadas resultan inconstitucionales, por violación directa del artículo 2 de la Convención del Niño.

Salta a la vista el pleno compromiso con la protección de los derechos de los niños, que se da en esta sentencia. Además, resulta importante destacar un punto de quizás de mucha relevancia que a primera vista puede pasar desapercibido y es el hecho de que la igualación en derecho fundamentales entre nacionales y extranjeros incluya no ya simplemente derechos fundamentales de los llamados *de abstención* por parte del Estado, sino también los que, como en este caso exigen una actividad suya, tal como es el subsidio de estudio para personas que no requieran, con prescindencia de su estatus de nacionales o extranjeros.

VI. CONCLUSIONES

He tratado de ilustrar la forma en que la Sala Constitucional de mi país, ha afrontado -a mi juicio con responsabilidad y en no pocos casos en contra de un sentimiento de cierta animadversión ciudadana para con el extranjero- un tema realmente difícil e incómodo como el de los derechos de personas en esa condición. Las premisas para una visión favorable hacia el respeto de sus derechos como seres humanos, no son las óptimas, pero sin embargo, sostengo que no puede la Sala, dada su función principal como protectora de derechos fundamentales, desentenderse del tema o peor aún tomar una cómoda posición a favor de la corriente, desapegada de la dura realidad que viven (o en muchos casos sufren) los extranjeros. Mal haríamos en tal caso porque habríamos desoído una clara regla moral y las normas de derecho internacional, con las que nos hemos comprometido ante el concierto de las naciones, que garantizan un trato igual y de alto contenido humano en favor de los no nacionales, en los que se ordena lo contrario y entonces, ¿qué cuentas podríamos dar?.

§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA

José Bermejo Vera
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Zaragoza, España

I. INTRODUCCIÓN

Las actividades físico-deportivas, abundantes y variadas, vienen considerándose desde hace bastante tiempo como una evidente y reconocida manifestación del progreso de nuestras sociedades. El fenómeno deportivo, en general, ha adquirido en nuestra época una gran dimensión. Hoy, el deporte es fundamental en el sistema de vida de los ciudadanos de todo el mundo, y ha alcanzado un alto grado de participación humana, de forma que las fronteras estatales no constituyen un obstáculo, sino que, por el contrario, favorecen las relaciones entre los diferentes países del mundo.

Estas actividades deportivas se desarrollan de distintas formas. La práctica activa de las personas, de manera individualizada o en grupo, con o sin competición oficial, de modo aficionado o profesional y hasta el simple espectador de los distintos eventos deportivos, constituyen un objetivo más del Derecho, no sólo porque *las reglas* sistemáticas, justas y precisas, han sido consustanciales desde la aparición de las primeras manifestaciones deportivas -en competición organizada o no-, sino porque la ordenación de los fenómenos sociales es imprescindible. La acción de los poderes públicos resulta entonces necesaria, como ha ocurrido en tantos otros sectores de la vida social, porque es imposible desentenderse de las consecuencias o efectos de un fenómeno tan complejo que requiere una eficaz y justa ordenación. Esta acción pública ha de enmarcarse, sin duda, en leyes de esa naturaleza.

Así lo entendió pronto el Legislador español (Ley de 31 de marzo de 1980), poco después de aprobarse la nueva Constitución española de 1978. Diez años después, la nueva Ley de 15 de octubre de 1990 demostró el dinamismo de la acción pública y del deporte formulando algunos planteamientos para acoger los nuevos fenómenos que habían comenzado a irrumpir en el ámbito del deporte.

Esta asombrosa capacidad de reacción del Poder legislativo español ante los fenómenos deportivos se inscribe en el marco de cierta tendencia de algunos Estados europeos a formalizar legalmente la intervención de los Poderes públicos en el deporte. Francia es un buen ejemplo, a través de su pionera Ley de 29 de octubre de 1975 que mostró un modelo de corresponsabilidad entre el sector privado y el sector público para la organización y gestión del deporte. Conviene subrayar que los Estados, a través de sus distintas Administraciones -España, desde luego-, siempre intervinieron de algún modo en la ordenación de las actividades deportivas, aunque no fuese a través de normas legales, ni mucho menos como una demostración de inquietud por el desarrollo del deporte sino, fundamentalmente, por motivos de control del orden público en los espectáculos deportivos.

En España, la primera *Ley* deportiva, como tal, se promulgó en 1961. Se pretendía entonces generalizar el ejercicio de la educación física y del deporte en la escuela y en la sociedad, con fines políticos, a través de una ley, cuyos planteamientos básicos respetaban las fórmulas de la tradición jurídico-deportiva internacional, rigurosamente alineadas con el llamado *Movimiento olímpico*. En el texto de aquella Ley, por ejemplo, figuraba un precepto -en la práctica, columna vertebral del ordenamiento olímpico- que encomendaba a la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes (órgano del llamado *Movimiento Nacional*, entonces partido político único en España) el ejercicio de la función disciplinaria deportiva. La represión de las infracciones a los reglamentos del deporte, y la resolución, en última y definitiva instancia, de todas las controversias y diferencias que surgieran entre los deportistas y las asociaciones o entidades deportivas o entre cualquiera de ellas y terceras personas, correspondía aquél órgano cuando afectasen a la educación física y al deporte, incluyendo *una terminante prohibición de acudir a los Tribunales de Justicia*, bajo la amenaza de perder la licencia federativa y todos los demás derechos inherentes al deportista. Esta regla que tiene su origen y justificación en la Carta Olímpica y en algunos Estatutos de las Federaciones Internacionales integradas en el Comité Olímpico Internacional, fue eliminada drásticamente por la Ley de 1990, como diré más adelante.

Las posibilidades de acceso a la Jurisdicción penal nunca han faltado en el deporte, pues este cauce judicial ha sido *universal* y objetivo, en cuando Código unificado de tipificación de delitos y faltas, cualquiera que fuese la condición de los infractores. Pero ya en los comienzos de los años 70, se puso en cuestión la eficacia y validez general de semejante prohibición, que, en realidad, operaba como una cláusula de exclusión o exención jurisdiccional.

En efecto, una Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1972, (conocida como *caso Mendoza*) dictada en *vía laboral* y de un recurso de casación por infracción de ley, anuló otra de un Juez de lo laboral (o social) que se había declarado incompetente para resolver una reclamación de retribuciones por parte de un jugador de fútbol profesional formulada contra el Club que había contratado sus servicios. Esta decisión judicial abrió la puerta de la *laboralización* de muchos deportistas, consumada después con el reconocimiento de las normas estatales e incluso del *Olimpismo* y asumida con toda normalidad -y los efectos bien conocidos- por el Tribunal europeo de Justicia en 1995 (*Asunto Bosman*).

Otra importante Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 1975 (*caso Tornos*), de lo Contencioso-Administrativo, resolvió un recurso interpuesto -infringiendo deliberadamente aquella prohibición de acudir a los Tribunales ordinarios de Justicia-, por un deportista típico que fue eliminado del Campeonato de España de *doma de caballos*. En esa ocasión, y por primera vez, el Tribunal Supremo admitió el recurso del deportista, negando simultáneamente validez al aludido precepto que lo prohibía, sencillamente porque, según el Tribunal español, esa regla no era válida en nuestro Ordenamiento jurídico. Ambas Sentencias -y otras similares- abrieron los ojos de muchos deportistas y Clubes o Entidades deportivas que, hasta entonces, no se atrevían a acudir ante los Tribunales de Justicia para reclamar contra las decisiones de las Federaciones Deportivas, por temor a perder sus licencias federativas e incluso la condición de deportistas. Posteriormente, aunque tímidamente, la Ley General de la Cultura Física y del Deporte de 31 de marzo de 1980 estableció las bases actuales de la *intervención* de los Poderes públicos en la ordenación y transformación de la organización y estructuras de las actividades deportivas, porque creó un Comité Superior de Disciplina

Deportiva, órgano administrativo dotado de cierta independencia *funcional* para resolver las cuestiones de disciplina deportiva, abriendo la posibilidad de recurso posterior ante los Tribunales de Justicia. He aquí un fenómeno novedoso, ratificado y reforzado en la Ley del deporte de 1990, que quebró la prohibición absolutamente incompatible con el texto de la Constitución de 1978, en concreto, con el art. 24 que garantiza el derecho de todos los ciudadanos, sin exclusiones, a la tutela judicial efectiva. Asimismo, se puso la primera piedra del modelo que corresponsabilizaba al sector público y al sector privado en el deporte, centrado fundamentalmente en la fórmula de la *delegación de funciones públicas* en los agentes colaboradores de la Administración.

Hay que advertir, no obstante, que el Ordenamiento deportivo español es relativamente complejo como consecuencia -más tarde se explicará- de las leyes del deporte promulgadas por las 17 Comunidades autónomas españolas. Pero, posiblemente, el vigor y la tradición de las estructuras organizativas supranacionales del deporte, combinados con una actitud tolerante o no demasiado beligerante entre el Estado y las Comunidades Autónomas en este terreno ha aconsejado cierta prudencia en los planteamientos *intervencionistas* de unas y otras leyes sobre el deporte. También, sin duda, el *modelo* (lo cual no es igual a *modélico*) de la Ley estatal del Deporte ha cuajado por el momento y ha sido recogido, con matices, en la legislación autonómica. De ello hablaremos luego.

Estos planteamientos legales coinciden en corresponsabilizar a los sectores públicos y privados en el desarrollo del deporte, a través de una ingeniosa fórmula de la "delegación de funciones públicas de carácter administrativo en Entidades privadas, las Federaciones Deportivas", que se convierten así en "agentes colaboradores de la Administración". Para explicar este modelo, conviene justificar, en primer término, cuál es la cobertura constitucional -y el alcance y límites- de la intervención de los Poderes públicos españoles sobre el fenómeno deportivo.

II. INTERVENCIONISMO LEGAL DERIVADO DE LA OBLIGACIÓN DE FOMENTAR EL DEPORTE

La Constitución española de 1978 estableció unos *principios rectores de la política social y económica* (arts. 39-50), imponiendo a todos los Poderes públicos la obligación de *fomentar*, entre otras actividades y sectores sociales, *el deporte* (artículo 43). Por supuesto, se trata de un auténtico *mandato*, y no de una simple *recomendación*, que alcanza a todos los Poderes públicos y, en consecuencia, también a *los* distintos Poderes legislativos. Es necesario utilizar aquí el plural porque las Comunidades Autónomas del Estado español poseen también capacidad legislativa y, por ello, resulta imprescindible delimitar las competencias del Poder legislativo estatal y de los Poderes autonómicos, tal y como veremos después. Pero vale la pena insistir en que estos principios rectores de la política social y económica son verdaderos mandatos constitucionales y no simples manifestaciones de conveniencia, oportunidad u ornato. El Tribunal Supremo español, invocando al Tribunal Supremo de los U.S.A., afirmó que estos *principios* no tienen un valor meramente programático, esto es, "no son adagios gastados por el tiempo, ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación (...) como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos...". (Véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1986).

Pues bien, aunque la Constitución de 1978, como hemos dicho, utiliza con referencia al deporte la palabra *fomento* (o también la de *promoción*, en su art. 148.1.19), la doctrina mayoritaria y también la jurisprudencia de los Tribunales han tenido que reconocer que tales términos o vocablos son expresión de un concepto jurídico que abre la posibilidad de que los Poderes públicos, además de estímulos económicos al sector privado, establezcan funciones de prestación o servicios de carácter público. Es cierto, no obstante, que la expresión *fomento* o *promoción* ha servido en Derecho clásico para identificar las técnicas administrativas de estímulo, positivo o incluso negativo, por ejemplo, las ayudas económicas o subvenciones, los premios, los títulos honoríficos, etc. dirigidas, predominantemente, a satisfacer indirectamente determinados objetivos previamente fijados como de *interés general*. Ese significado tradicional animó a abundantes sectores del mundo del deporte y también a algunos autores a mantener el criterio de que *fomentar* significa solamente que las Administraciones públicas ayuden económicamente a los particulares a realizar sus propios objetivos. Esta interpretación impediría el *intervencionismo* de los Poderes públicos sobre el deporte, más allá del otorgamiento de subvenciones públicas. Pero el Tribunal Constitucional español zanjó muy pronto esa polémica, pues, aunque con referencia al *fomento de la cultura* (que figura en el vecino art. 44 de la Constitución) señaló rotundamente:

> ...allí donde vive una comunidad, hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que, entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo, puede comprenderse dentro de fomento de la cultura… (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1984).

Pocos años después, y más claramente, el Tribunal Constitucional reiteró esa interpretación al aludir al *fomento* de la investigación científica y técnica, afirmando con notoria expresividad:

> ...No resulta en absoluto convincente la tesis de que el fomento (...), dado su contenido, circunscriba la competencia estatal -y, en su caso, la autonómica- al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades (...) privadas, a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas honoríficas y similares, excluyendo, como contrapuesta, aquellas otras acciones directa de intervención consistentes en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades (...), sino que la señalada expresión engloba a todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de (...), entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y centros dedicados al desarrollo y divulgación de la investigación ... (Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1992).

Por otro lado, y con alusión específica a la competencia del Poder público (de las Comunidades Autónomas) sobre el deporte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de abril de 1997, expresó de forma tajante lo siguiente:

> ... Esto significa que la competencia autonómica en la materia es omnicomprensiva de todos los aspectos referidos al deporte, tanto el de fomento, como el de su ordenación y regulación.

En otras palabras, el deber de *fomentar* una determinada actividad o proyecto no consiste solamente en la obligación de los Poderes públicos de distribuir fondos públicos entre las personas o entidades, organizaciones y demás estructuras o asociaciones deportivas privadas, sino una posibilidad de dar prestaciones o establecer y organizar directamente funciones o servicios de carácter público vinculados a objetivos deportivos.

La interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles ha permitido superar, en cierto modo, ese mito injustificado sobre *privaticidad* incuestionable del *mundo* del deporte y la consiguiente inviabilidad de la intervención pública.

En el fondo, la tutela y control, de las Administraciones públicas los Poderes públicos idóneos- sobre algunas vertientes del deporte, previstos y *formalizados* normativamente, esto es, expresados en mandatos del Poder legislativo, resulta mucho más recomendable que esos otros *métodos* de intervencionismo clásico que permitían a los Ejecutivos dirigir y condicionar la *libre* actuación de las Federaciones y demás agentes deportivos.

Aun así, se suele descalificar el legítimo *intervencionismo* de los Poderes públicos en la actividad deportiva, utilizando un tomo despectivo, salvo, naturalmente, en lo que concierne a la asignación de fondos públicos, sencillamente porque éstos son indispensables para la economía de las organizaciones y estructuras deportivas privadas. Pero se olvida con frecuencia que estos métodos o fórmulas de *dirigismo* político y económico, se practicaban sin sujeción a norma y permitían a los poderes públicos las organizaciones privadas del deporte. Este tipo de *dirigismo* debe considerarse mucho peor que el *intervencionismo legal*, porque, mientras éste resulta constitucional y legítimo, aquéllos no son compatibles con los postulados básicos de un Estado de Derecho.

Por otra parte, hace bastante tiempo, el gran sociólogo belga Jean Meynaud, advirtió que, "habida cuenta de la totalidad de funciones y responsabilidades socioeconómicas asumidas por el Estado moderno, sería poco razonable negar a las autoridades todo derecho de control y toda facultad de impulso en esta esfera (-la del deporte-), por cuanto resulta inadmisible limitar su papel, como quisieran muchos grupos deportivos, al de simple dispensador de subvenciones financieras a título de fondo perdido", lo que, en el fondo, significa aplaudir la intervención del Legislador a la hora de ordenar y encauzar las diferentes dimensiones del fenómeno deportivo.

En el caso español, los poderes legislativos -tanto el estatal como los autonómicos- han sido bastante sensibles respecto de las inquietudes y necesidades deportivas de nuestra sociedad, estableciendo formas de organización o encauzamiento del sector del deporte que pueden valorarse muy positivamente. Podríamos sintetizarlas del siguiente modo: el Legislador, en el ámbito de sus competencias, reconoce y acepta el origen, la tradición y la experiencia del *sector privado* del deporte, pero no abdica de la misión que le encomienda la Constitución y, en su cumplimiento, crea las fórmulas de *corresponsabilización* entre el sector público y el privado que se han revelado eficaces y válidas, diferenciando, en lo posible y en lo recomendable, el régimen de la práctica deportiva, competicional o no competicional, de los ciudadanos en beneficio de su salud física y mental y el régimen del deporte *mercantilizado*.

III. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS SOBRE EL DEPORTE

Como es perfectamente sabido, el Ordenamiento deportivo español constituye un todo en el que las diferentes piezas deben encajar perfectamente. El Estado de las Autonomías surgido de la transición política de los años 1976-77, ha sido plasmado en el Título VIII (arts. 137 a 158) de la Constitución española de 1978. Pero su organización resulta muy compleja y ha provocado situaciones de conflictividad en lo que se refiere a la titularidad y al ejercicio de las funciones normativas y ejecutivas de los diferentes Poderes Públicos en cualquier sector de la vida social.

Uno de los aspectos más negativos de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas españolas es, quizás, la inexplicable ausencia de mención de algunas *materias* -o ámbitos de intervención del Poder público- en el art. 149 del texto constitucional, precepto que reserva al Estado las competencias *exclusivas*, es decir, las que se atribuyen al Estado o, si se prefiere, aquéllas en las que no pueden desempeñar papel alguno -salvo transferencias o delegaciones- las Comunidades Autónomas. Pues bien, una de estas notorias ausencias me parece que es la del deporte, pues nada se dice en el artículo 149 sobre este ámbito o sector. Como el artículo 149.3 de la Constitución española permitió que las Comunidades Autónomas asumieran en sus Estatutos las competencias sobre lo que no se atribuyó en exclusiva al Estado por la Constitución, y como, además, el artículo 148.1.19 abrió la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asumieran competencia sobre *promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*, todos los Estatutos de autonomía incorporaron la *promoción del deporte* (o incluso *el deporte*, así en general) como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Aparentemente, y en primera visión, este planteamiento se convirtió en un grave obstáculo para la deseable formulación de un modelo jurídico uniforme y homogéneo en el deporte.

Por otra parte, también las Entidades locales -al menos, los Municipios y las Provincias-, en ejercicio de su autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 139 y 140 de la Constitución española), están facultadas, y hasta en algunos casos obligadas, para organizar actividad deportiva, limitadas a su propio espacio funcional y territorial. Pero se trata de una intervención de muy distinta naturaleza, en la medida en que las Corporaciones locales carecen en España de *potestad legislativa*, aunque puedan elaborar normas de segundo nivel.

La cuestión que se plantea es, entonces, cómo vertebrar esas diferencias competenciales. Poco después de aprobarse la Constitución de 1978 el Poder Legislativo estatal (Las Cortes Generales), interpretando varios títulos competenciales de los reservados al Estado en el artículo 149, consideró necesario asignar o reconocer a la Administración estatal algunas competencias relativas al deporte, y, por ello, se promulgó la ya citada ley del Deporte de 31 de marzo de 1980. Las Comunidades Autónomas del Estado español no reaccionaron contra aquella ley, es decir, no interpusieron recurso de inconstitucionalidad en defensa de su competencia constitucional, lo cual se interpreto como una prueba del convencimiento de que era bastante razonable recuperar para el Estado la posibilidad de legislar en una materia *olvidada* en el listado de competencias atribuidas en exclusiva al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución y de que se trataba de una Ley *prearmonizadora*, vinculada al modelo internacional del deporte. Quiérese decir que, aunque las *leyes de armonización*, previstas en la Constitución española, operan *a posteriori*, incluso en el caso de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, cuando lo requiere el interés general de la Nación (art. 150 de la Constitución) y con el fin de dar uniformidad a las distintas regulaciones de ámbitos o sectores que así lo exijan.

La razón (o motivos) de este planteamiento es bien simple. El deporte no es un sector o materia delimitada, ni fácilmente delimitable, por sus características de *materia poliédrica*. Ya no solamente porque existen varias y muy diferentes modalidades deportivas, tan distantes entre sí como el fútbol, el boxeo, el ciclismo o la colombicultura, sino porque buena parte de las modalidades deportivas pueden ser practicadas en niveles territoriales -internacional, nacional, regional, provincial, etc.- o en ámbitos funcionales y económicos -*profesionales, semiprofesionales, amateur* o *aficionados*, etc.- para cuya

ordenación jurídica pueden y deben utilizarse fórmulas y técnicas razonablemente distintas. Además, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en relación con el significado y la interpretación correcta de la *exclusividad competencial* de las Comunidades Autónomas, siempre ha recordado que *la delimitación del territorio*, exigida en los Estatutos de autonomía (art. 147 de la Constitución), es condición básica para el ejercicio ordinario de sus competencias.

La exposición de motivos o preámbulo de la vigente Ley estatal del Deporte, de 15 de octubre de 1990, constata que el objeto de dicha norma no va más allá del de la ordenación del deporte "de acuerdo con las competencias que corresponden a la Administración del Estado". Por eso, su artículo 2 señala que la Administración del Estado ejercerá las competencias atribuidas por esta Ley y *coordinará* con las Comunidades Autónomas y, en su caso, con las Corporaciones locales, aquellas competencias que puedan afectar, directa y manifiestamente, a los *intereses generales del deporte en el ámbito nacional* (o estatal). La Ley no realiza, por tanto, ninguna operación de redistribución competencial. Pero, hay factores o circunstancias que justifican, según el legislativo estatal, la promulgación de una ley general del Estado, como, por ejemplo, (*sic*) *la faceta competitiva de ámbito estatal e internacional que es inherente al deporte* y la *evidente manifestación cultural* que la actividad deportiva constituye, la *educación*, la *investigación*, la *sanidad*, la *legislación mercantil*, etc. Todos estos títulos competenciales o *materias*, por su eventual relación con algunas facetas del deporte, han proporcionado suficiente cobertura constitucional a la Ley del Estado de 1990.

Pero, además, ya se han promulgado de modo no traumático las leyes de las 17 *Autonomías*. Por orden cronológico, hasta el momento son las siguientes: Castilla y León (Ley de 22 de junio de 1990), Aragón (Ley de 16 de marzo de 1993), Comunidad Valenciana (Ley de 20 de diciembre de 1993), Comunidad de Madrid (Ley de 28 de diciembre de 1994), Asturias (Ley de 29 de diciembre de 1994), Baleares (Ley de 21 de febrero de 1995), La Rioja (Ley de 2 de mayo de 1995), Extremadura (Ley de 6 de abril de 1995), Castilla-La Mancha (Ley de 2 de marzo de 1995), Canarias (Ley de 9 de julio de 1997), Galicia (Ley de 22 de agosto de 1997), País Vasco (11 de junio de 1998), Andalucía (Ley de 14 de diciembre de 1998), Cataluña (Ley de 31 de julio de 2000), Cantabria (Ley de 3 de julio de 2000), Murcia (Ley de 12 de julio de 2000) y Navarra (Ley de 5 de julio de 2001). Puede afirmarse, sin duda, que los principales fenómenos que irrumpieron en la ordenación del deporte con la Ley estatal de 1990 han calado -y profundamente- en los modelos deportivos autonómicos. Gran parte, por tanto, de las explicaciones que van a aportarse aquí, servirían perfectamente en una exégesis y análisis de cada una de las Leyes deportivas de las Comunidades Autónomas españolas.

IV. EL MODELO DEPORTIVO ESTATAL: LA FÓRMULA DE DELEGACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS EN LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS

Partiendo de los principios básico ya expuestos, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte (modificada parcialmente en 1998) plantea, fundamentalmente, las competencias y funciones de la Administración pública del deporte, la definición, clasificación y requisitos del *asociacionismo* deportivo, el deporte de alto nivel, el régimen de las *titulaciones deportivas*, el control, vigilancia y represión del dopaje y la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, la regulación básica de la disciplina deportiva y la conciliación extrajudicial en el deporte.

1. La organización administrativa estatal

La organización administrativa para el deporte se concentra en el *Consejo Superior de Deportes*. Este Organismo de derecho público ha asumido las competencias que el Legislador atribuye al Estado. Se encuentra adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y tiene como tareas fundamentales las siguientes:

a) Autorizar la constitución de Federaciones Deportivas españolas, y aprobar sus Estatutos y Reglamentos;

b) Reconocer la existencia de modalidades deportivas específicas;

c) Asignar fondos públicos a las Federaciones y demás asociaciones deportivas;

d) Controlar el desarrollo de las competiciones deportivas oficiales de carácter internacional y la participación de las Selecciones deportivas españolas en dichas competiciones;

e) Controlar la aplicación de la Ley estatal del Deporte y las normas que la desarrollan;

f) Coordinar, colaborar y cooperar con las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y las Federaciones Deportivas Españolas en la promoción del deporte, fundamentalmente en lo que se refiere a la construcción de instalaciones y equipamientos deportivos, las medidas de prevención y represión del *doping* y el reparto de fondos públicos;

g) Calificar las competiciones oficiales de ámbito estatal de carácter profesional y autorizar la inscripción registral de las Sociedades Anónimas Deportivas y controlar la adquisición o enajenación de participaciones significativas en su accionariado. (Real Decreto de 22 de febrero de 1999, sobre estructura orgánica y funciones del Consejo Superior de Deportes).

Del Consejo Superior de Deportes depende orgánicamente el *Comité Español de Disciplina Deportiva*, órgano colegiado independiente en su función, que resuelve definitivamente en vía administrativa todas las cuestiones de aplicación del *régimen disciplinario deportivo*. La disciplina en el deporte se considera función pública, a partir de las leyes de 1980 y 1990, por sus repercusiones dentro y fuera del estricto marco del deporte y las resoluciones del Comité Español (o de sus homólogos autonómicos) son controlados por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En las diferentes Comunidades Autónomas se han constituido órganos, semejantes para la organización y aplicación de la disciplina deportiva.

2. El asociacionismo deportivo

El respeto y reconocimiento de la iniciativa social y privada en el deporte se pone de relieve en la regulación del *asociacionismo* deportivo, fundamentalmente de los *Clubes*, la forma típica y clásica en todo el mundo de los grupos o asociaciones deportivas.

Se clasifican las Asociaciones deportivas, *a los efectos de la ley*, en Clubes, Agrupaciones de clubes de ámbito estatal, Entes de promoción deportiva de ámbito estatal, Ligas Profesionales y Federaciones Deportivas españolas. A su vez, los Clubes, se diferencian en Clubes deportivos elementales, Clubes deportivos básicos y Sociedades Anónimas Deportivas. Todas las asociaciones deportivas están caracterizadas como estructuras privadas que integran personas físicas o jurídicas y tienen por objeto la pro-

moción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por los asociados y/o la participación en actividades y competiciones deportivas. En el mismo nivel que los Clubes se integran las *Entidades públicas o privadas*, legalmente configuradas, cuando pretenden desarrollar *actividades deportivas de carácter accesorio en relación con su objeto principal.*

En buena parte de las leyes autonómicas -no en todas-, se ha seguido este mismo modelo. En otras Comunidades Autónomas se ha considerado oportuno regular un *modelo único de Club*, permitiendo, desde luego, que se incorporen al sector del deporte de competición Entidades no estrictamente dedicadas a la actividad deportiva.

Las *Agrupaciones de clubes de ámbito estatal* son asociaciones de ámbito estatal e implantación supraautonómica, que tienen por objeto exclusivo la promoción, el desarrollo y gestión de actividades de carácter deportivo no identificables con modalidades y actividades contempladas por las Federaciones Deportivas, la figura fundamental en este ámbito. Las Agrupaciones de Clubes de ámbito estatal están llamadas a solucionar el problema transitorio de la constitución de una Federación Deportiva Española.

Los *Entes de Promoción Deportiva* son grupos asociativos de "promoción y organización de actividades físicas y deportivas *con finalidades lúdicas, formativas o sociales*", lo que parece aludir a la práctica de modalidades deportivas en un plano o nivel *no estrictamente competitivo* que evoca más bien una especie de *organización oficial deportiva paralela.*

También estas fórmulas asociativas existen en prácticamente todas las leyes autonómicas, aunque, lógicamente, limitadas en cuanto a su operatividad a su ámbito funcional y territorial.

Conviene subrayar dos cuestiones en relación con esta clasificación asociativa. En primer lugar, la clasificación se hace *a los efectos de la Ley*. No se trata de una imposición de sus principios o preceptos, sino la necesidad de ordenar el fenómeno deportivo desde la consideración de la *libertad y la voluntariedad*, de modo que las previsiones de la Ley sólo serán aplicables a quienes libre y voluntariamente se incorporen al *mundo* organizado del deporte. En segundo lugar, todas estas asociaciones tienen una base común, constituida por su conexión incuestionable con el género de las asociaciones, lo que nos obliga a analizar brevemente si los postulados de la Ley respetan el contenido esencial del derecho fundamental de asociación que garantiza, como casi todas, nuestra Constitución española de 1978.

La Constitución Española se presenta, en efecto, como la fuente normativa primaria del régimen jurídico básico de las asociaciones. El derecho de asociación, regulado en su art. 22, es uno de los considerados *derechos fundamentales* y quizás también uno de los más firmes soportes del Estado de derecho, social y democrático. El citado precepto constitucional reconoce y garantiza la libertad de asociación, salvo para formar asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, y prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. La interpretación que conduce a la aplicabilidad inmediata e incondicionada de ese precepto no puede ser aceptada en términos absolutos, sin algunas importantes reservas, pues, de ser así, el modelo normativo anteriormente descrito podría considerarse contrario al texto constitucional.

Las normas básicas reguladoras del asociacionismo deportivo tienen rango de Ley ordinaria, pero no de *Ley orgánica*, que, según establece la Constitución española, es la norma legal necesaria para desarrollar todos los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 53 y 81 del texto constitucional español). Se ha dicho, por ello, que para

la regulación de las distintas clases de asociaciones, incluidas las deportivas, sería necesaria una ley orgánica. En la actualidad, muy recientemente se ha promulgado una Ley Orgánica de Asociaciones de 22 de marzo de 2002 que desarrolla el art. 22 de la Constitución. La naturaleza y finalidad de todos los derechos fundamentales (y entre ellos el de asociación, contemplado en su art. 22) han exigido que el desarrollo de las condiciones de ejercicio y el control de las actuaciones de la Administración se realice mediante esta Ley. Una rigurosa interpretación del derecho fundamental de asociación, que alcanzaría, al menos en sus aspectos básicos o nucleares, a las asociaciones formadas para fines específicos, es decir, también a las asociaciones deportivas, recomienda la regulación mediante la precitada Ley orgánica, con lo que ya se ha salvado, en parte, el problema. De todos modos, el Tribunal Constitucional español (Sentencias de 13 de febrero de 1981, 16 de marzo de 1981 y 8 de abril de 1981) aclaró inmediatamente las cuestiones siguientes:

a) la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales requiere, desde luego, siempre una norma de rango legal;

b) la Ley orgánica es sólo necesaria en los supuestos que contiene el artículo 81 del texto constitucional y, aun en estos casos, no se excluye la posibilidad de que las Leyes ordinarias incidan sobre la regulación de tipos específicos de asociaciones;

c) también las normas de rango reglamentario pueden ser instrumentos legítimos o válidos para regular, como complemento, determinados aspectos relacionados con los derechos fundamentales cuyo núcleo o contenido esencial se reserva a la regulación de las leyes orgánicas.

En definitiva, es habitual que las Leyes ordinarias, tanto estatales como autonómicas, incidan sobre diversos aspectos generales y particulares de los tipos asociativos, sin que hasta el momento se hayan puesto en cuestión, por este motivo, como así sucede con las *asociaciones de consumidores y usuarios*, las *agrupaciones de ciudadanos residentes fuera del territorio autonómico*, las *asociaciones juveniles*, *asociaciones de iniciativa social*, las *asociaciones de vecinos* y otras semejantes.

3. Las Federaciones Deportivas

Ahora bien, la figura principal de este fenómeno asociativo deportivo está representada por *las Federaciones*. Como venía siendo tradicional en el mundo del deporte, las asociaciones deportivas de primer grado -los Clubes- se integran en *asociaciones de segundo grado* o *Federaciones Deportivas*, Entidades u organizaciones de base privada que, por sus especiales características, colaboran en el desempeño de una tarea pública tal y como se ha definido por la Ley en el momento actual. Efectivamente, las leyes señalan expresamente que las Federaciones Deportivas -Españolas y autonómicas- *ejercen*, por delegación estatal -o de la Comunidad Autónoma, en el caso de las Federaciones Deportivas Autonómicas- *funciones públicas de carácter administrativo*. ¿Qué significa esto y qué modo de vertebración es éste y a donde se dirige?

Las *Federaciones Deportivas Españolas* son "entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte" (art. 30 de la Ley estatal del

Deporte). A su nivel, igual ocurre con las Federaciones Deportivas autonómicas. La naturaleza jurídica de estas entidades personificadas, esto es, la interpretación de su carácter público o privado, se ha convertido en una cuestión importante y muy discutida, porque de ello depende el régimen jurídico aplicable y el control de sus actuaciones.

Hay posiciones contrapuestas en la doctrina jurídica, al igual que ha ocurrido en otros países -especialmente en Francia, y también en Italia por otros motivos-, pero parece claro que una asociación integrada o constituida a su vez, sólo por asociaciones *privadas* no puede tener otra calificación que la de Entidad de naturaleza jurídico-privada, salvo que expresamente lo disponga de otro modo la Ley. Y así lo hace, como hemos visto, el art. 30 de la Ley de 1990, cuando encomienda a las Federaciones Deportivas la realización de funciones públicas de carácter administrativo y las considera incluso *agentes colaboradores de la Administración*.

Esta técnica es perfectamente conocida, al menos, en el Ordenamiento jurídico europeo. Se trata de fórmulas por las que el Poder legislativo delega directamente el ejercicio de determinadas funciones públicas de carácter administrativo a Entidades particulares, sin que éstas deban perder por ello su naturaleza jurídico-privada, ni, mucho menos, se conviertan en Administraciones públicas. Las finalidades u objetivos de esta atribución o delegación de funciones públicas en sujetos privados responden a causas muy diferentes, pudiendo obedecer a razones de tipo histórico, insuficiencias estructurales u organizativas de los poderes públicos u otras más complejas, pero siempre se han considerado admisibles en los ordenamientos jurídicos para articular la colaboración o contribución de los particulares -en definitiva, haciéndose corresponsables- en el ejercicio de típicos servicios, funciones o actividades públicas o, sencillamente, de relevante interés público.

Así las cosas, no resulta tan extraño entender el fenómeno por el que el Estado, renuncia al montaje de estructuras organizativas de nuevo cuño y aprovecha las estructuras y organizaciones privadas existentes tradicionalmente, encomendándoles el ejercicio, aunque no la titularidad, de algunas funciones, así como la financiación necesaria para llevarlas a cabo, y reservándose determinadas competencias de control para verificar que esa gestión o ejercicio se acomodan a las exigencias del Derecho público.

Puede decirse, por lo tanto, que las Federaciones Deportivas Españolas son asociaciones *de configuración legal*, pues, a diferencia de los Clubes, se constituyen con autorización previa y preceptiva del Consejo Superior de Deportes que, además, aprueba sus Estatutos. A tal efecto existen varios criterios bajo los que se autorizan o deniegan las federaciones, como por ejemplo, la existencia de Federaciones Internacionales reconocidas por el Comité Internacional Olímpico (C.I.O.), el interés deportivo nacional o internacional de la modalidad y su implantación real en el país, así como la viabilidad económica de la Federación proyectada. Por supuesto, también es obligatoria la inscripción de las Federaciones -estatal o autonómico, según los ámbitos- en el Registro de Asociaciones Deportivas.

Teniendo en cuenta de la importancia de su misión, la Ley (arts. 33 y 34) dispone que *no puede constituirse más que una sola Federación para cada modalidad deportiva* (Ein-Platz Prinzip), en la terminología alemana. Este *monopolio* de la modalidad deportiva correspondiente es esencial en el mundo del deporte y, salvo alguna excepción, así está contemplado en el plano internacional. De este modo, las Federaciones Deportivas ostentan la representación del Estado español en las actividades y competiciones internacionales.

Bajo la *coordinación y tutela* del Consejo Superior de Deportes, las Federaciones regulan su estructura interna y funcionamiento a través de sus propios Estatutos elaborados de conformidad con principios democráticos y representativos. En las Federaciones Deportivas Españolas *deben* estar integradas las Federaciones de ámbito autonómico, si sus miembros quieren participar en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o internacional. En este caso, los presidentes de las Federaciones autonómicas forman parte de la Asamblea General de las Federaciones Españolas y las representan en la respectiva Comunidad Autónoma.

4. Las Ligas Profesionales

Sin embargo, conviene resaltar que existen Ligas Profesionales formando parte de las Federaciones, pero para la gestión y organización de las competiciones de ámbito estatal, carácter oficial y *categoría profesional*. Estas Ligas actúan conforme al Derecho privado, con una importante salvedad, pues las Ligas Profesionales ejercen sobre sus integrantes la *potestad disciplinaria deportiva*, lo cual obliga a que el Comité Español de Disciplina Deportiva asuma competencia para resolver las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia (arts. 74.e) y 84 de la Ley estatal del deporte). Obviamente, y sin perjuicio de las especialidades procedimentales y orgánicas que recojan sus Estatutos, las reglas de naturaleza jurídico-pública aplicables en los procedimientos disciplinarios deportivos lo son también en los procedimientos que llevan a cabo las Ligas Profesionales. Sobre este tema volveré luego, al tratar de la *profesionalización* en el deporte.

La Ley estatal del deporte obliga a la *coordinación de las funciones de las Federaciones y de las Ligas* , lo que se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, esto es, mediante la firma de *Convenios*. Ahora bien, si no se llega al Convenio, es decir, si alcanza el acuerdo entre la respectiva Federación y la Liga, el citado Real Decreto (art. 28 y Disposición adicional segunda) impone una serie de reglas, de actuación coordinada, cuyo fracaso obliga a intervenir al Consejo Superior de Deportes.

V. OTROS ÁMBITOS DE CORRESPONSABILIDAD DEPORTIVA

A) Hay en la ley estatal -y también en las leyes deportivas autonómicas- una atención específica al llamado *deporte de alto nivel*, que es catalogado como de interés para el Estado, en tanto que constituye un factor esencial en el desarrollo deportivo, por el estímulo que supone para el fomento del deporte base, en virtud de las exigencias técnicas y científicas de su preparación, y "por su función representativa de España en las pruebas o competiciones deportivas oficiales de carácter internacional". La Ley estatal del Deporte quiso reflejar el vigor del *fenómeno olímpico*, reconociendo y potenciando su existencia. Para tener la cualificación de deportista de alto nivel es preciso figurar en las correspondientes *relaciones elaboradas por el Consejo Superior de Deportes*, de acuerdo con criterios selectivos de carácter objetivo, esto es, de acuerdo con las clasificaciones obtenidas en competiciones o pruebas deportivas internacionales o nacionales y, desde luego, con condiciones especiales de naturaleza técnico-deportiva verificadas por los Organismos competentes. La Administración del Estado (en coordinación con las Comunidades Autónomas) debe adoptar las medidas convenientes o necesarias para

la protección de los deportistas de alto nivel (Real Decreto de 19 de septiembre de 1997). En las Comunidades autónomas, precisamente, se plantean formuladas semejantes para la estimulación y protección de sus deportistas cualificados y representativos de la identidad regionalista o nacionalista.

B) El modelo jurídico-deportivo no ha descuidado introducir reglas básicas sobre el sistema de *enseñanza y los métodos de formación de las personas que se dedican a la dirección y gestión de las actividades deportivas*. La Ley de 1990 reserva al Estado la regulación de las enseñanzas de Técnicos deportivos (condiciones de acceso, programas, directrices y planes de estudio), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 149.1.30 de la Constitución, que atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de títulos académicos y profesionales. Corresponde, pues, al Gobierno de la Nación (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) la competencia para establecer las condiciones de las *titulaciones deportivas* o títulos de Técnicos deportivos, dándoles valor y eficacia en todo el territorio nacional. Ahora bien, la formación concreta de estos Técnicos puede llevarse a cabo en Centros docentes reconocidos por el Estado, pero también por las Comunidades Autónomas (Real Decreto de 19 de diciembre de 1997 y Ordenes ministeriales de 5 y 30 de julio de 1999), lo cual ha sido asumido y regulado en las correspondientes leyes autonómicas del deporte.

C) El Ordenamiento jurídico-deportivo ha previsto un *control serio y riguroso del dopaje* (*doping* en la terminología común) estableciendo instrumentos de lucha y prevención contra el consumo de sustancias prohibidas o el uso de métodos ilegales destinados a aumentar artificialmente el rendimiento de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones. Para garantizar la eficacia de esas medidas se creó una llamada *Comisión Nacional Antidopaje*. Esta Comisión se halla *integrada por representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Federaciones deportivas*, con los objetivos generales de divulgar información, hacer estudios, determinar las competiciones de obligatorio control de dopaje, aprobar las fórmulas del control e incluso colaborar decisivamente en la aplicación de sanciones (Reales Decretos de 16 de febrero de 1996 y de 1 de agosto de 1997). También las leyes autonómicas contienen previsiones al respecto.

D) El intento de *atajar el fenómeno de la violencia en los espectáculos deportivos* se plasma en un rígido cuadro de infracciones nuevas que establece la Ley estatal, en las importantes sanciones aplicables y en las prohibiciones y obligaciones de carácter preventivo que deben cumplir los organizadores de espectáculos deportivos. Una *Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos deportivos* (Real Decreto de 31 de enero de 1992), *integrada también por representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, de las Federaciones deportivas, asociaciones de deportistas y otras personas de prestigio*, se encarga de la promoción e impulso de acciones preventivas, realización de estudios, informes y campañas de divulgación, controles de acceso a estadios, estadística de la violencia, etc. (Real Decreto de 21 de mayo de 1993, que aprueba el Reglamento de la Ley).

VI. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MERCANTILIZACIÓN O PROFESIONALIZACIÓN EN EL DEPORTE

El deporte profesional o *mercantilizado* se articula a través de la figura de las *Sociedades Anónimas Deportivas* (S.A.D.). Esta típica fórmula jurídico-mercantil se impone

obligatoriamente a los Clubes -o sus equipos profesionales-, que participan en las *competiciones deportivas oficiales de carácter profesional* y ámbito estatal que así se califiquen, quedando sometidas a la legislación mercantil de las Sociedades Anónimas, con las especialidades que contiene la Ley del Deporte de 1990, con las importantes modificaciones introducidas en 1998, tendiendo a suprimir especificidades de las S.A.D. para homologarlas cada vez más con las Sociedades anónimas ordinarias (El Real Decreto de 16 de julio de 1999 sobre S.A.D., desarrolla los preceptos de la Ley en esta materia)

La constitución de una S.A.D. es obligatoria, por el momento, en las modalidades deportivas del fútbol (1ª y 2ª división) y baloncesto (liga profesional o ACB). La Ley de 1990 proclamó expresamente la intención de separar la actividad deportiva *amateur* y el deporte-profesional o deporte-espectáculo, cuestión que ya habían abordado otros países -entre ellos, Italia- del entorno político, cultural y jurídico al que pertenece España. Interesa destacar que la transformación de los clubes resulta obligatoria *sólo cuando se consigue el mérito deportivo correspondiente* (es decir, cuando se asciende desde categorías inferiores a la categoría profesional), y se realiza mediante un procedimiento de transformación del antiguo Club deportivo, o a través de la adscripción del equipo profesional y sus recursos económicos a una *nueva* Sociedad Anónima. Por cierto, resulta relevante el *derecho de tanteo y retracto* que tienen los Ayuntamientos, Comunidades Autónomas o Consejo Superior de Deportes *cuando las S.A.D. pretendan vender instalaciones deportivas de su propiedad* cuestión que trata de proteger los equipamientos deportivos y obstaculizar, al máximo, la especulación económico-urbanística. La tendencia general es, sin embargo, aplicar las normas generales de las Sociedades mercantiles, salvo aquellas condiciones propias y necesarias para salvaguardar la pureza de la competición deportiva en que participan.

Como ya adelantábamos, las *Ligas Profesionales* también son las estructuras asociativas de segundo grado, que agrupan o integran a los Clubes o S.A.D que participan en competiciones de tipo profesional. Sin duda, estas "Ligas integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los clubes que participen en dicha competición", pueden considerarse como una organización *patronal* de las Sociedades Anónimas Deportivas (art. 41 Ley del Deporte de 1990).

En cuanto a su posición institucional, no es difícil llegar a la conclusión de que las Ligas son una especie de *federación dentro de la federación*, pues la Ley les atribuye personalidad jurídica y les reconoce "autonomía para su organización interna y funcionamiento", si bien dichas autonomía y personalidad no evita que formen parte necesariamente de la Federación Deportiva Española correspondiente. Como en el caso de las Federaciones, se prohíbe expresamente la existencia de más de una Liga Profesional por modalidad deportiva (y sexo) en el ámbito estatal. Las Ligas Profesionales están obligadas a disponer de normas estatutarias y reglamentarias, precisamente para regular la organización interna y el funcionamiento en relación con la Federación Deportiva Española de la que *forman parte*, -recuérdese lo dicho antes, a propósito de las Federaciones Deportivas-, así como para ordenar y encauzar el ejercicio de las funciones de tutela, control y supervisión sobre sus Sociedades y Clubes integrantes.

La Ley asigna a las Ligas Profesionales las siguientes tareas:

a) Organizar sus *propias* competiciones, en coordinación con la respectiva Federación Deportiva Española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales e internacionales pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.

b) Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la Ley del Deporte.

c) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos previstos en la Ley del Deporte y sus disposiciones de desarrollo.

Finalmente, señalaremos que la actual y creciente mercantilización del deporte en general y, algunas modalidades deportivas, en particular, produce, también, importantes efectos jurídico-laborales. Por supuesto, los deportistas que participan en competiciones de carácter profesional son, en su gran mayoría, *trabajadores* y los Clubes o S.A.D. *empresarios*, ambos sometidos al Estatuto General de los Trabajadores (Un Real Decreto, de 26 de junio de 1985, de desarrollo de dicho Estatuto regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales). Cuando estos deportistas-trabajadores deban acudir obligatoriamente a las Selecciones Nacionales de su respectivo Estado (la ley española lo establece como obligación de los deportistas de las S.A.D. y de los demás Clubes deportivos y lo mismo ocurre con los Estatutos deportivos de UEFA, FIFA y demás Organismos de este tipo) se suspenderá, mientras dura la obligación *-prestación personal obligatoria-* la relación laboral con el Club.

A tal efecto, la integración de España en la Unión Europea y la vigencia de los Tratados de la Unión están provocando muy importantes consecuencias sobre las funciones de las Federaciones, Ligas y Clubes o S.A.D., hasta el punto de que ya son evidentes repercusiones de carácter económico y empresarial, sobre todo en el ámbito de los medios audiovisuales. Recuérdese, además, que el caso *Bosman* abrió las puertas a deportistas comunitarios para integrarse libremente en todas las S.A.D., con los mismos derechos que sus colegas del Estado en que desarrollan su labor profesional-laboral, salvo la posibilidad de formar parte de las Selecciones Nacionales del país en que juegan.

VII. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN DE LOS DEPORTISTAS ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Como ya expusimos en la introducción, desde hace bastante tiempo (cauces penales) y, concretamente, desde 1972 y 1975 (cauces jurisdiccionales laborales y contencioso-administrativos), se encuentran abiertas las vías de recurso judicial para todos los *agentes* -Clubes, jugadores, técnicos, árbitros, etc.- del deporte. Esa *apertura*, sin embargo, fue incompleta, parcial y selectiva. Sólo después de la Constitución española de 1978 han funcionado con normalidad las garantías administrativas y judiciales.

Ahora bien, el nuevo fenómeno de la generalización del acceso a la Justicia, mucho más acentuado en la jurisdicción contencioso-administrativa, como consecuencia de la *publificación* de la actividad deportiva, irrumpe en el deporte precisamente como consecuencia de la aplicación de la técnica de la *delegación de funciones públicas* de carácter administrativo.

Al configurar a las Federaciones como *agentes colaboradores de la Administración*, según vimos, el ejercicio de las funciones públicas que les han sido encomendadas y que están tasadas en la ley directamente, o remitidas a los Reglamentos o incluso delegadas casuísticamente por la Administración pública respectiva: véanse, por ejemplo, en la normativa autonómica, los arts. 49.2,k de la Ley de Navarra y art. 57.2 de la Ley de Baleares, como representativas de estos dos últimos supuestos, se lleva a cabo con un control posterior de la Administración de tutela -estatal o autonómica- y de la Juris-

dicción contencioso-administrativa. Este, y no otro, es el sentido del art. 3.3 del Real Decreto de Federaciones Deportivas Españolas, de 20 de diciembre de 1991, al establecer recurso ante el Consejo Superior de Deportes contra "los actos realizados por las Federaciones deportivas españolas en el ejercicio de las funciones públicas de carácter administrativo..." Y lo mismo, exactamente, ocurre en las Comunidades Autónomas.

Pero todavía más *sui generis* es el supuesto de la potestad disciplinaria o sancionadora en el ámbito del deporte (El Real Decreto de 23 de diciembre de 1992, aprueba el Reglamento de la Ley en la materia de la disciplina deportiva). La Ley de 1990 configuró el marco propio de la *potestad disciplinaria deportiva*, calificándola como función pública y atribuyendo su ejercicio a los propios agentes del deporte (jueces y árbitros, Clubes, Federaciones, etc.). Al mismo tiempo, se estableció un órgano público de revisión de las decisiones disciplinarias adoptadas por aquéllos: el *Comité Español de Disciplina Deportiva* (o los Comités homólogos autonómicos). Ello determina que la Jurisdicción contencioso-administrativa puede revisar cualesquiera resoluciones disciplinarias adoptadas en materia deportiva, lo cual contrasta vivamente con las posiciones restrictivas que mantienen al respecto las Organizaciones del deporte internacional.

Ahora bien, es indudable que esta fórmula permite respetar la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre los artículos 24 y, especialmente, 25 de la Constitución de 1978. Por supuesto, se trata de un régimen disciplinario para las actividades y competiciones deportivas de ámbito estatal, pero el *sistema* se ha incorporado con normalidad al deporte de ámbito autonómico, no solamente porque las Leyes del Deporte de las Comunidades Autónomas han recogido sus líneas básicas, sino porque el modelo de integración de Federaciones Deportivas Españolas y Territoriales (o autonómicas) así lo exige.

En líneas generales, se atribuye a las Federaciones Deportivas la capacidad de precisar en sus Estatutos y Reglamentos un sistema tipificado de infracciones, de acuerdo con las reglas de cada modalidad deportiva, pero distinguiéndolas en función de su gravedad, de las sanciones aplicables, de las causas que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad, de los criterios de proporcionalidad de la sanción, la prohibición de doble sanción por los mismos hechos, la obligación de reconocer y aplicar efectos retroactivos favorables y la prohibición de sancionar por infracciones no tipificadas con anterioridad al momento de comisión de la infracción. En todo caso, la Ley (y su Reglamento) pretenden asegurar un marco mínimo de garantías, estableciendo directamente infracciones y sanciones, así como los principios de los procedimientos disciplinarios, cuyo desarrollo, para adaptarlo a las peculiaridades de las modalidades deportivas correspondientes, corresponde a los Estatutos de las Federaciones Deportivas Españolas. La ejecución de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva corresponde a las Federaciones respectivas.

Como en todos los supuestos precedentemente tratados, las leyes deportivas de las Comunidades Autónomas contienen previsiones detalladas al respecto y respetan este mismo modelo disciplinario. Es más, algunas de ellas han diversificado, con toda razón, las reglas sobre la estricta *disciplina deportiva* (referida a la actividad deportiva en su típico desarrollo) y las que se preven para todo tipo de infracción -previamente tipificada- de los mandatos de Ley del Deporte, fuera del estricto *campo de juego* o competición.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Ed. Cívitas, Madrid 1998.

BERMEJO VERA, José, "El ordenamiento jurídico del deporte" en la *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 62, año 1989.

BERMEJO VERA, José, "El marco jurídico del deporte en España", en la *Revista de Administración Pública*, N° 110, año 1986.

BERMEJO VERA, José, *Constitución y Deporte*, Ed. Tecnos, Madrid 1998

BERMEJO VERA, José (Director) y otros, *Estudio sistemático de la Ley del deporte de Aragón*, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza 1998.

BERMEJO VERA, José (Director) y otros, *Guía Jurídica del Fútbol Aficionado*, Ed. RFEF, Madrid 1998.

BERMEJO VERA, José, Comentario de urgencia a la decisión del Tribunal Europeo adoptada en el "Asunto Bosman", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, N° 5 (1995), pp. 101-106.

CAMPS POVILL, Andreu, *Las Federaciones Deportivas. Régimen jurídico*, Ed. Cívitas, Madrid 1996.

CARRETERO LESTÓN, José Luis, *Derecho del deporte. El nuevo marco legal*, Unisport, Málaga 1992.

CAZORLA PRIETO, Luis. M., *Deporte y Estado*, Ed. Labor, Barcelona 1979

CAZORLA PRIETO, Luis. M., *Las Sociedades Anónimas Deportivas*, Ed. De las Ciencias Sociales, Madrid 1990.

LANDABEREA UNZUETA, Juan A., *El Derecho deportivo en el marco autonómico vasco y estatal*, Ed. Gobierno vasco, Vitoria 1989.

MEIRIM, J.M., *A Federaçao desportiva como sujeito público do sistema desportivo*, Coimbra Editora, Lisboa 2002.

MELO FILHO, Alvaro, *Novo regime jurídico do desporto*, Ed. Brasilia Jurídica, 2001.

PALOMAR OLMEDA, A. (y otros), *Cuestiones actuales del Fútbol profesional*, Ed. RFEF, Madrid 2000.

REAL FERRER, G., *Derecho público del Deporte*, Ed. Cívitas, Madrid 1991.

REMY, Dominique, *Le sport et son droit*, Editions Romillat, París 1991.

SIMON, Gérald, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, L.G.D.J., París 1990.

TEROL GÓMEZ, Ramón, *Las Ligas Profesionales*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998.

VI. LOS DERECHOS AMBIENTALES

§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Fortunato González Cruz
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales
y Locales, Universidad de los Andes, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Constitución Venezolana de 1999 significa un avance respecto de la Constitución de 1961. No podía ser de otra manera cuando a principios de los años 60 el tema ambiental no había ganado aun el terreno que ocupa a fines de la década de los años 90 y comienzos del nuevo siglo. Quizás el avance más importante en estos años en materia de regulación del ambiente ha sido la Conferencia de Río, que colocó el tema en el marco de un organismo internacional y oficializó una doctrina ambiental y ecológica que hasta ese momento era patrimonio difuso de organizaciones no gubernamentales. La preocupación por el ambiente y el equilibro ecológico es uno de los temas globalizados, al comprenderse la interrelación planetaria de los procesos naturales y su afectación por el hombre.

Esta concepción global o integral del tema ambiental es la que acoge la nueva Constitución, por lo cual constituye una base programática del modelo de Estado, un principio político que se manifiesta de diversas maneras en el texto constitucional. De alguna manera el llamado *espíritu de Río* estuvo rondando la Asamblea Nacional Constituyente. Lamentablemente, como sucede con casi todas las materias que fueron incluidas en la nueva Constitución, hay incoherencias que son el producto de la improvisación, de la carrera y de la ignorancia.

El Derecho como forma solemne de consagración de las normas de convivencia social tiene hoy más fuerza que nunca. El Estado Moderno se sustenta sobre tres principios que expone con propiedad el Dr. Allan R. Brewer-Carías: El principio de la limitación del poder del Estado que determina su distribución horizontal y vertical; el principio de la legalidad que significa el sometimiento del Poder Público a las leyes; y el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales. (*Cfr*. Brewer-Carías. 1980: 49 y ss.) Las aspiraciones de libertad y bienestar que siempre han significado los argumentos claves del drama de la existencia humana, y las nuevas para disponer de espacios para la intimidad y para el disfrute del tiempo libre presuponen un orden social que sólo el Derecho está en condiciones de garantizar. Ese Derecho que sigue revestido de solemnidad y formas sacramentales pero que es objeto de reclamos de la gente para que cada vez esté más cerca, tenga contenidos más densos, sea más efectivo y tenga un sentido más práctico. El ideal de justicia ya no se ubica en sueños y aspiraciones más o menos difusas e imprecisas sino en cuestiones tangibles y concretas: mi acceso a buenos servicios, mi seguridad y la de mis bienes, mi tranquilidad, mi vida cuando alcance la tercera edad, mi libertad, mi intimidad. Se nota el surgimiento de un Derecho fresco

tan riguroso y formal como cualquiera, incluso más porque ahora se cuida del lenguaje técnico que incorpora elementos de inseguridad. También se organizan espacios supranacionale y espacios infranacionales que responden al principio de *lugarización*: regiones, provincias, comarcas, ciudades, municipios donde hay un Derecho que recoge como ninguno las tradiciones, las prácticas seculares, los caracterismos y en cuya elaboración hay más calor colectivo, más participación.

Las viejas instituciones jurídicas gozan hoy de mayor vigencia y los principios que lo definieron desde Roma siguen incólumes. La sociedad postindustrial, postmoderna o postconsumista tiene en el Derecho una de sus bases más sólidas, como lo reconoce Allain Touraine cuyo pensamiento abre con buena luz el panorama de lo que nos depara el siglo venidero: Estado de Derecho, reglas objetivas, Gobierno de las Leyes como dice Zampetti. Lo nuevo se refiere a la *validez formal del Derecho y los derechos fundamentales, los derechos de las personas, los derechos colectivos, los derechos del ambiente.* El Derecho no es un patrimonio del Estado ni para imponerlo ni para administrarlo a su arbitrio, tan sólo para reconocerlo en la compleja red de relaciones sociales, darle la formalidad que lo distingue, y aplicarlo *conforme al principio de pertenencia a un orden natural en el que cada individuo tiene idénticos derechos***,** y en el que se relaciona con los demás y con su entorno. Es la visión sistémica de Luhmann y de Habermas.

Es evidente que el Derecho positivo y antropocéntrico no constituye una garantía de protección del ambiente ni de la naturaleza, porque desde esta perspectiva es desigual y en consecuencia injusto. La preeminencia de los derechos subjetivos garantiza el señorío del hombre por ser el único titular de tales derechos y si en alguna determinada circunstancia se han defendido animales, vegetales, paisajes o valores medio ambientales, siempre han sido hilvanados desde la perspectiva de los derechos subjetivos, es decir, en relación con derechos del hombre. No puede y no podría ser de otra manera, dadas las bases del sistema jurídico.

Luciano Parejo se pregunta si ha llegado la hora de *un salto cualitativo* para lo cual apela a la tesis de Bosselmann a fin de dar una respuesta positiva, y afirma que el *campo de batalla no está tanto en la moral o en la política, y ni siquiera en la ciencia o en la técnica, sino en el sistema cultural mismo y su básica traducción en el Derecho, es decir, en las normas sociales y jurídicas condicionantes de nuestra relación con el mundo.* (Parejo. *op. cit:* 225). No obstante la dificultad que significa el reinado del antropocentrismo por más de dos mil años, hay un sustrato útil y por lo tanto aprovechable para el cambio si caemos en cuenta de nuestra pertenencia a la naturaleza, que Parejo denomina como *intuición ecológica.* Si nos reconocemos como parte de la naturaleza y asumimos las consecuencias de esta verdad, ya es suficiente para marcar al menos una trocha por donde comenzar la búsqueda de las piedras angulares de un nuevo sistema jurídico.

Los paradigmas jurídicos no han sido inamovibles y cabe la esperanza de su transformación. Los romanos hicieron recaer la tutela jurídica sobre el interés, como lo recuerda la magistrada Hildegard Rondón de Sansó (1994: 93-94) quien agrega que figura al lado del derecho subjetivo y reconoce que a éstos se agrega la novedosa figura del *interés legítimo,* que abre la posibilidad de obtener la legitimación activa para impugnar las decisiones de los poderes públicos. Hoy se discute en los medios jurídicos del Derecho Público la teoría del *interés difuso,* que no es otra cosa que el interés legítimo atribuido a los grupos sociales. Los derechos de la naturaleza no caben aún, por derecho propio, en las teorías del interés difuso, pero abre la posibilidad para reivindicar algunos

derechos a ciertas calidades ambientales que puedan ser identificables, tanto en su contenido como en sus *sujetos de derecho*. Los cambios serían substanciales y de enormes consecuencias, porque se trata de sustituir el orden de los valores: El mercado por la naturaleza. El concepto tradicional de propiedad que ya ha sufrido grandes limitaciones en el Derecho Público, en particular en el Urbanístico, tendría que devolverse hacia la consideración de los bienes en términos semejantes al concepto de las sociedades primitivas: El hombre le pertenece a la tierra y no al revés, como lo impuso el racionalismo.

Reconocida de esta manera la limitación del orden jurídico vigente para una efectiva protección del ambiente y de los tímidos avances en el empeño por producir un cambio en las bases positivistas, racionalistas e individualistas del modelo, queda abierta la puerta de los derechos subjetivos y ciertas regulaciones objetivas limitadas por la falta de capacidad procesal y de titularidad de derechos, para establecer regulaciones protectoras de valores ambientales, ecológicos o de los recursos naturales.

En este sentido, cada día se concientiza más y más sobre la interdependencia de los elementos que componen el sistema, del cual el Estado y el Derecho son dos de ellos. También hay una rehabilitación de la moral tradicional, que la misma es una sola e inspira los principios éticos de las actuaciones de cualquiera de ellos y en cualquier materia o asunto. Surge poco a poco así una *cultura ecológica,* es decir, la conciencia colectiva de pertenencia como elemento a un sistema complejo dentro del cual se ocupa un lugar, se desempeña un papel y por ser libre e inteligente se asume una responsabilidad. Los cambios serán consecuencia de esa toma de conciencia y se irán profundizando en la medida que aquella se vaya haciendo más sólida y general.

El Derecho seguramente seguirá siendo el gran instrumento de protección de los derechos subjetivos de la persona y garantía de su libertad, pero irá deslastrándose de su carácter puramente egoísta para abrirse a la protección de otros *sujetos,* necesariamente entrecomillados por ahora , tan amenazados por el hombre como el hombre mismo. Esta posición no significa en modo alguno el abandono del empeño por abrir la trocha a que nos referimos antes; por el contrario, mientras se trajina por el conocido sendero del sistema jurídico establecido, nada impide el que se siga luchando porque la naturaleza encuentre acogida en el sistema jurídico como valor propio, independiente de los *derechos subjetivos* de alguien.

La Constitución venezolana de 1999, sin abandonar la visión antropocéntrica en esta materia ambiental, al consagrar la protección de los intereses difusos, abrió una nueva página en la historia del Derecho Ambiental al permitir la acción de las colectividades en la defensa de valores ambientales, como lo veremos más adelante

II. EL AMBIENTE EN EL PREÁMBULO

El Preámbulo es una declaración genérica que ilumina el texto de la Constitución y que en la tradición constitucional venezolana se le ha dado valor jurídico. El Preámbulo de la Constitución de 1999 señala como valores fundamentales *el equilibro ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad*. Se afirman unos principios en términos bien precisos que habría que ver luego las consecuencias que de ellos se derivan: *equilibrio ecológico* es un concepto suficientemente desarrollado por la doctrina. En cuanto a los *bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad,* también se sabe

que es un bien y que es un bien jurídico y sólo habría que ir al tema ambiental para darle precisión conceptual a lo que se entendería como *bienes jurídicos ambientales*. Otro asunto interesante es indagar que quiso decir la Asamblea Nacional Constituyente con esta declaración sobre que los bienes jurídicos ambientales son *patrimonio común e irrenunciable de la humanidad* y las consecuencias que esta declaración podría tener en el caso hipotético de conflictos de uso sobre bienes jurídicos ambientales concretos.

En todo caso es conveniente señalar que la doctrina reconoce en el Preámbulo un texto político y jurídico, no meramente poético y que es trabajo de los legisladores, de los jueces y de los científicos del Derecho y del Ambiente señalar el contenido exacto de estas declaraciones doctrinales del Preámbulo.

III. EL AMBIENTE EN EL TÍTULO III DE LOS DEBERES, DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS

El tema ambiental aparece en el Título III en el Capítulo sobre los Derechos Culturales y Educativos en el Artículo 107 que dice:

> La educación ambiental es obligatoria en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal. Es de obligatorio cumplimiento en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, la enseñanza de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano.

Luego, el ambiente vuelve a aparecer en le Capítulo VII que se refiere a los derechos económicos cuando el Artículo 112 limita la libertad económica entre otras razones por la protección del ambiente: *Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social...* Luego en el Capítulo VIII sobre los derechos de los pueblos indígenas les reconoce un hábitat (Art. 119), autoriza el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats (sic) indígenas por parte del Estado siempre que no se lesionen su integridad cultural, social y económica; y obliga a la información y consulta de las comunidades indígenas que pudieran ser afectadas (Art. 120)

Por último, se dedica el Capítulo IX íntegro a los derechos ambientales, con tres Artículos:

> *Artículo 127.* Es un derecho y un deber de cada generación proteger y defender el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida sana y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiere a los principios bioéticos regulará la materia.
>
> Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.
>
> *Artículo 128*. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales culturales, económicas, políticas, de

> acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios de este ordenamiento.
>
> *Artículo 129.* Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.
>
> En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extrajeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste fuese alterado, en los términos que fije la ley.

Nótese la pésima redacción de estos artículos, la confusión de conceptos y las imprecisiones en los efectos jurídicos que se desprenden de los preceptos en ellos contenidos, cuestión que deben ser aclarados en el desarrollo legislativo y mediante la correcta interpretación de las intenciones del Constituyente. A título de ejemplo téngase en cuenta la imposición de obligaciones a un sujeto jurídico tan impreciso como una generación, o el mandato genérico de preservar las especies vivas cuando existen miles de especies vivas tan dañinas como el virus del sida.

IV. EL AMBIENTE COMO COMPETENCIA DEL PODER PÚBLICO LA NATURALEZA CONCURRENTE DE LA COMPETENCIA EN MATERIA AMBIENTAL

La materia ambiental es tratada como competencia pública en el Título IV *Del Poder Público* en cuyo ejercicio confluyen los tres poderes político territoriales, por lo que se trata de una competencia concurrente. Cuando la competencia es concurrente se requiere el desarrollo de la legislación básica u orgánica para delimitar los componentes que le son atribuidos. No obstante hay un cierto grado de desagregación en el texto constitucional al examinar las competencias de los niveles nacional y municipal. No entendemos por qué no se le asignaron responsabilidades ambientales a las Entidades Federales en el texto constitucional.

El Poder Público Nacional tiene como competencia originaria el establecimiento del *régimen y administración* de las minas e hidrocarburos, de tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas del país. (Art. 156. Ord. 16). También las *políticas nacionales y la legislación en materia de ambiente, de aguas y de ordenación del territorio* (Ord. 23)

En el Capítulo del Poder Público Estadal no aparece nada de esta materia, por lo que habrá que esperar la legislación para saber que cometidos tienen los gobiernos regionales en esta materia.

En cuanto a los Municipios, reciben con generosidad nuevas responsabilidades. El Artículo 178 dice que es de la competencia del Municipio, entre otras materias, la ordenación del territorio y urbanística; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; *protección del ambiente* y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos; servicios de agua potable, alcantarillado, canalización y disposición

de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios. Como se puede ver, se trata de una enumeración desordenada, anticuada y caprichosa que requiere también de un desarrollo legislativo que la ordene y precise el alcance de cada término.

Conviene subrayar que la competencia nacional en materia de legislación ambiental es *exclusiva,* y que la competencia municipal en esta materia está reducida a la *protección,* que es lo mismo que decir amparar, defender o cuidar; y a la *cooperación* con el saneamiento ambiental, que significa obrar conjuntamente con otros entes en esa materia. En los mismos términos define la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 la competencia en materia ambiental cuando señala en el ordinal 10º del artículo 36 que es competencia del municipio la *Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental.* De manera que no puede el Municipio dictar normas en materia ambiental sino exclusivamente para proteger el ambiente o sanearlo, dentro de los límites que le señala la propia Constitución y la legislación nacional vigente

Algunos servicios municipales pueden ser descentralizados y transferidos a las comunidades y grupos organizados, entre ellos cabe destacar los de ambiente, y los de mantenimiento y conservación de áreas urbanas.

V. EL AMBIENTE EN EL CAPÍTULO DEL PODER CIUDADANO

La Constitución resuelve de manera definitiva el problema de la ineficacia de las acciones sobre derechos difusos cuando reconoce en el numeral 2. del Artículo 281 que el Defensor o Defensora del Pueblo debe velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos legítimos, colectivos y difusos de las personas. Los derechos ambientales en general tienen naturaleza colectiva y difusa.

VI. EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO

La Constitución basa el régimen socioeconómico de la República en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, productividad y solidaridad, y protección del ambiente. (Art. 299)

El Artículo 304 señala que las aguas son bienes de dominio de la Nación, y declara que es insustituible para la vida y el desarrollo (sic). Agrega que la ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio. El Artículo 305 señala que el Estado protegerá la agricultura sustentable.

VII. EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN

El Artículo 326 incorpora la *promoción y conservación ambiental* como fundamentos de la seguridad de la Nación. Como no se realizó el trabajo de darle coherencia al texto constitucional, se cayó en el uso de vocablos como los anteriores que están evidentemente fuera del contexto del régimen del ambiente definido en el Preámbulo y en los Capítulos anteriores.

Los principios constitucionales relativos a la seguridad en las fronteras también incorpora valores ambientales, al disponer el Artículo 327 la protección especial de los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial. Este artículo 327 se articula con el 15 ubicado en el Título II *Del Espacio Geográfico y la División Política* que dice: *El Estado tiene la responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales, una ley orgánica de fronteras determinará las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad.*

VIII. EL AMBIENTE Y LA ACCIÓN DE AMPARO

La defensa de los valores ambientales encuentra puerta franca en el Artículo 26 de la Constitución porque pueden ubicarse tanto como un interés personal como un interés colectivo o difuso.

El Artículo en referencia dice: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará la justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

En efecto, los valores ambientales generalmente están vinculados al interés de un colectivo o de un número indeterminado e incluso indeterminable de personas. La contaminación sónica, por ejemplo, o la afectación de un paisaje natural no necesariamente permite identificar las personas cuyo interés es lesionado, pero si es posible señalar al colectivo, cuya representación la pueden asumir formas asociativas comunitarias u organismos no gubernamentales tales como las asociaciones de vecinos, las comunidades educativas o los grupos ecológicos.

§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS DERECHOS AMBIENTALES

Germán Acedo Payarez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

1. La realidad venezolana y la opinión de un tercero

Artículo 106: El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos.

"El medioambientalismo no es valores éticos opuestos a valores económicos. Es algo totalmente económico". MIT Lester Thuron, *La sociedad de suma cero*, citado por David R. Henderson, *Medioambientalismo, Un Prefacio, Enciclopedia Fortune de Economía*, p. 467. Ediciones Folio, S.A., Barcelona, Primera Edición, 1998.

2. Ambiente

El profesor venezolano Enrique Meier Echeverria define *ambiente* así: *conjunto de los elementos de orden biológico y físico que constituyen la base o el sustento natural del medio humano, sumados a los aspectos socioculturales y económicos que deben garantizar una interacción hombre -sociedad- naturaleza que asegure la satisfacción de las necesidades sociales más importantes e impida la degradación de los mismos*. (Destacado nuestro)[1].

Por *degradación*, a su vez, en su acepción común, comprenderemos la "reducción o desgaste de las cualidades inherentes o características". (*Diccionario de Uso del Español Actual Clave***,** Ediciones SM, Joaquín Turina, Aguacate, 43. 28044 Madrid, Tercera Edición: febrero 1999, en lo sucesivo, CLAVE). Corresponderá a los Ingenieros Industriales y de otras especialidades, explicarnos el significado técnico de ambos vocablos.

Parecería, pues, que los elementos típicos requeridos en la acción de *degradar* son su reducción o desgaste. De no producirse alguno de ellos, no existiría la degradación, conforme a la regla de interpretación suministrada por el encabezamiento del artículo 4º del Código Civil: "A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador".

---

1. MEIER, Enrique conferencia "El Derecho Ambiental en el Régimen Social Venezolano", Caracas 1979.

El artículo 20 de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA) del 15-06-76, (Gaceta Oficial Nº 31.004 del 16-6-76) enumera doce "actividades susceptibles de degradar el ambiente", a cuyo efecto en forma acertada reserva un numeral 13 para incluir entre dichas actividades degradantes, cualesquiera "otras actividades capaces de alterar los ecosistemas naturales e incidir negativamente sobre la salud y bienestar del hombre". Si bien la expresión *actividad* equivale a "conjunto de trabajos o tareas propios de una persona o de una entidad" (CLAVE) y pudiera definirse como "un conjunto de acciones voluntarias conforme al Diccionario de Filosofía de Nicola Abbagnano, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 33; es enteramente factible que la degradación del ambiente tenga su causa u origen en una *omisión* (abstención de hacer, falta, inactividad) del agente. La Asamblea Nacional está actualmente preparando un proyecto de *Código Orgánico del Ambiente*, el cual tiene por principal objeto refundir, en un solo texto legal, todas las disposiciones concernientes a la regulación de la temática ambiental en Venezuela. La refundición, por sí sola, se justificaría plenamente, habida cuenta de la dispersión.

Ecosistema, "sistema biológico formado por una comunidad de seres vivos y el medio ambiente en que se desarrollan" (CLAVE). También se le define: "comunidad de los seres vivos de un mismo ambiente".

Esta trilogía (hombre, sociedad, naturaleza) reiterada por Meier Echeverria podría ser modificada en cuanto al orden de sus componentes e incluso en lo que respecta a los elementos participantes en la interacción, que a nuestro entender podrían ser aumentados mas no reducidos, por cuanto este trípode posee carácter mínimo necesario *sine qua non*, esencial, para permitir la interacción a la cual nos referimos siempre y cuando ocurran o estén presentes los tres elementos indicados. En caso contrario, en cuanto concierne al tema ambiental, estaríamos en una situación de distinto carácter, parcial, no integral, no natural. Se requiere, pues, tanto de la (i) persona humana, como del (ii) grupo social al cual pertenece esa misma persona y del (iii) propio ambiente donde ambos han de progresar tanto colectiva como individualmente, progreso que incluye nuestra deteriorada calidad de vida.

Naturaleza, hombre, sociedad, podría ser el orden natural asignado a los necesarios integrantes del trinomio con el cual se relaciona necesariamente el Derecho Ambiental**,** el Derecho al Ambiente**,** o más simplemente, los derechos ambientales, denominación esta última seleccionada por la propia *exposición de motivos* de la Constitución de *1999* (*Gaceta Oficial* Nº 5.453 del 24 de marzo del 2000), por su articulado y, también por nosotros mismos, para designar esta publicación.

3. Derecho al ambiente

Alberto Blanco-Uribe, otro distinguido profesor venezolano, nos da un concepto de *derecho al ambiente*:

"Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sería el derecho individual y colectivo al mantenimiento balanceado, en condiciones de sustentabilidad, de los bienes ambientales (agua, suelo, aire, flora, fauna, paisaje, ecosistemas naturales, hábitat humanos) para el disfrute físico y espiritual de cada vez mejores condiciones de vida".

Podríamos asentar, en orden inverso, *disfrute espiritual y físico* que creemos que sea el necesario orden natural pero ello no incide ahora sobre el fondo, a estos fines[2]. La referencia al requisito de las mejores condiciones de vida, a nuestro entender, sería ineludible.

4. Derechos ecológicos

El mismo Blanco-Uribe[3], luego de plantear la anterior definición respecto a la cual él mismo se pregunta, si no se trata de un "enunciado idealista de contornos bastante indeterminados" si, "con arreglo a la crítica del Consejo Económico y Social de la ONU, nos presentaría (,) más que un *derecho al ambiente*, un conjunto de *derechos ecológicos* como por ejemplo: derecho a productos alimenticios ecológicamente limpios, derecho a bienes de consumo sin peligro para el ambiente (ni para los propios consumidores de las especies ni terceras personas), derecho a que las actividades productivas no presenten peligro para el ambiente, (ni para los trabajadores participantes en dichas actividades ni para las demás personas), derecho a un medio de vida natural ecológicamente puro, derecho a la salubridad ambiental, etc., que nos harían salir del campo de los *derechos humanos*, para situarnos en el dominio de la *policía administrativa*, con todo lo que ello implica".

En efecto, si pasamos al ámbito de la policía administrativa dentro del *Derecho Administrativo* pensamos que ello traería consecuencias graves de especial naturaleza. Por ejemplo, colocaríamos en duda la vigencia de un *Derecho al Ambiente*, por ejemplo, sus principios, su autonomía, incluyendo la científica y la académica. Y retrocederíamos por lo menos un siglo. (Destacados y paréntesis nuestros).

Por otra parte, creemos que cuando el nombrado autor cita como *ejemplos* algunos derechos ecológicos, actúa en forma acertada porque estos nunca deberían constituir un número cerrado, sino siempre abierto, como los derechos humanos. Si estuviésemos ante un *número cerrado*, el Derecho al Ambiente estaría siempre a la zaga, a la espera de reformas legales que generalmente ocurren en forma tardía.

Las dificultades y problemas que hoy enfrenta la Humanidad y de las cuales no escapa nuestro país, no nos impiden otear un futuro donde el número de unos y otros derechos humanos, aumente en beneficio de todos los seres e incluso del propio Estado.

Nos preguntamos si, la información periodística que antecede (1.1.) esta *Introducción*, en materia de incendios, no guarda estrecha y directa correspondencia, con algunos de los derechos aludidos en la anterior relación de derechos ecológicos.

La respuesta es positiva, a nuestro juicio. Véase la previsión en el sentido que entre los derechos ecológicos aparece incluido el que poseen todos los ciudadanos en el sentido de que "las actividades productivas (de cualquier especie o naturaleza), no presenten peligro para el ambiente", ni para los mismos ciudadanos, sus propias actividades y sus bienes, agregamos nosotros, para tratar de completar la idea. (Paréntesis del autor).

En realidad, los autores podrán debatir y muy seguramente continuarán haciéndolo -y esa es la idea dentro de un mundo cada vez más competitivo, quiérase o no-, acerca de

---

2. BLANCO-URIBE, Alberto, "Situación del Derecho al Ambiente en Venezuela", *Revista de Derecho Público* nº 51, julio-septiembre, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 37 y ss.
3. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

posibles definición, pero, en cualquier concepto más o menos correcto, aparecerán los referidos *derechos-obligaciones*, especie de ineludible binomio que afecta a todas las personas, en cualquier conglomerado social más o menos organizado. Primero aparece el conglomerado y luego procede su organización. El orden no es, *organización* y luego *conglomerado*.

Esta es precisamente una de las causas más repetitivas, en Venezuela, de los problemas ambientales derivados de: 1. Modificar sin previsión el orden natural de las cosas. 2. Hacer las cosas al revés, i.e., invirtiendo el orden normal. 3. La ausencia de previsión, elemento que reiteramos por su importancia. En todas partes. Desde la Amazonia hasta la lejana Suecia, con un toque técnico en Suiza. ¿Era previsible el caso del Exxón Valdés? ¿Pudo haberse evitado?

Excepción hecha principalmente (pero no limitado a ello) del feudalismo de la Edad Media y de los siervos de la gleba (del latín gleba, tierra o campo), cuyo desmoronamiento y declive como sistema comenzó en el siglo XIII; los seres humanos todos, somos titulares tanto de derechos como de obligaciones y no podemos imaginar los unos sin lo otros, a riesgo de no poder pertenecer a alguna sociedad medianamente dispuesta a convivir en orden y en paz. *Cfr*. Declaración de Derechos de Virginia (1776), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

El Preámbulo de la Declaración de 1948 define conceptos atinentes a la susodicha bilateralidad. En efecto, su propio nombre se refiere, como creemos ha de ser, tanto a los *derechos* como a los *deberes*. "El cumplimiento del *deber* de cada uno es exigencia del *derecho* de todos". *Derechos y deberes* se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre". "Si los *derechos* exaltan la libertad individual, los *deberes* expresan la dignidad de esa libertad". Preámbulo del Texto de *1948*, que tampoco es de fecha reciente. Esta dicotomía (del griego dikhotomía, división en dos partes) es necesaria y la Carta de 1999 exagera el número de los *derechos* respecto de los *deberes* u *obligaciones*.

5. Derecho a la conservación ambiental

Se trataría de la denominación seleccionada por el profesor Alexandre Kiss, citado por Blanco-Uribe, para reemplazar al denominado *Derecho al ambiente*[4].

6. Contenido del *Derecho a la Conservación Ambiental* propuesto por el profesor Kiss

Blanco-Uribe[5] sostiene que la conservación *no es exclusivamente un objetivo*, sino un "mecanismo... o mejor un conglomerado de técnicas y procedimientos que conducen a la meta de la utilización racional o sostenida de los bienes ambientales en función del desarrollo social"; y por ello equivale a cuatro diferentes derechos que el citado autor identifica: a) Derecho procedural, que interpretaremos como de procedimiento, es decir, adjetivo y no sustantivo; b) Derecho a la información c) Derecho a la participación en la

4. BLANCO-URIBE, *op. cit.*
5. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

toma de decisiones susceptibles de afectar el entorno; y (d) Derecho al debido proceso. El *due process of law*, de apreciable desarrollo en el derecho angloamericano, cobró particular interés durante la última década del siglo XX en numerosos países y entre ellos Venezuela. Nuestros Jueces Tributarios, por su parte, no prestaron la atención debida al superior principio de defensa (artículo 68 de la Carta de 1961), por lo menos en lo que concierne al período 1980-1999, donde se observa un debilitamiento de la posición del contribuyente, no en cuanto concierne al Código Orgánico Tributario sino en concepciones de los Jueces en materias específicas. Motivación del acto administrativo tributario, por ejemplo. Esperemos a ver qué sucede en la etapa que se inicia en el año 2000. No solamente en lo tributario sino en otras áreas.

Nosotros le añadiríamos una característica adicional que creemos de interés, por sus consecuencias jurídicas.

En efecto, el *Derecho a la Conservación Ambiental*, *Derecho del Ambiente*, o como prefiera singularizarse a esta disciplina conforme a las diferentes denominaciones ideadas por los autores y los méritos invocados a favor de sus respectivas tesis; es lo cierto que representa una reciente *rama del derecho público* y no del derecho privado, dada la notable inherencia y/o permanente e ineludible presencia del Estado venezolano, en la inmensa mayoría de situaciones previstas por el legislador y en las cuales posee determinante interés ese mismo Estado. ¿Cuánto es reciente? *Sucedido hace poco tiempo* (CLAVE). Treinta años, que en Derecho es poco, en estos temas.

Recuérdense, por ejemplo, los numerosos *tratados, convenciones, declaraciones, conferencias, foros*, de naturaleza internacional relacionados con el *Derecho Ambiental* y en algunos de los cuales Venezuela ha estado representada y aportado su esfuerzo. Téngase presente siempre que el cumplimiento de los objetivos del Derecho Internacional Público no cesa con la suscripción de los tratados y otros pactos, sino que precisamente en ese momento, se inicia la tarea que nos incumbe a todos. A los Estados y a los administrados: empresas y particulares individuales. Hacer que tales pactos y convenciones sean verdaderamente útiles a la humanidad, en forma permanente.

Formar parte del Derecho Público, por lo demás, no descarta la posibilidad de que ocurran o se sucedan en forma coetánea o paralela, manifestaciones de *derecho privado* pero con una connotación mucho menos visible, mucho menos relevante desde el punto de vista numérico, advertencia esta última importante pues cada día se diluye más la idea del predominio del primero sobre el segundo. Marchamos hacia el equilibrio. Menos Estado y más Individuo, escribiéndose ambos términos con mayúsculas, pues el uno no es más o menos que el otro.

En efecto, otras ramas del Derecho calificadas de *derecho público* permiten la coexistencia de manifestaciones típicas del *Derecho Privado*, sin que ello obste al predominio de las manifestaciones típicas del *Derecho Público*, en un todo de conformidad con las Leyes; advirtiéndose que todavía no son totalmente satisfactorias las argumentaciones para distinguir el uno del otro, no obstante que la dicotomía tuvo su origen en el Derecho Romano (desde la fundación de Roma, años 754 o 755 a. de C., hasta la muerte 765 de la era cristiana) del emperador de oriente, *Justiniano I*, período histórico que abarca o comprende más de 1.000 años y que ejerció notable influencia todavía percibida tanto en la cultura como en la legislación universal constituida por el Derecho Privado y por el Derecho Público, habiendo sido más notable en el primer caso. Puede consultarse inter alia, entre numerosas publicaciones, nuestra Introducción a la publicación *Derecho Tributario Municipal Venezolano de la Colección Estudios Jurídicos* Nº 11 de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, p. 11. Lo importante es que los Jueces distingan

acertadamente entre unas y otras manifestaciones, sin darle preponderancia *per se* al Estado, que es lo que muchas veces sucede u ocurre. Allí están las diferencias entre una y otra rama del Derecho. Incumbe a los Jueces identificarlas y reconocerlas, esto es, aceptarlas y darles fuerza efectiva en los casos en que así se corresponda.

Decimos de *reciente rama*, en el sentido expuesto, en virtud de que se trata de un conjunto de normas jurídicas coercibles, de orden público, que pueden afectar en apreciable medida los derechos de los particulares y en cuya observancia y cumplimiento el Estado posee un determinante interés, y que en nuestro país comienzan a desarrollarse a partir de la década de los años setenta, lo cual no quiere significar que con anterioridad (incluso en nuestra interesante época Colonial) no hubiesen existido (¿estuvieron vigentes?) normas de protección tanto del individuo como del propio ambiente. Las manifestaciones jurídicas anteriores a la mencionada década de los setenta (todavía inolvidable para los venezolanos de entonces y de los de ahora), revisten carácter parcial, aislado; así, por ejemplo, el artículo 106 de la Constitución de *1961*; uno de los textos legales que nombramos posteriormente. Cuatro observaciones adicionales.

1º Al tratarse de normas en las cuales estaría interesado el *Orden Público*, cualquiera que fuese el criterio que pudiera adoptarse para definirlo, pues se trata de un concepto siempre huidizo que Cabanellas De Torres nos lo justifica en exactas palabras: "Más fácil es sentirlo que definirlo, y en la doctrina las definiciones dadas han sido las unas contrarias a las otras, sin poder determinar cuáles son sus límites, cuáles las fronteras, cuáles las líneas divisorias exactas del *orden público*; las mismas no podrían ser subvertidas por los particulares ni por el propio Estado, obviamente.

2º El hecho de que estemos en presencia de una rama del *Derecho Público* no comporta, como podría interpretarse por algunas personas, la existencia de una posición privilegiada de parte del Estado, sus Organismos y Agencias. Tal tesis se ha ido descartando durante los últimos años, donde las Cortes y los Tribunales de muchos países han tratado de salvaguardar y proteger a los ciudadanos, ante algunos posibles excesos de parte del Estado todopoderoso y/o algunos de sus funcionarios.

3º El propio *Código Orgánico Tributario*, por ejemplo, en su primera versión venezolana (1982) suavizó el contenido de los viejos privilegios fiscales a cuyo efecto redujo su número, persiguiendo colocar a las partes (Fisco y/o Administración Tributaria/Sujeto pasivo de la obligación tributaria (Contribuyente o Responsable), en un plano más cercano o próximo al necesario equilibrio en el proceso tributario, por ejemplo. Venezuela ha adelantado en este sentido. Obviamente, nuestros Jueces habrán de continuar manteniéndose atentos acerca de estos particulares y fungir de verdaderos *rectores* o *directores* del proceso tributario, en muchos aspectos cuyo detalle no podemos incluir ahora. Prueba de experticia, por ejemplo, en la cual en ocasiones se producen u ocurren ciertos excesos de la representación fiscal, concretamente, en la designación de los Expertos.

4º El Código Orgánico Tributario no es suficiente para proteger los derechos de los Contribuyentes. Ello depende también, en buena medida, de las actitudes de los señores Jueces.

Todo lo dicho con anterioridad, es aplicable a la temática *ambiental*, donde una de las tantas reglas o principios podría ser que "el Estado no lo puede todo, ni el ciudadano tampoco".

O dicho de otra posible forma: "Los derechos del Estado terminan donde comienzan los de los ciudadanos". Algún día, quizás no tan lejano, la expresión llegará a ser a la

inversa. Entonces habremos reconocido y respetado el verdadero significado y trascendencia del ser humano, a nivel universal.

7. Origen histórico de las normas sobre protección al ambiente

Para algunos autores (*Cfr*. Blanco-Uribe), la Ley Orgánica del Ambiente de 1976[6] cuyo artículo 1º nos define su objeto, el cual consiste en "establecer dentro de la política del desarrollo integral de la Nación, los principios rectores para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en beneficio de la calidad de vida" y cuyo artículo 2º declara de "utilidad pública, la conservación, la defensa y el mejoramiento del ambiente"; puede considerarse como "la ley marco o la ley general que regula en Venezuela todo lo relativo al ambiente, estableciendo los principios básicos del Derecho Ambiental"[7].

Es interesante fijarse en que, como tendremos oportunidad de verificarlo más adelante; mucho antes de 1976, el ordenamiento jurídico venezolano sin duda alguna, contenía normas relacionadas con lo que luego constituye entre nosotros el denominado Derecho Ambiental. Blanco-Uribe atribuye el reconocimiento de este derecho como "uno de los derechos inherentes (propios o característicos) a la persona humana, con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano" (1972), donde se produjo la denominada *Declaración de Estocolmo*. (Paréntesis nuestros)[8].

La declaratoria de *utilidad pública* contenida en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Ambiente, en cuanto a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, habrá de ser examinada con sumo cuidado y estamos convencidos de que por lo menos los despachos de la Procuraduría General de la República (artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), de la Fiscalía General de la República (artículo 284 eiusdem) y de la Defensoría del Pueblo (artículo 280 eiusdem); se mostrarán atentos acerca del uso que pretendiere dársele a la famosa y compleja declaratoria, que no es ni podría ser interpretada como una suerte de comodín. En efecto, la declaratoria en referencia no es un instrumento múltiple capaz de sustentar válidamente cualquier tesis o teoría jurídica. Los efectos de dicha declaratoria deberían estar principalmente consagrados (en forma expresa) en la propia Ley Orgánica del Ambiente. Este último criterio evitaría excesos generalmente incurridos en perjuicio de los administrados.

Visto el anterior resumen, hemos de pasar a la Segunda Parte de nuestro estudio.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL INSERTA EN LA GACETA OFICIAL Nº 5 EXTRAORDINARIO DEL 24 DE MARZO DEL 2000.

Para la elaboración de esta publicación, dirigida de manera especial a *los no Abogados*, se tuvo en cuenta la Gaceta Oficial del 24 de marzo del *2000*, en la cual se reprodujeron tanto la Exposición de Motivos como la Constitución de la República Bolivariana

6. Ley Orgánica del Ambiente del 25 de mayo de 1976, *G.O.* nº 31.004 del 16 de junio de 1976.
7. BLANCO-URIBE, *op. cit.*
8. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

de Venezuela, *por error material del ente emisor,* esto es, de la *Asamblea Nacional Constituyente*.

Como es de general conocimiento en los medios jurídicos serios de nuestra sociedad, es lo cierto que existe por lo menos una *pluralidad de versiones* (por determinar y precisar los señores Jueces igualmente serios), de la Constitución de 1999: (i) la del 15 de diciembre de 1999, aprobada por referendo consultivo, (ii) la que fue objeto de publicación en la *Gaceta Oficial* del 30 de diciembre de ese mismo año y (iii) la modificada *por error material* en la *Gaceta Oficial* Nº 5.453 Extraordinario del 24 de marzo del 2000.

Por ahora, pasaremos por alto este increíble hecho que parece traducirse en tres textos diferentes entre sí, y nos limitaremos a hacer alusión a los textos contenidos en la Gaceta Oficial del 24 de marzo de 2000, acerca de los cuales expresáramos que la "interpretación judicial que llegaren a hacer los Magistrados y Jueces, será la mayor evidencia de que la Constitución *está viva*, alcanzándose así los efectos que le son propios" (Presentación de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Legislec Editores, C.A., Segunda Edición, 2000, p. 7). El Ministerio Público, por su parte, interpuso un Recurso de Interpretación, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), por presunta alteración del texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

De los cinco casos más importantes que hubiera tenido en cartera el TSJ, no tenemos duda de que este sea uno de los más relevantes, por su indiscutible interés para (i) la paz ciudadana, (ii) la vigencia del estado de Derecho en Venezuela y (iii) la seguridad jurídica, pues es evidente que ningún Estado podrá tener tres (3) textos Constitucionales vigentes al unísono. Y no se denominará TSJ la Corte que no decidiere con prontitud, imparcialidad y objetividad un recurso del tal entidad y naturaleza. Y ordenare las sanciones que fueren procedentes, en su caso.

-Luego se procederá al análisis, igualmente en forma resumida, de algunos de los principios más relevantes de la *exposición de motivos*, en relación con los *derechos ambientales*.

-A tal efecto, trataremos de conservar, en la medida de lo posible, el lenguaje empleado por el Constituyente de *1999*, con lo cual se persigue destacar, en su versión original, la concepción dispuesta por la *exposición de motivos* de la novísima Constitución, en cuanto al basamento jurídico-filosófico de sus artículos 127, 128 y 129, respectivamente. Sería conveniente aclarar también por la Fiscalía General de la República, la situación de la *Exposición de Motivos*, de manera tal de conocer cuál es el texto válidamente considerado por la Asamblea.

-En efecto, de coexistir tres posibles versiones del texto Constitucional, habría que determinar el status de la *exposición de motivos*. ¿Existen, acaso, varias exposiciones de motivos? Se trata de uno de los tantos particulares que deberán ser analizados y resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia.

-De igual manera, se adelantarán algunos breves comentarios relacionados con el *Preámbulo* del mismo texto constitucional de 1999 y su fuerza legal.

-El entrecomillado del texto se corresponderá, pues, con la valiosa labor y/o opinión de terceras personas, salvo que en forma expresa se hiciere constar lo contrario.

1. Capítulo de la nueva Constitución exclusivamente destinado, por entero, a la materia de los *derechos ambientales*

En efecto, por primera vez en nuestra prolongada historia constitucional de casi dos siglos (1811-1999), ha sido reservado en forma especial, "un Capítulo especialmente designado" para los *derechos ambientales*.

El Capítulo IX de los *derechos ambientales* consta de tres dispositivos legales cuyo contenido básico explicaremos a continuación:

El artículo 127 nombra en cuatro oportunidades el término *ambiente*: (i) *derecho - deber de protegerlo*, (ii) *ambiente seguro y sano y ecológicamente equilibrado*, (iii) su protección por el Estado, y (iv) *ambiente libre de contaminación*.

El artículo 128, por su parte, se contrae a la denominada ordenación del territorio, que en nuestra legislación está excluida del tema ambiental.

Por último, el 129 trata acerca de cinco aspectos diferentes: (i) ecosistemas; (ii) contratos y permisos que puedan llegar a afectar los recursos naturales; (iii) los recursos naturales, (iv) equilibrio ecológico; y (v) restablecimiento del ambiente. Resumamos en cuanto al artículo 129: (i) Ecosistemas; (ii) recursos naturales; (iii) equilibrio ecológico y su conservación; (iv) ambiente y (v) su restablecimiento.

Ello destaca la relevancia atribuida por la Constitución, a los derechos ambientales y a algunos temas conexos, pero ello, pensamos, no los hace *per se superiores* ni *inferiores*, a otros derechos y garantías, o categorías de unos u otras, previstos o no por el texto, e independientemente del orden correlativo que hubiera podido observar un determinado Constituyente.

Se dice *previstos o no*, como veremos luego, pues la Constitución de 1999, en materia de derechos, consagró un sistema de *numerus apertus* (número abierto, no restrictivo), y no de *numerus clausus* (número limitado o cerrado), de donde aparece que, a los fines de interpretación jurídica y ello es relevante para el lector no versado en cuestiones legales, la no consagración expresa de algún determinado derecho en la reciente Constitución, no debería interpretarse como su negación por la Carta Fundamental. (Ver artículo 22).

En otras palabras, la no enunciación expresa de algún determinado derecho, no equivaldrá a su rechazo o contradicción. Parecería que esta es la tesis correcta.

En efecto, si se estableciese un sistema de *número cerrado* de derechos, entre otras consecuencias, en adición a lesionar a los administrados, el Texto Fundamental podría perder su actualización o se haría quizás necesaria una nueva Constitución, por resultar insuficiente el Texto precedente.

La fórmula adoptada por los dos últimos Constituyentes permite, pues, que una persona invoque a su favor, un determinado *derecho* o *garantía* no previsto por el propio texto y él mismo podría serle finalmente reconocido por las Autoridades venezolanas. *Cfr*. Constitución de 1961 (artículo 50).

A. Derechos y deberes en lo ambiental

Hablar de *derechos ambientales* presupone, a nuestro juicio, no sólo en el campo teórico, sino práctico, la coexistencia de los correspectivos *deberes u obligaciones ambientales*.

Si bien el Capítulo IX del Título III de la novísima Constitución, se contrae en forma expresa e indubitable a los *derechos ambientales*, no puede dejarse de reconocer que el Título III trata (tanto) *de los Derechos Humanos y Garantías y* (como) *de los Deberes*. (Paréntesis nuestros).

Sobre los *Deberes* en general, versa el Capítulo X del Título III, que guarda silencio sobre la materia ambiental propiamente dicha.

"El origen de los deberes -señala el Capítulo X (*De los deberes)* del Título III de la Exposición de Motivos de 1999-, es la *Declaración de los Derechos del Pueblo* de 1811, publicada en la *Gaceta de Caracas*, el 23 de julio de ese mismo año". (Destacado y paréntesis nuestros).

El mencionado Capítulo X del Título III es bastante lacónico y su contenido contrasta, abiertamente, con el amplio y vasto ámbito atribuido a los innumerables *derechos* y *garantías* otorgados y reconocidas por el nuevo Texto Constitucional.

(a) Carencia de contrapeso entre derechos y deberes

En general, se observa, que no existe un contrapeso entre los derechos y los deberes. Dicho contrapeso, de existir, hubiera servido *para igualar o equilibrar el peso o fuerza de algo* (CLAVE). Contrapesar es, precisamente, *poner en equilibrio*. Que fue lo que no se hizo. Por el contrario, los primeros (los derechos) resultan abrumadores en peso, entidad y número, si se les compara con los deberes. Somos un país con muchos derechos y pocas obligaciones. Respecto de los primeros, nos excedimos. En cuanto a los segundos, nos quedamos cortos.

Una de las interrogantes mayormente planteadas, en nuestro medio, acerca de dicho apreciable contraste numérico, consiste en preguntarse si el Estado venezolano, está o no en condiciones económicas, financieras y de otra naturaleza, de llegar a reconocer, en forma efectiva, el apreciable (¿exagerado?) número de *derechos* que prevé el nuevo texto constitucional. Y, por supuesto, cuál sería el costo aproximado de semejante meta. Muy probablemente estos desembolsos no han sido cuantificados, ni siquiera por vía de aproximación, ni para el ejercicio en curso ni para los sucesivos. En otras palabras: ¿Cuánto cuesta poner en marcha, en forma efectiva y segura, la nueva Constitución en materia de derechos? ¿lo sabría la Asamblea Nacional Constituyente de 1999? ¿Habrá sido estimado?

(b) Los deberes constitucionales no aluden a lo ambiental, ni a los deberes ecológicos ni a los ambientales

En el reducido texto de los *deberes*, no se alude a la materia *ambiental*, ni a los *deberes ecológicos* ni a los *deberes ambientales*.

Derechos ayunos de obligaciones y deberes:

Llama la atención de que ante el hecho de haber iniciado el texto de la exposición de motivos de 1999, con la declaración de que en (A) "lo que se refiere a los derechos ambientales, la Constitución, además de establecer por vez primera en nuestra historia constitucional un Capítulo especialmente dedicado a los mismos…", (B) que "supera, con una visión sistemática o de totalidad, la concepción del conservacionismo clásico que sólo procuraba la protección de los recursos naturales como parte de los bienes económicos"; se hayan incluido apenas tres disposiciones en materia de *derechos am-*

bientales, y no se haya incluido ninguna norma específica relacionada con los consecuenciales *deberes* u *obligaciones*, en la parte correspondiente al Capítulo X (De los *deberes*) representada por los seis artículos (130 al 135, ambos inclusive), ni se haya adelantado algún comentario, por lo menos de carácter general, acerca de los mismos, en la exposición de motivos.

En otras palabras, ocurre que no se fue consistente con la tesis propuesta. Por lo demás, en cuanto a haberse superado el texto de 1961, hemos demostrado ya que para 1948, la Declaración de Bogotá, que incluyó 28 derechos, ninguno de ellos aludió a la materia ambiental, sencillamente, porque el tema para aquel momento y durante los años posteriores, no estaba *de actualidad*, como llegó a estarlo posteriormente, a partir de los años setenta. En adición, la actualidad no necesariamente implica efectiva vigencia. Este último criterio, propio de Abogados, no suele ser del conocimiento del Lector -no- Abogado.

En cuanto a los *deberes*, tan sólo se destaca (párrafo cuarto de la exposición de motivos de 1999), la consabida obligación de toda persona, "de cumplir y acatar el *Texto Fundamental*, las *leyes* y *demás actos* que en ejercicio de sus funciones legítimas, dicten los órganos que ejercen el Poder Público", dentro de los cuales obviamente estarían incluidas las disposiciones en materia *ambiental* que pudiesen instituir *cargas y obligaciones* para las personas. *Cfr*. Artículo 131 de la Constitución de 1999: "Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público". Para quienes jurídicamente consideran que todavía se encuentra vigente la Constitución de 1961, por no haber sido derogada conforme a sus previsiones; el deber previsto en el artículo 131 no existiría y, por tanto, no sería exigible.

(c) Alcance del término personas. Interpretación que consideramos procedente

De donde podría inferirse que todas los *personas* físicas o naturales y las jurídicas, las empresas todas; se hallan obligadas, en primer lugar, a dar cumplimiento a las normas establecidas en los artículos 127, 128 y 129, respectivamente. En segundo lugar, deberán acatar también las demás disposiciones contenidas en Leyes de la República atinentes a la materia ambiental y otras materias a las cuales se contraen los tres artículos antes mencionados. Y, por supuesto, quedan sujetas todas a "los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público". En párrafos posteriores nos referiremos al importante capítulo de la fuerza vinculante u obligatoria, en este caso específico, por sus características especiales, tanto de la exposición de motivos de 1999, como del denominado *Preámbulo*.

Al expresar *empresas* ha de interpretarse siempre, creemos, que son las pertenecientes a accionistas privados y/o las pertenecientes al Estado venezolano, pues no es admisible exclusión alguna derivada del volumen, actividad o capital social y/o cualidad jurídica del ente. O a las que pudiesen revestir carácter mixto. Una vez más se hace lugar, en la compleja materia de la interpretación de las leyes, el famoso adagio romano: *Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, esto es, "donde la ley no distingue, no debe distinguirse". "Donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros"[9].

9. Sobre la interpretación de las leyes puede consultarse la obra *Introducción al Derecho* del profesor venezolano HERNÁNDEZ GORDILS, José R., Legislec Editores, C.A., Caracas 2000, pp. 287 y ss.

(d) El principio de ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus

Este tradicional apotegma romano tiende a proteger la interpretación restrictiva, que, por cierto, creemos que sea la que procede aplicar en el caso de los artículos 127, 128 y 129 y en las leyes concernientes a los *derechos ambientales* que para el Constituyente de 1999 comprende tanto el derecho y el deber de proteger al ambiente como tal (127), la denominada *ordenación del territorio* (128) que en la legislación venezolana forma parte separada de la ambiental; los ecosistemas (129) y (129) los contratos y permisos sobre recursos naturales.

Ante una declaratoria de *utilidad pública* como la contenida en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Ambiente y tratándose en definitiva de textos legales que imponen cargas y restricciones a los particulares todos, pensamos que lo procedente en la materia ambiental, incluyendo los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de 1999, es su interpretación restrictiva.

No creemos que en esta materia que limita los derechos de los particulares y les impone obligaciones, podría aplicarse, por ejemplo, un criterio equivalente al contenido en el artículo 5º del Código Orgánico Tributario, en su encabezamiento, conforme a la reforma del 2001 (*Gaceta Oficial* Nº 37.305 del 17-10-2001): "Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, atendiendo a su fin y a su significación económica, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en aquéllas", que luce excesivo y plantea un riesgo para los sujetos de la obligación tributaria.

La Disposición Transitoria Quinta del nuevo Texto Constitucional ordenó que se modificase el Código Orgánico Tributario, a objeto de "incluir la interpretación estricta de las leyes y normas tributarias, atendiendo al fin de las mismas y a su significación económica, con el objeto de eliminar ambiguedades".

Se trata de una disposición de tipo *fiscalista*, poco equitativa y que un Tribunal ponderado -como creemos han de ser todos los Tribunales-, declararía contraria a todo el progreso alcanzado durante las últimas décadas por el Derecho Tributario, en Venezuela y en otros países Occidentales, que son los que solemos (y debemos) conocer, un poco más, no para *copiarnos* sus disposiciones legales, sino para contar con un valioso elemento de comparación.

B. No posibilidad de jerarquizar, entre sí, categorías de derechos y garantías salvo *ab initio* por el propio texto constitucional o por los Jueces

A nuestro parecer, no es dable jerarquizar entre sí, *a priori*, los derechos y garantías constitucionales[10]. *Jerarquizar* significa, como es sabido, "clasificar u organizar en rangos de distinta categoría" (CLAVE).

---

10. Lo que sí pueden hacer los textos constitucionales, por ejemplo, es distinguir entre *derechos* y *garantías*. Tradicionalmente lo han hecho. Así ha ocurrido con nuestras Constituciones. El artículo 241 del Texto de 1961 contemplaba la posibilidad de que en los casos de (i) emergencia, (ii) conmoción "que pueda perturbar la paz de la República" o (iii) graves circunstancias que "afecten la vida económica o social" (obsérvese que no se estableció "que puedan llegar a afectar o que pudieran afectar"), la vida económica o social (este último criterio amplísimo), el Presidente de la República podrá restringir o suspender las garantías constitucionales, o algunas de ellas, con excepción de las consagradas en el artículo 58 ("El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la

Por tanto, dejándose a salvo las clasificaciones y/o jerarquizaciones que el propio texto constitucional expresamente dispusiera (así, por ejemplo: *derechos* y g*arantías* como dos categorías jurídicas de Derecho Constitucional, sometidas a un tratamiento legal diverso; susceptibles o no de ser objeto de suspensión temporal, por ejemplo); somos de opinión de que exclusivamente los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, podrán establecer en un futuro, *jerarquías* u otras distinciones entre unos y otras.

Ello, para responder a la interrogante, ante un posible conflicto de una pluralidad de derechos o de garantías, donde se requiera conocer el criterio fundado de los Tribunales precisamente acerca de cuál de ellos habrá de prevalecer en un determinado supuesto.

Creemos que esto último podría ser tarea de los Jueces, en cada caso particular que fuera sometido a su conocimiento, donde resultare (i) permisible hacerlo e (ii) indispensable un pronunciamiento de tal naturaleza.

Obsérvense los dos requisitos mínimos que nos parecen procedentes para obtener el pronunciamiento del Juez: (i) permisibilidad para hacerlo procesalmente y (ii) carácter indispensable del señalamiento, siendo ambos elementos concurrentes. En otras palabras, no sería suficiente la presencia de exclusivamente uno de los elementos. Se requiere la concurrencia de ambos extremos legales respecto de un mismo caso. El Juez estará autorizado por las Leyes para decidir y su decisión deberá ser indispensable.

Nuestra referencia a los *Jueces* y no a los tribunales, no es gratuita. En efecto, a todo lo largo del estudio y en lo sucesivo, preferimos aludir al Juez y no a los Tribunales.

Lo anterior, con el específico objeto de realzar y acentuar la figura del magistrado, único responsable tanto de su función rectora del proceso (que en algunos casos no termina de asumir a plenitud) como del ejercicio de su cuasi divina tarea.

C. Derechos y garantías constitucionales envuelven una materia de especial significación para la generalidad de las personas

Esta materia de derechos y garantías de todas las personas (físicas o jurídicas, particular al cual nos referiremos posteriormente), en líneas generales, ha sido y será muy sensible, por su especial significación en la historia (por lo menos 5.500 años a de J.C.) de la Humanidad.

Algunos fueros españoles han sido ubicados por los historiadores, en el año 1080; por su parte, la *Carta Magna* de los barones ingleses y del Rey Juan Sin Tierra, data del año 1215.

Seleccionemos aquí, por su indiscutible significado, el principio de legalidad o de la reserva legal, a manera de ejemplo.

Ambos acontecimientos, por ejemplo, entre otras consecuencias, nos obligan a retrotraer el posible origen del principio de legalidad o de la reserva legal en materia de impuestos, a una cualquiera de las dos fechas indicadas. *Cfr*. artículo 317 del texto constitucional vigente. De igual manera, el artículo 4º del Código Orgánico Tributario (1994).

---

pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla"), y en los ordinales 3º ("Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral") y 7º ("Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años") del artículo 60. (Paréntesis todos nuestros).

Todo intento de parte de las autoridades de cualquier país, de burlar, encubrir o dejar sin efecto, el susodicho principio, muy seguramente justificará que las cortes y tribunales amparen a los ciudadanos irritados por tal infracción. Y a las empresas, por supuesto. En el derecho anglosajón, no sería necesaria esta última advertencia, pues el término *individuo* o *ciudadano*, en forma por demás acertada incluiría tanto a las personas físicas o naturales (Pedro, Juan, Antonia), como a las empresas con entera independencia de la cualidad jurídica de sus accionistas.

D. Constituciones que ha tenido Venezuela

Nuestra primera Constitución fue la de 1811, entonces ávidos de libertad; brevísima en su aplicación, por cuanto apenas nos rigió durante un año, y nos muestra la influencia tanto francesa (principio de la separación de poderes, por ejemplo), como norteamericana (pacto federal, por ejemplo, consolidado en la Constitución de 1864) y la Nº. 26, ha sido la de 1999, que es la que nos preocupa de manera fundamental, a los efectos de esta publicación. El Texto de 1999, para ser exactos, contiene numerosas razones de sincera y honda preocupación jurídica venezolana pero hemos de limitarnos en este momento, a la cuestión básica objeto de nuestro estudio: la materia ambiental.

E. En materia de *derechos ambientales*, la Constitución de 1999 no encierra ningún *acto especial* presuntamente derivado del hecho de habérsele dedicado *todo un capítulo*

El haber destinado a los asuntos ambientales, un capítulo completo por separado, tampoco constituye un *mérito especial* de la reciente Constitución, sino una de sus características; habida cuenta de que como es quizás sabido por todos, durante los últimos cuarenta años dicha materia ha cobrado, a nivel mundial, mayor significación, incluso legal y en ocasiones, constitucional.

De igual manera, se han alcanzado desarrollos significativos en algunas localidades y centros de trabajo de nuestro país, donde siempre destacó, por lo menos desde la década de los años cincuenta, inclusive, el sector petrolero y un determinado sector minero (extracción de mineral de hierro). Muchas otras actividades industriales son modelo en su género, por la forma en que desarrollan sus diarias operaciones, circunstancia desconocida por una gran cantidad de personas que desconocen las operaciones de nuestras empresas.

En todo caso, podría decirse que el Constituyente de 1999, en materia de derechos ambientales, legisló para un orden de cosas en cierta medida efectivamente existente y que no fue tampoco que *se adelantó* al mismo. Actuó, por así expresarlo, como un *buen padre de familia*, a la usanza romana.

En materia de *derechos ambientales*, la Constitución de 1999 no constituye pues ningún *acto extraordinario* ni mucho menos *heroico*.

En otras palabras, no es que el texto de 1999 *superó abiertamente* al Constituyente de 1961, en materia ambiental. En realidad, apenas si consagró tres normas a la misma. La de 1961, sólo una (el artículo 106, varias veces citado) cuyo texto nos permite avizorar dos aspectos diferenciables. En efecto, en primer lugar, el técnico: defensa y conservación de los recursos naturales. En segundo lugar, el programático, o político, si se prefiere: explotación de los recursos encaminada al *beneficio colectivo de los venezolanos*.

Cada uno de los legisladores actuó como se esperaba que lo hicieran, para sus respectivos escenarios temporales (1961 y 1999, respectivamente). Ninguno de ellos se excedió ni faltó por omisión, en cuanto al articulado de las Constituciones que hemos venido analizando. Preferimos reservar nuestra opinión, principalmente en cuanto a la Exposición de Motivos de 1999, a la cual aludiremos con posterioridad.

Exactamente igual que podría afirmarse que *el Código Civil de 1982*, en líneas generales, *superó* al de 40 años atrás (1942). ¿Fue el de 1982 *muy superior* al de cuatro décadas antes (1942)? ¿Fue acaso *notable* el legislador de 1982, en relación al que elaboró el código que le precedió?

Simplemente, pensamos, que tanto el uno como el otro legislaron *ratione temporis* para sus respectivos escenarios. No fue que "el de 1942 legisló para la última década de los noventa" ni el de 1982, por su parte, *se adelantó al siglo XXI*.

Disquisiciones de este tipo deberían ser tenidas en cuenta a los efectos de *comparaciones* entre uno u otro texto legal cualquiera, independientemente de su naturaleza (comercial, civil o ambiental). Lo propio ocurre con los textos constitucionales.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) consta de tres partes: Consideraciones de carácter previo; un Acuerdo; y su correspondiente articulado constituido por 38 artículos. El texto íntegro puede consultarse en la *Revista de Derecho Público* Nº 34, de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988. El texto aparece como parte final de un comentario monográfico del profesor venezolano Pedro Nikken, intitulado *La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

De los treinta y ocho artículos de que consta su articulado, 28 se contraen a *derechos* y 10 a *deberes*. Ni su articulado, ni el Acuerdo ni las Consideraciones de carácter previo aluden, directa ni indirectamente, a los derechos ambientales. Y es que para la época, la temática ambiental no era objeto de discusiones en eventos tan importantes como el referido. No es por tanto extraño, ni puede ser objeto de críticas, que el Texto Fundamental venezolano de 1961, hubiera tan solo consagrado el varias veces citado artículo 106. Ni tampoco es un *record* que el de 1999, hubiera insertado tres normas en materia ambiental y afines.

Comparar en forma serena y ponderada, desde un punto de vista científico, Constituciones entre sí, o Códigos; es labor propia de filósofos del Derecho, dotados de especiales y profundos conocimientos de (i) la realidad nacional e internacional, (ii) conscientes del significado práctico de la (factible) aplicación de uno y otro texto legal, (iii) al corriente de las necesidades de diversa naturaleza de un determinado país, en un momento específico de su desarrollo, y, en adición, (iv) Objetividad en su juicio quizás derivada del alejamiento de los Tribunales y de las pasiones del abogado en ejercicio.

Así, por ejemplo, podría aseverarse que el Código Civil de 1942 comienza a aplicarse en un país cuasi rural, donde Caracas se extendía hasta la hoy denominada Plaza Venezuela, donde se iniciaba la *carretera del Este*, que entonces era de tierra; luego de una conflagración mundial de muy apreciables consecuencias en el orden humano y material que en muy pequeña medida afectó al país que transcurría una etapa de plenas libertades. El Código Civil de 1982, por su parte, comienza a surtir efectos (1983), en los integrantes de la *generación Recadi* a quienes les correspondió desarrollarse en un medio convulsionado y cuya calidad de vida en general decreció. Comienzan a sentirse los efectos morales de la década de los setenta. La generación Recadi podía adquirir, si así lo deseaba, dólares estadounidenses, en la medida de que, por ejemplo, estuviese dispuesta a cancelar un Bolívar de sobreprecio. Las transacciones se cerraban telefónica-

mente. Y así proseguir el examen de los posibles efectos y consecuencias de uno y otro código. O de una u otra etapa de nuestro acontecer.

Se trata, pues, de una tarea científica que requiere por lo menos ser abogado de experiencia, estar dotado de una especial cultura en varias ciencias y conocer profundamente a las personas y a nuestras instituciones. De ahí podría partir, por ejemplo, la labor de análisis y comparación de esas personas. Muy seguramente, habrá otras estrategias por examinar.

F. Juicios de valor en materia de comparación del mérito de los textos legales presupone decantación a través del transcurso del tiempo

Transcurridas varias décadas, entonces los abogados y muy especialmente los filósofos del derecho, estarán en mejor posicionamiento para dilucidar cuál texto legal *superó* al precedente, o si este último finalmente *resultó* superior a la *innovación*.

Las leyes, repetimos en forma reiterada, "tienen (o deberían tener) vocación de permanencia" y ello mismo es lo que permite crear *doctrina*, establecer *jurisprudencia* y comparar los textos legales entre sí. No se legisla para lustros ni para décadas, por lo menos generalmente y salvo excepciones.

Si los textos legales fueran modificados con indebida o exagerada frecuencia, como en ocasiones sucede, (i) no existirían los cuerpos de doctrina (ii) ni los de jurisprudencia o (iii) no fuese posible la comparación. No habría tiempo para realizar esta última labor ni quizás habría mayores elementos de apreciación y subsiguiente juicio de valor, pues al haber sido breve la vigencia, pocos habrían sido los efectos observables.

2. Queda relegado el *conservacionismo* anterior, clásico, sobre la materia

Como segunda nota característica del Texto de 1999, la exposición de motivos indica que se supera así, la "concepción de conservacionismo clásico que sólo procuraba la protección de los recursos naturales como parte de los bienes económicos".

Dentro de este *clasicismo en lo ambiental*, se ubicó nuestro país en la precedente reforma constitucional de 1961.

A. Se hizo lo que pudo hacerse. Juicios de valor

Pudo o no haber sido *conservacionismo clásico* la concepción del varias veces citado artículo 106 de la Constitución, pero, en realidad, no había mucho más que incluir. Fue la tesis que estuvo en boga. También existió, por ejemplo, la época de la denominada *Comisión Económica Para América Latina* (C.E.P.A.L.) creada por la ONU en *1948*. No sería legítimo juzgarla hoy con los parámetros actuales. Habría que esperar hasta la década de los años setenta, cuando comienza a observarse en Venezuela, el definido y característico flujo de un cuerpo de leyes en materia del ambiente.

-*1976* Ley Orgánica del Ambiente (LOA)

-*1983* Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT)

-*1992* Ley Penal del Ambiente (LPA)

¿Cómo fueron aplicadas? ¿Prestaron alguna labor beneficiosa al conglomerado nacional? ¿Sirvieron para algo útil? ¿Paralizaron el desarrollo o, por el contrario, lo impulsaron en forma ordenada? ¿Algún otro país la utilizó como modelo prestigioso? ¿Fueron sancionados los infractores, en su caso? ¿Existe doctrina? ¿Ayudaron los Jueces con sus decisiones? ¿Dónde está la jurisprudencia y qué valor técnico científico posee? Juicios de esta naturaleza serían expresados por los filósofos del Derecho, y por los expertos en la materia.

Caso especial del sector de los hidrocarburos

Excepción hecha del sector de los hidrocarburos que, en materia de *conservación* y de *ambiente*, fue y ha sido un caso excepcional o por lo menos muy especial entre nosotros. Quizás se ha pasado por alto la labor desarrollada por las sucesivas Administraciones de los últimos 50 años, en materia de *hidrocarburos*, su *conservación* y el *ambiente*. Las propias Leyes de Hidrocarburos, al igual que las mineras, contenían importantes disposiciones en material ambiental y de conservación. Lo anterior no desconoce los reiterados -y desconocidos-, esfuerzos del doctor Gumersindo Torres, médico de profesión, el magnífico ministro de fomento (entonces se ocupaba también de minas e hidrocarburos) del gobierno del General Juan V. Gómez (1908 - 1935). En los párrafos sucesivos tendremos la oportunidad de observar el respaldo real de nuestra última afirmación, en defensa de las administraciones del pasado, *donde no todo el desarrollo de la ardua tarea fue erróneo*.

Ya hemos hecho alusión al transcurso de las cuatro décadas, transcurridas desde *1961*.

B. Artículo 106 de la Constitución de 1961. Algunas consideraciones sobre lo obtenido durante la vigencia de dicho texto constitucional

El *artículo 106 de la Constitución de 1961*, por su parte, se refería por una sola vez, en forma expresa y parcial, a los *recursos naturales*:

"El Estado atenderá a la *defensa* y *conservación* de los *recursos naturales* de su territorio, y la *explotación* de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos", cuyo problema principal no parece haber sido contrariamente a lo ocurrido en otras naciones, la existencia (*reservas*), de recursos (elementos) en sí, sino un hecho posterior en el tiempo: la administración (*gerencia*) de los cuantiosísimos proventos obtenidos durante muchas décadas, con motivo de su explotación.

Como puede observarse, la norma transcrita (artículo 106) se contraía a tres aspectos íntimamente relacionados con los *recursos naturales* localizables en nuestro territorio:

su *defensa, i.e*., por ejemplo: (i) Su protección ante otras posibles fuentes energéticas de carácter alterno (el carbón, la energía solar, el viento). (ii) Su posible rechazo en ciertos mercados exteriores por su alto contenido de azufre, lo cual llevó a la construcción de los complejos desulfuradores de Amuay y Cardón y a expedir una ley sobre la materia*: Ley sobre Convenios Especiales Relacionados con la Desulfuración de Hidrocarburos* (1967). (iii) La defensa de sus precios de exportación a nivel internacional, en un mercado donde el 30% de la población mundial (países industrializados), consume el 60/70% de los hidrocarburos producidos.

su *conservación, i.e.*, por ejemplo, evitar que los yacimientos resulten dañados, afectándose su potencial de producción futura, por ejemplo.

(iii) *destino de los ingresos derivados de su explotación*, con lo cual nos referimos obviamente a la administración e inversión de los fondos y recursos obtenidos como resultado de la explotación de un recurso no renovable.

Excepción hecha de este artículo 106, la Constitución de 1961 no contenía ninguna otra alusión expresa a la cada día más relevante materia ambiental. ¿Se requería? ¿Hizo falta?

Al haberse expresado (1961) que "la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos", en forma acertada se reconoció y se le dio beligerancia al principio de que la riqueza minera, uno de dichos recursos, estaba y ha de estar destinada a su explotación. Este último particular guarda relación con los *impases* a los cuales nos referiremos más adelante, pues para algunos sectores minoritarios de nuestra colectividad, (a) *no puede desarrollarse la minería, porque el ambiente puede ser lesionado o desmejorado*, o (b) *será lesionado*, para expresarlo en forma más terminante. Ambos pareceres conducen, como sabrá comprenderse, indefectiblemente a la no ejecución de actividades de esta naturaleza. Como consecuencia inmediata y directa, la riqueza minera permanecería indefectiblemente oculta en el subsuelo. En definitiva, no se desarrolla la actividad minera. En adición, la riqueza no circula. Las sociedades se empobrecen. Nos empobrecemos todos. Salvo los garimpeiros y/o otros personajes.

Cfr. artículo 12 de la actual Constitución en el cual se establece que los yacimientos mineros y los de hidrocarburos, son "bienes del dominio público, y por lo tanto, inalienables e imprescriptibles".

Al ser *inalienables*, como es de rigor, no se puede transferir la propiedad de los mismos, por ningún título jurídico; y al ser *imprescriptibles*, no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión (transcurso del tiempo). Ver artículos 796 y ss. y 1952 y ss. del Código Civil, respectivamente.

Es más, opinamos que en 1961, correctamente *se dio* y consideró la *explotación de los recursos*, hecho que en realidad se había iniciado en 1917; como un *hecho natural, en curso*, ya indetenible, de comienzos del siglo recientemente concluido. Invocamos el año 1917, pues podría afirmarse que fue durante dicho año cuando la industria petrolera venezolana empezó a desarrollarse en una forma más definida, separada de las viejas leyes de *minas* y sometida a una legislación expresamente concebida para la materia de los *hidrocarburos* (1918).

Estamos en 1961. Faltaban tres lustros para que ocurriera la *reserva* (1974**)** de la industria de la explotación del hierro y la de los hidrocarburos (1975) ambos acontecimientos jurídicamente afincados en el *artículo 97* (segundo párrafo). Cfr. con el *artículo 302 de la actual Constitución*. Transcurrido tanto tiempo desde entonces, no le hemos podido encontrar una verdadera razón de peso, a ninguno de los dos procesos de reserva, atribuibles a razones de contenido político, más no jurídicas, económicas ni estratégicas. Pasamos, de la noche a la mañana, sin estudios que así lo hiciesen aconsejable, a soportar la totalidad de los riesgos en la operación comercial. Todo porque a un dirigente político *así se le ocurrió*.

Este *artículo 97* nos confirma que ambas *reservas*, i.e., tanto la de 1974 como la de 1975**,** se cumplieron desde un punto de vista legal, sobre la base de la posibilidad jurídica de *reservar* contenida en dicha disposición que databa de 1961.

Exactamente igual que el actual proceso de la *Apertura Petrolera* en curso, pudo cumplirse con fundamento en dos disposiciones legales: el artículo 127 de la misma

Constitución de 1961 y el *artículo 5º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975* (LOREICH), respectivamente.

La reserva (1974 y 1975) y la apertura (años noventa), no requirieron modificación alguna, ni del Texto Constitucional ni de la legislación de hidrocarburos (LOREICH), respectivamente. La legislación ponderada y su empleo racional y ponderado, permite el desarrollo ordenado de los países.

C. Las minas son para ser explotadas legal y racionalmente con estricta sujeción a los requisitos de la legislación ambiental

La Carta de 1961, hoy en forma injusta observada de soslayo y/o vituperada de parte de algunas personas, sin duda permitió alcanzar los importantes objetivos específicos antes mencionados; y estableció, además, la necesidad de que las minas y otros yacimientos fuesen explotados, lo cual requerirá siempre a nuestro entender, una actitud proactiva, resuelta y definida del Estado propietario de los yacimientos conforme al mencionado *artículo 12*.

D. Legislación ambiental y algunos impasses observados en nuestro medio

Lo propio ocurre en cuanto a la legislación del ambiente, que generalmente no ha podido entrar en sintonía ni con la materia minera ni con la de los hidrocarburos.

En efecto, durante mucho tiempo se observó un evidente impasse entre los Despachos del Ambiente (MARNR) y el de Energía y Minas (MEM), por una parte; y por la otra un segundo impasse entre el MARNR y las *empresas* del sector privado. Por ejemplo, con motivo del inicio de las actividades correspondientes a la Apertura Petrolera.

E. La propiedad de las minas en Venezuela

Fue el *Libertador Simón Bolívar* quien acertadamente declaró (1829) por un famoso como desconocido Decreto, emitido desde el Ecuador, un año antes del la muerte del Héroe de América, que todas las minas (incluyendo las de hidrocarburos), eran de "la propiedad de la República", con lo cual zanjó una discusión por lo menos bizantina entre nosotros, porque aun en ausencia de declaración expresa del constituyente venezolano, nuestras leyes todas, rectamente interpretadas, arribaban a idéntica conclusión jurídica, o sea, las minas (todas) son de la propiedad de la República y no de los Estados ni de los Municipios.

3. Preámbulo de la Constitución

A. Definición de *Preámbulo*

Cabanellas nos define *preámbulo* (del latín *praeambulus*, lo que va adelante), en forma atinada: "Primeras palabras, fuera del articulado, con que una Constitución expone sus grandes principios o el poder que la dicta".

B. Preámbulos constitucionales

En efecto, el *Preámbulo* de la nueva Constitución venezolana, se refiere en forma expresa, a la promoción y protección del *equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad*, con lo cual resumió en forma acertada, sin ambajes ni excesos, la materia considerada como su objeto.

C. Preámbulo de la Constitución de 1961

Por su parte, el *Preámbulo* de la Constitución de 1961, no menciona la *cuestión ambiental* que entre nosotros ha sido objeto de especial consideración por los legisladores, con bastante anterioridad al texto de 1961, cuyo artículo 106 se contrajo en primer lugar, como acabamos de observar, *a la defensa* y *conservación* de los *recursos naturales*, declaratoria que comprende tanto a los renovables (fauna y flora) como a los que no lo son (hidrocarburos, minerales). Explicamos con anterioridad algunas de las razones históricas que influyeron en nuestro desarrollo.

D. Materia ambiental y recursos naturales: su diferenciación

La materia ambiental es bastante más amplia e integral que el tema de los recursos naturales, mas ambos son inseparables porque los recursos (bienes) en referencia, forman una de las partes integrantes obligatorias de la cuestión ambiental.

O dicho de otra forma, todo lo concerniente a los recursos naturales tiene que ver y guarda relación con el ambiente y puede llegar a afectarlo en una u otra forma, pero no puede decirse que la inversa sea igualmente cierta, por cuanto la cuestión *ambiental* no está limitada ni circunscrita al tema de los *recursos naturales*, por importantes que los mismos sean o pudieran llegar a ser en un determinado país o momento de su desarrollo.

4. Garantía de desarrollo sustentable y preservación del patrimonio de las futuras generaciones

A. Exposición de Motivos de 1999

La exposición de motivos declara que se aspira a garantizar, "un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, en el que el uso de los recursos por parte de las presentes generaciones no comprometa el patrimonio de las futuras".

B. Análisis

(a) Lo sustentable

El término *sustentable*, de frecuente uso en Venezuela durante los últimos años, no aparece definido por algunos modernos y actualizados diccionarios (CLAVE, por ejemplo).

Una de las acepciones del verbo *sustentar*, como es sabido, es "sostener o mantener firme o en una determinada posición" (CLAVE), de donde podría colegirse el significado de *sustentable*. ¿Podría equiparse a *sostenible*?

Creemos que la respuesta es positiva. CLAVE define este último término, como aquello "que puede ser sostenido" a cuyo efecto añade un magnífico y oportuno ejemplo: "El mundo debe tener un desarrollo *sostenible*, porque el progreso indiscriminado está causando graves desastres ecológicos" (destacado en su forma original).

(b) Las expresiones progreso indiscriminado y desastre ecológico

La anterior frase encierra una contradicción severa en cuanto a sus términos, puesto que pareciera que el primero (progreso) ha de excluir siempre al segundo (indiscriminado). Pero, es lo que en ocasiones sucede, cuando coexisten *progreso* y *problemas ecológicos*, por cuanto la expresión (grave) *desastre ecológico*, no es aplicable en el 100 por 100% de los casos.

Obviamente, habrá *desastres* pero no siempre estaremos en presencia de hechos que así lo configuren y mucho menos que realmente, en adición, sean *graves*.

En efecto, *desastre* equivale a una "desgracia grande o suceso lamentable en el que hay mucho daño o destrucción". (CLAVE). Sin eufemismos, no todo daño al ambiente (culposo, doloso o imprevisto o casual), materializa una *desgracia* ni una *catástrofe*. Se trata, sin duda, de expresiones interesadas propias de aquellos sectores minoritarios que aspiran a la paralización de las actividades de todo género, en cualquier región del mundo, por presentarse, en su criterio, un conflicto irresoluble entre el *ambiente* y *cualquier actividad*, independientemente de su especie**.** Esta irresolución sine die, si bien precave daños ambientales y/o ecológicos, lo cual es obvio, pues no existe actividad alguna que pudiese llegar a causarlo, en su caso; sí ocasiona daños a las Naciones, a sus economías y a sus habitantes, pues se deja de ejecutar actividades rentables para todos, que las Leyes someten desde hace décadas, al estricto cumplimiento de patrones legales de obligatoria observancia.

(c) Lo futuro no puede condicionar el presente

La *preservación del denominado patrimonio de las futuras generaciones*, al cual se refiere la *exposición de motivos*; a nuestro entender, no podría interpretarse, en el sentido de sacrificar, impedir o coartar, el *mejor desarrollo* y *calidad de vida* de las generaciones presentes. (*Cfr.* La breve referencia anterior que hicimos respecto al criterio de que la *riqueza minera* puede y debe ser explotada con estricta sujeción a las leyes y a las disposiciones técnicas aplicables incluyendo las relacionadas con la cuestión ambiental).

Para nosotros, por ejemplo, no existe contradicción alguna *per se*, como pretende hacerse ver, entre la industria minera y la materia ambiental. Pero ello escapa al presente estudio.

(d) Equilibrio MARNR/Particulares y empresarios. Algunas sugerencias elementales para el Sector Oficial del Ambiente

Nuevamente, a nuestro parecer, se requiere de un compromiso, de un razonable equilibrio, entre uno y otro extremo interpretativo, de parte de los altos funcionarios del Estado, a ser dirimido finalmente por los Jueces, en caso de ser necesario, con la celeri-

dad del caso, requisito este último que no se cumple, porque nuestros Magistrados muchas veces, ante las fuertes presiones, retrasan las decisiones y/o resuelven en contra de las empresas (Estatales y/o de los particulares), lo cual obviamente representa el *camino más corto*, la *solución más sencilla*. Pero sí mucho más costosa.

Los calificados funcionarios del MARNR, por su parte, deberían conocer un poco más, desde adentro, las actividades de las empresas y los gerentes de estas últimas, por la suya, deberían conocer un poco más a los funcionarios del Estado.

En un plano *transparente*, de mutua cordialidad y respeto, en un plano de igualdad profesional, *donde ninguno se crea superior al otro* y donde cada quien represente y defienda dignamente, en forma objetiva, los derechos de sus respectivos representados que en algún momento deberán coincidir.

Esto último es lo que no ha podido lograrse en materia *ambiental* en Venezuela.

-Sería recomendable, también, que cesen algunas faltas de coordinación (A) MARNR Caracas/Centro de Operaciones (B).

-Ambas son igualmente importantes. (A) y (B) aparecen un tanto distanciadas.

-Se requiere (i) un mayor flujo de información Oficial entre (A) y (B) y que los funcionarios de (B) dispongan de una mayor autonomía gerencial

-Los funcionarios de Caracas deben visitar los *centros de operaciones*, con cierta periodicidad. Y viceversa. En la práctica, suele observarse la no celebración de visitas.

-B) requiere asistencia legal y jurídica local, a tiempo completo.

-Los abogados de (A) y (B) actúan en forma coordinada.

-Boletines expedidos por (B) explican el status de los asuntos en curso y los puntos de acción pendientes de acción de parte de los particulares.

(e) Recurso minero y ambiente objetos de abandono por el Estado Venezolano

Durante los últimos años, el Estado venezolano no le ha prestado la debida atención a la *minería* y mucho menos a la materia *ambiental* tan directamente relacionada con la misma. Todo lo contrario.

Lo único destacable quizás ocurrido durante los últimos años, haya sido haber elaborado una nueva Ley de Minas que vino a reemplazar a la de 1945, lo cual nos confirma, una vez más, que *la minería no es un problemas de leyes*, ni *mineras* ni *ambientales*, sino de administración, o de *gerencia*, si se prefiere. Ahora falta *gerenciar* con acierto el nuevo instrumento legal.

En materia de *hidrocarburos*, la última década destaca y se hace visible por la denominada *Apertura Petrolera*, desarrollada por PDVSA y no por el Estado venezolano que se mantuvo prudencialmente alejado, como creemos ha de ser su figuración en el negocio y en las actividades de los hidrocarburos. No ocurre hoy lo mismo, cuando es notable la injerencia e intervención de la Administración Pública, en los asuntos de PDVSA y la propia Organización empresarias en sí.

No todos, pues, los Gobiernos venezolanos han participado de la misma idea en cuanto a las relaciones MEM - PDVSA, exactamente igual que no todas las sucesivas Administraciones petroleras, han demostrado el mismo interés por las *cuestiones ambientales.*

(f) Especificidad de la función jurisdiccional. Definición judicial acerca de la figura de los Jueces en Venezuela.

a' *Comprender a los Jueces*. Por otra parte, sucede que los venezolanos, en su inmensa mayoría, no hemos terminado de alcanzar a comprender, ni a valorar, en sus justos términos, el significado de la *función judicial*, ni la meritoria labor de los *Jueces* en general, diariamente cumplida.

b' ¿*Qué es un Juez*? ¿*Qué hace*? ¿*Cómo se le define*? Una decisión de fecha 23 de julio de 1992, distinguida con el Nº 249, de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, recientemente reemplazada por el Tribunal Supremo de Justicia (*artículo 262* de la nueva Constitución), nos define el término *Jueces*. Juez es aquella persona investida, en virtud de una determinada distribución constitucional de los poderes públicos, de potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a su decisión. Según Couture, en su Vocabulario Jurídico (Montevideo, 1960), *juez* es el "magistrado integrante del Poder Judicial, investido de las autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y obligado al cumplimiento de los deberes propios de la misma bajo la responsabilidad de la Constitución y las leyes". Excelentes definiciones actualizadas.

c' *Significado de la función judicial y su importante vinculación con el Derecho Ambiental de reciente data en Venezuela como rama autónoma.* Sólo el futuro y tesonero esfuerzo de los magistrados judiciales venezolanos, harán que en las próximas décadas, los habitantes de nuestro país estén conscientes -y orgullosos-, acerca de la *obra de bien* que pueden llegar a ejecutar los *jueces* honestos, capaces y trabajadores. En el área del Derecho Ambiental, contribuirán en apreciable medida a su desarrollo. Su jurisprudencia debería ser objeto de divulgación. Desafortu-nadamente no ha ocurrido lo propio con la atribuible a los Jueces del área Penal que en muchas oportunidades conocen de la materia Ambiental pero cuyas decisiones no son objeto de divulgación en los medios científicos. Lo mismo sucede con valiosas actuaciones y dictámenes de la Fiscalía General de la República: no son del conocimiento generalizado. Bibliotecas superespecializadas poseen las colecciones de sus Dictámenes de años anteriores. Década de los años ochenta y noventa, por ejemplo.

d' *Aumento indiscriminado del parque judicial. Qué hacer mientras tanto. Recomendaciones prácticas.* Para desarrollar el Derecho Ambiental -y otras ramas del Derecho-, en Venezuela, deberíamos (i) pasar pronto, de un reducido parque judicial de *1.500* magistrados que tenemos hoy, por lo menos a un universo de *6.000* debidamente remunerados. Y, en adición, (ii) edificar, en un plazo máximo de un año, las decenas de sedes apropiadas, en todo el Territorio Nacional. Estos son los dos requisitos fundamentales, a nuestro juicio. Mientras tanto, *Jueces de 20 causas* por doquier.

e' *Pajaritos y el Poder Judicial venezolano.* El edificio *Pajaritos* colapsó mucho antes de ser ocupado hace muchos años, luego de diversas y prolongadas dilaciones y retrasos debidas a marchas y contramarchas de la IV República, durante algunas décadas. Y es lo cierto que buena parte de sus modestas e incómodas dependencias están todavía ocupadas por sectores diversos de las tareas judiciales propiamente dichas. El proceso de intervención de la Banca venezolana en los noventa, aportó cómodas y confortables sedes para muchas dependencias Oficiales (SENIAT, por ejemplo, con la anterior sede del Banco de Maracaibo, en la Plaza Venezuela), pero no, en lo mejor de nuestro conocimiento, para los *Tribunales de la República*, integrantes del Poder Judicial

Venezolano que el doctor José Román Duque Sánchez calificó en el año de 1993 de *Cenicienta de los Poderes Públicos*. Todavía ocurre lo mismo. No hemos adelantado.

(g) Fe en la administración de justicia, incluyendo obviamente el área ambiental

Si no se aligeran nuestros interminables procesos judiciales incorporando *4.500* Jueces, no habrá justicia rápida y efectiva y el ciudadano de *a pie* (normal o modesto), no *creerá* en la Justicia, ni en sus órganos, ni en sus hombres y mujeres. Ello crea un grave problema adicional a cualesquiera otros igualmente serios en el entorno venezolano, una de cuyas tantas consecuencias en los últimos años ha sido (a) "tomar la justicia por las propias manos de los afectados". (b) "Linchamientos" en cárceles y en sectores populares de las colectividades. (c) Reclusos y "azotes de barrios" aniquilados por sus propios compañeros y vecinos, respectivamente.

La materia *ambiental*, por su parte, debería ser decidida pronto por los Jueces. Este requerimiento, se dirá, es aplicable a todas las materias. Eso es perfectamente cierto. Pero, en esta área especial se requieren *decisiones más expeditas*, en vista de la frecuente y grave disparidad de criterios Estado/particulares. La tardanza de las decisiones judiciales, entre otras consecuencias, acarrea inseguridad jurídica. En Venezuela la inseguridad jurídica en materia *ambiental* continúa siendo apreciable. Ello contribuye, en adición, de manera notable, a la falta o carencia de nuevas inversiones que tanto demanda el país.

(h) Constitución venezolana de 1999. Derechos y deberes ambientales y los derechos de las generaciones futuras

Señala luego la aludida *exposición de motivos* de 1999 que el "texto constitucional se caracteriza por desarrollar con la amplitud necesaria", "los derechos y deberes ambientales de cada generación" y *por reconocer el derecho que tienen* (todas las generaciones, incluyendo la actual y obviamente, las futuras), "a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado". (Paréntesis nuestros).

La expresión *con la amplitud necesaria*, parece aludir al tema antes tratado del *capítulo por separado*, tratándose de dejar entrever la (inexistente) *omisión* del Constituyente de 1961, en cuanto a lo ambiental. Nuestros Jueces han podido perfectamente bien *desarrollar* la normativa del artículo 106 de la Constitución de 1961.

Se escucha en nuestros centros de opinión y se lee en la prensa, que "la Constitución de 1961 superó a la de 1953, que terminó con el federalismo", y "esta última, a la de 1947 que limitó los derechos económicos". Otras personas consideran que la de 1947 fue *la mejor de todas*. *Limitar los derechos económicos*, o de otra especie, en nuestro medio puede constituir *acto heroico*, digno de reconocimiento público. En Venezuela, los verbos cortapisas (limitar, restringir, prohibir) son considerados magistrales y necesarios, en la medida que se le apliquen a los sectores económicos, a las empresas y a las obras de bien. Si se le aplicasen a los garimpeiros, buhoneros, constituirían un exceso del Gobierno de turno

Cada quien es libre de pensar lo que a bien tenga, en la medida que aporte sus propias argumentaciones jurídicas para respaldar su opinión. Pero no se trata de competir en materia de *opiniones* sino de acción. *En materia ambiental se requiere acción. Diaria, objetiva y permanente*. Dicha objetividad, por cierto, requiere por lo menos desprender-

se de fanatismos, intransigencias y tesis improcedentes: "La minería contamina el ambiente" y muchas otras ideas contrarias al desarrollo y al progreso. No siempre la minería perjudica el ambiente. Tal afirmación es falsa.

Corresponde al MARNR y a los Jueces, en buena medida, que la minería se practique conforme al ordenamiento jurídico. Esa es, precisamente, la tarea a desarrollar con interés, buena fe y verdaderos deseos de trabajar. La idea "mágica" (piedra filosofal) no puede ser paralizar *todos* los proyectos. Eso no tiene sentido ni encierra ninguna creatividad jurídica ni de otra naturaleza. Pero sí es realmente deplorable. Exactamente igual que la generalidad de las personas no conozca lo qué ocurre.

5. Desarrollo de la seguridad ambiental

A. Fábricas y complejos industriales

Posteriormente, el Constituyente alude en su *exposición de motivos*, a la necesidad "de mantener un eficaz desarrollo de la seguridad ambiental en las *fábricas* y *complejos industriales*".

Esta última afirmación nos confirma, que se pasa por alto, una vez más, que por lo menos (i) el 50% de nuestra economía reviste desde hace algunos años, carácter *informal*, *subterráneo* y se (ii) ignora el monto de sus *ventas* y *prestación de servicios*, porque somos un país sin estadísticas y si existen, no se divulgan, contrariamente a lo que sucede en otros países; (iii) que dentro de tales especificaciones, como es obvio no suele haber ni *fábricas* ni *complejos industriales* por doquier. ¡Ojalá fuese así! Aparentemente, se hizo alusión a un futuro desarrollo de nuestra economía. Quizás sobre la base del desarrollo cooperativo.

B. LOCYMAT

La Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOCYMAT) de 1986, como es sabido, tiene por objeto específico, garantizar a todos los trabajadores, "condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales".

No obstante su importancia incluso desde el punto de vista humano, se trata de uno de los textos legales de menor divulgación y observancia en Venezuela, tanto entre los patronos como los trabajadores.

¿Cómo puede tener aplicación efectiva una LOCYMAT en medio de una economía informal de tan alto y desproporcionado nivel?

De hecho, más del 50% de los venezolanos está absolutamente afuera de las previsiones de LOCYMAT.

¿Lo conoce el Ministerio del Trabajo? ¿Qué ha hecho al respecto?

Nuestro más reciente Constituyente (1999), por su parte, parece pasar por alto la realidad nacional, aludiendo a *fábricas y complejos industriales*, como si en ellos estuviese concentrada la totalidad de los trabajadores venezolanos. Ello no es así. Ojalá estuviésemos pletóricos de millares de fábricas y complejos industriales por doquier, incluyendo los próximos a nuestras despobladas fronteras. Si acaso, algunas *cooperativas* que se pretende desarrollar. Nada más atrasado que las cooperativas. Ningún país del mundo

ha desarrollado su economía sobre la base de *cooperativas*, que no compiten, no suelen pagar impuestos, pero sí obtienen apreciables ventajas ocultas para sus agremiados.

Es evidente que en Venezuela, en la actualidad, con un elevado índice de desempleo, más del 50% de las personas hábiles para trabajar, no están ubicadas ni en *fábricas* ni en *complejos industriales*. En estas últimas instalaciones no se suele desarrollar *economía informal*. Este último hecho deberían conocerlo perfectamente bien tanto los legisladores como los funcionarios del Estado ocupados de administrar las *leyes ambientales*.

Entonces deberían quizás dirigir sus esfuerzos, a *administrar lo disponible*, en época de severo malestar económico; lo cual todavía (2002) es un método admisible de gerencia con resultados generalmente satisfactorios.

¿Cómo y de qué manera puedo aplicar determinadas leyes, un conjunto de requisitos legales, en materia *ambiental*, a unas circunstancias fácticas muy distantes de parecerse a una *fábrica* (lugar con las *instalaciones necesarias* para fabricar u obtener un producto" (CLAVE). Instalaciones necesarias desde el punto de vista industrial, comercial, sanitario, laboral, legal, *ambiental*, por lo menos.

Complejos industriales: *Conjunto de establecimientos* que sirven para un mismo fin y están situados en un mismo lugar" (CLAVE). Nuevamente se alude a las instalaciones fabriles, sanitarias, de trabajo, y ambientales.

Este es un mundo donde la mitad de los trabajadores venezolanos no tiene un ingreso digno y suficiente. ¿Cuántos venezolanos perciben salario mínimo?

Pero, si muchas veces no se cumple ni la *Ley Orgánica del Trabajo*, ni LOCYMAT, ni con las más elementales *normas sanitarias*, ¿cómo se pretende o aspira, además, que cumplan con las relacionadas con el *ambiente*?

C. Previsiones inaplicables en apreciable porcentaje

De donde aparece evidente que las previsiones legales, una vez más: o se quedaron *cortas* o simplemente no se adecuan a la realidad.

Háganse encuestas y determínense *cuántos trabajadores* venezolanos (de todos los sectores de la economía, incluyendo la creciente economía informal), conocen o han tenido noticia acerca de LOCYMAT. Lo propio sucede con muchos empresarios (grandes, medianos y pequeños). Muchos de ellos no conocen a cabalidad, a ciencia cierta, sus obligaciones derivadas de la mencionada ley orgánica. Y los trabajadores, por su parte, tampoco tienen una idea ni información apropiada sobre sus derechos y obligaciones. Para expresarlo en una forma clara y sencilla. Si ni siquiera conocen las del INCE (1958), elementales.

6. Responsabilidades del Estado

A. Desarrollo ecológico

El Estado, asienta la exposición de motivos en su cuarto párrafo, "con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable", adoptará una serie de medidas, entre las cuales destaca la *protección del ambiente, diversidad biológica, recursos genéticos, procesos ecológicos, parques nacionales, monumentos naturales*, a la par que velará por *un medio ambiente libre de contaminación*.

La expresión *desarrollo ecológico* no resulta del todo feliz. *Ecológico* es (A) aquello "de la ecología o relacionado con ella" y (B) lo que "respeta el medio ambiente porque no contamina o porque no malgasta energía". (CLAVE).

Parecería entonces que el Constituyente de 1999, quiso referirse al "desarrollo general" de un país, en materia de aumento de bienes y servicios, crecimiento económico. No al desarrollo o avance de la *ecología* (de eco, medio ambiente y logia, ciencia) en sí, como ciencia ineludible no precisamente reciente. Tampoco al desarrollo de las relaciones existentes "entre los grupos humanos y el medio ambiente natural", que sería la segunda acepción del término *ecología*. (CLAVE).

7. Política de ordenación del territorio

A. Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio

Este texto legal orgánico (1983) tiene por objeto "establecer las disposiciones que regirán el proceso de *ordenación del territorio* en concordancia con la Estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la Nación" (artículo 1º**).**

Lo que se propone el Constituyente

El Estado, en forma adicional, indica la misma *exposición de motivos* de 1999, "desarrollará una *política de ordenación del territorio* que atienda a las exigencias del desarrollo sustentable".

B. Territorio y ambiente

Entre *territorio*, elemento material y base física del Estado, y *ambiente*, existe una muy estrecha relación y conexidad, al punto de que el uno presupone al otro.

Esta *ordenación del territorio* es tan antigua entre nosotros como la etapa del Descubrimiento y la Colonia.

Recuérdese la clásica figura de la denominada *manzana*, por ejemplo, principio básico de la susodicha ordenación.

De *ordenamientos* y *reordenamientos* territoriales y de otra naturaleza, tenemos un país pletórico mas no de verdadero respeto y acatamiento de ese cúmulo de previsiones legales que en buena medida arrancan desde la década de los años setenta con la nombrada *Ley Orgánica del Ambiente* (1976).

8. Contratos de la República y asignación de permisos (Cláusula implícita)

A. Cláusula implícita

En los *contratos* que pudiera celebrar la República, o "en los *permisos* que se otorguen, que afecten *recursos naturales*", se tendrá por existente una cláusula *implícita* (incluida sin haber sido expresada), por la cual los *contratistas* o *permisarios* asumen la obligación de (i) "conservar el equilibrio ecológico", (ii) *permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas* y (iii) de

restablecer el ambiente a su estado natural obligaciones estas dos últimas que creemos son acreedoras de breves comentarios, por separado y a continuación.

(a) La tecnología

De acuerdo con lo previsto en el *artículo 129 de la Constitución de 1999*, en materia de *tecnología*, en "los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, *de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas* y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultare alterado, en los términos que fije la ley".

Hemos resaltado la parte atinente a la *tecnología*, conforme al fin propuesto.

Si examinamos la porción del texto resaltado, podemos observar obligaciones de diverso contenido, tanto para los *contratistas* como para los permisarios, nacionales y extranjeros:

A) Permitir el acceso a la *tecnología*;

B) Permitir la transferencia de la *tecnología* en condiciones mutuamente convenidas.

Precisar que hemos de entender o interpretar por *tecnología*, nos conduce, en primer lugar, a la Ley de Impuesto sobre la Renta del 28 de diciembre del 2001, cuyos artículos 42 y 43, respectivamente, definen *asistencia técnica* y *servicios tecnológicos* con bastante precisión.

¿A qué quiso referirse el Constituyente con la expresión *tecnología*?

¿A *asistencia técnica*? ¿A *servicios tecnológicos*? ¿A los dos conceptos definidos tradicionalmente en idéntica forma por la Ley de Impuesto sobre la Renta desde 1966?

No lo sabemos, a ciencia cierta. Habría que examinar la situación fáctica concreta.

Tecnología, para los diccionarios no especializados, significa lo siguiente: Del griego *thekhnología* y éste de *thekhné* (*industria*, arte) y *lógos*, tratado. En otras palabras, tratado de la industria o del arte. "Conjunto de medios técnicos, instrumentos y procedimientos industriales de un sector o campo". (CLAVE).

Luego, viene el punto concerniente a la denominada *transferencia*.

Preguntamos: *Transferencia*, ¿De qué? ¿De la asistencia técnica, de los servicios tecnológicos, o de ambos a la vez? ¿O de la tecnología?

Nuevamente parecería que primero habría que examinar el caso concreto.

El requisito de *las condiciones mutuamente convenidas*, aparentemente inocuo, pasa por alto los problemas que suelen presentarse en la práctica precisamente en lo atinente a la *transferencia* en sí.

Se trata de una materia generalmente compleja, donde las partes actúan, o suelen hacerlo, en todas partes del mundo, *at arms lenght*, esto es, paradas una frente a la otra, como dos empresas independientes, sin consideraciones especiales. "Ustedes allá. Nosotros, aquí".

Y donde el *bargaining power* (que podríamos traducir aquí libremente por "poder de contratación"), de las partes, en este caso específico, no suele estar en equilibrio. En otras palabras, no son los mismos ni son iguales. No comparan entre sí.

Desafortunadamente, debemos reconocer todo lo anterior y tratar de estar claros al respecto. Aquí podrían presentarse dilaciones, retrasos y otros problemas. La naturaleza de nuestra publicación no nos permite profundizar en el análisis del tema pero, es nuestro deber profesional llamar la atención y advertir a nuestros lectores.

(b) Restablecer el ambiente a su estado natural

Desde hace casi medio siglo, la *Ley de Minas de 1945*, en su artículo 93, contenía las denominadas *Obligaciones* de los Concesionarios y entre ellas cabe destacar ahora la del ordinal 9º:

"A nivelar el terreno y a reponer la capa vegetal que hayan removido cuando trabajaren con draga depósitos aluvionales de más de cien metros de ancho en tierras cultivadas o cultivables, cuya capa vegetal tenga más de cincuenta centímetros de espesor". (*Cfr*. Artículo 5º de la Ley de Minas de 1999, *Gaceta Oficial* Nº 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999). Esta Ley de Minas de 1999, aparentemente fue recibida por los inversionistas, *sin pena ni gloria*. Es increíble el estado de abandono general de nuestra minería, excepción hecha de las actividades de los *garimpeiros* y de las piedras de construcción y otras sustancias explotadas en forma *clandestina*.

Es digno de observación el interés del legislador de 1945, en cuanto concierne a la conservación y protección del ambiente, la minuciosidad de su planteamiento y la claridad de lo requerido al particular dedicado a la actividad minera. Nuestra legislación Colonial fue extremadamente exigente en cuanto a los requisitos de protección del ser humano y del ambiente, principalmente pero no limitado a ello, en materia minera.

Si a un abogado experto en materia minera le piden examinar la obligación legal que transcribimos con anterioridad, no se le plantearán mayores dudas al respecto, no sin antes observar que si leemos la norma en el 2002, la *obligación de hacer* contenida en el *artículo 93 de la Ley de Minas derogada*, deja perplejo al lector cuando observa lo que ocurre en la realidad minera venezolana, donde no se le suele dar -salvo excepciones-, el menor cumplimiento a esta elemental previsión legal. Ni tampoco se sanciona a los millares de infractores. Piénsese, por un momento, en la actividad desplegada por los señores *garimpeiros* en territorio venezolano, que representa el summun de la corrupción, desidia e inacción del Estado venezolano, tanto en materia minera como del protección del ambiente propiamente dicha.

Pero, si se tratase de una empresa organizada, tenga el lector la plena seguridad de que la acción de los funcionarios todos del Estado, no se haría de aguardar porque tanto los señores del MARNR como los del MEM estarían presentes, "dando estricto cumplimiento a sus obligaciones legales" y haciendo declaraciones por televisión, acerca del *desastre ecológico* ¡que tiene más de 30 años!

Caso práctico:

Hagamos un breve ejercicio de interpretación jurídica, a título de ejemplo.

Lo primero es responder a la interrogante: "¿Qué estamos explotando?" Si la respuesta fuese un *depósito aluvional*, parecería que la empresa califica dentro de la norma. Si se trata de yacimientos de veta, manto o filón, estaría excluida.

Segunda pregunta: ¿Emplea *draga*? ¿Qué es una draga? "Máquina que se emplea para excavar y limpiar el fondo de puertos y zonas de agua navegables, extrayendo de ellos fango, piedras u otros materiales" (CLAVE).Podríamos consultar un diccionario técnico, para Ingenieros, por ejemplo. O revisar también, a todo evento, la Ley de Navega-

ción. U otro instrumento, incluyendo el Arancel de Aduanas. La respuesta será positiva o negativa. Si es de esta última especie, la empresa no está afectada por la disposición.

¿Removieron depósitos aluvionales? Depósitos aluvionales son aquellos que se encuentran en los ríos y otros cursos de agua, generalmente superficiales, donde puede localizarse oro, diamantes y otros minerales. Nuevamente la respuesta será positiva o negativa. En este último caso, la norma no se aplicaría.

Sí, sí hubo remoción, desde un punto de vista técnico. De acuerdo. ¿Cuánto medía el terreno? Más de 100 metros de ancho. La empresa califica. ¿Cuál era el espesor de la capa vegetal? 20 centímetros.

Hubiéramos podido comenzar nuestro interrogatorio al Ingeniero gerente de operaciones de la empresa minera, con esta última pregunta. ¿20 centímetros? ¿Siempre? ¿A todo lo largo y ancho? ¿Estás seguro? Entonces no existe obligación de reponer la capa vegetal. ¿El técnico de la empresa definió "capa vegetal? ¿Confirmamos su criterio con el Colegio de Ingenieros y con la Escuela o Facultad de Agronomía? ¿Con los señores geólogos? De todas formas, vamos a repetir el ejercicio *in situ.* Por cierto, que traigan el teodolito. El que está en buenas condiciones".

El anterior ejercicio, podrá observarse, resulta acorde con un método, un examen de la realidad, una seguridad total, en cuanto a los extremos de ley. No existen dudas.

(c) ¿Qué quiso significar el Constituyente de 1999 con la frase inserta al final del artículo 129 de la Constitución?

Veamos la norma: "restablecer el ambiente a su estado natural si este resultare alterado, en los términos que fije la Ley".

Lo 1º es que se debe esperar a que la ley lo fije. ¿Cuál Ley? No podrá ser por *Reglamento.* Menos por *Resolución.* Tampoco por *Providencia***.** Ver artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

¿Y si no lo fijan? Se suspende la actividad. Así de fácil. Con todos los perjuicios consiguientes.

Se trata de los problemas que frecuentemente ocurren entre nosotros, en materia *ambiental.* Y en muchas otras áreas.

(d) Las cosas no son gratuitas

Esta posible deficiencia observada en el texto constitucional, pone de manifiesto, algunas de las consecuencias de redacciones atribuibles a personas no conocedoras ni versadas en Derecho en general, menos en Derecho Público y mucho menos en Derecho Ambiental.

9. Obligaciones de diverso contenido:

A. Educación ambiental (obligatoriedad)

Al no precisarse el objeto específico de dicha obligación, pudiera interpretarse que, entre otros elementos que llegaren a caracterizarla, la Ley dispondrá lo conducente de

modo que dicha educación, por ejemplo, sea impartida en un futuro, en todos los niveles del Sistema Educativo. Desde los cursos iniciales, hasta la Educación Universitaria y Superior, lo cual presupondría entre otros requerimientos, entrenar al personal docente.

B. Lo tributario y la cuestión ambiental. Sugerencias y recomendaciones

La materia *impositiva* y su futura estrecha conexión con los asuntos *ambientales*, podría ser un interesante tema susceptible de pronta revisión en nuestro país, principalmente en materia de Impuesto sobre la Renta, uno de nuestros más tradicionales y relevantes tributos, hoy en segundo lugar, detrás del I.V.A., en materia de recaudación, pues este último prácticamente le duplica.

De manera de otorgar diversos beneficios fiscales, rebajas, por ejemplo; a aquellas personas (físicas o jurídicas) que (i) *favorezcan la conservación* del ambiente y/o (ii) den estricto cumplimiento a las disposiciones legales sobre la materia.

Se trataría de una novedosa fórmula, en cuanto a Venezuela se refiere, susceptible de examen por las autoridades del SENIAT, y cuya aplicación permitiría obtener por lo menos tres ventajas apreciables, entre otras:

1º La debida protección del ambiente.

2º En adición, *disminuir*, parcialmente, la elevada *presión tributaria* respecto de aquellos contribuyentes que cumplan estrictamente sus obligaciones en materia ambiental. En Venezuela sí existe una elevada presión tributaria, contrariamente a la tesis de que no hay tal presión entre nosotros, "porque una gran cantidad de personas no pagan sus impuestos". Para quienes sí los pagan, obviamente que sí existe la presión. Bastaría pensar en más de 22 impuestos paralelos, por ejemplo.

3º Ampliar, o profundizar, la *cultura tributaria*.

4º Aproximarnos al país y sentir sus problemas como si fuesen nuestros.

Nuestra legislación impositiva de 1976 contempló casos de esta naturaleza, en materia de exoneraciones parciales de impuesto sobre la renta, a las cuales nos referiremos posteriormente.

Si bien en el país ha cobrado cuerpo durante los últimos años, la idea de reducir, en la medida de lo posible, el número de exoneraciones impositivas (caso del ISLR y del IVA, por ejemplo), es todavía recomendable examinar la posibilidad de instituir algunas ventajas y beneficios de carácter tributario, realmente atractivos, tanto para el Estado como para los propios *contribuyentes*, en algunas áreas específicas de alto interés, como podría ser el caso de la *protección del ambiente* cuyo desembolso por intermedio de otras vías podría resultar en situaciones mucho más costosas y por ello de menos factible realización en un futuro previsible.

C. ¿Puede una obligación legal tener su fuente u origen en la citada *exposición de motivos* de un texto legal, incluyendo la de una Constitución? ¿O en su Preámbulo? ¿Qué si se tratase de un *derecho* de los administrados?

La sola y exclusiva respuesta a ambas interrogantes, o a una sola de ellas, justificaría con creces, un análisis jurídico del punto. En efecto, tradicionalmente ha sido la tesis dominante en nuestro país, que del contenido de las exposiciones de motivo y/o de los proemios de las Cartas Fundamentales no puede derivarse *derecho* alguno y, por ende,

consecuencialmente, *obligación* alguna. Tampoco de las denominadas normas *programáticas*. Luego de analizar el Texto de 1999, incluyendo tanto su *Preámbulo*, como su *Exposición de Motivos*, en cuanto concierne exclusivamente a la materia *Ambiental*, el suscrito ha llegado a una conclusión, que se permitirá exponer en la presente publicación.

Se trata de sendas preguntas de apreciable interés tanto jurídico como de otra naturaleza, que atañen tanto al individuo como a las personas jurídicas, básicamente las empresas pero no limitado a ello, pues existe el caso por ejemplo de las fundaciones. Estamos, ciertamente, ante asuntos novedosos, por lo menos en nuestro medio jurídico.

Nuestra respuesta es, pues, afirmativa.

Una opinión contraria simplemente *pasaría por alto*, sin asignarles valor jurídico alguno, aspectos que han sido objeto tanto de la *Exposición de Motivos* -principalmente, que es el texto respecto al cual, por su extensión, se presentarían las mayores y más frecuentes dudas del intérprete-, como de un *Preámbulo*, que a nuestro entender sí son *vinculantes*, en este caso concreto; esto es, crean Derecho y por ello revisten carácter obligatorio, y han de equipararse al derecho positivo, al derecho escrito, *como si fuese una norma más del propio articulado*. Esta sería nuestra tesis, a ser examinada por el lector.

Un parecer en sentido contrario, en adición a servir de fuente de contradicciones y posibles dudas, de parte del intérprete, significaría pura y simplemente desdeñar o desestimar, en este caso, tanto la redacción como el contenido de la *exposición de motivos* y del *Preámbulo*.

Lo cual podría incluso promover una *Consulta*, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en sus atribuciones previstas en el *artículo 336*.

Téngase presente, que como es lógico y natural y no podría ser de otra manera, que el Tribunal Supremo de Justicia, es *el máximo y último intérprete* de la Constitución y que sus interpretaciones, a través de la Sala Constitucional, "sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes (*obligatorias*) para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República" (*artículo 335* de la Constitución vigente). (Paréntesis nuestros).

Es más, creemos que en el presente caso, dada la trascendencia de la materia, la propia Sala Constitucional podría incluso *motu propio* proceder a hacer una interpretación jurídica acerca de este fundamental asunto.

Considérese al mismo fin, en adición, que en casos como el descrito, no existe la posibilidad de una *interpretación auténtica* (en materia legislativa, la dimanante del propio autor del texto legal o Reglamentario), toda vez que la Asamblea Nacional Constituyente autora del texto constitucional de *1999*, cesó en sus delicadas y complejas funciones. Habría que aguardar el funcionamiento de una futura Asamblea Constituyente.

10. Limitaciones a la libertad derivadas de la protección del ambiente

"Las limitaciones a la *libertad* por razones de protección del *ambiente*".

Conforme a la razón, nuevamente se hará necesario un ponderado análisis de las situaciones fácticas que pudieran suscitarse en la vida real, en conexión con estas materias, puesto que ninguno de los bienes (dones) de los cuales se trata (*libertad* y *ambiente*), podría considerarse *per se* superior al otro, sino que de existir o producirse conflicto, corresponderá finalmente a los Jueces pronunciarse en cada situación particular.

Reiteramos así la inmensa relevancia de la función judicial que entre nosotros, en cualquiera de las Repúblicas, debería aumentar en forma apreciable.

Slogans (esloganes) tales como -permítasenos la terminología pero su meridiana claridad entre los más jóvenes, se impone a los fines ilustrativos-, *libertad mata ambiente* o *ambiente mata libertad*, como fórmulas generales de proceder, podrían resultar improcedentes. Ninguna de ellas es cierta.

Este último sería el tipo de posible *razonamiento* futuro que estamos tratando de precaver. Las *modas*, los momentos por los cuales atraviesan las sociedades, los *estilos*, pueden dar lugar a posibles interpretaciones como las indicadas a título de ejemplo. Nada más alejado de una interpretación jurídica o de un *Estado de Derecho*, donde siempre ha de prevalecer por lo menos la juridicidad y, por vía de consecuencia, no tendría cabida una interpretación *legal* de tan especiales connotaciones. Los Abogados todos, incluyendo a los Jueces, han de escudriñar (examinar o indagar para averiguar detalles, CLAVE), los asuntos planteados a su sabia consideración.

Se reitera la recomendación y/o sugerencia de analizar cada caso o situación concreta, en forma individual, a base de sus propios méritos, una vez conocidos y discutidos a plenitud, por los representantes de las partes interesadas. Por lo menos así deberían actuar los Abogados.

No debería un Tribunal pronunciarse acerca de la controversia, sin conocer previamente tales méritos, incluso in situ. Así como no debería *gerenciarse por helicóptero*, tampoco podría *decidirse a distancia*, en ambos casos alejados de la realidad. Nuestros gerentes deberían visitar los *galpones* y demás instalaciones de las empresas todas. Los Magistrados deberían en ocasiones abandonar sus Oficinas y trasladarse al lugar de los acontecimientos. Bajar del pedestal. No obstante ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia o del más modesto (pero no menos importante) Tribunal.

11. Bienes del dominio público

El *artículo 539 del Código Civil* dispone que "Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del *dominio público* o del dominio privado". Enseguida la normativa civil enuncia los *bienes del dominio público*: "los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra (poblaciones fortificadas) y demás bienes semejantes". (Paréntesis nuestros).

El *artículo 540 eiusdem* establece que "los bienes del dominio público son de uso público o privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades". La Constitución de 1961 incluyó los términos *Municipio* y *Municipalidad* y la ahora vigente excluyó al primero y adopta *alcalde* y *alcaldesa* mas no *alcaldía*. Y, finalmente, el artículo 543 *eiusdem* declara que los "bienes del dominio público son inalienables…", vale decir, que no pueden ser objeto de enajenación ni de traspaso. Visto lo anterior, pasamos a la *exposición de motivos* objeto de análisis que considera *bienes del dominio público*, la categoría de bienes indicada en el punto 2.10.1.

A. Aguas de dominio público

Carácter de bienes del dominio público que se le atribuye a las aguas.

Sugerimos contrastar esta *declaratoria de dominio público y sus implicaciones jurídicas*, por ejemplo; contenida en una *exposición de motivos* y no en alguna disposición

constitucional específica, con las normas de los artículos 539 y 653 del *Código Civil* de 1982, y con el *artículo 89 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas*. Salvo mejor opinión, parecería que en materia de aguas, la *exposición de motivos* del nuevo texto constitucional pretende o aspira fijar cabeceras de puente para luego, introducir cambios significativos aun no del todo claros ni definidos respecto de las tradicionales disposiciones del Código Civil que recoge una inveterada tradición legal.

Por ahora, mientras tanto, resultaría que las aguas y sus yacimientos, los recursos hídricos en general, no pueden ser objeto de propiedad particular, lo cual encierra por lo menos una importante modificación legal en nuestro país.

En otras palabras, como podrá observarse, se utilizó la *materia ambiental*, para nacionalizar el régimen de las *aguas*.

Los filósofos del Derecho venezolanos, en algún momento nos expondrán con singular maestría y claridad meridiana, las consecuencias e implicaciones de algunas de estas determinaciones ocurridas entre *gallos y medianoche***.**

B. Agricultura sustentable

La *agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral*.

Expresiones de esta especie, perfectamente intercambiables (*vgr*. el *desarrollo rural integral* como base estratégica de una *agricultura sustentable*, por ejemplo), no aportan conceptos, ni ideas de interés para desarrollar nuestra economía ni nuestras instituciones, crear fuentes de traba adicionales, ni creer más en el futuro.

Antes bien y muy por el contrario, parecerían constituir suertes de *ritornelos* o, si se prefiere, de *juegos de palabras*. *Plays upon words*. Expresiones todas ellas que nos ponen de manifiesto las inconsistencias de ciertos instrumentos importantes que no deberían ser elaborados a la ligera, en cenáculos políticos, o por personas no profesionalmente capacitadas. Donde ni siquiera las comisiones *técnicas* o *de estilo* pudieron aportar soluciones a los problemas *jurídicos* que habrían de presentarse con posterioridad.

12. Protección del hábitat de los pueblos indígenas

La *protección del hábitat de los pueblos indígenas*. *Hábitat*, como se sabe, procede del latín hábitat (habita); "área geográfica con unas condiciones naturales determinadas y en la que vive una especie animal o vegetal". (CLAVE).

En realidad, el DRAE lo circunscribe a los denominados reinos animal y vegetal. La protección del hábitat de los pueblos indígenas -lo cual nos parece encomiable-, no tenía necesidad alguna de alcanzar excesos como los que se alcanzaron.

Pasemos a desarrollar un *Tercer Aspecto* de nuestra publicación.

III. AUSENCIA DE CONCORDANCIA ENTRE (A) LA "EXPOSICIÓN DE MOTIVOS" Y (B) LOS ARTÍCULOS 127, 128 Y 129. ALGUNOS CASOS EN LOS CUALES SE OBSERVA CARENCIA DE PRECISA CORRESPONDENCIA ENTRE (A) Y (B). ANÁLISIS JURÍDICO. CONSECUENCIAS. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN ACERCA DE LA NUEVA PRECEPTIVA CONSTITUCIONAL EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

¿Estamos autorizados para concluir que (i) el contenido íntegro de la *Exposición de Motivos*, en lo concerniente a los *derechos ambientales*, como (ii) el *Preámbulo* de la Carta, al igual que (iii) los *artículos 127, 128 y 129*, a cuyas disposiciones aludiremos con posterioridad; pudieran llegar a ser interpretados en el sentido de expresar todos ellos (i+ii+iii), tanto *derechos* como *obligaciones* de los administrados, en materia de los mencionados derechos?

En otras palabras, podríamos llegar a interpretar -legalmente-, que los *derechos y obligaciones* no están contenidos, en su integridad, en los citados artículos 127, 128 y 129; sino que por el contrario, (i)+(ii)+(iii) constituyen los *derechos y obligaciones* en lo que se relaciona con los *derechos ambientales* a los cuales nos estamos refiriendo en esta publicación.

No sabemos ahora, porque ello excedería nuestro propósito, cuál es el status de *otros derechos constitucionales*.

Dicho de otra forma, exclusión hecha de los *derechos ambientales*, ¿cuál es la situación jurídica de los demás derechos (muy numerosos, por cierto) previstos en la novísima Constitución?

Habría que adelantar un estudio, a objeto de comparar los tres importantes textos, en relación a algún determinado *derecho constitucional*: 1º *Exposición de Motivos*; 2º *Preámbulo*; y 3º *Articulado de la Constitución*.

Este último criterio, bastante sui géneris, i.e. considerar las tres posibles fuentes; procede, a nuestro entender, en apreciable medida, de la forma en que ha sido concebida la *Exposición de Motivos*, en esta ocasión, que contrasta con lo ocurrido en *1961* y en la inmensa mayoría, por no decir totalidad, de nuestros textos legales, cuya exposición -como su denominación lo indica-, en resumen, explica (con menor o mayor detenimiento), las razones que sustentan la inserción de las normas. De ahí la apreciable utilidad de dichas exposiciones de motivos.

En efecto, en Venezuela, generalmente, las *Exposiciones de Motivos*, explican (o tratan de hacerlo), los *fundamentos* (políticos, filosóficos, económicos, jurídicos y cualesquiera otros), de las normas jurídicas contenidas en la respectiva Ley.

1. Objeto de la *Exposición de Motivos* de una Ley

Por ello es que para conocer el significado y alcance de una determinada norma legal, o el *espíritu del legislador*, el intérprete se dirige a la *Exposición de Motivos*. Aquí no ocurre ni sucede así.

En efecto, la *Exposición de Motivos*, en materia ambiental, pudiera ser llegar a ser invocada, por algunas personas, como continente de *obligaciones*, *derechos* y objetivos legales, de carácter adicional, complementario o paralelo, de *rango constitucional*, a los contenidos en forma expresa, en los *artículos 127, 128 y 129 de la Carta*. Nuestros

tribunales podrían ir aprestándose para dar oportuna respuesta a solicitudes de esta naturaleza.

En realidad, como principio general, una verdadera y auténtica *exposición de motivos* en Venezuela, (i) no legisla, (ii) contribuye a hacerlo, en el sentido de plasmar en el texto legal, las disposiciones correspondientes, y lo que suele ser determinante, (iii) facilita la recta interpretación de los textos; que son tres conceptos distintos. Pero ello no es el caso de la exposición de motivos del texto de *1999*.

2. Exposición de Motivos clásica o tradicional en Venezuela

En efecto, si se tratase de una *exposición de motivos* a la usanza tradicional, la misma nos explicaría el significado y alcance de los artículos 127, 128 y 129, respectivamente. Nada más.

Y nos hablaría, en adición, acerca del *espíritu del legislador* y de sus propósitos, por ejemplo, y de las causas que le llevaron o condujeron a adoptar una determinada política, sistema, filosofía, en lo que respecta a dichas tres disposiciones legales.

Por tanto, en principio, existiría (o debería existir), la plena correspondencia entre la *exposición de motivos* (el *Preámbulo* también, por supuesto) y el respectivo *articulado*, como si la primera (*la exposición*) fuera la *sustentación* lógica y racional de los últimos (*el articulado*). O dicho de otra forma, el antecedente o precedente (*exposición de motivos*) y su resultado lógico, congruente (*un determinado texto legal* que establece una determinada obligación o un cierto derecho). En resumen, tal sería el *desiderátum*.

Pero, por las razones que abonaremos luego, no creemos que ello haya sido la intención de los textos de *1999*, *reimpresos todos, por error del ente emisor*, en el Número Extraordinario 5.433 de la *Gaceta Oficial* del día viernes 24 de marzo del 2000. La reimpresión por (presunto) error de copia no puede dar margen a modificaciones ilegales e improcedentes, por así calificarlas y, mucho menos tratándose de un texto Constitucional. Obviamente, tampoco en el caso de las Leyes orgánicas y las ordinarias. Pero, es evidente que la anomalía se hace más grave en el primer caso al tratarse de la Ley fundamental de una nación que establece sus principios básicos. Aquí tampoco abrigamos duda alguna.

En efecto, a nuestro entender, podríamos interpretar que por la redacción y la terminología empleadas, los *derechos ambientales* se encuentran real y efectivamente *dispersos*, en la Constitución publicada en el año 2000, en tres instrumentos que normalmente son diferentes, en el sentido de que cada uno de ellos posee su propio contenido: *Exposición de Motivos*, *Preámbulo* y *Articulado*. No abrigamos dudas razonables al respecto.

3. Análisis de casos concretos o específicos

A. Un primer caso de correspondencia:

Obsérvese, por ejemplo, el penúltimo párrafo de la susodicha *exposición de motivos*, cuyo Capítulo IX del Título III, trata acerca de los *contratos* de la República y los *permisos*, en comparación con el último párrafo del *artículo 129* de la Constitución, atinente precisamente, a "los *contratos* que la República celebre con personas naturales o jurídicas, o en los *permisos* que se otorguen, que afecten los recursos naturales"; de donde resulta que, a no dudarlo, se da una *estrecha relación*, como creemos ha de ser,

entre lo que apunta la *exposición de motivos* y lo expresado por la *normativa legal* consecuencial (artículo 129, aparte final).

B. Un segundo caso de correspondencia:

De igual manera, la referencia al hecho de que la anterior Constitución (*1961*) apenas si "procuraba la protección de los *recursos naturales* como parte de los bienes económicos", mientras que la publicada en el año *2000*, por su parte, "supera, con una visión sistemática o de totalidad", la que estuvo previamente en vigor.

En este segundo caso, también estamos en presencia de una coincidencia, entre lo anunciado por la *exposición de motivos* y lo que dispone el Constituyente en el encabezamiento del artículo 127, por ejemplo.

C. Otros casos o supuestos

En los demás casos (artículos 128 y 129), no resulta tan simple hallar la concordancia exacta entre los términos de la necesaria ecuación (*exposición de motivos* y *disposición legal*), donde el segundo es, o debería ser, consecuencia directa e inmediata del primero.

Veamos algunos casos que comprueban nuestra última afirmación.

3.3.3.1 El segundo párrafo de la *exposición de motivos*, se refiere expresamente a *los tratados internacionales de carácter ambiental***.** Los artículos 127, 128 y 129, no se contraen a los susodichos *tratados*, ni aparecen nombrados, directa ni indirectamente. ¿Es necesario que lo hiciera? Parecería que la respuesta es positiva. ¿Se reduce o desaparece, el elemento vinculante derivado de los tratados, ya suscritos o por celebrarse? La respuesta es negativa.

3.3.3.2 El tercer párrafo de la *exposición de motivos* alude al "eficaz desarrollo de la *seguridad ambiental en las fábricas y complejos industriales"*, en tanto que los mencionados tres artículos no contienen la menor referencia a las *fábricas y complejos industriales*.

3.3.3.3. El último párrafo de la *exposición de motivos* alude a diversos particulares de notable interés general: (i) *educación ambiental*, (ii) *libertad económica* y sus limitaciones, (iii) declara *bienes de dominio público* a las *aguas*, habla acerca de la (iv) *agricultura* y la (v) *protección del hábitat de los pueblos indígenas***.** Declaratoria de cuyo exacto significado jurídico posiblemente no todas las personas estén conscientes, así como tampoco de sus posibles implicaciones futuras en materia jurídica, económica y de otra especie.

Ninguna de las tres normas incluidas en el texto constitucional, citan ni sugieren ninguna de las cinco materias mencionadas en los cinco literales anteriores.

4. Problema de interpretación grave

Estamos ante un problema grave, a ser resuelto por los señores Jueces y Magistrados, quienes muy seguramente llegarán a conocer, en estrados, de las antinomias y/o contradicciones previamente anotadas. Y, por supuesto, del valor , de la *Exposición de Motivos*, del *Preámbulo* y de los artículos 127, 128 y 129, interpretados como un todo, como creemos corresponde, en lo jurídico, es decir, como fuentes de obligaciones.

De donde aparece que, jurídicamente, estaríamos en presencia, de una superposición de principios, normas y disposiciones paralelas: (i) *Exposición de Motivos*, (ii) *Preám-*

bulo y (iii) *Articulado propiamente dicho*, cuyas normas y disposiciones y principios, en materia de derechos ambientales, poseen efecto vinculante u obligatorio.

5. Consecuencias de una interpretación en sentido contrario a la previamente expuesta

Un parecer contrario al antes expresado nos llevaría a concluir que prevalece el texto del articulado (artículo 127, 128 y 129) y que tanto el *Preámbulo* como la *Exposición de Motivos*, tratan de explicar el contenido de las citadas tres disposiciones y que en ausencia de congruencia y/o posible *contradicción* o *silencio* de las dos primeras (i e ii) con el *articulado*, habrá de prevalecer la tercera (iii), que fue donde real y efectivamente, el Constituyente *legisló*. Y el intérprete ha de atenerse a la realidad.

Este último criterio (iii), inter alia, conduciría a rechazar valor jurídico alguno -salvo en los casos de la triple (i+ii+iii) o doble congruencia (ii+iii)-, a todo cuanto estuviese fuera de (i) y (ii), para respetar como únicas, verdaderas y auténticas normas reguladoras de los "derechos ambientales", las disposiciones contenidas en (iii), con carácter de exclusividad.

Tesis esta última que, entre otras consecuencias jurídicas, podría conducir al absurdo de que los extremos precedentes (i y ii), carecerían de efecto o validez jurídica, tesis de la cual nos permitimos disentir. En otras palabras, que en ausencia de correspondencia con (iii), (i) y/o (ii) adolecerían de efectos jurídicos vinculantes u obligatorios, tanto para el Estado, como para los particulares.

Lo que sí sería dable concluir es que en caso de contradicción entre (i) y (iii), o entre (ii) y (iii), respectivamente, habría de prevalecer (iii), a todos los efectos legales.

Hasta donde tenemos conocimiento, no ocurrió antes en nuestro país, ningún otro caso como el presente donde, aparentemente, valen como normas de contenido legal, con efecto vinculante a los efectos de las relaciones entre el Estado y los particulares; tanto el contenido de (A) la Exposición de Motivos como (B) el texto de los artículos 127, 128 y 129 de la Nueva Constitución, en la medida claro está que no exista contradicción entre el extremo (A) y el extremo (B).

Si existe contradicción entre (A) y (B), creemos que prevalecería (B), esto es, el articulado, que sería la consagración expresa que efectivamente hizo el Constituyente.

Nos corresponde desarrollar un Cuarto Aspecto de nuestro estudio.

IV. OTROS ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE POSIBLE INTERÉS GENERAL

1. Constituciones de 1961 y de 1999

Contrariamente al texto Constitucional de *1961*, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispuso, de manera especial, un capítulo, exclusivamente destinado a la consagración de normas en materia de *derechos ambientales*.

En efecto, el Capítulo IX del Título III de la Carta de reciente promulgación en Venezuela, está constituido (en forma exclusiva), por tres artículos (127, 128 y 129, respectivamente), reguladores de *los derechos ambientales*, sin prejuicio de la tesis interpretativa antes expuesta, en el sentido de que en Venezuela, los *derechos ambientales* están

contenidos en (i)+(ii)+(iii). O en el peor de los casos, en la Exposición de Motivos y/o el articulado.

El extenso Título III (artículos 19 al 129), como es igualmente sabido, se contrae a *los derechos humanos, y garantías y de los deberes*, inserción que nos revela la importancia y trascendencia que el Constituyente de 1999, le asignó a los referidos *derechos ambientales*, sin que lo anterior pudiera conducirnos a interpretar, que algunos *derechos* y *garantías* posean naturaleza, jerarquía o rango *superior*, a los demás derechos y garantías cuya sumatoria total representa el *universo de derechos y garantías* constitucionales reconocidos y regulados por el Texto constitucional. Cfr. *Declaración de Derechos de Virginia* (*1776*), la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (*1789*) y la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (*1948*).

A. Pacto de San José de Costa Rica

Puede consultarse también la denominada *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y su correspondiente Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *Pacto de San José de Costa Rica* (*Gaceta Oficial* Nº 31.256 del 14 de junio de 1977).

Llama la atención que una Convención de esta naturaleza, de más o menos reciente factura, no aluda a los *derechos ambientales*, si bien su *Preámbulo* reafirme el propósito de los Estados Americanos signatarios de la Convención, entre los cuales estuvo Venezuela, "de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, *un régimen de libertad personal y de justicia social*, fundado en el respeto de los *derechos esenciales del hombre*", pudiera arguirse que ciertamente la Convención *versó principal y únicamente sobre la libertad personal y la justicia social* conceptos que no atañen directamente a los *derechos ambientales*.

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Lo propio pudiera decirse acerca del denominado *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (*Gaceta Oficial* Nº 2.146 Extraordinario del 28 de enero de *1978*, del cual es signataria la República de Venezuela), "aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de *1966* y suscrito por la República de Venezuela el 24 de junio de *1969*, si bien es cierto reconocer que su artículo 1 (Parte I), reconoce el derecho de todos los pueblos, *para el logro de sus fines*, de "disponer libremente de sus *riquezas y recursos naturales*" oportunidad donde hubiera podido aludirse aun incidentalmente a los *derechos ambientales*, para así subsanar la posible omisión. Lo resaltante ahora es poner de relieve que tanto la *Convención (1977)* como el Pacto (*1978*), son posteriores a nuestra Constitución de *1961*.

C. Constitución de la República de Venezuela de 1961

La referida Carta de *1961*, elaborada hace cuatro décadas, cuando como sabemos y hemos tenido oportunidad de ratificarlo a la luz del citado texto de *1948*, la *cuestión ambiental* -cuya problemática, a no dudarlo, ciertamente existía en la realidad-, no tenía la trascendencia ni el significado que luego llegó a poseer, como ocurrió por ejemplo en la década de los años setenta; que en el transitar de todos los países, independientemen-

te de su grado de desarrollo, sí representan un período ciertamente apreciable de varias generaciones, por los cambios y modificaciones que pueden llegar a suscitarse en la cultura de los pueblos y en sus concepciones jurídicas, todo ello de acuerdo con su específico nivel de desarrollo; no incluyó el tema de los *derechos ambientales*, si bien es cierto reconocer que conforme a su sabio artículo 50 cuyo equivalente en la hoy vigente, está representado por el artículo 22:

> La *enunciación* de los *derechos y garantías* contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo *inherentes* a la persona humana, no figuren expresamente en ella. El adjetivo *inherente* significa, como es igualmente sabido, "propio o característico de algo o que está unido a ello de manera que no se puede separar" (CLAVE).

No abrigamos duda que nos impida considerar, desde un punto de vista técnico- jurídico, que los *derechos ambientales*, cumplen el mencionado requisito de la *inherencia* y así hubiera podido perfectamente bien llegar a reconocerlo algún Tribunal de la República, no obstante no haber sido nombrados tales derechos, en forma expresa, por el texto de 1961.

Ofrece interés jurídico discurrir cuál podría haber sido el criterio de algún Juez venezolano si, durante la prolongada vigencia del texto de 1961, no hubiera existido su artículo 50 (equivalente al 22 de la actual Constitución); si alguna persona (natural o jurídica) hubiera invocado algún derecho o garantía específica *no* expresamente consagrada por la Constitución de 1961.

Dicho de otra forma: En ausencia de norma expresa y del artículo 22 de la actual Constitución (o su equivalente representado por el artículo 50 de la de 1961), ¿Cuál hubiera podido ser la respuesta de algún magistrado venezolano si algún administrado hubiera invocado un derecho y/o garantía no expresamente reconocido por las Cartas Magnas en referencia? En presencia de un verdadero y auténtico derecho, reconocido a nivel internacional, mas no en nuestro país, la solución ha debido ser positiva. Pero, el tema excede de los límites del presente análisis.

D. Sujetos activos de los derechos y garantías constitucionales. Breve referencia incidental

Por cierto, en nuestro país ha existido el criterio de que los *derechos y garantías constitucionales* son mayoritariamente "propios" de las *personas físicas* o *naturales* mas no de las *personas jurídicas*, ni de las *fundaciones, corporaciones* ni de las *empresas*.

El tratamiento de este último tema, como se comprenderá fácilmente, excede nuestro propósito actual, pero, creemos que una interpretación no necesariamente caracterizada por su laxitud, hubiera podido pronunciarse en forma positiva respecto de algún derecho *inherente* a la persona humana, no expresamente incluido por el texto de *1961*, previa comprobación en autos del requisito ineludible de la *inherencia*. Y por supuesto que muchos derechos y garantías de la especie mencionada, son perfectamente reconocibles en cabeza de las *personas jurídicas*. Desafortunadamente, hasta ahora no hemos tenido conocimiento de decisiones de nuestros Tribunales que hubieran extendido a las personas jurídicas, caso concreto de las empresas; derechos reconocidos y tradicionalmente considerados como objeto de detentación exclusivamente por las personas jurídicas. Una empresa seria, una fundación honorable, una asociación civil, perfectamente pueden llegar a ser considerados como titulares de los derechos o garantías constitucionales, exactamente igual que una persona física o natural, pues no hemos encontrado razones jurídicas que pudieran excluir a las empresas, las fundaciones o las asociacio-

nes civiles, ni al Estado, los Estados ni los Municipios tampoco, por ejemplo. Para algunas materias, nos retrotraemos a Roma, pero, para otras, nos acogemos con entera facilidad a los sistemas legales más flexibles del mundo, sin ningún miramiento.

E. Algunas empresas y fundaciones

No podemos pasar por alto que algunas *empresas* y ciertas *fundaciones* incluso algunas patrocinadas y/o promovidas por el propio Estado, por ejemplo, principalmente a partir del Decreto Ley Nº 401 del 14 de diciembre de 1984, asidero jurídico de las *fundaciones* creadas o instituidas por algunos entes públicos estatales; que numéricamente han sido las menos, en nuestro país; han motivado, en parte, reacciones adversas, por el desenvolvimiento de algunas de las empresas y/o fundaciones.

Hemos sugerido a los sectores empresariales sanos, y lo cual comprende empresas de la más diversa categoría y volúmenes de ventas; sostener *campañas permanentes de divulgación*, no necesariamente apabullantes ni costosas, acerca de la loable o magnífica función cumplida por el sector empresarial venezolano, grande, mediano o pequeño, en la generalidad de los casos incluyéndose el meritorio caso de la mayoría de las *fundaciones privadas*. Hasta ahora, no hemos sido escuchados, por lo menos en la extensión y medida que creemos la situación lo requiere.

F. Reciente decisión de un Tribunal de la República de Francia, uno de los países cuna de la libertad

Próximo a concluir el año 2000, un Tribunal de la República de Francia**,** llegó a considerar, acertadamente a nuestro juicio, que un *correo electrónico* a través de *Internet*, interpretado como *mensaje electrónico de persona a persona*, representa un *correo*, exactamente igual que cualquier otra *correspondencia privada*, salvaguardada por el derecho al secreto de las comunicaciones de correo. La parte actora denunció *violación del secreto de la correspondencia*. Contra la anterior tesis, que compartimos a distancia, que finalmente protege al individuo, a la persona humana y a sus derechos, y los de las empresas, se estrelló el siguiente razonamiento de la defensa: una *carta precintada por su autor*, no es lo mismo que *un correo electrónico*. Claro que no lo es, pero, a nuestro modesto entender, lo determinante es, a nuestro juicio, que el *derecho constitucional del individuo* merece igual respeto y consideración en uno u otro caso. Se trata de dos cuestiones diferentes: el derecho en sí y la protección y salvaguarda de las personas (todas), derivada de las leyes, principalmente de la Constitución. Pueden consultarse los *artículos 63 del Texto de 1961*, amplio, claro, preciso y por ello, inobjetable, y el *recortado 48 del novísimo Texto*.

2. Textos legales relacionados con la materia ambiental anteriores al siglo XXI:

Es dable observar que en Venezuela, con anterioridad al año siglo XXI, fueron promulgados leyes y otras disposiciones, de mayor o menor connotación en materia ambiental y entre ellas destacan, por ejemplo:

1937: Ley de Protección y Vigilancia para Impedir la Contaminación de las Aguas por el Petróleo";

1943: Ley de Hidrocarburos (y sus reformas parciales de 1955 y 1967);

1944: Ley de Caza (derogada);

1945: Ley de Minas (derogada por la Ley de Minas de 1999);

1955: Ley Forestal de Suelos y Aguas (derogada);

1956: Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo;

1966: Ley Forestal de Suelos y Aguas (derogó la anterior Ley sobre la materia del año 1955);

1967: Ley sobre Convenios Especiales Relacionados con la Desulfuración de Hidrocarburos;

1968: Resolución Nº 960 del anterior Ministerio de Minas e Hidrocarburos relativa a las operaciones de exploración, explotación, manufactura o refinación y transporte de petróleo;

1970: Ley de Protección a la Fauna Silvestre (mediante la cual fue derogada la Ley de Caza del año 1944);

1971: Decreto Nº. 832 sobre disposiciones de conservación de los hidrocarburos;

1976: Ley Orgánica del Ambiente;

1976: Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC) (Gaceta Oficial Nº 1.932 Extraordinario del 28 de diciembre de 1976, crea o establece el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (MARNR);

1976: Decreto Nº 1.846 del 26 de octubre de 1976, por el cual el Ejecutivo Nacional acordó exonerar parcialmente, el impuesto sobre la renta de las empresas que efectúen *inversiones destinadas a evitar la contaminación ambiental*;

1983: Reglamento sobre Prevención de Incendio;

A. Establecimiento del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (1976)

Según pudo apreciarse de la sucinta relación cronológica precedente, el MARNR fue instituido en el año 1976, el cual tendría por objeto, conforme al artículo 36 de la LOAC (1976), "la planificación y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional para el *fomento de la calidad de la vida*, del *ambiente* y de los *recursos naturales renovables*; la elaboración y ejecución de los programas de conservación, defensa, mejoramiento, regulación, aprovechamiento y uso de las aguas, de los bosques, de la tierra y de los suelos; el catastro, la conservación, defensa, mejoramiento y regulación de la fauna y de la flora silvestres; los parques nacionales y en particular, las siguientes actividades:" y seguidamente se incluyen 23 numerales atributivos de competencia. Desde la Constitución de 1961, habían transcurrido pues 15 años. Fue entonces cuando se concretó la idea de establecer un nuevo Despacho del Ejecutivo nacional, que tuviese a su cargo las materias anteriormente indicadas.

B. ¿Qué ocurrió antes de 1976?

Lo anterior no pasa por alto, que (1º) con anterioridad a 1976, algunas de las actividades precedentes estuvieron asignadas al viejo Ministerio de Obras Públicas (MOP) y a

otros Despachos del Ejecutivo Nacional, como era el caso específico del Ministerio de Agricultura y Cría (MAC). Se trataba de competencias y atribuciones compartidas; (2º) los *Estados* y los propios *Municipios*, por su parte, tuvieron algunas limitadas atribuciones sobre las mismas materias. Los particulares anteriormente mencionados deberían ser tomados en consideración, a objeto de disponer de alguna información concreta acerca de la situación y los orígenes de esta legislación en los anales jurídicos venezolanos. Se trató, pues, de todo un *proceso* legislativo, cuyos méritos e imperfecciones serán analizados por los filósofos del derecho y otros expertos; y, (3º) que como lo veremos seguidamente, desde la Colonia venezolana, incluso antes de su consolidación en el Siglo XVII, hubo normas relacionadas con algunas de las citadas materias y en definitiva con la protección de los derechos y cumplimiento de las obligaciones ambientales. No todo apareció de la Noche a la Mañana, como algunos imaginan.

C. Brevísima referencia al poco examinado período de nuestra Colonia:

Por su parte, debe observarse, a mayor abundamiento, que las disposiciones legales, en materia minera, por ejemplo, que estuvieron vigentes durante la *época Colonial*, que en nuestro inmensos territorios perduró casi tres siglos; contuvieron numerosas normas en *materia ambiental*, y de *protección de la salud* tanto de las personas dedicadas a la susodicha actividad como de los propios *yacimientos* mineros, todo lo cual resulta admirable por lo menos desde un punto de vista de desarrollo legislativo de parte de la Metrópoli. Una vez más, no sabemos, a ciencia cierta, cómo fue el encomiable comportamiento *desarrollo legislativo* versus *realidad humana*. Este ha sido uno de los problemas tradicionales de nuestro medio, prácticamente desde siempre y aun en la actualidad.

D. Desarrollo legislativo versus realidad. Intento de aproximación a un juicio crítico

En efecto, una cosa es *lo que dicen las leyes* -conforme a la sentida expresión popular-, y otra lo que ocurre y sucede en nuestra dura realidad. Las disposiciones atinentes al ambiente, no parecen haber sido la excepción. Ello es desafortunado. No fue ni ha sido un problema técnico- legal. Parece haber sido de otra especie o naturaleza. ¿*Gerencial*? ¿*Humano*? En estas dos últimas expresiones podría estar buena parte de la respuesta.

En cuanto a *legislación* concierne, incluyendo la *ambiental*, la venezolana compara favorablemente con cualquier otro país. Siempre, desde la remota Colonia, sin solución de continuidad, hemos dispuesto de un *arsenal de disposiciones legales y de inferior rango*. En prácticamente todos los órdenes.

Tampoco se trata, pues, en resumen, de que el más reciente Constituyente venezolano hubiera *inventado la rueda* de las primeras etapas de la civilización.

E. Teofrasto

Ecología del término alemán *oekologie* equivalente a "relación del género animal tanto con su ambiente orgánico como con el inorgánico". Procede del griego *oikos* (casa u

hogar en que se vive). Esta primera acepción la contienen muchos autores. Algunas obras consultadas, en cuanto a etimología, hacen derivar la denominación de la antigua ciencia, de *eco* (medio ambiente) y *logía* (ciencia, estudio). (CLAVE). Sus antecedentes remotos, como ciencia, no están definitivamente precisados. Quizás tuvo su origen con la denominada *historia natural* de los griegos.

Particularmente los autores la relacionan con Teofrasto (¿372? - 287 a. de C.), filósofo griego sucesor de Aristóteles (384 - 322 a. de C.), de quien fuera su discípulo, amigo y colega; como director del Liceo, paseo de Atenas donde el universal estagirita (por haber nacido en Estagira), impartía sus sabias lecciones.

Teofrasto, iniciado en la denominada filosofía natural, en adición a obras de Metafísica, Lógica y Moral, escribió una *Historia de las plantas* (9 libros) y describió la interrelación entre los organismos y entre éstos y su ambiente no común, o sea, aquellos que viven en una forma no habitual.

F. MALTHUS

Thomas Robert Malthus (1766-1834), es el segundo pensador nombrado por los autores, entre los antecedentes históricos de la ciencia que nos ocupa. Fundador, con David Ricardo (1772-1823) y Adam Smith (1723-1790) de la escuela liberal o librecambista; refutó la teoría de Ricardo pero no formuló una propia; observó las contradicciones internas del sistema capitalista y el carácter inevitable de la sobreproducción y de las crisis periódicas y formuló las leyes que ostentan su nombre. Autor del "Ensayo sobre el Principio de la Población" (cuya denominación completa en idioma Inglés es "Essay on the Principle of Population, as it effects the Future Improvement of Society with Remarks on the Speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and other Writers"), publicada en 1798 en forma anónima y que constituye su más famosa e influyente obra; y, obviamente del denominado *malthusianismo* derivado de sus doctrinas y teorías. Pastor protestante y economista de profesión, nacido en Susex, detentó la primera cátedra de la asignatura *Economía Política*, en el Reino Unido, donde también fue profesor de historia. Partidario acérrimo de la denominada *selección natural* de la especie humana: "Un hombre que nace en un mundo ya ocupado, si su familia no le puede alimentar o si la sociedad no puede utilizar su trabajo, no tiene el menor derecho a reclamar una porción de cualquier alimento", por ello, estaría *demás*. Por tanto, en general ha de tenderse necesariamente a la auto- regulación de la población y, en consecuencia, las *bocas inútiles* (sic) deberían ser eliminadas.

Exclusivamente, un estricto control moral (que reemplace las hambrunas, las guerras y las pestes), mediante la abstención sexual para el control de la natalidad, mientras el individuo no dispusiese de suficientes medios para el debido sostenimiento de su familia, evitándose así una declinación en los standares de vida, en tiempos posteriores de la humanidad. Las leyes de Malthus (1766-1834), fueron dos: 1ª. La población cuando no estás detenida por ningún obstáculo crece en progresión *geométrica* (2 x 2 = 4 x 2 = 8 x 2 = 16 x 2 = 32), mientras que (2ª ley), la producción de alimentos, en las mejores circunstancias, lo hace en progresión *aritmética* (2/4/6/8/16/32...). Las consecuencias fueron la espantosa miseria de Irlanda, China, la India, y principalmente Bengala, donde en un siglo la población aumentó de 10 a 70 millones.

En lo que concierne a la Gran Bretaña, los sucesos del siglo XIX, demostraron que Malthus estaba equivocado, toda vez que entre 1800 y 1900, la población del Reino Unido aumentó ocho veces, en forma simultánea con un enorme crecimiento de los

mencionados standares, no obstante que la producción de alimentos declinó. Esto se logró a través del descubrimiento o accesibilidad a nuevas tierras (USA, Australia) y el tremendo desarrollo industrial de la Gran Bretaña. El problema de la población mundial en la segunda mitad del siglo XX aparentemente justificó, en alguna medida, los temores de Malthus, aunque él exageró la diferencia entre la rata de expansión o de crecimiento de la población y los medios de subsistencia.

En resumen, pues, los estudios del famoso economista británico, relacionaron entre sí la *demografía humana* ("estudio estadístico de la población humana según su composición, estado y distribución en un determinado momento o según su evolución histórica", según la definición aportada por CLAVE) y la *producción de alimentos***.** Malthus tuvo algunos seguidores: Hegewich, quien tradujo el famoso ensayo al idioma alemán y José de Maistre, escritor y filósofo francés (1753-1821), en cuyas obras condenó a la Revolución francesa.

G. HUMBOLDT

El célebre naturalista e incansable viajero alemán Carlos Guillermo Humboldt (1767-1835), fundador de la moderna geografía física, sigue el orden cronológico empleado por los autores. El Barón de Humboldt, entre sus múltiples actividades, incluyendo el viaje a las regiones tropicales americanas (1799-1804), algunas realizadas en nuestros territorios, en compañía de Bonpland, descubrió las relaciones entre la temperatura y las diversas formas de vida vegetales. Al regreso de ambos a Europa, publicaron el *Viaje a las Regiones Equinocciales del Nuevo Continente*, en 30 volúmenes que aparecieron entre 1805 y 1832.

H. VON LIEBIG

El barón Justus Von Liebig (1803-1873), famoso químico alemán, por su parte estudió la producción agrícola, donde encontró algunos factores limitantes.

I. DARWING

Carlos Roberto Darwin (1809 - 1882), el naturalista y fisiólogo inglés, en su obra "Del origen de las especies por medio de la selección natural" (1859), en la cual fundó la denominada *teoría de la evolución*, destacó la importancia de las relaciones establecidas en una misma especie y las que se generan entre diferentes entidades taxonómicas, al igual que trató acerca de la adaptación de los organismos a su ambiente. El darwinismo, en cierto sentido, complementó los principios de Malthus.

El zoólogo alemán Ernst Haeckel (1834-1919), apuntalado por las teorías de Darwin, propuso (1869) la fundación de una disciplina biológica independiente, con el específico objeto de estudiar las relaciones entre los animales y su ambiente tanto orgánico como inorgánico. Haeckel la denominó *Ecología*. El individuo es producto de la cooperación entre el ambiente y la herencia biológica. Durante los primeros años del Siglo XX se estudió separadamente la ecología de los vegetales (ecología vegetal) y la de los animales (ecología animal).

El suizo Forel (1892), el danés Warming (1896), y los norteamericanos Birge, Cowles y Clements, durante los años 1891-1905, colocaron a la ecología sobre un basamento teórico moderno.

Charles Elton publicó (1927) *Animal Ecology* (*Ecología Animal*), donde trató acerca de los *nichos ecológicos*, la *pirámide ecológica* o de los números y la *biomasa de un ecosistema*. Forma parte de la teoría de la pirámide ecológica, por ejemplo, la tesis de que los pequeños animales se reproducen a un mayor potencial que los mayores en tamaño.

El siguiente resumen nos muestra algunos importantes desarrollos posteriores:

-Birge (E) y Juday estudiaron (1930) las posibilidades energéticas de los lagos y desarrollaron la idea de la producción primaria, por ejemplo, el ritmo al que se genera la energía de los alimentos.

-Alfred R. Lotka y el matemático italiano Vito Volterra (1860 - 1940) Desarrollo de ecuaciones matemáticas para estudiar el crecimiento de las poblaciones.

-Tansley (Arthur C.) aporta la definición de *ecosistema* (1935)

-Lindeman (R.L.) detalló el flujo de la energía (1942) a través del ecosistema. Desde un punto de vista matemático, examinó los efectos de la pirámide sobre los alimentos. Comienza entonces la ecología moderna.,

-Década de los años cincuenta: Publicación de los primeros manuales de *ecología general*, donde se unifican la ecología animal y la vegetal.

-Desarrollo del marcaje de sustancias mediante *isótopos radiactivos* que permiten seguir, paso a paso, el transporte y transformación en el *ecosistema*, o el empleo de computadoras para el estudio del mismo.

Si fue durante los años cincuenta, hace medio siglo, que fueron publicados los *primeros manuales de ecología general*, no ha de sorprendernos, pues, por lo menos a nuestro modesto entender, que la Constitución de 1961, hubiera limitado sus disposiciones en esta materia, a la contenida en el *artículo 106*, donde se preveía acertadamente, que los *recursos naturales de su territorio*, aparentemente suficientes, debían ser objeto de la *defensa* y *conservación* de parte del Estado venezolano y que su explotación estaría "dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos". No podía haberse ido *más allá*. O *más acá*. Como se prefiera. Cuarenta años después, la Constitución de 1999, incluyó las disposiciones contenidas en los artículos 127, 128 y 129, a los cuales hemos de referirnos de inmediato (4.3.), (4.3.1.).

3. No existe orden de prelación a priori entre los diversos derechos y garantías constitucionales previstos en nuestras Constituciones:

A. Ubicación de los *derechos ambientales* en el Texto Constitucional de 1999

Si se examina el contenido del Título III ("De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes"), puede observarse, entre otros particulares, que los *derechos ambientales*, aparecen insertos en el último lugar de dicho Título; i.e., después de la consagración de los otros derechos que le preceden en la enunciación: *nacionalidad y ciudadanía*; *derechos civiles*; *derechos políticos*; *derechos sociales* y de las *familias*; *derechos cul-*

turales y *educativos*; *derechos económicos*; *derechos de los pueblos indígenas*; *derechos ambientales*; seguidos estos últimos por el Capítulo X: *De los deberes*.

B. ¿Alguna razón para haber ubicado a los *derechos ambientales* en el sitio en que lo fueron dentro del Texto Constitucional?

Desde este ángulo, los *derechos ambientales* fueron colocados al final del Título III; lo cual mueve al intérprete a preguntarse, si tal ubicación (o la de cualquier otro derecho constitucional), ha de reflejar algún propósito o significado jurídico en particular, de carácter especial, si bien es cierto que no nos parece admisible asignarle *orden de prioridad* (*jerarquía, peso específico*) alguno superior, en principio (a priori), a ningún *derecho* en relación con los demás.

No se trata de *cuestión de opiniones* (todas igualmente valiosas), sino de *análisis jurídicos*, que es cosa bastante distinta.

En efecto, el Constituyente podrá, veíamos con anterioridad, clasificar los derechos: *derechos* y *garantías*, *derechos intangibles*, pero, a nuestro juicio, no podrá su intérprete (*salvo el judicial*, mediante pronunciamiento expreso), seleccionar alguno de ellos para considerarlos -*a priori*-, superiores a los de otra especie ni entre los de su misma naturaleza, apriorísticamente. Como se comprenderá hemos excluido el término *categoría*, como posibles sinónimos de *especie* y/o *naturaleza*; por significar, en su primera acepción, "cada una de las *jerarquías* establecidas en una actividad" (CLAVE).

Dicho de otra forma, el *derecho de tránsito* (artículo 50), individualmente examinado, no es superior ni de mayor grado ni entidad, que el *derecho de reunión* (artículo 53), ni siquiera porque en forma correlativa a uno le hubiera correspondido el numeral 50 y al otro el 53. La inversa tampoco es cierta. Ello incumbe en forma exclusiva, se reitera, a los Jueces, en caso de contradicción entre uno y otro derecho.

(a) Los Jueces vistos como solucionadores finales de los conflictos

Los Jueces, *ex officio*, son los *solucionadores* (componedores son los árbitros), finales de las querellas o conflictos que ordinaria y regularmente, ocurren y se presentan entre los Estados, entre los ciudadanos, entre los vecinos colindantes o no, entre los cónyuges, entre los navegadores de Internet y los proveedores de bienes y/o servicios, o el Fisco y los contribuyentes, por cualquier impuesto. Y, obviamente, entre los Estados, los ciudadanos (término que, a estos efectos, incluye a las empresas) y el universo de titulares de derechos ambientales.

Esta función de los Jueces es connatural a sus actividades de gran responsabilidad. No todos los venezolanos estamos al tanto de lo que hemos indicado. Ello es desafortunado.

Por tanto, no son las *encuestas*, ni las *simpatías del público*, ni la opinión del diario vespertino ni los que aparecen a otras horas, ni los canales de televisión, ni las estaciones de radio, ni el criterio de los vecinos y sus útiles asociaciones. Es el *criterio legal*. Lo otro, importante también, puede formar parte de la *opinión pública* o contribuir a su formación. Pero, por generalizada que sea o pudiera ser la *opinión pública*, su concepto no ha de coincidir necesariamente con la *opinión jurídica*. Recuérdese el reciente asunto de Elián Gonzalez, el *balserito cubano*"

Este aspecto de la función de los Jueces, es interesante, y por tanto, insistimos en el tema. *Dilucidar conflictos* como los indicados a título de diarios ejemplos, *corresponde finalmente a los Jueces*. Exactamente igual que una controversia entre los propietarios de dos fundos colindantes o no. O entre el aceptante y el beneficiario de una letra de cambio o *giro*, como se le denomina corrientemente entre nosotros. Una disputa legal entre el SENIAT y un contribuyente. O un Municipio y un comerciante. Los asuntos de familia o de menores. La creciente violencia en las relaciones conyugales. O una operación de compraventa a través de Internet. Ello, en pocas palabras, es lo que se denomina *cultura jurídica*.

C. Ranking o graduación de algunos determinados derechos constitucionales

El *ranking* (lista, o mejor, graduación, jerarquía) de los *derechos económicos*, para citar un segundo caso, tampoco luce precisamente *preferencial*, pero, creemos que salvo el posible orden alfabético, que no se utilizó en esta ocasión, los *derechos y garantías*, todos, sin excepción, en principio, *comparan todos favorablemente entre sí*. Vale decir, los *derechos con los derechos* y l*as garantías con las garantías*, en cuanto a entidad y significación se refiere. Y, en consecuencia, a la necesidad del debido y oportuno respeto judicial. Salvo claro está que el Constituyente se refirió a los *derechos* y a las *garantías* y a estas últimas les colocó algunos privilegios en relación con los primeros. En efecto, las garantías del (i) *derecho de vida*, a (ii**)** *no permanecer incomunicado* y *a no ser torturado*, al (iii) *debido proceso*, al *derecho de* (iv) *estar informado* y los (v) *demás derechos humanos intangibles*, no podrán ser suspendidos ni aun temporalmente, porque así lo prescribe el *artículo 337 del Texto Fundamental* de 1999. Lo que pensamos le incumbe a los Jueces -en caso de colisión entre unas y otras, por ejemplo-, es determinar, en situaciones concretas, cuál de ellos prevalece ante los demás.

D. Diferencias y colisiones entre los derechos constitucionales

En efecto, este último tema posee trascendencia, tanto jurídica como esencialmente humana, por cuanto es perfectamente factible, en la vida ciudadana y/o corporativa, *que por lo menos una pluralidad de derechos o garantías* llegaren a estar en evidente conflicto entre sí. Colisión que, se insiste, tendrán que resolver en definitiva los señores Jueces.

En realidad, los derechos pueden llegar a diferir, también, en cuanto a su peso específico. De hecho, *unos son más antiguos que otros*, por ejemplo. Pero la antigüedad por sí sola, creemos que no sería motivo suficiente por si sólo, para ubicar a alguno de ellos en lugar preferente respecto de los restantes. Véase igualmente el artículo II de la "Declaración de Derechos de Virginia" (1776) que consagra algunos derechos a los cuales califica de *derechos propios*: "el goce de la *vida* y de la *libertad*, con los medios de adquirir y poseer la *propiedad* y de perseguir y obtener la *felicidad* y *seguridad*" y de los cuales "al entrar en sociedad, no pueden ser privados, ni despojada su posteridad por ningún pacto".

4. Declaración de Derechos de Virginia (1776)

Más de dos siglos después de haber sido elaborada la cláusula de 1776, luce interesante la referencia a los conceptos *vida* (goce y calidad de la misma, bastante deteriorada entre nosotros), *libertad* (disfrute), *propiedad* (de los más antiguos y caros pero no menos amenazados), *felicidad* y *seguridad*, auténticas entelequias en la Venezuela de hoy, contrariamente o lo que sucede u ocurre en otros países.

Pasemos a continuación a un Quinto Tema.

V. ARTÍCULOS 127, 128 Y 129 DE LA CONSTITUCIÓN:

1. Contenido básico de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de 1999

Si, se tratase de sintetizar el contenido básico de las tres normas constitucionales (artículos 127, 128 y 129 de la Constitución), podríamos exponer a título de ensayo, que la primera (127), parece referirse, en resumen, al *derecho-deber*, de cada generación, de *proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro*. La segunda (128), incide fundamentalmente, sobre la obligación del Estado venezolano, de *desarrollar una política de ordenación del territorio*. La tercera (129), por su parte, alude a las *actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas*, imponiéndose la obligación de todos, esto es, del Estado y de todos los particulares, de acompañarlas del correspondiente "estudio de impacto ambiental y sociocultural". Si quisiésemos resumir aun más, el resultado del ejercicio sería el siguiente: 1º *Proteger y mantener el ambiente*; 2º *Política de ordenación del territorio*; y, 3º *Obligatoriedad*, cuando se pueda generar daños a los ecosistemas, acompañar del *estudio de impacto ambiental y sociocultural*. Ecosistema, "sistema biológico formado por una comunidad de seres vivos y el medio ambiente en el que se desarrollan" (CLAVE).

2. Vigencia de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución:

Cualquiera de estas tres normas, no sólo está vigente en la actualidad, obviamente, sino que su cumplimiento podrá serle exigido a cualesquiera personas (físicas o naturales, jurídicas, empresas, u otras). Nos explicamos a continuación.

El artículo 128, por su parte, prevé que una "Ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento".

Preguntamos: ¿Significa lo anterior que, por ejemplo, hasta tanto no fuera promulgada la mencionada *ley orgánica*, el resto del contenido del artículo 128 "no está en vigencia", razón por la cual los particulares se encuentran en libertad plena de hacer cuanto plugieren en materia de "ordenación del territorio". La respuesta es definitivamente negativa. En adición, existen otros textos legales vigentes, atinentes a la materia.

3. Breve referencia a LOCYMAT

Este último particular nos hace recordar la tesis sostenida por algunos abogados, en el sentido de que la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOCYMAT) de 1988, "no habría estado vigente, por cuanto la misma no había sido reglamentada".

La obligatoriedad de las Leyes no deviene de su subsiguiente reglamentación, sino de su publicación, según lo dispone el conocido artículo 1º del Código Civil: "La Ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, o desde la fecha que ella misma indique".

Considérese, por ejemplo, que desde el año 1986, ha estado vigente la *Ley Orgánica de Ordenación del Territorio*, cuyas disposiciones son y serán de obligatoria observancia, independientemente de la temática reglamentaria.

4. Vigencia de la Exposición de Motivos de la Constitución y de su Preámbulo

Ha sido una de las tesis expuestas con anterioridad, que el tema de los "derechos ambientales" y ahora lo reiteramos en breve resumen, está contenido actualmente, en la Exposición de Motivos, el Preámbulo y en el texto de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución.

5. ¿Quid si no se promulgase en un futuro la nombrada Ley Orgánica de Ordenación del Territorio?

El primer párrafo del artículo 128, es y será de obligatorio cumplimiento, tanto por las Autoridades en general, como por los particulares. Por lo menos, tal es nuestra opinión. En efecto, no podría concebirse dispositivos constitucionales cuya eficacia final y su coercibilidad dependan, en situaciones como la descrita, de que efectivamente sea dictada la ley orgánica que desarrolle "los principios y criterios para este ordenamiento". ¿Y si nunca se la dictase?

Este último planteamiento nos revela que, por ejemplo, el Poder Legislativo Nacional, no es ni será el llamado a decidir cuáles son los mandatos de la Constitución que habrán o no de cumplirse, en la realidad jurídica venezolana. Es y será la propia Constitución. Tampoco el Ejecutivo Nacional.

Finalmente, hemos de pasar a resumir algunas de las conclusiones más importantes.

VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El breve recorrido anterior, nos permite someter a la consideración y subsiguiente análisis, las siguientes conclusiones que hemos calificado de preliminares, por lo reciente del Texto.

1. Derechos Humanos y Garantías: Responsabilidades del Poder Público Nacional. Relevancia del Poder Judicial

La efectiva vigencia de las normas sobre los *Derechos Humanos y Garantías*, como les denomina el Capítulo IX del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dependerá, en buena y apreciable medida del proceder de todos los funcionarios y empleados del Poder Público Nacional, en cualesquiera de sus cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral; pero, en nuestro modesto parecer, fundamentalmente del Poder Judicial, en el cual sí creemos, aunque en oportunidades ello no sea precisamente fácil.

En efecto, son los Jueces venezolanos, independientemente de su especialidad o jerarquía, quienes en definitiva harán o no efectivos, los *Derechos Humanos y Garantías* al reconocérselos tanto a las personas físicas o naturales como a las personas jurídicas, amparándolas a todas, puesto que no existe ninguna antinomia que propicie diferenciaciones entre unas y otras, salvo en los casos donde los tales derechos y garantías no fuesen aplicables a algunas de ellas, en virtud de consideraciones jurídicas.

De no contarse con el rápido y efectivo respaldo judicial, la novísima Constitución podría devenir en *letra muerta* que no se observa ni cumple, o en disposiciones de dudosa vigencia en materias fundamentales, i.e., los derechos y garantías que hemos examinado.

2. Control difuso de la Constitución

Nuestros Jueces todos deberían convertirse en un próximo futuro, en expertos, por ejemplo, en el denominado "control difuso de la Constitución", conforme a la preceptiva del artículo 20 del CPC, cuyo breve texto no empecé a su manifiesta claridad, precisión e ineludible mandato, que por lo demás, nada de extraordinario revela:

> Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán esta con preferencia.

Texto legal, cuyo especial significado resalta incluso de haber sido el mismo (idéntica redacción), previsto en el artículo 7º del CPC cuya vigencia se inició el 19 de diciembre de 1916. Dispositivo procesal, por cierto, cuyo uso en exceso, conllevaría a la práctica de (a) un "constitucionalismo" exacerbado, resultante de observar deficiencias y/o contradicciones por doquier o, por el contrario, (b) de un desconocimiento de la preceptiva constitucional, igualmente indeseable, por constituir el otro extremo de las posiciones antagónicas de 180º, a precaver por siempre, en obsequio del Derecho, la justicia, la equidad, y de la seguridad jurídica.

Es aquí donde precisamente se requiere del funcionario judicial equilibrado que se abstendrá tanto de audacias y temeridades, como de actitudes timoratas e irresolutas para lo cual no es extraño que se tomen dos o tres años después de haberse dicho "Vistos".

Algunos de nuestros Jueces se muestran poco inclinados a la práctica del "control difuso". ¿Qué podría explicar tal actitud? ¿Qué ocurre?

Una vez, más el mesurado equilibrio (del latín aequilibrium, y éste último de aequus (igual) y libra, balanza), parecería materializar el ineludible Norte del funcionario judicial universal de hoy y de siempre. Sindéresis, i.e., "discreción, buen juicio o capacidad natural para juzgar acertadamente" (CLAVE), con la celeridad que fuese posible.

3. Inmensa responsabilidad de los Jueces venezolanos

La futura interpretación del Capítulo IX ("De los Derechos Ambientales") del Título III ("De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes), de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no ha de estar exenta de las consideraciones precedentes sobre esta materia, i.e., inmensa responsabilidad de los Jueces venezolanos, sin cuyo función rectora e ineludible concurso, estaríamos una vez más en presencia de la *letra muerta*, una de las más importantes causas por las cuales los venezolanos se muestran particularmente incrédulos y capciosos en la mayoría de las cuestiones judiciales. Independientemente de la cuantía y naturaleza de los asuntos debatidos. Esta incredulidad no ha sido precisamente gratuita. Todo lo contrario. El tratamiento de esta última materia trascendería el objeto del presente estudio.

4. Exposición de (A) Motivos de la Constitución actualmente en vigor, su (B) Preámbulo y (C) los artículos 127, 128 y 129

Podría interpretarse, desde un punto de vista jurídico, que ciertamente existen algunas disparidades, sustanciales, entre (A) la *Exposición de Motivos* de la Constitución del 2000 y (C) el contenido de sus artículos 127, 128 y 129, al no observarse una plena coincidencia, ni la obligatoria correspondencia legal, lógica y natural, entre los particulares (A) y (C). Hemos observado que dicha correspondencia es la piedra fundamental de la inmensa mayoría de nuestras leyes que encuentran su justificación y/o explicación -por lo menos parcial-, en la correspondiente *exposición de motivos*. En el caso específico de la Constitución de 1999, es prácticamente imposible hallar contradicciones entre (A) y (B) por una parte, y (B) y (C), toda vez que la el *Preámbulo* en materia de derechos ambientales es tan importante como limitado, cuasi imposible de infringir o de contradecir. En efecto, el *Preámbulo* limita a requerir de parte de la República Bolivariana de Venezuela, la *promoción* del "equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad", de donde resulta prácticamente teórica la posibilidad cierta de que haya una antinomia o contradicción entre el Preámbulo y la Exposición de Motivos y/o el Preámbulo y/o entre el mismo Preámbulo y el articulado (normas materializadas en los artículos 127, 128 y 129), atinente a los "derechos ambientales".

Antes bien y por el contrario, en algunos casos, puede observarse un desfase (parcial) entre los susodichos extremos (A) y (B), que parecen no marchar al unísono hacia un objetivo común sino de manera no coincidente. A ellos nos referiremos en el numeral siguiente (5.3.2.).

En efecto, podría discutirse si algunos aspectos previstos en (A) mas no en (B), son susceptibles de ser invocados por los particulares, o incluso por el propio Estado venezolano; no obstante no haber sido desarrollados algunos temas del literal (A), en el contenido de los artículos 127, 128 y 129, respectivamente. En otras palabras: ¿Cuál sería el exacto valor jurídico de las declaraciones contenidas en la exposición de motivos o en el preámbulo de un texto constitucional si este último guardase silencio sobre las materias incluidas en la una y en el otro?

Si el concepto (item) estuviese incluido por lo menos en el articulado, no hay duda de que la *exposición de motivos* podría significar, en su caso, una valiosa ayuda en cuanto concierne a la interpretación de la norma.

¿Pero, qué ocurre si no hubo *norma* o la misma, de haberla, se contrae a conceptos diversos, o por lo menos, no coincidentes?

Si el concepto no está incluido en el articulado, mas si aparece en el texto de la Exposición de Motivos y/o en el Preámbulo, somos de opinión de que tanto la Exposición de Motivos como el Preámbulo, poseen efecto vinculante. Dicho de otra forma, ambos revisten carácter obligatorio. Hacen las veces de cualquier disposición contenida en el articulado regular u ordinario del texto de las ley, representada en este caso por la más importante de todas las leyes: la Constitución. Ni más ni menos. ¿Y qué mayor fuerza jurídica para una determinada "norma", preguntamos, que emanar o proceder o tener su fuente u origen, en la exposición de motivos o en el Preámbulo de la propia Carta Fundamental?

Lo previsto en 6.4.4. no guarda relación con los denominados conceptos *programáticos* que caracterizaron el texto de 1961. En otras palabras, en materia de derechos ambientales, a la luz de la Constitución de 1999, las previsiones de la (i) Exposición de Motivos, su (ii) Preámbulo y sus (iii) artículos 127, 128 y 129, respectivamente; constituyen la Legislación Ambiental por excelencia, básica entre nosotros.

De uno u otro texto, esto es, en forma individual (i, ii o iii); o de la pluralidad de ellos, o sea, considerados en forma conjunta; puede surgir alguna obligación o derecho ambiental. Esta última es nuestra interpretación, derivada del hecho, se reitera, de que en el caso específico de la Constitución de 1999, no se trata de la típica exposición de motivos propia o característica de la legislación venezolana tradicional, i.e., donde primero se explica en la exposición de motivos de la Constitución u de otra Ley, la intención de alguna norma prevista en la respectiva Ley; el propósito que guió al legislador para incluirla en el texto legal; y el significado de la norma. Ello no fue lo que ocurrió en Venezuela en materia de "derechos ambientales". Como hemos visto ut supra, existen casos donde la norma incluida en el articulado de la Constitución, se corresponde -plenamente-, con lo expuesto en la Exposición de Motivos. Mas, en los casos donde no existe tal correspondencia, ha de interpretarse que lo previsto en la "exposición de motivos" (o en el Preámbulo), hace exactamente las veces de *articulado.*

VII. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL NOVÍSIMO PARECERÍAN MARCHAR PARI PASSU SALVO PRUEBA EN CONTRARIO

En efecto, como hemos tratado de demostrarlo, desde un punto de vista jurídico, no podrían establecerse diferenciaciones a priori entre los mencionados derechos y garantías cuya sumatoria representa el conjunto de *derechos* y de *garantías* de rango constitucionales, en lo atinente a una posible jerarquización en cuanto concierne a cada una de dichas dos categorías, que en todo caso, requeriría del respectivo respaldo judicial, con carácter previo, en supuestos individualmente considerados por las autoridades judiciales. Lo mismo ocurre, si se tratase de la normativa prevista en el texto constitucional de 1961. O en cualquier otro de nuestra dilatada historia constitucional.

Asignar posibles *jerarquizaciones*, a priori, entre los diversos y numerosos (casi 30), "derechos y garantías constitucionales", en cualquier época, podría tener un efecto (i) contrario a su efectividad puesto que algunos tendrían mayor peso que otros e incluso la propia (ii) coercibilidad dado que la misma tendría mayor alcance en el supuesto de "los más importantes" y (iii) credibilidad de los mismos, en virtud de prácticamente las mismas razones previamente indicadas. Y la propia imagen.

1. La *imagen* de los derechos y garantías constitucionales

A no dudarlo, los derechos y garantías constitucionales, incluyendo los derechos ambientales, poseen *imagen*. Ello ha sido así tanto en el exterior como en nuestro país. En consecuencia, los más destacados derechos y las más respetables garantías ciudadanas, tendrían *mejor imagen* ante la opinión pública, que los restantes.

Por principio, salvo las distinciones de rigor que emanan del propio texto constitucional, todos los *derechos* y *garantías* constitucionales poseen un idéntico peso específico cuya determinación corresponderá a los Jueces.

De igual manera, los derechos y garantías también parecen participar de modas y tendencias, dentro de las diferentes épocas en las cuales se les trata o analiza. Bastaría la presencia en el Tribunal Supremo de Justicia, de uno o dos magistrados expertos en Derecho Ambiental o que profesasen su docencia, para que la materia recibiese un espaldarazo a nivel jurisdiccional y en otros órdenes de la vida nacional. La Corte Suprema de Justicia en el pasado, dio relevante importancia al Derecho Administrativo en general, cuando entre sus miembros hubo destacados *administrativistas*.

2. Prueba en contrario de la aplicación del pari passu en materia de derechos y garantías constitucionales

La prueba en contrario, relacionada con el mayor o menor peso específico de un determinado derecho o garantía constitucional, (A) en ocasiones emanará del propio texto constitucional (ejemplo, "estamos en presencia de una garantía y no de un derecho puro y simple"; nos hallamos ante un "derecho - garantía", o "se trata de un derecho susceptible de ser visto o calificado como garantía"). En otros supuestos, (C) corresponderá a los Magistrados calificar y subsiguientemente sopesar, los elementos o circunstancias reales o efectivos que harán inclinar hacia uno u otro lado el fiel de la balanza. Resalta la posible mayor complejidad de los casos bajo el literal (C).

3. ¿A quién corresponde desaplicar el principio del pari passu?

"Demostrar lo contrario", i.e., hacer la respectiva prueba en contrario, vale decir, comprobar judicialmente que cada uno los derechos y garantías difieren entre sí, como lo hemos aseverado, corresponde en definitiva a los Jueces, quienes tendrán que pronunciarse, en diversos contextos temporales, sobre casos concretos de posibles contradicciones o antinomias entre unos y otros, o de problemas axiológicos o de valoración, de moral y de ética. Lo anterior no impide, que a los fines extrajurídicos o extralegales, los autores posean sus propias interpretaciones o sus querencias, como los toros o los hombres, en ese orden. Así, por ejemplo, el poeta y escritor inglés John DRYDEN (1631 - 1700), expresó que "el amor a la libertad nos ha sido dado juntamente con la vida; y de ambos dones del cielo, el inferior es la vida"(17).

§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luciano Parejo Alfonso
Vicerrector Académico de la
Universidad Carlos III de Madrid
España

I. EL ARTÍCULO 45 CE Y LA PROGRAMACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Desde el punto de vista de la actuación de la Administraciones públicas en cuanto poder público constituido el tratamiento constitucional del medio ambiente ofrece dos perspectivas relevantes.

1. El medio ambiente, principio rector

La ubicación sistemática del artículo 45 CE en el capítulo III del título I referido a los *principios rectores de la política social y económica* alude por si misma ya a la dinámica de los poderes públicos, al desarrollo por los mismos de la pertinente *política* para la configuración del orden social y económico en el sentido constitucionalmente programado. Esta es la perspectiva propia justamente del capítulo con el que se cierra el título I, el IV referido cabalmente a las *garantías*, es decir, a la acción de tutela a desplegar por los referidos poderes constituidos, en definitiva el Estado definido en el artículo 1.1 CE, para la efectividad del orden material definido en el expresado título. La importancia, en el seno de dicha acción, de la que el artículo 106.1 CE califica como *actuación administrativa* luce en la referencia expresa que a ella hace la previsión por el artículo 54 CE del Defensor del Pueblo como institución complementaria del sistema nuclear de garantías precisado por el artículo 53 CE. Por lo que hace a los principios rectores que aquí importan, el número 3 de este último precepto se centra justamente en el funcionamiento del Estado en su conjunto, imponiendo el reconocimiento, el respeto y la protección de dichos principios tanto por la legislación positiva (el proceso decisional estatal normativo) y la práctica judicial (el proceso decisional estatal consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado; aquí: en los términos que resulten del anterior proceso decisional), como, de nuevo, la misma *actuación de los poderes públicos*, expresión ésta genérica pero claramente referida al conjunto de las Administraciones públicas en cuanto manifestación *ejecutiva* última (y, por tanto, de actuación) por excelencia en la relación con el ciudadano.

Por su ubicación sistemática, pues, la regulación constitucional específica del medio ambiente apela desde luego al deber constitucional de acción inherente al Estado social y democrático de Derecho determinado en el artículo 1.1 CE, en conexión con el artículo 10.1 CE (que establece su suelo nutriente axiológico y, por tanto, su fin últimos: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de ésta en el seno de la sociedad organizada, es decir, el libre desarrollo de la personalidad en el contexto de la solidaridad social

como fundamento del entero orden político y de la paz social; orden en paz definido constitucionalmente, de cuya realización se predica la calidad de vida a que hace referencia el preámbulo de la norma fundamental). El Estado democrático, en su condición de Estado de Derecho, ha de ser, para ello, social, es decir, cumplir la responsabilidad que le asigna, en términos estrictamente jurídicos (conforme tiene señalado una bien decantada doctrina del Tribunal Constitucional…..), el artículo 9.2 CE: promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Nótese el empleo por el precepto, en su fundamental inciso inicial, del mismo verbo utilizado en el preámbulo de la norma fundamental al hacer referencia a la calidad de vida, la cual aparece en el artículo 45 CE, que alude asimismo al desarrollo de la persona, es decir, al valor basal del entero orden constitucional.

La responsabilidad constitucional así definida respecto del medio ambiente, ligado expresamente al desarrollo de la persona y la calidad de vida, se atribuye por supuesto al Estado como un todo en tanto que tutor del interés general en el entero ciclo de su gestión: legislación, ejecución y, en caso de contienda, juicio. Pero es claro que tiene su centro de gravedad en la ejecución y, más concretamente, en la ejecución administrativa, en tanto que aparece establecida desde la pretensión de efectividad del medio ambiente requerido para el desarrollo de la persona y la calidad de vida; pretensión, que siendo absoluta y no meramente condicional comporta la exigencia de eficacia real (y no meramente jurídica), es decir, la que aparece consagrada en el artículo 103.1 CE como principio justamente de la actuación administrativa, en cuanto actuación estatal dirigida a hacer *efectiva* la pertinente programación normativa.

2. El medio ambiente, simultáneamente mandato a los poderes públicos y derecho-deber de todos

Se explica así que el artículo 45 CE sea un precepto de contenido complejo. Comienza ciertamente proclamando el derecho-deber de todos, es decir, de la persona en cuanto tal (con entera independencia de si es o no español, comprendiendo, pues, no solo a éste, sino también al extranjero-ciudadano comunitario europeo y al extranjero de terceros países) a disfrutar y conservar, respectivamente, el medio ambiente, para inmediatamente establecer el mandato a los poderes públicos (a todos ellos sin distinción, lo que quiere decir a cuantos sean competentes y según sus competencias) de velar por la utilización racional de los recursos naturales para proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Este mandato no es sino traducción concreta de la condición constitucional de "principio rector de la política social y económica" que tiene el precepto en los términos que acaban de ser analizados.

Esta dualidad de contenidos -uno subjetivo-individual, el derecho-deber, y otro objetivo-colectivo, que es objeto del mandato a los poderes públicos y se pone de relieve en la apelación a la solidaridad colectiva- pone de relieve la que R. Martín Mateo (1991: 144) ha calificado con acierto de asimetría de la materia regulada. Cada uno de ellos se refiere a un bien específico y distinto, aunque con referencia a uno común. El primero lo hace al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Y el segundo, a la utilización racional de todos (naturales -art. 45.2 CE-, culturales -art. 46 CE- y en todo caso el suelo -art. 47 CE-) los recursos naturales (para la protección y la mejora calidad vida) y al medio ambiente (para defensa y restauración).

Se trata de bienes objetivamente diferentes, como ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio (los recursos naturales son los elementos o factores del medio ambiente en sentido objetivo, cuya perspectiva se supera en la idea de sistema o conjunto presidido por el principio de equilibrio de aquéllos en el espacio y el tiempo), y ha argumentado convincentemente en la doctrina A. Betancor (2001: 369 y sgs.): mientras el medio ambiente es el sistema interrelacionado formado por todos los elementos (incluido el ser humano) antes aludidos, los recursos naturales son cabalmente esos mismos elementos que -en interacción entre sí y junto con el hombre- forman el medio ambiente como ecosistema. De ahí que, según la norma fundamental, mientras éste es objeto de disfrute y conservación, aquéllos lo son de utilización racional desde una determinada estimativa (la protección y la mejora de la calidad de vida).

Como ha destacado el Tribunal Constitucional (STC 102/1995, 26 junio, ya citada), el medio ambiente -considerado desde una perspectiva estática y objetiva- es un bien (expresado en un concepto jurídico indeterminado pluridimensional-interdisciplinar), cuya complejidad ha encontrado su mejor formalización por ahora en la fórmula empleada por el artículo 27.11 del Estatuto de Autonomía de Madrid, que se refiere a los equilibrios ecológicos, especialmente en lo relativo al aire, las aguas, los espacios naturales, la flora y la fauna y los testimonios culturales. Este bien se ha decantado como tal, adquiriendo unidad conceptual, precisamente porque la evolución social ha conducido a que la utilización de sus elementos componentes (los recursos naturales) ha llegado a adquirir la condición de peligro (capacidad para producir daño), en tanto que las actividades humanas comportan de suyo riesgos diversos de actualización de tal peligro.

Conforme a la Sentencia del Tribunal 102/1995 repetidamente invocada, en efecto, la descripción del medio ambiente incluye los siguientes recursos-elementos: los naturales integrados por los tres reinos clásicos de la naturaleza (el vegetal o la flora y el animal o la fauna en el escenario que forman el suelo, el aire y el agua, es decir, el espacio natural) y los históricos o culturales (los testimonios o monumentos y el paisaje entendido como modo de mirar del hombre, distinto en cada época y cultura). Es claro que la evolución conducente de la sociedad industrial a la postindustrial dominada por la ciencia y la tecnología en desarrollo acelerado ha hecho del hombre y su actividad un factor de elevado riesgo por razón de su notable incidencia en todos los expresados recursos-elementos, así como en su equilibrio recíproco estático y dinámico. No en vano la sociedad actual ha sido calificada precisamente de sociedad del riesgo (U. Beck, ……), del catálogo de cuyas perniciosas consecuencias para el equilibrio ambiental se ha hecho eco el propio Tribunal Constitucional (erosión del suelo, deforestación, desertización, contaminación de las aguas marítimas, fluviales y subálveas, contaminación de la atmósfera, extinción y degeneración de especies, degradación de la riqueza agrícola, forestal, pecuaria y piscícola, contaminación acústica y otras múltiples manifestaciones que van desde lo simplemente incómodo o a lo letal).

El medio ambiente es, así, un concepto jurídico indeterminado alude a un bien complejo que está en peligro, es decir, que surge como reacción frente a ese peligro, reconduciendo a unidad los diferentes recursos-elementos expuestos a éste y desencadenando un simétrico planteamiento tuitivo, es decir, de guarda y protección, dirigido desde luego a la conservación, pero con una vertiente o perspectiva dinámica funcional que trasciende ésta para alcanzar también la mejora. Es este planteamiento tuitivo el que se formaliza en el texto constitucional y que se refleja tanto en la ubicación sistemática como en el contenido complejo mismo de la regulación que hace del medio ambiente, según hemos tenido ya ocasión de comprobar.

II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEDIOAMBIENTAL Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El alcance de la repercusión de la regulación constitucional tuitiva del medio ambiente en la actividad de la Administración pública es cuestión que aún dista de ser pacífica y se encuentra en abierta evolución. En esta evolución pueden distinguirse, de forma convencional y hasta hoy mismo, tres fases, que no deben entenderse tanto como secuencias sucesivas en el tiempo, como aproximaciones y soluciones que interactúan y compiten por ofrecer la explicación definitiva y aceptada.

1. El planteamiento primero o tradicional, que responde a la forma inicial de acometer la dificultad inherente a la asimetría de la materia medioambiental

La primera y aún muy generalizada interpretación del artículo 45 CE se centra en la consideración del medio ambiente ante todo como un bien objetivo-colectivo que solo puede salvaguardarse mediante una acción estatal no solo tuteladora, sino a propio tiempo configuradora de la realidad. La acción así aludida implica el entero ciclo de la gestión pública del interés general, comprensivo -dejando ahora aparte la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, que solo se actualiza en caso de conflicto- de la legislación y la ejecución. Concretamente de una legislación que, por su objeto forzosamente ha de ser programadora de la ejecución en términos de actividad administrativa, es decir, de la actividad estatal que, prolongándose más allá de la normación y en línea de continuación con ella resulta indispensable para hacer efectiva en la realidad el programa legislativo.

Desde este punto de vista se está, así, ante una encomienda típica al Estado de cumplimiento de su función primordial de conjuración de riesgos, es decir, de prevención y, en su caso, de superación o corrección de cualesquiera perturbaciones del orden y la vida sociales. Solo que se trata de despliegue de esa función respecto de la forma nueva que revisten los riesgos en las sociedades avanzadas. Se está, pues, ante una clara apelación al Estado social, que demuestra hasta que punto éste, en la época de la mundialización y la nueva economía (sobre el significado y alcance de estos conceptos véase J. Estefanía, 2001: ….), está no tanto en retroceso, como más bien en transformación. Transformación, que justamente consiste en el desplazamiento del centro de gravedad de aquel tipo de Estado hacia el aseguramiento de la calidad de vida, en el que el medio ambiente desempeña, a su vez, un papel en modo alguno secundario.

Cabalmente a la aludida encomienda, es decir, responsabilización del Estado por el medio ambiente responde la estructura interna del título I CE: como ya nos consta su capítulo III tienen por objeto definir los principios por los que debe regirse la política social y económica de los poderes públicos, es decir, las directrices constitucionales para la entera acción estatal de gestión de los asuntos públicos. Se trata de principios o directrices objetivo-jurídicos que deben ser primeramente trasladados a normas de desarrollo constitucional asimismo objetivas para, a renglón seguido, ser objeto de la acción ejecutiva administrativa, preventiva y represiva, precisa para su efectividad. No hay, pues, más que Derecho objetivo ejecutado por el poder público encargado del servicio justamente al interés general con sometimiento pleno a dicho Derecho. En esta construcción la dimensión o el momento subjetivos únicamente pueden surgir en los términos y como consecuencia del Derecho objetivo y su aplicación, es decir, como reflejo de aquél y para hacer posible la exigibilidad por los ciudadanos de la acción (ejecutiva)

estatal misma y su resultado, en su caso mediante el control de legalidad y eficacia, tal como dispone justamente el artículo 53.3 CE. Por tanto, la aludida dimensión subjetiva solo podría decantarse en términos de derechos subjetivos reaccionales (en este sentido T. R. Fernández Rodríguez, 1981: 346).

Se entiende así que el Tribunal Constitucional, situado inicialmente en esta línea en la Sentencia repetidamente invocada 102/1995, de 26 de junio, explique la referencia constitucional al derecho y el deber de todos a disfrutar y correlativamente a conservar el medio ambiente, por su combinación con el mandato a los poderes públicos para su protección, desde la perspectiva del fin-resultado de la acción pública correspondiente. Se trata, en efecto, de una acción tuitiva que, por su propia condición, se condensa en un concepto jurídico indeterminado *cuya concreción corresponde tanto a las normas como a las actuaciones para su cumplimiento*. Y de una acción que se plantea contra *algo* (los correspondientes riesgos y peligros) y contra *alguien* (el que despliegue una actividad que implique riesgo y, en su caso, peligro), traduciéndose en consecuencia en una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluo perfeccionar las características del entorno, *para garantizar su disfrute por todos*. Lo que ha de hacer cabalmente también interviniendo actividades humanas (haciendo valer sus límites) y estableciendo y exigiendo deberes (en su caso mediante la imposición de sanciones por la comisión de infracciones).

De esta suerte la expresión constitucional derecho/deber de todos debe ser interpretada como alusiva no tanto a un derecho-deber subjetivo constitucional, cuanto a una situación derivada justamente de la acción pública (consistiría en su resultado) que, al propio tiempo que actualiza el deber, hace posible el derecho de disfrute de un bien colectivo no fragmentable en situaciones jurídicas individualizadas de carácter real. Estas situaciones únicamente pueden resultar, por tanto, como "reflejo" de la normativa objetiva y su ejecución, haciéndose operativas y accionables gracias a la tutela de los intereses legítimos.

Esta construcción se corresponde con la posición de negación del reconocimiento constitucional de un verdadero derecho subjetivo, que tiene una amplia representación en la doctrina científica. Para su representante más caracterizado, R. Martín Mateo (1991: 145) el sustrato colectivo del Derecho ambiental hace impracticable la consideración del derecho a que se refiere el artículo 45.1 CE como verdadero derecho constitucional, que debe ser objeto de una catalogación específica. En la misma línea se inscriben las opiniones de J. Domper Ferrando (1992: 105), L. Martín Retortillo (1996: 31), J. M. Baño León (1996: 615) y B. F. Macera (1998: 60).

Ahora bien, la acción del poder público administrativo demanda obviamente la pertinente programación legal. Surge así la cuestión relativa a quién programa. La transversalidad de la acción humana con riesgo y, por tanto, peligro para el medio ambiente, que la hace capaz de proyectarse en las más variadas manifestaciones y realidades (insusceptibles de ser compartimentadas de modo perfecto), determina, según el Tribunal Constitucional (STC, una vez más, 102/1995; también, ya antes, STC 64/1982), una concurrencia o convergencia *poliédrica* de competencias estatales y autonómicas (y aún locales). Desde esta perspectiva, se produce, sin embargo y es lo que aquí interesa destacar, una matización importante al planteamiento expuesto (una modulación del mismo en sentido *subjetivizador*), pues conforme a la doctrina del propio Tribunal Constitucional, a los efectos del específico y peculiar título competencial consignado en el artículo 149.1.1 CE los contenidos del capítulo III del título I CE no son solo "objetivos" (principios rectores), sino derechos-deberes constitucionales propiamente dichos, respecto de

los cuales el legislador general puede y debe establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos cabalmente en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (STC 173/1998, de 23 de julio; y ya anteriormente SsTC 13/1992 y 16/1996) [véase, a este respecto, M. Vaquer Caballería, 2001: 61 y sgs.].

2. El planteamiento extremo: el medio ambiente como derecho subjetivo constitucional

El carácter claramente insatisfactorio del planteamiento anterior, por su incapacidad para superar la *asimetría* de la materia ambiental, ha dado lugar a esfuerzos doctrinales (pero también de algunos pronunciamientos judiciales) dirigidos a la conceptuación del derecho al medio ambiente como uno más de los derechos subjetivos proclamados por la norma fundamental en el contexto del proceso de *subjetivización* de la relación jurídico-pública en general y jurídico-administrativa en particular que esta última propicia al reconocer a la persona y, en su caso, al ciudadano una posición específica, cabalmente la que resulta de la desagregación del valor proclamado en el artículo 10 CE en libertades y derechos dotados de especial consistencia y eficacia incluso frente al poder público y su acción; posición calificada de *fundamental* por la dogmática alemana. Se trata de esfuerzos destinados, en los términos concretos en que se vienen realizando, destinados al fracaso por las enormes dificultades técnicas y axiológicas que representa la construcción del derecho de que se trata como derecho fundamental; dificultades, sobre las que ha llamado certera y tempranamente la atención J. Perez Luño (1984: 261).

El representante más destacado de este planteamiento es D. Loperena Rota (1996: 61 a 65), para quien el derecho al medio ambiente posee todos los caracteres propios de un derecho constitucional fundamental material (no así los de los instrumentales, razón que explica la falta de tutela en amparo tanto ordinario como constitucional), cuyo contenido esencial está institucionalmente garantizado por la norma fundamental. Se trata, como ha razonado de modo concluyente A. Betancor (2001: 377), una caracterización voluntarista, que carece de todo soporte en los datos constitucionales positivos.

Justamente las dificultades evidentes con las que tropieza la caracterización de Loperena Rota han llevado a J. Jordano Fraga (1995: 483 y 484) a una posición más matizada: el derecho al medio ambiente es ciertamente un derecho subjetivo, pero solo de manera mediata, es decir básicamente determinado en su contenido por el legislador ordinario, aunque poseedor -desde la Constitución- de la condición de posición jurídica garantizada o interés legítimo protegido susceptible de ser actuado frente al poder público administrativo.

Pero la subsistencia de las dificultades denunciadas explica, finalmente, la posición más sincrética de F. Delgado Piqueras (1993: 53): se trata de un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección o tutela ordinaria. Y también la menor exigencia aún de F. López Ramón (1997: 347 y sgs.), para quién se está ante derecho ciertamente subjetivo pero no fundamental, sino legal.

Como se ve, esta línea de argumentación y explicación se ve obligada, al hilo mismo de los problemas que suscita la calificación del medio ambiente adecuado como objeto de un derecho reconocido *ex constitutione*, a rebajar esa calificación hasta un punto en que prácticamente llega a conectar con el planteamiento objetivista antes examinado.

3. El nuevo planteamiento que tiende a afirmarse: el ensayo de superación de las dificultades de la subjetivización del medio ambiente sobre la base de la reinterpretación del contenido del título I CE

El proceso de dilución del grado elevado de formalismo que había alcanzado el derecho público (en concreto el administrativo) gracias al paso a primero plano del contenido mismo de las relaciones diversas trabadas por el poder público con el ciudadano viene favoreciendo e incluso exigiendo la reinterpretación del contenido dispositivo del entero título I CE. Pues la *posición fundamental* otorgada a la persona en general y el ciudadano en particular por la norma fundamental, estrechamente ligada al proceso aludido, comporta la procedencia de un visión unitaria de orden material constitucional desde el valor central proclamado en el artículo 10.1 CE. Esa procedencia se hace especialmente evidente justamente en el caso del artículo 45 CE, en el que se apela al desarrollo de la persona y a la calidad de vida; valor síntesis éste, aludido en el preámbulo de la norma fundamental, que alude al equilibrio de los factores del ecosistema y, por tanto, a una adecuada ponderación entre las exigencias del desarrollo económico y la conservación del entorno, es decir, al desarrollo sostenible, como recuerda la STC 102/1995. Todos los contenidos del título I CE pueden y, más aún, deben referirse a la realización y efectividad de valor central en diferente medida, estando así todos ellos imbricados entre sí.

La interpretación dominante del orden sustantivo constitucional parece que permite suponer que éste predetermina la solución en su artículo 53, encuadrando, en particular, los contenidos del capítulo III del título I CE, por mor de su no configuración directa -cual sucede, sin embargo, con los del capítulo II del mismo título- como derechos subjetivos (derechos fundamentales-libertades públicas y derechos-deberes constitucionales), en la categoría de los de menor consistencia. Consistirían así, según la norma fundamental y con independencia del tenor literal de los preceptos de ésta, en pronunciamientos constitucionales objetivos (destinados a *dirigir* la acción de los poderes constituidos y, en concreto, la del legislativo, es decir, la producción de normas ordinarias) susceptibles de y, al propio tiempo, con específica vocación de conversión, en el plano infraconstitucional, en situaciones jurídicas individualizadas. Con entera independencia del carácter y el alcance de éstas, una vez constituidas normativamente, su mismo origen en la acción del legislador dejaría claro su *reversibilidad*, es decir, su no oponibilidad, como límite, a una nueva acción legislativa de signo distinto.

La diversidad del tratamiento de los distintos contenidos del orden sustantivo constitucional es evidente desde luego por lo que hace a la defensa de aquéllos, mediante acciones eficaces, ya desde la propia norma fundamental. La razón de que ello es así salta a la vista: la heterogeneidad de la textura, demandante de diferentes presupuestos para la viabilidad misma de la tutela jurídica y, en especial, judicial. Si para ésta en unos casos basta con la acción de ordenación asimismo jurídica o en todo caso solo ésta es esencial (en los supuestos de los derechos proclamados en el capítulo II del título I CE, pero sobre todo de la sección 1ª de aquél: de ahí que sus contenidos se califiquen indistintamente de derechos y libertades), en otros se requiere, además y como presupuesto, una configuración legal o real o el establecimiento de una prestación, o en todo caso una u otra resultan determinantes (cabalmente en los supuestos de los contenidos del capítulo III del título I CE).

Pero esta diferencia en la garantía ni expresa una diferencia de naturaleza en los correspondientes contenidos del orden constitucional, ni impone por si misma su lógica al

plano propio de ésta, como apuntan en la doctrina científica L. López Guerra (1998) y J. Jiménez Campo (1999) y en la constitucional, ya antes, el voto particular de F. Rubio Llorente a las SsTC 152/1988 y 106/1990, de 6 de junio (al abogar por un *concepto genérico* de derechos constitucionales). Prueba evidente es que el constituyente haya entendido plausible agrupar todas las regulaciones relativas a la actuación de los repetidos contenidos sistemáticamente bajo la rúbrica (que es la del capítulo IV del título I CE) *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*. Por su propia perspectiva, el capítulo III del título I CE comprende básicamente pronunciamientos sobre políticas públicas que, por su objeto, se agotan en el plano del Derecho objetivo. Pero allí donde esas políticas públicas no se refieren únicamente a la realización de intereses generales aún por concretar o a la puesta en pie de organizaciones o sistemas de prestaciones o servicios (caso paradigmático: arts. 40, 44.2 y 46, pero también 41 CE), sino que identifican y protegen bienes con vertiente o dimensión individuales, la norma fundamental consagra igualmente, ella misma y de forma directa, derechos, es decir, situaciones jurídicas individualizadas. Y ello incluso cuando el predominio de la regulación constitucional concreta es objetivo, por alusivo, por ejemplo, a una institución, cual sucede en el artículo 39 CE, en el que aparecen el derecho de los hijos a la igualdad ante la Ley con independencia de su filiación, así como de las madres con independencia de su estado civil; el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad; y los derechos de los niños (todos los reconocidos en acuerdos internacionales y por remisión a los mismos). Así sucede: en el artículo 43.1 CE (derecho [de todos, se sobreentiende] a la protección de la salud, incluso con la fórmula específica *se reconoce* y en mezcla con la organización y tutela de la salud pública y el fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte, así como la facilitación del ocio); en el artículo 44.1 CE (derecho de todos al acceso a la cultura, en mezcla con la promoción y la tutela de dicho acceso); en el artículo 45.1 CE (el derecho de todos al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de todos de conservarlo, en mezcla con la acción de velar por la utilización racional de los recursos naturales, la defensa y la restauración del medio ambiente y la sanción administrativa y penal del daño ambiental); en el artículo 47.1 CE (el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, en mezcla con la promoción de las condiciones necesarias y el establecimiento de las normas pertinentes para -significativamente- hacer efectivo dicho derecho); y en el artículo 50 CE (el derecho de los ciudadanos de la tercera edad a pensiones que les garanticen la suficiencia económica).

A todos esos pronunciamientos constitucionales es común:

a) Una doble dimensión:

i) La *subjetiva* consistente en la directa determinación constitucional de una *situación jurídica individualizada* (con el carácter de derecho), pero *incompleta*, en el sentido de no llevar consigo fijación de contenido preciso alguno. Se trata, pues, aquí mas propiamente que en el caso de los proclamados en el resto del título de la norma fundamental y calificados así por la doctrina del Tribunal Constitucional, de "derechos de configuración legal".

ii) La *objetiva* consistente en la información, en los términos del artículo 53.3 CE, es decir, en calidad de principios, del Estado como poder y ordenamiento, que presupone la *entrega de la determinación concreta del contenido de la aludida situación jurídica individualizada al legislador ordinario*.

b) Una doble eficacia:

i) La *directa* constitucional propia de la entera norma fundamental, en cuanto hace a su *dimensión subjetiva*. Esta eficacia directa existe, aunque sea reducida, como resulta ya del tenor li-

teral del número 3 del artículo 53 CE: la entera actuación y, por tanto, las decisiones, incluso legislativas, de los poderes constituidos no pueden desconocer, más aún deben "respeto", a "el reconocimiento" y "la protección" de los principios reconocidos en el capitulo que nos ocupa.

ii) La *vinculada y en parte demorada al desarrollo constitucional*, por entrega, en el resto, es decir, en la dimensión objetiva, a la acción configuradora del legislador ordinario, con la consecuencia de que es ésta la que, por su propio imperio y como resultado, delimita el contenido de la correspondiente situación jurídica individualizada o derecho. Esta es la justificación y este es también, cabalmente, el sentido del inciso final del número 3 del artículo 53 CE, referido únicamente a *la garantía* en términos de tutela específica judicial: ésta -nótese que se habla de la jurisdicción ordinaria y en modo alguno de la del Tribunal Constitucional- solo puede prestarse "de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen [los principios]". Como quiera que tal concreta garantía no puede disponerse directamente desde la norma constitucional, sencillamente porque en ella no hay propiamente contenido directamente declarado, aquélla ha de quedar demorada al momento de la integración de tal contenido.

De todo lo dicho se sigue: allí donde la Constitución, a todo lo largo de su título I y con independencia de la subdivisión interna de éste, identifica y establece situaciones jurídicas individualizadas hay un reconocimiento de los correspondientes derechos, aunque éste tenga un alcance distinto para el ulterior proceso decisional en el seno de los poderes constituidos (según exista o no contenido constitucionalmente declarado y, por tanto, núcleo esencial determinado ya incluso frente a la acción delimitadora y configuradora del legislador). Por tanto también cuando opera así en el capítulo III de dicho título. En nada obsta a ello que estos últimos sean también principios objetivos, es decir, parte del Derecho objetivo. Pues no es ésta peculiaridad alguna: el Tribunal Constitucional ha destacado idéntica doble dimensión, subjetiva y objetiva, en los derechos calificados como fundamentales y los derechos constitucionales simples. La diferencia constitucional entre todos esos derechos -y ello no es poco- radica exclusivamente en el plano de la garantía de su tutela jurídica y es solo de grado, como se desprende claramente del artículo 53 CE y se expresa en el siguiente cuadro:

Tutela jurídica general contenidos tit. I CE	**Tutela judicial contenidos tit. I CE**
Núcleo esencial: todos dchos. cap. II	Jurisd. const. y ord. reforzada: solo dchos. S. 1ª cap. II
----------	Jurisd. ord. (normal): dchos. S. 2ª cap. II
Marco principial: dchos. cap. III	Juris. ord. (normal): dchos. cap. III

Desde la Constitución misma los preceptos del capítulo III gozan, pues y al igual que los restantes preceptos del título I CE, de la eficacia que resulta del despliegue por el Estado de la tutela jurídica general servida por la tutela específica judicial. Así lo prueba el hecho de la posibilidad en todos los casos del control por el Tribunal Constitucional de la adecuación a la norma fundamental de las correspondientes Leyes (con la consecuencia, en su caso, de la nulidad), variando únicamente el criterio de tal control (el contenido constitucionalmente declarado o núcleo esencial en el caso de los derechos del capítulo II y los principios mismos en el de los derechos del capítulo III, ambos del título I CE); pero también la posibilidad, igualmente respecto de todos, de la tutela judicial, solo que en términos y con intensidad distintos: únicamente la ordinaria y por relación al contenido constitucionalmente declarado o núcleo esencial y el legalmente declarado o solo este último (el determinado legalmente) en el caso de los derechos reconocidos en la sección 2ª del capítulo II y en el capítulo III, respectivamente, y el amparo ordinario y, además, el subsidiario constitucional en el de los derechos a que se refiere el número 2 del artículo 53 CE.

El reconocimiento directo de derechos en el repetido capítulo III del título I CE, aunque no comporte declaración de contenido preciso alguno de tales derechos, es claro que representa un límite a la acción del legislador. Este límite es sin duda de contornos imprecisos, en tanto dependientes éstos de la interpretación de los principios-directrices constitucionales para la determinación por la legislación ordinaria de aquel contenido. Pero se activa en todo caso, en términos absolutamente impeditivos, cuando la legislación pretenda una dilución tal del régimen establecido que implique el vaciamiento incluso del simple reconocimiento constitucional del correspondiente derecho.

Esta operatividad del marco constitucional viene impuesta por el carácter estricto de derechos de configuración legal de los sociales. Este carácter impide por si mismo cualquier intento de invocación en el campo social y por relación a los derechos de esta naturaleza de la doctrina de los llamados *derechos adquiridos*, incluso con independencia del rechazo rotundo por el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 29 de noviembre) de la asunción o siquiera cabida constitucional de tal doctrina. En efecto, si el legislador ordinario y legitimado democráticamente ha podido otorgar un determinado contenido a los derechos sociales dentro del marco constitucional, es claro que el mismo legislador ha de poder volver ulteriormente sobre dicho contenido, en ejercicio del *ius variandi* que le es inherente siempre que respete igualmente el pertinente marco constitucional.

Dicho esto, inmediatamente ha de precisarse que el legislador no puede actuar la amplia libertad de configuración social de que dispone en cualesquiera términos, es decir, a su simple arbitrio. Se opone a ello justamente el principio de Estado de Derecho y los que de el traen causa, de suerte que éstos fungen como límites previos al último antes expresado y establecido por relación a la preservación del sentido del reconocimiento constitucional mismo de los derechos (exigente de un contenido mínimo legalmente declarado). Se trata, ante todo, de los principios de interdicción de la arbitrariedad y del más concreto -relacionado con los valores inherentes al principio de la seguridad jurídica- de proporcionalidad y confianza legítima, en relación con el ya determinado de optimización de los valores-fines de desarrollo económico y bienestar social al servicio del valor último de la calidad de vida. Ninguna duda puede ofrecer que el primero, el de interdicción de la arbitrariedad y, consecuentemente, el de proporcionalidad, alcanzan al legislador, pero tampoco debe haberla en que idéntico juicio es predicable del de confianza legítima, por más que formalizado legislativamente y aplicado jurisprudencialmente en nuestro Derecho por ahora exclusivamente respecto de la actividad de la Administración pública. Pues esta restricción del ámbito de aplicación carece de sentido, al haber clara identidad de razón para su juego frente al ejercicio del poder legislativo, que al igual que el ejecutivo es constituido. Ni que decir tiene que el juego de todos estos principios y, en definitiva, el de Estado de Derecho y el de los en su momento invocados en relación con el principio de Estado democrático se refuerzan mutuamente en la limitación de la acción del legislador y, por tanto, en su incidencia en el decurso posible de la evolución del régimen de bienestar.

Desde el renovado punto de vista que ofrece, pues, esta visión unitaria del orden constitucional material o sustantivo, la integridad y efectividad del medio ambiente y, más concretamente, la utilización racional de los recursos naturales se aparece, en lo que aquí interesa, como presupuesto y condición de efectividad de los derechos constitucionales de libertad-autonomía, que si en su interpretación tradicional predican del Estado solo abstención y ahora pasan a demandar del mismo también actuaciones y prestaciones, adquiriendo de esta suerte la dimensión añadida de derechos a determina-

dos contenidos prestacionales. En otras palabras: a través del deber estatal de acción y de resultado, los contenidos principiales del capítulo III del título I CE y, concretamente, el medio ambiente adecuado se *subjetivizan* en la medida en que los derechos proclamados con motivo del establecimiento de aquéllos y, en particular, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado son parte del contenido constitucionalmente declarado de los derechos constitucionales, incluso de los fundamentales-libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II del mismo título I CE.

Este nuevo planteamiento está penetrando y afirmándose en sede de doctrina constitucional de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de D. Humanos de Estrasburgo, sentada fundamentalmente en las Sentencias Airey c/ Irlanda de 9 de octubre de 1979, Powell y Rayner c/ Reino Unido de 21 de febrero de 1990, López Ostra c/ España de 9 de diciembre de 1994, Guerra y otros c/ Italia de 19 de febrero de 1998, y Hatton y otros c/ Reino Unido de 2 de octubre de 2001.

En el caso Guerra y otros contra Italia se trata de dos quejas relativas, respectivamente, a la no adopción por las autoridades públicas de medidas adecuadas para disminuir la contaminación de una fábrica química y evitar accidentes graves y a la no adopción tampoco por dichas autoridades de medidas de información sobre los riesgos existentes y actuaciones a seguir en caso de accidente grave:

i) La pretensión de condena por violación del artículo 10 del Convenio Europeo (libertad de expresión y libre comunicación) al no haber facilitado poder información suficiente no es admitida por el Tribunal, que mantiene en este punto la posición tradicional de concepción del derecho como de libertad y en modo alguno como de prestación administrativa. Señala literalmente el Tribunal que: "La mencionada libertad no podría entenderse como imposición a un Estado, en circunstancias tales como las del presente caso, de *obligaciones positivas* de obtención y difusión, *motu proprio*, de las informaciones" (las cursivas del autor).

ii) El Tribunal estima, sin embargo, la pretensión deducida al amparo del artículo 8 del Convenio, precepto que estima aplicable por razón de "la incidencia directa de las emisiones nocivas sobre el derecho de las demandantes al respeto a su vida privada y familiar". Pues se interpreta que el referido artículo no se contenta con obligar al Estado a abstenerse de injerencias, previendo también obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada y familiar. La comprobación del fracaso del Estado en punto a la garantía de tal respeto es la que, finalmente, conduce a la condena, que lo es precisamente por *inactividad*, es decir, por *ausencia de la acción debida*.

iii) Finalmente, se rechaza la pretensión de condena al Estado al saneamiento de la zona, pero no por estimarse improcedente, sino por razón de incompetencia, pues conforme al Convenio corresponde a los Estados la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico para ajustarse a dicho Convenio o para corregir una situación que haya supuesto una violación.

Y más recientemente, en el caso Hatton y otros c/ Reino Unido, referido, en lo sustancial, a la violación del artículo 8 del Convenio Europeo por no adopción de medidas adecuadas frente a la contaminación acústica causada por los vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow, el Tribunal Europeo:

a) Constata que si bien ni el aeropuerto, ni las aeronaves que lo usan pertenecen, son explotados o controlados por el Gobierno o cualquier Organismo dependiente de éste y, por ello, al Reino Unido no puede imputársele interferencia o lesión alguna en la vida privada o familiar de los demandantes, es perfectamente procedente el análisis del caso

en términos de *deber positivo del Estado de adopción de las medidas razonables y apropiadas para asegurar a dichos demandantes los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio.*

b) Reconoce que en el cumplimiento de ese deber el Estado goza de un amplio margen de apreciación, pero cuyo uso legítimo requiere considerar la totalidad de los aspectos relevantes y efectuar una ponderación conducente a una satisfactorio equilibrio entre las exigencias de los intereses generales y los derechos subjetivos implicados (en términos de minimización en la mayor medida posible las afecciones de éstos mediante búsqueda de alternativas viables y selección de las menos onerosas).

c) Concluye que, en el caso concreto, las autoridades del Reino Unido no han cumplido adecuadamente su deber por falta de un específico y completo estudio y de cualquier esfuerzo serio de evaluación, con la consecuencia de la estimación de la demanda.

En este contexto, la STC 119/2001, de 24 de mayo, que resuelve un recurso de amparo contra resolución judicial desestimatoria de recurso contencioso-administrativo deducido frente a desestimación presunta por el Ayuntamiento de Valencia de reclamación de responsabilidad por daños causados por contaminación acústica causada por establecimientos molestos, aunque acaba desestimando el recurso -y quizás por ello mismo- efectúa los siguientes pronunciamientos (para un acertado comentario a esta Sentencia, véase M. Gámez Mejías [2001: 59 y sgs.]):

1º Tras recordar, conforme a su propia doctrina, el contenido y alcance de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar (con determinación del concepto de domicilio inviolable), señala textualmente que: "…que *estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad*, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero), *se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada*" (cursivas del autor).

2º Con entera independencia de las vías que sean procedentes para la tutela de los valores y bienes objetivamente protegidos por la Constitución, en sede de amparo procede y debe asegurarse la garantía efectiva del medio ambiente adecuado, cuando la afección de éste alcance un grado tal que suponga una lesión del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales-libertades públicas antes aludidos. Y ello también *con independencia de si dicha lesión trae causa materialmente de un servicio público o incluso de actividades privadas* (como en el caso enjuiciado: los ruidos producidos en una zona urbana por establecimientos privados molestos), *pues aquélla cabe imputarla siempre al poder público competente por incumplimiento* (por acción u omisión) *de su deber positivo de garantía de la integridad efectiva de los derechos fundamentales en cuestión.*

Lo que esta última afirmación significa luce en el voto particular formulado por el propio Magistrado ponente de la Sentencia: destaca en términos que son por si mismos altamente significativos las dos cuestiones a su juicio planteadas por el caso: el *contenido ambiental de derechos fundamentales y el contenido subjetivo de algunos derechos igualmente fundamentales pero no protegibles en amparo* (como el del art. 45 CE), para sostener la pertinencia de la afirmación de un triple escalón de protección constitucional que, en sentido descendente, iría desde el derecho a la integridad física y moral (art. 15

CE) hasta el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 CE), pasando por el derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE). El carácter mas que discutible de este escalonamiento concreto de la protección constitucional no obsta al hecho de que esta posición apunta desde luego en la línea interpretativa del orden sustantivo constitucional antes desarrollada, tanto más cuanto que el voto particular hace expresa crítica del abandono en el texto final de la Sentencia de toda referencia expresa a la vertiente subjetiva del artículo 45.1 CE, que se entiende procedente reivindicar.

Pero las consecuencias que de la línea así definida se siguen desde la perspectiva de la actuación administrativa que aquí interesa se ponen especialmente de relieve en el voto particular formulado por el Magistrado F. Garrido Falla, en el que se afirma textualmente lo siguiente:

> …Hay que subrayar que la imputación de la lesión de los derechos fundamentales … se dirigen en nuestro caso contra el Ayuntamiento de Valencia, es decir, contra una Administración pública que no es directamente la productora de los ruidos.
>
> Quede claro, pues, que se trata de derechos cuya vulneración puede producirse por actuaciones tanto de particulares como de cualquier poder público. En el primer caso, el dañado encuentra la suficiente protección tanto en las leyes civiles … como en las penales …; la particularidad de nuestro caso se advierte si tenemos en cuenta que *los agentes directos de la saturación acústica que se denuncia son cabalmente personas privadas* (entre otras las discoteca cuyo alto volumen de ruidos alega la recurrente). Dicho esto, debe quedar claro … que, sin embargo, lo que se ha cuestionado en la previa vía contencioso-administrativa … es la *inactividad o pasividad del Ayuntamiento de Valencia* frente al requerimiento de protección solicitado en su día por la recurrente en amparo. Hay, pues, una cuestión previa deficientemente clarificada, a saber: hasta que punto la *Administración pública* requerida *está obligada a dispensar la protección* que de ella se solicita. Esta *previa obligación* es a juicio del Magistrado que suscribe, el presupuesto que ha de tenerse en cuenta para admitir o negar la existencia de *nexo causal entre la inactividad administrativa y la lesión del derecho fundamental* alegado. O, dicho de otro modo, y ahora desde la perspectiva de la actuación positiva de la Administración: hay que preguntarse si a un Ayuntamiento corresponde, en uso de sus potestades *impedir que actuaciones de particulares, sujetas a autorización o licencia administrativa, perturben los derechos fundamentales* aquí invocados y si -y ésta es mi opinión- *el ejercicio de tales potestades se convierte en obligatorio cuando la agresión a los derechos fundamentales alcanza un determinado nivel de gravedad*… (cursivas del autor).

Así pues, en cuanto los derechos fundamentales y, en general, todos los derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser ilusorios, estando reconocidos precisamente para ser reales y efectivos, los contenidos ambientales de tales derechos, incluido, en lo que aquí interesa, el derecho reconocido por el artículo 45.1 CE, deben ser garantizados por la Administración pública en tanto que poder público; deber de garantía, con el que se corresponde, así, un derecho subjetivo a la prestación efectiva de la misma, tutelado en su caso incluso en vía de amparo (cuando está implicada una lesión relevante de un derecho fundamental comprendido en el artículo 53.2 CE). Por eso la lesión (en su caso del contenido de un derecho fundamental susceptible de amparo) puede siempre ser imputada a la Administración pública (aún a título de inactividad), incluso si trae causa materialmente de la actividad de una persona privada o particular.

Puesta en relación esta conclusión con la también doctrina constitucional que afirma, como ya nos consta, que los contenidos subjetivos de principios rectores de la política social y económica tienen la condición de derechos/deberes constitucionales a los efectos de la actualización del título competencial previsto a favor del Estado en sentido estricto por el artículo 149.1.18 CE, es decir, de la pertinente acción tuitiva estatal, se cierra el círculo. Pues es evidente que la consecuencia obliga a sostener que los

expresados contenidos subjetivos tienen igual condición de derechos constitucionales a efectos del ejercicio de las competencias pertinentes para la prolongación de la acción tuitiva normativa en sede de desarrollo autonómico y local, así como su continuación por todas las Administraciones públicas en el plano ejecutivo.

De donde se sigue que, siendo obligatoria la actuación administrativa (razón por la que su inactividad no excusa a la Administración), también lo es como exigencia lógica inexcusable la de su programación legal. Así lo impone el requerimiento de la efectividad de los derechos constitucionales (todos ellos, no solo, aunque si en primer término, los fundamentales en sentido estricto). Por tanto: la configuración legal de los derechos simplemente enunciados, pero no determinados, en el texto constitucional (como sucede con el proclamado en el artículo 45.1 CE) ha de decantar, en el contexto del desarrollo constitucional, los contenidos concretos que les sean propios en calidad de verdaderos derechos subjetivos.

Se está desde luego ante un avance significativo. La satisfacción que proporciona no puede hacer perder de vista empero, no solo las dificultades técnicas que comporta, especialmente por razón de las características del Derecho ambiental, sino los riegos de sobrecarga indebida del Estado en general y de la Administración pública en particular que también encierra.

No es posible abordar ahora aquí ni aquellas dificultades, ni estos riesgos, pero de unas y otros puede dar una idea la simple enunciación de algunas de las características mas sobresalientes de la materia y el Derecho ambientales:

1) En el medio ambiente tiene una especial incidencia la pérdida de capacidad de dirección efectiva de la vida social por parte del Derecho. Las razones se encuentran en el objeto mismo (que comporta la dirección de procesos sociales con implicación de una pluralidad de intereses, exigente de técnicas de "macrodirección"), la necesaria complejidad, la alta variabilidad en el espacio y en el tiempo (mayor incluso que en el urbanismo), la notable dependencia de la ciencia y la tecnología y del estado en cada momento de una y otra; la dependencia acusada, por ello, de la intermediación por los científicos y los técnicos en general; entre otras muchas. Estas características comportan una acusada importancia y una especificidad notable de los fenómenos de otorgamiento a la Administración de márgenes de apreciación, la (así llamada) discrecionalidad técnica y la discrecionalidad en estricto sentido, que demandan, por ello, un tratamiento adecuado (que dista de haberse acometido y realizado mínimamente).

2) El objeto determina una pluralidad y diversidad muy notables de las fuentes. Con toda normalidad, las normas van, en efecto, desde las netamente internacionales (en todas sus variantes) y las supranacionales (comunitario europeas, también en todas sus variantes), pasando por las estatales y autonómicas, hasta las estrictamente locales. La consecuencia para la Administración pública es bien evidente: comporta una específica y grave dificultad de integración correcta del programa normativo determinante de la actuación administrativa.

3) La escasa densidad reguladora de las normas ambientales y la especificidad del fin de la potestad pública dirigida a la protección del medio ambiente (el equilibrio estático y dinámico de los elementos de los ecosistemas) hacen pasar a primer plano la fase ejecutivo-administrativa de la gestión pública y, en su seno, del complejo proceso de ponderación de la pluralidad de bienes e intereses involucrados; proceso, además, que debe tener lugar en el contexto de un poder público administrativo altamente fragmentado territorial y funcionalmente. Estas circunstancias implican nuevos requerimientos de organización y funcionamiento administrativos, así como, por supuesto, de control de la

actividad administrativa, que están lejos de ser encarados y resueltos de forma mínimamente satisfactoria. Piénsese simplemente en las tareas esenciales de identificación y valoración de riesgos, así como de pronóstico de su evolución y conversión en verdaderos peligros (en función todo ello de la evolución científica y tecnológica) y la definición objetiva del interés general mediante la colaboración entre Administraciones autónomas entre sí en aplicación de los principios de cooperación y coordinación. Y en sus consecuencias para el control de la actuación administrativa, especialmente el control judicial.

4) La alta variabilidad de los programas legislativos en materia ambiental (la cual se proyecta sobre los más diversos ámbitos de la vida social y, por tanto, sectores del ordenamiento) inducida por la dependencia de la evolución de los conocimientos científicos y las posibilidades tecnológicas, repercute en la ejecución administrativa haciendo de los conceptos indeterminados por aquellos programas utilizados conceptos científicos y técnicos en sentido estricto, que determinan, además de cambios en la organización y los medios de las Administraciones para su adecuado manejo y aplicación, la aparición de tipos decisionales sujetos a regímenes novedosos (así claramente, en el caso del principio de la mejor tecnología disponible en cada momento respecto de las autorizaciones) o la alteración de las claves tradicionales de las relaciones jurídico-administrativas (cual luce en la emergencia del principio de confianza legítima).

5) La importancia en esta materia del resultado de la acción administrativa, la sensibilidad social a los valores ligados a la protección ambiental y la incidencia de ésta en vida económica y social, con afección de múltiples intereses, determinan una muy alta dependencia de las soluciones del consenso social. Y esta dependencia lleva de suyo a la especial trascendencia en el campo ambiental, de un lado, de la tradicionalmente descuidada actividad administrativa técnica, material o real (y la medición y valoración de su eficacia), y, de otro, del Derecho de simple estímulo y de carácter voluntario, con la consecuencia de la descarga administrativa de muchas tareas mediante el mecanismo autorregulación y el recurso a los pactos, acuerdos y convenios, es decir, los actos administrativos consensuales (distintos de los contratos administrativos), cuyos requerimientos específicos están lejos de estar satisfactoriamente clarificados. En definitiva: en el medio ambiente se reproduce en nuevos términos la tradicional tensión entre el principio de legalidad y el principio de eficacia.

6) La importancia creciente de la prevención de la actualización de los riesgos en peligros y en daños, en definitiva, obliga a repensar el Derecho Administrativo establecido desde el punto de vista de la intervención administrativa (incidencia en derechos constitucionales como los de propiedad y libertad empresa (replanteamiento de los límites actuables administrativamente y de la carga de la prueba) y las medidas adoptables (especialmente con carácter cautelar o provisional cautelares), así como de su justificación (razonabilidad, motivación) y la responsabilidad que pueda derivarse de ellas (causalidad).

BIBLIOGRAFÍA

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, Madrid 2001.

BAÑO LEÓN, J.M., *La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales* en Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, Diputación de Barcelona* y Ed. Cívitas, Madrid 1996.

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidos, Barcelona 1998.

DELGADO PIQUERAS, F., "Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente", *REDC* núm. 38.

DOMPER FERRANDO, J., "El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*", El Justicia de Aragón*, Prensas Universitarias de Zaragoza y Ed. Cívitas, Vol. I, Madrid 1992.

ESTEFANÍA, J., *Diccionario de la nueva economía*, Ed. Planeta, Madrid 2001.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "El medio ambiente en la Constitución española", *Documentación Administrativa*, núm. 190.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ed. Trotta, Madrid 1999.

JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 1995.

GÁMEZ MEJÍAS, M., Jurisprudencia constitucional. La relevancia constitucional de la contaminación acústica: el contenido ambiental de los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional, Sentencia 119/2001, de 24 de mayo. Ponente: Sr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera), *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental* núm. 32/33.

LÓPEZ GUERRA, L., "Los derechos de propiedad" en *Derechos y Libertades* núm. 6, 1998.

LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, IVAP-Ed. Cívitas, Madrid 1996.

LÓPEZ RAMÓN, F., "Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos, al medio ambiente", *REDA* núm. 95.

MACERA, B.F., *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva en Derecho público*, Ed. M. Pons, Madrid 1998.

MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, Vol. I, Madrid 1991.

MARTÍN RETORTILLO, L., "Administración Local y medio ambiente" en Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, Diputación de Barcelona* y Ed. Cívitas, Madrid 1996.

PÉREZ LUÑO, E., "Artículo 45. Medio ambiente" en Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Ed. RDP, Vol. IV, Madrid 1984.

VAQUER CABALLERÍA, M., "Los servicios atinentes a la persona en el Estado social", *Cuadernos de Derecho Público* núm. 11.

§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA[1]

Alberto Blanco-Uribe Quintero
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

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

Lo anterior se encuentra reforzado por la enumeración de los fines esenciales del Estado, a que se contrae el art. 3 *eiusdem*, donde se incluye la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad y, en general, la garantía del cumplimiento de los derechos[2] reconocidos y consagrados en la Constitución[3], en concordancia con el postulado del art. 19 *eiusdem*, según el cual el Estado garantizará a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, y concatenado ello al dispositivo del art. 25 *eiusdem*, que sanciona con la nulidad a todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley, y prevé la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos que lo hayan ordenado o ejecutado.

Además, debe destacarse el trascendente contenido del art. 7 *eiusdem*, referido al principio de supremacía de la Constitución, propio de un sistema constitucional rígido racional normativo[4], al disponer que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, por lo que el art. 334 *eiusdem* señala que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, los jueces (y los demás funcionarios públicos, como lo viene resaltando la doctrina nacional), de oficio o a petición de parte interesada, aplicarán las disposiciones constitucionales.

En esta perspectiva, según el art. 335 *eiusdem*, el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

---

1. Ponencia presentada en el *VIII Congreso Venezolano de Derecho Ambiental*, FUJUCAVI y VITALIS, Universidad Metropolitana, Caracas, mayo de 2002.
2. El art. 29 consagra la obligación de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos y la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar las violaciones graves de los derechos humanos. El art. 139 conlleva la responsabilidad individual por violación de la Constitución, en ejercicio del Poder Público. El art. 30 determina la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Y, el art. 140 indica que habrá responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que los daños a los derechos de los particulares sean imputables al funcionamiento de la Administración Pública.
3. El art. 22 prevé la cláusula del *numerus apertus* en la materia, al establecer: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos".
4. Art. 333: "Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella".

En este orden de ideas es evidente que, en lo que al sistema jurídico venezolano se refiere, adscribiéndose de ese modo a las más modernas tendencias del derecho constitucional general y comparado, la Constitución es una verdadera norma jurídica, directamente aplicable a los sujetos de derecho, con carácter preferente, capaz de incidir inmediatamente en la esfera jurídica subjetiva de las personas, desde un punto de vista activo y otro pasivo. En el aspecto activo, prevé una serie de derechos fundamentales que no requieren de ley reglamentaria alguna para su goce efectivo[5]. Y, en el ángulo pasivo, impide la interferencia restrictiva o lesiva de esos derechos, tanto la derivada de particulares, como por parte de los órganos de las distintas ramas del poder público constituido[6].

En definitiva, los derechos humanos fundamentales representan la parte dogmática o principista de la Constitución, que encuentra su origen en el derecho natural ("todo hombre nace libre e igual"), que no puede ser modificada ni siquiera por el poder constituyente originario, salvo para aumentarla o enriquecerla, y que en conjunto se identifica con la connotación amplia de la palabra libertad, en el omnicomprensivo y sintético alcance del dispositivo del art. 20 *eiusdem*: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social". Es así como siempre ha de prevalecer el principio del *favor libertatis* o *in dubio pro homine*.

Ahora bien, claro que la integridad de cuanto precede es igualmente aplicable a toda persona humana, trátese o no de un ciudadano. Empero, ha sido menester introducir al tema con estas ideas, en razón de que, a fin de cuentas, el ciudadano es ante todo una persona humana, trátese obviamente de una persona natural, pero también como persona jurídica, que no es más que una ficción legal, una forma organizativa de las personas naturales, exponencial de sus legítimas aspiraciones.

No toda persona humana es un ciudadano, pero todo ciudadano es una persona humana. Así, si todo ciudadano es una persona humana y toda persona humana es titular de derechos humanos fundamentales e irrenunciables, es evidente que todo ciudadano goza y debe poder ejercer tales derechos. Con la ayuda de este silogismo simple se pretende rescatar a la persona humana del ciudadano, de la mera condición sustantiva de administrado o sujeto pasivo de la relación jurídico administrativa, en que se le suele colocar, siendo objeto de actos unilaterales ejecutivos y ejecutorios emanados de la Administración Pública, para poner de manifiesto su dimensión de ser humano, cuya tutela de libertad indefectiblemente es y debe ser el norte de la organización estatal, por encima de cualquier otro objetivo, por loable que sea.

En otras palabras, tratándose de la defensa de los derechos del ciudadano, es imperioso concentrarse en el ámbito procesal o adjetivo, luego de haber pasado revista a los derechos sustantivos fundamentales que se le reconocen a la persona humana en general y en su condición particular de administrado, para que el principio de supremacía de la Constitución se haga realidad en la concreción del principio de seguridad jurídica previsto en el art. 299 *eiusdem*.

Nótese que se destaca la perspectiva ontológica de ser humano, y no la visión política de ciudadano, por dos razones: los derechos políticos, únicos privativos del ciudadano, no tienen pertinencia ni relevancia alguna a los efectos de este estudio; y, se puede ser

5. Art. 22: "...La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".
6. Art. 7: "...Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

administrado sin ser ciudadano, vale decir, nacional del Estado sujeto activo de la relación jurídico administrativa, esto sin olvidar que hay administrados personas jurídicas y que los derechos fundamentales lo son del género humano, sin distingos de nacionalidad u otro, en virtud de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos[7].

De manera que se emplea la palabra ciudadano más bien en su connotación sociológica actual (de uso generalizado), que lo identifica al *cives* romano, como particular interesado, informado y participativo, miembro activo de la sociedad civil y ductor y defensor privilegiado de su esfera jurídica esencial, individual, colectiva y difusa.

Finalmente, se acota que el análisis corresponde a la identificación de los medios de defensa jurídica del ambiente, a disposición del ciudadano, en el entendido de que la tutela ambiental es, en sí misma, uno de los derechos humanos en los que se basa nuestra dogmática constitucional.

II. LOS DERECHOS HUMANOS SUSTANTIVOS DEL CIUDADANO, FRENTE AL AMBIENTE

A continuación se pasará una breve revista a algunos de los distintos derechos humanos sustantivos del ciudadano, vinculados a lo ambiental, según la Constitución de 1999, como fundamento de las garantías y derechos humanos procesales o adjetivos en la materia, consagrados para su tutela, es decir, para la salvaguarda de la calidad de vida frente a las actuaciones de otros particulares o del Poder Público.

1. El derecho al principio de legalidad

En un Estado de Derecho[8], la idea central de semejante institución radica en la plena sujeción de toda actividad humana al imperio de la ley (*lex dura lex*), tanto en lo que corresponde al que hacer de los órganos que ejercen el Poder Público, como en lo relativo al de los particulares. Todo gira en función de la norma jurídica. Así, sobre los primeros, el principio de legalidad ordena que ellos no pueden hacer sino aquello para lo que estén previa y explícitamente autorizados por la norma constitucional o legal, mientras que, en cuanto a los segundos, el citado principio permite que puedan hacer todo cuanto no esté expresamente prohibido por tales normas.

En consecuencia, tal como lo indica mandatoriamente el art. 137 *eiusdem*, "La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen"; y, en cuanto concierne a la función administrativa encomendada al Poder Ejecutivo, el art. 141 *eiusdem* prevé la labor de la Administración Pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

---

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

8. Art. 2: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho..".

Lo propio acontece con los particulares, al disponer el art. 131 que: "Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público".

Y con respecto a ambos, órganos públicos y particulares, el art. 7 insiste en que "Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

Es pues un deber exigible como derecho esencial de todos los ciudadanos desenvolverse dentro de una sociedad regida por el derecho, en pro de la seguridad jurídica y del respeto de sus derechos esenciales, dentro de los cuales está el derecho al ambiente, y sus garantías, conocidas como principios rectores de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

2. El derecho a la irretroactividad de la ley

El art. 24 de la Constitución expresa que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menos pena. Por su parte, el numeral 6 del art. 49 *eiusdem* dispone que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones, en leyes preexistentes, siendo esto válido en los ámbitos de las responsabilidades administrativas y penales.

Este principio de irretroactividad ha sido tradicionalmente extendido a otros fenómenos con consecuencias jurídicas, como la jurisprudencia y la doctrina administrativa, así como a las normativas administrativas, como los parámetros de calidad ambiental.

3. El derecho a la igualdad

Acorde con el art. 21 de la Constitución, "Todas las personas son iguales ante la ley", por lo que no se permitirán discriminaciones que menoscaben los derechos de toda persona (numeral 1), debiendo la ley garantizar las condiciones jurídicas y administrativas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva (numeral 2).

No podría pues una comunidad, sujeta a los mismos parámetros de calidad ambiental que otra, disfrutar de una calidad de vida inferior a aquella, por razones imputables por ejemplo a la actuación distintiva de la autoridad administrativa ambiental.

4. El derecho al carácter restablecedor de las reparaciones ambientales

Lejos de regir en la materia ambiental la consideración tradicional de la plena reparación del daño, por la alternativa de la indemnización de daños y perjuicios, o pago por equivalente, la regla en el derecho ambiental de la responsabilidad es la de la reparación *in integrum*, conocida como el restablecimiento del *statut quo ante*, siempre que ello sea técnica y económicamente posible.

La dificultad de lograr la recuperación efectiva de los bienes ambientales, tras haber sido afectados, o hasta su imposibilidad, según los casos, con grave riesgo para la vida en general, condujeron a la implementación del principio precautorio o *in dubio pro natura*, que obliga a evaluar *a priori* las resultas de las actividades humanas, para autorizarlas sólo en la medida en que puedan evitarse los daños ambientales o restablecerse sus consecuencias perjudiciales.

Por ello, el art. 129 *eiusdem* exige que "Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural"; y, prevé que "En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley".

5. El derecho a la función ambiental de la propiedad

El art. 115 de la Constitución garantiza el derecho a la propiedad, de modo que toda persona pueda usar, gozar, disfrutar y disponer de sus bienes.

No obstante, el ejercicio de tal derecho se encuentra constitucionalmente condicionado por las contribuciones, restricciones y obligaciones que fije la ley, con fines de utilidad pública o de interés general, dentro de las cuales destacan las que encuentran justificación en la necesidad de proteger el ambiente, que es lo que se conoce como la función ambiental de la propiedad, cuyo respecto integra al más amplio derecho humano al ambiente, manifestándose en limitaciones a la propiedad predial, de carácter legal, como las derivadas de las declaratorias de áreas bajo régimen de administración especial, como parques nacionales; e incluso de condición voluntarista, como las conocidas reservas privadas de protección.

6. El derecho al *non bis in idem*

El art. 49, numeral 7 de la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

Este principio tradicionalmente se ha leído como la imposibilidad genérica para la autoridad en uso de la potestad sancionatoria, de castigar dos o más veces al infractor, por el mismo hecho.

No obstante, conviene precisar que la prohibición en cuestión se refiere al doble o múltiple enjuiciamiento, a objeto de hacer valer la misma responsabilidad jurídica. De esta manera, nada en derecho obsta a que se someta a juicios distintos, acumulados, simultáneos o sucesivos, según los casos, a una persona, por los mismos hechos, siempre que se trate de comprometer diferentes responsabilidades, como la civil ambiental (preventiva o restablecedora o indemnizatoria), la penal ambiental (preventiva y sancionatoria, incluso con penas principales y accesorias) y la administrativa ambiental (correctiva o sancionatoria).

7. El derecho al acatamiento de la división vertical del poder

Con esta nomenclatura se hace referencia a la necesidad imperiosa en que están los ciudadanos, por razones de seguridad jurídica, entre otras, de que las autoridades legislativas y administrativas del país, al ejercer sus atribuciones públicas de resguardo am-

biental, no usurpen sus funciones[9], con afectación del principio de separación de los poderes[10]. Es decir, que la Asamblea Nacional y la Administración Pública Nacional no dicten leyes ni actos administrativos que irrumpan ilícitamente en la esfera competencial de los Consejos Legislativos Estadales y las Administraciones Públicas Estadales o de los Concejos Municipales y las Administraciones Públicas Municipales, ni que éstos emanen leyes estadales o actos administrativos estadales u ordenanzas o actos administrativos municipales que hagan lo inverso o interfieran entre sí.

Claro que la competencia en materia de protección del ambiente es concurrente, lo cual se desprende del mandato del art. 127 constitucional, al contener expresiones tales como: "El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica" y "Es una obligación fundamental del Estado, ..., garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley", pues el término *Estado* es comprensivo de la idea de poder público, en su mencionada distribución vertical y en su conocida separación horizontal.

De este modo, siguiendo al art. 156 *eiusdem*, compete al Poder Nacional el régimen de las tierras baldías y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país (numeral 16); la legislación sobre ordenación urbanística (numeral 19); las políticas nacionales y la legislación en materia de ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio (numeral 23); las políticas nacionales para la producción forestal (numeral 25); y, entre otras materias, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, la del patrimonio cultural y arqueológico, la agraria, la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (numeral 32).

Por su parte, el art. 164 *eiusdem* se refiere a la competencia del Poder Estadal en cuanto al régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas y ostrales y la administración de las tierras baldías en su jurisdicción (numeral 5); y, a.la organización de la policía (numeral 6), siendo que la normativa ambiental nacional en los ámbitos de guardería ambiental (policía administrativa) y policía ambiental (policía judicial), atribuye esas funciones a las policías estadales.

Y, en lo concerniente al Poder Municipal, el art. 178 *eiusdem* le reconoce competencia en materia de ordenación territorial y urbanística, patrimonio histórico, turismo local, parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación y ornato público (numeral 1); de protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil (numeral 4); y, de servicios de

policía municipal (numeral 7), siendo que la normativa ambiental nacional en los ámbitos de guardería ambiental (policía administrativa) y policía ambiental (policía judicial), igualmente atribuye esas funciones a las policías municipales.

Por tanto, todos los niveles territoriales del Poder Público, en Venezuela, tienen competencias en aspectos ambientales, correspondiendo al nivel nacional el establecimiento

---

9. Art. 138 de la Constitución: "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos".

10. Art. 136 de la Constitución: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional... Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias..".

de la política ambiental y la fijación de las reglas de coordinación entre las autoridades, pero siempre en el entendido de que las de radio territorial inferior, en aplicación de conceptos clásicos de policía administrativa, por razones de necesidad local, siempre podrán agravar los parámetros dictados por la de radio territorial más amplio, pero nunca relajarlos. Puede así haber normas de calidad ambiental más estrictas que las nacionales, en el nivel municipal, pero no a la inversa.

8. El derecho a la conservación ambiental

Acorde con lo previsto en el art. 127 de la Constitución: "Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado".

De esta forma se consagra expresamente, por primera vez en el derecho interno venezolano, el derecho humano al ambiente, formulado generalmente así, como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual, desde la perspectiva del derecho sustantivo, se presenta como el derecho individual y colectivo al mantenimiento balanciado, en condiciones de sustentabilidad, de los bienes ambientales (agua, suelo, aire, flora, fauna, paisaje, ecosistemas naturales, hábitats humanos), para el disfrute físico y espiritual de cada vez mejores condiciones de vida.

Empero, este enunciado idealista de contornos bastante indeterminados, nos llevaría a concebir un contenido múltiple que, con arreglo a la crítica del Consejo Económico y Social de la O.N.U.[11], nos presentaría más que *un* derecho al ambiente, un *conjunto* de *derechos ecológicos* como por ejemplo: derecho a productos alimenticios ecológicamente limpios, derecho a bienes de consumo sin peligro para el ambiente, derecho a que las actividades productivas no presenten peligro para el ambiente, derecho a un medio de vida natural ecológicamente puro, derecho a la salubridad ambiental, etc., que nos harían salir del campo de los derechos humanos, para situarnos en el dominio de la policía administrativa, con todo lo que ello implica.

Visto de esta forma, no es difícil caer en el error de considerar el derecho al ambiente como no justiciable, por la gran abstracción de estos conceptos, por la imposibilidad de materializarlos en un espacio y momento dado en cabeza de un sujeto de derecho perfectamente individualizable, y por los inconvenientes que presentaría su ejercicio efectivo y su restablecimiento en caso de violación. Es por ello que debemos concretar el contenido de este derecho.

En este sentido, partiendo de la imperiosa necesidad del hombre de asegurar la sobrevivencia y subsiguiente vivencia propia y la de su descendencia, en condiciones de calidad, dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, debemos hablar, no ya del derecho al ambiente simple y llanamente, sino del derecho a la conservación ambiental, en el lenguaje del profesor Alexandre Kiss[12], del Instituto Internacional de los Derechos Humanos.

---

11. Conseil Economique et Social, "Droits de l'homme et environnement", rapport établit par Mme. Fatma KSENTINI, document n. E/CN.4/Sub.2/1991/8.

12. "Le droit à la conservation de l'environnement", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 2, n° 12, 31 décembre 1990.

La conservación no es únicamente un objetivo. Es fundamentalmente un mecanismo, o mejor, un conglomerado de técnicas y procedimientos que conducen a la meta de la utilización racional o sostenida de los bienes ambientales en función del desarrollo social.

Por tanto, podemos afirmar que el derecho a la conservación ambiental es un derecho procedural que, como otros, se ejerce por medio de procedimientos legales especialmente creados para asegurar su disfrute efectivo. Estos mecanismos de ley no son exclusivos de este derecho, y se justifican en la necesidad de una verdadera democracia, con plena información y participación en la toma de decisiones.

En consecuencia, el contenido concreto del derecho al ambiente está integrado por tres tipos de procedimientos, que revisten a su vez la condición privilegiada de derechos humanos. Se trata del derecho a la información, del derecho a la participación en la toma de decisiones susceptibles de afectar el entorno del titular y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es pues más bien, en consideración al derecho adjetivo, un verdadero derecho procesal, por lo que el mismo dispositivo del art. 127 continua: "Es una obligación fundamental del Estado, *con la activa participación de la sociedad*, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley".

Igualmente, el art. 128 *eiusdem* reitera que "El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, *que incluya la información, consulta y participación ciudadana*.

Y, el art. 120 *eiusdem* prevé que "El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está *sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas*. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley".

En consecuencia, su desarrollo ha de entenderse comprendido en el punto siguiente.

III. LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS CIUDADANOS, FRENTE AL AMBIENTE

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

1. El derecho de acceso a la justicia

Según el art. 26 de la Constitución, toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, en condiciones de gratuidad, imparcialidad, idonei-

dad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y equidad y sin dilaciones ni formalismos inútiles, para hacer valer sus derechos e intereses, lograr su tutela efectiva y obtener con prontitud la decisión correspondiente. Todo esto, dentro de la noción de Estado de Justicia a la que nos adscribimos, acorde con el art. 2 *eiusdem*: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de ...Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, ...la justicia..".

Este derecho fundamental se ejerce por intermedio del proceso, en los términos del art. 257 *eiusdem*: "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

Obviamente, este acceso a la justicia ha de ser libre, cualesquiera puedan ser las pretensiones perseguidas por el legitimado activo, tales como el restablecimiento de los bienes ambientales dañados, la indemnización de daños y perjuicios, el cumplimiento o la resolución de contratos, la represión del depredador ambiental, la anulación de actos legislativos, actos administrativos[13] y sentencias, la desaplicación de normas inconstitucionales, la revisión de sentencias y, entre otras, el amparo a los derechos humanos fundamentales. Incluso, de relevancia para la materia ambiental, conviene destacar las pretensiones cautelares autónomas, fruto de la aproximación procesal del principio precautorio.

También resulta interesante descollar el reciente empleo exitoso en Venezuela, como desde hace tiempo en Colombia, de las acciones interdictales posesorias, en provecho del ambiente.

Además, sitial especial amerita ser adjudicado al reconocimiento expreso que hace la Constitución, en el citado art. 26, a que este acceso a la justicia no está limitado a la defensa de los intereses individuales o subjetivos clásicos, sino que se extiende, ello con trascendencia evidente en lo ambiental, "para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos", aunque la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha auto atribuido la competencia exclusiva para conocer de las acciones en justicia con ese propósito, mientras no se dicte la ley de la materia, lo cual de suyo aleja la justicia del ciudadano común.

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

El art. 334 del texto Fundamental, a título de obligación constitucional, exige a todos los jueces que, en el ámbito de sus competencias, aseguren la integridad de la Constitu-

13. En líneas generales, dentro del derecho procesal administrativo venezolano, para poder acceder a la justicia en este ámbito, se ha exigido haber agotado la vía administrativa, lo cual se facilitó con la consagración del silencio administrativo negativo, en el art. 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (la única excepción, de carácter positivo y de interés en este campo, viene dada por previsiones de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio). Empero, a parte de que la jurisprudencia reciente ha vacilado sobre el tema, el art. 7, numeral 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública menciona el ejercicio de los recursos judiciales "sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa".

En todo caso, el derecho procesal administrativo comparado incluye el agotamiento en cuestión dentro de los medios alternativos de solución de conflictos, dejando claro el elemento voluntarista, antes que su obligatoriedad.

ción, donde se debe destacar la parte dogmática o principista y, muy especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

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

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

Se trata pues de un postulado fundamental que no debe faltar en la sede administrativa, asistamos a peticiones diversas, solicitudes de autorizaciones, denuncias o investigaciones en ejecución de funciones de guardería o de policía ambientales, para la verificación del cumplimiento de las condiciones, limitaciones o restricciones de actividad, por ejemplo, o para la imposición de sanciones. Esto, sea que el procedimiento administrativo se haya iniciado de oficio o a instancia de algún interesado, sea o no alguno de los órganos auxiliares del servicio de guardería ambiental (organizaciones no gubernamentales definidas reglamentariamente).

Particularmente, el derecho a participar viene garantizado por el derecho a la recepción del escrito[14]; el derecho a alegar[15]; el principio de libertad probatoria, sólo limitado por la prueba legal (piénsese en el derecho a la contraexperticia, en materia de evaluación del impacto ambiental)[16]; la evaluación por la sana crítica[17]; los principios de informalismo (no preclusividad o carácter referencial y ordenador de los plazos, excluidos los de decisión), de investigación de la verdad real con obligación de aportar información en cualquier tiempo[18]; y, entre otros aspectos, por la posibilidad de ejercer recursos de reclamo[19], de reconsideración[20], jerárquicos[21] o de revisión[22], así como peticiones de reconocimiento de la nulidad absoluta[23], reclamaciones sin el carácter de recurso, sobre el funcionamiento de la Administración Pública[24], y hasta denuncias ante la Defensoría del Pueblo[25] y peticiones de acciones de responsabilidad ante la Fiscalía General de la República[26].

---

14. Art. 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
15. Art. 7, numeral 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
16. Art. 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
17. Art. 507 del Código de Procedimiento Civil.
18. Arts. 28 y 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
19. Art. 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
20. Art. 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
21. Art. 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
22. Art. 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
23. Art. 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
24. Art. 6, numeral 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
25. Arts. 280 y 281, numeral 1 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
26. Art. 285, numeral 5 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Tampoco puede estar ausente el debido proceso de la sede judicial, en casos de acciones de inconstitucionalidad contra leyes u otros actos de ejecución directa de la Constitución[27], recursos de interpretación de leyes[28], recursos contencioso administrativos de nulidad contra actos reglamentarios[29], recursos contencioso administrativos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares[30], recursos contencioso administrativos por abstención o carencia[31], recursos contencioso administrativos de condena o indemnizatorios o demandas o querellas contra entes públicos[32], o demandas o querellas contra particulares[33], apelación[34], casación[35] o revisión[36] de sentencias o amparos constitucionales (cautelares o autónomos, contra normas, actos administrativos, vías de hecho de la Administración Pública, omisiones administrativas, sentencias o actuaciones privadas)[37], todas estas acciones judiciales asociadas o no a peticiones de medidas cautelares[38] o de empleo del control difuso de constitucionalidad[39], y abiertas a la intervención adhesiva de los terceros interesados[40]. A más, obviamente, de las intervenciones posibles, al título que sean, en la materia penal ambiental[41].

Asimismo, toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (numeral 3). En este sentido, el Ministerio Público, según lo pauta el art. 285 de la Constitución, debe garantizar en los procesos judiciales -cualquiera de ellos- el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República (numeral 1), concretamente la celeridad, la buena marcha y el debido proceso (numeral 2), lo cual puede ser de oficio o a instancia del interesado.

Ahora bien, en referencia especial a la justicia administrativa y visto el singular carácter subjetivo (por no limitarse al control de legalidad sino abarcar preponderantemente la salvaguarda de las esferas jurídicas subjetivas), que la moderna doctrina nacional y comparada ha venido atribuyendo al contencioso administrativo, debe tenerse presente el contenido del art. 259 de la Constitución, que explícitamente confía a los tribunales

---

27. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (arts. 266, numeral 1, 334 y 336, numerales 1, 2 y 3 de la Constitución).
28. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (art. 266, numeral 6 de la Constitución).
29. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (art. 266, numeral 5 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).
30. Competencia de la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).
31. Competencia de la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).
32. Competencia de la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).
33. Competencia del tribunal correspondiente (art. 253 de la Constitución).
34. Competencia del tribunal de alzada correspondiente (art. 253 de la Constitución).
35. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Civil, Penal o Social, según el caso (art. 266, numeral 8 de la Constitución).
36. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (art. 336, numeral 10 de la Constitución).
37. Competencia del tribunal correspondiente (arts. 27 y 253 de la Constitución y Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).
38. Arts. 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.
39. Arts. 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.
40. Art. 370 del Código de Procedimiento Civil.
41. Ley Penal del Ambiente y Código Orgánico Procesal Penal.

con competencia en lo contencioso administrativo facultades para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, y para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, dentro de lo que se incluye por razones obvias el ejercicio de oficio o a petición de parte del poder cautelar general, fines estos que pueden ser todos materia de pretensión procesal por parte de los ciudadanos.

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

En la materia ambiental y ello con validez para todos los medios alternativos de solución de conflictos, debe destacarse la plena aplicación de los arts. 253, que los hace parte del sistema de justicia, y 258, que expresamente prevé que "La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

Ahora bien, siendo la Administración Pública parte del conflicto de que se trate, se observa que el art. 141, como uno de los principios que deben fundamentar a la Administración Pública, incluye el principio de eficiencia administrativa, el cual, sin duda está vinculado al logro de los fines administrativos y por tanto a los aspectos sustantivos. No obstante, no debe perderse de vista que este principio de eficiencia ha sido puesto de relieve por los procesalistas administrativistas, con el objeto de explicar el por qué de la procedencia en la materia del derecho público, concretamente del derecho administrativo ambiental, de los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos, particularmente de la transacción y del arbitraje.

Además, vale la pena recordar la existencia de la Corte Internacional de Conciliación y Arbitraje en Materia Ambiental, así como las actividades en ese ámbito de la Cámara de Comercio Internacional, que ofrecen un camino fructífero de tutela ambiental por vía alternativa.

4. El derecho de amparo

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

Cada vez más, dadas las grandes alteraciones ambientales, las afectaciones negativas a la calidad de vida de las personas, la ilicitud o grave insuficiencia de la actuación de las administraciones públicas, la toma de consciencia de los ciudadanos en cuanto se refiere a la defensa de sus derechos e intereses y también la lentitud con que se presentan las decisiones definitivas en las acciones judiciales ordinarias, se ha venido generalizando el empleo de la vía judicial extraordinaria y expedita del amparo constitucional, regulado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,

para la salvaguarda de todos y cada uno de los derechos constitucionales de los ciudadanos, en casos de daños a la salud, por procesos agudos de contaminación atmosférica o acuática, medidas administrativas sancionatorias sin previa apertura de procedimientos con las debidas garantías, etc.

5. El derecho de amparo internacional

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

6. El derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de su competencia, y de obtener oportuna y adecuada respuesta, es lo pautado por el art. 51 de la Constitución y desarrollado por los arts. 9 de la Ley Orgánica de la Administra-ción Pública y 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[42]. Este derecho se incluye dentro de los derechos adjetivos, por implicar su ejercicio el inicio de un procedimiento administrativo, con las infaltables garantías del debido proceso, tales como lo podrían ser los derivados de denuncias hechas por los órganos auxiliares del servicio de guardería ambiental.

Así, el ciudadano, en caso de lesiones o amenazas de afectaciones ambientales, está llamado a plantear solicitudes concretas o denuncias ante organismos públicos como: el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, la Guardia Nacional, la Comisión de Ambiente de la Asamblea Nacional, la Defensoría Ambiental de la Defensoría del Pueblo, la Dirección de Ambiente de la Fiscalía General de la República, la Gobernación del Estado (policía estadal), la Alcaldía (direcciones de ambiente, policía municipal y hasta direcciones tributarias, visto que las ordenanzas suelen hacer depender las licencias de industria y comercio del respeto de la legislación ambiental), y tantos otros, según los casos.

Desde otro punto de vista, recuérdese que su tutela puede constituir el objeto de la pretensión, en la acción de amparo constitucional.

---

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

7. El derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos

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

Dentro del espíritu, propósito y razón del art. 141 de la Constitución, que consagra el principio de transparencia como fundamento de la Administración Pública, desarrollado por el art. 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, toda persona tiene el derecho (preceptúa el art. 28 de la Constitución) de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, se podrá acceder a los documentos que contengan información de interés para grupos de personas, como lo son los registros de permisos, licencias y autorizaciones para ocupaciones del territorio, realización de actividades susceptibles de degradar el ambiente o afectación de recursos naturales, monitoreos de calidad ambiental, etc.

Estos derechos también entran en juego, por mandato constitucional, en cuanto concierne a registros privados, como podrían ser los involucrados con programas y evaluaciones de impacto ambiental o planes de contingencia, por ejemplo.

En el mismo orden de ideas, el art. 143 de la Constitución, seguido por los arts. 6 y 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, dispone que todos tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Además, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, salvo únicamente los casos de seguridad del Estado, investigación criminal y salvaguarda de la intimidad de la vida privada.

De este modo, se ha constitucionalizado plenamente la obligación de que las administraciones públicas lleven expedientes administrativos, garantizándose el acceso a los mismos de todos los interesados, en los términos y modalidades previstos por los arts. 7, numerales 1, 3 y 7, 157 y 168 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 31 y 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para el aseguramiento del ejercicio eficaz del derecho a la participación, dentro del concepto de procedimiento-garantía.

IV. CONCLUSIONES

1. Los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos, reconocidos por la Constitución de 1999, en esencia no son distintos ni tampoco más que los consagrados por la Constitución de 1961, pues ella también contenía la cláusula del *numerus apertus*.

2. Empero, se ha experimentado una mayor explicitación de esos derechos humanos y de una serie de principios de organización administrativa que ya estaban en el denominado bloque de constitucionalidad en las fuentes del derecho, gracias a contundentes y preclaros aportes doctrinales y jurisprudenciales, nacionales y comparados, que al estar

ahora consagrados en el propio texto racional normativo, revalorizan la seguridad jurídica de la persona humana.

3. Al momento de diseñar estrategias de participación en procedimientos administrativos o procesos judiciales, en pro de intereses ambientales, se deberá considerar plenamente la dogmática constitucional, bajo el moderno concepto de Constitución normativa, directamente aplicable, para la tutela judicial efectiva del ambiente, en beneficio de la calidad de la vida.

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

Dante Caponera
Asociación Internacional del Derecho de Aguas
Italia

En mi calidad de Presidente de la Asociación Internacional del Derecho de Aguas (AIDA), que cuenta con más 350 miembros en todo el mundo, con mucho gusto acepto la invitación a escribir una pequeña contribución personal en nombre mío y de la AIDA en honor del profesor Allan R. Brewer-Carías, agradeciéndole sus valorosas contribuciones que están manifestadas en sus escritos y actividades para el desarrollo de los aspectos jurídicos e institucionales de los recursos hídricos tanto a nivel nacional como internacional.

Él ha comprendido la importancia del derecho de aguas y ha apoyado a la Asociación con toda su energía: formuló las bases para una conferencia mundial de derechos de aguas, que se desarrolló en Caracas en 1979.

Últimamente ha ido creciendo la necesidad de prestar mas consideración a todos los problemas relacionados con el uso de los recursos hídricos, entre ellos, en primer lugar, están los aspectos legales y administrativos. También es necesaria la promulgación de políticas hidráulicas, programas de desarrollo y actividades.

El objetivo principal de una política de agua es el alcanzar una maximización de beneficios derivados de los recursos disponibles y de su gestión mas racional.

Una política hidráulica firme y equilibrada, debería estar enfocada, dependiendo de cada caso, a nivel nacional, de cuenca, regional, local o de proyecto. También debería estar enmarcada dentro de la situación existente y las peticiones de cada estado, región o cuenca, comprometiéndose a encontrar la manera de satisfacer las demandas de agua existentes y futuras para diferentes propósitos, en base a la disponibilidad de agua, usos actuales, estimaciones del aumento de la población y las posibilidades técnicas y financieras. Todo esto requiere una planificación apropiada para una correcta distribución y gestión del agua y de los recursos financieros disponibles a cada nivel.

Así como una política hidráulica nacional debe situarse dentro de los planes nacionales de desarrollo global, y puede constituir tanto un catalizador como una barrera para dichos planes, asimismo, la administración del agua como parte de la infraestructura nacional, puede actuar como un estimulo o restringir cualquier proceso nacional de desarrollo.

Igualmente una buena legislación del agua puede constituir un buen camino para implementar las decisiones de la política hidráulica y facilitar la utilización racional de los recursos hídricos, mientras que una legislación del agua inadecuada puede actuar como un obstáculo para su utilización.

En muchos casos, las legislaciones existentes, que regulan la gestión y la satisfacción de la demanda, conservación y suministro de agua, han quedado obsoletas debido a que se consideraba que el agua era inagotable. El tiempo ha alcanzado a aquellas leyes, que

daban a los usuarios manos libres, y el avance en el conocimiento y la tecnología han causado la caducidad de los primeros tipos de control. La búsqueda de nuevos recursos nos permite desde un mayor uso de las aguas subterráneas, trasvases de cauces, el almacenamiento y nuevas formas de distribución, que anteriormente eran impensables, hasta la recarga de acuíferos, el reciclaje de agua y el tratamiento agua residual para su posterior uso. Las leyes existentes seguramente no contienen provisiones a cerca de estos nuevos medios o para controlar proyectos de esta envergadura.

Para satisfacer estos nuevas necesidades, tienen que diseñarse e innovar las leyes de aguas, no solo para facilitar y alcanzar una distribución o redistribución eficiente del recurso y una protección medioambiental, sino también para apuntar hacia la obtención de objetivos sociales, económicos y de otras metas nacionales. La reforma de la ley de aguas puede estar acompañada de una reforma de las tierras, en dicho caso la redistribución de las tierras puede provocar una redistribución de los derechos sobre el agua accesorios a dichas tierras. El establecimiento de nuevos proyectos para proporcionar tierras para el riego puede convertir a gente nómada o pastoral en granjeros, y eso puede requerir provisiones especiales en la ley de aguas o la creación de organizaciones especiales para la distribución de agua. Programas para el mejoramiento de las poblaciones indígenas puede requerir también provisiones especiales que les permita competir con propuestas para el desarrollo industrial o nuevos proyectos de riego mas comerciales. Los futuros titulares de derechos de agua deberían tener un grado diferente de sofisticación que requiera un trato diferente. A los dueños de tierras e industrias en países desarrollados, se les debería conceder un abanico mas amplio donde escoger, sin embargo, debe darse un acercamiento mas paternalista a aquellos en los que, lo que llamamos civilización, ha sido introducido recientemente, a aquellos en los cuales la transición hacia el comercio moderno todavía no ha sido introducida, aquellos graduados recientemente de la vida nómada o pastoral o a aquellos que se han criado en un sistema tribal o comunal, a los cuales algunas nociones de derecho o propiedad les son desconocidas.

La planificación moderna, el desarrollo y la gestión de los recursos hídricos debe estar basada en los principios del Derecho del agua que están implementados mediante procedimientos legales que autorizan y facilitan dichos procesos. Es importante recalcar que en los primeros tiempos *las leyes de aguas* hacían referencia básicamente a normas legales que gobernaban la relación entre usos del agua, como son la doctrina del ribereño o la doctrina de la apropiación previa, hoy en día el interés y objetivos de los gobiernos también tienen que tenerse en cuenta. Como resultado, el sistema debe regular la relación entre los usuarios de agua *vis-avis*, el Estado e identificar claramente cuales son los poderes del Estado en relación con todos los posibles usos del agua, ambos públicos y privados.

En algunos Estados puede que haya la necesidad de suprimir algunos derechos de los ribereños y adoptar un sistema de control del Estado sobre el Agua. En otros, los controles existentes deberían ser modernizados, de modo que se adapten los derechos del agua existentes a nuevas prioridades. Cuestiones constitucionales tendrán que ser abordadas en cuanto a las cuestiones relacionadas con la terminación de derechos privados o el apoderamiento por parte del Estado de aguas privadas. Instituciones gubernamentales y agencias estatales, puede que sufran un cambio, que servirán, para solucionar los posibles problemas políticos y legales que puedan surgir de conflictos interjurisdiccionales en la gestión sectorial de los recursos hídricos.

Dado la amplia gama de usos del agua, efectos perjudiciales y aspectos cualitativos, muchos ministerios, instituciones autónomas, corporaciones privadas e individuales

están involucrados, comprometidos, interesados o son usuarios del agua. Por otra parte la diversidad normas que pretender gobernar específicos usos del agua, efectos perjudiciales o uso impropios, son dictadas y administradas por diferentes instancias administrativas, sin ninguna coordinación aparente o requerida. El resultado de todo esto es la solapación de autoridades en materia de agua, una planificación pobre o inadecuada, una falta de coordinación entre autoridades, un acercamiento sectorial en los proyectos de aguas, efectos perjudiciales de un proyecto u otro, el gasto de recursos naturales, financieros y humanos, inseguridad en torno a los derechos al uso de las aguas y una dudosa efectividad o éxito en la implementación de los proyectos.

Debe señalarse que los proyectos hidráulicos, que han sido técnicamente y económicamente bien concebidos, muchas veces han sido estorbados, retrasados o condenados al fracaso por culpa de una legislación inadecuada en materia de aguas u otros problemas legales. Los inversores y agencias internacionales que toman parte en grandes proyectos, buscan cada vez mas en la ley, la seguridad antes proporcionada por el aparente stock inagotable de agua. De hecho, cualquier proyecto de gestión de aguas o conservación, necesita capital, la inversión del cual es solo factible si los derechos están bien definidos, el agua es distribuida en volumen, tiempo y calidad para satisfacer la demanda y para asegurar la recuperación del capital invertido.

En el caso de cuencas internacionales, la falta de instituciones adecuadas y convenios deja el desarrollo de proyectos hidráulicos en una situación problemática y en ocasiones es causa de disputas internacionales.

En vista de lo señalado anteriormente, una política racional de los recursos hídricos tiene que tomar en consideración los aspectos legales e institucionales del agua, ambos con respecto de su implicación en los sectores económicos, sociales y técnicos y en todos los niveles de gestión: la planificación, construcción, operación y mantenimiento de los proyectos.

La importancia de la administración y legislación de los recursos hídricos, esta siendo reconocida, cada día mas por directores, técnicos y economistas, como una parte esencial de la planificación, operación y mantenimiento de proyectos conectados con el desarrollo y conservación de los recursos hídricos.

Actualmente las leyes mal concebidas en torno a este tema son consideradas como un freno al desarrollo de los recursos hídricos, debido a que normalmente estos problemas nos son vistos por personas con una experiencia legal, sino por gestores de aguas (Ingenieros, hidrólogos, hidrogeólogos) y economistas, por esta razón no se conoce o se pasa por alto el contenido exacto , el espíritu, las implicaciones y gran parte de la legislación del agua.

Por otro lado los juristas desconocen los conceptos hidrológicos, técnicos y económicos básicos, que son indispensables para tratar con la gestión del agua, por esa razón los juristas no están siempre en condición de proporcionar soluciones legales o administrativas ante los problemas en los que se encuentran los técnicos y economistas, responsables de la gestión de agua.

La ciencia de la legislación y administración del agua es relativamente nueva, siendo necesario un enfoque interdisciplinario. Empezando por los aspectos técnicos del agua (ciclo hidrológico, tipos de usos, proyectos con uno o varios objetivos, etc.), lo que se pretende es dotar al planificador de las suficientes herramientas legales e institucionales, necesarias para dominar las dificultades con las que se encuentran los técnicos y economistas en el campo de la gestión de los recursos hídricos.

A parte de los aspectos técnicos, los juristas con responsabilidades en el campo de la gestión de los recursos hídricos, tienen también que considerar los elementos socioeconómicos. Todos estos aspectos serán el tema de las próximas secciones.

La idea de la participación popular y de los usuarios en el gobierno de las aguas a todos los niveles nacional, regional y local, constituye una de las ideas más modernas de esta participación popular. Existen conflictos institucionales entre las instituciones y los usuarios y la creación de confederaciones hidrográficas tratarán de mitigar estos conflictos creando adecuadas soluciones a esos problemas.

Los temas relacionados con la administración y legislación de aguas están siendo tratados cada vez mas por el sistema de agencias para el beneficio de los Estados miembros de las Naciones Unidas. La Organización de la Agricultura y Alimentación (FAO) de las Naciones Unidas, fue la primera en iniciar estudios sobre el Derecho de agua en 1951; La Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente de las Naciones Unidas, para Europa y para Latino América, están actualmente estudiando las actividades en este campo. Asistencia técnica, esta siendo proveída a países que desean modernizar su administración y legislación de aguas y para formular políticas hidráulicas nacionales.

Todos los principios formulados han sido establecidos y apoyados por el Profesor Allan R. Brewer Carías que siempre ha buscado las soluciones más justas y pragmáticas en el desarrollo del derecho de aguas moderno.

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMAS

Gerardo Puertas Gómez
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey
México

I. INTRODUCCIÓN

La salvaguarda de los Derechos Humanos es uno de los propósitos fundamentales de toda sociedad organizada[1].

El Hombre crea al Estado y le transmite parte de su libertad, a cambio de la protección de su vida, libertades civiles y posesiones. Al poder público le corresponde garantizar el pleno ejercicio de los Derechos[2].

La teoría política y la doctrina constitucional valoran a la propiedad como uno de los principales Derechos del Hombre. Por eso su cuidado ha sido objetivo esencial de la acción gubernamental.

Los temas centrales del estudio son el concepto de Derechos Humanos y la Propiedad, como aparecen consagrados en la Constitución mexicana.

Los Derechos del Hombre, son prerrogativas inalienables que corresponden al individuo por el sólo hecho de pertenecer al género humano[3].

---

1. En México el Constituyente de 1857 reconoce a los Derechos de Hombre como "la base y el objeto de las instituciones sociales" (Artículo 1, Constitución de 1857 en *Los Derechos del Pueblo Mexicano*, t. III, M. Porrúa, México 1978, p. 11).

La asamblea de 1917, aunque eliminó esa referencia en el texto constitucional, conservó el mismo espíritu, como se ve en el Dictamen correspondiente al Artículo 1: "el pueblo...encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales" (Dictamen del Artículo 1, en Los Derechos *ibid*., pp. 21-22).

En el tema, pueden verse también, PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Pensamiento Político-Constitucional Mexicano (Siglo XIX)*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1990. pp. 86-88; *Pensamiento Político-Constitucional Mexicano (Siglo XX)*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1991 y; *El Pensamiento de la Revolución Mexicana*, Monumel, Monterrey 1987, pp. 271-274.

2. La teoría clásica liberal sobre la soberanía popular y la creación del Estado, puede hallarse en la obra de Locke (*Cf.*, LOCKE, John, *Second Treatise on Civil Government*, Hackett, Indianapolis 1980, pp. 52-68).

En este punto VILLEY, Michel afirma, concretamente, que los Derechos del Hombre "son un producto de la época moderna" (*Cf.*, VILLEY, Michel, *Le Droit et les Droits de 1´Homme*, Presses Universitaires de France, París 1983, p. 9).

Un clásico moderno de la crítica liberal al intervencionismo económico del Estado, es HAYEK, Friedrich A., *The Road to Serfdom*, University of Chicago, Chicago 1972.

3. Sobre el concepto de Derechos Humanos, desde la Perspectiva iusnaturalista, MACFARLANE nos dice claramente que éstos son "derechos morales que le corresponden a cada hombre o a cada mujer solamente en razón de ser humanos", pero reconoce también la necesidad de consagrarlos en leyes (*Cf.*, MACFARLANE, L.J., *The Theory and Practice of Human Rights*, New York, St. Martin´s 1985, pp. 3 y 13). Similarmente, AGUINSKY DE IRIBARNE,

Por propiedad privada entendemos el derecho de los particulares para usar, gozar y disponer de bienes[4].

Estas últimas instituciones deben operar, naturalmente, en el marco de un régimen constitucional y de acuerdo a las condiciones particulares de cada país.

Por ello es indispensable contar con una regulación jurídica que ofrezca el más amplio margen de acción a los individuos y, al mismo tiempo, proteja escrupulosamente los intereses de la sociedad[5].

Esher, se refiere a la definición de los Derechos del Hombre y los considera de carácter natural (*Cf.*, AGUINSKY DE IRIBARNE, Esther, *El Concepto de Derechos Humanos*; *un Estudio Interdisciplinario*, Facultad de Derecho, Montevideo 1986, p.37.).

Con relación a la naturaleza de los Derechos del Hombre la doctrina ha escrito profusamente. Un estudio general es presentado en la obra de NICKEL, James W., *Making Sense of Human Rights*, University of California, Berkeley 1987, pp. 13-35.

REYNAULD alude a la dificultad de precisar la naturaleza exacta de los Derechos Humanos (*Cf.*, REYNAULD, J., "Réflexions sur la Nature des Droits de l´Homme" en *Revue du Droit International et de Droit Comparé* n° 3-4, Institut Belge de Droit Comparé, Bruselas 1968, pp. 164-167). Hace lo propio el jurista español CASTÁN TOBEÑAS (*Cf.*, CASTAN TOBEÑAS, José, *Los Derechos del Hombre*, Reus, Madrid 1969, pp. 10-20).

Acerca del origen y evolución de los Derechos del Hombre, pueden verse: AURENCHE, Guy, *L´Aujourd´hui des Droits de L´Homme*, Nouvelle Cité, París 1980; BISCARETTI, Paolo, *Introduzione al Diritto Constituzionale Comparato*, Guiffré, Milán 1988, pp. 663-666; CASSESE, Antonio, *I Diritti Umani nel Mondo Contemporaneo*, Laterza, Roma 1988; CASTAN TOBEÑAS, *ibid*., pp. 40-56 y 80-95; LE PAGE, Guirec, *Droits de l´Homme*, Le Centurion, París 1984; VERGOTTINI, Guiseppe de, *Diritto Constituzionale Comparato*, CEDAM, Padua 1987, pp. 142-147.

Para los textos de las declaraciones de Derechos desde Magna Carta, puede verse: VICENSINI, Jean-Jacques, *Le Livre des Droits de l´Homme; Historie et Textes*, Laffont-Archimbaud, París 1985, (Magna Carta y Bill of Rights (Gran Bretaña), pp. 41-51; Déclaration des Droits (Francia), pp. 80-81; Declaration of Independence (Estados Unidos de América), pp. 51-56; Constitución (México), pp. 204-223; Declaración Universal de Derechos (ONU), pp. 68-73).

Cf., También "Universal Declaration Of Human Rights" en *The International Bill of Human Rights*, United Nations, Nueva York 1978, pp. 4-9.

4. Consúltense en el tema de la propiedad en general DONAHUE, Charles, "The Future of the Concept of Property Predicted form its Past", en PENNOCK, J. Roland y CHAPMAN, John W. (eds.). Property. New York University, New York 1980, pp. 28-68; *Itinerari Moderni Della Propieta*, Giuffrè, Milán 1978; MINOGUE, Kenneth, "The Concept of Property and its Contemporary Significance" en PENNOCK, *ibid.*, pp. 3-27; PENNOCK, J. Roland, "Thoughts on the Right to Private Property" en PENNOCK, *ibid*., pp. 171-186 y; SCHLATTER, Richard, *Private Property; the History of an Idea*, Rutgers University, New Brunswick 1951, pp. 162-177.

Sobre la propiedad en América Latina, *V.* QUIROGA LAVIE, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1991, pp. 80-81 y 100-103.

Para aspectos generales del Derecho de Propiedad en México, pueden verse: IBARROLA, Antonio de, *Cosas y Sucesiones*, Porrúa, México 1986, pp. 287-314 y 337-355 y; BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México 1986.

5. La doctrina relativa a la necesidad de adaptar los Derechos a las realidades de cada nación, es vasta.

David reconoce una tendencia de las Constituciones a integrar *principios de orden social*, entre otras formas a través de "declaraciones de derechos". El propio autor se pregunta al respecto: "¿Estamos tratando aquí con documentos puramente de orden político, con profesiones de fe o declaraciones de intención?". El reconoce que la respuesta varía de país a país, dependiendo de circunstancias de tipo histórico-político (DAVID, René, "The Legal Systems of the World; Their Comparison and Unification", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Nijihoff, s.f. vol. II, Boston, pp. 32-35).

VAN DER VEN, por su parte, considera que la operación de los Derechos Humanos depende de situaciones de tiempo y de espacio. Textualmente dice: "la universalidad de los Derechos del Hombre tan determinantemente anunciada en los instrumentos internacionales, no debe confundirse con uniformidad en todas partes y en toda circunstancia" (*Cf.*, VAN DER VEN, J.J.M., "L´Universalité des Droits de l´Homme comme Problème de Droit Comparé", en *Unification and Comparative Law in Theory and Practice*, Kluwer, Antwerp 1984, pp. 253-255 y 260-262). Semejante postura adopta Cassese, al decir que "esa internacionalización es, por ahora, un mito" (*Cf.*, CASSESE, *ibid*., p. 48).

Nuestro propósito es analizar los principios contenidos actualmente en la Ley Suprema, reflexionar sobre ellos, y determinar sus ventajas e inconvenientes.

El punto ha sido materia de nuestra reflexión desde hace años. Sin embargo nos parece que, hoy más que nunca, su análisis es relevante. Efectivamente, el proceso de transformación e internacionalización de la economía mexicana le otorgan una actualidad singular[6].

Después de la introducción al tema, el apartado II se refiere a la noción de Derechos Individuales que prevalece en el Pacto Federal. Allí aludiremos a su origen y naturaleza, a la obligación que tienen las autoridades frente a ellos, así como a la trascendencia que revisten.

Creemos conveniente comenzar por precisar este concepto, por ser el género al que pertenece el Derecho de Propiedad y, en nuestra opinión, el marco dentro del cual debe ser analizada esa prerrogativa.

La sección III habla concretamente del Derecho de Propiedad. Su origen y naturaleza, sus limitaciones y la expropiación, son los asuntos que abordamos.

En ambos apartados presentamos los elementos principales consagrados por nuestra Constitución. También hacemos referencia a los antecedentes histórico-jurídicos de la disposición en México, a fin de descubrir la evolución del constitucionalismo en el área[7].

---

6. El tema del presente estudio, ha sido preocupación del autor en la última década, como consta en diversos escritos.

En 1983, sostuvimos: "Un gobierno que todo lo supervisa, es una entidad que sofoca y finalmente aniquila la actividad individual, destruyendo la sociedad que le dio origen e incumpliendo la función primaria para la que fue concebido: el bienestar del ser humano" (PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, "El Estado como Rector del Desarrollo Nacional" en *El Diario de Monterrey*, marzo de 1983).

Para 1984, afirmamos: "El individuo es la base para cualquier transformación, puesto que es el elemento esencial de toda sociedad. Para alcanzar un balance entre el Estado y el individuo, el concepto de Derechos Humanos preexistentes frente a la Constitución, debe ser clara y definitivamente incorporado en su texto, puesto que encarna el verdadero espíritu de la Constitución de 1917. El Estado es una creatura, el Hombre es su creador; el Estado no otorga Derechos, sino que es la entidad específicamente formada para reconocer y proteger los Derechos del individuo" (*Cf.,* PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *The Mexican Political System; Theories, Realities and Perspectives*, Harvard Law School Tesis, Cambridge, Mass., 1984, p. 118).

También afirmábamos entonces: "el Estado ha crecido tanto, que ha sido transformado su propósito original de ser una entidad independiente y con fuertes facultades de regulación, en una omnipresente y subyugante fuerza que controla la mayor parte de los aspectos de la vida en México y desalienta los esfuerzos del individuo y de las entidades no oficiales...El objetivo es darle poder al individuo y a otras fuerzas grupales para que puedan limitar al Estado" (*ibid*., pp. 117-118).

En 1987, escribimos: "se requerirá fortificar las libertades económicas, bajo esquemas que lleven las ventajas de la propiedad a más sectores de la sociedad, garanticen la verdadera libre empresa y fomenten la desconcentración del capital". Estos conceptos fueron reafirmados en otro ensayo tres años más tarde. (*Cf.,* PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *El Futuro de la Democracia en México*, Monterrey 1987. p. 39; *México: Sistema Político y Transición a la Democracia*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1990, p. 111).

Por último, hemos hablado de la existencia de artículos constitucionales "desvinculados de los requerimientos sociales". En este punto, sugerimos: "la nación necesita replantearse la vigencia de diversos principios. aludo, concretamente, a las materias de educación, agrupaciones eclesiásticas, propiedad y rectoría del Estado...Lo que se requiere, entonces, es matizar excesos históricos y poner al día la normatividad suprema" (*Cf.,* PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Discurso en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México 7 de febrero de 1991, p. 3).

7. Por eso resulta importante estudiar el tema a la luz del contexto mexicano y, en un sentido más amplio, dentro del latinoamericano.

Posteriormente, analizamos los contenidos de las Leyes Supremas de otras naciones y efectuamos su análisis comparativo, para situar y evaluar la posición de nuestro país en ese contexto[8].

Para la evolución constitucional de México, pueden verse *Los Derechos*, *op. cit.*, MIRANDA, José, *Las Ideas y las Instituciones Políticas Mexicanas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978; PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Pensamiento (Siglo XIX)*, *op. cit.*, y *Pensamiento (Siglo XX)*, *op. cit.*, y; SAYEG HELDU, Jorge, *Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México 1987.

Sobre la interpretación de nuestro Código Político, puede verse CARPIZO, Jorge, "La Interpretación Constitucional en México", en *Estudios Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 67-69.

KATZ, Milton, considera que el Derecho Comparado tiene una misión trascendental en el mundo iberoamericano. El jurista afirma con entusiasmo: "¡qué perspectivas se ofrecen para el estudio comparativo del papel del derecho en el desarrollo y del efecto del desarrollo en el derecho!" (*Cf.*, KATZ, Milton, "Perspectivas del Derecho Comparado en México y Estados Unidos" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nº 4, Universidad Nacional Autónoma de México, México enero-abril de 1969, p. 41).

La pertinencia del análisis de los Derechos Humanos en nuestra región, es señalada por GROS ESPIELL, Héctor, en su obra *Estudios sobre Derechos Humanos*, t. I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, pp. 303-311.

Además, la Declaración General del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional apunta, entre otras, las siguientes ideas:

1. Establecer "el derecho de todo hombre al acceso a una propiedad privada".
2. Necesidad de determinar claramente las competencias de los sectores público y privado, indicando claramente las "nuevas funciones económicas que asume el Estado".
3. Eliminar el *excesivo detallismo*, evitando que la Constitución se convierta *en una ley reglamentaria*.

(*Cf.*, Declaración del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, en HORN, Hans-Rudolf, "Doctrina Jurídica y Derecho Constitucional Comparado en México" en *Boletín Mexicano* nº 38, *ibid*., mayo-agosto de 1980, pp. 421-423).

8. En general acerca del método comparativo para analizar Derecho extranjero, *Cf.*, ANCEL, Marc, "Quelques Considérations sur les Buts et les Méthodes de la Recherche Juridique Comparative", en ROTONDI, Mario, *Inchieste di Diritto Comparato*; Buts et Méthodes du Droit Comparé, CEDAM, Padua 1973, pp. 3-13.

Son varios los doctrinarios que nos previenen sobre la necesidad de realizar una efectiva comparación, y no solamente estudiar el Derecho extranjero. En tal sentido pueden verse, entre otros CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Traité de Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. II, París 1974, pp. 126-127; GLENDON, Mary Ann y otros, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul, West, 1985. pp. 3-4; GORLA, Gino, *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Guiffrè, Milán 1981, p. 55; GUTTERIDGE, Harold C., *Comparative Law; An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University, Cambridge U.K. 1949. p. 72; MERRYMAN, John H., "Fines, Objeto y Método del Derecho Comparado" en *Boletín Mexicano ibid*., n° 25-26, enero-agosto de 1976, p. 67; SOLA CAÑIZARES, Felipe de, *Iniciación al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona 1954, p. 99 y; ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, North-Holland, Amsterdam 1977, pp. 30-46.

En virtud de que se trata particularmente de un escrito de Derecho Constitucional, seguiremos los lineamientos apuntados por autores en la materia.

Con relación al objeto y fines de este tipo de comparación, *Cf.*, BISCARETTI, Paolo, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 5 o su edición española *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México 1975. pp. 14-15; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Modernización de los Estudios Jurídicos Comparativos" en *Boletín Mexicano ibid*., nº 64, enero-abril de 1989, pp. 67-70; SANCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid 1976, p. 21 y; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale Comparato*, CEDAM, Padua 1987, pp. 5-21.

En torno a los aspectos metodológicos de la comparación constitucional, véanse BISCARETTI, *Introduzione*, *ibid*., p. 20 e *Introducción*, *ibid*., p. 21; CAPPELLETTI, Mauro y COHEN, William, *Comparative Constitutional Law; Cases and Materials*, Bobbs-Merril, Indianapolis 1979 y; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid 1984, pp. 20-21. *Cf.*, además a DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel; Les Grands Systemes Politiques et Droit Constitutionnel; Les Grands Systemes Politiques*, t. I, Presses Universitaires de France, París 1973; HAURIOU, Maurice y GICQUEL, Jean, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, París 1987 y; VAN MAARSEN, Henc y VAN DER TANG, Ger, *Written Constitutions; A Computarized Comparative Study*, Oceana, Dobbs Ferry 1978.

Al finalizar cada uno de los subtemas, se ofrecen lineamientos para posibles reformas constitucionales[9].

El artículo cierra con una sección dedicada a apuntar algunas conclusiones de orden general.

Por lo que se refiere a aspectos metodológicos, dos son las ideas centrales que nos guían.

A fin de precisar los principios vigentes, recurrimos al texto de la Constitución. Por lo que hace a las disposiciones nacionales anteriores, damos un repaso a las Cartas Supremas del Siglo XIX.

Respecto al Derecho extranjero, el análisis se limita a las Constituciones de países americanos y europeos. De nuestro continente elegimos a Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela; de Europa seleccionamos a Alemania, España, Francia y Suiza.

Se han seguido criterios de representatividad de familias y tradiciones jurídicas para determinar las naciones a estudiar. Del Common Law aludimos Canadá y a Estados Unidos. La familia del Derecho Continental cuenta con exponentes de diversas tradiciones: la germánica, la románica y la iberoamericana[10].

Puede recurrirse también a nuestros trabajos: PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Derecho Constitucional Comparado*; *América Latina*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1992 y *Derecho Constitucional Comparado; Europa y América del Norte*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1992.

En relación a la comparación de Derechos Humanos en particular, *Cf.*, CLAUDE, Richard P, (ed.), *Comparative Human Rights*, Johns Hopkins, Baltimore 1977; KRAMER, Daniel C., *Comparative and Civil Rights and Liberties*, University Press of America, Washington 1982; y STROUSE, James C., y CLAUDE, Richard P., "Empirical Comparative Rights Research: Some Preliminary Tests of Development Hypotheses" en CLAUDE, *ibid*., pp. 51-67.

Sobre la conveniencia de incrementar la utilización del método comparativo en el área de Derechos Humanos, se han pronunciado DEL VECCHIO, Giorgio y CASSIN, René. El primero sostiene que la ciencia del Derecho Comparado aporta criterios para medir el "grado de humanidad" de los sistemas jurídicos. El segundo habla de "beneficiar a los Derechos Humanos con las ventajas de la emulación" (*Cf.*, VECCHIO, Giorgio del, "Les Bases du Droit Comparé et les Principes Généraux du Droit" en *Revue Internationale de Droit Comparé* nº 3, Société de Législation Comparée, París julio-septiembre de 1960, p. 499 y; CASSIN, René, *Droits de I´Homme et Méthode Comparative*, en *ibid*., nº 1, enero-marzo 1968, pp. 490-492).

9. En este artículo procuramos utilizar el método comparativo para arrojar luz y soluciones a los problemas de regulación nacional, como lo proponen varios autores. Graveson afirma que "el compartir experiencias tiene muchas ventajas. La primera y más clara es el mejoramiento en el sistema jurídico del país que escoge examinar otros sistemas". David, por su parte, dice que "el Derecho Comparado es útil para mejor conocer nuestro Derecho nacional y para mejorarlo". Esto se da gracias al hecho de que, como sostiene Blagojevic, la utilización del esquema comparativo, nos permite "un método nuevo para estudiar los problemas jurídicos" (*Cf.*, GRAVESON, Ronald H., "Methods of Comparative Law in Common Law Systems", en ROTONDI, *ibid*., p. 312; DAVID, René, "Méthodes et Buts de la Recherch Comparative", en ROTONDI, *ibid*., pp. 94-96 y; BLAGOJEVIC, Borislav T., "Le Droit Comparé-Méthod ou Science" en *Revue International de Droit Comparé* nº 4, *ibid*., octubre-diciembre de 1953, pp. 654-655). *Cf.*, también LIEBESNY, Herbert J., *Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis*, George Washington University, Washington 1981.

La base de nuestro estudio es el Derecho Mexicano. Desde él efectuamos la comparación, siguiendo la recomendación de la doctrina en la materia. Al respecto, FIX-ZAMUDIO indica que "el derecho nacional debe ser el punto de partida de los estudios jurídico-comparativos". (*Cf.*, FIX-ZAMUDIO, *Boletín Mexicano*, *ibid*., n° 64, enero-abril de 1989, pp. 71-74). En el mismo sentido puede consultarse RHEINSTEIN, Max, "Comparative Law-It´s Functions Methods and Uses" en ROTONDI, *ibid*., p. 547.

10. La selección de los países a analizar, es sumamente importante. Para criterios sobre el particular, puede consultarse a CASTAN TOBEÑAS, José, "Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos" en *Comparative Juridical Review*, Pan American Institute of Comparative Law, vol. 25, Coral Gables 1988, pp. 72 y ss. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, pp. 39-42; DAVID, René, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporaine*, Dalloz, París 1988 o, en su edición

Al formular las propuestas de reforma procuramos buscar esquemas que, inspirados en nuestra tradición constitucional y enriquecidos con las experiencias extranjeras, fortalezcan las libertades y contribuyan a la modernización económica de México[11].

En lo que se refiere específicamente a fuentes bibliográficas, se utilizan tanto Leyes Supremas, como obras de doctrina[12].

II. NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Exposición del Tema

A lo largo de esta sección habremos de hacer referencia a la noción de Derechos del Hombre.

Primeramente hablaremos del término en su acepción general. Luego pasaremos a analizar la Constitución mexicana de 1917. Hecho lo anterior, estudiaremos mas los antecedentes normativos en nuestro país, así como la situación que prevalece en algunas Leyes Supremas de otras latitudes.

---

española, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Aguilar, Madrid 1967; GUTTERIDGE, *op. cit.*, p. 74; SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid 1976, pp. 25-27; SCHWARZ-LIEBERMAN VON WAHLENDORF, Hans A., *Droit Comparé; Théorie Générale et Principes*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1978. p. 11; SOLA, *op. cit.*, pp. 129-130 y; ZWEIGERT, *op. cit.*, pp. 38-39.

Puede parecer que es difícil comparar entre países con sistemas diversos como los de la familias Romano-Germánica y del Common Law. No obstante, más allá de sus diferencias, ambas tradiciones comparten muchos elementos. Sobre el punto puede verse el estudio de LAWSON, Craig, "The Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Legal Systems" en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 6, nº 1, Hastings Law School, Otoño, San Francisco 1982, pp. 85-131 y; GORLA, Gino, *II Diritto Comparato in Italia en el Mondo Occidentale, e una Introduzione al Dialogo Civil Law-Common Law*, Guiffrè, Milán 1983.

11. Como lo indica la doctrina, el método comparativo ayuda no sólo a encontrar semejanzas y diferencias sino, sobre todo, a descubrir la *razón de ser* de las disposiciones. En este punto reside su gran utilidad (*Cf.*, LANGROD, Georges, "Quelques Réflexions Méthodologiques sur la Comparaison en Science Juridique" en *Revue International de Droit Comparé* nº 2, *ibid*., abril-junio de 1957, p. 362).

Sobre la conveniencia de estudiar las realidades sociales al hacer análisis jurídico comparativo mucho se ha escrito. Lo mismo HICKS, que GORLA, MERRYMAN, RODIÉRE o SOLÁ, coinciden en el punto (*Cf.*, HICKS, Stephen C., "The Jurisprudence of Comparative Legal Systems" en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 6, nº 1, Loyola University, Los Angeles 1983, pp. 92-96; GORLA, Diritto, *op. cit.*, p. 52; MERRYMAN, John H., "Modernización de la Ciencia Jurídica Comparada", en *Boletín Mexicano ibid*., nº 46, enero-abril 1983, p. 85; RODIERE, René, *Introduction au Droit Comparé*, Dalloz, París 1979, pp. 138-14 y; SOLA, *op. cit.*, p. 109).

12. Para bibliografía sobre temas de Derecho Constitucional Comparado, puede verse SZLADITZ, Charles (ed.). *A Bibliography on Foreign and Comparative Law*, vol. IV, Oceana, Dobbs Ferry 1989, pp. 1362-1373.

Concretamente para acceso a textos constitucionales o legislativos en la materia, recúrrase a: BLAUSTEIN, Albert P. y FLANZ, Gisbert H., *Constitutions of the Countries of the World*, Oceana, Dobbs Ferry 1989 y; REYNOLDS, Thomas H., y FLORES, Arturo A., *Foreign Law*; *Current Sources of Codes and Basic Legislation in Jurisprudence of the World*, Rothman, Littleton 1989.

Un manual de orientación útil para la investigación jurídica internacional, puede ser *Guide to International Legal Research*, Butterworth, Salem 1990. Por último, con relación a recursos bibliográficos disponibles en colecciones específicas *Cf.*, SCHAFFER, Ellen G., y BRUCE, Thomas R., (ed.) *Directory of Foreign Law Collections in Selected Law Libraries*, Rothman, Littleton 1991.

En estos temas, *Cf.*, asimismo: HALL, Jerome, "Comparative Law as Basic Research" en *Hastings International Law Review*, vol. 4, nº 1, Hastings Law School, Otoño, San Francisco 1980, pp. 189-200.

El debate acerca del concepto y naturaleza de los Derechos del Hombre ha sido amplio. Las posiciones van desde el iusnaturalismo, que estima innecesaria la consagración de libertades en textos normativos; hasta el positivismo, que niega la preeminencia de ciertos principios frente a la legislación.

Entrar al análisis de esos temas rebasa con mucho los alcances de nuestro artículo. Para los efectos de este escrito, baste tan sólo esbozar un concepto elemental de Derechos Humanos[13].

Según la teoría política clásica, el Ser Humano nace libre e igual, siendo titular de ciertos Derechos inalienables, derivados de su propia naturaleza de ser humano. Estos son, en términos sencillos, los Derechos del Hombre[14].

A. Constitución y Antecedentes en México

La Constitución de 1917, en su artículo 1, expresa: "todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"[15].

De primera intención puede parecer que el Pacto Federal adopta una postura positivista en torno a los Derechos Individuales. En efecto, cuando la Carta señala que el particular tendrá las garantías *que otorga esta Constitución*, todo indica que se adscribe a la idea de que no existen más derechos que los apuntados por el texto normativo.

No obstante, su verdadero sentido es otro. El espíritu de la Constitución es -esencialmente- iusnaturalista. Esto se desprende de los documentos preparatorios y de los escritos de la Asamblea.

Dentro del Proyecto presentado por Carranza al Constituyente, queda asentado que los Derechos del Hombre existen con anterioridad a cualquier cuerpo normativo[16].

---

13. Para referencias bibliográficas en el tema del concepto y naturaleza de los Derechos Humanos, *V.* nota 4 *Supra*.

14. LOCKE, *op. cit.*, pp. 52-68; "Bill of Rights" en BLAUSTEIN, *op. cit.*, t. XIX, p. 1; ROUSSEAU, Jean-Jacques, "Du Contrat Social", Gallimard, París 1982, pp. 20-23; "Déclaration des Droits de l´Homme et du Citoyen" en DUVERGER, Maurice (ed.), *Constitutions et Documents Politiques*, Presses Universitaires de France, París 1957, pp. 9-11; JEFFERSON, Thomas, "The Declaration of Independence" en WILSON, Vincent (ed.), *The Book of Great American Documents*, American Research Associates, Brookeville 1976, p. 15.

15. Artículo 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México 1990, p.7. Debe mencionarse la reciente adición al artículo 1, que incorpora la prohibición a la discriminación de los grupos vulnerables (*Cf., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México 2001, pp. 7-8).

El artículo 124 alude a que las facultades no concedidas a la Federación se encuentran reservadas a los Estados, pero expresamente omite toda referencia a la regla de competencia original a favor del pueblo, desconociéndose la posible existencia de derechos no enumerados. Tal esquema opera desde la Constitución de 1857 (*Cf.*, Artículo 124, *ibid.*, p. 117 y "Debates", ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*. t. II, Imprenta Cumplido, México 1857, pp. 290-291).

Puede verse más sobre la opinión del autor, en PUERTAS GÓMEZ, *El Pensamiento (Siglo XIX)*, *op. cit.*, pp. 271-274.

Para comentarios generales sobre la Carta, *Cf.*, ACOSTA ROMERO, Miguel y GONGORA PIMENTEL, Genaro (eds.), *Constitución Política de los Estados Unidos Méxicanos*; *Legislación, Jurisprudencia, Doctrina*, Porrúa, México 1983; CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge, *Derecho Constitucional Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1991 y; *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; *Comentada*, Universidad Nacional Autónoma de México-Departamento del Distrito Federal, México 1990.

16. CARRANZA, Venustiano, Mensaje, en *Los Derechos*, *ibid.*, t. III, pp. 12-15.

En su Mensaje, don Venustiano expresa que el objeto de todo Gobierno es, *el amparo y protección del individuo*. Por lo tanto, afirma, "el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre".

Dentro de este orden de ideas, la Constitución se limita a "garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana". Su función es, entonces, otorgar *las garantías debidas* a esos Derechos.

De lo anterior se desprende que el propósito del proyecto constitucional, es el reconocimiento de las libertades como *constitutivas de la personalidad del hombre* y, consecuentemente, anteriores a toda reglamentación jurídica.

A mayor abundamiento, el Dictamen de la Comisión de Reformas designada por el Constituyente confirma estas ideas[17].

El referido colegio expresa: el artículo 1º debe "proceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales".

Este cuerpo agrega que "la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República".

Cabe aclarar que el texto del proyecto, así como el Dictamen respectivo, merecieron la aprobación de la Asamblea Constituyente.

El propósito de nuestra declaración general sobre las libertades es, por tanto, reconocer la existencia de los Derechos del Hombre como naturales y anteriores a toda reglamentación.

Sobre los conceptos de Derechos y garantías de la Carta de 1917, y en apoyo de la interpretación iusnaturalista, puede verse a BURGOA. Este autor sostiene que los Derechos del Hombre se traducen en "potestades inseparables e inherentes a su personalidad", mientras que las garantías "equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo" (*Cf.*, BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales.* Porrúa, México 1985, pp. 187-194 y 261-263).

CARPIZO, por su parte, habla de las garantías como "facultades que la ley fundamental reconoce al hombre, en cuanto hombre", por lo que se adhiere también a la escuela del Derecho natural en este punto. El jurista desecha la *tesis positivista* en México. En su opinión, la "tesis que se encuentra en el artículo primero es la misma que se halla en todo el constitucionalismo mexicano: el hombre es persona jurídica por el hecho de existir y, como persona tiene una serie de derechos" (*Cf.*, CARPIZO, *La Interpretación, op. cit.*, pp. 295 y 432-434).

También NORIEGA indica que las "garantías tienen el carácter de derechos del hombre", gracias a "la convicción, firmemente arraigada, de que el hombre como tal, como persona humana, tiene derechos que el poder público reconoce y consigna en la Constitución" (NORIEGA CANTU, Alfonso, *Las Ideas Políticas en las Declaraciones de Derechos de las Constituciones Políticas de México* (*1814-1917*), Universidad Nacional Autónoma de México, México,1984. pp. 270-271).

CASTRO piensa que las libertades de la persona "no se crean y modifican al gusto del legislador, sino que simplemente éste (las) reconoce y asegura". Sin embargo, sostiene que el Constituyente de 1917 "cambió totalmente la hondura de los principios de su antecedente", influenciado "por el positivismo que prevalecía en su época" (*Cf.*, CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, Porrúa, México 1989, pp. 24-25).

Los franceses COLLIARD y RIVERO, por su parte, distinguen entre Derechos del Hombre y libertades públicas. Aquéllos son de orden natural; éstas se hallan contenidas en el Derecho vigente y nacen de su consagración en la Ley (*Cf.*, COLLIARD, Claude-Albert, *Libertés Publiques*, Dalloz, París 1989, pp. 16-22 y; RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques; Les Droits de l´Homme*, t. I, Presses Universitaires de France, París 1974, pp. 23-30).

17. Comision de Reformas, Dictamen del Artículo 1, en *ibid*., pp. 20-22.

A la Constitución le corresponde tan sólo garantizar a los particulares su pleno ejercicio. Para tal efecto, el Estado otorga a los individuos *garantías*, como simples medios de protección de las prerrogativas.

Por lo demás, el Pacto Federal de 1917 no hace sino recoger la tradición de nuestro constitucionalismo[18].

Desde la Carta de 1812 se alude a la idea "conservar y proteger… los derechos legítimos de todos los individuos".

Esta noción encuentra eco, en 1814, en el Decreto de Apatzingán. Su artículo 24 expresa: "la íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas".

Aunque el Constituyente de 1824 decidió dejar fuera del Pacto Federal los Derechos del Hombre, no debe perderse de vista que lo hizo precisamente por considerar que, al tener éstos carácter natural, no era necesaria su enumeración en un cuerpo normativo.

El Acta Constitutiva de ese mismo año, ya había señalado que la nación estaba: "obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano".

Las Leyes conservadoras de 1836 y 1842 también salvaguardan los Derechos Individuales y se refieren a las garantías.

Sin embargo, es la Constitución de 1857 la que expresa de manera más clara e integral el concepto de Derechos Humanos.

El artículo 1º de ese Código Fundamental apunta: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución".

Tales ideas constituyen el antecedente inmediato y la fuente de inspiración de la actual disposición.

Se puede ver, entonces, que la historia constitucional mexicana confirma el carácter de los Derechos del Hombre, como consubstanciales a la personalidad y superiores a la ley.

Pasemos ahora a estudiar cuál es la situación en ordenamientos extranjeros.

---

18. Artículo 4, Constitución Política de la Monarquía Española (1812), en TENA RAMIREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Porrúa, México 1976, pp. 60-104; artículo 24, Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (1814), en TENA, *ibid*., pp. 32-58; artículo 30, Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (1824 y Mensaje del Congreso Federal Constituyente a los Habitantes de la Federación en *Los Derechos, op. cit.*, t. III, pp. 5-6; artículo 45, fracción V, Tercera Ley, Leyes Constitucionales de la República Mexicana (1836) en *Los Derechos, ibid*., p. 6; artículo 67, fracción IV, Bases de Organización Política de la República Mexicana (1842) en TENA, *ibid.,*. pp. 406-436 y; artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1857) en *Los Derechos, ibid.,* p. 11.

A objeto de analizar el desarrollo de las garantías en el constitucionalismo mexicano, particularmente en los textos de 1814, 1857 y 1917, puede consultarse: NORIEGA, *Las Ideas, ibid.*, pp. 60-77, 177-197 y 269-309.

Para materiales sobre la evolución constitucional de México, *Cf.,* Actas Constitucionales Mexicanas (1821-1824), Universidad Nacional Autónoma de México, México 1980; Actas Oficiales y Decretos del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856-1857, El Colegio de México, México 1985; Centenario de la Constitución de 1824; Documentos, Senado de la República, México 1924; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, México 1917; Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917, Comisión Nacional para el Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, México 1960; NIEMEYER, E.V., *Revolution at Queretaro,* The University of Texas, Austin 1971; PALAVICHINI, Félix, *Historia de la Constitución de 1917,* México, s.e., s.f. y; PUERTAS GÓMEZ, *Pensamiento (Siglo XIX) op. cit.,* y *Pensamiento (Siglo XX) op. cit.*

B. Leyes Supremas de otros Países

En las Constituciones europeas percibimos una marcada tendencia al principio de los Derechos naturales.

La Ley Fundamental de Alemania establece, que el pueblo de esa nación se identifica "con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana"[19].

El documento proclama que la *dignidad del hombre es intangible* y que, "respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

Según el Preámbulo de la Constitución ibérica, es voluntad de esa nación "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos"[20].

Esta idea es confirmada por el artículo 10, que expresa: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden público y de la paz social".

Francia proclama en su Declaración de 1789, que estos principios son "naturales, inalienables y sagrados". Indica también que "el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre"[21].

---

19. Artículo 1, incisos 1 y 2, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn 1983, p. 7. El texto original en alemán, puede verse en Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale fur Politische Bildung, Bonn 1977.

STARCK adopta una postura iusnaturalista. Nos dice que, por medio de la disposición constitucional, el Estado "es colocado directamente como el encargado de la libertad del Hombre". Además, enfatiza: "no son la Declaración de Derechos ni las leyes del Estado soberano quienes crean la libertad. La libertad es anterior al Estado. La libertad es natural". (STARCK, Christian (ed.), *Main Principles of German Basic Law*, Nomos, Baden-Baden 1983. pp. 16 y 68-69).

Un texto comentado puede hallarse en HOLBORN, Louise y otros (eds.), *German Constitutional Documents since 1871*, Praeger, New York 1970, pp. 33-166; KARPEN, Ulrich (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany; Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden 1988 y; MAUNZ, Theodor, *Deutsches Staatsrecht*, Beck´sche, Munich 1966.

Para la evolución constitucional de ese país, *Cf.*, HUCKO, Elmar (ed.). *The Democratic Tradition; Four German Constitutions*, Berge, New York 1987; KOCK, H.W., *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Longman, New York 1984, pp. 318-325 y 334-345 y; STARK, *ibid*., pp. 37-49.

20. Preámbulo y artículo 10.1, "Constitución Española" en *Boletín Oficial del Estado*, Gobierno de España, Madrid 29 de diciembre de 1978, pp. 29315-16. Para manuales sencillos sobre la Carta, *Cf.*, "Constitución Española", Tecnos, Madrid 1989; "Constitución Española", Edición Comentada, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1979 y; GARCÍA, Ramón, *Índice Analítico de la Constitución Española de 1978*, Nacional, Madrid 1979, Para la evolución constitucional ibérica, *Cf.*, FARÍAS GARCÍA, Pedro, *Breve Historia Constitucional de España*, Latina Universitaria, Madrid 1981.

Para PECES-BARBA, la Carta ibérica contempla en materia de Derechos del Hombre, "dos grandes valores del Ordenamiento jurídico que a nuestro juicio son relevantes: la libertad y la igualdad" (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La Constitución Española de 1978; un Estudio de Derecho y Política*, Torres, Valencia 1981. p. 37 y; *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid 1987).

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, considera que el esquema español obliga al Estado, junto a su función de respetar las libertades, a tener otra "de carácter positivo...que reclama una actuación de promoción y de estímulo de la libertad misma" (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, "Reflexiones Constitucionales sobre la Libertad de Empresa" en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*. t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1981, p. 199).

Sobre el tema, puede verse SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978; Ensayo de un Sistema*, Nacional, Madrid 1990, pp. 86-98 y 106-108. Asimismo, *Cf.*, GARCÍA PELAYO, Manuel y otros. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza 1979 y; GARRIDO FALLA, Fernando y otros. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1980.

Tal noción reaparece en los liminares de sus Constituciones de 1946 y 1958. El primero señala que "todo ser humano, sin distinción de raza, religión o credo, posee derechos inalienables y sagrados". El segundo, expresa que "el pueblo francés proclama solemnemente su respeto a los Derechos del Hombre".

El Pacto Suizo asegura que "la confederación tiene por objeto...proteger la libertad y los derechos" de su pueblo[22].

Por lo que se refiere a América del Norte, la situación es similar. Entremos al detalle en este tema.

La Ley Constitucional canadiense alude a *garantizar los derechos y las libertades* previstos por la Carta, pero reconoce "cualesquiera otros derechos o libertades que existen en Canadá"[23].

En los Estados Unidos de América la Carta Federal es proclamada, a fin de *asegurar las bendiciones de la libertad*[24].

---

21. Preámbulo y Artículos 2, 3, 4 y 5, "Déclaration des Droits de l´Homme et du Citoyen", Preámbulos, Constitution (1946) y Constitution (1958), en DUVERGER, *Constitutions ibid*., pp. 9, 89-90 y 235 o, *Constitution*. Journal Officiel de la République Francais, París 1988. El texto en español se encuentra en SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos Constitucionales Supranacionales con Inclusión de las Leyes Fundamentales de España*, Nacional, Madrid 1972.

En contra de la oposición entre Derechos individuales y sociales, se pronuncia Colliard: "las libertades llamadas *individuales* no son estrictamente individuales...Las libertades que se llaman individuales, lo son en la medida en que sus titulares son individuos pero, en realidad, se trata de libertades que se ejercen dentro del marco mismo de la sociedad" (*Cf.*, COLLIARD, *op. cit.*, pp. 779-783).

Para el desenvolvimiento de los Derechos del Hombre en Francia, *Cf.*, RICHER, Laurent, *Les Droits de l´Homme et du Citoyen*, Económica, París 1982. pp. 21-25. *V.* también: RIVERO, *op. cit*, t. 2.

Sobre la evolución constitucional de Francia, *Cf.*, CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Histoire des Institutions et des Régimes Politiques de la France de 1789 à nos Jours*, Dalloz, París 1985 y; DEBASCH, Charles y PONTIER, Jean-Marie (eds.), *Les Constitutions de la France*, Dalloz, París 1989.

22. Artículo 2, Constitution Fédérale de la Confédération Suisse. Chapalay-Mottier, Ginebra 1986. p. 1. La versión española puede verse en SÁNCHEZ AGESTA, *ibid*., pp. 13-52.

Antes de la Carta vigente, nos dice Favre, los Derechos "eran regulados exclusivamente por el Derecho cantonal". En general sobre el tema de la evolución de los Derechos en Suiza, *Cf.*, FAVRE, Antoine, *Droit Constitutionnel Suisse*, Editions Universitaires, Friburgo 1970. pp. 244-249 y *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Dalloz, París 1967; FELICE, Théodoro de, *Institutions de la Suisse*, Didier Erudition, París 1985. pp. 70-78.

Para el caso helvético, *Cf.*, AUBERT, Jean-Francois, *Petite Historie Constitutionnel de la Suisse*, Francke, Berna 1979, pp. 5-74 y; BRIDEL, Marcel, *Précis de Droit Constitutionnel Suisse*, Payot, Laussane 1965, pp. 48-53.

23. Artículos 1 y 26, Constitution Act (1982), Ministry of Supply and Services, Ottawa 1989, pp. 58 y 65. Puede consultarse asimismo: La Constitution Canadienne. Montréal, Guérin, 1977.

Sobre la Declaración Canadiense de Derechos, puede verse el estudio de BRUN y TREMBLAY (BRUN, Henri y TREMBLAY, Guy, *Droit Constitutionnel*, Yvon Blais, Cowansville 1982, pp. 618-622. Consúltese también HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto 1985, p. 651).

La Constitución contempla, en su artículo 24, un recurso por violación de libertades (*Cf., Constitution, ibid*., p. 64). Las decisiones judiciales en materia de Derechos del Hombre, pueden encontrarse en MAGNET, Joseph Eliot, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto 1985.

Para la evolución constitutional véase DAWSON, Robert, *The Government of Canada*, University of Toronto, Toronto 1970 y; WALLER, Harold y otros (eds.), *Canadian Federalism; from Crisis to Constitution*, University Press of America, Lanham 1988. Un texto de Derecho Constitucional accesible puede ser TREMBLAY, André, *Précis de Droit Constitutionnel*, Thémis, Montréal 1982.

24. Preámbulo y enmienda IX, Constitution of the United States of America, U.S. Senate Republican Policy Committe, Washington 1986, pp. 23 y 34.

Acerca de la enmienda referida, CORWIN nos dice: "Esta enmienda encarna el pensamiento político dominante del Siglo XVIII americano, que indicaba que antes del establecimiento del gobierno, el Pueblo existía en un Estado de naturaleza, y vivía bajo el Derecho natural que le concedía ciertas prerrogativas naturales. Cuando por mutuo consentimiento, el Pueblo crea al gobierno, le otorga a éste su Derecho natural de juzgar y de ejecutar las leyes,

Adicionalmente, la enmienda IX asegura que "la enumeración de ciertos derechos en la Constitución, no debe interpretarse para negar o rechazar otros derechos retenidos por el pueblo".

Las Leyes Supremas de América Latina también consagran el carácter inalienable de los Derechos del Hombre.

Argentina, por ejemplo, decreta su Ley Suprema para "asegurar los beneficios de la libertad". El texto postula que los individuos *gozan...de derechos*, y advierte que "las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros"[25].

En Brasil la situación es parecida. El Pacto Federal es formulado para "asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales". El artículo 1º, se refiere a "la dignidad de la persona humana" como *fundamento* del Estado brasileño; mientras que el numeral 5, garantiza "la inviolabilidad de los derechos" y acepta *la existencia de otros*[26].

---

pero el Pueblo conserva el resto de sus Derechos naturales. De acuerdo con esta teoría, la Declaración de Derechos no los confiere, sino que solamente protege aquéllas prerrogativas que ya habían sido concedidas por el Derecho natural" (CORWIN, Edward y PELTASON, J.W., *Understanding the Constitution*, Holt, Reinhart and Winston, New York 1988, p. 215). Puede verse también: CORWIN, Edward, *The Constitution and What it Means Today*, Princeton University, Princeton 1978, pp. 440-442.

Como estudios generales de Derecho Constitucional estadounidense, recúrrase a: BARRET, Edward y COHEN, William, *Constitutional Law; Cases and Materials*, Fundation, Mineola 1985 y; SHAPIRO, Martín y TRESOLINNI, Rocco, *American Constitutional Law*, Foundation, Mineola 1983. Una versión española de la Carta puede encontrarse en: La Declaración de Independencia; la Constitución de los Estados Unidos de América, s.l., Servicio Cultural e Informativo de los Estados Unidos, s.f.

La historia de la Carta, puede verse en TOWLE, Nathaniel C., *History and Analysis of the Constitution of the United States*, Rothman, Littleton 1987, pp. 31-249; FARRAND, Max (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, Yale University, New Haven 1911; ANASTAPLO, George, *The Constitution of 1789*; *A Commentary*. Johns Hopkins, Baltimore 1989 y; VEIT, Helen y otros, *Creating a Bill of Rights; A Documentary Record of the First Federal Congress*, Johns Hopkins, Baltimore 1991.

Sobre la influencia de la Constitución de ese país, especialmente en la América Latina, *Cf*., BILLIAS, George A., (ed.), *American Constitutionalism Abroad*, Greenwood, New York 1990.

25. Preámbulo y artículos 14 y 33, "Constitución de la Nación Argentina" en *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX*; *Las Constituciones Latinoamericanas*, t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, pp. 3-4 y 7. Puede verse también *Constitución de la Nación Argentina*, De Palma, Buenos Aires 1984.

Cf., además el artículo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados". (*ibid*., p. 6).

El estudio de estos preceptos puede leerse en BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I., Ediar, Buenos Aires 1988. pp. 251-259.

Para la evolución constitucional, *Cf.*, BIDART CAMPOS, Germán, *Historia Política y Constitucional Argentina*. Ediar, Buenos Aires 1977 y *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires 1972. Para una visión general de la Carta, *Cf.*, ZARINI, Helio, *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Buenos Aires 1973.

26. Preámbulo y artículos 1-III, 5 y 5-LXXVII, *Constituicao da Republica Federativa do Brasil*, Impresa Oficial do Estado, Brasilia 1998, pp. 5-7. *V.* también CALHEIROS BONFIM, B., (coord.), *Comentarios a Constituicao Federal*, trabalhistas, Río de Janeiro 1989 y; SOARES, Odacir, *A Nova Constituicao Brasileira*, 1988.

En el tema de Derechos Humanos en la Carta Brasileña, *Cf.*, FERREIRA, Wolgran, *Comentarios a Constituicao de 1988*, Julex, Sao Paulo 1989, pp. 107 y ss. y; "Forum Jurídico", *A Constituicao Brasileira de 1988*; *Interpretacoes*, Forense, Río de Janeiro 1988. pp. 21-32.

Con respecto a la historia institucional: FREIRE, Felisbelo, *História Constitucional da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, Universidade de Brasílea, Brasilia 1983. Manuales en el tema, *Guía Practico da Nova Constituicao*, Forense, Río de Janeiro 1988 o; CALDAS, Gilberto (ed.), *Nova Constituicao Brasileira anotada*, Livraria e Editora Universitaria de Direito, Sao Paulo 1979.

Colombia, por su parte, consagra en el Preámbulo de su Ley Fundamental el propósito de asegurar la libertad. El ordenamiento puntualiza expresamente: "el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona"[27].

El artículo 1 de esa Constitución expresa que la nación se funda en *el respeto a la dignidad humana*. Además, el numeral 2 confirma como fin del Estado y obligación de las autoridades, garantizar la vigencia de los Derechos individuales.

Aunque no existe en la Carta costarricense una declaración general, el artículo 20 señala que *todo hombre es libre*; en tanto los numerales siguientes reafirman la inviolabilidad de los diversos Derechos[28].

En el Uruguay, la Constitución ordena la protección de los Derechos individuales y declara que el señalamiento de algunos, no excluye los que "son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno"[29].

Si vemos el caso de Venezuela, encontramos que el liminar de su Ley es claro. El texto no sólo habla de *los valores de la libertad*, sino de "la garantía universal e indivisible de los derechos humanos"[30].

Además, el articulado consagra el derecho de "toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos".

---

27. Preámbulo y artículos 1, 2 y 5, "Constitución Política de Colombia" en BLAUSTEIN *op. cit.*, t. III, p. 99. Puede verse también *Constitución Política de la República de Colombia*, Fundación Simón Bolivar-La Prensa, Bogotá 1990. *Cf.*, asimismo: HENAO, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, Temis, Bogotá 1981, pp. 29-48.

28. Por ejemplo, el artículo 21 expresa que la vida es *inviolable*. Lo mismo hacen los reactivos 23, 24 y 45, para el domicilio, los documentos privados y la propiedad (*Cf.*, artículo 20 y artículos 21 a 49, "Constitución Política de la República de Costa Rica" en *El Constitucionalismo, op. cit.*, pp. 323-326).

V. también *Asamblea Legislativa de Costa Rica. Constitución Política de la República de Costa Rica*, Juricentro, San José 1985 o; *Constitución Política de la República de Costa Rica*, Imprenta Nacional, San José 1988.

Confróntense ARGUEDAS, Manuel (ed.), *Constitución Política de la República de Costa Rica*, Editorial Costa Rica, San José 1981 y; JUÁREZ, Mario Alberto, *Derecho Constitucional de Costa Rica*, Juricentro, San José 1979, Para aspectos históricos, consúltese AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *Evolución Político-Constitucional de Costa Rica*, Lehermann, San José 1978 o; *La Constitución de 1949; Antecedentes y Proyecciones*, Editorial Costa Rica, San José 1975.

29. Artículos 7 y 72, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, en *ibid*., t. II, pp. 1070 y 1077. Puede utilizarse la Constitución de la República Oriental del Uruguay, BARREIRO y RAMOS, Montevideo 1982.

Cf., también el artículo 10: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados" (*ibid*., p. 1070).

Estudia el punto de los Derechos del Hombre en la Constitución de ese país SEMINO, Miguel Angel, "Modificaciones a la Sección II: Derechos, Deberes y Garantías", en GROS ESPIELL, Héctor, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1974. pp. 35-41.

Para la evolución constitucional uruguaya, *V.* GROS ESPIELL, *ibid.*,. y; ESTEVA, Eduardo, *Documentos para el Estudio de la Historia Constitucional del Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977 y; JIMÉNEZ DE ARECHIGA, Justino, *La Constitución del Uruguay*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo 1964.

30. Preámbulo y artículos 19 a 23, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Caracas, Publicación de la *G.O.* nº 36.860, 1999. pp. 9-11).

Pueden consultarse: BREWER-CARÍAS, Allan, *Sumario de la Constitución de 1961*, Universidad Católica del Táchira, San Cristobal 1983, *Las Constituciones de Venezuela*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, o *Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1976.

2. Análisis Comparativo

Como hemos visto, la Constitución mexicana no cuenta con un Preámbulo que haga declaraciones generales y, por otra parte, su articulado evita referencias expresas sobre el origen de los Derechos del Hombre.

Todas las Cartas extranjeras estudiadas, en cambio, consagran el carácter superior de estas prerrogativas.

De los doce ordenamientos que analizamos, ocho incluyen en sus Preámbulos y numerales alguna referencia al punto. Esta es la situación de Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, España, Estados Unidos, Francia y Venezuela. Cuatro más, las Cartas de Canadá, Costa Rica, Suiza y Uruguay, aluden al tema tan sólo en el cuerpo normativo[31].

En lo que hace a la utilización del concepto de Derechos del Hombre, el Pacto Federal mexicano omite toda referencia. Por contra, la totalidad de las Constituciones se refieren a ese término.

Algunas Cartas hablan de *Derechos Humanos* o de *Derechos Naturales*; otras, prefieren referirse a *Derechos inherentes a la personalidad*, a *Derechos del Pueblo* o a la protección de las *libertades*. Todas, en cambio, contienen la idea de que se trata de prerrogativas que corresponden al ser humano y que son anteriores a la legislación[32].

En relación con la naturaleza que le dan las Constituciones a estos Derechos, tenemos que México habla simplemente de *Garantías Individuales*.

---

31. La Ley Suprema de México no contiene apartado preliminar y, en sus artículos, no menciona expresamente el origen de los Derechos Humanos.

Se refieren a los Derechos en el Preámbulo, los siguientes textos: España (p. 29315); Francia, *Déclaration de 1789* (p. 9) y *Constitution de 1958* (p. 235); Estados Unidos, *Constitution* (p. 23) y *Declaration* (p. 15); Argentina (p. 3); Brasil (p. 5); Colombia (p. 99) y; Venezuela (p. 9).

En otras partes del cuerpo normativo, lo hacen: Suiza (artículo 5, p.2); Canadá (artículos 1 y 26, *Constitution 1982*, pp. 58 y 65); Costa Rica (Título IV, p. 323) y; Uruguay (artículo 7, p. 1070).

Los ordenamientos de dos países consagran las prerrogativas como naturales o del hombre. La expresión *Derechos Naturales*, es utilizada por la Declaración Francesa de 1789; mientras que España y la Constitución gala, prefieren el término proteger los *Derechos Humanos*.

Estados Unidos habla en la Declaración de Independencia de *Derechos Inalienables* concedidos por el Creador a los hombres. Uruguay, en su Constitución, garantiza la protección de *Derechos Inherentes*.

Las Cartas estadounidense y helvética, utilizan el concepto de garantizar los *Derechos del Pueblo*.

La Constitución canadiense garantiza los *Derechos y Libertades* previstos en la Carta, así como "los otros que existen en Canadá". Mientras que Brasil se compromete a "asegurar el ejercicio de los Derechos Sociales e Individuales", y Costa Rica a cuidar los *Derechos Individuales*.

El texto colombiano habla de asegurar la justicia, la libertad, la igualdad, entre otros puntos.

La Ley Alemana y los Pactos de Estados Unidos, Argentina y Venezuela, se refieren a proteger la libertad. Venezuela incluye una amplia reglamentación en el tema.

32. La Carta mexicana evita el término Derechos del Hombre, sólo se refiere a garantías individuales (artículo 1).

Concretamente, las Leyes Constitucionales presentan la siguiente situación en cuanto a terminología: Alemania, *Derechos del Hombre* (artículo 1.2, p. 7); España, *Derechos Humanos* (Préambulo y artículo 10.2, pp. 29315 y 29316); Francia: *Derechos Naturales* (Preámbulo 1789) y, *Derechos Humanos* (Préambulos 1789, 1948 y 1958, pp. 9, 189 y 235); Suiza, *Derechos del Pueblo* (artículo 5, p. 2); Canadá, *Derechos y Libertades* (artículo 1, p. 58); Estados Unidos: *Derechos Inalienables*, *Declaration* (p. 15) y, *Derechos del Pueblo*, Constitution (enmienda 1, p. 33); Argentina, indirectamente al referirse a otros derechos derivados "del principio de la soberanía del pueblo" (artículo 33, p. 7); Brasil, *Derechos Humanos* y principios de la *dignidad del hombre* (artículos 1.III y 4.II, p.5); Colombia, *Derechos de la Persona* (artículo 5, p. 99); Costa Rica, *Derechos y Garantías Individuales*, (Título IV, p. 323); Uruguay, *Derechos de los habitantes*, *Derechos Inherentes a la personalidad humana*, (artículos 7 y 72, pp. 1070 y 1077) y; Venezuela, *Derechos Humanos* (artículo 19, p. 19).

A diferencia de nuestro Pacto Federal, las demás Cartas reconocen un carácter superior a los Derechos, con matices de orden meramente terminológico[33].

Varios textos mencionan que son *inherentes* a la persona, *inalienables* o *inviolables;* otros se refieren a ellos como *sagrados*, *verdades evidentes en sí mismas* o *valores supremos* y con *primacía*.

Aunque Suiza y Canadá no hablan expresamente de la jerarquía superior de las prerrogativas, aceptan la supremacía de modo implícito. El Pacto helvético dice que la Confederación sólo *garantiza los Derechos del Pueblo*; la Carta canadiense prevé que existen "otros Derechos no enumerados".

En lo tocante a la obligación del Estado en materia de Derechos, el Pacto Federal mexicano sólo indirectamente se refiere a ella, al decir que las prerrogativas "no podrán restringirse ni suspenderse"[34].

Por su parte, las Constituciones a las que acudimos, señalan claramente esta competencia del poder público, a través de pronunciamientos generales.

Algunas Cartas determinan que los Derechos vinculan a la autoridad, o que el Estado debe proteger el ejercicio de esos principios. Otras indican que los gobiernos fueron instituidos precisamente para la salvaguarda de esas máximas. Las hay, también, que declaran nulo cualquier acto violatorio de Derechos y sujetan a responsabilidad jurídica a quienes los realicen.

---

33. Nuestra Ley Suprema, en su texto, no alude a la naturaleza de los Derechos.

En Europa, las Constituciones expresan: Alemania habla de Derechos *inviolables e inalienables del hombre* (artículo 1.2, p. 6); España, Derechos *inviolables* e *inherentes* al ser humano, "valores supremos del orden jurídico", (artículos 1.1 y 10.1, pp. 29315-16); Francia, "Derechos naturales, inalienables y sagrados" e *imprescriptibles*, (Preámbulo y artículo 2, Déclaration de 1789, p. 9; Preámbulo, Constitution 1846, p. 9); Suiza, derechos garantizados (artículo 5, p. 2).

En América del Norte: Canadá, Derechos garantizados y sujetos "sólo a límites razonables prescritos por ley" y existencia de otros Derechos no enumerados (artículos 1 y 26, Constitution 1982, pp. 58 y 65) y; Estados Unidos, *Derechos inalienables*, concedidos a los hombres *por su Creador* y que constituyen "verdades evidentes en sí mismas", (*Declaration*, p. 15).

Dentro de los países iberoamericanos tenemos: Argentina, reconoce Derechos no enumerados pero existentes (artículo 33, p. 7); Brasil, Derechos *preconcebidos* e *inviolables* (Preámbulo y artículo 5, p. 5); Colombia, hace alusión a "la primacía de los Derechos inalienables de la persona" (artículos 5, p. 99); Costa Rica, aunque no hay declaración general, se califica a la vida, la propiedad y la documentación privada, como "inviolables (artículos 21, 24 y 45, pp. 323-325); Uruguay, derechos de los que *nadie puede ser privado* e *inherentes* (artículos 7 y 72, pp. 1070 y 1077); Venezuela, *derechos humanos* de toda persona e *inherentes a la persona* (artículo 19 y 22, pp. 10-11).

34. *Cf.*, artículo 29, Constitución (México) *op. cit.*, pp. 36-37.

De Europa y América del Norte, sobre el punto, *Cf.*, Alemania, los "Derechos fundamentales vinculan a los poderes" (artículo 1.3, p. 7); España, el Estado debe *proteger* el ejercicio de los Derechos, *promover las condiciones* y *remover los obstáculos* (Preámbulo y artículo 9.2, pp. 29315-16); Francia, es obligación de los poderes Ejecutivo y Legislativo *respetar* los Derechos (Déclaration 1789, p. 9); Suiza, la Confederación tiene la obligación de *garantizar* el ejercicio de los Derechos (artículo 5, p. 2); Canadá, el gobierno debe *garantizar* los Derechos y se menciona una acción judicial por violación a los mismos (artículos 1 y 24. 1, Constitution 1982, pp. 58 y 64); Estados Unidos, *los gobiernos se instituyen* para asegurar esos Derechos (Declaration, p. 15).

De latinoamérica, *Cf.*, Argentina, sólo indirectamente, pues la Constitución se proclama para "asegurar los beneficios de la libertad" (Preámbulo, p. 3); Brasil, compete al Estado *asegurar el ejercicio* y *garantizarlos* (Preámbulo y artículo 5, p. 5); Colombia, el fin del Estado es *garantizar la efectividad* de los Derechos (Preámbulo, p. 99); Costa Rica, respeto a los mismos y acción judicial contra actos violatorios (artículos 20 y ss. y 48, pp. 323-325 y 332); Uruguay, obligación de protegerlos para el poder público (artículo 7, p. 1070) y; Venezuela, los actos violatorios de Derechos son nulos y los funcionarios incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, el Estado deberá indemnizar a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos (artículos 25 y 30 pp. 12-13).

Por último, el principio de que los Derechos Humanos constituyen el objeto y fin del Estado, tampoco aparece expresamente en la Constitución mexicana.

En lo que respecta a los demás países, nueve de los doce textos analizados incluyen el concepto con variaciones mínimas de terminología[35].

Por ejemplo, la Ley alemana opta por declarar que los Derechos son *el fundamento de toda comunidad humana* y, la Declaración francesa considera que son *el objeto de toda asociación política*. El documento de independencia de los Estados Unidos, afirma que su protección es *el objeto* de la institución del gobierno y, la Carta colombiana los califica como *fines esenciales del Estado*. La Ley de Venezuela habla del principio de la progresividad.

Canadá, Costa Rica y Uruguay, en cambio, sólo se refieren genéricamente al hecho de que son Estados donde prevalecen la libertad y las formas democráticas.

3. Propuesta de Reformas

Tomando en consideración los puntos anteriormente analizados, paseamos a reflexionar sobre lineamientos para posibles reformas a nuestra Ley Suprema.

Como hemos visto, la Constitución de 1917 está ubicada dentro de las Leyes Fundamentales que adoptan la noción iusnaturalista de los Derechos Humanos.

Sin embargo, el Pacto Federal se separa marcadamente de la tradición constitucional mexicana y de la corriente prevaleciente en las Cartas extranjeras.

Nuestra Constitución no incluye un Preámbulo que aluda a los Derechos como preexistentes, habla sólo de garantías individuales, omite referirse a la obligación del poder público y, excluye la posibilidad de prerrogativas no enumeradas.

Consecuentemente, estimamos que procede una reforma a la Ley Suprema, para:

A. Adicionar el artículo 1, enunciando claramente el espíritu iusnaturalista de la Constitución.

B. Plasmar el reconocimiento de los Derechos del Hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales.

C. Incluir expresamente la obligación que tienen las autoridades de respetar el ejercicio de los Derechos.

D. Incorporar el concepto de que la enumeración de ciertos Derechos, no excluye la existencia de otros no mencionados.

---

35. La Constitución mexicana nada indica en su articulado sobre el punto. Alemania, *fundamento de toda comunidad humana* (artículo 1.2, p. 7); España, "fundamento del orden político y de la paz social" (artículo 10.1, p. 29316); Francia, *objeto de toda asociación política* (Déclaration 1789, artículo 2, p. 9); Suiza, el objeto de la Confederación es *proteger la libertad y los Derechos* (artículo 2, p. 1); Estados Unidos, objeto de la institucion del gobierno (Declaration, p. 15); Argentina, base de la Constitución, *asegurar los beneficios de la libertad* (Preámbulo, p. 3); Brasil, fin del Estado asegurar el ejercicio de los Derechos (Preámbulo, p. 5); Colombia, "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes" es uno de los *fines esenciales del Estado* (artículo 2, p. 99) y; Venezuela, compete al Estado garantizar los Derechos (artículo 19, p. 10).

Canadá habla de una *sociedad libre y democrática* (artículo 1, Constituion 1982, p. 58); Costa Rica, de una *república democrática, libre* (artículo 1, p. 319) y; Uruguay de un país *libre e independiente* (artículo 2, p. 1069).

III. CONCEPTO DE PROPIEDAD

1. Exposición del Tema

Dentro de las tendencias jurídicas que aceptan el Derecho de Propiedad, podemos distinguir dos posiciones principales: la que considera que se trata de un Derecho natural, limitándolo en diversos grados para proteger los intereses de la sociedad, y aquélla que lo entiende como una prerrogativa que deriva de su otorgamiento por el Estado[36].

A continuación veremos cuál es el concepto postulado por la Constitución mexicana y sus antecesoras en el país, así como por las Leyes Supremas de otras naciones.

A. Constitución y Antecedentes en México

La Carta de 1917 prevé la existencia de la propiedad privada como garantía individual[37].

Sin embargo, el artículo 27 postula: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada".

El texto agrega que la nación tiene *el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público* y, que las expropiaciones, proceden *por causa de utilidad pública y mediante indemnización*.

De lo anterior se desprende que, en nuestro país, la propiedad no reviste carácter de Derecho natural. En cambio, su titularidad corresponde de origen a la nación, y es ésta la que concede a los individuos un derecho sobre los bienes.

Por tanto, el dominio que ofrece a los particulares la propiedad privada, se presenta como un derecho derivado.

El nacimiento de esta disposición, aprobada por el Constituyente de Querétaro, es singular[38].

---

36. Para más sobre el punto, *Cf.*, nota 5 *supra*.

37. Artículo 27, "Constitución" (México), *op. cit.*, p. 22.

Burgoa piensa que la idea de la propiedad originaria de la nación, tiene que ver sólo con el derecho soberano sobre el territorio (*Cf.*, BURGOA, *Las Garantías*, *op. cit.*, pp. 459-460).

Aunque CARPIZO alude al concepto de derechos naturales en la Constitución, nada dice concretamente sobre la relación entre éste y el dominio original de tierras y aguas por el Estado (*Cf.*, CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1980, p. 77).

Por su parte, Castro cree que la Constitución "abandona el concepto liberal de la propiedad privada (pero)...de ninguna manera niega la propiedad privada, inclusive la garantiza" (*Cf.*, CASTRO, *op. cit.*, p. 201).

Una posición similar sostiene NORIEGA, al decir que los miembros del Constituyente: "tenían la convicción de que el derecho de propiedad era, simple y sencillamente, un derecho natural susceptible de sufrir modificaciones" (*Cf.*, NORIEGA, *op. cit.*, p. 287).

A esta idea, Sayeg la califica como una "singular concepción que nuestra Constitución ha hecho del Derecho de Propiedad", derivada de "una realidad muy nuestra y venida de muy atrás" (*Cf.*, SAYEG, *op. cit.*, p. 145).

HERRERA y LASSO hace una crítica del sistema de propiedad, pero referida más específicamente a las normas que regularon la relación Iglesia-Estado (*Cf.*, HERRERA y LASSO, Manuel, *Estudios Constitucionales*, Jus, México 1983, p. 82-84).

Venustiano Carranza presentó a la Asamblea un proyecto que, siguiendo la tradición liberal, contemplaba la consagración de la propiedad como Derecho natural. Esta propuesta fue rechazada.

En su lugar, y a iniciativa de un grupo de diputados, el órgano aprobó una redacción basada en la idea de la propiedad privada como dominio derivado.

Los ponentes sostuvieron que el sistema de la propiedad en México había surgido de la tesis del patrimonialismo, según la cual el rey otorga a los individuos el Derecho. Por eso, en opinión de ellos, había que regresar a esa postura.

No obstante, creemos que esta idea no está acorde con el espíritu general que prevalece en la Constitución.

En efecto, como hemos visto, la Carta Suprema parte del principio de que los Derechos del Hombre son naturales. Por tanto, son anteriores al Estado y a la Constitución, ubicándose por encima de ellos.

Siendo la Propiedad uno de estos Derechos, colocarla como una prerrogativa derivada, no parece congruente.

La redacción del artículo 27 rompe entonces con el principio básico que consagra la Constitución: el hombre es titular de Derechos naturales y, el Estado tiene la obligación de protegerlos.

Adicionalmente, la tesis iusnaturalista, aparece plasmada en nuestras Cartas Supremas del Siglo XIX[39].

La Ley de 1812 reconoce que la autoridad no puede *tomar la propiedad de ningún particular ni corporación*. La única excepción es cuando se trata de *un objeto de conocida utilidad común*. En este último supuesto, procede la indemnización.

Por su parte, la Carta de 1814 contempla el derecho de todos los individuos *a adquirir propiedades* y a no ser privados de ellas, *sino cuando lo exija la pública necesidad*, a través de *justa compensación*.

Los documentos constitucionales de 1824 y 1836, confirman las ideas anteriores. Además, exigen la participación de varias autoridades para expropiar.

En el primer caso, la resolución se toma por el Presidente, con la aprobación del Senado y, en sus recesos, del Consejo de Gobierno; en el segundo, el Ejecutivo necesita la ratificación de cuatro ministros o de los gobiernos provinciales.

La propiedad *es inviolable* para las Bases de 1842. Según el Pacto Federal de 1857, la propiedad de los particulares *no puede ser ocupada sin su consentimiento*. Sólo es factible decretar la expropiación por una razón de utilidad pública y previa indemnización. Queda en manos de la legislación ordinaria, determinar *la autoridad* y *los requisitos* relativos a la expropiación.

---

38. Artículo 27, CARRANZA, *op. cit.*, en TENA, *op. cit.*, pp. 770-771; ROUAIX, Pastor y otros. "Proyecto de artículo 27" en *Los Derechos, op. cit.*, t. IV, pp. 640-646 y; ROUAIX, Pastor, *Génesis, op. cit.*

39. Décima, "Constitución" (1812), *Los Derechos, op. cit.*, t. IV, pp. 581-582; Artículos 34 y 35, Decreto (1814) *op. cit.*, en TENA, *op. cit.*, pp. 32-58; artículo 112, fracción III, "Constitución" (1824) y, artículo 2, fracción III, Tercera Ley (1836), en *Los Derechos, ibid*., pp. 584-585; artículo 9, Bases (1842), en TENA, *op. cit.*, pp. 406-436 y, artículo 27, "Constitución" (1857), en *Los Derechos, ibid*., p. 610.

De lo anterior se colige que la auténtica tradición del constitucionalismo mexicano y los antecedentes de la Carta de 1917, deben buscarse en la idea de la propiedad como Derecho natural e inalienable.

B. Leyes Supremas de otros Países

A mayor abundamiento, la tesis iusnaturalista también prevalece en las Leyes extranjeras que venimos estudiando.

Tal es el caso de Alemania, donde la Ley Fundamental se limita a garantizar este Derecho. Prescribe la expropiación por interés público y con indemnización, estableciendo que el uso de la propiedad debe "servir asimismo al bienestar general"[40].

De modo semejante, en España se *reconoce* el Derecho de Propiedad y se determina *su función social*. La privación de ella sólo procede por causa justificada *de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización*[41].

Francia es todavía más enfática, al afirmar en su Declaración que la propiedad es *un derecho inviolable y sagrado*. Sólo puede privarse a un particular de ella, por *necesidad pública* y previo el pago de una reparación[42].

El Pacto Federal suizo garantiza la propiedad y deja en manos de la legislación el determinar la expropiación por motivos de interés público[43].

Si vemos la situación de Canadá y los Estados Unidos, podemos observar que en ambos países se prohibe la afectación de la propiedad.

La Ley Suprema canadiense únicamente se refiere a limitaciones de los Derechos en general. La Constitución de la Unión Americana, por su parte, menciona los conceptos de *utilidad pública* y *justa compensación*[44].

---

40. Artículos 14, 15 y 74, fracciones 14 y 18, *Ley Fundamental* (Alemania) *op. cit.*, pp. 13 y 38-39.

41 Artículo 33, "Constitución" (España) *op. cit.*, p. 29319.

V. también MORISI, *En Presiesi*, *op. cit.*, pp. 402-408; CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Forense*, t. II, vol. I, Reus, Madrid 1947, pp. 91-114 y; ÁLVAREZ, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, Civitas, Madrid 1986.

42. Para la naturaleza de la propiedad, *Cf.*, artículo 17, *Déclaration* (Francia) y, para los límites, *Cf.*, artículo 34, *Constitution* (1958) en DUVERGER, *Constitutions op. cit.*, pp. 10 y 250.

Cf., asimismo: BURDEAU, Georges, *Les Libertés Publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1966, pp. 375-387 y; COLLIARD, *op. cit.*, pp. 835-854. El primer autor, sostiene que "el derecho de propiedad ha perdido hoy día su carácter de derecho natural, imprescriptible e inviolable" (p. 375). El segundo, por su parte, afirma que "la concepción moderna del derecho de propiedad es una concepción esencialmente individualista" (p. 838). También: MAZEAUD, Henri, *Leçons de Droit Civil*, t. II, Montchrestien, París 1976.

43. Artículos 22 ter. y 64, *Constitution* (Suiza) *op. cit.*, pp. 5 y 29.

Hasta 1969 la Carta Suiza guardaba silencio en torno a la propiedad, por considerarla un derecho natural. En ese año fue reformada, para incorporar el concepto (*Cf.*, FAVRE, *op. cit.*, pp. 304-318).

44. Ambos documentos siguen la tradición de Magna Carta al hablar de *seizures*. Artículos 8, *Constitution* (Canadá, 1982) y 91, fracción 1.A, *Constitution* (Canadá, 1867) *op. cit.*, pp. 60 y 26-27 y; Enmiendas IV y V, *Constitution* (Estados Unidos), p. 33.

Sobre el Derecho de Propiedad en Canadá, *Cf.*, ANGER, Harry D., y; HONSBERGER, J.D., *Canadian Law of Real Property*, Canada Law Book, Toronto 1959, pp. 1-13 y; HOGG, *op. cit.*, pp. 475-476.

Para doctrina de los Estados Unidos, pueden consultarse: CASNER, James A., y LEACH, W. Barton, *Cases and Text on Property*, Little Brown, Boston 1984; CORWIN, *The Constitution, op. cit.*, pp. 341-367 y 401 y; CORWIN, *Understanding*, *op. cit.*, pp. 169-170. Sobre el concepto, la protección y las obligaciones derivadas de la propiedad en Estados Unidos. *Cf.*, BROWDER, Olin L. y otros. *Basic Property Law*, St. Paul, West 1984, pp. 2-21 y 21-110.

Por lo que toca a América Latina, el panorama no es muy distinto. Entremos al asunto referido.

La Carta Argentina afirma que *la propiedad es inviolable* y que la expropiación sólo puede darse en caso de utilidad pública y previa reparación[45].

Dentro de los textos brasileño y colombiano se garantiza el Derecho, declarándose que su disfrute atenderá a la función social. Se alude a la expropiación con pago anticipado, y por interés social o utilidad pública[46].

También en Costa Rica la propiedad es considerada inviolable. Su afectación procede por interés público y con indemnización previa. El pago no puede ser diferido, salvo en caso de guerra o conmoción interna. Es interesante que, aunque se habla de *limitaciones de interés social*, su implantación requiere del voto de dos terceras partes de la Asamblea Legislativa[47].

Por lo que hace al Uruguay, la Constitución protege a los particulares en el goce de su propiedad. Este Derecho es inviolable, *pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general*. La expropiación procede, por necesidad o utilidad pública y mediante una reparación[48].

El Pacto venezolano garantiza la propiedad, sometiéndola "a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general", previendo la expropiación mediante indemnización[49].

Tan importante se considera al Derecho de Propiedad en su relación con la libertad, que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido: *ninguno puede tener significado sin el otro* (*Cf.,* LYNCH V., "Household Finance Corp.", en TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, Foundation, Mineola 1978, p. 948).

45. Artículos 17 y 14, "Constitución" (Argentina), en *El Constitucionalismo, op. cit.,* t.I, pp. 4-5.

Sobre la propiedad y expropiación *Cf.,* BIDART, *Tratado, op. cit.,* t. II, pp. 321-335 y 343-349. Acerca de la propiedad en materia de Derecho Civil, *Cf.,* MUSTO, Néstor José, *Derechos Reales*, t. II, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1981, pp. 49-89. Con relación a la evolución y naturaleza de este derecho y a la expropiación, *Cf.,* LINARES, *op. cit.,* t. 8, pp. 33-34, 34-57 y 85-116.

BIDART cita interesantes sentencias sobre el tema de la expropiación, que ordenan como principio, el pago de un monto que "permita, de ser posible, adquirir otro bien similar al que pierde en virtud de la expropiación" (p. 349).

46. Artículos 5 fracciones XXII-XXIV y 22, fracción II, *Constituicao, op. cit.,* pp. 6 y 10 y; artículo 58, "Constitución" (Colombia), en BLAUSTEIN, *op. cit.,* p. 106.

Para el concepto y las características de la propiedad en Brasil, *Cf.,* RODRÍGUES, L., *Direito das Cosas*, vol.. I, Editora Río, Río de Janeiro 1977, pp. 97-160. Sobre el tema, véase también *Forum, op. cit.,* p. 374.

En el caso de Colombia, el estudio de la propiedad y de la expropiación -aunque teniendo como punto de referencia la anterior Constitución- se puede ubicar en: HENAO, *op. cit.,* pp. 143-146 y 146-148 y; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano,* Librería del Profesional, Bogotá 1987, pp. 262-269 y 279-282 y; VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil*, vol. II, Temis, Bogotá 1973.

47. Artículo 45, "Constitución" (Costa Rica), en *El Constitucionalismo, op. cit.,* t. I, p. 325.

V. AGUILAR y otros, *Constitución, op. cit.,* pp. 226-253. *El tema en Derecho Civil*, puede hallarse en BRENES CÓRDOVA, Alberto, *Tratado de los Bienes*, Juricentro, San José 1981, pp. 27-35.

48. Artículos 7 y 32, "Constitución" (Uruguay), en *ibid*., t. II, pp. 1070-1072.

En general sobre propiedad, puede recurrirse a GROS, *op. cit.,* pp. 42-43 y; NICOLIELLO, Nelson, *Elementos de Derecho Civil Uruguayo*, FERNÁNDEZ, t. I, Montevideo 1990, pp. 137-168. En el tema de la expropiación, véanse SANGUINETTI, Julio María y PACHECO SERE, Alvaro, *La Nueva Constitución*, Alfa, Montevideo 1971, pp. 27-35.

49. Artículo 115, "Constitución" (Venezuela), en *ibid*., p. 39. *Cf.,* BREWER-CARÍAS, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, Universidad Católica del Táchira, Caracas 1985, pp. 514-515, y "El Derecho de Propiedad y la Libertad Económica; Evolución y Sistema Actual en Venezuela" en *Estudios sobre la Constitución; Libro-Homenaje a Rafael Caldera,* Universidad Central de Venezuela, t. II, Caracas 1979, pp. 1139-1246 y; LAROCHE, Humberto, *Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano,* s.e., Maracaibo, 1984, pp. 582-586.

2. Análisis Comparativo

Visto lo anterior, confrontemos la idea de propiedad de la Constitución mexicana, con las nociones sostenidas por las Cartas de otros países. Para hacerlo, aludiremos al origen, naturaleza y limitaciones del Derecho, así como a la expropiación.

Hemos dicho que nuestro Pacto Federal adopta el principio de la propiedad originaria de tierras y aguas en beneficio de la nación. El particular tiene, entonces, tan sólo un dominio derivado que le concede el poder público. Así, el origen y naturaleza de la propiedad privada son de Derecho positivo.

Dentro de los sistemas analizados, ese esquema es privativo de México. En efecto, todas las Leyes Supremas a las que se ha venido haciendo referencia, ven a la propiedad como un Derecho natural[50].

Las Cartas difieren en cuestiones de matiz. Algunas la consideran un derecho *natural*, *imprescriptible*, *sagrado* o *inviolable*; otras se contentan con mencionar que la reconocen o garantizan. Pero la totalidad acepta que el principio es anterior a la reglamentación jurídica.

Por otra parte, nuestra Ley Suprema faculta al poder público para darle a la propiedad las modalidades que requiera el interés público.

En este punto existe coincidencia entre el texto mexicano y los ordenamientos de las otras naciones. Todos los cuerpos normativos prescriben límites al Derecho[51].

Aquí, como en otros supuestos, las Cartas se distinguen por cuestiones más que nada terminológicas.

---

50. La Constitución mexicana habla sólo de un dominio derivado de los particulares (artículo 27, p. 22).

Veamos cual es la situación en los países europeos y norteamericanos: Alemania, la Ley Fundamental sólo garantiza el Derecho (artículo 14.1, p. 13); España, se *reconoce* el Derecho y se dice que *nadie puede ser privado* de la propiedad (artículos 33.1 y 33.3, p. 29319); Francia, Derecho *inviolable y sagrado*, natural e imprescriptible" (Déclaration de 1789, pp. 9-10); Suiza, la propiedad queda *garantizada* solamente por la Constitución (artículo 22ter, p. 5); Canadá, la Carta da el derecho de no ser *privado* de la propiedad (artículo 8, Constitution 1982, p. 60) y; Estados Unidos, no puede privarse a nadie de su propiedad (enmiendas IV y V, p. 33).

En América Latina: Argentina, se reconoce que los hombres *gozan* del Derecho y que éste es *inviolable* (artículos 14 y 17, pp. 4-5); Brasil, la Constitución *garantiza* el Derecho, que forma parte de los Derechos *inviolables* (artículo 5 y Preámbulo, p. 5); Colombia, la propiedad está garantizada y los Derechos en general son *inalienables* (artículos 58 y 5, pp. 106 y 99); Costa Rica, este Derecho es declarado *inviolable* (artículo 45, p. 325); Uruguay, la propiedad reviste el carácter de *inviolable* (artículo 32, pp. 1071-72) y; Venezuela, se garantiza a la propiedad y los Derechos en general son *inherentes* a la persona (artículos 115, 19 y 22 pp. 39 y 10-11).

51. Sobre los límites de la propiedad, en México tenemos que pueden fijársele las "modalidades que dicte el interés público" (artículo 27, p. 22).

En Europa y América del Norte: Alemania, la propiedad debe tener su *naturaleza y límites* fijados por ley y "servir asimismo al bienestar general" (artículos 14.1 y 14.2, p. 13); España, se habla de la *función social* determinada por las leyes (artículo 33.3, p. 29319); Francia, en general el límite de los Derechos está marcado por los Derechos de los demás (artículo 4, Déclaration 1789, p.9); Suiza, se habla de "restricciones a la propiedad" (artículo 22ter, p. 5); Canadá, en general, los Derechos pueden tener los "límites razonables prescritos por ley" (artículo 1, Constitution 1789, p. 58) y; Estados Unidos, la *utilidad pública* es el límite (enmienda V, p. 33).

Por lo que se refiere a latinoamérica: Argentina habla de *utilidad pública* para la propiedad y, para los Derechos en general, de Leyes que *reglamenten su ejercicio* (artículos 17 y 14, pp. 5 y 4); Brasil se refiere a la *función social* (artículo 5.XXIII, p. 6); Colombia alude también a la *función social* (artículo 58, p. 106); Costa Rica se refiere a limitaciones fijadas por el Legislador (artículo 45, p. 325); Uruguay, sujeta el ejercicio de la propiedad "a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés social" (artículo 32, pp. 1071-72) y; Venezuela habla de la *función social* y de una propiedad "sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés general" (artículo 115, p. 39).

Ciertos documentos utilizan la expresión de *función social de la propiedad*, para referirse al tema. Varios se contentan con hablar de *limites* o *restricciones*. La gran mayoría requiere que esas modalidades se fijen mediante una ley.

Sólo Canadá omite la referencia expresa al punto dentro de su Ley Suprema, aunque alude a *límites razonables* en el ejercicio de los Derechos humanos.

Nuestro Pacto Federal también contempla la expropiación. Esta se da, como sabemos, por causa de *utilidad pública* y *mediante indemnización*. La legislación en la materia prevé un procedimiento en el que participa, principalmente, el Ejecutivo. El monto de la compensación es determinado con base en el valor predial, liquidándose dentro de un término de diez años a partir del acto privatorio.

La medida está incluida en las demás Constituciones. Los textos presentan particularidades en relación con las causas y con el procedimiento expropiatorio, así como en lo referente a la indemnización[52].

Sobre las causas, la diferencia es puramente conceptual. Las nociones de *utilidad pública* y de interés *público*, *general* o *social*, son las más frecuentemente socorridas.

Donde sí se presentan contrastes de fondo, es en lo relativo al procedimiento de expropiación a la forma de efectuar la compensación.

---

52. Las causales de la expropiación que señalan los diversos textos, son:

México: *utilidad pública* (artículo 27, p. 22); Alemania: *interés general* (artículo 14.3, p. 3); España, *utilidad pública* o *interés social* (artículo 33.3, p. 29319); Francia, "necesidad pública legalmente constatada y que la exija de manera evidente" (artículo 17 Déclaration 1789, p. 10); Suiza, *interés público* (22ter, p. 5); Canadá no indica más que *límites razonables* a los Derechos en general (artículo 1, Constitution 1982, p. 58); Estados Unidos, *uso público* (enmienda V, p. 33).

Argentina, *utilidad pública* (artículo 17, p. 5); Brasil, *necesidad o utilidad pública* o *interés social* (artículo 5.XXIV, p.6); Colombia, *utilidad pública o interés social* (artículo 58, p. 106); Costa Rica, *interés público legalmente comprobado* (artículo 45, p. 325); Uruguay, *necesidad o utilidad pública* (artículo 32, p. 1072) y; Venezuela, *utilidad publica o interés social* (artículo 101, p. 1161).

Con relación a los principios del procedimiento expropiatorio:

México: no se indica más que el hecho de que la causa debe ser de *utilidad pública* y que debe efectuarse *mediante* indemnización (artículo 27, p. 22).

Alemania, por ley o en virtud de una ley que fije modo y monto (artículo 14.3, p. 13); España, "de conformidad con lo dispuesto por las leyes" (artículo 33.3, p. 29319); Francia, por necesidad *legalmente comprobada* (artículo 17 Déclaration 1789, p. 10); Suiza, *por vía legislativa* (artículo 22ter, p.5); Canadá, no indica nada al respecto; Estados Unidos, sólo se refiere a la fórmula mediante *el debido proceso legal* (enmienda V, p. 33).

Argentina, exige sea *calificada por ley* (artículo 17, p. 5); Brasil, deja a la ley ordinaria la fijación del procedimiento (artículo 5.XXIV, p. 6); Colombia, los motivos deben ser *definidos por el legislador* y la expropiación se da *mediante sentencia judicial* (artículo 58, p. 106); Costa Rica, *conforme a la ley* (artículo 45, p. 325); Uruguay, *por una ley* (artículo 32, p. 1072) y; Venezuela, *mediante sentencia firme* (artículo 115 p. 39).

Respecto a la forma y al momento en que se da la indemnización:

México: *mediante indemnización* y no indica criterios de justicia. En la práctica se permite un plazo de hasta diez años para cubrirla y se determina con base en el valor catastral del bien (*Cf.*, artículo 27, p. 22 y Ley de Expropiación. México, Porrúa, 1983).

Alemania, *equitativa* (artículo 14.3, p. 13); España, *mediante* (artículo 33.3, p. 29319); Francia, *justa y previa* (*Déclaration 1789*, artículo 17, p. 10); Suiza, *justa indemnización* (artículo 22ter. p.6); Canadá nada indica al respecto; Estados Unidos, *compensación justa* (*V.* enmienda, p. 33).

Argentina, *previamente* (artículo 17, p.5); Brasil, *justa y previa indemnización en dinero*, pero hay excepciones (artículo 5.XXIV, p. 6); Colombia, *previa*, considerando *los intereses de la comunidad y del afectado* y *razones de equidad* (artículo 58, p. 106); Costa Rica, *previa indemnización conforme a la ley*, con algunas excepciones (artículo 45, p. 325); Uruguay, *justa y previa*, incluye daños y perjuicios y considera cambios en el valor de la moneda (artículo 32, p. 1072); Venezuela, *justa*, sólo puede diferirse el pago en circunstancias extraordinarias (artículo 101, p. 1161).

La mayoría de las Constituciones guarda silencio en torno a los pasos que hay que seguir para expropiar, remitiendo simplemente a la legislación ordinaria.

Cinco de las Cartas señalan lineamientos adicionales. Alemania, Suiza y Uruguay exigen que la expropiación sea ordenada por el Poder Legislativo; Colombia y Venezuela, se refieren a un procedimiento *mediante sentencia.*

Sobre la indemnización, también pueden ubicarse distingos importantes.

Diez ordenamientos exigen que se tomen en cuenta criterios de justicia y equidad al hacer el pago. Salta a la vista el caso uruguayo, que ordena cubrir al particular daños, perjuicios y variaciones cambiarias.

En torno al momento del pago, siete sistemas se pronuncian por que sea cubierto antes de la consumación del acto expropiatorio, pero cuatro de éstos contemplan excepciones al principio. Una Constitución habla simplemente de que la expropiación se dará *mediante* indemnización y cuatro más no tocan el tema.

3. Propuesta de Reformas

Efectuada la comparación de la Carta mexicana, con las de otras naciones, presentemos algunos lineamientos para posibles modificaciones a nuestro Pacto Federal.

Según se desprende del análisis realizado, el concepto de propiedad derivada que contempla el artículo 27 de la Ley Suprema, no está acorde con el espíritu general sobre los Derechos individuales plasmado en el mismo ordenamiento.

Además, la tradición constitucional mexicana y las Leyes Supremas de todos los países estudiados, coinciden en limitarse a garantizar la propiedad, protegiéndola contra toda forma de afectación.

Sólo la Constitución mexicana de 1917 entrega al Estado la titularidad originaria de tierras y aguas, rompiendo el esquema de la propiedad como Derecho natural.

En algunos casos las Cartas hablan de la función social y de limitaciones a la propiedad. La expropiación se da únicamente por razones de beneficio general y a través de una reparación que es casi invariablemente previa.

La mayoría de las Leyes Fundamentales comparte la idea de la función social, pero ninguna desconoce el origen natural de este Derecho.

Finalmente, a pesar de que un buen número de textos apunta la posibilidad de señalar límites a la propiedad, y de que casi todas las Constituciones incluyen la expropiación, la Carta mexicana es la única que reglamenta detalladamente la prerrogativa.

Por tanto, creemos que es conveniente revisar el artículo 27, y modificarlo bajo los siguientes lineamientos:

A. Inviolabilidad del Derecho de Propiedad y obligación del Estado de garantizar su ejercicio.

B. Mantener la función social de la propiedad privada.

C. Fijación, mediante ley, de limitaciones de interés público.

D. Expropiación por vía legislativa.

E. Previo y justo pago de la indemnización correspondiente.

IV. CONCLUSIONES

Con base en las ideas y en los fundamentos arriba apuntados, podemos expresar las siguientes conclusiones generales:

A. El espíritu de la Constitución mexicana de 1917 en relación con los Derechos del Hombre, reconoce la preexistencia y la primacía de estos postulados frente a toda forma de regulación.

B. El artículo 1 de la Carta Federal, declaración general de nuestra Ley Fundamental en el tema, omite toda referencia al concepto y a la naturaleza de estas prerrogativas.

C. Por lo tanto, el texto del Pacto contrasta con el espíritu plasmado en los debates de la asamblea.

D. La tradición constitucional mexicana confirma la idea del carácter natural de los Derechos Humanos.

E. Las Leyes Supremas de países de Europa y América, se identifican con la corriente que ubica a los Derechos del Hombre por encima de toda reglamentación.

F. En consecuencia, debe reformarse el texto de nuestra Constitución, siguiendo las ideas apuntadas en el apartado II, para incluir claramente el concepto de Derechos del Hombre como base y objeto de las instituciones sociales.

G. El Derecho de Propiedad está contemplado dentro de las garantías individuales.

H. Estas, como se desprende de los escritos del constituyente, deben ser mecanismos para asegurar el pleno ejercicio de los Derechos Humanos.

I. Sin embargo -según el artículo 27- las tierras y aguas corresponden de modo original a la nación, la que otorga a los particulares un dominio derivado.

J. Esta concepción del Derecho de Propiedad no coincide con el espíritu general de la Constitución, ni con la corriente histórica del constitucionalismo mexicano en la materia.

K. Adicionalmente, las Leyes Supremas de las naciones europeas y americanas, consagran a la propiedad como Derecho inviolable.

L. Corresponde, entonces, revisar el contenido del artículo 27, conforme a las pautas señaladas en el apartado III, para ajustar la norma a la naturaleza de la prerrogativa y fortalecer el Derecho de Propiedad.

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO[1]

Eduardo García de Enterría
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad Complutense de Madrid
España

I. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO PRIVADO DE LOS CIUDADANOS

No hay que hacer un gran esfuerzo (y nos ahorramos, por otra parte, el sí que formidable esfuerzo de pretender ver en el art. 9.3 de la Constitución cuando "*garantiza... la responsabilidad de los poderes públicos*" una consagración general y abstracta de la responsabilidad patrimonial del Legislador, que podrían actuar directamente los Tribunales ordinarios, como es un hecho que lo están haciendo ya)[2] para ver de inmediato que, en efecto, nuestra Constitución contiene una explícita garantía de la propiedad y de los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente a todos los poderes públicos y, por tanto, frente al Legislador, la garantía formulada sin el menor equívoco en su art. 33. Dice este precepto:

> 1. Se reconoce el derecho de propiedad privada y a la herencia.
>
> 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.
>
> 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de acuerdo con lo dispuesto por las Leyes.

Un principio análogo se encuentra en las Declaraciones internacionales de derechos fundamentales que ha incorporado el art. 10.2 de la Constitución como criterios interpretativos de los derechos fundamentales proclamados por ésta en su Título I, donde se encuentra el art. 33. En concreto, esos Convenios internacionales son inequívocos en la protección de la propiedad y los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente al Estado. Así:

---

1. Forma parte este trabajo de una obra general que espero publicar pronto sobre el problema de la responsabilidad del Estado Legislador. Por ello, se encontrarán alusiones a otros lugares que no se encuentran en esta publicación parcial. Se trata ahora de honrar al gran administrativista venezolano Alan Randolf BREWER CARÍAS, lo que hago con la mayor admiración y afecto por su obra y por su persona.

2. *V.* mi trabajo "El principio de la responsabilidad de los poderes públicos según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador" en el *Libro-Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, en prensa.

Declaración Universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas, 1948, art. 17:

> 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
>
> 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1954[3], art. 1:

> Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Hay que decir, además, que la jurisprudencia constitucional ha extendido de manera explícita la garantía del art. 33 a todos los derechos patrimoniales, aceptando la cobertura general que resulta del art. 1 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuya amplitud conviene retener:

> Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social..., en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

El párrafo 2º del artículo excluye las llamadas ventas forzosas *reguladas por la Legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior o divisas*, que son siempre medidas generales (hoy ya en desuso en España), afectantes a todo un sector productivo o económico que es objeto de una intervención económica sistemática, y no *privaciones singulares* y más o menos ocasionales a una persona o, incluso, grupo de personas.

Aun intenta perfilar más la amplitud de ese concepto legal de expropiación el art. 1º del Reglamento de la Ley (Decreto de 26 de abril de 1957), al precisar:

> 1. Toda intervención administrativa que implique privación singular de propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos a que se refiere el art. 1º de la Ley, es una expropiación forzosa a todos los efectos legales, y específicamente a los de exigencia de habilitación legal, de sometimiento a procedimiento formal y de garantía jurisdiccional frente a la misma.
>
> 2. La enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, a los fines de la calificación del párrafo anterior.

La amplitud del concepto legal de expropiación forzosa en nuestro Derecho es, pues, notable. La alusión a *intereses legítimos* ha permitido a la jurisprudencia incluir como expropiaciones, y por tanto indemnizables, la privación de simples situaciones de precario (así Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril y 22 de julio de 1997), de *actividades meramente toleradas por no contar con las autorizaciones o licencias exigibles* (Sentencias de 2 de julio de 1979, 4 de marzo de 1995 y 12 de diciembre de 1997),

---

3. La ratificación por España de ese Protocolo no se hizo hasta el Instrumento de 2 de noviembre de 1990 (*BOE* de 12 de enero de 1991) y sólo para las expropiaciones posteriores a la fecha de la ratificación. Esta particularidad tuvo por objeto excluir la posible aplicación de este precepto al asunto *Rumasa*, bien conocido.

cambio de estrategia a que se verá forzada la industria que se traslada (Sentencia de 13 de noviembre de 1995), pérdida de publicidad determinada por el traslado del local (Sentencia de 9 de marzo de 1991), incremento de ruidos (Sentencia de 7 de febrero de 1997), etc., aunque lo normal sea que tales intereses pasen a ser una partida más a incluir en la indemnización.

Aunque la ratificación de España del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos es muy posterior a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, no es ocioso notar que esa expansión tan extensa del concepto de expropiación forzosa (no frecuente en otros sistemas, concretados a la protección de la *propiedad* como derecho real específico) encuentra también hoy una cobertura explícita en el concepto utilizado, como vimos, por el citado Protocolo 1, *derecho al respeto de sus bienes*[4], teniendo en cuenta el valor interpretativo que este Protocolo tiene para determinar el alcance del art. 33 de la Constitución, según su art. 10.2, como vimos. Bajo ese concepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado indemnizables no sólo la propiedad, sino también inequívocos derechos de crédito o personales, como el subsidio de paro, anulación de certificados de urbanismo sobre cuya fe se había hecho una construcción, etc[5].

Pero importa más notar que ese concepto legal tan amplio de la expropiación ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional como contenido de la garantía constitucional contenida en el art. 33 de la Constitución. Así, la Sentencia Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, dijo:

> Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza tanto a las medidas ablatorias[6] del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de *bienes y derechos* individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial. ... Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (Sentencias 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo y 37/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en substancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social.

Así, pues, la cláusula general y tan extensa del art. 1º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 ha quedado, propiamente, constitucionalizada.

---

4. Por *bienes* el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed., 2001, da este concepto: *Patrimonio, hacienda, caudal*, y en plural, específicamente, *patrimonio.*

5. Sentencias Gaygusuz, de 1996, Pine Valley Developments, de 1991, etc. Más adelante nos referiremos más despacio a la Sentencia Sporrong y Löhrrot, de 1982, cuya doctrina se ha invocado, con notoria inadecuación, como apoyo para justificar la responsabilidad del Estado Legislador.

6. El uso jurídico del término *ablación* (que utiliza también, por cierto, la Corte Costituzionale italiana en esta materia) aparece ya recogido en la 22 edición del Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 2001, como "sacrificio o menoscabo de un derecho". Ablatio en latín es cortar o quitar y en tal sentido es utilizado comúnmente en cirugía. En la magna Enciclopedia del Diritto, tomo I, 1958, se alude ya al término como procedente de la jerga de las Administraciones militares para indicar requisas, adquisiciones coactivas o prestaciones personales coactivas y se indica que en la doctrina, donde subsisten aún "dudas sobre los límites y caracteres de esta categoría, que algunos rechazan simplemente", se prefiere hablar de "procedimientos ablatorios", incluyendo los tributos. Creo que fue GIANNINI, M.S., quien le da un carácter dogmático en Italia. *Cf.*, su obra *Diritto Amministrativo*, I, Milano 1970, pp. 515 y ss. Seguido en España por la doctrina (p.ej., GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 8ª ed., Madrid 2002, pp. 119 y ss.).

II. LA DIFERENCIA CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA ENTRE DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN SU FUNCIÓN SOCIAL Y EXPROPIACIÓN. EL ÁMBITO LÍCITO DE DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR

Si tal es la extensión de la garantía que la Constitución otorga a los derechos e intereses patrimoniales en nuestro sistema, la conclusión podría ser que la misma resulta oponible, como un límite infranqueable, en cuanto constitucional, al Legislador mismo. La conclusión resulta exacta en abstracto, pero de ella no puede derivarse, como se ha pretendido por alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo[7] C:\windowsTemporary Internet Files-Content.IE5WX87KPU1" l que el Legislador resulte limitado por un respeto obligado y absoluto a los *intereses patrimoniales legítimos* a que alude el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, pasando por encima de la explícita y nada equívoca reserva que el propio texto constitucional formula, y que corrobora el art. 1 del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, reservas precisamente dirigidas a formular un ámbito lícito del ejercicio del poder legislativo capaz de afectar a tales intereses patrimoniales sin incurrir por ello en una verdadera expropiación.

Esas reservas son las siguientes, recordémoslas:

Art. 33.2 de la Constitución:

> La función social de estos derechos [a la propiedad privada y a la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.

Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo, párrafo 2º:

> Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general....

La Constitución, pues, expresamente separa de la expropiación forzosa en sentido estricto lo que llama delimitación del contenido de los derechos patrimoniales, que corresponde hacer a las Leyes para concretar su función social (y de acuerdo, también, con su art. 128, que afirma con énfasis que "toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, está subordinada al interés general"). El texto del art. 1 del Protocolo 1 es quizá más inequívoco al ir precedida de la locución adversativa *sin perjuicio*.

De estas normas básicas resulta, pues, inequívoco que una cosa es *expropiación* de un derecho patrimonial, no permitida a ningún poder constituido si no es indemnizada, y otra muy distinta es la *delimitación* (o la *reglamentación del uso*) de tales derechos, según su *función social*, siempre restrictiva para el propietario, *delimitación* con ese efecto que pueden hacerla precisamente las *Leyes*, sin que deban hacerlo al precio de

---

7. La Sentencia del TS de 5 de marzo de 1993, sobre indemnización a empresas pesqueras como consecuencia de la incorporación de España a las Comunidades Europeas (Ley Orgánica 10/1985), dice en su FJ 3: "deviene procedente la indemnización cuestionada; habida cuenta, en primer lugar, de la existencia de derechos o al menos intereses legítimos cuyo sacrificio particular se impuso". Igualmente, sobre un caso idéntico, la Sentencia de 27 de junio de 1994, dijo que "dicha responsabilidad no puede negarse cuando la Ley tiene un contenido expropiatorio de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como ocurre en el presente supuest". Estos conceptos se repiten en la Sentencia de 16 de septiembre de 1997. En la materia de alteración del régimen jurídico de los funcionarios, algunas Sentencias de Audiencias Territoriales adujeron el mismo argumento para declarar indemnizable la reducción de la edad de jubilación, especialmente la Sala de Valencia (referencias en GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, Barcelona 2001, pp. 465 y ss.), que utilizan igualmente el argumento de la lesión de, al menos, intereses legítimos.

una indemnización correlativa de los, al menos, *intereses legítimos* que con esas Leyes se verán siempre necesariamente afectados algunos, al menos, de los destinatarios de dichas Leyes en que operen una alteración normativa.

Esta conclusión, que parece difícilmente discutible desde la perspectiva del simple análisis textual, resulta abrumadoramente confirmada con el análisis de la experiencia común de aquellos países que tienen un sistema de justicia constitucional capaz de imponer al Legislador los límites formulados por las super normas constitucionales. Resulta realmente sorprendente que no se haya traído a colación esa experiencia (que veremos que es común en todos los países con jurisdicción constitucional) en el debate sobre tan importante tema, comenzando, como es natural, por nuestra propia y reiterada justicia constitucional, que veremos que es completamente inequívoca.

Hay que decir, además, que otra cosa hubiese resultado sorprendente y, además, sumamente grave para la posición constitucional del Legislador. Si se pretendiese imponer a éste el límite de que no pueda afectar, en términos absolutos, a la situación económica de los ciudadanos que son los destinatarios de sus decisiones (los *intereses patrimoniales legítimos* a que alude el art. 1º de la Ley de Expropiación, según vimos), se estaría consagrando un sistema en el que resultaría, simplemente, imposible legislar. La Legislación quedaría limitada al plano puramente interno del aparato público, porque el principio de la incolumidad plena y absoluta de las situaciones patrimoniales de los ciudadanos impediría, en términos puede decirse que absolutos, proscribiría de hecho cualquier cambio normativo, por mínimo que fuese, destinado a regular las relaciones sociales (y aun a las relaciones de los ciudadanos con la Administración con relevancia económica directa o indirecta, como es el caso, bien real entre nosotros, como nos consta, del status legal de los funcionarios en nuestra reciente experiencia jurisprudencial[8]. Con ese aparentemente simple cambio técnico se habría transformado, en su totalidad, el sistema político entero sobre el que están instalados todos los Estados occidentales desde los orígenes mismos del constitucionalismo, una vez superado el sistema del Antiguo Régimen de petrificación del orden social, que estaba basado precisamente en la patrimonialización absoluta de las situaciones jurídicas adquiridas[9]. Sen-

8. *Cf.*, los datos que ofrezco en mi artículo El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, en *RAP*, 159, 2002. Hay que decir que incluso ha llegado a pedirse indemnización por una empresa bien conocida en el mercado de bebidas "Pedro Domecq, S.A". por varias Leyes que, al aumentar la carga fiscal, se les reprochaba una disminución de las ventas: Sentencia de 11 de octubre de 1991; la empresa reclamaba una indemnización de 4.372.613.000 ptas.; la Sentencia fue obviamente desestimatoria. Pero hay que decir que hay dos Sentencias del Tribunal Supremo, que confirmaron las del Tribunal Superior de Canarias, que estimaron la pretensión indemnizatoria contra el Legislador autonómico canario (Ley de 28 de julio de 1986) que había elevado el impuesto autonómico sobre carburantes, por entender que tal elevación "debió establecer medidas correctoras transitorias que garantizasen la equidad tributaria", criterio sorprendente para una decisión judicial. ¡Si se adoptase el argumento de medir el contenido expropiatorio de una Ley por el módulo del art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa todas las Leyes fiscales serían expropiatorias!.

9. *V.* sobre ello, con fuentes que caracterizan ese sistema histórico, lo que indico en mi trabajo El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Legislador, *cit.*, § *V*. El concepto de *petrificación* del Derecho en el supuesto de una responsabilidad generalizada por razón de los perjuicios económicos derivados de las Leyes lo han utilizado tanto el Tribunal Constitucional (Sentencia 27/1981) como el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de noviembre de 1992). Más expresivas son las rotundas palabras de JÉZE: "Políticamente es absurdo, quimérico y criminal querer encerrar a las generaciones sucesivas en las instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., que quizás estén en contradicción absoluta con el ideal del momento, la moral a la moda, los ideales de justicia, las necesidades políticas, económicas, etc.; es forzar a una generación a la revolución y a la violencia" ("Du retrait des actes juridiques", *Revue de Droit Public*, pp. 225 y ss., en especial p. 229.

cillamente dicho: ese efecto parece una consecuencia excesiva como resultado de una simple doctrina jurídica, la cual, además, creemos que es gravemente errónea en términos elementales de interpretación de la Constitución, que, por de pronto, tendrá que reconocerse, al menos, que no ha pretendido jamás cosa tan trascendental y tan grave.

III. EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA: LA DISTINCIÓN BÁSICA ENTRE TAKING Y REGULATION

La distinción entre *regulación* de los derechos y su *expropiación* aparece tempranamente en la primera de las jurisdicciones constitucionales de la historia, la norteamericana, lo que tiene especial interés subrayarlo, dada la sensibilidad bien marcada de la sociedad de ese país por el papel relevante y prioritario, y tendencialmente absoluto, del derecho de propiedad.

La Enmienda V de la Constitución americana fue aprobada entre las diez que contienen lo que su autor principal, James Madison, llamó the great rights of mankind, los grandes derechos de la condición de hombre o humanidad, aprobados en 1791 en el primero de los Congresos formados bajo la Constitución federal de 1787[10]. La enmienda contiene, en realidad, varios derechos fundamentales, que comienzan con la expresión No person shall be held seguida de varios derechos relativos a los procesos (entre los cuales el capital de no declarar contra sí mismo en las causas penales), el básico due process en las causas en que se pueda privar al ciudadano de la vida, la libertad y la propiedad -la cláusula due process se encuentra más desarrollada en la Enmienda XIV- y, en último lugar, con el que ahora nos interesa, que enuncia así:

> nor shall private property be taken for public use without just compensation,

esto es: ni se le tomará la propiedad privada para una utilidad pública sin una compensación justa.

Por cierto que, en Estados Unidos, se habla de la expropiación como un derivado del viejo principio feudal, tomado, obviamente, del Derecho inglés, del Eminent Domain que el señor tendría sobre todas las propiedades de su reino, en tanto que quien figura como propietario sólo tendrían un temporary feudal grant de su Lord; el durmiente *dominio eminente* del señor se reactualizaría en caso de expropiación, lo que supone *recuperar* la posesión (resume possession o resumption theory), conceptos con los que se sigue operando para justificar la existencia del poder de expropiar propio del soberano que la Enmienda V limita y condiciona en su ejercicio[11].

Pues bien, aunque, como se habrá notado, no se encuentra en la formulación del derecho fundamental que hace la Enmienda V ninguna reserva en favor de los posibles efectos limitadores de la propiedad de una Ley reguladora, como es el caso del art. 33, apartado 2, de nuestra propia Constitución, la práctica jurisprudencial americana descubrió enseguida por sí sola que era necesario distinguir entre el taking propiamente dicho y la

---

10. SCHWARTZ B., *The great rights of mankind. History of the American Bill of Rights*, New York 1977, en especial pp. 160 y ss. LEVY L.W., *Origins of the Bill of Rights*, London-New York 1999, pp. 180 y ss.

11. *V.*, por todos, la gran obra de SCHWARTZ B., *A Commentary on the Constitution of the United States*, tomo relativo a la Part. II, "The Rights of Property", New York-London 1965, pp. 234-5.

regulation de la que pudiese resultar alguna reducción de utilidad al propietario de cualquier bien, regulación que es legítima sin necesidad de ir acompañada de indemnización alguna, distinción esencial y que, por cierto, no fue descubierta en Europa, por la inexistencia de una jurisdicción que controlase la constitucionalidad de las Leyes, hasta bien entrado el siglo XX, casi un siglo después.

En el siglo XIX, en efecto, aparece ya el tema directamente planteado: Sentencias *Pompelly v. Green Bay Company de 1871*, Mugler de 1887, etc. La doctrina constitucional concluyó de perfilarse en *Miller v. Schoene*, 1905, siendo hoy de aplicación normal. El criterio establecido lo formula así Schwartz: "Aunque 'no hay una fórmula para determinar cuando una regulation concluye y comienza un taking' (expresión tomada de la Sentencia *Jones v. City of Portland*, 1917), puede decirse, como proposición general, que el eminent domain toma [take] una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el police power [fuente normal de la regulation] restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público, fórmula impuesta en la Corte Suprema desde 1920"[12].

Desde esta posición, que es neta (o taking o regulation, o al vado o a la puente), se comprende que el Derecho norteamericano desconozca absolutamente la figura de la responsabilidad del Legislador, fuera de los casos en que una Ley sea calificada de expropiatoria, esto es, que contiene un taking cuya *justa compensación* pretenda excluir. Fuera de ese supuesto, una Ley constitucional y eficaz no puede calificarse nunca como un tort, que es la base del Derecho anglosajón de daños; la virtud soberana de la Ley (dentro de los límites de la Constitución) lo excluye a radice. Ninguna Sentencia podrá citarse que defina una tal responsabilidad fuera del ámbito de la Enmienda V.

Disponemos, venturosamente, de un juicio cualificado sobre el problema concreto, el que ofrece el gran iuspublicista americano ya citado, Bernard Schwartz, en su libro clásico French Administrative Law and the Common Law World de 1954, que es una comparación sistemática entre las soluciones del Derecho Administrativo francés y las que ofrece el sistema de Common Law, especialmente en su versión americana, que es la del autor[13]. Schwartz aborda expresamente el problema de la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes con la que se encuentra en el Derecho Administrativo francés, y es categórico:

> ¿Cuál hubiese sido la situación en los Estados Unidos en relación con una Ley del Congreso que hubiera hecho lo que contempló el caso La Fleurette en Francia?. Tal Ley que hubiese prohi-

---

12. SCHWARTZ, *cit.*, p. 264. *V.* también MUNZER S.R., *A theory of Property*, Cambridge-New York 1990 (que incluye en pp. 448 y ss. un análisis de los distintos tests de taking). ACKERMAN B.A., *Private propriety and the Constitution*, Yale University Press, 1973. EPSTEIN R.A., *Taking: private propriety and the power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985. El número monográfico de Columbia University Press, 88, sobre *Jurisprudence of taking*, 1988. SAX, J.L., "Taking and Police Power" en *Yale Law Journal*, 74, 1964; y sobre "Taking, private property and public rights", en la misma revista, 81, 1971. Sobre la eventual introducción de un tercer término, regulatory takings, *V.*, TRIBE L. H., *American Constitution Law*, 2ª ed., Mineola-New York 1988, pp. 595 y ss., donde se cita a un autor de Derecho urbanístico que afirma que diferenciar "regulation de taking ha pasado a ser el más inquietante problema jurisprudencial en el campo del Derecho urbanístico (Land-use Law) contemporáneo... un problema que puede ser para los juristas el equivalente de la caza de los quark para los físicos". Digamos incidentalmente que, entre nosotros, por cierto, el Derecho urbanístico parece haber acertado a resolver el problema con satisfactoria coherencia y respeto de los principios.

13. SCHWARTZ, B., *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954, p. 300.

> bido la fabricación de productos que no presentaban peligro para la salud pública o moral y dictada sólo en beneficio de quienes fabrican productos competitivos[14] podía ser declarada inconstitucional por nuestros Tribunales si no dispone una indemnización por just compensation o indemnización expropiatoria.

La inconstitucionalidad por un taken sin indemnización es, pues, la única vía que el gran jurista americano contempla en el sistema constitucionalizado de garantía de la propiedad[15].

Y añade, para concluir con su análisis:

> Pero la respuesta del Derecho Americano hubiese sido indudablemente que no. La verdadera noción de la responsabilidad del Estado está, para nosotros, completamente fuera de lugar en este tipo de casos. Dictar una Ley es uno de los principales atributos de la soberanía y declarar al Soberano responsable por su ejercicio hubiera sido decidido con un non sequitur rotundo por los Tribunales de Common Law. El perjuicio que un ciudadano puede sufrir por la aplicación de una Ley es considerada por nosotros que forma parte de las cargas sociales de la vida bajo un gobierno[16].

Aún hay que notar que en Estados Unidos sigue presente la regla de la inmunidad en vía de principio de los poderes públicos, y aun de sus agentes, salvo consentimiento expreso del propio poder, el cual se entiende prestado en el orden federal por la Federal Claims Act de 1946. Pero esta Ley no establece la regla de absolute liability de la Administración; la excepción más notable es la de las discrecionary functions[17], entre los cuales, por cierto, se incluyen los Reglamentos, y ello incluso aunque los Reglamentos sean inválidos[18].

IV. EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

En Alemania**,** la jurisprudencia y la doctrina han fijado criterios bastante firmes una vez asentado el sistema de justicia constitucional[19]. Conviene comenzar notando que, a diferencia de nuestro art. 33, el art. 14.3 de la Grundgesetz, que regula la expropiación, se refiere únicamente a la propiedad. En su apartado 3 precisa que "La expropiación está permitida sólo por razones de interés público. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización". Sobre la

---

14. Es el supuesto del caso *La Fleurette*, en el que el Consejo de Estado francés declaró por vez primera en 1938 la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la Ley con el contenido que resume el texto transcrito; es la Sentencia emblemática en la materia de la responsabilidad civil del Legislador, que abre una (muy modesta, por otra parte) línea jurisprudencial, en los términos que comprenderemos mejor cuando estudiemos más adelante el caso de Francia.

15. Aunque inmediatamente agrega: "Puede que los Tribunales americanos hubieran tenido serias dudas -overhesitants- en casos de este tipo... Pero los mismos tienen claramente el poder de declarar inválidas Leyes como la del caso *La Fleurette* si se hubieran decidido a ejercerlo".

16. *Ibidem*, p. 298. La última frase, que hemos subrayado, procede, según el autor, de una Sentencia de la Corte Suprema de 1938 (el mismo año que *La Fleurette*, por cierto).

17. SCHWARTZ B., *Administrative Law*, 3ª ed., Boston 1991, pp. 608 y ss.

18. PROSSER and KEETON, *On torts*, 3ª ed., St. Paul, Minn. 1984, p. 1041.

19. *V.*, KROHN, G., y LÖWISCH, G., *Eigentumsgarantie, Enteignung, Eentschädigung. Handbuch für die Praxis*, 3ª ed., KÖLN, 1984. OSSENBÜHL, F., *Staatshaftungsrecht*, 4ª ed., München 1991. Así como las colaboraciones de LEISNER, W., y PAPIER, sobre Eigentum y Staatsfaftung, respectivamente en el Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik. Deutsland dirigido por ISENSEE y KIRCHHOF, tomo V, pp. 1081 y ss. y 1353 y ss. Heidelberg 1989.

base de este precepto, se habla de la Junktin-Klausel, o cláusula de simultaneidad[20], cláusula que permite operar con cierta seguridad para el enjuiciamiento constitucional de las Leyes materialmente expropiatorias, puesto que si no van acompañadas por la correspondiente cláusula indemnizatoria (directamente o por remisión al sistema expropiatoria general) serán, sin más, inconstitucionales.

Al no cubrir la garantía constitucional nada más que la propiedad, la jurisprudencia civil (que es la competente tanto en materia expropiatoria como en la de responsabilidad de la Administración) ha precisado una figura de ataques (Eingriffe) de la Administración a otros derechos distintos del de propiedad que llama *equivalentes a la expropiación* (Enteignungsgleicher Eingriffe), que utiliza como criterio ordinario el del *sacrificio especial*, siempre referido a otros derechos patrimoniales distintos del de propiedad (daños por obras públicas, o por ejercicios militares, etc.), que, sin embargo, no se regulan por el régimen ordinario de la responsabilidad de la Administración aunque ésta entre en juego.

La distinción entre expropiación y regulación, especialmente la que intente justificarse como una determinación de la función social a que el propio art. 14.1 de la Ley Fundamental sujeta a la propiedad[21] resulta, como bien se comprende, esencial para poder poner en marcha la técnica de la Junktin-Klausel y formular el juicio de constitucionalidad de la Ley que pretenda hacer pasar como una regulación no indemnizable lo que en realidad oculta una verdadera expropiación. El criterio esencial de la expropiación se sitúa en la noción de Eingriff, ataque o despojo contra la propiedad, contra su núcleo esencial, con multitud de matices y doctrinas que no interesa ahora demasiado seguir ahora[22].

Es ahora muy importante notar que el especial régimen de responsabilidad aplicado por la jurisprudencia a los ataques administrativos equivalentes a la expropiación, aunque regidos por los cánones materiales de la expropiación, no es nunca aplicado a los daños producidos por las Leyes. En el Derecho alemán, fuera del ámbito estricto de la Junktin-Klausel, que determinará la anulación por el Tribunal Constitucional de una Ley materialmente expropiatoria que pretenda excluir la indemnización correlativa, ningún Tribunal ordinario (civil o contencioso-administrativo) puede declarar la responsabilidad patrimonial por daños eventualmente producidos por las Leyes, invóquese el principio que se quiera. Esta doctrina, que veremos que se extiende incluso al supuesto específico de perjuicios producidos por Leyes declaradas inconstitucionales, salvo en el supuesto específico del proceso ordinario en cuyo seno se hubiera suscitado la *cuestión de inconstitucionalidad*, se explica por una falta de jurisdicción del juez sobre el legislador (argumento que es también aplicable a nuestro sistema, como veremos) y

---

20. En el Deutsches Rechts-Lexikon, 2ª ed., tomo II, München 1992, p. 596, se interpreta la cláusula Junktin en la fórmula de *no cabe expropiación sin simultánea regulación de la indemnización*. Junktieren es un término alemán que procede directamente del latín jurídico; tiene, pues, el mismo origen etimológico que nuestros *juntar, ayuntar, yugo*, etc.

21. Abgrenzung der entschädigungs pflichtigen Enteignung gem. Art. 14.III GG gegenüber der entschädigungslosen Eigemtumsbindung gem. Art. 14.I.2 GG (la distinción entre la expropiación que según el Art. 14.III de la Ley Fundamental implica un deber de indemnizar y la vinculación de la propiedad no indemnizable según el art. 14.I.2 de la misma Ley Fundamental), son los términos de MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 9ª ed., p. 629. München, 1994.

22. Sigue valiendo sustancialmente la exposición que hice en mi viejo libro Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, *cit.*, pp. 64 y ss. *V.*, MAURER, *cit.*, pp. 629 y ss., en especial pp. 634 y ss. para los criterios que utiliza el Tribunal Federal Constitucional.

también porque los Tribunales entienden que cualquier decisión sobre las finanzas públicas corresponde a la potestad presupuestaria de las Cámaras, inmune al juez ordinario, de modo que una eventual indemnización impuesta al legislador debe reservarse al legislador mismo[23].

La firmeza del criterio de la jurisprudencia alemana de negar cualquier relación entre la Ley y la responsabilidad por daños se ha hecho especialmente visible cuando el Derecho Comunitario, como veremos más detenidamente más adelante[24], ha venido a imponer responsabilidades patrimoniales a los Estados por Leyes que infringen normas que en el Derecho Comunitario están concebidas como garantizadoras de derechos patrimoniales individuales[25]. Hasta 1996 no se planteó la cuestión respecto de Leyes procedentes del Estado alemán. Han sido las Sentencias del Tribunal de Justicia Brasserie du Pêcheur-Factortame III, de 5 de marzo de 1996, y Dillenkofer, de 8 de octubre del mismo año[26]. Como expondremos más adelante, el Tribunal de Justicia en estos procesos de responsabilidad patrimonial de los Estados formula la posibilidad de la existencia de tal responsabilidad, pero remite su estimación final al juez nacional, que es a quien corresponderá apreciar si ha existido en la conducta del Estado una "falta suficientemente caracterizada" o grave que condiciona la aplicación final de la responsabilidad. Pues bien, así como en el caso de los autos acumulados Brasserie du Pêcheur/Factortame III, la justicia inglesa en el segundo de los autos hizo sin grandes vacilaciones la estimación de que el Reino Unido había incluido en tal tipo de falta cualificada con su Ley Merchant Shipping Act de 1988, declarando en consecuencia la responsabilidad civil del Gobierno inglés (por cierto: en favor de los pescadores españoles que habían sido expulsados de los caladeros ingleses en virtud de tal Ley)[27], la justicia alemana ha negado rotundamente la existencia de tal falta cualificada y ha excluido toda indemnización a la sociedad francesa demandante a quien por la Ley alemana de definición del método bávaro del siglo XVI como único válido para elaborar bebidas que mereciesen el nombre de cerveza o Bier excluyó durante años de la entrada en su mercado de la cerveza fabricada por dicha empresa recurrente[28].

---

23. PAPIER H.J., *op. cit.*, pp. 1380 y ss., especialmente p. 1382. Aunque críticos con esta posición de la jurisprudencia (que entienden que debe rectificarse en caso de leyes singulares), *V.* también OSSENBUHL, *op. cit.*, p. 194 (y también en su colaboración a la obra colectiva dirigida por BARNÉS, J. *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid 1995, p. 953). Fetzer, R. Die Haftung des Staats für legislatives Unrecht, Berlín 1994, p. 119.

24. *V.* en mi trabajo ya citado "El principio de la protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador" en *RAP* 159, diciembre 2002, § IV.

25. Esta delimitación del supuesto, que se conoce como Schutznormtheorie, a su vez procedente del Derecho común alemán de daños, teoría adoptada por la jurisprudencia comunitaria, es esencial, aunque no siempre la resalten los autores. *Cf.*, sobre el Derecho alemán, KROHN G., y LÖWISCH G., *Eigentumsgarantie, cit.*, pp. 45 y ss. Sobre la relevancia del principio en el Derecho Comunitario (a partir de la Sentencia HNL de 5 de julio de 1977, GRABITZ E., "Liability for Legislative Acts", en la obra colectiva dirigida por SCHERMES, HENKEL y MEAD, *Non contractual liability of the European Communities*, Dordrech-Boston-London 1988, en especial pp. 6-7.

26. *Cf.*, sobre estos casos, ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid 1997, pp. 27 y ss. y 65 y ss. GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, pp. 481 y ss. y 486 y ss.Valencia 2001.

27 *V.*, mi trabajo, "Le dénouement de l'affaire Factortame. La responsabilité civile du Royaume Uni", en *Mélanges en hommage Michel Waelbroeck*, tomo I, Bruxelles 1999, p. 355 y ss., (y una versión previa en *RAP*, 145, 1988).

28. *V.*, las referencias a la Sentencia Brasserie du Pêcheur/Factortame III, y el contraste entre el modo como aplicó la justicia inglesa la responsabilidad del legislador hacia los pescadores españoles y la justicia alemana, que la negó a los importadores de cerveza, cuando ambos casos constituyen el objeto común de la misma citada Sen-

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO

Existiendo un sistema de justicia constitucional desde su Constitución de 1947 (que entró en vigor en 1948), la solución a la pregunta de una responsabilidad patrimonial del Legislador es la misma que la de los sistemas hasta ahora estudiados: esa responsabilidad patrimonial sólo puede entrar en juego cuando una Ley es anulada por el Tribunal Constitucional por no haber respetado la garantía constitucional del patrimonio privado.

En el caso italiano hay, además, una razón técnica específica, que es el tenor literal del precepto básico por el que se rigen todas y cualquiera de las formas de responsabilidad patrimonial extracontractual, el art. 2043 de su Codice civile, cuyo texto dice:

> Risarcimento per fatto illecito. (Resarcimiento por acto ilícito)
>
> Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien lo ha cometido el hecho a resarcir el daño[29].

Destacamos la expresión danno ingiusto, que hace inviable a limine su reproche a una Ley válida[30]. Sólo si la Ley fuese inválida por infracción de normas constitucionales el daño que causase sería propiamente ilícito y, por ende, resarcible[31].

Ello nos remite al art. 42 de la Constitución, que garantiza la propiedad y establece los límites de esta garantía en los siguientes términos:

> La propiedad es pública y privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a los Entes y a los particulares.
>
> La propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, que determina los modos de adquirirla, de goce y los límites con el fin de asegurar la función social y de hacerla accesible a todos.
>
> La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la Ley, y salvo una indemnización, expropiada por motivos de interés general.
>
> La Ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia.

El art. 43 se refiere al campo de aplicación de la expropiación.

Como resulta del texto del art. 42, uno de los más debatidos por la Asamblea Constituyente, el mismo tiene un marcado tinte socialista[32]. Pero, no obstante, erige una ga-

---

tencia comunitaria, en mi trabajo, *cit.* en nota 55 *supra*, pp. 385 y ss., en particular la nota 23 en p. 386 (nota que falta precisamente en la versión de *RAP*, 145, 1988). El epígrafe de esta parte del trabajo señala "Renvoi à une décision postérieur pour la fixation du montant de l'indemnisation. Analyse finale de l'arrêt anglais: sa clarté et sa détermination. Le contraste avec l'arrêt *allemand (Bundesgerichtshof de 24 octubre 1996*) dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur*". La Sentencia alemana está publicada donde la citada nota precisa. La Sentencia de la Cámara de los Lores (R.v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame Ltd.) es de 1999 3 WLR 1062 (HL). Sobre ella, *V.* últimamente WADE H.W.R. y FOSTER C.F, *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford 2000, pp. 205, 762 y ss. y 770.

29. Sobre la directa aplicación del art. 2043 del Código Civil a la responsabilidad de la Administración, *Cf.*, TORCHIA Luisa, capítulo "La responsabilità", en el *Trattato di Diritto Amministrativo* dirigido por CASSESE S., tomo II, Milano 2000, p. 1457 y ss.

30. DUNI G., *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano 1968, p. 390: "Cuando falta una Constitución rígida, el acto legislativo legalmente emitido constituye siempre una *causa de justificación* -del posible perjuicio que cause su aplicación- idónea para excluir la ilicitud *de dicho perjuicio*".

31. Así DUNI, el texto transcrito en la nota anterior continúa así: "Pero en ordenamientos como el nuestro, llamados justamente de *Constitución rígida*, la causa de justificación puede estar viciada por contraste con la norma constitucional y ser por consiguiente inidónea para justificar el daño, que debe, por consiguiente, ser considerado ilícito". Concreto estas referencias expresas de DUNI porque GALÁN VIOQUE, R., cita a menudo la obra de este autor como supuesto apoyo a su tesis de la responsabilidad patrimonial por Leyes válidas.

rantía del derecho de propiedad a través de la cláusula de expropiación forzosa, si bien salva con énfasis el poder del Legislador en definir sus *límites con el fin de asegurar su función social*, como se habrá notado. Se ha afirmado que ello supone un "reenvío al Legislador ordinario del encargo de transformar el régimen de la propiedad"[33], lo cual quiere decir que la garantía constitucional no cubre en su plenitud la integridad objetiva de un derecho de propiedad considerado como derecho absoluto y consistente por sí mismo. Rodotà ha podido decir por ello que, quizás con exceso, "la elección del reenvío al Legislador futuro ayuda a comprender el anclaje de la garantía de la propiedad en la Ley, y en ésta solamente".

Se plantea entonces cuál puede ser el criterio con el que el Tribunal Constitucional puede controlar la corrección de una Ley que regule o interfiera la propiedad. Rodotà es categórico: no le corresponde determinar a dicho Tribunal la apreciación de la utilidad social [que el párrafo segundo del precepto constitucional remite a las Leyes para determinar "los límites *de la propiedad* con el fin de asegurar la función social", que es una apreciación que "permanece en la competencia exclusiva del Legislador, debiendo (el Tribunal Constitucional) limitarse a controlar si tal apreciación se ha cumplido, en un cuadro legislativo tendente a realizar cabalmente una finalidad de orden social"[34].

Esa especie de *desconstitucionalización* material del contenido de la propiedad podría entenderse que vendría a abrir el camino a la posible apreciación de Leyes dañosas, susceptibles de justificar una condena indemnizatoria ordinaria.

Pero esta visión resulta excesivamente inclinada a una posición socialista casi incondicionada. Si atendemos a la jurisprudencia constitucional, como resulta obligado, encontramos prácticamente las mismas soluciones que en los demás países con jurisdicción constitucional. Es cierto que "la previsión constitucional de la función social de la propiedad singulariza un principio de alcance general, que lejos de estar legitimado en relación a algunos supuestos de hecho previstos por vía excepcional, permita por sí el

---

32. LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Bologna 1977, p. 73, llega a decir que "no deberíamos recurrir a una revisión del art. 42 para introducir el socialismo". *V.* un elenco de opiniones en la colaboración de RODOTÁ Stefano, al magno Comentario della Costituzione, a cura di BRANCA, G., volumen sobre Rapporti economici, Art. 41-44, p. 69 y ss. Bologna-Roma 1982. Puede verse en el comentario de RODOTÁ la historia del precepto en la Asamblea Constituyente (p. 76-87) y sus avatares aplicativos.

33. RODOTÁ, *cit.*, pp. 87 y ss., cita (p. 91) una frase de CALAMANDREI que dice que "para compensar a las fuerzas de la izquierda por una revolución frustrada mancata, las fuerzas de la derecha no se opusieron a acoger en la Constitución una revolución prometida promessa"; y añade RODOTÁ: "Probablemente, al menos en el sentido de no excluir para el futuro la posibilidad de mutaciones más radicales de aquellas que, en el momento, parecían posibles o realizables". Y más adelante (p. 104): "El carácter propio de este artículo termina así con la afirmación de ser no tanto el punto de llegada de un compromiso como, más bien, el espejo de las muchas ambigüedades de aquella situación política, respecto a las cuales la única verdadera mediación o compromiso posible parecía la que ligada a una formulación del artículo que no le diera rigidez de tal forma que hiciera de él un obstáculo a los todavía inciertos desarrollos del futuro".

34. RODOTÁ, p. 107, cita, en ese sentido, la Sentencia constitucional 14/1964, de 7 de marzo. Para poder hablar de ilegitimidad constitucional de una Ley de funzionalizzazione de la propiedad privada (se trataba de una nacionalización), la Corte Constitucional dijo que sería preciso "que el órgano legislativo no hubiese cumplido una apreciación de tales fines (de utilidad general) y de los medios para llegar a la misma, o que esa apreciación hubiese estado inficcionada de criterios ilógicos, arbitrarios o contradictorios, o bien que la apreciación misma se manifieste en evidente contradicción con los presupuestos de hecho. Sería también vicio de inconstitucionalidad si se acreditase que la Ley hubiese puesto en aplicación medios absolutamente inidóneos o que contradigan con el fin que intenta conseguirse, o bien si resultase que los órganos legislativos se han servido de la Ley para realizar una finalidad diversa de la de la utilidad general que la norma constitucional considera". Se deja, pues, en cuanto al fondo, una gran latitud al Legislador.

sistema entero... Principio que en concreto determina que puedan comprimirse facultades inherentes al derecho de entidad variable, sin que exista una predeterminación absoluta del contenido de disfrute del bien"; pero ello no obsta, naturalmente, a que "deba reconocerse un -contenido mínimo-, consistente en el interés del particular en extraer del bien del que es propietario utilidad superior a las desventajas. Dentro de los límites así individualizados, la función social representa un elemento constitutivo de la misma noción de propiedad"[35]. Ese *contenido mínimo* garantizado es lo que nuestra propia jurisprudencia ha identificado, como veremos, en *el contenido esencial* del derecho de propiedad, aludido en el art. 53.1 de nuestra Constitución como un límite infranqueable por el Legislador al regular los derechos fundamentales. La Corte Costituzionale italiana así lo ha precisado, en declaraciones como la siguiente:

> La norma dicha [el art. 42, segundo párrafo] no ha, como se ha sostenido por una parte de la doctrina, transformado la propiedad en una función pública... La Constitución ha claramente continuado a considerar la propiedad privada como un derecho subjetivo, pero ha confiado al Legislador ordinario la misión de introducir, como consecuencia de las oportunas valoraciones y del necesario balance de intereses, aquellos límites que aseguran en ella la función social.

Indudablemente, dicha función con el solemne reconocimiento que ha tenido en Carta fundamental, no puede ser considerada, como en el pasado, una mera síntesis de los límites ya existentes en el ordenamiento positivo en base a disposiciones singulares; representa, más bien, la orientación general que deberá inspirar la futura legislación (Sentencia nº 252/1983)[36].

En concreto, la Corte Costituzionale ha estimado perfectamente constitucionales la Legislación que impone restricciones a la propiedad de los inmuebles arrendados para fines comerciales o artesanales (Sentencia nº 1115/1971)[37], o la que bloqueó las rentas arrendaticias de inmuebles (Sentencia nº 3/1976)[38], o la que impuso prórrogas obligatorias de los plazos pactados (Sentencia nº 32/1980)[39], o la que tasó las rentas (equo canone) (Sentencia nº 58/1980)[40]. Igualmente en lo que se refiere a los arrendamientos rústicos (Sentencias nº 155/1972 y nº 301/1983), a la distancia legal preceptiva entre construcciones (Sentencia nº 120/1996)[41], a las limitaciones por razones urbanísticas o paisajísticas (Sentencias nº 97/1982 y 9 y 122 de 1983, entre otras)[42], etc. Sin embargo, ha estimado inconstitucional la limitación de la *servidumbre de paso coactivo* para los mutilados o inválidos prevista en el art. 1052 del Código Civil, que una Legislación especial había reducido, invocando las necesidades de protección a dichos discapacitados y de acuerdo con *el principio personalista* que inspira toda la Constitución, que impone aquí esfuerzos de socialización de los mismos (Sentencia nº 167/1999)[43].

---

35. SAN GIORGIO, María Rosario, "Proprietà e funzione sociale" en el volumen *Proprietà e Costituzione. I principi giurisprudenziali*, Milano 2002, p. 5, de CINTIOLI, F., y la autora citada.

36. SAN GIORGIO, Mª Rosario, *cit.*, p. 6.

37. *Ibidem*, p. 8: La Constitución "reconoce y garantiza la propiedad, pero reserva a la Ley determinar los modos de adquisición, el goce y los límites con el fin de asegurar la función social y de hacerla accesible a todos".

38. *Ibidem*, p. 8.

39. *Ibidem*, pp. 8-9.

40. *Ibidem*, p. 9; hay varias Sentencias constitucionales más sobre el tema de la Legislación arrendaticia: pp. 11-12.

41. *Ibidem*, pp. 19 y ss.

42. *Ibidem*, pp. 22 y ss.

43. *Ibidem*, pp. 31 y ss.

En general, y aparte el criterio singular referido en la última Sentencia citada, el criterio que suele seguir la Corte Costituzionale es una doctrina que tiene en cuenta factores distintos:

-por una parte, aunque no haya transmisión coactiva de propiedad, se considera expropiación y no limitación el acto que "aun no disponiendo una traslación total o parcial de los derechos, imponga limitaciones tales que vacíe de contenido el derecho de propiedad sobre el goce del bien, tan profundamente que lo hace inutilizable en relación al destino inherente a la naturaleza del bien" (Sentencia nº 6/1966)[44];

-criterio por el que ha considerado expropiatorio la determinación de inedificabilidad absoluta, y sin plazo de duración, por los planes de urbanismo (Sentencia nº 55/1968)[45];

-pero es bastante usual que la Corte distinga, en términos que recuerda la vieja Einzelakt theorie de la doctrina alemana de la época de Weimar[46], las regulaciones que se refieren al régimen de pertenencia de enteras categorías de bienes y los sacrificios singulares[47]. Quizá merezca destacarse que en Italia, contra lo que veremos que ha ocurrido con nuestra jurisprudencia constitucional, se ha declarado no expropiatoria la virtual demanialización general de las aguas privadas, Sentencia nº 419/1996[48]. Fuera de esos supuestos de Leyes materialmente expropiatorias, el Derecho italiano desconoce cualquier otro supuesto de responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes.

VI. EL CASO DE FRANCIA. DUGUIT. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DU FAIT DES LOIS Y SU VERDADERO ALCANCE. LA ADOPCIÓN POR EL CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN

El caso francés es especialmente relevante, porque, por una parte, es en su doctrina, y concretamente en la obra de uno de sus juristas más relevantes, León Duguit, donde se formula por vez primera una verdadera teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, y, por otra parte, su jurisprudencia contencioso-administrativa es también la primera que ha acogido alguna (veremos que muy pocas y escasamente relevantes) sentencia condenatoria al pago de indemnizaciones por ese motivo.

---

44. *Ibidem* (aunque en otro capítulo), pp. 40-1.

45. *Ibidem*, p. 41.

46. Una referencia en mi viejo libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, pp. 68 y ss., reimpresión de 1984.

47. Amplias referencias en *Ibidem*, pp. 41 y ss.

48. *Ibidem*, pp. 58 y ss. Se dice, en concreto de la Ley de 5 de enero de 1994 que "la *publicità delle acque* tiene relación con el régimen de uso de un bien, que se ha hecho limitado, de modo que la declaración de publicidad del agua, atendido como recurso susceptible de uso previsto o consentido, se basa sobre un interés general considerado en línea de principio existente en relación con la limitación de las disponibilidades y con la exigencia prioritaria de uso del agua"... "Sobre un plano más general, debe ser confirmado el principio de que el art. 42 de la Constitución no impone indemnizar cuando la Ley en vía general regula derechos dominicales en relación a determinados fines para asegurar la función social con referencia a enteras categorías de bienes (*v*. por todas la Sentencia nº 328/1990) ni cuando le sea regulada la situación que los bienes mismos tengan respecto a los intereses de la Administración pública, siempre que la Ley tenga por destinatarios a la generalidad de los sujetos (Sentencia 245/1976)". Veremos que nuestra jurisprudencia constitucional utiliza el criterio del *contenido esencial* del derecho de propiedad, lo que le permitió calificar de expropiatorias -a mi juicio, con mayor acierto- las demanializaciones de las costas y de las aguas continentales.

Pero ocurre una circunstancia que importa destacar: esa doctrina y esa jurisprudencia se han producido en una situación de inexistencia de justicia constitucional. Como es sabido, sólo la Constitución gaullista de 1958 admitió un control de constitucionalidad, limitado al momento de la promulgación de la Ley, pero no actuable en el de su aplicación mediante la técnica prejudicial de la *cuestión* planteada al órgano de justicia constitucional por los jueces que tuviesen que aplicar la Ley en un proceso ordinario.

Conviene, por ello, presentar las soluciones del Derecho francés siguiendo esa evolución del sistema.

1. La *doctrina* de Duguit

La personalidad científica de *Duguit* es compleja. Formula, a la vez, una teoría política del Estado y una teoría jurídica. Su magno Traité de Droit Constitutionnel[49] es la expresión más acabada de su doctrina.

En esa obra se encuentra una teorización sumamente extensa de los fundamentos de una responsabilidad patrimonial del Legislador[50]. No pienso que tenga ahora interés reproducirla en todos sus planteamientos, tan amplios.

Duguit comienza observando que la concepción rousseauniana de la Ley como soberana excluía que ésta pudiese ser nunca causa de una responsabilidad, pero uno de los dogmas duguitianos es la afirmación de que la soberanía es irreal e inexistente (su lugar central en el Derecho Público habría sido sustituido por el de servicio público: es una de sus tesis centrales), lo que hace que el Estado deba responder en cuanto "es asegurador respecto de los administrados de todo riesgo que resulte de su actividad general... incluso del riesgo resultante de la aplicación de una Ley". Y ello aunque la Ley sea conforme a lo que él llama el *Derecho superior*, que no es para él la Constitución, por cierto, sino una serie de principios sociales de que el Estado se haría valedor y que surge de *la masa de las conciencias individuales*.

Sobre esa base un tanto sociológica, Duguit formula unos principios que, en general, resonarán a lo largo de todo el siglo: perjuicio especial grave, aseguramiento del riesgo social, socialización de los riesgos, igualdad ante las cargas públicas, solidaridad nacional.

Pero podría interpretarse perfectamente que Duguit estaba pretendiendo determinar esa conciencia social de la que, a su juicio, proceden las reglas de Derecho y el hábito de obedecerlas y cumplirlas.

Desde ahora podemos afirmar que el pronóstico duguitiano de una generalización de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador no se cumplió en Estado alguno. Ni siquiera en Francia esos alegatos proféticos llegaron a cumplirse. La conciencia creciente, en efecto, de una solidaridad nacional no cuajó en esa insólita extensión de la técnica de la institución resarcitoria, sino en instituciones que parecen mucho más adecuadas y eficaces, como el perfeccionamiento del sistema tributario, la seguridad social, la política social de protección y de tutela de clases y sujetos desfavorecidos.

---

49. Manejo la 3ª ed., 5 tomos, París, pp. 1927 y ss.
50. Tomo III, pp. 459 y ss., 551 y ss., 669 y ss. 1930.

Ni siquiera en Francia, como vamos a ver, la doctrina, tan ambiciosa, de Duguit fue recibida cuando, finalmente, se produjeron las primeras Sentencias del Consejo de Estado que parecieron abrir paso a una responsabilidad patrimonial del Legislador[51].

Pero conviene no extraer la conclusión apresurada de que Duguit haya sido un simple utopista ingenuo, que -como suele ocurrir a menudo con los profetas sociales- no haya acertado en sus ensoñaciones sobre el futuro. Deben retenerse, al menos, dos observaciones significativas. La primera es que se trata de un autor que está operando con un sistema sin control de constitucionalidad de las Leyes, que ha sido toda la tradición francesa desde la Revolución de 1789 y que no conoció, con toda probabilidad, la elegante solución del problema de las Leyes expropiatorias materiales en un sistema con control de constitucionalidad que proclama con carácter supralegal una garantía de la propiedad; él avizora certeramente la existencia de un problema y se esfuerza por resolverlo, pero lo hace con armas recortadas e inapropiadas. La segunda observación es más relevante y confirma que en modo alguno Duguit pretendió congelar la legislación existente gravando con indemnizaciones que ningún Estado podría soportar toda alteración legal que venga a ocasionar perjuicios económicos, incluso graves, a la amplia masa de los ciudadanos, pues justamente de él procede la brillante y sumamente eficaz doctrina para resolver el problema de los supuestos derechos afectados por el cambio normativo, la doctrina de las clases de situaciones jurídicas, que veremos que sigue siendo perfectamente operativa y con la cual justamente nuestro Tribunal Constitucional, como se verá más adelante[52], y el Tribunal Supremo, han resuelto con toda corrección los más graves problemas de sustitución global de regímenes jurídicos. Duguit avizora el problema de la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes, certeramente, aunque no acierte con la solución correcta, pero advierte por de pronto con toda lucidez que no se trata, en modo alguno, de coartar al Legislador sus facultades esenciales de adaptación constante de las Leyes a las cambiantes situaciones sociales, que es la primera de sus responsabilidades políticas en un sistema democrático.

2. El *arrêt La Fleurette* de 14 de enero de 1938

Decisión mitificada[53] como iniciadora de una supuesta nueva era en la materia, conviene detenerse en todas las circunstancias del caso.

La industria lechera, fuerza de presión política considerable, junto a los ganaderos, había logrado que en un momento de crisis de su negocio se dictase una Ley en 1934 que prohibió la fabricación y el comercio de todos los productos destinados al mismo uso que la crema láctea que se fabricasen con materia distinta de la leche. La única empresa afectada por ese enunciado convencionalmente abstracto resultó ser la Société des produits laïtiers La Fleurette, que fabricaba un producto, al que llamaba gradine, compuesto de leche, aceite de cacahuetes y yema de huevo. La Sociedad quedó privada, en consecuencia, de toda su actividad y presentó una acción de responsabilidad. El Co-

51. Contra la opinión de algunos, como GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad*, *cit.*, pp. 88 y ss., que presenta el arrêt *La Fleurette*, del que inmediatamente hablamos, como una materialización del influjo de DUGUIT.

52. *V.* ahora mi trabajo "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador" en *Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo*, en prensa, y en *Revista de Administración Pública*, 159, § VI, 2002.

53. Puede verse su texto -sumamente breve- en la obra de LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12e ed., París 1999, pp. 325 y ss.

misario del Gobierno propuso, en sus conclusiones, desestimarla. El Consejo de Estado, sin embargo, otorgó la indemnización.

Su razonamiento es muy simple: que el producto gradine no era perjudicial para la salud; que "nada, ni en el texto mismo de la Ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del caso, permite pensar que el Legislador ha pretendido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada en interés general, debe ser soportada por la colectividad". Esa es toda la justificación, literalmente.

Es verdad que hay una alusión, un tanto imprecisas, por lo demás, a que la carga individual, tan grave en el caso, debía soportarla normalmente la colectividad. Pero debe notarse que, por una parte, aunque formulada en términos abstractos, se trataba de una genuina Ley *de caso único*, afectante a un solo sujeto; que no había términos legales posibles para calificar a la Ley de expropiatoria por su infracción de la garantía constitucional a la propiedad[54]; que se indagan los *trabajos preparatorios* y de aprobación parlamentaria de la Ley y todas las circunstancias para concluir que el Legislador no había pretendido excluir la indemnización.

Todas esas cautelas se mantendrán en la jurisprudencia sucesiva sobre la materia, para cuya relación, por lo demás, sobran dedos en una mano.

3. La jurisprudencia ulterior

El carácter rigurosamente excepcional de la puerta abierta por el Consejo de Estado se confirma si examinamos la jurisprudencia posterior.

Por una parte, subrayando la excepcionalidad rigurosa de la solución, la jurisprudencia posterior subrayó que -en la expresión de sus autorizados expositores- toda Ley que interviene en interés general y preeminente contiene implícitamente la exclusión de toda indemnización[55], supuesto en el cual el propio arrêt La Fleurette excluye expresamente que el juez contencioso-administrativo pueda acordarla, si se recuerda. También exponen los mismos autores que "la eventualidad de una reparación se excluye igualmente cuando la Ley ha sido adoptada en vista de un interés económico general y social de orden general", citando numerosa jurisprudencia en este sentido[56]. Estas reservas al *interés general*, al *interés económico general*, al *interés social* que formula el Consejo de Estado para negar rotundamente la pertinencia de la indemnización cuando una Ley se presenta al servicio de dichos intereses, es el equivalente casi exacto de la distinción entre expropiación y regulación conforme a la función social de la propiedad, que hemos visto que es común en los sistemas con control formal de constitucionalidad de las Leyes para separar el supuesto de aquel otro en que juega la garantía expropiatoria plenamente. Veremos, por cierto, que el Conseil Constitutionnel francés aplica precisamente este criterio de forma explícita.

---

54. La Constitución de la III República carecía de tabla de derechos fundamentales, pero, en cierto modo, esa tabla seguía siendo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo art. 17 era la primera consagración de la garantía expropiatoria. Luego aludiremos al precepto, que en todo caso carecía de fuerza normativa formal. Resultaba claro, utilizando aun los conceptos de la jurisprudencia americana, que era un taking inequívoco, no acompañado (aunque, no la excluyese expresamente) de la correspondiente indemnización.

55. *Les grands arrêts*, *cit.*, p. 328.

56. *Les grands arrêts*, p. 329.

Por lo demás, el perjuicio que puede pretender indemnización ha de ser no sólo *especial*, en un sentido casi matemático (una o pocas víctimas), lo que excluye los supuestos de una generalidad del campo de aplicación, que es lo normal en las Leyes abstractas, generales y con un círculo de destinatarios indeterminado y masivo, como suele ocurrir con las Leyes ordinarias[57], sino, además, *anormalmente grave*[58].

Se explica así que sólo en tres casos *más* desde 1938 hasta hoy el Conseil d'État haya repetido la solución La Fleurette, lo que explica la frase de Chapus: "La responsabilidad por hecho de las Leyes y convenios internacionales es un producto de lujo. No se le sirve todos los días"[59].

Esos tres casos, tomando la exposición de la última monografía que conozco sobre el tema, la de F. Senkovic[60], son los siguientes:

-Caucheteux et Desmond, de 21 de enero de 1944: perjuicio sufrido por una empresa especializada en la producción de glucosa para la producción de cerveza por razón de una Ley que limitó el porcentaje de otros productos distintos de la malta de cebada (supuesto análogo a La Fleurette, como se ve).

-Bovero, de 25 de febrero de 1963: derecho de un propietario a ser indemnizado al no haber podido recuperar sus locales por virtud de una norma de valor legislativo que prohibió el desahucio de las familias de los militares situados en Argelia.

-Compagnie d'aménagément et de promotion inmobilière (CAPRI), de 18 de diciembre de 1981: titular de una licencia de construcción cuyos efectos fueron interrumpidos por la aparición en las obras de ruinas de interés arqueológico.

El balance, como se comprende, resulta más bien pírrico, teniendo en cuenta el volumen y la importancia de la Legislación que el Estado francés ha dictado desde 1938 a la actualidad, las revoluciones o cambios radicales de políticas que en esos años, tan revueltos, han tenido lugar, de modo que parece justo que haya podido hablarse de *una pseudo responsabilidad del Estado Legislador*[61].

Las aproximaciones, un tanto iluminadas, de Duguit no son, al final, identificables en modo alguno en ese magro resultado, como se comprende.

4. La adopción expresa del criterio *taking-regulation* por el *Conseil Constitutionnel*

Más interés que el intento de *sacar punta* a esa modestísima y bien circunscrita experiencia jurisprudencial, tiene la observación -que no he visto, por cierto, que recoja ninguna de las exposiciones del tema tópico de la responsabilidad patrimonial du fait des Lois- de que en Francia misma el Conseil Constitutionnel, en su función de control preventivo de la constitucionalidad de las Leyes, ha llegado por su cuenta (como, por lo demás, todas las justicias nacionales, según hemos visto, sin que resulte visible la in-

57. Los conceptos aludidos, con sus referencias jurisprudenciales en *Les grands arrêts*, p. 330.
58. *Ibidem*, p. 331.
59. CHAPUS R., *Droit Administratif général*, I, 5ª ed., París 1990, p. 932.
60. SENKOVIC F., *L'Évolution de la responsabilité de l'État Législateur sous l'influence du Droit Communautaire*, Bruxelles 2000, pp. 196 y ss.
61. MORANGE, en 1992, *cit.* por SENKOVIC, p. 196. "Triste balance", reconoce esta última autora, y aun GALÁN VIOQUE.

fluencia de unas sobre otras, lo que viene a revelar que se trata de una solución impuesta por *la naturaleza de las cosas*)[62] a la misma solución inaugurada por la Corte Suprema americana, la distinción entre taking y regulation, entre expropiación y regulación según el interés general, esta última perfectamente válida sin que vaya acompañada de indemnización alguna, aunque pueda implicar -e implique normalmente, como veremos cuando examinemos la jurisprudencia de nuestro propio Tribunal Constitucional- algún menoscabo o restricción patrimonial relevante para los destinatarios de las Leyes o para alguno de ellos, afectando, por tanto, inexcusablemente, a sus *intereses patrimoniales legítimos*.

Esta posición es extraordinariamente más importante, por la significación y la trascendencia de las Leyes a las que se ha aplicado, que la modestísima resultante de la jurisprudencia La Fleurette, referente, como hemos visto, en supuestos sumamente restringidos y excepcionales.

La base de esa toma de posición del Consejo Constitucional está en el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama la garantía del derecho de propiedad y la garantía correlativa de la expropiación forzosa[63]. La consideración de la Declaración de 1789 como una garantía constitucional operativa la dedujo el Conseil Constitutionnel de su mención expresa por el Preámbulo de la Constitución, y como tal es aplicada para controlar la constitucionalidad de las Leyes a partir de su básica Decisión de 27 de diciembre de 1973.

Sobre esa base, ha declarado contrarias a la Constitución Leyes que, implicando una expropiación material, pretendían eludir la indemnización correspondiente o hacerlo por valor inferior al real o juste indemnité. Pero, a la vez, ha excluido también resueltamente la calificación como expropiatorias de Leyes que regulaban derechos de una manera más restrictiva o limitativa que las anteriores, de modo que resultaban perjuicios perfectamente evaluables para sus titulares.

Podemos esquematizar su jurisprudencia en los siguientes términos:

1º Que el campo de aplicación del derecho de propiedad protegido no se limita al que recae sobre bienes inmuebles; también a bienes muebles, como acciones de una sociedad (lo que sujetó al fundamental art. 17 de la Declaración de derechos a todas las operaciones de nacionalización de empresas, algunas tan importantes y extensas como las acometidas en 1981, en el primer período presidencial de Mitterand en el que se emprendió resueltamente realizar el *Programa común* socializador de los Partidos socialista y comunista, criterio rectificado poco más de un año después), marcas de fábrica, de comercio o de servicio[64].

---

62. En concreto, por la naturaleza y esencia misma del poder legislativo democrático, que no admite -puede afirmarse en términos categóricos- ninguna otra solución, que pondría necesariamente en cuestión su posición central en el sistema político y social.

63. Este es el texto del art. 17: "Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, nadie puede ser privado de ella si no es cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige de forma evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". Es la primera inclusión en la historia entre las garantías de derechos fundamentales de la garantía expropiatoria. Recordemos que la Enmienda V de la Constitución americana es de 1791.

64. Toda la información, que resumo, sobre la aplicación del art. 17 de la Declaración de Derechos de 1789 por el Conseil Constitutionnel la extraigo del excelente *Code Constitutionnel*, commenté et annoté por M. DE VILLIERS y RENOUX, Th.S., edición de 1994, Litec, París 1994, pp. 111 y ss. y su 2ª edición de 2001. También FAVOREU, L., *Nationalisations et Constitution*, París 1982. FROMONT M., "Le droit de propriété et la Constitution en Allemagne

2º Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que aunque de la redacción del art. 17 de la Declaración parece deducirse una concepción individualista y absoluta del derecho de propiedad, el Consejo Constitucional, después de destacar la evolución del fin y de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad, ha indicado que éste "ha sufrido una evolución caracterizada a la vez por una notable extensión de su campo de aplicación a dominios individuales nuevos y por las limitaciones exigidas por el interés general" (Decisión 132 de 1981); de modo que "es en función de esa evolución como debe entenderse la reafirmación por el preámbulo de la Constitución de 1958 el valor constitucional del derecho de propiedad" (Decisión de 25 de julio de 1989)[65].

3º El carácter fundamental del derecho de propiedad no excluye, pues, que pueda ser objeto de limitaciones o atteintes. Hay que hacer una distinción fundamental entre atteintes que impliquen *desposesión*, *privación* o *desnaturalización* de dicho derecho, de aquellas otras que no llegan a ese extremo, de modo que sólo las primeras están condicionadas para su validez al régimen de la expropiación indemnizada. Esta idea esencial la expresan plásticamente Favoreu y L. Philip: el derecho de propiedad es un derecho *alcachofa*: el Legislador puede arrancarle hojas, y ello no implicará un deber de indemnizar, pero no puede destruir su *corazón* sin sufrir una censura del juez constitucional, es decir, *suprimir el fundamento mismo del derecho*[66].

En concreto, el Conseil Constitutionnel ha estimado que no constituyen *desposesión* del derecho de propiedad en el sentido del art. 17 de la Declaración:

-sujeciones inherentes al control fiscal que producen el efecto de privar temporalmente al propietario del uso de un bien (Decisión 81-133);

-someter a autorización ciertas infraestructuras e instalaciones de comunicación audiovisual (Decisión 81-141);

-restricciones al derecho de voto de los accionistas de sociedades comerciales, pues el art. 17 "no implica en absoluto que las Leyes no puedan restringir el ejercicio del derecho de propiedad sin una indemnización correlativa" (Decisión 83-162);

-no son tampoco expropiaciones las regulaciones que fijan reglas aplicables en caso de explotación de fincas por su propietario que contradicen las disposiciones sobre control de las estructuras agrarias, regulaciones que preveían que si un propietario no ha regularizado su situación al término de un año después de haber sido intimado para hacerlo el Tribunal paritario específico pueda autorizar que la explotación sea llevada por cualquier persona interesada (Decisión 84-172);

-tampoco es expropiación la prohibición por una Ley de que las empresas periodísticas puedan realizar operaciones financieras con el fin de preservar el pluralismo de la prensa (Decisión 84-181);

-ni la competencia que se otorga a la Administración de establecer zonas protegidas y someter a autorización previa, que puede ser negada eventualmente, las operaciones de división de propiedades inmuebles (Decisión 85-189);

---

et en France", en el vol. I de la obra *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Etudes en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, Montpellier 1984, pp. 277 y ss.

65. *Code Constitutionnel*, 1ª ed., *cit.*, p. 111; 2ª ed., p. 145.

66. *Code Constitutionnel*, 1ª ed., p. 113; 2ª ed., p. 147. Más precisamente, me permito entender, nuestro Tribunal Constitucional habla de que las Leyes reguladoras no han de destruir su *contenido esencial*, de acuerdo con el límite que al Legislador impone el art. 53.1 de la Constitución en relación con los derechos fundamentales. *V.* más adelante la exposición del Derecho español.

-tampoco puede considerarse una medida expropiatoria el derecho reconocido a la entidad pública de Radiodifusión de situar ciertas instalaciones en la parte superior de edificios, pues es una *molestia soportable* que no implica *privación de propiedad*, por no privar a éste de su contenido, siendo una simple *servidumbre de interés público*;

-ni la prohibición de publicidad del tabaco, que aunque "sin duda es susceptible de afectar en su ejercicio al derecho de propiedad de una marca de tabaco, encuentra su fundamento en el principio constitucional de protección de su salud" (Decisión 90-283);

-tampoco infringe el art. 17 de la Declaración una homologación de tarifas de los hospitales privados con fin lucrativo (Decisión 90-287);

-ni el poder conferido al Ministro de Economía de controlar la adquisición de acciones de sociedades privatizadas (Decisión 89-254).

Pero, en cambio,

-una operación de nacionalización implica una privación del derecho de propiedad sometida al art. 17 de la Declaración (Decisiones 81-132, 83-167);

-supuesto en el cual la indemnización debe ser integral (Decisiones 81-132, 81-139);

-principios que se aplican también a las privatizaciones (Decisión 86-207). Etc., etc[67].

Se notará que esta jurisprudencia es mucho más jugosa y sustancial que las casi pintorescas, y en todo caso rigurosamente excepcionales, Sentencias que declaran indemnizables (ya nos consta con cuántas condiciones y reticencias) los daños producidos por una Ley. Hay aquí un análisis mucho más profundo y serio del problema. Ya sabemos, sin embargo, que el control del Conseil Constitutionnel es únicamente previo a la promulgación de las Leyes y en el caso de existencia de un recurso (fuera del supuesto de las Leyes Orgánicas y de los Reglamentos de las Asambleas parlamentarias, en que actúan de oficio) de los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional o del Senado, del Primer Ministro o de sesenta senadores o diputados: art. 61 de la Constitución. No puede ejercer ningún control por reenvío prejudicial de los jueces (cuestión de inconstitucionalidad), como es común en los demás sistemas europeos de control de constitucionalidad. Es en este último espacio, donde el control por la Constitución no es posible, donde únicamente puede llegar a jugar algún papel la técnica, tan limitada y circunscrita, por lo demás, de la indebidamente enfatizada responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes.

67. Todos los ejemplos citados se toman del Code Constitutionnel citado, 1ª ed., pp. 111 y ss.; 2ª ed., pp. 145 y ss. He hecho una corta selección, que podría fácilmente multiplicarse. Remito a la obra indicada.

§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Isabel Boscán de Ruesta
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

PRESENTACIÓN

La invitación que me formularon los organizadores de este libro homenaje al Dr. Allan Randolph Brewer-Carías, para colaborar con un trabajo, la atendí con entusiasmo por el gran aprecio que le profeso a quien le ha dado tanto al desarrollo del Derecho Administrativo en Venezuela.

La reciente promulgación del *Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos* (*Gaceta Oficial* N° 37.323, del 13 de noviembre de 2001) y mi dedicación en los últimos años a la materia petrolera, motivaron que escogiera como tema *La Actividad Petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*.

El trabajo realizado que culminé en agosto de 2002, consta de aproximadamente 180 páginas, por lo que me sugirieron que dada su extensión lo publicara independientemente y que escogiera una parte de él, para incluirla en esta publicación.

De manera que seleccioné uno de los aspectos de la primera parte del trabajo en referencia, con la esperanza de que con este modesto aporte contribuya a homenajear a uno de los máximos exponentes del Derecho Administrativo Venezolano.

I. INTRODUCCIÓN[1]

Etimológicamente la palabra petróleo significa *aceite de roca* (petro: roca y oleum: aceite) cuya composición química la integran el carbón (c) y el hidrógeno (h). La combinación natural de estos elementos en distintas proporciones ha dado origen a una serie de hidrocarburos que se presentan en estado gaseoso, líquido, semisólido y sólido.

Los hidrocarburos se encuentran acumulados en el subsuelo en estructuras geológicas denominadas trampas.

Dentro de éstas se encuentran contenidos en una roca porosa que se llama roca madre, por lo que el yacimiento se compone de una parte sólida, la roca porosa que es el recipiente, y de una parte líquida o gaseosa, (mezcla de hidrocarburos) y agua.

Desde épocas remotas los hidrocarburos se designan con nombres diferentes: brea, asfalto, betún, mene, chapapote, copey, oro negro, petróleo, etc.

---

1. Los datos sobre este primer punto fueron obtenidos de las siguientes obras: BARBERII, Efraín, *El Pozo Ilustrado*: Programa de Educación Petrolera, Publicación del Fondo Editorial del Centro Internacional de Educación y Desarrollo (FONCIED); BARBERII, Efraín y ROBLES, Mercedes, *Léxico de la Industria Venezolana de los Hidrocarburos*, Ediciones CEPET; y de la publicación "Gas Natural. Aspectos básicos". *Colección Temas Petroleros.*

En la industria petrolera la palabra petróleo o petróleo crudo se emplea para designar a los distintos compuestos químicos *líquidos* resultante de la combinación de los elementos mencionados y la palabra hidrocarburos abarca estos compuestos en sus cuatro estados: gaseoso, líquido, semisólido y sólido.

En su estado gaseoso, estos elementos se denominan gas natural, constituido por una mezcla de hidrocarburos ligeros: metano, etano, propano y butano. El gas natural se encuentra en los yacimientos acompañado de otros hidrocarburos. Si el gas en los yacimientos contiene propano, butano y fracciones más pesadas en cantidades suficientes, se denomina gas húmedo, y si es mayormente gas metano, se le denomina gas seco. Existen yacimientos de petróleo, de puro gas, o de combinación de ambos.

En estado líquido, los petróleos crudos suelen clasíficarse en livianos, medianos, pesados o extra pesados. Esta clasificación se basa en la gravedad, fluidez o viscosidad específica o índice de grado API de cada crudo. API es la abreviatura de American Petroleum Institute, y se utiliza universalmente para la catalogación y establecimiento de diferenciales de precios, combinado con otros factores, tales como el contenido de azufre o metales, corrosividad, rendimiento específico, etc., de cada tipo de crudo o sus derivados. A mayor cifra de grados el petróleo es más liviano y de mayor valor económico, a menor cifra de grados, el petróleo es más pesado y de menor valor económico. Menos de 5° API, la sustancia no es considerada hidrocarburo.

El término *condensado natural* alude a una mezcla de hidrocarburos líquidos recuperados de un yacimiento de gas natural no asociado, de mayor valor económico que los crudos livianos.

Algunos petróleos pesados y extrapesados que son líquidos o semilíquidos en el yacimiento por la temperatura, tienden a ser semisólidos en la superficie. Igualmente, los hidrocarburos más livianos al emanar a la superficie, con el contacto del aire y por la acción del agua y del sol se tornan semisólidos o sólidos. El bitumen y el asfalto son hidrocarburos sólidos. Del bitumen se obtiene la orimulsión[2].

Cada hidrocarburo en los distintos estados en que existen tienen características físicas y químicas propias y la presencia en algunos de ellos de otros elementos (azufre,sal, niquel, vanadio, sulfuro de hidrógeno, etc.), exige de tratamientos y procesos especiales para la obtención de productos de calidad.

Los hidrocarburos en su estado original (hidrocarburos naturales), y los derivados obtenidos de su procesamiento, (gasolina, naftas, querosene, combustibles diesel, gasóleo, orimulsión, etc.) constituyen una fuente energética de gran importancia en el mundo y materia prima para otras actividades económicas.

Los yacimientos de hidrocarburos han sido siempre propiedad del Estado venezolano. Es la ley la que determina a quien pertenecen, y esta titularidad ha sido establecida por disposiciones de rango constitucional y legal.

El examen de la normativa reguladora de los hidrocarburos muestra que esta titularidad ha sido reconocida en determinadas épocas a la República, como personificación jurídica del Estado, y en otras, a los Estados miembros del Estado Federal venezolano.

---

2. Orimulsión: combustible utilizado en las plantas generadoras de energía eléctrica como sustituto del carbón. Se obtiene de mezclar agua y un surfactante (aditivo químico) con bitumen. Presenta ventajas económicas y ambientales frente a otras fuentes de energía y se almacena, transporta y arde como los productos derivados del petróleo, manteniendo un precio competitivo con el carbón.

Examinaremos el tratamiento jurídico que sobre este aspecto muestra la normativa reguladora de los hidrocarburos. En una primera parte formularemos algunas consideraciones generales sobre la manera como el Derecho regula la propiedad de las cosas, y sobre los términos Estado, República, Nación, País y Patria, a objeto de determinar cuales de ellos utiliza la ley para atribuirle personalidad jurídica y por ende, la cualidad de propietario de bienes. Esto en razón de la discusión que en algunos ámbitos se ha planteado en relación precisamente sobre quien es el propietario de los hidrocarburos. Para algunos es la República, para otros la Nación, para otros el Estado.

En la segunda parte se hace una síntesis de la evolución histórica sobre la problemática relacionada con la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos y su regulación actual.

II. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS

1. Las personas

A. Las personas naturales y las personas jurídicas

Los bienes o cosas pertenecen a las *personas*, término que es utilizado en el ordenamiento jurídico para determinar el sujeto que puede ser titular de derechos y obligaciones.

El sujeto o persona constituye el presupuesto de cualquier relación jurídica: *La cualidad de persona es una condición precisa para ser titular de derechos, obligaciones, responsabilidades, poder y oficios*[3].

Es la norma jurídica la que determina a quienes puede atribuírsele la cualidad de persona y al efecto hace una distinción entre las personas naturales y las personas jurídicas:

La persona natural es todo individuo del género humano: *Todos los individuos de la especie humana son personas*. (Art. 16 del Código Civil).

La persona jurídica es todo ente que no siendo persona natural, el derecho le reconoce cualidad para ser titular de derechos y obligaciones: *Son personas jurídicas y por tanto capaces de obligaciones y derechos: 1°) La Nación y las Entidades Políticas que la conforman; 2°) Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las Universidades y, en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público; 3°) Las asociaciones, corporaciones y fundaciones licitas de carácter privado… (Art. 19)*

La persona jurídica es lo que llaman algunos autores, un sujeto creado artificialmente, capaz de tener un patrimonio susceptible de imputársele derechos y obligaciones. También se les suele denominar como personas abstractas, personas morales, personas colectivas, personas incorporales, personas ficticias, etc.

---

3. MOLES CAUBET, Antonio, "La Personalidad Jurídica del Estado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 81, p. 16.

B. Las personas jurídicas públicas y privadas

Existe una diversidad de personas jurídicas o de carácter moral, siendo la *summa divitio* la que distingue entre personas jurídicas públicas o de derecho público y personas jurídicas privadas o de derecho privado.

La determinación de los criterios aplicables para calificar a las personas jurídicas como públicas o privadas ha sido un tema bastante discutido por la doctrina, cuyo análisis rebasa el objeto de este trabajo. En la practica existen numerosas personas jurídicas a los cuales ha sido difícil calificar como públicas o privadas. Pero de lo que no hay duda alguna es que las llamadas colectividades territoriales o personas públicas territoriales, entre nosotros, República, Estado y Municipios, son las que ostentan el carácter de persona jurídica pública por excelencia, por ser las llamadas a ejercer, a través de sus órganos, el poder público en su respectivo ámbito territorial. En la propia Constitución encontramos tal calificación*: …quien esté al servicio de las Municipalidades, de los Estados y de la República y demás personas jurídicas de derecho público …… (Art. 145)*

C. El Estado como persona. Los conceptos de Estado, Nación, República, País y Patria

El Estado está dotado de la cualidad de *persona jurídica* destinatario de normas y titular de poder y deberes tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional. *La personalidad jurídica del Estado es un supuesto en todo sistema de derecho positivo, aún cuando no tenga una formulación concreta. Generalmente esta puede encontrarse en los Códigos Civiles*[4].

Los elementos existenciales del Estado son el pueblo, el territorio y el poder, cuya integración ha sido objeto de estudio desde distintos puntos de vista: como fenómeno político o sociológico, como organización y como institución jurídica, y se habla de Estado-organización; Estado de Derecho o regido por el Derecho, Estado-persona, etc.

No se encuentra una definición de Estado universal y generalmente aceptada, entendemos que por la diversidad de enfoques con que se le trata y su vinculación con términos tales como Nación, País, Patria y República.

Según el Diccionario de la Real Academia:

Estado: Cuerpo político de una Nación.

Nación. Conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno. Territorio de ese mismo país. Conjunto de personas de un mismo origen étnico y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.

Patria: Tierra natal o adoptiva, ordenada como nación, a la que se siente ligado el ser humano, por vínculos jurídicos, históricos y afectivos.

País. Nación, región, provincia o territorio.

4. MOLES CAUBET, Antonio, *ob. cit.*, p. 13.

D. La denominación del Estado en las constituciones venezolanas

Esta denominación no ha sido uniforme. La constitución de 1811 identificó al Estado Venezolano como *Confederación de Venezuela.* La constitución de 1819 es la primera que lo denomina como *República de Venezuela* (Título 2 art. 1°). La constitución de 1821 que rigió en lo que se conoce como la Gran Colombia, lo denominó *Nación Colombiana*.

Al disolverse la Gran Colombia, Venezuela recupera su condición de Estado independiente, y en la Constitución de 1830, se identifica al Estado como *La Nación Venezolana*, denominación que se mantiene en la Constitución de 1857 y 1858.

La Constitución de 1864, en su Título I, art. 1° establece que las provincias allí mencionadas se unen para formar una Nación libre y soberana, con el nombre de *Estados Unidos de Venezuela.*

Este nombre se mantiene en las Constituciones de 1874 (art. 1); 1891 (art. 1); 1893 (art. 1); 1901 (art. 1 y 2); 1904 (art. 1); 1909 (art. 4); 1914 (art. 8); 1922 (art. 8); 1925 (art. 1); 1928 (art. 1); 1929 (art. 1); 1931 (art. 1); 1936 (art. 1); 1945 (art. 1) y; en la de 1947 (art. 1).

En la Constitución de 1953 se le cambia la denominación por la de República de Venezuela: "La Nación venezolana es la asociación de los venezolanos en un pacto de organización política con el nombre de República de Venezuela"…(art. 1)

Esta denominación es mantenida en la Constitución de 1961 y modificada en la vigente Constitución de 1999 por el de *República Bolivariana de Venezuela*.

Al Estado también se le ha denominado como Fisco Nacional. En efecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, luego de establecer en su artículo 1°, que la Hacienda Pública Nacional comprende los bienes, rentas, y derechos que forman el activo y el pasivo de la *Nación,* dispone que la Hacienda, *Considerada como persona jurídica, se denomina Fisco Nacional*.

E. Equivalencia de los términos Estado, País, Nación y República en los textos constitucionales

Si bien, en los distintos textos constitucionales el Estado venezolano se ha denominado de una forma determinada, en muchas de sus disposiciones se utilizan los términos Nación, País o República indistintamente para establecer o referirse a potestades, funciones, obligaciones, derechos, etc., que le corresponden.

En la exposición de motivos de la Constitución de 1961 se hacía referencia a esta diversidad de términos:

> En cuanto a terminología, se ha hecho el esfuerzo de emplear vocablos de un contenido determinado para evitar las interpretaciones que resultan de la falta de uniformidad.
>
> En la Constitución venezolana se han venido empleando, por ejemplo, los términos *Nación* y *República* de manera imprecisa. Cuando se ha dicho que *la Nación venezolana es un pacto de organización política* se ha usado un vocablo que corresponde más bien al concepto de Estado.
>
> Para evitar la confusión terminológica, la Comisión acordó usar el nombre de *República* para designar la personificación del Estado venezolano y la palabra *Estado* de manera excepcional, cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas.

> Consideró la Comisión que, por razones históricas a que más adelante se hará referencia, conviene conservar la denominación de *Estados* para las entidades políticas fundamentales que integran la República; y, para distinguir lo relativo a dichas entidades de lo que es competencia del Estado Federal, se pronunció por usar el neologismo *estadal*, considerando que el calificativo *estatal* se atribuye más bien a la unidad política nacional constituida por el *Estado*.
>
> En cuanto a la palabra *Nación*, se acordó limitar en lo posible su uso y emplearla solamente en su sentido propio, lo que impuso modificar la denominación de algunos órganos político-administrativos como: *Contraloría de la Nación, Procuraduría General de la República*.

En la exposición de motivos de la Constitución de 1999 aparecen estos términos indistintamente utilizados: "…se establece que la *Nación* venezolana, organizada en *Estado*, se denomina *República* Bolivariana de Venezuela. Se define la organización jurídico-política que adopta la *Nación* venezolana como un *Estado* democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el *Estado* propugna el bienestar de los venezolanos…"

En sus disposiciones, igualmente se utilizan sin precisión estos términos: "La *República* Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente… Son derechos irrenunciables de la *Nación* la independencia, la libertad…" (Art. 1). "Venezuela se constituye en un *Estado* democrático y social de Derecho y de Justicia …(Art. 2). El Estado tiene como fines esenciales… (Art. 3). La *República* Bolivariana de Venezuela es un *Estado* Federal…(Art. 4). Los órganos del *Estado* emanan de la soberanía popular". (Art. 5). Los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al *país* sin necesidad de visa (Art. 50).

La equivalencia de estos términos también la encontramos observada en diversas sentencias. En efecto, con ocasión de dilucidar el alcance del término *empresas del Estado*, la extinta Corte Suprema de Justicia, estableció:

> El inciso 15 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le otorga a ésta una competencia especial, no en razón de la materia, sino de las *personas* contra quienes sea intentada la acción. Un privilegio que era originariamente exclusivo del *Estado*, ha ido extendiéndose a otras entidades a través de las cuales aquél puede realizar más adecuadamente algunos de los nuevos fines que le han sido impuestos por la evolución social y su mayor intervención en la actividad económica del *país*……. La *República* o un Instituto autónomo son entidades de identificación precisa, que ninguna duda pueden suscitar al intérprete. En cambio, no así la tercera situación -como lo demuestra el caso sub judice- en que se precisa definir qué empresas han de beneficiarse del mismo privilegio.
>
> En primer lugar, considera la Corte que habiendo utilizado la Ley la expresión *Estado*, no está permitido darle a este término una significación distinta de la que lexicográfica y jurídicamente le corresponde.
>
> El *Estado* es, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española el cuerpo político de una *Nación*. Jurídicamente no es distinta su significación, tal como se precisa en la Exposición de Motivos de nuestra vigente Constitución, que se expresa así: "Cuando se ha dicho que la *Nación* venezolana es un pacto de organización política" se ha usado un vocablo que corresponde más bien, al concepto de *Estado*.
>
> Para evitar la confusión terminológica, la Comisión acordó usar el nombre de *República* para designar la personificación del *Estado* venezolano y la palabra *Estado* de manera excepcional, cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas.
>
> En consecuencia, desde que entró en vigencia la actual Constitución, en el campo jurídico venezolano *tienen igual significación los términos de República y Estado*, aunque esta última expresión será preferentemente empleada cuando se trate de distinguir las actividades públicas de las actividades privadas.

> No hay duda que el ordinal 15° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia tuvo muy en cuenta estos matices lexicográficos al establecer un fuero privilegiado para determinadas personas jurídicas, y así utilizó, en primer lugar, la expresión *República* para referirse a la personificación jurídica del Estado venezolano, y la palabra *Estado* para referirse a la participación de la misma República en entidades de carácter privado como son las empresas.
>
> Gozan, pues, de dicho fuero privilegiado, en primer lugar, la *República* (el *Estado*), los Institutos Autónomos y las empresas en que el Estado (la propia República) tengan participación decisiva (Sentencias del 20 de enero de 1983 y del 21 de junio de 1984) .

Estos conceptos también han sido tratados por numerosos juristas: *El Estado es la persona jurídica mayor: Es la personificación jurídica de la Nación, o, lo que es igual, el sujeto de los derechos de la Colectividad Nacional. En sentido estricto se opone a las personas públicas estatales menores: Estados, Municipios, Institutos Autónomos. En sentido amplio, el Estado abarca la totalidad de los Entidades Estatales de un país determinado. El concepto de Estado pertenece al derecho, en tanto que el concepto Nación, a la sociología…: La Constitución, el Código Civil, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y numerosas leyes aluden preferentemente a la Nación y algunas veces a la República al referirse al sujeto de derecho de la unión federal. Evitan referirse al Estado, probablemente para no crear confusión con los estados miembros …La Nación, el Estado venezolano, la República de Venezuela y el Fisco, constituyen un solo y mismo sujeto de derecho*[5].

2. El Estado como propietario

A. El derecho de propiedad. Diversos regímenes jurídicos

El artículo 115 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad y establece que la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. El Código Civil por su parte, establece que *las cosas que pueden ser de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmuebles* (Art. 525) y en cuanto a los bienes en relación con las personas a quienes pertenecen el mismo Código establece lo siguiente:

> *Artículo 538*. Los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los Establecimientos Públicos y demás personas jurídicas y a los particulares.
>
> *Artículo 539*. Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades son del dominio público o del dominio privado… Son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes…
>
> *Artículo 540*. Los bienes del dominio público son de uso público o de uso privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades.
>
> *Artículo 541*. Los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado.
>
> *Artículo 543*. Los bienes del dominio público son inalienables; los del Dominio Privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes especiales que los conciernen.
>
> *Artículo 544*. Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a leyes especiales respectivas.

---

5. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Primera Edición, Art. 387 y ss.

Además de estas previsiones fundamentales del Código Civil, numerosas leyes contienen disposiciones especiales aplicables a ciertos bienes o categorías de bienes, tales como la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, la Ley Forestal de Suelos y Aguas, la Ley Aprobatoria del Tratado sobre Plataforma Continental, Mar Territorial y Espacio Aéreo, etc.

Respecto de los bienes propiedad de las personas públicas territoriales, la gran distinción es, como antes se indica, bienes del dominio público y bienes del dominio privado.

El interés de esta distinción reside en la dualidad de regímenes jurídicos a los que cada una de las dos categorías de bienes está sometida: Al Dominio Público se le aplica un régimen jurídico público exorbitante del civil cuya característica principal es la inalienabilidad de estos bienes; el dominio privado está sometido fundamentalmente al régimen de derecho común contenido en el Código Civil, y otras leyes especiales.

De manera que conforme a nuestro derecho positivo, el principio es que los bienes pueden ser propiedad de los entes públicos y de los particulares, pero en ciertos supuestos la ley establece un régimen especial de derecho de propiedad sobre un tipo de bienes que consiste en que su titularidad no será reconocida por la ley sino a favor de un ente o persona determinada y que en consecuencia no reconoce la ley eficacia jurídica a ningún mecanismo legal del cual pueda resultar un derecho de propiedad para una persona distinta de ese ente. Así ocurre en el caso de los bienes del dominio público de uso público (ríos, lagos), y también ocurre con otro tipo de bienes como son las armas de guerra; al respecto, la Constitución en su artículo 324 establece lo siguiente: *Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República, sin indemnización ni proceso…* La Constitución no reconoce el derecho de propiedad de ningún particular sobre las mismas, y en consecuencia es un imposible jurídico para los particulares hacer valer la condición de propietario respecto de ninguna arma de guerra; pero ello resulta de una norma expresa y precisa.

En cuanto a la forma de adquisición, los bienes los adquieren las personas utilizando los medios o mecanismos jurídicos que la ley establece tales como la compraventa, la prescripción, la permuta, etc. También la ley establece medios de adquisición coactivos, a favor de las personas públicas, para la adquisición forzosa de bienes, tales como la expropiación, la confiscación o el comiso de bienes.

B. Titularidad de los bienes públicos

En lo que atañe a la titularidad de los bienes públicos, se observa la misma falta de uniformidad terminológica, anteriormente observada.

El artículo 538 del Código Civil establece que: *Los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares.*

El Código Civil venezolano fue promulgado en 1942, bajo la vigencia de la Constitución de 1936 que utilizaba el término Nación y no República para referirse al Estado: *La Nación Venezolana y su organización: La Nación venezolana es la reunión de todos los venezolanos en un pacto de organización política con el nombre de Estados Unidos de Venezuela* …. De allí que el artículo 19 del Código Civil anteriormente transcrito establezca*: Son personas jurídicas, y por tanto, capaces de obligación y derecho: 1° La Nación y las Entidades políticas que la componen.*

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en su artículo 19 establece: *Son bienes nacionales; 1) Los bienes muebles o inmuebles que por cualquier título entraron a formar el patrimonio de la Nación al constituirse ésta en Estado soberano, y los que por cualquier título haya adquirido o adquiera la Nación o se hayan destinado o se destinaren a algún establecimiento público nacional o a algún ramo de la Administración Nacional; 2) Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren….*

La Constitución de 1999 al referirse a la propiedad de los recursos naturales en general, alude al término Nación: *…Cuando se trata de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación…* (Art. 113); mientras que cuando se refiere a una categoría específica como son las minas e hidrocarburos, le atribuye su propiedad a la *República*: *Los yacimientos mineros y de hidrocarburos… pertenecen a la República…* (Art. 12). En otras disposiciones se alude al Estado… *Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado…* (Art. 84).

¿Esto significa que existen bienes que pertenecen unos al Estado, otros a la Nación y otros a la República, como personas jurídicas diferentes? La respuesta es categóricamente negativa, puesto que el Estado como sujeto de derecho, goza de personalidad jurídica única, que le confiere la capacidad de ser titular de potestades, deberes y obligaciones aunque haya tenido diferentes denominaciones (Estados Unidos de Venezuela, República de Venezuela o República Bolivariana de Venezuela), y aún cuando numerosas normas jurídicas utilicen los términos Nación, Patria, País, para referirse a él, como titular del poder público nacional o como propietario de bienes.

Los bienes que las leyes atribuyen al Estado o que éste adquiere por diversos mecanismos jurídicos, integran el patrimonio público del Estado.

Sociológicamente hablando es el patrimonio colectivo de todos los venezolanos, pero no está a disposición de cada uno de los miembros de esa colectividad o de una mayoría de ellos, pues jurídicamente esa colectividad no tiene personalidad jurídica sino a través del Estado, el cual debe administrarlos en beneficio de la colectividad y conforme a las leyes que regulan esa administración.

Es pertinente citar palabras del jurista francés H. Berthélemy, alusivas al alcance de la propiedad colectiva:

> Cuando digo que el Estado es una persona moral quiero expresar lo siguiente: los franceses son colectivamente propietarios de bienes y titulares de derechos; tienen un patrimonio colectivo que no está a disposición de cada uno de ellos, como los bienes de una sociedad mercantil no pertenecen a cada asociado tomado individualmente[6].

Por otra parte, al igual que las personas naturales, las personas jurídicas públicas o privadas tienen un nombre o denominación y es con su respectivo nombre como aparecen suscribiendo los distintos actos jurídicos que realizan.

El Estado venezolano tiene, conforme a la constitución vigente, el nombre de República Bolivariana de Venezuela, de allí que todas sus actuaciones (legislativas, ejecutivas, judiciales y otras) que ejecuta a través de los titulares de los distintos órganos en que se encuentra estructurado, aparecen realizadas bajo su nombre. Por tanto, lo técnico jurídico es considerar que los bienes del Estado son aquellos asignados o adquiridos a nombre de la República, considerada como la personificación del Estado y la utilización

6. BERTHÉLEMY, H., Citado por LARES MARTÍNEZ, Eloy, *ob. cit.* p. 389.

de términos diferentes, no tiene relevancia jurídica, y deben entenderse utilizados como sinónimos.

De manera que la discusión sobre si determinados bienes pertenecen a la República, al Estado o a la Nación, carece de relevancia jurídica.

III. PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS

Los yacimientos de hidrocarburos son bienes producto de la naturaleza de propiedad pública.

En efecto, las minas, concepto que abarca los yacimientos de hidrocarburos, han sido siempre bienes de propiedad pública: de la República o de los Estados. Ello en razón de que en Venezuela ha regido el principio que distingue entre la titularidad de suelo y de las minas que se encuentran en el subsuelo. La propiedad del suelo puede ser pública o privada, la de las minas, fundamentalmente las metálicas, hidrocarburos y otros combustibles, siempre ha sido pública. En la época colonial en una primera etapa eran propiedad del propietario del suelo y a partir de 1783, de la Corona.

1. Origen. La etapa colonial[7]

A. Primer período. 1526-1783: Los hidrocarburos pertenecen al propietario del suelo

La titularidad pública de las minas tiene su origen en las leyes vigentes en la época colonial. Las primeras disposiciones que rigieron en la época colonial, eran las mismas aplicables a la Metrópoli, las cuales atribuían a la Corona la propiedad de las minas, pero solo hacían referencia a las minas metalíferas (oro, plata, plomo, estaño, etc.), de manera que el propietario del suelo era también de los hidrocarburos que se encontraban en la superficie o en el subsuelo.

(a) Edicto Real del 9 de diciembre de 1526

El 9 de diciembre de 1526 Carlos I, Rey de España, promulgó un edicto real sobre minería, mediante el cual atribuye a la Corona, las minas de las tierras descubiertas.

(b) Declaración Real del 17 de diciembre de 1551

Establece que, al igual que los españoles, los indios pueden descubrir y trabajar las minas.

---

7. Los datos sobre las regulaciones aplicables en la época colonial hasta el Decreto del Libertador de 1829 fueron obtenidos en las siguientes obras: MARTÍNEZ, Aníbal R., *Cronología del Petróleo Venezolano,* Ediciones del CEPET. 1986; BENDAHAN, Daniel, *La Legislación Venezolana sobre Hidrocarburos,* Ediciones de la Bolsa de Comercio de Caracas, 1969. Obra Colectiva: *La Industria Venezolana de los Hidrocarburos*, Publicaciones del CEPET, tomo II, 1991. Aspectos Legales: SPÓSITO JIMÉNEZ, Emilio, Capítulo 18, pp. 18-401 y ss.

(c) Ordenanzas de San Lorenzo del 22 de agosto de 1584

El Rey Felipe II sanciona las Ordenanzas de San Lorenzo, en las cuales se refunde todo lo concerniente a la minería.

(d) Las Leyes de Indias

Autorizan a los gobernadores a aplicar las leyes de España en todas las colonias americanas.

(e) Recopilación de las Leyes de Indias del 18 de mayo de1680

Carlos II publica la recopilación de Indias, que incluye las referencias a todas las disposiciones anteriores sobre minería y ordenó aplicar las Ordenanzas de San Lorenzo en América.

B. Segundo Período. Desde 1783 los hidrocarburos se incluyen dentro de las minas y pertenecen a la Corona

(a) Ordenanzas de Minería para la Nueva España del 22 de Mayo de 1783

Carlos III dicta, en Aranjuez, las Ordenanzas de Minería para la Nueva España, conforme a las cuales: *Las minas son propiedad de mi real corona así por su naturaleza y origen,* atribuyendo al Rey la potestad de otorgar concesiones para *descubrir, solicitar, registrar y denunciar no sólo las minas de oro y plata, sino cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medio minerales, bitúmines o jugos de la tierra*.

Es entonces, a partir de las Ordenanzas de Minería para la Nueva España del 22 de mayo de 1783, elaboradas en México, donde abundaba el betún o chapapote,y adoptadas por el rey Carlos III en Aranjuez, cuando se incluyeron en el dominio de la Corona las minas no metálicas bajo la expresión *cualesquiera fósiles, bitúmenes o jugos de la tierra*.

(b) Real Cédula del 27 de abril de 1784

Ordena la aplicación, a la Intendencia de Venezuela, de las Ordenanzas de Minería para la Nueva España (Aranjuez) del 22 de mayo de 1783.

De manera que las antiguas leyes españolas, atribuían a la Corona la propiedad de las minas, y el soberano tenía la potestad de conceder su explotación a quien descubriera la mina y reclamara el derecho a explotarla.

2. La primera etapa republicana. 1824-1864: La propiedad de los hidrocarburos es de la República

Al constituirse el Estado venezolano, éste adquirió para la República, derechos de la Corona, entre ellos, las minas.

A. El Decreto de 1829 del Libertador Simón Bolívar[8]

La primera regulación sobre minas adoptada después de la independencia (Reglamento sobre Minas) fue sometida a la consideración del Libertador Simón Bolívar por el Secretario General del Gobierno de la República de Colombia, José Domingo Espinar y el mismo resultó aprobado en Quito, mediante Decreto de fecha 24 de octubre de 1829.

Este Decreto consta de 38 artículos contenidos en dos capítulos: El primero titulado: De los Descubrimientos, Títulos y Deserción de las Minas y el segundo: "De los Jueces y Juicios de las Minas". El artículo 1° del Capítulo I establece que *conforme a las leyes, las minas de cualquier clase, corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto*.

El artículo 38 del Capítulo II establece que *Mientras se forma una ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de Minas de Nueva España dada en 22 de mayo de 1803* (la fecha correcta es 22 de mayo de 1783), *exceptuando todo lo que trata del Tribunal de Minería y Jueces Diputados de Minas y lo que sea contrario a las Leyes y Decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se halle reformado por el presente Decreto*.

En lo que respecta a la propiedad de las minas, señala Rufino González Miranda que *El Libertador declaró, y es este el mayor mérito de su trascendental Decreto, que la propiedad de las minas corresponde a la República, con lo cual las minas de petróleo y demás Combustibles, como todas las otras minas, pasaron del dominio de la Real Corona de España, al dominio de la República, no como una simple consecuencia del cambio de régimen político, sino en virtud de una declaración expresa emanada de la correspondiente autoridad legítima*[9].

B. Resolución del Congreso del 29 de abril de 1832

Establece que, con base en el Decreto del 24 de octubre de 1829 *la ordenanza que debe servir de regla al Gobierno en lo relativo a Minas es la de Nueva España de 22 de mayo de 1783, en los términos que el mismo Decreto expresa*.

C. Primer Código de Minas del 20 de mayo de 1864

El primer Código de Minas estaba integrado por 8 leyes: Ley I: De la Propiedad de las Minas. Ley II: De los Actos que deben preceder a la solicitud de concesión de una mina. Ley III: De las Concesiones. Ley IV: De la supervigilancia sobre las minas. Ley V: De las concesiones de minas anteriores al presente Código. Ley VI De las Experticias. VII: De la Policía y de la Jurisdicción relativa a las minas. Ley VIII: Disposiciones Generales.

---

8. Decreto publicado en Caracas, con el n° 202 de la *Gaceta de Venezuela*, correspondiente al año 1834, información que aparece en la obra de GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *Estudios acerca del Régimen Legal del Petróleo en Venezuela*, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, 1958, p. 49. Nota 32.

9. GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *ob. cit.* p. 48.

La Ley I del Código no contiene una declaración expresa sobre la propiedad de las minas, omisión que es explicada por el jurísta González Miranda[10] de la siguiente manera *que el citado Código se basó en la Ley de Minas francesa de 1810, la cual considera las minas como res nullius mientras no se hayan descubierto y otorgado por el gobierno la correspondiente concesión o la propiedad sobre ellas. Pero, afortunadamente, tal omisión la reparo a seguidas el Poder Ejecutivo en su Decreto del 4 de enero de 1855, reglamentario de las leyes del Código de Minas.*

En efecto, los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto establecían:

> *Artículo 1°*. Son objeto especial del ramo de minería todas las sustancias inorgánicas que se presten a una explotación sean metálicas, combustibles o piedras preciosas, ya se encuentren en el interior de la tierra ya en su superficie…
>
> *Artículo 2°*. La propiedad de las sustancias designadas en el artículo anterior corresponde al Estado y ninguno podrá beneficiarlas sin concesión del Poder Ejecutivo…

3. Segunda etapa. 1864-1953: Los hidrocarburos pertenecen a los Estados

La atribución de la propiedad de los hidrocarburos a los Estados aparece consagrada tanto en textos constitucionales como de rango legal.

A. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864

Esta Constitución es la primera que contiene normas sobre la materia, y específicamente modifica lo relativo a la titularidad y régimen de administración de las minas al establecer: Artículo 13….*los Estados que forman la unión venezolana se obligan: 16) A dejar a cada Estado la libre administración de sus productos naturales.*

No contiene una declaración expresa sobre la pertenencia de las minas, pero se ha interpretado que, conforme a la disposición antes transcrita, implícitamente se produjo la transferencia de la propiedad de las minas de la República a los Estados

Bajo la vigencia de esta constitución, el 24 de agosto de 1865, el Presidente del Estado Zulia otorgó la primera concesión petrolera de Venezuela a Camilo Ferrand[11]. El 2 de febrero de 1866 la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Lucia (hoy Sucre y Monagas), otorgó una concesión petrolera a Manuel Olavarría[12] y el 10 de febrero del mismo año, la misma Asamblea Legislativa promulga el Código de Minas de ese Estado, estableciendo en su artículo 1° que: *se exceptúa de toda concesión las minas de petróleo*[13].

B. Constitución de 1874

Repite las disposiciones antes transcritas de la Constitución de 1864 en su artículo 13, numeral 16.

---

10. GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *ob. cit.* p.. 48.
11. MARTÍNEZ, Anibal, *ob.cit*, p. 26.
12. MARTÍNEZ, Anibal, *ob.cit*, p. 26.
13. MARTÍNEZ Anibal, *ob.cit.* p. 26.

C. Constitución de 1881

Obliga a los Estados a ceder la administración de las minas al Gobierno de la Federación, pero les reconoce como renta propia, parte de lo que produzcan, para ser distribuida entre todos los Estados:

> *Artículo 13.* Los Estados de la Federación Venezolana se obligan:
>
> ...
>
> 15.- A ceder al Gobierno de la Federación la administración de las minas, terrenos baldíos y salinas, con el fin de que las primeras sean regidas por un sistema de explotación uniforme, y que los segundos se apliquen en beneficio de los pueblos.
>
> ...
>
> 32.- A tener como renta propia de los Estados…… las dos terceras partes de lo que produzcan las minas…. administradas por el Poder Federal; y a distribuir esa renta entre todos los Estados de la Federación en proporción a la población que cada uno tenga.

El resto se reservaba al Poder Federal, para ser invertido en el fomento del país (numeral 34).

> El artículo 66 atribuye competencia al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, con el voto deliberativo del Consejo Nacional para: 2°.- Administrar los terrenos baldíos, las minas y las salinas de los Estados, *por delegación de estos*.

D. Las Leyes de Minas dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1881

(a) Ley de Minas del 13 de marzo de 1883

Decreto-Ley dictado por Guzmán Blanco, conforme a las disposiciones de la Constitución de 1881.

> *Artículo 1°.* Todas las minas que haya en el territorio de la República son propiedad del Estado donde se encuentren; y se regirán por un sistema de explotación uniforme, sujeto a las reglas del presente Decreto.

(b) Código de Minas del 23 de mayo de 1885

No contiene disposiciones expresas sobre la propiedad de las minas.

> *Artículo 1°.* Son objeto especial del ramo de minería todas las sustancias inorgánicas, sean metálicas, combustibles o piedras preciosas…
>
> *Artículo 2°.* Conforme al numero 15 del artículo 13 de la Constitución Federal, la administración de las minas corre a cargo del Ejecutivo Federal, rigiéndose por un sistema de explotación uniforme, según las reglas de la presente Ley.

(c) Ley del 30 de mayo de 1887, sobre Minas de la República

> *Artículo 1°.* Todas las minas que haya en la República son propiedad del Estado en que se encuentren; y su administración corre a cargo del Ejecutivo Federal, regido por un sistema de explotación uniforme, en virtud de lo dispuesto por el numeral 15 del artículo 13 de la Constitución Federal.
>
> *Artículo 3.* Son minas las masas o depósitos que se encuentren en la superficie o en las entrañas de la tierra, que contengan …asfalto, …materias bituminosas, aceites….

E. Constituciones de 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922

Con pocas modificaciones de forma, repiten las disposiciones de la Constitución de 1881, en sus artículos 13, numeral 15 y 66, y numeral 2 (1891). Artículo 13, numeral 16 y 76. Ordinal 5° (1893). Artículos 6 numeral 15, 28 y 29 (1901). Artículos 7 ordinal 14, 27 y 28 y 80 ordinal 14 (1904). Artículos 12, ordinal 14, 27 y 30 y 81, numeral 4 (1909) Artículos 19 ordinales 14, 27, y 28 y 78 numeral 18 (1914). Artículos 19 numerales 14, 27 y 28 y 78 numeral 18.

F. Constitución de 1925

Expresamente declara la propiedad de los Estados sobre las minas.

> El artículo 15 establece que: *Los Estados convienen en reservar a la competencia federal: 18) Todo lo relativo a las salinas, las tierras baldías, los productos de éstas, los ostrales de perlas y las minas. Cada Estado conserva la propiedad de dichos bienes respecto a los que encuentren en su jurisdicción, pero la administración de todos ellos correrá a cargo del Ejecutivo Federal, que la ejercerá conforme lo determinen las respectivas leyes… En éstas se establecerá que …las concesiones mineras no serán perpetuas… La renta de las minas …ingresará al Tesoro Nacional Artículo 100… Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela …29) Hacer expedir por el Ministro a quien competa los títulos de concesiones mineras. No están sujetas a la aprobación del Congreso las concesiones mineras …que se otorguen conforme a las respectivas leyes* (art. 78, ordinal 6, última parte).

G. Constituciones de 1929, 1931, 1936 y 1945

Repiten las mismas disposiciones de la Constitución de 1925. Artículos 15 numeral 18; 100 numeral 28 y 78 ordinal 6 (1929). Artículos 15 numeral 18; 100 numeral 30 y 78 ordinal 6 (1931). Artículos 15 numeral 18; 100 numeral 33 y 17 ordinal 6 (1936). Artículos 15 numeral 18; 104 numeral 32 y 78 ordinal 6.

H. Constitución de 1947

Es la primera que distingue a los hidrocarburos de las minas y mantiene el reconocimiento de su propiedad a los Estados:

> El artículo 121 establece que es de la competencia de los Estados *…4) Administrar sus bienes propios, con excepción de los señalados en el ordinal 12 del artículo 138; el cual establece que: Es de la competencia del Poder Nacional …12) la administración de las minas e hidrocarburos… la renta de dichos bienes ingresará al Tesoro Nacional… La Ley podrá establecer un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionen en este ordinal. Artículo 198. Son atribuciones y deberes del Presidente de la República …24) Hacer expedir por el Ministro respectivo …los títulos de concesiones mineras conforme a las leyes. Artículo 162.- Las Cámaras Legislativas, como Cuerpos Colegiadores, tienen las siguientes atribuciones: …8) Autorizar al Poder Ejecutivo Federal …celebrar contratos de interés general…se exceptúan los títulos mineros.*

I. Leyes de Minas y Leyes sobre Hidrocarburos dictadas entre 1891 y 1947

(a) Código de Minas del 30 de junio de 1891

*Artículo 5…*La propiedad de las minas corresponde a los Estados; su administración al Poder Federal y su explotación a aquellos que obtengan o que hayan obtenido del Ejecutivo Nacional una concesión conforme a lo dispuesto en este Código.

(b) Código de Minas del 29 de marzo de 1893. Código de Minas del 23 de enero de 1904. Ley de Minas del 14 de agosto de 1905.Código de Minas del 16 de agosto de 1909

Repiten las disposiciones del Código de Minas de 1891 sobre el régimen de propiedad a favor de los Estados. 1893: artículo 5; 1904: artículo 4; 1905: artículo 2 y; 1909: artículo 7.

(c) Código de Minas del 29 de junio de 1910

No contiene declaración sobre la propiedad de las minas pero si que su administración es a cargo del Poder Federal (Art. 7).

(d) Ley de Minas del 26 de junio de 1915

Esta Ley por primera vez hace una distinción entre la explotación de hidrocarburos de las demás minas:

> El artículo 2° establece el concepto de minas y entre las sustancias que las integran menciona a: *Nafta, Petróleo, Betún, Asfalto, Brea… El artículo 3° establece que las minas de esas sustancias que no pertenezcan a personas o compañías particulares, son inalienables y el Ejecutivo federal las administrará directamente, o por medio del convenio de explotación y de arrendamiento, quedando autorizado para dictar los Reglamentos necesarios*.

(e) Ley de Minas del 7 de junio de 1918

No contiene declaración sobre la propiedad de las minas.

(f) Ley de Minas del 26 de junio de 1920.

En su artículo 3° dispone que: *La explotación de los hidrocarburos, carbón y demás sustancias minerales combustibles se regirá por una Ley especial.*

(g) Leyes sobre hidrocarburos del 1920-1921-1922-1925-1928-1935-1936-1938 y 1943

A partir de 1920 se promulgaron las siguientes leyes sobre hidrocarburos: Ley sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles del 30 de junio de 1920; del 16 de

junio de 1921; del 9 de junio de 1922; del 18 de julio de 1925; del 18 de julio de 1928; del 17 de junio de 1935; del 5 de agosto de 1936; del 21 de diciembre de 1938; Ley de Hidrocarburos del 13 de marzo de 1943, reformada posteriormente en 1955 y en 1967.

Ninguna de ellas contiene declaración alguna sobre la propiedad de las minas. La mayoría sin embargo establece que las concesiones no confiere la propiedad de los yacimientos, sino el derecho de explorarlos y explotarlos por tiempo determinado y bajo las condiciones que determine la ley.

4. Tercera etapa. 1953 - 1961: Eliminación de la referencia de los Estados como propietarios de los hidrocarburos

A. Constitución de 1953

Artículo 60: Es de la competencia del Poder Nacional lo relativo a: …17) La administración de las minas e hidrocarburos… Unicamente se podrán otorgar concesiones y sólo por tiempo limitado para el aprovechamiento de las riquezas naturales. La renta procedente de los bienes señalados …ingresarán al Tesoro Nacional. Artículo 81.- Son atribuciones de las Cámaras Legislativas como cuerpos colegiadores …4° aprobar o negar los contratos que celebre el Poder Ejecutivo Nacional y que conforme a la Ley estén sujetos a este requisito.

B. Constitución de 1961

Artículo 136.- Es de la competencia del poder Nacional ….10) El régimen y administración de las minas e hidrocarburos…La Ley establecerá un sistema de asignaciones especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este ordinal, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados.

El hecho de que la Constitución de 1961 no estableciera expresamente a quién pertenecían los yacimientos de hidrocarburos, (como tampoco lo hizo la de 1953) fue interpretado de manera diferente: para algunos tal omisión debía ser interpretada en el sentido de que la propiedad correspondía a la República, y para otros, a los Estados con vista de la tradición constitucional más próxima.

Por nuestra parte, sostuvimos que de estar ajustada a derecho la opinión según la cual la propiedad es de los Estados, se trataría en todo caso de un derecho de propiedad sólo virtual o vaciado de contenido por la imposibilidad legal para los Estados, de ejercer ninguno de sus atributos como son el uso, goce o disposición.

Que el hecho de que las leyes que han establecido este régimen, atribuyan al Ejecutivo Nacional directamente o a través de entes públicos nacionales, la administración y disposición de los hidrocarburos extraídos de los yacimientos, puede interpretarse en el sentido de que implícitamente le atribuyen la propiedad a la República.

Que si una ley así lo estableciera expresamente, tal determinación estaría ajustada a la Constitución por la remisión que ésta hace al legislador de establecer el régimen de los hidrocarburos, uno de cuyos elementos, es el relativo a la titularidad de los yacimientos.

Que lo razonable y legal es considerar que la República es la propietaria de los yacimientos de hidrocarburos[14].

C. Ley que reserva al Estado la industria y el comercio de los Hidrocarburos (Ley de Nacionalización)

Dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, tampoco contiene declaración alguna sobre la propiedad de los hidrocarburos.

5. Situación actual: Los hidrocarburos pertenecen a la República

A. Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos del 23 de septiembre de 1999

Dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1961, atribuye la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos gaseosos a la República:

> *Artículo 1°*. Los yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes de dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.

B. Constitución de 1999

La Constitución de 1999 expresamente atribuye la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos a la República: El artículo 12 establece que *los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la República***.**

C. Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos del 13 de noviembre del 2001

Dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1999, repite en su artículo 3°, el artículo 12 de la Carta Magna:

> *Artículo 3°*. Los yacimientos de hidrocarburos existentes en el territorio nacional, cualquiera que sea su naturaleza, incluidos aquellos que se encuentren bajo el lecho del mar territorial, en la plataforma continental, en la zona económica exclusiva y dentro de las fronteras nacionales, pertenecen a la República y son bienes de dominio público, por lo tanto inalienables e imprescriptibles.

---

14. Obra Colectiva: *La Apertura Petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente*, Publicaciones Funeda, 1997, pp. 3 y 4.

IV. CONCLUSIONES

La revisión histórica tanto de las constituciones como de las leyes de minas e hidrocarburos que han regulado la materia, evidencia que en Venezuela ha regido el principio que distingue entre el propietario del suelo y de las minas que se encuentran en el subsuelo; que el propietario de las minas, concepto que inicialmente abarcaba a los yacimientos de hidrocarburos, fue, en la primera etapa después de la independencia, la República, luego los Estados que integran el Estado Federal de Venezuela, respecto de los que se encontraban en los límites de sus respectivos territorios, perteneciendo a la República los que se encontraban en los territorios y dependencias federales, y, actualmente, la República de todos ellos, como personificación jurídica del Estado.

Sociológicamente hablando, son propiedad de la *Nación* pero legalmente son propiedad del Estado, cuya personificación jurídica se manifiesta, en el ámbito nacional, a través de la República, a cuyo órgano legislativo le corresponde establecer el régimen jurídico que le sea aplicable, y al Ejecutivo, administrarlos conforme a la legislación establecida, comprometiendo los funcionarios o empleados que intervienen en su administración, su responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria cuando incurran en ilícitos penales, civiles, administrativos o disciplinarios, establecidos para asegurar que esa administración no sea irregular.

Sobre su reciente calificación como bienes del dominio público cabe observar lo siguiente:

Conforme a la doctrina clásica, el concepto de bienes del dominio público servía para distinguir al conjunto de bienes no susceptibles de propiedad privada y afectados al uso directo del público o colectividad, como los ríos, caminos, playas, plazas, etc.

Esta concepción fue ampliada para añadirle los bienes del Estado afectados al funcionamiento de servicios públicos y por tanto, destinados al uso indirecto del público. Esta categoría de bienes son diferentes de los llamados bienes del dominio privado o patrimoniales.

Nuestro Código Civil clasifica en dos categorías diferentes a los bienes pertenecientes a las personas públicas territoriales: bienes del dominio público y bienes del dominio privado (Art. 539 al 544). Dentro de los bienes del dominio público mencionados por el citado Código se encuentran los caminos, los lagos, los ríos, y a ellos pacíficamente se han asimilado otros que, como las playas, puertos y aeropuertos, las calles y autopistas, plazas y parques, etc., también están afectados al uso directo del público, y en general, todos aquellos que participan de esa condición.

La utilidad pública que necesariamente se reconoce a estos bienes fundamenta el régimen jurídico al que están sometidos, y que los hace bienes inalienables, imprescriptibles, inembargables y que no pueden ser hipotecados: *Por cuanto se trata de bienes necesarios para la colectividad, porque su pérdida o menoscabo significaría un grave trastorno para ésta o una causa de interrupción de los servicios públicos, se impone la consagración de ciertos principios de derecho, encaminados a proteger estos bienes. Se llama dominiabilidad pública al régimen jurídico que asegura una protección especial a esta masa de bienes de las entidades administrativas.*

El régimen de dominiabilidad pública tiene por objeto librar estos bienes de las negociaciones que irreflexivamente pudieran realizar las autoridades administrativas, y de las usurpaciones por parte de terceros[15].

Los bienes del dominio privado o bienes patrimoniales son, en términos generales, todos los demás, sujetos a las normas establecidas por el Código Civil para la propiedad privada, salvo las disposiciones que respecto a algunos de ellos puedan establecer las leyes administrativas. Se trata de bienes que sirven para producir ingresos pecuniarios o rentas al Estado o al ente propietario, o que están destinados a ser usados, no por la colectividad como tal, sino por los propios órganos de dichas personas territoriales o por los particulares mediante contratos de distinta naturaleza, celebrados con la respectiva Administración. Entre los bienes del dominio privado de las personas territoriales, pacíficamente se han considerado incluidas las minas, como bienes patrimoniales cuya explotación puede hacer el Estado directamente o los particulares a quienes se les haya otorgado la correspondiente concesión. La historia del derecho minero venezolano evidencia el tratamiento de estos bienes, como del dominio patrimonial del ente propietario. El propio Decreto del Libertador Simón Bolívar establecía que: *Las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad o posesión a los ciudadanos que las pidan bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas...*

Se trata de bienes que por su naturaleza no son susceptibles de ser usados ni por la colectividad directamente, ni por el propio Estado para sus fines específicos, pues, como ocurre en todos los países donde existen, están destinados a ser extraídos del subsuelo para ser comercializados, constituyendo fuente de recursos pecuniarios o rentas, así como puntal de otras actividades.

La doctrina nacional venía incluyendo a las minas e hidrocarburos, junto con las salinas y tierras baldías, dentro de la categoría de bienes de dominio privado del Estado[16].

Si la calificación constitucional y legalmente establecida recientemente, obedece a la necesidad de declararlos inalienables e imprescriptibles, tal razón, no se justifica, puesto que no se trata de condiciones exclusivas y excluyentes de los bienes del dominio público, pudiendo el legislador establecerlas respecto de cualquier tipo de bien de propiedad pública que considere necesario someter a ese régimen de protección especial, como ha ocurrido con ciertos baldíos y ejidos.

En todo caso son los yacimientos o las acumulaciones de hidrocarburos existentes en el subsuelo los que califican como bienes del dominio público, siendo, los distintos yacimientos en su integralidad, inalienables e imprescriptibles, pero una vez extraídos los hidrocarburos del subsuelo, son bienes patrimoniales objeto de negocios jurídicos.

De manera que los yacimientos de hidrocarburos venezolanos son bienes del dominio público inalienables e imprescriptibles, mientras que no se les aproveche o *usen*, pero cuando los hidrocarburos son extraídos del subsuelo, no. Paradojas que chocan con la lógica.

---

15. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo, ob. cit.*, p. 577.
16. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *ob. cit.*, pp. 588 y ss.

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO

Giuseppe Rosito Arbia
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

En el año 1998 nos correspondió participar en el programa de capacitación de funcionarios públicos municipales en el occidente del país, dictado bajo el patrocinio de la Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal (Fundacomn) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que en esa oportunidad tenía como tema central el Marco Legal Urbanístico, instrumentos de Planificación y formas de control.

Para nuestra sorpresa, y a pesar de que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística había entrado en vigencia casi diez años antes, un considerable número de funcionarios públicos municipales no tenían noción de su entrada en vigencia, y mucho menos de su contenido; desconocimiento que se veía agravado por el hecho de que se trataba, en su mayoría, de funcionarios encargados de las diferentes Direcciones de Planificación e Ingeniería Municipal, vale decir, precisamente los llamados a aplicar dicha Ley.

Lo sucedido nos preocupó sobremanera y enseguida observamos que no era un problema exclusivo de una Región determinada del país, ni de una categoría determinada de funcionarios, sino que trascendía de la Administración Pública y afectaba a nuestro gremio, pues eran muchos los abogados que carecían de una mínima formación en la materia urbanística.

Entendimos entonces que se trataba básicamente de un problema de difusión no sólo de esa Ley, sino de muchas otras leyes y normas que junto con ella conforman lo que hemos dado en llamar el Derecho Urbanístico, y comenzamos a proponer al Derecho Urbanístico como materia regular dentro de las especializaciones de Derecho Administrativo, propuesta finalmente acogida por la Universidad Católica Andrés Bello, que a partir del año 2001 incluyo un Seminario de Derecho Urbanístico dentro del Plan de Estudios de la Maestría de Derecho Administrativo que se dicta en esa casa de estudios.

Las presentes notas se desarrollan en el marco de dicho seminario, y pretenden una breve revisión de los aspectos legales que atañen a la planificación urbanística en general, así como de aquéllos involucrados en toda ejecución urbanística, atendiendo para ello a los diferentes textos normativos que conforman el Marco Legal Urbanístico en Venezuela y que orientan la actuación de los funcionarios públicos involucrados en la materia, así como la de los particulares llamados a observarlas al hacer uso de su derecho de propiedad.

En tal sentido, pasamos revista en primer lugar al Marco Legal Urbanístico, entendido como los diferentes textos legales y otros actos de carácter sub-legal que rigen la actividad urbanística en nuestro país y que conforman esa sub-rama del Derecho Administrativo que es hoy día el Derecho Urbanístico.

En segundo lugar, entramos en el estudio de la planificación urbanística, entendida como el conjunto de actividades tendentes a la elaboración y establecimiento de planes urbanísticos que influyen irremediablemente en el derecho de propiedad de los particulares, toda vez que determinan una serie de limitaciones a dicho derecho que condicio-

nan necesariamente uno de sus atributos fundamentales, a saber el derecho a edificar (*ius aedificandi*), de allí que la posibilidad de establecer tales limitaciones debe tener expresa consagración positiva (legal), pues es sólo mediante texto legal expreso que puede aceptarse validamente la posibilidad de limitar el derecho de propiedad.

En una tercera parte analizamos el control en la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, tomando en cuenta las diferentes formas de control por parte de los órganos competentes en la ejecución de Urbanizaciones y Edificaciones, a saber: control previo, concomitante y posterior, luego de lo cual estudiamos el tema de la prescripción tanto de la acción como de la sanción urbanística, para finalizar con una revisión del control judicial y las diferentes acciones ante los diferentes actos administrativos urbanísticos.

Obviamente, se trata de breves notas en aras de la difusión del Derecho Urbanístico, las cuales están muy lejos de agotar los diferentes aspectos tratados, y cuya intención es tan sólo fomentar el interés en su investigación y estudio. Finalmente, debemos advertir responsablemente que, si bien hemos prescindido de muchas notas bibliográficas para facilitar la lectura de este trabajo, dejamos a salvo los derechos de los diferentes autores cuyos textos han sido empleados y forman parte de la Bibliografía consultada para su elaboración, siendo a ellos y no a nosotros a quienes corresponde todo el mérito de algunas de las ideas aquí expuestas.

I. EL MARCO LEGAL URBANÍSTICO EN VENEZUELA

En primer lugar y antes de entrar en el desarrollo del tema, conviene previamente hacer mención de los diferentes textos legales y otros actos de carácter sub-legal que rigen hoy día la actividad urbanística en nuestro país, algunas de cuyas disposiciones analizaremos posteriormente. Son ellos:

1. *La Constitución:* Texto Fundamental, cuyo desarrollo da lugar a la promulgación de las diferentes leyes que rigen la materia urbanística.

Dentro de su texto encontramos toda una serie de normas que directa o indirectamente se vinculan con el Derecho Urbanístico. Son ellas:

Art 7 (Constitución como norma Suprema).

Art. 18 (Distrito Metropolitano: implica un régimen especial de planificación y control).

Art. 71 -segundo aparte- (posibilidad de referéndum en materia urbanística).

Art. 115 (Derecho de Propiedad).

Art. 116 (No confiscación).

Art. 127 (Derecho del Ambiente).

Art. 128 (Nuevo ordenamiento urbanístico).

Art. 129 (Estudios de impacto ambiental).

Art. 156 -19º- (Competencia del Poder Nacional en materia Urbanística).

Arts. 168 -2º- más 178-1º- (Competencia Municipal en materia Urbanística).

Art. 182 (Consejo Local de Planificación)

2 *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* (*G.O.* Nº 3.238 Extr. del 11/08/83) (LOOT): Ley que establece las disposiciones que rigen el proceso de ordenación del

territorio en concordancia con la Estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la nación.

3. *Ley Orgánica De Ordenación Urbanística* (*G.O*. Nº 33.868 del 16/12/87) (LOOU): Ley cuyo objeto es la ordenación del desarrollo urbanístico nacional con el fin de procurar el crecimiento armónico de los centros poblados.

4. *Ley Orgánica de Régimen Municipal* (*G.O*. Nº 4.409 Extr. del 15/06/89) (LORM): Ley que establece las competencias que en la materia urbanística tienen asignados los Municipios, principalmente los artículos 36 numeral 3º; 76 numerales 3º y 6º y 74 numerales 7º, 10º, 13º y 14º.

5. *Otras Leyes:* Además de los textos legales mencionados, deben incluirse también como formando parte del marco legal que rige la materia urbanística a las siguientes leyes: La Ley Forestal de Suelos y Aguas, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley Penal del Ambiente y la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos, ello en razón de que contienen disposiciones cuyo cumplimiento está llamado a garantizar el órgano urbanístico competente a los fines de la preservación y protección del medio ambiente. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en razón de contener las normas generales que en materia de todo procedimiento administrativo deben ser observadas por la Administración en la adopción de sus actos, así como la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos y la Ley Orgánica de Administración Pública. La Ley de Zonas Costeras, en tanto norma que limita el derecho de propiedad en las áreas costeras. Finalmente, la Ley de Venta de Parcelas y la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto a que regulan determinadas actuaciones que se relacionan con el control de la actividad urbanística.

6. *Ordenanzas Municipales*: Anteriormente consideradas leyes locales, son actos de naturaleza sub-legal (SC-TSJ: 23/11/2001 Exp: 00-2517) que determinan competencias y procedimientos en materia urbanística, y en las cuales se concreta el proceso de planificación, definiéndose las diferentes variables urbanas fundamentales, límites del derecho de propiedad.

7. *Disposiciones Normativas:* Entran dentro de tales disposiciones, todos aquellos actos de carácter sub-legal, Reglamentos, Decretos, Resoluciones, Instructivos, Acuerdos y Oficios Aprobatorios, dictados tanto por la Administración Nacional como Municipal, tendentes a regular la materia urbanística, los cuales necesariamente forman parte del marco legal que rige la materia Urbanística. En este punto hay que tener presente la existencia de Decretos que creen Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), toda vez que determinan los límites del derecho de propiedad. Igualmente es fundamental el Decreto Nº 1257 emanado de la Presidencia de la República en fecha 13 de marzo de 1996 (*G.O*. Nº 35.946 del 25 de abril de 1996), mediante el cual se dictan las Normas sobre Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles de Degradar el Ambiente (Variables Ambientales en Zonas Urbanas).

II. PLANIFICACIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD

Señalado como ha quedado el marco legal que rige la materia urbanística en nuestro país, corresponde ahora la revisión de los aspectos legales que de él se derivan y que atañen a la planificación y ejecución urbanística en general, lo cual hacemos de seguidas.

Siendo que la planificación incide directamente en el derecho de propiedad, en razón de que es en función de la primera que se determinan los límites que para el ejercicio de ese derecho deben ser observados por la Administración y los particulares en la ejecución de todo desarrollo urbanístico y habitacional, hemos querido comenzar nuestras consideraciones a partir del análisis del derecho de propiedad y sus limitaciones en materia urbanística, concreción última de la actividad planificadora.

Tal y como se reconoce hoy día el derecho de propiedad no puede ser entendido como un derecho absoluto, sino como un derecho limitado, como expresamente lo define la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 115, según el cual:

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

Así las cosas, el derecho de propiedad se encuentra sometido a limitaciones y restricciones de carácter legal, entendiéndose las primeras como aquéllas que no inciden sobre la titularidad, sino que permiten saber al propietario hasta dónde puede llegar su derecho en relación al uso, goce y disposición, constituyendo en consecuencia el entorno normal de la propiedad; mientras que las segundas van mucho más allá y pueden restringir el uso de la propiedad, reduciendo el ámbito de la facultad de uso o la titularidad del derecho mediante la extinción de la propiedad sobre un determinado bien. No en balde las limitaciones no dan lugar a indemnización (salvo que causen un perjuicio al titular de la propiedad), a diferencia de las restricciones que siempre dan lugar a ella.

Desde el punto de vista urbanístico, uno de los atributos más importantes del derecho de propiedad, a saber, el *ius aedificandi* (derecho a edificar), se encuentra desde hace ya mucho tiempo sometido a toda una serie de limitaciones que regulan su ejercicio. Se trata de toda una serie de condiciones de desarrollo, hoy día conocidas como Variables Urbanas Fundamentales de acuerdo con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (Artículos 86 y 87), que deben ser observadas por todo aquél que pretenda hacer uso de su derecho de propiedad para fines urbanísticos (entendiendo que dicho concepto abarca edificaciones y urbanizaciones), y que la propia Ley Orgánica de Ordenación Urbanística se ha encargado de definir como limitaciones al señalar: "(...) Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas derecho a indemnización". (Artículo 53).

Como vemos, el *ius aedificandi* encuentra para su ejercicio toda una serie de limitaciones (Variables Urbanas Fundamentales, cuyo contenido viene dado a través de Planes, Ordenanzas y otros instrumentos normativos), de allí la relación entre planificación y derecho de propiedad, pues la actividad planificadora va a incidir directamente en el derecho de propiedad, limitándolo y determinando su ejercicio en materia urbanística. En tal sentido, la planificación se traduce en una actividad de singular importancia por su incidencia en la esfera de los derechos de los particulares, lo cual implica la existencia de normas concretas que permitan tal actividad planificadora, en cuanto actividad que pretende limitar y regular el ejercicio de tales derechos, garantizando así el principio de la legalidad, principio fundamental de todo Estado de Derecho. De allí que planificación y ejecución urbanística requieran de normas expresas, con determinación precisa de competencias y límites de su ejercicio, por lo que planificación y ejecución en materia urbanística no es nada una actividad discrecional, sino una actividad completa-

mente reglada en razón del marco legal señalado supra, y cuyo análisis abordaremos a lo largo de nuestra exposición.

1. Planificación

Hechas las consideraciones anteriores, toca entonces entrar en el análisis de la actividad planificadora de acuerdo con la normativa que rige tal actividad.

A. ¿Qué es la planificación urbanística?

A los fines de facilitar la comprensión del concepto, podríamos definir la planificación urbanística como el conjunto de actividades tendentes a la elaboración y establecimiento de planes urbanísticos, vinculada a la consecución de objetivos en relación a: la política urbanística, la ordenación del territorio, las acciones e inversiones públicas, los usos del suelo, sus intensidades, los estándares urbanísticos, los servicios públicos necesarios cualitativa y cuantitativamente, los estímulos para la participación ciudadana y la necesaria coordinación intrapública y con el sector privado, cuyo fin último es el crecimiento armónico de los centros poblados y el desarrollo integral del país.

B. ¿Quién planifica?

De acuerdo con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU), la competencia planificadora se encuentra básicamente repartida entre el nivel nacional y el municipal.

En este sentido, al ejecutivo nacional le corresponde establecer los instrumentos de la ordenación urbanística nacional, así como dictar las normas y procedimientos técnicos para la elaboración de los planes nacionales y locales y para la aprobación de estos últimos conforme a lo previsto en las Leyes Orgánicas de Ordenación Urbanística, de Régimen Municipal y de Ordenación del Territorio (artículo 8 LOOU).

Por su parte, al Municipio le corresponde elaborar y aprobar los planes de desarrollo urbano local, velar por el cumplimiento de los planes nacionales y dictar las ordenanzas en materia urbanística local con sujeción a las leyes, reglamentos y planes nacionales (artículo 10 LOOU).

C. ¿Cómo se planifica?

A tenor del artículo 16 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, la planificación urbanística forma parte del proceso de ordenación del territorio, y se llevará a cabo mediante un sistema integrado y jerarquizado de planes, del cual forman parte:

-El Plan Nacional de Ordenacion del Territorio (PNOT).

-Los Planes Regionales de Ordenacion del Territorio (PROT).

-Los Planes de Ordenación Urbanística (POU).

-Los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL).

-Los Planes Especiales y los Planes Particulares que se formulen.

Como vemos, la planificación se concreta, obviamente, mediante instrumentos (actos administrativos), integrados y jerarquizados, denominados *planes*, los cuales se encuentran consagrados y regulados por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, a ser elaborados por la autoridad competente según el caso, con estricta sujeción a las normas que rigen cada tipo de plan a que se refiere la Ley.

2. Planes

Como se ha señalado, los planes son los instrumentos con los que se da concreción a la actividad planificadora, existiendo de acuerdo con la normativa que rige la materia todo un sistema de planes que se integran y se vinculan entre sí. De allí que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística hable en su artículo 16 de un "sistema integrado y jerarquizado de planes". La idea de este sistema *jerarquizado e integrado* a que se refiere la Ley implica que tales planes están vinculados de tal manera que, pudiendo cada uno de ellos actuar sobre un ámbito o aspecto preciso, su existencia técnico jurídica depende, en principio, de la existencia de otros, configurando así un complejo de planes coherentes destinados a la concreción del fin último de la planificación: el crecimiento armónico de los centros poblados y el desarrollo integral del país.

Veamos pues brevemente en que consiste cada uno de los planes que integran el sistema a que se refiere la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística:

A. El Plan Nacional de Ordenación del Territorio (PNOT)

Tal como nos lo señala el artículo 9 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT), el Plan Nacional de Ordenación del Territorio es un instrumento a largo plazo que sirve de marco referencial espacial, a los planes de desarrollo de mediano y corto plazo del país y a los planes sectoriales adoptados por el Estado (artículo 14 LOOT). Dicho plan es el instrumento primario para la ordenación del territorio que se desagrega en el resto de los planes previstos en la Ley, tiene un contenido de carácter general, su destinatario básico es el sector público, y en él se establecen los lineamientos generales para la mejor utilización del suelo, para controlar y organizar la expansión urbana, para delimitar las grandes áreas y espacios verdes y los lineamientos de la preservación del ambiente, del desarrollo turístico y del desarrollo industrial, entre otros.

Este plan debe comprender las bases técnicas y económicas para su ejecución, las cuales se formulan en concordancia con la dinámica del desarrollo del país, y debe contener los grandes lineamientos del uso y destino del suelo, los grandes trazados de las vías de comunicación, así como la localización de aeropuertos y puertos, las grandes obras de protección de los recursos naturales, el sistema de ciudades a nivel regional, la localización de los grandes complejos industriales y minerales. Todos estos lineamientos generales, deben desglosarse en planes sectoriales a corto plazo.

Por lo que se refiere a su aprobación, el Plan Nacional de Ordenación del Territorio y los Planes Sectoriales, así como sus modificaciones, serán aprobados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a proposición de la Comisión Nacional de Ordenación del Territorio (artículo 20 LOOT), mediante Decreto que se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (artículo 33 LOOT).

B. Los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (PROT)

Previstos en el artículo 10 de la LOOT, son instrumentos a largo plazo que desarrollan los lineamientos generales en el ámbito de cada una de las regiones en las cuales se divida el territorio nacional de conformidad con lo establecido en los artículos 61 y 62 de dicha Ley, de acuerdo a las previsiones y lineamientos del Plan Nacional de Ordenación del Territorio, las cuales, tal y como lo advierte la Ley, podrán o no coincidir con el territorio de las entidades federales.

En dichos planes se establecen los lineamientos generales en el ámbito de la respectiva región, y tienen como directrices generales: los usos a que debe destinarse prioritariamente el territorio general de acuerdo a sus capacidades económicas, ecológicas y a sus condiciones específicas, la localización de las principales actividades agropecuarias, mineras y del sector servicio, los lineamientos generales del proceso de urbanización y del sistema regional de ciudades, la política que incentiva la ejecución de los planes de ordenación del territorio, la localización de los proyectos de infraestructura a nivel regional y los lineamientos generales de las redes de transporte y comunicación (artículo 11 LOOT).

De acuerdo con el artículo 34 de la LOOT, cada Plan Regional de Ordenación del Territorio será aprobado conjuntamente por los Gobernadores de los Estados que integren la región, mediante Resolución conjunta contentiva de la decisión administrativa, firmada por quienes corresponda, la cual se publicará en las Gacetas Oficiales de los Estados respectivos.

C. Los Planes de Ordenación Urbanística (POU)

Regulados por los artículos 18 de la LOOT y 17, 21 y 22 de la LOOU, dichos planes representan la concreción espacial urbana del Plan Nacional de Ordenación del Territorio y del Plan Regional, ya que en ellos se establecen los lineamientos de la ordenación urbanística en el ámbito territorial local (municipios o distritos metropolitanos), y los lineamientos de la inversión pública y la inversión privada en función de la política habitacional, de renovación urbana, de vialidad y demás servicios comunes y urbanos.

Según el artículo 28 de la LOOU, los planes de ordenación urbanística deben expresarse legalmente mediante una resolución emanada del Ministerio de Desarrollo Urbano, hoy día conocido como Ministerio de Infraestructura (MINFRA); y entran en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial.

Conviene destacar, en lo que a la participación de los municipios se refiere en la formulación de los Planes de Ordenación Urbanística, que el artículo 27 de la LOOU obliga a remitir al Concejo Municipal el proyecto del plan elaborado por el Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR), en la actualidad, insistimos, conocido como Ministerio de Infraestructura (MINFRA) para que éste formule sus observaciones en un plazo de sesenta (60) días continuos, respecto al contenido y orientación del Plan, pudiendo dicho Concejo solicitar, por una sola vez, una prórroga de treinta (30) días para tal fin.

Las observaciones del Concejo Municipal son de vital importancia, al punto que de acuerdo con la norma, en ningún caso será aprobado el Plan sin conocerse la opinión de la respectiva municipalidad, quien inclusive puede hacer uso de los recursos de Ley, si considera que sus observaciones eran procedentes y fueron desestimadas sin justificación. Sin embargo, es importante para ello que el municipio haga uso oportuno de su

derecho a hacer observaciones, pues de acuerdo con la norma, transcurrido el plazo indicado sin que se hubieran producido las observaciones requeridas, procederá la aprobación del plan.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 10, numeral 4º de la LOOU, el Ejecutivo Nacional puede delegar en los Municipios la elaboración de dichos planes.

D. Los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL)

Son los instrumentos de planificación cuya elaboración y aprobación corresponde a los Municipios (artículo 36, ordinal 3º Ley Orgánica de Régimen Municipal -LORM- y artículo 10, numeral 1º LOOU), y en ellos se establecen las precisiones en cuanto a la determinación sobre usos y sus intensidades, tomando en consideración las directrices y determinantes establecidas en los Planes de Ordenación Urbanística. Estos Planes de Desarrollo Urbano Local contienen la definición del desarrollo urbano en términos de población, base económica, control de medio ambiente; la clasificación del suelo, la delimitación de áreas libres y áreas verdes, la localización para edificaciones y servicios públicos, el trazado de la red vial y la red de dotación de agua y la de identificación de los terrenos privados que serán afectados por la ejecución del plan, entre otros (artículo 34 LOOU).

(a) ¿Quién los elabora?

Su elaboración corresponde al Alcalde (artículo 74, ordinal 8º LORM) y está a cargo de los organismos municipales de planificación, caso de existir, o en su defecto por quien designe el Alcalde (artículo 38 LOOU), siguiendo el procedimiento que al efecto establece la LOOU, amen de que, como lo señala el artículo 37 de la LOOU, los Municipios pueden establecer, vía Ordenanza, procedimientos complementarios para la elaboración, aprobación, ejecución, control y modificación de los Planes de Desarrollo Urbano Local, sin perjuicio de las disposiciones de dicha Ley.

En los casos en que las municipalidades no formulen sus Planes de Desarrollo Urbano Local, por no tener organismos o recursos necesarios para ello, el proyecto de plan podrá ser elaborado por el MINFRA o por intermedio de otros organismos públicos en quienes se delegue esta competencia, pero siempre con la participación del Municipio (artículo 44 LOOU).

(b) ¿Qué pasa con el proyecto una vez elaborado?

Una vez elaborado el proyecto de plan, el mismo será sometido a la Cámara Municipal para que ésta autorice su publicación a los efectos de la información y consultas públicas necesarias (artículo 38 LOOU).

(c) ¿Pueden los particulares participar en la elaboración del plan?

El proyecto de plan estará sometido al proceso de información y consultas públicas por un período de sesenta (60) días continuos, lapso durante el cual los interesados podrán hacer las observaciones que estimen oportunas o convenientes. Finalizado esta

plazo, se abrirá otro de treinta (30) días continuos para recibir en audiencia a los representantes de los organismos públicos y privados con injerencia en el plan, a fin de conocer su opinión con respecto al mismo (artículo 38 LOOU).

(d) ¿Cómo saben los particulares a partir de cuando pueden participar?

Los plazos para los procesos de consulta e información pública deben ser dados a conocer en un periódico de circulación local, en anuncios que precisarán el o los sitios de exposición del plan, las horas de audiencia y demás formalidades atinentes al caso (artículo 39 LOOU).

(e) ¿Son vinculantes las observaciones y alegatos de los particulares?

Las observaciones y alegatos que se formulen en relación con el Plan de Desarrollo Urbano Local, no tendrán carácter vinculante para el organismo urbanístico autor del mismo, ni su falta de aceptación dará lugar a recurso alguno, salvo que se trate de violaciones al orden urbanístico previsto en la LOOU, caso en el cual la actuación de la autoridad municipal se controlará conforme a la legislación aplicable (artículo 40 LOOU).

(f) ¿Qué sucede después que termina el plazo para las observaciones?

Una vez recibidas las observaciones al plan, el Concejo Municipal decidirá sobre las mismas, aprobándolo inicialmente y remitiéndolo al MINFRA, conjuntamente con las observaciones o alegatos que se hubieren formulado, a los efectos de dar cumplimiento a lo pautado en la Ley Orgánica de Régimen Municipal -artículos 36, ordinal 3º, 76, ordinal 3º y 168- (artículo 41 LOOU).

El MINFRA estudiará el proyecto del plan y se pronunciará en un plazo no mayor de sesenta (60) días continuos sobre la conformidad del mismo con respecto al Plan de Ordenación Urbanística correspondiente, formulando las observaciones que fueren procedentes (artículo 42 LOOU).

De acuerdo con el artículo 43 de la LOOU, si se presentaren discrepancias entre el proyecto del Plan de Desarrollo Urbano Local elaborado por el Concejo Municipal, y las observaciones formuladas por el MINFRA, y las mismas no pudieran resolverse de mutuo acuerdo, se solicitará la intervención de una Comisión *ad-hoc*, para que se pronuncie sobre el particular, integrada por sendos representantes del Municipio y el MINFRA, y un tercer integrante designado de común acuerdo.

El Concejo Municipal, devuelto como fuere el Proyecto de Plan de Desarrollo Urbano Local, someterá el mismo a la aprobación definitiva de la Cámara Municipal, la cual deberá decidir al respecto en un término de dos (2) meses y procederá a su publicación en la *Gaceta Municipal* (artículo 42, parágrafo primero LOOU).

(g) ¿Tiene el Concejo Municipal obligación de hacer público el Plan antes de su Publicación el la Gaceta Municipal?

Durante el período señalado para la aprobación definitiva (2 meses) el plan será publicado a los efectos de garantizar a la ciudadanía en general la información correspondiente (artículo 42, parágrafo primero LOOU).

(h) ¿Qué pasa si vencido el plazo el Municipio se pronuncia?

Al concluir el plazo para la aprobación el plan, sin que el Concejo Municipal se hubiere pronunciado al respecto, el mismo podrá ser publicado por el MINFRA en la Gaceta Oficial, entendiéndose tal acto como la aprobación del referido Plan (artículo 42, parágrafo segundo LOOU).

(i) ¿Puede modificarse o reformarse el Plan una vez aprobado?

De acuerdo con el artículo 45 de la LOOU, es posible la modificación o reforma del Plan, siempre y cuando se cumplan los mismos requisitos de consulta, información y aprobación previstos para su sanción original, además de los requerimientos adicionales que se hayan establecido por Ordenanzas, si las hubiere.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que si tales modificaciones o reformas constituyen cambios de zonificación, habrá de observarse lo que al respecto establece el artículo 46 de la LOOU.

(j) ¿Pude dictarse el Plan de Desarrollo Urbano Local si no existe Plan de Ordenación Urbanística?

Si bien se ha señalado a los planes como los instrumentos con los que se da concreción a la actividad planificadora, señalándose la existencia de todo un sistema de planes que se integran y se vinculan entre sí, la propia Ley Orgánica de Ordenación Urbanística permite la posibilidad de que se adopte un plan inferior aún en ausencia de plan superior que lo determine. A tal efecto señala en su artículo 18 que, la ausencia de planes de ámbito territorial superior no será impedimento para la formulación y ejecución de planes de ordenación urbanística. En el caso de los Planes de Desarrollo Urbano Local, los mismos podrán ser formulados y puestos en vigencia aún en ausencia de los Planes de Ordenación Urbanística, siempre y cuando se ajusten a las normas y procedimientos técnicos previstos por el Ejecutivo Nacional.

En ambas circunstancias, dice la norma, una vez que los planes de ámbito territorial superior entren en vigencia, aquellos que estén jerárquicamente supeditados a los mismos, deberán revisarse y adaptarse a las previsiones correspondientes.

(k) ¿Qué papel juegan las Ordenanzas de Zonificación?

Siendo que la zonificación constituye uno de los elementos esenciales de la planificación urbanística, por medio de la cual se cumple una doble finalidad: la de determinar el uso al que podrán destinarse cada una de las zonas de su ámbito territorial (zonificación funcional); y la de determinar las características que en cada una de esas zonas tendrán que respetar las construcciones (zonificación arquitectónica), dándole contenido al derecho de propiedad de los particulares en lo que a su derecho a edificar se refiere (*ius aedificandi*), se hace necesario entonces que la misma se encuentre perfectamente definida y expresada en un instrumento jurídico.

Así las cosas, la zonificación se puede expresar bajo dos modalidades: o formando parte de un plan de urbanismo, o como un instrumento derivado de dicho plan, pero distinto de él. En tal sentido, las relaciones de la zonificación con los instrumentos de

planificación urbana dependerán, esencialmente, del nivel de precisión con que se elaboren estos últimos: si ellos son muy detallados, su elaboración implica zonificación; por el contrario, si sus regulaciones sobre el suelo urbano son relativamente generales, las mismas, para ser eficaces, deberán ser complementadas y llevadas a una mayor precisión por medio de ordenanzas de zonificación.

Como vemos, dependiendo del nivel de precisión del Plan de Desarrollo Urbano Local, será o no necesaria que se dicte una Ordenanza de Zonificación, a los fines de definir las Variables Urbanas Fundamentales a que se refiere la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, concretándose así la actividad de planificación. De allí su importancia, y de allí que el numeral 3 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, establezca como competencia de los Municipios, la de dictar las ordenanzas necesarias para la ejecución, control y gestión de los planes en materia de zonificación, y que el artículo 19 de la misma Ley establezca que los Planes de Desarrollo Urbano Local se expresarán legalmente mediante Ordenanza, en las cuales se establecerán las precisiones en cuanto a la determinación sobre usos y sus intensidades, así como sobre los demás aspectos que afecten el ejercicio de los derechos de los particulares.

A todo evento, debemos poner de relieve que en la tradición urbanística venezolana, y hasta época muy reciente, por falta de legislación sobre la materia, la gran mayoría de los Municipios ha aprobado zonificaciones que no se ajustaban a ninguna de las modalidades antes descritas, en el sentido de que, ni formaban parte de un plan, porque no había plan de urbanismo, ni tampoco eran instrumentos para su regulación y control. En virtud de esta práctica, en vez de hacer planificación urbanística, simplemente se pretendió reglamentar el aprovechamiento de las propiedades urbanas. No es nuestra labor cuestionar ahora tales Ordenanzas, muchas de las cuales conservan aún hoy su vigencia, pero sí alertar sobre la necesidad de una verdadera planificación urbanística, de acuerdo con las herramientas que desde algún tiempo existen para tal fin, y en razón de las cuales las Ordenanzas de Zonificación forman el eslabón final del sistema, concreción de la actividad planificadora.

Como nota final en lo que corresponde a este punto, recordamos el contenido de la reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de diciembre de 2000, mediante la cual se delimitaron las competencias del Distrito Metropolitano, estableciéndose que: "corresponde al nivel metropolitano la planificación urbanística y ambiental del área territorial donde ejerce sus competencias..." De esta forma, corresponde a éste ente la competencia para dictar los un Plan de Desarrollo Urbano Local que sea común a todos los Municipios, así como los lineamientos generales en la materia.

E. Los Planes Especiales

Su escasa regulación la encontramos en los artículos 49 a 51 de la LOOU. De acuerdo con el artículo 50 de dicha Ley, corresponde a la autoridad urbanística municipal lo concerniente a su elaboración, aprobación y ejecución, dejando en manos del Municipio dictar la regulación correspondiente para tal fin, la cual, por tratarse de instrumentos reguladores, que inciden en el derecho de propiedad de los particulares, deben permitir la intervención de los particulares en su proceso de elaboración.

Su objetivo fundamental es, precisamente, dar un tratamiento especial a algún sector particular cuyas condiciones específicas ameriten un tratamiento por separado dentro

del Plan de Desarrollo Urbano Local. De lo que se trata, es que puede suceder que en el proceso de elaboración de los Planes de Desarrollo Urbano Local, al clasificar por usos el suelo dentro de su ámbito, se prevea que determinadas áreas sean sometidas a un régimen *ad-hoc*, y queden por tanto desprovistas de una regulación detallada de los usos del suelo, lo cual vendría a ser subsanado por vía de los Planes Especiales, o sencillamente, que atendiendo a condiciones específicas de determinado sector, se prefiera una regulación especial y de tratamiento diferente.

Obviamente forman parte integrante del sistema de planes, por disponerlo así el artículo 16 de la LOOU, y si bien, pensamos, pueden dictarse al igual que el Plan de Desarrollo Urbano Local, en ausencia de Planes de Ordenación Urbanística, pensamos que su posibilidad deriva de que tales áreas sean incluidas en el Plan de Desarrollo Urbano Local, aunque no reguladas por éste, dejando su regulación a cargo de un Plan Especial.

Finalmente, advertimos que los Planes Especiales no deben confundirse con los planes de las áreas bajo régimen de administración especial a que se refiere el artículo 32 de la LOOT, como por ejemplo las llamadas Zonas Protectoras, los cuales corresponden ser aprobados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante Decreto que se publicará en *Gaceta Oficial* (artículo 35 LOOT), y cuyo control y ejecución corresponde a los diferentes organismos señalados en el artículo 46 de la LOOT.

F. Los Planes Particulares

A pesar de su inclusión en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística como uno de los que forma parte del sistema integrado y jerarquizado de planes, no existe en la Ley ninguna disposición que los desarrolle, en cuanto a su contenido, objetivo, procedimiento, elaboración u otra modalidad.

En tal sentido, creemos que puede tratarse de aquellos proyectos de urbanizaciones aprobados en ausencia de Planes de Ordenación Urbanística, de Desarrollo Urbano Local y de Ordenanza de Zonificación, o, simplemente, que los Planes Especiales y particulares a que se refiere el artículo 16 de la LOOU, son una misma categoría, que no dos categorías diferentes, de allí el silencio absoluto respecto a los planes particulares.

III. CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE URBANIZACIONES Y EDIFICACIONES POR PARTE DE LOS PARTICULARES

Una vez estudiada la actividad planificadora, corresponde ahora entrar al estudio de la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, respecto a la cual la actividad planificadora se ha encargado de delimitar su derecho de propiedad (artículo 52 LOOU), limitando el ejercicio de su derecho a edificar (*ius aedificandi*) (artículos 53 LOOU y 63 y 66 LOOU), limitaciones que hacen que su ejecución se vea sujeta a distintos tipos de controles por parte de la autoridad urbanística competente, a los fines de garantizar que sus actuaciones estén sujetas a las determinaciones contenidas en los planes nacionales, regionales y locales, tal y como lo establece el artículo 20 de la LOOU, ello en razón de su obligatoriedad (artículo 7, 42, 63 y 66 de la LOOT).

Revisemos entonces las diferentes formas de control que consagra a favor del Municipio la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, a las cual se encuentra sometida la

actividad urbanística desarrollada por los particulares, a cuyo efecto, y para su mejor comprensión las dividiremos en previas, concomitantes y posteriores, según correspondan al inicio de obras, la inspección de estas durante su ejecución y la terminación y habitación de lo construido.

Tengamos en cuenta, que a partir de la Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal ocurrida en 1989, el Gobierno Municipal se ejerce por un Alcalde y un Concejo Municipal, correspondiéndole al primero la rama ejecutiva del gobierno Municipal, dentro de la cual se enmarcan las diferentes formas de control a las que haremos referencia.

1. Control previo

Se refiere al control administrativo de la ejecución de urbanizaciones y edificaciones correspondiente al inicio de las obras por parte de los particulares. En tal sentido, el artículo 80 de la LOOU establece que para la realización de urbanizaciones y edificaciones se requerirá la existencia de un proyecto elaborado por profesionales competentes, quienes responderán por la correspondencia del proyecto con las normas y procedimientos técnicos aplicables y con las variables urbanas fundamentales y demás prescripciones establecidas en el correspondiente Plan de Desarrollo Urbano Local o en la Ordenanza de Zonificación.

Dicho proyecto permitirá al órgano municipal la posibilidad de controlar la actividad urbanística del particular, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LOOU, el mismo debe ser consignado ante el Municipio por el propietario o representante de quien pretenda ejecutar una urbanización, a los fines de que dicho órgano constate el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales y emita, si hay adecuación, la Constancia de Cumplimiento de dichas Variables a que se refiere el artículo 85 de la Ley.

Así las cosas, la Constancia de Cumplimiento de Variables Urbanas Fundamentales, acto administrativo que corresponde ser dictado por el Municipio, permite controlar adecuadamente al inicio la urbanización o edificación que se pretenda ejecutar, permitiendo al ente municipal constatar la adecuación del proyecto, de presentación obligatoria, con las variables urbanas fundamentales a que se refieren los artículos 86 y 87 de la LOOU, según se trate de urbanizaciones o edificaciones, respectivamente, las cuales se encuentran desarrolladas en los Planes de Desarrollo Urbano Local o las Ordenanzas de Zonificación, o serán fijadas por el Concejo Municipal en los casos previstos en el artículo 125 de la LOOU.

Para la emisión de dicha Constancia establece el artículo 85 de la LOOU: 30 días para edificaciones y 90 para edificaciones. En un primer momento, y en relación a el incumplimiento de dichos plazos, se desarrolló la tesis del silencio administrativo positivo: modalidad de dicha figura por la cual se entiende la inactividad de la Administración Pública como respuesta favorable (positiva) a la solicitud. Dicha tesis se fundamentó en la aplicación del artículo 55 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio en concordancia con el artículo 119 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, y así fue reconocido por reiterada jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a saber: sentencias de fecha 18 de agosto de 1988 (expediente 87-8002, caso: *Concejo Municipal del entonces Distrito Iribarren del Estado Lara*); 20 de diciembre de 1991 (expediente 91-12705, caso: *Urbanizadora B.H.O C.A. vs. Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda*); 13 de fe-

brero de 1992 (caso: *Inversiones Caudillaje C.A. vs. Municipio Baruta del Estado Miranda*); 11 de marzo de 1993 (expediente 92-13621, caso: *Promotora Rosavila C.A. vs. Municipio Baruta del Estado Miranda*) y 1 de diciembre de 1994 (expediente 92-12906, caso: *Altos de Curicara S.A. vs. Municipio Baruta del Estado Miranda*).

En la actualidad, el anterior criterio ha quedado superado, y hoy día ya no se acepta la procedencia del silencio positivo, en caso de incumplimiento de los lapsos de emisión de la Constancia por el órgano competente, sino que se considera que la respuesta fue negativa, habilitándose al solicitante para hacer uso de los Recursos administrativos y judiciales correspondientes. Tal es el sentido de las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la materia de fechas 13-12-1999 y 21-12-2000 (casos: *Sindicato Agrícola 168, C.A. y Corporación Bieregi, C.A., respectivamente*).

En cuanto al aspecto formal de la Constancia de Cumplimiento de Variables, tratándose de un acto administrativo, la misma debe contener en su cuerpo documental, las formalidades a que se refiere el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

El procedimiento para la emisión de dichas constancias se encuentra establecido en los artículos 84, 85 y 88 de la LOOU. De acuerdo a tal procedimiento, si el Municipio considera que el proyecto presentado no se ajusta a las variables urbanas fundamentales lo notificará al interesado y ordenará la paralización de la obra dentro de los ocho días siguientes (caso de edificaciones iniciadas con la introducción del proyecto de acuerdo con la posibilidad que establece el artículo 84 de la LOOU, posibilidad que no existe en el caso de urbanizaciones de acuerdo con la misma norma). Esta notificación también implica la paralización del procedimiento y así debe hacerse constar en ella, cuestión muy importante pues, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), si el procedimiento permanece paralizado durante dos (2) meses por causa imputable al interesado, operará la perención, vale decir, deberá iniciarse nuevamente, desde el principio, el procedimiento, con el consecuente nuevo pago de las Tasas municipales canceladas con ocasión del proyecto.

Corregido el proyecto por el solicitante y reintroducido como sea en tiempo oportuno, antes de que ocurra la perención, el Municipio dispone de quince (15) días continuos para emitir la Constancia de Cumplimiento de Variables Urbanas Fundamentales o el acto denegatorio de esta.

Negada como sea la Constancia, y según lo establece el artículo 89 de la LOOU, el interesado tendrá derecho a ejercer los Recursos de Reconsideración y Jerárquico, éste último ya no ante el Concejo Municipal como lo establece la norma, sino ante el Alcalde como jefe de la rama ejecutiva del municipio (art. 74, ord. 10º de la LORM). En cuanto al plazo para ejercer el Recurso Jerárquico, el plazo para decidir el Recurso de Reconsideración y la forma de computar los plazos, los vacíos de la norma en este sentido deberán suplirse con la LOPA en tanto Ley General en materia de procedimientos, en razón de lo cual y en aplicación concatenada de los artículos 42, 91 y 94 de la LOPA, tenemos que: Recurso de Reconsideración, quince (15) días hábiles para ejercerlo y treinta (30) días hábiles para resolverlo. Recurso Jerárquico, treinta (30) días hábiles para ejercerlo, y noventa (90) días hábiles para su decisión.

Finalmente, y ya para concluir esta forma de control, queremos hacer mención a la posibilidad o potestad que tienen los particulares de solicitar del Municipio una Consulta Preliminar de Variables, tal y como lo establece el artículo 81 de la LOOU, la cual en el caso de Urbanizaciones incluirá tanto las variables urbanas fundamentales, como las

condiciones generales de urbanización o parcelamiento. Son actos administrativos a través de los cuales se anticipa el criterio de la Administración sobre los puntos objeto de consulta. Su respuesta es obligatoria una vez solicitada (artículo 82 LOOU) y en caso de no existir PDUL u Ordenanza de Zonificación se debe aplicar lo que establece el artículo 125 de LOOU (artículo 81 parágrafo único LOOU). Las consultas preliminares son actos de trámite, que no tienen naturaleza constitutiva, en tanto y en cuanto no crean ningún tipo de derechos, pero el error en su emisión compromete la responsabilidad del Municipio, por los daños y perjuicios que dicho error pueda causar.

Por último, y siendo que una vez emitida la consulta preliminar, ella obliga al solicitante y al órgano revisor del municipio a respetar las Variables señaladas, el artículo 83 de la LOOU prevé la posibilidad de recurrir de ellas, tanto en vía administrativa, como en vía judicial. En vía administrativa, y ante la ausencia de plazo expreso en la norma, el lapso para el ejercicio del Recurso de Reconsideración y el Recurso Jerárquico (erróneamente llamado *apelación* por el Legislador) será de quince (15) días hábiles, por aplicación de los artículos 94 y 95 de la LOPA. Igualmente, debe tenerse en cuenta que a partir de 1989, y en razón de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el Recurso Jerárquico debe interponerse ante el Alcalde, que no ante el Concejo Municipal como lo expresa la norma.

2. Control concomitante

Se refiere al control administrativo durante la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, vale decir la posibilidad de inspección de las obras durante su ejecución y sancionar las violaciones a la normativa urbanística.

De acuerdo con el artículo 90 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, los organismos municipales competentes inspeccionarán, directamente o mediante contrato de servicios profesionales, la construcción de las urbanizaciones y edificaciones a fin de verificar el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales y de las normas técnicas nacionales en cuanto a urbanismo y edificación.

La facultad de inspección queda referida tanto a las urbanizaciones y edificaciones iniciadas legalmente, vale decir previa solicitud y/o obtención de la Constancia de Cumplimiento de Variables Urbanas Fundamentales, como a aquéllas iniciadas ilegalmente.

A efectos de evitar problemas surgidos con ocasión de la inspección, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

-Si el propietario o responsable de la obra se niega a permitir el acceso de la Administración Municipal, a efectos de la inspección, no puede forzarse dicho acceso en violación del derecho de propiedad, en razón de lo cual debe obtenerse autorización de Juez competente (Procedimiento de ejecución de sentencias).

-La inspección es un acto de trámite de fundamental importancia, ya que puede dar lugar al inicio de un procedimiento sancionatorio que a su vez dará lugar a un acto final: sanción, de allí que deben observarse algunas formalidades para que no se vea afectada su validez y la de los actos sucesivos. En tal sentido, de toda inspección, sea de una obra iniciada legal o ilegalmente, debe levantarse un acta en el lugar de la obra, por funcionario competente y con conocimiento técnico, la cual deberá ser firmada por el profesional residente o propietario (artículo 92 LOOU).

-La LOOU no establece posibilidad de paralización preventiva mientras se inspecciona la obra, aún cuando la misma se está ejecutando ilegalmente, cuestionándose duramente las supuestas *Paralizaciones Preventivas* de las que algunas veces hacen uso ciertos Municipios.

-De acuerdo al resultado de la inspección tendrá lugar el procedimiento sancionatorio: Si se trata de una infracción cuya sanción corresponde a un órgano distinto de la Administración Municipal (MARNR, MINFRA, ETC.), deberá notificárseles a los fines de que inicie el procedimiento para la aplicación de la sanción correspondiente. Si se trata de una infracción cuya sanción si corresponde al Municipio, se dará inicio al procedimiento sancionatorio correspondiente, a cuyo efecto deberá observarse lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículos 48 y siguientes, ello para garantizarse el debido proceso y el derecho a la defensa de los presuntos responsables, evitando de esta manera incurrir en vicios que comprometan la validez de la eventual sanción.

Por lo que se refiere a las sanciones aplicables: acto final del procedimiento sancionatorio iniciado, las mismas se encuentran expresamente establecidas en 109 de la LOOU, a saber: paralización de la obra, si no hay violación de variables; y paralización, demolición y multa, si hay violación de variables. Además, el parágrafo primero y segundo del artículo prevé la restitución y las multas adicionales en caso de daños al ambiente.

Recordamos que las multas que se dicten son actos administrativos, que deben cumplir en su cuerpo documental con las formalidades a que se refiere el artículo 18 de la LOPA, muy especialmente la motivación (expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes. núm.5), el cual parece ser el vicio más frecuente en estos tipos de actos. Debe expresarse cuál es la variable o variables que se violan, en que forma, etc. Igualmente, a efectos del cálculo de la multa debe expresarse correctamente el número de metros a demoler, el valor de cada metro, de dónde sale ese valor (por ejemplo si es el índice la Cámara de la Construcción), etc. Por último, debe establecerse un plazo expreso para el cumplimiento voluntario de la sanción.

Las sanciones que se dicten son actos administrativos que gozan de ejecutividad y ejecutoriedad, en razón de lo cual se constituyen en un título ejecutivo que puede ser ejecutado por la propia Administración. La multa puede ser cobrada judicialmente como título ejecutivo que es, y la orden de demolición puede ser ejecutada por el Municipio a costa del responsable, en caso de negativa a su ejecución. Recordemos sin embargo, que si el sancionado no permite el acceso voluntario a su vivienda a efectos de la ejecución, no podrá accederse por la fuerza al inmueble, sino con el auxilio del Poder Judicial. En todo caso, es siempre recomendable la presencia de un juez o fiscal del Ministerio Público al momento de la demolición forzosa, evitando así cualquier eventualidad o denuncia de exceso en la ejecución.

Además de las sanciones a que se refiere el artículo 109 citado, el artículo 110 *eiusdem* establece una sanción de tipo residual, aplicable a todas las demás actividades contrarias a la LOOU o a los Planes de Ordenación Urbanística o de Desarrollo Urbano Local, no sancionables de acuerdo al artículo 109. Por su parte, el artículo 111 de la Ley citada, nos dice quiénes son los competentes para la aplicación de las sanciones, y dónde ingresará el producto de las multas impuestas.

Finalmente, nos gustaría advertir que la Potestad sancionatoria no es eterna, y que de acuerdo con el artículo 117 de la LOOU, las acciones contra las infracciones de dicha Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la infracción, luego de lo cual ya sería

imposible sancionar la infracción. Igualmente, de acuerdo al artículo 70 de la LOPA, tampoco es eterna la posibilidad de ejecutar el acto sancionatorio una vez dictado, pues la acción que de él deriva para su ejecución prescribe en el término de cinco (5) años.

3. Control posterior

Se refiere al control administrativo que tiene lugar una vez terminada la obra, tendente a determinar si la misma se ejecutó en un todo de conformidad con las variables urbanas fundamentales y con las normas técnicas correspondientes, en razón de lo cual se otorga la *Constancia de Habitabilidad*, cuyo procedimiento lo encontramos establecido en el artículo 95 de la LOOU.

Igualmente, y como parte del control posterior que corresponde al Municipio para velar por el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales que derivan de planes y ordenanzas, tenemos que la obra concluida y habitada puede en todo momento ser inspeccionada por el ente municipal competente, de oficio o a solicitud de parte (denuncia), a los fines de constatar que si han sido objeto de modificaciones no notificadas que atenten contra el orden público urbanístico, pudiendo hacer uso entonces de su potestad de inspección y de su potestad sancionatoria, en los términos a los que se han hecho referencia al hablar del control concomitante.

Finalmente, en lo que toca al control posterior, debe señalarse que la Administración Urbanística suele hacer uso de la potestad anulatoria consagrada en el artículo 83 de la LOPA, mediante la cual pretende, a posteriri, dejar sin efecto la Constancia de Cumplimiento de Variables que considera ha sido otorgada en violación de la Ley. En estos casos, advertimos que sólo puede hacerlo si están presentes las causales de nulidad a que se refiere el artículo 19 de la LOPA y mediante procedimiento administrativo que garantice el ejercicio al afectado de su derecho a la defensa.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha potestad en estos casos vulnera el principio de confianza legítima y compromete la responsabilidad del Municipio por los daños y perjuicios que su ejercicio comporte para el particular.

IV. LA PRESCRIPCIÓN EN DERECHO URBANÍSTICO

Siendo que como ha quedado expuesto el *ius aedificandi* encuentra para su ejercicio toda una serie de limitaciones (Variables Urbanas Fundamentales, cuyo contenido viene dado a través de las diferentes Ordenanzas y demás instrumentos normativos municipales), es evidente entonces que su incumplimiento debe dar lugar a la aplicación de sanciones previamente previstas, pues de lo contrario las mismas carecerían de todo sentido. Tal como ha quedado señalado, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística se ha encargado de establecer toda una serie de sanciones contra su incumplimiento (Título IX), las cuales permiten el ejercicio de la Potestad sancionatoria por parte de la autoridad urbanística, dirigidas fundamentalmente a restituir la violación de la Ley.

Ahora bien, reconocido como lo está hoy el principio de la seguridad jurídica, es evidente que la potestad sancionatoria de la Administración Urbanística (posibilidad de sancionar) no puede ser eterna o limitada en el tiempo, así como tampoco puede serlo la posibilidad de ejecutar las sanciones oportunamente impuestas. En tal sentido, en el presente capítulo estudiaremos las dos prescripciones que tienen lugar en materia ur-

banística, a saber: la prescripción de la potestad para sancionar y la prescripción de la sanción oprtunamente impuesta conforme a dicha potestad.

1. Prescripción de la potestad sancionatoria

La posibilidad de sancionar el incumplimiento no nace con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, como tampoco lo hacen las limitaciones al *ius aedificandi*, ambas existían contenidas en diferentes cuerpos o instrumentos normativos locales, muchos de los cuales aún mantienen una vigencia parcial. Pero lo que sí resulta novedoso es el parágrafo único de su Artículo 117, según el cual:

> Las acciones contra las infracciones de la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la fecha de la infracción, a menos que la prescripción fuese interrumpida por actuaciones de la autoridad urbanística nacional o municipal correspondiente.

En efecto, la norma transcrita viene a dar concreción positiva a lo que desde ya hacía mucho tiempo venía apuntando la doctrina, muy especialmente la española, en el sentido de que no pueden existir potestades sancionatorias indefinidas, sino que las mismas deben quedar limitadas en el tiempo. La Potestad sancionatoria consagrada a las autoridades urbanísticas no podría ser indefinida, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica de los administrados. No en balde autores tan importantes como Jesús González Pérez en España han señalado que: "Pugna con principio tan elemental como la seguridad jurídica. No puede concebirse que se admita la prescripción respecto de hechos que merecen las más graves de las sanciones y se niegue para las simples infracciones administrativas. Si en el ámbito penal es incuestionable la aplicación de la prescripción, ¿cómo va a negarse respecto de hechos que constituyen simple falta administrativa? ¿Es que cuando un administrado incurre en infracción jurídico-administrativa, el órgano competente puede incoar el procedimiento sancionador en cualquier momento durante la vida del presunto responsable? ¿Es que jamás va a extinguirse la responsabilidad administrativa por el hecho de que no exista precepto expreso que la establezca? Pugna con la justicia y con la más elemental lógica esta posibilidad de que, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la realización de los hechos, pueda la Administración Pública imponer la sanción". (Jesús González Pérez. *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos.* Civitas. Madrid, 1991, p. 1297). Lo propio ha hecho la Jurisprudencia española, pudiendo citarse la sentencia del 28 de febrero de 1.975 que resume la doctrina jurisprudencial, según la cual: "En el orden administrativo, salvo excepcionales casos de imprescriptibilidad que requieran definición concreta de la Ley, deberá reputarse la prescripción como perteneciente a la misma índole represiva de toda ordenanza sancionadora aunque de forma explícita en ella no se consigne, con viabilidad para su estimación de oficio en correspondencia a este mismo carácter que posee el público impulso represor". (*Ib. Ib.)*

A nuestro modo de ver no existe lugar a dudas de la importancia trascendental de la norma, y que la misma consagra la prescripción de la potestad sancionatoria de la autoridad urbanística en razón del incumplimiento o inobservancia de los límites impuestos a la actividad urbanística. No cabe frente a ella la discusión doctrinal existente en relación al Artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este caso, es claro que la palabra *acción* empleada por el Legislador no podría quedar referida a otra cosa que a la acción sancionatoria (Potestad sancionatoria) derivada del incumplimiento de la Ley.

La palabra *acción* no siempre debe entenderse referida al instituto procesal, no olvidemos que dentro de la misma queda incluida tambien la acción (acciones) administrativa, que no es la acción civil, pues ambas guardan significantes diferencias. Basta revisar el texto de la ley para darnos cuenta que no existen *acciones*, entendidas desde el punto de vista procesal, salvo la contenida en su Artículo 102, dirigida exclusivamente a la infracción del uso que, como sabemos, no es la única Variable Urbana Fundamental susceptible de ser violada. No parece lógico pensar que el Legislador haya querido consagrar la prescripción únicamente para una acción que no es extensiva a todas las infracciones o transgresiones posibles. De ser así, ¿para qué emplear el plural *acciones*, cuando del contenido de la Ley se evidencia que sólo existe una?

Además del análisis precedente, debe señalarse que las únicas acciones posibles contra la infracción de la Ley (excepción hecha de la que contempla el artículo 102) las constituyen sin lugar a dudas la aplicación de las sanciones previstas en su texto (Artículos 109 y 110, principalmente), las cuales se deben imponer a través del correspondiente acto administrativo que, como tal, goza de las dos notas esenciales a todo acto: ejecutividad y ejecutoriedad. La primera, entendida como condición de eficacia del acto, y la segunda, como posibilidad de la Administración de ejecutarlo por sí misma. En otras palabras, los actos administrativos no requieren para su ejecución de la intervención de la autoridad judicial, frente a lo cual resulta un absurdo pensar que la palabra *acciones* empleada por el Legislador estaría refiriéndose a la necesidad de ejecución del acto que contiene la sanción por un órgano judicial. Así nos dice Henrique Meier: "...al acto administrativo se le califica como un título jurídico ejecutivo, con fuerza jurídica per se, que no exige del reconocimiento judicial de validez, como si se exige respecto de cualquier otro título jurídico en el mundo de las relaciones jurídicas. Y a esa presunción de validez del acto administrativo que determina su carácter de título ejecutivo, va aparejada otra característica desconocida también en el ámbito del derecho privado: la ejecutoriedad o la potestad del autor del acto, para ejecutar en forma forzosa, con sus propios medios, la obligación establecida en el acto, en caso de resistencia del sujeto particular obligado. Ejecución forzosa que tampoco necesita del concurso judicial..."(Henrique Meier. *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*. Caracas, 1991. p.133).

No existiendo dentro del contexto de la Ley otras acciones posibles frente a su incumplimiento, además de la acción administrativa sancionatoria, luego es evidente que el Legislador quiso de esta forma consagrar la prescripción de la acción sancionatoria o Potestad sancionatoria de la autoridad urbanística, la cual entendió no podía ser indefinida, todo en aras de garantizar la seguridad jurídica que debe prevalecer dentro de un Estado de derecho, siendo esa la prescripción que en definitiva ha quedado consagrada mediante esta norma, en total consonancia con los más modernos criterios doctrinarios nacionales y extranjeros.

Finalmente, y en apoyo a lo que venimos exponiendo, debe destacarse el empleo de la palabra *infracción* usada por el Legislador. Señala la norma: "Las acciones contra las infracciones de la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la fecha de la *infraccion...*"(subrayado nuestro). Según la norma, el momento para el cálculo de la prescripción es a partir de la fecha infracción, siendo obvio que en esa oportunidad no existe acto sancionatorio alguno susceptible de ejecución judicial, mal podría entonces el Legislador querer referirse a la acción entendida procesalmente e incurrir luego en tan grande contradicción.

Por lo que toca a cuándo ha de comenzar a contarse el lapso para la prescripción, el parágrafo único del Artículo 117 nos señala que es a "partir de la fecha de la infracción". Sin embargo, tal señalamiento no resulta suficiente en el caso de la violación continuada de la Ley mediante la ejecución ilegal de una edificación o urbanización. A diferencia de otro tipo de actividades, la actividad urbanística (edificación-urbanización) se constituye en una actividad relativamente lenta que se desarrolla dentro de un período de tiempo. Construir una casa, un edificio o una urbanización no es taréa de un día sino de muchos.

En el caso de que se de inicio a una construcción en violación de las limitaciones legales que le corresponden (violación de las Variables Urbanas Fundamentales), es evidente que la actividad ilegal tiene su origen en la fecha de inicio de la construcción, siendo en ese momento que comienza la infracción. Sin embargo, mientras la misma se está ejecutando estamos ante una violación contínua de la Ley, en razón de lo cual se mantiene la infracción hasta la definitiva culminación de la obra y es a partir de ese momento cuando debe comenzar a computarse el lapso para que opere la prescripción, excepción hecha de las obras ejecutadas por etapas o fases independientes en las cuales corresponderá al interesado demostrar que se ha producido la prescripción con respecto a alguna de esas fases o etapas.

Mención especial nos merece la Variable Urbana *Uso*, la cual presenta algunos problemas a la hora de determinar el lapso para el cómputo de la prescripción. Si aceptáramos que la actividad ilegal la constituye el uso indebido, contrario a derecho (violación del uso previsto por la zonificación), es evidente entonces que mientras el inmueble sea usado indebidamente se está produciendo una violación continuada de la Ley por efecto de la actividad ilegal y no existiría en consecuencia una fecha cierta a partir de la cual cese la ilegalidad a los efectos del cálculo de la prescripción. Ello así conduciría inevitablemente a la tesis de la imprescriptibilidad, tesis que creemos superada e inaplicable en un Estado de Derecho, guardián de la seguridad jurídica.

Pareciera entonces que lo correcto es considerar el uso indebido como una consecuencia de la construcción del inmueble, siendo dicha construccción (actividad edificatoria) la actividad ilegal que, una vez concluida (terminada la construcción), se consolida como infracción para el cómputo de la prescripción por la violación. No podría ser de otra manera pues cualquier posición encaminada hacia la imprescriptibilidad es inaceptable.

Por lo demás, sería absurdo entrar en posiciones eclécticas que distingan entre el uso referido a la actividad de construcción y el referido a la utilización del inmueble, en el sentido de aceptar la prescripción de la construcción como tal (edificación construida) una vez pasado el lapso de cinco años desde su terminación, no así la de la violación continúa que se produce por su indebida utilización y en razón de lo cual pudiera impedirse su empleo para el uso distinto (impedir el acceso, etc.), pero sin afectar estructuralmente le edificación (imposibilidad de ordenar su demolición).

En cuanto a los efectos de la prescripción, es evidente que ocurrida ésta se extingue la oportunidad de la autoridad urbanística para sancionar la ilegalidad cometida, es decir, la acción administrativa sancionatoria, en razón de lo cual nos parece perfectamente aplicable el criterio jurisprudencial contenido en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, según el cual:

> ...dicho acto (refiriéndose al acto que declara la prescripción) tiene por efecto crear para el interesado una nueva situación, la de solvente, si fuere el caso, o la de liberado, si también lo fuere; cual es la de la extinción de la sanción o pena, hasta el punto que en base a esa nueva situación ya

> el interesado puede sin limitación o restricción alguna reclamar o ejercer otros derechos que antes no podía ejercer por su estado de mora o de incumplimiento. (CPCA: 12-02-1.987. En *Revista de Derecho Público* N° 30. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987, p. 121 -paréntesis nuestro-).

Lógicamente, ningún sentido podría tener por ejemplo la negativa de la administración municipal a otorgar una conformidad de uso a un inmueble ubicado dentro de una parcela con zonificación comercial, bajo el argumento de la existencia de construcciones ilegales respecto a las cuales ha prescrito la oportunidad para su sanción; así como tampoco impedir la refacción de una vivienda debidamente permisada en su oportunidad, por el hecho de que posteriormente se ejecutaron algunas modificaciones violatorias a las limitaciones legales pero ya prescritas y por ende no sancionables.

Sin embargo, la nueva situación creada por la prescripción no puede en ningún caso ser entendida como legitimadora de aquello no permitido por la Ley. Así, cuando contraviniendo las limitaciones impuestas se construye una vivienda en un lugar no permitido (parcela con uso atribuido de parque), si bien la ocurrencia de la prescripción haría imposible su demolición, no podría de ningún modo pretenderse que en base a esa situación la autoridad urbanística deba en el futuro permitir modificaciones o ampliaciones en ella. En el ejemplo anterior relativo a la conformidad de uso, la parcela sí tenía atribuido el uso comercial, luego era un derecho de su propietario obtener la conformidad de uso (requisito esencial previo para obtener la Patente de Industria y Comercio, a su vez requisito imprescindible para el ejercicio de la actividad comercial en cualquier municipio) y la negativa a ese derecho obedecía a la existencia de construcciones ilegales que, al prescribir la oportunidad para su sanción, hacen desaparecer el obstáculo que impedía hacer uso del correspondiente derecho.

2. Prescripción de la sanción

Una vez que la Administración Urbanística, haciendo oportuno uso de su potestad sancionatoria, impone la sanción correspondiente por violaciones al ordenamiento urbanístico, queda por establecer la oportunidad para la ejecución de dichas sanciones.

En efecto, hoy día se reconoce que no existe sanción de tipo penal o administrativa que pueda ser considerada como imprescriptible, pues tal situación atentaría contra la seguridad jurídica, cuestión inaceptable en un Estado de Derecho, de allí que se reconozca como principio del derecho sancionador administrativo, tal y como sucede con el derecho penal, el principio de la prescripción de la sanción, para cuya aplicación ante la inexistencia de lapsos especiales de prescripción es válido recurrir a la analogía. Así, nos dice la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de fecha 19 de febrero de 1987 que: "...el principio general contenido en el artículo 112 del Código Penal, de que las penas se extinguen por el transcurso del tiempo, es perfectamente aplicable a las sanciones administrativas, que no tengan una normativa especialmente establecida en este mismo aspecto..." (*vid*. *Revista de Derecho Público* Nº 29, pp.113 a 115).

Además de la aplicación de la norma penal, podría sostenerse la aplicación de la prescripción a que se refiere el artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Algunos piensan que dicha norma no es aplicable en estos casos, en tanto y en cuanto el Legislador en dicha norma se refiere a la prescripción de la acción, que no de la sanción. Sin embargo, apuntamos nosotros, sabido es que el acto administrativo goza de ejecutividad y ejecutoriedad, de donde son muy pocos los casos en los que se requie-

re una acción judicial para la ejecución del acto. Planteado lo anterior, pensamos que en realidad la norma a lo que se refiere es a la acción (potestad) de la Administración para ejecutar ella misma sus actos, por lo cual se estaría consagrando la prescripción de la sanción: si ya no se puede ejecutar la sanción es evidente que prescribió.

Planteadas las dos tesis, es evidente que la primera es más favorable para el administrado, pues el lapso es más corto. La segunda, por el contrario, es más favorable a la Administración. En todo caso, se acepte una u otra, lo importante es saber que la posibilidad de ejecución no puede ser eterna, de allí que la Administración debe ser diligente en ejecutare la sanción impuesta, pues de lo contrario ya no podrá hacerlo.

V. CONTROL JUDICIAL

En este último capítulo nos referimos brevemente al control judicial que atañe tanto a las ordenanzas urbanísticas, como a las actuaciones de naturaleza administrativa emanadas de la Administración Urbanística.

En primer lugar, y por lo que corresponde a las Ordenanzas Urbanísticas, el criterio actual es que son actos de naturaleza sub-legal, cuya nulidad por inconstitucionalidad será conocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando las mismas hayan sido dictadas en ejecución directa de la Constitución.

Por el contrario, si no han sido dictadas en ejecución directa de la Constitución, entonces la competencia será de la sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, si se impugnan por razones de inconstitucionalidad, o de los Tribunales Superiores en lo Contencioso-Administrativo, cuando se impugnen por razones de ilegalidad.

El anterior criterio lo encontramos expresado en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de noviembre de 2001 (Exp: 00-2517 Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad e ilegalidad contra la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara-), la cual a tenor de lo expresado en su texto "*...debe considerarse como una interpretación vinculante de la Constitución, obligatoria para todos los tribunales del país, incluyendo las demás Salas del Máximo Tribunal de la República...*"

En cuanto a los Planos anexos a las Ordenanzas Urbanísticas (específicamente las Ordenanzas de Zonificación), el criterio no ha variado en cuanto a considerar que dichos Planos son actos administrativos de efectos particulares, dado que es la previsión en el plano anexo a las ordenanzas de zonificación, la que determina el acto concreto de asignación de zonificación. El acto administrativo de zonificación del suelo urbano, es decir, de asignación de uso al suelo, es un acto administrativo de efectos particulares declarativo de derechos a favor de sus propietarios (CPCA: 29-04-1997. Caso: *Electricidad de Caracas*).

En segundo lugar, y respecto al control judicial de las actuaciones de naturaleza administrativa emanadas de la Administración Urbanística, a saber: asignación de zonificación; consultas previas; actos de control previo, concomitante y posterior; y los actos derivados de la habitabilidad de la obra, el mismo se logra mediante el ejercicio de la acción de nulidad a que se refiere el artículo 121 de la LOCSJ.

La competencia en estos casos será de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo en Primera Instancia, y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Segunda Instancia. Sin embargo, si se alegaren razones de inconstitucionalidad, la competente será en única instancia la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 181 LOCSJ).

La legitimidad para la interposición de la acción corresponderá de conformidad con lo establecido en el artículo 121 de la LOCSJ a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo; a quienes estén en una especial situación de hecho frente al acto impugnado (CSJ-SPA: 06-02-1964 -Moreau Meyer-; 20-07-1965 -Sanitarios Maracay- y 03-10-1985 -Sanitarios Maracay-); así como a las Asociaciones de Vecinos respecto de las decisiones dictadas por la Administración Urbanística como consecuencia del derecho consagrado a su favor por el artículo 104 de la LOOU.

Respecto al agotamiento previo de la vía administrativa (Recursos Administrativos: Reconsideración y Jerárquico), como requisito de admisibilidad de la acción, ello resulta obligatorio en razón del criterio judicial vigente, contenido en sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ de fecha 27 de marzo de 2001 (caso: *Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández*), según el cual "...el artículo 124 ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no vulnera el derecho al acceso a la justicia consagrado en el artículo 26 de la Constitución", superándose el criterio de la CPCA que apuntaba a la inconstitucionalidad de dicho requisito, expresado en fallo del 24 de mayo de 2000 (caso: *Raúl Rodríguez Ruíz*).

En todo caso, vale la pena recordar que de acuerdo a lo que establece el num. 9, artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con su disposición transitoria séptima, una vez que entre en vigencia la Ley Orgánica que regule a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el agotamiento de la vía administrativa tendrá carácter opcional, y no será ya obligatorio.

En relación a la tutela cautelar respecto de los actos administrativos urbanísticos, en sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 9 de noviembre de 2000 (caso: *Inversiones Full Visión, C.A*), se ha sostenido que la ejecución forzosa de las sanciones urbanística no procede antes de que el acto quede firme en vía administrativa, posición que venía sosteniendo un importante sector de nuestra doctrina. En todo caso, siempre será posible, en vía administrativa, solicitar la medida de suspensión, consagrada a nivel general, en el artículo 87 de la LOPA.

En vía judicial, se aceptan todas las técnicas cautelares previstas en nuestra legislación, tales como la suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la LOCSJ, las medidas cautelares innominadas (art. 588 del CPC) y el Amparo cautelar (art 5 LOASDGC). Además de lo anterior, en sede judicial, será aplicable, preferentemente, la medida cautelar que con carácter de especialidad, consagra el artículo 94 de la LOOU, cuya procedencia no está sujeta a la verificación por parte del Juez de los requisitos relativos a la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) y el perjuicio irreparable (*periculum in mora*), sino a la prestación por el solicitante de caución suficiente, a satisfacción del Tribunal (TS1° CA: 21-07-2000: caso: *Asoc. Civil Valle Arriba Athletic Club*).

Finalmente, vale la pena citar la sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 20 de noviembre de 2000 (caso: *Asociación Civil Caracas Country Club*), según la cual: La Constancia de Cum-

plimiento de Variables Urbanas Fundamentales no es requisito para el inicio de la construcción de acuerdo con lo establecido en el art. 84 de la LOOU. En virtud de ello, el Tribunal consideró que la suspensión de efectos de dicha Constancia, en nada contribuiría a evitar la construcción, pues la ejecución de la edificación no es un efecto de la Constancia, sino un derecho que asiste al propietario por la sola notificación del inicio de obras.

Otra acción existente dentro del contencioso urbanístico, es el la acción de abstención o carencia, a que se refiere el artículo 42, núm. 23 de la LOCSJ, que es el medio judicial para exigir a la Administración Urbanística el cumplimiento de sus obligaciones, y procede siempre que ésta se abstenga de realizar una actuación a la que está obligada, o se niege expresamente a ello. Dicha acción cobra mayor vigencia hoy día a la luz de la nueva tendencia judicial respecto del silencio administrativo, y así lo puso de manifiesto la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en su decisión de fecha 2 de octubre de 2001 (caso: *Plaza las Américas -Inmobiliaria 4.000, C.A.*).

En cuanto a la acción de amparo constitucional, la misma es procedente en el caso de violaciones directas de la Administración Urbanística a las garantías y derechos constitucionales de los administrados. Así por ejemplo, para el caso de las vías de hecho. Ejp: demolición sin mediar acto sancionatorio previo. (JS1º Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Contencioso-Administrativo de Ciudad Bolívar: 29-10-1998; caso: *CVG vs. Alcaldía del Municipio Caroní*).

Por lo que atañe a la Responsabilidad del Municipio por el hecho de las actuaciones urbanísticas, tenemos que la misma puede derivar del funcionamiento anormal (responsabilidad subjetiva), o tener fundamento un sacrificio particular, como lo sería el supuesto de las lesiones derivadas de las cargas lícitas impuestas. En estos casos no hay que agotar el procedimiento previo de las demandas contra la República, previsto en los arts. 30 y ss de la LOPGR. En cuanto a la competencia, la misma corresponde en primera instancia a los Tribunales Ordinarios (art. 183, núm. 1º LOCSJ); y en segunda instancia a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos (art. 182, núm. 3 *eiusdem*). Pero, cuando se solicite la nulidad del acto y conjuntamente la indemnización por daños y perjuicios (plena jurisdicción), los Tribunales competentes en Primera Instancia serán los Superiores Contencioso-Administrativos (art. 181 LOCSJ), y en alzada conocerá la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Por último, debemos señalar la existencia de un procedimiento especial, denominado *"Procedimiento para la Defensa de la Zonificación"*, el cual se encuentra consagrado en el artículos 102 y 103 de la LOOU, mediante el cual los interesados podrán acudir directamente ante un Juez de Municipio, órgano competente hoy día para este tipo de actuaciones, solicitando la paralización de la obra en caso de que la misma sea ilegal, mecanismo que obliga al ejecutor (constructor) a acudir ante el órgano municipal a solicitar la autorización correspondiente, pues de lo contrario el Juez no le permitirá continuar la obra. Obviamente, en caso de que la obra en cuestión no sea permisable, la misma deberá mantenerse paralizada y el órgano municipal, a petición de los interesados, deberá instruir el procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente, a los fines de proceder a ordenar su demolición.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER CARÍAS Allan-Randolph, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

BREWER CARÍAS Allan-Randolph y otros, *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989.

ARAUJO JUÁREZ, José, El Control de la Ejecución de Urbanizaciones y Edificaciones, en 200 Años del Colegio de Abogados T.1, Caracas 1989.

AYALA CORAO, Carlos M., *Jurisprudencia de Urbanismo* (1947-1987), Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1988.

AYALA CORAO, Carlos M., "Notas sobre la Participación Ciudadana en la Planificación Territorial" en *Revista de Derecho Urbanístico* n° 2, Caracas 1993.

GARRIDO ROVIRA, Juan, *Ordenación Urbanística*, Caracas 1988.

GEIGEL LOPE-BELLO, Nelson, *Urbanismo, Poder Público y Participación Ciudadana*, Univeridad Simón Bolívar. Caracas 1993.

GEIGEL LOPE-BELLO, Nelson, *Planificación y Urbanismo*, Universidad Simón Bolívar, Caracas 1994.

GRIMALDI CASTRO, Lindolfo, *Interpretación y Reglamentación de las Variables Urbanas Fundamentales*, Universidad Simón Bolívar, Caracas 1994.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando, *Comunidad, Urbanismo y Construcción en Venezuela*, Caracas 1993.

SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena, *Aspectos Jurídicos de la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977.

TORREALBA NARVÁEZ, Luis, *Aspectos Jurídicos del Urbanismo en Venezuela*, Caracas 1970.

"Régimen Jurídico del Urbánismo", Badell & Grau, *Colección Cuadernos Jurídicos* Nº 8, Editorial Torino. Caracas, 2000.

"Derecho Urbanístico", Instituto de Derecho Público, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Venezuela 1983.

Revista de Derecho Urbanístico, Tomos 0 al 6, Editorial Urbanitas.

§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS

Carlos Ayala Corao
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución venezolana de 1999 es en términos generales, un texto fundamental que contiene valores e instituciones democráticas. En este sentido, la Constitución consagra un régimen de derechos humanos -al cual muchos contribuimos con nuestros aportes- que recoge las más avanzadas tendencias universales. Así mismo, la Constitución contiene un amplio esquema de democracia de representación participativa que incluye -además de las formas de democracia representativa, llamada en el texto *electiva*- diversas modalidades de democracia directa mediante iniciativas, consultas y referendos, entre otros; y además, creó modernas instituciones constitucionales como son la Defensoría del Pueblo y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, así como importantes regulaciones sobre la protección de la Constitución y los estados de excepción.

No obstante ello, la Constitución de 1999 ha sido la más militarista de nuestra historia republicana. La Constitución llegó al extremo de crear un Título (VII), equivalente en jerarquía al de los derechos humanos o al del poder público, pero preocupantemente fuera de éste último, para establecer normas sobre la seguridad de la Nación y regular a la Fuerza Armada Nacional. En todo caso, nunca antes se había logrado incorporar en nuestra Constitución una concepción orgánica y funcional de la Fuerza Armada con privilegios y beneficios exorbitantes para sus integrantes, eliminando además su carácter *no deliberante*. Este esquema, lejos de favorecer la doctrina militar democrática o incluso a sus integrantes, ha debilitado el esquema institucional de la Fuerza Armada dentro del Estado de Derecho Democrático en Venezuela.

En efecto, pocas constituciones democráticas del mundo contienen títulos o capítulos completos dedicados a la seguridad de la Nación. Los ejemplos que existen no son los más halagadores ni los más democráticos: la Constitución chilena redactada por el régimen dictatorial de Pinochet y la Constitución peruana redactada por el régimen autoritario de Fujimori y Montesinos. La Constitución de 1999 incorporó en el Título VII De la Seguridad de la Nación, dos Capítulos sobre los Principios de Seguridad de la Nación y sobre las Disposiciones Generales, que contienen disposiciones polémicas para una concepción democrática de la seguridad y defensa.

Entre los aspectos objetables a esta normativa se encuentra en primer lugar, la propia concepción de los principios de la seguridad, ya que la norma establece que ésta se fundamenta en la "*corresponsabilidad* entre el Estado y la sociedad civil" (art. 326). Lo cierto es que la seguridad es una obligación en cabeza del propio Estado, quien no puede pretender *desestatizarla* en la sociedad civil ni tampoco colocar a ésta en un plano de igualdad frente a su deber de garantizarla a toda la Nación. La seguridad de un Estado

en una concepción democrática se fundamenta en valores -pre-cisamente como los de paz, los derechos humanos y la democracia contenidos en la propia norma-, pero ello no puede llevar a colocar a la sociedad civil en el mismo nivel de responsabilidad que el propio Estado, quien cuenta con los recursos necesarios para garantizarla y está sometido a un régimen de responsabilidad interior e internacional no aplicable a los particulares.

Entre los Principios de la Seguridad de la Nación, la Constitución de 1999 consagra las *franjas de seguridad fronteriza*, cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, doblamiento y utilización serán regulados por la ley (art. 327):

> La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, doblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Estas franjas o zonas de seguridad fronteriza, en los términos expuestos por la norma constitucional, suponen, en primer lugar, su ubicación precisamente en áreas contiguas a las fronteras internacionales de Venezuela y no por tanto, en las zonas no consideradas geográficamente dentro de tal entorno. En segundo lugar, es sólo mediante ley que se puede establecer el régimen de estas áreas en cuanto a la determinación de su amplitud, regímenes especiales económicos y sociales, su poblamiento y utilización. Y en tercer lugar, este régimen, en todo caso, debe proteger los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Por otro lado, la Constitución extiende el principio de la *corresponsabilidad* en materia de seguridad, no sólo al ámbito propiamente militar, sino además, a los ámbitos cultural, social, económico y político, entre otros. Ciertamente resulta peligroso en el marco de una sociedad democrática, extender la concepción de la seguridad de la Nación más allá de la esfera esencialmente necesaria como es precisamente la militar, ya que ello lleva a deformar los valores propios de la cultura, la política y lo social, máxime si esos asuntos conciernen a operaciones de la seguridad y el Ejecutivo Nacional se reserva su *clasificación y divulgación* (art. 325). No puede condicionarse, por tanto, los ámbitos propios de la sociedad, la cultura y la política a las concepciones propias de la seguridad, sin correr el peligro de deformar sus contenidos propios. Por ello, una noción amplia de la seguridad es más propia de regímenes autoritarios que desarrollaron doctrinas sobre la seguridad nacional en todos los ámbitos incluido el desarrollo nacional, resulta contraria a los límites aceptables en una sociedad democrática.

Tampoco resulta aceptable en un Estado Democrático y de orientación pacifista como por demás lo proclama la Constitución de 1999, crear a nivel constitucional un cuerpo como el *Consejo de Defensa de la Nación*, como el "máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación...", a quien le corresponde "establecer el concepto estratégico de la Nación, máxime cuando en este extraño órgano se incluyen por mandato constitucional expreso a poderes que gozan de independencia y autonomía respecto al Poder Ejecutivo y al Presidente(a) de la República quien lo preside, como son el Presidente(a) de la Asamblea Nacional, el Presidente(a) del Tribunal Supremo de Justicia y el Presidente(a) del Consejo Moral Republicano (art. 323). Se trata de un peligroso mecanismo con facultades sospechosas, el cual es dominado en su mayoría por representantes del Poder Ejecutivo y presidido por el Presidente(a) de la República, y que

puede llegar a imponer un concepto estratégico nacional sobre la defensa nacional a los demás poderes públicos, a quienes por demás en el ejercicio de sus funciones constitucionales propias les es ajeno ese concepto, -independientemente de que estén obligados a formar parte de dicho organismo. Por lo cual, resulta impertinente e inapropiada la incorporación en la Constitución de 1999 de la figura del Consejo de Defensa de la Nación, tan peligrosa para la democracia en las funciones asignadas y tan contraria a los principios del Estado de derecho -como la separación e independencia de los poderes públicos- en su integración.

En fecha 8 de septiembre de 2002, el Presidente de la República de Venezuela dictó ocho (8) decretos mediante los cuales creó y reglamentó ocho *zonas de seguridad* en la zona metropolitana de Caracas. Dichos decretos se fundamentaron en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de 1976. Pocos días después, el 19 de septiembre de ese mismo año, el Ministro de la Defensa dictó ocho resoluciones mediante las cuales estableció reglamentaciones adicionales -inconstitucionales e ilegales- a los bienes, las actividades y el ejercicio de los derechos constitucionales en dichas zonas. En definitiva, mediante dichos decretos afectan como zonas de seguridad una superficie aproximada de más de seis millones de metros cuadrados del área metropolitana de Caracas, que incluye áreas residenciales (casas y edificios), centros comerciales, embajadas, parques, autopistas, calles, áreas verdes, etc.

Entre los *consideranda* de los Decretos objeto de análisis, se evidencia que el Ejecutivo Nacional partió de falsos supuestos de hecho para justificar su proceder. En efecto, la situación fáctica nunca justificaría la declaratoria de zonas de seguridad, en los términos en que lo resolvió el Ejecutivo Nacional, ya que es evidente que el establecimiento de dichas zonas de seguridad se justificaría en la medida que las instalaciones militares estén en peligro en virtud de conflicto interior o externo. Pero es el caso, que en tiempo de paz, no hay peligro de un conflicto armado y no se está atentando de ninguna manera contra la seguridad de las instalaciones militares.

Estos Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional, señalan "Que es de vital importancia para las instalaciones militares la determinación de sus zonas de seguridad, con el fin de que el Ministerio de la Defensa pueda ejercer el debido control y protegerlas ante cualquier situación, interna o externa, que pueda constituir riesgo para la seguridad de las mismas". Asimismo, el Ejecutivo Nacional consideró en estos Decretos, que es indispensable conocer los espacios adyacentes a las instalaciones militares, "así como las actividades que en los mismos se desarrollan, garantizando la debida adopción de las medidas tendentes a resguardarlos y a proteger a la población que en ellos habitan". Por último, dichos Decretos se justifican, en el hecho de que los estudios realizados en las zonas adyacentes a las instalaciones militares "determinaron que actividades o factores allí presentes, constituyen riesgo para su seguridad".

El área cubierta por los ocho Decretos que declararon en el 2002 las ocho zonas de seguridad en el área metropolitana de Caracas, resulta, en primer lugar, desproporcionado al ámbito espacial de aplicación de dichos actos administrativos, con lo cual pareciera que la intención del Ejecutivo Nacional, más que resguardar instalaciones militares, lo que pretendió fue militarizar una parte de la ciudad. La simple constatación de la realidad del país nos lleva a concluir, que ninguna de las instalaciones militares referidas tiene riesgo manifiesto en cuanto a su seguridad, por situaciones internas o externas. No está planteada una situación de invasión por país extranjero ni un enfrentamiento bélico en nuestro país. Además, la desproporción e irracionalidad de los actos estatales objeto de este estudio está dada en la medida que no son identificables actividades en

las zonas adyacentes a dichas instalaciones militares que atenten contra su seguridad. Se partió así de un falso supuesto al fundamentar dichos Decretos en unas supuestas y nunca demostradas "amenazas internas o externas a la integridad de esas instalaciones, o cualquier otra actividad" que signifiquen real riesgo y que ameriten la aplicación de medidas tan excepcionales que limitan derechos fundamentales de los particulares.

Sería totalmente absurdo pensar que oficinas, comercios, dependencias bancarias, empresas prestadoras de servicio público y edificaciones residenciales, entre otras, pudieran por su actividad, constituir peligro a la seguridad de las instalaciones militares, más aún cuando están situadas dichas zonas de seguridad en el casco urbano de una ciudad y han permanecidos allí por más de medio siglo en muchos de los casos. Resulta absurdo por tanto, en virtud de la gran extensión de las zonas de seguridad decretadas, que zonas tan distantes para las bases militares puedan significar cualquier tipo de riesgo a las instalaciones que se pretenden resguardar, cuando toda la vida han coexistido por estar situadas en una gran ciudad.

Por ello resulta arbitrario imponer en estas zonas de seguridad, limitaciones graves al derecho de propiedad de miles de ciudadanos y extranjeros, empresas, comercios e industrias en áreas tan extensas de una ciudad capital, partiendo de supuestos etéreos, no veraces, irreales y no comprobados. Generalidades como que "se determinaron que actividades o factores allí presentes, constituyen riesgo para su seguridad", en ningún momento pueden justificar actos estatales como los aquí comentados, los cuales pretenden imponer un régimen militar en una ciudad capital y limitar y restringir el ejercicio de derechos fundamentales. Todo ello lo que demuestra es la desproporción e irracionalidad de la actuación estatal al dictar los decretos comentados. Sobre el particular, a los pocos días de dictados los decretos y resoluciones sobre las ocho zonas de seguridad en Caracas, una de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos más prestigiosas de Venezuela (PROVEA), hizo pública su posición de rechazo a la concepción de seguridad nacional contenida en dichos instrumentos jurídicos, al expresar lo siguiente[1]:

> Es importante esa seguridad de las instituciones porque se trata de la seguridad de la población: garantizar que pueda ejercer esos derechos. Ahora bien, ¿Significa esto que es legítimo el decreto que crea las 8 zonas de seguridad? No. Ese decreto le otorga preeminencia a la seguridad de las instituciones (dependencias estatales, militares y comunicacionales) por encima de la seguridad de la población, esto es, por encima de sus derechos. Es evidente que está concebido para obstaculizar acciones de protesta de la oposición. Acciones que, aún aquellas cuyo discurso es abiertamente golpista, no constituyen, en sí mismas, un peligro proporcional a la medida que el Ejecutivo activó. El ejercicio del derecho a la manifestación pacífica y sin armas no puede ser concebido como una amenaza para la seguridad del Estado. Por tal razón, Provea condena este decreto y llama al Ejecutivo a rectificar, derogándolo de inmediato.

II. LOS ACTOS ESTATALES RELATIVOS A LAS ZONAS DE SEGURIDAD

El régimen jurídico de las *zonas de seguridad* en Venezuela y particularmente el relativo a las ubicadas en la zona metropolitana de la ciudad de Caracas, conforme a los decretos dictados en el año 2002, se encuentra regulado en la actualidad en los siguientes actos del poder público nacional:

---

1. *Provea*, Derechos Humanos y Coyuntura, n° 101, 27-09-02.

1. *Ley Orgánica de Seguridad y Defensa*[2];
2. *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación*[3];
3. *Reglamento Parcial Nº 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad*[4];
4. *Decreto Nº 1.968* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* del *Cuartel General de Brigada Arturo Sánchez*[5];
5. *Decreto Nº 1.969* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Base Aérea Generalísimo Francisco de Miranda*[6];
6. *Decreto Nº 1.970* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de *Fuerte Militar Tiuna*[7];
7. *Decreto Nº 1.971* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Comandancia General de la Armada*[8];
8. *Decreto Nº 1.972* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* del *Cuartel General de la Comandancia General de la Guardia de Venezuela*[9];
9. *Decreto Nº 1.973* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Dirección de Hidrografía y Navegación de la Armada*[10];
10. *Decreto Nº 1.974* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Compañía Anónima Venezolana de Televisión*[11];
11. *Decreto Nº 1.975* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* del *Servicio Autónomo Radio Nacional de Venezuela*[12];
12. *Resolución Nº DG-18020* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.968 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[13];
13. *Resolución Nº DG-18021* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado De-

---

2. *G.O.* Extraordinaria n° 1.899 de fecha 26 de agosto de 1976.
3. *G.O.* n° 37.594 de fecha 18 de diciembre de 2002.
4. *G.O.* n° 33.469 del 14 de mayo de 1986.
5. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
6. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
7. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
8. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
9. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
10. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002, Anexo n° 7.
11. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
12. *G.O.* n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.
13. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

creto Nº 1.969 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[14];

14. *Resolución Nº DG-18022* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.970 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[15];
15. *Resolución Nº DG-18023* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.971 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[16];
16. *Resolución Nº DG-18024* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.972 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[17];
17. *Resolución Nº DG-18025* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.973 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[18];
18. *Resolución Nº DG-18026* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.974 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[19]; y
19. *Resolución Nº DG-18027* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto Nº 1.975 de 17-9-02 se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo[20].

Estos actos estatales contienen el régimen jurídico que regula las zonas de seguridad y sus efectos jurídicos, en los siguientes términos:

1. La Ley Orgánica de Seguridad y Defensa

La *Ley Orgánica de Seguridad y Defensa* de 1976 (en lo adelante también *LOSD*) es de carácter preconstitucional y contiene un régimen de la seguridad y defensa abiertamente incompatible en algunas de sus regulaciones con la Constitución de 1999.

Conforme a dicho régimen legal, se establecen como *Zonas de Seguridad* con la extensión que determine el Ejecutivo Nacional oída la opinión del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, las siguientes: a) una franja adyacente a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables; b) la zona que circunda las instalaciones militares y las indus-

14. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.
15. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.
16. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.
17. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.
18. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.
19. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.
20. *G.O.* Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de Septiembre de 2002.

trias básicas y c) cualquiera otra zona que considere necesaria para la seguridad y defensa de la República (art. 15).

La declaratoria de un territorio como Zona de Seguridad tiene por efecto jurídico establecido en la LOSD la imposición de una restricción exorbitante para los *extranjeros*, con relación a los derechos que éstos tengan o puedan llegar a tener sobre los inmuebles ubicados en dichas zonas (art. 16):

> Ningún extranjero podrá adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas sin autorización escrita del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de la Defensa, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la Zona de Seguridad Fronteriza creada en esta Ley y en la zona de seguridad prevista en el literal b) del artículo anterior.
>
> Los Registradores, Jueces, Notarios y demás funcionarios con facultad para dar fe pública, se abstendrán de autorizar los documentos que se presenten para su otorgamiento con violación de las disposiciones contenidas en este artículo, so pena de nulidad.
>
> Se consideran personas interpuestas a los efectos de esta Ley, además de las contempladas en el Código Civil, las sociedades, asociaciones y comunidades en las cuales una persona natural o jurídica extranjeras, sea socio, accionista, asociado o comunero con poder de decisión.
>
> *Parágrafo Único*
>
> Todo extranjero propietario o detentador por cualquier título de bienes inmuebles en las Zonas de Seguridad previstas en los literales a) y c) del artículo anterior, una vez fijada su extensión, está en la obligación de declararlo dentro de un plazo no mayor de 60 días a contar de la fecha en que suscriba el contrato público o privado respectivo, por ante la Primera Autoridad Civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien enviará dicha declaración, con los recaudos que señale el Reglamento dentro de un plazo no mayor de 30 días, a la Secretaría del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa.

En primer lugar, la LOSD establece (art. 16) que *ningún extranjero podrá adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, sin autorización escrita del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de la Defensa, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la Zona de Seguridad Fronteriza creada en esta Ley y en la zona de seguridad que circunda las instalaciones militares y las industrias básicas.*

En consecuencia, los Registradores, Jueces, Notarios y demás funcionarios con facultad para dar fe pública, se abstendrán de autorizar los documentos que se presenten para su otorgamiento con violación de las disposiciones contenidas en este artículo, so pena de nulidad.

A los efectos de la restricción establecida en la LOSD se consideran *personas interpuestas*, además de las contempladas en el Código Civil, las sociedades, asociaciones y comunidades en las cuales una persona natural o jurídica extranjera, sea socio, accionista, asociado o comunero con *poder de decisión*.

En segundo lugar, la LOSD establece (art. 16) que *todo extranjero propietario o detentador por cualquier título de bienes inmuebles en las Zonas de Seguridad previstas en los literales a) (una franja adyacente a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables) y c) (cualquiera otra zona que considere necesaria para la seguridad y defensa de la República), una vez fijada su extensión, está en la obligación de declararlo* dentro de un plazo no mayor de sesenta (60) días a contar de la fecha en que suscriba el contrato público o privado respectivo, por ante la Primera Autoridad Civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien enviará dicha declaración, con los recaudos que señale el Reglamento dentro de un plazo no mayor de 30 días, a la Secretaría del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa.

A efectos aclaratorios debemos señalar que el 18 de diciembre de 2002, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela sancionó la *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación* (en lo adelante también *LOSN*)[21].

Conforme al artículo 61 de la LOSN, "queda derogada la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela Nº 1.899, Extraordinario, de fecha 26 de agosto de 1976; así mismo quedan derogadas todas las normas que en cuanto a la Seguridad de la Nación colindan con la presente Ley".

Sin embargo, el artículo 58 *eiusdem*, dispone que "*Las leyes y reglamentos* que regulan los procedimientos para la declaratoria de las *zonas de seguridad y el control de los bienes, personas y actividades* que ahí se encuentran, *se mantendrán vigentes* siempre que no colindan con la presente Ley, *hasta la promulgación del reglamento respectivo*". (Subrayados añadidos).

Por lo cual, resulta evidente que si bien el legislador dispuso la derogatoria de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (LOSD) por la entrada en vigencia de la LOSN, esta última habría dispuesto la continuación temporal de la vigencia de las leyes -como es el caso de la LOSD- y sus reglamentos -como es el caso del Reglamento Parcial N° 2 de la LOSD relativos a las *zonas de seguridad*, así como el control de los bienes, personas y actividades que ahí se encuentran.

En el caso concreto, a pesar de que la LOSN establece expresamente que la LOSD de 1976, queda derogada en su totalidad, no es así respecto al régimen de las *zonas de seguridad* que hayan sido anteriormente creadas y reguladas por el Ejecutivo Nacional con base en esa Ley de 1976, ya que éstas continuarán rigiéndose por la ley anterior (LOSD), siempre y cuando ello no colida con la ley nueva (LOSN).

Este fenómeno jurídico es conocido en la doctrina como la *ultra actividad de la Ley*, es decir, cuando una ley extiende sus efectos en el tiempo a situaciones generadas durante su vigencia, a pesar de que con posterioridad se cree una nueva ley que la sustituya.

El supuesto de la *ultra actividad* de la ley, conforme al Profesor Sánchez-Covisa, podría enunciarse de la siguiente manera: "La ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hechos pasados, es decir, no afecta a los efectos jurídicos producidos después de su vigencia, cuando tales efectos son consecuencia de un hecho anterior"[22]. Este mismo autor más adelante establece que "*una nueva ley se aplicará o no a las relaciones en curso, según sus preceptos sean o no de orden público, es decir, según no sean o sean modificables por la voluntad de los particulares. Aunque sea algo evidente por sí mismo, creemos conveniente hacer la salvedad de que este principio tiene un límite en la propia voluntad de la ley*. Ello quiere decir que, aunque una ley de orden público sea aplicable inmediatamente, sin que ello implique efectos retroactivos, a todas las relaciones en curso, *la propia ley tiene, naturalmente, plena facultad para limitar su esfera de acción determinando, de manera expresa o tácita*, que se aplicará solamente a las relaciones que se formen en lo sucesivo. De ese principio se deriva además la importante consecuencia de que, siendo la propia ley la que determina si sus preceptos son o no son de orden público, *ella es exclusivamente la que decide en qué medida debe aplicarse a los efectos futuros de las relaciones existentes. Es decir, así como el respeto de*

21. Publicada en la *G.O.* n° 37.594 de 18-12-2002.

22. SÁNCHEZ-COVISA HERNANDO, Joaquín, "La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas 1956. p. 156.

los hechos pasados y a los efectos pasados de tales hechos son conceptos distintos y anteriores a la ley, el respeto a los efectos futuros es un concepto que sólo puede construirse en función de la propia voluntad de la ley" (destacados del autor y negrillas nuestras)[23].

A mayor abundamiento respecto al tema, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-619/01, de fecha 14 de junio de 2001, ha señalado sobre la constitucionalidad de la *ultra actividad de las leyes*, que:

> Así como el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento jurídico las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, de igual manera puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. *La aplicación ultraactiva, entendida como la determinación legal según la cual una ley antigua debe surtir efectos después de su derogación*, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador, para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por motivos de conveniencia que estime razonable (...) (Resaltados añadidos)[24]

Así, teniendo en cuenta que, el legislador tiene la facultad para determinar los efectos de la ley en el tiempo, siempre que no se quebranten los principios y las garantías fundamentales de aplicación de la ley, éste puede determinar que, a pesar de que una ley haya sido derogada, ésta puede seguir manteniendo su vigencia -en cuanto a la regulación de los efectos posteriores de determinadas situaciones que hayan sido creadas con anterioridad. En estos casos, los juzgadores mantienen la facultad de seguir en conocimiento de los casos que tengan como objeto la aplicación de dichas normas, hasta que las mismas pierdan su vigencia.

De esta forma, a pesar de que el artículo 61 de la LOSN establece expresamente que, la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de 1976 queda derogada por esta nueva Ley, no es el caso del artículo 16 de la Ley de Seguridad y Defensa de 1976 y el Reglamento Nº 2. En efecto, conforme al articulo 58 de la LOSN dichas normas de la ley derogada continuarían en vigencia, por contener regulaciones relativas a las zonas de seguridad y el régimen de las personas, los bienes y las actividades, hasta tanto el nuevo reglamento sea dictado.

Es por ello que, manteniendo su vigencia el artículo 16 de la LOSD, puesto la jurisdicción constitucional conserva su facultad para conocer de su impugnación y, por tanto, tiene materia sobre la cual decidir, en virtud de la vigencia de tales dispositivos.

2. La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación

La *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación* del año 2002[25] dispone en su artículo 52 que,

> Los reglamentos especiales de las zonas de seguridad, determinarán el procedimiento para su declaratoria, el régimen sobre personas, bienes y actividades en las mismas, así como las sanciones a que hubiere lugar, todo de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y el ordenamiento legal vigente.

---

23. SÁNCHEZ-COVISA HERNANDO, Joaquín, *ob. cit.*, pp. 184-185.
24. *V.* en www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC619_01.htm.
25. Publicada en la *G.O.* n° 37.594 de fecha 18 de diciembre de 2002.

Esta norma permite que mediante un acto de rango sub-legal como es un reglamento, se establezca el régimen aplicable a las actividades que los particulares ejerzan en las zonas de seguridad, así como el régimen de las personas y de los bienes ubicados en ellas, y de los demás derechos que se quieran ejercer, así como las sanciones que se pueden aplicar. Por ello, esta norma de la LOSN, al disponer que se fije por vía reglamentaria, no sólo la delimitación espacial de las zonas de seguridad, sino el tipo de actividades que allí pueden ejercerse, la afectación de bienes, actividades económicas, el ejercicio de otros derechos como los de manifestaciones públicas, reuniones, entre otras, así como las sanciones a que hubiere lugar, le está otorgando o endosando abiertamente al Ejecutivo Nacional la facultad constitucional para determinar los tipos de infracción y las sanciones aplicables.

3. El Reglamento Parcial Nº 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad

El *Reglamento Parcial Nº 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad* (en lo adelante también *RP2*) establece el procedimiento para la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza y la declaratoria de las Zonas de Seguridad (art. 1). Con relación al régimen aplicable al derecho de propiedad y otros derechos sobre inmuebles en las zonas de seguridad, por parte *de extranjeros (personas naturales o jurídicas)*, dicho reglamento establece:

A) En primer lugar, que las *personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera* que *para la fecha de declaratoria de zonas de seguridad referidas*, en *la franja adyacente a la orilla de mar, a los lagos y ríos navegables y a las zonas que se consideren necesarias para la seguridad y defensa de la República*, sean propietarios o detentadores, por cualquier título, *de bienes inmuebles ubicados en dichas zonas, deberán, en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha de declaratoria de la zona de seguridad, notificarlo* a la primera autoridad civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien la enviará, junto con los recaudos que señala el Reglamento, dentro de un plazo no mayor de treinta días, a la Secretaria del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa e informará para los efectos de registro y control a la máxima autoridad militar regional respectiva (art. 9).

En segundo lugar, el RP2 establece que las *personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera, que para la fecha del Decreto de la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza o de la declaratoria de las Zonas de Seguridad con su extensión que circunden instalaciones militares o industrias básicas, sean propietarias o detentadoras, por cualquier título, de bienes inmuebles ubicados en dichas zonas, deberán, dentro de los seis meses siguientes el Decreto, solicitar autorización escrita al Ministerio de la Defensa*, por órgano de la máxima autoridad militar regional respectiva, para continuar en el ejercicio de tales derechos. *Si la autorización es negada, deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos en un lapso no mayor de un año a partir de la fecha de la negativa. Vencido este lapso, harán el mismo ofrecimiento a la República sin perjuicio de que pueda procederse a la expropiación cuando se juzgue conveniente* (art. 11).

B) El RP2 establece igualmente la siguiente reglamentación respecto a los extranjeros que pretendan *adquirir* derechos sobre inmuebles en las zonas de seguridad:

En primer lugar, *las personas naturales o jurídicas, de nacionalidad extranjera, que adquieran por cualquier título la propiedad o cualquier otro derecho real sobre inmuebles ubicados en las zonas de seguridad, referidas* a *la franja adyacente a la orilla de mar, a los lagos y ríos navegables y a las zonas que se consideren necesarias para la seguridad y defensa de la República*, después de su declaratoria, deberán *notificarlo dentro de un plazo no mayor de noventa días contados a partir de la fecha en que suscriban el contrato respectivo*, aun cuando éste no haya sido reconocido, autenticado o protocolizado, a la primera autoridad civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien lo participará a la Secretaría Permanente del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, enviándole asimismo los recaudos que al efecto señale este Reglamento, dentro de un plazo no mayor de treinta días e informará para los efectos de registro y control a la máxima autoridad militar regional respectiva (art. 10).

En segundo lugar, *las personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera interesadas en adquirir* la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en la Zona de Seguridad Fronteriza o en las zonas declaradas de seguridad *que circunden instalaciones militares o industrias básicas*, deberán *obtener del Ministerio de la Defensa*, por órgano de la máxima autoridad de la organización militar regional respectiva, la *autorización correspondiente*. Esta *autorización* se otorgará *condicionada al uso* que ha declarado el propietario del inmueble y *podrá revocarse en cualquier momento si se comprobase un cambio en el mismo, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa* (art. 12).

Conforme al régimen legal y reglamentario antes expuesto podemos concluir que la continuidad en el ejercicio o la adquisición de derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros (personas naturales o jurídicas) en las zonas de seguridad está sometido a dos regímenes: uno de notificación y otro de autorización militar, dependiendo del tipo de zona de seguridad en el cual se encuentre el inmueble:

A) *Notificación a la autoridad civil*: para el caso de inmuebles ubicados en las zonas de seguridad, referidas *a la franja adyacente a la orilla de mar, a los lagos y ríos navegables y a las zonas que se consideren necesarias para la seguridad y defensa de la República*; y

B) *Autorización escrita del Ministerio de la Defensa*: para el caso de inmuebles ubicados en la *Zona de Seguridad Fronteriza o en las zonas declaradas de seguridad que circunden instalaciones militares o industrias básicas*.

En relación con las solicitudes referidas a las autorizaciones, el RP2 dispone (art. 14), que el Ministerio de la Defensa decidirá sobre ellas, dentro de los seis meses siguientes a su recibo y notificará de sus resultados al interesado, por órgano de la máxima autoridad de la organización militar regional respectiva e informará a la primera autoridad civil correspondiente.

Ahora bien, como quedó expuesto, en el caso de las personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera, que para la fecha del Decreto de la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza o de la declaratoria de las Zonas de Seguridad con su extensión que circunden instalaciones militares o industrias básicas, sean propietarias o detentadoras, por cualquier título, de bienes inmuebles ubicados en dichas zonas, *si la autorización es negada, deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos en un lapso no mayor de un año a partir de la fecha de la negativa. Vencido este lapso, harán el mismo ofrecimiento a la República, sin perjuicio de que pueda procederse a la expropiación cuando se juzgue conveniente.* Y en el caso de las personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera interesadas en adquirir la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en la Zona de Seguridad Fronteriza o en las

zonas declaradas de seguridad que circunden instalaciones militares o industrias básicas, que obtengan la autorización correspondiente del Ministerio de la Defensa, ésta se otorgará *condicionada al uso* que ha declarado el propietario del inmueble y *podrá revocarse en cualquier momento si se comprobase un cambio en el mismo, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa.*

4. Los Decretos emanados del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002

Los *Decretos* emanados del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002: *Decreto N° 1.968* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad del Cuartel General de Brigada Arturo Sánchez; N° 1.969* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Base Aérea Generalísimo Francisco de Miranda; Decreto N° 1.970,* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad de Fuerte Militar Tiuna; Decreto N° 1.971* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Comandancia General de la Armada; Decreto N° 1.972* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad del Cuartel General de la Comandancia General de la Guardia de Venezuela; Decreto N° 1.973* mediante el cual se *declara Zona de Seguridad de la Dirección de la Dirección de Hidrografía y Navegación de la Armada; Decreto N°. 1.974* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Compañía Anónima Venezolana de Televisión y; Decreto N° 1.975* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad del Servicio Autónomo Radio Nacional de Venezuela.*

Estos decretos de naturaleza y rango reglamentario tienen por objeto establecer la extensión y límites de las zonas de seguridad que circundan las instalaciones militares en ellos descritas. Sin embargo, además de ello, estos decretos establecen que *el Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de las Zonas de Seguridad que se crean,* sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos (art. 2). Estos decretos declaran que dentro de los límites de la zona de seguridad, se prohíbe la realización de actividades y eventos que amenacen la integridad física y moral de las personas, bienes y servicios (art. 3). El Ministerio de la Defensa deberá demarcar los linderos de las zonas de seguridad, dentro de un plazo no mayor de un año, contado a partir de la publicación de los decretos en la Gaceta Oficial (art. 4). La *adquisición, posesión, propiedad y otros derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros* en la zona de seguridad que se declara en cada decreto, se regirá conforme al régimen de la LOSD y RP2 expuesto *supra* (art. 5). El *Ministerio de la Defensa otorgará las autorizaciones o aprobaciones,* según el caso, para la ocupación del territorio en las zonas de seguridad, lo cual requerirá la opinión favorable del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales (art. 7); y el *Ministerio de la Defensa deberá elaborar el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso* de cada zona de seguridad, en los cuales se establecerán los *lineamientos, directrices y políticas para su administración,* así como la orientación para la *asignación de usos y actividades permitidas* (art. 6). A tales efectos, el *Ministerio de la Defensa remitirá copia de cada decreto a la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio del Interior y de Justicia, con la finalidad de que tome las medidas conducentes para informar a los Registradores Subalternos y Notarios de la jurisdicción, las limitaciones a las cuales quedan sometidas la posesión y transmisión de los derechos sobre los inmuebles ubicados dentro de la zona de seguridad declarada en cada decreto (art. 7).* Finalmente, el *Ministro de la Defensa* y el Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales, quedan encargados de la ejecución de los decretos (art. 8).

5. Las Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa de fecha 19 de septiembre de 2002

Las *Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002: *Resolución N° DG-18020* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.968 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; *Resolución N° DG-18021* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.969 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; *Resolución N° DG-18022* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.970 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; *Resolución N° DG-18023* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.971 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; la *Resolución N° DG-18024* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto No. 1.972 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; la *Resolución N° DG-18025* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.973 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; la *Resolución N° DG-18026* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.974 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; y la *Resolución N° DG-18027* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.975 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo.

Estas resoluciones del Ministro de la Defensa, tienen dos disposiciones:

En primer lugar, el Ministro de la Defensa resuelve oficiar al Ministro del Interior y Justicia**,** *solicitándole girar instrucciones a los Registradores y Notarios del país*, para que se le dé cumplimiento al contenido del artículo 16 de la LOSD, *debiendo exigírseles a los particulares los permisos previos para enajenar cualquier bien inmueble que se encuentre en las zonas de seguridad* y, en particular, la correspondiente a cada decreto (resuelto *Primero*). Esta disposición extiende las limitaciones a los derechos sobre inmuebles en la zona de seguridad no sólo a los extranjeros, sino que al mencionar a los *particulares* pretende incluir a los venezolanos. Además, las autorizaciones legalmente previstas y desarrolladas por el RP2 hacen referencia a la *adquisición* de la propiedad u otros derechos sobre inmuebles ubicados en zonas de seguridad, pero estas resoluciones ministeriales extienden la restricción a la *enajenación*, con lo cual se incluye no sólo al *adquirente* sino, también al *enajenante* de dichos derechos.

En segundo lugar, el Ministro de la Defensa -sin base constitucional, legal o reglamentaria alguna- resuelve oficiar al Alcalde del municipio respectivo y al Alcalde Metropolitano de Caracas, participándoles que en ocasión al decreto que crea la zona de seguridad en su jurisdicción, "*se deben abstener de aprobar la realización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares*" dentro del perímetro demarcado como Zona de Seguridad "*a menos que exista, una expresa autorización de este Despacho para ejecutarla* (resuelto segundo").

Estos actos estatales antes descritos, en los términos que fundamentaremos a continuación, contienen graves vicios de inconstitucionalidad por los siguientes motivos:

1. Violación del contenido esencial del derecho de propiedad;
2. Violación del derecho a la igualdad;
3. Violación de la autonomía municipal y el principio del gobierno civil electo;
4. Violación del concepto constitucional de seguridad de la Nación; y
5. Violación de los requisitos constitucionales para declarar un estado de emergencia.
6. Violación a la garantía a la reserva legal.

III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Nuestra Constitución garantiza el derecho de propiedad como un derecho fundamental de carácter económico, al establecer en su artículo 115 lo siguiente:

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

Es importante destacar que algunos de los derechos constitucionales poseen además la condición de derechos humanos reconocidos por instrumentos internacionales. Estos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos cuando son tratados, pactos o convenciones suscritos y ratificados por Venezuela, adquieren *jerarquía constitucional* y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la propia Constitución y en las leyes de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (art. 23). Por lo cual, estos tratados sobre derechos humanos se incorporan al *Bloque de la Constitución*, de manera tal que su violación significa una violación a las normas de rango constitucional. De allí la importancia de aplicar los parámetros sobre los derechos humanos en el orden interno, no sólo aquéllos contenidos en las normas de dichos tratados, sino, además, en la interpretación auténtica de los mismos efectuada por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos consagrados en los mismos instrumentos internacionales, como son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, la Convención Americana reconoce el derecho de propiedad en los siguientes términos (art. 21):

> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
>
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...)

La propiedad no es un derecho abstracto o sin contenido esencial. Por el contrario, la propiedad, conforme a la norma constitucional y nuestro Código Civil, consiste en "el derecho de *usar*, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la ley" (art. 545). La facultad de usar consiste en la

utilización de la cosa para el fin u objetivo que le es propio[26]. Es por ello que siendo la propiedad en definitiva un derecho general, puede en cuanto a su contenido simplificarse en la fórmula según la cual "el propietario puede hacer todo aquello que no esté legalmente vedado (principio lógico de identidad)"[27].

En tal sentido, la propiedad sobre los bienes inmuebles implica el ejercicio de los atributos propios de uso, goce y disposición que le corresponden a su titular, con las limitaciones establecidas o impuestas por la ley, con fines de utilidad pública o de interés general. En consecuencia, el propietario de un inmueble tiene derecho, en primer lugar, a usarlo, es decir, a utilizarlo para el fin u objetivo que le es propio. En segundo lugar, el propietario de un bien inmueble tiene el derecho a gozar sus beneficios. Y en tercer lugar, el propietario de un inmueble tiene derecho a *disponerlo o enajenarlo* libremente, con sujeción a las normas legales, y a obtener por ello la contraprestación convenida. Todo ello, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

Ahora bien, este derecho en el sentido moderno y contemporáneo abarca no sólo una noción formal o reducida de la propiedad, sino, además, comprende todos los derechos patrimoniales de una persona (natural o jurídica) sobre bienes inmuebles. Este sentido comprensivo del derecho de propiedad ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional autorizada al establecer sobre la materia:

> Entonces, si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos estos como los objetos inmateriales susceptibles de valor, y que se desarrollan en el Código Civil, no cabe duda de que en este sentido es un derecho fundamental, *aunque es una función social que implica obligaciones*, según la precisa evolución política, económica y social a que se ha aludido más arriba. Que ello es así lo ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Ley 16 de 1972), la que en su artículo 21 prescribe, en primer término, que *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes*, y, además que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"[28].

Esta noción moderna de la propiedad es producto de una evolución en su concepción, influida por la noción de Estado Social de Derecho recogida en nuestra Constitución (art. 2), el cual somete la propiedad a contribuciones, restricciones y obligaciones en virtud de la ley, por razones de utilidad pública o interés general. En este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia al interpretar esta dimensión del derecho de propiedad ha sentado la siguiente doctrina:

> Tal como puede inferirse del texto citado, el núcleo del derecho de propiedad está configurado, no sólo por lo que subsiste de la noción individualista que hizo fortuna a la sombra del Estado Liberal, la cual consideraba al derecho de propiedad desde una noción abstracta como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, *la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valo-*

---

26. *V.*, KUMMEROW, Gert., *Bienes y derechos reales*, UCV, Caracas 1969, pp. 243 y ss., y AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Cosas, bienes y derechos reales*, UCAB, Caracas 1989.
27. *V.*, PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, Madrid, p. 123.
28. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n° T-015/92 de fecha 28-5-1992.

res o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Esta noción integral del derecho de propiedad es la que está recogida en nuestra Constitución, por lo que los actos, actuaciones u omisiones denunciados como lesivos del mismo, serían aquellos que comporten un desconocimiento de la propiedad como hecho social, a lo que se puede asimilar situaciones que anulen el derecho sin que preexista ley alguna que lo autorice[29].

1. Las restricciones impuestas al derecho de propiedad: la violación del contenido esencial del derecho

Las restricciones a las que está sometido el derecho de propiedad deben fundamentarse legítimamente en razones de utilidad pública o interés general, como conceptos jurídicos interpretados en el ámbito de una sociedad democrática y, por tanto, no de manera arbitraria. Por ello, las restricciones a dicho derecho únicamente son aceptables constitucionalmente cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen, pero nunca al punto de que se restrinjan o limiten en su núcleo esencial los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados. En este sentido, autorizada jurisprudencia constitucional ha establecido la siguiente doctrina:

> En el derecho moderno, se reconoce la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios. El carácter relativo y no absoluto del derecho de propiedad, habilita al legislador y excepcionalmente a las autoridades administrativas para *establecer restricciones a dicho derecho cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen, pero nunca al punto de que... se restrinjan o limiten en su núcleo esencial los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados*. (resaltados añadidos)[30].

En el presente caso, los actos estatales que desarrollan las zonas de seguridad antes descritos imponen unas restricciones al derecho de propiedad de una manera injustificada e irrazonable, al punto de llegar afectar su contenido esencial mismo. *En efecto, resulta contrario al derecho de propiedad someter -además sin indemnización alguna- su uso, el goce y la disposición de la misma a notificaciones y autorizaciones discrecionales por parte de la autoridad militar (Ministro de la Defensa), por el hecho de ser extranjeros sus titulares y estar ubicada en una zona declarada como de seguridad.*

Estas regulaciones desconocen el contenido o núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se caracteriza, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas; es decir el núcleo esencial de este derecho, se encuentra en su contenido económico, pues es evidente que por las razones de seguridad contenidas en los actos objeto de este estudio, se está afectando el uso, el goce y la disposición como prerrogativas del derecho de propiedad sobre los bienes afectándose el proceso jurídico económico para transmitir

---

29. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (TSJ/SC), sentencia de fecha 6-4-01, Caso *Only One Import*. Las sentencias del TSJ de Venezuela pueden ser consultadas en su página digital: www.tsj.gov.ve.

30. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-245/97, de fecha 21-5-97.

patrimonialmente a terceros las cosas o para cumplir la tradición y el perfeccionamiento legal sobre los inmuebles que exigen, en cada caso concreto las normas civiles.

La doctrina de la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado expresamente en este sentido, al entender que el contenido esencial del derecho de propiedad puede determinarse por los intereses jurídicamente protegidos, de modo que *se rebasa o se desconoce su núcleo básico, cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su protección*:

> ...desconocen el contenido o núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se caracteriza, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas; es decir el núcleo esencial de este derecho, se encuentra en su contenido económico, pues es evidente que por las razones argumentadas por las autoridades municipales se está afectando el uso, el goce y la disposición como prerrogativas del derecho de propiedad sobre los bienes afectándose el proceso jurídico económico para transmitir patrimonialmente a terceros las cosas o para cumplir la tradición y el perfeccionamiento legal sobre los inmuebles que exigen, en cada caso concreto, tanto las normas civiles como fiscales. La doctrina de la Corte ha entendido que el contenido esencial del derecho de propiedad puede determinarse por los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce su núcleo básico, cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su protección[31].

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo de Justicia también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, al expresar la relevancia de la protección constitucional del derecho de propiedad frente a arbitrariedades en las cuales se le niega a una persona la posibilidad de tener la condición de propietario y con ello su derecho de defender su propiedad, los cuales son derechos fundamentales de rango constitucional:

> Por ejemplo, no es lo mismo negar la posibilidad a un ciudadano de tener la condición de propietario, que una discusión acerca de la titularidad de un bien entre particulares, cuya protección se ejerce mediante una acción judicial específica: la reinvindicación. Pero, si se niega a un ciudadano su derecho a defender su propiedad, se le niega un derecho fundamental, cuyo goce y ejercicio debe ser restituido[32].

Sobre este particular, la Cámara de Comercio de Caracas, en un comunicado público, expresó su rechazo a los ocho decretos dictados por el Ejecutivo Nacional, creando las ocho zonas de seguridad en Caracas, no solamente en cuanto a su contenido violatorio del derecho de propiedad, sino su grave efecto entrabador del tráfico inmobiliario y las inversiones Cámara de Comercio de Caracas, "Decretos de Zonas de Seguridad violan flagrantemente el Derecho de Propiedad y el Estado Democrático"[33].

> Ante la creación de ocho (8) zonas de seguridad en la ciudad de Caracas por parte del Ejecutivo Nacional, la Cámara de Comercio de Caracas, a fin de dar cumplimiento a sus fines específicos, relacionados con la promoción y defensa de las libertades ciudadanas de sus afiliados, en especial a lo relacionado con los derechos a la propiedad y al libre comercio, cumple con informar a sus miembros y a la ciudadanía en general, que la situación creada por esos decretos conlleva los siguientes aspectos:
>
> 1. *Desconoce las propiedades de personas extranjeras* (naturales o jurídicas) así como cualquier tipo de derechos sobre inmuebles ubicados en dichas zonas. En este sentido, los extranjeros que vienen ejerciendo tales derechos conforme al ordenamiento constitucional y legal de Venezuela, deberán solicitar dentro de los seis meses siguientes una autorización ante el Ministerio de

31. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-245/97, de fecha 21-5-97.
32. TSJ/SC, sentencia n° 828 de fecha 27 de julio de 2000.
33. Publicado en el periódico *El Nacional*, Caracas 21-9-02.

la Defensa y si la autorización es negada, deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos dentro del lapso no mayor de un año; vencido este lapso harán el mismo ofrecimiento a la República Bolivariana de Venezuela sin perjuicio de que ésta pueda proceder a su expropiación cuando lo juzgue conveniente.

2. *Restringe el libre acceso a la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles ubicados en estas zonas de seguridad por parte de extranjeros*, ya que los somete previamente a la obtención de una autorización por parte del Ministerio de la Defensa; autorización ésta que de otorgarse estará condicionada al uso declarado pero podrá revocarse en cualquier momento de considerar el Ministerio de la Defensa que se ha cambiado dicho uso.

3. Estas *regulaciones absurdas e irrazonables desconocen el derecho de propiedad consagrado en la Constitución y en instrumentos internacionales*, ocasionando un caos jurídico en las vidas de miles de extranjeros que han invertido de buena fe en nuestro país desde hace varias décadas, en las inversiones extranjeras, en el tráfico inmobiliario, en el ejercicio de la libertad de industria y comercio, así como en el derecho a la igualdad entre venezolanos y extranjeros.

4. Las resoluciones dictadas por el Ministro de la Defensa en ejecución de los decretos de zonas de seguridad, pretenden además, en abierta violación a la Constitución *extender estas restricciones a los derechos de propiedad a todos los venezolanos*, al requerir que se giren instrucciones a los registradores y notarios del país para que se le exija su cumplimiento de dichas restricciones *a los particulares*, en concreto referido a los "permisos previos para enajenar cualquier bien inmueble cualquier bien inmueble que se encuentre en las zonas de seguridad".

5. Estas resoluciones ministeriales establecen además una *absurda e inconstitucional limitación a los derechos de libre tránsito, libertad de manifestación, libertad de expresión y libertad de reunión tanto de venezolanos como de extranjeros*, al someter su ejercicio a la autorización del despacho del Ministro de la Defensa. Un Estado democrático requiere del pleno respeto a los derechos ciudadanos y a las competencias otorgadas a las autoridades civiles electas popularmente. De conformidad con la Constitución y las leyes de la República, el libre ejercicio del derecho de manifestación ciudadana está sujeto a la autorización de las autoridades municipales. Por ello, someter el ejercicio de estos derechos a la autoridad militar implica subvertir el orden democrático, ya que en los términos de la Carta Democrática Interamericana un componente fundamental del ejercicio de la democracia es "la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida".

6. La Cámara de Comercio de Caracas advierte sobre los efectos perniciosos para la economía nacional y el buen nombre del país en el exterior que ocasionan estas medidas arbitrarias contra los extranjeros y los venezolanos.

La Cámara de Comercio de Caracas *insta al Ejecutivo Nacional y al Ministro de la Defensa a limitarse a ejercer estrictamente las facultades que les confieren la Constitución, y a no situarse al margen de ella irrespetando abiertamente los derechos de los habitantes de Venezuela* sin ningún fundamento, justificación ni legitimidad en este caso. En consecuencia, respetuosamente y en ejercicio de sus derechos constitucionales, esta Cámara insta a estas autoridades a *dejar sin efecto de inmediato* dichas regulaciones por ser contrarias no solo a la Constitución Nacional sino además a las leyes incluidas las de promoción de inversiones, a los tratados de protección de inversiones extranjeras, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Carta Democrática Interamericana.

2. Las restricciones irrazonables y arbitrarias impuestas

Someter el derecho de propiedad y, en particular, el de un grupo de personas en virtud de su origen nacional, a restricciones exorbitantes en sus atributos sustanciales de uso, goce y disposición (como es el caso de las regulaciones impuestas por los actos estatales sobre zonas de seguridad antes descritos) a los derechos de propiedad y otros derechos sobre inmuebles de las personas naturales y jurídicas extranjeras ubicados en las

zonas de seguridad decretadas por el Ejecutivo Nacional, configura una violación al derecho constitucional de propiedad consagrado en el artículo 115 del Texto Fundamental.

Estas regulaciones antes descritas, establecen restricciones al derecho de propiedad de los extranjeros en Venezuela, basadas en el artículo 16 de la LOSD, sometiéndolo a notificaciones y autorizaciones militares de por sí irrazonables, pero que además pueden producir efectos de impedir su acceso (apropiabilidad), extinguir el derecho existente o de condicionar su ejercicio a esas autorizaciones administrativas. En efecto, *estas regulaciones, en primer lugar, impiden el ejercicio del derecho de propiedad a aquéllos a quienes se les niegue dicha autorización escrita del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en las zonas de seguridad fronteriza o en las zonas de seguridad decretadas que circundan las instalaciones militares y las industrias básicas (art. 16, LOSD).* Pero incluso, a aquéllos a quienes se les autorice la adquisición de estos derechos, se les condiciona a un uso determinado, de tal manera que dicha autorización *podrá revocarse en cualquier momento* si se comprobase un cambio en el mismo, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa (art. 12, RP2).

En segundo lugar, *estas regulaciones extinguen el derecho de propiedad de aquéllos que actualmente, es decir al momento en que el Ejecutivo Nacional dicta los decretos de zonas de seguridad fronteriza o de zonas de seguridad que circunda las instalaciones militares y las industrias básicas, se les niegue dicha autorización escrita del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en las zonas de seguridad decretadas. En estos casos, las personas extranjeras deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos en un lapso no mayor de un año a partir de la fecha de la negativa; vencido este lapso, harán el mismo ofrecimiento a la República, sin perjuicio de que pueda procederse a la expropiación cuando se juzgue conveniente* (art. 11, RP2).

Estas restricciones al derecho de propiedad y, en especial, a personas por su origen nacional (extranjeros), resulta a todas luces inconstitucionales por irrazonables ya que desnaturalizan su esencia o contenido esencial.

Si bien el reconocimiento progresivo de los derechos humanos, a través de diversos instrumentos internacionales y en los ordenamientos jurídicos de los Estados, admite, bajo determinadas condiciones, la posibilidad de que se establezcan restricciones a su ejercicio, es una muestra del consenso respecto a su existencia, y de la necesidad de respetarlos y garantizarlos. En este sentido, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos señalan diversos *requisitos* para que puedan ser adoptadas determinadas *limitaciones* al ejercicio de los derechos humanos, *a fin de no desnaturalizar su esencia.* Por lo que su transgresión ocasiona una violación de los instrumentos internacionales y origina responsabilidad internacional por parte del Estado infractor[34].

Las limitaciones o restricciones a los derechos como es el caso del derecho de propiedad en nuestra Constitución (art. 115) y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos) están sometidas al principio de la *reserva legal*. Ello exige, -como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que las restricciones a los derechos humanos se en-

34. Seguimos lo expuesto en *Protección de los Derechos Humanos: Definiciones Operativas*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1997, pp. 35-41.

cuentren establecidas en leyes, lo cual demuestra la importancia del principio de legalidad y de la reserva de ley, elementos esenciales para que los derechos del hombre puedan existir en la realidad y se encuentren protegidos jurídicamente [35]. Sin embargo, *no toda limitación o restricción establecida mediante ley es compatible con la Constitución***.** En este sentido, la Convención Americana (art. 30) en total coincidencia con la Constitución (art. 115), establece que las restricciones permitidas por ella al goce y ejercicio de los derechos humanos, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de *interés general*. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el término leyes empleado en un tratado respecto a este tema comprende toda "...norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes"[36]. Esta definición encarga a los órganos legislativos, la exclusiva función de señalar los límites al ejercicio de los derechos humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, lo cual obliga a que en el momento de establecer las restricciones, exista cierto grado de consenso. Como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de procedimientos legislativos de este tipo, se permite a las minorías:

> ...expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, *este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder*[37]. (Resaltados añadidos)

Por lo demás, tales medidas tienen necesariamente que ser *temporales,* pues una restricción permanente anula el ejercicio del derecho y la eficacia de su protección.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la invocación al *interés general* significa que tales restricciones deben ser dictadas *en función del bien común, elemento integrante del orden público del Estado Democrático*. El contenido de ambos conceptos jurídicos indeterminados de orden público y bien común, así como el *interés general* en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos, deben ser objeto de una *interpretación ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana*[38].

En este sentido, *toda restricción debe guardar relación con los motivos o causas que la originan,* que generalmente son razones de orden público, *seguridad nacional,* salud pública, moral pública, o para garantizar los derechos y libertades de los demás. *A la vez que razonables y oportunas, estas restricciones deben ser necesarias para proteger esos valores, lo cual significa que si existe otra alternativa para conseguir tal fin, debe emplearse aquélla y no la restricción*[39].

---

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, serie A, n° 6, párr. 24.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sent. cit.*, párr. 38.

37. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sent. cit.*, párr. 22.

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sent. cit.* párr. 46.

Por lo cual, cualquier restricción que se emita al margen de estas condiciones deviene en arbitraria, como es el caso *in comento*.

En efecto, *la restricción devendrá en arbitraria si las causas y métodos para restringir el derecho, aun calificadas de legales o constitucionales, pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*[40].

En otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquélla que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial a una sociedad democrática.

En consecuencia, las restricciones a las cuales tanto el legislador (art. 16, LOSD) como el poder ejecutivo[41] han sometido el derecho de propiedad de los extranjeros, son restricciones respecto a su apropiabilidad y a su titularidad misma, con fundamento en un supuesto *interés general* de la *seguridad nacional*. Sin embargo, estas restricciones resultan reñidas con las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana.

En particular, estas restricciones resultan irrazonables ya que no son necesarias para proteger esos valores. Además, existen muchas otras alternativas para salvaguardar la seguridad nacional, particularmente en tiempos de paz, lo cual significa que si existe otra alternativa para conseguir tal fin, debe emplearse aquélla y no la restricción de mayor intensidad como la escogida por nuestro legislador.

A los fines de ilustrar otras soluciones legislativas que logran el objetivo del interés general al someter la propiedad a restricciones menos gravosas que las escogidas por el ordenamiento jurídico venezolano, podemos revisar el caso español -incluso ya antes de la democracia. En el caso de España[42], las zonas de seguridad (de instalaciones militares y de instalaciones civiles de interés militar) no implican por principio una exclusión o restricción del derecho de propiedad ni de los españoles ni de los extranjeros (art. 3). Por el contrario, estas zonas de seguridad se clasifican en: a) zonas lejanas y b) zonas próximas.

La titularidad de las propiedades en las *zonas lejanas* no está sometida a ninguna restricción, y sus atributos de uso y goce tampoco, excepto las autorizaciones (delegables a las autoridades regionales) para realizar plantaciones arbóreas, y levantar edificaciones o instalaciones análogas (art. 11). En las *zonas próximas* la titularidad de las propiedades tampoco está sometida a ninguna restricción. Estas zonas de seguridad tienen, como norma general, *una anchura de trescientos metros*; pero en los casos en que se considere excesiva esta anchura especialmente en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser reducida hasta el límite estrictamente indispensable (art. 8). En estas zonas próximas se permiten actos de ocupación y obras que no obstaculicen las instalaciones militares y, el resto, están sometidas a autorización (art. 9). Estas regulaciones a la propiedad ubicada en las zonas de seguridad, como queda claro, no establecen restricción alguna a la propiedad ni de españoles ni de extranjeros. Esta regulación respecto a los extranjeros (excluidos hoy en día los de la Comunidad Europea) existe en la ley,

---

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Sent. cit.*, párr. 18.

41. RP2, Decretos de zonas de seguridad y las resoluciones ministeriales antes identificadas.

42. Ley 8/1975 de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

pero en todo caso no vinculada a las zonas de seguridad y con un carácter muy excepcional y limitado. Se trata de las *zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros* por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de potestades soberanas del Estado (art. 4), que en ningún caso podrá *exceder del 15 por 100 de su superficie*, pero que en todo caso excluye "la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, y futuras" siempre que consten en planes aprobados conforme a la legislación urbanística (art. 16). En estos casos, la adquisición de derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros se sujeta a autorizaciones; pero aún en estos casos existen excepciones las zonas declaradas de interés turístico (art. 18). En todo caso, si en algunas de las zonas declaradas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se hubiere rebasado ya la proporción de 15% o la que en su caso fije el gobierno, "no se modificará el estado jurídico y de hecho de las propiedades que tuvieren adquiridas", salvo los casos extremos que se consideren necesarios para salvaguardar los supremos intereses de la defensa nacional (art. 23).

Por lo antes expuesto queda entonces claro lo siguiente respecto a esta regulación en el derecho comparado (España):

1. Las zonas de seguridad no implican una afectación de la titularidad los derechos de propiedad y otros derechos sobre los bienes inmuebles ubicados en ellas, ni su adquisición está sometida a régimen de autorización alguna.

2. El derecho de uso de las propiedades en las zonas de seguridad no está sometido a autorizaciones, excepto aquéllas que afecten la operatividad de las instalaciones militares en la *zona próxima*. Estas zonas tienen, como norma general una anchura de trescientos metros, pero en los casos en que se considere excesiva esta anchura especialmente en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser reducida hasta el límite estrictamente indispensable.

3. Las *zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros* por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de potestades soberanas del Estado en ningún caso podrán exceder del 15 por 100 de su superficie, pero que en todo caso excluye la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, y futuras, siempre que consten en planes aprobados conforme a la legislación urbanística. En estos casos, la adquisición de derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros se sujeta a autorizaciones; pero aún en estos casos existen excepciones, entre ellas, las zonas declaradas de interés turístico. En todo caso, si en algunas de las zonas declaradas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se hubiere rebasado ya la proporción de 15% o la que en su caso fije el gobierno, se respetarán los derechos adquiridos, salvo los casos extremos que se consideren necesarios para salvaguardar los supremos intereses de la defensa nacional.

De lo antes expuesto resulta evidente, que *sí existen alternativas mucho menos restrictivas al derecho de propiedad de los extranjeros en las zonas de seguridad*, que van desde la no afectación hasta la posibilidad de la apropiabilidad y al ejercicio de la titularidad existente, y solo limitadamente su uso en lo estrictamente indispensable (por igual a nacionales y extranjeros); hasta la posibilidad de restringir el acceso a la propiedad por parte de extranjeros en casos debidamente justificados y motivados, pero aún es estos casos limitando su restricción a superficies reducidas dentro de esas zonas (15%), no incluyendo en ellas a los núcleos urbanos o poblaciones, no incluyendo ciertas zonas como las zonas de interés turístico y, dejando a salvo, como principio general, los dere-

chos adquiridos antes de la declaratoria de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

Ello evidencia la arbitrariedad de las restricciones a la apropiabilidad y al ejercicio de la propiedad y otros derechos sobre los bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad en el ordenamiento jurídico en Venezuela, contenido en los actos estatales objeto de esta impugnación[43]*, motivo por el cual resulta violatorio del derecho de propiedad garantizado en el artículo 115 de la Constitución*. Estas restricciones resultan *irrazonables ya que no son necesarias para proteger los valores de interés general de una seguridad nacional en una sociedad democrática*; además, de que ha quedado demostrado que *existen otras alternativas menos restrictivas de dicho derecho para lograr el mismo fin de salvaguardar la seguridad nacional.*

3. Las cargas impuestas sin indemnización compensatoria

Además de la inconstitucionalidad argumentada *supra*, las restricciones a la apropiabilidad y al ejercicio de la propiedad y otros derechos sobre los bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad en el ordenamiento jurídico en Venezuela, contenido en los actos estatales *in comento*[44], resultan *inconstitucionales en virtud de que las mismas imponen cargas o limitaciones a la propiedad (uso) sin establecer indemnización alguna*. Estas regulaciones arriba descritas, establecen restricciones al derecho de propiedad de extranjeros en Venezuela, basadas en el artículo 16 de la LOSD, sometiéndolo a notificaciones y autorizaciones militares de por sí irrazonables, pero que además pueden producir efectos de impedir su acceso (apropiabilidad), extinguir el derecho existente o de condicionar su ejercicio a esas autorizaciones administrativas.

En efecto, estas regulaciones al derecho de propiedad de aquellos extranjeros se somete a la autorización escrita del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en las zonas de seguridad fronteriza o en las zonas de seguridad decretadas que circundan las instalaciones militares y las industrias básicas (art. 16, LOSD). Pero incluso a aquéllos a quienes se les autorice la adquisición de estos derechos, se les *condiciona a un uso determinado*, de tal manera que dicha autorización *podrá revocarse en cualquier momento si se comprobase un cambio en el uso condicionado, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa* (art. 12, RP2). Se trata entonces en estos casos de una carga adicional al atributo de *uso* del derecho de propiedad, a la cual únicamente están sometidas determinadas personas en virtud de su origen nacional (extranjeros) mas no el resto de las personas. Ello implica, que las demás personas naturales y jurídicas (venezolanas) no están sometidas a esta carga o limitación adicional al uso de sus derechos de propiedad sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad.

En relación a la propiedad inmobiliaria, si bien es cierto que el derecho de propiedad sobre inmuebles urbanos, es un derecho cuyo ejercicio por su titular de los atributos de uso del mismo es necesario que el Estado, a través de sus autoridades particularmente las municipales, precise legalmente el contenido de la propiedad, asignándole al bien el uso legalmente permitido y las demás condiciones de desarrollo (variables urbanas fundamentales); no es menos cierto, que el uso asignado, como limitación legal genéri-

43. Descritos *supra* en el capítulo I.
44. Descritos *supra* en el capítulo I.

ca al derecho de propiedad, no puede -en ningún momento- implicar o conllevar límites irrazonables (por ej. en virtud del origen nacional) o exorbitantes que conlleven a su desnaturalización, ni la imposibilidad absoluta o *congelación* del uso urbanístico de la misma.

En este orden de ideas, el régimen legal de la propiedad inmobiliaria urbana debe permitir la posibilidad de que el titular del derecho pueda darle al bien de su propiedad, por su propia cuenta y de manera inmediata, todos los usos legalmente permitidos. De lo contrario, nos hallamos en presencia de una medida que va más allá de ser una simple limitación, constituyendo -por lo tanto- una *limitación exorbitante* del derecho de propiedad, la cual violaría la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Resulta evidente por tanto, que esta carga o limitación adicional impuesta al uso del derecho de propiedad de los extranjeros afecta con un grado importante de intensidad dicho derecho, ya que el mismo no puede ser ejercido libremente como lo pueden ser los demás bienes pertenecientes a los nacionales que se encuentren en la misma zona de seguridad. Es por ello que esta limitación que afecta al derecho de propiedad sólo de un grupo de personas (extranjeros) ubicados en la misma zona que el resto de las personas (venezolanos) no puede ser establecida sin que medie indemnización previa.

Este principio de la indemnización de las limitaciones que afecten materialmente el derecho de propiedad llegando incluso a desnaturalizarlo, ha sido reconocido en la legislación nacional así como en la jurisprudencia nacional e internacional. En este sentido, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio establece que las limitaciones a la propiedad originan a los propietarios el derecho a reclamar la indemnización en los casos en que "desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social". (art. 63).

El principio de la indemnización a las afectaciones al derecho de propiedad ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que se obstruya o impida el libre ejercicio del derecho de propiedad:

> 120. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes*; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al *interés social*; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de *utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.
>
> 121. Corresponde a la Corte valorar, entonces, si el Estado privó al señor Ivcher de sus bienes e interfirió de alguna manera su derecho legítimo al *uso y goce* de aquéllos.
>
> (*Omissis*)
>
> 124. Para precisar si el señor Ivcher fue privado de sus bienes, la Corte no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada.
>
> (*Omissis*)
>
> 127. ...Este Tribunal observa que *la medida* cautelar mencionada *obstruyó el uso y goce de esos derechos p*or parte del señor Ivcher Bronstein; además, cuando la esposa de éste trató de hacer valer los mismos como copropietaria de las acciones de su esposo, resultaron infructuosos

los procesos que intentó al efecto. Consecuentemente, la Corte concluye que el señor Ivcher fue privado de sus bienes, en contravención de lo establecido en el artículo 21.2 de la Convención.

128. Corresponde ahora al Tribunal determinar si la mencionada privación fue conforme a la Convención Americana. *Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley*[45].

En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia sobre la materia ya ha venido admitiendo desde hace varias décadas el principio de la *indemnización* de los titulares de un derecho de propiedad, no sólo cuando se les expropie formalmente un bien sino, además, en aquéllas *circunstancias en que se prive al titular del derecho de una utilidad, que sean gravados los bienes con una servidumbre o sufra un daño patrimonial que derive la pérdida o disminución de sus derechos*, como es el caso de autos. Sobre el particular la tesis jurisprudencial patria ha sostenido este principio en los siguientes términos:

Por otra parte, tal como lo tiene señalado esta Corte en la sentencia del 10 de agosto de 1971, *para que se actualice por parte del ente público que afecte derechos de particulares la obligación de pagar indemnización, no sólo en los casos de expropiación propiamente dicha sino en otros, debe tratarse de circunstancias en que se prive al titular del derecho de una utilidad, que sean gravados los bienes con una servidumbre o sufra un daño patrimonial que derive la pérdida o disminución de sus derechos*,…[46]

4. La reserva legal de las limitaciones y restricciones a la propiedad

Pero además, *esta limitación* impuesta al uso de la propiedad de extranjeros sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad declaradas de instalaciones militares o industrias básicas en los casos en que el Ministerio de la Defensa los autorice en adquirir estos bienes u otros derechos reales sobre ellos, consistente en *condicionar dicha autorización militar al uso declarado* y la amenaza de la *revocatoria de la autorización misma en cualquier momento* (si se comprobase un cambio en el mismo sin una autorización previa) *viola la garantía de la reserva legal,* consagrada en los artículos 115 y 25 de la Constitución. En este sentido, la jurisprudencia internacional ha reiterado la exigencia de la ley formal para establecer las limitaciones y restricciones a los derechos, como es el caso del derecho de propiedad:

130. Tampoco hay alguna indicación de que se hubiese indemnizado al señor Ivcher por la *privación del goce y uso de sus bienes, ni que la medida que lo afectó se hubiera adoptado conforme a la ley.* Por otra parte cabe recordar que la Corte concluyó, en esta misma Sentencia, que los procesos relativos a la limitación de los derechos del señor Ivcher con respecto a la Compañía, entre los que figura el proceso mediante el cual el Juez Percy Escobar ordenó la medida cautelar, no satisficieron los requisitos mínimos del debido proceso legal (supra párr. 115). *La Corte observa al respecto que cuando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél*. Por con-

---

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Caso *Ivcher Bronstein*, n° 74.

46. CSJ/SP Sentencia de fecha 19-10-1988, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Caso *Inversiones El Ingenio C.A. contra el artículo 10 de la Ordenanza que regula las áreas sujetas a estudios especiales del Distrito Sucre del Estado Miranda*.

siguiente, no fue adecuada la privación del uso y goce de los derechos del señor Ivcher sobre sus acciones en la Compañía, y este Tribunal la considera arbitraria, en virtud de que no se ajusta a lo establecido en el artículo 21 de la Convención.

131. Como consecuencia de lo expresado, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein[47].

En virtud de lo cual, la limitación al uso del derecho de propiedad de extranjeros sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad declaradas de instalaciones militares o industrias básicas establecida por el artículo 12 del Reglamento Parcial No. 2 de la LOSD, en los casos en que el Ministerio de la Defensa los autorice para adquirir estos bienes u otros derechos reales sobre ellos, consistente en *condicionar dicha autorización militar al uso declarado* y la amenaza o facultad militar de la *revocatoria de la autorización misma en cualquier momento* (si se comprobase un cambio en el mismo sin una autorización previa), *viola la garantía de la reserva legal* consagrada en los artículos 25 y 115 de la Constitución.

El artículo 25 de la Constitución establece:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. (Resaltados añadidos).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 constitucional, los actos estatales comentados son nulos por inconstitucionales, por resultar violatorios del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 115 del Texto Fundamental.

IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD

La Constitución consagra el derecho a la igualdad en los siguientes términos (artículo 21):

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán distinciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias. (Resaltados añadidos).

---

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sent. *cit.*, Caso *Ivcher Bronstein*.

La Convención Americana reconoce el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

> *Artículo 24*. Igualdad ante la Ley
>
> Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

> *Artículo 26*. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen *derecho sin discriminación a igual protección de la ley*. A este respecto, *la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de* raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, *origen nacional* o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Resaltados añadidos).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1), establecen la obligación del Estado a *respetar y garantizar, a todos los individuos* que se encuentren bajo su territorio y sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en tales instrumentos internacionales, sin discriminación alguna[48].

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos de la ONU, la no discriminación es un principio básico y general relativo a todos los derechos humanos[49]. Se trata en consecuencia de un principio que subyace a ellos e informa el goce y ejercicio de los derechos humanos[50].

Tomando como referencia otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 1) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 1.1), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que por ella debe entenderse[51]:

> *...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como* la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, *el origen nacional* o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, *y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.* (Resaltados añadidos).

El goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades puede admitir bajo circunstancias autorizadas por los propios instrumentos internacionales algunas diferencias de trato que no resultan discriminatorias. Así por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23), establecen que el ejercicio de los derechos políticos puede estar condicionado por diferencias en cuanto a la edad o la ciudadanía. De hecho, los

---

48. *V., Anuario 2002: Red de Información Jurídica*, Comisión Andina de Juristas/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, versión digital en sitio www.cajpe.org.pe.

49. Observación General n° 18, *No discriminación*, 37º período de sesiones, 1989, párr. 1. en "Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de los tratados". HRI/GEN/1, del 4 de setiembre de 1992. p. 28.

50. MEDINA, Cecilia, "El derecho internacional de los derechos humanos" en AA.VV, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge, editores, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 1996, p. 30.

51. Observación General n° 18. *ob. cit*, párr. 7

derechos políticos conforme a la Convención Americana están referidos a *todos los ciudadanos*, mientras que los demás derechos humanos se reconocen respecto a *toda persona*. En ese mismo sentido, la Constitución de Venezuela establece que los derechos políticos son privativos de los venezolanos, salvo las propias excepciones establecidas en ella (art. 40).

Por ello, si bien toda discriminación supone un trato desigual irrazonable o indebido, solo bajo circunstancias expresamente determinadas y justificadas un trato diferenciado puede no resultar discriminatorio.

En este orden de ideas, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que una diferenciación de trato basada en criterios razonables y objetivos no constituye discriminación[52]. Similar criterio ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[53], para la cual no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, pues no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana, siempre y cuando:

A) los objetivos de la norma y la medida que establece el tratamiento diferenciado sean lícitos;

B) la distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas; y,.

C) se observe el principio de proporcionalidad (entre medios empleados y finalidad perseguida).

Así, para establecer cuándo se está frente a una medida que implica una discriminación y cuándo frente a una medida que solamente establece una diferenciación, se debe evaluar su razonabilidad, lo cual implica examinar:

A) si el trato que se cuestiona genera o no consecuencias diferentes entre dos o más personas;

B) si existe una razón importante por la cual es necesario mantener y respetar la igualdad entre los desigualmente tratados.

C) si los motivos que se alegan para justificar la desigualdad son razonables.

En el caso que nos ocupa, las restricciones al derecho de propiedad de los extranjeros en las zonas de seguridad, en los términos contenidos en los actos estatales: la LOSD, en el RP2 y en los Decretos Ejecutivos antes descritos, implican un trato diferente para una categoría de personas naturales y jurídicas: extranjeros, que no se aplica a las venezolanas bajo las mismas circunstancias. Por lo cual, resulta evidente el trato diferente a los extranjeros frente a los nacionales bajo las mismas condiciones: inmuebles ubicados en zonas de seguridad. En segundo lugar, la razón por la cual es necesario mantener y respetar la igualdad de trato entre venezolanos y extranjeros se fundamenta en el ejercicio del derecho de propiedad por parte de sus titulares, sometidos a las limitaciones, restricciones y contribuciones en virtud del interés general. En tercer lugar, los motivos de *seguridad* que alega el legislador para justificar la desigualdad son razonables como quedó expuesto *supra*, ya que para preservar la seguridad de las instalaciones militares y las industrias básicas no es indispensable excluir y extinguir las propiedades de los extranjeros en dichas zonas de seguridad, ya que existen otras regulaciones alternativas posibles sin crear este trato abiertamente desproporcionado. Por lo cual, esta distinción

52. Observación General n° 18. *ob. cit.*, párr. 13.

53. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-1984*, párr. 56 y 57.

en razón del origen nacional hecha por el legislador (art. 16, LOSD), y reglamentada por el Ejecutivo Nacional (RP2), y aplicada mediante los decretos de zonas de seguridad y las resoluciones ministeriales descritas e identificadas en el Capítulo I *supra*, resulta inconstitucional por discriminatoria.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley es un derecho autónomo, a través del cual *se prohibe que la discriminación se produzca en cualquier esfera sujeta a la normativa y a la protección de las autoridades públicas*[54]. A fin de garantizarlo, *los Estados tienen la obligación de no incorporar preceptos discriminatorios en las leyes que emitan, la cual no sólo se aplica para el caso de normas que desarrollen aspectos vinculados con los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que se aplica respecto a todo ámbito sobre el cual el Estado ejerce su función normativa*[55].

La discriminación por razón de origen se presenta de dos maneras: a) a través de la discriminación en base a la nacionalidad y b) mediante la discriminación en base al origen nacional[56]. La *primera se produce respecto a los extranjeros, quienes en algunas oportunidades tienen dificultad para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del país en que se encuentran*. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que *cuando un extranjero se encuentra en el territorio de un Estado, es titular de todos los derechos humanos* por lo que,

> No debe haber discriminación alguna entre ciudadanos y extranjeros en el goce de estos derechos. Dichos derechos del extranjero sólo pueden ser sujetos a las limitaciones permitidas por el Pacto[57].

En el presente caso, los extranjeros tienen precisamente una dificultad que en algunos casos puede llegar incluso a la imposibilidad para ejercer su derecho de propiedad y otros derechos, sobre los inmuebles ubicados en las zonas de seguridad de las instalaciones militares y las industrias básicas, en igualdad de condiciones que los nacionales del país en que se encuentran (venezolanos), ya que la misma está sometida en virtud de la normativa descrita en el Capítulo I del presente trabajo, a un régimen de autorización militar para su adquisición, la cual incluye su condicionamiento a determinados usos.

Por ello, en definitiva, toda diferencia entre el extranjero y el nacional en el goce de un derecho civil debe ser examinado según el criterio de *razonabilidad* que se aplica en general para distinguir entre discriminación y diferencias de trato justificadas[58]. *En el presente caso, como ha quedado demostrado, la distinción en el trato a que son sometidas las personas extranjeras frente a las nacionales para ejercer su derecho de propiedad y otros derechos, sobre los inmuebles ubicados en las zonas de seguridad de las instalaciones militares y las industrias básicas, en igualdad de condiciones, no es razonable, ya que los requerimientos de seguridad pueden ser logrados perfectamente de manera alternativa por otras vías sin necesidad de establecerse esta restricción que resulta por tanto discriminatoria.*

---

54. Observación General n° 18. *ob. cit.*, párr. 12.
55. *V., Anuario 2002: Red de Información Jurídica*, *ob. cit.*
56. O'DONNELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989, pp. 385 y 388.
57. Observación General n° 15, 27º Período de Sesiones, 1986, pár. 7, en *Recopilación de las observaciones generales*, *ob. cit.* pp. 21-22.
58. O'DONNELL, D., *Protección Internacional..., op. cit.*, p. 387.

En el caso bajo análisis, la propia Constitución descarta expresamente que el criterio de nacionalidad de la inversión y, en concreto, la condición de extranjero pueda ser utilizado como criterio aceptado para establecer cualquier trato desigual. *En este sentido, el artículo 301 constitucional es tajante al establece en su parte final:*

> La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.

Pero no sólo, en el caso concreto, se produce violación directa de la Constitución, sino que también, se producen vulneración de normas contenidas en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de fecha 3 de octubre de 1999 que, en su sus artículos 6 y 7 establece el trato igualitario, justo y equitativo a los inversionistas extranjeros, en los siguientes términos:

> Las inversiones extranjeras tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación.
>
> Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.

Es evidente, que al establecer los Decretos y Resoluciones aquí comentados, un especial régimen de limitaciones a la tenencia de inmuebles por parte de inversionistas extranjeros, se les está otorgando un trato injusto y no equitativo, además, estos actos constituyen medidas irracionales, desproporcionadas, arbitrarias y discriminatorias que afectan directamente la inversión extranjera realizada y su derecho de propiedad constitucionalmente consagrado. La limitaciones y régimen especial que se imponen a los inmuebles de extranjeros, dificulta las transacciones inmobiliarias de manera exagerada y desproporcionada, obstaculiza la gestión de la industria y los servicios que presta, así como el pleno disfrute de sus bienes y la posibilidad de ampliación o venta de la inversión extranjera, lo cual además de resultar inconstitucional, es contrario a la ley. En el presente caso, esta normativa, de rango sub legal y dictada en contravención con normas de rango superior, otorga un tratamiento jurídico distinto a sujetos en idéntica situación, al colocar a la inversión extranjera en una situación de minusvalía evidente, lo que esta prohibido expresamente por la Constitución.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *la discriminación supone el trato desigual a personas bajo una situación igual:*

> ...la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales[59].

En el presente caso, la normativa analizada sobre las zonas de seguridad, trata de forma desigual a dos categorías iguales de personas en razón de la nacionalidad: se le imponen limitaciones a los extranjeros titulares del derecho de propiedad u otros derechos, sobre los inmuebles ubicados en dichas zonas de seguridad.

Por ello, se produce una violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, al estar en presencia de una *situación en la cual se otorga un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación*, como es el caso de autos.

---

59. Sentencia n° 244 de fecha 20-02-2001.

En este sentido se ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral, al afirmar,

> Respecto a la denunciada amenaza de violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación (artículo 21 de la Constitución), observa esta Sala que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incluyendo este órgano judicial, para que se produzca una lesión a dichos derechos constitucionales se requiere que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones fácticas, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica. En otros términos, para que se produzca una violación, o amenaza de violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, es necesario que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación[60].

De allí que la consecuencia generada en el menoscabo del ejercicio de un derecho en condiciones de igualdad, genera una discriminación contraria a la Constitución, como es el caso de autos aquí analizado. Este ha sido el criterio expresado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa:

> *La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, por lo cual a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1961, que aludía expresamente a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, en este nuevo texto constitucional se logra extender* el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. *Es así como esta norma constitucional ha venido a consagrar los principios que la jurisprudencia ha ido delineando, pues ésta ha sido conteste en señalar que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que* sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual[61].

Por todo ello, sometido a examen de constitucionalidad el criterio de diferenciación *extranjero* escogido por el legislador (art. 16, LOSD) para someter a la autorización del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la zona de seguridad de instalaciones militares o industrias básicas, no resulta aceptable ya que *no existe una justificación razonable* para establecer tal tratamiento diferenciado frente a los nacionales. En este sentido, la relación entre la finalidad de la norma (la seguridad y defensa nacional) y el medio escogido (restringir la apropiabilidad, la titularidad y el uso de la propiedad de extranjeros), resulta desproporcionado y por tanto irrazonable. En efecto, el juicio de *proporcionalidad* entre el fin buscado por la norma y los *medios* escogidos para ello debe tener en cuenta no solo la *necesidad* y la *adecuación* de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros *medios alternativos, que siendo menos gravosos podrían lograr igual cometido*[62].

En este caso, como ha sido suficientemente demostrado *supra*, la finalidad de asegurar la seguridad y defensa de dichas instalaciones puede ser lograda por medios alternativos diferenciados y menos restrictivos, sin que ello resulte en una discriminación abierta entre venezolanos y extranjeros que carece de justificación. Motivo por el cual, *la diferenciación entre venezolanos y extranjeros para someter a éstos últimos a las*

60. Sentencia n° 004 de fecha 25-01-2001.
61. Sentencia n° 01459, de fecha 12-07-2001.
62. Corte Constitucional de Colombia, sentencia n° T-422 de 19-6-92.

restricciones establecidas en el artículo 16 de la LOSD y el resto del ordenamiento jurídico, resulta discriminatorio y por tanto violatorio de los artículos 21 y 301 de la Constitución y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 25 de la Constitución establece:

> *Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo*; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. (Resaltados añadidos).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 constitucional, los actos estatales comentados son nulos por inconstitucionales, por resultar violatorios del derecho a la igualdad consagrado en los artículos 21 y 301 del Texto Fundamental.

V. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL ELECTO

De conformidad con el régimen municipal establecido en la Constitución, la autonomía de los municipios comprende la elección de sus autoridades y la gestión de las materias de su competencia. En este sentido, el artículo 168 constitucional dispone lo siguiente:

> Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley. *La autonomía municipal comprende:*
>
> 1. *La elección de sus autoridades*.
> 2. *La gestión de las materias de su competencia*.
> 3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.
>
> Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.
>
> Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y con la ley. (Resaltados añadidos).

Con relación a la elección de sus autoridades, la Constitución establece que el gobierno y la Administración del municipio corresponden a los Alcaldes o Alcaldesas electas popularmente (art. 174); y la función legislativa le corresponde a los Concejos Municipales también electos popularmente (art. 174).

Con relación a la gestión de las materias de su competencia, la Constitución establece que éstas son las propias de la vida local, las cuales comprenden la ordenación territorial y urbanística; la prevención y protección, vigilancia y control de los bienes; y los servicios de policía municipal (art. 178). Es evidente que la gestión de estas materias de la competencia municipal debe ser ejercida por las autoridades municipales electas (Alcaldes(a) y Concejale(a)s.

No obstante ello, los ocho decretos que crean las zonas de seguridad y las ocho resoluciones ministeriales aquí estudiadas y arriba identificadas, contienen regulaciones que violan la autonomía municipal consagrada en la Constitución. En efecto, estos ocho decretos ejecutivos, de naturaleza y rango reglamentario, tienen por objeto establecer la extensión y límites de las zonas de seguridad que circundan las instalaciones militares

en ellos descritas. Sin embargo, además de ello, estos decretos establecen que *el Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de las Zonas de Seguridad que se crean*, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos (art. 2). El *Ministerio de la Defensa deberá elaborar el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso* de cada zona de seguridad, en los cuales se establecerán los *lineamientos, directrices y políticas para su administración*, así como la orientación para *la asignación de usos y actividades permitidas* (art. 6).

En primer lugar, la *militarización* de las zonas de seguridad resulta no sólo contraria a la Constitución y a la propia LOSD. En efecto, nada en la Constitución autoriza a la militarización total o parcial del país, particularmente en época de paz. Por ello, disponer -como lo hacen los decretos en sus artículos 2º- que el Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de las Zonas de Seguridad que se crean, es subvertir el orden de gobierno y administración democrática del Estado venezolano, particularmente en sus cláusulas relativas a la forma de Estado Democrático y Social de Derecho (art. 2), el ejercicio democrático de la voluntad popular (art. 3), y la forma de Estado federal descentralizado (art. 4).

Pero además, la *militarización* de las zonas de seguridad viola la autonomía municipal en cuanto a la libre gestión de las materias de su competencia por sus autoridades electas, ya que la elaboración por el Ministerio de la Defensa del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de cada zona de seguridad, en los cuales se establecerán los lineamientos, directrices y políticas para su administración, así como la orientación para la asignación de usos y actividades permitidas (art. 6), va en contra de la competencia constitucional de los municipios propia de la vida local como es la ordenación territorial y urbanística (art. 178). En efecto, en una zona urbana la planificación territorial relativa a los usos y actividades permitidas es eminentemente de naturaleza municipal, por lo cual su nacionalización y particularmente su militarización resulta contraria a la autonomía municipal en la materia garantizada por la propia Constitución (arts. 174 y 178).

Pero además de ello, las *Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, en supuesta ejecución de los mencionados Decretos, disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo. En este sentido, la segunda disposición del Ministro de la Defensa en estos decretos -sin base constitucional, legal o reglamentaria alguna- resuelve oficiar al Alcalde del municipio respectivo y al Alcalde Metropolitano de Caracas, participándoles que en ocasión al decreto que crea la zona de seguridad en su jurisdicción, *se deben abstener de aprobar la realización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares* dentro del perímetro demarcado como Zona de Seguridad *a menos que exista, una expresa autorización de este Despacho para ejecutarla* (resuelto segundo).

Como se denunció arriba, la *militarización* de las zonas de seguridad viola la autonomía municipal en cuanto a la libre gestión de las materias de su competencia por sus autoridades electas, ya que la disposición a los Alcaldes de abstenerse de aprobar la realización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares dentro del perímetro demarcado como Zona de Seguridad a menos que exista, una expresa autorización de este Despacho para ejecutarla, va en contra de la competencia constitucional de los municipios propia de la vida local como es la prevención y protección, vigilancia y control de los bienes, y los servicios de policía municipal (art. 178). En efecto, la autorización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares particularmente en una ciudad es una competencia eminentemente de naturaleza

municipal, por lo cual su nacionalización y, particularmente, su militarización resulta contraria a la autonomía municipal garantizada por la propia Constitución (arts. 174 y 178). Con ello se vulnera además el goce y ejercicio de otros derechos constitucionales, como son: el derecho a manifestar (art. 68); el derecho de reunión (art. 53); el derecho al libre tránsito (art. 50); y el derecho a la libertad de expresión (art. 57).

VI. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN

Las regulaciones contenidas en los decretos ejecutivos que crean las zonas de seguridad y las resoluciones ministeriales correspondientes (identificadas en el capítulo I *supra)*, parten de una concepción errada de la seguridad de la Nación en la LOSD que desarrolla el RP2. En efecto, la seguridad de la Nación en un Estado Democrático se fundamenta en los valores y fines de éste. En este sentido, la propia Constitución establece que los fines esenciales del Estado vinculados con la dignidad de la persona, el ejercicio de la democracia, la paz y los derechos humanos (art. 3):

> El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

En un sentido concatenado, el ordenamiento jurídico y la actuación del Estado venezolano deben estar orientados por principios como la vida, la libertad, la democracia, la igualdad y en general la preeminencia de los derechos humanos (art. 2):

> Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

De allí que las normas relativas a los principios de la seguridad de la Nación, establezcan entre los principios de ésta a la paz, la democracia, la igualdad y la afirmación de los derechos humanos (art. 326):

> La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, para dar cumplimiento a los *principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos*, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar. (Resaltado añadido).

Como si fuera poco, la propia Constitución en desarrollo de los principios de seguridad de la Nación, únicamente estableció la zona de seguridad *de fronteras*, la cual en atención a esos principios podrá estar sujeta a regímenes especiales, pero sólo referidos en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial (art. 327):

> La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una *franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.* (Resaltado añadido).

En consecuencia, un régimen de la seguridad de la Nación no puede establecerse sino sobre la base de los principios y valores propios de una sociedad democrática, como los contenidos en las citadas normas de la Constitución: dignidad de la persona, el ejercicio de la democracia, la paz, los derechos humanos, la vida, la libertad, la democracia y la igualdad. Y en particular, el establecimiento de zonas de seguridad, cuando resulten procedentes, deberá llevarse a cabo conforme a los propios principios expresamente consagrados en la Constitución para este tipo de figuras, como son: regímenes especiales, pero sólo referidos en lo económico y social, poblamiento y utilización regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

En definitiva, un régimen de la seguridad de la Nación expresado en zonas de seguridad debe contener regulaciones en orden a garantizar y proteger la vida de las personas y los demás derechos que les son inherentes y esenciales. En el presente caso, como ha quedado demostrado, las medidas restrictivas adoptadas, no tienden a garantizar la vida ni los demás derechos de las personas, sino un concepto teórico de *seguridad y defensa* de instalaciones, que resulta absurdo, infundado, irrazonable y desproporcionado y por lo tanto inconstitucional. Por lo cual, el régimen de las zonas de seguridad está viciado de inconstitucionalidad, como quedó argumentado *supra*, ya que el mismo resulta contrario a la propiedad como un derecho humano consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la igualdad como derecho fundamental consagrado en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y al ejercicio democrático del gobierno y la autonomía municipal en los términos regulados en la propia Constitución.

VII. LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DECLARAR EL ESTADO DE EMERGENCIA

El efecto útil logrado mediante el régimen de las zonas de seguridad constituidos por el artículo 16 de la LOSD, el RP2, los decretos ejecutivos que crean las ocho zonas y las correspondientes resoluciones ministeriales[63], es la imposición de una *restricción excepcional* de los derechos fundamentales de propiedad, igualdad así como una *excepcionalidad* al régimen constitucional de la autonomía y gobierno democrático municipal contrario a los principios de la seguridad de la Nación.

Este régimen excepcional -independientemente de su procedencia o no incluso bajo circunstancias excepcionales- se adoptó sin seguir para ello los requisitos establecidos en la Constitución para decretar los estados de excepción y, especialmente, para restringir las garantías constitucionales (arts. 337 a 339).

Como ha sido demostrado en el presente capítulo, las restricciones excepcionales establecidas a garantías consagradas en la Constitución (ej. propiedad e igualdad) *no han cumplido con los requisitos factuales de procedencia ni los mismos han sido verificados, como son el caso de las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos* (art. 337).

63. Todos descritos e identificados en el Capítulo I.

En segundo lugar, tampoco se ha cumplido con el requisito de la *temporalidad* exigido por la Constitución (art. 337) para poder restringir de manera excepcional las garantías constitucionales del derecho de propiedad y a la igualdad. Sobre este importante requisito de la temporalidad, la jurisprudencia constitucional comparada ha establecido que durante los estados de excepción el legislador extraordinario está facultado para imponer restricciones atendiendo a razones de seguridad nacional que hagan aconsejable adoptar tales medidas, en orden a garantizar y proteger la vida de las personas y los demás derechos que les son inherentes y esenciales. Pero en estos casos, dichas restricciones deberán tener un *carácter transitorio y temporal, de manera que no se afecte el contenido fundamental de los derechos, y que por ende se asegure la proporcionalidad entre las medidas que se adopten y la gravedad de los hechos:*

> Durante los estados de excepción el *legislador extraordinario* está facultado para imponer las limitaciones descritas atendiendo a *razones de seguridad nacional, convivencia ciudadana o estabilidad institucional que hagan aconsejable adoptar tales medidas, en orden a garantizar y proteger la vida de las personas y los demás derechos que les son inherentes y esenciales*. Es del caso precisar *que dichas restricciones deberán tener, además, un carácter transitorio y temporal, de manera que no se afecte el contenido fundamental de los derechos, y que por ende se asegure la proporcionalidad entre las medidas que se adopten y la gravedad de los hechos*[64]. (Resaltados añadidos).

En el presente caso, como ha quedado demostrado de las denuncias de inconstitucionalidad desarrolladas en este capítulo, las regulaciones contenidas en los actos estatales comentados[65], *contienen restricciones a los derechos y garantías constitucionales de la propiedad y a la igualdad, que afectan su contenido esencial y por ende no aseguran la proporcionalidad ni la razonabilidad entre los medios empleados y el supuesto fin de seguridad y defensa nacional.*

Por ello el efecto práctico logrado por las regulaciones impugnadas y su aplicación mediante los decretos que crean las ocho zonas de seguridad y las respectivas resoluciones ministeriales es el de establecer restricciones al libre ejercicio de los derechos fundamentales particularmente de extranjeros en las zonas de seguridad, que no son necesarias para lograr el fin de seguridad nacional, ya que el mismo puede lograrse mediante regulaciones alternativas, y además por que las restricciones impuestas no son proporcionales al supuesto fin perseguido.

Otro efecto práctico logrado con estas regulaciones es el de *evadir los controles constitucionales necesarios para la imposición de restricciones a las garantías constitucionales*, como son (art. 339):

A. su presentación a la Asamblea Nacional (o a la Comisión delegada) para su consideración y aprobación;

B. su presentación al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad; y

C. la información al Secretario General de la ONU y al Secretario General de la OEA.

La evasión de estos controles establecidos por la Constitución y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vicia de inconstitucionalidad a los actos estatales comentados en este estudio, particularmente los ocho decretos que crearon las zonas de seguridad y las correspon-

---

64. Corte Constitucional de Colombia, sentencia de fecha 5-7-96, n° C-295/96.
65. Descritos supra en el capítulo I

dientes resoluciones ministeriales por desviación de poder, al pretender evadir los controles constitucionales para la adopción de decretos de estados de excepción que restrinjan las garantías constitucionales.

Esta situación generó, en consecuencia, la imposición de medidas excepcionales de restricción de garantías constitucionales, sin cumplir para ello los requisitos y procedimientos establecidos para su validez y vigencia. Esto es precisamente lo que ha denominado el Relator Especial de Naciones Unidas para los estados de excepción y el Comité de Derechos Humanos, los *regímenes de excepción de facto*[66]. Se trata de situaciones en las cuales los Estados adoptan restricciones excepcionales a los derechos humanos, sin llevar a cabo la proclamación previa del estado de excepción y, particularmente, incumpliendo el requisito de publicidad en los términos establecidos en el Pacto Internacional. Tanto el Comité del Pacto de la Naciones Unidas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han negado a los Estados "la posibilidad de invocar el derecho de suspensión que la normativa internacional les reconoce, si la declaración del estado de sitio no ha sido debidamente notificada", llegando incluso a establecer *la responsabilidad* del Estado infractor de estas normas y a reclamar "el levantamiento de las mismas y el resarcimiento de las víctimas"[67].

Por los motivos aquí expuestos, resulta evidente que las regulaciones objeto de este estudio y su aplicación mediante los decretos que crean las ocho zonas de seguridad y las respectivas resoluciones ministeriales, es el de establecer restricciones al libre ejercicio de los derechos fundamentales en las zonas de seguridad, que no son necesarias para lograr el fin de seguridad nacional, ya que el mismo puede lograrse mediante regulaciones alternativas y, además, por que las restricciones impuestas no son proporcionales al supuesto fin perseguido, por lo que configuran restricciones a los derechos y garantías constitucionales de la propiedad y a la igualdad, que afectan su contenido esencial y, por ende, no aseguran la proporcionalidad ni la razonabilidad entre los medios empleados y el supuesto fin de seguridad y defensa nacional. *Estas regulaciones fueron impuestas en desviación de poder para evadir la normativa constitucional para declarar los estados de excepción y las restricciones temporales a dichas garantía, violándose con ello los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución.*

VIII. LA GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL

Tal como lo señalamos anteriormente, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación establece que

> Los *reglamentos* especiales de las zonas de seguridad, *determinarán* el procedimiento para su declaratoria, *el régimen sobre personas, bienes y actividades en las mismas, así como las sanciones a que hubiere lugar*, todo de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y el ordenamiento legal vigente. (Resaltados añadidos).

La norma contenida en el artículo en cuestión es inconstitucional en virtud de que viola flagrantemente la garantía de reserva legal, establecida en nuestra Constitución, al permitir que, mediante un acto de rango sub-legal como es un reglamento, se establezca

---

66. *V.*, el Informe del Relator y las decisiones del Comité en la publicación de DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, UNAM, México 1999.

67. DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos..., op. cit.*, p. 59-60.

el régimen aplicable a las actividades que los particulares ejerzan en las zonas de seguridad, así como los bienes ubicados en ellas, personas y demás derechos que se quieran ejercer, así como las sanciones. Ello evidentemente que atenta contra la garantía de la reserva legal establecida en nuestra Constitución en materia de restricciones y límites a los derechos y en la imposición de sanciones.

En efecto, la reserva legal es una garantía nuclear en el sistema constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución, tal y como resulta de toda la regulación contenida en sus artículos 19 al 129. Ello implica que sólo mediante ley se pueden limitar o restringirse los derechos garantizados en la Constitución.

Así, las limitaciones que el constituyente autorizó en materia del *régimen de las personas* como es el caso del ejercicio de los derechos al libre tránsito de las personas (art.50), derecho de asociación (art. 52), y el derecho de reunión (art. 53); del *régimen de los bienes* como es el caso del derecho de propiedad (art. 115); del *régimen de las actividades,* como es el caso del ejercicio del derecho a la libertad económica (art.112); y el *régimen de las sanciones* (art. 49, num.7), *únicamente pueden ser llevadas a cabo por el Estado mediante leyes sancionadas por el Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional). Asimismo, y en particular en lo referente a las zonas de seguridad fronteriza, se vulnera lo establecido en el artículo 327 de la Constitución, en el cual se especifica que su régimen, poblamiento y utilización serán regulados por la ley.*

En tal sentido, el texto constitucional, reserva dichas regulaciones a la ley nacional, es decir, las emanadas de la Asamblea Nacional, teniendo ésta expresamente entre sus atribuciones, de conformidad con el artículo 187 de la Constitución, ordinal primero, "legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional". Por su parte el artículo 156 constitucional enumera entre las competencias del Poder Público Nacional "la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales".

Es por ello que, las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas mediante *ley formal*, es decir, el acto normativo emanado de la Asamblea Nacional, previo cumplimiento del respectivo procedimiento que establezca la Constitución.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, señaló:

> La *garantía de la reserva legal consiste en el establecimiento, a nivel constitucional, de determinadas materias que*, por causa de su importancia jurídica y política, *sólo pueden ser reguladas mediante ley formal*, lo cual excluye la posibilidad de que sean limitadas mediante cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango jerárquico, *aunque ello, como es lógico, no impide su desarrollo y regulación, dentro de los límites y remisiones de la ley, por esos otros instrumentos*[68].

Por lo que, siendo la garantía constitucional de la reserva legal de la esencia del régimen constitucional del Estado de Derecho, los actos normativos y de efectos generales emanados por cualquier otro Poder Público diferente al Poder Legislativo, no puede invadir materias que se refieran al régimen de restricción o limitación a los derechos y garantías constitucionales, ni al establecimiento de sanciones.

---

68. SC/TSJ. *Caja de Ahorro del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez (CADOCIUNESR) contra la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez,* Exp. n° 02-2084, fecha 20-11-02.

Es el caso que, hasta la promulgación de esta nueva ley orgánica, la regulación de las zonas de seguridad la hacía la LOSD (artículo 16) restringiendo -inconstitu-cionalmente, por su contenido, como se argumentó- la adquisición de bienes por parte de extranjeros, edificación de obras, actividades económicas, etc. Con la entrada en vigencia de esta nueva LOSN, conforme a su artículo 52, las limitaciones y restricciones a las personas, a los bienes, a las actividades y las sanciones podrán ser fijadas y reguladas de manera unilateral por el Ejecutivo Nacional mediante su potestad reglamentaria.

Como bien es conocido, la facultad reglamentaria de la Administración Pública permite regular determinadas materias cuyas limitaciones hayan sido preestablecidas por el legislador, ello es, mediante leyes. En este sentido, la Constitución puede determinar e incluso invitar o limitar las áreas en las cuales el legislador puede establecer regulaciones que limiten el ejercicio de los derechos. Y es sólo una vez que el legislador haya desarrollado esa regulación, que el Ejecutivo puede reglamentar esa limitación legislativa, pero sin alterar su espíritu, propósito y razón (art.236 numeral 10).

Sin embargo, el legislador no está autorizado constitucionalmente para optar por *deslegalizar* una materia de la reserva legal, renunciando a su *deber constitucional* de ejercer la potestad de regulación legislativa, y en su lugar, pretender delegar de manera abierta y sin límite en el Ejecutivo, la facultad de desarrollo normativo de rango legal.

La *deslegalización* ha sido entendida por la doctrina más autorizada, como "la operación que efectúa una ley que, sin entrar en la regulación material del tema, hasta entonces regulado por la ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración". Sin embargo, este mismo autor señala que "una ley de deslegalización opera como *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples reglamentos"[69].

En relación al tema de la deslegalización, la Sala Constitucional, ha señalado que tales Reglamentos no existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que por lo tanto, tal proceso atenta contra el principio de jerarquía de las leyes. En efecto, esta misma Sala dispuso:

> Así, los reglamentos *delegados* -figura normativa no prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, que implica una ruptura al principio de la jerarquía de las normas- son el producto de un proceso denominado en el derecho comparado como *deslegalización* (...) De manera que, las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos *delegados*, son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas, al no tener conocimiento sus destinatarios de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, sólo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en éstos dependerá de que se configure el supuesto previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario[70].

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, ha señalado que "...la potestad reglamentaria no se despliega invocando o sustituyendo la disciplina legislativa, *sin que le sea tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un*

---

69. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1997.

70. SC/TSJ, Caso *COPEI vs. la Ley sobre Régimen Cambiario,* Magistrado Ponente: CABRERA, Jesús Eduardo, Exp: 00-1457.

desapoderamiento del parlamento en favor de la potestad reglamentaria, que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva"[71].

En el caso concreto observamos que el artículo 52 de la LOSN, al disponer que se fije por vía reglamentaria, no sólo la delimitación espacial de las zonas de seguridad, sino el tipo de actividades que allí pueden ejercerse, la afectación de bienes, actividades económicas, el ejercicio de otros derechos como los de manifestaciones públicas, reuniones, etc., así como las sanciones a que hubiere lugar, le está otorgando o endosando abiertamente al Ejecutivo Nacional la facultad constitucional para determinar los tipos de infracción y las sanciones aplicables. Esta delegación legislativa del legislador al poder ejecutivo no sólo implica una renuncia inconstitucional irresponsable a la facultad de legislar, sino además permite a la propia Administración Pública crear las sanciones y aplicarlas ella misma, violando con ello además la garantía de la separación de los poderes (art.136, Constitución).

Por otra parte, la garantía a la reserva legal, como límite para regular los derechos y garantías constitucionales también se encuentra establecida en los diferentes tratados sobre derechos humanos, los cuales a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra Constitución tienen rango constitucional, son aplicables de inmediato y prevalecen sobre el orden interno cuando contengan un tratamiento más favorable a su ejercicio.

En este sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos[72] dispone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos fundamentales sólo pueden ser aplicadas conforme a las *leyes*:

> *Artículo 30*. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que la expresión leyes se refiere precisamente a los actos normativos adoptados por el Poder Legislativo democrático,

> (…) la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Es de hacer notar que esta formalidad tiene su sentido en la necesidad evidente de evitar restricciones a derechos fundamentales bajo el criterio de un sólo legislador que a su sola voluntad pueda decidir el contenido esencial de derechos fundamentales. Precisamente para evitar ello, la Convención Interamericana, que tiene preeminencia sobre el orden interno y es de rango constitucional, requiere que se siga el proceso normal de formación de las leyes y en consecuencia las discusiones y debates abiertos y democráticos con participación de las minorías, que sirvan de balance natural para evitar arbitrariedades que afecten derechos fundamentales.

Así podemos concluir que conforme a nuestra Constitución, las limitaciones y restricciones a los derechos constitucionales, así como las sanciones sólo podrían ser efectuadas por el Estado mediante leyes.

---

71. GUI MORI, Tomás, *Jurisprudencia constitucional 1981-1991 -Estudios y reseña completa de las sentencias del TC-*, Editorial Civitas S.A., Madrid 1992, p. 413.

72. *G.O.* n° 31256 de 14 de junio de 1977.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos consagrados en ella, es nulo.

En consecuencia, resulta evidente que conforme a los argumentos de derecho constitucional y derecho internacional anteriormente expuestos, podemos concluir que el artículo 52 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación viola la garantía de la reserva legal en materia de limitaciones a los derechos fundamentales y de creación de sanciones, lo cual acarrea su nulidad.

IX. CONCLUSIÓN

El régimen jurídico relativo a las zonas de seguridad en Venezuela en general y el que fue decretado en ocho zonas de seguridad en la zona metropolitana de Caracas en el año 2002 contiene una serie de vicios de inconstitucionalidad -además de los vicios de ilegalidad-. Los vicios que afectan dichos actos de nulidad por inconstitucionalidad, conforme ha quedado expuesto en el presente estudio, son los siguientes: violación del contenido esencial del derecho de propiedad; violación del derecho a la igualdad; violación de la autonomía municipal y el principio del gobierno civil electo; violación del concepto constitucional de seguridad de la Nación; violación de los requisitos constitucionales para declarar un estado de emergencia; y violación a la garantía a la reserva legal.

Dichos vicios afectan de inconstitucionalidad estos actos estatales. La impugnación conjunta de estos actos de efectos generales es de carácter popular, y la misma es de la competencia en la actualidad, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya que los mismos se incluyen normas de rango legal. Así, al tratarse de un recurso contra actos de efectos generales, no se requiere una legitimación activa específica, pues de conformidad con el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se trata de una *actio popularis*, es decir, que basta para ello el simple interés en la legalidad y la lesión a los derechos e intereses del recurrente. En este sentido, de conformidad con lo establecido en el ordinal 1 del artículo 336 de la Constitución y el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer de este tipo de recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad. La reiterada jurisprudencia de esa Sala ha señalado su competencia para el conocimiento de esas acciones, en los siguientes términos

> Observa esta Sala, que durante la vigencia de la Constitución de 1961, correspondía a la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo establecido en los artículo 215, ordinal 3° y 216 eiusdem, en concordancia con lo previsto en los artículos 42, ordinal 1° y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para declarar la nulidad total o parcial de las leyes y demás actos generales de los cuerpos legislativos nacionales que colidieran con la Constitución. *Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, tal competencia atribuida anteriormente a la Corte en Pleno, se encuentra actualmente asignada a esta*

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 336 de la Carta Magna, (..) (Destacado y subrayado nuestro)[73].

Finalmente, un tema que escapa a la jurisdicción constitucional y que queda pendiente para el poder constituyente en un futuro cercano, es la revisión de los conceptos sobre la seguridad de la Nación que fueron incorporados en la Constitución de 1999, algunos de los cuales resultan contrarios a los valores superiores de una sociedad democrática y un Estado Constitucional de Derecho.

73. TSJ/SC, sentencia de fecha 7 de octubre de 1988, Expediente n° 00-1443, *Jesús R. Quintero, vs. las normas previstas en los literales d, e, f y o del artículo 15 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura*, publicada en la *G.O.* n° 34.068.

QUINTA PARTE
DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO

Juan Domingo Alfonzo Paradisi
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Tributario como facultad para la creación o el establecimiento de tributos, está consagrado en la Constitución de 1999, como poder originario, al Poder Nacional[1], Estados y Municipios. En efecto, el Poder Tributario del Estado, así como el de los Estados[2] y Municipios[3], encuentra sus limitaciones en las normas de rango constitucional que establecen la competencias de los distintos poderes, así como, en los derechos fundamentales de los Ciudadanos. Ciertamente, el ejercicio abusivo del Poder Tributario, ya sea, por el Poder Nacional o por los Estados y Municipios ha constituido un tema de particular relevancia y sensibilidad, en las últimas dos (2) décadas, en el derecho público venezolano-y concretamente en el ámbito del derecho tributario- con ocasión del ejercicio del Poder Tributario por parte de los referidos poderes.

Ante el ejercicio abusivo por parte de los Estados o Municipios del Poder Tributario, se ponen de manifiesto los principios constitucionales de la tributación y mas aun los derechos constitucionales como lo constituyen, fundamentalmente, el derecho de propiedad y el derecho al libre ejercicio a la libertad económica de los Ciudadanos, así como también, el principio de no confiscatoriedad de los tributos, en virtud de la novedosa previsión explícita del artículo 317 de la Constitución de 1999. Por otra parte, tal situación de ejercicio abusivo del Poder Tributario dio fundamento al artículo 156 numeral 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[4], según el cual, luego de diversos debates con relación a las normas previstas en la Constitución de 1961 en cuanto a la posibilidad de limitar el Poder Tributario de los Estados y

---

1. *V.*, artículo 156 numeral 12 y 14 de la Constitución de 1999.
2. *V.*, artículo 164 numeral 4 y 167 de la Constitución de 1999.
3. *V.*, artículo 168 numeral 3 y 179 de la Constitución de 1999 consúltese así mismo en cuanto al Poder Tributario de los Municipios, ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo en *Análisis Constitucional del Poder Tributario en Materia de Hidrocarburos*, Ediciones Torres Plaz & Araujos, Caracas 1995.
4. Como antecedente al artículo 156 numeral 13 y a los fines de garantizar la racionalidad del Sistema Tributario cabe destacar, el documento de la Sociedad Venezolana de Derecho Tributario, aprobado en la Asamblea Extraordinaria celebrada por dicha Asociación entre los días 7 y 21 de julio de 1999 y presentado a la Asamblea Nacional Constituyente dentro del proceso de un Proyecto de Constitución (Exposición de Motivos y articulado del Anteproyecto de Título Constitucional del Sistema Tributario), en el que se fundamentó la necesidad de la creación de una norma como la mencionada, invocando que "La preeminencia del nivel central o nacional justifica que se atribuya al legislador nacional la competencia de complementar las normas de la Constitución reguladoras de las relaciones entre las potestades tributarias de las entidades político territoriales, bien sea a través de leyes orgánicas o de leyes ordinarias, las cuales serían desarrolladas dentro de esos límites por normas subnacionales, es decir, por las leyes estadales, y las ordenanzas municipales". *V.*, dicho documento en *V Jornadas de Derecho Tributario. Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Livrosca, C.A., 2000, p. 471.

Municipios, se consagró como competencia del Poder Nacional la facultad de legislar para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, así como, el establecimiento de parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales o municipales. Por consiguiente, de conformidad con la Constitución de 1999 el Poder Nacional, mediante ley, es competente para armonizar y coordinar los diversos Poderes Tributarios, establecer parámetros o limitaciones en cuanto a los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales.

Sin embargo, dicha ley no ha sido sancionada en definitiva por la Asamblea Nacional y en todo caso, queda por dilucidar, y constituye el propósito del presente trabajo, ¿Cuándo, conforme al ordenamiento jurídico venezolano un tributo tiene carácter confiscatorio?; ¿qué limitaciones y protecciones existen frente al ejercicio abusivo del Poder Tributario? y por último, ¿cómo se hacen efectivas tales protecciones?

II. BREVE REFERENCIA DE LA DOCTRINA EXTRANJERA EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DE TRIBUTOS CONFISCATORIOS[5]

El profesor argentino Héctor Villegas[6] citando a la Corte Suprema Argentina destaca que dicho alto tribunal ha sostenido "*Que los tributos son confiscatorios cuando absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta".* Así mismo, señala que "la confiscatoriedad se configura cuando se pruebe la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado…la Corte Suprema de la Nación ha dicho que es confiscatorio lo que excede del límite que razonablemente puede admitirse como posible de un Régimen democrático de gobierno, que ha organizado la propiedad con límites infranqueables que excluyen la confiscación de la fortuna privada, ni por vía directa, ni valiéndose de los impuestos"[7]. La confiscatoriedad existe, enseña Villegas[8], porque "el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al

5. En cuanto a la doctrina venezolana es escasa en cuanto a la definición de los tributos confiscatorios. No obstante, puede consultarse en general en cuanto a la definición, ACEDO PAYAREZ, Germán, *Límites Cuantitativos de la Imposición en Venezuela (Expresa referencia a los impuestos que lesionan derechos y garantías constitucionales)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993; RUAN SANTOS, Gabriel, "Las Garantías Tributarias de Fondos o Principio Substantivos de la Tributación en la Constitución de 1999" en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Graficas Tao, Caracas 2000, pp. 79 y ss.; RAMÍREZ, Alejandro, BAUTE, Pedro, PLANCHART, Antonio, *Análisis del Régimen Tributario en la Nueva Constitución*, Edición Torres Plaz & Araujo Caracas 2000; BREWER-CARÍAS, Allan R., "Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tributaciones Confiscatorias" en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, enero-junio 1994, pp. 5 y ss. En términos generales y no en referencia específicamente a los Tributos, se señala que dentro de las medidas restrictivas de la propiedad por razones de orden público, y que implican su transferencia forzosa al Estado sin indemnización, está la figura de la Confiscación. Que se trata de una medida coactiva que afecta el patrimonio de una persona. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., "Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de derecho Administrativo", tomo VI, *Propiedad y Expropiación*, Editorial Arte, 1979, p.30.

6. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributarios*, 5ta. Edición ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 207.

7. *V.*, VILLEGAS Héctor en "La no confiscatoriedad de los tributos" en *Principios Constitucionales Tributarios*, compilación del Profesor GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, Universidad de Salamanca y Universidad Autónoma de Sinaloa, México 1993, pp. 233 y ss.

8. VILLEGAS, Héctor, *Relatoría general de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de septiembre de 1989, cuyo tema fue "Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recaen sobre el Sujeto Contribuyente", p. 27.

aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por la vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad".

Por otra parte Alberdi señala: "…un impuesto abusivo era el que llevaba la contribución más allá de los límites de la renta…el gravamen… debe salir de donde salen los demás gastos privados, vale decir de la renta o de la utilidad de sus bienes. Es preciso vivir de las ganancias y para tener ganancias, se hacer menester trabajar los fondos que las producen. El estado debe subsistir de la renta colectiva de sus ciudadanos y no de sus capitales, exigir capitales es entrar en una crisis de destrucción[9].

Así mismo, se ha señalado que se está en presencia de un tributo confiscatorio cuando estamos en presencia de un gravamen excesivo, ahora bien, se ha señalado como tal "aquel que exija la liquidación total o parcial del patrimonio como consecuencia de la configuración técnica del tributo a la hora de su aplicación con carácter general. El impuesto sería confiscatorio al imposibilitar, en este caso, el mantenimiento en el mismo nivel de la capacidad productiva del sujeto pasivo"[10].

Según J. Darby[11] confiscar es hacer pasar un elemento del patrimonio privado al patrimonio del Estado.

La jurisprudencia extranjera, como por ejemplo la Argentina, ha señalado que estamos en presencia de un tributo de carácter confiscatorio[12] cuando es desproporcionado o como lo señala la jurisprudencia de dicho país el tributo, quiebra el principio de la razonabilidad. Así se ha tratado de establecer un determinado límite cuantitativo para precisar cuando se está en presencia de un impuesto confiscatorio, por consiguiente, al ser superado el límite establecido por la jurisprudencia ya sea por un tributo individualmente considerado o por un conjunto de tributos estaremos en presencia de una tributación que supera el límite de la razonabilidad y por tanto en presencia de un tributo con carácter confiscatorio. Sobre la determinación de dicho límite cuantitativo remitimos al capítulo IV, del presente trabajo.

De allí, como una primera aproximación, puede sostenerse que un tributo es confiscatorio cuando absorbe parte sustancial de la renta del contribuyente o cuando absorbe el capital del contribuyente, al no ser posible satisfacerlo con la renta obtenida de ese capital.

---

9. ALBERDI, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1953*, pp. 282-283.

10. Consúltese "Vigencia y Operatividad del principio de la No Confiscatoriedad de los Tributos en el ordenamiento Jurídico Español" en *Principios Constitucionales Tributarios*, compilación del profesor GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio.

11. *V.*, DARBY J.J., ponencia nacional Norteamericana, recogida por la ponencia General titulada "Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tributaciones Confiscatorias", realizada por BREWER-CARÍAS y publicada en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, pp. 5 y ss.

12. En el caso del Perú, la Sala de Derecho Constitucional y Social de dicho Estado, (Expediente nº 1023-94) declaró fundada una Acción de Amparo contra la aplicación del impuesto mínimo a la Renta por varias empresas con pérdidas. En el Dictamen del Fiscal que dio sustento al fallo se expresó: que el impuesto mínimo atenta contra el principio de No Confiscatoriedad, ya que "el impuesto no puede representar para el contribuyente un egreso de monto tal que en los hechos implique desplazar hacia el Estado una parte tan significativa que le haga imposible restituir su patrimonio al nivel que tenia antes de pagar el tributo".

III. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA PATRIA EN CUANTO A TRIBUTOS CONFISCATORIOS, EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La evolución de la jurisprudencia venezolana en cuanto a los tributos confiscatorios se puede sistematizar o escindir en tres tipos o criterios sostenidos por las sentencias[13]. Un *primer criterio,* constituido por una negativa a la admisión de tributos confiscatorios y la negativa de establecer limitaciones al Poder Tributario, *un segundo criterio* constituido, por aquellas sentencias que señalan que los tributos no pueden ser arbitrarios o desproporcionados, mas sin embargo, no admiten la confiscatorioedad del tributo o no declaran con lugar los recursos de anulación o las acciones de amparo constitucional, ya sea por razones de tipo procesal o por incompetencia del tribunal ante el cual se ejerció la acción de amparo o de inconstitucionalidad. *Un tercer criterio*, aun no completamente culminado, donde han sido declaradas con lugar- por la presunción de buen derecho o de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales-medidas cautelares innominadas o acciones constitucionales de amparo cautelar. Sostenemos que está por dilucidarse el punto de la presión sobre el contribuyente de un conjunto de tributos y no solamente de uno individualmente considerado, así como las decisiones de fondo en cuanto a los recursos por razones de inconstitucionalidad interpuestos. Aquí deberá desarrollarse toda una jurisprudencia con fundamento en el principio de no confiscatoriedad (Art. 317 de la Constitución vigente) y la capacidad económica de los contribuyentes (principio de capacidad contributiva), aunado a la razonabilidad de las leyes (nacionales-estadales o municipales(ordenanzas) y los derechos constitucionales. En esta fase, deberá dilucidarse: ¿cuándo estamos en presencia de un tributo confiscatorio?, los elementos que exija el juez constitucional y si la confiscatoriedad se verifica con un tributo individual irrazonable o puede también materializarse por la conjunción de diferentes tributos, que individualmente considerados puedan no ser despropocionados, pero en su conjunto sean irrazonables o excesivos.

Primer criterio: Negativa a admitir tributos confiscatorios:

i) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Magistrado ponente Dr. René De Sola, de fecha 20 de octubre de 1983, caso Manuel Cardozo, demanda de nulidad de la Ley de Impuesto Sobre la Renta por colidir abiertamente con los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución de 1961[14]. En dicho caso se alegó que:

> En razón del fenómeno de la inflación que afecta a Venezuela, su moneda, el bolívar, ha perdido un ochenta por ciento (80%) de su valor o lo que es lo mismo que su valor ha quedado reducido a 0,20 céntimos, o sea que vale hoy por hoy cinco (5) veces menos en 1968, según datos estadísticos publicados en el Banco Central de Venezuela; que ignorando esta realidad el artículo 33 de la Ley de Impuestos Sobre la Renta, dispone que "la renta bruta proveniente de la venta de bienes… se determinará restando de los ingresos brutos… los costos de los productos enajenados…" y el artículo 35 establece: "En los casos de venta de inmuebles se tomará como costo la suma del importe del bien a incorporarse al patrimonio del contribuyente, el monto de las mejoras efectuadas y los derechos de registro" …" Expresa igualmente el recurrente que el precio de venta de un inmueble, la mayoría de la veces no representa ganancia para el enajenante, sino

13. En cuanto a los criterios de sistematización, seguimos aquí lo expresado por RAMÍREZ, Alejandro; BAUTE, Pedro; PLANCHART, Antonio, *Análisis del régimen tributario en la nueva constitución*, Ediciones Torres Plaz y Araujo, Caracas 2000, p. 42.

14. *G.F*. tercera etapa volumen 122, pp. 7 y ss.

compensación por la depreciación monetaria acaecida, y al gravarse como renta neta la diferencia resultante del precio de venta y el costo de adquisición, se incurre en confiscación de la propiedad de los contribuyentes, con abierta violación de los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución Nacional"… *Por último, concluye el recurrente: "El impuesto sobre valorización de inmuebles, mal llamado impuesto sobre la renta, contemplado en las disposiciones mencionadas, al gravar como materia imponible una renta ficticia, o sea que no existe, sustrae del contribuyente, a título de impuesto una cantidad que no es otra cosa sino parte de su patrimonio. Al hacerlo así lesiona el derecho de propiedad que garantiza la constitución, y tal excepción constituye violación del artículo 101 de la carta fundamental de la República, porque no es otra cosa sino una expropiación llevada a cabo sin que medie sentencia firme y pago de justa indemnización. De otra parte, el impuesto a que me vengo refiriendo es, a la vez, una injusta y arbitraria exacción que implica confiscación de patrimonio al contribuyente con lo cual las norma legales impugnadas violan, también abiertamente, el artículo 102 de la constitución nacional, como formalmente lo denuncio.* (Cursiva nuestra)

En cuanto a estos agudos alegatos del recurrente la Corte observó:

a) toda ley que crea un impuesto exige del ciudadano la entrega, sin contraprestación directa, de una parte de su patrimonio particular. Esa contribución- que es un deber impuesto del artículo 56 de la propia constitución-no constituye violación alguna de lo dispuesto en el artículo 99 ejusdem, ya que éste, al garantizar la propiedad, expresamente señala que la misma queda sometida a las contribuciones que establezca la ley.

b) Por las misma razones expuestas, no puede considerarse una expropiación susceptible de expropiación, la porción de su patrimonio que se sustrae al ciudadano en forma de impuestos, aunque en determinadas ocasiones éste pueda ser objetado por inequitativo, exagerado, inoportuno o inconveniente.

c) no existe tampoco colisión con el artículo 102 de la constitución, porque un impuesto nunca puede confundirse con la figura de la confiscación, mediante la cual se incautan bienes de un ciudadano en circunstancias y por motivos muy diferentes de lo que determina la exacción tributaria.

Estima la Corte, consecuentemente, que no existe la colisión denunciada de los parágrafos segundo y tercero del artículo 35 de la Ley de Impuestos sobre la Renta con los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución, y así se declara.

Esta sentencia pilar en esta primera fase adoptó una posición fiscalista, según la cual el Poder Tributario no tiene limitación pudiendo ser excesivo y desproporcionado, sin que implique la violación de derechos o garantías constitucionales. Cabe así mismo destacar que esta primera fase, teniendo como fundamento la Constitución de 1961, la jurisprudencia sobre tributaciones confiscatoria es muy escasa y la sentencia líder es la anteriormente citada.

ii) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno con ponencia del Magistrado Dr. Alirio Abreu Burelli de fecha 29 de abril de 1997, caso *Sociedad Mercantil DOSA. S.A. vs Municipio Sucre del Estado Mérida* (consultada en original)[15]. Se impugna mediante el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad la norma contenida en el artículo 2 de la Ordenanza de Reforma Parcial de la Ordenanza de Patente sobre Industria y Comercio de fecha 27 de agosto de 1991 del Municipio Sucre del Estado Mérida y contra el acto administrativo de efectos particulares

15. Consúltese sobre el análisis de este caso y sus alegatos PLAZ ABREU, Rodolfo, "Cómo Matar la Gallina de los Huevos de Oro" en *Temas Fundamentales de Análisis Económicos del Derecho*, actas del tercer Congreso de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de análisis económico del Derecho, Asociación Venezolana del Derecho y Economía (VELEA), julio 1998, pp. 483 y ss.

contenido en la Resolución N° 334, emitida por el Alcalde del Municipio Sucre del Estado Mérida en fecha 11 de octubre de 1993. En cuanto al alegato de los recurrentes en relación a la denuncia de violación del principio constitucional de no confiscación la mayoría sentenciadora señaló:

> Que el Concejo Municipal al modificar la alícuota a pagar por el ejercicio de la actividad comercial, no ha confiscado bienes propiedad de la empresa accionante en nulidad, sino que, en ejercicio de la potestad tributaria que le asiste, determinó la cuantía de la contribución que debe pagar la accionante.
>
> La precedente consideración conduce, sin más, a la improcedencia de la denuncia de violación del principio constitucional de confiscación; sin embargo, es de añadir que del propio alegato se desprende, que, tal como se decidió supra, el impuesto grava en forma racional la actividad de la empresa, y de modo alguno es exagerado, injusto o irrazonable.

De tal manera, que según el criterio de la mayoría sentenciadora el aumento de los rubros en términos porcentuales, comprobado mediante experticia contable, de 900% y en otro de 1.566,67% no implica que se trate de un tributo desproporcionado o confiscatorio, sino que se deriva simplemente del ejercicio de su Poder Tributario y que constituye un tributo racional.

La sentencia en comentario consta de un importante voto salvado de la magistrada Hildegard Rondón de Sansó, que podemos subsumir en el tercer criterio señalado *ut supra*, en el cual se destaca que los tributos cuando violan derechos constitucionales tienen carácter confiscatorio. En efecto, el mencionado voto salvado se señaló lo siguiente:

> Otro elemento de importancia hecho valer por los recurrentes es el *carácter confiscatorio del gravamen*, lo cual plantea la moderna tesis del control del impuesto confiscatorio, considerándose como tal aquel que lesiona los principios establecidos en los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución. En efecto, de los artículos constitucionales enunciados pueden extraerse la conclusión de que a través de los mismos pueden controlarse la potestad tributaria que al rebasar los límites del sometimiento de la propiedad a las contribuciones que respecto a ella la Constitución establece se traduce en una confiscación o traslación coactiva de los bienes sin que medie su pago o indemnización.
>
> A juicio de la disidente los vicios denunciados respecto al acto general impugnado al ser demostrados, debían afectar consiguientemente al acto individual objeto también de impugnación[16].

16. En ese sentido PLAZ ABREU, Rodolfo, *op. cit.*, p. 487, en un trabajo en relación a la presión irracional de la que fuera objeto una empresa de distribución de productos masivos ubicada en el Municipio Lagunilla del Estado Mérida, destaca los hechos alegados en el recurso que interpusiéramos como apoderados de la mencionada compañía, así como señala los hechos comprobados por la experticia contable promovida y evacuada en el referido juicio: "Es el caso, que la referida entidad local al modificar la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio vigente para el año 1988, modificó el clasificador de actividades económicas, mediante el cual se establece el tipo o alícuota impositiva con múltiples tipos diferenciales y procedió a variar de manera irracional, los tipos aplicables a los productos objeto de la actividad económica habitual de la referida empresa.

La mencionada sociedad mercantil distribuía dos (2) productos, los cuales, en la Ordenanza primigenia (1988) estaban gravados con las alícuotas del uno por ciento (1%) y del cero coma tres por ciento (0,3%), respectivamente. Tales alícuotas o tipos impositivos, con la reforma experimentada en la ordenanza posterior pasaron del uno por ciento (1%) al diez por ciento (10%) y del cero coma tres por ciento (0,3%) al cinco por ciento (5%). Se pudo demostrar mediante experticia contable, que la variación de la alícuota o tipo anterior del uno por ciento (1%), que fue llevada al diez por ciento (10%), tuvo un incremento en términos porcentuales, del novecientos por ciento (900%); mientras que la alícuota o tipo impositivo anterior del cero coma tres por ciento (0,3%) y modificado al cinco por ciento (5%), experimentó un incremento, en términos porcentuales, del mil quinientos sesenta y seis coma sesenta y siete por ciento (1.566,67%).

Segundo criterio: Integrado, por aquellas sentencias que señalan que los tributos no pueden ser arbitrarios o desproporcionados, mas sin embargo, no admiten la confiscatorioedad del tributo o no declaran con lugar los recursos de anulación o las acciones de amparo constitucional:

i) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 16 de Julio de 1996, caso *Cámara de Comercio del Estado Táchira*, bajo la ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, mediante la cual se decidió un amparo intentado por dicha entidad conjuntamente con una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio y Servicios de índole similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira[17].

> Es criterio de esta Corte que los Municipios cuentan con la potestad de imponer o establecer impuestos por concepto de la actividad industrial y comercial que se realice en su jurisdicción (…) Ese Poder Tributario, *sin embargo, de forma alguna puede ser ejercido con total discrecionalidad, ya que el actuar del Municipio y en especial la fijación de los impuestos debe siempre guardar adecuación con los fines a ser alcanzados* (…).
>
> En el caso de autos, como se ha visto, los actores alegan que el impuesto fijado en la Ordenanza impugnada es exagerado y que ha incrementado hasta en un 11.000%, en algunos supuestos, los montos a ser pagados; mientras que la representante del Municipio sostiene que la fijación de la forma de cálculo del impuesto es cónsona con la Constitución y las leyes y que si se ha producido un incremento en el pago de los impuestos municipales es porque simplemente antes se pechaba dependiendo del capital social del contribuyente (…).
>
> *Al respecto, no puede esta Corte en esta etapa procesal que únicamente permite un somero análisis preliminar del asunto obtener un criterio comparativo definitorio de las bases impositivas establecidas en diferentes Ordenanzas municipales, ni emitir pronunciamiento valorativo sobre la racionalidad o de los incrementos contemplados en la impugnada, para concluir si tales incrementos son el resultado de una arbitraria y extralimitada normativa o, por el contrario constituyen corrección y actualización de impuestos determinados en ejercicios anteriores, pues a una u otra conclusión sólo podrá arribarse en la fase final de la acción de nulidad ejercida en autos* (cursiva nuestra).

Esta sentencia, si bien no acogió con fundamento en la Constitución de 1961, el principio de no confiscatoriedad y no se pronunció, en dicha etapa procesal, en cuanto a lo desproporcionado o no del impuesto, sin embargo, si deja sentado que el Poder Tributario en forma alguna pueda ser ejercido con total discrecionalidad, ya que el actuar del Municipio siempre debe guardar adecuación con los fines a ser alcanzados. Por tanto, la sentencia asoma, sin pronunciarse sobre lo arbitrario o extralimitado de la normativa de naturaleza fiscal, que la misma no puede ser arbitraria ni desproporcionada y que tiene como toda actuación discrecional que adecuarse a los fines previstos en la norma. No obstante, el fallo en comentario cuenta con dos (2) votos disidentes de los

---

En términos monetarios, para demostrar y evidenciar el carácter irracional de la modificación en la alícuotas impositivas y, en consecuencia, de un tributo mayor que conculca la rentabilidad razonable de una empresa de este tipo, podemos señalar lo siguiente:

La empresa, por el total de las ventas del producto sometido a la alícuota del uno por ciento (1%) venía pagando la cantidad de Bs. 638.245,24; al experimentarse el aumento de la alícuota al diez por ciento (10%), el monto del impuesto que tuvo que cancelar por concepto de las ventas del mismo producto fue de Bs. 6.382.452,40.

Por el producto sometido a la alícuota impositiva del cero coma tres por ciento (0,3%), la empresa venía pagando la cantidad de Bs. 54.606,44 y con la variación porcentual experimentada (del 5%), tuvo que cancelar la cantidad de Bs. 910.107,38.

La diferencia resultante entre ambas cifras o montos de impuestos fue de Bs. 6.599.708,10".

17. *Idem*, pp. 43 y ss.

magistrados Héctor Grisanti Luciani e Hildegard Rondón de Sansó,- que pudiesen subsumirse en el tercer criterio que aquí se sistematiza-. En estos votos salvados se sentó lo que se expresa de seguida:

> Al respecto, observo que, como se ha expuesto en otros fallos, los Municipios tienen derecho a gravar a los particulares y a imponerles los impuestos que la Constitución haya establecido como competencia de esos entes regionales. *Sin embargo, ese derecho municipal de fijar los porcentajes de los impuestos y tasas, no es ilimitado y mucho menos podrán ser desproporcionados en relación con la realidad económica de la localidad, ya que si estos se permitiera, se corre el riesgo de que dichos porcentajes no se adecue a la actividad lucrativa de los contribuyentes, lo que no permitiría el libre y normal desenvolvimiento comercial e industrial, pudiendo causar el cierre o la eventual confiscación tributaria de sus respectivos patrimonios*.
>
> *(omissis)*
>
> (…) al ser tan elevados los porcentajes de los impuestos y tasas, podría limitarse el libre ejercicio del comercio y causarse el cierre de las empresas contribuyentes, al no poder soportar un aumento tan abrupto y acrecentado, constituyéndose esto en una presunción de violación de los derechos constitucionales, contenidos en los artículos 95, 96, 98 y 99 de la Carta Magna; y, en consecuencia, debería suspenderse su aplicación a los recurrentes, de la Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicio e índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, emanada del Concejo Municipal del Estado Táchira, mientras dure el juicio de nulidad, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales[18].

Este voto salvado señala el criterio disidente, según el cual, el Poder Municipal de fijar los porcentajes de los impuestos, base imponible y las alícuotas no es ilimitado y menos aún puede ser desproporcionado tomándose en cuenta la realidad económica de la localidad o el municipio de que se trate. Si esto no se respeta de acuerdo al voto salvado, puede implicar el riesgo de que no se adecuen a la actividad lucrativa de los contribuyentes, impidiéndose así el libre ejercicio de la actividad lucrativa de sus preferencia (ya sea comercial o industrial) pudiendo conllevar el cierre del establecimiento incluso una confiscación de naturaleza tributaria de los patrimonios de los contribuyentes. En consecuencia, este voto salvado deja sumamente claro que los porcentajes de los impuestos y tasa no pueden ser aumentados de manera desproporcionada y abrupta ya que pueden impedir el libre ejercicio de la actividad lucrativa y el cierre de empresas, al no poder soportar el contribuyente dichos aumentos inusitados y desproporcionados.

De igual manera, la magistrado Hildegard Rondón de Sansó salvó su voto arguyendo lo siguiente:

> Es indudable que los Municipios tienen una tendencia voraz en materia impositiva, que sólo a través del control jurisdiccional puede moderarse. De allí que, en casos como el presente, en el cual era evidente el aumento desmesurado del gravamen muy por encima de la inflación, que la Corte ha debido calificar la naturaleza confiscatoria o no del tributo, para establecer un paradigma que sirviese de guía a la potestad impositiva de los entes municipales[19].

Con estos votos salvados se destaca la importante labor en un Estado de Derecho y en un Estado Federal que debe realizar el Poder Judicial como controlador de los actos de contenido tributario ante el ejercicio abusivo del Poder Tributario. En efecto, estos votos salvados comienzan a señalar una tendencia minoritaria, al principio, que

---

18. Voto salvado del magistrado GRISANTI LUCIANI, Héctor, Caracas 8 de agosto de 1996.
19. Voto salvado de la magistrada RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, Caracas 25 de septiembre de 1996.

destacaba la importancia y la necesidad del control jurisdiccional para moderar y controlar el ejercicio del Poder Tributario.

ii) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Político Administrativo de fecha 26/06/97, caso *Distribuidora Polar del Sur, C.A. (DIPOSURCA) vs Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui*, Magistrado ponente Humberto La Roche (Consultada en original). En el presente caso Distribuidora Polar del Sur intentó Acción de Amparo conjuntamente con Recurso Contencioso Tributario contra acto administrativo contenido en la planilla N° 369469 emanada del Municipio Simón Rodríguez Estado Anzoátegui.

> En fecha 31 de octubre de 1994, fue publicada en la Gaceta Municipal la nueva ordenanza sobre Patente Industria y Comercio, en la cual se modificaron las alícuotas aplicables a los efectos de la determinación del tributo. La empresa accionante señala al respecto, que mientras con anterioridad a dicha ordenanza se calculaba el impuesto, conforme al tipo impositivo de 1,50% del total de ingreso de la producción de bebidas alcohólicas, la nueva ordenanza fija la alícuota de 4,90% del total de ingresos bruto por tal concepto lo cual implicaría un excesivo aumento.

La acción de amparo se fundamentó, en la presunta violación de los derechos constitucionales de libertad económica y de propiedad en virtud de que la carga tributaria establecida por la nueva ordenanza resultaría excesiva e implicaría una tributación confiscatoria. Dicha acción de amparo fue declarada con lugar por el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario ya que el pago establecido en la determinación de la obligación tributaria fue tan elevado y desproporcionado que impedía el ejercicio de la actividad lucrativa de la empresa en el referido Municipio. Por tanto, el tribunal *a quo*, señaló que la cuestionada ordenanza de Patente Industria y Comercio era contraria a los derechos constitucionales invocados ordenando su inaplicación. Dicho expediente subió en consulta y la Corte señaló:

> El problema planteado en este caso, del cual depende en definitiva el determinar si existe o no violación de los derechos constitucionales a la propiedad y a la libertad económica de la empresa accionante, estriba en dilucidar si la aplicación de la alícuota establecida en la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio, resulta, por excesiva, que implique una violación de los mismos. *En otras palabras, si la aplicación de tal alícuota genera por sí sola que la empresa DIPOSURCA, viniese a ser poco rentable. En este caso, resultaría procedente el amparo cautelar solicitado por la accionante*.

Así mismo la Corte destacó:

> Que el hecho de que se haya planteado en el Concejo Municipal del Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui la reforma de dicha ordenanza, por considerar que el impuesto por ella establecido es demasiado oneroso, no puede constituir por sí solo elemento suficiente como para que pueda presumirse gravemente la violación constitucional… No considera, pues este alto tribunal que se derive de la aplicación de la ya tanta veces mencionada ordenanza ninguna presunción grave de violación del derecho al libre comercio o la propiedad de la accionante. Así se declara.

Así la mayoría sentenciadora, consideró que el aumento de la alícuota, por sí solo, no constituye elemento suficiente para que pudiese presumirse la violación constitucional. Sin embargo, esta sentencia tiene un relevante voto salvado de la magistrado Hildegard Rondón de Sansó, quien disintió de sus colegas respecto al rechazo manifestado en el fallo en cuanto a la naturaleza confiscatoria del impuesto, que no podía omitirse el examen de este elemento que es de importancia en el control jurisdiccional de las ordenanzas que establecen tasaciones consideradas como confiscatorias, así como de los actos administrativos que las hacen efectivas.

> Estima la disidente que se ha despertado una avidez fiscalista en los organismos descentralizados territorialmente, que los lleva a establecer alícuotas de un monto tal que lleva a disturbar la actividad económica objeto de la tasación, alcanzado incluso el carácter de "Impuesto confiscatorio". La disidente estima que "el control del carácter confiscatorio del impuesto puede fundarse en lo dispuesto en el artículo 102 de la Constitución recordando al efecto que la materia ha sido objeto de recientes estudios por parte de los tributaristas"... y de análisis de Congresos Internacionales de Derecho Comparado, en los cuales el elemento fundamental ha sido la verificación en cada tipo de impuesto, de si es posible o no que el mismo se pueda calificar de confiscatorio.

Así mismo, destaca la disidente que:

> Es indudable y sobre todo en los impuestos sucesorales, porque en general gravan los actos de transmisión a titulo gratuito, así como la llamada contribución de mejora es donde la potestad del Fisco se ha hecho más exigente y cercana a la figura que se expone. En los impuestos indirectos, en los cuales es el consumidor el que en definitiva paga el tributo, no fácil es aislarla ; pero en los impuestos directos opera con frecuencia, lo cual ha llevado a la jurisprudencia en algunos países a fijar el porcentaje de la renta que puede ser afectado, sin que pueda hablarse de confiscatoriedad; pero es indudable que el establecimiento quántico, en forma rígida no constituye un valor de aplicación automática aun cuando pueda ser indicativo del exceso en el Fisco pudiese haber incurrido.
>
> Es indudable que los Municipios tienen una tendencia voraz en materia impositiva que sólo a través del control jurisdiccional puede moderarse. De allí que, en casos como el presente, en el cual era evidente el aumento desmesurado del gravamen muy por encima de la inflación que la Sala ha debido calificar la naturaleza confiscatoria o no del tributo, para establecer un paradigma que sirviese de guía a la potestad impositiva de los entes municipales.

Así de acuerdo al voto salvado, se destaca la importancia del control jurisdiccional para moderar la tendencia voraz impositiva de los entes municipales así como para controlar por ende el Poder Tributario municipal, y se señala que ante el aumento desmesurado de algunos tributos la Sala podía calificar o no su naturaleza confiscatoria, estableciendo así una señal que sirviese de guía al Poder Tributario de los Municipios.

iii) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa, caso *Elías Izaguirre contra Municipio Girardot del Estado Aragua*, de fecha 10 de febrero de 1998, Magistrado ponente Hildegard Rondón De Sanso (consultada en original). En el presente caso se ejerció una acción de amparo constitucional de forma conjunta con un recurso de nulidad por el ciudadano Elías Izaguirre, Presidente de la Distribuidora Regional de Loterías S.A. contra el artículo 7 literal b) de la ordenanza del referido Municipio. En dicho amparo se alegó que el impuesto atentaba contra el principio de proporcionalidad del tributo así como, en contra del derecho de propiedad y la posibilidad de convertirse en un impuesto confiscatorio, ya que se establece un impuesto del 15% sobre la totalidad de los ingresos. Sin embargo, la Sala se declaró incompetente para conocer el Recurso de Anulación ejercido conjuntamente con acción de amparo constitucional declinando su competencia en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de que al tener el amparo naturaleza cautelar y accesoria son las normas referente al recurso de anulación (el principal) las que deben aplicarse a los fines de determinación de la competencia. "Así al impugnarse una Ordenanza Municipal concretamente la Ordenanza de apuestas lícitas del señalado Municipio, si bien alegando razones de ilegalidad, *es cierto que lo que está en juego es la determinación de la falta de moderación y la proporcionalidad de la alícuota fijada para el impuesto municipal y la violación de los derechos constitucionales a la propiedad y no confiscación*. Por tanto, es forzoso para la Sala declararse incompetente y ordenar remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, conforme a los

artículos 42 ordinal 4 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de los Artículos 215 ordinal 4 y 216 de la Constitución de 1961". (Cursiva nuestra). A pesar de que la Sala Político Administrativa se declaró incompetente si señala, a los efectos de la determinación de la competencia que lo clave es la determinación de la falta de moderación y proporcionalidad de la alícuota fijada para el impuesto municipal e igualmente la violación de los derechos constitucionales a la propiedad y a la no confiscación.

iv) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Constitucional, de fecha 27 de julio del 2000, caso Cámara de Industriales del Estado Miranda contra los Códigos del Clasificador de Actividades Comercio-Industriales o Similares de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Sucre del Estado Miranda, Magistrado Ponente Héctor Peña Torrelles (Consultada en Original). En el presente caso, se impugnó mediante recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con medida cautelar, el Código clasificador de actividades y comercio industriales o similares de la Ordenanza sobre patente de industria y comercio del Municipio Sucre del Estado Miranda de fecha 27 de julio de 1996 identificados con los números 31401 (Fabricación de cigarrillos) 41011 (Producción transmisión y Distribución de Energía Eléctrica por empresas privadas),6100708 (mayor de bebidas alcohólicas) y 6100709 (mayor de bebidas no alcohólicas). El fundamento de esta acción, entre otros, lo constituye la violación al principio de la no confiscatoriedad, en virtud, del aumento desmesurado de las alícuotas tributarias referentes a las actividades que desempeñan los accionantes. Para el caso de la electricidad el aumento de la alícuota con relación a la anterior ordenanza alcanza hasta un 135% para distribución de bebidas alcohólicas alcanza hasta un 135%; para la distribución de bebidas no alcohólicas se aumentó en 135.5% y para la industria del tabaco en un 135.2%. Lo cual resulta evidentemente desproporcionado, exagerado, desmesurado y totalmente ajeno a la capacidad contributiva de las accionantes. Así mismo, las accionates alegaron que tal aumento está por encima de la capacidad contributiva y de cualquier otro factor económico tal como la inflación, alegando una falta de proporcionalidad entre el aumento del costo de la vida y el aumento del aforo impositivo representando un enriquecimiento indebido para el Municipio. Asimismo, se alegó la superposición de impuesto Municipales con Impuestos nacionales como acontece con los cigarrillos y las bebidas alcohólicas alegando, por tanto, el carácter confiscatorio del impuesto. La Corte admitió la acción de nulidad interpuesta por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad ordenó las notificaciones de ley, e igualmente ordenó al juzgado de sustanciación la apertura de un cuaderno separado para una vez cumplidas las notificaciones conste en el expediente el emplazamiento de los interesados se provea sobre la medida. Así, este constituye otro caso, no resuelto en cuanto al fondo ni en cuanto a su medida cautelar, hasta donde conocemos, pero en el cual se pone de manifiesto por los recurrentes, lo exagerado del aumento de la alícuota y se ordena abrir cuaderno separado para la decisión sobre la mediada solicitada.

*Tercer Criterio***:** Declaratoria con lugar de medidas cautelares o acciones de amparo constitucional por la presunción de buen derecho o de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales.

i) Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Superior Primero de la Región Capital , de fecha 24 de enero 1990, Caso *Inversiones Confinanzas, C.A., vs Concejo Municipal del Distrito Guaicaipuro del Estado Miranda*. Magistrado ponente Noelia González Ordóñez (consultada en original). En el presente

caso se interpuso recurso contencioso administrativo de anulación conjuntamente con acción de amparo constitucional, en virtud, del silencio administrativo en relación con el recurso jerárquico interpuesto contra el acto que declaró sin lugar el recurso de reconsideración y que calculó la tasa para la expedición de la licencia de industria y comercio en un millón ochocientos cincuenta mil bolívares (Bs. 1.850.000). La accionante planteó la violación de diversos derechos constitucionales, entre ellos, el de propiedad y libertad económica, alegando igualmente, que la *tasa* constituiría una *confiscación impositiva*, que no permitiría a la recurrente la obtención de utilidad alguna. De igual manera, alegó la recurrente que la *tasa* constituye una clara amenaza al derecho de propiedad puesto que, de ser ejecutada, la recurrente debería responder con sus activos ya que, no dispone de capital suficiente para hacer frente a tal obligación. Por último, que además de ser discriminatoria impide el libre ejercicio de su actividad económica. En este sentido el tribunal, con respecto a la violación del artículo 96 de la Constitución de 1961 (derecho de liberad económica) destacó:

> En relación con la denuncia de violación del derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución Nacional, es conveniente observar que sin duda el poder municipal tiene Derecho a percibir las contribuciones a las cuales, por concepto de impuesto y tasas municipales, estén sometidos los particulares; *pero dichas contribuciones no pueden ser de tal proporción que no se permita el normal desenvolvimiento de las otras actividades lucrativas de los contribuyentes. En el presente caso, el Tribunal considera que efectivamente, el pago de la suma que ha liquidado la municipalidad a la recurrente es de tal magnitud que impediría a ésta el ejercicio de su actividad en dicha jurisdicción, ya que la misma no sólo perdería toda rentabilidad sino que constituiría una carga para la empresa.* (Cursiva nuestra)

En efecto, desde ya comienza a perfilarse una jurisprudencia-adelantada en su tiempo- que señala, que si bien puede ser ejercido el Poder Tributario y concretamente el Poder Tributario Municipal, tal Poder encuentra sus limitaciones en los derechos constitucionales; y de otra parte, que si bien los derechos tienen también limitaciones, las mismas no pueden ser de tal magnitud o proporción que dejen vacío de contenido o hagan nugatorio el ejercicio de los mismos. Así mismo, señaló dicha sentencia:

> En ese sentido, el artículo 96 de la Constitución Nacional, al consagrar como regla la libertad de industria y comercio, dispone la posibilidad de establecer límites a dicha libertad únicamente por razones de seguridad, sanidad u otras de interés general.
>
> Por otra parte, el establecimiento de las referidas limitaciones es de estricta reserva legal, con la salvedad que, en función de la actual restricción de dicha garantía, el Ejecutivo Nacional puede, por vía de decreto, establecer tales limitaciones, pero siempre dentro del supuesto de la norma constitucional citada.
>
> En el caso en estudio, la pretensión de cobro de la Administración Municipal constituyen una limitación a la libertad de industria y comercio sin fundamento en los supuestos de la norma constitucional a que se ha hecho referencia, *la cual de ejecutarse, impediría el ejercicio por parte de la recurrente de la actividad lucrativa que le es propia pues provocaría en su patrimonio un desequilibrio tal que le impediría la producción de renta alguna a partir de su actividad*. En ese sentido, el acto que fija el monto de la tasa impuesta a la recurrente por concepto de licencia para iniciar operaciones, al constituir una limitación a los derechos de la recurrente no autorizada por la constitución, es violatoria de la libertad de industria y comercio de la recurrente consagrada en el artículo 96 de la Carta Fundamental. Así se declara. (Cursiva nuestra)

Así la referida sentencia también avanza en el tema del límite de los impuestos y su carácter confiscatorio, en el sentido que los impuestos no pueden ser desproporcionados o excesivos y mas aún, en que los impuestos no pueden ser tan desproporcionados que causen desequilibrios y que afecten el patrimonio o capital de las empresas necesario para la continuación de su actividad. Por último, la sentencia asoma la importancia de

los derechos constitucionales frente al ejercicio abusivo del Poder Tributario y en este caso del municipal y la aplicación de la garantía jurisdiccional a través del amparo, como garantía de las garantías.

Destacamos que esta sentencia se adelanta en la evolución jurisprudencial venezolana y constituye, a pesar de ser una sentencia de primera instancia, un fallo de avanzada, no solo en cuanto al derecho de amparo, sino en cuanto al alcance de las limitaciones de los derechos constitucionales y los límites del Poder Tributario (Municipal) en este caso.

ii) Sentencia dictada en fecha 11 de octubre de 1995 por Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Lux de Venezuela, C.A.* bajo la ponencia del magistrado Humberto J. La Roche[20].

> Así, establecido lo anterior, resulta necesario examinar si verdaderamente la cuestionada Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira resulta contraria a los derechos constitucionales invocados para ordenar entonces su inaplicación en la esfera del solicitante, siendo evidente -tal como lo declaró el Juzgado Superior Segundo en el fallo consultado- que , en efecto *la formula escogida para calcular el impuesto municipal indicado constituye una violación del derecho a la libertad económica, por cuanto representa una carga tributaria desproporcionada en relación con la labor que desempeña la accionante en la jurisdicción del indicado Municipio (...)* (Cursiva nuestras).

Así comienza la mayoría de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia a pronunciarse a favor de la violación de los derechos constitucionales cuando estamos en presencia de un tributo desproporcionado o excesivo. En el caso en comentario, la Sala Político Administrativa inaplicó la Ordenanza de patente de industria y comercio respectiva, al establecer un impuesto que representaba una carga tributaria desproporcionada en relación con la labor o actividad que desempeñaba la accionante en la jurisdicción del municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

iii) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional, de fecha 06 de diciembre de 2000, caso *Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Telecomunicaciones Movilnet contra el Anexo "A" denominado Clasificador de Actividades Económicas, Comerciales, Industriales o Similares contenido en el Código 7200 y sus códigos integrantes 720001, 720003, 720003 y 720004 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio*, Magistrado ponente Héctor Peña Torrelles (consultada en original). El presente caso consistió en recurso de nulidad interpuesto por razones de inconstitucionalidad conjuntamente con acción de amparo constitucional y subsidiariamente medida cautelar innominada. La Corte se declaró competente y admitió la acción de nulidad ejercida. En cuanto a la solicitud de amparo, la Corte luego de analizar diversas normas de rango constitucional y legal que atribuyen competencias al Poder Público Nacional en materia de telecomunicaciones (156 numerales 12, 28, 32 y 33; 187 de la Constitución del 1999, 187 y 169 de la Constitución de 1999), evidencia que:

> Los Municipios gozan de una potestad tributaria constitucional que se debe ejercer dentro del ámbito propio de las constitución y las leyes. Por ello, *la creación y aplicación y el impuesto establecido mediante la Ordenanza Municipal de Industria y Comercio, citada por el Municipio Valencia del Estado Carabobo, específicamente el contenido del anexo "A" del clasificador de*

20. Consúltese a RAMÍREZ, Alejandro, y otros en *Análisis del Régimen Tributario en la nueva Constitución*, Edición Torres Plaz & Araujo, 2000, p. 46.

actividades económicas, en su código 7200 y sus códigos integrantes 720001, 720003, 720003 y 720004, referente a la "Actividad de las Empresas de Telecomunicaciones Teléfonos y Telefonía" *a las cuales les corresponde una alícuota impositiva del 30% anual y un mínimo tributable de Un Millón de Bolívares (Bs. 1.000.000,00), no se encuentra dentro de las potestades asignadas a los entes Municipales ni en la Constitución de 1961, ni tampoco en el texto fundamental vigente; motivo por el cual, la creación, determinación y posterior exigencia en el referido tributo, podría constituir una infracción al principio de la reserva legal previsto actualmente en el articulo 156, numerales 12, 28, 32 y 33, de la vigente carta fundamental en materia de gravamen sobre la actividad de telecomunicaciones.*

En virtud de las consideraciones constitucionales, legales y jurisprudenciales antes expuestas, estima pertinente esta Sala señalar -sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado- que al establecer la Ordenanza sobre Patente de Industria y comercio del Municipio Valencia del Estado Carabobo en su artículo 1° que "1 la presente ordenanza regula y establece el procedimiento y los requisitos que deben cumplir personas naturales o jurídicas para ejercer en forma habitual y/o eventual, en jurisdicción del Municipio Valencia, actividades comerciales, industriales o de índole similar", *tal exigencia, eventualmente podría constituir a juicio de esta Sala, una presunción de violación del derecho que tienen tanto la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, como la empresa Telecomunicaciones Movilnet, C.A., de dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, contenido en el artículo 112 de la Constitución vigente, en virtud de que el régimen legal relativo a la materia de las telecomunicaciones, corresponde establecerlo al Poder Nacional*, tal y como se desprende del principio de la reserva legal establecido en el artículo 156 numerales 12, 28, 32 y 33 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por todo lo antes expuesto, esta Sala estima que del examen del principio constitucional denunciado como infringido, surge una presunción de buen derecho a favor de la parte actora. Así se declara.

Estima además esta Sala, que si concluida la sustanciación de la presente acción de nulidad ejercida por razones de inconstitucionalidad, se verifica que la norma impugnada contenida en la citada Ordenanza ha podido infringir las disposiciones invocadas por las empresas accionantes, *el Municipio Valencia del Estado Carabobo habría obtenido de las accionantes, un pago ilegítimo y ello configuraría una violación a los derechos denunciados, ya que podría mermar de manera significativa el patrimonio de las accionantes, afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa, con lo cual podrían acarreárseles daños irreparables por la sentencia definitiva,* y ello podría ocasionar la imposibilidad de prestar un servicio de calidad a la comunidad, por lo cual, siendo que el mencionado servicio telefónico es esencial para la población, se podría causar eventualmente un daño irreparable tanto a las compañías accionantes, como a los usuarios de tal servicio, si las mencionadas empresas, paralizan sus actividades en la jurisdicción del Municipio Valencia del Estado Carabobo. Así se declara.

Asimismo, esta Sala considera que, la dificultad de obtener el reintegro de cantidades pagadas posiblemente de manera indebida, representa un perjuicio que difícilmente podrá ser reparado por la sentencia que decida la acción principal. *Además, el pago de un tributo que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un pago que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que pueda significar un desequilibrio patrimonial que justifica en este estado de la causa la inaplicación de la normativa impugnada.*

Consecuencia de lo anterior, esta Sala debe acordar medida cautelar de amparo a favor de las accionantes, ordenado respecto a ellas la inaplicación del dispositivo contenido en el Anexo "A" denominado "Clasificador de Actividades Económicas. (Cursiva nuestra)

Esta sentencia de la Sala Constitucional, una de las fundamentales, en cuanto a este tercer criterio, sostiene, en primer término, que el Poder Tributario Municipal no es ilimitado, sino que de debe ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales (siguiendo quizás implícitamente la máxima de la sentencia Caso: *Heberto Contreras Cuenca*, Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha. 13 de noviembre de 1989 con

ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas). En segundo término, en el presente caso, las actividades que se pretenden pechar con el impuesto de patente de industria y comercio están reservadas al Poder Nacional y carece el municipio de Poder Tributario sobre las actividades de Telecomunicaciones, incurriéndose así en una violación al principio de la reserva legal previsto en el artículo 156 numerales 12, 28,32 y 33 de la Constitución de 1999. En tercer término, existe una presunción de violación al derecho de Cantv y Molvinet de dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, establecido en el artículo 112 de la Constitución vigente, ya que, corresponde al Poder Nacional establecer el régimen correspondiente a la actividad de Telecomunicaciones. Por tanto, al pretender el municipio Valencia, mediante el impuesto de patente de industria y comercio, gravar dicha actividad, existe una presunción de violación del mencionado derecho constitucional. En cuarto término, señala la Sala Constitucional, que si concluida la sustanciación se verifica, que la norma impugnada en la citada ordenanza, ha podido infringir las disposiciones invocadas por las empresas accionantes, el Municipio Valencia del Estado Carabobo habría obtenido un pago ilegítimo y ello configuraría una violación de los derechos denunciados, ya que podría mermar de manera significativa el patrimonio de las accionantes, afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa, con lo cual podrían acarreárseles daños irreparables por la sentencia definitiva. En quinto término, destacó la sentencia bajo análisis, que el pago de un tributo, que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un pago que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que pueda significar un desequilibrio patrimonial que justificó en ese estado de la causa la inaplicación de la normativa municipal.

iv) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional de fecha 6 de marzo de 2001, caso *Cervecería Polar del Centro, C.A., Alimentos Linz C.A., Canteras Cura, C.A.,* Magistrado Ponente Antonio García García, (consultada en original). En este caso se interpuso una acción de nulidad parcial por razones de inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de amparo constitucional y de forma subsidiaria de medida cautelar innominada contra la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo. Sobre el carácter confiscatorio de la multa establecida en el parágrafo único del artículo 53 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio del Estado Carabobo, que establece una multa que oscila entre el 50 % y el 100% del monto causado por concepto de Patente de Industria y Comercio en el periodo fiscal, para aquellos contribuyentes que no presentaren las declaraciones referidas a su movimiento económico o que lo hicieren con datos falsos u omisiones, la Corte luego de analizar el derecho de propiedad y el principio de no confiscación artículo 115 y 116 respectivamente de la Constitución del 1999 así como el artículo 317, sobre la cual ningún tributo tendrá efectos confiscatorios establece que:

> *tal desiderátum se hace extensivo a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal, de lo contrario se perdería la armonía con el resto de la normativa constitucional.*

En efecto, con base en los artículos , 115, 116 y 317 de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo observa:

> Que si bien la propiedad tiene un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con determinados afines (función social, utilidad pública), tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, siempre y cuando las referidas restricciones no constituyan un menoscabo absoluto o irracional del aludido derecho de

> propiedad. Esto es, que imposibilite de tal forma la capacidad patrimonial de los particulares que terminen extinguiéndola.
>
> En el ámbito tributario, la vulneración de derecho de propiedad se pone de manifiesto cuando tal, como asienta el tratadista Héctor Villegas, el estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad

La sentencia en comentario constituye una de las sentencias lídere, en lo que hemos denominado este tercer criterio, ya que aplica el artículo 317 de la Constitución de 1999 que prohíbe los tributos confiscatorios; extendiendo dicho principio a las sanciones de *carácter tributario*, es decir aquéllas relacionadas con las obligaciones de naturaleza tributaria. Deja conciencia, así mismo, esta sentencia de la presión fiscal que ejercen sobre el contribuyente el conjunto de tributos y que la capacidad contributiva del ciudadano es una sola, la cual puede verse afectada ya sea por un tributo o por un conjunto de tributos emanados del Poder Nacional o de los distintos Poderes Tributarios dentro del Estado Federal (Estados y Municipios). Concluye la Sala Constitucional inaplicando la referida norma de la ordenanza municipal hasta que sea decidido el fondo del asunto en virtud de la amenaza cierta de su aplicación y la consecuente violación al derecho de propiedad así como la afectación del derecho a la libertad económica. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo destaca que la vulneración de derecho de propiedad como resultado del pago de un tributo confiscatorio, ha sido prohibido por el constituyente de 1999 en el artículo 317 y tiene su fundamento directo, en el artículo 316 de la Constitución del República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual el sistema tributario debe procurar la justa distribución de las cargas públicas conforme a la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población. En consecuencia, luce evidente para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la conclusión que a los Poderes Públicos les está vedado el establecimiento de tributos o sanciones tributarias que puedan amenazar una parte sustancial del derecho de propiedad del contribuyente, con la negativa consecuencia que tal situación conlleva, al extinguir la fuente generadora del tributo y el daño que tal situación ejerce en la ya mermada economía del país. Así, la Sala Constitucional extiende el principio de no confiscatoriedad, consagrado en materia tributaria por vez primera en la Constitución de 1999, a las sanciones.

No olvida, por otra parte, la Sala Constitucional la presión fiscal ejercida por el conjunto de tributos que recaen sobre el contribuyente. Esto es la capacidad del contribuyente es una sola y ésta puede verse afectada ya sea por un tributo o por un conjunto de tributos emanados del Poder Nacional o de los distintos Poderes o niveles de Gobierno dentro del Estado Federal Venezolano. Destaca la Sala Constitucional que en el caso analizado se encuentra frente a una infracción tributaria que deviene de la omisión de un deber formal, a la cual se le establece una sanción que conforme a la discrecionalidad de la administración tributaria puede variar entre el 50% y el 100% del monto total causado por concepto del Impuesto Patente de Industria y Comercio, siendo que la aplicación máxima de la referida sanción pudiera dar lugar a la duplicación del monto con el cual deben cumplir los particulares a las cargas publicas del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo. Por consiguiente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo consideró que al ser la ordenanza de patente de industria y comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo un acto normativo que la administración

local debe ejecutar, existe una amenaza cierta de que se dicte multas contra los accionantes en virtud del parágrafo único del articulo 53 de la Ordenanza impugnada, lo cual resultaría conculcatorio del derecho de la propiedad de las empresas accionantes. Por otra parte, consideró la Sala que la aplicación efectiva a la normativa impugnada podría causar daños de difícil reparación y podría mermar de manera significativa el patrimonio de las accionantes afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa. Además, señaló la Sala Constitucional que el pago de una sanción tributaria que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un desembolso que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que podría significar un desequilibrio patrimonial que justifica la inaplicación de la normativa impugnada. En consecuencia, se suspendieron los efectos del referido parágrafo único del artículo 53 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo hasta tanto se decidiese el fondo del asunto sometido a la jurisdicción de la Sala Constitucional.

IV. LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS

La Constitución de 1999 establece, diversas normas para evitar o prohibir las tributaciones confiscatorias e igualmente establece derechos constitucionales que fungen como límites a los impuestos, tasas o contribuciones que tengan tal naturaleza. En este sentido nuestra carta fundamental establece:

> *Artículo 316*. El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.

Por tanto, uno de los artículos fundamentales del sistema tributario constitucional venezolano[21], que consagra a su vez una serie de principios capitales en cuanto a la tributación[22], prevé la justa distribución de las cargas públicas de acuerdo al principio de capacidad económica o contributiva del contribuyente. Este importante principio de la capacidad contributiva se encuentra complementado por el principio de progresividad también de rango o naturaleza constitucional.

Por otra parte, el artículo 116 de la Constitución de 1999 establece la prohibición de confiscación de bienes, en efecto el mencionado artículo prevé:

---

21. *V.*, en este particular CASADO HIDALGO, Luis R., *Temas de Hacienda Pública*, Ediciones de la Contraloría, Caracas 1978, pp. 395 y ss. El mencionado autor señaló que el artículo 223 de la Constitución de 1961 (el cual fue sustituido por el 316 de la Constitución de 1999) "fija lo que podríamos llamar la dogmática inexcusable de nuestro sistema tributario, y es a la par que una formulación de política tributaria cuyos destinatarios son las tres ramas del poder público: Republica, estados y municipalidades, también una disposición mandatoria, más que programática que regula todo el sistema...".

22. Esta norma establece un conjunto de principios: Principio de la Capacidad económica del contribuyente o principio de capacidad contributiva, así como de objetivos: protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población sustentados todos ellos en un sistema eficiente para la recaudación de tributos. Sobre los Principios Constitucionales de la Tributación consúltese ALFONZO PARADISI, Juan Domingo y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo en "El Tributo Municipal en los espacios no urbanos" en *Revista de Derecho Urbanístico* nº 5, pp. 41 y ss.

> *Artículo 116*: No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

De igual manera, pero con mayor especificidad concerniente al ámbito tributario, el artículo 317 además de establecer el relevante principio de la legalidad tributaria prevé que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio (*principio de no confiscatoriedad* en materia tributaria). De allí pues, que el legislador tiene que tener en cuenta la capacidad contributiva del contribuyente al momento de establecer el respectivo tributo y de igual manera dicha prohibición constituye una garantía jurisdiccional al momento de operar la respectiva exacción sobre el patrimonio del ciudadano o de la empresa. En este sentido el referido artículo establece:

> *Artículo 317:* No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

Esta norma de rango constitucional, introduce así en el sistema constitucional tributario venezolano una limitación explícita al Poder Tributario, al prohibir los tributos confiscatorios. Por tanto, el legislador tiene una norma de naturaleza constitucional que prohíbe la confiscatoriedad de la tributación. En todo caso, como ya lo hemos señalado de violarse tal disposición de raigambre constitucional además de la verificación de violación de otros derechos constitucionales, se manifiesta ésta de forma inmediata como garantía de los ciudadanos, esto es *la no confiscatoriedad de los tributos*[23].

Por otra parte, la Constitución de 1999 establece en sus artículos 112 y 115 el derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad:

> *Artículo 112.* Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.
>
> *Artículo 115*. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

El artículo 25 de la Constitución de 1999 establece que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la Ley es nulo. De allí, pues al estar en presencia de un tributo confiscatorio como acto administrativo de efectos particulares que incide en los derechos del

---

23. Sobre esta norma se ha señalado que la inclusión de la figura de la *no confiscatoriedad*, como el aspecto más resaltante y novedoso del artículo 317, *V.*, en este sentido RAMÍREZ Alejandro, BAUTE, Pedro y PLANCHART, Antonio, *Análisis del Régimen Tributario en la nueva Constitución*, Edición Torres, Plaz y Araujo, Caracas 2000, p. 40.

contribuyente dicho acto es nulo de nulidad absoluta de conformidad con el referido artículo 25, al violar entre otros la garantía a la libertad económica o la garantía de propiedad de los ciudadanos.

Por último, el artículo 156 numeral 13 de la Constitución de 1999 prevé que es competencia del Poder Público Nacional, la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial. Por tanto, el Poder Nacional a través de la Asamblea Nacional y con ocasión de su competencia para la coordinación y armonización de los diversos Poderes Tributarios (República, Estados y Municipios), pudiese establecer parámetros y limitaciones en cuanto a las alícuotas y tipos impositivos de los Estados y Municipios, limitando así la voracidad fiscal de los entes políticos territoriales menores y constituyendo, sin duda, una herramienta para la armonización de los tributos en el Sistema Tributario Nacional, además, de un buen instrumento con el objeto de disminuir la presión fiscal sobre los contribuyentes y evitar la imposición de tributos confiscatorios.

Así mismo, se establece en el ordenamiento jurídico venezolano concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en materia Contribuciones por Mejoras un límite al legislador en cuanto al monto total de la contribución de mejoras no podrá exceder del señalado en la Ley Nacional y su defecto del sesenta por ciento (60%) del costo de las obras o de la instalación del servicio, según presupuesto aprobado y verificado por la Contraloría General de la República pero más importante aún, es la previsión, salvo disposición en contrario de la Ley Nacional respectiva, que el monto de la contribución de mejoras se debe calcular en relación del valor real de las propiedades afectadas, pero no podrá ser, para cada propiedad, mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad, por cada obra, conjunto de obras, o instalación de servicios que se efectué en una misma oportunidad. Por consiguiente, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se prevé un límite al legislador para que al momento de establecer el tributo, teniendo en cuenta el derecho de propiedad y la garantía de la no confiscatoriedad, no pueda excederse del mencionado límite del cinco por ciento (5%). Así, el legislador preserva el derecho de propiedad contra tributos o contribuciones por mejoras excesivos y establece un límite al legislador local al momento de establecer mediante ordenanza las contribuciones por mejoras. En este sentido, el Dr. José Andrés Octavio, señala que esta disposición legislativa pudiese constituir un importante precedente, para la posibilidad de llevar al Código Orgánico Tributario, disposiciones generales que desarrollen dicho principio y que podía referirse no sólo un tributo individual, sino al conjuntos de tributos, incluyendo a los establecidos por diversos niveles de Gobierno.[24]

> *Artículo 113.* "El Municipio, además de los ingresos que señala el artículo 31 de la Constitución de la República, tendrá los siguientes:
>
> *(omissis)*
>
> 3° La contribución de mejoras sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se beneficien con la construcción de obras o el establecimiento de servicios por el Municipio y que sean de evidente interés para la comunidad, de acuerdo a lo que determine la ley nacional de la

24. OCTAVIO, José Andrés, *Informe Nacional de Venezuela en las XIV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributarios* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de septiembre de 1989 titulado "Las Garantías Constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente" p. 10.

> materia y las Ordenanzas respectivas. El monto total de la contribución de mejoras no podrá exceder del señalado en la ley nacional y en su defecto, del sesenta por ciento (60%) del costo de las obras o dela instalación del servicio, según presupuesto aprobado y verificado por la Contraloría General de la República.
>
> Salvo disposición en contrario de la ley nacional respectiva, el monto de la contribución de mejoras se calculará en relación al valor real de las propiedades afectadas, pero no podrá ser, para cada propiedad, mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad, por cada obra, conjunto de obras o instalación de servicios que se efectúe en una misma oportunidad.
>
> Igual porcentaje corresponderá al Municipio por mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se verán favorecidas por planes de ordenación urbanística, observándose, al respecto lo establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

Así pues, además de las normas constitucionales que establecen la garantía del derecho de la propiedad privada y al ejercicio de la actividad económica, así como el principio de no confiscatoriedad establecido en el artículo 317 de la Constitución de 1999, se prevé, en la legislación venezolana concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal una disposición que limita el monto de la contribución de mejoras calculado en base del valor real de las propiedades afectadas no pudiendo ser mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad de cada obra, conjunto de obra o instalación de servicio que se efectúen.

V. LA DETERMINACIÓN O BÚSQUEDA DE LÍMITES CUANTITATIVOS FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS

Está claro que lo que se prohíbe es el impuesto confiscatorio, es decir aquel impuesto excesivo, que produzca efectos indeseables, que exceda el límite de lo razonable o aquellos que absorban o sustraigan una parte sustancial de la propiedad o la renta. Por consiguiente, la dificultad[25] radica en determinar ¿cuál es el límite de lo razonable? o ¿cuándo el impuesto deja de ser elevado para convertirse en confiscatorio? o ¿cuándo efectivamente se absorbe una parte sustancial de la renta o de la propiedad?. En este sentido se ha señalado[26] que "En todo sistema constitucional donde se encuentren establecidos principios rectores del ejercicio del Poder Tributario del Estado, y se garanticen los Derechos fundamentales de los Ciudadanos, las tributaciones confiscatorias pueden ser consideradas inconstitucionales, siendo el problema esencial, determinar, desde el punto de vista jurídico cuando un impuesto puede considerarse confiscatorio. Por lo tanto, la dificultad no está tanto en determinar si la tributación

25. En este sentido RUAN SANTOS, Gabriel, cita una sentencia del Tribunal Constitucional Español la cual destaca que la consfiscación "no supone la privación imperativa sino la exigencia lógica de no agotar la riqueza imponible-sustrato, base o exigencia de toda imposición-sopretexto del deber de contribuir". Así mismo, según la señalada sentencia del tribunal español, la prohibición de no confiscatoriedad debe ser entendida: "como un límite-indeterminado y de difícil determinación" de la progresividad el sistema tributario en "Las Garantías Tributarias de fondos o principio substantivo de la tributación en la Constitución de 1999" en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Gráficas Tao, Caracas 2000, p. 93.

26. *V.*, en este sentido el texto de la ponencia general realizada en el *XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Montreal en 1990* por BREWER-CARÍAS, Allan R., "Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tributaciones Confiscatorias" publicado en la *Revista Derecho Público* nº 57-58, enero-junio 1994, p. 7.

confiscatoria debe considerarse o no inconstitucional -que lo es- sino que, como lo señala R. Mussgnug con referencia a Alemania Federal, lo verdaderamente difícil "Está exclusivamente en definir lo que es un impuesto confiscatorio y como se lo puede distinguir de un impuesto elevado pero constitucionalmente objetable". Este límite o frontera no es ni absoluto ni objetivo, y su determinación depende de varios elementos que están vinculados a la tradición política y a la realidad económica y social de un país en un momento dado". En efecto, en las XIV Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario, celebrada en Buenos Aires, en 1989[27], Que los límites de la carga fiscal admisible, según los criterios jurisprudenciales y doctrinales expuestos durante las Jornadas, se exhiben como marcadamente variables de país en país…"

Por tanto, se ha buscado por un sector de la doctrina del derecho tributario la definición con precisión de un límite cuantitativo que distinga cuando estamos en presencia de un impuesto confiscatorio frente a un impuesto elevado. Se ha señalado en este sentido en Derecho Comparado que en esta materia no hay reglas absolutas[28], siendo ejemplos contrastantes Suecia y Argentina, sin embargo según el autor francés P.M. Gaudemet podría afirmarse que "Una tributación puede calificarse de confiscatoria cuando lo elevado de su tasa obliga al contribuyente, en virtud de que sus ingresos disponibles no le alcanzan, a reducir su patrimonio para cancelarla"[29].

Según el autor argentino Héctor Villegas "La dificultad surge para determinar concretamente que debe entenderse por *parte sustancial*, y cabe decir que no existe respuesta a ello en términos absolutos. La razonabilidad de la imposición se debe establecer en cada caso concreto, según exigencias de tiempo y lugar y según los fines económico-sociales de cada impuesto"[30].

En este sentido un sector de la Doctrina Argentina[31] ha señalado que no es aconsejable que el texto constitucional establezca un límite fijo, siendo preferible que el análisis se realice caso por caso, conforme a las situaciones concretas que se presenten. El concepto de razonabilidad ha sido fundamental en el sistema de control judicial de las leyes en Argentina, dicho concepto exige que los órganos del Estado, en todas sus actividades, respeten un cierto límite, más allá del cual se produce la alteración del derecho y la pérdida de su esencia Constitucional. Así el problema de la jurisprudencia Argentina ha sido el de determinar cuando el monto del impuesto resulta razonable y confiscatorio y ha fijado como tope para la validez constitucional de ciertos tributos el 33%[32]. En este sentido, en diversos países se ha tratado de determinar por tipo de tributo, ya sea individualmente considerado o por la acumulación de tributos, el límite

---

27. *V.*, VILLEGAS, Héctor, *Relatoría de las XIV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario*, celebradas en Buenos Aires en 1989 cuyo tema fue "las Garantías Constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente".

28. BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, p. 7.

29. Ponencia Nacional Francesa referida por BREWER-CARÍAS en ponencia general *citada ut supra*.

30. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario*, 5ta. edición ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 207.

31. *Idem.*

32. En efecto, en la jurisprudencia Argentina de la Corte Suprema el eje alrededor del cual gira todo el sistema es la regla que considera que un impuesto es confiscatorio cuando el monto de su tasa es irrazonable. *V.*, en este sentido LINARES QUINTANA en *Tratado de la Ciencia Derecho Constitucional*, 2da. edición, Buenos Aires, p. 313. Así mismo, ANDREOZZI, Manuel citado por VILLEGAS sostiene: "Para que un tributo sea constitucional y funcione como manifestación de soberanía, debe reunir distintos requisitos, entre los que se ubica preponderantemente la razonabilidad, lo cual quiere decir que el tributo no debe constituir un despojo, para lo cual debe respetar el derecho de propiedad".

cuantitativo o *la cifra cabalística* para escindir cuando estamos en presencia de un impuesto confiscatorio a un impuesto constitucional elevado. A lo cual haremos referencia de seguida:

1. *En el impuesto inmobiliario*. En Argentina**,** la Corte Suprema Nacional de ese país ha declarado inconstitucional[33] "el impuesto inmobiliario que insume más del 33% de la renta calculada según el rendimiento normal medio de una correcta y adecuada explotación (Fallos, 196-122). Así, en lo que concierne al impuesto inmobiliario y su límite cuantitativo la jurisprudencia Argentina ha considerado como confiscatorio el impuesto que supere la tercera parte del ingreso probable del inmueble[34]. En Suiza[35], se "consideró constitucional, por el Tribunal Federal un impuesto sobre bienes raíces que gravaba con una tasa del 53 % el monto del impuesto sobre venta de bienes inmuebles. No obstante, en decisiones mas recientes luego de 1979, se ha insistido en la aplicación de la garantía de la propiedad" y se obliga así al legislador a conservar la sustancia del patrimonio existente y a mantener la posibilidad de constituir un nuevo capital. En Alemania, "se consideran inconstitucionales si obligan a la personas a entregar en breve tiempo su propiedad y se consideran confiscatorios si la tasa impositiva tiene, respecto al ingreso, una incidencia tal que se vuelve insuficiente para pagar el impuesto"[36] .

2. *En el impuesto sucesorio.* También ha declarado inconstitucional, la Corte Suprema Argentina, el impuesto sucesorio que excede del 33% del valor de bienes recibidos por el beneficiario (Fallos, 190-159; 234-129 entre otros)[37]. Ciertamente la jurisprudencia Argentina ha oscilado entre varios porcentajes para luego tomar como confiscatorio aquél que excede el 33%. En Francia, la tasa del impuesto sobre sucesiones puede alcanzar un 60% sin ser considerada confiscatoria[38]. En Alemania, se considera como el límite sobre el cual se está en presencia de un impuesto confiscatorio el 50%[39].

---

33. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ta edición ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 207.

34. Con respecto al impuesto inmobiliario y su confiscatoriedad en Argentina se ha considerado como tal aquél que absorbe una proporción superior al 33% de la renta o del capital. Al inicio se señala que dicho tope fue oscilante, luego en numerosos precedentes se estableció el tope del 33% de las utilidades, más allá del cual, en circunstancias ordinarias, el tributo implica un desapoderamiento inconciliable con el derecho de Propiedad. Posteriormente, este tope fue mantenido por la Corte Suprema Argentina, que sólo se apartó de él en el supuesto de propietarios radicados en el extranjero, en que admitió que el impuesto, incluido el recargo de ausentismo, podía absorber hasta el 50% del rendimiento de un inmueble. Se ha destacado así mismo, que la renta que se debe considerar como base para medir la confiscatoriedad del impuesto, cuando absorbe más del 33% es la renta probable a obtener de un inmueble, mediante una explotación eficiente y razonable hecha por el común de las gentes. Consúltese CASÁS, José Osvaldo, *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, pp. 77 y ss. y VILLEGAS, Héctor, "El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria", en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1994, pp. 245 y ss.

35. *V.*, ponencia nacional Suiza en BREWER-CARÍAS, *op., cit.*, pp. 5 y ss.

36. *V.*, ponencia nacional Alemana en BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

37. Se discute en la doctrina Argentina, si el impuesto a la herencia se considera que grava el capital, o constituye un impuesto a la renta acumulada por el causante o si es un tributo a la renta accidental del heredero. VILLEGAS cita a FONROUGE y señala que èste ultimo acoge que se trata de un impuesto que grava una renta accidental del heredero, asumiendo dicho autor también esta tesis. Por tanto, señala VILLEGAS que "al tratarse de un impuesto que grava una renta accidental del heredero, y no un capital, concluye que esta jurisprudencia que declara confiscatorio el impuesto que excede el 33% del haber trasmitido, no implica reconocer la confiscatoriedad del capital en el límite del 33%".

38. *V.*, ponencia nacional Francesa, realizada por GAUDEMET, citada en ponencia general de BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

39. *V.*, ponencia nacional Alemana realizada por MUSSGNUG, en ponencia general realizada por BREWER-CARÍAS, *op.cit.*, pp. 5 y ss.

3. *En el impuesto sobre la renta.* Ninguna jurisprudencia Argentina ha declarado la inconstitucionalidad del impuesto sobre la Renta. Esto acontece porque en principio el impuesto sobre la renta deja a salvo o intacto el capital que lo produce. Pero tal aseveración deja de ser cierta cuando el impuesto a la renta es desproporcionado o excesivo. En efecto, si las alícuotas del impuesto son muy elevadas o excesivas no sólo se pagará dicho impuesto con las utilidades sino que podrá incidir sobre el capital. En este caso, conforme con Villegas: "el impuesto habrá incidido sobre el patrimonio y se dará el caso de confiscatoriedad"[40]. En Alemania, el impuesto sobre la renta puede llegar hasta el 53% y los impuesto sobre los intereses pueden llegar hasta el mismo porcentaje con tal que no graven el ahorro (capital) en sí mismo[41]. En Suiza, la Constitución Federal fija las tasas máximas del impuesto federal sobre la renta de las personas físicas en un 11,5%[42].

4. *En la contribución de mejoras.* En Argentina, se ha declarado no valida la contribución de mejoras que no guarda prudente relación con la valoración del inmueble (Fallos, 130-161; 179-188). Así mismo, la Corte Suprema de ese país ha sentado que la contribución no debe exceder el beneficio especial que recibe la propiedad afectada, que es lo único que puede cobrársele al dueño sin violar la Constitución nacional (Fallos 187-234)[43]. Por tanto, en relación a las contribuciones por mejoras no se mantiene el límite rígido del 33%[44]. En Suiza, en contraste no se ha considerado confiscatorio un impuesto sobre plusvalía que supere el 60%.

---

40. Según el tratadista Argentino GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Temas de Derecho Tributario*, Buenos Aires 1982, p. 115, es válido invocar la confiscatoriedad del impuesto sobre la renta cuando "sus altas tasas afectan el derecho de propiedad, porque éste no solamente está representado por el capital, sino también por la renta que es producto de aquél, y principalmente cuando es producto del esfuerzo personal del contribuyente". Y agrega este autor "Más aún consideramos que un impuesto a la Renta de altas tasas afecta la formación del capital en cuanto detrae al contribuyente parte sustancial de su ingreso, impidiéndole con ello el ahorro del ingreso no consumido y su inversión en vista a lograr su propia capitalización". Así mismo, ver del mismo autor, "Algo mas sobre la Confiscatoriedad en la Tributación", en *Revista jurídica Argentina La Ley*, p. 664, donde se pregunta el citado autor ¿por qué si es confiscatorio absorber más del 33% de la renta de un inmueble a título de impuesto inmobiliario, o el mismo porcentaje de la renta accidental del heredero en el impuesto sucesorio ¿por qué no ha de serlo al absorber la misma cantidad de renta o aun mas por conducto de un impuesto, también directo, como lo es el impuesto de réditos o a las ganancias?.

41. Ponencia nacional alemana, realizada por MUSSGNUG citada por BREWER-CARÍAS, *op.cit.*, pp. 5 y ss.

42. Ponencia nacional Suiza, realizada por YERSIN, citada por BREWER-CARÍAS, *op.cit.*, pp. 5 y ss.

43. *V.*, VILLEGAS, Héctor, "El Principio Constitucional de lo confiscatoriedad" en *Materia Tributaria*, *op.cit.*, p. 254.

44. En cuanto al límite cuantitativo de este impuesto, el autor argentino CASÁS, José Osvaldo en su libro *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Editorial Depalma 1992, p. 91 cita una interesante jurisprudencia caso: *Martín Pereyra Iraola contra provincia de Buenos Aires*. señalando "Ponderó el Tribunal, sobre la base de la prueba producida, que la valorización de los inmuebles a resultas de la realización del camino representaban tan sólo 12% del valor normal de la tierra, mientras que la contribución fijada equivalía a dos tercios de la cotización del inmueble, y "que si la contribución fuere satisfecha en cuotas escalonadas en treinta y seis años como lo autoriza la ley provincial, representaría un gravamen anual…absorbiendo casi íntegramente la renta libre que podría producir la propiedad del autor" por lo que finalmente se pronunció declarando inconstitucional la contribución". Así mismo, en cuanto a la no precisión del límite fijo en este impuesto el mencionado autor cita una sentencia de la Corte Suprema Argentina que señaló lo siguiente:

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir en la causa *Pedro Rouspil v. Provincia de Buenos Aires*, sentencia del 15 de julio de 1940, dejo sentado en el considerando 5 su pronunciamiento: "Que dependiendo la confiscatoriedad del impuesto de una cuestión de hecho, no puede fijarse un porciento fijo sobre el valor de la finca -el 30%, como lo sostiene el señor procurador general, arriba del cual el cobro sería confiscatorio- desde que en algunos casos, ese porciento podría exceder el mayor valor o beneficio causado a la finca frontera y, por lo tanto, sería inconstitucional; y, en otros, la construcción de la obra pública o pavimento podría ocasionar un

5. *Acumulación de diversos tributos*, la Corte Suprema Argentina ha establecido que el tope puede ser mayor al del 33% (Fallos, 170-114)[45].

En este sentido el catedrático argentino Casás sostiene que la acumulación de tributos vulnera el derecho de propiedad al igual que por la vía de un tributo, excesivo o desproporcionado y en ese caso se estará igualmente ante un tributo de carácter confiscatorio. En efecto, explica que "por razones de elemental congruencia debe coincidir en que la violación, quebrantamiento o supresión del derecho de propiedad, igual alcanza, ya sea por el camino de la aplicación de un solo tributo exorbitante, ya por la vía de acumular en el contribuyente la obligación de afrontar un sin número de tributos, quizá individualmente moderado, pero que en su conjunto acarrean del mismo modo el despojo sustancial del beneficio, afectando incluso, en algún caso, el propio capital que lo produce"[46]. Así mismo Villegas, destaca "Si se admite la posibilidad de que un tributo puede ser confiscatorio, no se puede negar la posibilidad de que esa misma confiscatoriedad se dé ante tributos concurrentes. Si bien es cierto que la capacidad contributiva se exterioriza de muy distintas formas y ello da lugar a los múltiples tributos, esto significa que se trate de capacidades contributivas plurales. Siempre es una sola y, en definitiva, todos los tributos que recaen sobre el mismo contribuyente inciden sobre un único patrimonio afectado. Si esa concurrencia va más allá de los límites tolerables aniquila el derecho de propiedad, ya fuere en su sustancia, al disminuir este patrimonio, o en sus atributos, al impedirle generar frutos"[47]. En la doctrina venezolana se pronuncia Palacios, sosteniendo que "las modernas tendencias del derecho tributario no sólo se refieren a la confiscatoriedad de una especie tributaria en particular sino que extienden la prohibición a todo el conjunto de exacciones existentes, es decir la denominada tributación excesiva o presión fiscal desmedida de sistema tributario (…). En el campo de la tributación municipal se puede llegar a límites de confiscatoriedad y de irracionalidad no sólo por la vía del establecimiento de alícuotas o tipos impositivos desproporcionados, sino por la manipulación abierta o soterrada, de las magnitudes económicas que sirven de base de cálculo de los distintos tributos; al aumentar o incluir conceptos ajenos a la materia rentística municipal y el desconocimiento de los límites impuestos por la territorialidad, pretendiendo por vía de sutilezas o subterfugios magnificar los alcances jurisprudenciales del hecho imponible"[48].

Por consiguiente, cuando la acumulación de tributos excede del límite de carga tributaria admisible, se sostiene que dichos tributos son confiscatorios. La problemática que surge, además de determinar el límite cuantitativo, radica en precisar ¿cuál es el tributo inconstitucional, ¿esto es cuál de los tributos resulta confiscatorio, el último o el primero establecido en la ley, el último cobrado o el primero vencido o el más

---

beneficio superior a dicho porciento, lo que pondría de manifiesto su constitucionalidad. Es, pues, la autoridad administrativa la que debe examinar cuidadosamente, en cada caso, el porciento del costo de la obra pública que pueden soportar las fincas fronteras, en atención al beneficio especial que reciben, que es lo único que puede cobrarse a sus propietarios; puesto que en lo que exceda, su costo, debe soportarlo la comunidad, que también es beneficiada. Solo así armonizan, en justa medida, los derechos del propietario con la facultad impositiva y se respetan las garantías de la "inviolabilidad de la propiedad" y de la "igualdad ante el impuesto" establecidas en los art. 17 y 16, tantas veces interpretados por esta Corte, que ha sentado, desde antiguo, su doctrina constitucional".

45. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas… op. cit.* p. 207.

46. CASÁS, José Osvaldo, *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1992, p. 181.

47. VILLEGAS, Héctor, el "Principio Constitucional de no confiscatoriedad en materia Tributarias" en *Estudio de Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 259.

48. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Marco jurídico de la tributación en Venezuela" en *Tributación Municipal en Venezuela I, Aspectos jurídicos y administrativos*, P.H. Editorial, Caracas 1996, p. 27.

gravoso?[49] En este caso la doctrina Argentina propone tres (3) alternativas: i) declarar inconstitucional el último de los tributos sancionado; ii) dar preferencia en materia de impuestos indirectos a la nación, y en el caso de impuestos directos a las Provincias y iii) descontar determinado porcentaje de todos los tributos involucrados en el litigio, de manera que el conjunto de ellos no incida más allá del límite máximo del treinta y tres por ciento (33%) sobre la riqueza gravada. Se plantea así mismo, por la doctrina Argentina, que ante el concurso confiscatorio de tributos, éstos deberán ser reducidos proporcionalmente por el Tribunal hasta llegar a la suma que se fije como la máxima admisible para no ser considerado ese conjunto de tributos como violatorio del derecho de propiedad del contribuyente[50].

No obstante, el límite cuantitativo del treinta y tres por ciento (33%) señalado por la jurisprudencia Argentina, no ha sido precisado su origen, así como tampoco su racionalidad, lo cual ha sido criticado por el tratadista Argentino García Belsunce[51], señalando que el carácter confiscatorio de un impuesto inmobiliario debe más bien desprenderse de un conjunto de circunstancias de hecho (ubicación de la propiedad, valor comercial, rendimiento real, etc.) que lo vuelven o no razonable sin que ello surja de la *cifra cabalística* del 33%. De igual manera, Dino Jarach, critica la cifra del 33 % en cuanto a los impuestos sucesorios alegando que "la Corte estableció el 33% como pudo decir otra cifra"[52]: Así mismo, Giualiani Fonrouge, señala: "¿Cuál es el criterio exacto para establecer la parte sustancial de la propiedad o de la renta? ¿ Por qué el 33% y no el 30 o el 35 o el 40? Es cuestión de apreciación personal;" …"nos parece fuera de razonable duda la inconveniencia de establecer un tope invariable, como límite de validez constitucional del impuesto, resultando preferible dejarlo librado al prudente arbitrio legislativo (y al judicial en su defecto) la apreciación de las circunstancias de tiempo y espacio que determinan la elección de la cifra adecuada"[53]. No obstante Villegas, se ha pronunciado partidario del mantenimiento del 33%, en lo que se refiere al impuesto inmobiliario, y "lo estima válido y coherente siempre que sea aplicado con respecto al rendimiento normal promedio de la tierra, y que en manera alguna afecte al capital obligando a pagar el importe con parte de él, lo cual acarrea su destrucción"[54].

Sin duda, este esfuerzo por encontrar una cifra o un límite cuantitativo exacto, para estar en presencia de una tributación confiscatoria es complejo. A ello hay que agregar que en un Estado Federal, donde se reconoce Poder Tributario a los Estados y Municipios el tema se agudiza, ya que no sólo puede ser confiscatorio un tributo aisladamente considerado, que pudiese no serlo, sino que también puede ser confiscatorio el conjunto de tributos que recaen o inciden sobre la capacidad contributiva del ciudadano. En este sentido en las XIV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario, celebradas en Buenos Aires, en 1989, sobre el tema "las garantías constitucionales ante

---

49. JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, edición nueva actualizada, Editorial Liceo Profesional Cima, Buenos Aires 1969.

50. SPISSO, Rodolfo R., *Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1991, p. 275.

51. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Algo más sobre la confiscatoriedad en la tributación" en *Revista La Ley*, t. 1990-E, sección Doctrina, p. 661.

52. JARACH Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, 2da. Edición Liceo Profesional Cima, Buenos Aires 1969, p. 143.

53. GIULIANI FONROUGE, Carlos, "Limitación cuantitativa del impuesto" en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 82, pp. 239 y ss.

54. VILLEGAS, Héctor, "El Principio de no confiscatoriedad en materia tributaria" en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1994, p. 247.

la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente". Se recomendó lo siguiente: "…que tal situación de agobio fiscal suele verse acentuada en los Estados políticamente descentralizados, en los cuales los distintos ámbitos normativos tienen reconocidos poderes fiscales amplios, que suelen ejercerse descoordinadamente".

Por otra parte, se ha señalado con base en estudios de Derecho Comparado[55] que en cuanto a los límites cuantitativos de los tributos no hay reglas absolutas, pero sin duda como lo ha señalado la jurisprudencia, el establecimiento cuántico, en forma precisa o rígida no constituye un valor de aplicación automática, aun cuando, obviamente puede constituir un elemento indicativo del exceso en que el fisco puede haber incurrido[56]. Así luce aconsejable no establecer un límite cuantitativo al menos en la Constitución y como bien lo señala Giuliani Fonrouge[57] dejarlo encabeza del Poder Legislativo o en su defecto del Poder Judicial que determine caso por caso y de acuerdo a las circunstancias, cuando estamos en presencia de un impuesto confiscatorio y para ello surge como una herramienta útil el límite de los derechos constitucionales frente al Poder Tributario.

Ante la dificultad de alcanzar esta *cifra cabalística* o este *porcentaje límite mágico*, que en diversas ocasiones no responde a un criterio racional, se presenta la tesis de que se está en presencia de un impuesto confiscatorio cuando se viole o menoscabe los derechos o las garantías constitucionales. A esto le dedicaremos el capítulo siguiente.

VI. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER TRIBUTARIO

Ante el dilema de encontrar un límite cuantitativo preciso como constitutivo de una tributación confiscatoria, se presenta la moderna tesis de que será un impuesto confiscatorio, aquel que viole o menoscabe las garantías o derechos constitucionales. En efecto, en aquellos Estados cuyas constituciones sean escritas y establezcan una serie de derechos o garantías constitucionales -entre las cuales cobran preeminencia el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica- se consideran tributaciones confiscatorias aquellas que menoscaben los derechos o garantías constitucionales[58]. Por tanto, los derechos y las garantías constitucionales constituyen *verdaderas protecciones o escudos* frente al ejercicio excesivo del Poder Tributario. Así, de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución, puede derivarse la conclusión de que con fundamento en los mismos, puede protegerse a los ciudadanos del Poder Tributario, cuando se realice un ejercicio abusivo, irracional o desproporcionado del

55. BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

56. *V.*, Voto salvado de la Magistrado RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de fecha 26-06-97, Caso *Distribuidora Polar del Sur, C.A. (DIPOSURCA)*

57. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

58. Consúltese BREWER-CARÍAS, Allan R., "Las Protecciones Constitucionales ilegales contra las tributaciones confiscatorias" trabajo que consiste en la ponencia general en el *XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado por la Academia Internacional de Derecho Comparardo*, realizado en Montreal en 1990, pp. 5 y ss., trabajo el cual aquí seguimos y véase así mismo Voto Salvado de la Magistrado RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en pleno de fecha 29 de abril de 1997, Caso *D.O.S.A., S.A. (DOSA) vs Municipio Sucre del Estado Mérida* (Consultada en original).

mismo, vaciando o limitando el contenido de los derechos previstos en la Constitución y constituyendo una confiscación de los bienes no autorizada por la carta fundamental[59].

Mas aún, de conformidad con la nueva Constitución venezolana de 1999, al establecerse dentro de las disposiciones concernientes al sistema tributario, la previsión de que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio (art. 317), no cabe duda que las disposiciones constitucionales, los principios, los derechos y las garantías constituyen un límite al Poder Tributario, ya emane éste del Poder Nacional, de los Estados o de los Municipios. En este sentido, la Constitución de 1999 establece expresamente que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio, de tal manera que la prohibición de confiscación de bienes prevista en el artículo 102 de la Constitución de 1961, tiene previsión expresa en las normas constitucionales que regulan el Sistema Tributario Venezolano[60], esto es que se establece el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria.

Aunado a lo anterior, es de capital importancia frente al ejercicio de Poder Tributario el principio de la capacidad contributiva y el de la razonabilidad. En efecto, el principio característico del impuesto, enseña Jarach[61], al extremo que constituye su causa jurídica, es la capacidad contributiva, que además es la base fundamental, de donde parten las garantías materiales, que según Villegas[62], la Constitución Argentina otorga a los habitantes, tales como, la generalidad, igualdad, proporcionalidad, y no confiscatoriedad. En efecto, el tributo al ser desproporcionado o ser excesivo está violando el principio de la capacidad contributiva y por tanto, vulnera el artículo 317 de la Constitución que establece que ningún tributo pueda ser confiscatorio, así como el artículo 316 conforme el cual el sistema tributario debe procurar *la justa* distribución de las cargas públicas según la capacidad del contribuyente[63].

---

59. En la ponencia general realizada por el Profesor BREWER-CARÍAS, Allan R., se relaciona la ponencia nacional Sueca, conforme a la cual "un impuesto considerado inconstitucional por cualquier motivo, es por naturaleza confiscatorio puesto que toma ilegalmente los dineros del contribuyente".

60. *V.*, en este sentido la Constitución Española de 1978, la cual establece en su Artículo 31.1 que "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un *Sistema Tributario Justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio"* e igualmente la Constitución de Guatemala de 1985 que establece en su Artículo 243 que "*están prohibidos los impuestos confiscatorios* y la doble o múltiple tributación interna". Así mismo, la Constitución de la República de Honduras de 1982 establece en su artículo 109 *"Los impuestos no serán confiscatorios".*

61. JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, edición nueva actualizada, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires 1969, p. 132.

62. VILLEGAS, Héctor, *Cursos de Finazas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ta. edición ampliada y actualizada, Depalma, Buenos Aires 1992, p. 199.

63. En las *XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires en 1989, se recomendó "declarar la inconstitucionalidad de las cargas fiscales que, individualmente o en su conjunto, resulten excesivas por contravenir los principio y garantías superiores en cada país contengan las respectivas constituciones o leyes de rango superior al de la ley ordinaria". Así mismo se recomendó en dichas jornadas "establecer criterios precisos sobre la carga fiscal máxima admisible, aunque ello dependa de las características políticas, económicas y sociales de cada país". En este sentido siguiendo las recomendaciones de las referidas jornadas destaca RUAN SANTOS, que la Asociación Venezolana de Derecho Tributario propuso a al Asamblea Nacional Constituyente la inclusión de una norma destinada a indicar los factores de la carga fiscal cuyo texto era el siguiente: Artículo 3. "La carga fiscal que deberán soportar los contribuyentes por causa del pago de los tributos atenderá al disfrute general de servicios públicos, a la preservación de la fuente de riqueza, así como también a la multiplicidad de tributos y al carácter global del sistema tributario, con el objeto de no exceder la capacidad contributiva". *V.*, en este sentido *V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999, Exposición de Motivos y Articulados del Anteproyecto del Titulo Constitucional del Sistema Tributario* propuesto por la AVDT a la Asamblea Nacional, Editorial Livrosca 2000, pp. 467 y ss. y RUAN SANTOS, Gabriel en "Las Garantías

En este sentido, el tema de la confiscatoriedad de los tributos está vinculado al respeto por parte del Legislador Nacional, Estadal o Municipal de los derechos y las garantías constitucionales previstas en nuestra Carta Fundamental y cuya violación constituye el origen de la irrazonabilidad de los tributos y consecuencialmente de su confiscatoriedad. Por consiguiente, de menoscabarse las diversas garantías que establece nuestra Constitución estaremos en presencia de un tributo confiscatorio. Así, frente al Poder Tributario se establecen las siguientes garantías constitucionales:

1.- Garantía de la Legalidad del Impuesto:

Se exige que los impuestos solo pueden crearse mediante ley, por lo órganos legislativos de representación popular. En este sentido, la Constitución de 1999 establece que no podrá crearse ningún impuesto, tasa ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley. Y la propia Constitución de 1999 define la ley como aquél acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202). De allí pues, la garantía de la legalidad del impuesto constituye un límite a la tributación confiscatoria ya que, el impuesto debe ser establecido por una norma creada por un órgano con representación popular. Esta limitación es aplicable tanto a las leyes creadas por la Asamblea Nacional como a las Leyes Estadales creadas por los Consejos Legislativos, como a las ordenanzas creadas por los Concejos Municipales (Leyes locales). Por consiguiente, cualquier tributo creado por un órgano distinto a los que tienen la representación popular, es confiscatorio[64], salvo el caso en materia tributaria, muy discutido por cierto, de una habilitación al Poder Ejecutivo, mediante una ley habilitante.

2.- Garantía de la Propiedad Privada:

Los tributos no pueden implicar la destrucción de la propiedad. En tal caso estamos en presencia de tributaciones de naturaleza confiscatoria e inconstitucional. En efecto, la Constitución de 1999 establece en el artículo 317 que "… Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio". Así, en la Constitución de Venezuela al igual que en las constituciones de España y Guatemala se prevé expresamente la prohibición de las tributaciones confiscatorias. Pero así mismo, la Constitución de 1999 en el artículo 115, establece la garantía del derecho de propiedad. Por consiguiente, sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. De allí que "las expropiaciones disfrazadas" o "las expropiaciones encubiertas" que se

---

Tributarias de fondos o principio substantivo de la tributación en la Constitución de 1999" en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Gráficas Tao, Caracas 2000, p. 94.

64. *V.*, en este sentido BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss. en cuya ponencia general destaca los límites constitucionales que tiene el Legislador como el único que tiene la potestad para crear impuestos. Allí se señala, que si una Ley impositiva viola la garantía Constitucional de la retroactividad de la leyes tal impuesto es confiscatorio. Cabe resaltar la discusión que se plantea sobre sí además del principio de la irretroactividad de las leyes, ¿el Legislador tiene otro límite?, más aún cuando los órganos parlamentarios gozan de la representación popular y son electos democráticamente por el pueblo, por tanto, en principio, los impuestos, incluso los mas exorbitantes, son constitucionalmente legítimos. (*V.*, sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en fecha 20 de Octubre de 1983, Caso *Manuel Cardozo*, que pareciera seguir esta línea). No obstante, conforme al Art. 13 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano resulta que los tributos no pueden crearse por cualquier concepto y en todo caso, su necesidad se admite para cubrir gastos de interés general. Así, cualquier tributo que vulnere los objetivos previstos en las normas constitucionales es confiscatorio, como por ejemplo que tuviera como finalidad la destrucción de la economía privada. Otro caso expuesto, es cuando el impuesto tuviera objetivos extrafiscales y tengan como fin la socialización de la propiedad, en cuyo caso, los impuestos pueden tener carácter expropiatorio cuando van más allá del objetivo de recaudación fiscal de ingreso y destruyen el derecho de propiedad. Otra situación planteada, es la de "los impuestos intervencionistas", que en principio no son confiscatorios salvo que destruyan la propiedad o impidan el ejercicio de la libertad económica. Por último, en la referida ponencia general haciendo referencia al derecho comparado, se plantea como límite al Poder Tributario, que "los impuestos deben ser uniformes". En este caso se cita el ejemplo de Estados Unidos de Norteamérica, como típico Estado Federal, aceptándose la aplicación de excepciones tributarias a algunos Estados como Alaska.

pretenden llevar cabo mediante técnicas impositivas, son inconstitucionales ya que les falta el elemento compensatorio requerido para cualquier expropiación[65].

Así, la garantía de la propiedad privada presupone la inconstitucionalidad de los impuestos confiscatorios[66], y se está en presencia de un impuesto de tal naturaleza cuando éste grava o absorbe una parte sustancial de la renta o del capital. En efecto, el tributo puede pechar los ingresos pero no el capital. Esto en el derecho Francés antiguo se expresaba con el dicho "derechos sobre los frutos son impuestos, derechos sobre los fondos son pillaje"[67]. Por tanto, si el impuesto tiene una incidencia sobre el capital, o absorbe parte del mismo en un período determinado, éste sería confiscatorio, pues y por tanto, inconstitucional pues socializaría la economía[68]. Como se ha destacado en el capítulo anterior, al cual remitimos, en derecho comparado y en cuanto a los diversos impuestos se ha tratado de precisar o determinar por la jurisprudencia "porcentajes mágicos o cifras cabalítiscas" en cada uno de ellos, para precisar cuando se está en presencia de un tributo confiscatorio. En lo que se refiere a los impuestos inmobiliarios la protección de la propiedad privada obliga así, al legislador a conservar la sustancia del patrimonio existente y a mantener la posibilidad de constituir un nuevo capital. En materia de impuesto sobre la renta, independientemente de los límites cuantitativos que ha ofrecido el derecho comparado, se señala como límite general aquél que deriva de las demás garantías constitucionales, en el sentido de que el impuesto sobre la renta " no puede ser llevado por el legislador a niveles que priven al contribuyente de los medios necesarios para vivir y comerciar libremente [69].

3.- La Garantía de la Igualdad:

Como otro límite al ejercicio del Poder Tributario se encuentra la garantía de la igualdad, en virtud de la cual, el sistema tributario debe responder al principio de generalidad y justicia fiscal. La Constitución de 1999, establece en su artículo 316 que "El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad…" En consecuencia, cualquier tributación desigual o discriminatoria es confiscatoria porque destruye la propiedad y desconocería el principio de igualdad ante las cargas públicas.[70]. La igualdad en materia impositiva exige la aplicación de un criterio de justicia

---

65. *V.*, ponencia nacional de Francia realizada por GAUDEMET, P.M., y la ponencia nacional de Alemania presentada por MUSSGNUG, R., recogidas por la ponencia General *citada ut supra* del profesor BREWER-CARÍAS.

66. *V.*, CONTRERAS QUINTERO, Florencio, *Disquisiciones Tributarias*, Talleres gráficos Universitarios, Universidad de Los Andes, Mérida 1969, p. 25 quien sostiene "Toda la tributación incide, en último término, en la propiedad, aun en aquellos tributos que aparentemente no pudieran tener ninguna relación con la propiedad; pero, si nos detenemos a examinarlos uno a uno, podemos llegar a esa conclusión".

67. *V.*, ponencia nacional francesa citada por BREWER-CARÍAS en su ponencia general.

68. GARCÍA BELSUNCE, ponencia nacional Argentina citada por BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss.

69. *V.*, ponencia nacional Alemana recogida por BREWER-CARÍAS, Allan R., *idem.*

70. *V.*, en este sentido sentencia *DOSA* del 29 de abril de 1997, en la cual alegaron los recurrente que el aumento de la alícuota impositiva en el clasificador anexo a la ordenanza del Municipio Sucre del Estado Mérida no cumplía con el elemento de generalidad y abstracción que debe caracterizar a la norma tributaria para dar cumplimiento al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. En efecto en dicho caso el único sujeto afectado fue la compañía *DOSA*, y que tal hecho debió ser del conocimiento al momento de la discusión sobre la reforma de la mencionada ordenanza de Patente Industria y Comercio con lo cual los recurrentes solicitaron la nulidad de acuerdo a una interpretación concatenada de los artículos 56, 223 y 224 de la Constitución de 1991. En relación al principio de igualdad ante las cargas públicas la Corte observó que dicho principio no excluye la posibilidad de se establezcan diferentes tasas impositivas, destinadas a gravar actividades económicas de índoles diversas, siempre que estas diferencias no violen los límites de la racionalidad. Así mismo, la Corte señaló que el principio de generalidad del tributo no implica uniformidad o igualdad de cargas, pues otras consideraciones tales como el tipo de actividad gravada o la capacidad económica del contribuyente, pesarán el establecimiento de la alícuota del tributo. Por otra parte, la Corte sentó en cuanto "al hecho alegado, de ser la accionante el único contribuyente en determinada categoría, no desvirtúa la generalidad de la norma impositiva, pues recaerá el impuesto sobre cualquier establecimiento que en el futuro ejerza la misma actividad en el Municipio, y las actividades de índoles diferentes también están gravadas de acuerdo a la ordenanza". Sin embargo, dicha sentencia

que debe satisfacerse mediante tratamiento desigual de persona que se encuentren en una situación desigual. Por tanto, la tributación para adaptarse al principio de justicia e igualdad debe tener en cuenta de manera especial la capacidad contributiva de cada contribuyente. La capacidad contributiva constituye un principio de rango constitucional[71] establecido de manera explícita en la Constitución vigente de 1999, en el artículo 316 (anteriormente artículo 223 de la Constitución de 1961), y que constituye, como hemos dicho siguiendo a Villegas, la base fundamental de donde parten otras garantías materiales (generalidad, igualdad, proporcionalidad y no confiscatoriedad). El principio de capacidad contributiva, además de constituir su causa jurídica y la característica fundamental de los impuestos, se trata de una apreciación y valoración de carácter político que busca en el campo fenomenológico de la vida económica la selección de sus manifestaciones representativas[72]. En otros países como en Alemania, el principio de la capacidad contributiva ha sido establecido por el Tribunal Constitucional Federal, en el sentido de que los ciudadanos deben ser sometidos a impuestos "sólo proporcionalmente a sus medios" o, en otras palabras conforme a su capacidad financiera por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha

---

como hemos señalado en el presente trabajo tuvo un voto salvado de la magistrado RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, en el cual se señaló que la "única contribuyente inscrita bajo los códigos del clasificador modificado es la recurrente. La prueba de que la modificación fue destinada a la firma impugnante aparece en el acta de la inspección judicial practicada por el Juez del Distrito Sucre de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida de fecha 19 de Enero de 1994. Esta prueba pone en evidencia que para el momento de la discusión y sanción de la norma impugnada, la única empresa que se encontraba en el supuesto establecido en la norma que fuera modificada era *DOSA, S.A. (DOSA)*. Ahora bien, la circunstancia comentada y objeto de impugnación debía ser detenidamente analizada por la Corte, *por cuanto casos como el presente que pueden considerarse como de "laboratorio", en la materia del control de la constitucionalidad de las normas tributarias*, exigen una respuesta que sirva de guía a los organismos municipales y a los propios contribuyentes en el sentido de si es valedero legislar para aumentar las cargas de un contribuyentes especifico, o si esta conducta resulta contraria al principio de generalidad impositiva".

71. *V.*, igualmente la Constitución Española de 1978 artículo 31.1 en la cual se establece de forma explícita el principio de capacidad contributiva.

72. JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, citado por CASÁS, José Osvaldo, *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 107. Consúltese, la doctrina venezolana, concretamente RUAN SANTOS, Gabriel en "Las Garantías Tributarias de fondos o principio substantivos de la tributación en la Constitución de 1999" en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Graficas Tao, Caracas 2000, pp. 79 y ss, quién señala: "En tiempos recientes, la jurisprudencia tributaria venezolana ha tenido la ocasión de resaltar y enfatizar la necesidad de acatamiento del principio constitucional de la capacidad económica del contribuyente, llegando hasta la anulación o desaplicación de normas legales cuyo dispositivo ha sido considerado contrario a dicho principio constitucional, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución en la solución de conflictos surgidos entre el Fisco y los contribuyentes, con ocasión de la aplicación de las leyes tributarias". Así mismo destaca el mencionado autor, en cuanto al principio de capacidad contributiva, los avances de la jurisprudencia de lo tribunales contencioso tributarios y de la Corte Suprema de Justicia llegando, hasta la anulación o desaplicación de normas de rango legal las cuales han sido consideradas contrarias al principio de raigambre constitucional. En este particular RUAN señala: "Se debe destacar la conocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, emitida con fecha 07 de diciembre de 1999, mediante la cual se declaró la nulidad del Parágrafo Único del artículo 59 del Código Orgánico Tributario, que preveía el pago de intereses compensatorios y actualización monetaria en caso de ajustes provenientes de reparos, por ser esa norma violatoria del principio de la capacidad contributiva consagrado en el artículo 223 de la Constitución de 1961.

Igualmente, cabe destacar las decisiones judiciales dictadas por el Juzgado Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario, en fechas 18 de noviembre de 1999 y 11 de agosto de 2000, a través de las cuales se desaplicaron las normas del Parágrafo Sexto de los artículos 27 y 28 de las Leyes de Impuesto Sobre la Renta de 1991 y 1994, respectivamente, por haber considerado el Tribunal que esas normas atentaban contra el principio de capacidad económica del contribuyente establecido en los artículos 223 de la Constitución de 1999, respectivamente. Expresaron esas decisiones que la aplicación de las normas citadas de la Ley de Impuesto sobre la Renta, al condicionar la deducibilidad del gasto al hecho de que se haya practicado la retención de impuesto sobre la renta al beneficiario, incrementa los montos de impuestos a pagar sin que ello tenga como causa un incremento del enriquecimiento neto obtenido por los contribuyentes, que es el parámetro de medición de su capacidad contributiva respecto al impuesto sobre la renta ya que pretende esa norma solo garantizar al Fisco Nacional la obtención oportuna de anticipos de impuestos derivados de retenciones en la fuente efectuadas sobre pagos a terceros".

estimado que la Constitución prohíbe "los impuestos asfixiantes confiscatorios" "que imponen una carga excesiva a los contribuyentes y afectan esencialmente su situación financiera"[73]. En este sentido, en Venezuela se ha sostenido[74] que la capacidad económica es la causa y el límite para contribuir y que no se puede exigir algún tributo a quién carezca de riqueza o de medios para producirla requiriéndose del ciudadano una base mínima para que se le pueda exigir la contribución con los gastos públicos.

De igual manera, el concepto de capacidad contributiva ha sido acompañado en otros países, por ejemplo Alemania y Suiza, de otros criterios complementarios, para distinguir entre impuestos elevados pero no confiscatorios de los impuestos confiscatorios. En efecto, Mussgnug, señala que los impuestos deben dejar en manos del contribuyente suficientes medios de subsistencia. Además, se señala que el principio de la capacidad contributiva requiere que a toda persona se le debe dejar un ingreso suficiente para asumir el nivel de vida apropiado a su ocupación y a sus ingresos, lo cual se garantiza mediante el principio de progresividad. Por consiguiente, aunado al principio de capacidad contributiva se suma el principio de progresividad de los impuestos, conforme al cual, los mismos irán aumentado de manera progresiva a los ingresos del contribuyente y por ello se exonera de determinados impuestos a las personas que ganan menos para que tengan lo necesario para vivir[75]. Así pues, se sostiene que el carácter confiscatorio de un impuesto no está determinado por su elevada tarifa sino por los efectos confiscatorios que puede tener sobre los individuos que deben pagarlo.

Por otra, parte con respecto a la aplicación de los principio de justicia fiscal, la posibilidad de proceder a una confiscación impositiva por ser injusta, puede resultar de la acumulación de varios impuestos de manera tal que perjudiquen la capacidad económica del contribuyente. Esta superposición de tributos tiene especial relevancia en los estados complejos o federales donde coexisten diversos Poderes Tributarios incidiendo sobre la capacidad contributiva del contribuyente. Así, "la carga fiscal puede llegar a ser confiscatoria cuando varios impuestos, que aisladamente no tienen efectos confiscatorio, debido a su acumulación, ejercen ese efecto en el contribuyente"[76]. En cuanto a la doble o múltiple tributación, la Constitución de Guatemala en su artículo 243, como se señaló anteriormente, prohíbe la doble o múltiple tributación interna. Sin embargo, este sistema acogido por la Constitución de Guatemala es excepcional, lo normal es que los diversos países procuren protecciones legales. Así por ejemplo, en la Constitución vigente de Venezuela de 1999, se establece una disposición novedosa con el propósito de coordinar y armonizar el sistema tributario (artículo 156 numeral 13 conforme al cual el Poder Nacional mediante ley puede establecer topes o límites a los tipos impositivos y alícuotas de los Estados o

---

73. *V.*, ponencia nacional de Alemania citada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

74. RUAN SANTOS, Gabriel en "Las Garantías Tributarias de fondos o principio substantivo de la tributación en la Constitución de 1999" en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Gráficas Tao, Caracas 2000, pp. 79 y ss. En cuanto al principio de capacidad contributiva el mencionado autor señala "La capacidad económica debe ser captada por el legislador atendiendo a signos normales indicativos de esa capacidad, pero en todo caso el hecho imponible, al momento de ser gravado, debe revelar una capacidad económica real y no ficticia, porque el gravamen de un hecho económico vacío de riqueza actual o potencial, aunque en condiciones normales debería evidenciar dicha riqueza, rompería con la indispensable relación entre el deber de contribuir y la capacidad económica.

Si hay que admitir que las leyes tributarias incluyen frecuentemente ficciones y presunciones acerca de elementos de la obligación tributaria, con el objeto de facilitar la función de recaudación y hacer más eficiente la actividad de las administraciones tributarias, la utilización de esos instrumentos legítimos no podría llegar al extremo de provocar el gravamen de riquezas o capacidades productivas inexistentes, porque en esa hipótesis inadmisible se violaría el principio de la capacidad económica, que presupone la verificación de hechos y bases imponibles reales, subsumibles en los supuestos normativos que tipifican los tributos.

75. En este sentido la ponencia Alemana presentada por MUSSGNUG, destaca que se agrega además, el principio de la tributación equitativa, según el cual, el principio de la capacidad contributiva debe tomar en cuenta las demás cargas que debe asumir o soportar el contribuyente, como por ejemplo: las cargas alimentarias y familiares.

76. *V.*, ponencia nacional francesa realizada por GAUDEMET, citada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

los Municipios)[77]. Por consiguiente, la legislación nacional puede establecer parámetros y limitaciones en relación a los tributos realizados por los Estados o los Municipios coordinando así los distintos poderes tributarios. Por tanto, en un Estado Federal en el cual opera una distribución vertical del Poder Público, donde coexisten diversos Poderes Tributarios que inciden a veces de manera conjunta sobre la capacidad contributiva del ciudadano, el tributo se convierte en confiscatorio cuando afecta dicha capacidad económica y es injusto[78].

4.- La garantía de la libertad económica.

Como otro límite al ejercicio del Poder Tributario se establece en la Constitución la garantía de la libertad económica. El Poder Tributario no puede ser tan desproporcionado e irracional que limite o impida el ejercicio del derecho a la libertad económica de la preferencia de los ciudadanos ya sea ésta una actividad industrial o comercial, de lo contrario estaremos en presencia de un tributo con carácter confiscatorio. En este sentido, es claro el artículo 316 de la Constitución vigente de 1999, que establece que el sistema tributario procurará la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de la población. Por tanto, no pueden los tributos ser tan excesivos que amenacen o destruyan la economía del país. Así las cosas, los tributos no pueden obstaculizar o impedir el comercio en el territorio nacional, ni establecer barreras que limiten la libre circulación de bienes y servicios en el territorio (o mercado) nacional. En consecuencia, los Estados y Municipios no pueden crear tributaciones que impidan la libre circulación de bienes y servicios en el territorio nacional. Esta prohibición está contenida en el artículo 183 de la Constitución de 1999 (anteriormente consagrada en el artículo 18 de la Constitución de 1961), en el sentido de que el territorio nacional, como ocurre en los Estados Federales, debe operar como una unidad aduanera sin que los Poderes Tributarios de los Municipios o de lo Estados creen barreras, a dicho territorio, aduanas ni impuestos de importación o exportación o de tránsito sobre los bienes nacionales o extranjero[79].

---

77. Consúltese en este sentido, el documento de la Sociedad Venezolana de Derecho Tributario, aprobado en la Asamblea Extraordinaria celebrada por dicha Asociación entre los días 7 y 21 de julio de 1999 y presentado a la Asamblea Nacional Constituyente dentro del proceso de un Proyecto de Constitución (Exposición de Motivos y articulado del Anteproyecto de Título Constitucional del Sistema Tributario).

78. En Argentina como hemos señalado en este trabajo el límite para la confiscatoriedad de un tributo tanto individual como para la acumulación de dos (2) o mas impuesto respecto a un mismo hecho imponible, es por lo general del 33%. Ahora bien, como tal porcentaje es producto de la creación jurisprudencial, la cuestión "está en determinar cual de los dos impuestos debe ser declarado inconstitucional, más aún cuando en Argentina no existe la regla de preeminencia de los impuestos nacionales sobre los provinciales y viceversa. En este sentido ante la falta de solución general se ha propuesto el limitar cada uno de impuestos participantes hasta el limite fijado por la jurisprudencia que le da carácter de confiscatorio a cada impuesto". (consúltese ponencia nacional de Argentina realizada por GARCÍA BELSUNCE en la ponencia general efectuada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss. Así mismo, *V.* SPISSO, Rodolfo, *Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, 1991, p. 276

79. *V.*, dictamen de ANDUEZA ACUÑA, José G., "Limitaciones a la potestad tributaria de los Estados y los Municipios" en *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, tomo V, PRG, 1984 p. 132. *V.*, así mismo, en este sentido, sentencia citada por CASADO HIDALGO, Luis R., en *Temas de Hacienda Pública*, Ediciones de la Contraloría General de La República, p. 427 en la cual la antigua Corte Suprema de Justicia señaló: "en fallo de 1-6-67, dice la Sala: ... para los autores de la Carta Fundamental, la prosperidad del comercio y las industrias, el aumento de la producción y el desarrollo integral de la economía del país, dependen básicamente de que toda la superficie a que se extiende la soberanía nacional, forme un solo y vasto mercado, al cual tengan acceso, sin trabas surgidas de barreras arancelarias internas, al igual que los artículos importados, los que se producen en cualesquiera de las regiones que forman el mapa geográfico de la Nación. El constituyente considera que la libertad del comercio tiene como obligado y lógico complemento la libre circulación de los bienes en todo el territorio nacional, y si los Estados y Municipalidades en ejercicio de la autonomía que le es reconocida, pudieran gravar a su antojo la entrada o salida de los bienes que se producen dentro o fuera de sus límites, desconociendo esa realidad, se afectaría la integridad orgánica de la República, que es una e indivisible como entidad política y unidad económica en cuanto a los fines y propósitos señalados como metas esenciales en el preámbulo de la Constitución.

Por ello puede decirse que se violan los principios esenciales del ordenamiento jurídico sobre el que descansa la organización política, económica y social de la Nación, antes que una determinada norma constitucional, cuando

Por otra parte, el ejercicio del Poder Tributario no puede impedir, el ejercicio de la actividad industrial o comercial de preferencia de los ciudadanos. Cabe aquí destacar la sentencia de Inversiones Confinanzas[80], donde se señala que si bien es cierto que el derecho a la libertad económica tiene limitaciones, tales limitaciones no pueden dejar vacío de contenido el derecho a la libertad económica del contribuyente o hacer nugatorio el mismo. En este sentido, en derecho comparado (Alemania), se han considerado como confiscatorios aquellos impuestos que impidan la actividad económica, en virtud de que establezcan una carga insoportable, aun cuando no impida dicha actividad de manera expresa o abierta[81].

Así pues, estaremos en presencia de un impuesto confiscatorio cuando éste sea de tal proporción que impida o limite el ejercicio del derecho a la libertad económica. Sin embargo, se cuestiona que la garantía de la libertad económica llegue a impedir ciertos tipos de impuestos que además de objetivos fiscales, tenga como propósito realizar políticas públicas o instrumentarlas, tal es el caso de los "impuestos disuasivos" con respecto a ciertas actividades económicas[82].

5.-Garantía sobre otras Libertades Individuales:

El ejercicio del Poder Tributario no sólo no puede destruir la garantía de la propiedad, ni impedir el ejercicio de la actividad económica, sino que tampoco puede limitar o restringir, el resto de las garantías ya sean éstas establecidas en la Constitución, en instrumentos internacionales o inherentes a la persona. Así a través de la tributación no puede pretenderse limitar o restringir la libertad de prensa. En efecto, si bien es cierto que la actividad de prensa puede estar sometida, como cualquier otra actividad, a la tributación, ésta no puede ser de tal magnitud que implique la eliminación de opiniones o vacíe de contenido a la actividad en sí misma. Tal argumentación se hace extensible a otras garantías constitucionales como la garantía a la libertad religiosa o a la libertad de contraer matrimonio[83] o al trabajo.

VII. LA GARANTÍA JUDICIAL *LA GARANTÍA DE LAS GARANTÍAS* COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS TRIBUTACIONES CONFISCATORIAS

El Poder Tributario no es ilimitado y como cualquier manifestación del Poder Público debe estar sometido a limitaciones. En primer lugar, su ejercicio se encuentra, sometido

---

algún órgano estadal o municipal, interpretando erradamente los intereses que representa, pretende crear una fuente de ingresos pechando el tránsito de bienes por un determinado punto de sus territorio, particularmente si como en el caso de autos, aquellos pueden también provenir de otras jurisdicciones".

80. *V., supra* en el capítulo II de este trabajo, comentarios a la sentencia de *Inversiones Confinanzas, C.A.,* de fecha 24 de enero de 1990, del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo del Región Capital. Así mismo, se cita por la ponencia nacional norteamericana realizada por DARBY, J.J., y recogida por BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.,* pp. 5 y ss, un caso en el cual la Corte Suprema de Justicia concedió "un mandamiento judicial a una empresa fabricante de aceite de coco, eximiéndola del pago de un impuesto federal a las oleomargarinas, en parte, porque el pago de dicho impuesto podía ser el causante de la extinción de ese negocio" (caso *Miller c. Standard Nut Margarine Co. 284 US. 498, 510 (1932*).

81. Igualmente, El Tribunal Federal Suizo, ha señalado que un tributo debe ser considerado prohibitivo: a) si, añadido a los gastos de operación, excluye un beneficio adecuado incluso al aplicar los precios que se cobran en esa área; b) si, transferido al comprador, es decir, agregado al precio de venta, impide al comerciante mantener en forma eficaz la competencia con respecto a las demás empresas del ramo con las que se puede comparar" ponencia nacional Suiza presentada por YERZIN citada por BREWER en la ponencia general *op. cit.,* pp. 5 y ss.

82. La ponencia Alemana cita como ejemplo un caso referido al impuesto a las máquinas de juego en el cual el Tribunal Constitucional Federal Alemán estableció como apegado a la constitución el impuesto a las máquinas de juego, considerando que el mismo no había eliminado tal actividad sino que había disminuido las ganancias de los propietarios; *V.,* en ponencia general realizada por BREWER CARÍAS, *op. cit.,* pp. 5 y ss.

83. BREWER CARÍAS, Allan R., *op. cit.* pp. 5 y ss.

a las reglas constitucionales orgánicas que lo atribuyen a ciertos órganos del Estado, como el Legislador y en Estados Federales como el nuestro -ya sea considerado semifederal[84]-, se atribuye, no sólo al Legislador Nacional, sino también al legislador Estadal y Municipal. Por tanto, mal pueden órganos distintos a los poderes legislativos crear o establecer tributos, so pena de inconstitucionalidad por usurpación de funciones o incompetencia de rango Constitucional (salvo los supuestos de delegación legislativa). Así mismo, se establece con respecto al Poder Tributario una distribución constitucional de competencias. Esto es, hay una serie de tributos que son competencia del Poder Nacional (Art. 156 numerales 12, 13 y 14 de la Constitución de 1999), otros corresponden a los Estados (Art. 167 Constitución de 1999), y otros se atribuyen al Poder Tributario Municipal (Art. 179 Constitución de 1999) conforme a la Constitución de 1999. Por tanto, no puede el Poder Nacional invadir de manera abierta o encubierta el Poder Tributario de los Estados o Municipios, ni viceversa, so pena de incurrir en vicios de inconstitucionalidad por usurpación de funciones.

Pero, en segundo lugar, el Poder Tributario está sometido a las limitaciones que derivan de la declaración constitucional de los derechos fundamentales y de las garantías que se establecen con respecto a los mismos. Ahora bien, este conjunto de limitaciones constitucionales al Poder Tributario, encuentra a su vez su garantía, en la jurisdicción constitucional que permite a los ciudadanos ejercer el control de la constitucionalidad de los actos tributarios. En efecto, se ha dicho[85] "que esta es la verdadera garantía frente a las tributaciones confiscatorias, ya que, en definitiva, la garantía jurisdiccional, es *la garantía de las garantías* de los derechos constitucionales". En Venezuela, el control de la constitucionalidad de las leyes, conforme a la Constitución de 1999 en su artículo 336 numerales 1 y 2 se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, pudiéndose interponer conjuntamente al recurso de anulación, acción de amparo constitucional y subsidiariamente, una medida cautelar innominada con fundamento en los artículos 585 y 588 del código de procedimiento civil. Por tanto, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y concretamente a la Sala Constitucional, ir delineando y sentando la jurisprudencia en cuanto a las tributaciones confiscatorias.

VIII. CONCLUSIÓN

El Poder Tributario no es ilimitado y uno de sus límites, además de los derivados de la competencia de rango constitucional, lo constituyen las garantías constitucionales. En un Estado Federal pueden coexistir e incidir una serie de tributos sobre la capacidad contributiva del ciudadano, ya sean emanados de un mismo nivel de gobierno o de distintos niveles de gobierno, con el límite que no pueden violar los derechos constitucionales, so pena de nulidad absoluta.

La jurisprudencia en algunos países ha fijado el porcentaje o límite que puede ser afectado, sin que pueda hablarse de confiscatoriedad o inconstitucionalidad; pero es indudable que el establecimiento quántico, en forma rígida no constituye un valor de aplicación automática aun cuando pueda ser indicativo del exceso en que el Fisco

84. *V.*, GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García Pelayo, Editorial Ex Libris, Caracas septiembre 2002, p. 246.

85. BREWER CARIAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss.

pudiese haber incurrido. Frente a tal límite cuantitativo ha surgido la tesis que es confiscatorio aquel tributo que amenaza con violar o viola los derechos o garantías constitucionales. Tal tesis parece haber sido asumida en la última fase de la jurisprudencia venezolana mediante sentencias de naturaleza cautelar (amparos y medidas innominadas), quedando pendiente por ratificarse o no el criterio por las sentencias definitivas. Igualmente, queda por dilucidar, entre otros, el importante tema, en un Estado Federal, de la acumulación de tributos sobre la capacidad contributiva del ciudadano y cuál de dichos tributos debe ser reducido o anulado, en el caso de que dicha acumulación incida excesivamente en la capacidad económica del contribuyente.

Nuestra posición al respecto es que sí se admite la posibilidad de que un tributo puede ser confiscatorio, no se puede negar la posibilidad de que esa misma confiscatoriedad se verifique ante tributos concurrentes.

La capacidad contributiva es una sola y, en definitiva, todos los tributos recaen sobre el mismo contribuyente y sobre un único patrimonio afectado, violándose así las garantías constitucionales, fundamentalmente, la de propiedad y la de libertad económica cuando tales tributos son excesivos o desproporcionados.

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO

Leonardo Palacios Márquez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los Derechos Humanos[1] (derechos fundamentales, derechos individuales, derechos de libertad o libertades públicas)[2] enmarcado en los distintos instrumentos del Derecho internacional (acuerdos, tratados y resoluciones de los organismos internacionales que velan por su ejecución y observancia) y el desarrollo que se hace de los mismos en el ordenamiento jurídico interno, aparte de la recepción en los textos constitucionales de su eficacia, ya bien sea mediante el reconocimiento y remisión, o con la atribución de preeminencia o supraconstitucionalidad comporta un interés creciente en todo lo atinente a la definición de políticas públicas y de medios para asegurar su efectiva vigencia. De allí que el jurista debe aportar las soluciones más idóneas para que la legislación de cada país pueda ir aprobando los instrumentos normativos que permitan al Estado en sus distintas manifestaciones hacer efectivo su deber de respetarlos y garantizarlos frente a la ciudadanía y a la comunidad internacional.

La teoría de los derechos humanos, como lo asienta Jaime Ordóñez, refiere sustancialmente a un sistema de derechos y obligaciones que persiguen una serie de objetivos que han ido cambiando y enriqueciéndose con el tiempo. Si bien la teología decimonónica de los derechos humanos tendía a reducir los objetivos sociales exclusivamente a la conquista y preservación de los valores de libertad y seguridad jurídica, los progresivos y acelerados cambios en el pensamiento político (luego, en sus

---

1. Las palabras *derechos* y *derechos humanos*, como lo asienta la profesora BARRAGÁN, Julia tienen una fuerza semántica tal que por si solas son capaces de producir visiones sintéticas de cuyo significado es casi imposible dudar, y que en consecuencia tornan muy dificultoso cualquier análisis. Tal fuerza, en criterio de la referida autora, dificulta enfrentar la tarea de trasformar esas palabras en conceptos, ya que se presentan poco menos que blindadas a las dudas críticas; blindaje que tiende a atribuirle a tales palabras un significado que equivocadamente se considera inequívoco.(BARRAGÁN, Julia, "Qué significa tomar los derechos humanos en serio" en *Téxos Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*, vol X, n° 1, 2001, Universidad de Santiago de Compostela 2002, p. 80.

2. En este estudio utilizaremos indistintamente las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, a pesar de estar conscientes de la distinción que pueda hacerse entre una y otra, pues como lo afirma la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, existe la tendencia de designar como derechos fundamentales a los derechos humanos positivizados a nivel interno, reservándose la formula derechos humanos para el plano de las declaraciones y convenciones internacionales (Sentencia de fecha 6 de abril del 2001, ponencia: DELGADO OCANDO, José M., Caso *Manuel Quevedo Fernández*, p. 8).

instancias jurídicas como el Derecho constitucional) incorporaron rápidamente nuevos objetivos axiológicos al movimiento de los derechos humanos[3].

La mutabilidad que caracteriza el avance y regulación de los derechos humanos deriva del carácter cambiante de las relaciones entre el hombre y la sociedad, objeto de estudio del Derecho en todas sus ramas. Tal evolución trasciende a las simples conexiones entre individuo y comunidad, e involucra a un complejo sistema de interrelaciones entre el individuo, la sociedad política y la comunidad global de los habitantes de la nación[4]. La evolución de los derechos humanos así entendida, se ve reflejada en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, al expresar la Sala Constitucional que los mismos "…constituyen los presupuestos de consenso sobre los cuales se debe de edificar cualquier sociedad democrática, pues compartan la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador de cualquier sociedad pluralista"[5].

Las características que presentan los derechos humanos producto de esa evolución y que origina su reconocimiento y absorción por los textos constitucionales son la progresividad e irreversibilidad, amén de la universalidad y transnacionalidad.

La progresividad de los derechos humanos es lo que hace posible extender el ámbito de protección y regulación a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así como han aparecido las sucesivas *generaciones* de los derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección[6].

El carácter de universalidad de los derechos humanos, estrechamente vinculado a su difusión globalizada, útil para la gobernabilidad democrática hace presencia, en palabras de Bidart Campos, en muchos escenarios actuales sin desvirtuar sus particularismos en que se insertan armónicamente[7]. La internalización de los derechos humanos no es más que la necesidad de compatibilizar los modelos políticos, culturales, económicos, etcétera, de cada Estado con la concepción globalizada de tales derechos[8], pues las fuentes que nutren el boque de la constitucionalidad no escapan a la intensificación de las relaciones sociales, que han abandonado los límites territoriales propios de la noción Estado-Nación, para convertirse n un fenómeno mundial, resultado de un logro evolutivo de la sociedad moderna, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa[9].

---

3. ORDÓÑEZ, Jaime, "Derechos humanos y globalidad: Notas para una perspectiva holística y sistémica" en *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1995, p. 159.
4. RAPHAEL, D.D., *Problems of Political Philosophy*, The Macmillan Press, London 1970, (Citado por ORDÓÑEZ, Jaime, *op. cit.*, p. 160).
5. República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia nº 828 de fecha 27 de julio de 2000.
6. NIKKEN, Pedro, "El concepto de derechos humanos", en *Antología básica en derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José, Costa Rica 1994, p. 18.
7. BIDART CAMPOS, Germán, "Algunas reflexiones sobre la globalización desde el Derecho constitucional" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung y Centro interdisciplinario de estudios sobre el desarrollo Latinoamericano, Argentina 1999, p. 22.
8. *Ibidem*.
9. GIDDENS, Anthony, *Consecuencia de la Modernidad*, Alianza, Madrid 1993, p. 68 citado por VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid 2002, p. 31.

La Constitución de Venezuela[10], al igual que en muchas de las constituciones latinoamericanas, establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidas en ella y en los instrumentos internacionales, no debe entenderse como negación de otros que no figuren expresamente en ellos. Tal declaración aneja a la irreversibilidad impone la búsqueda de la integración entre el corpus de reglas sobre derechos humanos bastantes complejas (distintas en cuanto a su contenido, efectos jurídicos, ámbito de aplicación, destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión)[11] y el Derecho interno, así como garantizar la supremacía jerárquica, de los instrumentos normativos internacionales consagratorios de los mismos en el ordenamiento interno.

La consecuencia de tal integración es la adecuación conveniente a las materias objeto de regulación por el Derecho en general, y por el Derecho tributario en particular a fin de lograr una tutela efectiva por la jurisdicción constitucional[12].

En el campo de la tributación, los derechos humanos se traducen en límites explícitos y directos al poder de imposición y garantías del contribuyente frente al mismo a partir de la noción instrumental y formal del sistema tributario adoptado por cada país en el texto constitucional. Ello impone la normatividad de un conjunto de relaciones entre las entidades públicas de base territorial entre sí (jerárquicas y horizontales) denominadas Relaciones Intergubernamentales (RIG) y las relaciones jurídico-tributarias que derivan de la realización de los hechos imponibles definidos por el legislador. De ahí la importancia de la búsqueda de las bases conceptuales y para el logro de la referida integración, que orienten el proceso legislativo en la revisión y adecuación de las leyes generales tributarias ya sea como Códigos Orgánicos Tributarios, *Estatutos del Contribuyente* o *Leyes de derechos y garantías de los contribuyentes*, los órganos jurisdiccionales encargados de la tutela de los derechos humanos puedan garantizar su efectiva vigencia y los responsables de definir y ejecutar las políticas tributarias y de administración tributaria puedan proceder a la racionalización de los sistemas tributarios sin perjudicar, preterir, conculcar o desconocer tales derechos que, lejos de representar una cortapisa en el logro de dichos objetivos, constituyen orientaciones que en última instancia, interesan a las propias entidades acreedoras del tributo.

El tema planteado hace coincidir la relación de los derechos humanos y el Derecho tributario con el problema inherente a las limitaciones de la facultad de tributar, que abarca las inmunidades (o exenciones fundadas en la libertad), las prohibiciones contra la desigualdad y los principios de seguridad jurídica.

En este trabajo se analiza la recepción de la consagratoria de los derechos humanos en la red de instrumentos internacionales[13] en el bloque de la constitucionalidad, noción

---

10. República Bolivariana de Venezuela, *G.O.* nº 5453 Extraordinario del viernes 24 de marzo de 2000 originalmente publicada en la *G.O.* nº 36.860 del jueves 30 de diciembre de 1999.

11. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual de perspectivas" en *Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José, Costa Rica-La Haya 1996, p. 49.

12. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia de fecha 14 de marzo de 2000 (caso *C.A. Electricidad del Centro–ELECENTRO – y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes – CADELA*–) desaplicó el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y declaró la preeminencia y jerarquía constitucional de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en relación con el ordenamiento interno al establecer lo siguiente: "...sin embargo, sobre la base de preeminencia de los derechos humanos, reconocida como valor superior del *ordenamiento jurídico*".

esta que hace referencia a la existencia de normas que estando fuera de la Constitución se erigen por la decisión del constituyente a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, en el cual se insertan a través de fuentes nacionales e internacionales normas con las misma jerarquía de la Constitución[14], y como estos derechos condicionan las políticas públicas que tienen que ver con la definición de los tributos y el perfeccionamiento activo de las funciones operativas de Administración tributaria en su objetivo terminal de racionalización del sistema tributario y lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.

II. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO INTERNO

Los modelos o criterios que pueden esbozarse para el perfeccionamiento y racionalización del sistema tributario a partir de su diseño y consagratoria en el Texto Constitucional de cada país, deben siempre resaltar "la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto"[15]. El carácter normativo de la Constitución deriva en su supremacía sobre toda la legislación dictada en su ejecución, las cuales deben adecuarse al contenido, alcance y eficacia de los derechos fundamentales del ciudadano, se traduzcan éstos en derechos subjetivos constitucionales o en determinaciones de fines de Estado; es decir, en declaraciones de los principios que deben orientar la actividad del Estado y a cuya realización deben actuar sus órganos[16], y en la organización institucional y competencial de las distintas manifestaciones del Poder Público.

Por tanto, las políticas tributaria y de administración tributaria tendentes a la racionalización del sistema tributario deben diseñarse y ejecutarse en clara correspondencia con aquellas funciones consustanciales a la idea y existencia misma de la Constitución como principio máximoderivante de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, las relativas a:

1. La estructuración orgánica de las distintas manifestaciones del Poder Público, la regulación del contenido y alcance de autonomía y la definición de su esfera competencial (parte orgánica).

2. La definición y regulación de las fuentes normativas y consagratorias de los derechos fundamentales y su tutela jurisdiccional efectiva (parte dogmática).

---

13. Entre las declaraciones, convenciones y acuerdos sobre derechos humanos destacan la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la Convención Americana sobre derechos humanos, y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

14. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Las Constituciones Latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung y Centro interdisciplinario de estudios sobre el desarrollo Latinoamericano, Argentina 2000, p. 188.

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1994, p. 95.

16. LINARES BENZO, Gustavo, *Leer la Constitución, un ensayo de interpretación constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 31-32.

3. El establecimiento de las bases fundamentales a través de las cuales se regulan las relaciones intergubernamentales, la relación de las entidades públicas de base territorial con los agentes económicos privados y las de éstos entre sí; bases a la que en conjunto se le ha dado en llamar *Constitución Económica*.

En consecuencia, la Constitución como norma primaria que establece la forma y medios de integración de los subsistemas normativos que conforman el ordenamiento jurídico, definiendo los principios de jerarquía, los órganos y procesos legislativos a partir de la autonomía normativa de las entidades públicas de base territorial que conforman el Estado o *las distintas manifestaciones del Poder Público*[17], tiene como función esencial el establecimiento de la distribución del Poder Público que, de acuerdo con la clasificación de Steffani utilizada por el maestro español García Pelayo, tiene como contenido la división de competencias entre las entidades territoriales, la cual puede tomar las siguientes modalidades:

Entidades con derecho autonómicos restringidos dentro del marco establecido por las leyes y los preceptos administrativos.

Entidades con atribuciones para establecer normas en determinadas materias y casos rigurosamente determinados.

Entidades dotadas en alta medida de competencias estructuradoras en las esferas de la legislación y de la administración, así como de la potestad, garantizada constitucionalmente, de participar en la formulación de la voluntad del Estado; es decir, en el proceso de decisión de la totalidad nacional.

Entidades internacionales dotadas de capacidad de acción, en virtud de que a sus miembros le han atribuido la potestad de decisión sobre ciertas materias[18].

La determinación de los entes político-territoriales o de base territorial y la definición del grado de autonomía atribuido a cada uno de ellos, sobre todo en lo que se refiere a la materia financiera -que abarca tanto al componente de los ingresos como al de los gastos y, por tanto, la determinación de la esfera competencial en materia tributaria de los Estados miembros de la federación y de sus Municipios integrantes, dentro de lo que constituye su división político-territorial en virtud de la distribución del Poder Público con base en el criterio territorial, federativo o vertical, como en el caso específico de Venezuela- debe inexorablemente estar acompañado de la correspondiente elaboración del catálogo de los derechos y libertades fundamentales, que condicionan la actuación de todos los órganos resultado de tal distribución, la cual a juicio del profesor Brewer Carías, constituye el gran aporte del constitucionalismo moderno a la organización del Estado y que implicó el desmantelamiento del Estado absoluto.[19]

Más aún, si se fija el análisis en las exacciones de las economías particulares a las públicas, mediante la exigencia de contribuciones dinerarias, que en calidad de tributos establecen las entidades político-territoriales en el ejercicio de su autonomía a los fines de satisfacer sus necesidades financieras ordinarias, en las que el conjunto de especies tributarias que conforman un sistema tributario que tiene como centro de atracción o de imputación al contribuyente a quien presenta una única capacidad contributiva y

---

17. Artículo 13 del Código Orgánico Tributario.

18. GARCÍA PELAYO, Manuel, "La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961", en *Estudios sobre la Constitución*, tomo III, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, p. 1411.

19. BREWER-CARÍAS, Allan R., "América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, *op. cit.*, p. 17.

exposición patrimonial, destaca la aplicación directa de la Constitución y de la eficacia que pueda atribuírsele a la defensa y protección de esos derechos frente al órgano legislativo que detenta el poder tributario o la Administración Tributaria encargada de individualizar el mandato general y abstracto en que el ejercicio de aquél se resume.

En tal sentido, resulta inaceptable y contraria al valor normativo de la Constitución, la posición según la cual la eficacia inmediata de los derechos humanos se encuentra supeditada a la actuación del legislador; es decir, con una aplicación diferida y condicionada a la ley sancionada en ejecución complementaria a la Constitución, dando lugar a la existencia de las denominadas normas *programáticas*, las cuales sólo comportarían un exhorto o mandato al órgano legislativo sin tutela jurisdiccional inmediata. Por tanto, basta la simple consagratoria de los derechos humanos para que las mismas vinculen a todos los órganos del Poder Público y, por consiguiente, sujeta su actuación al bloque de la legalidad.

La consecuencia lógica y necesaria para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la eficacia plena e inmediata de los derechos humanos es la supremacía de las normas internacionales contenidas y desarrolladas en los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por los respectivos países.

Adicionalmente a tal preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno, debe destacarse complementariamente la tendencia de los estados a garantizar a todas las personas, de manera progresiva y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos[20].

En este sentido, debe considerarse afirmativamente el planteamiento del relator del Tema I en cuanto a la supremacía de la norma internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, incluso, sobre las normas constitucionales que con ella contrasten, pues es clara la influencia que ha ejercido el Derecho internacional de los derechos humanos en el constitucionalismo moderno latinoamericano y, en especial, de Venezuela, hasta el punto de que resulta "alentador que la conquista del Derecho internacional a favor de la protección del ser humano venga a proyectarse en el Derecho constitucional, enriqueciéndolo y demostrando que la búsqueda de protección cada vez más eficaz de la persona humana encuentra guarida en la raíces del pensamiento tanto internacionalista como constitucionalista"[21].

La actualidad viva y relevante de los derechos fundamentales y de su problemática[22], su ampliación y efectiva protección por el carácter irreversible y progresivo señalados, se evidencia no sólo en la consagratoria de tal protección en los textos fundamentales sino, además, en que algunos países, como el caso reciente de Venezuela, han establecido como principio preconstitucional la limitación para que el órgano político correspondiente, como en el caso de la Asamblea Nacional Constituyente, tuviera como

---

20. El artículo 19 de la Constitución establece que "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público de conformidad con la Constitución, Los tratados sobre derechos humanos suscrito y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen".

21. ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., y LEJARZA, Jacqueline, "Estudio preliminar" en *Constituciones latinoamericanas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, p. 16.

22. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales" en *Estudio sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991, p. 589.

límite explícito y directo la misión de redactar en una nueva Carta Magna la garantía, protección y progresividad de los derechos humanos.

En efecto, en las Bases Comiciales para el referéndum consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente celebrada el 25 de abril de 1999[23], se estableció lo siguiente:

> *Octavo*: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia Republicana, *así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos*.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente, como producto de la soberanía popular expresada en el referéndum del 25 de abril de 1999, sometidas sus bases comiciales a referéndum consultivo, las mismas adquirieron rango supraconstitucional, y, por tanto, límites y orientación en el momento de la transformación del Estado y de la creación del nuevo ordenamiento jurídico que permite el efectivo funcionamiento de la democracia[24].

El carácter supraconstitucional, progresivo e irreversible de los derechos fundamentales deriva, en algunos casos como el venezolano, de unas bases comiciales que condicionaron y limitaron al órgano político (Asamblea Nacional Constituyente) encargado de la elaboración y redacción de una Ley Fundamental, como en su consagratoria expresa en los textos constitucionales, en muchos de los países latinoamericanos[25].

La supraconstitucionalidad en esta materia implica que todos los instrumentos internacionales tienen un valor preeminente sobre el ordenamiento interno cuando contengan normas más favorables para el goce y ejercicio de los derechos respecto de las previstas en la Constitución[26].

El resultado de la tendencia del constitucionalismo moderno de atribuir carácter preeminente al ordenamiento internacional de los derechos humanos, se traduce en la sujeción total de los órganos del Poder Público y en un principio de hermenéutica de aplicación inmediata del ordenamiento jurídico[27] al punto de que los órganos jurisdiccionales deben garantizar "la efectividad de las normas y principios constitucionales"[28] atribuyéndosele a las Cortes o Tribunales Supremos de Justicia la condición de

---

23. República de Venezuela Consejo Nacional Electoral, Resolución nº 99032371 de fecha 23 de marzo de 1999, *G.O.* nº 36.669, de 25 de marzo de 1999.

24. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 21.

25. *V.*, en este sentido la Constitución de Venezuela de 1999, (artículo 19), la Constitución de Guatemala de 1985 (artículo 46), la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 93), la Constitución de Perú de 1993 (Disposición final transitoria), así como las constituciones de Nicaragua de 1987 (artículo 46), la Constitución de Brasil de 1988 (artículo 5 ordinales 1 y 2) y la Constitución de Chile de 1989 (artículo 5 II).

26. BREWER-CARÍAS, Allan, "América Latina: retos para la Constitución…", *op. cit.*, p. 25.

27. La Constitución de 1999 establece en su artículo 7 su carácter de norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, estableciendo la sujeción de todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público a imperio.

28. Artículo 335 de la Constitución.

"máximo y último intérprete de la Constitución", asignándoseles la misión de velar por su uniforme interpretación y recta aplicación[29].

De manera que al analizar los distintos textos constitucionales iberoamericanos, siendo el más reciente el venezolano, podemos afirmar, siguiendo a García de Enterría, que los constituyentes de cada país han intentado reaccionar contra una concepción puramente retórica de los derechos fundamentales y en consecuencia han diseñado un cuadro de derechos absolutamente eficaces por sí mismos, sin perjuicio de que el ejercicio de muchos de ellos, no de todos, deban ser desarrollados[30]. No podría ser de otra forma si se considera que los derechos humanos y fundamentales para poder cumplir su función en la realidad social (incluida la actividad financiera pública) precisan, en mayor o menor grado, de un desarrollo concretador por el ordenamiento jurídico y deben irradiarse en todos los ámbitos del ordenamiento legal, para lo cual se hace necesario establecer formas de organización y normas de procedimiento, no sólo en el constitucional, sino en todos los niveles del sistema normativo, como medios para alcanzar un resultado conforme a tales derechos y, de este modo, asegurarlos[31], ya sea mediante el ejercicio de los recursos de impugnación en vía gubernativa o administrativa o en jurisdicción contenciosa administrativa, y el control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Así, los sujetos pasivos respecto de los cuales se verifican las hipótesis de incidencia integradoras de los hechos imponibles que originan el nacimiento de las obligaciones tributarias podrán ejercer las acciones o recursos que le permitan la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales, que limitan el alcance y contenido del poder de imposición y de la potestad administrativa tributaria para la exigencia de la correspondiente exacción, previstos en el ordenamiento internacional o en la normativa constitucional que los absorba, cuando un acto administrativo de determinación y de ejecución legislativa, o una ley que proceda a la modificación o a la creación *ex novo* de un tributo desconozcan, conculquen o violen, en alguna medida, tales derechos.

A juicio de García de Enterría, el valor supraconstitucional del ordenamiento internacional de los derechos humanos conduce a una súper rigidez constitucional que permite, según la construcción de Bachof, declarar inconstitucional cualquier reforma de la Constitución que produzca alguna afección a esas partes súper protegidas, aun cuando no fuese en forma de revisión de los correspondientes artículos[32]. La súper rigidez acusada lleva, incluso, al control de la constitucionalidad de una disposición contenida en la propia Ley Fundamental, cuando ésta es contraria a su propia normativa consagratoria de derechos fundamentales, principios y normas contenidas en las declaraciones internacionales a las cuales se les ha atribuido el carácter de principios preconstitucionales y, por tanto, preeminentes sobre el ordenamiento interno. Lo que persigue el control no es sólo la garantía per se de los derechos fundamentales, sino la definición de la cimiente de la convicción del pueblo en cuanto a la importancia y jerarquía de la Constitución como *norma normatorum*.

El valor de los derechos humanos como las *decisiones políticas fundamentales*, en virtud de lo cual son causa y condición de todo el sistema constitucional, permite, como

---

29. *Ibidem*.

30. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, p. 49.

31. LÖSING, Norbert, "Las garantías procesales de los derechos humanos en América Latina" en *Revista de Derecho Constitucional* nº 1, Caracas 1999, pp. 231-232.

32. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como…*, en *op. cit.*, pp. 98-99.

lo afirma García de Enterría, inspirado en la doctrina y jurisprudencia germánica, hablar de posibles *normas inconstitucionales*, concepto con el que se pone de relieve la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución, que suponen a la reforma constitucional[33].

En tal sentido, conviene traer a colación la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de fecha 14 de marzo de 2000[34] que, de conformidad con lo establecido en el segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República, deja sin aplicación la disposición prevista en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y declara la preeminencia y jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre derechos humanos en relación con el ordenamiento interno, al establecer que "sobre la base de preeminencia de los derechos humanos, reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico, la Constitución de la República declaró que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional; que prevalece en el ordenamiento interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y la ley; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

III. LA CONSAGRATORIA DE LOS DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES

El carácter progresivo, irreversible y preeminente de las declaraciones internacionales de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, impone su particularidad en cuanto a su tratamiento como principios constitucionales de la tributación con una eficacia de pleno derecho distinto al de los denominados principios de imposición. La distinción entre principios constitucionales de la tributación y los principios de la imposición tiene valor en la medida en que permite establecer la fuente o vinculación normativa y la exigencia que de la misma se puede hacer a los operarios jurídicos de la tributación y las garantías que del bloque de la legalidad dimanan para asegurar su vigencia.

Como lo asienta Fuentes Quintana, la misión de los principios de la imposición es terminar en el campo positivo del sistema fiscal al que transmiten las concretas y determinadas exigencias que afirman el cumplimiento de las finalidades de la tributación[35]. Los principios de imposición no son manifestaciones normativas; son orientaciones que permiten a los responsables del diseño y ejecución de las políticas tributaria y de administración tributaria la racionalización del sistema tributario y al jurista contar con un mayor contexto de interpretación, nutriéndose de las doctrinas y principios elaborados en las ciencias económicas y de la hacienda pública en la

33. *Ibid*., p. 99.

34. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia del 14 de marzo de 2000, Caso *C.A. Electricidad del Centro –ELECENTRO– y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes –CADELA–*, consultada en copia del original.

35. FUENTES QUINTANA, Enrique, "Introducción" en *Principios de la imposición de Fritz Neumark*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, p. XIV.

interpretación no del texto normativo propiamente dicho[36] sino en la interpretación de los hechos económicos definidos como hipótesis de incidencia; es decir, el concepto legal (descripción legal, hipotética, de un hecho, estado de hecho o conjunto de circunstancias de hecho) que al verificarse efectivamente materializa el hecho imponible[37] y marca el nacimiento de la obligación tributaria.

La interpretación así concebida permite al jurista escudriñar la naturaleza, estructura y efectos económicos de cada uno de los tributos y su inserción dentro del sistema impositivo, con el objeto de evitar cualquier interferencia, en el más puro pensamiento de Adam Smith, y obtener en el justo sentido smithsoniano, una óptima distribución y uso de recursos que contribuya con ese objetivo, que no es otro que la distribución de la carga impositiva adecuada a la distribución de ingresos considerada ideal por el consenso de opiniones en el Estado[38]. Y por tanto, establecer un costo mínimo en el ejercicio de las funciones operativas básicas e instrumentales de administración tributaria, que en términos de eficiencia (nivel de desempeño de las actividades en términos de costo y productividad de la organización en encargada de la administración del tributo) y efectividad[39] (nivel de cumplimiento de los objetivos de la organización) propugne por el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias a través de una permanente definición de la política de reducción de los márgenes de evasión fiscal,[40] sin sacrificar o desconocer los derechos de los contribuyentes (principios constitucionales de la tributación) derivados de las declaraciones internacionales sobre derechos humanos absorbidas, reconocidas o a las cuales remiten la Constitución y las leyes dictadas en su ejecución.

Los principios constitucionales de la tributación tienen eficacia desde el mismo momento de su consagratoria en la Constitución y sujetan y condicionan la actuación de todos los órganos del Poder Público que tienen por objeto la gestión y definición del tributo, ya sea en la definición de sus aspectos sustanciales (Poder Legislativo), en la gestión administrativa (Administración Tributaria) y de la revisión de la legalidad de la legislación y de los actos administrativos que concretan el poder de imposición (Poder Judicial).

Sin embargo, en la doctrina española en interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[41] -de mucha influencia en nuestro medio- se ha denunciado, *algo de indeterminado* o de *contorno imprecisos* en los principios tributarios incorporados en la Constitución de 1978, que se refleja en el grado de nivel de eficacia de la doble función que cumplen en el ordenamiento jurídico como limites al ejercicio de los Poderes Públicos: (i) la función positiva, en cuanto a fuentes del Derecho y en cuanto a

---

36. *Cf*., VERNENGO, Roberto, "Interpretación del Derecho" en *Enciclopedia de Teoría Jurídica*, Centro de Estudios Constitucional Español, Madrid 1996, p. 241.

37. ATALIBA, Geraldo, *Hipótesis de incidencia tributaria,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 50.

38. *Cf*., DUE, John, *Análisis económico de los impuestos*, El Ateneo, Buenos Aires 1991, p. 77.

39. CORRADINE, Jorge Eduardo, "Medición de la eficiencia y efectividad como parte del proceso gerencial de la Administración tributaria", en *XXIV Asamblea General del CIAT*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990, p. 23.

40. *Cf*., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Políticas de reducción de la evasión de los tributos municipales (propuestas para una modernización y reforma de la Administración tributaria local)" en *Tributación Municipal en Venezuela I (Aspectos jurídicos y administrativos)*, PH Editorial, Caracas 1996, pp. 141-176.

41. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "Jurisprudencia constitucional y principios de imposición" en *Garantías constitucionales del contribuyente*, Colección financiero nº 10, Tirant lo Blanch, Valencia España 1999, p. 131.

informadores del conjunto del ordenamiento; y (ii) la función negativa, que consiste en la exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre esos valores, pues tales principios tienen sentido en la medida en que sirven para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

No compartimos el criterio expuesto, que llevaría inexorablemente a sostener que los principios constitucionales de la tributación, manifestación en el campo de las finanzas en la vertiente del ingreso de los derechos humanos, son normas jurídicas especiales que requieren de una concreción en ulteriores normas y decisiones, pues constituyen más que un mandato en su mismo, una base, criterio u orientación para la aprobación y emisión de tales normas y decisiones, originando una suerte de *déficit constitucional* en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en materia tributaria[42].

Lo expresado, puede llevar al extremo de desfavorecer o debilitar la defensa de los sujetos pasivos (contribuyente y responsables: agentes de retención y percepción) y la restitución de su situación jurídica infringida en virtud de una antijurídica actuación del Estado, originando lo que Klaus Vogel, denomina *una cierta zona gris* del Derecho constitucional en cuanto a lo que toca a la defensa de la libertad y la propiedad, porque intervención de los jueces para dar protección contra acciones financieras que afecten a tales derechos tiene una base mucho menos segura que la protección contra limitaciones directas de la libertad o incluso de la privación de libertad[43]. Tal posición en nuestro ordenamiento constitucional se desvanece, por la protección del derecho a la propiedad frente a la tributación irracional o confiscatoria[44].

Si se pretende concebir al tributo en el marco de un Estado de Derecho y estructurarlo al servicio de la libertad, como lo afirma Kirchhof, su defensa resulta plenamente justificada, en especial cuando el Estado ha efectuado aportaciones esenciales para el surgimiento y la existencia de bienes económicos susceptibles de imposición[45].

Asi, los derechos fundamentales o humanos como límites del ejercicio de la facultad de crear tributos por parte del Estado en sus distintas manifestaciones, comportan dos dimensiones: una objetiva, según la cual su contenido debe funcionalizarse en aras de la consecución de los fines y valores constitucionalmente consagrados en la relación y correspondencia entre el sistema tributario y el régimen socioeconómico, y por otro lado, una subjetiva en tanto que se constituye como garantía de los aspectos esenciales a la dignidad y desarrollo pleno de la humanidad.

El tratamiento de las limitaciones al ejercicio del poder tributario como reconocimiento a la existencia de los derechos humanos, debe responder a una visión holística entre el deber de coadyuvar a los gastos públicos[46] que representa al contribuyente como parte de la colectividad y sus derechos fundamentales en cuanto a la propiedad y la libertad económica, que pueden verse afectadas por la imposición, pues como lo ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia "los derechos fundamentales deben tenerse por un todo armónico en el cual no cabe la fractura entre

---

42. *Ibid*., *passim.*
43. *Ibid*., p. 132.
44. Artículos 115 y 317 de la Constitución.
45. KIRCHHOF, Paúl, "La influencia de la Constitución alemana en su legislación tributaria" en *Garantías constitucionales del contribuyente*, *op.cit.*, p. 31.
46. Artículo 132 de la Constitución.

una supuesta posición del sujeto en su individualidad frente al sujeto como parte de un conglomerado social. Al contrario, ambas dimensiones se compenetran en tal grado, que ha sido subrayada la imposibilidad del disfrute de ciertos derechos individuales sin el goce previo de ciertas ventajas de orden social o económico"[47].

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999 en su artículo 22[48], siguiendo las orientaciones del artículo 50 de la Carta Magna de 1961, permite construir una *summa divissio*[49] de los derechos constitucionalizados: los expresamente enunciados en ella, por un lado, y aquellos otros *inherentes a la persona* que no figuren expresamente enunciados en los derechos y garantías contenidos en la ley fundamental y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos implícitos en el texto.

Así, en el ordenamiento jurídico venezolano existe una declaración constitucional formal de los derechos del contribuyente desarrollados en el Código Orgánico Tributario, los cuales tienen como finalidad "evitar -en lo posible- la modificación del equilibrio existente antes del impuesto o la posición económica relativa a los contribuyentes y permitir o consagrar la inviolabilidad del derecho de propiedad"[50].

Los derechos fundamentales del contribuyente, cuyo mayor o menor desarrollo y observancia aseguran la racionalidad o irracionalidad jurídica del sistema tributario, imponen límites al ejercicio del poder tributario por parte de las entidades públicas territoriales que resultan de la aplicación del criterio de distribución vertical del Poder Público o, si se quiere, de las garantías del ciudadano frente al ejercicio de ese Poder[51], que es su origen y no un simple instrumento del mismo[52]. Este es percibido como la manifestación más conocida del poder de coacción del Estado, del poder de apropiación, si se tiene en cuenta que el poder de imposición no lleva consigo per se obligación alguna en cuanto a emplear los ingresos obtenidos de forma concreta[53].

Las limitaciones al ejercicio del poder de imposición[54], concebidas como garantías del contribuyente y fundamentos del sistema tributario, se resumen básicamente en los principios de legalidad y de justicia, de los cuales dimana una serie de corolarios que conforman los instrumentos para lograr los fines del sistema tributario constitucionalmente consagrado.

El principio de legalidad tributaria, como lo expresara Contreras Quintero, es milenario y de un alto abolengo histórico. Es más, los parlamentos tienen origen tributario,

---

47. República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Caso *Manuel Quevedo Fernández*, ponente DELGADO OCANDO, José M., p. 9.

48. *Artículo 22.* La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y de los instrumentos internacionales de los derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

49. LINARES BENZO, Gustavo, *Leer la Constitución...*, en *op. cit.*, p. 30.

50. JARACH, Dino, *Finanzas públicas y Derecho tributario,* Editorial Cangallo, Buenos Aires 1985, p. 310.

51. *V.*, GARCÍA BELSULCE, Horacio, "Las garantías constitucionales del contribuyente" en *Temas de Derecho tributario,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1982, p. 75.

52. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva...., op. cit.*, p. 44.

53. BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James, *El poder fiscal,* Unión Editorial, Madrid 1987, p. 31.

54. *V.*, ALFONSO PARADISI, Juan Domingo, "El poder tributario y los derechos y garantías constitucionales como límites a su ejercicio" en esta obra *Homenaje al Profesor Allan Brewe- Carías*.

pues su función originaria y fundamental fue la de consentir los tributos,[55] o como lo asienta Moles Caubet, la reserva legal más antigua[56].

Los corolarios del principio de legalidad que derivan del ordenamiento jurídico conforme a la clasificación efectuada por la doctrina, son los siguientes[57]:

1. La determinación de la fuente del poder tributario efectuada por la Constitución y las leyes dictadas en su ejecución[58] [59].

2. Las prohibiciones contenidas en el artículo 183 aplicables a los Estados y Municipios:

a) Crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional.

b) Gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio.

c) Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él.

d) Las entidades político-territoriales mencionadas sólo podrán gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional.

e) Aquellas que deriven de la legislación prevista en el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución, para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales.

1. Tomando en cuenta la naturaleza de entidades públicas de base territorial no puede desconocerse el principio de territorialidad[60] [61].

---

55. CONTRERAS QUINTERO, Florencio, *Disquisiciones tributarias*, Universidad de Los Andes, Mérida 1969, p. 22.

56. MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1974, p. 7.

57. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Marco Jurídico de la Tributación Local en Venezuela: limitaciones directas o explícitas al Poder Tributario Municipal" en *Tributación municipal en Venezuela*, PH Editorial, Caracas 1996, pp. 26-33.

58. Durante la vigencia de la Constitución 1961, en Venezuela se dictaron, entre otras, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en las cuales se definía un poder tributario derivado a favor de los municipios. Igualmente, se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público, la cual asignó a los estados miembros de la federación nuevas competencias tributarias, constitucionalmente reservadas al poder nacional dentro del marco de actuación de la cláusula de descentralización prevista en el artículo 137 de la Constitución de 1961.

59. *V.*, ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, *Análisis constitucional del poder tributario en materia de hidrocarburos*, Ediciones Torres, Plaz & Araujo, Caracas 1995 y "La interpretación sistemática de la Constitución como criterio ordenador del sistema tributario y de la delimitación competencial impositiva en Venezuela" en *Temas fundamentales de análisis económico del Derecho. Actas del III Congreso de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho*, Caracas 1997, pp. 299-310; ALFONSO PARADISI, Juan Domingo y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "El tributo municipal en los espacios no urbanos" en *Revista de Derecho Urbanístico* nº 5 y 6, Editorial Urbanitas, Caracas, pp. 41-69 y pp. 39-73 y RAMÍREZ VAN DER VELDE, Alejandro y otros, *Análisis del régimen tributario en la nueva Constitución*, Ediciones Torres, Plaz & Araujo, Caracas 2000.

2. La tributación incide, en último término, en la propiedad; en tal virtud, el principio de legalidad tributaria está consagrado por la Constitución como una garantía del derecho de propiedad[62] que ha dado lugar al otro principio y límite constitucional al poder fiscal que es el de la prohibición de los impuestos confiscatorios[63].

3. No podrán concederse exenciones, exoneraciones, rebajas ni otras formas de beneficios fiscales sino en los casos previstos por la ley[64].

4. La limitación al legislador de reconocer y atribuir a la Administración tributaria facultades discrecionales[65].

5. La irretroactividad de la ley impositiva[66].

6. Las obligaciones nacidas *ex lege* no pueden ser derogadas por acuerdos entre particulares[67].

7. La analogía no puede utilizarse en la creación de tributos, exenciones, exoneraciones u otros beneficios fiscales ni para tipificar infracciones y sanciones[68].

8. La limitación del ámbito de competencia de las entidades públicas territoriales a bloques de intereses públicos; es decir, a los intereses peculiares o propios de la entidad, a las materias propias de la vida local y a los fines del sistema tributario[69].

En lo que corresponde al principio de justicia nos encontramos los siguientes corolarios:

1. La capacidad contributiva o económica del contribuyente[70].

2. La igualdad tanto en lo que refiere a la situación de todos los ciudadanos frente a las cargas fiscales, como a la introducción de otros principios vinculados a la evolución sobre los conceptos de justicia tributaria, a saber:[71]

a) Igualdad en la ley (jurídica y económica), en el sentido de que la ley no debe establecer desigualdades, lo que en el Derecho Tributario se concreta en la igualdad ante las cargas públicas[72]. La igualdad jurídica está referida a la condición propia del ser humano y deriva de los derechos inherentes a su condición. No obstante, esa igualdad, amén de otros derechos, puede ser extendida a las personas jurídicas o

---

60. En este sentido, el Código Orgánico Tributario en su artículo 11, expresa que "las normas tributarias tienen su vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlas".

61. *Cf.,* ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, *El territorio como ámbito de eficacia y validez de la tributación municipal venezolana,* Ediciones Torres, Plaz & Araujo, Caracas 1998.

62. El artículo 115 de la Constitución de 1999 establece "Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes".

63. CONTRERAS QUINTERO, Florencio, *op. cit.,* p. 22.

64. Artículos 316 de la Constitución y numeral segundo del artículo 3 del Código Orgánico Tributario.

65. Artículo 4, 121 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

66. Disposición Transitoria Quinta, numeral 1, y artículo 24 de la Constitución. Igualmente, artículos 8 y 10 del Código Orgánico Tributario.

67. Artículo 14 del Código Orgánico Tributario y artículo 6 del Código Civil.

68. Artículo 6 del Código Orgánico Tributario.

69. Artículos 178 y 316 de la Constitución.

70. Artículo 316 de la Constitución.

71. VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de Derecho tributario,* Depalma, Buenos Aires 1992, pp. 369-437.

72. Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y Artículos 21 y 316 de la Constitución.

morales. La igualdad económica se relaciona, como lo asevera Valdés Costa -a quien hemos seguido en la clasificación de estos corolarios- en las posibilidades económicas del contribuyente, en virtud de que el principio se vincula con el concepto de capacidad económica o contributiva del contribuyente[73] y no con la mera existencia del individuo, como la igualdad jurídica.

b) Igualdad por la ley, en el sentido de que ésta sería utilizada como instrumento para lograr una igualdad de los individuos, corrigiendo las desigualdades económicas imperantes.

c) Igualdad ante la ley, que significa que la norma debe ser aplicada con criterio de estricta igualdad a todos los afectados por ella.

d) Igualdad de las partes, ínsito en la concepción de la obligación tributaria como una relación jurídica de crédito y débito, y no como una relación de poder.

Las dos primeras y la cuarta se refieren al contenido de la ley. La tercera a la forma de interpretarla y aplicarla.

El artículo 316 de la Constitución establece que el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas, según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de la progresividad, a la protección de la economía nacional y a la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos. La naturaleza de este artículo, sin duda alguna, puede afirmarse siguiendo a Casado Hidalgo en sus comentarios al artículo 223 de la Constitución de 1961, antecedente inmediato de su consagratoria, constituye la dogmática inexcusable del sistema tributario y es a la par que una formulación de política tributaria cuyos destinatarios son las entidades públicas de base territorial, una disposición que regula todo el sistema y es la fuente de otras disposiciones constitucionales que directa o indirectamente son su consecuencia[74].

No obstante, la distinción entre principios de la tributación y principios de la imposición en cuanto a su fuente consagratoria y a su eficacia en el condicionamiento y limitación al ejercicio del poder tributario, se debe buscar, a partir de su complementariedad, en el diseño y ejecución de las políticas tributarias y de administración tributaria tendentes a la racionalización del sistema tributario dentro de las funciones propias de la Constitución y el ordenamiento jurídico que lo complementan, así como de los principios que permitan ordenar de manera sistemática la forma de imposición y la definición de los efectos económicos que las especies incorporadas suponen, sin olvidar que la capacidad del contribuyente es única frente a ese poder de exacción. No puede caerse en la tentación de buscar un sistema lógico y racional fundamentado en criterios eminentemente económicos, políticos y financieros que sacrifiquen el valor esencial de los derechos humanos y tutelas de los mismos incorporados en los textos constitucionales y, que en definitiva, informan los principios básicos de la tributación que pueden condicionar el ejercicio del poder de imposición.

El Derecho tributario debe proporcionar el cauce institucional y normativo a través del cual materializar los resultados del estudio científico de la economía financiera, entendida como el análisis de los efectos económicos de la actividad financiera del

---

73. Artículo 316 de la Constitución.

74. CASADO HIDALGO, Luis R., "Una presentación del sistema tributario venezolano en sus bases constitucionales y orgánicas" en *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Avilarte, Caracas 1984, p. 331.

Estado y la investigación de las causas que inducen a elegir determinados instrumentos financieros en lugar de otros.

La economía financiera reviste especial trascendencia en la construcción de un sistema tributario racional, mediante el estudio de la actividad económica y de las elecciones que realiza el Estado; es decir, la elección de las finalidades que se deben conseguir y de los medios de actuación. Cuando se presenta una nueva necesidad que satisfacer, los órganos de gobierno ejecutivo y legislativo se debaten entre distintas opciones, por ejemplo a qué tipo de impuesto (existente o por establecer) es oportuno recurrir para obtener los medios necesarios para hacer frente al gasto. La economía financiera, precisamente a través del estudio de los efectos de los impuestos, proporciona al Estado elementos muy importantes para realizar racionalmente la elección y crear un sistema tributario lógico y orgánico[75].

En consecuencia, corresponde al Derecho tributario, con apego al valor preeminente de los derechos humanos y su absorción en el catálogo de principios constitucionales de la tributación que se traducen en su garantía en su carácter dual, en derechos y garantías de los sujetos pasivos y en limitaciones al ejercicio del Poder Tributario, brindar los instrumentos técnicos más idóneos para realizar los propósitos del legislador[76] en cuanto a la creación o modificación de las especies tributarias a partir de los análisis y formulaciones que derivan del *análisis de la hacienda pública*, el cual centra su objeto de estudio en los efectos de los distintos impuestos y gastos públicos del conjunto de tributos[77] y en la consecución de los cometidos que en la consagratoria constitucional se atribuye al sistema tributario.

Surge así la necesidad de proceder al diseño y puesta en vigencia de un instrumento normativo con las características de ley general marco de la tributación que desarrolle los principios de legalidad y justicia tributaria, los contenidos y alcances de su regulación constitucional, sin que ello signifique desconocer la eficacia y valor inmediato de las libertades públicas, que derivan no tanto de su consagratoria en el Texto Fundamental como del reconocimiento que el órgano constituyente hace de su preeminencia y jerarquía supraconstitucional. Ese instrumento legislativo debe tener una jerarquía superior que permita la uniformidad del régimen jurídico de la tributación y sujete a su vigencia a la legislación especial del tributo mediante el establecimiento de lineamientos generales para su contenido, y que, por tanto, la condicione so pena de su nulidad por inobservancia de alguno de los principios que la conforman.

La ley general tributaria que con el carácter de orgánica se impone para garantizar aún más la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales del contribuyente, no obstante su consagratoria en el Derecho Internacional de los derechos humanos y carácter supraconstitucional, debe concebírsele como un Código; es decir, como una ley que reúne sistemáticamente[78] los principios generales de la tributación y que son comunes a todos los tributos y a sus distintas especies y que por ello tiene permanencia, no siendo afectados por la mutabilidad de los tributos en particular[79]. Como se sostuvo

---

75. COSCIANI, Cesare, *Principios de ciencia de la Hacienda*, Editorial de Derecho financiero, Madrid 1967, *passim*.

76. *V.*, GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, "Derecho fiscal, Derecho financiero y Derecho tributario" en *Derecho financiero y Hacienda Pública*, nº 167, vol. XXIII, Editorial de Derecho financiero, p. 426.

77. PREST, Allan R., *Hacienda Pública*. Editorial Gredos, Madrid 1967, p. 15.

78. Artículo 2 del Código Civil de Venezuela.

79. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Temas...*, *op.cit.*, p. 273.

en las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de Punta del Este en el año de 1970, la codificación en materia tributaria obedece a la necesidad de que "las leyes tributarias se agrupen metódicamente en ordenamientos únicos, con el objeto de simplificar y facilitar su comprensión y cumplimiento; y guarden con ella la debida armonía, evitando divergencias y contradicciones"[80].

En definitiva, hemos afirmado que la codificación de una ley general de la tributación con supremacía sobre todo el ordenamiento y vinculante para todos los órganos funcionales de las entidades públicas de base territorial lleva consigo la idea y necesidad de mantener la armonía en el ejercicio del poder tributario a fin de evitar duplicidad y contradicciones en el uso de las nociones, principios y derechos fundamentales de los sujetos pasivos, así de como las instituciones comunes a los tributos[81].

Una ley con tales características debe responder más a la definición de un marco de referencia de las relaciones entre el ciudadano-contribuyente**,** así como al contenido necesario de la ley tributaria a raíz de la consagratoria del principio de legalidad en la Constitución y a las facultades de la Administración y de los procedimientos constitutivos del acto de determinación, etc. para todos los operarios del régimen tributario (la Administración tributaria, los sujetos pasivos y los órganos de la jurisdicción contenciosa tributaria), que a un catálogo repetitivo de los derechos fundamentales del hombre y su expresión en la tributación y en los institutos y regulaciones construidas a partir de la evolución del Derecho administrativo, del Derecho procesal, del Derecho penal y del Derecho civil. Esto, lejos de contribuir con la transparencia de la normativa, introduce distorsiones y contradicciones, en algunos casos insalvables, que atentan contra las características que justifican la existencia del Código Orgánico Tributario[82]. Así, por ejemplo, en el Código venezolano existen disposiciones relativas a los procedimientos administrativos y a los principios que lo informan (Derecho administrativo formal)[83] y que desarrollan los derechos humanos - correspondientes definiéndolas como garantías para la eficacia, así como regulaciones en materia del proceso contencioso administrativo y las garantías objeto de su regulación.

Tal incorporación nominativa, más que una técnica legislativa de remisión interna al ordenamiento jurídico, constituye, en algunos casos, repeticiones innecesarias y, en otras, regulaciones parciales e inconvenientes a la defensa del contribuyente, atentatoria contra la necesaria uniformidad en la interpretación del Derecho, que da lugar a interpretación disímil del ordenamiento y la pluralidad de normas adjetivas que en nada favorecen la posición del contribuyente frente a las pretensiones fiscales.

La ley general de la tributación con las características señaladas debe conjurar la pretensión que, "bajo la bandera de formular un estatuto para el contribuyente" o un

---

80. Instituto Latinoamericano de Derecho tributario, *Resoluciones de las Jornadas,* Montevideo 1993, p. 41.

81. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "La importancia del Código Orgánico Tributario en el ordenamiento jurídico venezolano" en *Revista de Derecho Tachirense* nº 7, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1996, p. 147 y OCTAVIO, José Andrés, *Comentarios analíticos al Código Orgánico Tributario,* Colección Textos Legislativos n° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998.

82. *V.,* PALAO TABOADA, C., "Lo blando y lo duro del Proyecto de Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes" en *Revista de Contabilidad y Tributación* nº 171, CEF, 1997, pp. 6-7.

83. *Cf.,* ARAUJO JUÁREZ, José, *Principios generales del Derecho administrativo formal,* Vadell Hermanos Editores, Valencia 1989, y *Principios del Derecho procesal administrativo,* Vadell Hermanos Editores, Valencia 1996.

decálogo de buena conducta de la Administración y los obligados tributarios, se pueda esconder desde el deseo de ampliar facultades discrecionales de los órganos de la Administración en el ámbito de los tributos, hasta el establecimiento de unas garantías para el contribuyente desproporcionadas, pero no sensatas jurídicamente hablando"[84].

IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIONAMIENTO DE LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA TRIBUTARIO

Siendo que los tributos son los medios de que se vale el sistema para lograr sus fines, las políticas tributaria y de Administración tributaria requieren de una permanente reestructuración, que implica la adecuación legislativa y organizativa a la realidad económica subyacente de los impuestos. La doctrina especializada y los expertos en política fiscal han trazado esquemas ideales y configurado arquetipos, que permiten parangonarlos con el sistema tributario existente en un momento determinado y, a partir de allí, proponer los cambios y alternativas que permitan su adecuación, modernización y reforma[85].

La existencia, ya señalada, de diversos entes públicos territoriales con características autonómicas, poder tributario (creación del tributo) y potestad tributaria (facultad de exigirlo), que necesariamente exigen la lógica vinculación de un tributo con otro, a objeto de evitar la superposición en sus efectos económicos en perjuicio de los supremos intereses del Estado, representados en los fines del sistema tributario, llevó a la doctrina especializada a la construcción metodológica, ya tradicional, de dos categorías contrapuestas de sistemas tributarios: *racional* o *teórico* e *histórico* o *aluvional*, que permiten el precisar la eficacia de un determinado sistema en el logro de la necesaria vinculación.

Se está en presencia de un sistema racional o teórico cuando el legislador es quien *ex profeso*, al utilizar criterios de racionalidad, concibe de manera intencionada y reflexiva la armonía entre los objetivos constitucionales que se persiguen y los medios empleados para conseguirlos. Por el contrario, un sistema es aluvional o histórico cuando la armonía se alcanza a través de la espontaneidad de la evolución histórica[86].

En consecuencia, la racionalidad de un sistema tributario está en función directa a la presencia y verificación de una serie de condiciones generales, de cuya concurrencia o no dependerá el grado mayor o menor de tal racionalidad; el carácter aluvional o histórico, es el resultado de la constante ausencia de tales lineamientos generales, que a lo sumo configura "un repertorio de exacciones cuya más tosca y elemental integración será obra de la espontaneidad histórica"[87].

En el caso específico del sistema tributario venezolano, su racionalidad está condicionada a la presencia en su ordenamiento jurídico de los lineamientos generales,

---

84. ESEVERRI MARTÍNEZ, C., "Potestades de la Administración y derechos del contribuyente" en *CT* nº 69, 1994, pp. 19-20.

85. *Cf.*, GIJARRO ARRIZABALAGA, Francisco, "El nivel de racionalidad técnico fiscal del sistema tributario español" en *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública* nº 76, Editorial de Derecho financiero, Madrid, p. 783-798.

86. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962.

87. *Ibidem.*

en algunos casos con fundamentación en disciplinas no jurídicas pero si auxiliares de éstas, cuyo catálogo fue elaborado por el tributarista italiano Gangemi[88], y el cual nos permitimos adaptar a la realidad institucional y jurídica del sistema tributario venezolano, agregándole otras condiciones, en función de los objetivos mínimos de su impostergable reforma. Los referidos lineamientos generales podemos sintetizarlos de la siguiente manera:

a) *La existencia de una Administración tributaria con niveles aceptables de eficiencia*, entendida ésta como el nivel de desempeño de las funciones y operaciones en términos de costos y productividad de una organización,[89] consciente de sus objetivos globales y de las consecuencias que derivan de su actuación, es decir, efectiva[90].

b) *La coordinación de la acción fiscal de los entes políticos territoriales* a objeto de ejercitar racional y sistemáticamente el poder tributario que constitucional o legalmente le haya sido atribuido, sin conculcar los derechos fundamentales y garantías de los contribuyentes y sin perjuicio de los fines del sistema tributario y, *per se*, del Estado[91].

c) *La coordinación del sistema tributario con los objetivos y fines del sistema económico*, sin menoscabo de los otros criterios de racionalización empleados para la determinación del nivel de racionalidad del sistema tributario[92].

d) *La existencia de políticas y mecanismos permanentes de reducción de los márgenes de evasión tributaria*, que conjuren la distorsión que produce la distribución del sacrificio fiscal entre contribuyentes que pagan sus tributos y los que se sustraen del cumplimiento de ese deber constitucionalmente establecido. Ello exige un permanente intercambio de información entre los fiscos de las distintas entidades político-territoriales acerca de la situación fiscal de los contribuyentes por la realización de actividades y posesión de bienes sometidos a su jurisdicción tributaria.

e) *La racionalidad en la aplicación de las exenciones, exoneraciones y demás incentivos fiscales, como instrumentos de política social y económica*, limitando su existencia, a fin de que no se reduzcan y erosionen las bases de ingresos y se introduzcan distorsiones económicas ante la falta de equidad y neutralidad del sistema[93].

---

88. GANGEMI, L., "Manicomio tributario" en *Estudio en honor a Benvenuto Griziotti*, *cit.*, por SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *op. cit.*, Milano 1959, p. 256.

89. *Cf.*, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Una ley para el SENIAT" en *Boletín Tributario Torres Plaz & Araujo Abogados*, Caracas enero/febrero 2001, pp. 15-18.

90. BAKER, William, "Factores a considerar para promover y medir la efectividad", y YEN, Ching-Chang, "Retroalimentación del proceso gerencial con los resultados de medir la eficiencia y efectividad" en *Centro Interamericano de Administradores Tributarios (CIAT)*, *op. cit.*

91. *Cf.*, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "El sistema tributario y la actividad agrícola en la Constitución de 1999" en *La tributación en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2001, pp. 257-315. y "El impuesto a las tierras ociosas es inconstitucional" en *Boletín tributario Torres, Plaz, & Araujo Abogados*, noviembre/diciembre 2001, pp. 1-7.

92. El artículo 156 numeral 13 de la Constitución establece como competencia del Poder Nacional "la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial".

93. *Cf.*, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Medidas fiscales para el desarrollo económico", Ponencia para el Tema I, denominado "El sistema tributario como instrumento de desarrollo e incentivación. Hacia una teoría de la

f) *Una mayor atención y tratamiento a la imposición indirecta*, como instrumento de política fiscal que favorezca la promoción del desarrollo económico sin sacrificar la existencia de impuestos progresivos.

g) En consecuencia, *se impone la creación de impuestos generales al consumo*,[94] de base amplia, de manera que la estructuración de la imposición indirecta sea lo más simplificada posible, eliminando los llamados *impuestos molestos y en íntima coordinación con los impuestos directos*. Presente la necesidad de superar las deficiencias y de obtener una tributación mejor y más conveniente en la imposición indirecta a fin de adaptar su estructura a la del impuesto general a las ventas, la cual debe ser necesariamente, por las ventajas técnicas, económicas y fiscales la del tipo valor agregado o plurifásico no acumulativo, que grave la venta de bienes y la prestación de servicios en todas y cada una de las etapas de producción, comercialización y distribución hasta alcanzar a los consumidores finales.

h) *La armonización y coordinación permanente de las entidades dotadas de poder tributario* para que las incidencias y efectos económicos y sociales de sus exacciones no desvirtúen los fines del sistema tributario constitucionalmente esbozados (*vrg*. artículo 316 de la Constitución de 1999)[95].

i) *La tipificación armónica del repertorio de infracciones tributarias*, directamente relacionadas con la consagración de los derechos, obligaciones y deberes formales del ordenamiento jurídico tributario y el establecimiento de las correspondientes sanciones, de manera que se garantice la consecución del cumplimiento de su normativa por parte de los sujetos pasivos y terceros ajenos a la relación jurídica tributaria principal. El legislador, al tipificar las infracciones y sanciones, no debe tener presente, aunque parezca una perogrullada, la normativa internacional en materia de derechos humanos y las disposiciones constitucionales. A juicio de Mestre Delgado, la importancia de lo afirmado radica en que el objeto de la tutela penal del Estado democrático son, exclusivamente, los valores *constitucionales relevantes*, término en el que se incluyen tanto los valores esenciales que constituyen el ordenamiento de convivencia política (entre los que destacan, por su naturaleza, los derechos y libertades fundamentales), como otros valores que, aunque no figuren nominalmente recogidos en la Constitución, si cabe, en cambio, reconocerlos implícitamente en ella, en cuanto condicionan el ejercicio efectivo de esos derechos y libertades o, más genéricamente, la garantía plena de aquellos valores constitucionales[96].

j) *La existencia de una única e independiente jurisdicción contenciosa administrativa especial*, la jurisdicción contenciosa tributaria, con competencia para desempeñar la función de control de la legalidad o legitimidad de la actuación de la Administración tributaria (nacional, estadal y municipal) en ejercicio de la potestad tributaria, que garantice la vigencia definitiva y efectiva del ordenamiento jurídico tributario en aras de la consecución de los fines del sistema, configurándose de esta manera en un

---

justicia de la no imposición", *XXI Jornadas Latinoamericanas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, Genova 2002.

94. *Cf.*, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Anotaciones para la sinceración de la imposición general al consumo tipo valor agregado en Venezuela" en *Revista de derecho tributario* nº 82, Caracas 1999, pp. 61-84.

95. *Cf.*, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, *El sistema tributario en la Constitución económica*; KELLY, Janet compiladora, Ediciones IESA, Caracas 1999, pp. 71-79.

96. MESTRE DELGADO, Esteban, *La defraudación tributaria por omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 93.

instrumento procesal de protección de los sujetos pasivos frente a las pretensiones del Fisco.

k) Y finalmente, como colofón de todo lo anteriormente expuesto, *la vigencia absoluta del Código Orgánico Tributario*, con la naturaleza de ley general tributaria con ámbito de aplicación extensivo a los distintos tributos creados por las entidades políticas de base territorial[97] y a los establecidos en beneficio de las personas de Derecho público no territoriales y a las relaciones jurídicas que deriven de ellos; y que desarrollen los principios constitucionales de la tributación como orientación inexcusable y permanente del legislador, al momento de la creación, modificación o supresión del tributo; de la Administración tributaria al ejercer las amplias facultades que le han sido atribuidas , y a la jurisdicción contenciosa tributaria al momento de ejercer el control de legalidad de los actos emanados de la Administración tributaria.

La aproximación a ese modelo y nivel de racionalidad no es un ex - abrupto que se obtiene de manera improvisada, impulsando reformas al sistema tributario motivados únicamente por el apremio de un déficit fiscal insostenible, más allá de las expectativas normales que su presencia crea y con la aprobación apresurada de instrumentos normativos donde la inmediatez de los intereses políticos electorales privan sobre criterios técnicos. Esto requiere, en primer lugar, de la definición de los criterios de racionalidad que orientan el modelo ideal que sirve de punto de referencia a la política tributaria en el perfeccionamiento del sistema real. Y, en segundo lugar, detectar las incongruencias y distorsiones del sistema tributario vigente al cotejarlo con el sistema ideal y con la evolución social, política y económica nacional e internacional, como determinantes endógenas o exógenas del sistema. Es la tarea permanente del legislador, encontrar la esencia exacta del hecho económico y social que subyace en la relación jurídica que deriva del tributo que crea; así, pues, la racionalidad o historicidad de un sistema tributario debe buscarse en el ordenamiento jurídico tributario.

1. Los criterios de racionalidad

La constante adecuación del sistema tributario a la realidad económica, que no es otra cosa que su perfeccionamiento y racionalización, debe combinar la voluntad decidida de los poderes, la continuidad administrativa en la ejecución de los planes siempre con el denominador común y habilitante del respeto a los derechos fundamentales del ciudadano, programas de reforma tributaria y el empleo de criterios de racionalización económica, financiera, política, administrativa y jurídico-constitucional, que permitan precisar el nivel de racionalidad del sistema alcanzado por el conjunto de exacciones constitucionales y legalmente dispuestas (definición instrumental o formal de sistema tributario).

Ello en virtud de que las reformas de los sistemas tributarios no solo abarcan aspectos vinculados exclusivamente a la legislación tributaria como era la tendencia tradicional, sino que cubre aspectos de política fiscal: la problemática del ingreso y el gasto,

---

97. SOL, Jesús, "La codificación del Derecho tributario y el debido equilibrio entre los derechos del fisco y los del contribuyente"; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "El Código Orgánico Tributario y la tributación local. Esbozo para la armonización del sistema tributario venezolano"; VIGILANZA GARCÍA, Adriana, "Reflexiones en torno a la aplicación del Código Orgánico Tributario a los Estados y Municipios" en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario del 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2002, pp. 69-118; pp. 67-117 y pp. 175-221, respectivamente.

presupuesto, deuda pública y asuntos de política tributaria como subdivisión de la política fiscal: administración del sistema tributario (funciones principales o básicas y auxiliares o instrumentales de la Administración tributaria)[98], distribución de las cargas tributarias, sistemas de información y evaluación de las políticas ejecutadas, etc.

Es menester considerar que toda política tributaria fundamentada en los distintos criterios o parámetros de racionalización para el perfeccionamiento del sistema tributario existente, a través de la aproximación a las condiciones que configuran el modelo ideal que haya sido escogido, en este caso, el arquetipo propuesto en las presentes notas, en la medida en que constituya medio de consecución de los cometidos y fines del Estado, que pueden traducirse en valores *constitucionalmente relevantes*, valores esenciales a la convivencia (derechos fundamentalmente), y garantía de esos valores, están, en cierta medida, condicionadas y determinadas por la reserva legal; es decir, aquellas materias que la Constitución restringe al legislador.

No puede ser de otra forma si se toma en cuenta la importancia del principio de legalidad, como la construcción jurídica más importante del Estado de Derecho, "según la cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho[99].

Y es precisamente, el proceso de codificación de los principios constitucionales de tributación iniciado con la entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario, el que contribuye, como veremos más adelante, al afianzamiento y desarrollo del principio de legalidad, convirtiendo esta Ley Orgánica que nos ocupa en un instrumento de primer orden en la racionalización del sistema tributario.

A. Criterios de racionalidad económica

Los criterios de racionalidad económica están estrechamente relacionados con las declaraciones, directrices y principios contenidos en la Constitución aplicables tanto a los agentes económicos particulares como a la actuación de las personas jurídico-territoriales en la actividad económica. Se trata de direcciones y principios expresados en conceptos e instituciones de evidente carácter económico que, en algunos casos, adquieren el rango de derechos consagrados constitucionalmente o en la legislación de desarrollo y ejecución directa de la Carga Magna, y en todo caso, "tienen una eficacia interpretativa de primer orden, sirven de orientación, estimulación y promoción de la política económica de los poderes públicos rescatándola de la pura exigencia coyuntural y partidista[100].

---

98. El Artículo 121 del Código Orgánico Tributario establece que la administración tributaria tendrá las siguientes funciones:

-Recaudación de los tributos, intereses, sanciones y otros accesorios de éstos.

-Aplicación de las leyes tributarias y tareas de fiscalización y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, induciendo a su cumplimiento voluntario.

-Requerir el cumplimiento de las obligaciones tributarias mediante medidas cautelares, coactivas y de acción ejecutiva.

-Inscripción y registro de los contribuyentes y responsables.

-Establecimiento y desarrollo del sistema de información y de análisis estadístico, económicos y tributarios.

-Función normativa y de divulgación tributaria de naturaleza técnica, jurídica y administrativa.

99. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid 1990, p. 35.

100. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid 1988, p. 99.

Así, la Constitución de Venezuela, la cual establece en varios de sus Títulos los derechos económicos y fines del Estado: "El Estado promoverá la iniciativa privada garantizando la creación y justa distribución de la riqueza" (artículo 112); "todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia" (artículo 112); "No se permitirá el monopolio" (artículo 113); "Se garantiza el derecho de propiedad (...) la cual estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley"; "El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional" (artículo 299) y la "inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional" (artículo 301).

Tales principios y orientaciones, con las funciones y naturaleza señaladas, configuran la categoría conceptual del constitucionalismo moderno conocida como Constitución económica, que establece la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas de los particulares y el Estado como actor principal de la trama económica del país, en lo que puede llamarse *sistema económico*, entendido desde una perspectiva descriptiva y realista, que permite detectar y relacionar los diversos componentes jurídicos, técnicos, geográficos, organizativos, psicológicos, mecanismos de decisión, etc., que caracterizan el desarrollo de la actividad económica en una determinada sociedad; y vislumbrar e interpretar la serie de interacciones entre la Constitución y la actividad económica que se desarrolla[101].

Los criterios de racionalidad económica permiten la coordinación entre el sistema tributario y el sistema económico; es imposible obtener y concebir el perfeccionamiento de un régimen fiscal desligado de las declaraciones, orientaciones y principios que conforman el sistema económico. Los tributos en su conjunto, bajo la estructura de sistema tributario, o individualmente considerados, pueden ser un medio de estímulo y protección de las actividades que permitan fomentar el desarrollo económico o, por el contrario, pueden obstaculizarla.

Los criterios de racionalización económica representativos de los objetivos del sistema económico, y vinculados a la política económica del Estado, deben propender en un momento dado a que el sistema tributario reaccione favorablemente sobre aquél.

Si el sistema tributario está racionalmente estructurado, acorde con los objetivos del sistema económico[102] y con los fines perseguidos por la política económica del Gobierno Nacional, permitiendo su consecución, siempre que los restantes criterios de racionalidad, especialmente los jurídico-constitucionales, lo permitan, la escogencia de la materia rentística, las fuentes impositivas, la determinación de los sujetos pasivos o sectores económicos incididos, la fijación y determinación de las bases imponibles y alícuotas impositivas, los regímenes de exclusión o supuestos de no incidencia, deben

---

101. *Ibid*., pp. 17-18.

102. El artículo 299 de la Constitución establece los principios y cometidos del régimen socioeconómico y de función del Estado en la economía; el citado precepto expresa:

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

hacerse en función de incentivar el ahorro, la inversión y la formación real de capital, de aumentar el flujo de capital extranjero, de estimular la productividad de grandes, medianas y pequeñas empresas, de promover niveles óptimos de promoción, comercialización y retribución de los factores productivos, de la estabilidad monetaria, de contribuir en la reducción de la inflación, del crecimiento de los distintos sectores de la economía, de la inserción de Venezuela en los mercados internacionales y su incorporación en los acuerdos y convenios internacionales de comercio e integración.

Asimismo, debe evitar influir en la toma de decisiones de los agentes económicos en cuanto a la escogencia de qué consumir, qué producir y cómo organizar y financiar la actividad productiva económica. En otras palabras, significa que el sistema tributario debe ser neutral, no sólo dejando incólumes todas las condiciones del mercado, ni provocando distorsiones de la oferta, la demanda y los precios en las transacciones de bienes y servicios, sino además no alentando otros efectos que no sean los previstos en el momento de la escogencia de la materia gravable y creación de la especie tributaria correspondiente, o de su modificación, al cambiar su estructura mecánica o al aumentar la alícuota o tipo impositivo para dar cumplimiento a los fines de la política fiscal[103].

En tal sentido, si se quiere lograr armonía y coordinación entre los fines y objetivos del sistema económico y tributario, éste *atendiendo al principio de progresividad* al estructurar, por ejemplo, el impuesto sobre la renta debe, entre otras cosas, fijar las alícuotas o tipos impositivos de manera razonable, evitando los efectos negativos de una tributación excesiva o de rasgos confiscatorios[104] por el establecimiento de tipos impositivos altos, que originan desestímulo para el ahorro y la inversión y alientan la evasión tributaria. Igualmente, se debe limitar a lo estrictamente necesario el dirigismo fiscal al reducir el otorgamiento de exenciones, exoneraciones y rebajas selectivas -conocidas en un sector de la doctrina como gastos fiscales o tributarios[105]-; así como, al reconocer los efectos nocivos de la inflación en los elementos de determinación de la renta, se impone el establecimiento de un sistema de corrección monetaria (sistema de ajustes por inflación) que permita que se grave la capacidad real y no nominativa de los contribuyentes[106].

El sistema tributario así concebido tendrá como características fundamentales la equidad, neutralidad económica y neutralidad competitiva exterior; es decir, permitir que el país en un momento determinado pueda competir fiscalmente con otras naciones para lograr la atracción del capital extranjero y nacional.

De igual manera, dada la importancia cada vez más creciente de la imposición indirecta en las economías en desarrollo, y que una de las condiciones para que se conforme el modelo ideal de sistema tributario es la existencia de impuestos indirectos al consumo, tipo valor agregado, como figura básica junto al impuesto sobre la renta, aquél debe, entre otras cosas, ser neutral ante productos de similar naturaleza, de distintos orígenes**,** igualando la carga tributaria entre la producción nacional y foránea, fijar la denominada alícuota o *tasa cero* para las ventas de bienes al exterior y el respectivo mecanismo del reintegro de impuesto pagado por las compras de bienes o

---

103. JARACH, Dino, *Finanzas...*, en *op. cit.*, p. 67.

104. El artículo 317 de la Constitución establece que "ningún tributo puede tener efecto confiscatorio".

105. *Cf.*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *El pacto fiscal*, Santiago de Chile, 1998.

106. *Cf.*, ASOREY, Rubén O., "Inflación y tributación en Iberoamérica" en *Revista de Derecho tributario* nº 51, *abril-mayo*, Caracas 1991, pp.7-41; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo "La obligación tributaria" en *Comentarios al Código Orgánico Tributario 1994*, Asociación Venezolana de Derecho tributario, Caracas 1995, pp. 31-70.

utilización de servicios destinados a la actividad de exportación. De esta manera, se evita la múltiple imposición, pues permite que éstas sean gravadas en el país de destino y no de origen, favoreciendo la inserción de bienes y servicios nacionales en el mercado y comercio internacional[107].

Las finanzas locales y nacionales, dentro de éstas la tributación, "deben estar coordinadas entre sí para que los ciudadanos estén sujetos a las menores molestias posibles y libres de imposiciones repetidas sobre los mismos actos"[108], lo cual trae graves distorsiones en el aparato productivo.

En Venezuela, la deficiente conceptuación técnica del tributo local, denominado hasta antes de la entrada en vigor de la Constitución Patente de Industria y Comercio, ahora Impuesto a las Actividades Económicas, ha llevado a los municipios, con una actividad industrial y comercial mayor y más intensa, a gravar tales actividades con alícuotas fijas o proporcionales altas y desmesuradas, materialmente confiscatorias, mediatizando las funciones de asignación y progresividad del sistema tributario (entendido en su conjunto), los efectos distributivos y de compensación del impuesto sobre la renta en perjuicio de otras entidades locales con menor o escaso potencial de tributación, así como las funciones y efectos sobre la estabilidad económica del impuesto al valor agregado. Ello no significa preterir el rol del Municipio en el proceso de descentralización,[109] desconociendo las competencias rentísticas constitucionales atribuidas, convirtiéndolas en una suerte de *entidades mutiladas fiscalmente*; se trata de lograr el desarrollo económico (en su acepción, si se quiere, más usual: aumento de las tasas de crecimiento del producto interno bruto o del crecimiento per cápita) y la sincronización entre los sistemas económicos y tributarios.

Así, por ejemplo, con la incorporación al sistema tributario del Impuesto al Valor Agregado (IVA) con las ventajas apuntadas, que permite contar con herramientas eficientes para el logro de desarrollo y estabilidad económica, se impone la necesidad de una revisión y actualización de las ordenanzas impositivas que crean el impuesto a las actividades económicas[110], a fin de armonizarlo con la vigencia de la exacción indirecta en referencia. Es decir, debe evitarse la sobreposición de los efectos que inevitablemente produciría su coexistencia inarticulada sobre el contribuyente y la

---

107. *Cf.,* ARAUJO MEDINA, Federico; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y GARANTÓN BLANCO, Juan Carlos, "Consideraciones técnicas y jurídicas sobre las exoneraciones en el impuesto al consumo suntuario y las ventas al mayor. Análisis e interpretación del numeral 3 del artículo 59 de la Ley de Impuestos al Consumo Suntuario y las Ventas al Mayor" en *Boletín Torres Plaz & Araujo Abogados,* noviembre/diciembre, Caracas 1996, pp. 9-19 y GARANTÓN BLANCO, Juan Carlos y BEJARANO LEE, Wesley, "Los regímenes de recuperación en el IVA. Caso de contribuyentes exportadores (primera parte)", *Boletín tributario Torres Plaz & Araujo Abogados,* julio/agosto Caracas 1999, pp. 3-13.

108. Compilación de leyes, decretos y demás disposiciones dictadas en materia de impuesto sobre la renta 1942-1966 y Exposiciones de Motivos, Ministerio de Hacienda, Caracas 1968, p. 411.

109. *V.,* PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Fundamentos fiscales y de Hacienda pública municipal en el marco de la Constituyente" en *Libro homenaje a José Andrés Octavio,* Asociación Venezolana de Derecho tributario, Caracas 1999, pp. 187-205; "Marco jurídico de la tributación local en Venezuela (Una aproximación al reconocimiento y declaración constitucional de la autonomía municipal. Limitaciones directas o explícitas al poder tributario local)", en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* nº 10, Caracas 1994, pp. 320-351; GARANTÓN BLANCO, Juan Carlos, "La jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa tributaria y el impuesto de patente de industria y comercio" en *Tributación municipal en Venezuela I. Aspectos jurídicos y administrativos, Prohombre,* Caracas 1996, pp. 237-275; EVANS MÁRQUEZ, Ronald, *Introducción al régimen impositivo municipal venezolano,* Mc Graw Hill, Caracas 1998; BRICEÑO LEÓN, Humberto, *El impuesto municipal de patente de industria y comercio en Venezuela,* Mc Graw Hill, Caracas 1998.

110. Artículo 179 numeral 2 de la Constitución.

actividad económica; asimismo, debe evitarse que las entidades locales perjudiquen la aplicación del gravamen que instrumenta el poder nacional, o viceversa, dando lugar a los denominados *efectos derrame*: la configuración que una presión fiscal y tributación excesiva, producto de dos gravámenes de estructura similar, por iguales conceptos y de recaudación múltiple (nos referimos a distintos niveles de Administración tributaria), ocasiona una fuerte propensión a la evasión tributaria, con las consabidas distorsiones en la economía y efectos devastadores de incidencia en los contribuyentes.

La coexistencia de estos tributos, producto del ejercicio de facultades públicas, exige su coordinación, lo que requiere de la sumatoria de esfuerzos indispensables para lograr objetivos superiores a los de naturaleza local, como son los que justifican la existencia del sistema tributario en los términos que derivan de su consagratoria constitucional y que constituyen la mayor limitación interna directa al ejercicio del poder tributario atribuido al Municipio por la propia Constitución.

Al efectuar las recomendaciones relativas a los ingresos públicos municipales, en una época donde la expectativa de creación de un impuesto indirecto -general a las ventas- eran prácticamente remotas, la Comisión de Estudio y Reforma Fiscal de Venezuela (CERF), sugirió la no variación del subsistema impositivo local, especialmente en lo atinente a la patente de industria y comercio. Al discutirse la creación de tal impuesto, a principios de los años noventa, la doctrina nacional advertía acerca de la necesidad de prestar especial atención a su necesaria coordinación con las patentes municipales de industria y comercio (ahora impuesto a las actividades económicas) debido a que éstas constituyen una forma rudimentaria de tributación sobre las ventas o ingresos brutos[111].

En igual sentido, Giuliani Fonrouge y Navarrine, al referirse al régimen argentino de coparticipación impositiva entre las provincias y el poder central, puesto en vigor con la entrada en vigencia de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, expresan que "se trata, en efecto, del mismo impuesto, pero perfeccionado en sus alcances: no grava los ingresos globales con efecto acumulativo, sino los ingresos parciales[112].

La problemática que pueda generar la coexistencia de estos tributos, obstaculizando la racionalización del sistema tributario y la congruencia con los fines del sistema económico, debe ser analizada no sólo bajo la óptica económico-fiscal, sino también desde el punto de vista jurídico, cuya orientación y límite -reiteramos- es la vigencia del sistema tributario y los objetivos que le han sido encomendados. De ahí la importancia señalada en cuanto a que el Código Orgánico Tributario, como manifestación directa de los derechos humanos, sea aplicable a todos los niveles de distribución del Poder Público, para asegurar no sólo esa armonía por la exigencia de establecer los elementos del tributo por ley, sino además para organizar y establecer una verdadera jurisdicción contencioso-tributaria, a la cual corresponde garantizar la sujeción de las entidades públicas de base territorial al bloque de legalidad, que mantenga su poder impositivo dentro de los límites fijados por el constituyente, respetando los derechos del contribuyente y su capacidad contributiva real y única, frente a los distintos centros de imputación de facultades de creación impositiva.

---

111. Comisión de Estudio y Reforma Fiscal, *La Reforma del sistema fiscal venezolano* (Resumen), Caracas 1988, p. 109, y PLAZ ABREU, Rodolfo, "El IVA y el impuesto de patente de industria y comercio" en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* nº 6, Caracas 1992, p. 353.

112. GIULIANI F. Carlos y NAVARRINE, Susana, *Impuesto a los ingresos brutos*, Depalma, Buenos Aires 1982, p. 22.

Ante el proceso de descentralización[113], el cual ha adquirido una importancia creciente en los últimos años resultado de los cambios en la estructura del Estado y de la reasignación de competencias lo que, inexorablemente, debe traer consigo también la problemática de la transferencia de recursos con poder tributario a favor de las municipalidades y de los Estados, la racionalización económica del sistema tributario no se puede sacrificar ni tampoco la juridicidad de los medios utilizados para tales transferencias, o para la asignación de recursos por distintos medios (coadministración en la administración de impuestos nacionales, participación en el producido de la recaudación neta a través de fondos de compensación o redistribución fiscal, u otros mecanismos de coparticipación tributaria).

En todo caso, el diseño del sistema tributario debe ser realizado por el legislador empleando los criterios de racionalidad señalados con el denominador común del respeto y observancia de los derechos humanos y de los principios de la tributación que limitan el ejercicio del poder tributario y constituyen la garantía de la eficacia de su consagratoria.

Ya en Venezuela en 1942 la Comisión de Estudios de Legislación Fiscal, proyectista de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1943, destacaba la importancia de la coordinación del *régimen tributario con el sistema económico del país* al expresar que el efecto del conjunto de la carga fiscal sobre el sistema económico debe ser cuidadosamente ponderado. Cuando el fardo de los impuestos gravita más pesadamente sobre un sector económico que sobre otro, el desenvolvimiento de la Nación no puede verificarse con ritmo ordenadamente progresivo y cuando existe la debida coordinación entre el régimen tributario y el económico de una Nación, la presión fiscal no trastorna ni mucho menos impide, el normal y correcto desenvolvimiento del último[114].

El diseño y ejecución de una política fiscal en armonía y coordinación entre los sistemas económicos y tributarios, aumenta la racionalidad y el respeto a los derechos humanos fundamentales, configurados en cometidos y fines del Estado, y del sistema tributario que le sirve de sustento.

Ahora bien, si se analiza la preceptiva constitucional relacionada con los dos sistemas (económico y tributario), los cuales por supuesto no pueden considerarse como dos esferas independientes y autónomas, "emergen una serie de directrices de actuación de los poderes públicos en sus respectivas actuaciones que, más que concretas competencias, entrañan apoderamientos de cometidos institucionales, destinados a tener una traducción normativa, administrativa, planificadora o de simple impulso político[115].

Si bien es cierto que esos principios y directrices constitucionales son metas y objetivos que por imperativo no sólo de la Constitución[116] sino de la preeminencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se establecen como programa mínimo a seguir por el Estado y los particulares -y que en nuestro criterio son normas operativas de inmediata ejecución-, también lo es que, a fin de no hacer ilusorias las

---

113. El Preámbulo de la Constitución establece que la República de Venezuela es un Estado federal y descentralizado; principio que se repite en los artículos 165 y 184 numeral 6. Más aún, el artículo 158 define a la descentralización como una política nacional que debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

114. "Compilación de leyes..", *op.cit.*, p. 411.

115. BASSOLS COMA, Martín, *op.cit.*, p. 96.

116. El artículo 316 de la Constitución de 1999.

referidas orientaciones, el propio constituyente, para reforzar su efectividad material, en algunos casos, y para el reconocimiento y respeto de derechos fundamentales, en otros, atribuye a la Ley un papel fundamental en el desarrollo del ordenamiento constitucional, muy particularmente en la regulación de las relaciones que subyacen en ambos sistemas, tanto en lo atinente a las actuaciones económicas de los particulares y las que derivan entre éstos y el Estado al intervenir y regular la actividad económica, así como las que deben existir entre el nivel nacional, estadal y local en la creación de los tributos, y los efectos que ellos producen como instrumento de ordenación de la economía.

En tal sentido, el legislador que ejerza el poder tributario y cree la exacción, o por el contrario, la modifique partiendo de criterios de racionalidad en armonía con el sistema económico, debe ceñirse estrictamente a las disposiciones que derivan del bloque de la constitucionalidad y del Código Orgánico Tributario, su punta de lanza, por ser el instrumento que desarrolla los principios constitucionales de la tributación y ser la ley de referencia para el legislador tributario, sin que se justifique su inobservancia y violación por constituir cortapisa en la ejecución de las políticas económica y fiscal. Su normativa se impone inexorablemente en el momento de plantearse cualquier acción legislativa para la racionalización del sistema y lograr "cierta coordinación de los diferentes impuestos entre sí con el sistema económico dominante y con los fines fiscales y extrafiscales de la imposición"[117].

B. Criterios de racionalidad financiera

Para la materialización de los fines que constitucionalmente le ha sido atribuidos en cualquiera de sus manifestaciones, el Estado requiere efectuar gastos tendentes a la realización de los cometidos que le son inherentes y a la satisfacción de las necesidades colectivas de la jurisdicción territorial que le corresponde. Para ello, el Estado debe contar con los ingresos públicos consistentes en recursos monetarios suficientes, los cuales pueden derivar de fuentes patrimoniales, ya sea por la enajenación de los bienes muebles o de inmuebles, derechos y acciones que por cualquier título entren a formar parte del patrimonio de la entidad pública y los frutos o rentas que de su administración deriven; los provenientes de operaciones de créditos públicos y las de fuente tributaria, es decir aquellos que obtienen coactivamente las entidades públicas de la economía o patrimonios de los particulares, en calidad de contribuciones de carácter pecuniario.

La actividad financiera es, por tanto, instrumental o *medial*; es decir, "que tiene por objeto los medios financieros o dinerarios para el desarrollo de las restantes funciones públicas"[118].

Aún cuando las necesidades públicas están indisolublemente vinculadas a los fines del Estado, su jerarquización depende de factores coyunturales, y de la voluntad de quienes, por los medios legales establecidos y por los mecanismos de representación, dirigen los poderes públicos en un momento dado. De ahí, que los criterios de racionalidad *in comento* dependan en gran medida de la política económica y financiera que trace el Gobierno.

---

117. SCHMOLDERS, G., *Teoría general del impuesto,* Editorial Derecho financiero, Madrid 1982, p. 237.
118. PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario (Parte General)*, Civitas, Madrid 1991, p. 25.

Los objetivos y fines que deben regir la acción del Estado definidos en el articulado de la Constitución, así como en las leyes dictadas en su ejecución, resultarían inalcanzables si no se cuenta con los recursos necesarios para estimular la creación de bases de inversión y bienes de capital, la creación, organización y prestación efectiva de los servicios públicos para la satisfacción de las necesidades del colectivo, con el concurso o no del sector privado, ya se trate de necesidades absolutas (administración de justicia, defensa, orden público, seguridad, etc.) o relativas (salud, educación, cultura, etc.); contribuir al aumento del producto interno bruto a través de inversiones que estimulen la participación del sector privado en el desarrollo de la economía nacional.

Por tanto, el sistema tributario debe concebirse de manera tal que sirva de medio a la consecución de los objetivos económicos y financieros que se hayan trazado, de instrumento político para la función estabilizadora del Estado a través de la actividad presupuestaria[119].

No es un hecho desconocido u oculto la sensibilidad de la economía y de la actividad financiera ante medidas vinculadas con el sistema tributario, al punto de que cuando los responsables de la política tributaria proceden a la elección de los impuestos aplicables el legislador define una cierta política fiscal afectando los precios, la producción y el consumo de bienes y servicios.

Tal circunstancia llevó al hacendista germano Fritz Neumark a recalcar la necesidad de que para lograr uno de los cinco fines del modelo por él ideado -la estabilidad económica aproximada de las macromagnitudes más importantes: valor monetario (nivel de precios) y empleo, y un relativamente satisfactorio crecimiento económico-, el sistema tributario requiere observar los principios políticos económicos de suficiencia y capacidad de adaptación o incrementación (de naturaleza político-presupuestaria), por una parte, y de flexibilidad activa y flexibilidad pasiva (incorporada), por la otra.

El *principio de suficiencia* requiere que el sistema tributario se estructure de tal forma que los ingresos de fuente tributaria permitan en todos los niveles de distribución vertical del poder público la cobertura de los gastos que éste tenga que financiar tributariamente.

El *principio de la capacidad* de adaptación o incremento en la política de cobertura del gasto público, exige que el sistema tributario debe contemplar el potencial recaudatorio para que, en caso necesario, y a corto plazo, pueda incrementar satisfactoriamente los ingresos ordinarios de fuente tributaria.

La racionalización del sistema tributario podrá alcanzarse conforme a estos principios políticos presupuestarios, si su estructura impositiva se apoya en tributos de base amplia y que abarquen todas las actividades económicas. Estas características y exigencias impositivas, son cumplidas por el impuesto sobre la renta, asistido en los aspectos de recaudación y reducción de los márgenes de evasión, por el impuesto a los activos empresariales (en el caso de Venezuela vigente desde 1993). Esto no excluye la posibilidad de instaurar mecanismos de descentralización fiscal para el financiamiento de la gestión estadal.

El *principio de flexibilidad activa* impone que el sistema tributario se configure de manera tal que la política tributaria pueda actuar y regular las magnitudes macro-

119. MUSGRAVE, Richard y Peggy, *Hacienda Pública teórica y aplicada*, Mc Graw Hill, Madrid 1992, *passim*.

económicas en aras de la estabilidad económica, mediante una adecuada organización de las estructuras que lo conforman, de los procedimientos de imposición y de las facultades jurídico-políticas para una variación de las cargas fiscales que se correspondan con la coyuntura, asegurando la estabilidad aproximada del valor del dinero y del empleo y colocando a la política fiscal en condiciones de contrarrestar tanto las tendencias inflacionistas del desarrollo como las deflacionistas.

Los tributos que, según Neumark, permiten la verificación de este principio, son los impuestos a la renta, a los beneficios, a las ventas, y ciertos y limitados consumos específicos. De igual manera, según el maestro alemán, en la legislación impositiva deben existir autorizaciones de variaciones discrecionales a favor del Ejecutivo, evitando la vía legislativa, para actuar con rapidez y vigor en las variaciones fiscales requeridas por la política de coyuntura y el manejo de las circunstancias meramente políticas propias de las democracias *reales*[120].

El gobierno podría actuar sin escollos de ningún tipo, tanto en los casos de aumentos fiscales anti-inflacionarios como en las reducciones fiscales motivadas por la política de crecimiento; en otras palabras, el Ejecutivo estaría en capacidad de elaborar una política discrecional y anticíclica.

Si se toma en cuenta que las políticas de estabilización de la economía corresponden fundamentalmente, por no decir exclusivamente, al Poder Nacional, las especies tributarias más adecuadas para lograr la racionalización del sistema tributario, por lo menos en Venezuela, son el impuesto sobre la renta y los impuestos generales y específicos al consumo, en los términos analizados en este trabajo.

En el caso específico de Venezuela, la Ley de impuesto sobre la renta y su correspondiente reglamentación, facultan al Ejecutivo Nacional para tomar ciertas medidas que le permiten actuar con rapidez en el manejo de coyuntura, de conformidad con los principios generales esbozados por Neumark: las retenciones[121] y las declaraciones estimadas de enriquecimiento, a título de anticipo.

Desde la Ley de 1943, la legislación venezolana en materia de impuesto sobre la renta establece la figura de la retención, sin alterar la regla general conforme a la cual es la determinación del contribuyente, mediante las declaraciones de rentas, la que obtiene o recibe el medio por excelencia para la recaudación del tributo. La retención, para "asegurar la recaudación efectiva del impuesto, se ha establecido como obligación para los deudores de ciertas categorías de rentas, de retener en el momento del pago el monto del impuesto proporcional que grava esos enriquecimientos"[122]. Con el transcurso del tiempo, y a raíz de los planes de fiscalización adelantados, utilizando como herramienta la institución de la retención, amén de constituir un anticipo de impuesto y, consiguientemente, una garantía de recaudación efectiva, se emplea como instrumento eficaz de control fiscal, a través del cruce de información entre los deudores de los enriquecimientos o ingresos brutos, objeto de retención (agentes de retención), y los beneficiarios de dichos pagos.

---

120. NEUMARK, Fritz, *op. cit., passim*.

121. *Cf.,* PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Política fiscal, política monetaria y retenciones" en *Boletín Torres Plaz & Araujo Abogados*, Caracas junio 1995, pp. 6-8.

122. TINOCO, Pedro (hijo), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela*, Ávila Gráfica, Caracas 1950, p. 249.

En la tradición legislativa venezolana del impuesto sobre la renta, la Ley vigente[123] en su artículo 87 establece que los deudores de enriquecimientos netos o ingresos brutos, tales como sueldos y salarios e intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por instituciones financieras no domiciliadas en el país; ingresos percibidos por productores y distribuidores de películas en el exterior, juegos y apuestas, están obligados a efectuar la retención correspondiente en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterar tales cantidades en una oficina receptora de fondos públicos, dentro de los plazos y formas establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias.

De igual forma, el artículo 87 atribuye potestad al Ejecutivo Nacional para fijar las tarifas o porcentajes de retención de acuerdo con la normativa legal relativa a las tarifas números 1, 2 y 3 del gravamen proporcional para aquellos enriquecimientos obtenidos por personas naturales y jurídicas no residentes; y para disponer que se retenga en la fuente impuesto sobre cualesquiera otros enriquecimientos disponibles, renta bruta o ingresos brutos distintos a aquellos señalados en la ley. Adicionalmente, se le faculta para designar agentes de retención a una serie de personas y entes mediante actos administrativos de efectos generales.

No obstante, las bondades de la retención en la fuente como medio para estructurar una política fiscal anticíclica, configuradora del principio de racionalidad del sistema tributario de flexibilidad activa, que permite actuar con rapidez sin recurrir al procedimiento engorroso de aprobación legislativa, han sido muchas las posiciones contrarias a su existencia, empleándose argumentos fundamentados en motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad, respectivamente, por violar principios de justicia y por quebrantar el principio de legalidad tributaria o de reserva legal, constitutivo de una flagrante violación del artículo 3 del Código Orgánico Tributario que lo desarrolla; precepto que reserva a la legislación especial tributaria la indicación de los sujetos pasivos y la fijación de la alícuota respectiva. En efecto, de acuerdo con la interpretación de los artículos 19 y 25 del Código Orgánico Tributario los agentes de retención deben considerarse sujetos pasivos[124].

La disyuntiva, por un lado, entre la necesidad de contar en la legislación impositiva con instrumentos que permitan inyectar cierta flexibilidad al sistema tributario para actuar sobre la coyuntura, al autorizar y habilitar al Ejecutivo para que en el ejercicio de la potestad tributaria (potestad reglamentaria) pueda fijar cualquiera de los elementos del tributo y mantener la preeminencia del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo en la creación de los tributos, por el otro, ha sido motivo de controversia en cuanto a doctrina y jurisprudencia nacional, lo que se reduce a determinar cuál es el contenido de la ley tributaria o, lo que es lo mismo, qué debe entenderse por que el tributo esté establecido por ley y si puede delegarse al Ejecutivo Nacional la fijación de cualquiera de los elementos integradores de su estructura. La controversia señalada, reflejo y consecuencia del afán del Poder Legislativo de no reconocer facultades al Ejecutivo en las variaciones en los instrumentos fiscales -situación que no es exclusiva de Venezuela-, se decidió a favor del Legislativo con la reforma del artículo 3 del Código Orgánico Tributario, al incorporar un parágrafo segundo conforme al cual "en ningún caso se podrán delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal". Con esta disposición

123. *G.O.* nº 5566 Extraordinario del 28 de diciembre del 2001.

124. *Cf.,* PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y MOREÁN RUÍZ, Oscar, "Límites cuantitativos de la responsabilidad de los agentes de retención" en *Boletín Torres Plaz & Araujo Abogados,* Caracas enero/febrero 1998, pp. 5-9.

incorporada en la reforma del Código Orgánico Tributario de 1992, los mecanismos que permitirían la flexibilidad del sistema tributario no tendrían legitimidad alguna, a pesar de que todavía se encuentran vigentes las normas de las leyes impositivas especiales que lo establecen.

Sin embargo, presente la importancia de la imposición indirecta en la reestructuración de las finanzas públicas y, en consecuencia, habiéndose incorporado el impuesto al valor agregado, el legislador nacional estableció en la citada disposición, la posibilidad de que la ley especial tributaria en los casos de los impuestos indirectos, específicos y generales al consumo, autorice para que anualmente se proceda a fijar en la Ley de Presupuesto la alícuota del impuesto entre el límite inferior y máximo que ella establezca.

Así, la reforma introducida es un paso importante en la racionalización del sistema tributario, al reconocerse el hecho de que este constituye un "instrumento para la consecución de una distribución del gasto total sobre la economía[125], que conjuntamente con el presupuesto que sirve de instrumento de la política económica tiene una visión de conjunto, sistemática, de los programas sectoriales diseñados por el Ejecutivo y sus repercusiones financieras. El sistema tributario se vale así del presupuesto para lograr la estabilidad económica, al permitir contar con ingresos suficientes de fuente tributaria, en los casos en que las demás fuentes, por alguna causa, no generen los recursos suficientes para garantizar le gestión estatal en su conjunto.

Este mecanismo de flexibilidad activa, excluye en cierta medida el engorroso proceso legislativo, pues las limitaciones constitucionales y legales impiden que la partida de ingresos pueda, por lo menos, desde el punto de vista de derecho positivo, ser alterada por el Poder Legislativo.

En efecto, como lo afirma la jurista venezolana Judith Rieber de Bentata, desde el punto de vista jurídico la intervención del Congreso en el proceso presupuestario tiene por objeto ejercer un control previo sobre el destino de los dineros públicos, y establecer un límite máximo a la autorización para gastar. Por el contrario, al Poder Ejecutivo le corresponde calcular los ingresos posibles y presentar los gastos que pretende realizar para que el Congreso los autorice; pero éste no puede invadir la competencia del Presidente de la República expresada, en este caso, mediante la formulación del proyecto de presupuesto, lo cual sucedería si el Poder Legislativo crea partidas distintas a las presentadas por el Ejecutivo, o introduce en ellas reformas sustanciales[126].

Así las cosas, el Ejecutivo -a quien corresponde la iniciativa de ley en materia presupuestaria-, al elaborar el presupuesto y estimar los ingresos provenientes de la tributación indirecta, debe hacerlo sobre la base de la fijación previa de la alícuota impositiva, entre el límite inferior y superior establecido en la ley especial tributaria correspondiente, sin que el Congreso jurídicamente pueda objetar su fijación. A lo sumo, y siguiendo la práctica inveterada, no prevista en nuestro ordenamiento positivo, lo único que restaría al Poder Legislativo es devolver el proyecto de presupuesto al

125. JARACH, Dino, *op. cit.*, p. 88.

126. RIEBER DE BENTATA, Judith, "Límites a la potestad legislativa en la aprobación de la Ley de Presupuesto" en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. II., UCV, Caracas 1981, p. 695.

Ejecutivo para que éste efectúe los ajustes correspondientes en la estimación de ingresos y en el nivel de gastos[127].

En tal sentido, la estimación de los recursos ofrece una mayor seguridad y precisión, permitiendo, además, al Ejecutivo una mayor flexibilidad en el establecimiento aproximado del rendimiento anticipado de los impuestos indirectos, de acuerdo con la coyuntura económica del momento, que se pretenda influir y moldear. El rendimiento de los impuestos indirectos está condicionado por el volumen de la producción y el comercio, el cual puede variar intensamente en un año. En lo sucesivo -partiendo de la aprobación de las leyes impositivas, que crean las figuras impositivas indirectas a que hemos aludido a lo largo del presente estudio-, los gobiernos tendrán una política fiscal facilitada por los cambios operados en el sistema tributario, que le permitirá actuar oportunamente sobre la coyuntura económica, moldeando las distintas magnitudes macroeconómicas (consumo, ahorro, déficit fiscal), lo cual avala la necesidad -apuntada con anterioridad- de acoger criterios de racionalidad económica y financiera para coordinar los sistemas económico y tributario.

En tal virtud, facultando el Código Orgánico Tributario, previa autorización de la ley tributaria, la fijación de la alícuota en la Ley de Presupuesto, el gobierno de turno podrá tomar medidas inmediatas para que en épocas de auge aumente la alícuota impositiva, lo cual reduce el poder adquisitivo del sector privado de la economía, disminuyendo los índices de inflación; y, en los casos de recesión aumente la alícuota impositiva a fin de extraer los recursos de los consumidores (en general) necesarios para la reactivación del aparato productivo.

En igual sentido, la habilitación para fijar la alícuota o el tipo impositivo permite la elaboración de políticas tributarias racionales, a partir del rendimiento de los impuestos directos y de su recaudación efectiva, aumentando o disminuyendo la presión fiscal. Si se toma en cuenta la presencia de impuestos directos, general a las ventas (tipo IVA) armonizado con los impuestos específicos, de administrarse con planes y políticas coherentes de reducción de los márgenes de evasión, donde las nuevas figuras impositivas cumplen un rol fundamental, el aumento de la recaudación del impuesto sobre la renta permitirá el ordenamiento del impuesto general a las ventas tipo valor agregado con alícuotas impositivas más bajas a aquellas fijadas en períodos en donde el producido de los impuestos directos no haya alcanzado un rendimiento satisfactorio.

C. Los criterios de racionalidad administrativa

El sistema tributario no puede perfeccionarse ni racionalizarse si olvidamos que la Administración tributaria -tal como lo afirma el catedrático español Fuentes Quintana- es dirigido por hombres; de ahí la importancia de los criterios de racionalidad que nos ocupa. Todos los hacendistas han insistido sobre la importancia vital de este punto para mejorar el nivel impositivo de un país, valorándose al extremo de afirmar que ningún principio serviría de gran cosa si éste no se cumple. En consecuencia, se impone que la permanente adaptación del sistema tributario a las realidades económicas, políticas y sociales sea un proceso integral, que tenga por epicentro la Administración tributaria y por objeto el empleo de criterios de racionalidad administrativa. Su exclusión de los

127. RACHADELL, Manuel, *Lecciones sobre presupuesto público,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, p. 189.

planes de reforma y modernización de los sistemas tributarios sería una reforma tributaria condenada *ab initio* al fracaso, con enorme resistencia por parte del Poder Legislativo al momento de la discusión de los proyectos de leyes impositivas sometidos a su consideración, permitir al Ejecutivo contar con nuevas fuentes generadoras de recursos, y de rechazo por los contribuyentes, que puedan sentir que la ineficiencia y la falta de apego a la juridicidad de la Administración tributaria -para no hablar del sentido ético en el ejercicio de la función pública- no vale la pena por el esfuerzo y sacrificio patrimonial que trae consigo el pago de tributos. Parafraseando el título de la obra del gran maestro italiano Luigi Einaudi[128], resultaría un mito y una paradoja pretender adelantar una reforma tributaria si la Administración tributaria encargada del ordenamiento del sistema que se pretende perfeccionar se deja intacta, con sus vicios y defectos, causantes del deterioro que seguramente origina su reforma. Cualquier modelo de sistema tributario, desde el más complejo como el que propone Neumark, hasta aquéllos que presentan mayor sencillez no podrá materializarse hasta tanto no se instrumente una Administración tributaria eficiente y efectiva.

La Administración tributaria -de cualquiera de los niveles resultantes de la distribución vertical del Poder Público- no es un ámbito extraño, autónomo e independiente del resto de la actividad del Estado venezolano; a ella corresponde, dentro del esquema de perfeccionamiento del sistema tributario, dar operatividad a los criterios de racionalización, que traducen sus propios fines, y los objetivos de coadyuvar en la consecución de los propios de los sistemas económicos y políticos, siendo unos y otros los fines del Estado; y la consecución de éstos, se logra por la actuación de los de la Administración Pública -entendida en su sentido orgánico-, como conjunto de órganos e instituciones dispuestas para la consecución de determinados fines.

En cuanto a la Administración tributaria, dentro de la organización administrativa se le impone hacer viable que el sistema tributario se convierta en un instrumento de política fiscal, entendida ésta como "la programación eficaz de los ingresos y gastos públicos, así como de la relación entre ellos a través del presupuesto en orden a lograr los efectos deseados sobre la renta nacional, la ocupación y el nivel general de precios". En otras palabras, la Administración tributaria, resume operacionalmente los criterios económicos y financieros de racionalidad, a partir del cual se obtienen los lineamientos generales de la política tributaria, integradora de la política fiscal.

La actividad administrativa que desarrolla la Administración tributaria, de carácter sublegal, pues constituye la ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, está referida al ejercicio de funciones administrativas, de la función legislativa y la función jurisdiccional. Estas actividades administrativas, cumplidas por la Administración tributaria, constituyen el campo normal del Derecho administrativo[129].

---

128. EINAUDI, Luigi, *Mito y paradojas de la justicia tributaria,* Ariel, Barcelona 1959.

129. BREWER-CARÍAS, Allan, "El problema de la definición del acto administrativo" en *Libro homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, t.I, UCV, Caracas 1984, *passim*.

(a) las funciones administrativas

En lo que respecta a las *funciones administrativas*[130] desarrolladas por la Administración tributaria, podemos clasificarlas en tres niveles -algunos prefieren hablar de sistemas- claramente diferenciados de la siguiente manera:[131]

A. *Nivel operativo*

Conformado por las funciones de recaudación, fiscalización y cobranza.

A.1 La función de *recaudación*, que tiene por objeto la percepción del pago del tributo que constituye el objeto de la obligación tributaria principal, e incluye la elaboración de formularios de declaración e información así como su recepción y procesamiento, y la elaboración de los manuales de consulta del contribuyente.

Uno de los aspectos esenciales y contentivos de los planes maestros de reforma de los sistemas monetarios de Administración tributaria es el permitir la *aplicación del principio de subsidiariedad a la Administración tributaria*[132], esto es asignarle al sector privado -aún a entes descentralizados funcionalmente- aquellas funciones operativas de recaudación (elaboración de formularios de declaración y pago de tributos, sanciones pecuniarias, intereses y recargos, su recepción y la percepción del ingreso correspondiente); y cobranza (judicial y extrajudicial), así como las funciones auxiliares y de apoyo: procesamiento automático de datos, levantamiento de estadística tributaria, información a los sujetos pasivos y público en general y registro con fines de control fiscal de contribuyente y responsables[133].

Las modernas tendencias en materia de política tributaria apunta hacia la *privatización* de las funciones administrativas de la Administración tributaria, buscando la mayor eficiencia en el desempeño de las funciones operativas y de apoyo, tanto en lo que a costos como a productividad se refiere. Así, por ejemplo, contar con la infraestructura de servicio y los modernos equipos de procesamiento de datos de la banca comercial -que en nuestro país alcanzan niveles reconocidos de excelencia e innovación tecnológica- en la recepción de las declaraciones y de pago de los distintos tributos, la *captura* de los datos contenidos en las declaraciones; el de efectuar la

---

130. Artículo 121 del Código Orgánico Tributario.

131. *Cf.*, Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIEDT/OEA), *El Sistema de funciones de la Administración Tributaria*, CIEDT/Doc n° 645; LLANES, Luis y DÍAZ, Leonel, *El control de los impuestos en los países en desarrollo en América*, R.D., INCAT, Santo Domingo 1991.

132. GIL DÍAZ, Francisco, "El principio de subsidiariedad aplicado a la Administración tributaria", ponencia presentada en la *Conferencia sobre Información Tecnológica y Cumplimiento Fiscal*, Harvard noviembre 1992, citado por JENKINS, Glenn P., "Autonomía y relación en la Administración tributaria con el resto del sector público" en *tendencias modernas de la tributación y la Administración Tributaria XXVII*, Asamblea General del CIADT, Santiago de Chile 1993, pp.19-23.

133. El Artículo 126 del Código Orgánico Tributario establece:

Artículo 126. Las informaciones y documentos que la Administración tributaria obtenga por cualquier medio, tendrán carácter reservado y sólo serán comunicadas a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad en los casos que establezcan las leyes. El uso indebido de las informaciones reservadas dará lugar a la aplicación de las sanciones respectivas.

Parágrafo Único: Las informaciones relativas a la identidad de los terceros independientes en operaciones comparables, y la información de los comparables utilizados para motivar los acuerdos anticipados de precios de transferencia, sólo podrán ser reveladas por la Administración Tributaria a la autoridad judicial que conozca del recurso contencioso tributario interpuesto contra el acto administrativo de determinación que involucre el uso de tal información.

impresión y distribución -la más de las veces gratuita- de los formularios de declaración y pago a través del sector privado**;** o el de desarrollar la función de procesamiento de datos con empresas especializadas, ha presentado resultados extraordinarios en la política de reducción de la evasión fiscal en países como Argentina, Colombia, Chile México y Venezuela, entre otros[134]. Las funciones operativas así realizadas, permiten un mayor control sobre los contribuyentes y sobre la recaudación diaria y el ingreso a la Tesorería.

En el caso venezolano, la norma contenida en el numeral 10 del artículo 121 del Código Orgánico Tributario, constituye un gran avance en el perfeccionamiento y racionalización administrativa del Sistema Tributario, al favorecer una política más audaz, que evite a la Administración acudir al procedimiento engorroso de la aprobación legislativa de la contratación del servicio con los bancos y demás instituciones financieras, institutos bancarios para recibir ingresos por una cuenta del tesoro, y cualesquiera otros relacionados con dicho servicio, tal como lo establecía el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 340 del citado Código, resulta inaplicable.

A.2. La función de *fiscalización*[135] (denominada también función de determinación)[136] y verificación[137], tiene por objeto corroborar que el cumplimiento de las obligaciones -pago del tributo y cumplimiento de los deberes formales- por parte de los sujetos pasivos se ha efectuado en forma correcta y, en los casos de omisión, inducir a su cumplimiento de conformidad con las leyes, reglamentos y providencias dictadas por la Administración tributaria. Esta función de fiscalización y determinación, a que se refiere el Capítulo II (Determinación) y en la Sección Cuarta (Determinación por la Administración tributaria y aplicación de sanciones) del Capítulo IV (Tramitación) del Título IV (De la Administración tributaria) del Código Orgánico Tributario.

Si bien las reformas sucesivas del Código Orgánico Tributario han introducido importantes modificaciones en los procedimientos a través de los cuales se manifiesta la actividad administrativa en las funciones de inspección y fiscalización, específicamente en lo atinente a la verificación y a la determinación por la Administración tributaria y la aplicación de sanciones, preocupa la tendencia cada día mayor de establecer amplias facultades en perjuicio de los derechos de los sujetos pasivos bajo la argumentación de la búsqueda de la eficiencia y eficacia, y por lo tanto, de la consecución del cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias[138].

A.3. La función de *cobranza* es la última etapa del procedimiento operativo de la Administración tributaria. Tiene por objeto adoptar las medidas administrativas o judiciales para que ingrese efectivamente a la Tesorería el monto que por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos constituyan créditos a favor del Fisco. En el

---

134. *V.,* Subsecretaría de Ingresos de México, "Evasión fiscal en México", Ponencia presentada en el *V Seminario Regional de Política Fiscal, Estabilización y Ajuste* CEPAL-PNUD, Santiago de Chile enero 1993.

135. *Cf.,* PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "La gestión de los tributos locales: su contratación administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano. Esbozo para una gestión administrativa eficiente" en *Tributación Municipal en Venezuela II,* PH Editorial C.A., Caracas 1998, pp. 45-90.

136. RUAN SANTOS, Gabriel, "La función de determinación en el nuevo Código Orgánico Tributario (fiscalización y determinación)" en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001, op. cit.,* pp. 405-449.

137. RAMÍREZ VAN DER VELDE, Alejandro, "Los procedimientos administrativos previstos en el nuevo Código Orgánico Tributario" en *Estudios sobre…, op. cit.,* pp. 555-596.

138. *Cf.,* FRAGA PITTALUGA, Luis, *La defensa del contribuyente frente a la Administración Tributaria,* FUNEDA, Caracas 1998.

primer tipo de cobranza, estamos en presencia de una función típicamente administrativa; en la segunda, la Administración tributaria realiza lo conducente para demandar judicialmente el pago de los créditos, siguiendo para ello el procedimiento de juicio ejecutivo previsto en el Código Orgánico Tributario.

B. *Nivel normativo*

El nivel normativo se encuentra integrado por las integrado por las funciones de complementación legislativa y programación y sistemas de trabajo.

B.1. La función de *complementación* legislativa que la Administración tributaria desarrolla como parte de la actividad administrativa, permite clarificar e interpretar las disposiciones del ordenamiento jurídico tributario que, por lo general, son poco inteligibles y precisas, restándole -en el lenguaje de Neumark- eficacia operativa o técnica al sistema tributario, disminuyendo su nivel de racionalidad[139].

Las instrucciones internas o administrativas impartidas por la Administración tributaria a sus funcionarios, en ejercicio de esta función, no son de obligatoria observancia para los contribuyentes y responsables[140].

Igualmente, debemos incluir dentro de esta función administrativa de complementación de la ley, el régimen de consulta establecido a favor de quienes tienen un interés calificado; es decir, personal, legítimo y directo sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación concreta, consulta que tiene un régimen especial en cuanto a los efectos que se originan de su formulación y los límites a la potestad sancionatoria de la Administración. La formulación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos (presentación de escritos de descargos; la interposición del recurso jerárquico ni exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, declaración y pago del tributo). La Administración tributaria no podrá imponer sanción alguna a los contribuyentes que en la aplicación de la legislación tributaria hubiesen adoptado el criterio o interpretación contenida en alguna consulta que haya sido evacuada con anterioridad sobre algún asunto similar[141].

Las previsiones normativas referidas a la competencia de la Administración tributaria en los distintos instrumentos prescritos en la legislación de cada país (vgr. el Código Orgánico Tributario) y que permiten el desarrollo de estas funciones administrativas, contribuyen a la racionalización del sistema al prescribir la sujeción de aquella al *bloque de legalidad* y favorecer el cumplimiento voluntario y oportuno de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes y responsables, reduciendo los márgenes de evasión tributaria, objetivo terminal de toda Administración tributaria moderna y, lo más importante, que el desarrollo de tales funciones se cumpla sin desconocer los derechos fundamentales del contribuyente.

---

139. Así, el Código Orgánico Tributario en el numeral 13 del artículo 121 atribuye facultad a la Administración para llevar adelante esta función, al establecer:

Artículo 121: La Administración tributaria, por órgano de la más alta autoridad jerárquica, o de las que señala la ley o el reglamento correspondiente, podrá dictar instrucciones de carácter general a sus subalternos, para la interpretación y aplicación de la ley tributaria. Tales disposiciones deberán ser publicadas en la Gaceta de la Republica de Venezuela.

Las instrucciones a que se refiere el presente artículo podrán ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico del funcionario que las dictó o por el mismo funcionario de la cual emanaron, en caso de que éste sea el superior de la respectiva Administración tributaria.

140. Artículo 3 del Código Orgánico Tributario.

141. Artículos 230 y ss. del Código Orgánico Tributario.

B.2. La función de *programación y sistema de trabajo* tiene como objetivo fundamental hacer que cada unidad administrativa que conforma la Administración tributaria adopte la estructura que le permita ejercer más eficientemente las facultades atribuidas para un mejor desarrollo de la función encomendada, y las formas y técnicas con apego a las cuales debe desarrollar las tareas correspondientes, asegurando una mayor eficacia administrativa.

Sin embargo, esa eficacia administrativa no puede llevar al establecimiento de políticas discriminatorias de los contribuyentes o a la definición de plazos u otras manifestaciones que constituyan privilegios o prerrogativas para cierta categoría de contribuyentes, quebrantándose de esta manera el principio de igualdad y generalidad.

(b) La función legislativa

La función legislativa es la ejercida por la Administración tributaria en el desarrollo de la actividad administrativa y cumple un rol importante en la creación del ordenamiento jurídico. La función legislativa englobaría tanto a la potestad reglamentaria, como a la producción de normas internas, tal como se desprende del numeral 5 del artículo 3 del Código Orgánico Tributario que al jerarquizar las fuentes del derecho tributario se refiere a "las reglamentaciones y demás disposiciones de carácter general establecidas por los órganos administrativos facultados al efecto".

El reglamento como norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración, se encuentra condicionado, con posibilidades tasadas. Los Reglamentos dictados mediante Decretos, como normas de desarrollo y ejecución de la ley tributaria, tienen una sumisión absoluta a ella; por una parte, no puede invadir la reserva legal en materia tributaria consagrada constitucionalmente como límite al ejercicio del poder tributario, y desarrollada por el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, y por la otra, en caso de que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea procedente, el Reglamento no puede dejar sin efecto ni contradecir las disposiciones legales; es decir, no puede alterar su espíritu, propósito y razón[142].

En el ámbito del Derecho tributario, constituye materia objeto de reglamentación la exigencia del cumplimiento de deberes formales,[143] el establecimiento de controles administrativos, formalidades y plazos para la recaudación del tributo y la organización de la Administración tributaria.

A la Administración le esta dado el ejercicio de la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no hayan sido expresamente reservadas a la reserva legal. En tal virtud, puede afirmarse que la *delegación legislativa* en las materias de reserva legal no es admisible en el Derecho Tributario venezolano, de conformidad con lo establecido en la primera parte del parágrafo segundo del artículo 3 del Código Orgánico Tributario: "En ningún caso se podrán delegar las materias reservadas a la ley en este artículo". El referido dispositivo trunca cualquier intento de sostener y defender la existencia en nuestro ordenamiento jurídico tributario de un principio de reserva legal relativo, permitiendo que el Ejecutivo por vía reglamentaria fije el tipo impositivo entre el límite inferior y superior autorizado por la correspondiente ley.

142. Numeral 10 articulo 236 de la Constitución.
143. Artículo 145 del Código Orgánico Tributario.

Si aceptamos, como lo hace parte de la doctrina administrativista, que la materia relativa a la organización debe definirse partiendo del elemento normativo, en consecuencia, ha de entenderse por organización el conjunto de disposiciones que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de los aparatos predispuestos para el ejercicio de la función pública (potestad organizativa),[144] debemos referirnos a las normas de carácter interno y organizativo -en lo que se puede denominar la potestad reglamentaria *doméstica*- contenidas en Resoluciones dictados por los despachos ministeriales de finanzas y hacienda pública, mediante las cuales se dictan los denominados *reglamentos internos* que estructura y organiza las unidades encargadas de ejecutar las leyes tributarias general y especiales en los niveles operativo y normativo, atribuyendo competencia a sus órganos, asignando las correspondientes funciones -propias de cada nivel-, las modalidades de la comunicación entre unas y otras, y la relación de jerarquía.

En igual sentido, las decisiones generales contenidas en las resoluciones a través de los cuales se asignan competencias en funciones operativas de fiscalización o se desarrollan disposiciones legales y reglamentarias referidas al cumplimiento de deberes formales

Nos restaría para agotar el tratamiento a la función legislativa de la Administración tributaria, el buscar el sentido que quiso atribuirle el legislador a la expresión *disposiciones de carácter general* contenida en el numeral 5 del artículo 2.

Existe una categoría de actos distintos en su naturaleza y en su régimen a los actos administrativos, denominados por la doctrina *actos de naturaleza interna* o, genéricamente, actos de la Administración, que producen efectos jurídicos respecto de los órganos de una misma persona pública estatal. Estos actos se les clasifican en varias especies: actos de colaboración (*vgr*. propuestas); actos de conflictos (*vgr*. conflicto de competencias); actos consultivos (*vgr*. dictámenes), y actos de jerarquía (*vgr*. las circulares e instrucciones).

De las indicadas especies, producto de relaciones interorgánicas, nos interesa destacar las circulares e instrucciones, cuyos efectos operan dentro del ordenamiento interno de la persona pública estatal en la cual se desenvuelven. En relación con estos actos se le han considerado -reiteramos- como una categoría distinta de los actos administrativos, no obstante, que supletoriamente se reconozca la procedencia de las normas y principios que rigen los actos administrativos. En efecto, se les atribuye como características principales el no estar regidos por el principio de ejecutoriedad y estabilidad del acto administrativo, no requiriéndose para su validez ningún régimen de publicidad, y no pudiendo ser objeto de recursos de impugnación en sede administrativa o judicial.

Las instrucciones son dictadas en ejercicio de una potestad jerárquica y pueden distinguirse varias especies de órdenes de servicio, que son las disposiciones en las cuales el órgano prescribe la conducta del subordinado para un caso específico, sobre el cual este último deba decidir o, en general, realizar alguna actuación. Las instrucciones de servicio, constituidas por las prescripciones que los superiores hacen a los funcionarios y órganos inferiores respecto al funcionamiento y organización de la

144. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Teoría General de Actividad Administrativa*, UCV-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, *passim*.

correspondiente unidad administrativa, del trámite de los procedimientos administrativos y de las modalidades para la realización de las distintas actividades.

En nuestro criterio, cuando el legislador emplea los términos órdenes e instrucciones lo hace como dos categorías independientes, cuando lo cierto es que una se encuentra con respecto a la otra en relación especie- género; y que, cuando se refiere a las instrucciones de carácter general dictadas por la Administración tributaria a sus subordinados para la interpretación y aplicación de la ley tributaria, y se está refiriendo a las denominadas órdenes interpretativas, otra de las especies de las instrucciones como figura típica de la actividad interna de la administración.

Las circulares -según Massimo Severo Giannini- es un medio de comunicación o de información mediante el cual un órgano de la Administración actúa como informador de otro sobre determinados actos, hechos, o circunstancias. La definición aportada por el maestro italiano desvirtúa las posturas doctrinales que ubican como fundamento de esta figura de actos internos a la potestad jerárquica u organizativa.

La función legislativa de la Administración tributaria es ejercida a través únicamente de actos administrativos de efectos generales y bajo el condicionamiento de las leyes tributarias, debiendo definir esta categoría funcional de acuerdo con los criterios de los destinatarios y efectos, actos generales como categoría contrapuesta a los singulares o particulares, por estar destinados a un número indeterminado de personas o pluralidad determinada de ellas.

En tal sentido, y a la luz de las consideraciones precedentes, somos del criterio de que cuando el legislador se refiere a las demás "disposiciones de carácter general establecidas por los órganos administrativos facultados al efecto", lo hace pensando en las Resoluciones de carácter general, supra especificadas, y no en los actos internos: circulares e instrucciones, porque, en definitiva, como lo señala Pérez Royo, éstas se encuentran fuera del ámbito estrictamente normativo o de fuentes de Derecho, no suponiendo, en el caso de las órdenes interpretativas -instrucciones- actividad normativa, de innovación en el ordenamiento en sentido estricto, sino simplemente el sentido e interpretación de la normativa tributaria.

(c) La función jurisdiccional

Se trata de la actividad administrativa en la cual la Administración tributaria decide los recursos de impugnación administrativa interpuestos contra actos administrativos de efectos particulares determinativos de tributos, sancionatorios o que en cualquier forma afecten los derechos de los administrados[145], o cuando decide las reclamaciones de restitución de lo pagado indebidamente por tributos, intereses, sanciones y recargos, siempre que no estén prescritos[146].

El Código Orgánico Tributario debe armonizar los criterios de racionalidad administrativa -que persigue la eficiencia y eficacia de la Administración- al regular los procedimientos constitutivos y de segundo grado o de revisión con los derechos constitucionales de los sujetos pasivos y administrados en general, específicamente en lo relativo al derecho de petición y defensa, consagrando las garantías correspondientes.

---

145. Artículo 242 del Código Orgánico Tributario.
146. Artículo 194 del Código Orgánico Tributario.

Finalmente, consecuente con lo afirmado al principio de que el éxito de cualquier programa o plan de reforma del sistema tributario está condicionado a la existencia de una Administración tributaria eficiente y eficaz, los criterios de racionalización administrativa deben estar orientados a:

1. El ejercicio permanente de la función administrativa de complementación legislativa con el fin de garantizar la ejecución legítima de la legislación tributaria.

2. Políticas permanentes de reducción de los márgenes de evasión y elusión fiscal, que tengan por objeto la revisión permanente de los sistemas y procedimientos administrativos.

3. Programas sistemáticos de fiscalización que induzcan a los contribuyentes y responsables al cumplimiento voluntario de la obligación tributaria principal y deberes formales.

4. La privatización de las funciones operativas de recaudación y cobranza, así como las de apoyo.

5. La profesionalización y adiestramiento permanentes de los funcionarios que ejecutan la actividad administrativa en el ejercicio de las distintas funciones.

6. La estructuración de procedimientos administrativos flexibles y poco engorrosos que no menoscaben los derechos y garantías de los administradores sujetos pasivos.

V. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones precedentes, podemos concluir:

1. Los cambios vertiginosos que se suscitan en el entorno de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos generan nuevos valores que requieren ser objeto de estudio y regulación en la teoría de los derechos humanos y su incorporación a los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y nacionales destinados a su defensa.

2. En tal virtud, es necesario el análisis y estudio por parte del jurista para aportar soluciones idóneas a la legislación, las cuales deben tener como punto de partida el carácter universal, irreversible y progresivo de los derechos humanos.

3. El moderno constitucionalismo no ha preterido tal conceptuación de los derechos fundamentales y, en consecuencia, reconoce su carácter supraconstitucional y establece una cláusula genérica de eficacia de los mismos al proceder a una enumeración enunciativa y no taxativa (*numerus clausus*), según la cual tienen eficacia de pleno derecho en cada ordenamiento aquellos derechos humanos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución ni en los instrumentos internacionales sobre los mismos.

4. A pesar de que la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos no menoscaba su ejercicio, lo cierto es que la legislación interna dictada en ejecución directa de la Constitución debe adecuarse a aquellos nuevos valores emergentes de la mutabilidad del marco de las relaciones entre el Estado y el contribuyente con el fin de que los mismos se traduzcan en derechos subjetivos o en determinaciones de fines del Estado.

5. La eficacia inmediata de los derechos humanos supone la tutela jurisdiccional de los mismos, hasta el punto de que es procedente la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma prevista en el Texto Fundamental cuando ésta contraríe otras

disposiciones de igual rango o previstas en instrumentos internacionales consagratorios de tales derechos.

6. Los derechos humanos se erigen en limitaciones explícitas y directas al poder de imposición de las distintas manifestaciones públicas territoriales del Estado, para preservar el derecho de propiedad y de los cometidos del Estado que comportan la naturaleza de instrumentos en beneficio de los derechos subjetivos constitucionales consagrados a favor del ciudadano.

7. Los derechos humanos y las garantías que se erigen para su eficacia en principios constitucionales de la tributación condicionan las políticas tributarias y de Administración tributaria tendentes a la racionalización del sistema tributario; es decir, la vocación permanente en la búsqueda de su perfeccionamiento a partir del análisis comparativo entre un esquema o modelo teórico y el conjunto de exacciones existentes a objeto de la aproximación en la consecución de los cometidos y fines constitu-cionalmente trazados. Sin embargo, de nada vale que se logre una incidencia favorable del sistema tributario en el sistema económico y se cumplan los cometidos de política financiera en cuanto a la cobertura y financiamiento del gasto público, si ello implica contrariedad a los derechos fundamentales del contribuyente y desconocimiento a los principios que limitan el poder de tributación y que constituyen la garantía de los mismos.

8. La declaración formal de los derechos del contribuyente en el plan constitucional requiere del desarrollo preciso en cuanto al contenido y alcance de los mismos y su proyección en la tributación, sin que ello signifique desmentir lo afirmado en esta ponencia en cuanto a su aplicación y eficacia inmediata.

9. El instrumento jurídico del ordenamiento interno diseñado para tal fin debe concebirse como un código que reúna todas las normas e instituciones propias a la tributación, sin repeticiones incompletas o parciales de otros instrumentos que regulan con mayor exactitud y sistematización otros derechos humanos, supuesto en el cual se originan incompatibilidades o contradicciones que, en algunos casos, puedan resultar insalvables en perjuicio del contribuyente.

10. Igualmente, el instrumento jurídico, cualquiera sea su denominación, debe tener una jerarquía superior al resto de las leyes impositivas especiales creadoras de las especies tributarias. En consecuencia, el legislador debe sujetar el ejercicio del poder de tributación a las disposiciones contenidas en la ley que en el plano de la tributación desarrollan los principios generales de la tributación como garantía a los derechos fundamentales.

11. La ley así concebida que establezca los derechos del contribuyente debe necesariamente tener un alcance y vinculación con todas las entidades públicas de base territorial, evitando la consagratoria de supletoriedad so pretexto de una pretendida autonomía, pues los derechos del contribuyente y los principios de la tributación que derivan de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos deben ser objeto de desarrollo e interpretación general y no de una visión parcial o interesada de las entidades intermedias y menores del Estado.

12. Los denominados principios de imposición elaborados por las ciencias distintas al Derecho Tributario, y que tienen por objeto el estudio de las finanzas públicas, permiten al jurista un mejor contexto de interpretación que le permite analizar con mayor propiedad los hechos que constituyen los presupuestos normativos definidos como hechos imponibles y aplicar las consecuencias jurídicas de la vigencia.

13. Los principios de imposición, conjuntamente con los principios constitucionales de la tributación, permiten establecer un examen de la sujeción del ejercicio del poder de tributación al bloque de la constitucionalidad, no sólo en lo que se refiere a la definición de los elementos del hecho imponible, sino también respecto del reparto de competencias efectuado por la Constitución, ambos supuestos garantías de los derechos del contribuyente.

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO *IMPUESTO* AL DÉBITO BANCARIO

José Muci-Abraham
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. RESEÑA DE ANTECEDENTES

El día 7 de marzo del 2002 la Asamblea Nacional sancionó, únicamente con el voto de la mayoría oficialista, caracterizada por su docilidad y gregarismo, ese adefesio llamado *Ley que establece el Impuesto al débito bancario*, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.401, del 11 de marzo del 2.002.

Es esta la tercera vez que en Venezuela se expide una absurda ley de esa especie, pues anteriormente instrumentos legislativos similares fueron sancionados en 1.994, durante el gobierno del Presidente Rafael Caldera, y en 1.999, durante el gobierno del Presidente Hugo Chávez. Siempre -antes y ahora- la sanción de tales Leyes fue precedida de duras críticas, fundadas en la evidente inconstitucionalidad de las mismas. A pesar de esas censuras -y sin que nadie se tomase la molestia de refutarlas o combatirlas - las Leyes en referencia fueron de todos modos dictadas, lo que demuestra que el interés político en el establecimiento de la referida exacción, y en su cobro, primaron sobre cualquier argumento referente a su adecuación a los textos constitucionales. Así son las cosas hoy en nuestro país. Sobra decir que no siempre fueron así.

Resulta pertinente destacar que mientras las Leyes de 1994 y 1999 fueron expedidas bajo el imperio de la Constitución de 1961, la tercera Ley, promulgada en el 2002, lo fue durante la vigencia de una nueva Constitución, la de 1999. Esta observación nos conducirá de la mano a hacer algunas ulteriores referencias a tales Constituciones.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL IMPUESTO AL DÉBITO?

En las tres Leyes mencionadas anteriormente el impuesto establecido es sustancialmente igual, sin que valga la pena, para los fines que buscamos, mencionar los irrelevantes detalles que pudieran diferenciarlas. Por ello, nos limitaremos a citar textualmente el artículo 1 de la Ley del 2002 -cuya pésima redacción es notoria- en el cual se define así el *hecho imponible:*

> *Artículo 1*: Se establece un impuesto que grava los débitos o retiros efectuados en cuentas corrientes, de ahorros, depósitos en custodia, o en cualquier otra clase de depósitos a la vista, fondos de activos líquidos, fiduciarios y en otros fondos del mercado financiero o en cualquier otro instrumento financiero, abiertos o ubicados en Venezuela, realizado en los bancos e instituciones financieras regidos por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley del Mercado de Capitales y las demás leyes especiales que rijan a otras instituciones financieras.

Para no complicar la materia innecesariamente, baste decir que de ahora en adelante, aunque parezca absurdo -y lo sea-, en Venezuela es un *hecho imponible* el débito o retiro de dinero en cualquiera de las formas indicadas *supra*, por lo que una vez efectuado uno u otro surge la obligación *objetiva* de pagar el impuesto por parte del titular de la cuenta, con prescindencia de cualquier otra circunstancia (Artículo 4). Lo que se grava es el uso del dinero bancario, su movilización.

La *base imponible* del tributo bajo análisis, por otra parte, es el importe o la cuantía de cada débito o retiro de fondos, sin que puedan deducirse comisiones o gastos realizados con ocasión de los anteriores hechos, sea cual fuere la naturaleza de éstos (artículo 6). La *alícuota*, finalmente, es el cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) sobre la cuantía del débito que se practique o del retiro que se haga. (Artículo 7).

Resta decir que la *alícuota* arriba mencionada, a más de ser bastante alta, en el caso de la especie fue fijada de una manera atolondrada. En efecto, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se expresa que la *alícuota* es del cero coma cincuenta por ciento (0,50%), y luego, en el articulado de la Ley, sin ton ni son, la *alícuota* aparece fijada en el cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%), lo que denota que los Proyectistas no tenían una idea precisa de cuál debía ser el monto aproximado de la recaudación, y para no errar, aumentaron sensiblemente y de manera irresponsable la *alícuota* inicialmente prevista.

Del pago del impuesto nadie escapa; no hay ni efugio ni evasión posibles, porque el gravamen se aplica automáticamente al ser inscrito un débito o al efectuarse un retiro de fondos, todo con arreglo a un programa de computación que observan sus perceptores. Nadie interviene en el cálculo. Todo ocurre fríamente.

El débito y la recaudación del tributo ocurren sin solución de continuidad, uno tras otro, lo cual es posible porque quien estampa el débito o suministra los fondos que se le requieren y también cobra el impuesto, es una misma persona: la institución financiera de que se trate, cuyos servicios, por lo que al impuesto atañe, son gratuitos.

La *Ley que establece el Impuesto al Débito Bancario* se aplica hasta el día 14 de Marzo del 2003 (artículo 26), lo cual se explica porque tratándose de una Ley tan perniciosa (Véase *infra*, Cap. V), su vigencia debe hallarse temporalmente limitada.

Quedan así descritos los lineamientos esenciales del llamado *impuesto al débito bancario*, el cual únicamente se explicaría -en las legislaciones donde se le admita expresamente- en el marco de una situación política, económica o social extrema y también de una excepcional gravedad, como lo sería, por ejemplo, la necesidad de reparar sin demora daños esenciales causados de resultas de un conflicto bélico. Se trataría, para llamarlo de alguna manera, de un *impuesto de guerra*, una *colecta* o recaudación forzosa o coercitiva entre los ciudadanos para sufragar los desembolsos requeridos por la emergencia, no susceptibles de ser cubiertos de otra manera, porque, como veremos luego, una exacción de esta especie es un verdadero despojo a los tenedores de fondos.

En Venezuela -como aspiramos a demostrarlo- no existe, constitucionalmente, hipótesis alguna en la cual sea admisible el tributo criticado. Antes bien, por el contrario, la Carta Magna repudia expresamente tal posibilidad.

Afirma la dogmática tributaria más autorizada que dos son los elementos característicos del *impuesto*: presupuesto de hecho y destino. El presupuesto de hecho está relacionado *exclusivamente* con la situación económica del contribuyente; y el destino de la recaudación es extraño a la relación jurídica entre Estado y contribuyente

(Veáse Valdés Costa, Ramón; *Curso de Derecho Tributario*; Editorial Temis; Bogotá; 1996; pp. 104). Como quiera que *la situación económica del contribuyente es absolutamente irrelevante a los efectos del llamado impuesto al débito*, esta exacción no constituye *impuesto* alguno, en sentido técnico. Es, nomás, *un despojo arbitrario por parte del Estado*, carente de base legal y de toda fundamentación. Con la ley en la mano, el fisco es convertido en un pordiosero provisto de un garrote.

III. LA PROPIEDAD Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

La Constitución de 1961, en su artículo 99, estableció: "Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general". Casi a renglón seguido (apenas con un artículo de por medio, lo que demuestra la estrecha conexión existente entre las materias reguladas por ambos preceptos), el artículo 101 *eiusdem* dispone: "Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y el pago de justa indemnización, podrá ser declarada la *expropiación* de cualquier clase de bienes..." ¿Y qué es *expropiar*? "Es privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización..." Las dos normas mencionadas integran una sola pieza: la primera de ellas garantiza el derecho de propiedad; la segunda consagra la posibilidad de excluir aquel derecho a través del mecanismo de la *expropiación*. Es este mecanismo el único posible camino para la segregación del derecho de propiedad de la cobertura de la garantía constitucional.

En congruencia con las dos disposiciones citadas, y como formando parte de la filosofía que las anima, el artículo 102 constitucional preceptuaba: "No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por el artículo 250..."*No se puede confiscar* ("penar con privación de bienes, que son asumidos por el fisco"), *sino tan solo expropiar*.

Como quiera que el dinero es un bien mueble y el débito bancario mutila, cercena o limita su integridad, al tomar el fisco para sí la alícuota fijada, *sin compensación* alguna, no cabe duda que la exacción en referencia es absolutamente *confiscatoria*. El fisco se incauta arbitrariamente de algo que no le pertenece, despoja al titular de una cuenta bancaria de una porción de sus haberes.

Así, pues, en el marco de la Constitución de 1961, eran manifiestamente inconstitucionales las Leyes de Impuesto al Débito Bancario que se expidieron en 1.994 y en 1999.

IV. LA PROPIEDAD, LA EXPROPIACIÓN Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Sobre propiedad, confiscación y expropiación, la Constitución de 1999 (vigente hoy, cuando se dicta la Ley del Impuesto al Débito Bancario, en el año 2002), dispone sustancialmente lo mismo que la de 1961, con algún importante aditamento como lo es el artículo 307, que vigoriza de manera contundente la tesis de que *un tributo sobre el débito bancario es confiscatorio* y, por tanto, inconstitucional. Veámos.

El artículo 115 de la Constitución de 1999 es, en sustancia, igual al artículo 99 de la Constitución de 1961, aunque vale la pena destacar que el citado artículo 115 trata conjuntamente del derecho de propiedad y de la expropiación, lo que reafirma la íntima vinculación existente entre ambas instituciones: la expropiación es una limitación a la garantía del derecho de propiedad, la *única* constitucionalmente establecida: "Se garantiza el derecho de propiedad... sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes".

Por lo que atañe a la *confiscación,* el artículo 116 de la Constitución de 1999 la prohibe de plano ("No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución"). A diferencia de la Constitución de 1961 (artículo 250), que sólo permitía la incautación de todo o parte de los bienes de quienes se hubiesen enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, la Constitución de 1999 puntualiza (*únicamente)* tres casos de excepción al principio de la no confiscación: los bienes de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público; los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público, y los bienes provenientes de actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. El texto de la Constitución de 1.999 sobre la confiscación excluye toda posibilidad de que sean admisibles excepciones distintas a las tres taxativamente enunciadas (*numerus clausus*), las cuales, por lo demás, se interpretan restrictivamente. *Un tributo al débito bancario no cabría en ninguna de las excepciones mencionadas, y es, por consiguiente, manifiestamente inconstitucional*.

La gran innovación de la Constitución de 1.999 en lo atinente al tema que se analiza está constituida por el artículo 317: "...*Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*". El constituyente no sólo prohibe la confiscación, sino que se cuida de advertir que "ningún tributo puede tener efecto confiscatorio". Como quiera que el impuesto al débito bancario es confiscatorio, porque a través de él una alícuota de los haberes de los contribuyentes se la apropia el fisco, *sin compensación alguna*, es evidente, de evidencia indiscutible, que el débito bancario se halla proscrito con mayor énfasis y rotundidad en la Constitución de 1999. Por ende, la "Ley que establece el débito bancario", promulgada en el 2002, es nula, de nulidad absoluta e insanable, por inconstitucional. Y si alguien piensa que no es así, que se dé entonces a la tarea de dar un ejemplo de impuesto confiscatorio.

V. CONSECUENCIAS ADVERSAS DEL IMPUESTO AL DÉBITO

Nadie puede celebrar jubilosamente el establecimiento de un impuesto al débito bancario, ni aún el fisco que lo percibe y dispone luego de los recursos generados, en razón de los males que origina y sus destructores efectos, entre los que podemos citar:

1. *Es un impuesto mutilador del derecho de propiedad*, puesto que reduce la cuantía de los bienes sobre los cuales recae. A este respecto dice el Profesor Jarach: "En ningún otro campo como en esta materia se revela con mayor claridad esta tutela que el Estado constitucional hace de la propiedad privada, donde no se limita como en otros países igualmente constitucionales, a una garantía formal, sino que quiere *tutelar el derecho de propiedad inclusive en su contenido útil o económico*. Es así que la Corte manifiesta

que *no se puede admitir que por la vía del impuesto el poder público o el poder legislativo venga a privar a los ciudadanos del derecho de propiedad*. El impuesto sería una especie de instrumento usado indirectamente para lograr el mismo fin de la confiscación de bienes, y la Corte expresa que el hecho de adoptar el instrumento *no puede permitir tampoco al congreso privar a los ciudadanos de sus derechos patrimoniales*" (Jarach, Dino; *Curso de Derecho Tributario*; Ediciones Cima; Buenos Aires, Argentina 1980; p. 110).

2. *Es un impuesto distorsionante*, porque deforma la realidad económica, al alterar su estado de normalidad, pues tiene un efecto inhibitorio de las iniciativas, que aversan el pago de la exacción.

3. *Es un impuesto con efectos inflacionarios*, porque quien lo paga tiende a trasladarlo, lo cual tiene repercusiones en el nivel general de precios. El pagador del tributo lo agrega a su rubro de costos y desde allí -o más allá- mide su margen de ganancias;

4. *En un impuesto injusto*, porque penaliza el uso del dinero bancario; es una detracción violenta del patrimonio de los ciudadanos;

5. *Es un impuesto perverso*, que causa ingentes daños, entre los que cabe mencionar su efecto paralizante de la economía y del volumen de negocios; tiene un efecto decididamente contractivo;

6. *Es un impuesto con efectos recesivos*, porque deprime las actividades industriales y comerciales, con sus negativos efectos sobre la producción, el trabajo, el salario y los beneficios, y

7. *Es un impuesto arbitrario*, porque sin causa despoja a los particulares de sus haberes (Consúltese a Villegas, Héctor, *Derecho Constitucional Tributario*; Ediciones Depalma; Buenos Aires 1994; p. 234).

Lo que ocurre con el impuesto al débito es que el Estado, prevalido de su fuerza, le quita a las personas una fracción del dinero que tiene en su poder, cada vez que aquéllas ocurren a las instituciones financieras, para realizar cualquier operación. Prácticamente, les mete las manos en sus bolsillos -como cualquier carterista-, para sustraerles su dinero. Trátase de un apoderamiento violento, con ánimo de lucro. ¡*Un robo*, perpetrado nada menos que por el Estado! La permisión de este impuesto constituye una patente de corso para llevar a cabo el despojo patrimonial de los ciudadanos.

VI. OTRAS TRANSGRESIONES CONSTITUCIONALES

La *Ley de Impuesto al Débito Bancario* no sólo lastima el principio general prohibitivo de la confiscación (artículo 116 de la Constitución) y el específico referente a los impuestos (artículo 317 *eiusdem*), sino que también vulnera otros principios de igual rango, como los consagrados en los artículos 112 y 316 de la propia Constitución.

En efecto, el impuesto criticado atenta contra el principio que informa al sistema tributario, con sujeción al cual éste "procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al *principio de la progresividad ..."* (Artículo 316). El impuesto al *débito bancario* no consulta -no puede hacerlo- la capacidad económica del contribuyente, porque el gravamen pecha el monto del dinero retirado o debitado en cada caso, sin tomar en cuenta el volumen

poseído por el deudor de la exacción. Tampoco es *progresivo*, porque la alícuota del impuesto (0,75%) es única, constante e invariable, con prescindencia de la cuantía de los fondos extraídos por el contribuyente de la correspondiente institución bancaria. Tal como lo indica Spisso, "el que todos deban contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado debe ser entendido, en un Estado democrático, como que los llamados a contribuir son *aquéllos que tengan capacidad económica para soportar la carga, y en forma proporcional y progresiva a dicha capacidad*". En este orden de ideas, cita el referido autor una sentencia del Tribunal Constitucional español (27/981), en la cual esa instancia destacó que la alusión al principio de capacidad económica implica "... la incorporación de una exigencia lógica que obliga a *buscar la riqueza allí donde la riqueza (verdaderamente) se encuentra*" (Spisso, Rodolfo R.; *Derecho Constitucional Tributario*; Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina 2000; pp. 353 y ss.).

En este mismo sentido, invocamos el criterio jurisprudencial, sentado por la honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo *Heberto Contreras Cuenca*, de fecha 21 de Noviembre de 2.000, en el cual se dejó expuesto textualmente cuanto sigue:

> ... con relación al principio de la *capacidad contributiva* contenido en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional observa, que *dicho principio debe entenderse como la aptitud para soportar las cargas tributarias "en la medida económica y real" de cada contribuyente individualmente considerado en un período fiscal y que actúa como límite material al poder de imposición del estado, garantizando la justicia y razonabilidad del tributo*.
>
> De esta manera, la capacidad contributiva constituye un principio constitucional que sirve a un doble propósito, de un lado como presupuesto legitimador de la distribución del gasto público; de otro, como límite material al ejercicio de la potestad tributaria.
>
> Con base a lo expuesto anteriormente, la capacidad del contribuyente para soportar las cargas fiscales impuesta por el Estado en ejercicio de su poder de imposición, es una sola, única e indivisible que debe ser respetada por cada esfera de imposición, es decir, por el poder público nacional, estadal o municipal.

El *Impuesto al Débito Bancario* también vulnera a los ciudadanos *la garantía constitucional de la libertad económica*, consagrada en el artículo 112 de la Constitución en vigor, en virtud del cual "todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia", sin que el Estado pueda menoscabarles o reducirles los medios lícitos de que disponen para el desempeño de aquélla. El combatido impuesto les amputa los medios económicos disponibles para ese fin.

Insistimos en que el impuesto que grava los *débitos bancarios es absolutamente confiscatorio*, en la significación que a dicho término certeramente se le atribuyó en la Ponencia presentada por nuestro eximio jurista Dr. Allan R. Brewer-Carías al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Montreal, Canadá, en 1990, titulada "Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tributaciones Confiscatorias". Dice la Ponencia: "...entendemos por tributación confiscatoria toda contribución inconstitucional, que resulta de la violación de las garantías constitucionales de los contribuyentes frente al poder impositivo del Estado, a la legalidad del impuesto, a la propiedad, a la equidad, a la libertad económica, así como a las demás libertades individuales" (*Revista de Derecho Público* N° 57 y 58, p. 6). "... la prohibición de las tributaciones confiscatorias se desprende de la prohibición constitucional expresa respecto a la confiscación como forma de extinción de la propiedad, sin compensación" (*Op. cit.* p. 13) *"...si el impuesto tiene una incidencia*

directa sobre el capital, absorbiendo parte del mismo en un período de tiempo determinado, éste será confiscatorio y, por tanto, inconstitucional" (*Op. cit.* p. 15). El *débito bancario* es un impuesto sobre *el capital* y, por consiguiente, condenable, pues como decía el Derecho francés antiguo: "Derecho sobre los frutos son impuestos, derecho sobre los fondos son pillaje"

VII. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE ESTABLECIÓ EL IMPUESTO?

El impuesto al débito ha venido dizque a mitigar una situación económica deficitaria de las financias públicas, causada por la sobrestimación de los ingresos contemplados en el Presupuesto Nacional; como el más importante de los rubros de ingresos es el originado por la producción petrolera, cuando los precios del petróleo descienden en el mercado internacional por debajo del tope promedio esperado, se produce entonces un déficit que es necesario colmar de un modo excepcional, rápido y efectivo. En tales circunstancias se ha recurrido a esa *colecta* pública coercitiva o forzosa que es el impuesto al débito.

Este mal llamado *impuesto* no es otra cosa, en la práctica, que una persecución o cacería del indefenso tenedor de fondos, por parte del fisco, para cercenarle una porción de aquéllos, allí donde los tiene depositados. Esta anomalía impositiva no guarda ninguna relación con algún hecho del contribuyente que así lo justifique. No grava ningún enriquecimiento suyo, ni refleja su capacidad para consumir. "Como tienes dinero, pues me lo das". Este es el mensaje.

Lo lógico sería que los ingresos sean razonablemente estimados, para que no ocurra una catástrofe financiera si la estimación no corresponde a lo previsto. La oscilación de los precios no siempre es un fenómeno extraordinario -sino muchas veces normal, dentro de ciertos límites- y deberían contemplarse las medidas necesarias para el ajuste del presupuesto, en su caso. Esto es especialmente cierto en la situación de un país como el nuestro, que es ducho en el negocio petrolero, y que, por ello, debería poseer la experticia requerida para atender eventualidades de esa especie, sin tener que apelar al recurso, extremo e indeseable, de despojar con iniquidad a sus ciudadanos de los haberes que les pertenecen. Lamentablemente, la experiencia demuestra que existe la tendencia e echar mano de este impuesto con una frecuencia que lo va convirtiendo en rutinario; tiene la tendencia a instalarse, en nuestra realidad financiera, como un hecho patológico financiero difícil de erradicar. Y a él siguen el marasmo económico y la caída de los indicadores del progreso y el desarrollo, razón más que suficiente para considerar ese *impuesto* un verdadero azote de la economía.

En la actualidad, los precios del petróleo se han recuperado significativamente y, consecuencialmente, el déficit tiende a la superación. Pero a nadie se le ocurrirá solicitar la abolición anticipada del impuesto al débito, o su reducción sustancial. El *producido* del impuesto ahora permitirá financiar el derroche de los dineros públicos y su malversación.

Con más dinero para gastar, volveremos a las andadas de nuevo. Vendrán otra vez los dispendios y a continuación el déficit y un nuevo inconstitucional impuesto al débito. ¡Se completará así el *círculo infernal*! ¿Nos permitirá la Historia repetir *sine die* esta traumática andadura?.

VIII. CONTENCIOSO SOBRE EL DÉBITO

Quien haya leído el presente trabajo, en el cual se reseñan todas las críticas que merece el Impuesto al Débito Bancario, supondrá -y supone bien- que su autor se ha querellado por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en procura de una sentencia anulatoria de la vigente Ley que creó el tributo de marras. En efecto, el día 19 de marzo del 2002 ocurrimos ante la Sala Constitucional del Alto Tribunal para solicitar se declare, por razones de inconstitucionalidad, la nulidad absoluta e insanable de la Ley en referencia. Conjuntamente con la demanda de nulidad, interpusimos una *acción de amparo constitucional*. ¿Cuándo será resuelta la querella? Nadie puede pronosticarlo en un país donde el *estado de derecho* se halla en vilo. En todo caso, la eventual sentencia de nulidad que se dicte -si ese fuera su dispositivo, en el más optimista de los escenarios- llegará seguramente después que el tributo haya sido recaudado (gratuitamente por los bancos) y gastado alegremente, para no contrariar la tradición.

El Presidente José Tadeo Monagas (1847-1851 y 1855-1858) dijo socarronamente: *La Constitución sirve para todo*. Si así fuere, ni la actual Constitución, ni ninguna otra posterior que rechace los impuestos confiscatorios, será óbice para que se vuelva a establecer un tributo de esa perversa especie. La Constitución (la que sea) habrá servido *para todo*, es decir, *para nada*. Un singular caso de *antífrasis*.

§ 140. LA NOCIÓN DE DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

Humberto Romero-Muci
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor relevancia en el estudio del novísimo Impuesto al Activo Empresarial es precisar el alcance de su base de cálculo o base gravable, esto es, la medida legal del hecho imponible. La dificultad del caso surge no sólo de la galimática redacción de los preceptos correspondientes -terreno máximamente movedizo y oscuro- sino de su referencia incondicionada a la preceptiva de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Ajustes por Inflación para fines de valoración de los activos gravables. La también conocida oscuridad de la normativa legal sobre los ajustes por inflación, su contradictoria y excesiva regulación reglamentaria contribuyen en forma paradigmática a complicar el análisis del tema. Sin temor a exageraciones, el galimatías legal en la definición de la base imponible en el Impuesto al Activo Empresarial es una de las evidencias más paladina de la quiebra de la garantía de certeza en la definición del tributo y de la superficialidad y atecnicismo con que últimamente se legisla en tan delicada materia.

Por eso se impone al intérprete la delicada misión de esclarecer el contenido y alcance de tan oscuros preceptos, sin descuidar las estrictas exigencias de la reserva legal tributaria, esto es, se trata de un impuesto mínimo, complementario y conceptualmente subordinado al Impuesto sobre la Renta. Asimismo, toda consideración sobre la base imponible debe estar precedida de una interpretación conforme a las garantías constitucionales que aseguren que la medida del hecho imponible sea conforme a la verdadera capacidad económica del contribuyente y muy particularmente evitar todo resultado confiscatorio y discriminatorio en la aplicación del impuesto.

El presente trabajo tiene por objeto comentar una opinión del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (S.E.N.I.A.T.) que, en nuestro criterio, concluye erradamente en torno al sentido y alcance de la noción *desvalorización por inflación* como elemento integrador de la base de cálculo de Impuesto al Activo Empresarial. Para la Administración Tributaria la *desvalorización* opera sólo respecto de las partidas monetarias del activo del contribuyente objeto del gravamen.

El descuento de la base de cálculo en comentarios, se cuantifica mediante una deflación del activo monetario promedio del ejercicio en función de la variación acumulada del índice de precios al consumidor ocurrida durante el mismo período[1].

---

1. Oficio n° HGJT-200-396 de fecha 8 de febrero de 1996, emanado de la Gerencia Jurídico Tributaria del SENIAT "La doctrina financiera recomienda en general que la imposición de la renta se complemente con un tributo anual al capital (GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1993, pp. 933 y ss.) en Venezuela el Impuesto sobre la Renta, que evidentemente grava la renta o el enriquecimiento, es complementado a partir de la promulgación de la Ley publicada en *G.O.* n° 4.654 de fecha 01-12-93 por un impuesto al capital que grava la propiedad de los bienes conceptualizados como activos tangibles e intangibles, por la Ley incorporados a la producción, y que no es otro que el Impuesto a los Activos Empresariales, señalamiento este que se contrapone a la afirmación expuesta en su escrito de consulta en el sentido de que el Impuesto al activo grava la renta.

A los efectos de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales, tenemos que el hecho generador viene representado por la *propiedad* de los activos con que cuenta el sujeto pasivo para producir enriquecimientos, siendo los referidos activos tangibles o intangibles, tal y como lo indica la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley que nos ocupa.

En base a las consideraciones realizadas con anterioridad, en este momento podemos establecer que el impuesto a los activos empresariales va destinado a gravar la propiedad de los activos, y esa es la razón por la que excluye de la base imponible a los pasivos.

Ahora bien, dentro del concepto genérico de activo la ley establece la diferenciación conceptual entre activo tangible e intangible. Dentro de los activos tangibles la norma incluye *al dinero,* tal y como lo señala el artículo 2 de la Ley citada *supra*, esto es, aquél que generalmente tiende a perder su valor en virtud de los procesos inflacionarios.

Por ello, consideramos conveniente realizar una diferenciación conceptual entre partidas monetarias y partidas no monetarias, a los efectos de observar los distintos efectos que la inflación como fenómeno económico tiene sobre éstas. Para ello tomaremos la definición establecida en el parágrafo segundo del artículo 98 de la Ley de Impuesto sobre la Renta el cual dispone que se considerarán como activos y pasivos *no monetarios*, aquellas partidas del balance general del contribuyente que por su naturaleza o característica son susceptibles de protegerse de la inflación, tales como los terrenos, construcciones, inversiones y los créditos y deudas reajustables o en moneda extranjera, y en tal virtud generalmente representan valores reales superiores a los históricos con los que aparecen en los libros de contabilidad del contribuyente.

La definición transcrita *ut supra*, necesariamente supone, por argumento en contrario que serán activos monetarios los que no son susceptibles de protegerse de la inflación, esto es, aquellos que por estar representados en moneda de curso legal pierden valor como efecto de la exposición a la inflación, es decir, se desvalorizan y consecuencialmente, por su propia naturaleza, representan valores reales inferiores a los históricos con los que aparecen en los libros contables.

Por esta razón la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales, al establecer los aspectos concernientes a la base imponible del tributo señala que en primer término el valor de los activos será el promedio simple de los valores al inicio y cierre del ejercicio y en segundo término a los costos de los bienes, valores y derechos monetarios a los que previamente se le sustraerá la desvalorización que sufrirán por exposición a la inflación, se le añadirán los valores actualizados según las disposiciones de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de ajustes por inflación tomando en consideración las fechas de inicio y cierre del ejercicio, menos la suma de las depreciaciones y amortizaciones acumuladas que correspondan.

El consultante señala, tal y como ya lo indicamos anteriormente, que el Impuesto al Activo Empresarial grava la renta, lo cual a su criterio tiene una medida legal en términos reales depurada de los efectos causados por la inflación, así expresa que la desvalorización por inflación no se refiere ni puede referirse exclusivamente al activo monetario. Según su interpretación, la desvalorización por inflación se extiende a todas las partidas del Balance por cuya virtud se puede medir el resultado por exposición a la inflación, razón por la cual, a su criterio la mencionada desvalorización se cuantifica como las reexpresiones del patrimonio neto inicial, los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y los pasivos no monetarios existentes al cierre, frente a tal argumentación, esta Gerencia estima conveniente realizar las siguientes consideraciones:

De acuerdo a lo consagrado en la Ley de Impuesto sobre la Renta (artículo 103) el patrimonio neto inicial surge de la diferencia entre el activo y el pasivo existente al inicio del ejercicio, con exclusión de las cuentas y efectos por cobrar a sus administradores, accionistas o empresas afiliadas; considerando que el activo se encuentra representado por partidas monetarias y por partidas no monetarias y debemos recalcar que estas últimas no se desvalorizan sino que adquieren valor por efecto de la inflación, además cualquier aumento patrimonial ocurrido

La posición administrativa es consecuencia de la errada caracterización del Impuesto al Activo como un *tributo al patrimonio* y no como en realidad es, un impuesto indirecto a la renta que cuantifica la base de cálculo no sobre una medida efectiva (actual) sino *forfaitaria*, esto es, en virtud de una presunción de la renta que producen los activos destinados a la generación del enriquecimiento gravable.

En nuestra opinión, la noción *desvalorización por inflación* como descuento de la base de cálculo del Impuesto al Activo Empresarial se identifica con aquellos supuestos en los que legalmente se presume existe una pérdida por exposición a la inflación y más concretamente, aquellos que la Ley de Impuesto sobre la Renta traduce como una disminución de la renta gravable.

El errado tratamiento de la *desvalorizaciòn por inflación* como deflación del activo monetario promedio del ejercicio, aparte de tergiversar el correcto sentido de la norma de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial, configura una exacción confiscatoria -como modernamente entiende el término la doctrina constitucional más autorizada-[2] particularmente por la abierta infracción que significa a la garantía constitucional de la reserva legal tributaria y a la garantía que prohibe tratos discriminatorios en la

---

durante el ejercicio fiscal constituirá un incremento del patrimonio neto inicial. Por otra parte, tomando en cuenta que el impuesto en comento solo va referido a los activos, propiedad del contribuyente que efectivamente estén incorporados a la producción a tenor de lo establecido en el artículo 1 de la Ley que crea el tributo, nos permitimos indicar que para el cálculo de la base imponible deberán excluirse tanto los pasivos como su reexpresión.

En base a lo anterior consideramos pertinente aclarar que en aras de la aplicación del Principio de Legalidad Tributaria, si el legislador hubiera considerado que la desvalorización por inflación a la que se hace referencia equivalía a los conceptos indicados por el consultante, lo hubiera señalado expresamente.

A tenor de las afirmaciones precedentes, claramente se desprende que, a los efectos de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales, única y exclusivamente es sobre los activos monetarios que se debe calcular la *desvalorización por inflación*, interpretación esta que se contrapone a lo indicado por el consultante en su escrito, donde afirma que "la desvalorización por inflación" equivale y se cuantifica como las reexpresiones del patrimonio neto inicial, los aumentos del patrimonio ocurridos durante el ejercicio y los pasivos no monetarios existentes al cierre.

Por otra parte, señala el contribuyente que el criterio adoptado por la Administración Tributaria de entender la desvalorización por inflación como una deflación del activo monetario promedio conforme a la variación acumulada del IPC durante el período tributario, aparte de carecer de base legal, es contrario a sus intereses recaudatorios y de garante de la justicia y equidad tributaria, frente a tal afirmación se hace necesario dejar claramente establecido que la única forma de calcular los efectos inflacionarios que acepta esta Administración Tributaria, es la que viene dada por el uso de un índice inflacionario denominado Índice de Precios al Consumidor fijado por el Banco Central de Venezuela para el área metropolitana de Caracas, el cual se tomará como parámetro a tenor de lo establecido en las disposiciones regulatorias de los ajustes por efectos de la inflación contemplados en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

En efecto, en palabras del autor OTIS RODNER, James, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas 1995, p. 65, la inflación está representada por períodos de tiempo diferentes, este número se denomina índice inflacionario o índice de inflación, asimismo señala que tales índices normalmente son calculados por la autoridad monetaria de un país, mismo que en Venezuela es calculado por el Banco Central y en base a las variaciones de precios al consumidor.

De todo lo antes expuesto es menester concluir que el contribuyente para el cálculo de la base imponible indicado en la norma deberá tomar en consideración solo lo allí expresado, "*por lo que la desvalorización por inflación solo será aplicable a los activos monetarios y se calculará tomando como parámetro la variación ocurrida en el Índice de Precios al Consumidor ocurrida en los períodos respectivos*".

2. Señala el profesor BREWER-CARÍAS que un tributo es confiscatorio cuando resulta violatorio de cualquier garantía constitucional de los contribuyentes frente al poder impositivo del Estado, sea la legalidad del impuesto, la propiedad, la equidad, la libertad económica u otra libertad pública individual, *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan, "Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias" en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, enero-junio, Caracas 1994, p. 6.

aplicación del tributo, por el irracional irrespeto a la capacidad contributiva subyacente a esta forma tributaria de imposición indirecta a la renta.

A los fines prácticos -ese es nuestro propósito profundo- queremos demostrar cómo la forma de entender la desvalorización por inflación en la manera dicha, también desorbita la irracionalidad de suyo de esta forma presuntiva de imposición a la renta, lo cual exhibe paradigmáticamente su carácter máximamente injusto y en los hechos concreta perversos efectos de interferencia en la libre disposición de los recursos privados. Nuestro deseo es que, las reflexiones que siguen sirvan para hacer evidente que el Impuesto al Activo Empresarial conspira contra los principios más elementales de imposición. La eliminación del Impuesto al Activo Empresarial es una exigencia insoslayable para garantizar la debida racionalidad del sistema tributario y cumplir la máxima constitucional que obliga a orientar el sistema fiscal sobre la capacidad económica del contribuyente, el crecimiento de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo venezolano[3].

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

1. Justificación fiscal del tributo

El Impuesto al Activo Empresarial constituye una fórmula de imposición *indirecta* y *real* a la *renta*, que opera sobre una base indiciaria representada por el valor promedio de los activos destinados a la generación de la renta gravable[4]. Por ello, se ha dicho certeramente que el impuesto en comentarios constituye una *"...fórmula de imposición a la renta sobre base presunta, razón por la cual resulta plenamente aplicable, en lo pertinente, los fundamentos generales de la tributación presuntiva"*[5]. En vez de gravar

3. *Artículo 223* de la Constitución de la República: "El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como a la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo".

4. Decimos que es un impuesto *indirecto* a la renta, porque la materia gravable en comentarios es gravada sobre una base indiciaria (el valor promedio de los activos generadores de renta gravable), de modo que el tributo no incide en forma inmediata sobre la capacidad contributiva que se destina a gravar. Así, la renta resulta gravada sólo en forma *mediata*. El carácter *real* del impuesto queda evidenciado porque el diseño del hecho imponible y su base de cálculo no consultan la situación personal del contribuyente como condición o índice definitivo de capacidad contributiva, sino el hecho aislado del valor de sus activos brutos, generadores de renta gravable para el Impuesto sobre la Renta.

Con relación al carácter *indirecto* del Impuesto al Activo Empresarial, es bueno advertir que cierto sector de la doctrina patria ha señalado sobre el tributo en cuestión que se trata de un impuesto *directo* y real al *patrimonio* (*V.*, MORALES, Marianela, OSÍO, Miguel, PICHELVAUER, Erika, "Ley de Impuesto a los Activos Empresariales" en *Revista de Derecho Tributario* n° 64, AVDT, Caracas, p. 43). A este respecto, consideramos conveniente aclarar la confusión que -*data venia*- consideramos encierra la afirmación sobre la naturaleza *directa* del impuesto y comentar más adelante sobre la confusión del tributo en cuestión como un tributo al patrimonio (*V.* Nota 12).

Los autores citados fundamentan la caracterizaciòn del Impuesto al Activo Empresarial como un tributo directo, al considerar que no se permite el traslado de la carga impositiva a otras personas.

Ahora bien, el índice rector del distingo entre impuestos directos e indirectos no se localiza en la capacidad de traslación del tributo. Modernamente -y la realidad empírica así lo confirma- el carácter directo de un impuesto viene configurado por el mismo diseño del tributo en cuanto grava una manifestación inmediata de capacidad contributiva. Por oposición, el impuesto indirecto es el que grava manifestaciones mediatas u oblicuas de la

la renta efectiva (o actual) se afinca en una presunción sobre la medida de la renta que se dimensiona sobre el valor bruto del activo (deducida la depreciación o amortización según corresponda), pero sin descuento de los pasivos asociados o que financian la adquisición de dichos activos, en el entendido que la tenencia de éstos es un indicador razonable de la medida de la renta del contribuyente.

En Venezuela la introducción en 1993 de una forma presuntiva de imposición a la renta tuvo un marcado propósito fiscalista: *Recaudar* mayores recursos tributarios para una Hacienda Pública exhausta, enfrentada a un proceso crítico de *déficit fiscal* acentuado por una inflación galopante y una economía recesiva[6].

Aparte de la necesidad financiera, la introducción del nuevo tributo tuvo también su causa en la ineficiencia de la entonces Administración Tributaria, que facilitaba la

---

capacidad contributiva que se destina a gravar, esto es, la fuente del tributo se revela en forma indirecta de modo que el hecho gravado se descubre en forma aislada o analítica y no mediante una discriminación cuantitativa.

El criterio de la traslación del impuesto es inexacto para definir la calidad de un impuesto como indirecto. Si bien es cierto que, no siempre el contribuyente de derecho es quien soporta la carga efectiva del tributo, típica de los impuestos constitutivos de capacidades contributivas analíticas (*i.e*. en el Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor (Artículo 27) en el que el diseño legal del impuesto obliga al traslado de la carga fiscal del contribuyente de derecho al contribuyente de *facto*) la traslación del impuesto no es forzosa consecuencia, pues ella depende de las circunstancias económicas ajenas a la misma estructura del tributo, tal como la inelasticidad de la demanda de los bienes objeto del impuesto. De otro lado, todo tributo es susceptible en un mayor o menor grado de traslación. "Claro está que la traslación es más difícil en los impuestos contributivos de capacidades contributivas sintéticas, como el de la renta (la renta medida en forma actual o real), que aquellos medidos sobre una base analítica (como el gasto o el consumo)". *Cf.*, RAMÍREZ CARDONA, Alejandro, *Derecho Tributario* (sustancial y procedimental), 3ª Edición, Temis, Bogotá 1985, p. 155; en el mismo sentido GIANNINI, A.D., *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1957, p. 324.

5. *Cf.*, VIDAL HENDERSON, Enrique, "El Impuesto al Activo Empresarial: La experiencia latinoamericana" en *Revista de Derecho Tributario* n° 63, AVDT, abril-junio, Caracas 1994, p. 7. También SADKA, Efraim and TANZI, Vito, *A tax on gross assets of enterprises: A form of Presumptive Taxation*, International Monetary Fund, Working Papers, 1992.

6. Así lo confiesa la Exposición de Motivos de la Ley propuesta al Congreso de la República en 1992, cuyo articulado sirviera de base al texto que posteriormente fuera sancionado como Decreto-Ley nº 3.266 de fecha 26 de noviembre de 1993, (*G.O.* nº 4.654 Extraordinario, de fecha 1º de diciembre de 1993), emanado del entonces Presidente de la República Dr. Ramón J. VELÁSQUEZ, en base a la Ley que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera (*G.O.* nº 35.280 de fecha 23 de agosto de 1993): "Los Nuevos Impuestos que se proponen en los proyectos de Ley respectivos, aunados a la reforma del Código Orgánico Tributario, están destinados a generar los ingresos internos necesarios para afrontar de manera definitiva el déficit estructural de las finanzas públicas venezolanas, que dependen excesivamente del ingreso petrolero". La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que crea el Impuesto General a los Activos Empresariales señala: "La aprobación de la Ley que crea el Impuesto a los Activos Empresariales permitirá aumentar las fuentes de ingreso internos del sector público sobre bases de eficiencia y equidad. La aplicación por igual a todas las actividades económicas reduciría las distorsiones aún existentes en la asignación de los recursos económicos y aumentaría un uso más eficiente de la capacidad contributiva del país, ya que afectaría más fuertemente al uso de activos en aquellas actividades menos rentables, sin menoscabo de las actividades que perciben objetivos sociales y sin fines de lucro.

El Impuesto a los Activos Empresariales complementaría el conjunto de acciones que persigan diversificar la fuente de ingresos internos del sector público para reducir su alta dependencia del ingreso petrolero, el cual se caracteriza por una alta vulnerabilidad e impredicibilidad. Igualmente permitiría al Estado venezolano atender las crecientes demandas sociales de la población, sin acudir a mecanismos inflacionarios de financiamiento ni al endeudamiento externo. Su aplicación se ha extendido en varios países de América Latina, como México y Argentina, sin haber afectado la recuperación del crecimiento económico en dichos países.

Conjuntamente con la racionalización del gasto público y la reducción de la elusión y evasión fiscal, la creación de nuevas fuentes de ingresos internos le permitirá al país atender las necesidades de la población y recuperar un crecimiento económico robusto y sostenible en un contexto de baja inflación y mejora sustancial en la distribución del ingreso" (*Informe citado*, pp. 3 y 4).

evasión del Impuesto sobre la Renta generando una situación de alta iniquidad entre las empresas que declaraban sus rentas y aquellas que lo evadían sin consecuencias[7].

El propósito era convertir el Impuesto al Activo Empresarial en un *tributo mínimo a la renta: "Un gravamen a una renta mínima potencial de la empresa, resultando con ello irrelevante la renta real de la misma, al operar como un mínimo constante de toda empresa en funcionamiento"*[8].

La misma estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial demuestra el propósito *complementario* respecto del Impuesto sobre la Renta, cuando este último se dispone como un pago a cuenta del Impuesto al Activo Empresarial, asegurando el pretendido mínimo recaudatorio[9], de modo tal que si el Impuesto sobre la Renta efectivo del período es superior al Impuesto al Activo Empresarial, esto es, al Impuesto sobre la Renta *presuntivo* la primera determinación dará por satisfecha la obligación tributaria por concepto de Impuesto sobre la Renta. Es más, este propósito se radicaliza pues según la misma estructura técnica del tributo, de existir un excedente de impuesto al activo respecto del impuesto sobre la renta para el mismo período impositivo *"...el excedente se trasladará como crédito contra el impuesto sobre la renta que se cause sólo en los tres ejercicios anuales subsiguientes".*

Pero aparte del carácter *mínimo* y *complementario* del Impuesto al Activo Empresarial respecto del Impuesto sobre la Renta, el diseño técnico-jurìdico del primero está *conceptualmente subordinado* al segundo: "*El Principio que vincula al activo gravado con la potestad tributaria del sujeto activo del Impuesto debe ser el mismo que el adoptado para el Impuesto sobre la Renta, en razón de la íntima vinculación existente entre el Impuesto al Activo Empresarial y el Impuesto sobre la Renta; una asimetría de criterio [...] no tendría justificación*"[10].

Esta virtualidad tiene primerísima importancia desde un punto de mira hermeneútico, pues la interpretación de los conceptos y fines de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial deben ser considerados en sintonía con aquellos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, pues en definitiva se trata de la exacción de una misma materia imponible: *La renta.*

La redacción legislativa confirma este aserto*:* (i) No sólo el objeto del hecho imponible en el Impuesto al Activo Empresarial recae sobre los activos generadores de

---

7. *Cf.,* VIDAL HENDERSON, Enrique, *ob cit.,* p. 7.

8. *Cf., ibid* p. 8, También la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Impuesto al Activo Empresarial, confiesa ese propósito: "Se propone con el presente proyecto de Ley reducir la posible elusión y evasión del Impuesto sobre la Renta que ha alcanzado niveles excesivamente altos en Venezuela. Sin embargo, el Impuesto al Activo Empresarial no aumentaría, en promedio, la carga fiscal sobre las empresas que cumplen con sus obligaciones tributarias, ya que el pago del Impuesto sobre la Renta se acreditaría al pago de este impuesto. Dado que en promedio, la renta de las empresas constituye un poco más del 6% del valor de sus activos netos depreciados, se propone una alícuota del 2%, la cual representa alrededor de un 30% del rendimiento mencionado de los activos. En tal sentido, el impuesto en consideración ante el Congreso, actuaría como una especie de impuesto mínimo sobre la base de los activos que son utilizados como fuente generadora de riquezas". (*Informe citado,* p. 1).

9. Artículo 11 de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial: "Al monto del impuesto determinado conforme a esta Ley, se le rebajará el Impuesto sobre la Renta del contribuyente causado en el ejercicio tributario, con excepción del tributo establecido en el Artículo 91 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. En tal virtud, el Impuesto a pagar según esta Ley, será la cantidad que exceda del total del Impuesto sobre la Renta causado en el ejercicio anual gravable, si lo hubiere. Luego este excedente se trasladará como crédito contra el Impuesto sobre la Renta que se cause solo en los tres ejercicios anuales subsiguientes".

10. *Cf.,* VIDAL HENDERSON, Enrique, *ob. cit.,* p. 10.

renta gravable[11], sino que (ii) el activo que sirve de base gravable se cuantifica siguiendo las reglas previstas en la Ley de Impuesto sobre la Renta, tanto las relativas a los ajustes por inflación, como aquellas relativas al descuento de las cargas por depreciación y amortización y su medida[12].

2. Fundamentos de la opinión de la Administración Tributaria que considera el Impuesto al Activo Empresarial como un tributo al patrimonio

La causa eficiente del entendible error de interpretación de la Administración Tributaria, que la llevó a concluir equivocadamente que la *desvalorización por inflación* no es la reexpresión del patrimonio neto inicial, se ubica en la afirmación según la cual el Impuesto Activo Empresarial es un tributo al *capital*: *"[se trata de] un impuesto al capital que grava la propiedad de los bienes conceptualizados como activos tangibles e intangibles por la Ley, incorporados a la producción y que no es otro que el Impuesto al Activo Empresarial, señalamiento este que se contrapone a la afirmación expuesta [...] en el sentido de que el Impuesto al Activo grava la renta"*[13].

Ya hemos visto con anterioridad que el Impuesto al Activo Empresarial es un tributo indirecto (presunto) y real a la renta. Esta aseveración no es solo compartida por la más autorizada doctrina financiera, sino que se impone de la propia sistemática de la Ley y de la confesada intención del legislador: Es un tributo mínimo, complementario y conceptualmente subordinado al Impuesto sobre la Renta. Por eso, a su cálculo se acredita el Impuesto sobre la Renta. No busca superar el Impuesto sobre la Renta, ni ser más oneroso que éste. Tampoco convertirse en un tributo autónomo.

Pero, aparte de lo anterior, lo cierto es que, el Impuesto al Activo Empresarial no es un impuesto al capital como equivocadamente afirma la Administración Fiscal. La base de cálculo revela que no son admisibles los descuentos de los pasivos que financian los activos del contribuyente. En un impuesto al capital o al patrimonio (como más apropiadamente se le refiere) la base de cálculo viene cifrada por el *patrimonio neto*, esto es, por el total del activo gravable menos los pasivos que lo financian.

La Ley de Impuesto al Activo Empresarial no contempla tales descuentos cifrando la base de cálculo al activo bruto (*gross assets*), esto es, sin descuento de los pasivos asociados a la adquisición de tales bienes, salvo la precisión que de su valor será descontada la depreciación o amortización que corresponda.

---

11. *Artículo 1*. "Se crea un impuesto que pagará toda persona jurídica o natural comerciante sujeta al Impuesto sobre la Renta, sobre el valor de los activos tangibles e intangibles de su propiedad, situados en el país o reputados como tales que durante el ejercicio anual tributario correspondan a dicho impuesto, sean incorporados a la producción de enriquecimiento proveniente de actividades comerciales, industriales o de explotación de minas o hidrocarburos y actividades conexas".

12. *Artículo 4*. "La base imponible está constituida por el monto neto promedio anual de los activos gravables determinados de la siguiente manera:

1) El valor de los activos será el promedio simple de los valores del inicio y cierre del ejercicio.

2) A los costos de los bienes, valores y derechos monetarios, menos la desvalorización por efectos de la inflación, se le añadirán los valores actualizados tenidos conforme a las disposiciones establecidas en el Artículo IX de la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento, para la fecha de inicio y cierre del ejercicio gravable, menos la suma de las depreciaciones y amortizaciones acumuladas que les corresponda, a los fines del Impuesto sobre la Renta, si las hubiere".

13. *Cf., op. cit.*, p. 2.

Si el activo empresarial fuera un tributo al capital o al patrimonio, forzosamente debería contemplar el descuento de los pasivos del contribuyente, cosa que no se hace, lo que descubre la incorrección de la premisa del razonamiento fiscal[14].

De otro lado, es inexacto señalar -*como lo hace la opinión administrativa*- *"... que el Impuesto al Activo Empresarial grava la propiedad de los activos y esa es la razón por la que se excluye de la base imponible a los pasivos"*[15].

El Impuesto al Activo Empresarial no grava la propiedad sobre el activo; grava la renta del contribuyente medida presuntivamente a través *"...del valor de los activos tangibles e intangibles [...] propiedad [del contribuyente], situados en el país o reputados como tales, que durante el ejercicio anual tributario correspondiente a dicho impuesto, estén incorporados a la producción de enriquecimientos provenientes de actividades comerciales, industriales o de explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas"*[16]. La Administración Tributaria confunde el *hecho imponible* con la *materia gravable* del Impuesto en comentarios, lo que razonablemente se explica por su naturaleza indirecta. Tal como ha sido harto dicho, el Impuesto pretende ofrecer una medida alternativa de la renta. Esa medida no es efectiva, sino analítica, esto es, a través del dato aislado que ofrece el valor de los activos y el potencial generador de renta que se estima produce el activo. Por eso, la renta es la materia gravable, la capacidad contributiva subyacente que se dirige a incidir el tributo; su formulación normativa justificada por razones recaudatorias y de simpleza operativa, dimensiona la medida en cuestión sobre los activos y su cuantía bruta.

---

14. Es más, la opinión del SENIAT. cita al autor argentino GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, volumen II, Edición Depalma, Buenos Aires 1993, p. 933 y ss., en auxilio del argumento sobre la naturaleza del Impuesto al Activo Empresarial como un Impuesto al patrimonio. A ese respecto señala que esa forma de imposición anual complementa el gravamen a la renta, omitiendo considerar que el mismo autor advierte que en la República Argentina el tributo en comentarios se determina como la diferencia entre el activo y el pasivo al final del ejercicio (*ob cit.*, p. 936), esto es, se evidencia plenamente que el tributo al que se refiere el autor citado no es el impuesto al activo sino a un verdadero impuesto al patrimonio, es decir, el que resulta de la diferencia entre el activo y el pasivo (patrimonio neto) y en ningún caso a su cuantía se acredita el Impuesto sobre la Renta. En efecto, cuando se habla del impuesto al patrimonio como tributo complementario de la renta, por lo menos en el contexto del discurso de Fonrouge, se refiere a un tributo autónomo, independiente del impuesto sobre la renta creado con el propósito de aprovechar al máximo el gravamen de las distintas formas de capacidad contributiva que puede exhibir un mismo sujeto, representadas en la forma de una renta ganada (a través del impuesto sobre la renta, sea directo o indirecto) una renta acumulada (a través del impuesto al patrimonio neto) o a la renta gastada (a través de los impuestos al consumo o al gasto). Siempre ha sido una recomendación sentida por los pensadores hacendísticos, que un sistema fiscal equilibrado y equitativo, horizontal y verticalmente, debe introducir estas distintas formas de imposición para asegurar una recaudación suficiente desde todas las vertientes económicas en que se puede manifestar la capacidad de un individuo para contribuir a los gastos públicos (renta, patrimonio y consumo). Este predicamento atiende al *principio de sistematización de la estructura del sistema fiscal* que busca entre otros propósitos que la imposición se estructure de manera que la combinación de impuestos constituya un todo homogéneo en cuanto a los objetivos, a fin de que no aparezcan injustificadas interferencias y lagunas en la imposición (*V.*, NEUMARK, Fritz, *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1974, p. 399). También advierte FONROUGE que, en relación a la denominación de los tributos, "...no son más que nombres utilizados por el legislador en la ingenua creencia de que ello basta para calificar un tributo, cuando lo importante es la característica que reviste en razón de los caracteres que lo explican". (*Cf., Ibid*, p. 933).

15. *Cf., op. cit.*, p. 2.

16. Artículo 1 de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial.

III. LA DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN COMO REEXPRESIÓN DEL PATRIMONIO NETO INICIAL

El Capítulo II de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales contiene las normas que precisan la base de cálculo del impuesto, de los artículos 4 al 13. En principio se puede señalar que la base de cálculo consiste en el *activo promedio neto gravable*.

A estos fines, la Ley establece una serie de reglas, unas relativas (i) a la valoración de los activos gravables y otras referentes a (ii) la inclusión o exclusión de ciertos activos de la base imponible, dependiendo fundamentalmente del tipo de contribuyente de que se trate.

La regla básica de valoración es la contenida en el artículo 4 de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales El valor neto promedio del activo gravable es el *promedio simple de los valores al inicio y cierre del ejercicio*, con la advertencia que los costos de dichos activos se añadirán (i) los valores actualizados conforme a la normativa sobre ajustes por inflación para las fechas de inicio y cierre del ejercicio gravable, menos las sumas de las depreciaciones y amortizaciones acumuladas que correspondan conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta, si las hubiere, y (ii) se restarán las *desvalorizaciones* por efectos de la inflación.

(i) El *valor promedio al inicio y cierre del ejercicio* es la sumatoria del valor histórico del activo existente a comienzos del ejercicio más el valor neto del activo existente al cierre del ejercicio dividido entre dos.

-El valor histórico del activo gravable existente al *comienzo* del ejercicio es el valor neto actualizado de los mismos activos existentes al cierre del ejercicio inmediatamente anterior.

-El valor del activo gravable existente al *cierre* del ejercicio es la categoría más importante. Se trata de la sumatoria del valor neto de todos los activos al cierre del ejercicio. Aquí hay que prestar particular importancia si se trata de activos no monetarios, esto es, aquellos que se autoprotegen de la inflación, tales como muebles, inventarios, inversiones. Su valor será el reexpresado al cierre del ejercicio conforme a la variación del índice de Precios al Consumidor si dichos activos provienen del ejercicio anterior o desde el mes de su adquisición, si han sido incorporados durante el ejercicio.

Recuérdese que el reajuste de los activos no monetarios se traduce en un cargo (aumento) a la cuenta del activo mismo, en la magnitud antes considerada[17], aparte de significar un incremento de la renta gravable[18].

---

17. *Artículo 99*. Para el caso particular de los activos fijos el reajuste regular se verifica acumulando a la partida *ajustes por inflación* como un aumento de la renta gravable, el incremento del valor que resulte de reajustar el valor neto autorizado de los activos fijos existentes al cierre del ejercicio gravable, según la variación anual experimentada por el Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas, elaborado por el Banco Central de Venezuela, si dichos activos provienen del ejercicio anterior o desde el mes de su adquisición, según hayan sido incorporados durante el ejercicio gravable. Es conveniente advertir que, el valor neto actualizado de los activos fijos deberá depreciarse o amortizarse en el resto de su vida útil (Artículo 99, último aparte). Obsérvese que el sistema en comentarios contempla la revalorización de los bienes del activo fijo existentes al cierre del ejercicio o que se incorporen durante el mismo; no contempla la actualización de aquellos bienes que no figuran en el activo a la fecha del balance. Es por ello que, si un bien de esta naturaleza es enajenado durante el ejercicio, para determinar la ganancia o la pérdida de la operación, deberá compararse el valor neto fiscal del bien al tiempo del

En el caso particular de los activos fijos tangibles o no, el valor neto del activo es después de sustraer la carga por depreciación o amortización, respectivamente, calculada sobre el valor reexpresado según ordena el artículo 99 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, esto es, la precisión neta del valor del activo al cierre del ejercicio es después de descontar la depreciación o amortización, también actualizada conforme a lo previsto en la Ley de Impuesto sobe la Renta y su Reglamento.

Por el contrario, los activos monetarios no se reexpresan. Se trata de aquellos activos que no se protegen contra la inflación, por tener un valor de liquidación fijo. Su valor de comienzo del ejercicio expresado en moneda de curso legal o desde la fecha de su incorporación al activo gravable será igual a su valor de cierre. Los activos monetarios son todas aquellas partidas del balance representadas en saldos monetarios o inversiones en bolívares, tales como haberes en caja y bancos, cuentas y efectos por cobrar.

(ii) En una forma ambigua, muy oscura y hasta carente de toda técnica sistemática, la Ley de Impuesto al Activo Empresarial en su artículo 4, ordinal 2º, encabezado, señala que, de los valores del activo gravable, se rebajarán las *"...desvalorizaciones por efectos de la inflación". Literalmente señala: "a los costos de los bienes, valores y derechos monetarios, menos la desvalorización por efectos de la inflación" y luego agrega ".... se le añadirán los valores actualizados obtenidos conforme a las disposiciones establecidas en el Título IX de la Ley de Impuesto sobre la Renta, y su Reglamento para las fechas de inicio y cierre del ejercicio gravable, menos las sumas de las depreciaciones y amortizaciones actualizadas que les corresponda, a los fines del Impuesto sobre la Renta si las hubiese".*

La forzosa pregunta del caso es qué se entiende por *desvalorización por efectos de la inflación* que se rebajan de la base de cálculo. La Ley nada aclara a este respecto y tampoco la Ley de Impuesto sobre la Renta conceptúa esta categoría; sin embargo, se puede identificar en la preceptiva sobre ajustes por inflación los supuestos que implícitamente constituyen *desvalorizaciones por inflación.* En nuestra opinión se trata de todos aquellos supuestos en los que *legalmente* se presume existe una pérdida por exposición a la inflación y más concretamente aquellos que la Ley de Impuesto sobre la Renta traduce como una disminución de la renta gravable. Fundamentalmente el reajuste de patrimonio neto inicial, el reajuste de los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y el reajuste de los pasivos no monetarios existentes al cierre del

---

último balance anual con el precio de venta, para determinar el resultado, excluida la depreciación o amortización que corra desde el momento del ejercicio al mes de enajenación.

Finalmente, es pertinente resaltar como el abono ha resultado que se origina en el reajuste en comentarios, se verifica sin que se realice un real enriquecimiento, esto es, no se produce la disponibilidad fiscal de algún incremento de patrimonio en los términos en que la Ley tiene establecido el requisito de la disponibilidad de la renta (Artículo 3). Es por esto que, la traducción ha resultados de los distintos reajustes, sin que haya una efectiva disponibilidad o realización del enriquecimiento, constituye una importante excepción al principio en comentarios. De esta forma -con toda razón- el legislador de la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, reconoce la excepción en comentarios y proclama la definición del enriquecimiento neto gravable, sin perjuicio de las importantes excepciones que supone el sistema de ajuste por inflación. (Artículo 2).

Cuanto ha sido dicho con anterioridad en relación al reajuste de los activos fijos y la importante excepción que supone al principio de la disponibilidad del enriquecimiento correspondiente -no obstante su no realización- es una constante que se presenta con el reajuste de otras partidas no monetarias del activo, tales como los inventarios e inversiones, como podrá apreciarse más adelante (Artículos 100, 101 y 102) *V.*, ROMERO-MUCI, Humberto, *Los Ajustes por Inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Editorial Jurídica Venezolana**,** Caracas 1992, p. 147.

18. Artículos 98 y 99.

mismo. En mi opinión, es perfectamente acertado rebajar de la base de cálculo del Impuesto al Activo las desvalorizaciones que sufre el balance por exposición a la inflación.

En efecto, la *desvalorización por inflación* constituye una categoría integradora de la base de cálculo del Impuesto al Activo Empresarial, que como tal es un elemento de la esencia y estructura del tributo, de forzosa y estricta reserva legal, *ex*-artículo 4, ordinal 1º del Código Orgánico Tributario, en concordancia con el dispositivo 224 constitucional[19].

Como ha sido harto dicho, la Ley de Impuesto al Activo Empresarial no desarrolla esta categoría conceptual, y mucho menos establece la metodología para su cuantificación. Tratándose de una materia de estricta reserva legal la omisión en cuestión es insalvable por el reglamentista -quien tampoco se pronuncia sobre el particular- y mucho menos por la Administración Tributaria. Por eso, cualquier consulta sobre el sentido y alcance del término *desvalorización por inflación* debe forzosa-mente ubicarse en el contexto de la Ley de Impuesto sobre la Renta a la cual la Ley de Impuesto al Activo Empresarial reenvía para hacer suya las regulaciones sobre ajustes por inflación, tal como se hace evidente del artículo 4, ordinal 2º en comentarios. Además, la exacción que crea y regula la Ley de Impuesto al Activo Empresarial no es un tributo autónomo. Tal como ha sido harto dicho, se trata de un impuesto mínimo y complementario del impuesto sobre la renta. No lo sustituye; sólo busca asegurar un mínimo recaudatorio por concepto de Impuesto sobre la Renta, cuantificando la renta *presuntivamente* (no efectivamente como lo hace la Ley de Impuesto sobre la Renta) en

---

19. Con arreglo a la garantía constitucional de la reserva legal tributaria, sólo por Ley podrá cobrarse cualquier impuesto o contribución (Artículo 224 de la Constitución de la República). Así las cosas, el Estado sólo puede establecer sacrificios patrimoniales a sus súbditos mediante una Ley en sentido formal, esto es, aquellas fórmulas jurídicas que por ser expresa voluntad soberana, legítimamente constituida, manifestada en la forma de una solemnidad establecida, tiene la virtualidad de obligar al tiempo que permite en su caso la apertura de los mecanismos previstos para el control jurídico de tal decisión.

De manera más acabada el Código Orgánico Tributario, Ley cuadro en la materia en comentarios, reforzando la reserva en cuestión, reclama la intervención directa de la Ley para la creación, modificación y supresión de tributos y especifica como dominio exclusivo del Legislador (y excluyente en consecuencia) la regulación de los elementos esenciales de la estructura del mismo, esto es, el hecho imponible, la base de cálculo, los sujetos de la obligación tributaria y la alícuota correspondiente. Para el Código Orgánico Tributario, norma cuyo objeto es precisamente la disciplina de la producción normativa en materia tributaria (*norma sulla normazione*) radicaliza la exigencia de la reserva legal hasta el punto de hacer expresa la prohibición de delegación de la definición y fijación de los elementos integradores del tributo, así como las demás materias señaladas como de reserva legal por el mismo artículo cuarto de dicho Código.

Pero también la legalidad tributaria tiene incidencia en la esfera de aplicación del derecho tributario, esta vez conocido como el *principio de legalidad administrativo* o simplemente como *principio de preeminencia de la Ley*, que exige la conformidad de la administración en todos sus actos al derecho. Especial significación merece la actuación de la Administración en el plano normativo de aplicación de la Ley creadora del tributo; nos referimos no a la cuantificación individual de la carga tributaria correspondiente al sujeto incidido, sino al plano más general del desarrollo normativo de la Ley Tributaria en vía reglamentaria. Aquí, la intervención administrativa está sometida a una serie de principios y reglas que condicionan la eficacia del Reglamento y que garantiza la primacía de los derechos objeto de regulación reservada a la Ley.

Aunque los principios de jerarquía y congelación del rango pueden alterarse excepcionalmente por razón de la técnica de la delegación, como veremos este expediente está prohibido en materia tributaria, de modo que, la prolongación singular del poder normativo de la administración no tiene en este campo del derecho cabida, limitándose a las simples tareas de complementación y desarrollo de lo regulado legalmente". *Cf.*, ROMERO-MUCI, Humberto, "La garantía de la reserva legal tributaria, deslegalización y exceso reglamentario: el caso de los reglamentos de la Ley de Pilotaje" en *Revista de Derecho Tributario* nº 73, AVDT, Caracas octubre-diciembre, 1996, pp. 46 y 47.

función del *valor promedio neto del activo* generador de renta gravable a los fines del Impuesto sobre la Renta.

Tampoco la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento desarrollan *expresamente* la categoría conceptual *desvalorización por inflación*; sin embargo, si lo hace implícitamente. Se trata de un *concepto jurídico determinado,* pues encuentra su desarrollo en los dominios normativos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, lo cual lo convierte en una noción cuyo ámbito es delimitado de manera inequívoca y precisa, característica definitoria precisamente de los conceptos jurídicos determinados. Desvalorización por inflación sugiere pérdida de valor por exposición a la inflación. Tal pérdida de valor es identificada, contemplada y medida a través de la reexpresión de todas aquellas partidas que se traducen en una disminución de renta por exposición a la inflación, tales como el reajuste del patrimonio neto inicial, reajuste de los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y el de los pasivos no monetarios existentes al cierre del mismo.

No debe llamar a dudas en relación a cuanto hemos sentenciado con anterioridad -la implícita correspondencia de las *desvalorizaciones por inflación* con las reexpresiones que significan disminuciones de renta en la Ley de la materia- el hecho que no exista una expresa referencia en la Ley del Impuesto al Activo Empresarial en el sentido comentado, esto es, una concreta regulación que considere la *desvalorización por inflación* como las *disminuciones de renta por reexpresión a que se refiere la Ley de Impuesto sobre la Renta.*

La ausencia de tal referencia expresa no implica la existencia de un vacío normativo a este respecto; vacío normativo que sería *insalvable* en atención a las exigencias de la reserva legal tributaria que predica, tal como señalamos, la regulación por la Ley de todo lo relativo a la esencia del tributo, incluido los extremos de la base de cálculo.

En efecto, en el caso presente no existe vacío normativo alguno en cuanto al sentido y alcance de la expresión *desvalorización por inflación*.

El hecho que la Ley del Impuesto al Activo Empresarial no defina expresamente esta categoría conceptual no implica que la misma carezca de contenido y más concretamente de regulación en los dominios de la reserva legal tributaria. La desvalorización por efecto de la inflación es tratada y cuantificada en la Ley de Impuesto sobre la Renta a través de la reexpresión de todas aquellas partidas que la Ley en cuestión, en conformidad con el mecanismo de corrección monetaria que regula y desarrolla, trata como una disminución de la renta gravable, porque presume como un perjuicio por exposición a la inflación y permite, en consecuencia, su deducción para compensar sus efectos a los fines de una medición *real* de la renta gravable. Se trata de una *proposición implícita* perfectamente congruente con las exigencias de la reserva legal tributaria, pues resulta una consecuencia lógica de las regulaciones de la Ley de Impuesto sobre la Renta sobre ajustes por inflación, esto es, se trata de la típica norma o proposición implícita -de igual entidad que la norma expresa- la cual constituye un producto lógico derivado de la norma expresa. Recuérdese que *"...quien afirma una proposición, afirma también todas las consecuencias que están lógicamente implicadas por ella, esto es, que son sus consecuencias lógicas"*[20].

---

20. *Cf.*, BULUGIN, Eugenio, *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia 1978, p. 53.

A diferencia de los métodos de corrección monetaria para fines financieros tal como la Declaración de Principios de Contabilidad Nº 10 (DPC-10) y sus actualizaciones, la preceptiva sobre ajustes por inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta no prevé una corrección expresa de las partidas monetarias[21], las cuales por su naturaleza son aquellas cuya tenencia conlleva pérdida de poder adquisitivo por exposición a la inflación. En el Impuesto sobre la Renta esa reexpresión se verifica en forma *indirecta* a través de la corrección del patrimonio de comienzos del ejercicio, de los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y de los pasivos monetarios existentes al cierre. La primera categoría (patrimonio neto inicial) contiene tanto partidas monetarias como no monetarias y el legislador presume que su proporción no varía desde comienzos del ejercicio hasta su cierre. En el sistema de la Ley de Impuesto sobre la Renta -congruentes con la definición de su base imponible- el legislador trata de medir el incremento neto de patrimonio (renta) en términos reales. Para ese fin contrasta las medidas del patrimonio entre dos balances de períodos impositivos consecutivos, comparando los saldos de los dos cierres, esto es, comparando los patrimonios inicial y final, añadiendo a la cifra anterior los dividendos en efectivo y los retiros de capital y les resta los aportes de capital obteniendo precisamente la utilidad del ejercicio. Las cifras históricas se actualizan en moneda constante a la fecha de cierre del ejercicio, obteniéndose la variación o afectación del patrimonio por exposición a la inflación del período. Finalmente, para conocer la ganancia o pérdida por exposición a la inflación, el resultado anterior (la reexpresión del patrimonio por exposición a la inflación), se suman las reexpresiones de los activos no monetarios existentes al cierre del ejercicio y se restan las reexpresiones de los pasivos no monetarios. Todos estos valores se concilian en la cuenta *reajuste por inflación*. Si el saldo es acreedor es porque el contribuyente se benefició con la inflación; si por el contrario, el saldo es deudor, es porque el contribuyente se perjudicó con la inflación y ese perjuicio se reconoce como una disminución de la renta gravable. Que el legislador de la Ley de Impuesto sobre la Renta no hable de la reexpresión de *cuentas monetarias* o de *desvalorización por inflación*, no quiere decir que no las tome en cuenta. En realidad lo hace en forma *indirecta* a través de la reexpresión de patrimonio neto inicial, de las variaciones del patrimonio y de los pasivos no monetarios, ocurridas durante el ejercicio en la forma dicha. Así lo afirma el profesor José Antonio Yanes cuando compara el sistema de ajustes por inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta y el sistema previsto en la DPC-10:

> Por esta razón la Ley no habla de resultados monetarios o de cuentas monetarias y cuando lo hace es en forma indirecta. El hecho de que no los mencione no quiere decir que no los tome en cuenta. Los resultados son los mismos haciéndolos en la forma establecida en la Ley de Impuesto sobre la Renta o en la forma contable de la Declaración DPC-10. Obviamente en el caso de la Ley tiene una finalidad fiscal específica, pero para efectos administrativos nosotros no podremos proceder así y tenemos que reexpresar también el estado de resultados para conocer todas las implicaciones de los ajustes; sino sería como eliminar el estado de ganancias y pérdidas de la contabilidad histórica y reemplazarlo por la simple diferencia entre los dos balances generales[22].

---

21. Contrariamente así lo dispone el DPC-10, Principio nº 13: "La metodología de precios constantes expresa las partidas monetarias a la fecha del último balance general a su valor nominal. Las partidas monetarias a fechas anteriores se presentan a sus valores respectivos pero reexpresados al dividir esos valores entre el índice de precios a la fecha respectiva y multiplicarlo por el índice de cierre". *Cf., Normas para la elaboración de Estados Financieros Ajustados por efectos de la inflación*, Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, p. 4.

22. *Cf.*, YÁNES, José Alberto, *Manual de Ajustes por Inflación*, Valencia 1993, p. 292.

No compartimos el criterio de algún sector de la opinión jurídica -al que se suma la comentada opinión de la Administración Tributaria- que pretende considerar que la *desvalorización por inflación* es (i) sólo imputable a los *activos monetarios* en razón que, la Ley sólo tiene por objeto el gravamen de los activos productores de renta, y también por la inmediatez de la frase en cuestión al término *derechos monetarios* (*"...a los costos de los bienes, valores y derechos monetarios, menos la desvalorización por efectos de la inflación"*), así como (ii) sin mediar ninguna disposición expresa de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial sobre el particular, artificialmente disponen la deflación de tales activos en base a métodos que no tienen base legal. Algunos calculan la desvalorización en cuestión en base al promedio simple de los activos monetarios existentes durante el ejercicio, deflactado por la variación del Índice de Precios al Consumidor acumulado durante el mismo período; otros calculan promedios ponderados, etc.

En *primer* lugar, pretender que la *desvalorización por inflación* es sólo imputable a los *activos monetarios,* constituye una verdad a medias que omite considerar que, la materia gravable en el impuesto al activo es la renta misma y no los activos. Tal como ha sido harto dicho y demostrado, se trata de un impuesto complementario al tributo a la renta, que la cuantifica en base a un método presuntivo o indiciario: el valor neto de los activos existentes durante el ejercicio, deducida la *desvalorización por inflación.* Como tal método presuntivo, la ficción sólo pretende simplificar una realidad extrajurídica y concretar una realidad distinta y propia para cumplir sus fines: Presumir una medida potencial de la renta a partir del valor de los activos destinados a la generación de aquélla. En el derecho tributario este proceso de concreción no puede separarse de los principios y garantías constitucionales asociados al ejercicio de la facultad de creación de los tributos. Por eso, si el impuesto al activo grava la renta y ésta tiene una medida legal en términos reales, esto es, depurada de los efectos causados por la inflación, la *desvalorización por inflación* no se refiere -ni puede referirse- exclusivamente al activo monetario. Por el contrario, se extiende a todas las partidas del balance por cuya virtud se puede medir el resultado por exposición a la inflación[23].

En *segundo* lugar, pretender la medición de la *desvalorización* de los activos monetarios en base a métodos que no tienen base legal, constituye una infracción a la garantía de la reserva legal que solo admite la regulación de la base de cálculo del tributo en base a normas de rango legal, aparte de que la ausencia de regulación legal sobre el asunto, es la prueba misma de que el legislador no limitó la *desvalorización por*

---

23. Debe recordarse que en los casos en que la Ley, para simplificar la determinación de la base imponible recurre a valores a *forfait*, si bien ésta puede venir impuesta por una exigencia de certeza y aplicabilidad de la Ley, lo cierto es que, ésta debe armonizarse con el principio de capacidad contributiva. Su realización más o menos precisa está en función de la recepción por la Ley, de los índices de aquella capacidad al definir los hechos y bases imponibles o parámetros de modo tal que se ajusten a las exigencias y naturaleza de los índices de capacidad económica. Tal exigencia puede formularse diciendo simplemente que los conceptos legales deben recoger, directa o indirectamente, en todos sus elementos esenciales, aquellos conceptos o categorías económico-financieras *naturales*, prejurídicos, o lo que es lo mismo, que la realización del principio de capacidad contributiva debe servirse por el legislador evitando en lo posible, entre otras cosas, incurrir en ficciones de derecho al definir en la Ley los hechos imponibles y los elementos de la base imponible teniendo presente que, *Si la desviación en el uso de la ficciòn de derecho se produce y el concepto legal difiere del económico o natural, puede sufrir gravemente el principio de capacidad contributiva. La ficción de derecho, puede ser antijurídica, inconstitucional, en la medida que, claramente contravenga el principio de capacidad contributiva y este principio esté definido en una norma de derecho positivo con rango constitucional*. *Cf.*, PÉREZ DE AYALA, José Luis, *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1970, pp. 113 y 115.

inflación en cuestión con referencia exclusiva a los activos monetarios, sino a todas las partidas del balance de carácter monetario. Cualquier mecanismo de corrección que se utilice para pretender la reexpresión de las partidas monetarias a los fines de la Ley de Impuesto a los Activos, estaría al margen de la Ley y significaría una infracción a la garantía de la reserva legal tributaria, pues sólo la Ley y nada más que ésta puede regular extremos de la base imponible del impuesto. La utilización de un método de cálculo como el comentado se haría más infundada cuando se tiene presente que tampoco la Ley delega en el Reglamento la regulación de este particular y este último omite toda previsión sobre el asunto.

Resulta particularmente evidente en el sentido comentado, la opinión administrativa sobre el *"modo de cálculo de la desvalorización"* y en concreto el índice deflactor. La Administración Tributaria considera que: "*...la única forma de calcular los efectos inflacionarios que acepta [esa] Administración Tributaria, es la que viene dada por el uso de un índice inflacionario denominado índice de precios al consumidor, fijado por el Banco Central de Venezuela para el Área Metropolitana de Caracas, el cual se tomará como parámetro a tenor de lo establecido en las disposiciones regulatorias de los ajustes por inflación contemplados en la Ley de Impuesto sobre la Renta*[24]. Citando a James Ottis Rodner señalan que: *"...la inflación está representada por un número que corresponde al cambio proporcional del precio de las cosas entre dos períodos de tiempo diferente, este número se denomina índice inflacionario o índice de inflación".* Asimismo señala que *"...tales índices normalmente son calculados por la autoridad monetaria de un país, mismo (sic) que en Venezuela es calculado por el Banco Central y en base a las variaciones de precios al consumidor.*

De lo antes expuesto es menester concluir que el contribuyente para el cálculo de la base imponible indicada en la norma, deberá tomar en consideración sólo lo allí expresado, por lo que la desvalorización por inflación sólo será aplicable a los activos monetarios y se calculará tomando como parámetro la variación ocurrida en el índice de precios al consumidor ocurrida en los períodos respectivos"[25].

Obsérvese el apresuramiento de la Administración cuando concluye simplistamente que la única forma de calcular la inflación es la que viene dada por el índice de precios al consumidor. ¿Es qué acaso esa es la única forma de medir la inflación? ¿Es ese el único índice elaborado por el Banco Central de Venezuela? ¿Porqué la Administracion selecciona el índice de precios al consumidor y no el índice general de precios al por mayor, o alguna de las especies de estos índices como el índice de precios del sector textil, de la construcción? Todas estas son también expresiones estadísticas de la inflación.

La Administración señala que el índice en cuestión, es el utilizado por la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de ajuste por inflación. Pero lo que omite considerar la Administración Tributaria es que las reexpresiones que ordena la Ley de Impuesto sobre la Renta en tal sentido y mediante el índice de precios al consumidor son para las partidas no monetarias del balance,[26] el patrimonio neto de comienzos del ejercicio[27] y los aumentos y disminuciones de patrimonio ocurridos durante el mismo[28]. Sólo la

24. *Cf., op. cit.,* p. 3
25. *Op. cit.,* p. 4.
26. Artículos 91, 93 y 94.
27. Artículo 103.
28. Artículos 104 y 105.

primera reexpresiòn se traduce en una ganancia por exposición a la inflación; las restantes son ficciones legales que tienen por consecuencia jurídica pérdidas por exposición a la inflación, esto es, *desvalorización por inflación.* Lo decisivo, en todo caso, es que las mediciones en cuestión tienen plena base legal. En todos los casos la Ley de Impuesto sobre la Renta ordena estas reexpresiones y su cuantificación mediante el deflactor índice de precios al consumidor. En ningún caso se produce una improvisada medición y arbitraria selección de un deflactor que no regula la Ley de Impuesto al Activo Empresarial para el "*activo monetario promedio del ejercicio, según el I.P.C. del período en cuestión*".

Tampoco consideramos que el supuesto vacío normativo -que no existe- sobre la calificación y cálculo de la "*desvalorización por inflación"* debe realizarse en atención a consideraciones de tipo contable. Ante todo la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales es una categoría jurídica y como tal debe ser interpretada. Las consideraciones contables sólo serán jurídicamente relevantes en la medida que la propia Ley o su Reglamento a estas reenvíen o mientras no exista formal prohibición legal (expresa o implícita) sobre el particular concepto o institución de que se trate: "*Cuando las normas tributarias de los impuestos a la renta o patrimonio neto no prevean la situación fáctica que se presente o debe interpretarse la medición de su base, serán de aplicación las normas de la contabilidad*"[29].

De otro lado, si el impuesto en consideración sólo gravase las cuentas del activo ajustado por inflación año a año, sin tomar en cuenta la desvalorización de los pasivos no monetarios y cuentas de patrimonio que financian esos activos, sean o no monetarios, entonces, los efectos del impuesto serían confiscatorios a los pocos años de aplicación del mismo, independientemente que la alícuota del tributo sea de un uno por ciento (1%). Al cabo de varios años el impuesto acabaría no solo con la renta, sino con el capital mismo, convirtiéndose en una exacción expoliatoria, prohibida por la Constitución *ex*-artículo 102 en concordancia con el 99[30].

Debe recordarse e insistirse en que el Impuesto al Activo Empresarial busca ser un tributo mínimo y complementario del Impuesto sobre la Renta. Un impuesto marcador. No persigue ser un sustitutivo del Impuesto sobre la Renta o ser más oneroso que tal. Si para fines Impuesto al Activo no se toma en cuenta la desvalorización por inflación en la forma dicha, se corre el riesgo que la presión del impuesto será por mucho más elevada que la del mismo Impuesto sobre la Renta del que pretende ser un impuesto mínimo y complementario[31].

---

29. *Cf.,* REIG, Enrique Jorge, "Conflictos entre Normas Impositivas y los Principios de Contabilidad" en *Revista de Derecho Tributario* nº 62, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas enero-marzo 1994, p. 23.

30. *V.,* LEÁÑEZ BERRIZBEITIA, Eduardo, "El Impuesto a los Activos Empresariales y el proyecto de Ley" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* nº 93, Año XXXIX, Caracas 1994, p. 367.

31. Con todo acierto se ha señalado que como impuesto mínimo a la renta empresarial, el Impuesto al Activo Empresarial funciona como una suerte de *impuesto de capitación empresarial* (*poll tax*). *V.,* VIDAL HENDERSON, Enrique, *op. cit.,* p. 8. Asimismo, estas formas de imposición que no consultan la capacidad real de pagos del ciudadano (capitación) son consideradas fenómenos históricos superados, precisamente porque son ajenas a las formas de racionalidad que exige el sistema fiscal. *V.,* PADRÓN AMARÉ, Oswaldo, "Inflación y Tributación" en *Inflación y Derecho, XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 1994, p. 215.

Por eso, simétricamente deben descontarse del activo gravable las revalorizaciones del patrimonio neto inicial y las revalorizaciones de los aumentos de patrimonio y de los pasivos no monetarios, como tales desvalorizaciones por inflación.

A pesar de que consideramos que el término *desvalorización por inflación* es un concepto jurídico determinado, esto es, no existe límite impreciso en su enunciado, aún si se considera el término en cuestión como un *concepto jurídico indeterminado*, a todo evento su recepción estaría sometida a las rígidas exigencias de la reserva legal y de la legalidad administrativa, pues *"...el legislador al recibir dicho concepto, [le debe dar] un contenido técnico, que permita su determinación indirecta por referencia a las nociones elaboradas en las correspondientes disciplinas técnicas, al tiempo que [debe fijar] los medios y límites a los que deben ajustarse las oportunas facultades de apreciación y valorización de la administración"*[32]. Es de recordar que el *concepto jurídico indeterminado* requiere precisamente una aplicación de la Ley que admite una única solución justa y adecuada a Derecho y, que en consecuencia, no permite ningún tipo de discrecionalidad por parte de la Administración, a la hora de interpretar y aplicar dicho concepto en el ejercicio de su función pública.

Asimismo, en el supuesto de constituir un *concepto jurídico indeterminado*, la determinación del concepto es un esfuerzo exclusivo de interpretación, esto es, de estricto alcance declarativo. Nunca podría tener alcance constitutivo, pues aparte de implicar una usurpación de la función legislativa y una conculcación de la garantía de la reserva legal tributaria, la materia tributaria está absolutamente reglada. De la misma estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial demuestra el propósito *complementario* respecto del Impuesto sobre la Renta, cuando este último se dispone como un pago a cuenta del Impuesto al Activo Empresarial, asegurando un mínimo recaudatorio[33], de modo tal que si el Impuesto sobre la Renta efectivo del período es superior al Impuesto al Activo Empresarial, esto es, al Impuesto sobre la Renta *presuntivo* la primera determinación dará por satisfecha la obligación tributaria por concepto de Impuesto sobre la Renta.

De modo que no existe espacio a la discreción administrativa, ni a la integración analógica[34]. En consecuencia, independientemente de la calificación del término *desvalorización por inflación* como un *concepto jurídico indeterminado* o no, la Administración se encuentra en la exigencia de interpretar y aplicar dicho término de una sola y única manera, en estricto apego al texto de la Ley, sin que le sea dable, reiteramos, introducir elementos de discrecionalidad extraños a la norma legal, a los fines de la aplicación del término en cuestión.

---

32. *Cf.*, PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, tomo I, Editorial de Derecho Financiero, Sexta Edición, Madrid 1991, pp. 167-168.

33. *Artículo 11* de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial: "Al monto del impuesto determinado conforme a esta Ley, se le rebajará el Impuesto sobre la Renta del contribuyente causado en el ejercicio tributario, con excepción del tributo establecido en el Artículo 91 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. En tal virtud, el Impuesto a pagar según esta Ley, será la cantidad que exceda del total del Impuesto sobre la Renta causado en el ejercicio anual gravable, si lo hubiere. Luego este excedente se trasladará como crédito contra el Impuesto sobre la Renta que se cause solo en los tres ejercicios anuales subsiguientes".

34. *V.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Quinta Edición, Civitas, Madrid 1990, pp. 455 y ss. También VALDÉS COSTAS, Javier, *Instituciones de Derecho Tributario*, Depalma, Buenos Aires 1992, p. 145.

IV. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA OPINIÓN ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

1. Contradicción con los fines del sistema de corrección monetaria a la renta

La interpretación de la Administración Tributaria sobre el sentido y alcance de la noción *desvalorización por inflación*, a los fines del Impuesto al Activo Empresarial como *deflación del activo no monetario*, deducible de la base de cálculo del tributo en cuestión, no sólo es *inexacta* jurídicamente -tal como hemos expuesto *in extenso supra*- sino que se traduce en una medida discriminatoria e incongruente con los fines de imposición a la renta, particularmente en su exposición a la inflación.

En la práctica, la forma de entender la desvalorización por inflación en la forma dicha, también desorbita la irracionalidad de suyo de esta forma presuntiva de imposición a la renta, lo cual exhibe paradigmáticamente su carácter máximamente injusto y en los hechos concreta perversos efectos de interferencia en la libre disposición de los recursos privados. Así las cosas, se hace más evidente que el Impuesto al Activo Empresarial conspira contra los principios más elementales de imposición.

El propósito del sistema de corrección monetaria por inflación de la base de cálculo consagrado en la Ley de Impuesto sobre la Renta, consiste en corregir las distorsiones de la inflación sobre las mediciones de la renta, de tal forma que el gravamen recaiga sobre una medida de la capacidad contributiva expresada en términos reales y no meramente nominales superados por la inflación. De esta forma, el impuesto pretende gravar al que se beneficia con la inflación y desgravar a aquél que se perjudica con la misma.

La tesis de la *desvalorización por inflación* como *deflación del activo monetario promedio* se traduce contradictoriamente en que esta forma de imposición indirecta a la renta, favorece, en oposición con los fines de la Ley de Impuesto sobre la Renta, a aquellos contribuyentes que se *benefician* con la inflación y desfavorece a aquellos que se *perjudican* por causa de ella.

Esa situación, aparte de constituir una inconsistencia entre la forma de imposición indirecta a la renta y aquella directa, configura, principalmente, una forma de *discriminación* contra los contribuyentes que invierten su patrimonio en activos no monetarios, esto es, aquellos que invierten sus propios recursos en la adquisición de activos que se protegen de la inflación, respecto de aquellos que, a su vez, se benefician porque invierten fondos ajenos o prestados en activos monetarios.

En efecto, los perjuicios o beneficios por exposición a la inflación dependen de la estructura patrimonial de cada contribuyente, particularmente de la composición monetaria o no de los activos y pasivos.

En principio, la tenencia de activos no monetarios implica un beneficio por exposición a la inflación, particularmente cuando la adquisición de dichos activos no está respaldada con fondos propios del contribuyente, sino con dinero de curso legal prestado por terceros, esto es, cuando el activo no monetario está financiado con un pasivo monetario.

A los fines de las ficciones legales del ajuste por inflación, el activo no monetario debe reexpresarse y tal corrección se traduce en los resultados del ejercicio como un

ingreso no disponible, pero gravable[35]. Si el activo no monetario está financiado por el patrimonio, entonces, la corrección de esta magnitud, se reexpresa como un gasto (pérdida), deducible a los fines del cálculo del enriquecimiento neto global gravable del período[36]. El resultado neto será neutro: Ni de ganancia, ni de pérdida, pues la ganancia en el activo por exposición a la inflación, se compensa con la pérdida en el patrimonio, igualmente expuesto a la erosión inflacionaria. La situación de ganancia por exposición a la inflación por tenencia de activos no monetarios, se afecta por la incidencia del impuesto cuando el ingreso que tal reexpresión supone no puede ser compensado con la misma reexpresión del patrimonio o de algún pasivo no monetario, justamente por el empleo de fondos ajenos en moneda de curso legal.

En el Impuesto al Activo Empresarial se gravan en igualdad de condiciones, tanto el contribuyente que financia el activo no monetario con fondos propios, como aquél que lo hace con fondos ajenos, cuando sólo el primero -el que se financia con su propio patrimonio- sufre perjuicios por exposición a la inflación. Se trata, precisamente, de la desvalorización por inflación, tal como nosotros la entendemos. El segundo contribuyente resulta gravado en la misma medida por el impuesto al activo, pero como la desvalorización por inflación se cuantifica erradamente como deflación del activo monetario promedio y no del patrimonio neto o de pasivos no monetarios, entonces, el beneficio por exposición a la inflación es inadvertido para fines de la imposición indirecta a la renta. Así las cosas, resulta que aquél contribuyente que expone sus propios recursos en la generación de la renta, a quien la Ley de Impuesto sobre la Renta reconoce la pérdida en su patrimonio por exposición a la inflación, en el impuesto complementario, mínimo y conceptualmente subordinado que pretende gravar la renta presuntivamente (el Impuesto al Activo Empresarial), se le penaliza contradictoriamente sin descontar ese efecto -la pérdida o desvalorización por exposición a la inflación- y se le trata en igualdad de condiciones con aquél contribuyente tenedor de activos no monetarios a quien, por contra, el impuesto directo a la renta le grava el beneficio por exposición a la inflación representado en la tenencia de activos no monetarios financiados con fondos ajenos en moneda de curso legal.

La situación de distorsión y contradicción se desorbita con mayor notoriedad en el caso de aquellos contribuyentes que, en vez de generar su renta de activos no monetarios, lo hacen de activos monetarios.

A los fines de las ficciones del ajuste por inflación, el activo monetario no se reexpresa. Si el activo monetario está financiado por el patrimonio, la corrección de esta última magnitud se traduce en los resultados como una pérdida por exposición a la inflación, la cual será deducible según se dijo con anterioridad. Si por el contrario, el activo monetario está financiado con fondos de terceros en moneda de curso legal, por

---

35. Artículos 99, 100 y 102 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. *V.*, notas 17 y 18, *supra*.

36. Artículo 103 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. De conformidad con la Ley (Artículo 109) los incrementos de valor que resulten del reajuste del patrimonio neto, producen una modificación de pleno derecho de la cuenta respectiva, el cual sólo podrá tenerse como tal -como patrimonio neto- a partir del primer día del ejercicio siguiente, debiendo traspasar su valor al capital o reservas.

Contrariamente, el menor valor que eventualmente pudiera resultar de dicho reajuste, será considerado una disminución de capital o reservas a contar de la misma fecha en los mismos términos antes comentados (Artículo 109 *in fine*).

Finalmente, los valores reajustados deberán tomarse en cuenta a los efectos de la determinación del costo en el momento de la enajenación de cualquiera de los activos que conforman el patrimonio del contribuyente. (Artículo 109 Parágrafo Único).

tratarse de partidas monetarias, no habrá reexpresiones legales, por lo que jurídicamente no habrá ni ganancia, ni pérdida neta por exposición a la inflación. Esta situación es perfectamente congruente con la realidad económica subyacente, pues no siendo propios los fondos invertidos en activos monetarios, el contribuyente no es afectado por la inflación.

Sin embargo, siguiendo la criticada interpretación administrativa, en el Impuesto al Activo Empresarial se desgravaría en igualdad de circunstancias, tanto el contribuyente que se perjudica con la inflación por financiar el activo monetario con fondos propios, como aquél que lo hace con fondos ajenos. Contradictoriamente, el último resulta beneficiado porque se le permite el descuento de la *desvalorización por inflación*, sin ser afectado por la erosión monetaria, ya que, tal como se dijo, se financia con fondos ajenos en moneda de curso legal.

Claro está que, en la realidad, la estructura patrimonial de cualquier contribuyente no está exclusivamente conformada por activos no monetarios, o simplemente monetarios. Tampoco la estructura de activos se encuentra financiada exclusivamente con el patrimonio o exclusivamente con préstamos de terceros. Las combinaciones pueden variar, y de hecho varían, pero empíricamente podría generalizarse afirmando que la estructura patrimonial típica en economías subdesarrolladas y afectadas por inflación, está subpatrimonializada, esto es, el activo está financiado principalmente por fondos ajenos. Esta situación se radicaliza en épocas como la presente, de alta inflación (más de un 45% anual), y con tasas activas en el mercado financiero inferiores al 30% anual, esto es, tasas de interés reales negativas. Tal circunstancia extrafiscal obliga a los empresarios a preferir financiarse con fondos ajenos y a descuidar la capitalización de las empresas. Contraproducentemente, el Impuesto al Activo Empresaria favorece esa tendencia, particularmente si los fondos prestados se destinan a la inversión en activos monetarios: se reconoce un perjuicio por exposición a la inflación que no existe, a pesar de la existencia de un beneficio oculto en el pasivo por el diferencial entre la tasa de interés activa (o costo del dinero prestado) y la tasa de inflación, que ni siquiera es gravada para fines del Impuesto sobre la Renta.

Por su parte, el contribuyente que invierte fondos propios en la adquisición de activos no monetarios (*i.e.* inmuebles, activos fijos), no puede descargar la pérdida que le supone el deterioro por exposición a la inflación que sufre su patrimonio, cuando *vis-a-vis*, aquél que financia activos no monetarios con fondos ajenos, recibe fiscalmente el mismo tratamiento, a pesar de beneficiarse por exposición a la inflación.

Vaya de muestra un ejemplo para aclarar la situación: En el cuadro “1” que aparece *infra* se describe la estructura patrimonial de cuatro contribuyentes “A”, “B”, “C” y “D”. En el cuadro “2” se contrastan los efectos de la incidencia del impuesto al activo empresarial respecto de cada tipo de contribuyente y su estructura patrimonial, demostrando los inconsistentes y discriminatorios efectos del Impuesto al Activo Empresarial.

Cuadro "1"

Estructura Patrimonial Ejercicio 1/1/97 al 31/12/97	Empresa "A"		Empresa "B"		Empresa "C"		Empresa "D"	
Activos Monetarios (AM)	5,00%	37.000.000	5,00%	37.000.000	95,00%	734.000.000	95,00%	734.00000
Activos No Monetarios (ANM)	95,00%	734.000.000	95,00%	734.000.000	5,00%	37.000.000	5,00%	37.00000
TOTAL	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.00000
Pasivos Monetarios (PM)	5,00%	37.000.000	95,00%	734.000.000	95,00%	734.000.000	5,00%	37.00000
Patrimonio (PAT)	95,00%	734.000.000	5,00%	37.000.000	5,00%	37.000.000	95,00%	734.00000
TOTAL	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.00000

Los contribuyentes "A" y "B", tienen el noventa y cinco por ciento (95%) de su activo representado en activos no monetarios. El primero, financia esa posición en un noventa y cinco por ciento (95%) con recursos propios, mientras que el segundo, en la misma magnitud financia el activo con fondos ajenos en moneda de curso legal. Los contribuyentes "C" y "D" presentan una preeminencia del activo representado en activos monetarios. El primero, financia esa porción en un 95% con recursos ajenos, mientras que el segundo lo hace con fondos propios en esa misma proporción.

El Cuadro Nº 2, muestra los efectos comparativos de la medida de la *Desvalorización por Inflación* como (i) deflación del activo monetario promedio o como (ii) la reexpresión del patrimonio neto inicial. En ambos casos, la corrección monetaria se verifica para una medida de la inflación de un 45% en el período tributario en consideración. Para fines del ejemplo en cuestión, se asume que no hay variación del activo entre el inicio y cierre del mismo, de suerte que el promedio simple del activo es igual activo inicial, salvo el aumento por reexpresión del activo no monetario.

El *activo promedio* es el promedio simple del valor del activo inicial más el activo final, esto es, el activo inicial más el activo final (ambos de igual magnitud) dividido entre dos.

El *valor neto promedio del activo* es el promedio simple del activo menos la desvalorización del ejercicio.

El impuesto para el mismo período es el 1% sobre la base de cálculo o valor neto promedio del activo.

Cuadro "2"

IPC=45%		Empresa "A"		Empresa "B"		Empresa "C"		Empresa "D"	
		Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio
(1)	Activo Monetario Inicial (AMi)	37.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000
(2)	Activo No Monetario Inicial (ANMi)	734.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000
(3)	Activo Monetario Final (AMf)	37.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000
(4)	Activo No Monetario Final (ANMf)	1.064.300.000	1.064.300.000	1.064.300.000	1.064.300.000	53.650.000	53.650.000	53.650.000	53.650.000
(5)	Promedio Simple del Activo (1+2+3+4)/	936.150.000	936.150.000	936.150.000	936.150.000	779.325.000	779.325.000	779.325.000	779.325.000
(6)	Desvaloriza-ción	-16.650.000	-330.300.000	-16.650.000	-16.650.000	-330.300.000	-16.650.000	-330.300.000	-330.300.000
(7)	Valor Neto Promedio (5-6)	919.500.000	605.850.000	919.500.000	919.500.000	449.025.000	762.675.000	449.025.000	449.025.000
(8)	IAE (7) x 1%	9.195.000	6.058.500	9.195.000	9.195.000	4.490.250	7.626.750	4.490.250	4.490.250
(9)	Aumento o Disminción del IAE		-3.136.500		0		3.136.500		0

Obsérvese cómo bajo la interpretación administrativa que predica la desvalorización por inflación como *deflación del activo monetario promedio* tanto la empresa "A" como la "B", son impactadas por el Impuesto al Activo Empresarial en una igual medida; sin embargo, sólo la primera empresa se perjudica con la inflación, fundamentalmente por financiar el activo no monetario con el patrimonio. El perjuicio por exposición a la inflación que reconoce la Ley de Impuesto sobre la Renta, es inadvertido para fines del Impuesto al Activo Empresarial e implica un exceso de impuesto de *Tres millones ciento treinta y seis mil quinientos bolívares* (Bs.3. 136.500,00) al que, por el contrario, resultaría si la desvalorización se calcula -tal como predicamos- como reexpresión del patrimonio neto inicial.

En el caso exclusivo de la empresa "B" el cálculo del efecto de la desvalorización por inflación es indiferente cualquiera que sea la forma de cálculo, porque el activo monetario es igual al patrimonio neto inicial.

Asimismo, en el ejemplo de las empresas "C" y "D", con presencia fundamental de activos monetarios, sólo la empresa "C" se beneficia por exposición a la inflación por virtud del ingreso oculto existente en el pasivo monetario que financia fundamentalmente el activo monetario.

Como según la tesis administrativa la desvalorización se procura respecto al activo monetario, la disminución de la base de cálculo es sustancial y el Impuesto al Activo Empresarial resulta idéntico al de la empresa "D", quien por el contrario se perjudica por exposición a la inflación al financiar fundamentalmente el activo monetario con recursos propios. Si la desvalorizaciòn se calcula como deflación del activo monetario, el descuento de la base de cálculo sería sustancialmente inferior y aumentaría la carga del impuesto en *Tres millones ciento treinta y seis mil quinientos bolívares* (Bs. 3.136.500,00). Así se consideraría el beneficio por exposición a la inflación en armonía con el tratamiento que asigna la Ley de Impuesto sobre la Renta a una medida efectiva de la renta.

En la empresa "D" el cálculo del efecto de la desvalorización por inflación es indiferente, cualquiera que sea la forma de cálculo, porque el activo monetario es igual al patrimonio neto.

Así las cosas, el Impuesto al Activo Empresarial revierte contradictoriamente el propósito que persigue el Impuesto sobre la Renta de inmunizar al contribuyente contra los perjuicios por exposición a la inflación representados en el uso de sus propios recursos invertidos en activos no monetarios.

2. Interferencia en la asignación de recursos

Todo impuesto como contribución al derecho de propiedad ha de pagarse sin derecho a contraprestación y afecta a la esfera privada, cercenando la libertades dispositivas de los recursos individuales. El tributo implica una transferencia coactiva de recursos económicos al sector público que puede tener consecuencias perjudiciales en el mecanismo competitivo de los mercados y en las decisiones sobre la asignación de recursos particulares[37]. Por eso, el tributo debe ser *neutro* en su afectación sobre la inversión individual y no discriminar sobre la forma y tipo de inversión.

En este último caso, el castigo del Impuesto al Activo Empresarial se muestra más grave cuando se considera el efecto del impuesto en varios períodos impositivos: como el impuesto se calcula sobre el activo no monetario reexpresado año a año, sin descuento de la real pérdida por exposición a la inflación, suponiendo que el activo no monetario se mantenga bajo propiedad del contribuyente por varios períodos impositivos, la base imponible irá creciendo a lo largo de tales períodos sin consideración de si el activo produce renta o no, o de su valor real, esto es, de la real capacidad contributiva subyacente.

Vaya de muestra otro ejemplo para demostrar lo antes dicho:

En el Cuadro "3" se describe la estructura patrimonial de un contribuyente cuyo activo está representado únicamente por un activo no monetario, respaldado plenamente por el patrimonio. Se considera el efecto del Impuesto al Activo Empresarial a lo largo de un período de cuatro ejercicios fiscales consecutivos asumiendo que la inflación anual es del cincuenta por ciento (50%) cada año y la situación patrimonial del contribuyente no varía, salvo la reexpresión del activo no monetario y el patrimonio neto inicial, los cuales son cargados, la primera, a la cuenta del activo mismo y la segunda, abonado a la cuenta del patrimonio, tal como ordena la Ley de Impuesto sobre

37. *Cf.*, NEWMARK, Fritz, *op. cit.*, p. 34.

la Renta en sus artículos 99 y 103, respectivamente, por reenvío que hace la Ley de Impuesto al Activo Empresarial en su artículo 4, ordinal 2º.

Cuadro "3"

PASIVO=0	Empresa "A" 1er. Año IPC= 50%		Empresa "B" 2do. Año IPC= 50%		Empresa "C" 3er. Año IPC= 50%		Empresa "D" 4to. Año IPC= 50%	
	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio
PATRIMONIO NETO INICIAL	100,00	100,00	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50
Activo Monetario Inicial (AMi)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	,00	0,00
Activo No Monetario Inicial (ANMi)	100,00	100,00	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50
Activo Monetario Final (AMf)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Activo No Monetario Final (ANMf)	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50	506,25	506,25
Promedio Simple del Activo (1+2+3+4)/2	125,00	125,00	187,50	187,50	281,25	281,25	421,88	421,88
Desvalorización	0,00	-50,00	0,00	-75,00	0,00	-112,50	0,00	-168,75
Valor Neto Promedio (5-6)	125,00	75,00	187,50	112,50	281,25	168,75	421,88	253,13
IAE (7 x 1%)	1,25	0,75	1,88	1,13	2,81	1,69	4,22	2,53
Aumento o Disminución del IAE		60,00		60,00		60,00		60,00

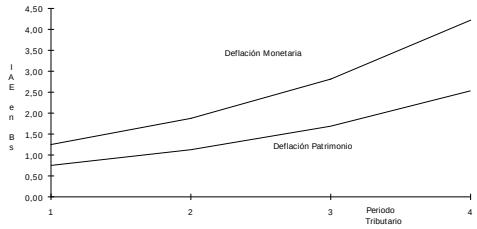


Gráfico "1"

Obsérvese como el Impuesto al Activo Empresarial, si *la desvalorización por inflación* es cuantificada como *deflación del activo monetario*, es superior año a año, al que, por el contrario, resultaría si el cálculo del impuesto se hiciera en función de la reexpresión periódica del patrimonio neto inicial. Para el ejemplo que estamos considerando, a una inflación constante interanual del 50%, la mayor presión del impuesto sería de un 40% más de impuesto. En el gráfico "1" se pueden contrastar las dos curvas del impuesto: la primera, una línea continua y ascendente que representa la medida del Impuesto al Activo Empresarial calculando la desvalorización por inflación como deflación del activo monetario promedio y la segunda, con una línea pespunteada, representa el Impuesto al Activo Empresarial calculando la desvalorización como reexpresión del patrimonio neto inicial.

El contraste exhibe como el Impuesto al Activo Empresarial castiga la inversión en activos no monetarios y como la presión del impuesto se hace más intensa si la desvalorización por inflación se calcula como deflación del activo monetario promedio y no como reexpresión de patrimonio neto.

El padecimiento reseñado se hace patético en el caso de aquellos contribuyentes que invierten en activos no monetarios de tipo inmobiliario, que se destinan al arrendamiento de terceras personas. Para estos activos la Ley de Impuesto sobre la Renta no admite la deducción por depreciación de los mismos. Esto obliga a que el cálculo del valor del activo para fines del impuesto al activo se verifique sobre el valor del activo ajustado por inflación, esto es, sin descuento de la depreciación acumulada y en olvido del deterioro o desgaste que es forzoso estimar para cuantificar el valor y la renta de un activo fijo, así como su reposición. Así las cosas, se hace evidente que, con el paso del tiempo, para los inmuebles arrendados a terceros, la corrección monetaria aleja los valores fiscales de los valores que realmente representan, por lo que la presión del Impuesto al Activo Empresarial tiende a ser exagerada y alejada de la realidad contributiva subyacente. Poca neutralidad, por no decir ningún estímulo brinda el Impuesto al Activo Empresarial a la inversión inmobiliaria en los arrendamientos a terceras personas[38].

38. En efecto, en el caso de bienes arrendados a terceros no es admitida la depreciación del activo, ya que la Ley de Impuesto sobre la Renta *ex*-artículo 27, Parágrafo Noveno, sólo permite la deducción de la depreciación de los bienes arrendados a los trabajadores de la empresa (excluyendo implícitamente la depreciación de los que no tengan ese destino). En este sentido, es útil señalar la existencia de una dispensa fiscal respecto a los activos inmobiliarios arrendados a terceros a los fines del Impuesto al Activo Empresarial. Nos referimos particularmente

De otro lado, en el Cuadro "4" se muestra la estructura patrimonial de un contribuyente cuyo activo está representado únicamente por un activo monetario, respaldado plenamente por el patrimonio. Se considera el efecto del Impuesto al Activo Empresarial a lo largo de un período de cuatro ejercicios fiscales consecutivos, asumiendo que la inflación es de un 50% cada año y la situación patrimonial del contribuyente no varía, salvo la reexpresión del patrimonio neto inicial, la cual es abonada a la cuenta del patrimonio.

Cuadro "4"

	Empresa "A" 1er. Año IPC= 50%		Empresa "B" 2do. Año IPC= 50%		Empresa "C" 3er. Año IPC= 50%		Empresa "D" 4to. Año IPC= 50%	
PASIVO=0	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio
PATRIMONIO NETO INICIAL	100,00	100,00	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50
Activo Monetario Inicial (AMi)	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Activo No Monetario Inicial (ANMi)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Activo Monetario Final (AMf)	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Activo No Monetario Final (ANMf)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Promedio Simple del Activo	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

al caso de la exención del 50% de impuesto para los activos destinados a la prestación de servicios cuyos precios estén regulados por la Ley (Artículo 3, ordinal 6º), tal como el caso de los inmuebles arrendados a terceros cuyo precio (canon) está regulado. En tal supuesto, la Administración Tributaria ha considerado que procede la dispensa parcial comentada hasta por tres años desde la vigencia de la Ley en comentarios, esto es, para los ejercicios que comenzaron a partir del 1º de diciembre de 1993. Este criterio está sustentado en la opinión del SENIAT, consignada en el Oficio nº HGIT-200-373 de fecha 31 de enero de 1996, que en la parte pertinente es como sigue: *En consecuencia, el activo (inmueble arrendado) se encuentra regulado por el Estado, entendiendo esto como las distintas manifestaciones territoriales (República, Estados y Municipios), con facultades para determinar regulación de materia de arrendamiento y siendo el mismo un bien que está destinado a la prestación de servicio productor del enriquecimiento goza de la exención prevista en la norma supranalizada por los tres períodos fiscales subsiguientes a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial, siempre y cuando la normativa que dio origen a la regulación de (sic) dicho inmueble se encuentra vigente durante los períodos fiscales para los cuales procede el beneficio concedido por la Ley de Impuesto, de lo contrario perdería el mismo.*

(1+2+3+4)/2								
Desvaloriza-ción	-50,00	-50,00	-50,00	-75,00	-50,00	-112,50	-50,00	-168,75
Valor Neto Promedio (5-6)	50,00	50,00	50,00	25,00	50,00	-12,50	50,00	-68,75
IAE (7 x 1%)	0,50	0,50	0,50	0,25	0,50	-0,13	0,50	-0,69
Aumento o Disminución del IAE		100,00		50,00		-25,00		-137,50

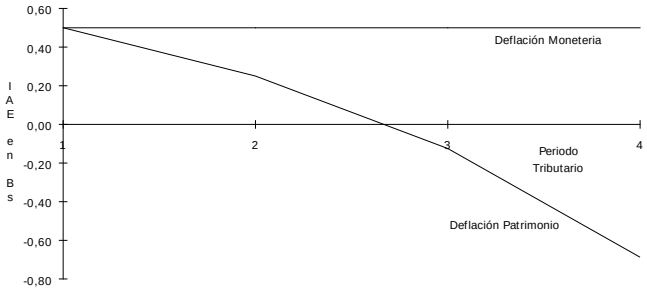


Gráfico "2"

Obsérvese como el Impuesto al Activo Empresarial es constante a lo largo del tiempo, si la desvalorización por inflación se calcula como deflación del activo monetario promedio. Asimismo, el impuesto sería igual, año a año, si el activo monetario estuviera respaldado por un pasivo monetario; sin embargo, la presión del impuesto debería ser inferior, año a año, si la desvalorización se calculara como reexpresión del patrimonio neto inicial, esto es, tomando en cuenta la pérdida por exposición a la inflación.

El gráfico No. 2 pone de manifiesto lo dicho con anterioridad. La línea continua representa la constancia del Impuesto al Activo Empresarial cuando la desvalorización se calcula como deflación del activo monetario promedio, mientras que la línea pespunteada muestra la presión descendente del impuesto si la desvalorización por inflación se cuantifica como reexpresión del patrimonio neto, esto es, descontando el efecto de la pérdida por exposición a la inflación.

Ambos ejemplos ponen de manifiesto una irrefutable conclusión: la errada interpretación administrativa conduce a *favorecer* (i) la inversión en activos monetarios, particularmente aquellos financiados con fondos ajenos y (ii) *penaliza* la inversión en activos no monetarios, particularmente aquellos financiados con el patrimonio. Un sistema fiscal razonable, teóricamente justo y prácticamente útil, exige congruencia entre las formas impositivas que la integran. La racionalidad supone la coherencia entre los fines y los medios técnicos que se utilizan para lograr esos fines. Por eso, no puede afirmarse que la imposición es justa o favorece la asignación racional de recursos disponibles, cuando existe un irrespeto a la consistencia lógica y a la razón. Por eso, no

sólo la creación, sino toda interpretación que se dirija a la aplicación del tributo dentro de un sistema racional, exige la coherencia de los efectos y repudia la inconsistencia[39]. Esa exigencia se radicaliza en el Impuesto al Activo Empresarial respecto del Impuesto sobre la Renta, siendo el primero un tributo mínimo, complementario y conceptualmente subordinado al segundo.

Sin embargo, tal como hemos visto la interpretación administrativa que predica que la "*desvalorización por inflación*" consiste en el descuento de la deflación promedio del activo monetario gravable, es contradictoria con los fines de la corrección monetaria a la renta y se traduce en una medida discriminatoria que penaliza fundamentalmente a quien se perjudica por exposición a la inflación y favorece a quien se beneficia de la erosión monetaria en su interacción con la imposición a la renta, interfiriendo indebidamente las decisiones individuales de inversión.

Es por eso que, semejante postura -equivocada como se ha dicho- desquicia la debida racionalidad (coherencia) entre el Impuesto al Activo Empresarial como forma complementaria e indirecta de imposición a la renta y el impuesto directo a la misma materia gravable, así como la racionalidad del sistema impositivo como un todo.

V. IRRACIONALIDAD DE LAS FÓRMULAS PRESUNTIVAS ABSOLUTAS PARA EL CÁLCULO DE LA RENTA

En nuestra opinión, la causa profunda de las distorsiones anotadas -más allá de la errada interpretación administrativa- se localiza en la misma naturaleza indirecta del Impuesto al Activo Empresarial: la utilización de fórmulas presuntivas absolutas para determinar la renta del contribuyente.

Semejante técnica pretende el gravamen de lo que *debe ser* la renta sobre una base analítica y no lo que *realmente es* sobre una base sintética, descuidando flagrantemente la verdadera capacidad contributiva subyacente. Es por esto que, la base indiciaria se convierte en una base imaginaria, alejada de la verdad contributiva o, lo que es peor, creadora de su propia verdad.

Con razón la doctrina más autorizada ha señalado que la determinación de la base de cálculo de un tributo en función de fórmulas presuntivas o *forfaitarias* constituye expedientes contrarios a la igualdad tributaria y más concretamente al principio de capacidad contributiva, sino es posible conciliar la base presunta con la base efectiva (o sintética) representativa de la verdadera capacidad económica[40]. Incluso se ha señalado que, las fórmulas presuntivas violan la garantía de certeza que se exige del derecho,

---

39. *Cf*., NEUMARK, Fritz, *op. cit*., p. 399.

40. Así lo señala el profesor MOSCHETTI:

c) Los mismos criterios deben servir, a nuestro juicio, en los casos en que la ley, para simplificar la determinación de la base imponible, recurre a valoraciones a forfait.

No hay duda de que estas simplificaciones pueden venir impuestas por una exigencia de certeza y aplicabilidad de la ley; pero también es cierto que ésta debe armonizarse con el principio de capacidad contributiva. Consideramos, por tanto, que las determinaciones a forfait deben también operar como simples presunciones relativas, que pueden ser desatendidas cuando el contribuyente logre demostrar la divergencia entre la esquematización legal y abstracta y situación real. De tal modo, se logra armonizar la exigencia de simplificación con el límite constitucional. Cf., MOSCHETTI, Francesco, *El Principio de Capacidad Contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1980, p. 401.

porque ...la apariencia de verdad que su norma establece pone en cuestión la certeza del derecho. La presunción absoluta ensombrece los postulados de la seguridad jurídica de los hechos con trascendencia jurídica. "*La ficción irrumpe contra la certidumbre jurídica y sus consecuencias se proyectan sobre el destinatario de la norma quien observa que lo cierto no es aquello que se extrae de la realidad de las cosas y de los hechos, sino de la descripción que crea el Derecho a través de la norma*"[41].

La irracionalidad anotada -el uso indiscriminado de la ficción legal- se ve radicalizada en la estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial cuando se tiene presente que, las mediciones del valor del activo que dimensionan la presunción de renta están referidas y sometidas a los ajustes por inflación que ordena la Ley de Impuesto sobre la Renta para el activo no monetario. Así las cosas, a la ficción de renta que implica el Impuesto al Activo Empresarial se suma la ficción de la corrección monetaria fiscal, por lo que esta indexación en un doble régimen presuntivo, configura una ficción indiscriminada que convierte al impuesto en una categoría prácticamente autónoma, contraria a los propósitos complementarios y de imposición mínima que lo justifican, totalmente alejado de la realidad contributiva a la renta.

Si a lo anterior se suma el carácter caprichoso y errático de la inflación, las indexaciones basadas en las simples variaciones del poder de compra, normalmente alejado de los valores reales que pretenden reflejar, licencian el uso indiscriminado de las ficciones legales que frustran la debida racionalidad, justicia y utilidad del Impuesto al Activo Empresarial[42].

Tan perversa es la situación denunciada, que la inflación que se pretende neutralizar a los fines fiscales, se convierte en la causa misma de una imposición irreal: a mayor inflación, mayor desconexión con la realidad y presión del impuesto, paradójicamente, también mayor la tentación del Gobierno para depender de un tributo imaginario.

---

41. *Cf.*, ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 25.

42. Como paliativo a la distorsión anotada, la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991 estableció en su Artículo 111 que cuando el valor reajustado del activo supera en más del 50% a su valor de mercado, el contribuyente podría, previa autorización de la Administración Tributaria, no efectuar el mencionado ajuste en dicho ejercicio.

Esta norma tenía por propósito evitar una aplicación irrestricta de la técnica de valoración *poder de compra corriente* particularmente respecto de aquellos activos cuyo valor era visiblemente afectado por el paso del tiempo, tal como los sometidos a rápida obsolescencia tecnológica o desgaste. En tal caso, si el valor de mercado se deprecia tanto como la mitad del valor ajustado del período para el mismo bien en -función de la técnica *poder de compra corriente*, se faculta al contribuyente para no registrar el reajuste. De esta forma, se busca armonizar los valores a precios constante y las mediciones de los mismos a valores corrientes (o de reposición). Esta norma fue eliminada en la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, privando el sistema de esta forma de relativizar la presunción de valor de los activos por los ajustes por inflación. La eliminación en cuestión demuestra la inflexibilidad del sistema actual y su proyección sobre el Impuesto al Activo Empresarial.

Una solución parecida se contempla en la República de Colombia en la norma del Artículo 12 del Decreto n° 2.687 del 26 de diciembre de 1988, relativo al régimen de corrección monetaria para fines del Impuesto sobre la Renta, sólo que mucho más clara en cuanto a su alcance y contenido, particularmente en lo que se refiere al efecto del silencio de la Administración Tributaria en caso de no contestar a la solicitud del contribuyente frente a las variaciones de valor comentadas. En tal caso se señala que la abstención de la Administración se estima -por ministerio de la Ley- con efecto positivo, en caso de falta de contestación oportuna de la Administración.

VI. CONCLUSIONES FINALES

1. El Impuesto al Activo Empresarial constituye una fórmula de imposición *indirecta* y *real* a la *renta*, que opera sobre una base indiciaria representada por el valor promedio de los activos destinados a la generación de la renta gravable. En vez de gravar la renta efectiva (o actual) se afinca en una presunción sobre la medida de la renta que se dimensiona sobre el valor bruto del activo (deducida la depreciación o amortización según corresponda), pero sin descuento de los pasivos asociados o que financian la adquisición de dichos activos, en el entendido que la tenencia de éstos es un indicador razonable de la medida de la renta del contribuyente.

2. Se trata de un gravamen a una renta *mínima* potencial de la empresa, resultando con ello irrelevante la renta real de la misma, al operar como un mínimo constante de toda empresa en funcionamiento

3. La misma estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial demuestra el propósito *complementario* respecto del Impuesto sobre la Renta, cuando este último se dispone como un pago a cuenta del Impuesto al Activo Empresarial, asegurando un mínimo recaudatorio, de modo tal que si el Impuesto sobre la Renta efectivo del período es superior al Impuesto al Activo Empresarial, esto es, al Impuesto sobre la Renta *presuntivo* la primera determinación dará por satisfecha la obligación tributaria por concepto de Impuesto sobre la Renta.

4. El Impuesto al Activo Empresarial no es un impuesto al capital. La base de cálculo revela que no son admisibles los descuentos de los pasivos que financian los activos del contribuyente. En un impuesto al capital o al patrimonio (como más apropiadamente se le refiere) la base de cálculo viene cifrada por el *patrimonio neto*, esto es, por el total del activo gravable menos los pasivos que lo financian. De otro lado, al Impuesto al Activo Empresarial se acredita el Impuesto sobre la Renta, lo que demuestra el gravamen de una sola manifestación de capacidad contributiva.

5. En nuestra opinión, la noción *desvalorización por inflación* como descuento de la base de cálculo del Impuesto al Activo Empresarial se identifica con aquellos supuestos en los que legalmente se presume existe una pérdida por exposición a la inflación y más concretamente, aquellos que la Ley de Impuesto sobre la Renta traduce como una disminución de la renta gravable.

6. Que el legislador de la Ley de Impuesto sobre la Renta no hable de la reexpresión de *cuentas monetarias* o de *desvalorización por inflación*, no quiere decir que no las tome en cuenta. En realidad lo hace en forma *indirecta* a través de la reexpresión de patrimonio neto inicial, de las variaciones del patrimonio y de los pasivos monetarios, ocurridas durante el ejercicio en la forma dicha.

7. Pretender la medición de la *desvalorización* de los activos monetarios en base a métodos que no tienen base legal, constituye una infracción a la garantía de la reserva legal que solo admite la regulación de la base de cálculo del tributo en base a normas de rango legal, aparte de que la ausencia de regulación legal sobre el asunto, es la prueba misma de que el legislador no limitó la "*desvalorización por inflación"* en cuestión con referencia exclusiva a los activos monetarios.

8. Debe recordarse e insistirse en que el Impuesto al Activo Empresarial busca ser un tributo mínimo y complementario del Impuesto sobre la Renta. Un impuesto marcador. No persigue ser un sustitutivo del Impuesto sobre la Renta o ser más oneroso que tal. Si para fines Impuesto al Activo no se toma en cuenta la desvalorización por inflación en

la forma dicha, se corre el riesgo que la presión del impuesto será por mucho más elevada que la del mismo Impuesto sobre la Renta del que pretende ser un impuesto mínimo y complementario.

9. La interpretación administrativa que predica que la "*desvalorización por inflación*" consiste en el descuento de la deflación promedio del activo monetario gravable, es contradictoria con los fines de la corrección monetaria a la renta y se traduce en una medida discriminatoria que penaliza fundamentalmente a quien se perjudica por exposición a la inflación y favorece a quien se beneficia de la erosión monetaria en su interacción con la imposición a la renta, interfiriendo indebidamente las decisiones individuales de inversión.

10. La causa profunda de las distorsiones anotadas -más allá de la errada interpretación administrativa- se localiza en la misma naturaleza indirecta del Impuesto al Activo Empresarial: la utilización de fórmulas presuntivas absolutas para determinar la renta del contribuyente.

11. La irracionalidad anotada -el uso indiscriminado de la ficción legal- se ve radicalizada en la estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial cuando se tiene presente que, las mediciones del valor del activo que dimensionan la presunción de renta están referidas y sometidas a los ajustes por inflación que ordena la Ley de Impuesto sobre la Renta para el activo no monetario. Así las cosas, a la ficción de renta que implica el Impuesto al Activo Empresarial se suma la ficción de la corrección monetaria fiscal, por lo que esta indexación en un doble régimen presuntivo, configura una ficción indiscriminada que convierte al impuesto en una categoría prácticamente autónoma, contraria a los propósitos complementarios y de imposición mínima que lo justifican, totalmente alejado de la realidad contributiva a la renta.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER CARÍAS, Allan, "Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias" en *Revista de Derecho Público* Nos. 57-58, Enero-Junio 94, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

BULUGIN, Eugenio, "Sobre la existencia de las normas jurídicas", Universidad de Carabobo, Valencia 1978.

Exposición de Motivos de la Ley al Activo Empresarial propuesta al Congreso de la República en 1992.

Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, Declaración de Principios de Contabilidad Nº 10, "El Ajuste de Estados Financieros por Efectos de Inflación".

ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Quinta Edición, Civitas, Madrid 1990.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, volumen II, ediciones Depalma, Buenos Aires 1993.

LEÁÑEZ BERRIZBEITIA, Eduardo, "El Impuesto a los Activos Empresariales y el proyecto de Ley", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Nº 93, Año XXXIX, Caracas 1994.

MOSCHETTI, Francesco *El Principio de Capacidad Contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1980.

NEUMARK, Fritz, *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1974.

PADRÓN AMARÉ, Oswaldo "Inflación y Tributación", en *inflación y Derecho*, XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 1994.

PÉREZ DE AYALA, José Luis, *Las Ficciones en el Derecho Tributario,* Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1970.

PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I, Editorial de Derecho Financiero, Sexta Edición, Madrid 1991.

REIG, Enrique Jorge, Conflictos entre Normas Impositivas y los Principios de Contabilidad, en *Revista de Derecho Tributario*, Nº 62, Enero-Marzo 1994, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.

ROMERO-MUCI, Humberto, "Los Ajustes por Inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

ROMERO-MUCI, Humberto, "La garantía de la reserva legal tributaria, deslegalización y exceso reglamentario: el caso de los reglamentos de la Ley de Pilotaje", en *Revista de Derecho Tributario* Nº 73, octubre-diciembre 1996, A.V.D.T., Caracas.

VALDÉS COSTAS, Javier, *Instituciones de Derecho Tributario,* Depalma, Buenos Aires, 1992.

VIDAL HENDERSON, Enrique, "El Impuesto al Activo Empresarial: La experiencia latinoamericana", en *Revista de Derecho Tributario* Nº 63, abril-junio 1994, A.V.D.T. Caracas.

SADKA, Efraim and TANZI, Vito, *A tax on gross assets of enterprises: A form of Presumptive Taxation,* International Monetary Fund, Working Papers, 1992.

YÁNES, José Alberto, *Manual de Ajustes por Inflación*, Valencia 1993.

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?

Manuel Rachadell
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PRESENTACIÓN

Las presentes consideraciones tienen por objeto analizar el marco jurídico de dos figuras institucionales de reciente creación y cuyos perfiles se nos presentan plagados de confusión, hasta el punto de que para muchas personas constituyen una sola y misma cosa: el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano de Caracas.

A estos fines estudiaremos, en una primera parte, el arreglo institucional del área metropolitana de Caracas que se desprende de la Constitución de 1999 y de sus desarrollos legislativos; en una segunda parte, el régimen de las operaciones que les competen a ambas instituciones con relación a los dineros públicos, particularmente en cuanto a la regulación de los ingresos y al régimen presupuestario, para concluir, en una tercera parte, considerando el proyecto de Ley Ogánica sobre el Régimen del Distrito Capital que cursa en la Asamblea Nacional.

I. EL ARREGLO INSTITUCIONAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS

1. Los Antecedentes

Cuando el Congreso de la República se dispuso en 1960 a elaborar una nueva Constitución para el país, la cuestión institucional del valle de Caracas ya estaba planteada: la capital de la República había desbordado hacía décadas el territorio que se le había asignado para el asiento de los poderes públicos nacionales -el Distrito Federal- y su parte oriental, la de mayor dinamismo en su crecimiento, se había asentado sin solución de continuidad en territorio del Estado Miranda. Sobre la Gran Caracas ejercían competencias en ese momento, además del Poder Nacional, dos Gobernadores, el del Distrito Federal y el del Estado Miranda, y dos Concejos Municipales, el del Distrito Federal y el del Distrito Sucre del Estado Miranda. El primero de estos gobernadores y el primero de estos Concejos tenían una regulación especial, la contenida en la Ley Orgánica del Distrito Federal, mientras que los segundos en ambos casos estaban sometidos directamente a las normas constitucionales. No fue sino en 1978 cuando el legislador nacional desarrolló los principios constitucionales sobre los entes locales, con la aprobación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y hubo que esperar al final de la década de los ochenta para que se legislara sobre la elección de los Gobernadores de Estado y sobre las transferencias de competencias, en el marco del proceso de descentralización.

Pero volviendo al momento en que se discutía la Constitución que sería la de 1961, el Congreso se planteó en esa oportunidad el reto de buscar una fórmula institucional que permitiera el desarrollo de la ciudad en sus líneas maestras y le diera unidad a los servicios públicos que requirieran, por su naturaleza, una escala metropolitana, para que esos servicios se prestaran mejor y a un menor costo, es decir, para hacerlos más eficientes. El resultado se plasmó en el último aparte del artículo 11 de la Constitución de 1961, así: *"Una ley especial podrá coordinar las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal".* Esto significó, simplemente, que el Congreso habilitó al legislador nacional para resolver un asunto que por su naturaleza es constitucional, en vista de que, en las discusiones sobre el tema, el órgano legislativo que actuaba en función constituyente no supo o no pudo dar una respuesta definitiva a la cuestión. Y también que lo único que tenía claro el constituyente de 1961 era que, cualquiera fuera la solución que se adoptara, debía garantizarse la autonomía municipal.

La ley de coordinación mencionada, que según la Exposición de Motivos de la Constitución buscaba atender "a urgentes y angustiosos problemas derivados del crecimiento de la ciudad, que desborda los límites que le fueron asignados cuando se creó el Distrito Federal", nunca fue dictada. En su lugar, las municipalidades capitalinas acudieron a la figura de las mancomunidades municipales, también prevista en la Constitución, con relación a unos pocos servicios -urbanismo, transporte, policía-, y celebraron los acuerdos correspondientes para crear y gerenciar servicios metropolitanos en esos sectores. Pero así como se crearon las mancomunidades así también se disolvieron: las dos primeras al poco tiempo y la tercera en fecha reciente. La disolución de estas mancomunidades se debió, fundamentalmente, a la disposición de los organismos deliberantes municipales de afirmar su autonomía por encima de las necesidades de coordinación y de integración de determinados servicios en una escala más amplia, para hacerlos más eficientes.

También se dio el caso de la asunción de competencias municipales por el Poder Nacional, sin apoyo alguno -o con fundamentación discutible- en el texto constitucional. De esta forma, el Ejecutivo Nacional pasó a prestar los servicios de suministro de agua potable, de aseo urbano y de transporte subterráneo de pasajeros (metro) en el área metropolitana de Caracas. De estos servicios, la responsabilidad por la prestación de los dos primeros ha sido devuelta a los Municipios correspondientes.

En este estado, consideramos oportuno abrir un paréntesis para referirnos a la participación que tuvo el doctor Allan Randolph Brewer Carías en la formulación del arreglo institucional del área metropolitana de Caracas que se aprobó en la Constitución de 1999.

Entre 1965 y 1968, Brewer fue asesor del Gobernador del Distrito Federal y desde esa época comenzó a publicar artículos, ponencias y libros sobre materias relacionadas con el aspecto que nos ocupa. El primero de ellos fue el *Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestres,* editado por la Gobernación del Distrito Federal en 1965. Seguidamente presentó una comunicación a la II Ponencia en el IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios sobre "*El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano"* (1967), trabajo éste que amplió al año siguiente. En 1971, Brewer preparó una ponencia sobre "*Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas y del Desarrollo Regional y Urbano"* para el Foro sobre *Caracas Metropolitana problemas de una ciudad en crecimiento*, organizado por la

Asociación Venezolana de Ejecutivos. En este trabajo el autor que citamos presentó los primeros análisis sobre el tema de la integración de los servicios y las diferentes fórmulas de solución a la luz de las experiencias en el derecho comparado.

En 1983, Brewer recogió y amplió sus reflexiones sobre esta materia en el Capítulo *II "La reforma institucional de la Región Capital y del área metropolitana de Caracas"*, de su libro *Estudios de Derecho Público I*, editado por el Congreso de la República. En esas consideraciones se analizan diversas soluciones institucionales para el valle de Caracas, las cuales sirven de antecedente para estudiar la fórmula que se acogió en la Constitución que nos rige. En particular, en las bases para estas reformas, Brewer planteó diversas opciones:

Una de ellas fue la estructuración de un gobierno único para la Región Capital, integrada según el Decreto de Regionalización entonces vigente por el Distrito Federal y el Estado Miranda, lo cual podría lograrse o bien anexando el Estado Miranda al Distrito Federal o el Distrito Federal al Estado Miranda; o bien mediante un convenio de modificación de límites territoriales a celebrarse entre los Gobernadores del Distrito Federal y del Estado Miranda, el cual debía ser aprobado por el Senado y la Asamblea Legislativa del Estado Miranda, con fundamento en la Constitución en vigor. En cualquier caso, la supresión del Distrito Federal requeriría de una modificación de la Constitución entonces vigente.

Otra de las soluciones posibles fue expuesta por el autor que citamos en estos términos:

> En segundo lugar, se plantea la fórmula de gobierno a dos niveles, los gobiernos locales en pequeñas áreas territoriales permanecen, y se crea, además, un gobierno metropolitano, como nuevo escalón a nivel de toda el área metropolitana. Esta es la fórmula concreta que se ha aplicado en Londres, Paris, Tokio y Toronto. Si se quiere, se trata de una especie de Federación de Municipios en la cual se produce una división de funciones, entre los aspectos que pertenecen a un régimen estrictamente local, para las pequeñas colectividades locales, con competencia en los aspectos esencialmente locales, y luego los que pertenecen al nuevo nivel de gobierno metropolitano, competencias metropolitanas (*op. cit.* p. 62).

En la oportunidad en que planteó las diversas opciones para resolver la cuestión institucional de Caracas, Brewer manifestó su inclinación hacia la conformación de un gobierno municipal a dos niveles, dado que el establecimiento de un gobierno único, que supone la abolición de todos los poderes locales existentes, no es otra cosa que "la figura de la anexión, que fue una fórmula muy común durante el siglo pasado en Europa, pero que ya no se utiliza en el mundo contemporáneo. La última gran experiencia de anexión fue la de Moscú en los años sesenta, viable por la autocracia, pero que no resulta posible en un sistema político democrático" (*Ibidem*, p. 62). Ya antes, en 1971, en su trabajo *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas*, Brewer había expresado que "En todo caso, en países como Venezuela, con gran autonomía local, políticamente la fórmula de la anexión no es viable, además de que difícilmente la población citadina la aceptaría" (p. 7). Y asimismo, había advertido que "En todo caso, lo que caracteriza la solución de estas *entidades metropolitanas*, es que no implican una solución global a los problemas administrativos del área" (p. 6).

Por último, en su trabajo sobre "El Régimen Constitucional del Distrito Capital y el Sistema de Gobierno Municipal de Caracas", publicado en la *Revista Iberoamericana de Administración Pública* Nº 5, (Julio-Diciembre de 2000, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Caracas, pp. 17 a 39) y publicado asimismo como un capítulo en el libro *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999* (Universidad

Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001), Brewer retoma el tema y formula interesantes consideraciones, incluso algunas de ellas críticas, sobre el régimen de gobierno que resultó de la ordenación jurídica del valle de Caracas por efecto de la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

2. El debate en la Asamblea Nacional Constituyente

La cuestión de la organización institucional del área metropolitana de Caracas se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente en dos oportunidades: cuando se redactaron las normas correspondientes de la nueva Carta Fundamental y cuando se dictó la ley especial prevista en la misma Constitución.

A. El debate sobre las disposiciones constitucionales

Las citas que se hacen a continuación sobre la discusión que se dio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 (a la cual aludiremos también como ANC) se refieren, salvo indicación expresa en contrario, a la sesión del 20 de octubre de 1999, tal como aparecen en el Diario de Debates Nº 24, correspondiente a ese día.

En el proyecto de Constitución sometido a la consideración de la ANC para la primera discusión, en el artículo correspondiente al número 15 se decía que *"El territorio nacional se divide en el de los Estados y las dependencias federales"*. En la discusión, Brewer expuso que era necesario completar el artículo con la mención de otras entidades federales y preguntó: "¿o vamos a crear de nuevo el Distrito Federal, cuyo asiento es el Municipio Libertador, o vamos a plantear el tema del Distrito Capital?", y seguidamente expuso:

> La solución se puede lograr por varias vías. La menos conflictiva políticamente es la solución de volver al esquema del Distrito Federal, incluso sin necesidad de que tenga gobernador, pero sí tiene que haber un espacio territorial que regule dentro de la división política al Municipio Libertador. Por supuesto, éste podría anexársele a Miranda. Pero sacando esto puede perfectamente quedar el Distrito Federal con el Municipio Libertador, el Estado Miranda con sus Municipios, y luego formalmente establecer que los Municipios que forman el área metropolitana de Caracas, serán organizados mediante ley orgánica en un sistema de Gobierno Municipal a dos niveles, en el cual se garantizará la autonomía municipal, con lo cual se establece un nivel metropolitano municipal y un nivel local municipal, y así se soluciona el problema del área metropolitana de Caracas (p. 47).

En la ANC se había planteado la posibilidad de crear una unidad política, el Distrito Capital, conformada por el Distrito Federal y parte del Estado Miranda. En este sentido, la Fundación Plan Estratégico de Caracas, integrada por distinguidos profesionales, se había dirigido al órgano constituyente para expresarle lo siguiente:

> ...hemos podido constatar que se ha venido fortaleciendo un nivel de consenso sobre una proposición expresada y mantenida por diferentes sectores y corrientes políticas, técnicas y sociales -por lo que suponemos no ha de producir mayores traumas a los administrados- con relación al área espacial que debe ocupar Caracas como capital de la República.
>
> Esta proposición no es otra que la de considerar que el ámbito territorial de la ciudad de Caracas como capital de la República de Venezuela se extienda sobre el espacio que ocupa el llamado "Valle Mayor", es decir, el territorio que hoy es sede de los municipios Libertador, Chacao, Baruta, El Hatillo y Sucre. (...)

> La ventaja de esta solución es la de ofrecer un ámbito territorial que englobaría los grandes elementos infraestructurales de la metrópoli-capital, superaría los problemas jurisdiccionales que en la actualidad están presentes, operaría a favor de una más eficiente gestión de algunos componentes de los servicios, lograría mayor racionalidad económica y técnica en su operatividad, y permitiría el mejor aprovechamiento de los recursos invertidos. En otras palabras, se integraría bajo una misma visión, los temas de ordenación política, jurídica, económica y urbanística.
>
> Su mayor debilidad se identifica con la merma territorial que sufre el estado Miranda. Sin embargo, ello debe sopesarse con el hecho de que el cambio de escala en la cobertura de ciertos servicios permitirá el desarrollo en forma ordenada y el logro de niveles en calidad de vida satisfactorios lo cual, a todas luces, beneficia directamente a sus moradores (*Gobernabilidad democrática de Caracas. Una propuesta a la Asamblea Nacional Constituyente).*

Pero esta idea no llegó a ser formulada como proposición en el seno de la Asamblea, fue descartada porque carecía de viabilidad política, tal como lo expresaron los constituyentes que se citan a continuación:

- *Aristóbulo Istúriz*: "Tenemos varias alternativas. Podemos buscar una unidad territorial autónoma, sabemos que tiene inviabilidad política, porque conllevaría a separar los municipios del estado Miranda de ese Estado" (p. 51).

- *Segundo Meléndez:* "...la (solución) más racional es esa, la que le dé un gobierno único a un territorio integrado, a una ciudad integrada; a una sociedad integrada; la que le dé un gobierno único a esa unidad fáctica es la solución más racional que puede existir. Pero, indudablemente, en el curso de este debate se ha demostrado que no hay viabilidad política para llegar a un acuerdo de este tipo...pero esta solución de un gobierno integrado a dos niveles me parece la solución viable en estos momentos; por eso suscribo esta propuesta" (p. 55).

La inviabilidad política a que aludieron varios de los oradores citados se había originado en la necesidad de preservar la integridad territorial del Estado Miranda, tal como lo recalcaron los siguientes oradores:

- *Aristóbulo Istúriz:* "No pido que dividamos a Caracas de Miranda, solicito que definamos un ámbito político administrativo para la ciudad de Caracas" (p. 50).

-*William Lara:* "...creo que todos estamos de acuerdo en que es pertinente y necesario que haya esa coordinación en los gobiernos municipales del área metropolitana de la ciudad de Caracas, sobre la base -lo repito porque es importante, y es uno de los puntos clave de este debate- de que no vamos a desmembrar el estado Miranda, de que vamos a respetar la integridad territorial del estado Miranda" (p. 52).

- *Luis Gamargo***:** "Creo que el Constituyente William Lara con la proposición tiende a resolver ese problema, que sin desmembrar ninguna de las dos ni lo que hoy es Libertador ni lo que es el Estado Miranda, podamos resolver un problema que es real, que es cierto, que es el problema de los servicios, de la vida humana de los habitantes de toda esta zona, llámese Zona Metropolitana, llámese zona de la gran Caracas" (p. 53).

- *William Ojeda: "*En todo caso, nadie está planteando la desintegración del Estado Miranda, que quede claro como lo advirtió William Lara. Si así fuera sería otra nuestra posición..." (p. 56).

- *Rodolfo Sanz:* "El problema se ha desarrollado en la dirección de preguntarnos si es posible darle un gobierno a Caracas, sin desintegrar el Estado Miranda; ese es el primer elemento del debate. Creo que sí es posible" (p. 59).

En definitiva, la ANC sancionó las siguientes normas que forman parte del texto constitucional vigente:

En primer lugar, en el artículo 16, que *"Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales..."*.

En segundo lugar, en el artículo 18, que *"La ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional" y que "Una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha ley establecerá su organización gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno"*.

Por último, en la Disposición Transitoria Primera, que *"La ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18 de esta Constitución, será aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y preservará la integridad territorial del Estado Miranda. Mientras se aprueba la ley especial, se mantiene en vigencia el régimen previsto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal"*.

B. El debate sobre la Ley Especial

La ANC designó una comisión especial, presidida por el constituyente José Vicente Rangel Avalos, para la preparación de un proyecto de *Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital*, la cual presentó el proyecto, con su Exposición de Motivos, el 24 de enero de 2000. Al día siguiente se inicio el debate, del cual cabe destacar los siguientes aspectos:

Una vez que el Presidente mencionado de la Comisión hizo su exposición inicial sobre el Proyecto, el doctor Brewer Carías expuso, entre otros razonamientos, los siguientes:

> De manera que tenemos una clara distinción en la Constitución entre lo que es un distrito capital, que es una parte de esta ciudad, y la necesidad de establecer una unidad territorial entre ese Distrito Capital y los Municipios del Estado Miranda. Para eso se requiere, por tanto, una ley especial. Esa no es la ley del Distrito Capital, se trata de dictar una ley que organice a Caracas como una unidad político territorial, que comprende Distrito Capital y Municipios del Estado Miranda... [...]
>
> Se dice en la Exposición de Motivos que esta Ley tiene por objeto crear el Distrito Capital, ¡Falso! El Distrito Capital está creado en la Constitución. [...] El Distrito Capital no es la unidad político territorial de la ciudad de Caracas. Se confunde el Distrito Capital con toda la ciudad de Caracas.

Después de advertir que en el Proyecto no se delimitan adecuadamente las competencias de las autoridades metropolitanas y las municipales y se convierte al Alcalde Metropolitano en simple coordinador de unas mancomunidades que no existen, concluye Brewer señalando que "en materia de organización este proyecto hay que cambiarlo radicalmente para poder cumplir con el cometido que está establecido en la Constitución" (p. 9 del Diario de Debates de la ANC correspondiente al día 25/1/2000).

Para el Constituyente García Ponce, lo importante es dividir el Municipio Libertador en tres Municipios y en cuanto a la ley en discusión señala que ésta debe llamarse "Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital Metropolitano" (p. 11), proposición que fue apoyada por Aristóbulo Istúriz. El Constituyente Segundo Meléndez señala que en el proyecto no se diferencian claramente las competencias municipales de las metropolitanas, critica la asignación de competencias tributarias al gobierno metropolitano y concluye en que "este proyecto de ley, definitivamente, no nos sirve para el propósito que nos dimos cuando establecimos la creación del Distrito Capital y de un gobierno a dos niveles en la ciudad de Caracas" (p. 12).

En definitiva, se aprobó el proyecto en primera discusión y la conformación de una nueva comisión para revisar los planteamientos hechos. La segunda discusión tuvo lugar el 28/1/2000, y se inició con la siguiente exposición del Presidente de la Comisión, José Vicente Rangel Avalos:

> Más que todo la objeción es que había una equivocación con Distrito Capital y Distrito Metropolitano de Caracas. No estábamos haciendo la diferencia, y esa fue una de las observaciones que hizo el colega Brewer Carías, en lo que tenía razón, que es que donde sale "Distrito Capital", siempre tiene que ser "Distrito Metropolitano de Caracas", porque son dos niveles: capitalino que es Caracas y Metropolitano es toda la zona nueva que engloba a los cuatro municipios de Miranda, más el de Libertador. Eso es todo.

Sobre estos conceptos acotamos que los dos niveles a que se refiere la Constitución no son: *capitalino que es Caracas* y *metropolitano*, porque todo es Caracas, y si bien el segundo nivel es el metropolitano, el primero es el de los Muncipios del área metropolitana. Sobre este aspecto, el artículo 3º de la Ley Especial definió claramente el ámbito de cada uno de los niveles.

En la continuación de la segunda discusión -en la que no estuvo presente Brewer- se debatió ampliamente sobre la proposición de dividir el Municipio Libertador en varios Municipios, lo que no fue aprobado que se realizara en esta ley, como lo proponía García Ponce. Se hicieron modificaciones menores al texto presentado y se suscitó un debate interesante sobre los recursos del Distrito Metropolitano, al cual nos referiremos posteriormente.

3. El diseño constitucional y su desarrollo legislativo

Como resultado de las deliberaciones de la ANC se dispuso en la nueva Constitución, por una parte, la creación del Distrito Capital como entidad federal dentro de la organización política de la República, y por la otra, la previsión a ser desarrollada por la ley de un sistema de gobierno municipal a dos niveles para asegurar la unidad político territorial de la ciudad de Caracas, figuras éstas a las que nos referiremos seguidamente.

A. El Distrito Capital

En el encabezamiento del artículo 16 de la Constitución se dispone que: *"Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales"*. De allí que el Distrito Capital es una de las entidades federales -junto con los Estados y los Territorios Federales que pudieran crearse en el futuro- que conforman la división política del territorio nacional.

En la misma Constitución se establece, entre las competencias del Poder Público Nacional, *"La organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales"* (art. 156.10). En este aspecto, mediante una norma de rango legal, se ha definido el territorio del Distrito Capital, mas no su régimen y organización. En efecto, en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, dictada por la ANC el 8 de marzo de 2000, se dispone que *"Los límites del Distrito Metropolitano de Caracas son los del Municipio Libertador del Distrito Capital, el cual sustituye al Distrito Federal..."*. De allí que, en la actualidad, coinciden los límites del extinto Distrito Federal con los del Distrito Capital y con los del Municipio Libertador del Distrito Capital, pero con respecto a esta última igualdad, la situación podría cambiar si se crearan nuevos municipios en el ámbito del antiguo Distrito Federal.

También dispone la Constitución que la entidad federal Distrito Capital participará, al igual que los Estados, en la distribución del situado constitucional, así: *"El situado es una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de dichas entidades"* (numeral 4 del artículo 167).

Ahora bien, como en la Constitución de 1999 desaparece el Distrito Federal, la Comisión Legislativa Nacional, creada en el Decreto de la ANC mediante el cual se establece el Régimen de Transición del Poder Público, dictó el 23 de mayo del mismo año la *Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de la ciudad (sic) de Caracas* (en adelante Ley de Transición). En ella se determina que el Distrito Metropolitano de Caracas es el continuador de los derechos y obligaciones que correspondían al Distrito Federal y se regulan los aspectos prácticos que comporta esta decisión, entre otros, que *"Se declara la transferencia de las dependencias y entes adscritos a la Gobernación del Distrito Federal a la Alcaldía Metropolitana..."(art. 4)*.

Conforme a lo señalado, el Distrito Capital es una entidad federal, que sustituye al Distrito Federal, que tiene un territorio definido correspondiente al que anteriormente tenía el Distrito Federal (que es el mismo del Municipio Libertador, mientras no se creen otros Municipios en la entidad federal a que nos referimos), territorio éste que se divide en Municipios, al igual que el de las demás entidades federales. Como entidad federal, el Distrito Capital tiene asignado entre sus ingresos el situado constitucional, el cual se le transfiere directamente del Poder Nacional, en la misma forma y proporción que a los Estados. Ni en la Constitución ni en la Ley se definen las competencias y las autoridades del Distrito Capital, pero en la Ley de Transición se dispone que entre las atribuciones del Alcalde Metropolitano está la de *"asumir las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal" (*art. 8, numeral 14).

En las consideraciones que siguen, referidas al Distrito Metropolitano de Caracas, aprovecharemos para establecer, en cada uno de los aspectos a estudiar, las diferencias con el Distrito Capital.

B. El Distrito Metropolitano de Caracas

En el artículo 18 de la Constitución se consagra claramente que la unidad político territorial del valle de Caracas, que se buscaba desde la Constitución de 1961, se debe lograr mediante la integración de algunas de las competencias de determinados

Municipios pertenecientes a las entidades federales Distrito Capital y Estado Miranda. La fórmula encontrada significa que en la ciudad de Caracas se mantienen dos jurisdicciones, correspondientes a las entidades federales mencionadas, y que para asegurar la unidad político territorial de la Gran Caracas se debe crear un nuevo nivel, el metropolitano, al cual se le asignarían algunas de las competencias municipales, las que se determinan en la ley especial, pero dejando a salvo las competencias que pertenecen a las entidades federales y asimismo las que corresponden a los Municipios de la jurisdicción que no hayan sido expresamente trasladadas al ámbito metropolitano.

De este arreglo consagrado por el Constituyente debemos ahora destacar dos aspectos: en primer lugar, en el artículo 18 de la Constitución no se prevé una ley especial sobre el régimen del Distrito Capital (como se afirma erróneamente en la Disposición Transitoria Primera) sino que "Una ley especial establecerá la unidad político territorial del ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles...", es decir, esta disposición se refiere a la figura que en la Ley Especial se llamó Distrito Metropolitano de Caracas y no al Distrito Capital. El error proviene de que para muchos de los constituyentes y para otras autoridades no quedó clara la figura institucional aprobada por la ANC, y esa confusión se refleja incluso en el texto constitucional. En tal sentido, por ejemplo, se observa que el constituyente *Freddy Bernal* expresa en su intervención del 20-10-99, que. "Sin duda alguna en esta decisión que vamos a tomar hoy hay que incorporar la creación de un distrito capital o distrito metropolitano, el nombre es lo de menos, y también la elección popular de ese gobierno que debemos tener obligatoriamente en la región capital".

El otro aspecto a destacar de la Disposición Transitoria Primera es el relativo a la preservación de la integridad territorial del Estado Miranda. Esta expresión significa que la regulación que se haga sobre la figura jurídica destinada a establecer la unidad político territorial de la ciudad de Caracas (que resultó ser el Distrito Metropolitano) no puede afectar, menoscabar o alterar en forma alguna las competencias del Estado Miranda y de sus autoridades, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, la integración sólo se realiza mediante *"un sistema de gobierno municipal a dos niveles".* Sobre este aspecto, que es fundamental para entender la figura jurídica que se adoptó para asegurar la unidad de la Gran Caracas, volveremos posteriormente.

Seguidamente nos referiremos a la naturaleza jurídica del Distrito Metropolitano de Caracas, a su ámbito territorial y a su régimen organizativo.

(a) La naturaleza jurídica

El Distrito Metropolitano de Caracas es un ente de naturaleza municipal, y en eso se diferencia del Distrito Capital, que es una entidad federal. En realidad, el Distrito Metropolitano de Caracas es un distrito metropolitano, con algunas particularidades.

En efecto, entre los mecanismos que se han considerado en el pasado para darle unidad administrativa a Caracas y a otras áreas metropolitanas, en el primer Congreso de Cooperación Intermunicipal celebrado en Caracas en 1967 se aprobó la siguiente recomendación: "Que es necesario prever expresamente la posibilidad de constitución de Distritos Metropolitanos en las diversas áreas metropolitanas de la República en las que tengan jurisdicción diversas municipalidades, con un gobierno municipal a dos niveles, y cuya constitución no quede a la sola iniciativa de las municipalidades a integrarse, sino también de los cuerpos deliberantes del Poder Estadal y del Poder

Nacional" (*cit*. por A.R. Brewer-Carías en *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas y del Desarrollo Regional y Urbano, op. cit.*, p. 10).

Esta propuesta fue acogida en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, en la que se creó la figura de los distritos metropolitanos, que en la última versión de dicha ley se definen así: *"Los Distritos Metropolitanos son entidades de carácter público formadas por la agrupación de dos o más Municipios en razón de la conurbación de sus centros urbanos capitales en forma tal que han llegado a constituir una unidad urbana, económica y social con más de doscientos cincuenta mil (250.000) habitantes"* (art. 24). En la ley que citamos se incluyen diversas regulaciones sobre esta entidad local (como se califica en el artículo 13, eiusdem) y se dispone que su creación se hará por ley de la Asamblea Legislativa. Pues bien, desde que entró en vigencia esta ley, ningún distrito metropolitano ha sido creado con fundamento en sus disposiciones.

No obstante, en la Constitución vigente se acoge la figura de los distritos metropolitanos cuando se pauta que*: "Cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como distritos metropolitanos"* (art. 171), de conformidad con la ley orgánica que se dicte al efecto. Esta ley orgánica, que deberá garantizar *"el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecerá sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control",* por ahora es la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual será sustituida por una Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de conformidad con un proyecto que se discute en la Asamblea Nacional.

Asimismo se dispone en la Constitución que el Consejo Legislativo de cada Estado creará y organizará los distritos metropolitanos, dentro del marco de la ley orgánica y previa consulta popular a la población afectada. Y asimismo que *"Cuando los Municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, corresponderá a la Asamblea Nacional su creación y organización"* (art. 172), en forma similar (con sus diferencias) a como lo ha hecho la ANC con el Distrito Metropolitano de Caracas.

La relación del Distrito Metropolitano de Caracas con los otros distritos metropolitanos es doble: por una parte, la creación del primero se inspiró en la figura que, sin utilización, había sido prevista en la Ley Orgánica de Régimen Municipal; por la otra, la solución caraqueña, según se desprende de las discusiones en la ANC, a su vez, debería servir de modelo para la creación de otros distritos metropolitanos en el país.

Ambas figuras se originan de la conurbación de centros poblados sometidos a jurisdicciones diferentes. En tal sentido, afirmó el Constituyente *Claudio Fermín***:** "Entre Barquisimeto y Cabudare eso ocurre, entre Maracaibo y San Francisco eso ocurre, entre Acarigua y Araure eso ocurre, pero en cada uno de esos sitios el Consejo Legislativo del Estado puede resolverlo, el gran drama y William Lara lo acaba de expresar, es que entre Miranda y el Distrito Federal, que son dos entidades federales, necesitamos una instancia superior que lo resuelva, por eso este tema es constitucional" (p. 59). Por ello, la Constitución introduce la norma a que antes nos referimos, de que en este supuesto la creación y organización del distrito metropolitano corresponderá a la Asamblea Nacional. Con este fundamento jurídico hubiera podido perfectamente crearse el Distrito Metropolitano de Caracas, como un gobierno municipal a dos niveles que abarca un ámbito territorial compartido entre el Distrito Federal y el Estado Miranda (incluso ha podido incluirse parte del Estado Vargas), y cuya creación y organización correspondería a la Asamblea Nacional. En su lugar, se prefirió prever en

la Carta Fundamental la existencia de un distrito metropolitano para Caracas, sin mencionarlo como tal, lo que le confiere un carácter particular al régimen de la Gran Caracas, sin llegar a desvirtuar su naturaleza municipal.

Pero además, se expresó en la ANC que la decisión que se adoptara para organizar el área metropolitana de Caracas serviría de modelo para otros supuestos de conurbación, lo que refleja que todos los distritos metropolitanos son similares en su naturaleza jurídica. En tal sentido, en el debate sobre el tema que se dio en la ANC había expresado *William Lara* que: "...es una oportunidad dorada que tiene la Asamblea Nacional Constituyente para instituir un patrón de organización de estas megalópolis venezolanas porque es posible que en el futuro tengamos otras en el país" (p. 52). En esa oportunidad el constituyente *Saúl Ortega* dijo que "Creo que es una gran oportunidad de que definamos en el artículo 15, el concepto de los órganos del Poder Público, en el cual abrimos la posibilidad de lo que serían los distritos metropolitanos que en la ley futura se crearían" (p. 53).

No obstante, el Distrito Metropolitano de Caracas aparece configurado con un régimen especial, lo cual se desprende no solamente de la circunstancia de que fue previsto en la Constitución, sino de que está sometido a reglas particulares como son: i) en la Constitución se limitan los Municipios que conformarán el sistema de gobierno municipal a dos niveles: los pertenecientes al Distrito Capital y los correspondientes al Estado Miranda; ii) la ley especial sobre el régimen de gobierno municipal a dos niveles para la ciudad de Caracas "será aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente"; iii) en dicha ley especial se "preservará la integridad territorial del Estado Miranda".

(b) El ámbito territorial

De acuerdo a la Ley Especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas (en adelante la Ley Especial), "Los límites del Distrito Metropolitano de Caracas, son los del Municipio Libertador del Distrito Capital, el cual sustituye al Distrito Federal, y de los Municipios Sucre, Baruta, Chacao y el Hatillo del Estado Miranda" (art. 2).

Por otra parte, en las Disposiciones Finales de la misma Ley Especial se prevé que "La integración de nuevas entidades territoriales al Distrito Metropolitano de Caracas será aprobado por la Asamblea Nacional, mediante acuerdo suscrito al efecto" (art. 29). Con base en esta disposición, el ámbito territorial del Distrito a que nos referimos puede ser extendido a otros Municipios, pero exclusivamente pertenecientes a las entidades federales Distrito Capital y Estado Miranda. En efecto, aún cuando el área metropolitana de Caracas abarca en la actualidad parte del Estado Vargas y pudiera llegar a extenderse hasta el Estado Aragua (por un hipotético crecimiento de El Junquito hacia la Colonia Tovar o de los Teques hacia la Victoria), el artículo 18 de la Constitución contempla únicamente la posibilidad de integrar en la unidad político territorial de Caracas a "los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda".

De lo expuesto se desprende claramente que los ámbitos territoriales del Distrito Capital y del Distrito Metropolitano de Caracas son diferentes. El territorio de este último es más amplio que el del Distrito Capital y es susceptible de ser extendido por acuerdo de la Asamblea Nacional, con la limitación señalada.

(c). El régimen organizativo

En la Ley Especial se determinan las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas en los dos niveles municipales que se mencionan en la Constitución, en la siguiente forma:

Con respecto al nivel metropolitano se dispone que: "El gobierno y administración del Distrito Metropolitano de Caracas corresponde al Alcalde Metropolitano. La función legislativa del Distrito Metropolitano de Caracas corresponde al Cabildo Metropolitano, integrado por Concejales Metropolitanos por un período de cuatro (4) años, pudiendo ser reelegidos para un período inmediato, por una sola vez" (art. 4). En la elección de los Concejales Metropolitanos y del Alcalde Metropolitano participan los electores residentes en los Municipios que integran el Distrito Metropolitano de Caracas. La determinación del número de Concejales Metropolitanos se hizo en las elecciones de diciembre de 2000 conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En la Ley Especial se contempla la existencia de un Consejo de Gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas, como órgano superior de consulta y asesoría del Alcalde Metropolitano. Este Consejo será presidido por el Alcalde Metropolitano e integrado por los Alcaldes de los municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas (artículos 9 y 10). Hasta ahora, este órgano colegiado no ha comenzado a ejercer sus funciones.

Con respecto al nivel municipal, se dispone en la Ley Especial que "En cada Municipio el poder ejecutivo lo ejerce el Alcalde Municipal y el legislativo el Concejo Municipal, con sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en la Constitución y leyes de la República" (art. 5).

Señalado lo anterior, consideramos oportuno referirnos de una vez al tema de las autoridades del Distrito Capital, para establecer el contraste con las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas.

Del debate a que hemos hecho referencia se desprende que la idea de aprobar el Distrito Capital evolucionó en el curso de la discusión. En un primer momento, el Distrito Capital fue el nombre que se le dio a la figura político territorial (entidad federal) que se formaría por la integración del Municipio Libertador y de varios Municipios del Estado Miranda, pero que ni siquiera llegó a ser considerada como proposición en la Asamblea Nacional Constituyente. Posteriormente, dado el propósito de mantener la integridad territorial del Estado Miranda, el Distrito Capital pasó a ser el nuevo nombre del anterior Distrito Federal, por lo cual la unidad político territorial de la ciudad de Caracas se trasladó al plano municipal: se crearía un Distrito Metropolitano como el previsto en la Ley Orgánica de Régimen de Municipal y en los artículos 171 y 172 de la Constitución. A ese Distrito Metropolitano se le dotó de autoridades municipales con un ámbito territorial metropolitano: el Alcalde Metropolitano y el Cabildo Metropolitano.

Pero ¿cuáles son las autoridades del Distrito Capital? Ni en la Constitución ni en la Ley Especial se da una respuesta a esta cuestión. En tal sentido, nos atrevimos a expresar en octubre de 2000, en un escrito dirigido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión del recurso de interpretación incoado por el Alcalde Metropolitano de Caracas, y al cual luego nos referiremos, lo siguiente:

> ...en el numeral 14 del artículo 8 de la ley especial, relativo a las atribuciones del Alcalde Metropolitano de Caracas, se le ordena a éste: *"Asumir las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal".* Esta atribución, que tiene una naturaleza distinta a las demás, que no se refiere a competencias municipales y que por su importancia ameritaba estar en un artículo aparte, tiene el significado siguiente: el Alcalde Metropolitano de Caracas es, en el ámbito territorial del Distrito Capital, el órgano ejecutivo de la entidad federal, por lo tanto es, sin que se diga, el Gobernador del Distrito Capital. Pero ello no implica que pueda extender esas competencias sobre el Estado Miranda. Por ahora nos interesa destacar que una entidad federal sin gobernador, o mejor, teniendo como gobernador a una persona que ejerciera otras funciones, con lo cual se evitan complicaciones y sobre todo, se ahorra el costo de dos estructuras burocráticas superpuestas, estuvo planteado en el debate de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que *Brewer Carías* expresó: "La (vía) menos conflictiva políticamente es la solución de volver al esquema del Distrito Federal, *incluso sin necesidad de que tenga Gobernador*... (Debate del 20-10-99, p. 47).
>
> El Cabildo Metropolitano ejerce las funciones de Consejo Legislativo del Distrito Capital, aunque ello no esté dicho en ninguna parte. De lo contrario ¿cuál sería el órgano legislativo de esta entidad federal? ¿o es que puede existir una entidad federal sin órgano legislativo? El Concejo Municipal del Municipio Libertador no puede cumplir tal papel, porque probablemente existirán otros Municipios en el Distrito Capital (el artículo 38 de la Ley Especial lo anuncia). Por ello es necesario concluir que, así como la primera autoridad ejecutiva en el Distrito Capital es el Alcalde Metropolitano de Caracas, de igual modo el Cabildo Metropolitano es el órgano legislativo del Distrito Capital, sin que ello esté expresado en la Constitución ni en la ley, lo que nos obliga a leer entre líneas a la Ley Especial para conocer su sentido.

Conforme a lo expuesto, y de acuerdo a la legislación actualmente vigente, el Distrito Metropolitano de Caracas es una figura asimétrica en el sentido de que sus autoridades tienen competencias diferentes según el ámbito territorial de que se trate: en el territorio del Distrito Capital, el Alcalde Metropolitano y el Cabildo Metropolitano acumulan sus funciones propias (municipales) con las que corresponden a las autoridades de las entidades federales. En el ámbito de los Municipios mirandinos del Área Metropolitana de Caracas, en cambio, las autoridades mencionadas sólo tienen competencias municipales de carácter metropolitano, y no pueden ejercer funciones que pertenecen al Distrito Capital, porque las competencias estadales están atribuidas a las autoridades del Estado Miranda. Al examinar el régimen de la hacienda pública del Distrito Metropolitano de Caracas se pondrá en evidencia, con mayor fuerza, el carácter asimétrico que le asignamos al arreglo institucional del área metropolitana de Caracas y la incomprensión que ha habido a este respecto.

Debemos observar también que el esquema resultante de la transacción que se dio en la ANC para establecer el régimen institucional del valle de Caracas ha sido objeto de críticas. Por una parte, la doctora María de los Ángeles (Maruja) Delfino ha expresado lo siguiente:

> Así, a diferencia del Distrito Federal que tenía su propio ejecutivo (el Gobernador), el Distrito Capital no cuenta con uno exclusivo de la entidad pues el Alcalde Metropolitano, que pasa a ser el jefe ejecutivo y superior jerárquico del Distrito Capital, asume, por disposición expresa de la Ley que crea al Distrito Metropolitano y la Ley de Transferencia, las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal. Ello no significa otra cosa que el órgano ejecutivo del Distrito Capital es "compartido" con los cuatro municipios mirandinos ubicados en el valle de Caracas. Y si a esta circunstancia unimos el hecho de que en la selección del Alcalde Metropolitano también intervienen electores distintos a los del Distrito Capital, tanto la elección de sus propias autoridades como el disfrute de un gobierno propio son, hasta el momento, frases huecas. Pero además de jefe del ejecutivo, el Alcalde Metropolitano es el superior jerárquico de los órganos y funcionarios de la Administración del Distrito Capital y, en consecuencia, administra su hacienda

> pública, elabora su proyecto de presupuesto y decreta y contrata la ejecución de obras públicas, con el agravante de que la entidad Capital no cuenta con un propio ni autónomo órgano de control para vigilar e inspeccionar a su ejecutivo. Por si fuera poco, el Distrito Capital tampoco posee órgano legislativo alguno. Su situado constitucional pasa a formar parte de los ingresos metropolitanos, deducido el aporte correspondiente al Municipio Libertador. Y sus activos y pasivos sirven para la determinación de los elementos originarios que constituirán la Hacienda Pública metropolitana, de lo que resulta que dentro del territorio propio del Distrito Capital coexisten dos ámbitos de gobierno -el metropolitano y el municipal- pero no el propio o exclusivo del Distrito Capital. *No deja de ser una paradoja el que, hoy por hoy el Distrito Capital esté desprovisto de competencias, bienes y recursos propios*, vaciándolo de cometido estatal, sin deberes ni derechos y sin órganos autónomos de gobierno (Documento mimeografiado producido por la Asociación Plan Estratégico de Caracas con el nombre de *"Gobernabilidad de Caracas: el Distrito Federal/Capital")*

Particularmente perspicaz es la observación de Maruja Delfino de que en la elección del Alcalde Metropolitano intervienen electores diferentes a los habitantes del Distrito Capital, de modo que cuando dicho funcionario actúa como Gobernador del Distrito Capital su investidura no proviene exclusivamente de los electores de la entidad federal. En cambio, debemos acotar que los recursos por concepto de situado que corresponden al Distrito Capital no pasan, al menos en teoría, a formar parte de los ingresos metropolitanos, porque en el artículo 23 de la Ley Especial se dispone que "El ingreso referido en el numeral 3 del artículo 22 (situado del Distrito Capital), deberá ser destinado a gastos en el ámbito territorial del Distrito Capital". Pero además, el Distrito Capital no está desprovisto de competencias, bienes y recursos propios, sino que los mismos se ejercen o se administran por las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas, en el ámbito territorial del Distrito Capital.

La otra crítica al esquema institucional finalmente adoptado para la Gran Caracas provino del doctor Brewer. En su libro *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*, antes citado, este autor expresó lo siguiente:

> En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue cambiarle el nombre al Distrito Federal, sino crear un "Distrito Capital" en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de éste, el de los territorios de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y el Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Miranda esos Municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución definitiva para Caracas, y el debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital *única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal*, pero con la mención expresa de que debía preservarse "la integridad territorial del Estado Miranda (Disposición Transitoria Primera)" (p. 109).

Con relación a estos conceptos debemos expresar algunas observaciones:

En primer lugar, en la configuración adoptada sí influyeron factores políticos, pero no solamente circunstanciales. Ya en 1971, como antes dijimos, el mismo Brewer había expresado en su trabajo *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas*, que "En todo caso, en países como Venezuela, con gran autonomía local, políticamente la fórmula de la anexión no es viable, además de que difícilmente la población citadina la aceptaría" (p. 7). De allí se desprende que los factores políticos eran más bien de carácter estructural. La cuestión de fondo radica en que los habitantes del este de Caracas tienen concepciones e intereses diferentes a los del oeste, independientemente

del nivel socioeconómico en que se encuentren, y que esas diferencias tienden a profundizarse, tal como se observa de los acontecimientos políticos recientes. Un ejemplo de esta afirmación es que en los días 13 y 14 de abril de 2002 no hubo saqueos en el este de la ciudad.

En segundo lugar, la segregación de los Municipios del este de Caracas para pasarlos al Distrito Capital habría tenido consecuencias financieras muy graves para el Estado Miranda. Dado que el situado constitucional se otorga principalmente en proporción a la población, si la mayor parte de los habitantes del Estado Miranda pasaba al Distrito Capital, el situado de dicho Estado se habría disminuido proporcionalmente. El Estado Miranda habría dejado de ser la entidad federal con el mayor situado para convertirse en una entidad de octavo nivel, lo que la colocaría en un rango de ingresos por este concepto similar al que actualmente corresponde al Estado Vargas. Y nadie podría garantizar que se aseguraría un mejor nivel de vida para los habitantes que anteriormente habrían pertenecido al Estado Miranda.

En tercer lugar, en un sistema democrático, participativo y referendario como el que se aspira a instaurar con la nueva Constitución, las poblaciones involucradas debían ser consultadas si se pensaba introducir un cambio de tanta magnitud como la segregación de una parte importante de una entidad federal para anexársela a otra, y seguramente el resultado de la consulta habría sido negativo. Por ello, el doctor Rafael Caldera había expresado en una oportunidad que era más fácil anexar el Distrito Federal al Estado Miranda.

El mismo Brewer había sugerido en la ANC la creación de un gobierno municipal a dos niveles para el área metropolitana de Caracas porque, como había expresado en 1983, "La última gran experiencia de anexión fue la de Moscú en los años sesenta, viable por la autocracia, pero que no resulta posible en un sistema político democrático". Por ello, si la fórmula finalmente adoptada era la única políticamente viable, no hay por qué lamentarse de lo decidido.

De modo que la inviabilidad política de la creación del Gran Distrito Capital y la desmembración del territorio del Estado Miranda no fue puramente circunstancial, a lo que se agrega que no llegó a presentarse formalmente una proposición en tal sentido, ni se sometió al órgano constituyente un estudio sobre las consecuencias que traería la adopción de una fórmula de esa naturaleza. Pero también influyeron factores del momento: el más importante de ellos fue la proximidad de las elecciones llamadas de *relegitimación*, en el año 2000, evento al que aspiraban a concurrir como candidatos a Gobernador del Estado Miranda y a Alcalde Metropolitano de Caracas algunos de los más influyentes diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, quienes habrían visto mermadas sus posibilidades electorales si daban su voto para aprobar la anexión a que nos referimos.

4. El debate en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El 11 de octubre de 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admitió el recurso de interpretación ejercido por el ciudadano Alfredo Peña, en su carácter de Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas**.** El recurso solicitaba la opinión del máximo Tribunal en los siguientes aspectos:

1. Interpretación de la aplicación o no del procedimiento de las enmiendas o reforma constitucional a la modificación de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano.

2. Interpretación respecto de la aplicación de la Disposición Derogatoria Única de la Constitución.

3. Interpretación con respecto al procedimiento aplicable para la Transferencia.

4. Interpretación respecto al Régimen de las Mancomunidades.

5. Interpretación respecto al Sistema de Acueducto Metropolitano de Caracas.

6. Interpretación respecto al Servicio de Transporte del Distrito Metropolitano de Caracas.

7. Interpretación respecto a otras competencias generales.

El recurso interpuesto tenía por objeto afirmar las competencias y la posición del Distrito Metropolitano de Caracas frente al Poder Nacional, frente a los Municipios del area metropolitana de Caracas y frente al Estado Miranda. Por tal razón, se hicieron parte en el juicio representantes de cada uno de los Municipios mencionados, del Consejo Legislativo y del Gobernador del Estado Miranda, un grupo de diputados a la Asamblea Nacional por dicho Estado y el Vicepresidente del Cabildo Metropolitano, todos los cuales consignaron sus opiniones sobre los aspectos del debate que les interesaba particularmente.

En el procedimiento a que nos referimos se ventilaron aspectos de sumo interés: unos relacionados con la facultad misma de la Sala de realizar la interpretación solicitada, otros referidos a la naturaleza y a las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas y a su régimen hacendístico. El 13 de diciembre de 2000 la Sala Constitucional dictó su sentencia, sobre la cual haremos seguidamente algunos comentarios.

A. La competencia de la Sala

En la solicitud de interpretación se afirma que la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas tiene *naturaleza constitucional*, para justificar la competencia de la Sala para efectuar la interpretación solicitada, toda vez que en dicha Ley no se prevé la figura del recurso de interpretación con respecto a sus disposiciones. Por tanto, dado que la jurisprudencia de la Sala Constitucional había establecido su competencia para interpretar la Constitución con fundamento en el artículo 335 del Texto Fundamental, el recurrente consideró necesario asimilar la Ley Especial al texto constitucional.

En su sentencia la Sala expresó que "Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, tiene que ostentar al menos, el carácter de Ley Orgánica, así no se le haya dado tal denominación"; que "la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, emanada de la Comisión Legislativa Nacional, es una ley ordinaria" y que "el procedimiento para la modificación de las leyes mencionadas es el de la formación de las leyes y no el de las enmiendas o reformas constitucionales".

No obstante lo anterior, la Sala afirma su competencia para interpretar las leyes mencionadas con el argumento de que "Es la Sala Constitucional el intérprete auténtico de la Asamblea Nacional Constituyente una vez que dicho cuerpo quedó disuelto, por lo

tanto, le corresponde a la Sala la interpretación del régimen legislativo, que en uso del poder que le otorgó el pueblo soberano, fue dictando la Asamblea Nacional Constituyente. Ello significa que la interpretación de los actos legislativos del Poder Constituyente forman parte de la interpretación constitucional, a ella, según los casos se equipara, y así se declara".

B. Sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas

En la sentencia de interpretación se expresan criterios a veces adecuados, a veces contradictorios, pero siempre incompletos sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas, en la siguiente forma:

De un lado, se asientan correctamente criterios como los siguientes: "la Asamblea Nacional Constituyente, dentro de su poder creativo y sin salirse de los límites de la mencionada Disposición Transitoria Primera, conjugó al gobierno municipal de dos niveles, previsto en el artículo 18 para la unidad territorial de la ciudad de Caracas, en un Distrito Metropolitano, el cual es una entidad estrictamente municipal, y así se declara". Y también que "El Distrito Metropolitano de la Ciudad de Caracas, se refiere a una fórmula de administración a nivel municipal, y no puede confundírsele con un territorio federal autónomo, ya que el Constituyente no sólo no lo expresó así, sino que obró conforme al artículo 18 constitucional, que tomó en cuenta al Distrito Capital, como parte de la organización política del territorio nacional, diferenciado de otras entidades político-territoriales, como los Estados".

Pero la Sala comienza a introducir nociones confusas cuando se refiere al arreglo institucional previsto para Caracas, cuyo "objeto es fusionar varios municipios y entes territoriales (Distrito Capital) para un nuevo desarrollo de gobierno municipal", cuando la creación de Distritos Metropolitanos no implica la fusión de Municipios, y menos de éstos con una entidad federal, sino que es simplemente una distribución de competencias entre entes municipales, los cuales conservan cada uno su individualidad.

C. Sobre el Distrito Capital

Con relación al Distrito Capital se señala en la sentencia que: "La Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, refiere claramente que se trata de una integración a nivel municipal, entre el Distrito Capital (sic) y los Municipios del Estado Miranda que la ley señala en su artículo 2, por lo que no puede pretenderse que ha surgido dentro de la división político-territorial presente en el artículo 16 de la vigente Constitución, un nuevo componente de la organización político-territorial de la República, distinta a la formada por los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales".

Expresa también la Sala al referirse al conjunto normativo que crea el Distrito Metropolitano de Caracas que es necesario que se dicte la ley sobre el régimen del Distrito Capital, aspecto éste al que nos referiremos en la tercera parte de estas consideraciones.

De lo expuesto se infiere claramente que el Distrito Capital no es un ente componente del Distrito Metropolitano, sino una entidad federal autónoma y que ese carácter no se pierde por la circunstancia de que ambos Distritos tengan unas autoridades comunes.

D. Sobre el carácter asimétrico del Distrito Metropolitano de Caracas

La sentencia que comentamos expresa correctamente la naturaleza municipal del Distrito Metropolitano y el carácter de entidad federal del Distrito Capital, pero la Sala no llegó a pronunciarse sobre el alegato que presentamos en el juicio, de que las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas tienen una doble condición, porque en el ámbito territorial del Distrito Capital ejercen adicionalmente las competencias que corresponden a una entidad federal. Esa ausencia de precisión sobre un aspecto fundamental para aclarar muchos de los temas en discusión originó incoherencias en la sentencia y no contribuyó a clarificar los conceptos de la Asamblea Nacional, sobre todo en cuanto al régimen hacendístico del Distrito Metropolitano, tal como lo veremos posteriormente. En su lugar, se desprende de la sentencia que para la Sala Constitucional las autoridades del Distrito Metropolitano tienen competencias homogéneas en todo su ámbito territorial, producto de la fusión de entes municipales con una entidad federal, lo cual no es cierto.

E. El régimen de las competencias

El pedimento fundamental que hizo el Alcalde Metropolitano de Caracas a la Sala Constitucional se refiere a la delimitación de competencias entre las autoridades metropolitanas y las nacionales, y entre aquéllas y las municipales. El tema es complejo, sobre todo por defectos de la Ley Especial, y el abordaje de aspectos sectoriales rebasa la intención de las presentes consideraciones. Brewer destaca que todas las competencias metropolitanas y locales son concurrentes entre ambos niveles y sin embargo la Sala decidió que, con respecto a la enumeración de las competencias que asignan a los Municipios tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Régimen Municipal, existen unas que son exclusivamente metropolitanas, mientras que otras son exclusivamente municipales, lo cual es incorrecto. Para Brewer, "La Sala debió sólo interpretar en las mismas competencias municipales, conforme al artículo 19 [de la Ley Especial], qué ámbito *macro* correspondía al nivel distrital metropolitano y qué ámbito 'micro' correspondía al nivel municipal" (*Federalismo y Municipalismo*, *cit.*, p. 129).

Seguidamente, Brewer presenta la distribución de los ámbitos competenciales que, en su opinión, ha debido hacer la Sala entre el nivel municipal y el metropolitano y se refiere a las siguiente materias: ordenación territorial, arquitectura civil, viviendas de interés social, parques y recreación, vialidad urbana, circulación y ordenación del tránsito de vehículos, transporte urbano, protección del ambiente, tratamiento de residuos sólidos, protección civil, salud, los servicios públicos domiciliarios (agua potable, electricidad y gas doméstico), alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas y servicios de policía.

Con respecto a este último servicio, Brewer expone que se trata de una competencia que corresponde a los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano y establece la distinción entre las competencias metropolitanas, que son las que se señalan en el numeral 8 del artículo 19 de la Ley Especial ("Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia"), lo que no implica la extinción de los servicios de policía de orden público en el ámbito municipal local, ni la extinción de los servicios de policía administrativa en relación con los bienes y actividades de cada Municipio (*ibidem*, p. 148). Por nuestra parte, consideramos

conveniente formular algunas consideraciones sobre un aspecto que aborda la Sala en su sentencia y con respecto al cual no se había solicitado interpretación: se trata de la delimitación de los servicios de policía metropolitanos y los correspondientes al Estado Miranda.

En este caso, el interés del Alcalde Metropolitano era el de obtener la reiteración de que la Policía Metropolitana dependía de la Alcaldía Metropolitana y no del Poder Nacional. La respuesta de la Sala fue positiva para sus pretensiones, pero la sentencia se extendió en consideraciones que no estaban en debate y que ameritan un comentario especial. Afirmó la Sala lo siguiente:

> No tiene dudas la Sala, que la Policía Nacional a ser creada, puede obrar en los Distritos Metropolitanos, debido a su carácter nacional, mas no la Policía Estadal, cuando un Distrito Metropolitano, como el de la ciudad de Caracas, esté formado por entes político-territoriales correspondientes a dos entidades diferentes, ya que si la finalidad de los Distritos Metropolitanos es la armonía de los servicios de la metrópolis, resulta un contrasentido que en un territorio, funcionen policías locales con direcciones distintas, que hasta podrán ser opuestas. Por ello, considera la Sala que los Distritos Metropolitanos con territorios en diversas entidades político-territoriales, escapan de la previsión del numeral 6 del artículo 164 de la Constitución de 1999, ya que las leyes estadales no podrán determinar las ramas del servicio policial atribuidas a la competencia municipal, y cuáles en el mismo territorio del Estado corresponderán a las policías estadales, ya que ello chocaría o pudiera contradecir con lo que los Cabildos Metropolitanos han decidido para ordenar la metrópolis.

Las afirmaciones que anteceden significan un desconocimiento de la naturaleza de los Distritos Metropolitanos, en particular del de Caracas, y una infracción al mandato contenido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución en cuanto ordena preservar la integridad territorial del Estado Miranda. En efecto, ha quedado sentado que la figura del gobierno municipal a dos niveles para establecer la unidad político territorial de la ciudad de Caracas no puede afectar, limitar ni restringir en forma alguna las competencias de las entidades federales involucradas. Si tal fuera el caso, no se trataría de una figura municipal sino de la creación de una nueva entidad federal y ello infringiría lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de la Constitución. El primero de los artículos mencionados, porque es el que enumera las entidades federales (los Estados y el Distrito Capital), y allí no cabe una figura mixta, que englobe competencias municipales y estadales. El segundo, precisamente porque se refiere a *un gobierno municipal a dos niveles*, es decir, que lo que se regula es una figura exclusivamente municipal, por lo cual no puede asumir competencias de los Estados vecinos.

Pero además, el criterio expuesto de la Sala Constitucional configura una lesión a la integridad territorial del Estado Miranda. Este concepto no lo entendemos solamente como la prohibición de sustraer un pedazo de territorio de dicho Estado para anexarlo a otra entidad federal o a un distrito metropolitano, sino sobre todo, como la orden del Constituyente de preservar la integridad de las competencias y potestades de dicho Estado, que no pueden verse afectadas por la conformación de una mancomunidad obligatoria de algunos de sus Municipios con el o los Municipios del Distrito Capital.

En efecto, de acuerdo al ordenamiento constitucional (art. 164, numeral 6), los Estados tienen dos competencias con respecto al servicio público de policía: "La organización de su policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable". Por otra parte, la Constitución atribuye al Poder Nacional la competencia para crear la policía nacional (art. 156, numeral 6), lo cual debía haber hecho la Asamblea Nacional dentro del primer

año, contado a partir de su instalación, conforme lo dispone el numeral 9 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución.

Como consecuencia de lo expuesto, en un mismo ámbito territorial pueden existir servicios de policía nacional, estadal o municipal, porque así lo dispone la Constitución. Pero además, cuando la policía municipal se separa en dos niveles municipales, el local y el metropolitano, como ocurre en los casos de creación de los distritos metropolitanos previstos en los artículos 170 al 172 de la Constitución y en el Distrito Metropolitano de Caracas, existen cuatro niveles para la prestación de dichos servicios: el nacional, el estadal, el metropolitano y el municipal. La necesaria coordinación de los servicios en esos niveles debe ser motivo de preocupación para las autoridades competentes, pero ese no es el objeto de estas consideraciones.

Lo cierto es que la Sala Constitucional actuó incorrectamente al establecer el criterio, que nadie le había solicitado, de que la Policía del Estado Miranda no puede ejercer sus funciones de vigilancia en una parte del territorio del Estado, el que corresponde a los Municipios Chacao, Baruta, el Hatillo y Sucre. La Sala no tiene facultad para modificar las competencias que la Constitución asigna a un Estado, y menos al Estado Miranda, cuya integridad territorial debe ser preservada por mandato constitucional. Pero además, impedir que la Policía del Estado Miranda ejerza sus labores de vigilancia en una parte de su territorio significa que se priva a los habitantes de esos Municipios de un servicio público que se financia con recursos que son de todos los mirandinos.

Afortunadamente, el criterio erróneo de la Sala en este aspecto no tiene el carácter vinculante que a sus interpretaciones otorga el aparte único del artículo 335 de la Constitución, porque se trata de menciones incidentales, que están fuera del objeto de la consulta y sobre las cuales no existió, por tanto, la posibilidad de que los interesados expusieran su criterio.

F. El régimen de las transferencias de competencias

En este aspecto también se observan incoherencias en la sentencia que examinamos, por la negativa de la Sala Constitucional a admitir el carácter asimétrico de la solución institucional que se adoptó para Caracas. En tal sentido, expone la Sala el criterio general de que "los Distritos Metropolitanos, al no ser Estados, no pueden recibir transferencias del poder público nacional, sobre las materias enumeradas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público". Esa misma fórmula la aplica al Distrito Metropolitano de Caracas cuando expresa, refiriéndose a la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, lo siguiente:

> ...el artículo 2 extendió los efectos de dicha ley a la Gobernación del Distrito Federal. En consecuencia, las competencias nacionales que se hubieren transferido a la Gobernación del Distrito Federal, Distrito que era un ente *sui generis*, con un régimen jurídico distinto al de los Estados, se trasladarán de pleno derecho al Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, conforme a la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas; pero las competencias que prestaba el Poder Nacional en el Area Metropolitana de Caracas, que no hubieren sido transferidas al Distrito Federal, conforme al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, no podrán serle trasladadas al Distrito conforme a esa ley, *ya que el Distrito Metropolitano no es una entidad estadal*, a las cuales se refiere la última ley citada (destacado nuestro).

No obstante lo anterior, en forma contradictoria, la Sala expresa en otra parte de su sentencia que "...es necesario que hacia el futuro *las transferencias de competencias del Poder Público Nacional al Distrito Metropolitano de Caracas, deben ser producto de mecanismos de transferencia (formales)"* (destacado nuestro).

Las contradicciones de la Sala apuntadas, a pesar de que el asunto está resuelto en el artículo 32 de la Ley Especial, se explican porque la Sala no admitió el carácter asimétrico de esta figura. De haberlo hecho, resultaría claro que, en la situación actual del ordenamiento resultante de la Constitución y de la Ley Especial, las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas, en tanto que autoridades del Distrito Capital, pueden recibir las mismas transferencias que los Estados (y que el extinto Distrito Federal, cuyo continuador es el Distrito Capital), para ser ejercidas exclusivamente en el ámbito del Distrito Capital. Asimismo, dichas autoridades pueden recibir las mismas transferencias que los Municipios, para ser ejercidas en todo el ámbito territorial del Distrito Metropolitano de Caracas.

II. EL RÉGIMEN HACENDÍSTICO DEL DISTRITO CAPITAL Y DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS

La acumulación de funciones municipales metropolitanas y las correspondientes al Distrito Capital en unas mismas autoridades ha originado posiciones encontradas y criterios contradictorios o incoherentes en legisladores y jueces.

1. El inicio de la controversia

En la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 28 de enero de 2000, con ocasión de la segunda discusión del proyecto de Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, se debatió sobre el financiamiento de esta figura. El constituyente Segundo Meléndez planteó su preocupación por algunas disposiciones del proyecto, en los siguientes términos: "De acuerdo con lo previsto en este artículo 22, el aporte central, y yo diría que casi determinante en el funcionamiento del Distrito Metropolitano de Caracas, son los ingresos por situado del hoy Distrito Federal o de lo que conforma el Municipio Libertador. O sea que con los ingresos por situado de los pobladores de lo que fue el Distrito Federal se va a poner a funcionar y administrar toda la ciudad de Caracas". En vista de que tal distribución poco equitativa de los recursos limitaba la calidad de vida de la parte oeste de la ciudad, propuso Meléndez que "de la cuota parte [del situado] que le corresponde al Estado Miranda por ese concepto sea destinada al Distrito Metropolitano de Caracas lo que corresponda al número de pobladores asentados en los municipios que se integran al Distrito Metropolitano de Caracas".

La preocupación expresada por este constituyente con relación al proyecto en discusión era justa, pero revelaba al mismo tiempo desconocimiento de la naturaleza de la figura adoptada en la Constitución. El constituyente Luis Camargo le respondió que "...es un viejo concepto que tiene Segundo, de crear un estado, pero nosotros, lamentablemente para Segundo y afortunadamente para mi criterio, no conformamos un estado; conformamos otra cosa. Esa tesis de él, de crear un estado no triunfó. Ahora él quiere, en desmedro de un Municipio, intentar crear del Distrito Metropolitano una Gobernación. Eso es incorrecto".

Después de una amplia discusión sin llegar a un acuerdo, se nombró una Comisión para estudiar las normas en debate y al final de la misma sesión se sometió a consideración una nueva propuesta sobre los ingresos del Distrito Metropolitano, en la siguiente forma:

> El artículo 22, numeral 3, quedaría redactado así: "El Situado Constitucional que corresponda al Distrito Capital deducido el aporte correspondiente al o los Municipios de esta entidad" y, además, agregar un nuevo artículo redactado de la siguiente manera: *"Artículo 23. El ingreso referido al numeral 3 del artículo 22 deberá ser destinado a gastos en el ámbito territorial del Distrito Capital".*

Esta discusión, y la fórmula final a que se llegó -igual a la propuesta-, puso de manifiesto la diferencia entre el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano: al primero le correspondía una asignación por concepto de situado igual a la de un Estado, pero esos recursos no podían ser utilizados por las autoridades metropolitanas sino en el ámbito de la entidad federal. Ello equivale a decir a decir que una entidad federal no debe gastar los recursos del Situado en otra entidad federal, lo que hubiera sido innecesario si en la Ley Especial se hubiera definido, con carácter general, la naturaleza asimétrica del Distrito Metropolitano: en la parte de éste que ocupa el Distrito Capital, las autoridades metropolitanas tienen las competencias y los recursos del Distrito Capital, además de las que les corresponden por el Distrito Metropolitano.

En la redacción de la Ley Especial el criterio expuesto quedó claro con respecto a la distribución del situado, mas no con relación a otros aspectos, como son los que examinaremos seguidamente.

2. El Régimen Tributario

Diversas cuestiones se han suscitado con relación al régimen tributario del Distrito Metropolitano y que no han sido debidamente resueltas, a causa de las confusiones que han existido sobre la naturaleza y las competencias de esta figura institucional. Examinaremos algunas de ellas.

A. Aspectos generales

En el artículo 20 de la Ley Especial se enumeran los elementos que integran la Hacienda Pública Metropolitana y en el numeral 3 del mismo artículo se incluyen "Los ingresos provenientes de su competencia tributaria, inclusive el producto de las tasas administrativas y las derivadas del uso o aprovechamiento de sus bienes". En el artículo 22, *eiusdem*, referido a los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas, se señalan "las tasas por el uso de sus bienes y servicios", que en principio son ingresos de naturaleza tributaria y, en el artículo 24, *eiusdem*, se dispone lo siguiente:

> El Distrito Metropolitano de Caracas podrá crear, recaudar e invertir ingresos de naturaleza tributaria conforme a la ley, y en particular:
>
> 1. *Los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República, así como los que sean asignados de acuerdo con la Ley prevista en el numeral 5 del artículo 167 de la Constitución de la República;*
>
> 2. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que determine la ley.

Conforme a estas normas, el poder tributario del Distrito Metropolitano de Caracas se refiere a las tasas por el uso de sus bienes o por los servicios que preste y los tributos que tiene asignados los Estados y los que el futuro se les atribuyan. Las tasas suscitan cuestiones de muy diversa naturaleza que no podemos discutir ahora, nos limitaremos a señalar que las tasas propiamente tributarias se causan por la prestación de servicios inherentes al Estado, pero nunca por el uso de bienes. En este último caso se trataría de precios o contraprestaciones, de modo que incluso el texto constitucional (art. 179, numeral 2), utiliza la expresión *tasas* en sentido amplio, poco técnico.

En términos generales, los distritos metropolitanos no tienen poder tributario (poder para crear tributos), éste está reservado a las personas públicas territoriales: la República, los Estados, el Distrito Capital y los Municipios. En el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución se dispone, en su parte final, que es de la competencia del Poder Público Nacional "los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la ley", de donde resulta: i) que no hay tributos metropolitanos y ii) que la competencia residual en materia tributaria es del Poder Nacional. Obsérvese que en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se regulan los ingresos de los distritos metropolitanos (art. 26) y en el numeral 26 se menciona "El cincuenta por ciento (50%) de los impuestos creados y recaudados por los municipios agrupados", pero no se alude a los tributos que pudieran recaudar estas figuras municipales. En la Constitución (art. 171), por su parte, no se menciona el poder tributario de los distritos metropolitanos. Luego, éstos no pueden pretender competir con los municipios en el ejercicio de poderes tributarios y crear, en consecuencia, tributos municipales, además de que reciben una parte de la recaudación tributaria del Municipio. Tampoco pueden pretender los Distritos Metropolitanos que se les asignen o transfieran poderes tributarios de los Estados, porque, como dijo la Sala Constitucional, los Distritos Metropolitanos no son Estados.

Cabe entonces interrogarse sobre cuáles son los tributos estadales que puede crear y recaudar el Distrito Metropolitano de Caracas según la Ley Especial. Después de lo dicho anteriormente, la respuesta es obvia: el Cabildo Metropolitano de Caracas, que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico tiene a su cargo las funciones legislativas que corresponden al Distrito Capital, puede crear tributos estadales para ser recaudados en el ámbito territorial del Distrito Capital, mas no en el de los municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas. Es cierto que cuando en la Ley Especial se alude al poder tributario del Distrito Metropolitano de Caracas no hace el señalamiento que este poder se limita al ámbito del Distrito Capital, pero la interpretación no puede ser otra, pues de lo contrario se infringirían principios constitucionales.

En efecto, si el Cabildo Metropolitano pudiera crear tributos estadales en el territorio del Estado Miranda se habría producido un desmembramiento jurídico de dicho Estado, en infracción a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, además de que sobre unos mismos habitantes y sobre un mismo territorio se estarían ejerciendo simultáneamente dos poderes tributarios estadales.

Por supuesto que los ingresos tributarios que recaude el Distrito Metropolitano en el territorio del Distrito Capital deberán ser invertidos en este mismo ámbito, en forma similar a como se hace con el situado que corresponde al Distrito Capital y que recibe la Alcaldía Metropolitana de Caracas. El criterio expuesto, sin embargo, no ha sido entendido así, hasta ahora, ni por la Sala Constitucional ni por la Asamblea Nacional.

B. El Criterio de la Sala Constitucional

El Alcalde Peña en su solicitud de interpretación pide a la Sala Constitucional que se pronuncie sobre el pretendido derecho de la Alcaldía Metropolitana a percibir ingresos en toda la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas por concepto de timbres fiscales, por minerales no metálicos y por una participación en el peaje que recauda el Estado Miranda en la Autopista Regional del Centro. Nos referiremos a estos aspectos separadamente.

(a) La recaudación por venta de especies fiscales

La Sala Constitucional parte del principio de que el numeral 3 del artículo 167 de la Carta Fundamental incluye entre los ingresos de los Estados "el producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales" y de allí deduce que:

> Entre las formas de pago de los tributos se encuentran las especies fiscales, entre los cuales se cuentan los ramos de papel sellado y estampillas (artículo 39 del Decreto Nº 363 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal, de fecha 22 de octubre de 1999) por lo que este rubro podría ser explotado, pero sólo para pechar servicios metropolitanos, y no otros distintos. Las especies fiscales como instrumentos de pago, pueden ser creadas por cualquier municipalidad (sic), y por el Distrito Metropolitano, pero estas especies sólo pueden ser usadas para cancelar los impuestos, tasas o contribuciones que el Distrito Metropolitano o el Municipio puedan aprobar al no colidir con otros impuestos nacionales o estadales.

Los criterios expuestos de la Sala son errados por las siguientes razones:

Los timbres fiscales son unos tributos -o mejor, instrumentos para cancelar determinados tributos- que pertenecieron a los Estados desde la Constitución Federal de 1864 hasta que se promulgó la Constitución de 1947. En este último texto se transfirió el timbre fiscal al ámbito nacional, y así se mantuvo en las Constituciones de 1953 y 1961. Al iniciarse el proceso de descentralización, en 1989, se devolvió el papel sellado a los Estados que aceptaran la transferencia, como competencia exclusiva, conforme a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 11 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. En la Constitución vigente se incluye, entre los ingresos de los Estados, el producto de lo recaudado por los ramos de papel sellado, timbres y estampillas (art. 167.3), aunque según la Disposición Transitoria Decimotercera de la misma Constitución, se mantiene el régimen vigente sobre estos ramos de ingresos, hasta tanto los Estados asuman por ley estadal las competencias referidas.

Luego, desde la última Constitución, los tributos que según la Ley de Timbre Fiscal se recaudan mediante la venta de especies fiscales, pertenecen a los Estados que han asumido esa competencia, con carácter exclusivo, a pesar de que esos servicios son nacionales. Por lo tanto, el Distrito Capital, como entidad federal, tendría competencia para percibir el producto de lo recaudado por ese concepto, si asumiera tal competencia, pues según el artículo 32 de la Ley Especial "La Asamblea Nacional podrá atribuir al Distrito Metropolitano de Caracas determinadas competencias nacionales con el fin de promover la descentralización política y administrativa". Pero si la recaudación a que nos referimos la hicieran las autoridades metropolitanas en el Estado Miranda se produciría una infracción al principio de preservación de la integridad territorial de dicho Estado.

En lugar de declarar un criterio de este tenor, la Sala Constitucional construye la tesis de que los timbres fiscales son simples instrumentos de pago, y que tanto los Municipios, como el Distrito Metropolitano de Caracas, pueden exigirlos por los servicios que presten. Este orden de razonamiento conduce a que todos los organismos públicos que presten servicios, así sean Ministerios, institutos autónomos o servicios autónomos sin personalidad jurídica, tienen también derecho a emitir especies fiscales como medio de pago de los servicios que presten, desde el momento en que no se exige un poder tributario territorializado. El criterio escogido por la Sala Constitucional desconoce el principio de la territorialidad de los tributos, consagrada en el Código Orgánico Tributario, conforme al cual "Las normas tributarias tienen vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlos" (art. 11), puede generar una múltiple imposición sobre un grupo de ciudadanos y desconoce el ordenamiento jurídico que regula el régimen de los timbres fiscales, que se refiere exclusivamente a la prestación de servicios nacionales como hecho imponible del tributo.

Para evidenciar la incongruencia del criterio judicialmente adoptado, basta con hacer un ejercicio de imaginación e interrogarse sobre lo que ocurriría si se dictara una Ley del Distrito Capital, en la que se asignaran a este ente autoridades distintas a las del Distrito Metropolitano. En esta hipótesis, que no es descabellada porque el proyecto correspondiente ha sido introducido en la Asamblea Nacional, se evidenciaría que las autoridades metropolitanas no pueden exigir tributos estadales, salvo cuando actúan en ejercicio de competencias del Distrito Capital y únicamente en el ámbito territorial de éste.

(b) El caso de los minerales no metálicos

Con relación a los tributos sobre los minerales no metálicos y otros, ramo tributario asignado a los Estados por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Competencias del Poder Público, la Sala interpreta que "Mal puede entenderse que, porque el numeral 2 del citado artículo 176, exprese entre los ingresos estadales las tasas por el uso de sus bienes y servicios, o los procedentes de la administración de sus bienes (numeral 1), se pretenda que como los Estados tienen acceso a la explotación de los minerales no metálicos, el Distrito Metropolitano de Caracas pueda pechar su explotación". Ello en virtud de que "Los minerales no metálicos (ordinal 2º del artículo 11 de la Ley Orgánica bajo análisis), pueden ser transferidos por el Poder Público Nacional a los Estados, quienes pueden administrar y explotar los yacimientos, y pechar las explotaciones realizadas por terceros, pero tales impuestos nacen de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, y no de la Constitución, que es a quien se remite el numeral 1 del artículo 24 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas. En consecuencia, carece en este rubro el Distrito Metropolitano de Caracas de poder impositivo, y así se declara".

Por nuestra parte consideramos que la Ley de Descentralización se encuentra vigente y que las autoridades del Distrito Metropolitano pudieran establecer tributos sobre la materia a que nos referimos -en el ámbito territorial del Distrito Capital-, si cumplieran los procedimientos requeridos en la ley mencionada, de acuerdo a las adaptaciones necesarias para suplir la ausencia del Senado.

(c) La participación en el peaje

El Alcalde Peña expresó a la Sala Constitucional su criterio de que al Distrito Metropolitano de Caracas le correspondía un porcentaje de la recaudación del peaje de la Autopista Regional del Centro, que percibe actualmente el Estado Miranda, dado que una parte de dicha autopista transcurría por el Municipio Baruta, cuyo territorio pertenece al Distrito Metropolitano. La Sala respondió que "Con relación a las autopistas y bienes nacionales, que forman parte de las transferencias que hiciere el poder público nacional a los Estados, son éstos quienes exclusivamente pueden explotarlas y fijar las tasas por su uso, y así se declara". Debemos observar que los ingresos por peajes no tienen en Venezuela carácter tributario -como se califica en el recurso de interpretación-, pero en cuanto a la decisión de fondo el criterio de la Sala es correcto. Ello no excluye que las autoridades del Distrito Metropolitano, en ejercicio de competencias propias del Distrito Capital, pudieran establecer peajes en vías terrestres que pasen por el territorio de éste, en cuyo caso los ingresos así obtenidos deberían ser invertidos en este ámbito territorial.

C. El criterio de los proyectistas de la Asamblea Nacional

En el proceso de formulación de la Constitución que nos rige se discutió sobre la posibilidad de determinar los ramos tributarios que se asignarían a los Estados para promover la descentralización. No obstante, se prefirió mantener la situación anterior -disminuida en algunos aspectos- y efectuar tal asignación en una ley para desarrollar la hacienda pública estadal, a ser dictada dentro del primer año de instalación de la Asamblea Nacional (art. 167.5 de la Constitución y Disposición Transitoria Cuarta, numeral 6). Con este propósito, la Oficina de Asesoría Económica de la Asamblea Nacional preparó un anteproyecto de Ley Orgánica de Hacienda Pública Estadal, el cual fue presentado por parlamentarios del gobierno, aprobado en primera discusión el 27/3/2001 y cuyo proceso legislativo se encuentra paralizado desde esa época.

En este proyecto se regulan los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas y se hace la debida distinción entre las competencias de dicho Distrito cuando sus autoridades actúan en nombre del Distrito Capital, es decir, que al parecer se entendió el carácter asimétrico de la figura adoptada por el Constituyente. En efecto, en el artículo 220 se incluyen las siguientes disposiciones relativas a los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano:

En primer lugar, en el numeral 3 se menciona el "Recargo sobre el impuesto sobre la renta de las personas naturales..." y se aclara seguidamente que tal recargo se refiere a las personas mencionadas *"...cuyo domicilio fiscal se encuentre en el territorio del Municipio Libertador".*

En segundo lugar, en el numeral 5 del mismo artículo del proyecto se incluye entre los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas "La cesión del impuesto sobre sucesiones y donaciones y demás ramos conexos, *cuando los factores de conexión a las que se refiere el artículo 211 tengan lugar en el territorio del Municipio Libertador"*.

En tercer lugar, se enumera entre los ingresos a que nos referimos el "Impuesto al consumo de combustibles derivado de hidrocarburos *cuyo hecho imponible tenga lugar en territorio del Municipio Libertador"* (numeral 6).

En todos estos casos, el proyectista ha tenido presente que el Distrito Metropolitano de Caracas, actuando en ejercicio de las competencias que corresponden al Distrito Capital, *no puede crear ni cobrar tributos estadales en el ámbito territorial del Estado Miranda,* porque ello distorsionaría el orden de las competencias constitucionalmente establecido y constituiría una infracción al principio que ordena preservar la integridad territorial del Estado Miranda. Por ello, las competencias tributarias mencionadas deben ser ejercidas por el Distrito Metropolitano exclusivamente en el territorio del Municipio Libertador, aun cuando para ser más preciso debería decir en "el ámbito territorial del Distrito Capital", dado que en este espacio podrían crearse otros Municipios.

No obstante la claridad demostrada por el proyectista en los numerales mencionados del artículo 220 antes considerados, sin embargo subsisten confusiones que se reflejan en los numerales 7 y 8 del mismo artículo y en el artículo 221, *eiusdem,* por lo que de ser aprobados en la forma actual introducirían elementos de inconstitucionalidad en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Estadal, en la forma que se expresa a continuación.

En el encabezamiento del artículo 221 del proyecto se dispone lo siguiente:

> La recaudación de los Tributos asignados por esta Ley al Estado Miranda, corresponderá al Distrito Metropolitano de Caracas, en caso de que los factores de conexión establecidos por esta Ley o por ley estadal tengan lugar en la jurisdicción de municipios que integren al Estado Miranda y formen parte del Distrito Metropolitano de Caracas.

Conforme a esta disposición, corresponde al Distrito Metropolitano de Caracas la recaudación de los tributos asignados al Estado Miranda y que se generen en el ámbito de los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y El Hatillo, mencionados en el artículo 167 del proyecto, así:

> 1. La creación de contribuciones especiales por mejoras o plusvalías por obras o servicios públicos estadales.
>
> 2. La creación de un impuesto al consumo de combustibles derivados de hidrocarburos.
>
> 3. Los impuestos de exploración y explotación de minerales no metálicos, no reservados por la Constitución al Poder Nacional, las salinas y ostrales de perlas.
>
> 4. Un recargo sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Naturales.
>
> 5. La cesión del rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos.
>
> 6. La cesión parcial del rendimiento del Impuesto al Valor Agregado.

La norma a que nos referimos es inconstitucional y conduce a situaciones absurdas, por las siguientes razones:

En primer lugar, es inconstitucional porque una entidad federal, como es el Distrito Capital (o el Distrito Metropolitano actuando en el ámbito competencial y territorial del Distrito Capital), *no puede ejercer actividades de naturaleza estadal en otra entidad federal, como es en este caso el Estado Miranda.* Al redactar este numeral, el proyectista revela un desconocimiento de la naturaleza del Distrito Metropolitano y del significado del mandato constitucional de preservar la integridad territorial del Estado Miranda, que como antes dijimos, impone que en el ámbito espacial del Estado Miranda no puede tener validez el ordenamiento jurídico de otra entidad federal.

Si el legislador pudiera disponer que una entidad federal recaudara los tributos que corresponden a otra entidad federal, y dado que la única integridad territorial que garantiza la Constitución es la del Estado Miranda, *lo lógico sería que el Estado Miranda recaudara los tributos asignados al Distrito Capital, porque de esta forma se mantendría la integridad territorial aludida.*

Pero además de ser inconstitucional, la norma a que nos referimos conduciría a situaciones absurdas, como sería el caso de que el Distrito Metropolitano de Caracas recaudara las contribuciones especiales por mejoras que se generen en el Municipio Baruta por obras realizadas por la Gobernación del Estado Miranda, con sus recursos, cuando el principio general es el consagrado en la vigente Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social en el sentido de que dicha contribución la cobrará la entidad pública que hubiera ejecutado los trabajos (art. 15). Pero además, es absurdo que se incluya entre los tributos cuya recaudación se encomendaría al Distrito Metropolitano de Caracas, una parte del recargo del impuesto sobre la renta que establezca el Estado Miranda a las personas naturales cuyo domicilio se encuentre ubicado en su jurisdicción, *porque tal recaudación está asignada a la Administración Tributaria Nacional*, conforme a lo previsto en el artículo 207 del proyecto.

En el proyecto que examinamos, además de que se confiere al Distrito Metropolitano de Caracas la competencia para recaudar en el Estado Miranda los tributos que corresponden a esta entidad federal, se autoriza al Distrito mencionado a apropiarse del 50% de la recaudación de los tributos que en el proyecto se denominan "asignados" al Estado Miranda, cuando los mismos se generen en los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas.

En efecto, en el numeral 7 del artículo 220 del proyecto a que nos referimos se incluye, entre los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas, la "Participación del 50% en los tributos asignados por esta Ley a los Estados, a ser aplicada sobre lo recaudado por tales conceptos en los términos que establece el artículo 221 de esta Ley". Y en el aparte único del artículo 221, *eiusdem*, se dispone que "La participación a que se refiere el ordinal 7 del artículo anterior, ingresará directamente al Tesoro del Distrito Metropolitano de Caracas, y el 50% restante habrá de ser transferido al Estado Miranda, en la oportunidad que fije la Ley o en su defecto dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para el pago por la legislación aplicable".

Conforme a lo expuesto, la mitad de la recaudación de los tributos llamados "asignados a los Estados", -y que son los mencionados en el artículo 167 del proyecto, antes transcrito- que se generen en el territorio del Estado Miranda, pasaría al Tesoro del Distrito Metropolitano de Caracas, si se aprobara el proyecto en su forma actual. *De esta manera no sólo se desmembraría jurídicamente el territorio del Estado y se alteraría el orden de las competencias establecido en la Constitución, sino que se causaría un perjuicio económico al Estado Miranda y también a los Municipios que lo integran, los cuales verían disminuida la asignación que les corresponde por el situado.*

Por lo demás, es absurdo que se asigne al Distrito Metropolitano de Caracas la mitad del recargo que haga el Estado Miranda a los contribuyentes del impuesto sobre la renta ubicados en los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas, si tomamos en cuenta que *el Distrito Metropolitano no ha intervenido en forma alguna en el establecimiento del recargo (cuya decisión y costo político corresponde al Estado Miranda), ni tampoco en su recaudación (que como antes dijimos está atribuida en el proyecto a la Administración Tributaria Nacional).*

Como si lo anterior fuera poco, en el numeral 8 del artículo 221 del proyecto se incluye entre los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas, el *"10% de la participación determinada a favor del Estado Miranda respecto de la recaudación de*

los impuestos a la producción y consumo de cigarrillos, fósforos y alcoholes, así como de Impuesto al Valor Agregado". Esta hipótesis debe ser precisada.

En el proyecto de ley que comentamos se incluye una Sección denominada **"***De las participaciones de los Estados en los Tributos Nacionales",* en la que se contempla que los Estados tienen derecho a una participación sobre la *recaudación nacional* de diversos impuestos, así: el 4% de la recaudación nacional del impuesto al Valor Agregado, y la totalidad de los impuestos al consumo de fósforos, licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, además de otras participaciones que pueda crear la ley en la recaudación de ciertos tributos nacionales no delegados o cedidos a los Estados (art. 214). Esas participaciones no las reciben directamente los Estados, sino que se transfieren al Fondo de Compensación Interterritorial, para ser distribuidas entre aquéllos de acuerdo a los índices compensatorios que se determinen en la Ley de creación del Fondo, a ser dictada.

Pues bien, *aún cuando al Distrito Metropolitano de Caracas no le competa función alguna en la recaudación ni en la administración de los tributos que generan las participaciones a que nos referimos*, se prevé en el aparte único del artículo 221 del proyecto que un 10% de la recaudación de dichos tributos que se haga en la jurisdicción de los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas, se excluirá de la transferencia que debe hacerse al Fondo de Compensación Interterritorial y se ingresará directamente al Tesoro del Distrito Metropolitano de Caracas. Conforme a lo expuesto, si el proyecto que examinamos fuera aprobado en su forma actual, los contribuyentes por concepto de tributos que corresponderían al Estado Miranda estarían financiando servicios del Distrito Metropolitano de Caracas, el cual, por su parte, recibe el situado del Distrito Capital, pero estos recursos no pueden ser invertidos en el ámbito territorial de los Municipios mirandinos, tal como antes lo señalamos.

Ante esta situación, el Gobernador del Estado Miranda se dirigió a la Asamblea Nacional para formularle las advertencias del caso y para sugerirle que, en lugar del articulado contenido en este Título Sexto del proyecto, relativo al Régimen Tributario del Distrito Metropolitano de Caracas, y con el fin de adecuarlo a los preceptos constitucionales, este Título se reduzca a un solo artículo, que sería el siguiente:

> *Artículo 221*.- El Distrito Metropolitano de Caracas podrá crear y recaudar, en el ámbito territorial del Distrito Capital, los mismos tributos que se asignan a los Estados conforme a la Constitución y a esta Ley.
>
> Los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas deberán ser destinados a gastos en el ámbito territorial del Distrito Capital.

3. Transferencias de recursos y Régimen Presupuestario

La particular configuración del Distrito Metropolitano de Caracas, cuyas autoridades tienen competencias diferentes según el ámbito territorial de que se trate, debe ser tenida en cuenta a los fines de las transferencias de recursos que se hacen conforme a leyes vigentes o de acuerdo a leyes futuras, mientras se mantenga el carácter asimétrico de esta figura.

A. El Situado

La primera y la más importante de las transferencias de recursos es el situado constitucional. En este aspecto, el ordenamiento jurídico es coherente: el situado se distribuye entre los Estados y el Distrito Capital (art. 167.4 de la Constitución) y el situado que corresponde a este último sólo puede invertirse en su ámbito territorial (art. 23, Ley Especial). En general, todas las entidades federales deben invertir el situado en sus respectivos ámbitos territoriales.

El monto del situado de los Muncipios está actualmente regulado en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, así:

> En las leyes de Presupuesto de los Estados se incorporará una partida destinada a las Municipalidades (sic) y denominada Situado Muncipal, que para 1990 será del diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios estimados de la Entidad Federal. Tal porcentaje se incrementará anual y consecutivamente en un uno por ciento (1%), hasta alcanzar un veinte por ciento (20%).
>
> El Situado Muncipal se distribuirá entre los Muncipios de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Muncipal.

En la ley citada en último lugar se pauta que "El Situado que de conformidad con la ley corresponda a los Municipios, será distribuido por los estados en la forma siguiente: un cincuenta por ciento (50%) en partes iguales y un cincuenta por ciento (50%) en proporción a la población de cada uno de ellos" (art. 128). Con relación a los distritos metropolitanos, se dispone en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) que "Los Distritos Metropolitanos percibirán el cincuenta por ciento de la cuota parte del Situado asignado a los Municipios que lo integran, el cual será invertido en forma proporcional al número de habitantes de cada Municipio" (art. 129).

La parte de los ingresos por situado que deben destinar los Municipios al financiamiento de los distritos metropolitanos, conforme a la LORM, es muy elevada: el 50%. Tal vez esa desproporción explique que, bajo el imperio de esta ley, no se haya creado ninguno de estos distritos desde 1978 hasta el presente. Con vista de esa experiencia, probablemente, en la Ley Especial se reduce la contribución de los Municipios al 10% del situado que reciben de los Estados y al 10% de los ingresos propios efectivamente recaudados por cada uno de ellos en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior (art. 22, numerales 4 y 5).

Nótese que el Distrito Capital (es decir, las autoridades del Distrito Metropolitano en ejercicio de las competencias del Distrito Capital) debe transferir al Municipio Libertador la parte del situado que le corresponde, y a su vez las mismas autoridades perciben de este Municipio la cuota que éste debe aportarle al Distrito Metropolitano, sin que pueda entregársele al Municipio el saldo neto después de deducir lo que debe cobrar, porque así lo decidió la Sala Constitucional en su sentencia de interpretación. En todo caso, debemos destacar que la Ley Especial regula adecuadamente la inversión del situado del Distrito Capital, lo cual sólo puede hacerse en su ámbito territorial, pero veremos en seguida que no ocurre lo mismo con relación a otras transferencias de recursos.

B. El FIDES

El Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) tiene su orígen en que los Diputados y Senadores al Congreso consideraban que, bajo la Constitución

entonces vigente, el impuesto al valor agregado era estadal, porque no estaba asignado ni a la República ni a los Municipios. Producto de una negociación política, los parlamentarios accedieron a aprobar la ley habilitante para la creación del IVA como tributo nacional y el 25/11/93 el Ejecutivo Nacional dictó el correspondiente Decreto Ley, el cual ha sido objeto de varias reformas hasta llegar a la actual Ley que crea el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), del 30/10/2000. La idea inicial, y así se convino en la negociación, era que el 50% de la recaudación del IVA se transfiriría a los Estados y Municipios, pero por regateos del Ejecutivo Nacional los aportes al Fondo se disminuyeron y actualmente deben ser aprobados por la Asamblea Nacional en un porcentaje no inferior al 15% del producido del impuesto mencionado. Esos recursos se entregan a los entes beneficiarios, conforme a una metodología inspirada en los procedimientos de la banca multilateral: elaboración de proyectos que deben ser aprobados por el Directorio del Fondo, coparticipación de los Estados y Municipios en el financiamiento de los proyectos ("pari passu"), desembolsos según el ritmo de ejecución de las obras o servicios (por valuaciones).

Los recursos del Fondo, una vez descontados sus gastos de funcionamiento, hasta un máximo del 2%, se distribuyen así: 60% para la Cuenta de Participación de los Estados y el 40% restante para la Cuenta de Participación de los Municipios (art. 5). Las sumas resultantes se reparten de acuerdo a los siguientes criterios: 45% en proporción a la población de cada Estado y de cada Muncicipio; 10% en proporción a la extensión territorial de cada Estado y cada Muncicipio y el 45% restante de acuerdo a un indicador de compensación interterritorial, el cual debe beneficiar a los Estados y Muncipios de menor desarrollo relativo y que es aprobado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, estableciendo mecanismos pertinentes para su revisión periódica (art. 6).

En el aparte único del artículo 5º se dispone que "Los recursos correspondientes al Distrito Metropolitano de Caracas serán calculados mediante una metodología especial diseñada al efecto, para lo cual se deberá tomar en cuenta lo establecido en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas". La norma que venimos de transcribir revela el desconocimiento del legislador sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano. Los recursos del FIDES deben ser asignados al Distrito Capital, con criterios similares a los aplicados para los Estados, y los fondos deben ser invertidos en el ámbito territorial de la entidad federal. Los Muncipios del Distrito Capital y del Estado Miranda que forman parte del Distrito Metroplolitano de Caracas deben recibir los recursos del FIDES que les corresponden, cuantificados por la aplicación de criterios iguales a los definidos para los demás Municipios.

C. La LAEE

Desde 1947 se había previsto en la Constitución que por ley se establecería un sistema de asignaciones económicas especiales para los Estados en cuyos territorios se encontraran riquezas naturales que eran estadales en la Constitución Federal de 1864 y que habían pasado a la administración del Poder Nacional. Igual disposición se repite en la Constitución de 1961, pero no fue sino hasta el 27/11/96 cuando el Congreso sancionó la ley correspondiente. La misma previsión la encontramos en la Constitución de 1999 (art. 166.16), por lo que la ley citada tiene fundamento en la Carta actual. Dicha ley sufrió dos reformas en el año 2000, la última de ellas con la finalidad de cambiarle el título, que ahora se llama Ley de Asignaciones Económicas Especiales

para los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas Derivadas de Minas e Hidrocarburos, del 27/11/2000, para regular la participación del Distrito Metropolitano y para, en general, disminuir los aportes del Poder Nacional.

Pues bien, en dicha ley se dispone que de las sumas recaudadas por concepto de los tributos nacionales previstos en la Ley de Hidrocarburos (impuesto superficial, impuesto de exploración, impuesto de explotación de petróleo, impuesto de explotación de gas e impuesto de transporte) y la Ley de Minas (impuesto de exploración e impuesto de explotación), se destinará el 25 %, una vez deducido de dichos ingresos el porcentaje correspondiente al Situado Constitucional, a los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 2º). Éstos, a su vez, destinarán a sus Municipios una suma no menor al 40% de lo que reciban por este concepto, el cual se distribuirá entre ellos conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 3º, aparte único).

El error del legislador, en este caso, reside en que la transferencia a que nos referimos debe tener como destinatario el Distrito Capital y no el Distrito Metropolitano. De lo contrario, los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y el Hatillo, deberían percibir las asignaciones a que nos referimos tanto del Distrito Metropolitano como del Estado Miranda, lo cual no es lógico ni justo. Esto al menos en teoría, porque en la práctica ninguna de las entidades federales ni los Muncipios han recibido nuevos aportes por este concepto en el año 2002, pese a que, en la última reforma de la Ley de Hidrocarburos se aumentó el porcentaje que corresponde al Poder Nacional por concepto de impuesto de explotación o regalía.

En todo caso, lo que ha debido disponer la ley que contempla las asignaciones económicas especiales es que las mismas corresponden al Distrito Capital y que las autoridades del Distrito Metropolitano no podrán invertir dichos recursos sino en el ámbito territorial del Distrito Capital.

D. El Fondo de Compensación Interterritorial

En el artículo 185 de la Constitución se regula el Consejo Federal de Gobierno, del cual dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial (FCI), "destinado al financiamiento de las inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementaciónde las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo". Aún no se ha dictado la ley que regule a este Fondo, y ni siquiera se ha iniciado el proceso legislativo para sancionar un proyecto en esta materia.

Entendemos que como la Constitución se refiere a las *regiones y comunidades*, los fondos para apoyar la dotación de obras y servicios en estos ámbitos deben ser invertidos por medio de los Estados y los Municipios. El hecho mismo de que el Consejo Federal de Gobierno esté compuesto, entre otros, por todos los Gobernadores de Estado y un Alcalde por cada Estado, abona la tesis que exponemos.

Pues bien, con fundamento en las consideraciones anteriores, el Distrito Capital debe estar incluido entre los beneficiarios del Fondo, a título de entidad federal, y asimismo los Municipios que integran el Distrito Metropolitano, mas no este Distrito. En todo caso, las autoridades metropolitanas deben recibir para el Distrito Capital las transferencias que se pudieran hacer por este concepto, las cuales deben ser invertidas en el ámbito territorial de la entidad federal.

E. El Régimen Presupuestario

El carácter asimétrico del Distrito Metropolitano, en el sentido de que sus autoridades tienen competencias diferentes según el ámbito territorial de que se trate, y la obligación de invertir determinados recursos exclusivamente entre los linderos del Distrito Capital, se refleja necesariamente en el régimen presupuestario de aquella figura, la cual tiene características sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas deben elaborar y sancionar dos presupuestos diferentes para que los recursos a invertir no se confundan: uno para todo el ámbito territorial metropolitano, y otro para el ámbito del Distrito Capital. De igual manera, se deben establecer sistemas contables, de tesorería y de control interno, de evaluación de resultados, que tengan en cuenta la diversidad de ámbitos. Las autoridades metropolitanas deben rendir cuenta de la gestión realizada con los fondos respectivos a los electores del Distrito Capital y a los del Distrito Metropolitano, según el caso.

Los fondos particulares del Distrito Capital, y que deben ser invertidos en su ámbito territorial, son: el situado del Distrito Capital, los tributos que corresponden a los Estados y que se asignen a aquél por ser una entidad federal y las transferencias de recursos del Poder Nacional hacia las entidades federales por efecto de leyes especiales: el FIDES, la LAEE, el FCI y cualquier otro fondo que se se cree en virtud del principio de la solidaridad interterritorial y en el que se prevean transferencias de recursos para las entidades federales.

Los fondos que deben ser invertidos en todo el ámbito del Distrito Metropolitano de Caracas son particularmente los aportes que hacen los Muncipios que lo integran, el subsidio de capitalidad, los ingresos propios que obtenga el Distrito Metroplitano por los bienes que posee o por los servicios que preste y los provenientes de donaciones o legados que pueda recibir.

En este aspecto se suscita una cuestión que nos limitaremos a plantear: los Municipios mirandinos del área metroplitana de Caracas aspiran lógicamente que sus aportes al Distrito Metropolitano se inviertan en el ámbito territorial de cada uno de ellos, al menos en una parte sustancial. Sin embargo, el sector oeste de la ciudad es el que tiene necesidades más ingentes, porque allí es más bajo, en promedio, el nivel socio-económico, mientras que la cantidad de habitantes es mayor. En la Ley Especial no se establece ningún principio que permitan vincular los aportes de los Muncipios y las inversiones que se hagan, como sí existe en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cuyo artículo 129 se dispone que: "Los Distritos Metropolitanos percibirán el cincuenta por ciento (50) de la cuota parte del Situado asignado a los Municipios que lo integran, *el cual será invertido en forma proporcional al número de habitantes de cada Municipio".* Este principio general debe ser aplicable al Distrito Metropolitano de Caracas, con la advertencia de que no es posible una proporcionalidad rígida en la inversión, porque los servicios que corresponden al ámbito metropolitano muchas veces no son divisibles e individualizables, sino que tiene un carácte general para todo el valle de Caracas. Por otra parte, desde el punto de vista de la justicia social, el Distrito Metropolitano de Caracas tiene recursos propios diferentes a los aportes muncipales e incluso el subsidio de capitalidad (art. 22.6 de la Ley Especial), los cuales puede orientar preferentemente hacia las zonas más necesitadas, entre las cuales se encuentran también algunas áreas del Municipio Sucre mirandino.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVO RÉGIMEN PARA EL DISTRITO CAPITAL

1. Consideraciones previas

En la Carta Fundamental se dispone en el artículo 156 que "Es de la competencia del Poder Público Nacional ...(*omissis*)...10. La organización y régimen del Distrito Capital..." En esta parte consideramos procedente preguntarnos si con la sanción de la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas se ha cumplido ya esa atribución, o si aún es necesario que la Asamblea Nacional dicte una ley sobre la entidad federal Distrito Capital, y cuál sería, eventualmente, el contenido de ésta.

A estos efectos debemos considerar que en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de diciembre de 2001 se hacen reiteradas alusiones a la necesidad de dictar la ley sobre el régimen del Distrito Capital, en los siguientes términos: "... La Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, no impide a la Asamblea Nacional, legislar sobre la organización y régimen del Distrito Capital, ente componente del Distrito Metropolitano, ya que ello es competencia del Poder Público Nacional, conforme al numeral 10 del artículo 156 de la vigente Constitución. En criterio de esta Sala la organización del Distrito Capital es una necesidad urgente que debe cumplir la Asamblea Nacional...". Y más adelante expresa que "la existencia del Distrito Capital no ha quedado eliminada, por la creación del Distrito Metropolitano, y es más, el artículo 156 de la Constitución contempla que la Asamblea Nacional legisle sobre el Distrito Capital, como entidad autónoma".

Si bien es cierto, como ha quedado establecido, que el Distrito Capital es diferente del Distrito Metropolitano, sin embargo, expresó la Sala Constitucional en otra parte de la sentencia a que nos referimos que "la Asamblea Nacional Constituyente, con su poder de creación y aceptando su propio mandato establecido en la Disposición Transitoria Primera de la vigente Constitución, procedió de una vez a cumplir en extenso el artículo 18 de la Carta Magna, señalando cuáles son los límites territoriales del Distrito Capital (Municipio Libertador del antiguo Distrito Federal), y *dándole de una vez a dicho Distrito el régimen de Distrito Metropolitano* (artículo 171 de la vigente Constitución)". El párrafo transcrito parece significar que, aunque las dos figuras son distintas, la Asamblea Nacional Constituyente las fundió en una sola, y podía hacerlo por su poder de creación y conforme al mandato constitucional que ella misma se había dado, concepto éste que hemos criticado anteriormente.

A. Ley del Distrito Capital como ley de división políticoterritorial

Sentado lo anterior, cabe entonces interrogarse sobre el contenido que podría tener la Ley a ser dictada sobre el Distrito Capital. A estos efectos debe tenerse presente que, en el párrafo siguiente de la sentencia que venimos de citar, la Sala expone que: "Ello, sin perjuicio que la Ley del Distrito Capital, divida al actual Municipio Libertador en otros Municipios y le imponga un particular régimen municipal, circunscrito al Distrito Capital".

La posibilidad de crear varios Municipios en el ámbito del antiguo Distrito Federal, ahora Distrito Capital, quedó consagrada en la Constitución cuando se previó en el

artículo 18 que la unidad político territorial se establecerá mediante la integración de *"Los Municipios del Distrito Capital* y los correspondientes del Estado Miranda...". Ante el planteamiento que se hizo en la ANC de dividir de una vez el Distrito Capital (o sea, el ámbito del Municipio Libertador) en varios Municipios, como antes expusimos, se dejó la decisión sobre este aspecto a una ley posterior. Por ello se incluyó en la Ley Especial un artículo del tenor siguiente**:** *"Corresponde a la Asamblea Nacional, en el lapso no mayor de un (1) año a partir de su instalación dictar las medidas para la reorganización político territorial del Municipio Libertador, de conformidad con los principios de descentralización y participación contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela" (art. 38)*.

Esta disposición tiene la importancia adicional de que reserva para la Asamblea Nacional la facultad de dictar la ley de división políticoterritorial del Distrito Capital, en lugar de permitir que lo haga el Consejo Legislativo (que sería el Cabildo Metropolitano en este caso), como ocurre en los Estados. En tal sentido, se continúa la tradición que venía desde la conformación del Distrito Federal, cuyo Municipio o Municipios estaban sometidos a un régimen especial establecido por el órgano legislativo nacional.

En todo caso, debemos destacar que en la discusión sobre la figura institucional para el área metropolitana de Caracas, en la ANC estuvo planteada siempre la posibilidad, incluso la conveniencia, de dividir el Muncipio Libertador en varios Municipios para permitir una mayor participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos locales, en forma similar a como se hace en los municipios mirandinos del área metropolitana.

B. La cuestión de las autoridades del Distrito Capital

En el seno de la ANC en ningún momento se planteó que el Distrito Capital pudiera tener sus autoridades propias, distintas de las del Distrito Metropolitano. Cuando Brewer-Carías expuso la tesis del gobierno muncipal a dos niveles, que venía manejando desde hacía décadas, planteó que la fórmula menos conflictiva era la de "volver al esquema del Distrito Federal, *incluso sin necesidad de que tenga gobernador"*, como antes dijimos.

En el mismo sentido, en la primera discusión del proyecto de Ley Especial, que tuvo lugar en la ANC el 25 de enero de 2000, Aristóbulo Istúriz expuso que la "forma de gobierno tenía que tener dos niveles de gobierno, y esos dos niveles de gobierno, dentro del ámbito muncipal, nos llevaban a un gobierno metropolitano y a un gobierno municipal coexistiendo. Eso nos generaba de todas maneras un problema al cual no teníamos respuesta, que era que nos desprendíamos del nivel intermedio de gobierno, *porque desaparece y sustituye la gobernación del Distrito Federal".*

El criterio de mantener el Distrito Capital sin autoridades propias se evidencia, además, de los siguientes señalamientos que se hacen en la Ley Especial: i) se atribuye al Distrito Metropolitano "el Situado Constitucional que corresponde al Distrito Capital" (Art. 22.3) y "Los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución..." (art. 24.1), ii) las autoridades del Distrito Federal cesan al tomar posesión de sus cargos las autoridades metropolitanas (art. 37) y iii) el Gobernador del Distrito Federal debía presentar la rendición de cuentas de su gestión al Cabildo Metropolitano (art. 39).

Adicionalmente, debemos señalar que el mismo criterio se mantiene en todas las disposiciones de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de

Caracas, dictada por la Comisión Legislativa Nacional (*el Congresillo*), la cual "regula el régimen de transición administrativa, orgánica y de gobierno del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución y en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas" (art. 1). En esta ley "se declara la transferencia de las dependencias y entes adscritos a la Gobernación del Distrito Federal a la Alcaldía Metropolitana, así como la reorganización y reestructuración de los mismos" (art. 4).

Es evidente que si hubiera existido la idea de crear unas autoridades específicas para el Distrito Capital, no se hubieran asignado las competencias y los recursos, ni transferidos los bienes, servicios y el personal al Distrito Metropolitano, sino que se hubiera mantenido transitoriamente la figura del Distrito Federal.

Por último, para la Sala Constitucional, la dicotomía de autoridades en ningún momento estuvo presente en su análisis, pues según ella la Asamblea Nacional Constituyente le dio *de una vez a dicho Distrito el régimen de Distrito Metropolitano.*

Conforme a lo expuesto, ni para la Asamblea Nacional Constituyente, ni para la Comisión Legislativa Nacional, ni para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia existió la idea de que, con el fin de resolver el problema institucional del área metropolitana de Caracas, debían crearse autoridades propias en el Distrito Capital.

2. El proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital

El 1º de agosto de 2002 se dio entrada en la Asamblea Nacional al proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital presentado por los diputados Juan José Mendoza, Darío Vivas, Carlos Delgado, Cilia Flores, Nicolás Maduro, Desirée Santos Amaral y José Salamat Khan, y en cuyo artículo 2 se prevé que "El Distrito Capital es una entidad federal autónoma dentro de la organización político-territorial de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente en lo político, administrativo y financiero, con plena capacidad para adquirir y poseer toda clase de bienes que le sean necesarios en el desarrollo de sus propias actividades, funciones y prestación de los servicios públicos a su cargo**".**

El objeto principal de esta parte es el de examinar la significación que tendría para el marco constitucional y legal vigente la aprobación de este proyecto, para lo cual debemos previamente presentar un resumen de sus aspectos más importantes.

A. Contenido del proyecto

Nos limitaremos a considerar algunos aspectos del proyecto que son de interés para enriquecer las cuestiones a que antes nos hemos referido.

(a) La fundamentación

Conforme se señala en la Exposición de Motivos del proyecto, "La Ley Orgánica del Régimen del Distrito Capital tiene su génesis en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentada en los artículos 16, 18 y 156, Numeral 10, y la Disposición Transitoria Primera ejusdem; e igualmente en los artículos 2 y 38 de la Ley

Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 13 de diciembre de 2000; en razón de ello se justifica esta iniciativa legislativa". La jurisprudencia que se menciona se refiere al criterio expuesto de la Sala Constitucional de que "la organización del Distrito Capital es una necesidad urgente que debe cumplir la Asamblea Nacional...".

Se expresa igualmente en la Exposición de Motivos que: "La justificación y criterios de legislar sobre esta especial entidad llamada Distrito Capital obedece a razones estratégicas de gobernabilidad, por cuanto en su seno alberga el asiento de los poderes públicos, situándose así fuera de la órbita jurisdiccional de cualquiera de los estados que integran la Federación". Sobre este aspecto observamos que, conforme a la Constitución, el asiento de los órganos del Poder Nacional es la ciudad de Caracas y no el Distrito Capital y que aquélla desborda los límites de éste, por lo cual la ley cuyo proyecto examinamos, al no poder extender el ámbito del Distrito Capital hacia el Estado Miranda, no cumple la justificación que se menciona en la Exposición de Motivos.

Al indagar sobre el contenido del proyecto veremos que tanto las normas como la jurisprudencia antes citadas fueron emitidos en un contexto distinto y con una significación diferente a la que ahora se pretende.

(b) La figura del Municipio único en el ámbito del Distrito Capital

En el proyecto que examinamos se consagra, en la forma más reiterada posible, que el Distrito Capital tendrá un solo Municipio. En el artículo 31 se dispone que "Es de la competencia del Distrito Capital: 1. La organización de su Municipio...". Pero admás, se prohibe que el Consejo Legislativo Distrital pueda crear otros Municipios, cuando se pauta que: "Los principios de integridad territorial del Municipio del Distrito Capital, ...son vinculantes con las atribuciones del Consejo Legislativo Distrital y demás órganos del Poder Público..." (art. 34, aparte único). La existencia de un único Municipio en el Distrito Capital se reitera en normas como las contenidas en los artículos 12.3; 34, 38.2, 93 al 99, 102 al 105, 108, 109, 120, 133, del proyecto que comentamos.

(c) La organización del Distrito Capital

En el proyecto de ley orgánica sometido a examen se crea un Gobernador del Distrito Capital (art. 19) y un Consejo Legislativo Distrital (art. 33), a ser electos por cuatro años, en forma similar a las autoridades de los Estados, cuyas competencias, en general, son coincidentes con las de éstos.

Pero además, se regula un conjunto de órganos también iguales a los de los Estados, como es el Secretario de Gobierno (art. 42), los directores del Despacho (art. 45), el Procurador del Distrito Capital (art. 47), la Contraloría Distrital (art. 52), la cual ejerce el control sobre la administración central distrital y sobre los institutos autónomos y demás establecimientos públicos y personas jurídicas de derecho público que se creen, así como sobre fundaciones, asociaciones civiles, empresas y demás instituciones de derecho privado que se constituyan en el ámbito distrital (art. 57).

(d) La hacienda pública distrital

En el proyecto se incluye entre los ingresos propios del Distrito Capital: el subsidio de capitalidad y el situado constitucional, los cuales se asignan al Distrito Metropolitano de Caracas en la Ley Especial. Es lógico que si se llegaran a crear autoridades exclusivas para el Distrito Capital sean éstas las que reciban el situado, pero la cuestión del subsidio de capitalidad es diferente. En la Ley Especial se incluye entre los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas: "La transferencia por concepto de subsidio de capitalidad que se le acuerde en el Presupuesto Nacional para cada ejercicio fiscal" (art. 22.6). Pero la capital de la República no está en el Distrito Capital sino parcialmente, es el Distrito Metropolitano el que persigue asegurar la unidad político territorial de Caracas, que es la capital de la República, y al que le corresponde, en consecuencia, el subsidio de capitalidad.

Además, se definen en el proyecto como ingresos del Distrito Capital (del fisco capital, como se denomina en el proyecto): el producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales y los impuestos, tasas y contribuciones especiales que sean asignados por esta ley y por otras leyes nacionales (art. 70, numerales 8 y 9). Pero en el artículo 12.3 del proyecto se había advertido que corresponde al Distrito Capital "La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios según las disposiciones de las leyes nacionales y estadales sin menoscabo de las conferidas a la autoridad de gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas"**.** Es lógico también que si se llegaran a crear autoridades propias para el Distrito Capital se les asigne la recaudación de los tributos que corresponden a la entidad federal, pero es difícil entender cómo en este supuesto no se menoscabarían las atribuciones del Distrito Metropolitano, el cual tiene asignadas tales competencias según la Ley Especial.

(e) Otras disposiciones del Proyecto

El proyecto que examinamos es muy amplio (tiene 138 artículos, 5 disposiciones transitorias y una disposición final) y regula materias muy diversas. Nos limitaremos a mencionar estas últimas.

Además de los aspectos organizativos y hacendísticos a que nos hemos referido, se establecen pautas especiales sobre los bienes distritales, su clasificación y administración, sobre los actos administrativos, su régimen jurídico, su vigencia y su impugnación; aspectos éstos en los que se repiten normas que están en leyes nacionales; sobre el estatuto de la función pública en el ámbito distrital-capital, a pesar de que en la reciente ley sobre la materia se somete a los empleados estadales y muncipales a las mismas disposiciones nacionales. Se regula en el proyecto el régimen municipal en el Distrito Capital, sin tomar en cuenta que se discute actualmente un proyecto de Ley Orgánica del Público Municipal, en el que se establecerán las pautas fundamentales para todo ese ámbito, entre otras el perfil jurídico y administrativo de las parroquias.

Por último, en el proyecto se repite un conjunto de disposiciones que están en la Constitución vigente sobre la participación ciudadana, incluyendo una amplia regulación sobre distintos tipos de referendos.

3. Nuestra opinión sobre la reforma proyectada

Ante la incompresión casi generalizada que se ha observado sobre el carácter asimétrico que resultó de la regulación actual del esquema institucional del área metropolitana de Caracas, debemos señalar que la sanción del proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital vendría a simplificar el esquema conceptual, a hacerlo más accesible al entendimiento, pero a un costo muy elevado.

A. La simplificación del esquema conceptual

El proyecto, en la forma como está concebido, elimina el carácter asimétrico de la figura institucional adoptado para la Gran Caracas. Se restablece el Distrito Federal (manteniendo el nombre de Distrito Capital), ahora con un Gobernador y un Consejo Legislativo electivos. De ello resulta que se crea nuevamente el nivel intermedio cuya ausencia hacía difícil entender la figura actual.

Las competencias y los recursos del Distrito Capital, según el proyecto, son sustancialmente iguales a los de los Estados. El Distrito Capital, como los Estados, tiene su situado constitucional, que es recibido por el Gobernador de la entidad. Luego el Consejo Legislativo sanciona la ley de presupuesto para invertir los recursos en su ámbito territorial y no en otro. Igual ocurre con otras transferencias de recursos: la del FIDES, de la LAEE, del Fondo de Compensación Interterritorial y las demás que se establezcan. Conforme al proyecto, el Consejo Legislativo crea en el ámbito del Distrito Capital los tributos que corresponden a los Estados o los que se les transfieran, sin posibilidades de superposición con las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas, ni con el Estado Miranda.

De aprobarse el proyecto, el Distrito Metropolitano de Caracas, al no tener sus autoridades competencias adicionales a las municipales, pasaría a ser un distrito metropolitano más, con las particularidades que se derivan exclusivamente del texto constitucional y con la circunstancia de que debe ser creado por ley nacional, dado que se trata de un centro poblado que se extiende entre dos entidades federales. Bajo el nuevo marco legal, el carácter municipal del Distrito Metropolitano se haría más evidente, y también resultaría más obvio que las autoridades de éste no pueden pretender asumir competencias que son del Estado Miranda.

La ley proyectada tendría una ventaja adicional: las autoridades del Distrito Capital serían electas por los ciudadanos de su ámbito territorial, y no como ocurre ahora, que en la elección participan habitantes de los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas. Con la reforma, se pondría fin a la objeción que hace la doctora Maruja Delfino, desde el punto de vista político, a la figura institucional adoptada.

B. El costo de la reforma

La vigencia de una ley sobre el Distrito Capital como la que examinamos se traduciría en un aumento considerable de los costos derivados de la creación de nuevas estructuras administrativas, adicionales a las metropolitanas, y haría mucho más complejo el funcionamiento del aparato público. Además de crearse nuevos cargos en la Administración central, con su Gobernador, su Secretario de Gobierno y sus Directores,

se designarían funcionarios para la Procuraduría, la Contraloría y el Consejo Legislativo, por una parte, y se formarían nuevas estructuras descentralizadas: institutos autónomos, establecimientos públicos y otras personas jurídicas de derecho público distritales, fundaciones, asociaciones civiles, empresas distritales y otras instituciones de derecho privado. Pero no se trata solamente del incremento de costos por sueldos, salarios e indemnizaciones laborales, sino por nuevos locales, por materiales y por servicios que requeriría la nueva burocracia.

Cuando se dictó la Ley Especial, y luego la Ley de Transición, se incurrió en costos elevados para que los servicios y dependencias del Distrito Federal fueran trasladados al Distrito Metropolitano de Caracas. Ahora habría que incurrir en nuevos costos -y en el descontrol que produce toda mudanza- para devolver los servicios que eran del Distrito Federal al Distrito Capital. Piénsese en la situación de los funcionarios que prestaban servicios en el Distrito Federal y que fueron retirados al comenzar a aplicarse la Ley Especial. Por la Ley de Transición los pasivos laborales que se ocasionaron debían ser cancelados por la República (art. 8.1), pero la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia declaró la responsabilidad de la Alcaldía Metropolitana por tales deudas, y ahora se decidiría que las mismas deberían ser cubiertas por el Distrito Capital, todo lo cual alejaría la posibilidad de hacer efectivas las acreencias.

En todo caso, el incremento de los costos difícilmente se traduciría en un aumento de la eficiencia, normalmente ocurre todo lo contrario, porque entra en funcionamiento la ley de rendimientos decrecientes. En la actualidad, en el ámbito del Distrito Capital no se hace distinción entre los servicios que corresponden a la entidad federal y los que competen a las autoridades metropolitanas, porque los atienden los mismos funcionarios. De aprobarse la reforma proyectada, las tramitaciones se harían más complejas porque a las autoridades nacionales, municipales y metropolitanas, se agregarían las distritales.

Pero además, desde el punto de vista de la teoría de la organización no se justifica que existan unas autoridades en el Distrito Capital que se superpongan a otras autoridades que tienen exactamente el mismo ámbito territorial. En tales casos, lo que se plantea de ordinario es la fusión de organizaciones.

C. Otra opción

Si en definitiva se considera que es necesario hacer reformas legales para debilitar políticamente la autoridad del Alcalde Metropolitano de Caracas, una posibilidad a estudiar sería hacer coincidir la figura del Alcalde del Municipio Libertador con la del Gobernador del Distrito Capital, en cuyo caso la Cámara Muncipal de este Municipio haría las veces de Consejo Legislativo. En este supuesto se mantendrían las autoridades metropolitanas, con su ámbito correspondiente, se eliminaría el carácter asimétrico de la solución institucional de Caracas y se resolvería la objeción de que en la elección de las autoridades del Distrito Capital participan electores de otra entidad federal. Y sobre todo, el incremento del costo burocrático no sería tan alto. Con una reforma de esta naturaleza se volvería al esquema que se acaba de abandonar: un Gobernador que hacía las veces de Alcalde en el Distrito Federal y una Cámara Municipal que fungía de Consejo Legislativo.

Esta opción, sin embargo, tiene dos inconvenientes graves con relación a los propósitos que se adoptaron en el proceso constituyente. El primero es que se impediría la creación de otros muncipios en el ámbito del actual Municipio Libertador. El

segundo es que habría que renunciar definitivamente a lograr la unidad político-territorial del valle de Caracas, porque existirían dos autoridades en competencia: el Alcalde del Municipio Libertador y Gobernador del Distrito Capital, de un lado, y el Alcalde Metropolitano de Caracas, del otro. Igual rivalidad existiría entre los respectivos cuerpos deliberantes, todo lo cual impediría la anhelada unidad en la planificación urbana y en la gestión de los servicios metropolitanos.

En cualquier caso, esta fórmula u otras que surjan deben ser consideradas con mucho cuidado por las implicaciones que pudieran tener. Si lo que se busca es resolver una situación política de carácter coyuntural, debe tenerse presente que existe un marco constitucional que es necesario respetar, de donde resultaría, por ejemplo, que la Policía Metropolitana debe mantenerse en el nivel metropolitano, porque una reforma legal no podría cambiar la adscripción de servicios o actividades que, por su naturaleza, requieren un ámbito superior al municipal.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los razonamientos anteriores nos llevan al convencimiento de que, por ahora, lo más conveniente es mantener y perfeccionar el esquema institucional que aprobó la Asamblea Nacional Constituyente para el área metropolitana de Caracas. No creemos que el proyecto de crear autoridades propias para el Distrito Capital esté viciado de inconstitucionalidad, porque la Carta Fundamental no prohibe un desarrollo legislativo como el que comentamos. Nuestra objeción es más bien desde el punto de vista de la eficiencia de las instituciones, que se vería lesionada por un cambio de rumbo antes de haber ensayado las estructuras creadas. El diseño aprobado en la Ley Especial sastisfizo al contituyente -"creador de la Constitución y por tanto de su mismo espíritu", como lo afirmó la Sala Constitucional- actuando como legislador. Sería irrespetuoso con ese constituyente, mas no inconstitucional, cambiar su creación antes de haber sido puesta en práctica, pero eso no es lo más grave.

Una solución institucional para el valle de Caracas que satisfaga todas las aspiraciones y todos los intereses no es fácil de encontrar, la mejor prueba de ello es que no se ha podido lograr hasta ahora. Convenimos en que la ANC de 1999 estudió el tema en forma apresurada y que muchos constituyentes -casi todos- levantaron la mano para aprobar unas normas cuyo significado ignoraban. Pero lo cierto es que la Carta Fundamental contiene un conjunto de disposiciones que se desarrollan en la Ley Especial, las cuales que deben ser aplicadas.

El marco jurídico actual de la Gran Caracas puede funcionar con eficiencia si se entienden las implicaciones de la figura institucional adoptada y su naturaleza asimétrica, a pesar de que la Ley Especial no es particularmente clara en este aspecto. No se trata ahora de propugnar una reforma de dicha ley, sino de alertar a la Asamblea Nacional y al Tribunal Supremo sobre las consecuencias que traerían nuevas interpretaciones y nuevas leyes divorciadas del recto entendimiento de la fórmula institucional consagrada para el valle de Caracas.

En este sentido, le atribuimos especial importancia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a distinguir correctamente los ámbitos competenciales respectivos de los Municipios de la Gran Caracas y del Distrito Metropolitano, por una parte, y los que pertenecen a éste y al Estado Miranda, por la otra. Pero además,

esperamos que la Asamblea Nacional reflexione sobre la naturaleza de la figura a que nos referimos, antes de aprobar leyes pendientes como la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estadal o la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial y antes de reformar leyes como la del FIDES o la Ley de Asignaciones Económicas Especiales y, sobre todo, antes de sancionar el proyecto de Ley Orgánica del Distrito Capital.

De igual manera, las autoridades metropolitanas de Caracas deben tener claras las grandes posibilidades de acción y también las limitaciones que otorga el diseño institucional consagrado en la Constitución y en la legislación vigente para el valle de Caracas, el cual no les autoriza a extender sus competencias en detrimento de las autoridades del Estado Miranda. Estimamos, por último, que las posibilidades de concertación con los Alcaldes y los Concejos Municipales del área metropolitana, para definir ámbitos de acción conjunta o, en todo caso, coordinada, no han sido debidamente exploradas.

Lo que definitivamente descartamos es la idea de cambiar el marco legal vigente antes de haber evaluado sus resultados y de sustituirlo por otro que no ha sido debidamente estudiado ni consultado. Esto no significa que debamos resignarnos a aceptar lo que tenemos, con sus imperfecciones. El debate sobre la solución institucional para el valle de Caracas sigue abierto y debemos hacer seguimiento al proceso de instrumentación de la fórmula originada del proceso constituyente de 1999, para obtener experiencias que puedan servir para una próxima reforma constitucional.

SEXTA PARTE
VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL

José del Rey Fajardo sj
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

La pasión por el aporte y el conocimiento de las corrientes del pensamiento jurídico-público de las Américas y Europa ha convertido al Dr. Allan Randolph Brewer-Carías en un lugar de encuentro y de diálogo para los investigadores que sueñan y tratan de diseñar la arquitectura de un nuevo Estado y de una nueva sociedad.

Pero más allá de las provincias del derecho administrativo, A.R. Brewer ha venido descubriendo al hombre que ama, sufre y espera un amanecer que lo libere de sus esclavitudes de cien años de soledad.

Un camino nuevo de acercamiento ha sido su meditación sobre la génesis histórico-jurídica de *La ciudad ordenada*[1] ya que como asienta Luciano Parejo "la trascendencia de tal concepto es clara pues sin él no se entiende ni el inmediato florecimiento en suelo americano de una intensa vida cultural y política propia, ni el edificio de gobierno político-administrativo capaz de articular tan vastos y diversos territorios"[2].

Se trata de un reto para recrear un nuevo renacimiento que inspire a los hombres preocupados por el verdadero futuro de nuestros pueblos una reflexión serena y comprometedora que aliente los cambios a la luz de la razón jurídica, de la arquitectura, de la poesía del paisaje humano y de la historia.

Todas estas razones me han motivado a aceptar la invitación para colaborar en este Libro-homenaje con un tema, al parecer intrascendente, pero generoso en la comprensión de nuestro indígena y su presencia geográfica en el subcontinente.

I. LA GEOPOLÍTICA JESUÍTICA EN LA SUDAMÉRICA COLONIAL

El tema de las *reducciones jesuíticas* trae de inmediato a la mente las Reducciones del Paraguay y en el fondo significa acercarse a la utopía que zurcieron los miembros de la Compañía de Jesús durante los siglos XVII y XVIII en el corazón de Sudamérica.

Esta hipótesis goza de una explicación histórica adecuada. Los Jesuitas ingresaron a los espacios americanos cuando las otras órdenes religiosas llevaban varias décadas de acción evangelizadora en el Nuevo Mundo. Todavía más, el primer campo misional de la Compañía de Jesús no fueron las Indias Occidentales, sino las Orientales a donde

1. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La ciudad ordenada. (Estudio sobre -el orden que se ha de tener en descubrir y poblar- o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela)*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997.
2. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Prefacio: sobre el Autor y la Obra" en BREWER-CARÍAS, Allan R., *ob. cit*., p. 21.

partió Francisco de Javier en 1540, el mismo año de la fundación de la Compañía de Jesús.

En consecuencia, la cronología de ingreso de la Orden de Loyola en la América hispana es tardía y doblado el siglo XVI: En 1566 llegan a la Florida, en 1567 al Perú, en 1572 a Méjico, en 1586 a Ecuador, en 1593 a Chile y posteriormente a la región del Plata, al Paraguay y al Nuevo Reino.

Por ello, los jesuitas entendieron que su utopía se proyectaba no en la corteza del continente sino en los grandes espacios irredentos, es decir, en el corazón y en las entrañas de América[3].

En 1604 se fundaba la Provincia jesuítica del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús[4]. Por un lado surgía como una manifestación americana de la occidentalidad de la Orden; y por otra parte nacía al amparo de la Provincia del Perú donde los jesuitas habían ensayado ya su primera experiencia colombina.

Su grupo fundador así lo atestigua. América venía respresentada por el primer Vice-Provincial, P. Diego de Torres y la Compañía de Jesús universal en el científico Juan Bautista Coluccini, en el humanista José Daddey y en el teólogo Martín de Funes[5].

El contenido de la personalidad del P. Diego de Torres se manifiesta en dos grandes trazos de su biografía. En el Perú, a donde llegó en 1581, entiende la posición del P. José de Acosta, quien tuvo la audacia de releer el proyecto de América una vez que se acallaron las voces suscitadas por los "Justos Títulos" y que las meditaciones de Vitoria y la Escuela de Salamanca habían desplazado su quehacer teológico hacia una legislación indiana más humana y cristiana. Su *Historia natural y moral de las Indias Occidentales* marca una nueva época en la historia del americanismo por la cualidad de sus fuentes, su sentido crítico y sobre todo porque propone una teoría del hombre americano y un cuadro general de los pueblos amerindios[6]. El segundo, más encarnado, lo convertirá en uno de los artífices de las Reducciones del Paraguay[7].

Martín de Funes, aunque nacido en España, ejerció la docencia de la teología en Austria donde publicó varias obras y en la Biblioteca Nacional de Bogotá permanece inédita su *Tabulae methodicae totius moralis theologiae* que recoge 15 años de docencia[8]. Con José Daddey introducían lo jesuitas la elocuencia latina así como la enseñanza de "los meteoros y la esfera del del P. Clavio"[9] y la pasión por las lenguas indígenas. Y sería Coluccini el testigo que supo transplantar el barroco jesuítico y adaptarlo a la realidad santafereña[10]. Al decir de Tüchle "esta arquitectura quiere ser la expresión de lo espiritual, al principio de un modo austero y claro, despojado de todo ropaje simbólico, más tarde cargado con toda la riqueza de imágenes y símbolos llenos

3. MATEOS, Francisco, "Antecedentes de la entrada de los jesuitas españoles en las Misiones de América" en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1944, pp. 109-166.
4. MERCADO, Pedro de, *Historia de la Provincia del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús*, Bogotá 1957.
5. PACHECO, Juan M., *Los jesuitas en Colombia*, I, Bogotá 1959, pp. 88-90.
6. MENGET, Patrick, "Notes sur l'etnographie jésuite de l'Amazonie portugaise (1653-1759)" en BLANCKAERT, Claude, *Naissance de l'ethnologie*?. Les Editions du Cerf, París 1985, p. 190.
7. HERNÁNDEZ, Pablo, *Organización social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús*, I, Barcelona 1913, p. 7.
8. PACHECO, *ob. cit*., I, Biblioteca Nacional de Bogotá, Sección de Manuscritos nº 137, pp. 88-89.
9. MERCADO, *ob. cit*., I, p. 183. PACHECO, *ob. cit*., I, pp. 581-583.
10. PACHECO, *ob. cit.*, I, pp. 578-581.

de contenido, pero siempre abierto de par en par hacia el espíritu, la idea, la fe. El auténtico objetivo es Dios"[11].

Pero viniendo al tema que nos ocupa podemos partir de la afirmación que planteaba en 1941 Manuel Aguirre Elorriaga, a saber, que "la historia de los grandes ríos americanos está vinculada de modo singular, y por extraña y persistente coincidencia, a grandes misioneros, escritores y descubridores jesuitas"[12].

En verdad, la Compañía de Jesús americana se impuso un ritmo histórico tan apremiante[13] en las primeras décadas del XVII que se puede afirmar con Esteve Barba que, de facto, a cargo de los jesuitas correrá la ciencia geográfica de la época desde California hasta la Argentina o los valles de Chile[14].

Similares aseveraciones podríamos establecer en lo que se refiere al conocimiento de las lenguas de los indígenas que poblaron el corazón de Sudamérica, a la cartografía y a la historia[15].

Pero, quien analice la geografía histórica de nuestro subcontinente durante el período hispánico observará la existencia de un cinturón de misiones jesuíticas que se iniciaba en el alto Orinoco y pasaba por Mainas, Mojos, Chiquitos y el Paraguay[16] y el cual significaba un bloqueo y una tentación para el avance portugués siempre ajeno al espíritu de Tordesillas. Esta evidente realidad le llevó a declarar en 1646 al conde de Salvatierra, virrey del Perú, que los indígenas de las reducciones jesuíticas eran los *custodios de la frontera*[17].

Sin embargo, la política territorial del virreinato del Perú, lamentablemente, le dio la espalda a esta utopía del corazón de América y el virrey Chinchón desoyó el consejo de la reunión resolutoria de Lima para que inaugurara la vía fluvial Napo-Amazonas, como vía formal de enlace con España y de esa forma evitar la ruta continental y marítima que trajinaba el océano Pacífico y atravesaba el Istmo de Panamá[18].

En la historia de la formación y deformación de nuestras nacionalidades la visión amazónica española acabaría ignorando las posiciones estratégicas y la diligencia mostrada por la Compañía de Jesús para mantener los extensos territorios que le había conferido a la corona hispana el Tratado de Tordesillas.

No sin cierta suspicacia anotaba en 1850 el historiador colombiano D. José A. Plaza al descubrir este ensueño jesuítico: "La idea de establecer una escala de comunicaciones mercantiles desde las márgenes del Meta hasta las posesiones portuguesas y las aguas

---

11. TÜCHLE, "Es el Barroco la raíz del triunfalismo de la Iglesia?" en *Concilium*, 7, 1965, p. 145.

12. AGUIRRE ELORRIAGA, Manuel, *La compañía de Jesús en Venezuela*, Caracas 1941, p. 3.

13. Para una visión general de todas las misiones jesuíticas en ambas Américas, *V.*, a SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 7-137.

14. ESTEVE BARBA, Francisco, *Cultura virreinal*, Salvat Editores, Barcelona-Madrid 1965, p. 636.

15. *V.*, HERVÁS Y PANDURO, Lorenzo, *Catálogo de las lenguas de las naciones conocidas, y numeración, división y clases de éstas según la diversidad de sus idiomas y dialectos*, Madrid 1800-1805, 6 vols.

16. Para una información sistemática, *V.*, SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 34-56; 65-83.

17. BAYLE, Constantino, "Las Misiones, defensa de las fortalezas de Mainas" en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1951, pp. 417-503.

18. VARGAS UGARTE, Rubén, *Historia General de Perú*, III, Lima 1971, pp. 223 y ss. Citado por BARANDIARÁN, Daniel de, "Brasil nació en Tordesillas. (Historia de los límites entre Venezuela y Brasil). Primera parte: 1494-1801", en *Paramillo*, Universidad Católica del Táchira, 13, 1994, pp. 412-413.

del Atlántico, surcando el Orinoco y el Amazonas, proyectada por los jesuitas, espantó al Gabinete de Madrid y aceleró la muerte del Instituto. Este plan portentosamente civilizador hubiera variado la faz del continente suramericano y revela lo grandioso del genio que no pide elementos sino libertad para obrar"[19].

En definitiva, la presencia jesuítica en los espacios profundos americanos durante la época colonial marcó huellas indelebles en el alma y en el cuerpo de su geografía y de sus hombres.

La penetración de los miembros de la Compañía de Jesús a los espacios profundos sudamericanos se lleva a cabo, desde el lado hispano, al mediar el siglo XVII.

En 1646 llegaban los jesuitas neogranadinos a Santo Tomé de Guayana, capital de la Provincia de Guayana con la intención de remontar aguas arriba el Orinoco[20]. A tales efectos llama poderosamente la atención la concepción continental que subyace en algunas de las de las instrucciones dadas a sus protagonistas. Una de ellas expresaba: "…procuren Vuestras Reverencias con toda diligencia saber si en este río Orinoco entra algún brazo del caudaloso Pará, o si los indios que viven desta banda de la cordillera se comunican con los otros de la ribera del dicho Pará, que sería de gran importancia saber si se puede haber comunicación de una banda a la otra sin salir al mar"[21].

La misma Provincia jesuítica del Nuevo Reino de Granada, a través de su sede de Quito, iniciaría sus actividades, en 1638, en el área denominada Misiones de Mainas[22]. El papel jugado por los seguidores de Ignacio de Loyola en estas regiones del Marañón y sus luchas territoriales frente al Brasil portugués[23] así como su aporte escrito para el conocimiento de sus hombres, de su historia y de su geografía[24] constituyen un arquetipo de lo que fueron y significaron las misiones jesuíticas en el corazón de Sudamérica.

También la Provincia del Perú se hacía presente en 1674 en los espacios que la colonia designó como Alto Perú y hoy pertenecen a la República de Bolivia. Nos referimos a la Misión de Mojos[25] cuya vitalidad ha venido siendo resucitada a través de los estudios realizados en el siglo XX. La preocupación por la geografía profunda la consignaba en 1648 el P. Manuel Rodríguez cuando escribía: *"De estas naciones y ríos, que llaman de la Madera los portugueses y los indios que le habitan Cuyarí, tengo por cierto, según el dicho de los prácticos tupinambas, que se continúan con las naciones*

19. PLAZA, José A., *Memorias para la Historia de la Nueva Granada*, Bogotá 1850, p. 314.

20. DEL REY FAJARDO, José, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia", en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 406-411.

21. APQU. Leg., 3. *Instrucción y órdenes por el Padre Pr. Rodrigo Barnuevo a los padres Andrés Ignacio y Alonso Fermández para la misión de Guayana, donde son embiados por la Santa obediencia, en 4 de junio de 1646*.

22. Para una visión general *V.*, SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 40-47.

23. BAYLE, Constantino,"Notas sobre bibliografía jesuítica en Mainas" en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1949, pp. 277-317.

24. BAYLE, Constantino, "Las Misiones, defensa de las fortalezas de Mainas" en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1951, pp. 417-503.

25. Para una visión general *V.*, SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 52-55. *V.*, también BARNADAS, Josep M., "Introducción", EDER, Francisco Javier, sj., *Breve descripción de las Reducciones de Mojos*, Traducción y edición de BARNADAS, Josep M., *Historia Boliviana*, Cochabamba 1985, III-CIV.

de los chiriguanas, moxos y otros de azia Potosí, a cuya reducción han entrado ya missioneros de la Compañía por Santa Cruz de la Sierra, y que descendiendo por sus ríos al que se compone de ellos y subiendo otros por el de la Madera, podrán juntarse o continuarse grandes reducciones, en tantas leguas como corre aquel río, desde tanta altura de el Perú asta lo más baxo de el Marañón. El nombre que dize el padre Acuña le dan los naturales manifiesta que es río de el Perú, porque es de la lengua inga la palabra cuyarí, que sale del verbo cuayní, que significa 'amar'…"[26].

Todavía más al sur y en territorios bolivianos la Compañía de Jesús estableció en 1692 la Misión de Chiquitos pero dependiente de la Provincia del Paraguay. Su territorio se extendía al sudestede los llanos de mojos, desde las fuentes del Baures hasta la sierra de Santiago y hasta los países pantanosos de los guaycurús[27].

Cerraban este semicírculo geográfico que atenazaba los territorios brasileros las Misiones del Paraguay que se habían iniciado en 1609[28].

No entramos aquí a estudiar la contrapartida geográfica establecida por la Compañía de Jesús brasilera tan rica en historia y lingüística como la hispana ya que desborda los límites de nuestro estudio[29].

Pero el climax de la visión jesuítica de los hombres y tierras que definen la geopolítica del corazón de Sudamérica la escribiría la actuación de la Compañía de Jesús en la aplicación del Tratado de Límites de 1750[30]. En estas líneas nos circunscribiremos a la referencia obligada a tres núcleos de problemas sin los cuales sería imposible comprender el contexto en el que hay que situar los hechos que se desarrollaron en la zona orinoquense y amazónica.

Un primer círculo se centra en la antinomia que se dio entre la posición de las máximas autoridades romanas de la Orden jesuítica y la respuesta de los misioneros de las reducciones guaraníticas. Sin lugar a dudas se llegó a una situación límite entre un mandato de la obediencia y la imposibilidad de su cumplimiento pues los derechos humanos de los indígenas se erigían como una genuina objeción de conciencia.

Tras largas y secretas conversaciones entre los dos países ibéricos se llegó al *Tratado firmado en Madrid a 13 de enero de 1750 para determinar los límites de los Estados pertenecientes a las coronas de España y Portugal en Asia y América*[31]. En esas

---

26. RODRÍGUEZ, Manuel, *El descubrimiento del Marañón*, Madrid 1648, pp. 225-226.

27. Para una visión general *V.*, SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 55-57.

28. Para una visión general *V.*, SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 65-83.

29. Para una visión general *V.*, SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 112-137.

30. KRATZ, Guillermo, *El tratado hispano-portugués de límites de 1750 y sus consecuencias*, Institutum Historicum S.I., Roma 1954. Dentro del campo venezolano hay que citar, entre otros, a OJER, Pablo; BARANDIARÁN, Daniel; GONZÁLEZ, Herman; RÍOS, Donís. Entre los investigadores españoles señalamos la obra tradicional de RAMOS, Demetrio, *El tratado de límites de 1750 y la expedición de Iturriaga al Orinoco*, Madrid 1947 y la de LUCENA GIRALDO, Manuel, *Laboratio tropical*, Monte Ávila Editores-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Caracas 1992.

31. ASTRAIN, Antonio, *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*, VII, Madrid 1925, pp. 640. Según el autor el documento se encuentra en AGI. 124-4-9.

mismas fechas se dirigía el P. Francisco Retz, General de la Compañía de Jesús, a sus súbditos del Paraguay para que cumplieran con lo estipulado en el Tratado[32]. El Gobierno español había solicitado al P. General de la Compañía de Jesús, por medio del confesor real P. Rábago, que tomara las medidas necesarias a fin de que los misioneros del Paraguay colaboraran a la evacuación de las 7 reducciones canjeadas por la colonia del Sacramento[33].

Mas el 9 de noviembre de ese año fallecía el P. Retz y el 4 de julio de 1751 era elegido para sustituirle el P. Ignacio Visconti. Diez y siete días más tarde le escribía el nuevo General a los Provinciales del Paraguay, Perú, Quito y al Superior de la misión una carta explicativa de su posición[34].

Mandaba a los misioneros "en virtud de santa obediencia y pena de pecado mortal" no sólo obedecer prontamente y sin excusas la entrega de los siete pueblos indicados en el Tratado sino además convencer a los indígenas para que "sin resistencia, sin contradicción y sin excusas, entreguen inmediatamente sus pueblos a la corona de Portugal". Fundamentaba el General de la Orden su mandato en dos razones para él poderosas. Primera, que muchos de los más poderosos de Francia, Inglaterra, Holanda, Portugal y España han impresionado a la corona de Portugal "que son tan gruesos los tesoros y comercio que tienen los jesuitas en aquellas partes del Paraguay, que no entregarán los siete pueblos de indios Guaraníes como no sea por fuerza de las armas". Segunda, era tal la presión internacional que se llegó a pedir que el tratado se ratificara sólo cuando en uno de sus artículos quedase expresado con toda claridad el temor de ambas colonias a que los jesuitas aceptaran tal disposición e incluso se fijara el mutuo compromiso de obligar a los misioneros a la evacuación de los pueblos por las armas si fuera necesario. Como el Rey de España no aceptara tal proposición tan denigrativa para la Compañía de Jesús, salió el monarca garante de la Orden y empeñó su real palabra en nombre de los jesuitas[35].

Pronto los misioneros redactaron su *Representación que los Padres Curas y compañeros de las doctrinas hacen al Confesor del Rey Fernando VI, Padre Francisco Rábago, sobre los cargos de conciencia que resultan a Su Majestad en la ejecución del tratado del 1750 entre España y Portugal* en la que fijan su posición y concluyen:

> De todo lo cual se sigue legítimamente, que no es lícito llevar los indios guaraníes de sus siete pueblos a otras tierras, ni desposeerlos de sus tierras y bienes raices, ni enseñar o decir, que tal se puede hacer en conciencia? Luego no es fácil concordar la ejecución del real tratado con la debida observancia de tan sagrados decretos. Luego no es materia ésta, en que nuestra conciencia está segura del acierto, obedeciendo a una ley civil y humana, a que tan claramente contradicen la ley natural, la divina, la eclesiástica y la civil[36].

32. ASTRAIN, Antonio, *ob. cit.*, VII, 1925, p. 644.

33. AGS. *Estado*, 7387, fol., 32. *Carta del P. Rábago al P. Barreda*. Madrid 1º de febrero de 1753: "Lo segundo que no pude escusar, fué escribir a nuestro Padre General, que facilitase la ejecución de un tratado que el Rey había hecho, creyéndole conveniente; en lo que hice lo que me mandaron; y lo que nuestro Padre no podía negar, debiendo suponer que cada uno sabe lo que le importa; y que no había inconveniente en la ejecución". Citado por KRATZ, *ob. cit*., 45.

34. La carta la transcribe íntegra ASTRAIN, *ob. cit*., VII, pp. 644-646.

35. *Ibidem*.

36. AHN, *Jesuitas*, 120, ASTRAIN, *ob. cit*., VII, pp. 650-651.

También algunos Profesores de la Universidad de Córdoba defendían ser nulas las cláusulas del tratado, referentes a este punto y, por consiguiente, sin vigor la orden del P. General de la Compañía de Jesús[37].

Un segundo círculo haría referencia a la opinión internacional. Si tenemos en cuenta la evolución de la cronología de la expulsión de los jesuitas primero en Portugal en 1759 y después en Francia en 1764, en España y Nápoles en 1767 y en 1768 en Parma es factible imaginarse la campaña desarrollada antes por esas cortes en el ámbito político y diplomático a fin de poder desarrollar todas las estrategias necesarias para enterrar a la Compañía de Jesús.

En el caso específico de Portugal, parte fundamental del contencioso que trataban de dirimir las dos naciones ibéricas sobre territorios americanos, hay que señalar que precisamente en 1750 había asumido el Marqués de Pombal el Ministerio de Guerra y de Estado en Lisboa y venía de desempeñarse como embajador en Inglaterra y Austria. Pero sin lugar a dudas la chispa que prendería el fuego contra los jesuitas en Europa sería la *Relaçâo abbreviada da republica que os religiosos jesuitas das provincias de Portugal e Hespanha estabeleceram nos dominios ultramarinos das duas monarchias*. Lisboa, 1757 escrita por el entonces todopoderoso ministro Sebastiâo José de Carvalho, marqués de Pombal. Para el fuerte y creciente antijesuitismo del viejo mundo este apasionado libro acabaría por encender la imagen adversa que en definitiva sería imposible de remontar.

El tercer núcleo actuaba como un contexto hispano de la corriente antijesuítica que se desarrollaba en Europa. Con la venida de Nápoles del rey Carlos III para encargarse del trono español se consumaría la onda expansiva que trazaría el precipitado camino de la expulsión, el exilio y la supresión de la Orden fundada por Ignacio de Loyola[38]. En el caso concreto de la Expedición de Límites se puede afirmar que el proceso se inicia al ser sustituido el Ministro de Estado Carvajal, fallecido el 8 de abril de 1754, por Ricardo Wall y Devreux quien de inmediato designó como Director General de la Secretaría de Estado y Ultramar a Francisco Auzmendi, enemigo declarado de los jesuitas.

La conclusión final sería la expulsión de la Compañía de Jesús, en 1767, de España y su dominios[39].

---

37. AGI, 122-3-21, *Carta del P. Escandón al P. Robles,* Buenos Aires 21 de marzo de 1765 en KRATZ, *ob. cit.*, p. 61.

38. Para comprender el influjo del Ministro napolitano TANUCCI, véase TANUCCI, Bernardo, *Epistolario,* Edizioni di storia e letteratura, Roma. Se han publicado los tomos: I, *1723-1746*. Roma 1980; II, *1746-1752*. Roma 1980; III, *1752-1756*. Roma,1982; IV, *1756-1757*. Roma 1984; V, *1757-1758*. Roma 1985; y IX, *1760-1761*. Roma 1985.

39. Para la visión política FERRER BENIMELI, José Antonio, "Los jesuitas y los motines en la España del siglo XVIII" en *Paramillo* nº 9/10, San Cristóbal 1990, pp. 365-396. "Carlos III y la extinción de los jesuitas" en *Paramillo* nº 9/10, San Cristóbal 1990, pp. 417-436. "Córcega y los jesuitas españoles expulsos 1767-1768. Correspondencia diplomática" en *Paramillo* nº 14, San Cristóbal 1995, 5-196. "La expulsión y extinción de los jesuitas según la correspondencia diplomática francesa: 1770-1773" en *Paramillo* nº 17, San Cristóbal 1998, pp. 5-386.

II. EL PAISAJE NATURAL Y HUMANO DE LA ORINOQUIA

Para conocer las relaciones tierra-hombre en el habitat tan peculiar en que desarrollaron los jesuitas su proyecto social, económico, cultural y religioso haremos referencia primero a la geografía encomendada a la Compañía de Jesús en el siglo XVII aunque nos serviremos también de estudios modernos para las especificaciones técnicas que requiere este estudio.

En la Junta de Misiones celebrada en Santafé de Bogotá el 12 de julio de 1662 el cuerpo decidió repartir los territorios misionales entre las diversas entidades religiosas que configuraban la iglesia neogranadina para que cada una se responsabilizara del área a ella asignada. A los jesuitas se les adjudicó el territorio "junto al río de Pauto y de allí para abajo hacia la villa de San Cristóbal y ciudad de Barinas, y todos los Llanos de Caracas, y corriendo línea imaginaria desde el río de Pauto hasta el Airico comprendiéndole"[40].

De facto se le encomendaba a la Orden fundada por Ignacio de Loyola gran parte de la Provincia de Guayana, la creada por don Antonio de Berrío, que "se empujaba hasta el Amazonas y lo abarcaba desde su nacimiento hasta su desembocadura", es decir, la Provincia y Gobernación de Guayana integrada por la Provincia del Dorado de Papamene-Pauto de Quesada y la Provincia de Guayana y Caura de Ordaz y luego de Serpa[41]. Este territorio daba cabida a todo el complejo mesopotámico que hoy conforman las cuencas colombo-venezolanas del Orinoco y del Amazonas.

Los espacios señalados en esta geografía histórica pertenecen hoy a tres naciones: Venezuela, Colombia y Brasil.

Pero, esa primigenia Provincia de Guayana se desintegró a lo largo del siglo XIX de la siguiente manera. Por el Tratado de 1859, firmado con el Brasil, pasaron a la república sureña 200.000 kilómetros cuadrados: 150.000 correspondientes a la franja norte del Medio Yapurá y el Alto y Medio Río Negro-Guainía; y 50.000 comprendidos en la franja meridional del Medio Yapurá y el Río Amazonas o Solimoés[42]. Por el Laudo español de 1891 la Provincia de Guayana se desprendió de 519.857 kilómetros cuadrados[43] que se integraron a la actual República de Colombia[44]. Y a Venezuela le quedaron 460 mil kilómetros cuadrados contabilizados por el Delta Amacuro, el Territorio Federal Amazonas y el Estado Bolívar.

La superficie total de las Misiones jesuíticas en la primigenia Guayana occidental y meridional involucraba unos 50 mil kilómetros cuadrados de acción directa. A ellos habría que sumar los de los territorios de Casanare y Meta.

Frente a estas ingentes extensiones de terreno llama la atención la demografía de la población autóctona que habitó en estas tierras guayanesas.

---

40. ANB. *Conventos*, t. 68, fol., 437v-438.

41. BARANDIARÁN, Daniel de, "El Orinoco amazónico de las misiones jesuíticas" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, II, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, p. 141.

42. *V.*, BARANDIARÁN, Daniel de, "Brasil nació en Tordesillas" en *Paramillo* nº 13, San Cristóbal 1994, pp. 331-774.

43. *V.*, OJER, Pablo, *La Década fundamental en la controversia de Límites entre Venezuela y Colombia (1881-1891)*, Corpozulia, Maracaibo 1982.

44. Comandancia del Vichada (100.242 Kilómetros cuadrados); Departamento del Meta (85.635); Comisaría del Vaupés (107.595); Comisaría del Guainía (72.238); Intendencia del Caquetá (44.482); y Comisaría del Amazonas (109.665).

Según el Dr. Miguel Angel Perera, durante los tiempos coloniales, no sobrepasó nunca esta tierra difícil y despoblada los 200.000 habitantes[45]. Quizá pueda llamar la atención esta afirmación pero su confrontación referencial con la población actual, que apenas supera el millón de habitantes, parece avalar el interesante estudio que ha venido realizando durante años el mencionado profesor de la Universidad Central de Venezuela.

En 1780 escribía el ex-misionero del Orinoco, P. Felipe Salvador Gilij: "Todavía insolentes y bárbaros, los orinoquenses, a los jesuitas y a todos les parecieron infinitos. Pero amansados en el día de hoy por la santa ley de Dios, y reducidos a ovejas, a cualquiera que tenga ojos deben parecerle poquísimos, como son en realidad"[46].

Perera fundamenta su tesis en el análisis que ofrece la geografía de la Orinoquia en la que distingue las siguientes regiones:

En primer lugar la inmensidad superficial de los Bosques y Selvas, con un total de 350 mil kilómetros cuadrados. Ellos integran los Bosques de Galería a lo largo de los ríos y con abundancia de población y de faunística, junto con una agricultura básica de maíz y yuca y tubérculos diversos. Después se deben mencionar los Bosques tropófilos de escasos recursos, los Bosques específicos de transición en el área mesopotámica de los ríos Guainía-Negro-Atabapo-Casiquiare, con agrupaciones indígenas diseminadas forzosamente por la escasez de espacios abiertos; finalmente, los inmensos Bosques ombrófilos de la llamada comúnmente Selva Virgen, en donde, ayer como hoy, las etnias indígenas, con un promedio de no más de 0'2 habitantes por kilómetro cuadrado, pugnan por vivir holgadamente.

En segundo término hay que aludir a las Sabanas con un total de 55 mil kilómetros cuadrados. De ellos 10 mil kilómetros cuadrados los constituyen las sabanas altas de arenisca, con suelos impermeables, y con imposibilidad de habitación poblacional; 5 mil son inundables por su condición de sabanas fluviales, con sus transhumancias estacionales de vivienda y de modos de vida; 40 mil kilómetros cuadrados son sabanas bajas, de suelos duros y siempre arrasadas por el fuego y con escasa posibilidad de una cultura agrícola, pero con abundante cacería mayor. La sustentabilidad poblacional indígena extrema de esa región sabanera no pasó de los 30 mil habitantes.

En tercer término hay que señalar el Estuario deltáico del Orinoco y los pantanales del Casiquiare-Río Negro, con un total de 30 mil kilómetros cuadrados y que pudieron sustentar, por su riqueza piscícola y frutera a unos 50 mil habitantes indígenas.

Y en último lugar, aparecen las áreas geográficas inhabitables de Guayana como son las regiones altas de los Tepuyes, las cordilleras más hostiles y las marismas propiamente dichas, que conforman un total de más de 30 mil kilómetros cuadrados a los que habría que añadir los 3.500 kilómetros cuadrados que conforman el espejo superficial de los grandes ríos en sus madres respectivas[47].

---

45. PERERA, Miguel Angel, *Oro y Hambre: Antropología histórica y Ecología cultural de un mal entendido. Guayana en el siglo XVI*, Caracas 2000, pp. 112-149.

46. GILIJ, Felipe Salvador, *Ensayo de Historia americana*, Academia Nacional de la Historia, I, Caracas 1965, p. 76.

47. BARANDIARÁN, Daniel de, "El Orinoco amazónico de las misiones jesuíticas" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, II, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 129-285.

Del lado colombiano, (sede de las Misiones del Meta y Casanare), hay que hacer referencia a los departamentos del Meta, Arauca, Casanare y Vichada[48]. En una perspectiva fisiográfica se deben distinguir los Llanos altos, apegados a las estribaciones de los Andes, configurados por anchas franjas de tierra de aluvión de grano fino sobre los que reposan bosques húmedos que incentivan el cultivo del arroz, café, caña de azúcar, maiz, algodón, plátano y otros productos agrícolas. Los Llanos bajos, más al oriente, es "tierra yerma, castigada por las vicisitudes del clima" en la que solo se producen pastos de mala calidad[49].

Toda la región está sometida a dos estaciones anuales: la temporada de lluvias que se extiende desde abril hasta finales de noviembre y la seca que abarca de diciembre hasta marzo[50]. Y su población no superaba los 100.000 habitantes[51].

El paisaje humano estuvo compuesto por muy diversas familias étnicas y con toda verdad podemos afirmar que se trataba de un auténtico mosáico de naciones[52]. A ello hay que añadir muy diversos grados de nomadismo en la mayoría de los autóctonos. Era una pauta de vida -observa Luis Duque Gómez- que estaba determinada por la naturaleza por ser ésta la fuente principal de sus recursos de subsistencia en cuya búsqueda llevaban a cabo grandes desplazamientos con el fin de aprovechar "la maduración de las frutas silvestres, los refugios de las especies de la caza mayor y menor y las facilidades de la pesca en los tiempos de verano"[53].

Si en los Llanos los jesuitas laboraron con seis naciones distintas, en el Orinoco el número de familias lingüísticas fue mucho mayor.

Los achaguas se extendían desde cerca de Barinas hasta San Juan de los Llanos. Eran de lengua Maipure y habían sido una de las naciones más numerosas de estas comarcas[54].

Los sálivas[55] constituyen la segunda nación en importancia dentro del ámbito misional jesuítico llanero y orinoquense. Su hábitat se asentaba entre la desembocadura del Meta y los raudales de Atures y Maipures, a ambos lados del río Orinoco[56] pero también se expandieron hasta el alto Vichada y el Guaviare[57]. Sus formas de vida eran

---

48. WEST, Robert C., "The Geography of Colombia" en *The Caribbean Contemporary Colombia*, CURTIS WILGIUS, A. (edit.), Gainesville 1962, p. 19. Citado por RAUSCH, Jane M., *Una frontera de la sabana tropical. Los llanos de Colombia 1531-1831*, Colección Bibliográfica Banco de Colombia, s/a (El original inglés es de 1984) Santafé de Bogotá, p. 7. ACEVEDO LATORRE, Eduardo, *Diccionario geográfico de Colombia*, Instituto Geográfico A. Codazzi, Bogotá 1971.

49. WEST, Robert C. *The Geography of Colombia*, p. 19.

50. VERGARA Y VELASCO, F.J., *Nueva geografía de Colombia*, Bogotá 1901-1902, p. 683.

51. RAUSCH, Jane M., *Una frontera de la sabana tropical. Los llanos de Colombia 1531-1831*, Santafé de Bogotá 1984, p. 33.

52. DEL REY FAJARDO, José, *Los Jesuitas y las Lenguas Indígenas Venezolanas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1979, Mayor información en ARELLANO, Fernando, *Una introducción a la Venezuela prehispánica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1986.

53. DUQUE GÓMEZ, Luis, "Visión etnológica del Llano y el proceso de la evangelización" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, José DEL REY FAJARDO, (edit.), San Cristóbal 1992, p. 693.

54. RIVERO, Juan, *Historia de las misiones de los Llanos de Casanare y los ríos Orinoco y Meta*, Bogotá 1956, p. 46.

55. ARELLANO, F., *Una introducción a la Venezuela prehispánica*, Caracas 1986, pp. 508-519.

56. RIVERO, *ob. cit*., pp. 47, 216. GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 74.

57. TOBAR A., y LARRUCEA DE TOVAR, C., *Catálogo de las lenguas de América del Sur con clasificaciones, indicaciones tipológicas, bibliografía y mapas*, Madrid 1984, p. 161. MOREY, Nancy C., y MOREY, Robert V., "Los sáliva" en *Los aborígenes de Venezuela*, Fundación La Salle de Ciencias Naturales, I, Walter COPPENS (edit.), Caracas 1980, pp. 241-285.

muy semejantes a las de los achaguas pero sus lenguas eran totalmente diversas. Esto no impidió que convivieran en aldeas mixtas en donde fácilmente se hacían bilingües pues los hijos eran de madre sáliva y de padre achagua[58]. Los jesuitas clasificaron su lengua como matriz[59].

Al norte de los Llanos habitaban también tres etnias de agricultores en lo que se denominó el Airico de Macaguane entre los ríos Casanare y Apure: los betoyes los giraras y los tunebos.

Los betoyes se ubicaban entre el río Sarare y el Uribante[60] y aunque Gumilla considera su lengua como matriz[61], sin embargo, hoy se le considera de origen chibcha[62]. Gozaban de una geografía priviligiada y sus tierras constituían uno de los corredores terrestres entre Venezuela y el Nuevo Reino.

Los giraras aparecen en las historias jesuíticas como una etnia belicosa y cruel[63]. Habitaban en la serranía de Morcote y en el Airico de Macaguane pero tenían sus ramificaciones profundas en el actual territorio venezolano[64].

La imagen que hoy tenemos del tunebo se puede tipificar en un grupo indígena extremadamente introvertido en su psique, ajeno al acontecer del mundo circundante, aferrado a sus tradiciones ancestrales y encerrado en las inaccesibles selvas y montañas que constituyen la Sierra Nevada del Cocuy[65].

Pero la paz de las regiones llaneras se vio siempre perturbada por los guahivos y chiricoas, el grupo más poderoso y numeroso de los recolectores. Erráticos y vagabundos recorrían desde los rincones más retirados del gran Orinoco, del río Meta y del Ayrico, hasta casi los últimos términos de San Juan de los Llanos. Su nomadismo activo les hizo vivir como gitanos trashumantes sin poblaciones fijas, sin tierras y sin labranzas viviendo siempre del pillaje, de la amenaza y del robo[66].

Al referirnos a la cuenca del Orinoco la primera observación que llama la atención del estudioso es la pluralidad de naciones y lenguas que vertebran las huellas de los diversos poblamientos que sufrió nuestro gran río. Por ello no descendemos a singularización de ninguna de las etnias. Baste citar como ejemplo el de la pequeña reducción de La Encaramada a orillas del Orinoco: la poblaron tamanacos, avaricotos, parecas, maipures, avanes, meepures y quaquas[67].

---

58. RIVERO, *ob. cit*., p. 199.
59. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado y defendido,* Caracas 1963, p. 298. GILIJ, *ob. cit*., III, p. 180.
60. RIVERO, *ob. cit*., p. 346.
61. GUMILLA, *ob. cit*., p. 298.
62. TOVAR, Antonio, *Catálogo de las Lenguas de América del Sur,* Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1961, p. 174.
63. MERCADO, Pedro de, *Historia de la Provincia del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús,* II, Bogotá 1957, p. 267.
64. RIVERO, *ob. cit*., pp. 117 y ss. ARELLANO, F., *ob. cit*., pp. 400-402.
65. DEL REY FAJARDO, José, "Consideraciones sobre el hombre y la lengua tuneba" en MÁRQUEZ, María Elena, BERICHÁ (AGUABLANCA, Esperanza) y OLZA, Jesús, *Gramática de la lengua tuneba,* Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1988, pp. 5-28.
66. MERCADO, *ob. cit*., II, pp. 285-286.
67. GILIJ, *ob. cit*., II, p. 175.

Mas, sería el jesuita italiano Felipe Salvador Gilij quien interpretaría esa dispersión al reducir a nueve lenguas matrices todo el mosáico lingüístico de la Orinoquia[68]: Caribe, Sáliva, Maipure, Otomaco, Guamo, Guahibo, Yaruro, Guaraúno y Aruaco.

Mención obligada debemos hacer de la nación caribe. La historia de la demografía en la Orinoquia recoge a esta nación como la más feroz depredadora de los habitantes del Orinoco medio y bajo[69].

Este mundo caribe, o mejor macrocaribe, puede ser considerado, desde su ingreso en la hoya orinoquense algunas centurias antes de la llegada de Colón, como el pueblo de la navegación fluvial o marítima. Muy probablemente su acceso a la gran Orinoquia debió efectuarse por una doble vía: la fluvial amazónica desde el Matto Grosso y la marítima por la desembocadura del Amazonas y su lanzamiento costero e insular en el Mediterráneo americano. Por ello, tanto los caribes fluviales como los marítimos aportarán una gran cosmovisión del mundo y del agua: *Mar y Río* de donde y por donde todo nació y emergió.

Las coordenadas que limitan los espacios temporales de este hecho histórico corren de 1661 a 1767 para los Llanos de Casanare, vale decir, para las misiones del piedemonte andino. Sin embargo, las reducciones orinoquenses sólo lograron consolidarse en 1731, es decir, 36 años antes de la expulsión de Carlos III en 1767[70].

III. EL POBLAMIENTO, LA *REDUCCIÓN* Y LA *CULTURA REDUCCIONAL*

No fue fácil habilitar un nuevo espacio para un nuevo orden a través de la reducción. De la espacialidad tradicional orinoquense, juzgada como dispersión, había que transitar a una espacialidad caracterizada como concentración urbana.

Señalaremos brevemente las dos fases fundamentales del proceso: la primera consistía en ubicar los grupos humanos que se iban a *reducir* para proceder después la fundación de la *reducción*; la segunda, se dirigía a la creación de una cultura capaz de salvaguardar las promesas hechas para el nuevo poblamiento de forma tal que perviviera la *misión ordenada*.

Desde sus inicios la Compañía de Jesús concibió la cristianización como un proceso que se inicia con la *reducción*, continúa con la educación e incorporación a la vida civil, y concluye con la conversión.

Los jesuitas habían elaborado su concepción propia de *reducción* con el ensayo llevada a cabo en Juli, en el altiplano peruano[71]. Esta experiencia iluminaría buena parte de las reflexiones que consagra el P. José de Acosta en su libro *De procuranda*

---

68. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 174.

69. *V.*, BARANDIARÁN, Daniel de, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, I, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 247-265.

70. DEL REY FAJARDO, José, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia", en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, I, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 415-419.

71. ECHANOVE, Alfonso, "Origen y evolución de la idea jesuítica de *Recucciones* en las Misiones del Virreinato del Perú" en *Missionalida Hispanica*, XII, nº 34, Madrid 1955, pp. 95-144; XIII, n° 39, Madrid 1956, pp. 497-540.

indiorum salute. A ella se añadirían las enseñanzas del Paraguay y las levantadas por los jesuitas portugueses en el Brasil.

El P. Alonso de Neira, primer misionólogo llanero, diseña como objetivo de la evangelización la *conversión temporal y espiritual*[72]. En 1692 describía el Consejo la acción de los jesuitas "... que no se contentan solamente con reducir a los gentiles y agregarlos a pueblos, sino que procuran también con toda solicitud enseñarlos a vivir vida social, política y económica, como también su educación en las buenas costumbres y su mayor aumento"[73]. Y el cofundador de la Real Academia, P. José Cassani, sintetizaría el proceso en "... atraerlos a vida racional, para pasar de aquí a reducirlos a Catholicos"[74].

El primer paso de la reducción consistía en convencer a los integrantes de las diversas naciones de las ventajas de la nueva vida.

Los criterios para llevar a cabo un contacto con tribus que eran susceptibles de convertirse en *indígenas reducidos* fueron múltiples. En unos casos se acudía a los integrantes de la misma familia lingüística para iniciar las conversaciones y facilitar el encuentro; en otros casos se buscaban los enclaves comerciales fomentados por los autóctonos a lo largo de las principales arterias fluviales. Pero con el tiempo se recurrió a la figura de los *misioneros volantes*, hombres de salud férrea, dotados de gran conocimiento de las lenguas y del país, y experimentados conocedores de la psicología indígena, quienes debían recorrer sistemáticamente toda la geografía lejana misional a fin de entablar los primeros contactos con los gentiles y reclutar posteriormente neófitos para las reducciones[75].

El encuentro se regía por las formalidades del *mirray* que no es otra cosa que *el descubrimiento del otro* tal como lo practicaban las etnias llaneras y orinoquenses y consistía en un largo acto protocolar cuyo hecho central recogía el discurso de bienvenida del cacique al que respondía del mismo modo el huésped[76].

Este discurso coloquial se ubica en la mitad geográfica de lo que los tratadistas señalan como los planos de la incomunicación entre el español y el indígena. Todavía más, se erige en una metodología del diálogo y del entendimiento practicado más allá de las diferencias del nivel lingüístico y del nivel cultural que poseían las diferentes naciones que compartían los espacios de la Orinoquia. Era el modo tradicional de interpretar los signos de alteridad entre conglomerados humanos distintos y distantes.

Los misioneros se sirvieron de este obligado ritual para todos y cada uno de los contactos llevados a cabo en su entorno indígena. La pedagogía del encuentro conllevaba un gran sacrificio pues, a la larga y reiterativa retórica de los incidentes del viaje y de los objetivos de su presencia, seguían las innumerables preguntas de los visitados a los ayudantes del jesuita mientras el misionero se hacía conducir a los enfermos, se preocupaba por los niños y regalaba a todos avalorios y otros regalos[77].

---

72. RIVERO, *ob. cit*., 164.
73. RIVERO, *ob. cit.*, 293.
74. CASSANI, Joseph, *Historia de la Provincia de la Compañía de Jesús del Nuevo Reyno de Granada*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1967, p. 58.
75. GILIJ, *ob. cit*., III, pp. 90-97, (La jornada de camino estaba calculada en 30 millas. *Ibidem*).
76. Un ejemplo puede verse en GUMILLA, *El Orinoco ilustrado*, p. 242.
77. MERCADO, *ob. cit*., II, pp. 289-290.

Las opciones de la decisión final eran muy variadas: o fijaban una fecha para trasladarse ya sea a fundar una reducción, ya sea a un lugar próximo a una de las poblaciones misionales ya existentes[78]; o se llegaba a buenas palabras y había que repetir cada año la visita hasta lograr el objetivo (la reducción del pueblo betoy le llevó al P.Gumilla 8 años)[79]; o el misionero decide quedarse, incluso años, hasta convencerlos de las ventajas de la vida reducida (8 años gastó el P. Cavarte con los achaguas del sur del Airico y tuvo que capitular)[80]; o convertirse en un beduino más como acompañante de los guahivos y chiricoas sin arraigarse nunca en algún lugar[81]; o una simbiosis de todas estas posibilidades.

Pero también cabe preguntarse qué hicieron los jesuitas para enfrentarse a una geografía difícil y a unas naciones aisladas y dispersadas en tan grandes espacios guayaneses. Consolidadas las misiones de la zona media orinoquense, refrenado el impulso caribe y abiertos los espacios amazónicos se desarrollará una década caracterizada por las grandes exploraciones. De 1746 a 1756 la geografía orinoquense sería auscultada en grandes zonas por los misioneros jesuitas a la vez que diseñarían una expansión misional no solamente en la coordenada norte-sur, a los márgenes de la gran arteria fluvial venezolana, sino que paralelamente incursionarían la coordenada este-oeste.

El sueño jesuítico de interconectar las misiones orinoquenses con las amazónicas, las del Gran Chaco y las paraguayas revive tras el letargo impuesto por el caribe. Así lo demuestra el testimonio del P. José Cavarte (1655-1724), lazo de unión entre las generaciones jesuíticas del XVII y XVIII, quien en su vejez componía una Gramática enagua "por las esperanzas que tenía de que se pudieran conquistar los que la usan" y también había solicitado de Quito que le remitieran una gramática inca para estudiarla[82].

Este nuevo impulso pro amazónico adoptaría dos rumbos bien definidos. El primero incursionaría la margen derecha del Orinoco a través de los ríos Suapure, Parguaza, Sipapo y Ventuari-Manapiare[83]. La génesis de este periplo tomaba su origen en la necesidad de rastrear los caminos secretos que los caribes trazaron para seguir invadiendo las reducciones jesuíticas. Después de 1745 el objetivo principal se basará en la nucleización de las tribus desparramadas por esa área. Y para ello se ensayó la idea de abandonar las orillas del Orinoco y establecer reducciones tierras adentro; así nacieron San Estanislao de Patura, San Javier de los Parecas y otras de muy efímera existencia; los motivos del fracaso de este ensayo los reduce Gilij a una sola línea "el clima es grandemente dañoso a la población"[84].

---

78. Los achaguas del río Aritagua se reducen en San José de Aritagua y después pasan a San Salvador del Puerto (MERCADO, *Ibidem*)

79. RIVERO, *Historia de las Misiones*, pp. 359-388.

80. RIVERO, *ob. cit.*, p. 339.

81. GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 66 "Haría falta que uno tuviese la paciencia de ir de matorral en matorral, de río en río, de prado en prado con ellos. Así lo hizo antaño el célebre P. RAUBER".

82. RIVERO, *ob. cit*., p. 405.

83. Gran parte de las excursiones del P. FORNERI sospechamos que se dirigieron a la puesta en acción de la nueva política aunque el cronista atestigua que "no es mi intención aquí hacer la lista de todos los viajes de este misionero" (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 103). Si excluimos los *muchos y fatigosos* que hizo a los yaruros, los demás de esta época se orientaron a los maipures del Tuapu, a los piaroas del Ventuari (GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 70), a los parecas en 1751 (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104), a los guaipunavis del río Inirida (GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 104-105) y al fortín de Cuseru en el Atabapo (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 109).

84. GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 70.

La segunda ruta penetraría por la margen izquierda de nuestro gran río y se centraría en la toma de posesión de las zonas que se suponían ríonegrinas y que se confundían con la hoy vasta zona interfluvial llanera colombiana del Vichada, Guaviare, Inírida y Guainía[85]. De esta época datan el viaje del P. Lubián en 1751 a los Betoyes -o mejor betoas- del Sur y a los Chavinavos con el fin de descubrir las naciones que habitan los ríos que desaguan en el Orinoco y en el río Negro por la parte del poniente[86]. Casi con idéntica misión pero por derroteros distintos visitó algunos años más tarde a los pamivas el P. Francisco del Olmo[87] quien llegaría a entablar amistad con los guaipunaves y especialmente con su cacique Cuseru[88], persona clave en las relaciones hispano-guaypunaves durante la Expedición de Límites[89].

¿Y cómo se llevó a cabo la segunda fase de este proceso? Mediante lo que David Block denomina la *cultura reduccional*. Este concepto abarca el proceso que vivirían las reducciones en sus usos y costumbres hasta llegar a desarrollar formas de vida cada vez mejores. Algunas de ellas, y no las más importantes, fueron: el cruce y selección de modos de subsistencia europeos e indígenas, así como en su resultante híbrido que adoptó formas más eficientes para llevar a cabo las tareas tradicionales. De esta suerte las reducciones se convirtieron en centros urbanos en miniatura, poblados por indígenas que producían bienes para su propia subsistencia y para los mercados españoles[90] a la vez que cultivaban fórmulas de bienestar social.

¿Pero, cuáles eran los medios idóneos para lograr tales objetivos?. En primer lugar hay que destacar que la lengua se había transformado no sólo en el instrumento de cohesión, sino además generaba un nuevo espacio de comunicación. En segundo término apelarían a dos metas, casi utópicas: a la educación y al progresivo cambio de mentalidad a través del uso religioso del tiempo detalladamente ritualizado.

Los misioneros ingresaron al mundo cultural indígena porque lograron conocer sus universos míticos. La convivencia y el diálogo les hicieron partícipes del habitat en que vivían inmersos y por ende convertirse en parte de su historia, de su geografía, de su literatura y de sus modos de ser y existir porque, en definitiva, el lenguaje interpreta la diversidad humana e ilumina la identidad exclusiva del ser humano. A la diversidad de idiomas siempre corresponde diversidad de corazones, escribirá Gilij[91] y por ello rechazaría todo parecido a la mentalidad reaccionaria de los que en este ámbito hablan de estructuras profundas y estructuras superficiales[92].

---

85. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 97-115.

86. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104. Además era excelente amigo del P. DEL OLMO. (GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 72).

87. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104. Gran parte de la vida misionera del P. Francisco DEL OLMO la absorbe la incesante búsqueda de los yaruros a lo largo del Sinaruco, Meta y "otros ríos que desaguan en el Orinoco" (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 90. Otros detalles interesantes de la pp. 91 a 97). También el VENTUARI catalizó varios de sus viajes con el afán de reducir los maipures (GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 90-91). Con mucha justicia escribía GILIJ al narrar su muerte: "con mucho disgusto mío murieron con él las muchas rarísimas noticias que habrían podido darme de sus viajes a los gentiles" (GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 129; III, p. 104).

88. Hacia 1750 debió realizar su viaje al río Inírida a visitar a Cuseru (GILIJ, *ob. cit*., II, pp. 188-190).

89. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104.

90. BLOCK, David, *La cultura reduccional de los Llanos de Mojos.* Tradición autóctona, empresa jesuítica & política civil, 1680-1880. SUCRE, *Historia Boliviana*, 1997, p. 32.

91. GILIJ, Felipe Salvador, *Ensayo de Historia Americana*, Academia Nacional de la Historia, II, Caracas 1965, p. 147. "Me parece a mi el corazón del hombre no diferente de la lengua que le tocó en suerte al nacer".

92. OLZA, Jesús, "El Padre Felipe Salvador Gilij en la historia de la lingüística venezolana" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, II, José DEL REY FAJARDO (edit), San Cristóbal 1992, p. 439. Para explicitar esta teoría:

En el horizonte lingüístico de las ciudades-reducciones pronto amaneció un sueño utópico de los misioneros del corazón de América y del que dejó constancia el autor del *Ensayo de Historia Americana*, confirmado por las afirmaciones de Humboldt[93]: las lenguas generales. Para las áreas orinoquenses no hubieran sido el caribe y el tamanaco, propuestos por el viajero alemán[94] sino el caribe y el maipure ya que éste último -anotará Gilij- lo entienden todos en el gran río "y se podría hacer común si se quisiera"; por lo tanto, de persistir el "obstáculo de tantas lenguas... ésta sería bastante a propósito para hacer de ella una lengua general"[95].

En este sentido hay que reflexionar sobre los desvelos del misionero para fabricar un futuro mejor, pues, como afirmaba el misionero de La Encaramada, supone una enorme fatiga el aprender una lengua y cuando después de mucho esfuerzo se llega a dominarla, con ella no se puede servir sino a muy pocos hablantes. De querer llegar a otros es preciso volver a recorrer el mismo camino. Al hablar de los indios voqueares dirá: "No eran en mi tiempo más de sesenta almas... Perece con ellos su lengua, y el misionero se queda menos apenado que mudo"[96].

En segundo término la socialización y la convivencia significaban la primera fase de la urbanización y por ende de la civilización. Los espacios simbólicos y vitales de la misión había que dotarlos de un sistema de valores y de actitudes que garantizaran la nueva realidad.

La función psíquica exige para poder desarrollarse sustancia y promesas, es decir, arquetipos de identificación. Por ello, el indígena necesitaba encontrar en el mundo exterior una herencia cultural que le hiciera habitante de una historia y partícipe de una sociedad, para de esta forma sentirse actor en una red de relaciones a partir de las cuales pudiera elaborar comportamientos en respuesta a problemas existenciales.

En la reestructuración de la ciudad-reducción no sólo se recuperan algunas estructuras autónomas fundamentales de la etnia sino que la aculturación se rige por una intencionalidad que pretende sumar de forma progresiva elementos que generen un nuevo ciclo de mejor vida, donde la acción solidaria se encamine al sustentamiento y mejoramiento de las funciones comunitarias definidas por el bien común y los espacios de futuro[97].

Por ejemplo: la estructura social y administrativa de la reducción solía respetar las jerarquías políticas existentes en las naciones antes de reducirse. Los caciques gozaban de dignidad perpetua y hereditaria excepto en caso de rebelión contra el Soberano[98]. En la misión usaban bastón de mando con pomo de plata y en la iglesia ocupaban un sitial

---

SONTAG, Susan, *Kunst und Antikunst*. Reinbek bei Hamburg 1968, y sobre todo el capítulo I: "Gegen Interpretation", pp. 9-18.

93. HUMBODLT, Alejandro de, *Viaje a las regiones equinocciales del nuevo continente*, II, Caracas 1941, p. 178.

94. HUMBOLDT, A. de, *ob. cit.*, p. 181.

95. GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 170-171. Y en el t. II, p. 56 dice: "Hacen amistad con todos y apenas se encuentra en Orinoco una nación en que no haya algún maipure. Su lengua, como facilísima de aprender, se ha convertido entre los orinoquenses en lengua de moda y quien poco, quien mucho, quien medianamente, quien bien, la hablan casi todos...".

96. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 170.

97. Para comprender este proceso nos remitimos al apéndice: "Carta de navegar en el peligroso mar de los indios gentiles" (GUMILLA, José ,*El Orinoco ilustrado*, pp. 505-519).

98. GILIJ, *ob. cit.*, II, p. 331, Sobre los caciques orinoquenses, *V.*, GILIJ, *ob. cit*., II, pp. 169-173.

de honor[99]. Sin embargo, los alcaldes, fiscales, capitanes y alguaciles, todos indígenas, eran elegidos anualmente[100].

La nueva concepción del espacio obligaba al asentamiento y al fomento del trabajo como ley de la ciudad pero se suavizaba con la flexibilidad de la legislación misional y el equilibrio de la autoridad del misionero y de las responsabilidades del cacique.

En sus *Lecciones de Filosofía de la Historia* Hegel afrontaría en repetidas ocasiones el tema americano para establecer su tesis que "América se ha mostrado siempre física y espiritualmente impotente"[101]. Sólo los jesuitas -según él- tratarían de romper esa especie de noria circular de la impotencia basada en el binomio falta de necesidades-ausencia de actividad y para ello crearon nuevas necesidades y con ellas el deseo y la voluntad de obtenerlas pues ese es el móvil principal de las acciones de los hombres[102].

De esta forma la reducción producía un nuevo modo de ser en la búsqueda de cambios profundos y por ello se orientaba a crear cultura en todos los órdenes: político, económico y religioso.

Un axioma, adoptado y vivido por las reducciones jesuíticas, fue: "El trabajo es el primer deber del hombre en la naturaleza; la justicia, su primer deber en la sociedad"[103]. Si la fundación de un poblado estaba zurcida de vicisitudes, no menos onerosa era su consolidación. El autor de *El Orinoco ilustrado* anotará que "... no es lo mismo agregar los gentiles a un pueblo que ser luego cristianos; se gasta mucho tiempo en domesticarlos, desbastarlos, quitarles de la cabeza la malicia y el sobresalto en que están embebidos; y entre tanto se coge el fruto que prudentemente se puede, que no es poco..."[104].

La tradición misional en los Llanos de Casanare había experimentado con éxito algunos principios fundamentales. La intensificación y mejoramiento de la agricultura "conduce al buen estado de las poblaciones"[105]. Además, el criterio del autoabastecimiento fomentó la necesidad de la preindustria con su consiguiente acompañamiento de las artes manuales.

---

99. GILIJ, *ob. cit*., II, p. 173.

100. GILIJ, *ob. cit*., III, p. 331. El 2 de julio de 1737 escribía el P. José María CERVELLINI al P. Francisco Pepe desde la Misión de los Llanos: "Respecto al gobierno civil de estas tribus: el *cacique*, al igual que un pequeño príncipe, las preside con la suprema autoridad y se sirve para la más cómoda administración de su pueblo de un *teniente*; a éste, como hay muchas paracialidades en estas tribus, el cacique agrega la misma cantidad de *capitanes* y estos a su vez tienen sus lugartenientes llamados *alcaldes*. Los últimos cumplen con las órdenes dadas a ellos a través de otros oficiales menores llamados alguaciles, y a quienes pertenece preocuparse por que todo el pueblo asista diariamente..." (STÖCKLEIN, J., *Der neue Welt-bott*, Carta nº 568).

101. HEGEL, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Werke 12, Frankfurt/M 1986, p. 108: "Physich und geistig ohnmächtig hat sich Amerika immer gezeicht". PÉREZ ESTEVES, Antonio, "Hegel y América" en *Analogía Filosófica*, año 8, nº 2, México 1994, pp. 119-137.

102. HEGEL, *ob. cit*., p. 108: "Als die Jesuiten und katholische Geistlichkeit die Indianer in europäische Kultur und Sitten gewöhnen wollten (bekanntlich haben sie einen Staat in Paraguay, Klöster in Mexico un Kalifornien gegründet), begaben sie sich unter sie und schrieben ihnen, wie Unmündigen die geschäfte des Tages vor, die sie sich auch, wie träge sich auch sonst waren, von der Autorität der Väter gefallen liessen. Diese Vorschriften (mitternachts musste eine Glocke sie sogar an ihre ehelichen Pflichten erinnern) haben ganz richtig zunächst zur Erweckung von Bedürfnissen geführt, den Triebfendern der Tätigkeit des Menschen überhaupt".

103. FERET, H.M., *Sur la terre comme au ciel. Le vrai drame de Hochwälder*, col. Contestations, París 1953, p. 79.

104. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado y defendido*, p. 123.

105. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 67.

El P. José Gumilla insiste en los elementos esenciales que se requerían para fundar una reducción: buscar un herrero, montar una fragua, proporcionar tejedores de los pueblos ya establecidos y entablar una escuela[106]. Con todo, el P. Felipe Salvador Gilij explicita como exigencias imprescindibles de una misión: la escuela en donde aprendían a leer, a escribir y sobre todo la música; las artes (carpintería, herrería, tejerías); los animales (insiste en la necesidad de los domésticos) y la agricultura[107].

A la luz de este contexto se deben estudiar las haciendas[108] que tanto interés han despertado en la investigación moderna americana. Estos núcleos productivos se orientaban a la creación de misiones-haciendas y a promover el soporte de la compleja actividad que surgió en ellas. Y el sistema hacendístico se levantó como un paradigma de racionabilidad económica debidamente cuidada y controlada que, además de servir de escuela para los propios indígenas, permitió que la reducción cumpliera con sus aspiraciones de índole espiritual, social, laboral y cultural en ámbitos tan lejanos como los de la Orinoquia[109].

Por ello, siempre llamó la atención la liberalidad con que los jesuitas actuaron frente a la población adulta a la que permitían ausentarse de los poblados durante cinco días a la semana para atender sus sembradíos[110].

El alejamiento de algunas naciones de su entorno selvático o sabanero era compensado por la introducción de tecnologías que observaban la rotación de cultivos, la cría de animales domésticos, el uso de arados de rastreo y de surco de suelos, frutales y en definitiva por la adopción de una alimentación proteínica con el pescado y la carne aunque la fertilidad de los conucos les obligara a hacer sus rozas lejos del mismo Orinoco[111].

Otra vertiente de desarrollo la definió la educación. Fueron los niños lo que polarizaban todas las esperanzas de una educación fundamentada en la psicología del indígena y en las necesidades del país. Su pasión por la música, su propensión por la novedad y su inclinación a imitar usos extraños hicieron que se introdujeran sin dificultad y desde el primer momento tanto la Escuela de primeras letras como la Escuela de música[112].

El descubrimiento de un pueblo músico le lleva a concluir al autor del *Ensayo de Historia Americana* que se puede convertir en música una nación[113]. El canto y la orquesta e incluso la fabricación de algunos instrumentos musicales transformaron las reducciones y fueron abriendo su espíritu a opciones más altas de cultura[114].

---

106. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado*, p. 515.

107. GILIJ, *Ensayo de Historia Americana*, III, pp. 63-67.

108. SAMUDIO A., Edda O., "Las haciendas jesuíticas de las Misiones de los Llanos del Casanare, Meta y Orinoco" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 717-781.

109. SAMUDIO, Edda O., *Art. cit*., I, pp. 776-777.

110. ALVARADO, Eugenio de, "Informe reservado sobre el manejo y conducta que tuvieron los Padres Jesuitas con la expedición de la Línea Divisoria entre España y Portugal en la Península Austral y orillas del Orinoco (1756)" en *Documentos jesuíticos relativos a la Historia de la Compañía de Jesús en Venezuela*, Academia Nacional de la Historia, José DEL REY FAJARDO (edit.), Caracas 1966, pp. 251-255.

111. BARANDIARAN, *Art. cit*., II, p. 318.

112. GILIJ, *ob. cit*., III, pp. 63-64. *V*., LEMMON, Alfred E., "Jesuits and Music in the Provincia del Nuevo Reino de Granada" en *Archivum Historicum Societatis Jesu*. XLVIII, Roma 1979, pp. 149-160.

113. GILIJ, *ob. cit*., III, p. 64.

114. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado y defendido*, p. 515.

Mientras tanto los niños y los jóvenes eran moldeados, sin interferencias, en los valores -viejos y nuevos- de la misión. Cada jornada, después del acto religioso, se iniciaban las tareas del día pregonadas en el umbral de la puerta de la iglesia. Los varones debían acudir primero a la escuela y después a arreglar las dependencias públicas de la reducción; las mujeres, según sus edades, se consagraban al aseo del pueblo y al cuidado de sus casas[115].

Otro elemento integrador fue la religión, pues, introdujo el nuevo espacio del templo y en él la representación de la palabra divina a través de la plástica, de las oraciones en la iglesia, de las grandes ceremonias, de los cantos y de un gran aparato musical. Lacouture sintetiza este sentido de fiesta al verificar que "se entrelaza la religiosidad teatral de la Compañía y el barroquismo salvaje de los neófitos, con un resabio de militarismo español y de paganismo de la selva"[116].

Tan sólo llevaba trece años de existencia Carichana -capital de las Misiones del Orinoco- cuando el Maestre de Plata, don Pascual Martínez Marco, se vio obligado a vivir el día de Jueves Santo de 1749 en la mencionada población. En su *Diario* anotaría estas lacónicas líneas: "Vimos el monumento que se hace muy precioso y celebran todas las funciones de iglesia como en cualquiera catedral por tener una capilla y cuerpo de música muy crecido y diestro"[117].

Esta obsesión por el rito invadió toda la vida cotidiana y se observa desde los mismos inicios de cualquier poblado jesuítico[118].

En consecuencia, el método jesuítico en las nucleizaciones indígenas tuvo su impronta original pues preestablecía un doble fundamento: por una parte, fomentaba la creación de un clima de confianza basada en el diálogo en la lengua de la nación que se intentaba cultivar; y por otro lado, asentaba las bases de la convivencia en la captación de la voluntad favorable de los caciques y de las comunidades involucradas. Tras ello se establecían las razones que giraban, como en toda promoción social, sobre la seguridad étnica, la alimentación planificada y la educación de los hijos; "en una palabra, sobre el ser y el deseo de todo hombre y de toda sociedad para progresar y no autoeliminarse en un gesto de franco suicidio, por el rechazo a todo lo ajeno y extraño a la Etnia"[119].

La tolerancia y la comprensión exigieron al misionero armarse de paciencia y resistencia pues ésta era la única clave para diseñar el paso de una civilización *sacral* a una *profana*. Conciliar el dualismo entre su cultura y la de los indígenas, en las que lo sagrado y lo profano se identificaban en una sola concepción y vivencia, requería observación, meditación, tacto y aceptación de un ritmo temporal que no se adecuaba a las categorías occidentales.

Así pues, no es de extrañar que para el bien común de la reducción se fomente la propiedad comunal, como empresa común para atender las necesidades no previstas en

115. ALVARADO, *Informe reservado*, p. 257.

116. LACOUTURE, Jean, *Jesuitas. I. Los Conquistadores*, I, Barcelona-Buenos Aires-México, 1993, p. 560.

117. DUVIOLS, Jean-Paul, "Pascual Martinez Marco. Viaje y derrotero de la ciudad de Cumaná a la de Santa Fe de Bogotá (1749)" en *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, 26, Toulouse 1976, p. 27.

118. PLA, Josefina, "Los Talleres Misioneros (1609-1767)" en *Revista de Historia Argentina*, nº 75-78, Buenos Aires 1973, pp. 9-53.

119. BARANDIARAN, *Art. cit.*, II, pp. 318-319.

la población. De este modo se beneficiaban las viudas, se sustentaban los niños de la escuela, los huérfanos y los enfermos[120].

Una vez consolidada la reducción, los misioneros se desprendían de la propiedad de los hatos en favor de la economía del pueblo, vale decir, en función de las comunidades indígenas.

En la nueva mentalidad social, esa esperanza se erigía como la memoria del futuro y en consecuencia se trazaba el mejor camino para garantizar la subsistencia de la república cristiana y comunitaria. Este fenómeno, histórico y legal, desconcertó a los funcionarios regios encargados de implantar en las misiones la *Pragmática Sanción* del rey Carlos III e ir *desposeyendo* a los jesuitas de todas sus reducciones. Tan importante documento, registrado en Santafé de Bogotá el 30 de abril de 1743, aclara la genuina posición de la Compañía de Jesús en torno a su gestión en las misiones llaneras, y sólo la conocemos porque don Andrés de Oleaga se vio precisado a insertarlo en los autos de la expulsión en 1767[121].

En la ciudad-misión se repite la concepción de la ciudad ordenada. Su plaza central con la Iglesia y la escuela rige la vida espiritual, cultural y social[122]. Al recinto de la iglesia procuraron darle su carácter sagrado -majestuoso y respetuoso- a la vez que lo acercaban a la conciencia e imaginación del indígena con abundante imaginería. Como monumento público observará el misionero Gilij: "Más atraídos son por la belleza de sus iglesias y si se pudieran hacer de mayor duración, en no mucho tiempo se volverían hermosísimas. Pero es muy rara la construcción que sobrepasa el decenio (…) En diez y ocho años y medio que yo estuve en el Orinoco tuve tres Iglesias (…) Y si atendemos a la calidad de los lugares, era no sólo grande, sino hermosa. No creo que merezca la pena hacer demasiado minuciosamente la descripción. Baste sólo saber que siendo los indios de un genio en el que externa magnificencia de las cosas les hiere increíblemente en la fantasía, yo puse todo el cuidado en embellecerla, incluso con alguna reducción del propio sustento necesario"[123].

Quien desee una visión global de todas las fundaciones misionales llevadas a cabo por los jesuitas coloniales en la Orinoquia nos remitimos a nuestra investigación "Topohistoria misional jesuítica llanera y orinoquense"[124].

Esta es, a grandes rasgos, la síntesis de la acción jesuítica en las Misiones del Orinoco.

Por una parte se sentían parte integral del corazón de América y por ello establecieron la red fluvial comunicacional que pretendía integrar las acciones parciales en un todo.

---

120. GUMILLA, *ob. cit*., p. 514. ALVARADO, *Informe reservado*, p. 252.

121. ANB, *Conventos*, t. 29. *Testimonio de autos /sobre/ la expulcion de quatro religiosos de la Compañia /en/ el Partido de Meta. /D/ Andres de Oleaga*. Fol., 817v-819. Lo reproducimos en nuestro libro *La expulsión de los jesuitas de Venezuela (1767-1768)*, San Cristóbal 1990, pp. 67-68.

122. El único croquis que existe sobre una misión jesuítica orinoquense es atribuible al alférez de navío Ignacio MILHAU de la Expedición de Límites: BARANDIARAN, Daniel de, "El Orinoco amazónico de las Misiones jesuíticas" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, II, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 259-260.

123. GILIJ, *ob.cit*., III, p. 62.

124. DEL REY FAJARDO, J., "Topohistoria misional jesuítica llanera y orinoquense" en DEL REY FAJARDO, J. y SAMUDIO, Edda, *Hombre, tierra y sociedad*, San Cristóbal-Bogotá 1996, pp. 7-158.

Por otro lado, el ordenamiento de la reducción-ciudad pretendió copiar la inspiración indiana pero lo difícil fue aculturar a naciones tan diversas para que aceptaran un nuevo orden espacial con miras a conseguir mejores estándares de vida.

En realidad es un testimonio para la historia pues con la expulsión de la Compañía de Jesús, en 1767, de España y sus dominios muchos de sus hombres y territorios fueron reconquistados por la naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO LATORRE, Eduardo, *Diccionario geográfico de Colombia*. Bogotá,

AGI. Archivo General de Indias.

AGS. Archivo General de Simancas

AGUIRRE ELORRIAGA, Manuel, *La Compañía de Jesús en Venezuela*, Caracas, 1941.

AHN. Archivo Histórico Nacional de Madrid

ALVARADO, Eugenio de, "Informe reservado sobre el manejo y conducta que tuvieron los Padres Jesuitas con la expedición de la Línea Divisoria entre España y Portugal en la Península Austral y orillas del Orinoco [1756]" en DEL REY FAJARDO, *Documentos jesuíticos relativos a la Historia de la Compañía de Jesús en Venezuela,* Academia Nacional de la Historia, Caracas 1966, pág. 215-333.

ANB. Archivo Nacional de Colombia

APQU. Archivo de la Provincia de Quito

Archivo de la Provincia de Quito (APQu). Leg., 3

Archivo General de Indias. Sevilla. (AGI) 122-3-21; 124-4-9

Archivo General de Simancas. (AGS). *Estado*, 7387

Archivo Histórico Nacional, (AHN), *Jesuitas*, Madrid 120.

Archivo Nacional de Colombia (ANB). *Conventos*, t. 29, 68.

ARELLANO, Fernando, *Una introducción a la Venezuela prehispánica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1986.

ASTRAIN, Antonio, *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*, 7 vols., Madrid 1912-1925

BARANDIARAN, Daniel de, "Brasil nació en Tordesillas" en *Paramillo* 13, San Cristóbal 1994, 331-774.

BARANDIARAN, Daniel de, "El Orinoco amazónico de las misiones jesuíticas" en DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia,* Universidad Católica del Táchira, II, San Cristóbal 1992, 129-360

BARNADAS, Joseph M., "Introducción", EDER, Francisco Javier sj, *Breve descripción de las Reducciones de Mojos*, Traducción y edición de Josep M. BARNADAS, Historia Boliviana, Cochabamba 1985, III-CIV.

BAYLE, Constantino, "Las Misiones, defensa de las fortalezas de Mainas" en *Missionalia Hispanica*, Madrid 1951, 417-503.

BAYLE, Constantino, "Notas sobre bibliografía jesuítica en Mainas" en *Missionalia Hispanica*, Madrid 1949, 277-317.

Biblioteca Nacional de Bogotá, Sección de Manuscritos, nº 137.

BLOCK, David, *La cultura reduccional de los Llanos de Mojos,* Tradición autóctona, empresa jesuítica & política civil, 1680-1880, Sucre, Historia Boliviana, 1997.

BREWER-CARIAS, Allan R., *La ciudad ordenada. (Estudio sobre -el orden que se ha de tener en descubrir y poblar- o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela),* Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997.

CARVALHO, Sebastião José de, marqués de Pombal, *Relaçâo abbreviada da republica que os religiosos jesuitas das provincias de Portugal e Hespanha estabeleceram nos dominios ultramarinos das duas monarchias,* Lisboa 1757

CASSANI, Joseph, *Historia de la Provincia de la Compañía de Jesús del Nuevo Reyno de Granada,* Academia Nacional de la Historia, Caracas 1967.

DEL REY FAJARDO, José, "Consideraciones sobre el hombre y la lengua tuneba" en MARQUEZ, María Elena, Berichá (Esperanza AGUABLANCA) y OLZA, Jesús, *Gramática de la lengua tuneba,* Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1988, 5-28.

DEL REY FAJARDO, José, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia" en José DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia,* I, San Cristóbal 1992, 197-682.

DEL REY FAJARDO, José, "Topohistoria misional jesuítica llanera y orinoquense" en J. DEL REY FAJARDO y Edda SAMUDIO, *Hombre, tierra y sociedadm* San Cristóbal-Bogotá 1996, 7-158.

DEL REY FAJARDO, José, *Los Jesuitas y las Lenguas Indígenas Venezolanas,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1979.

DUQUE GOMEZ, Luis, "Visión etnológica del Llano y el proceso de la evangelización" en José DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia,* I, San Cristóbal 1992, 683-715.

DUVIOLS, Jean-Paul, "Pascual Martinez Marco. Viaje y derrotero de la ciudad de Cumaná a la de Santa Fe de Bogotá (1749)" en *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien,* 26, Toulouse 1976, 19-33.

ECHANOVE, Alfonso, "Origen y evolución de la idea jesuítica de "Recucciones" en las Misiones del Virreinato del Perú" en *Missionalida Hispanica,* XII, n° 34, Madrid 1955, 95-144; XIII, n° 39, Madrid 1956, 497-540.

FERET, H.M., *Sur la terre comme au ciel. Le vrai drame de Hochwälder,* col. Contestations, París 1953.

FERRER BENIMELI, José Antonio, "Los jesuitas y los motines en la España del siglo XVIII" en *Paramillo,* 9/10, San Cristóbal 1990, 365-396. "Carlos III y la extinción de los jesuitas" en *Paramillo,* 9/10, San Cristóbal 1990, 417-436. "Córcega y los jesuitas españoles expulsos 1767-1768. Correspondencia diplomática" en *Paramillo,* 14, San Cristóbal 1995, 5-196. "La expulsión y extinción de los jesuitas según la correspondencia diplomática francesa: 1770-1773" en *Paramillo,* 17, San Cristóbal, 1998, 5-386.

GILIJ, Felipe Salvador, *Ensayo de Historia americana,* Academia Nacional de la Historia, 3 vols., Caracas 1965. El vol., 4 apareció en Bogotá en la Academia Colombiana de Historia en 1955.

GUMILLA, José, *El Orinoco ilustrado y defendido,* Academia Nacional de la Historia, Caracas 1963.

HEGEL, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte,* Werke 12, Frankfurt/M., 1986.

HERNANDEZ, Pablo, *Organización social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús,* 2 vols., Barcelona 1913.

HERVAS Y PANDURO, Lorenzo, *Catálogo de las lenguas de las naciones conocidas*, y numeración, división y clases de éstas según la diversidad de sus idiomas y dialectos, 6 vols., Madrid 1800-1805.

HUMBODLT, Alejandro de, *Viaje a las regiones equinocciales del nuevo continente*. 5 vols., Caracas 1941-1942.

Instituto Geográfico A. Codazzi, 1971.

KRATZ, Guillermo, *El tratado hispano-portugués de límites de 1750 y sus consecuencias,* Institutum Historicum S.I., Roma 1954.

LACOUTURE, Jean, *Jesuitas. I. Los Conquistadores,* Barcelona-Buenos Aires-México 1993.

LEMMON, Alfred E., "Jesuits and Music in the Provincia del Nuevo Reino de Granada" en *Archivum Historicum Societatis Jesu,* XLVIII, Roma 1979, 149-160.

LUCENA GIRALDO, Manuel, *Laboratio tropical,* Monte Avila Editores-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Caracas 1992.

MATEOS, Francisco, "Antecedentes de la entrada de los jesuitas españoles en las Misiones de América" en *Missionalia Hispanica,* Madrid 1944, 109-166.

MENGET, Patrick, "Notes sur l'etnographie jésuite de l'Amazonie portugaise (1653-1759)" en Claude BLANCKAERT, *Naissance de l'ethnologie*?, Les Editions du Cerf París 1985, 175-192.

MERCADO, Pedro de, *Historia de la Provincia del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús,* 4 vols., Bogotá 1957.

MOREY, Nancy C., y MOREY, Robert V., "Los sáliva" en Walter COPPENS (Edit.), *Los aborígenes de Venezuela,* Fundación La Salle de Ciencias Naturales, I, Caracas 1980, 241-285.

OJER, Pablo, *La Década fundamental en la controversia de Límites entre Venezuela y Colombia (1881-1891),* Maracaibo, Corpozulia 1982.

OLZA, Jesús, "El Padre Felipe Salvador Gilij en la historia de la lingüística venezolana" en DEL REY FAJARDO (Edit), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia,* II, San Cristóbal 1992, 361-459.

PACHECO, Juan Manuel, *Los jesuitas en Colombia,* I, 3 vols., Bogotá 1959-1989.

PERERA, Miguel Angel, *Oro y Hambre: Antropología histórica y Ecología cultural de un mal entendido.1498-1597,* Caracas 2000.

PÉREZ ESTEVES, Antonio, "Hegel y América" en *Analogía Filosófica,* año 8, nº 2 México 1994, 119-137.

PLA, Josefina, "Los Talleres Misioneros (1609-1767)" en *Revista de Historia Argentina,* nº 75-78, Buenos Aires 1973, 9-53.

PLAZA, José A., *Memorias para la Historia de la Nueva Granada,* Bogotá 1850.

RAMOS, Demetrio, *El tratado de límites de 1750 y la expedición de Iturriaga al Orinoco*, Madrid 1947.

RAUSCH, Jane M., *Una frontera de la sabana tropical. Los llanos de Colombia 1531-1831*. Santafé de Bogotá, Colección Bibliográfica Banco de Colombia, s/a [El original inglés es de 1984]

RIVERO, Juan, *Historia de las misiones de los Llanos de Casanare y los ríos Orinoco y Meta*, Bogotá 1956.

RODRÍGUEZ, Manuel, *El descubrimiento del Marañón*, Madrid 1648.

SAMUDIO A, Edda O., "Las haciendas jesuíticas de las Misiones de los Llanos del Casanare, Meta y Orinoco" en DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, San Cristóbal 1992, 717-781.

SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en J. DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, San Cristóbal 1992, 7-137

SONTAG, Susan, *Kunst und Antikunst*, Reinbek bei Hamburg, 1968.

TANUCCI, Bernardo, *Epistolario*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, Roma 1980-1985.

TOBAR, Antonio y LARRUCEA DE TOVAR, C., *Catálogo de las lenguas de América del Sur con clasificaciones, indicaciones tipológicas, bibliografía y mapas*, Madrid 1984.

TOVAR, Antonio, *Catálogo de las Lenguas de América del Sur*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1961.

TÜCHLE, "¿Es el Barroco la raíz del triunfalismo de la Iglesia?" en *Concilium*, 7, 1965, 144-149.

VARGAS UGARTE, Rubén, *Historia General de Perú*, III, Lima 1971.

VERGARA y VELASCO, F.J., *Nueva geografía de Colombia*, Bogotá 1901-1902.

WEST, Robert C., "The Geography of Colombia" en A. CURTIS WILGIUS (Edit.), *The Caribbean Contemporary Colombia*, Gainesville 1962.

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA

Jacqueline Lejarza A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica del Táchira

Los astros con acierto nos enseñan
que aunque son hijos brillantes,
nunca compiten
con los lucimientos del sol

(Gracián, Baltasar, El arte de la prudencia)

...A Brewer

I. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA PRE-REPUBLICANO

1. Sistema precolombino

Los primeros pobladores indígenas con costumbres sedentarias que se asentaron y disfrutaron de un territorio en América, fueron los que determinaron necesariamente la formación de las primeras organizaciones políticas que constituyen el sistema pre-colombino.

Estas organizaciones fueron:[1] La Confederación de Bogotá, que agrupaba a los Chibchas, a los Muzos y a otras tribus en tres reinos independientes que eran: los Muequetá, Hunza y Suamox y su influencia se extendió hasta el Este, donde terminan las grandes montañas de la cordillera andina frente al Lago de Maracaibo. Dentro de esta organización los Muiscas se conservaron y afianzaron como soberanos.

La Confederación de Quito o Cara, que tuvo su asiento en la Ciudad de Quito, en ella el Poder Soberano estaba ejercido por la dinastía de los Seyri, quienes eran elegidos por los jefes de las tribus que componían el Imperio.

La Confederación Chimus Yuncas, asentada en el Cuzco y comprendida por varias tribus, en la cual se engendró la civilización Quichua, que fue la que dio lugar el Gran imperio del Pacífico.

La Confederación Araucana, la cual adquirió un alto grado de organización, formada por cuatro provincias gobernadas por una persona que impartía las ordenes denominada Toqui y cada provincia se dividía en distritos que eran gobernados por una persona que seguía en jerarquía al Toqui, llamado Ulman.

---

1. SISO, Carlos, *La formación del pueblo venezolano*, Editorial García Enciso, Premio Cultura Hispánica 1951-Madrid, I, Madrid 1953, p.28-30.

Es de advertir que estas poblaciones indígenas fueron las únicas que alcanzaron este progreso y grado de organización social y política, ya que no se puede afirmar lo mismo con respecto a las otras poblaciones indígenas, que aún cuando se establecieron hacia la misma época se encontraban para el momento del Descubrimiento, en el más bajo grado de civilización y por consiguiente, carentes de toda organización, como es el caso de Venezuela.

Innumerables estudios han identificado como el primero y gran obstáculo que tuvieron que vencer nuestros indígenas para alcanzar un grado de organización semejante a la alcanzada en otras regiones del Continente, la difícil geografía del territorio, constituido básicamente por tierras llanas y selvas tropicales aunado a al carácter conquistador y bélico propio de nuestros indígenas, más concretamente de los Caribes lo que fue uno de los factores determinantes en este sentido[2].

En este sentido, Brewer-Carías[3] señala que "...el proceso de organización político territorial de los territorios conquistados, en los cuales los españoles encontraron civilizaciones indígenas con una organización política social asentada y estable, fue distinto al desarrollo en territorios en los cuales éstas no existían como fue el caso de Venezuela..."

Asimismo, otros autores venezolanos[4] al referirse a las primeras formas de organización político-territorial de Venezuela, refieren el influjo de los condicionantes geográficos en la adopción de formas descentralizadas de gobierno ya que aseguran que "*...La geografía se une a la historia para imponer, con sus distancias y grandes obstáculos naturales (caudalosos ríos, altas cadenas de montañas, extensas y tupidas selvas, dilatadas distancias, peligrosas rutas) la necesidad de fuertes y eficaces gobiernos locales...*".

De allí que al referirnos al caso concreto de Venezuela, puede asegurarse que su población indígena *per se*, no alcanzó ningún grado de organización política durante este período precolombino. Además de las dificultades geográficas referidas con anterioridad que tuvieron que afrontar nuestros indígenas, las condiciones climatológicas tampoco fueron las más favorables para fijar su asentamiento en un determinado territorio, el cambio de estaciones les obligaba a buscar las orillas de lo ríos en el verano y lo sitios más altos del terreno en épocas de lluvias e inundaciones, lo cual contribuyó a que llevasen una vida nómada, habitando aisladamente las distintas tribus u organizaciones indígenas, cuestión que fue perjudicial para iniciar algún tipo de organización entre ellos.

---

2. *V*., SISO, Carlos, *ob cit*., p. 34.

3. En este mismo orden de ideas señala que *...los territorios que forman lo que hoy es Venezuela estaban poblados por tribus indígenas que en su mayor parte carecían de una organización social y política homogénea, y sólo habían alcanzado un incipiente progreso social. Con excepción de las provincias de las Sierras Nevadas y Trujillo. El dominio sobre estos territorios lo tenía la poderosa nación Caribe, navegadora y guerrera, que controlaba el mar que lleva su nombre, y cuyas penetraciones en el territorio fue el factor fundamental que impidió el desarrollo y asentamiento de tribus indias de tierra firme... V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., "La formación del Estado venezolano" en Separata del libro *Paramillo* nº 14, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal-Venezuela 1996, p. 211.

4. GONZÁLEZ CRUZ, Francisco, *Bases Geohistóricas del Federalismo en Venezuela,* Copret-Trujillo, Mérida-Venezuela 1995, pp. 14 y ss.

No obstante lo indicado, para tener una idea de las tribus que habitaban el territorio venezolano en la época precolombina, en términos generales, podemos referir la existencia de las siguientes poblaciones indígenas[5].

La *Nación Caiquetía*; establecida entre las siguientes fronteras: por el Oeste, río Cocuiza; por el Este, el río Gueque; por el norte el mar de las Antillas, comprendiendo la Península de Paraguaná, y por el Sur, el río Tocuyo en toda su extensión. A este territorio en los primeros tiempos de la Colonia se le llamó Curiana[6].

Los Caiquetíos fueron en cierta forma disciplinados y obedientes, estaban divididos en multitud de tribus, cada una de ellas sometidas a la autoridad de un Cacique, llegando a reconocer la autoridad absoluta del Gran Cacique Paraguaná, cuyo último representante fue el Cacique Manaure, quien ejerció posteriormente la autoridad en nombre del Rey de España, una vez que aceptaron la dominación.

Su población fundamentalmente se dividió en dos clases: los nobles y guerreros y los plebeyos.

Los *Píritus*, que no alcanzaron gran desarrollo, estuvieron constituidos por un grupo pequeño. Sin embargo, desarrollaron un importante papel -igual que los Caiquetíos- en la tarea de colonización de Nueva Andalucía, como colaboradoras de las Autoridades españolas.

La *Nación Chaima*, quienes se encontraban establecidos en las altas montañas de El Cogollal, en el Cerro del Guácharo, en las tribus de los ríos Colorado y Areo, y en el Caño de Caripe, jurisdicción de la provincia de Barcelona. Los límites de sus fronteras no se pueden precisar con exactitud debido a que no ejercieron su soberanía sobre un territorio en forma continua.

Los *Faraustes*, que se encontraban establecidos en los pantanos, de allí que se encontraron en la necesidad de fabricar sus viviendas sobre el agua, alimentándose del producto de la pesca y de la caza, sin conocer el cultivo de la tierra.

Los *Chacopatas*, Esta tribu tomó su nombre de la planta que ellos denominaban Chacopati, conocida hoy como Maguey.

Los *Guaraunos*, Llamados también Uriapatrias o Mariusos, se asentaron en el Delta del Orinoco y en algunos ríos que bajan de la Sierra de Imataca. Se alimentaron fundamentalmente de la pesca.

Los *Cuicas*, establecidos hacia el Poniente del Tocuyo, se caracterizaron por ser pacíficos y trabajadores.

Los *Caribes*, Se ubicaban en las pequeñas islas del mar de las Antillas: Martinica, Santa Cruz y Guadalupe, de donde descendieron al Orinoco hasta llegar a los afluentes del Amazonas. Fueron poseedores de un ilimitado espíritu bélico, conquistadores y piratas; crueles con sus enemigos y marcadamente individualistas.

De allí que a excepción de los logros alcanzados por los Caiquetíos, el individualismo distinguió a nuestros indígenas, sobre todo a los Caribes, cuyo carácter bélico, les impidió formar en su seno agrupaciones organizadas social y políticamente, durante

5. SISO, Carlos, *Idem*. p. 51.
6. NAVARRETE, citado por SISO, Carlos, *ob cit.*, p. 54.

todo este período que se ubica hacia el siglo XVI y ocupa el primer siglo de nuestra historia[7].

Sin embargo, vale la pena destacar la figura del Cacicazgo, como elemento de peculiar trascendencia dentro de nuestros grupos indígenas, pues sin duda, el Cacique era el alma y el centro de la tribu y la razón de la existencia del grupo, llegando incluso a ser reconocida su existencia por la Corona española, e institucionalizada en las Leyes de Indias, en las cuales se dispuso lo siguiente:

> El cacicazgo como hecho era una realidad de vida indígena, impuesta al Poder español, incluso utilizable como medio de asimilación pacífica, no ofrece duda, así como tampoco que el deber tutelar consistía en moderar la institución, sin suprimirla de golpe.
>
> …la equiparación, del señorío o cacicazgo aparece ya admitida en Valladolid en 1557 por Felipe II en la Ley I del título VII[8].

2. Sistema Colonial

A. Repercusión de las ideas políticas y jurídicas hispano-indias en el movimiento revolucionario venezolano

Con el descubrimiento de las nuevas tierras se amplió el horizonte y las perspectivas de las ciencias. "Produjose en Europa un despertar del alma y un incendio de la imaginación, con la historia y los relatos maravillosos del continente descubierto. Era un mundo de ideas, además de ser una imagen encendida de la naturaleza"[9].

La influencia de los teólogos y juristas del siglo XVI, fue determinante para el derecho indiano y posteriormente, junto a los juristas historicistas del siglo XVII y de los economistas del siglo XVIII, estas ideas tuvieron una singular repercusión en el proceso revolucionario venezolano de 1810. Estos hombres de leyes comprendieron la necesidad de implantar en las provincias un gobierno jurídico y no de fuerzas, de allí que Matienzo[10], al referirse a los gobernantes de Indias sugería que fueran:

> ...letrados o caballeros principales, Sabios y prudentes y no principales ni grandes señores porque estos, siendo virreyes no temen aunque hagan algún exceso, por el gran favor que tienen gastan más de la Real Hacienda lo cual no se atreve a hacer un pobre caballero o letrado.

Asimismo, Solórzano[11] consideraba que los virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejo de los hombres *que lo sean de aquélla tierra y tengan más experiencia*.

Sin duda la estructura institucional de Indias fue sumamente compleja, lo que imposibilitó implantar en estas tierras un gobierno absoluto, al punto que ninguna autoridad detentaba totalmente el poder ya que éste emanaba de su fuente original que

---

7. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Cinco siglos de historia y un país en crisis*, (Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales, con motivo de la celebración del V centenario de Venezuela), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas-Venezuela 1998.

8. ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Edit. Parrúa, S.A. México 1980, p. 23-24.

9. LEVENE, Ricardo, *El mundo de las ideas y la Revolución Hispanoamericana de 1810*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Edit Jurídica de Chile, Chile, p. 25.

10. MATIENZO, Juan, *Gobierno del Perú*, citado por LEVENE, *ob.cit.*, p. 56.

11. SOLORZANO, Juan, *Política Indiana*, citado por LEVENE, *idem*, p. 56

era el Rey, a partir del cual se desplegaba una gran organización en la que cada una de las autoridades defendía con celo sus prerrogativas.

B. La colonización en Venezuela

La colonización en Venezuela se llevo a cabo fundamentalmente por las Misiones, mediante su tarea perseverante y paciente de integración del indígena a la vida social. Los misioneros se propusieron enseñar al indio; el idioma castellano, la religión católica, el cuidado de animales y el cultivo de las tierras en su labor de acercamiento, en principio, y de integración, después del indio a la sociedad. Su trabajo se intensificó hacia la región de los llanos y del oriente del país.

El primer intento de colonización en Tierra Firme fue hecho por las Órdenes religiosas establecidas en la Isla La Española, inmediatamente después del descubrimiento de América, concretamente, los Franciscanos en 1500 y los Dominicos en 1501. El superior de los Dominicos; Fr. Pedro de Córdoba en el año 1513 envió la primera Misión Religiosa a la Costa de Cumaná.

A partir del año 1501 los sacerdotes recibieron órdenes del Rey para que hicieran *vivir a los indígenas en poblados concentrados*, con la idea de fundar los primeros pueblos y no fue sino en 1527, cuando se fundo la ciudad de Coro, que se comenzaron a concentrar las primeras poblaciones en las cuales posteriormente se organizaron bajo la forma primaria de gobiernos municipales llamados Cabildos o Ayuntamientos.

De igual modo, se concentraban varios *pueblos* sometidos a la autoridad de un sacerdote y se les denominó de Doctrina[12].

Con respecto al poblamiento, el profesor Brewer-Carías, comenta en su célebre obra La ciudad ordenada[13], que "además de continuar siendo el título fundamental para el establecimiento del Señorío o dominio de los Monarcas españoles, comenzó a ser el título fundamental para la demarcación del ámbito territorial de las gobernaciones otorgadas e Capitulaciones (...) En otras palabras, la fundación de pueblos (villas o ciudades) en el territorio descubierto era lo que lo definía como formando parte de la Provincia que integraba la Gobernación correspondiente...".

En definitiva, está claro que la colonización en Venezuela no fue tarea fácil, las mismas razones que anotamos anteriormente como impedimentos a todo tipo de organización política y social de nuestra población indígena, hicieron realmente difícil el proceso de integración a la vida social y la implantación de una organización sujeta a un régimen de autoridad.

Sin embargo, el primer esbozo de la colonización política del territorio venezolano sucedió durante este período de las Encomiendas (siglo XVI) y la fecha de instalación de las Misiones (mediados del siglo XVII) y consistía en pequeñas agrupaciones de *pueblos de Españoles* establecidos en forma aislada. He aquí los primeros vestigios de lo que posteriormente sería el pueblo venezolano; una mezcla de indios, negros y españoles, reunidos en poblados bien sea de *indios* o de doctrina, y de *españoles*.

---

12. SISO, Carlos, *ob. cit*, p. 133.
13. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La ciudad ordenada. (Estudio sobre -el orden que se ha de tener en descubrir y poblar- o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela)*, Instituto Pascual Madoz Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997, pp. 62-63.

Para comprender mejor las instituciones coloniales, tal vez sea conveniente referirnos a las etapas institucionales según la denominación utilizada por Carlos Siso[14].

La primera etapa, la podemos identificar como la de las Encomiendas y podría decirse que comenzó el día en que Alonzo de Ojeda tomó posesión de Tierra Firme en Venezuela, hasta el año de 1650. La segunda, se inicia en 1650 con las misiones enviadas a Venezuela por la Iglesia Católica, sometidas a la autoridad de los Reyes de España y que son las que propiamente cumplen con la tarea colonizadora en Venezuela. Por último, la tercera, fue la que dio lugar a la formación del Estado venezolano, con el hecho revolucionario ocurrido el 19 de Abril de 1810, hasta la creación de las instituciones republicanas.

(a) Instituciones sociales en la colonia

Desde un punto de vista social las dos instituciones que se desarrollaron en Venezuela para la época de la colonia fueron: La *Encomienda* y Las *Misiones*. Y aún cuando fueron instituciones desprovistas de carácter político, su influencia fue decisiva en el planteamiento posterior del régimen de gobierno.

La *Encomienda*, fue el primer modelo de organización económica carente de valoración política, sin embargo, con una repercusión inmensa sobre otras instituciones posteriores, porque los Encomenderos fueron a la postre los que dieron origen a los Cabildos. Bajo la figura de la Encomienda, los indios se sometían a la autoridad y vigilancia directa de un español, representando así un instrumento de presión para forzar la producción agrícola y pecuaria. Los antecedentes históricos de la Encomienda se remontan a 1457, antes de la conquista de América, pues se habían aplicado con anterioridad en la conquista y colonización de las Islas Canarias.

Por otra parte, las *Misiones* fueron la célula primaria en la convivencia social, desarrollando un papel fundamental pues ejercieron funciones de control sobre los Encomenderos y actuaron paralelamente como factor económico de equilibrio de la vida social del país, siendo también la razón fundamental que impidió el desarrollo del feudalismo como sistema.

Como se ha indicado, a pesar de que las Misiones no se desarrollaron como instituciones políticas, sin embargo, le fueron asignadas tácitamente determinadas atribuciones políticas, las cuales eran respetadas por los Gobernadores. Entre ellas destacan las siguientes:

El derecho de nombrar en los pueblos que fundaran, los Alcaldes, indios que ejercerían la autoridad ejecutiva inmediata, sometiendo la población a su voluntad, excluyendo toda injerencia de las autoridades españolas.

El nombramiento de los Tenientes de Justicia Mayor en las *Villas de Españoles*.

El Prefecto de las Misiones Capuchinas de los Llanos era también Vicario foráneo de la Villa de San Carlos de Austria.

Los Misioneros tenían la facultad de administrar con plenitud de facultades los *Conucos de Comunidad* y los *Hatos de Comunidad*, que eran propiedad del *Pueblo de Indios* que gobernaban[15].

---

14. SISO, Carlos, *ob. cit*, pp. 152-153.

(b) Instituciones políticas en la colonia.

El gobierno político de los pueblos hispano-americanos presentó características similares hasta el momento de su emancipación. De allí, que los diversos órganos de ejercicio del poder, fueron comunes a los virreinatos y el ordenamiento jurídico fue el mismo: *Las Leyes de Indias*.

En términos generales durante esta época de la colonia funcionaron las siguientes Instituciones:

El *Consejo de Indias*, fue la autoridad suprema después del Rey y conocía de los asuntos de América. Fue creada en 1524 por Carlos V. En principio, estos asuntos fueron destinados al conocimiento del Consejo de Castilla, resultando insuficiente, por lo que se hizo necesaria la creación del Consejo de Indias, el cual estaba integrado por: seis consejeros, un fiscal, un gran canciller, un teniente del gran canciller, tres relatores, dos secretarios, un escribano, un tesorero, cuatro contadores, y dos solicitadores, así como un cronista mayor, un cosmógrafo, un catedrático de matemáticas, un iniciador de proceso, un capellán y un abogado que se desempeñaba como el abogado de los poderes. Es decir, era un órgano colegiado complejo integrado por funcionarios de diversa índole. Su complejidad derivaba, no sólo de su composición colegiada tan heterogénea, sino que además, que sus funciones eran múltiples y diversas; pues ejercían tanto la función ejecutiva, la legislativa, como la judicial y la militar, convirtiéndose de esta forma en la más alta autoridad de América. De allí que la Ley consagraba:

> El Consejo de Indias tiene la jurisdicción suprema de todas las Indias descubiertas y que se descubrieren, con facultad de ordenar, previa consulta, las leyes, pragmáticas y provisiones generales y particulares que por el tiempo y por el bien de aquéllas provincias conviniere (Ley 1, Título I, Libro II)[16].

Adicionalmente este órgano ejerció funciones de carácter administrativo, encargándose entre otras cosas, del nombramiento de los funcionarios residentes en América. La duración de este Consejo se prolongó hasta 1681.

La *Casa de Contratación de Sevilla*. Fue otro órgano creado en 1503 por decreto del Rey. En principio, tenía a su cargo la función de depositaria de las mercancías provenientes de América, posteriormente, la Casa de Contratación, se convirtió en el órgano discrecional del gobierno ultramarino, de allí que fue la institución que dominó y dirigió todo el comercio de América.

Los *Adelantados*, fueron las primeras autoridades españolas residentes en América y tuvieron a su cargo el ejercicio de las funciones de gobierno en materia civil, judicial y militar de las tierras descubiertas y la forma de ejercicio de todas estas atribuciones se contemplaron en forma expresa en el Libro IV de la legislación de Indias.

Los *Gobernadores* tuvieron la misma jerarquía y potestad como autoridades supremas residentes que los Adelantados, ejercían por mandato real la administración de las provincias, y también ejercían, funciones de orden político, judicial y militar. El Ejercicio de su poder estaba limitado por un período de tres a cinco años.

---

15. SISO, Carlos, *ob. cit*, pp. 206-207.
16. LONGHI, Luis, *Derecho Constitucional Argentino y comparado*, Edit. Bibliográfica Argentina, I, Buenos Aires, Argentina 1945, p. 124.

Los *Intendentes,* esta institución fue creada en 1782, para el Virreinato del Río de la Plata, con el objeto de centralizar la administración y con competencia para ejercer las funciones de policía, hacienda, justicia y guerra.

Los *Virreyes* representaron la más alta autoridad residencial en América, se desempeñaron como representantes directos del rey y el único control que tuvieron fue de tipo consultivo ejercido por las Audiencias en las cuestiones de gobierno y por los Intendentes en los asuntos de hacienda. El ejercicio de su mandato estuvo también limitado a tres años, con posibilidad de ser ampliado por más tiempo.

Los *Alcaldes* fueron los funcionarios judiciales en primera instancia. elegidos por el Cabildo en un número de dos, y duraban dos años en ejercicio de sus funciones. Es importante señalar que los alcaldes podían presidir el Cabildo y también se les permitió reemplazar a los gobernadores en caso de falta de cordura.

Las *Audiencias Reales*, representaban a los tribunales superiores de alzada y se establecieron por primera vez en América en 1511. Además de desempeñar sus funciones judiciales, fueron los asesores políticos del Virrey. Fue un órgano colegiado creado por el rey ante la necesidad de descongestionar al Consejo de Castilla y el Consejo de Indias. En caso de acefalía del Virrey, estaba previsto que la Audiencia en pleno, se hiciera cargo del gobierno y también ejercieron funciones de control sobre el oidor, que era la persona prevista para suplir las faltas temporales del Virrey.

El *Tribunal del Consulado*. El incremento de las relaciones comerciales dio origen a la creación de este tribunal, al cual se le atribuían diversidad de funciones, específicamente, de naturaleza administrativa y judicial en todo lo que se relacionara al campo comercial.

También estuvieron presentes las autoridades militares, autoridades financieras y eclesiásticas. En relación a las autoridades militares por ejemplo hay que advertir que, la máxima autoridad militar la ejerció el Gobernador y posteriormente, al implementarse el Virreinato, fue desempeñada por el Virrey. Pero los titulares de las Intendencias a medida que se fueron organizando cumplieron funciones auxiliares en los ejércitos, de conformidad con lo que les establecía las Ordenanzas del Rey Carlos III.

Con respecto a las autoridades financieras hay que destacar que igualmente se le encomendó a los gobernadores el manejo de la hacienda y posteriormente, al organizarse e implementarse los Intendentes, estas funciones pasaron a sus manos. Vale la pena referir que durante la colonia las Juntas de Real Hacienda, intervenían como tribunales contencioso-administrativos, en todas aquéllas materias derivadas del cobro de los impuestos. Esta Junta estaba integrada por varios funcionarios, presididos por el Virrey o el Intendente de Hacienda.

Por su parte, las autoridades eclesiásticas, fueron independientes en su labor de evangelización y conversión de los indios al catolicismo y estuvieron vinculadas al contexto constitucional a través del derecho de patronato, por el cual desde sus orígenes en América, el rey era el único titular, quién sólo podía delegar sus atribuciones en los más altos funcionarios del Virreinato, todo ello en virtud de lo establecido en el título VI, libro I de la Recopilación de Indias:

> Su majestad en virtud del patronazgo está en posesión de que se despache su célula real, dirigida a las iglesias catedrales sede vacantes, para que entretanto lleguen las bulas de su

> Santidad y los presentados a la prelacías son consagrados, les den poder para gobernar los arzobispados y obispados de las indias y así se ejecuta[17].

Los *Cabildos*, fueron la clásicas instituciones de la colonia y funcionaron como órganos colegiados, integrados por un número de miembros variable de conformidad con la importancia de la ciudad que representasen. Estos miembros tomaban el nombre de regidores y duraban un año en el ejercicio de sus funciones. Entre las condiciones de elegibilidad que se les exigía estaban las siguientes: ser vecino, lo que significaba ser propietario y persona de prestigio, además se residente; estar capacitado civil y políticamente y no ejercer oficios viles. En relación a sus atribuciones, éstas les eran expresamente señaladas por la ley y respecto a su forma de elección, los alcaldes eran electos por primer y segundo voto y el cargo de presidente, por lo general, lo ejercía el Gobernador o en su defecto el Alcalde.

El carácter representativo y democrático del Cabildo es un tema que aún resulta controvertido, pues se le ha caracterizado como el primer órgano que efectivamente actuó en representación de los habitantes, aún cuando dicha representación no provenía directamente de la manifestación expresa y directa de la voluntad popular. Sin embargo, es innegable que los cabildos en la colonia fueron los únicos organismos populares de gobierno de aquélla época y sirvieron de base y fundamento para la creación de las instituciones populares posteriores .

En definitiva, los Cabildos constituyeron formas irregulares del gobierno representativo de las ciudades, llegando a desempeñarse como pequeñas asambleas políticas, en defensa de algunos de los derechos civiles que el legislador español reconoció en esta época.

Por otra parte, hay que destacar el papel o rol importantísimo que desempeñó el Cabildo a través de su participación en el proceso revolucionario de 1810 en Venezuela y que analizaremos más adelante.

En el caso concreto de *Venezuela*, puede asegurarse que la organización política primaria que se utilizó fue la división territorial en *provincias*. El régimen interno estaba constituido por autoridades cuyas funciones se encontraban expresamente consagradas en las leyes. Algunas de estas autoridades dependían de la Audiencia de Santo Domingo y otras de la Audiencia de Santa Fe. En efecto, las Provincias de Margarita, Nueva Andalucía y Venezuela, estaban sujetas a la Real Audiencia de Santo Domingo y las de Trinidad, Guayana y la Grita-Mérida-Maracaibo, obedecían a la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá.

Posteriormente, con la creación de la Real Audiencia de Caracas en 1789, quedaron todas estas provincias y la de Barinas sometidas a su nueva jurisdicción. La autoridad fundamental en estas provincias fue el Gobernador y la primera provincia organizada políticamente fue la de Cubagua y por ello resulta de particular interés su estudio, ya que, por una parte, funcionaban los cabildos abiertos, pero también surgió allí el *ejecutivismo* y a diferencia de lo que era una constante: "la autonomía del Ayuntamiento", en Cubagua, predominó el Alcalde como órgano del ejecutivo. Este Alcalde Mayor resultaba electo conforme al sistema democrático de elección popular, dispuesto por el Rey Don Carlos, en las primeras ordenanzas. Podemos ubicar aquí la primera

17. LONGHI, Luis R., *ob cit*, p. 137.

elección popular y directa para el nombramiento de la primera autoridad de la ciudad de Cubagua, en la historia política de Venezuela[18].

El gobierno específico de esta isla estuvo bajo las siguientes autoridades:[19] 1. El Alcalde Mayor (-El Teniente de Alcalde -El Alcalde Cadañero); 2. Regidores y Oficiales Reales (-Los Regidores-Los Oficiales); 3. El Veedor (El Contador)

El régimen político-administrativo de las demás ciudades fundadas en Venezuela, fue, en términos generales, semejante al de todos los pueblos de hispanoamérica, fundamentalmente, desarrollado bajo la autoridad del Cabildo, los Regidores, los Alcaldes Ordinarios, Alcaldes Provincianos, Escribanos Públicos y de Cabildo, Alfereces Reales, Fieles Ejecutores y Depositarios Generales[20].

En resumen, para el momento, existía en Venezuela ya una auténtica organización y estructura de gobierno, con fundamento jurídico; a través de las disposiciones de las Leyes de Indias y desde el punto de vista político; funcionaba un esquema organizativo complejo con la participación de diversas instituciones: El Ayuntamiento con autonomía municipal; El Clero que ejercía la potestad espiritual, los Tribunales de Inquisición que velaban por la integridad de la fe católica; El Juez de residencia que era el delegado de las Audiencias judiciales y el misionero que configuraba una dualidad política y religiosa.

Sin embargo, el Gobierno estaba organizado de tal forma que representaba directamente los intereses del Rey. Sin embargo, fue indiscutible la presencia preponderante del Cabildo, dentro este esquema organizacional de Gobierno, ya que éste se convirtió en la institución peculiar y característica de América para la época, en especial, para el movimiento revolucionario de Independencia el rol desempeñado por el Ayuntamiento fue de gran trascendencia.

En este sentido, el maestro Brewer-Carías siempre ha destacado el rol y la trascendencia de esta Institución, que además de configurarse en Venezuela como el centro del poder político local y autónomo, asegura que a partir del siglo XVII, en su seno se armó el alma de este país, dando lugar al espíritu autonomista de las Provincias quienes a la postre fueron las protagonistas del grito de independencia para Venezuela[21].

Asimismo, el referido profesor en otra de sus obras, destaca el desarrollo considerable que tuvo como estructura territorial en Venezuela la Provincia, la cual incluso fue anterior a la Provincia peninsular, pues según indica fue sólo a partir de la Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812, con posterioridad a la creación de la primera República de Venezuela, que comenzó a implantarse en España, acogiendo el modelo departamental francés[22].

Los primeros Ayuntamientos que se establecieron en las Provincias venezolanas fueron el de Nueva Cádiz (1527), el de Coro (1528) y el del Tocuyo (1545). Para el año 1594, se conformó el Ayuntamiento de Caracas, por doce regidores que tenían a su cargo la elección anual de dos alcaldes ordinarios; un síndico con voz consultiva, presidido por el Gobernador. En las otras Ciudades y Villas había hasta seis regidores y

---

18. *V.*, CHIOSSONE, Tulio, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1980, pp. 61 y ss.
19. MORÓN, Guillermo, *Historia de Venezuela*, I, 223 citado por CHIOSSONE, *ob cit. 62.*
20. MORÓN, Guillermo, *ob cit.*
21. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Cinco siglos de historia y un país en crisis, ob cit*, p. 33
22. BREWER-CARÍAS, Allan R., "La formación del Estado venezolano", *ob cit.* pp. 205 y ss.

dos alcaldes y en delegación del Gobernador, un Mayor de justicia. En las ciudades en las que no existía el Cabildo, el Gobernador nombraba cada dos años un Teniente de Justicia[23].

Destaca entre sus funciones las que ejercía como órgano de control, pues aunque no estaba facultado para remover directamente al Gobernador, atribución que correspondía al Rey, ejercía funciones de efectivo control, llegando a convertirse en los más eficaces correctivos que existieron en la Colonia contra las actuaciones arbitrarias de los Gobernadores[24]. Ejemplo de ello fue la acción ejercida por el Cabildo de Caracas, en el año 1590, replicando al Rey en defensa de sus atribuciones.

Este control además era mutuo, a semejanza del que funciona actualmente en un sistema parlamentario, pues el Gobernador presidía este órgano deliberante y también ejercía control sobre las actuaciones de los Regidores y Alcaldes.

Por ello estamos convencidos que los Cabildos se fueron convirtiendo paulatinamente en especie de *parlamentos*, donde tenía voz y voto no sólo el Gobernador, en su carácter de Presidente, sino también los sectores criollos, quienes lo utilizaban como foro para expresar sus aspiraciones y demandas, por ello, tal vez sea conveniente asegurar que durante la Colonia imperó un sistema semi-parlamentario de gobierno. Además a fines del siglo XVIII, a medida que se extendió el movimiento revolucionario, los Ayuntamientos, a semejanza de los parlamentos europeos, fueron reivindicando nuevas prerrogativas, alzándose contra la autoridad de la Corona y del Gobernador, llegando a adjudicarse y a asumir el control total del Gobierno local, constituyendo así *la patria libre*[25].

En definitiva, por su composición, carácter representativo y sus funciones no hay duda de que el Cabildo fue una forma *cuasi-parlamentaria* de Gobierno local, que se convirtió en el eje de todo el sistema político de la Colonia.

II. MOVIMIENTOS EMANCIPADORES PREVIOS A LA REVOLUCIÓN VENEZOLANA DE 1810

Los primeros movimientos de emancipación en Venezuela se ubican hacia el año 1795, con el levantamiento de los negros y mestizos de Coro, bajo el la influjo de las ideas de la Revolución Norteamericana y Francesa.

De nuevo para el año de 1797 se produce otro levantamiento en contra de la Corona, proveniente de todas las clases sociales bajo el mando y dirección de Gual y España.

Posteriormente, en el año 1806, parecía asegurada la paz en la Colonia, cuando comenzó la expedición libertadora de Francisco de Miranda, quien bajo la pasión inspiradora por las ideas de igualdad y libertad producto de su educación europea, pretendió dar el grito de independencia en América.

De allí que resulta necesario hacer una breve referencia a la repercusión del mundo de las ideas en la revolución de 1810, ya que la comunión de los valores de independencia y libertad, así como de todos los ideales emancipadores, encontraron terreno fértil en el

23. GIL FORTOUL, *Historia Constitucional de Venezuela*, Caracas, pp. 112-113
24. GIL FORTOUL, *ob cit*., p. 113
25. *Idem*, p. 113

espíritu de los pueblos hispanoamericanos. Las ideas universales de soberanía popular, libertad, igualdad y justicia, se fueron entrelazando y tejiendo un tapiz de esperanza que trascendió de lo doctrinario a lo real.

De allí, que los protagonistas de la victoria en esta revolución fueron aquellos que entendieron que la fuerza de las armas no es lo fundamental, ni tampoco las ideas por sí mismas, sino que el elemento esencial para la victoria anida en el corazón del hombre y que sólo los hombres audaces son capaces de hacerlo brotar y que se traduzca en maneras de ser, de pensar y de sentir colectivos.

Lo primero que hay que destacar es que el derecho indiano en sí mismo, no fue fundamento de la Independencia, pero sin embargo, no hay que dejar de reconocer que esta Revolución de la cual fueron protagonistas pueblos como Venezuela, México, Argentina y Chile, se nutrió de su propio pasado y éste jurídicamente no fue otro que las fuentes hispano-indianas a las que hemos hecho referencia.

En opinión de Fraga Iribarne, es indudable la importante herencia española en la política hispanoamericana, según señala: "hoy sabemos que buena parte de las estructuras políticas y administrativas de la época Colonial subsistieron casi íntegras, excepto en las más altas (y menos efectivas) esferas del gobierno..." e incluso que el constitucionalismo español de 1812 y 1820 ejerció una influencia decisiva en los textos americanos[26]. No obstante, hay que advertir que ésta última influencia no se dio en Venezuela, ya que la primera Constitución de Venezuela es de 1811, y mediante ella se creó el Estado venezolano independiente, es decir, anterior a la Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812 y por tanto, la tercera Constitución moderna, junto a la Norteamericana y la Francesa[27].

Así las cosas, fue nuestro país el primero en el mundo en acoger los aportes del constitucionalismo de los fundadores (Estados Unidos de Norteamérica y Francia) y por consiguiente, de adoptar sus instituciones en la Constitución de Venezuela de 1811, producto del sistema jurídico legado por los próceres de la Independencia, luego de la Revolución de 1810. Es así que actuando bajo el dominio de estas ideas revolucionarias (La Revolución Americana-1776 y la Revolución Francesa-1789), que trastocaron el constitucionalismo de la época, se emprendió en Venezuela, la creación de un nuevo Estado independiente, a diferencia de las otras Colonias españolas donde si tuvo incidencia el constitucionalismo español, formándose en consecuencia, como Estados o Repúblicas Independientes con posterioridad a 1811, en concreto, entre 1820 y 1830.

Por otra parte, la influencia ideológica también se atribuye a la divulgación en Hispanoamérica, de las obras de filósofos y enciclopedistas de comienzos de la segunda mitad del siglo XVIII.

Las dos obras más difundidas fueron *El espíritu de las Leyes* y *El Contrato Social* exponentes de corrientes políticas e ideologías distintas, una, fundada en la historia de Inglaterra y otra, que se fundamentó solamente en la voluntad del pueblo.

Podemos señalar a manera de ejemplo, que desde los primeros movimientos de emancipación ocurridos en Venezuela como el de la conspiración de Gual y España,

---

26. FRAGA IRIBARNE, Manuel, *Sociedad política y Gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Colección Instituciones Políticas, Madrid 1962, pp. 77-79

27. *V.*, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo UCAB nº 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

intervinieron personajes como Juan Picornel que bajo la influencia del mundo de las ideas revolucionarias francesas, fue el autor de la obra *Derechos del hombre y del ciudadano,* que se tenía como publicada en Madrid en la Imprenta de la Verdad en 1797. Esta obra no debe confundirse con *la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, publicada en Bogotá en el año 1793 de Antonio Nariño, ni con *Los Derechos del hombre*, de Tomás Paine. Esta influencia determinante de la ideología francesa fue igualmente, sostenida por Mancini[28] quien al respecto señaló*: "La publicación de los 17 artículos de la "Declaración de los derechos del hombre" tuvo grandes consecuencias y con ella se inició en el Nuevo Mundo el punto de partida de la nueva era...*".

Asimismo, con respecto a Simón Rodríguez, el maestro de Bolívar, se sospecha que estuvo vinculado al intento revolucionario de Gual y España. Y asimismo fue determinante la influencia de Rousseau en Bolívar quién lo llevó a formarse diversidad de juicios sobre su obra hasta afirmar que el estilo de Rousseau era admirable[29].

Otro ejemplo ilustrativo que nos traduce el innegable valor y trascendencia que tuvo la obra de Rousseau en el pensamiento de la época, lo encontramos en uno de los párrafos de la carta escrita por Juan Germán Roscio en fecha 29 de junio de 1810, a Don Andrés Bello, que para aquellos momentos se encontraba en Londres:

> Acuérdese Usted de que Londres fue el Lugar donde escribió el padre Viscardo su Legado y donde obtuvo la mejor apología del Contrato Social de Rousseau.

Asimismo, el profesor Jefferson R. Spell, autor de la obra *Rousseau en el mundo hispánico*, copió los textos de las traducciones al castellano en Londres en 1799 y en Buenos Aires en 1810. La primera traducción castellana que se conoce del *Discurso sobre la desigualdad de Rousseau*, es de 1803, publicado en Charleston, Carolina del Sur.

Refiere Spell que de la traducción castellana de *El Contrato Social*, le habló el profesor Marden, de la Universidad de Princeton, poco antes de su muerte en 1932, confesándole haber encontrado un ejemplar de 1800 y que se lo había enviado al profesor Kristian Gauss. También se afirma la existencia de otra traducción castellana de la que lamentablemente tampoco se conocen ejemplares, y es a la que hace referencia el conocido historiador venezolano Pedro Grases, en el prólogo de la obra *La Independencia de la Costa Firme*. En efecto, en carta de fecha 2 de noviembre de 1954, Pedro Grases expresó a Ricardo Levene: "*De ningún modo me atrevería a afirmar que la traducción de Vargas no se realizase. Hay testimonios del hecho y la más firme tradición oral en el país. De lo que dudo es que fuese publicada una vez. Esta me parece es la correcta crítica ante el hecho*"[30]. Pedro Grases afirma la posibilidad de, según aviso publicado en la *Gaceta de Caracas* Nº 140 de 1º de enero de 1811 se comunicó lo siguiente:

> Se abre suscripción a la reimpresión de la traducción al castellano del "Contrato Social" o principios de derecho político. Se recibirá en la tienda de Don Francisco Martínez Pérez frente a los puestos de la Catedral al precio de 20 reales cada ejemplar a la rústica y 30 para los no suscritos.

---

28. MANCINI, J., *Bolívar y la conspiración de las colonias españolas desde los orígenes hasta 1815*, París-México 1914, p. 85.
29. MANCINI, J., *ob cit*., p. 151.
30. LEVENE, Ricardo, *ob.cit*., pp. 195-196.

Asimismo, otro autor venezolano expresó: "Si Vargas tradujo el Contrato Social fue de 1806 a 1808 en la ciudad de Caracas y no en Cumaná"[31].

Otro testimonio es el de Dauxión Lavaysse, autor de *Voyages aux isles de Trinidad*, indicando que en 1807, estando en Cumaná y en casa de un almacenero, un joven hacía "cucuruchus" con pliegos de *La Declaración de los Derechos del Hombre, El Contrato Social*, etc., y al preguntarle como habían llegado a sus manos esos papeles contestó: "*Hice un viaje a la Trinidad y me dieron un paquete conteniendo quinientos ejemplares de cada uno de estos escritos y de una carta del Jesuita Peruvien...*".

Sin embargo, para nosotros resulta casi imposible creer que no se haya encontrado ni un solo ejemplar de esta obra publicada en Venezuela. En tal caso es posible que se haya utilizado la publicación de el Contrato Social realizada en Buenos Aires en 1810[32].

En definitiva, sólo se ha conseguido un ejemplar de la edición castellana que figura publicada en Londres y fue hallada por el profesor Spell en Madrid, quien permitió obtener un micro film de dicho ejemplar al citado autor Ricardo Levene, tal y como el mismo lo confiesa en su obra[33].

No obstante, el profesor Spell en carta de 26 de julio de 1955 dirigida a Levene, le manifestó sus dudas de que esta edición que encontró por casualidad en Madrid, fuera la de Londres, pues en su opinión, fue impresa en algún lugar de Francia.

En definitiva, si la edición de Buenos Aires de *El Contrato Social*, no fue la que siguió a la de Londres, hay que pensar en la posibilidad de que existió otra edición castellana además de la de 1799, con anterioridad a la de 1810.

Por otra parte, respecto a la primera edición castellana del *Espíritu de las Leyes*, se afirma que corresponde a 1787, no obstante, actualmente, se conoce que esta obra ya figuraba en las bibliotecas de Buenos Aires y en la del Canónigo Maciel y en la de Facundo Prieto Pulido, donada por el Virrey Arredondo en abril de 1794.

III. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS FUNDADORES

Es indudable el gran legado dejado por la Revolución Americana y la Revolución Francesa al Constitucionalismo moderno, y sin duda, su influencia fue determinante en la formación del pensamiento político de nuestros , como en la conformación política de los nuevos Estados.

1. Aportes de la Revolución Americana (1776)

Esta revolución que precede en pocos años a la francesa, sienta las bases de un nuevo orden constitucional, es decir, de un nuevo esquema organizativo para los nuevos Estados independientes.

---

31. GRISANTI, Angel, *Bello y Vargas,* Caracas 1954, p. 31.
32. GRASES, Pedro, *La imprenta y la cultura en la primera República (1810-1811),* UCV, citado por LEVENE, Ricardo, Caracas, p 197. La Carta del historiador GRASES es de 7 de mayo de 1956 con la cual acompaña el folleto citado.
33. LEVENE, Ricardo, *ob cit*. p. 196.

En este sentido, sin lugar a dudas, uno de los grandes aportes fue el principio de la soberanía popular, el cual influyó decisivamente para la creación del modelo de gobierno democrático. Modelo de gobierno que junto al republicanismo, garantizaba la participación de todos los individuos.

También destaca entre los aportes de la Revolución Americana, el principio de la separación orgánica de poderes, principio que determina el sistema de gobierno y que bajo el modelo americano, se caracteriza como sistema presidencial de gobierno. Al respecto, la Constitución de Virginia de 1776 estableció en su artículo III lo siguiente: "*...Los departamentos Legislativos, Ejecutivo y Judicial, deberán estar separados y distintos, de manera que ninguno ejerza los poderes pertenecientes a otro: ni persona alguna debe ejercer más de uno de esos poderes al mismo tiempo...*"[34].

Este principio de separación de poderes y el sistema presidencial de gobierno, se acogió sin reservas en las nacientes Repúblicas de Latinoamérica.

El tercer aporte lo constituyó la declaración de los derechos y libertades fundamentales, a fin de garantizar el Estado de Derecho .

Desde el punto de vista formal también los nacientes Estados Latinoamericanos independientes, acogieron el principio de supremacía constitucional.

2. Aportes de la Revolución Francesa

El principal aporte y el que cobra mayor fuerza en esta Revolución fue el principio de separación de poderes, enunciado por sus máximos exponentes: Locke y Montesquieu , de allí que se consagrara en el artículo XVI de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* lo siguiente:

> …Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poder sea determinada, no tiene Constitución…. [35]

El segundo gran aporte lo constituyó la declaración de derechos fundamentales proclamados y desarrollados *en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, teniendo una repercusión decisiva en nuestra primera Constitución de 1811.

El principio de organización territorial, es otro de los aportes que tuvo su influjo particular en Venezuela y que a pesar de no encontrarse expresado directamente en la Constitución de 1811, sin embargo, su influencia es evidente en las posteriores Constituciones Provinciales, en las cuales se establece una organización territorial semejante a la concepción francesa de los Gobiernos locales, es decir, dotados de autonomía y competencias propias[36].

---

34. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo, n° 1, UCAB, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 191.
35. BREWER CARÍAS, Allan, *Ibídem*, p. 191.
36. *Idem*, p. 206.

3. Pensamiento de los Precursores

A. Pensamiento político republicano de Miranda

Sin lugar a dudas, el pensamiento político republicano de Miranda, junto al de otros ilustres venezolanos que iniciaron el proceso revolucionario de 1810, se pone de manifiesto en la primera Constitución de la República de 1811.

De Francisco de Miranda se afirma que fue el Enciclopedista americano del siglo XVIII. Su pensamiento se basó en el filosofismo inglés y en la experiencia de la Enciclopedia, se ha dicho su espíritu resume los más altos ideales de libertad. De allí que en su lucha contra el Despotismo, proclamó que las armas no son el único instrumento necesario para triunfar, en su opinión, éstas deben estar al servicio de los ideales, ya que consideraba que sólo triunfa la fuerza si está al servicio de la Libertad.

Miranda es testigo y actor de tres movimientos emancipadores de trascendencia: La *Independencia de Norte América*, la *Revolución Francesa* y la *Independencia Indoamericana*[37].

Proclamó con tenacidad la absoluta libertad de conciencia y el respeto por todas las libertades del hombre, incluyendo las religiosas, sus diarios, escritos y documentos se encuentran recopilados y publicados en la colección de sus *Archivos*, de los cuales se infiere el carácter humanitario de Miranda.

Recorrió el mundo con la única intención de acrecentar sus conocimientos y visitó los escenarios sobre los cuales se dibujó la aurora de la Libertad. En su búsqueda insaciable, buscó entrar en contacto con personalidades eminentes. En el año 1784, por ejemplo, visitó a Nueva York, reuniéndose con grandes personajes de la Revolución, como el General George Clinton, quien además de ser el Gobernador de la referida ciudad, jugó un papel importante en el ejército insurgente. Asimismo, Miranda estableció amistad con el General Henry Knox y el Coronel Alexander Hamilton, ex-edecan de Washington. En su obsesión por conseguir la libertad de América, visitó al General Hull de la West Point. Posteriormente, Miranda obsesionado por libertar América, decidió visitar Inglaterra y estudiar filosofía.

De su ideario político, destaca el carácter republicano y su interés por adaptar las nacientes repúblicas a las experiencias foráneas más progresistas de la época. De allí, que se inspiró en las instituciones parlamentarias desarrolladas en la Monarquía inglesa, buscando un equilibrio entre las ideas reformistas inglesas y las francesas revolucionarias, para a su vez adaptarlo a algunas de las instituciones políticas hispánicas como la de los Incas, dando lugar a la creación de un *Gobierno americano continental.*

De alguna manera, es quien tuvo la iniciativa original de crear la Organización de Estados Americanos, al proponer en 1790, la creación del Consejo de los Estados Americanos, a fin de establecer los nexos y alianzas necesarias entre estas naciones.

Del texto de su Proclama del 2 de agosto de 1806, fechada en la ciudad de Coro, titulada *Don Francisco de Miranda, Comandante General del Ejército Colombiano, a los pueblos habitantes del continente americano-colombiano,* se aprecia el ideal

37. MIRANDA, Francisco, *Textos sobre la Independencia,* Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia nº 13, Estudio Preliminar José Nucete Sardi, Edic. Guadarrama S.L., Caracas 1959, p. 14.

democrático-republicano que alentó su espiritó, así como el papel protagónico que le adjudicó al Ayuntamiento y que a la postre cumplió.

En este sentido, vale la pena transcribir el artículo II y III de la citada Proclama:

> ...II. Los Cabildos o Ayuntamientos en todas las ciudades, villas y lugares, ejercerán el interín todas las funciones de Gobierno Civiles, Administrativas y Judiciales con responsabilidad, y con arreglo a las Leyes del País: y los curas párrocos y los misioneros permanecerán en sus respectivas Iglesias y Parroquias sin alterar el ejercicio de sus sagradas funciones.
>
> III. Todos los Cabildos y Ayuntamientos enviarán uno o dos Diputados, al Cuartel General del Ejército, a fin de reunirse en Asamblea general a nuestro arribo a la Capital y formar allí un Gobierno provisorio que conduzca en tiempo oportuno a otro General Permanente, con acuerdo de toda la Nación....

Asimismo, en otra de sus proclamas que no figura en sus *Archivos* y que circuló en Venezuela el 28 de mayo de 1912, refleja su inquebrantable lucha por la Libertad, en ella convocó al pueblo de la provincia de Caracas por el justo ideal de la Patria Libre, a enfrentar el enemigo y a abandonar a sus familias e intereses particulares.

Su primer Proyecto de Constitución lo presentó al Ministro Pitt, en el año 1790, en Londres y el pretendía constituir un gran Estado que tuviese limitado por una línea tirada desde la desembocadura del Mississipi, hasta sus cabeceras y desde aquí por 45 grados de latitud, al océano Pacífico, teniendo por límite meridional el Cabo de Hornos.

Para el año 1808, preparó su nuevo Proyecto de Constitución y una vez terminado lo envió al Marqués del Toro, siendo interceptado por el Gobernador de Curazao, la propuesta fue devuelta a Londres.

Esta propuesta contenía un Proyecto Gobierno Provisorio y otro de un Gobierno Federal y difería del proyecto propuesto en 1790, ya que suprimía la figura del Inca hereditario y los senadores vitalicios.

B. Pensamiento ordenador de Bolívar

La reformulación de los Estados emancipados, ocupó el espacio primordial en el pensamiento político del Libertador.

Sus textos más significativos y de mayor trascendencia fueron: el Proyecto de Constitución de Angostura, presentado en 1819 y el Proyecto de Constitución para Bolivia en 1826 y aun cuando ambos son posteriores a 1811, no podemos dejar de referir.

El primero pone de manifiesto la gran influencia de las ideas inglesas y norte-americanas, estableciendo un sistema de gobierno presidencial sobre el principio de separación de poderes y proponiendo como elemento innovador la creación de un cuarto poder: el Poder Moral, propugnando igualmente la debida colaboración entre ellos.

Posteriormente, fue legada al Libertador la tarea de redactar la Carta Fundamental de la Nueva República, por la Asamblea General de los Departamentos del Alto Perú y de inmediato Bolívar abocó todos sus esfuerzos en tan noble Proyecto. Es así que el 25 de septiembre de 1825 comunicó a Santander sus primeros planes de reformas y para el 12 de diciembre del mismo año, concluyó su obra. Pensaba que había encontrado la perfecta expresión de sus ideales llegando a considerar que el texto era adecuado no sólo para la realidad boliviana, sino propicio también para el resto de Estados bolivarianos y así lo manifestó al General Páez al escribirle lo siguiente:

> ...Mando a usted un proyecto de constitución hecho para la República de Bolivia y el discurso analítico de ella. Creo que sería conveniente imprimirla en Caracas, con el discurso al Congreso, y que nuestros amigos dijesen en los papeles públicos lo que ella puede contener de bueno, para prevenir los ánimos cuando llegue el caso de la reforma constitucional en el año de 31. Entonces podemos adoptar la parte que nos convenga de este proyecto...[38].

En efecto, el Libertador pretendió con la redacción de esta Constitución para Bolivia, crear un modelo nuevo, una nueva forma de ordenación del Poder Público, dándole personalidad propia y definida, apartándose de los modelos tradicionales traídos con anterioridad a América, reconociendo la realidad de nuestros pueblos, por ejemplo creando figuras vitalicias que pudiesen garantizar la vida de las nuevas Repúblicas, creando un sistema de control y frenos que impidiera el surgimiento de caudillos que siempre había amenazado a América.

Brewer-Carías al referirse a las propuestas de Bolívar sobre la organización del Estado, indica que ésta "...debía tener un sustento popular y democrático y de ninguna forma ser el resultado de la imposición de una persona...De allí el carácter republicano y no Monárquico de nuestro régimen político desde la misma Independencia...", cuestión que también justifica en su criterio, el establecimiento de un orden constitucional con base en la soberanía popular, legitimado a través de una Asamblea o Congreso. Con ello se pretende asegurar que no se puede atribuir a Bolívar, la concepción de un régimen dictatorial para nuestros pueblos[39].

Por su parte, Caracciolo Parra Pérez, al igual que Vallenilla Lanz, califica al Libertador como el mejor constitucionalista, aportando soluciones a la realidad americana[40]. Asimismo refiere "*...Dos veces tiene ocasión Bolívar de condensar en un Código sus ideas político-sociales y ambas siguen las líneas que proclaman todos sus documentos. El régimen de gobierno de los países americanos no puede ser ni una Monarquía, ni una democracia absoluta. Menester es inventar un sistema especial, temperado en política, libérrimo e igualitario desde el punto de vista civil, que compadezca con el atraso de aquellas sociedades y tomen en cuenta al mismo tiempo, las conquistas del pensamiento revolucionario...*" .

En contradicción con muchos autores Ernesto Wolf, al referirse al concepto de *cesarismo democrático* y la obra de Bolívar, señala que sólo es posible elaborar una fórmula temperada de conceptos de igual naturaleza, pero nunca de conceptos de distinta naturaleza, ya que se excluyen por este mismo hecho. En este sentido, la figura del César, implica la hegemonía del Poder en manos de una sola persona, respecto a la cual el pueblo se encuentra subordinado.

Para nosotros, vale la pena en estos tiempos reivindicar el pensamiento y la obra de Bolívar, no sea que se haya perdido en el tiempo su auténtica significación y cada quien se atribuya la lectura que más le convenga sobre sus pensamientos.

Bolívar creía en la igualdad, sus ideas se enmarcan dentro de la corriente socrática y aristotélica que plantea el mejoramiento del individuo a través de sus virtudes, como

---

38. FRAGA IRIBARNE, Manuel, *Sociedad política y Gobierno en Hispoamérica*, Instituto de Estudios Políticos Madrid 1962, pp. 24 y 35.

39. BREWER-CARÍAS, Allan R., "Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 95-96, Año XL, Caracas 1984, p. 138.

40. PARRA PÉREZ, Caracciolo, *Bolívar: contribución al estudio de sus ideas políticas*, Ediciones del Bicentenario del Natalicio de el Libertador, Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela 1983, p. 54.

medio de progreso de la sociedad. De allí que planteó la creación de un Poder Moral y de la Cámara de los Censores, como guardianes de las virtudes políticas que garantizarían el cambio social. Por ello, era cónsono también con las ideas de Montesquieu, quien era aristotélico, acerca de la naturaleza de las leyes.

Estas referencias tienen su fundamento en el magistral estudio elaborado por el Profesor Humberto La Roche, acerca de las ideas políticas de Montesquieu y Bolívar, en el cual expuso: "*...Los dos, incansables viajeros por el mundo conocido, supieron observar la realidades de otros países e inyectaron a su acervo cultural la dosis de sentimiento de nobleza humana...La proclamación de la virtud, de la libertad y la felicidad de los pueblos son constantes en el pensamiento de ambos pensadores...El pensamiento de ambos autores está penetrado de humanismo, de veneración a la personalidad, de deseo para el reconocimiento de los derechos humanos...*"[41].

En definitiva, Bolívar buscaba la igualdad, entendida como aquella que proporcionaba seguridad y que sólo se preservaba conservando la República. Bolívar fue militar pero no militarista, su concepción política se sustentaba en el respeto de la voluntad popular y en el ejercicio del gobierno a favor del pueblo, cuya voluntad constituye el único fundamento de su legitimidad[42].

IV. MOVIMIENTO REVOLUCIONARIO Y CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA

El Cabildo de Caracas de la Provincia de Venezuela, fue el protagonista de la Revolución iniciada con el golpe de Estado del 19 de abril de 1810, al transformarse en una Suprema Junta Conservadora de los derechos de Fernando VII. Esta revolución estuvo en manos de los criollos y blancos, quienes eran los que detentaban el poder social y económico para la época.

Así con este hecho, como bien lo ha indicado el profesor Brewer-Carías, se inicia la historia política de Venezuela como nación independiente y en general la historia política de toda América Latina independiente. En su criterio, el Acta de la sesión del Ayuntamiento de Caracas, fue el primer acto constitucional de un nuevo gobierno y el inicio de la conformación jurídica de un nuevo estado[43].

Sin duda, en tiempos como éstos en los que Venezuela hace memoria de su historia republicana y democrática, de sus constantes luchas por el estandarte de la Libertad no sólo para los suyos, sino también para otros países hermanos de América. Pareciese que el refrán popular de que la *historia siempre se repite*, resulta propicio hoy más que nunca, pues sin lugar a dudas, los pueblos no pueden olvidar su pasado, pues sólo mirando hacia atrás consiguen caminar con paso firme hacia adelante.

La Revolución venezolana iniciada en 1810, es el reflejo de las dos grandes revoluciones que la precedieron; la americana y la francesa y como en ambas, ésta fue impulsada por la burguesía criolla. Asimismo, el movimiento jurídico-político deno-

---

41. LA ROCHE, Humberto J., "De Montesquieu a Bolívar (estudio de sus ideas políticas)", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Edición Extraordinaria, Mérida-Venezuela 1983-84, pp. 90-91 y 117.
42. LABARCA PRIETO, Domingo, *ob. cit*. p. 41.
43. BREWER-CARÍAS, Allan R., "La Formación del Estado venezolano", *ob. cit*.

minado constitucionalismo ocurrido en Norteamérica y Francia, inspiró e influyó, no sólo estos movimientos revolucionarios surgidos en el Continente provocando la emancipación de las colonias españolas, sino que además permitió la llegada del Constitucionalismo a América. De allí, que Venezuela desempeñó un rol protagónico dando el grito de Libertad, luego del acto revolucionario ocurrido en 1810 y redactando la primera Constitución venezolana en 1811, que es la tercera Constitución del Mundo moderno.

Este Texto Fundamental fue el producto de un Congreso General legítimamente constituido en representación del pueblo, integrado con los Diputados de las Provincias que con anterioridad al 19 de abril de 1810, conformaban la Capitanía General de la República, en concreto los representantes de las provincias de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo, y que para estos momentos ya se había transformado en la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII, ya que deciden Confederarse bajo un mismo texto constitucional, consagrando los principios de soberanía popular, división tripartita del Poder Público y los derechos de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, estandartes del constitucionalismo francés y norteamericano. Se dice, que en su parte orgánica, acogió los principios generales de la Constitución de Filadelfia (la composición del Legislativo en dos Cámaras, el sistema de gobierno, la división orgánica del Poder Público, la forma del estado Federal) y que en su parte dogmática, se inspiró en su Capítulo VIII, en el contenido de la *Declaración de los Derechos del Pueblo* del 1 de julio de 1911, inspirado a su vez, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, dada en Francia en 1789.

Compartiendo el criterio expuesto por nuestro jurista historiador, fallecido recientemente, Polanco Alcántara, la Constitución venezolana de 1811, no ha sido suficientemente divulgada y analizada, no sólo por lo venezolanos sino tampoco por el resto del mundo, según señalaba: "*...las angustias que se traslucen en sus artículos y disposiciones no han sido penetradas por los analistas de nuestra historia y de nuestro derecho...*"[44]. Y es que en efecto, pareciera que nos hemos limitado a citarla como un elemento de orgullo ante el mundo, por ser la tercera Constitución del Mundo moderno que se inspiró en los movimientos mundiales del Constitucionalismo. Sin embargo, no existe hasta ahora, un análisis valorativo y profundo que justifique el porqué de sus instituciones, particularmente, la presencia de un *Ejecutivo* tripartito o *triunviral*, conformado por tres miembros que se turnaban semanalmente en el ejercicio de sus funciones y tres suplentes. El primer triunvirato estuvo integrado por Baltasar Padrón (jurisconsulto de crédito); Juan Escalona (oficial de milicias) y Cristóbal Mendoza (abogado).

No obstante para algunos tratadistas, este Ejecutivo Triunviral, constituyó uno de los elementos que contribuyeron al fracaso de la Constitución de 1811, por considerar que esta composición le restó fuerza y autoridad[45].

Otros autores han opinado también que la adopción de un ejecutivo débil, aunado a la forma de estado federal, fue el sistema menos adecuado para preservar su vigencia y satisfacer las necesidades políticas del momento. Venezuela carecía de una unidad

---

44. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, "El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución venezolana de 1811" en *El pensamiento constitucional de Latinoamérica 1810-1830*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, IV, Ediciones Guadarrama, Caracas 1962, p. 201.

45. BREWER-CARÍAS, Allan R., "Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas" *ob. cit.* p. 142.

política, ya que con anterioridad a su incorporación a la Capitanía General de Venezuela en 1777, las provincias de Caracas, Cumaná, Maracaibo, Guayana, Islas de Trinidad, Margarita y Barinas, eran entidades políticas autónomas, aunque dependientes jurídicamente de la Real Audiencia de Santo Domingo y la de Santa Fé de Bogotá, pero no fue sino hasta la creación de la Real Audiencia de Caracas en 1786, que quedaron todas sometidas a su jurisdicción. Para entonces, la máxima autoridad estaba representada en el Presidente de la Real Audiencia, a quien se le denominaba Capitán General o Gobernador de Venezuela, ejerciendo su autoridad sobre el territorio de las siete provincias. Con anterioridad a ello, como señala Carlos Siso, "...*eran realmente zonas territoriales, pobladas por tribus indias, con algunas ciudades formadas en las costas y uno que otro pueblo en el interior*..."[46].

En este mismo sentido Brewer-Carías, asegura que "...el territorio de lo que hoy es Venezuela, por tanto, en contraste con el que fue el de otras naciones americanas, no tuvo integración territorial durante la Colonia. Se trataba de Provincias aisladas y disgregadas, con una lejanía increíble de lo centros de poder coloniales, entre otros factores por lo paupérrimas que era, hecho que paradójicamente las dotó siempre de autonomía y espíritu rebelde..."[47].

En efecto, lo expuesto deja en evidencia que sólo la forma federal permitiría la construcción de la primera República, uniendo aquellos territorios que siempre permanecieron aislados, proclamando su propia autonomía. De allí que se justifique también que la opción de la forma federal fue más allá que una mera adopción del sistema americano. Por el contrario, fue la única forma de conseguir consenso a fin de reunir las siete provincias bajo una Confederación y un mismo Texto Constitucional, con el objeto fundamental de que dicho texto, fijara las pautas para que cada una de estas provincias dictasen sus propias constituciones que les garantizasen preservar sus respectivas autonomías.

De manera que, en forma expresa, los constituyentes manifestaron su voluntad, consagrando en la sección cuarta, párrafo Nº 133 y 134 de la Constitución federal de 1811, lo siguiente:

> Sección Cuarta: Mutua garantía de las provincias entre sí
>
> 133. El gobierno de la Unión asegura y garantiza a las provincias la forma del Gobierno republicano que cada una de ellas adoptare para l administración de sus negocios domésticos, sin aprobar Constitución alguna provincial que se oponga a los principios liberales y francos de representación admitidos en ésta ni consentir que en tiempo alguno se establezca otra forma de Gobierno en toda la Confederación.
>
> 134. También afianza a las mismas provincias su libertad e independencia recíprocas en la parte de su soberanía que se han reservado , y siendo justo y necesario, protegerá y auxiliará a cada una de ellas contra toda invasión o violencia doméstica con la plenitud de poder y fuerza que se le confía para la conservación de la paz y seguridad general, siempre que fuere requerido para ello la legislatura provincial o por el Poder Ejecutivo cuando el Legislativo no estuviese reunido ni pudiere ser convocado... [48].

---

46. SISO, Carlos, *La formación del Estado venezolano, ob. cit.,* t. II, p. 220-221.
47. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, p. 32.
48. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

De allí que incluso la Constitución provincial de Mérida, que fue redactada paralelamente a la Constitución de Venezuela de 1811, expresa abiertamente este espíritu localista y autónomo.

Para nosotros, si bien es cierto la Constitución de 1811, con su fórmula federal no contribuyó en el afianzamiento de un Ejecutivo fuerte, no obstante ha quedado demostrado con el transcurso del tiempo que sólo bajo la forma de Confederación de Estados independientes y autónomos, las Provincias venezolanas garantizaban la vigencia de la naciente República independiente.

No olvidemos que los problemas constitucionales no se resuelven con soluciones meramente constitucionales, sino que con regularidad es necesario analizar los acontecimientos desde múltiples perspectivas: la histórica, la sociológica, la económica y la estrictamente política, permitiéndonos tener así una visión integral del hecho para comprenderlo.

Paradójicamente, Venezuela, no sólo como República sino como pueblo, surgió de una población y de un territorio (elementos esenciales para formación de un Estado independiente) disgregado, que en la necesidad de proclamar su Libertad e independencia, se integró en 1777, conformando la Capitanía General de Venezuela, bajo la autoridad de la Real Audiencia de Santo Domingo, integrándose posteriormente como Confederación, en el Texto constitucional de 1811, a fin de desarrollar sus respectivas autonomías.

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO*

Carlos A. Casanova
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela

1. En los albores de la vida independiente de Chile, tras un breve período de anarquía, un grupo de patriotas alcanzó el poder y entregó la formación espiritual de la república a un hombre sabio: don Andrés Bello. Se inició así una de las más hermosas aventuras de la historia, semejante a la entronización de Carlo Magno y la reforma de la vida moral de los francos por Alcuino[1]; o a las vinculaciones entre Hermias de Atarneo y el grupo de académicos del Asia Menor a que alude Platón en su *Carta VI*[2].

En aquella hora feliz para Hispanoamérica, se reunieron en Chile muchos intelectos privilegiados que procedían de diversos puntos de nuestro continente indo-hispano. Sarmiento se contaba entre ellos. Al discutirse si los esfuerzos públicos debían centrarse en la reforma y vigorización de la Universidad o en la expansión de la primaria, el ilustre argentino se pronunció por la segunda. Frente a él, Bello argumentó a favor de la primera. Triunfó el caraqueño. Las razones que dio pueden servir, literalmente transcritas, como apertura de estas reflexiones que voy a hacer ante ustedes:

> Lo que digo es que el primero [el cultivo de las letras y de las ciencias] es una condición indispensable de la segunda [difusión de la enseñanza elemental]; que donde no exista aquél, es imposible que la otra, cualesquiera que sean los esfuerzos de la autoridad, se verifique bajo la forma conveniente. La difusión de los conocimientos supone uno o más hogares [es decir, fuegos encendidos dentro de casa], de donde salga la luz, que, extendiéndose progresivamente sobre los espacios intermedios, penetre al fin las capas extremas (p. 34).

Son palabras del discurso de instalación de la Universidad de Chile, pronunciado el 17 de septiembre de 1843 y que pueden consultar en la edición de Pedro Grases, publicada por La Casa de Bello, llamada *La independencia cultural de Hispanoamérica*[3]. No tienen desperdicio: sin una fuente de luz, la sociedad se quedaría pronto a oscuras o, añadamos, caería irremisiblemente en una órbita colonial de otro país.

2. Los diversísimos pueblos de la tierra buscan todos, aunque de modos variados y a veces inconscientes, los bienes que identificó Platón en su *República*: la contemplación de la verdad, la virtud y la concordia. Pero, aunque esos fines sean constantes y universales, cambia profundamente de sociedad a sociedad el modo concreto como se buscan. En cada una se han ido sedimentando las experiencias, formulaciones y modos de vida de sus hombres egregios. Y han cristalizado en la tradición, en un conjunto de

---

* Esta ponencia fue discutida con mis colegas del Departamento de Filosofía de la Universidad Simón Bolívar en el marco de un seminario interno en el que discutíamos sobre la idea de Universidad. Sus observaciones me fueron de gran utilidad para hacer el intento de presentar mi visión de la Universidad de un modo más aceptable para muchos académicos contemporáneos y coterráneos. Sin embargo, no pude acoger todas sus observaciones y, como es natural, ellos estarán en desacuerdo conmuchas de las ideas que aquí se exponen.

1. *Cf.*, GILSON, Etienne, *Filosofía en la Edad Media*, Editorial Gredos, Madrid 1965, pp. 176 y ss.
2. *Cf.*, JAEGER, Werner, *Aristóteles*, Fondo de Cultura Económica, México 1984, pp. 125-145.
3. Caracas, 1992.

opiniones y hábitos compartidos y estructurados en torno al anhelo de una empresa común. Los hombres más lúcidos de la historia de la humanidad, como los clásicos griegos, han llegado a percibir tanto las dimensiones universales y permanentes de la cultura humana como la necesidad de que ellas se encarnen en fórmulas y actitudes contingentes y particulares.

Un pueblo es, por tanto, además de la base biológica, una realidad espiritual peculiar, que se articula y expresa en torno a unos bienes universales. Si las minorías pensantes o poderosas pierden de vista la particularidad del espíritu del propio pueblo[4], ha llegado el comienzo del fin de la existencia independiente de ese pueblo. Allí tienen su origen graves desórdenes y la falta de generación de los símbolos que necesita la vida común. Como dice atinadamente Briceño-Iragorry:

> Río que viene de atrás, el pueblo, para su expresión fecunda en el área de una nación, reclama símbolos que lo personalicen […]. Tales signos sólo pueden formarse con los elementos que forma la Historia a través de una comunidad de gloria y de dolor.

3. A esa pérdida de visión del espíritu del propio pueblo la llamo alienación[5]. Ella es la causa de los continuos intentos de trasplantar a nuestro suelo ideologías, soluciones o modas anglosajonas, francesas o centro- o nor-europeas. Aunque oculto a los ojos de los alienados, el espíritu del pueblo se halla presente y produce el fracaso estrepitoso de esos trasplantes anatópicos, para usar la expresión del peruano Víctor Andrés Belaúnde. El 27 de febrero de 1989 está todavía fresco en nuestras memorias. Y esa fecha es prueba rotunda no de que *el pueblo no estaba preparado* para los juegos neo-liberales, sino de que pretender trasplantar a Venezuela esa ideología es una muestra más de la alienación de nuestros intelectuales y de nuestras clases económicamente pudientes. También, desde luego, de que hay un poder mundial, que traspasa las fronteras culturales o políticas, y que no puede ignorarse a la hora de gobernar los países sometidos a ese poder[6].

4. No quiero decir que no pueda haber diálogo entre las culturas y pueblos y mutua influencia, sino que -para que sea fecundo para nosotros- necesitamos alcanzar la dimensión transcultural que nos permita captar lo que tenga valor universal o permanente en otras sociedades o pueda servirnos aquí y ahora, y distinguirlo de sus expresiones provincianas y sujetas a contingencias.

5. Antes hablé de las *ideologías* europeas o anglosajonas. Usé adrede esa palabra, *ideología*. Desde el siglo XIV en toda Europa tienen demasiada influencia corrientes

---

4. Se entiende aquí por *espíritu del pueblo* el modo peculiar como busca una sociedad esos bienes universales de que habla PLATÓN en la *República*. Por ejemplo, el lenguaje de todo pueblo intenta expresar unas concepciones intelectuales que a su vez son semejanzas de esencias reales (*Cf.*, SANTO TOMÁS DE AQUINO; y ARISTÓTELES.). Pero cada lenguaje expresa esos significados comunes por medio de símbolos convencionales (o institucionales, históricos) diversos. Los intelectuales que se ocupen del lenguaje en cada pueblo tendrán que considerar las significaciones que le dan sentido a los símbolos, pero también la forma concreta de las convenciones que le dan su carácter peculiar al lenguaje de su pueblo. La lingüística seguramente encontrará patrones más o menos universales, pero también, sin duda, peculiaridades en los diversos lenguajes que no pueden pasarse por alto.

5. Para seguir con el ejemplo de la nota anterior o con uno semejante, si algún venezolano pretendiera estudiar la gramática castellana calcando las categorías que pueden determinarse en la lengua inglesa, perdería las peculiaridades de su propia lengua y estaría incurriendo en la *alienación* de la que hablo en el texto.

6. Pienso, por ejemplo, en que actualmente es casi imposible sostener las finanzas públicas sin contar con crédito internacional, por lo menos en un país como el nuestro. Y es indudable que los organismos financieros inter- o supra-nacionales (imperiales) ponen como condición para el acceso a ese crédito la adopción de determinadas medidas. Pero quizá no ha habido hasta ahora una defensa convincente de parte de entidades oficiales hispanoamericanas de la necesidad de cambiar las recetas de esos organismos.

nominalistas. ¿Qué entrañan esas corrientes? El cerrarse a las esencias o bienes reales, que dan valor más o menos natural y universal (meta-cultural) a las significaciones de los nombres o a la sabiduría práctica, y quedarse con las puras convenciones, contingentes, particulares, de las voces[7]. Ellas suelen pervertir la tradición cristiana europea -que se sabía custodia de una verdad universal pero que no le pertenecía en propiedad-, rechazando esa verdad revelada sin suplantarla por la verdad natural, pero conservando las pretensiones universalistas. Es decir, la Europa nominalista pretende construir una civilización narcisa, que ya no quiera expresar la verdad que se encuentra más allá de ella, sino que, desligada de toda medida exterior, quiera medir a todas las otras culturas con las que entre en contacto.

6. En cierto sentido, Descartes es un hijo de Ockham. Su encerramiento en la inmanencia del sujeto y su pretensión de suplantar la frónesis clásica (la sabiduría práctica) por un conjunto de técnicas entre las que destaca la medicina (*cf. Discurso del método*, Sexta parte), no son más que un caso particular de la negación de la existencia de la causa final en la naturaleza (el bien real) o de que pueda ser conocida por el intelecto humano. Esta negación dio origen, de seguro con el apoyo histórico de las guerras europeas de religión[8], a todo un estilo de cultura que se autoproclamaba *moderno* y que pretendía suplantar a todos los depósitos tradicionales de la sabiduría práctica, encerrados en las diversas religiones o estilos de gobierno.

No quiere decirse con esto que todo lo que ha pensado Europa desde la Modernidad nos sea enteramente inútil por poder etiquetarse como *nominalista*. Hay que hacer muchas distinciones. En la Filosofía, por ejemplo, entre diversas tradiciones: el empirismo es casi todo nominalista[9], igual que la escolástica decadente. En cambio, el racionalismo alemán, sobre todo desde Leibniz, reacciona contra el nominalismo de los anglosajones, en particular de Locke. Sin embargo, la aceptación de la inmanencia por el mismo Leibniz (el alma no tiene ni puertas ni ventanas) origina en él una suerte de nominalismo mitigado. Con una *mitigación* que no impide, por ejemplo, que sustituya el principio de no contradicción por el de identidad, debido a que el principio formulado por Platón (*República* IV) y Aristóteles (*Metafísica* Gamma) supone la *captación intelectual* de la noción de ente en lo real y a través de los sentidos. Por otra parte, en el mismo campo de la Filosofía, al final del siglo XIX y durante todo el XX surgieron figuras que rompen en buena medida estos esquemas, tales como Brentano, Gilson, Fabro, etc.

---

7. Para obtener una exposición sistemática, aunque suscinta, del nominalismo europeo, particularmente en lo que se refiere a la moral, *Cf.*, PINKAERS, Servais, *Las fuentes de la moral cristiana*, EUNSA, Pamplona, 198 p.

8. *Cf.*, sobre este punto, la interesante conferencia de CRUZ PRADOS, Alfredo, "Política y autonomía de la moral" en *Anuario Filosófico*, Pamplona 1995.

9. BELLO, por ejemplo, aunque tiene formación empirista, no negaba realidad a las significaciones de los nombres. Simplemente, no tenía otra estructura general en la que *colgar* sus observaciones, bastante agudas, de la realidad inteligible, que la que le proporcionó el empirismo. Pero tampoco fue él un servil repetidor de los anglosajones. Desde luego, por ejemplo, atribuía al verbo *ser* un significado muy distinto al de mera cópula que defendía para dicho verbo MILL, Stuart al hacerlo así, BELLO, en definitiva, se estaba ateniendo a la realidad de su objeto de estudio (que, en el caso, era el lenguaje), lo distinguía del objeto de estudio de *los silogistas* (así se refiere él a los lógicos, sin percibir que la tradición en la que el caraqueño se formó inicialmente ya no era compatible con la lógica empirista) y manifestaba que el gramático, como cualquier hombre de ciencia, se encuentra con unas estructuras inteligibles que no son fruto de meras convenciones. Es decir, BELLO no era nominalista, aunque usara un lenguaje empirista. (Filosofía del entendimiento, Gramática...)

7. Marx es buen ejemplo del desenfoque producido por el nominalismo. Toda su filosofía idealista invertida parecía encerrar una misión profética universal, y sedujo -de hecho- a intelectuales procedentes de las más variadas culturas: rusa, china, hispanoamericana… Pero Marx no estaba sino respondiendo a la situación concreta del occidente de Europa. Usaba un lenguaje universal, aunque sabía que el alcance de sus fórmulas era concreto. De aquí que, ante la solicitud de los comunistas rusos de que declarara cuál sería el curso de los acontecimientos en su Rusia, Marx contestara que no podía saberlo porque la situación que él tenía a la vista era muy distinta (así lo dijo en una carta enviada a la dirección editorial de una revista de ese país, citada por Alasdair MacIntyre en su *Marxism and Christianity*, páginas 85-87).

8. Mas, si el marxismo fue recibido en tantos lugares del planeta, no fue por un puro capricho. Como dice el Papa Juan Pablo II (*cf. Centessimus Annus*, n. 20), fue una reacción de las culturas locales contra la agresión de los imperios. Éstos también pretendieron imponer a sus víctimas una ideología descontextualizada: el liberalismo. Mientras el comunismo sirvió como herramienta intelectual para responder a la agresión, el liberalismo sirvió -y sirve- como careta de la cruda voluntad de poder y de riqueza de las oligarquías imperiales y de sus aliadas indígenas.

9. Desde Nietzsche, una capa de los intelectuales europeos cayó en la cuenta de que el universalismo nominalista era un desenfoque. Europa no es el centro de la humanidad ni de la historia. Tampoco lo son, desde luego, las culturas que son vástagos más groseros que el árbol-madre, tales como la de los Estados Unidos. Desde esta perspectiva, el autor inglés David Brading percibe, por ejemplo, que la civilización hispanoamericana que nació en las postrimerías del siglo XV y que floreció en los siglos XVII y XVIII, para decaer luego, no era inferior a la cultura liberal y auro-céntrica de los angloamericanos (*cf. The First America*. Cambridge University Press, 1989). Pero hay un problema. Los nietzscheanos, que justamente descubren la voluntad de poder tras la careta de la cultura europea moderna (en particular de la cultura liberal), incurren en una universalización tan nefasta o más que la de sus predecesores: toda manifestación cultural sería máscara de la voluntad de poder. No hay captación intelectual alguna en el origen de la conciencia, sino un apetito irracional[10]. Ellos mismos están inficionados del nominalismo que afecta a buena parte de la cultura europea moderna. Lo aceptan, son conscientes de él y lo quieren convertir en la regla de la humanidad…

10. Nadie tiene por qué aceptar los supuestos de estos desenfoques. Todos los hombres sabemos que conocemos lo inteligible, las esencias de las cosas concretas (qué son), y nos comportamos en consecuencia. Ninguno, por ejemplo, pone en duda el que según Aristóteles es el primer principio de la vida intelectual: el principio de no contradicción. Puede alguien pretender negarlo en su discurso, pero en la misma práctica del pensamiento y el lenguaje y en las decisiones (dirigidas por una actividad racional que es la deliberación), no puede más que aceptarlo, aunque sea implícitamente. Esto o algo semejante lo mostraron hace ya mucho tiempo, de modo magistral, Platón en su *Teeteto*[11] y Aristóteles en el libro IV de su *Metafísica*. En

10. Un ejemplo de lo cual puede verse en la obra de CASSIN, Bárbara y NARCY, Michel, *La Decision du Sens*, comentada en la *Revista Venezolana de Filosofía* nº 35, Caracas 1997.

11. En realidad, lo que PLATÓN muestra aquí es, más bien, que la ciencia tiene en su base una captación intelectual y que, en consecuencia, no puede reducirse el conocimiento humano a sensación, como implicaba la

nuestros días, Etienne Gilson ha roto el velo de los argumentos cartesianos o kantianos que condenaban a los espíritus privilegiados a la inmanencia o a un escepticismo radical. Cualquiera que lea su *Realismo metódico* y *La unidad de la experiencia filosófica*, y los medite serenamente, puede salvar el camino de la verdad.

11. Pero, si nadie tiene por qué aceptar el nominalismo, menos que cualesquiera otros, los hispanoamericanos nunca debimos caer en él. Nuestra civilización nació bajo la luz que arrojaban los intelectos de Vitoria y De Soto. En América, la Conquista entrañó muchas injusticias; pero, al establecerse el nuevo orden, se dio nacimiento a una civilización mestiza porque el Cristianismo auténtico de muchos de los españoles, peninsulares y americanos, era mucho más universal que el calvinismo de los anglo-americanos. No hubo entre nosotros prejuicios raciales o culturales que condujeran al exterminio sistemático de los vencidos. La apertura a la verdad trans-cultural nos permitió asimilar a indios (y negros), como muestra bellamente Toynbee, en su *An Historian's Approach to Religion*[12].

12. Esa apertura dio flores y frutos abundantes en la admirable administración del imperio dirigida por el Consejo de Indias y en la tradición de nuestras letras hispanoamericanas, sobre todo mexicanas. Ganaríamos mucho injertándonos en esa tradición, en lugar de leer las perfectas idioteces que nos llegan desde el Perú o desde Miami por el dictado de los agentes del imperio…

13. Es cierto, sin embargo, que ya hemos sufrido muy profundamente el impacto del nominalismo europeo. Desde el siglo XVIII, por lo menos, quedamos francamente expuestos a él, tras la instauración de la dinastía borbónica a la cabeza del mundo hispano. Y no por una perversa intención, sino por la dificultad que encerraba la situación cultural. Indudablemente, el desarrollo tecnológico de las potencias rivales de España exigía a ésta intentar asimilar el tipo de racionalidad que le había dado origen a ese desarrollo. Pero era muy difícil discernir en dicha racionalidad lo que era fruto de un nuevo modo de experiencia y reflexión de lo que era más bien resultado de las desviaciones nominalistas. La monarquía *modernizó* la administración del Imperio de Indias, mas no consiguió hacerlo sin herir las bases mismas de la cultura barroca en la que se asentaba la autoridad del propio Rey sobre sus súbditos americanos. La España de Vitoria y De Soto estuvo en situación análoga y logró reaccionar enérgicamente. Pero en su tiempo no existía el foso tecnológico entre España y sus rivales ¿Cómo podríamos hacer nosotros para rectificar el rumbo de nuestra civilización? El camino es largo y difícil, pero no veo otro si queremos sacar a nuestra Patria (Venezuela e Hispanoamérica) de la triste situación de una pobre colonia y si queremos contribuir en algo a la justicia del mundo:

14. Habría que estudiar reposadamente a los clásicos. Es decir, a los hombres que llegaron a la dimensión meta-cultural (*cf.* n. 5). ¿Quiénes son ellos? Primero, los grandes filósofos griegos entre los que destacan Parménides, Sócrates, Platón, Aristóteles y Plotino. Segundo, los juristas romanos. Habría que leerlos a todos directamente y procurando despejar los obstáculos que ponen para su verdadera comprensión los prejuicios etnocéntricos o epocales. Habría que darles, a los clásicos, la posibilidad de que re-estructuraran, a la luz de las inteligibilidades reales, nuestras frecuentemente

---

afirmación de PROTÁGORAS de que el hombre es la medida de todas las cosas. Esto se percibe especialmente en lo que se refiere a la captación de lo conveniente o bueno.

12. Oxford University Press, Londres 1957, pp. 52-53 y 155-161.

caóticas cabezas. También deberíamos incluir a los clásicos cristianos. Primero, porque encierran en sí valiosas experiencias meta-culturales y, después, porque casi todos en este país tenemos Fe y sabemos que la Fe es para todos los hombres ("Dios quiere que todos los hombres se salven y lleguen al conocimiento de la verdad")[13]. Que ella es una luz que nos muestra, además de verdades que el intelecto solo no puede alcanzar, otras que coinciden con las que llegaron a ver los griegos. Como decía Clemente: Dios, que dio profetas a los judíos, dio filósofos a los gentiles. Y ese mismo Dios se encarnó en Jesucristo. Pero difícilmente captaremos la hondura de la Fe si no leemos la patrística de los primeros siglos de nuestra era y a San Agustín y Santo Tomás. Ellos también, como los clásicos griegos y romanos, pueden articular sólidamente nuestras cabezas, con la estructura de las realidades inteligibles rechazadas por el nominalismo.

En la propia Europa estos clásicos han jugado casi siempre un papel importante en la formación de los jóvenes y en sucesivas renovaciones del pensamiento en planos muy diversos. La paideia clásica pasó al trivium y al quadrivium; Alcuino y los demás monjes que participaron en el renacimiento carolingio insertaron en los bárbaros el amor por lo clásico (cristiano o pagano); Aristóteles jugó un papel muy relevante en el renacimiento del siglo XIII y el Derecho Romano en la configuración del arte jurídico europeo. El nuevo Renacimiento de los siglos XV y XVI se nutrió ampliamente de Platón y, por lo que se refiere al Derecho de Gentes, de Santo Tomás. El Derecho alemán, como antes el castellano, recibió una y otra vez el influjo *renovador* del Derecho Romano. Aun recientemente, TheodorViehweg, por ejemplo, en su *Tópica y jurisprudencia* (Editorial Madrid, 196), redescubre el pensamiento tópico a la luz de Aristóteles, Roma y los juristas medievales; así como Perelman redescubre la retórica en fuentes análogas. De modo más amplio, durante este siglo Werner Jaeger intentó revitalizar la cultura occidental extrayendo savia vivificadora de la experiencia griega (*Paideia. Los ideales de la cultura griega*. Fondo de Cultura Económica. México, 19). En los propios Estados Unidos de una parte de la América del Norte hay importantes movimientos culturales que intentan hacer consciente a esa sociedad de la medida meta-cultural; piénsese, por ejemplo, en Leo Strauss o Mortimer Adler. A todo lo cual, que es sólo una muestra pequeña, debe sumarse la presencia silenciosa de las estructuras mentales e institucionales surgidas de las grandes reflexiones greco-romanas y judeo-cristianas.

15. Pero, junto a los anteriores, deben compartir sitial de honor todos los demás clásicos universales o propios de una lengua o cultura particular. Es decir, todos los hombres que han planteado problemas intelectuales de los que ya no podemos prescindir y que no tienen por qué quedar sepultados en un tiempo y una geografía particular, por una parte; y, por otra, quienes han llegado a un dominio magistral de una lengua o han llevado a su cúspide algún aspecto de una cultura, en particular de aquella

13. Piensan algunos, inscritos quizá en la tradición positivista, que las cuestiones de Fe deben separarse de las filosóficas. Sin embargo: la Fe es una parte de la realidad que no puede ignorar un verdadero filósofo (sobre todo un metafísico o un filósofo político); es muy dudoso que un hombre que realmente tenga Fe deba ponerla entre paréntesis para filosofar (ARISTÓTELES, por ejemplo, nos dice que las sustancias separadas de *Metafísica* Lamda 8 corresponden a la *patrios dóxa*, y que él se hace más amante de los mitos en la medida en que envejece; PLATÓN afirma que los poetas escriben movidos por una fuerza divina y da un lugar importante a esa suerte de inspiración en el descubrimiento de la verdad -Recuérdese el famoso pasaje de *Fedro*-), y otra cosa es que deba dar argumentos ascendentes y que puedan ser compartidos por sus interlocutores; y, finalmente, las dos razones anteriores para no eliminar la Fe de la reflexión filosófica han sido reconocidas por importantes autoridades filosóficas de este siglo, tales como HEIDEGGER, GADAMER, STEINER, VOEGELIN, CORNFORD, GILSON, MARITAIN, PIEPER, etc.

a la que pertenece la Universidad de que se trate. Es éste un cajón abierto en el que cada académico tenderá a situar a pensadores diversos, pero en el que de seguro habrá acuerdos importantes, también. No puede negarse, por ejemplo, que Descartes sea un lugar importante para comprender el problema de la inmanencia. Tampoco que *El Quijote* sea un clásico de la lengua castellana.

16. Ése sería el primer paso, el estudio de los clásicos. Luego, desde el instrumental teórico que adquiramos allí, tendríamos que asumir nuestras tradiciones, descubriendo en ellas una vía concreta de expresión de las realidades permanentes. Tendríamos que estudiar nuestra historia, siguiendo la guía, por ejemplo, del ilustre maestro venezolano, Mario Briceño-Iragorry, en *Mensaje sin destino*, *Introducción y defensa de nuestra historia*, *La hora undécima* y *Tapices de historia patria*.

Por cierto que al hacer esto no estaríamos más que siguiendo la huella de grandes maestros. Platón mismo, en su obra más revolucionaria, parte de la reflexión sobre las experiencias del pueblo griego, particularmente en lo que se refiere a la paideia. En nuestros días, Heisenberg, un maestro indiscutible de la física *moderna*, nos dice en sus *Diálogos sobre física atómica*: "Naturalmente que me tienen sin cuidado las formas antiguas; pero, en cambio, me interesan los contenidos que pueden estar representados por ellas. Quisiera esclarecer este punto con una comparación tomada de la física. Las fórmulas de la física clásica [newtoniana] representan un saber derivado de antiguas experiencias, que no fue sólo correcto entonces, sino que será valido también en el futuro y en todos los tiempos. La teoría cuántica da sólo a este tesoro de la experiencia una configuración distinta. Pero, por lo que se refiere al contenido no puede cambiarse nada de la física en lo referente al movimiento del péndulo, a las leyes de la palanca, a los movimientos de los planetas, ya que tampoco en estos procesos varía el mundo. Volviendo a los trajes talares [v.gr. la toga]: este viejo formulismo se remonta a la época de la división del pueblo en estamentos sociales, y le corresponde como contenido la experiencia mucho más antigua de que el grupo de hombres que han estudiado mucho y cuyo pensamiento se ha formado en la escuela y con el contacto de otros grandes y profundos pensadores es algo singularmente importante para la comunidad humana, ya que sus consejos están mejor fundamentados que los de los demás. El traje talar debe expresar esta posición especial y proteger a su portador de los rudos ataques de la masa, aun cuando él en su vida particular no haga suficientemente honor a su estado. Seguramente esta experiencia tiene en nuestro mundo tanta o mayor vigencia que hace cientos de años; pero de hecho carece en absoluto de importancia el que exteriormente se exprese por medio del traje talar o, tal vez mejor, en formas modernas. En todo caso, tengo la sospecha de que muchos críticos de los trajes talares [entre los que se contaba su interlocutor, un joven nazi] quieren suprimir el propio contenido por ellos expresado. Pero esto es una pura tontería, ya que, ciertamente, no podemos cambiar los hechos reales" (Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1975, pp. 185-186).

17. De este modo, adquiriríamos y transmitiríamos la preparación necesaria para enfrentar los problemas teóricos, prácticos e, incluso, técnicos que afronta la vida del pueblo. El ocio académico podría convertirse en un ocio creador, no sólo de artículos para revistas extranjeras, sino también de respuestas culturales adecuadas a las necesidades del país.

18. Aun todo eso no bastaría. En el estado actual del mundo y de nuestra cultura, tendríamos que asimilar los frutos de las culturas europea y norteamericana. Pero ya no del modo servil que, siguiendo de modo inconsciente una larga tradición iniciada en la

época borbónica, propone en Caracas alguna escuela de negocios, sino críticamente, desde el núcleo de nuestra propia cultura y teniendo por continuo punto de referencia la realidad meta-cultural. Sin ésta, es imposible diálogo alguno entre dos culturas: sólo queda espacio para el aislamiento total o para relaciones de dominación[14].

La microeconomía anglosajona o la germánica, pongamos por caso, tienen multitud de supuestos antropológicos nominalistas y falsos, junto a máximas verdaderas de experiencia, pero fundido todo en una concepción errada de las disciplinas prácticas, que pretenden construirse siguiendo el modelo de la física newtoniana o, en todo caso, separadas de toda dimensión metafísica de la realidad[15]. Habría que estudiar los textos alemanes -no sólo los norteamericanos, ni principalmente- desde la perspectiva de la prudencia clásica -no de las *ciencias sociales* ni de la *hermenéutica*-, y distinguir en ellos lo que es expresión de una antropología falsa de lo que constituye máxima razonable de experiencia, trasladable o no a nuestro entorno. Esto [en cierto modo lo inició entre nosotros Raúl González Fabri e] implicaría una verdadera revolución cultural, mucho más justa y permanente que la china.

Algo semejante podría decirse de todas las demás ramas del saber: desde un nuevo núcleo filosófico podrían asimilarse cada una de ellas, atendiendo a las experiencias que están en su origen, no tanto a las formulaciones (que son contingentes y que pueden ser erradas). Quizá de este modo, por ejemplo, podríamos sacar a las ciencias naturales del atolladero de la hiperespecialización y del ultrapositivismo, como la inspiración de la filosofía alemana sacó a la física de los modelos puramente mecanicistas a los que se habían confinado los ingleses (*cf.*, por ejemplo, *The Rise of the New Physics*. Dover Publications INC. Nueva York, 1951. Volumen I, pp. 103-104).

19. Pero, además de todas estas tareas, la Universidad, para alcanzar la repercusión social a que debería estar destinada, tendría que formar multitudes de jóvenes en la frónesis y demás hábitos existenciales necesarios para que la república se encaminara sensatamente a grados más aceptables de justicia. Como suele ocurrir en las épocas de grave crisis cultural, durante el surgimiento del nazismo hubo observadores lúcidos que se dieron cuenta de cuál era la etiología de la enfermedad, aunque no pudieron hacer

---

14. Si, retomando un ejemplo anterior, no hubiera unos signos naturales de esencias de las cosas, no sería posible la traducción de un sistema de símbolos convencionales (de un idioma) a otro independiente. Como sí es posible, aunque con imprecisiones derivadas de la distancia que hay entre el pensamiento y la realidad y entre el lenguaje y el pensamiento (distancia que, dicho sea de paso, ya conoció ARISTÓTELES), como sí es posible, es claro que sí hay esos signos naturales (*Cf.*, GILSON, Etienne, *La unidad de la experiencia filosófica*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid.). Pero, si no fuera posible en modo alguno la traducción, dos pueblos de lenguajes distintos no podrían comunicarse y, o se mantendrían completamente aislados o uno sería absorbido por el otro, que podría criar a los niños del pueblo absorbido en el lenguaje del pueblo absorbente.

15. La economía liberal supone que puede plantearse siguiendo un modelo físico (o matemático) y no percibe, básicamente, que: la *práxis* es irreductible a técnica (aun a todo el conjunto de las técnicas); y las decisiones del político o el empresario son siempre prudenciales, razón por la cual deben tener en cuenta un contexto mucho más amplio que la dimensión exclusivamente *económica* (que es una abstracción). La hermenéutica, por su parte, reconoce que la racionalidad práctica es irreductible a una sumatoria de las técnicas, pero pretende poner a esa racionalidad práctica en el lugar de la metafísica, desconociendo, en definitiva, aquel famoso pasaje de la *Ética a Nicómaco* en el que ARISTÓTELES muestra que la sabiduría no se puede identificar con la prudencia porque el hombre no es el ser más alto del cosmos (VI).

Puede añadirse, respecto de la tradición filosófica en que se inscribe la economía liberal, que niega que el hombre pueda conocer bienes inteligibles en la realidad y, en cambio, sostiene, que lo mueve sólo el deseo de felicidad (entendido como tendencia al placer-físico). Por su parte, no es raro que la tradición hermenéutica ponga en el principio de la acción humana un deseo irracional (como la voluntad de poder), en el fondo porque también niega la captación de bienes inteligibles reales por el hombre.

nada para detener su avance. Uno de ellos fue Eric Voegelin. Él observó, en una obra escrita años después, que la Universidad liberal alemana de Wilhelm von Humboldt había cumplido una misión importante al independizar a las ciencias, en particular a las ciencias naturales, de la tutela de los dogmas sociales y religiosos de Prusia. Pero, como contrapartida, abandonó el campo de la formación de los jóvenes para la política y la vida del espíritu, razón por la cual dejó un vacío, que ya no era cubierto por la Iglesia. ¿Quién ocupó ese vacío? Las ideologías, los movimientos de masas gnósticos. El nazismo, concretamente. Si la Institución que debía custodiar el Espíritu con independencia del Poder descuida su papel, es fácil que se dé la *translatio veritatis* hacia un movimiento equivocado, que pretende fundir la acción política con el espíritu[16] (*cf.* "The German University and the Order of German Society". En: *The Collected Works of Eric Voegelin*. Volumen XII. Louisiana State University Press. Baton Rouge-Londres, 1990, pp. 1-35). Una confirmación de este aserto puede verse en el mismo diálogo, citado antes, que sostuvo Werner Heisenberg con un joven nazi:

Joven nazi: -"Ahora bien, alguno de los representantes de la época anterior, alguno de los viejos profesores que ahora se lamentan de la revolución, ¿intentó en su día mostrarnos a nosotros los jóvenes un camino que fuera mejor, que nos hubiera llevado a la meta [de un estado más justo de cosas, donde Alemania no fuera humillada por otras potencias y los dirigentes se ocuparan del bien de todo el pueblo y no sólo de las clases privilegiadas] con medios mejores? No hubo nadie que nos dijera cómo podíamos salir de la miseria de otra manera. Usted tampoco. ¿Qué podíamos hacer entonces?"

Heisenberg: -"Y por eso ha participado usted en la aplicación de la violencia y en la revolución, con la absurda ilusión de que de la destrucción podría surgir alguna cosa buena. Ya conoce usted lo que ha escrito Jacob Burckhardt sobre el resultado último de las revoluciones en la política exterior: 'Ya es una dicha grande el que una revolución no convierta en señor al enemigo ancestral'. ¿Por qué nosotros los alemanes habíamos de tener tan extraña dicha? Si nosotros los viejos -tengo ya que contarme entre ellos- no hemos dado ningún consejo, es por la sencilla razón de que no sabíamos dar otro que ese tan trivial de que se debe hacer el trabajo concienzuda y ordenadamente, y esperar así a que cunda el buen ejemplo". (*Diálogos sobre Física Atómica*. Cit., p. 183).

Realmente no era suficiente lo que habían hecho los *viejos*. De la Academia, en particular, se esperaría más. Pero la Universidad alemana se había encerrado en el narcisismo del sujeto de las ciencias naturales, y, aunque la física alemana llegó a romper con la distinción sujeto-objetiva, no hubo ninguna propuesta seria en el plano del Espíritu (*Cf.*, Voegelin, Eric. *Op. cit.*, pp. 18 y ss.)[17].

20. De acuerdo con lo expuesto y siguiendo el principio antropológico descubierto en la *República* (y aplicado en nuestros días con tanto éxito por Hauriou -*Cf.* su *Teoría de*

16. Por cierto que entre nosotros se ha dado un fenómeno análogo: la Universidad pasó a la *acción directa*, y con esto abandonó el campo del Espíritu. Lo que ocurre es que también el marxismo es un movimiento gnóstico que funde indebidamente el Espíritu y el Poder. Para una descripción de estas nociones, *Cf.*, abajo, nota X+2 ó 3.

17. Es sabido que Descartes creó un patrón con el que se auto-interpreta el hombre moderno de ciencia (hasta la física alemana de este siglo): un sujeto completamente apartado del objeto de estudio al que contempla *asépticamente* y encerrado en el mayor solipsismo, aislado de los otros sujetos y de la vida política.

Aquí tocamos una de las graves deficiencias que aqueja a nuestra querida Universidad Simón Bolívar, especialmente en los estudios de pre-grado. También entre nosotros se concibe a la ciencia como una realidad apolítica, egoísta y casi exclusivamente *tecnológica*, sin lugar para una verdadera formación general de los alumnos. Claro que la pretensión de encerrarse en la subjetividad científica no ha dado aquí los mismos frutos que en la Universidad alemana del siglo XIX.

la institución y de la fundación. En: *Obra escogida*. . Madrid, 19 , pp. -), podríamos decir que la Universidad debe encarnar la sabiduría de una sociedad. A este mismo resultado llega MacIntyre en su importante obra *Tres versiones rivales de la ética* (*Three Rival Versions of the Moral Enquiry*).

El fin esencial de la Universidad no es la tecnología: para producir tecnología serían suficientes los laboratorios de las empresas angloamericanas. En el plano ético del que habla MacIntyre (dejemos por un momento el plano teórico), el fin esencial es, más bien, mantener vigente una jerarquía de bienes, que sea fruto de una visión del mundo que se someta a discusiones radicales continuas y que emane de una búsqueda desinteresada de la verdad, y desde la cual pueda juzgarse el ejercicio del poder político o económico. La libertad política, tan cacareada por los liberales, es en realidad una ilusión, si no existen centros académicos que lleven a cabo esa investigación desinteresada. Los detentadores del poder global en el conglomerado de las contemporáneas *democracias*, lo saben muy bien, y harán lo posible por hacer desaparecer un censor tan molesto, dentro o fuera de los Estados Unidos. Quizá sea éste el fondo de las políticas mundiales adversarias de la Universidad libre (libre respecto de la empresa privada, básicamente; pero también libre de las imposiciones gubernamentales). En nombre de la *libertad* se quiere suprimir su verdadero bastión, con unas campañas dignas de buenos discípulos de Orwell.

De lo dicho en el párrafo anterior se sigue que los debates públicos e interdisciplinares, en los que se pretenda resolver problemas teóricos o prácticos y orientar a los alumnos en la búsqueda de la verdad, deberían ser parte importante de la vida universitaria. Y se dice *interdisciplinares*, porque el principio de no-contradicción debería imponernos buscar una visión unitaria del mundo, sin que -por supuesto- pueda imponerse por un camino distinto al de la discusión (y aunque cada uno se vea arrastrado a usar un léxico propio que haga aparecer las divergencias como irreconciliables, cuando se alcanza suficiente profundidad, se percibe normalmente que esas diferencias son más verbales que sustanciales o, al menos, puede percibirse que los problemas básicos no son tan distintos como lo sugeriría la diversidad del vocabulario).

21. Como ven, lo que aquí se propone es una ardua labor colectiva que daría muchos frutos, pero no de inmediato. Y que requeriría del apoyo de alguna institución académica que se comprometiera con un programa semejante. Esto último es lo más difícil, por varias razones.

-) La *primera*, porque la Universidad venezolana se ha convertido en mero centro de enseñanza, desprovisto casi por completo de investigadores. Y, cuando hay investigadores, éstos se han formado muchas veces en culturas extrañas, de modo que a menudo forman aquí grupos de inadaptados que sólo piensan en publicar en revistas extranjeras.

-) La *segunda*, que nuestras universidades públicas -que son las que cuentan con mayores recursos- o atraviesan graves crisis de moralidad que sólo con grandes sacrificios pueden ser enfrentadas, o sufren la tremenda dispersión de la cultura moderna que impide toda acción común. La crisis moral se manifiesta incluso en el cuerpo de profesores. En el seno del claustro profesoral hay quienes no quieren ajustar su dedicación nominal a la Universidad a su dedicación real (ni viceversa); no quieren dejar de cobrar pensiones y sueldos incompatibles; a menudo se resisten a que la Universidad resuelva problemas de la industria y del Estado venezolanos; incluso hay algunos que se niegan a dar cuentas claras -aun a sus colegas de claustro- del uso de los recursos económicos; pero, en cambio, ellos mismos, sí quieren seguir recibiendo un

presupuesto exorbitante… Claro que no quiero decir con esto que todos los profesores incurran en estos problemas. Si así fuera, no habría escrito esta ponencia, por considerarla inútil. No. Hay muchos que cumplen abnegadamente su deber, y ellos deberían tomar el control de la institución académica. Además, la crisis moral se manifiesta también en los demás sectores de la comunidad universitaria, los estudiantes, los empleados y los obreros, que tendrían que ser también reformados bajo el liderazgo de un cohesionado cuerpo profesoral.

-) La *tercera*, que las bajas pasiones -que tienen hoy tanta fuerza y son fomentadas por la oligarquía imperial de los Estados Unidos y por su fiel aliada la oligarquía local- se resistirán enérgicamente a la elevación intelectual y moral del pueblo. En la película italiana *La batalla de Argel* se veía muy bien que parte esencial de la táctica imperialista consiste en corromper a los pueblos sometidos. Y parte esencial de la táctica liberadora consistiría en depurar las costumbres. Aquí se encuentra en buena medida el meollo que distingue el imperio español (en especial al de los Austrias), que se ocupaba del bien de toda la persona, del imperio gringo, que sólo busca la explotación económica de los sojuzgados, dentro o fuera de los límites de los Estados Unidos. Díez Madroñero fue en el s. XVIII el depurador de nuestras costumbres. Hollywood es hoy el gran corruptor de casi todos los pueblos de la humanidad. (*Cf.*, sobre el sentido general de este párrafo, el citado texto de Toynbee -*An Historian's Approach to Religion*- y, por ejemplo, la *Historia contemporánea de América Latina*, de Halperin -Alianza Editorial, S. A. Madrid, 1975, pp. 280-538; en particular, por ejemplo, pp. 294-295, 358, 378, 416, 430, 433, 436-437, 443-444, 447-450, 463-464, 470-471, 482-483 y 485-. Sobre Díez Madroñero, *Los orígenes venezolanos*, de Jules Humbert. Academia Nacional de la Historia. Colección Fuentes para la Historia Colonial, n. 127. Caracas, 1976, pp. 136-140).

-) La *cuarta*, precisamente que el imperio estadounidense intrigaría para hacer abortar cualquier intento semejante, como lo hizo con el bellísimo experimento de Vasconcelos en México (*cf.* Vasconcelos, José. *Memorias*. Volumen III, *El desastre* y *El proconsulado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993, pp. 137-139 y 742-923).

-) La *quinta*, y la más importante, la mencionada dispersión cultural de nuestro mundo. Nuestros intelectuales se encuentran en la maraña contradictoria de movimientos culturales europeos o norteamericanos de pies a cabeza y el pueblo mismo ha sido confundido por ella a través de la educación formal o de los medios de comunicación de masas o de la criminal difusión de las sectas californianas. Esta maraña esteriliza a la Universidad. ¿Por qué? Porque, como queda dicho, para cumplir su misión, la Universidad tiene que propiciar discusiones radicales y búsqueda desinteresada de la verdad que den lugar al nacimiento de una jerarquía de bienes que tenga relevancia pública. Pero esas discusiones radicales y esa búsqueda suponen que el profesor-pensador pueda transmitir a sus discípulos una visión entera del cosmos y que pueda luego ponerla a prueba en discusiones sistemáticas. La estructura misma de la Universidad actual impide ambas cosas: la especialización y atomización de las cátedras hace imposible transmitir visión alguna en las aulas. El desacuerdo entre los profesores hace muy difícil cambiar la estructura. Por lo mismo, no hay espacios ni momentos para discutir hasta las últimas raíces una tesis. Por esto, el Espíritu[18], que

18. Obviamente, se entiende aquí por *Espíritu* algo distinto a lo que se había dicho arriba, en los NN. 2 y 3. Se trata de la dimensión superior de la cultura, el estrato superior del *espíritu del pueblo*. En éste se encuentran

debería encarnarse en la Universidad, está a merced del Poder, y éste comete las mayores atrocidades sin que haya hombres formados filosóficamente para no dejarse engañar por las cortinas de humo ideológicas y para poner límite a los desafueros.

MacIntyre señala que la Universidad medieval sí cumplió en el siglo XIII su misión, entre otras cosas, por la realización de verdaderos debates abiertos[19]. Por esto puede servir de modelo. A nosotros, como hispanos, nos toca añadir que también lo hicieron la Universidad de Salamanca en el siglo XVI y la de Chile en el XIX.

22. Hispanoamérica, como sabemos, tiende a la utopía. La razón de ello es la nobleza del origen. Dejando de una vez de lado la ceguera del odio que engendró la Guerra de Independencia, con Henríquez Ureña y Briceño-Iragorry, podemos reconocer que España fue el primer pueblo conquistador que discutió la moralidad de su Conquista mientras ésta se encontraba en curso. Nosotros nunca dudamos de la humanidad de los indios, como han querido hacernos creer la propaganda y la mala conciencia de los anglosajones, exterminadores de razas. No sólo no dudamos, sino que entablamos uno de los más hermosos debates de la historia de la humanidad. Y Salamanca, que era una encarnación del Espíritu cuya voz tenía repercusión pública porque dirigía verdaderamente al Poder, nos orientó hacia la humanización del sojuzgamiento del indígena, que de otro modo se hubiera llevado a cabo de un modo completamente bárbaro. Pero esto fue posible porque había cierta unidad espiritual en Salamanca, porque la Universidad miraba a los problemas suscitados por nuestra propia cultura y porque en ella se podía buscar libremente la verdad -investigando las cuestiones hasta sus más hondas raíces y discutiéndolas sin cortapisas-. También porque esa búsqueda de los principios no se había cerrado a Dios ni a la Providencia, que son, en el decir de Platón en *Leyes* X, la única razón poderosa que aparta -en último término- a los hombres de la injusticia (*Cf.* sobre lo dicho en este párrafo, la obra ya citada de David Brading, pp. 79-101; y, también, Henríquez Ureña, Pedro. La cultura y las letras coloniales en Santo Domingo, p. 88. En: *Ensayos en busca de nuestra expresión*. Editorial Raigal, Buenos Aires,1952, pp. 86-89; y Briceño Iragorry, Mario. *Mensaje sin destino*, pp. 477-478; e *Introducción y defensa de nuestra historia*, pp. 570 y 593-594. Ambos, respectivamente, en: *Obras selectas*. Ediciones Edime. Madrid-Caracas, 1966, pp. 456-529 y 531-625).

23. Otro ejemplo lo tenemos en la Universidad chilena de Bello. Para captarlo en toda su profundidad, y para que comprendan cómo se hace una verdadera revolución, les recomiendo la lectura de su *Discurso* de instalación de la Universidad, del 17 de septiembre de 1843; y de la *Memoria* presentada al Patrono de esa institución el 29 de octubre de 1848:

---

diversas líneas culturales; unas accesibles a las masas y otras a las que inevitablemente acceden sólo minorías. Es a lo que Schopenhauer se refería al decir que la mayor parte del pueblo (alemán) sigue pensando en la realidad como si no hubiera vivido ni escrito Kant (*Cf.*, VOEGELIN, Eric). De esas líneas accesibles a las masas depende la articulación del poder para la acción política. En las otras es donde se encuentra la más auténtica vida universitaria. Como enseñan ya muy bien los clásicos griegos (*Cf.*, por ejemplo, *República* IX), ellas deben empapar toda la vida del pueblo, por medio -por ejemplo- de la legislación; pero, obviamente, en la vida de la masa deberá jugar siempre un papel importante la fe en la sinceridad y sabiduría de los pocos que pueden entender (que entienden aun los límites de la razón humana). Sé que esto que digo sonará aborrecible a los numerosos intelectuales de nuestro tiempo que viven en utopías (utopías no hispánicas, por cierto), pero se trata de una realidad innegable.

19. Nosotros podríamos instaurarlos en nuestro Conjunto de Auditorios, aun antes de que se emprendieran reformas más difíciles.

-) En esos documentos se ve, en primer lugar, lo que decía al inicio: la captación de que en una sociedad, para que no se quede a oscuras, hace falta una fuente de luz, una institución que contemple la verdad desinteresadamente y la incorpore al lenguaje del pueblo. Nótese que dije *desinteresadamente*. Hoy se han impuesto corrientes de pensamiento que quieren reducir toda expresión cultural a la voluntad de placer, riqueza o poder. Pero en la Universidad debe buscarse lo verdadero por sí mismo, no para servir a intereses de grupo. Tanto en Platón -en los libros VIII y IX de su *República*- como en Aristóteles -en el libro I de su *Ética a Nicómaco*-, pueden ver un reconocimiento de los diversos principios de la acción humana y una entronización de la voluntad de verdad, digamos así, frente a la voluntad de poder o de placeres. Algo semejante pueden encontrar en Víctor Frankl, frente a Freud o Adler. También en el catolicismo europeo anterior al nominalismo y en nuestro catolicismo hispánico. Éste era la fuente de inspiración del sabio venezolano radicado en Chile.

-) En esa dichosa república se dio en las décadas de 1830-1850 una confluencia de hombres notables de Hispanoamérica. Ellos se entregaron a discusiones fecundas y libres que orientaron la acción pública. Hasta 1851, casi siempre se impuso el verbo de nuestro Andrés Bello, pero sólo por la fuerza persuasiva de sus argumentos. Piénsese, por ejemplo, en las trascendentales discusiones con Sarmiento sobre la conveniencia de centrar los esfuerzos en la Universidad o en la escuela elemental; y las no menos importantes discusiones sostenidas con Lastarria, sobre la valoración del pasado hispánico. (Véase el *Comentario a la Memoria presentada por Lastarria a la Universidad el 22 de septiembre de 1844*, en el libro citado, pp. 97 y ss.; y los tres trabajos que lo siguen allí mismo). A partir de 1851, lamentablemente, el diseño que había concebido Bello para la Universidad fue derrotado en el propio Consejo Universitario (puede verse un resumen de estos hechos y una valoración lúcida, en SASSO, Javier. *La filosofía latinoamericana y las construcciones de su historia.* Monteávila Editores Latinoamericana. Caracas, 1998, pp. 118-122 y 224-225).

-) Bello era un sabio, lo cual es bien distinto de ser un *tecnócrata*. Por esto, aunque buscaba "los adelantamientos en todas las líneas", ponía los de la moral y la política sobre los de las ciencias naturales o la técnica. Las letras, para él, valían más que los placeres brutales del mercado y el bienestar, que son los únicos que nos proporciona la civilización norteamericana: sabía que ellas producen placeres más sutiles, pero más intensos, estables y elevados. Y a la religión positiva, el Cristianismo, no la concebía en pugna con la razón, sino en una armonía que constituye el centro mismo de una institución sapiencial sana en un país ampliamente católico, como lo era Chile (*cf.*, en la edición de Pedro Grases, las pp. 30-31, 35 y 59).

-) Andrés Bello amaba a su Patria adoptiva. Por esto no se le pasa por la cabeza construir una institución que viva de espaldas a la realidad chilena. De aquí que diga: "[...] en éste, como en los otros ramos, el programa de la universidad es enteramente chileno: si toma prestadas de Europa las deducciones de la ciencia es para aplicarlas a Chile. Todas las sendas en que se propone dirigir las investigaciones de sus miembros, el estudio de sus alumnos, convergen a un centro: la patria" (pp. 36-37). No puede ser la Universidad, si no quiere traicionar su misión, una mera repetidora de las formulaciones que han hecho otras sociedades (pp. 68 y ss.). El no seguir esta máxima ha sido el origen de muchos de nuestros problemas. Nuestras instituciones *académicas* muchas veces se han limitado a copiar, y a menudo no la búsqueda de los principios, sino unos resultados muertos, desconectados de los problemas que les dieron origen. No han descubierto lo que la verdad nos exige a nosotros, aquí y ahora.

-) Y, aunque sabía Bello que la Universidad tenía como primera misión ser fuente de luz, le impuso también la tarea de difundirla. Y pensó muy bien cuáles serían los medios adecuados: la formación de maestros, la redacción de buenos libros y la invención de buenos métodos. Pero, además, encargó a una sección de la Universidad "de velar sobre la instrucción primaria, de observar su marcha, de facilitar su propagación, de contribuir a sus progresos". Y dejó sentado que "el fomento, sobre todo, de la instrucción religiosa y moral del pueblo es un deber que cada miembro de la Universidad se impone por el hecho de ser recibido en su seno" (p. 34).

-) Los proyectos del *Discurso* fueron llevados a la práctica. La labor constante de hombres sabios produjo en apenas cinco años unos frutos sorprendentes, como se ve en la *Memoria*: se fortaleció considerablemente la Escuela Normal; se inspeccionaron y supervisaron las escuelas de casi toda la República, atendiendo a sus demandas de auxilios, con el apoyo del Gobierno, sustituyendo los libros inútiles o perniciosos por buenos libros impresos en Chile y distribuidos a un precio ínfimo o gratuitamente y velando por la ejemplaridad de los preceptores; se revisaron programas y textos y se compusieron o tradujeron y adaptaron a las escuelas de Chile. En esas composiciones se cuidó la calidad del contenido, pero también la sencillez y pureza del lenguaje. Se elaboró un proyecto de ley, no etéreo sino apoyado en los recursos institucionales de la Universidad, dirigido a reorganizar la instrucción primaria, ampliando y mejorando la enseñanza, y a hacer del preceptorado una carrera honrosa. Se encargó a Sarmiento de una investigación de los métodos que se usaron en otras sociedades para ampliar y mejorar la educación primaria, y se adaptó cautamente a la realidad chilena. Se crearon Salas de Asilo para instruir y moralizar a la niñez más indigente, sin dejar por ello de fomentar -en lugar de destruir, como hemos hecho nosotros tantas veces- la acción de las órdenes religiosas y otras asociaciones pías en ese mismo terreno. Se fortaleció la enseñanza del dibujo lineal, se preparó la creación de la Escuela de Artes y Oficios. Se distribuyeron honores y distinciones a iniciativas particulares que fomentaban las artes liberales o la caridad cristiana. Se fortalecieron y expandieron la instrucción preparatoria y superior, mirando, entre otras cosas, a la educación integral de las jóvenes -sin perder de vista la distinción natural de los sexos (p. 57)- y a la transmisión de una cultura cívica y de urbanidad. Se introdujeron oposiciones para la provisión de cargos académicos. Se reformaron los estudios de la Academia Militar y del Seminario. En aquélla, la Academia, como en las demás instituciones educativas, ocupaba lugar privilegiado la Religión, junto a las más variadas disciplinas dirigidas a formar hombres cultos y vigorosos. Se encomendó al Instituto Nacional el aplicar exámenes que habilitaban para la enseñanza profesional a los alumnos de todos los colegios, públicos o privados. Se expandió considerablemente la investigación, muy orientada hacia la realidad chilena (pp. 63 y ss.). Etc., etc.

Con lo dicho pueden ya imaginarse la profundidad que alcanzó en Chile la revolución producida por Bello, y por la oligarquía que lo apoyó.

24. Este ejemplo, unido al programa que esbocé antes (*cf.* nn. 13-19), puede servirnos para captar que es posible mejorar la realidad de la civilización presente. Cierto que exige esfuerzos titánicos y -también- un poco, o un mucho, de ayuda de la Providencia. Pero, vale la pena jugarse en esto la vida. Quizás la Universidad Simón Bolívar pueda ser la institución que preste este servicio sublime en Venezuela. A los universitarios y, en particular, a los alumnos, lo que toca ahora es estudiar seriamente y luchar por que eso que estudian, si es bueno, informe verdaderamente sus vidas. Si no ponen sus

esfuerzos en acomodar radicalmente su conducta a la verdad, serán mañana nuevos factores de desorden en este mundo desorientado.

No basta el estudio. Hace poco, un alumno de post-grado me hacía notar que lo que busca la gente que visita a un psicoanalista es una ayuda para cortar ataduras vitales, que esterilizan a la persona en algún aspecto de su actividad o en la orientación general de ésta. Se trata de ataduras que no pueden romperse con un saber frío y abstracto, sino con un saber concreto, acompañado de la acción. En tiempos pasados, añadía él, la función del psicoanalista la cumplían la ascética y la mística. Quizá tenga razón. Quizá se haya topado con una experiencia semejante a la de San Agustín: éste nos dijo que encontró en los libros de los platónicos lo que debía hacer. Pero no podía. La fuerza para hacerlo la descubrió más tarde, al conocer a San Pablo[20].

25. Nuestro pueblo tiene un espíritu propio, aunque padezcan ceguera respecto de él los alienados. La Universidad venezolana tendría que ser expresión de ese espíritu, si es que quiere dar sentido a la vida del pueblo y librarlo de las pesadas cadenas de la explotación colonial angloamericana. Para ello se necesita altura intelectual que, como dije, podemos obtener de los clásicos. Como sé, sin embargo, que sobre muchos venezolanos pesa un complejo de inferioridad paralizante, juzgo conveniente apoyarme en unas palabras del más grande humanista que ha dado la América, nuestro Andrés Bello:

La ley que dio forma jurídica a la Universidad de Chile, "[...] inspirada, en mi humilde opinión, por las más sanas y liberadas ideas, ha encargado a la Universidad, no sólo la enseñanza, sino el cultivo de la literatura y las Ciencias; ha querido que fuese a un tiempo Universidad y Academia; que contribuyese por su parte al aumento y desarrollo de los conocimientos científicos; que no fuese un instrumento pasivo, destinado exclusivamente a la transmisión de los conocimientos adquiridos en naciones más adelantadas, sino que trabajase, como los institutos literarios de otros pueblos civilizados, en aumentar el caudal común. Este propósito aparece a cada paso en la Ley Orgánica, y hace honor al Gobierno y a la Legislatura que la dictaron. ¿Hay en él algo de presuntuoso, de inoportuno, de superior a nuestras fuerzas, como han supuesto algunos? ¿Estaremos condenados todavía a repetir servilmente las lecciones de la ciencia europea, sin atrevernos a discutirlas, a ilustrarlas con aplicaciones locales, a darles una estampa de nacionalidad? Si así lo hiciéramos, seríamos infieles al espíritu de esa misma ciencia europea, y la tributaríamos un culto supersticioso que ella misma condena. Ella misma nos prescribe el examen, la convicción concienzuda [...]" (pp. 63-64).

Hoy se ven no pocos signos de corrupción de la cultura europea, y de su retoño estadounidense. Debemos, por eso, a ir más allá que Bello. Nadie puede pensar por nosotros los problemas prácticos, técnicos o teóricos que nos son propios. *Sapere aude*!, decía el hombre europeo moderno. Digamos también a cada uno de nuestros jóvenes: atrévete a pensar por ti mismo.

---

20. GILSON, Etienne, *Introduction a l'etude de Saint Augustin*.

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

Sonia Picado
Presidenta del Instituto Interamericano
de Derechos Humanos, Costa Rica

I. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ÉTICA

En su acepción más general, se ha definido la ética como el estudio de lo bueno y de lo malo. Este no es sólo un concepto estrecho, sino también equivocado, pues definir lo *bueno* o lo *malo* nos lleva al plano de la subjetividad individual, inaceptable para cualquier intento de análisis serio del tema.

John Hospers inicia su texto sobre *La Conducta Humana*, con una serie de cuestionamientos sobre problemas morales: ¿Estarías dispuesto a meter tu brazo en un fuego vivo y mantenerlo allí durante diez minutos si de este modo pudieras salvar la vida de tu vecino más cercano? ¿Quisieras que él hiciera lo propio para salvar tu vida? Si alguien está constantemente irritándote y pinchándote hasta hacerte casi enloquecer, y pudieras darle un veneno inodoro pero mortal, sin la menor posibilidad de ser descubierto, lo harías?... ¿Qué prefieres ser honrado y que te consideren ladrón o ser un ladrón y que te consideren un hombre honrado?[1]. Podríamos llevar al infinito el número de preguntas de conteniendo ético variable, y que, de ser contestadas por diversos individuos, nos darían una amplia gama de respuestas, ciertamente controversiales.

A partir de Tomasio y Kant son múltiples los esfuerzos por distinguir la moral individual tanto de las normas del trato social como de las jurídicas y de darle un espacio a la ética en el fuero interno del individuo. En este sentido, Henrich Henkel señala cómo la moral no debe dividirse, sino que es preciso distinguir las diversas esferas que la integran. La moral autónoma es la conciencia del individuo que determina su comportamiento y luego actúa como instancia juzgadora sobre su cumplimiento. Los sistemas de ética superior religiosa y profana, cuyas normas son vinculantes tan sólo para quienes se adhieren a sus preceptos y finalmente la esfera de la moral social, que consiste en el conjunto de las exigencias que la sociedad formula a sus miembros. Se da entonces, un *espíritu común moral* semejante al ordenamiento jurídico que surge en cada sociedad[2].

Dado lo complejo del tema y para fines de este análisis general, es preferible definir la Ética como: "el conjunto de principios fundamentales que rigen una vida en un marco personal o profesional, en una sociedad determinada".

En la actualidad, la Etica Pública se encuentra cuestionada y las estadìsticas muestran un permanente deterioro de la confianza en la clase política y una debilidad creciente de las instituciones públicas. Si para Platón la política era el arte por excelencia, privilegio de los filósofos gobernantes, no hay duda de que hoy en día se percibe al político más bien como el personaje de Maquiavelo, hábil, astuto y falso.

---

1. Editorial Tecnos , Madrid 1979.
2. *Introducción a la Filosofia del Derecho*, Ediciones Taurus, Madrid 1988, pp. 120 y ss.

La ética pública debe enmarcarse dentro del sistema democrático de gobierno que impera en la mayoria del mundo pero es indudable que la democracia en la actualidad no es la misma que soñó Rousseau, en la pequeña Ginebra de su época. La democracia actual opera con base en partidos políticos, grupos de presión o interés, que teóricamente hacen más real el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo, pero que, en un mundo cada vez más globalizado y agresivo, el individuo se siente aislado del poder e impotente para ser escuchado por quienes lo dirigen.

En su libro sobre *La Ética Parlamentaria en Costa Rica*, Marina Ramírez señala "El servicio público es una actividad profesional en la que participan personas de la más diversa formación, realizando una gama enorme de actividades y funciones específicas. En el servicio público o acción pública en términos más amplios, intervienen la llamada clase política, aquélla conformada por los líderes escogidos por la comunidad-normalmente por períodos constitucionalmente establecidos para que determinen los valores fundamentales de la sociedad y fijen y lleven adelante las políticas públicas para su actuación"[3].

El fenómeno de la corrupción no es exclusivo del sector píblico ni de los políticos, sino que, por el contrario, cada día parece permear más todas las capas sociales y, en diversos grados, todos los paìses del mundo. Dados sus nocivos efectos para la vida democrática y el desarrollo de los pueblos, el estudio de este problema es objeto de un amplio debate en los màs diversos foros y conferencias que buscan sociedades más justas y equitativas. Turku Abdul Aziz, Vicepresidente de Transparencia Internacional, hablando en Malasia durante el lanzamiento del informe del 2002 dijo: "El IPC ha confirmado una vez más que la corrupción es un mal que aflige no sólo a los países en vías de desarrollo, sino también al mundo desarrollado. La corrupción es neutral. No respeta a ninguna Nación por grande o pequeña que sea, ni por rica o pobre que sea. Por lo mismo es de fundamental importancia que tanto el Norte como el Sur se metan de lleno en la tarea de confrontar la corrupción de manera enérgica y decisiva"[4].

Los estudiosos del tema reconocen en la corrupción una compleja naturaleza originada en la diversidad de sus fuentes y manifestaciones, pero también en la serie de prejuicios que dificultan su comprensión. Por lo anterior, es esencial no dejarnos llevar por una serie de mitos que dominan la percepción popular, y a veces no tan popular, del problema. En este sentido y en otros casos que veremos más adelante, la discusión del tema no debería limitarse exclusivamente a la situación de los valores en una determinada sociedad ni concebirse como un problema de personas, o más bien de *malas personas*, corregible simple y esencialmente por medio del discernimiento entre *lo honesto* y *lo deshonesto*.

A pesar de que la moral constituye un elemento clave en esta materia, debemos cuidarnos de no limitar el análisis de la corrupción a este enfoque puesto que, concebirlo como un problema exclusivamente de esta naturaleza, impide crear las condiciones necesarias para eliminarlo o reducir significativamente sus alcances, creando una sensación de impotencia que contribuye a aumentar la vulnerabilidad del sistema de frente a este mal.

---

3. *Ética en la función publica; una aproximación al tema*, Proel, San José, Costa Rica 1996.
4. Indice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional 2002, p. 3.

II. LA CORRUPCIÓN COMO *ANTI-ÉTICA*

La definición de corrupción es objeto de amplios debates, pero para fines de este trabajo, se utilizará una simple y concreta: *el abuso de la función pública para el beneficio privado*.

Respecto a las causas que dan lugar a la corrupción se dan diversos enfoques. En sectores calificados de *neoliberales*, se trata de una manifestación de los mercados negros originados por el exceso de intervencionismo estatal. Estos estiman que cuanto más interviene el Estado, más reglamenta y más fomenta la burocracia, agravándose el riesgo de comportamientos delictivos. Por el contrario, los que no están convencidos de la perversidad intrínseca del Estado o de los méritos evidentes del mercado, mencionan como causa el debilitamiento de la ética pública, la deslegitimación del Estado como encarnación del interés general, la disolución de los valores colectivos por la búsqueda del beneficio y la defensa de intereses egoístas y privados.

Otra discrepancia se da alrededor de la supuesta *novedad* del fenómeno y su explotación con fines políticos. Tengamos en cuenta, en este caso, que en el pasado algunas manifestaciones de la corrupción eran disimuladamente toleradas y que la complejidad de las actividades económicas era menor, pero la realidad es que formaba parte, en menor o mayor grado de la cultura de la gran mayorìa de los pueblos.

Igualmente se discute sobre la *extensión* del problema y aquí la discusión es prácticamente insoluble habida cuenta de la naturaleza misma del fenómeno objeto de este análisis. La corrupción es en síntesis una transacción clandestina salvo allí donde, por ser ya sistemática, disfruta de una *status* casi oficial[5].

No es posible analizar este tema sin mencionar la *ecuación básica de la corrupción*, elaborada por Robert Klitgaard en 1988, que señala; *Corrupción=monopolio de la decisión pública + discrecionalidad en la decisión política - responsabilidad de rendir cuentas por las decisiones tomadas.* Según esta ecuación fundamental, la corrupción encuentra su terreno mejor abonado cuando las decisiones públicas se toman en régimen de monopolio (personal u organizacional) con amplias facultades discrecionales y sin rendición de cuentas[6]. La aplicación de esta fórmula resulta muy adecuada en cualquier espacio en donde se pretenda comprender y, en especial, combatir la corrupción.

Debe también mencionarse la tipología de Heidenheimer quien hace una distinción entre la corrupción blanca, en la que prácticas usuales discutibles no son percibidas por la opinión pública como una manifestación del fenómeno. La corrupción negra, en la que de manera general se estima la acción como violatoria de la ética pública y la corrupción gris, entendida como una amplia zona que bordea los límites de lo aceptado por la mayoría y que produce permanentes distorsiones es el caso por ejemplo, de la financiación a los partidos políticos[7].

Hasta hace poco tiempo, los economistas hacían caso omiso del problema. Esto no debería llevarnos a conclusiones engañosas, tendientes a menospreciara el efecto del fenómeno en el crecimiento económico y en el potencial de la sociedad para mejorar sus estándares de vida. Sin embargo, la explicación de la influencia de la corrupción sobre la pobreza o la riqueza de un país, hay que buscarla en las condiciones particula-

5. Sobre este tema *V.*, MÈNY, Ives, *La Corrupción de la Republique*, Fayard, París Francia 1992.
6. *V.*, www.unesco.org.
7. Banco Mundial en www world bank org.

res de cada sociedad, sin permitirnos la tentación de las generalizaciones. En este sentido, la ausencia de corrupción, o la presencia de niveles bajísimos, no necesariamente nos hará *más ricos*, pero la combinación de altos niveles y la *sensación de impunidad* (aunque sólo fuera eso una sensación) definitivamente obstruyen nuestras posibilidades de mejorar en cualquiera de los campos que contribuye al desarrollo humano. Esto último, especialmente, nos debería indicar que el problema, o más bien su capacidad de limitar las opciones de una sociedad en materia de desarrollo, estaría entonces no en la presencia o en la ausencia del fenómeno, sino en la forma como se le enfrente.

Existe una gran diferencia entre la manera como la corrupción se da en algunos países como Italia, México e Indonesia en donde tiene profundas raíces culturales y lo que observaríamos en Inglaterra, Holanda, Suiza o los Países Escandinavos, para citar algunos ejemplos, donde se presenta con carácter de excepción. Los factores que contribuyen para que así sea son diversos, y no podríamos tomar como explicación suficiente la presencia de una moral más sólida. Allá observaríamos, por ejemplo, la investigación de oficio realizada por los tribunales, y sobre todo una sincera y activa censura moral de parte de la ciudadanía. El informe de Transparencia Internacional del año 2002, ubica a Finlandia en el primer lugar con un puntaje de 9.7 y a Bangladesh en el último con 1.2. Enfatiza el informe en que "las élites políticas corruptas y los inversionistas inescrupulosos paralizan el crecimiento sostenible, así en América Latina la democracia sufrió un gran revés en Argentina, donde la corrupción ha aumentado, al igual que en Panamá, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Bolivia, Ecuador, Haití y Paraguay con un puntaje de 3 o menos en el IPC 2002.

Las encuestas demuestran la enorme preocupación que existe sobre el tema. Sin embargo, ese mismo ciudadano que protesta airado contra la corrupción, es incapaz de respetar las señales de tránsito, de mantener limpias las ciudades, o de entender que si desea un buen funcionamiento de los servicios públicos debe pagar impuestos.

Siempre dentro del ánimo de erradicar concepciones impropias o inexactas, debemos advertir la inconveniencia de concebir la corrupción como un fenómeno compuesto esencialmente por actos delictivos de gran magnitud -*escándalos*-, que además tendemos a concebir como exclusivos de la administración pública. Este es un fenómeno social y cultural, indiferente a las condiciones económicas de las personas, en el que se involucran representantes de los distintos sectores de la sociedad. Una de las fuentes de la corrupción, al menos en nuestro medio, estaría en la dificultad para ajustar la conducta del funcionario público y de los particulares a la determinante diferencia entre bienes públicos y privados. Los países receptores de la tradición romana de gobierno, de la que nosotros participamos desde la colonia española, tienen serias dificultades de orden cultural para hacer esta distinción.

A lo anterior se suma la inflación legislativa que padece nuestro ordenamiento y que, entre otras formas, se manifiesta en la presencia de una legislación reglamentista, de contenido frecuentemente ambiguo, donde la competencia institucional es igualmente imprecisa, y las sanciones por su incumplimiento son a veces inaplicables y otras ridículamente leves. Esta condición, al combinarse con aparatos burocráticos dominados por trámites engorrosos, cuya razón de ser es poco clara o del todo inexistente, contribuye a estimular un medio en el que la *propina* necesaria para *aceitar el sistema* no sólo es aceptada disimuladamente, sino que se convierte en parte de la vida diaria. A lo anterior debemos sumar el hecho de que no todas las acciones que identificaríamos como parte de un cuadro de corrupción, están tipificadas como delitos o son susceptibles de serlo, lo que haría natural pensar en la moral como el medio para identificar lo que es y

no es corrupción. Sin embargo, en nuestra cultura, este recurso, como ya se mencionó, tiene sus límites, por lo que debemos reforzarlo con una serie de medidas complementarias.

Por todo lo anterior, las campañas para el rescate de valores, y la acción policial y judicial son útiles para lidiar con la maleza superficial, pero no con sus raíces. Estas irremediablemente reproducirán las formas de corrupción, y las actitudes que la permiten, con la misma intensidad que los organismos policiales y judiciales la persiguen, pues en ambientes como el nuestro, la solución para esto es provocar una transformación en la cultura. Lo importante no es que pensemos en algo distinto, sino en algo más. Algo que demande creatividad, tanto para exponer el origen y las dimensiones del fenómeno como para conseguir involucrar, aunque sea sólo emocionalmente, a una ciudadanía pasiva e incrédula, sin la cual no habrá esfuerzo que pueda dar resultados tangibles. En este sentido, dirigirse a la ciudadanía como a un individuo crítico, al que es necesario recuperar mediante la información y el convencimiento, así como por la coherencia y claridad de la acción política, es esencial. Cuando la incredulidad del pueblo alcanza los niveles a que hemos llegado en nuestros países, la sola denuncia del supuesto corrupto y su procesamiento, incluso cuando se acompaña de una gran despliegue periodístico, no necesariamente se percibe como un paso adelante en la lucha contra este fenómeno, sino como la confirmación de que éste crece en forma incontenible.

III. RETOS Y POSIBLES SOLUCIONES

Rafael Di Tella, del Harvard Business School, destaca tres iniciativas que deben ser consideradas en la actualidad:

a) En primer término, las organizaciones no gubernamentales, dedicadas a analizar y denunciar la corrupción. Algunas merecen citarse a pesar de su relativo éxito: "*La Comisión Independiente Contra la Corrupción*" de Hong Kong, la Oficina de Ética en Argentina, adjunta al Ministerio del Interior, circunstancia que le resta credibilidad ante la opinión pública y la más reciente, *Transparencia Internacional*, antes citada, cuyos informes son analizados con interés creciente en la esfera política y económica mundial.

b) El rol del Estado en el financiamiento de los partidos políticos. En este tema tan delicado el pago adelantado de la deuda política, como en el caso de Costa Rica, es una opción válida en esa dirección, en el tanto que abre posibilidades para limitar las contribuciones privadas.

c) Finalmente, debe destacarse la importancia de la libertad de prensa, aspecto en que coinciden todos los analistas. Una prensa fuerte y libre es indiscutiblemente un arma poderosa para luchar contra la corrupción. Por esta razón deben reforzarse todas las instancias que la fortalezcan. La *Declaración de Chapultepec* es un esfuerzo valioso en esa dirección[8].

8. "Corruption; a review of Recent Trends", *Diálogo Interamericano*, Washington D.C. diciembre 1997.

IV. INSTANCIAS INTERNACIONALES

En la actualidad no pueden ignorarse los múltiples esfuerzos que se realizan para crear normas internacionales que ayuden a combatir este flagelo de manera coordinada. La *Convención Contra La Corrupción* que entró en vigencia el seis de marzo de 1997, cumple un papel trascendental en el Sistema Interamericano, al establecer los medios de cooperación indispensables para prevenir, detectar y sancionar la corrupción. En su preámbulo se señala que *la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, asi como contra el desarrollo integral de los pueblos.* Esta Convención establece medidas preventivas y otras de carácter penal, pero dicta además pautas para la colaboración entre los países, sin la cual no es posible entablar ninguna lucha que pretenda tener éxito.

La profusa legislación internacional que existe hoy en día, es una consecuencia del progresivo desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se inicia en 1948 con la promulgación de las *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* cuya vigencia en estos cincuenta años, ha permitido crear conciencia sobre valores comunes a la humanidad de profundo contenido ético y moral. Si en sus inicios la Declaración fue tomada como un simple esbozo de buenos principios, hoy nadie pone en duda el carácter vinculante de sus normas fundamentales. Es dentro de este contexto y con el mismo espíritu que debemos analizar la *Declaración contra la Corrupción*.

El respeto a los Derechos Humanos como eje central de la Democracia y el Desarrollo, permite orientar esta lucha con base en un ideal común de aspiración ética. Como todo ideal, es necesario vivirlo para interiorizarlo y exigirlo para convertirlo en símbolo hacia el futuro. Al dejar atrás el convulsionado siglo XX y con la mirada puesta en el amanecer del siglo XXI, este es un reto que vale la pena abrazar si realmente deseamos consolidar nuestro desarrollo y afianzar la democracia.

«CURRICULUM VITAE»

Allan R. Brewer-Carías

Nacido el 13 de noviembre de 1939 en Caracas, Venezuela

I. Títulos, cursos y distinciones académicas

1960-1969

- Abogado (Diploma Summa Cum Laude), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 21/08/62.
- Cursante de las materias del Curso de Derecho Administrativo, (Profesores M. Waline, Ch. Einsenman, R. Charlier), Tercer Ciclo, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de París, Francia (1962-1963), becado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa.
- Doctor en Derecho (con la más alta mención que conceden los Reglamentos Universitarios), con la Tesis Las Instituciones Fundamentales del Derecho Adminis-trativo y la Jurisprudencia Venezolana (Jurado: Gonzalo Pérez Luciani, Enrique Pérez Olivares, Tomás Polanco Alcántara), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 24/04/64.
- Cursante del Seminario sobre Expropiación Forzosa, a cargo del Profesor Sebastián Martín Retortillo, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.
- Ponente General sobre el tema Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, Suecia, agosto 1966.
- Miembro Correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, 1966.
- Cursante del Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Integración para Profesores de Derecho, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, marzo de 1967.
- Premio Luis Sanojo, 1963-1964, por el libro Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, (Jurado: Antonio Planchart Hernández, Joaquín Gabaldón Márquez y Francisco Manuel Mármol), otorgado por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Caracas 1967.
- Miembro de la Sociedad Interamericana de Planificación, 15/05/68.
- Miembro Suplente del Comité Ejecutivo del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1968-1971).

- Primer Premio del Concurso para Fomentar Estudios Especializados sobre Control Fiscal, por el trabajo El Control de las actividades económicas del Estado en el Derecho Venezolano (Jurado: Evaristo Sourdis, Contralor General de la República, de Colombia; Gonzalo Hernández Uribe, Sub-Contralor General de la República de Chile; Luis A. Pietri, Contralor General de la República de Venezuela), Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras, Caracas, 1968.

1970-1979

- Ponente General sobre el tema Los límites a la libertad de información (prensa, radio, cine y televisión) en el Derecho Comparado, en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Pescara, Italia, agosto-septiembre de 1970.
- Vicepresidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (1971-1977), Roma, septiembre 1971.
- Fundador y Director del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972-1986
- Miembro de la International Association for Water Law, octubre 1974.
- Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Venezolana de Planificación (1972-1973), Caracas, junio 1972.
- Ponente Gneral sobre el tema Regionalization in Economic Matters in Comparative Law en el IX International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Teherán, agosto-septiembre 1974.
- Presidente de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas, AIDA (1976-1989), febrero, 1976.
- Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1976 al libro Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela, (Jurado: Alejandro Urbaneja A., José Loreto Arismendi, Francisco Manuel Mármol), Caracas, 20/09/76.
- Premio Anual a la Investigación al libro Cambio Político y Reforma del Estado, de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1976), Caracas, 24/11/76.
- Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina, 28/10/77.
- Profesor Honorario del Colegio Mayor Nuestra Señora de El Rosario, Santafé de Bogotá, 24/07/78.
- Individuo de Número (Sillón Nº 10) de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1978.
- Secretario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, Caracas, 1978-1987.
- Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia, al libro Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas 1979.

1980-1989

- Miembro de la Societé de Législation Comparé, París, 1981.
- Premio Nacional del Ciencias (Ciencias Sociales), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, CONICIT, Caracas, julio 1981.
- Miembro del Comité Asesor del Volumen XVII, State and Economy de la International Encyclopedia of Comparative Law, La Haya, 1980.
- Director y Editor de la Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Publicación Trimestral, Caracas, 1980-2003.
- Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.
- Director y Editor de la Revista de Estudios Políticos, Editorial Jurídica Venezolana, Nº 0, Caracas 1981; Nº 1, Caracas 1982.
- Ponente General sobre el tema Descentralización Política, Autonomía Territorial y Regionalización Política, XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Caracas, septiembre de 1982.
- Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, enero 1982.
- Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
- Miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1984.
- Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, desde 1985.
- Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, 1982-1985.
- Profesor Invitado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España, diciembre 1986.
- Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, octubre de 1987.
- Participación en la Misión de Observación Electoral del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos a Santiago de Chile, Santiago de Chile, abril 1988.
- Miembro Correspondiente por Venezuela de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, mayo 1989.
- Observador Internacional de CAPEL a las Elecciones de Bolivia, La Paz, abril 1989.

1990-2003

- Ponente General sobre el tema Las limitaciones constitucionales y legales contra imposiciones confiscatorias en el XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, agosto de 1990.
- Cátedra Fundacional de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías (Iniciativa del Prof. León Henrique Cottin), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, febrero 1991.

- Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, mayo 1993.
- Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 18/05/92. Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto 1995.
- Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, agosto 1995.
- Miembro Correspondiente Extranjero, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá 1996.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III de Madrid, España, septiembre 1996.
- Miembro de Honor de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), España, octubre 1996.
- Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, 1997.
- Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1997-1999), Caracas, marzo 1997.
- Observador Internacional de las elecciones a Panamá, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Panamá, mayo 1994.
- Miembro del Jurado del Concurso de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, para Profesores, Titulares, Asociados y Adjuntos, Buenos Aires, Argentina, mayo 1997.
- Miembro de la Corte Española de Arbitraje, 1998.
- Miembro Asociado Correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Perú, 1998.
- Miembro Honorario de la Asociación de Constitucionalistas Colombianos, Bogotá, enero 1998.
- Ponente General sobre el tema Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra, 30/07/98.
- Miembro del Tribunal de Tesis de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, septiembre 2000.
- Miembro Honorario de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, noviembre 2000.
- Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 2002.

II. Actividades académicas

1960-1969

- Auxiliar de Investigación en el Instituto de Derecho Público (Director: Antonio Moles Caubet), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, desde noviembre de 1960 hasta agosto de 1962.

- Instructor Interino, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela (1963-1966).
- Profesor de Derecho Administrativo I, Segundo Año, y de Derecho Administrativo II, Tercer Año, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, a partir de 1963 hasta 1984.
- Profesor del Curso monográfico sobre La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sistema jurídico venezolano, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963.
- Relator de la Sección de Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, a partir de 1965 hasta 1979.
- Profesor del Curso monográfico sobre Régimen jurídico de la participación del Estado en la actividad económica: Las empresas del Estado, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965.
- Profesor Instructor por Concurso, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela (1966-1967), (19 puntos) (Jurado: Antonio Moles Caubet, Tomás Polanco A., Eloy Lares Martínez), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 04/06/66.
- Profesor del Curso monográfico sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Económica Latinoamericana, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966.
- Profesor del Seminario sobre El régimen jurídico de las empresas del Estado, Seminario de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (1966-1967; 1967-1968; 1975-1976).
- Profesor Asistente, con el Trabajo de Ascenso Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, (Jurado: Eloy Lares Martínez, Luis H. Farías Mata, e Hildegard Rondón de Sansó), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 30/05/67.
- Profesor del Seminario de Derecho Público, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (1967-1979).
- Profesor del Curso sobre Les problèmes juridiques de l'integration latinoaméricaine, en el Programme sur les organisations politiques et economiques de l'Amérique Latine, Faculté International pour l'Enseignement du Droit Comparé (Strasbourg), Sesión de París, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, París, 01 al 14 de octubre de 1967.
- Profesor del Curso monográfico sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Económica, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968.
- Profesor del Curso sobre Problemas institucionales del desarrollo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, junio 1968.
- Profesor del Curso sobre Los problemas jurídicos de la integración latinoamericana, en el Programa Especial sobre Organizaciones Políticas y Económicas Interamericanas, 1er Ciclo de Derecho Comparado, Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 23/09/68.

- Organizador y Director del I Ciclo de Estudios de Derecho Comparado de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, (Estrasburgo), (Sesión de Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 05 al 24/02/68.
- Profesor del Curso monográfico sobre Aspectos jurídicos de la integración económica latinoamericana, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
- Director del Seminario sobre Aspectos jurídicos de la Integración Latinoamericana, Instituto de Derecho Público, Centro de Derecho Comparado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 10 al 26/03/69.
- Organizador y Director del II Ciclo de Estudios de Derecho Comparado de la Faculté Internationale pour l'Enseinement du Droit Comparé (Strasbourg), (Sesión de Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 03 al 28/02/69.

1970-1979

- Profesor Agregado con el trabajo de ascenso El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho venezolano, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1970.
- Profesor del Curso sobre La intervención del Estado en la vida económica, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas, febrero-marzo, 1970.
- Profesor del Curso de Derecho Público, Escuela Nacional de Administración Pública, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1970.
- Organizador y Director del III Ciclo (Primera Parte) de Estudios de Derecho Comparado, Faculté Internationale pour l'Enseinement du Droit Comparé, (Sesión Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 02 al 21/02/70.
- Organizador y Director del III Ciclo, (Segunda Parte) de Estudios de Derecho Comparado, de la Faculté Internationale pour l'Enseignemet du Droit Comparé, (Sesión de Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 01-22 de febrero de 1971.
- Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, celebrada en Caracas, 11-15 de septiembre de 1972.
- Visiting Fellow en el Clare Hall College y Visiting Scholar en el Center of Latin American Studies, University of Cambridge UK (1972-1974).
- Director de los estudios sobre Los servicios públicos de índole Municipal en el Estudio de Caracas, Universidad Central de Venezuela, Vol. VIII, Gobierno y Política, Tomo I, Caracas 1972, pp. 203-367.
- Profesor del Seminario sobre La réforme administrative en Amérique Latiné, en el Institut International d'Administration Publique, París (1973-1981).
- Profesor del Curso sobre Les Enterprises Publiques en Droit Comparé, Cours de deuxième cycle (Diplome de Droit Comparé), Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé (Strasbourg), Institut d'Etudes Judiciaires, Beyrouth, 24 a 28 de septiembre de 1973.

- Profesor Asociado con el Trabajo de Ascenso sobre La consideración del Estado democrático y social de derecho como supuesto para el Estudio del Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, julio 1974.
- Profesor del Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la actuación del Estado en la Economía, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.
- Miembro del Comité Organizador del International Seminar on Foreign Investment Regulations in the Andean Group, Macuto Sheraton, Caraballeda, 19 al 22/03/75.
- Profesor de Fundamentos de la Administración Pública, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975-1980.
- Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Caracas, 1975.
- Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 27/04/76 (hasta 1985).
- Jefe del Departamento de Ciencias de la Administración Pública, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 05/08/76.
- Profesor del Seminario sobre El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones, Cursos de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1976.
- Profesor del Curso sobre La Organización Administrativa y su Reforma, en el Curso de Postgrado sobre La acción Fiscal del Estado y la Distribución del Ingreso, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976.
- Profesor del Curso sobre La Reforma Administrativa en Venezuela, Cursos de Doctorado, Centro de Estudios para Graduados, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976.
- Profesor del Curso sobre La Reforma Administrativa en Venezuela, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Los Andes, Mérida, 1976.
- Profesor del Seminario sobre Propiedad y Urbanismo, Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre 1977.
- Profesor del Curso sobre Aspectos Institucionales de la Ordenación del Territorio, Postgrado de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, segundo semestre de 1977.
- Profesor de Organización Administrativa Venezolana, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977-1982.
- Profesor del Curso sobre Intervención del Estado en la Economía, dictado en la Universidad Simón Bolívar, Caracas, 03 al 10/02/78.

- Profesor del Curso monográfico sobre Algunos aspectos de la actividad de la Administración Pública, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1978.
- Profesor del Curso sobre La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela, Colegio de Abogados del Estado Mérida, Mérida, octubre 1978.
- Profesor del Curso de Derecho Administrativo de la Economía, en el Curso sobre Derecho y Administración de Empresas, Cursos de Doctorado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978.
- Director del Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central del Venezuela, Caracas, 01 de enero de 1979 hasta 1987.
- Miembro del Consejo Técnico del Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 25/04/79.
- Jefe del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 24 de septiembre de 1979 (hasta 1985).
- Organizador y Director del Seminario Internacional sobre Derecho Urbanístico, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR), Caracas, 10 al 12/11/80.
- Profesor del Curso sobre Expropiación por Causa de Utilidad Pública Social, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, segundo semestre de 1980.
- Profesor del Curso sobre Derecho Administrativo III, Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación, Escuela Militar, Caracas, primer semestre de 1980.

1980-1989

- Director de la Mesa Redonda sobre El entorno de la Administración Pública en el Instituto Internacional de Administración Pública, París, 16-17/02/81.
- Profesor Titular con el Trabajo de Ascenso Urbanismo y Propiedad Privada (Jurado: Eloy Lares Martínez, Luis Carlos Palacios y Tomás Polanco), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 08/04/81.
- Miembro de la Comisión de Estudios para Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981.
- Coordinador-Fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981-1984.
- Profesor del Derecho Administrativo Profundizado, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, desde 1981-.

- Profesor del Curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los XV Cursos Vacacionales de la Universidad de Los Andes, Mérida, 08-11 de septiembre de 1981.
- Profesor del Seminario sobre Expropiación, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981.
- Profesor del Curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la Universidad Católica Andrés Bello, Extensión Táchira, San Cristóbal, 26 al 27/11/81.
- Vicepresidente del Comité Organizador del XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 29/08 al 03/09/82.
- Profesor del Curso sobre Procedimientos Administrativos, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1982.
- Profesor del Seminario sobre El contencioso de los actos administrativos, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, desde 1982.
- Profesor del Curso sobre Derecho Público de la Economía, Curso de Gerencia, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas 1982-1984.
- Director del Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, enero 1983.
- Director del Seminario sobre el Régimen Jurídico Económico del Control de Cambios, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Parque Central, Caracas, marzo 1983.
- Director del II Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Parque Central, Caracas, 24/03/83.
- Director del Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas, 15/06/83.
- Director de las Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá), Caracas, 14/10/83.
- Profesor del Curso sobre Reforma del Estado, Cursos de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1983.
- Coordinador del Seminario sobre El Pacto Andino y el Tribunal Andino de Justicia, Palacio de las Academias, Caracas, 07-09 de noviembre de 1984.
- Profesor del Curso sobre El Derecho Público de la Economía, Curso Avanzado de Gerencia, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas, 26-29 de marzo de 1984.
- Profesor del Curso sobre El Régimen Municipal en Venezuela, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1984.

- Profesor del Curso Sistema Contencioso Administrativo, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1985.
- Simón Bolívar Professor y Fellow del Trinity College, y Profesor del Curso sobre Judicial Review in Comparative Law, Master of Law (LLM) Faculty of Law, University of Cambridge, 1985-1986.
- Director del Estudio sobre el régimen legal de la economía, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, l986-l987.
- Profesor Jubilado de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987.
- Profesor del Curso de Derecho Administrativo, Cursos de Doctorado, Universidad Católica Andrés Bello, 1987-1989.

1990-2003

- Profesor Asociado de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, Universidad de París II, París, enero-mayo de 1990.
- Profesor del Curso sobre Les principes sur la procedure administrative non contentieux en Espagne et l'Amerique Latine en el Curso de Derecho Administrativo Comparado del Profesor J.M. de Forges, Tercer Ciclo, Universidad de París II, Panthéon-Assas, (Salle 205), París, enero-mayo 1990.
- Profesor del Curso sobre Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, dictado en la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 16 al 20/03/98.
- Profesor Asociado en la Universidad de París X Nanterre, del Curso sobre Derecho Público de la Economía en Venezuela, en el Diplôme d'Etudes Juridiques Appliqués, Unité de Formation et Recherche de Science Juridique, Université de Paris X Nanterré, Diciembre 2000.
- Profesor del Curso sobre El Nuevo régimen constitucional venezolano, dictado en el Taller de Actualización sobre la Nueva Constitución para los Profesores de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, La Universidad del Zulia, Maracaibo, 04 y 05/05/00.
- Profesor del Curso sobre Los Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Santafé de Bogotá, 06 al 12/09/00.
- Profesor del Curso sobre La Constitución de 1999: Constitución Política, Constitución Social y Constitución Económica, con ocasión del Programa de Celebración de los 70 años de la Escuela de Derecho, División de Estudios para Graduados, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, La Universidad del Zulia, Maracaibo, 17 y 18/10/00.
- Visiting Scholar (2002-2003), Universidad de Columbia, New York.

III. Publicaciones

1. Libros

1. LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA, Colección Tesis de Doctorado, Vol. IV, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, 494 pp.
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA VENEZOLANAS, Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965, 120 pp.; 2ª edición, Editorial Mohingo, Caracas, julio 1972, 107 pp.
3. ESTUDIO SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL PODER NACIONAL Y EL PODER MUNICIPAL EN MATERIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE (Con especial referencia a la Municipalidad del Distrito Federal), Gobernación del Distrito Federal, Caracas 1965, 84 pp.
4. (Compilador) DOCTRINA ADMINISTRATIVA, Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1959-1963, Ministerio de Justicia, Caracas 1965, 306 pp.
5. (Compilador) DOCTRINA ADMINISTRATIVA, Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1964, Ministerio de Justicia, Caracas 1965, 158 pp.
6. LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL (JURISPRUDENCIA-DOCTRINA ADMINISTRATIVA-LEGISLACIÓN), (con Prólogo de Enrique Pérez Olivares y Presentación de Sebastián Martín Retortillo), Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 2, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, 416 pp.
7. LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO (ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO), Colección Monografías de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Vol. XXXVI, Caracas 1967, 200 pp.
8. EL RÉGIMEN DE GOBIERNO MUNICIPAL EN EL DISTRITO FEDERAL VENEZOLANO, Comunicación a la II Ponencia, La competencia municipal. Ámbitos más cualificados, IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios, Barcelona, octubre 1967, 76 pp. Publicado también con el mismo título por la Gobernación del Distrito Federal, Caracas 1968, 172 pp. Publicado también en *Crónicas del IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios (Barcelona, octubre, 1967)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Tomo I, Madrid 1968, pp. 759-845; y en *Estudio de Caracas*, Vol. VIII, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972, pp. 113-201.
9. LES ENTREPRISES PUBLIQUES EN DROIT COMPARÉ (con Prefacio de Roland Drago), Colección de Cursos de la Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, París 1968, 120 pp.

10. LOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA LATINOAMERICANA, Banco Central de Venezuela, Caracas 1968, 131 pp.
11. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DEL ESTADO EN EL DERECHO VENEZOLANO, Ediciones del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, Contraloría General de la República, Caracas 1969, 176 pp.
12. (Director y editor) BASES PARA UN ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS EN VENEZUELA. PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos y el Instituto de Derecho Público, (Publicación N° 11), Caracas, septiembre 1969, 166 pp.; SEGUNDA PARTE: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos y el Instituto de Derecho Público, (Publicación N° 13), Caracas, diciembre 1969, 747 pp.; TERCERA PARTE: ORDENACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (Publicación N° 23), Caracas, octubre 1970, 366 pp.; CUARTA PARTE: DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIA, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (publicación N° 24), Caracas, octubre 1970, 178 pp.; QUINTA PARTE: LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL: USOS, COSTUMBRES, PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (publicación N° 25), Caracas 1970, 114 pp.; SEXTA PARTE: BIBLIOGRAFÍA SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (publicación N° 26), Caracas, noviembre 1970, 180 pp.
13. (Compilador) DOCTRINA ADMINISTRATIVA, Tomo II, Consejo Supremo Electoral, Caracas 1969, 210 pp.
14. UNA REVOLUCIÓN PARA EL DESARROLLO, *Cuadernos para la Reforma Administrativa* N° 1, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, 56 pp. Publicado también en Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas 1972, Tomo I, pp. 35-71; como «Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 41, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1968, pp. 19-64; y como «Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, N° 58, Madrid 1969, pp. 387-420.
15. EL ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA (con Prólogo de Rafael Caldera), Ediciones de la Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, 255 pp.
16. ASPECTOS INSTITUCIONALES DEL TRANSPORTE Y TRÁNSITO EN EL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS (con Prólogo de Antonio Moles Caubet), Fondo Editorial Común, Caracas 1971, 140 pp.

17. EL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN Y LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN LOS ESTADOS Y MUNICIPALIDADES, Ediciones Corporación de Los Andes, Mérida 1971, 60 pp.

18. DERECHO Y DESARROLLO, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Derecho y Desarrollo, N° 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, 55 pp.; publicado también en *La Ciencia en Venezuela*, Tomo III, Aspectos Sociales, Universidad de Carabobo, Valencia 1973, pp. 15-42

19. (Director y editor) INFORME SOBRE LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, Vol. 1, 645 pp. y Vol. 2, 621 pp.

20. (En colaboración con Pedro Pablo Azpúrua, Aurelio Useche, Eduardo Buroz, Cecilia Sosa y Sebastián Martín Retortillo) CRITERIOS Y PRINCIPIOS PARA UN REORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS, Coplanarh, publicación especial, Caracas, agosto 1974, 67 pp.

21. CAMBIO POLÍTICO Y REFORMA DEL ESTADO EN VENEZUELA, Editorial Tecnos, Colección Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política, Madrid 1975, 695 pp.

22. DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1ª edición, Caracas, 1975, 463 pp.; 2ª edición, 1981; 3ª edición 1984.

23. UN DERECHO PARA EL DESARROLLO Y LA PROTECCIÓN DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS PODERES PÚBLICO Y PRIVADO, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo 1975, 97 pp.

24. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I: EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, 648 pp.

    Este libro contiene los siguientes estudios:

    24-a: «Los límites del Poder discrecional de las autoridades administrativas», pp. 15-41.

    24-b: «Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias», pp. 43-78.

25. DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE LAS AGUAS Y OTROS RECURSOS NATURALES RENOVABLES, publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Derecho y Desarrollo, N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, 282 pp.

    Este libro contiene los siguientes estudios:

    25-a: «La administración de las aguas y de los recursos naturales renovables», pp. 11-44.

    25-b: «La reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela», pp. 45-92.

    25-c: «Limitaciones a la propiedad privada en razón de la conservación, fomento y racional aprovechamiento de los recursos naturales renovables», pp. 93-134.

25-d: «Algunas propuestas específicas relacionadas con la reordenación de las aguas y del ambiente», pp. 135-204.

25-e: «Algunos aspectos administrativos de aprovechamiento de las aguas para abastecimiento de poblaciones», pp. 205-267.

26. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, Colección Monografías Jurídicas, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1976, 145 pp.

27. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO II: EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO Y TRIBUTARIO DEL ESTADO, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, 599 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

27-a: «El régimen de gobierno del Distrito Federal», pp. 15-54.

27-b: «El Área Metropolitana de Caracas y la cooperación intermunicipal en materia de urbanismo», pp. 55-69.

27-c: «La Hacienda Pública venezolana. Bases constitucionales para su estudio», pp. 71-128.

28. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO III: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. VOL 1. REGLAMENTOS, PROCEDIMIENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, 433 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

28-a: «Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisitos de forma de los mismos», pp. 11-23.

28-b: «Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el Derecho venezolano», pp. 25-64.

28-c: «Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa en el sistema venezolano», pp. 65-95.

28-d: «Aspectos de la ejecutividad y de la ejecutividad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*», pp. 97-115.

29. (Director y Editor) ANALES JURIS AQUARUM, Actas y documentos de la III[a] Conferencia Internacional de Derecho Administrativo de Aguas, Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas, 3 Vols., Caracas 1976, 1.749 pp.

En el Vol. II, Tomo 2 contiene el siguiente estudio:

29-a: «La reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela», pp. 685-733. Publicado también en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 66-67, Año XXXV, Caracas 1976, pp. 33-69; y en el libro *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*, publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Derecho y Desarrollo, N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp.45-92.

30. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES, Colección Estudios Jurídicos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, 219 pp.

31. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO III: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. VOL. 2. RECURSOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1977, 587 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

31-a: «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los Contratos Administrativos», pp. 443-498.

31-b: «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos», pp. 499-522.

31-c: «Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe, pp. 523-531.

32. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO IV: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1977, 324 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

32-a: «Algunas consideraciones sobre el control de la constitucionalidad de los actos estatales en el Derecho venezolano», pp. 15-50.

33. (Coordinador), (En colaboración con Norma Izquierdo Corser), ESTUDIOS SOBRE LA REGIONALIZACIÓN EN VENEZUELA, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Colección Ciencias Económicas y Sociales, Vol. XXI, Caracas 1977, 472 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

33-a: «Aspectos institucionales de la Administración del desarrollo regional y urbano», pp. 5-26.

33-b: «El Federalismo venezolano y la regionalización», pp. 27-72.

33-c: «La regionalización en materia económica en el derecho comparado», pp. 193-220.

33-d: «Soluciones institucionales para el área metropolitana de Caracas», pp. 221-242.

33-e: «Observaciones al proyecto de decreto de regionalización administrativa», pp. 245-249.

33-f: «Algunas bases para la reforma del decreto de regionalización administrativa», pp. 249-251.

33-g: «Notas y documentos sobre la ordenación del área metropolitana de Caracas», pp. 283-318.

33-h: «Los problemas de las áreas metropolitanas y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Municipal», pp. 321-328.

33-i: «La reforma del Régimen local y el Proyecto de Ley Orgánica del Régimen Municipal», pp. 353-368.

34. (En colaboración con José Muci Abraham y Oswaldo Padrón Amaré) OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA TRIBUTARIA 1976, Colección Monografías Jurídicas, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, 114 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

34-a: «La política de ordenación del territorio y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», pp. 91-95.

34-b: «El proceso de Urbanización y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», pp. 95-99.

34-c: «La imprecisión del objeto del tributo en el Proyecto de Ley de Impuesto Predial y su efecto en el desarrollo agropecuario», pp. 99-105.

35. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA VENEZOLANA, Colección Monografías Administrativas, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, 135 pp.; 2ª edición, Caracas 1980, 133 pp.; 3ª edición, Caracas 1983, 138 pp.

36. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo 1978, 53 pp. Publicado también en *Revista de Control Fiscal*, N° 81, Contraloría General de la República, Caracas 1976, pp. 23-52; y como «La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano» en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 11, Buenos Aires 1976, pp. 15-41. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974. Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol 2, Caracas 1978, pp. 463-495.

37. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO V: LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, VOL. 1. LOS ÓRGANOS Y EL RECURSO DE ANULACIÓN, Caracas 1978, 386 p. Este volumen contiene los siguientes estudios:

37-a: «Aspectos generales del procedimiento contencioso-administrativo», pp. 15-52.

37-b: «El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares. Los vicios de los actos administrativos», pp. 53-85.

VOL. 2. LOS RECURSOS DE ANULACIÓN Y DE PLENA JURISDICCIÓN, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978, 816 p. Este volumen contiene los siguientes estudios:

37-c: «La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa», pp. 407-462.

37-d: «La carga de la prueba en el derecho administrativo», pp. 463-495.

37-e: «Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones», pp. 496-506.

37-f: «El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano», pp. 507-533.

38. POLÍTICA, ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (con Prólogo de Rafael Caldera), 1ª edición, Ediciones Conjuntas Editorial Ateneo de Caracas y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, 254 pp.; 2ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, 246 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

38-a: «El Estado contemporáneo en Venezuela», pp. 39-84.

38-b: «Los condicionamientos políticos de la Administración Pública», pp. 85-122.

38-c: «La revitalización del Federalismo», pp. 123-164.

38-d: «La reforma del régimen local y la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal», pp. 165-197.

38-e: «La participación política a nivel local», pp. 199-240.

39. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO VI: LA PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, 690 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

39-a: «Adquisición de la propiedad privada por parte del Estado en el derecho venezolano», pp. 17-45.

39-b: «Las expropiaciones urbanísticas», pp. 47-139.

40. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN VENEZUELA, Ediciones del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1ª edición, Caracas 1980, 372 pp.; 2ª edición, Colección Estudios Jurídicos, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, 372 pp.

41. ESTUDIOS SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Colección Ciencias Económicas y Sociales, Vol. XXIII, Caracas 1980, 670 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

41-a: «Administración Pública para el Siglo XXI (1973)», pp. 11-23.

41-b: «Estrategia de la reforma administrativa en Venezuela (1969)», pp. 27-32.

41-c: «El objetivo de la reforma administrativa: La Administración Pública para el desarrollo (1969)», pp. 33-39.

41-ch: «La reforma administrativa y la planificación del desarrollo económico y social (1969)», pp. 40-45.

41-d: «La redefinición de funciones ministeriales como paso previo de la reforma administrativa: El caso del Ministerio de Fomento (1969)», pp. 46-53.

41-e: «La micro-reforma administrativa con visión sectorial: El caso del Sector Agropecuario (1969)», pp. 54 -62.

41-f: «Áreas del Plan de Trabajo para la reforma administrativa (1969)», pp. 63-71.

41-g: «El sentido de la instrucción presidencial sobre la reforma administrativa (1970)», pp. 72-76.

41-h: «Los criterios de la reforma administrativa (1971)», pp. 78-86.

41-i: «Reforma administrativa y desarrollo económico y social en Venezuela (1970)», pp. 87-111.

41-j: «La reforma administrativa en Venezuela a partir de 1969. Experiencias y planteamientos (1970)», pp. 112-134.

41-k: «El proceso de reforma administrativa en Venezuela (1970)», pp. 135-155.

41-l: «La reforma administrativa en 1969», pp. 156-164.

41-ll: «La reforma administrativa en 1970», pp. 165-172.

41-m: «La reforma administrativa en 1971», pp. 173-181.

41-n: «La reforma administrativa en 1972», pp. 182-189.

41-ñ: «Consideraciones sobre el Estatuto de los Funcionarios Públicos (1970)», pp. 193-212.

41-o: «Las propuestas de reforma de la Administración Pública venezolana (1972)», pp. 213-230.

41-p: «Aspectos de la Administración Descentralizada (1971)», pp. 231-238

41-q: «Algunos aspectos jurídicos de las relaciones entre el gobierno central y las empresas del Estado (1974)», pp. 239-271.

41-r: «La reforma de la administración descentralizada (1976)», pp. 272-283.

41-rr: «La reforma administrativa, sus efectos y proyecciones en los Estados y Municipios (1971)», pp. 285-301.

41-s: «El proceso de reforma administrativa en las administraciones estadales (1970)», pp. 302-318.

41-t: «La experiencia de la reforma administrativa en Venezuela 1969-1973: Estrategias, tácticas y criterios (1973)», pp. 321-377.

41-u: «Comentarios sobre la reforma administrativa en México y Venezuela (1972)», pp. 378-421.

41-v: «Algunos obstáculos a la reforma administrativa (1969)», pp. 422-429.

41-w: «La Ley Orgánica de la Administración Central de 1976 y la reforma administrativa», pp. 430-434.

41-x: «Algunos criterios para la transformación de la Administración Pública: 1974-1979», pp. 435-456.

41-y: «Perspectivas del proceso de reforma administrativa en los inicios del período constitucional 1974-1979», pp. 457-496.

41-z: «1975: El reto en materia de reforma administrativa», pp. 497-502.

42. URBANISMO Y PROPIEDAD PRIVADA (Trabajo de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1978), (con Prólogo de Ramón Martín Mateo y Presentación de Pedro Pablo Azpúrua), Colección Estudios Jurídicos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, 628 pp.

43. FUNDAMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tomo I, Colección Estudios Administrativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, 386 pp.; 2ª edición, 1984.

44. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA ECONOMÍA 1939-1979, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia 1980, 227 pp.

45. (Coordinador-editor), (En colaboración con Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta), LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, 160 pp. (12 ediciones).

    Este libro contiene el siguiente estudio:

    45-a: «Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos», pp. 7-51.

46. (Director y Editor) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NACIONALIZACIONES EN VENEZUELA, ARCHIVO DE DERECHO PÚBLICO Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN, Tomo III, 2 Vols, 1981, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1981, 1.251 pp.

    En este libro se publicaron los siguientes estudios:

    46-a: «Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela», Tomo I, Caracas 1981, pp. 23-44.

    46-b: «Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela», Tomo I, Caracas 1981, pp. 407-491.

    46-c: «Consideraciones sobre los reparos formulados por la Contraloría a las empresas concesionarias de hidrocarburos respecto del ejercicio fiscal 1970» Tomo 2, pp. 674-685.

47. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Colección Estudios Jurídicos, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, lª edición, Caracas 1982, 448 pp.; 2ªedición, Caracas 1985; 3º edición, Caracas 1992; 5ª edición 1999. La 6ª edición fue publicada como EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Caracas 2002, 570 pp.

48. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, 176 pp.

49. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, 1ª edición, Ediciones Manoa, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-San Cristóbal, 1982, 713 pp.

50. EL ESTADO, CRISIS Y REFORMA, Colección Ensayos, N° 4, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1982, 293 pp.

51. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1978, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 1.398 pp.

52. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1979, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 968 pp.

53. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1980, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 1.624 pp.

54. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1981, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 1.166 pp.

55. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, 91 pp. Publicado también en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá 1986, pp. 159-212.

56. ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO, *Tomo I, (Labor en el Senado 1982)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1983, 266 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

56-a: «La reforma política del Estado: la descentralización política», pp. 15-39.

56-b: «La reforma institucional de la región capital y del Área Metropolitana de Caracas», pp. 41-83.

56-c: «El régimen jurídico del transporte terrestre y de los sistemas rápidos de transporte (Metro)», pp. 85-129.

56-d: «La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público», pp. 131-159.

56-e: «El régimen jurídico de los fondos de divisas de Pdvsa y la centralización de las reservas monetarias internacionales por el Banco Central de Venezuela», pp. 161-181.

56-f: «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa», pp. 183-193.

56-g: «El régimen jurídico de la reconducción del presupuesto», pp. 195-207.

56-h: «La creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana», pp. 209-241.

56-i: «Aspectos formales de la reforma de las leyes», pp. 243-256.

57. LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO EN LA OBRA DE ANDRÉS BELLO, (con Prólogo de Pedro Grases), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983, 130 pp. Publicado también en *Bello y América Latina*, Cuarto Congreso del Bicentenario, La Casa de Bello, Caracas 1982, pp. 99-154.

58. (Coordinador y editor), (En colaboración con Alberto Arteaga, Humberto Njaim y Manuel Rachadell), LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO, Colección Textos Legislativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, 254 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

58-a: «La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos», pp. 7-77.

59. SUMARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961, Colección Sumario, Ediciones Conjuntas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1983, 247 pp.

60. CONSTITUCIÓN DE 1961, ENMIENDAS Nº 1 Y Nº 2, Colección Textos Legislativos, Nº 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, 247 pp.

61. EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN VENEZUELA, Colección Estudios Administrativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, 423 pp.

62. LEY ORGÁNICA PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, Colección Textos Legislativos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, 149 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

62-a: «Introducción al régimen jurídico de la Ordenación del Territorio», pp. 7-77.

62-b: «El régimen del urbanismo en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio», pp. 79-104.

63. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, 2 Tomos, 754 y 734 pp.

64. (Coordinador), (En colaboración con Enrique Viloria V.) SUMARIO DE LAS NACIONALIZACIONES (HIERRO Y PETRÓLEO), Ediciones Conjuntas, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1985, 150 pp.

65. LAS CONSTITUCIONES DE VENEZUELA. *Compilación y Estudio Preliminar de Allan R. Brewer-Carías,* Edición conjunta de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela) y del Instituto de Estudios de Administración Local y del Centro de Estudios Constitucionales (España), Madrid l985, l.086 pp. Una segunda edición ampliada se publicó con el mismo título por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, 1.210 pp.

En esta obra, además del texto de las Constituciones, se publica el estudio:

65-a: «La conformación político-constitucional del Estado Venezolano», pp. 9-152.

66. EL ESTADO INCOMPRENDIDO, Vadell Hermanos Editores, Caracas l985, l60 pp.

67. ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO, *Tomo II, (Labor en el Senado)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas l985, 460 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

67-a: «Los condicionantes políticos de la Constitución de 1961 y sus efectos», pp. 11-64.

67-b: «La aprobación legislativa de los contratos de interés nacional y el contrato Pdvsa-Veba Oil», pp. 65-82.

67-c: «El régimen jurídico de la ordenación del territorio y su regulación legal», pp. 83-214.

67-d: «Aspectos generales del régimen municipal y su reforma», pp. 215-356.

67-e: «La reforma del régimen del Distrito Federal», pp. 357-395.

67-f: «La reforma del régimen de la Administración Descentralizada», pp. 397-430.

68. ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, 214 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

68-a: «El concepto del derecho administrativo en Venezuela», pp. 7 a 24.

68-b: «El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas», pp. 25-60.

68-c: «La evolución del concepto de contrato administrativo», pp. 61-90.

68-d: «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa», pp. 91-124.

68-e: «El régimen municipal y bases para su reforma», pp. 125-157.

68-f: «La jurisdicción contencioso-administrativo», pp. 159-212.

69. (Coordinador y editor), (En colaboración con Enrique Viloria V.), EL HOLDING PÚBLICO, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1986, 216 pp.

70. ESTADO DE DERECHO Y CONTROL JUDICIAL (JUSTICIA CONSTITUCIONAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y AMPARO EN VENEZUELA), (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, 657 pp.

71. REFLEXIONES EN ESPAÑA, Caracas 1987, 100 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

71-a: «España y el constitucionalismo iberoamericano», pp. 11-31.

71-b: «Derecho Público y Urbanismo», pp. 33-53.

71-c: «Municipio, democracia y participación», pp. 55-78.

72. PROBLEMAS DEL ESTADO DE PARTIDOS, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas l988, 340 pp.

73. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao) LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, Colección Textos Legislativos, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 242 pp. (10 ediciones).

Este libro contiene el siguiente estudio:

73-a: «Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales», pp. 7-105.

74. LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, Colección Textos Legislativos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 247 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

74-a: «Introducción General al Régimen Municipal», pp. 7-151.

75. (Coordinador y editor), (En colaboración con Cecilia Sosa, Carlos Ayala Corao y Humberto Romero Muci), LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA, Colección Textos Legislativos, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 271 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

75-a: «Introducción General al Régimen Legal de la Ordenación Urbanística», pp. 7-88.

76. JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW, (Prólogo de J. A. Jolowicz), Cambridge Studies in International and Comparative Law. New Series, Cambridge University Press, Cambridge 1989, 406 pp.

77. (Coordinador y editor), (En colaboración con Josefina Calcaño de Temeltas), LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Colección Textos Legislativos, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, 369 pp.; 2ª edición actualizada, Caracas 1991, 371 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

77-a: «Algunos aspectos del proceso contencioso-administrativo», pp. 137-290.

78. ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO, *Tomo III, (Labor en el Senado 1985-1987)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1989, 420 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

78-a: «Documento de trabajo para una Ley Nacional de Urbanismo (1985)», pp. 11-69.

78-b: «Observaciones críticas al Proyecto de Ley de la Acción de Amparo de los Derechos Fundamentales (1985)», pp. 71-186.

78-c: «Proyecto de Ley Orgánica sobre el Derecho de Amparo (1987)», pp. 187-204.

78-d: «Propuestas de reforma al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987)», pp. 205-229.

78-e: «Aproximación general al régimen de la economía (1986)», pp. 231-281.

78-f: «El régimen legal de la industria (1987)», pp. 283-419.

79. LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA: CASI 200 AÑOS DE HISTORIA, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 38, Caracas 1990, 462 pp.

80. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990, 200 pp. También fue publicado como «Principios del procedimiento administrativo en España y América Latina» en el libro *200 Años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje*, Tomo I, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas 1989, pp. 255-435.

81. (Coordinador y editor), (En colaboración con Hildegard Rondón de Sansó y Carlos Ayala Corao) LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL 1989, Colección Textos Legislativos, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, 361 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

81-a: «Introducción General al Régimen Municipal», pp. 7-159.

82. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao, Jorge Sánchez Meleán, Gustavo Linares y Humberto Romero Muci*)* LEYES Y

REGLAMENTOS PARA LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA DE LA FEDERACIÓN, Colección Textos Legislativos, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, 299 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

82-a: «Bases legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: El inicio de una reforma», pp. 7-53.

83. LA CONSTITUCIÓN Y SUS ENMIENDAS, Colección Textos Legislativos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, 217 pp.

84. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA VENEZOLANA, Colección Estudios Jurídicos, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 199l, 146 pp.

85. EL CASO DE LAS CARTAS DE CRÉDITO (EFECTOS RETROACTIVOS Y CONFISCATORIOS DE LA UNIFICACIÓN CAMBIARIA Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBVENCIONES ADMINISTRATIVAS), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, 150 pp.

86. REFLEXIONES SOBRE LA REVOLUCIÓN AMERICANA (1776) Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA (1789) Y SUS APORTES AL CONSTITUCIONALISMO MODERNO, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 213 pp.

87. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 302 pp.

88. LES PRINCIPES DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE. *Etudes de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, (Prólogo de Frank Moderne), Editorial Económica, París 1992, 167 pp.

89. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao), EL CASO DEL MONSTRUO DE LOS PALOS GRANDES. ESTUDIO JURÍDICO URBANÍSTICO, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 586 pp.

90. NUEVAS TENDENCIAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 238 pp.

91. EL AMPARO A LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES. UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp. Publicado también por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Curso Interdisciplinario), San José, Costa Rica, 1993, (mimeo), 120 pp.

92. LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO, Colección Textos Legislativos, N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 230 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

92-a: «Introducción General al Régimen de la Ley Orgánica del Sufragio», pp. 7-140.

93. (Coordinador y editor), (En colaboración con Armida Quintana Matos, León Henrique Cottin, Gabriel Ruan Santos y Carlos Ayala Corao) EL CASO DEL BANCO DE VENEZUELA, Volumen I. La acción de amparo, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 457 pp.

94. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 2, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1994, 179 pp. Publicado también en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Bogotá 1993, pp. 705-846.

95. RÉGIMEN CAMBIARIO, Tomo I, Colección Estudios Jurídicos, Nº 62, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, 324 pp.

96. INFORME SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN EN VENEZUELA 1993, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización (junio 1993-febrero 1994), Caracas 1994, 1.072 pp.

97. (Coordinador y editor), (En colaboración con José Guillermo Andueza y Gerardo Fernández), LOS DERECHOS DEL NIÑO VS. LOS ABUSOS PARLAMENTARIOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, 167 pp.

98. (Director y Editor) MANUAL DE ZONIFICACIÓN DE LOS MUNICIPIOS BARUTA Y EL HATILLO. «Presentación» (pp. 8-11), Fundación de Derecho Público, Caracas 1994, 864 pp.

99. EL SISTEMA MIXTO O INTEGRAL DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y VENEZUELA, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público Nº 39) y Pontificia Universidad Javeriana (Quaestiones Juridicae Nº 5), Bogotá 1995, 120 pp. Publicado también en *Revista Tachirense de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, N° 5-6, San Cristóbal, enero-diciembre 1994, pp. 111-164; en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246; y en G. J. Bidart Campos y J.F. Palomino Manchego (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitu-ción en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560.

100. (En colaboración con Jorge Vélez García) CONTRATACIÓN ESTATAL, DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIÓN, Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae Nº 6, Bogotá 1995, 51 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

100-a: «El Derecho Administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo», pp. 7-37.

101. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao) EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA Y SU PROTECCIÓN FRENTE A LAS INJERENCIAS ABUSIVAS O ARBITRARIAS

DEL ESTADO, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, Nº 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, 347 pp.

102. EL RÉGIMEN HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO, TOMO I DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, 715 pp.

103. EL RÉGIMEN DEL PODER PÚBLICO Y SU DISTRIBUCIÓN VERTICAL: EL PODER NACIONAL Y EL RÉGIMEN FEDERAL Y MUNICIPAL, TOMO II DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, 754 pp.

104. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO Y EL SISTEMA DE GOBIERNO, TOMO III DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, 722 pp.

105. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, TOMO IV DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, 566 pp.

106. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, TOMO VI DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, 642 pp.

107. (En colaboración con Luis A. Ortiz-Álvarez), LAS GRANDES DECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (1991-1996), Colección Jurisprudencia, Nº 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, 1.066 pp.

108. (Coordinador y editor), (En colaboración con Gustavo Linares Benzo, Luis Ortiz y Faustino Flamarique), LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, Colección Textos Legislativos, Nº 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 7-99.

Este libro contiene el siguiente estudio:

108-a: «Introducción General al Régimen para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia», pp. 7-99.

109. LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, TOMO VII DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1997, 613 pp.

110. LA CIUDAD ORDENADA (ESTUDIO SOBRE «EL ORDEN QUE SE HA TENER EN DESCUBRIR Y POBLAR» O SOBRE EL TRAZADO REGULAR DE LA CIUDAD HISPANOAMERICANA, EN PARTICULAR, DE LAS CIUDADES DE VENEZUELA), Universidad Carlos III, Madrid 1997, 203 pp.

111. REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO EN VENEZUELA Y EN LA AMÉRICA COLONIAL (con un apéndice de la bibliografía del autor), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, 315 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

111-a: «Carlos III y la organización territorial del poblamiento en América», pp. 19-41.

111-b: «El poblamiento del Táchira y la descentralización territorial», pp. 43-65.

111-c: «El proceso de poblamiento de las provincias de Venezuela (Siglo XVI)», pp. 67-108.

111-d: «El proceso de descentralización política en América Latina: La perspectiva federal», pp. 109-146.

111-e: «El reto democrático de la descentralización», pp. 147-202.

112. DERECHO Y ACCIÓN DE AMPARO, TOMO V DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1998, 577 pp.

113. CINCO SIGLOS DE HISTORIA Y UN PAÍS EN CRISIS (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela, Caracas 1998, 117 pp.

114. LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 163 pp.

115. (Coordinador y editor), (En colaboración con Francisco Zubillaga Silva, Gerardo Fernández), EL CASO "LAS CRISTINAS". Sobre el intento de despojo de las Minas de Oro más ricas de Guayana, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos Nº 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 306 pp.

116. ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL, Serie Estudios Nº 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, 328 pp.

117. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente), Colección Estudios Jurídicos Nº 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp.

118. DEBATE CONSTITUYENTE (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 233 pp.

119. DEBATE CONSTITUYENTE (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 286 pp.

120. DEBATE CONSTITUYENTE (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 340 pp.

121. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Comentada por Allan R. Brewer-Carías, Editorial Arte, Caracas 2000, 414 pp.; 1ª edición, enero 2000, Editorial Arte,

429 pp.; 2ª edición, Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, junio 2000, 505 pp.

122. EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, 134 pp.

123. EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y DE TOMA DE CONTROL DE EMPRESAS, Colección Textos Legislativos Nº 22, 1ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, 147 pp.

124. FEDERALISMO Y MUNICIPALISMO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva), Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001, 187 pp.

125. ÉTUDES DE DROIT PUBLIC COMPARÉ, Académie International de Droit Comparé, Bruylant, Bruxelles 2001, 1.182 pp.

126. (Coordinador y editor), (En colaboración con Héctor Faúndez Ledesma, Pedro Nikken, Carlos M. Ayala Corao, Rafael Chavero Gazdik, Gustavo Linares Benzo y Jorge Olavaria) LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN AMENAZADA. SENTENCIA 1013), (con Pórticos: Roberto Cuellar M. y Santiago Cantón y Prólogo: Alberto Quiroz Corradi), Edición Conjunta Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José 2001, 379 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

126-a: «La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia», pp. 17-57.

127. REFLEXIONES SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA (con una *Biblio Verbi Grafia* del autor), Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho en Venezuela", Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, 436 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

127-a: «Retos constitucionales para el siglo XXI (junio 2000)», pp. 11-39.

127-b: «La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)», pp. 41-59.

127-c: «El fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno (junio 2001)», pp. 61-104.

127-d: «Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)», pp. 105-125.

127-e: «El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)», pp. 127-141.

127-f: «Justicia constitucional y participación política (junio 2001)», pp. 143-152.

127-g: «El proceso constituyente venezolano y la nueva Constitución de 1999 (febrero 2000)», pp. 153-163.

127-h: «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela (septiembre 2001)», pp. 165-185.

127-i: «Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana y su control judicial (junio 2001)», pp. 187-241.

127-j: «Formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República en Venezuela (octubre 2001)», pp. 243-253.

127-k: «La justicia constitucional en la Constitución de Venezuela de 1999 (mayo 2001)», pp. 255-285.

128. GOLPE DE ESTADO Y PROCESO CONSTITUYENTE EN VENEZUELA, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.

129. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA VENEZOLANA. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA Y LOS SUCESOS DE ABRIL DE 2002, Libros El Nacional, Caracas, 2002, 263 pp.

130. (Coordinador y editor), (En colaboración con Rafael Chavero Gazdik), LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Colección Textos Legislativos, N° 24, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, 236 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

130-a: «Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública», pp. 7-91.

131. (Coordinador y editor), (En colaboración con Gustavo Linares Benzo, Dolores Aguerrevere Valero y Caterina Balasso Tejera) LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL), Colección Textos Legislativos, N° 26, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, 291 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

745-a: «Introducción General al régimen de la expropiación», pp. 7-100.

132. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario -1653-, Literatura Jurídica, Legis, Bogotá 2003, 344 pp.

2. Folletos

133. ESQUEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO I, (Tesis 1 a 16), (Curso de Profesor Gonzalo Pérez Luciani, Segundo año), Edición del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, (multigrafiado), Caracas 1960, 96 pp.

134. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (tercer año) (anotaciones taquigráficas multigrafiadas), Tomo I, Editorial Mohingo, Caracas 1965, 112 pp.; 2ª Edición, Caracas 1968, 150 pp.

135. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (tercer año) (anotaciones taquigráficas multigrafiadas), Tomo II, Editorial Mohingo, Caracas 1967, 140 pp.; 3ª edición, Caracas 1968, 124 pp.

136. LES PROBLEMES CONSTITUTIONNELS DE L'INTEGRATION ÉCONOMIQUE LATINOAMERICAINE, Faculté Internationale pour l'enseignement del Droit Comparé, Sesion d'automme, Madrid 1968, N° 753, (multigrafiado), 32 pp.

137. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (tercer año) (anotaciones taqui-gráficas multigrafiadas), Tomo III, Editorial Mohingo, Caracas 1970, 190 pp.

138. REFORMA ADMINISTRATIVA Y DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL EN VENEZUELA, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, (multigrafiado), Caracas 1970, 50 pp. Publicado también por la Comisión de Administración Pública, *Cuadernos para la Reforma Administrativa*, Nº 2, Caracas 1970, 30 pp.; en las Ediciones del Instituto de Investigaciones Administrativas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de La Plata, *Cuaderno Nº 43*, (multigrafiado), La Plata 1972, 43 pp.; en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXVI, N° 1, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1970, pp. 34-46; en el libro *La Reforma de toda la Administración Pública por toda la Administración Pública*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, pp. 39-46; en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. I, 1968-69, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, pp. 35-46; en *Revista Interamericana de Planificación*, Vol. VI, Nº 22, Bogotá 1972, pp. 22-38; y en *Estudios sobre la reforma Administrativa*, Caracas, 1980, pp. 87-111.

139. «LES LIMITES A LA LIBERTE D' INFORMATION EN DROIT COMPARE (PRESSE, RADIO, CINEMA TELEVISION)», (mimeografiado), *Rapport generae au VIIIéme Congrés International de Droit Comparé*, Academic International de Droit Comparé, Pescara 1970, 60 pp.

140. EL PROCESO DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA, Conferencia dictada en la Sala de Exposiciones de la Fundación Eugenio Mendoza, Oficina Central de Información, Caracas, junio 1970, 40 pp. Publicado también en *Estudios en Homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, Madrid 1972, Tomo I, pp. 99-120; y en *Estudios sobre la reforma administrativa*, Caracas 1980, pp. 135-155.

141. (Director y editor), LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA 1969-1971 (multigrafiado), Comisión de Administración Pública, Caracas, 1971, 160 pp.

En este libro se incluyen los siguientes estudios:

142-a: «Orientación general del proceso de reforma administrativa en Venezuela», pp. 1-36.

142-b: «El sentido de la Instrucción Presidencial sobre la reforma administrativa», pp. 56-64

142-c: «Los criterios de la reforma administrativa», pp. 82-96

143. (Director y editor) INFORME PRELIMINAR SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA; PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN. LA REFORMA ADMINISTRATIVA PARA EL DESARROLLO, Comisión

de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 4, Caracas 1971, 37 pp.; SEGUNDA PARTE: LA REFORMA ESTRUCTURAL. VOL. I. (OBJETIVOS. LA REFORMA MACRO-ESTRUCTURAL. LA REFORMA DE LOS ORGANISMOS DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 5, Caracas 1971, 62 pp.; VOL. II (LA REFORMA DE LOS MINISTERIOS), Comisión de Administración Pública. Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 6, Caracas 1971, 55 pp.; VOL. III. (LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 7, Caracas 1971, 39 pp.; VOL. IV (LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 8, Caracas 1971, 62 pp.; VOL. V (LA REFORMA MICRO-ESTRUCTURAL EN LOS MINISTERIOS), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 9, Caracas 1971, 99 pp.

144. PROBLEMAS INSTITUCIONALES DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS Y DEL DESARROLLO REGIONAL Y URBANO, Ediciones de la Comisión de Administración Pública, (multigrafiado), Caracas 1971, 60 pp.

145. LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, II Conferencia Venezolana de Empresas Estatales de Servicio Público, Comisión de Administración Pública, (multigrafiado), Caracas, Noviembre 1971, 15 pp.

146. LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, (multigrafiado), Caracas 1971, 12 pp.; publicado también en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 60, Año XII, Contraloría General de la República, Caracas 1971, pp. 62-69; publicado también en el libro *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*, 1971, pp. 55-71; y en *Revista de Control Fiscal*, N° 125 (Selección de artículos publicados 1959-1985), Contraloría General de la República, Caracas l990, pp. 414-427.

147. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL, Ediciones de la Sociedad de Tasadores de Venezuela, Caracas 1972, 37 pp.

148. INFORME QUE PRESENTA EL SECRETARIO ORGANIZADOR DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Primera Asamblea General Ordinaria, (multigrafiado), Caracas, septiembre 1972, 25 pp.

149. EL ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA, MSAS, Dirección de Bienestar Social, Serie Organización y Administración N° 1, (multigrafiado), Caracas, enero 1972, 46 pp.

150. LA EXPERIENCIA DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA 1969-1973. ESTRATEGIAS, TÁCTICAS Y CRITERIOS, 1er Seminario Interamericano de Reforma Administrativa, Fundación Getulio Vargas, Escuela Interamericana de Administración Pública, Ministerio de Planeamiento y Coordinación General de Brasil, Río de Janeiro, 03 al 07 de Diciembre de

1973. (multigrafiado), Río de Janeiro, noviembre 1973, 130 pp. Publicado también en *Reforma Administrativa*: *Experiencias Latinoamericanas*, Instituto Nacional de Administración Pública, México 1975, pp. 193-234 y 509-526; en A. F. Leemans (compilador) *Cómo reformar la Administración Pública*, México 1977, pp. 228-254; y en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*¸ Caracas 1980, pp. 321-377.

151. REGIONAL INTEGRATION IN CENTRAL AND LATIN AMERICA: A PROGRESS REPORT, Working Papers, Nº 20, Centre of Latin American Studies, University of Cambridge 1973, (mimeografiado), 26 pp.

152. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Curso de Ampliación en Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, (multigrafiado), Caracas 1974, 59 pp. Publicado también en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicación dispuesta en homenaje al Profesor Rafael Bielsa, Buenos Aires 1979, pp. 267-309; y en el libro *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V: La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 1. Los Órganos y el Recurso de Anulación*, Caracas 1978, pp. 15-52.

153. SISTEMÁTICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Programa para los Cursos de Derecho Administrativo I y II, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, 27 pp.

154. LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES DES DROITS DE L'HOMME DANS LES PAYS DE L'AMERIQUE LATINE, Societé de Législation Compareé, Journées Juridiques Franco-Latinoamericaines, (multigrafiado), Bayonne, Mai 1976, 176 pp.; publicado también en *Revue International del Droit Comparé*, N° 1, París 1977, pp. 25-102

155. LES CONDITIONNEMENTS POLITIQUES DE L'A'DMINISTRATION PUBLIQUE DANS LES PAYS DE'AMERIQUE LATINE, Coloquio International, *L'Administration Publique: Perspectives d'avenir*, Quebec, mayo 1979, (multigrafiado), 28 pp. Publicado también en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213-233; y como «L'environement politique de l'administration publique dans les pays d'Amerique Latine» en *Revue Francaise d' Administration Publique*, N° 12, Institut International d'Administration Publique, París, octubre-diciembre 1979, pp. 703-721.

156. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL ESTADO ARAGUA, con el estudio «El régimen de los Estados en la federación venezolana (con ocasión de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Estado Aragua)», Asamblea Legislativa del Estado Aragua, (mimeografiado), Maracay, agosto 1979, 130 pp.

157. CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ESTADOS EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA Y EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PARA EL ESTADO YARACUY, Vol. I, Estudio jurídico-administrativo del Régimen del Estado Yaracuy, OTEPI, Gobernación del Estado Yaracuy, Caracas, mayo 1979, (multigrafiado), 146 pp.

158. EL SISTEMA DE ECONOMÍA MIXTA. LIBERTAD ECONÓMICA, PLANIFICACIÓN Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, MARNR, Serie de Monografías o Estudios Técnicos, Específicos MET/DGSP00A/-04, (mimeografiado), Caracas, enero 1980, 179 pp.

159. PROPUESTA PARA UNA REFORMA INSTITUCIONAL DE CARACAS Y DE LA REGIÓN CAPITAL, Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1982, 41 pp.

160. (En colaboración con Álvaro Paez Pumar, Alberto Morales Tucker, Odoardo Poggioli y Luis Rojas B.) LA TRANSFORMACIÓN TOTAL DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA Y ADMINISTRATIVA DE CARACAS), Caracas 1982, 12 pp.

161. «LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIALE. AUTONOMIE TERRITORIALE ET REGIONALISATION POLITIQUE», IX Congrès Internationale de Droit Comparé, Tema IV, B,1, Caracas 1982, (mimeo), 25 pp.

162. LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL: AUTONOMÍA TERRITORIAL Y REGIONALIZACIÓN POLÍTICA, XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Tema IV, B.1, Caracas 1982, (mimeo), 41 pp.; publicado también en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 218, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, abril-junio 1983, pp. 209-232

163. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 24 DE NOVIEMBRE DE 1982, Senado de la República, (mimeografiado), Caracas, febrero 1983, 105 pp. Publicado también en el libro *Estudios de Derecho Público (Labor en el Senado 1983), Tomo II*, Ediciones del Congreso de la República, pp. 83-214.

164. PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, Secretaría Nacional de Asuntos Municipales Partido Copei, Caracas 1984, 56 pp.

165. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL DISTRITO FEDERAL, Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1984, 35 pp.

166. LA CRISIS DE LAS INSTITUCIONES: RESPONSABLES Y SALIDAS, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, 40 pp. Publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155.

167. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Noviembre 1986, (multigrafiado), 102 pp. Publicado también en *Revista de la Universidad Externado de Colombia, N° 3, Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina*, Bogotá, noviembre 1986, pp. 527-592.

168. EL DESARROLLO INSTITUCIONAL DEL ESTADO CENTRALIZADO EN VENEZUELA (1899-1935) Y SUS PROYECCIONES CONTEMPORÁNEAS, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1988, 48 pp. Publicado también en *Revista Paramillo*, Universidad Católica del Táchira, N° 7, San Cristóbal 1988, pp. 439-480; y en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, N° 227, Madrid, julio-septiembre 1985, (Primera Parte) pp. 487-514; y en *Revista de Estudios de Administración*

Local y Autonómica, N° 228, Madrid, octubre-diciembre 1985, (Segunda Parte), pp. 695-726.

169. LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (1789) Y SU INFLUENCIA SOBRE LAS CONSTITUCIONES. EL CASO DE VENEZUELA, (multigrafiado), Ponencia al XIII Congrès International de Droit Comparé, Montreal, 1990, 57 pp.
170. EL NUEVO FEDERALISMO Y EL RETO DE HACER EL ESTADO ZULIA, COMISIÓN PARA LA REFORMA EL ESTADO, (COPRE-ZULIA), Gobernación del Estado Zulia, Maracaibo 1990, 20 pp.
171. LE DROIT COMMUNITAIRE EUROPÉEN: UNE EXPÉRIENCE POUR L'INTEGRATION ANDINE, The European Union in a Changing World, Bruxelles, 19-20 September 1996, Commission Européenne, Bruxelles 1996, 21 pp.
172. SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD DEL ESTADO Y SU PRECISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. REFLEXIONES PARA EL PRÓXIMO MILENIO, Conferencia Magistral con motivo al XX Aniversario de la SECONASEDE, Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, Caracas, septiembre 1997, 20 pp.

3. Artículos en Revistas y Obras Colectivas

172. «Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres de 1° de agosto de 1960» en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 113, Año XXIII, Caracas, julio-septiembre 1960, pp. 217-232.
173. «El Servicio de Cajas de Seguridad Bancarias» en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 115, Año XXIV, Caracas, enero-marzo 1961, pp. 75-104.
174. «El Derecho de Huelga en el concepto de Libertad en el Estado moderno» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 21, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1961, pp. 251-284.
175. «Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado y documento registrado» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 41, Año XI, Caracas, abril-mayo-junio 1962, pp. 187-221; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 23, Universidad Central de Venezuela, Caracas, junio 1962, pp. 347-378. Reproducido en la *Estudios sobre el Documento Público y Privado*, (Autores Venezolanos), Ediciones Fabretón, Caracas 1982, pp. 251-291.
176. «Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1963, pp. 127-154.
177. «Algunas bases fundamentales del derecho público en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 27, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1963, pp. 143-147.
178. «Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano» en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, N° 43, Madrid, enero-abril 1964, pp. 427-456; y en

Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, N° 127-128, Caracas, enero-diciembre 1964, pp. 19-61.

179. «La Hacienda Pública Venezolana. Bases Constitucionales para su Estudio» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 49, Año XIII, Caracas, abril-junio 1964, pp. 65-124. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II: El Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado*, 1976, pp. 71-128.

180. «El régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en Venezuela» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 51, Caracas, octubre-diciembre 1964, pp. 263-295; y como «Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano» en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46.

181. «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-112; y como «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa», (con referencias al derecho uruguayo por Horacio Casinelli Muñoz) en *Revista de Derecho, Administración y Jurisprudencia*, Tomo 62, N° 2-3, Montevideo 1965, pp. 25-56. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: Recursos y Contratos Administrativos*, Caracas 1977, pp. 443-498.

182. «El poder discrecional en la jurisprudencia administrativa» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1964, pp. 187-194.

183. «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75.

184. «Los servidores del Estado en la doctrina de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 30, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 23-38.

185. «Los recursos administrativos o gubernativos en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 29, Universidad Central de Venezuela, Caracas, junio 1964, pp. 171-198.

186. «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1964, pp. 173-232.

187. «Aspectos de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 33, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1965, pp. 17-26; y en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 53, Año XIV, Caracas, diciembre 1965, pp. 67-86. Publicado también en el libro *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol 1 Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos*, Caracas 1976, pp. 97-115.

188. «Aspectos de la actividad contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias» en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 129, Caracas, enero-junio 1965, pp. 9-34; y en el libro *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, pp. 95-118.

189. «Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso administrativa emanados de la Contraloría General de la República» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 37, Contraloría General de la República, Caracas 1965, pp. 29-63.

190. «El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano» (en colaboración con Enrique Pérez Olivares) en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 32, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1965, pp. 103-126. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V: La jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 2. Los recursos de anulación y de plena jurisdicción*, Caracas 1978, pp. 507-533.

191. «Los contratos de la administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República II» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31, Universidad Central de Venezuela, Caracas, junio 1965, pp. 269-299.

192. «Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre 1966, pp. 83-112; y en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagüez Lazo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, Tomo V, pp. 743-769. Publicado también como «Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa en el sistema venezolano», en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol 1 Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos*, Caracas 1976, pp. 65-95.

193. «Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en droit compare» en *Rapports Généraux au VII Congrés International de Droit Comparé, Acta Instituti Upsaliensis Jurisprudentiae Comparativae*, Stockholm 1966, pp. 484-565.

194. «Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas» en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (*Uppsala, agosto 1966*), publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279; en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I: El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Caracas 1975, pp. 15-41.

195. «La integración del Área Metropolitana de Caracas y la coordinación de los servicios de transporte urbano» en *Revista Taller*, Facultad de Arquitectura, Universidad Central de Venezuela, N° 20, Caracas 1966, pp. 23-27.

196. «El juicio "Municipalidad del Distrito Federal contra el Instituto Nacional de Hipódromos" por la aplicación de las Ordenanzas de Impuestos sobre Apuestas Lícitas (Comentarios críticos en torno a una Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil)» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa,* N° 42, Contraloría General de la República, Caracas 1966, pp. 45-63.

197. «La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho,* N° 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1966, pp. 151-166.

198. «La calificación de funcionarios o empleados públicos u obreros al servicio del Estado en la jurisprudencia administrativa venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 34, Universidad Central de Venezuela, Caracas, septiembre 1966, pp. 243-257.

199. «La Ley de Representación de los Trabajadores en los Institutos, Organismos de Desarrollo Económico y Empresas del Estado» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 4, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966-1967, pp. 199-212.

200. «Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias» en *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, Caracas, mayo-junio 1967, pp. 1-36. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I: El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado,* Caracas 1975, pp. 43-78.

201. «El control de las empresas del Estado por grupos de intereses de la comunidad» en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXIII, N° 1, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1967, pp. 47-57.

202. «El Área Metropolitana de Caracas y la Cooperación Intermunicipal en materia de urbanismo» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 35, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1967, pp. 49-76. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II: El Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado,* Caracas 1976, pp. 55-69.

203. «Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 37-38, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1967, pp. 293-302. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V: La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 2. Los Recursos de Anulación y de Plena Jurisdicción*, Caracas 1978, pp. 496-506.

204. «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos» en *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967, pp. 755-778; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol. 2. Recursos y Contratos Administrativos*, Caracas 1977 pp. 499-522. Publicado también como «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos (con especial referencia a los contratos de obra

pública en el derecho venezolano)» en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 19, Año XIII, Madrid, enero-marzo 1968, pp. 101-117.

205. «El control fiscal externo sobre las empresas públicas» en *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Fundación Rojas Astudillo, Años 1967-1968, N° 17, Caracas 1968, pp. 7-31.

206. «La réforme administrative au Vénézuéla» en *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique* (*Revue d'Administration Publique*), N° 11, París, juillet-septembre 1969, pp. 41-57.

207. «Estrategia de la reforma administrativa en Venezuela» en *La Reforma de toda la Administración Pública por toda la Administración Pública*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, pp. 7-15. Publicado también como «Estrategia de la reforma administrativa en Venezuela (1969)», en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, 1980, pp. 27-32.

208. «Las limitaciones a la libertad de información en el Derecho Comparado (Prensa, Radio, Cine y Televisión)» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 47, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1970, pp. 9-47; y en *Revista Orbita*, Nos. 5-6, Caracas 1973, pp. 55-88.

209. «Palabras en el acto de la firma de la Instrucción Presidencial sobre los lineamientos generales de la Reforma Administrativa» en el libro *Lineamientos generales de la Reforma Administrativa*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, pp. 16-26.

210. «La reforma administrativa. Sus efectos y proyecciones en los Estados y Municipios» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 61, Año XII, Contraloría General de la República, Caracas 1971, pp. 84-93. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 285-301.

211. «Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos», *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, pp. 233-234.

212. «La reforma administrativa en Venezuela a partir de 1969. Experiencias y planteamientos» en *Reforma Administrativa (documentos de un seminario)*, Instituto Centroamericano de Administración Pública, San José, Costa Rica 1971, pp. 74-90. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 112-134.

213. «La structure institutionelle de l'Organisation des Etats Americains» (en colaboración con Juan Garrido Rovira) en *Les organisations régionales internationales* (Recueil de Cours), Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Fascicule I, París 1971, pp. 487-521.

214. «Les sources du droit dans l'Organisation des Etats Americains», (en colaboración con Juan Garrido Rovira) en *Les Organisations Régionales Internationales*, Recueil de Cours, Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Fascicule II, París 1971, pp. 811-825.

215. «Relations exterieurs de l'Organisation des Etats Americains», (en colaboración con Juan Garrido Rovira) en *Les Organisations Régionales Internationales*,

Recueil de Cours, Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Fascicule II, Paris 1971, pp. 1.115-1.170.

216. «Expropriation in Venezuela» (en colaboración con Enrique Pérez Olivares, Tomás Polanco e Hildegard Rondón de Sansó), en libro de A. Lowenfeld (ed.), *Expropriation in the America A. Comparative Legal Study*, New York 1971, pp. 199-240.

217. «Le statut du fonctionnaire vénézuélien», *Annuaire International de la Fonction Publique*, Institut International d'Administration Publique, París 1972, pp. 393-404.

218. «El régimen de gobierno municipal en el Distrito Federal» en *Estudio de Caracas*, Vol. VIII, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972, pp. 113-201.

219. «Comentarios sobre la reforma administrativa en México y Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, N° 25, México 1972, pp. 9-39. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 321-377.

220. «Proyecto del Centro Regional Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)» en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XXXVIII, Nº 3, (*Las Ciencias Administrativas en Venezuela)*, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1972, pp. 233-239.

221. «Las propuestas de reforma de la Administración Pública Venezolana (1972*)»* en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XXXVIII, N° 3, *Las ciencias administrativas en Venezuela*, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1972, pp. 252-261; y en *Revista de Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, N° 23, México 1972, pp. 41-54. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 213-230.

222. «Algunas reflexiones sobre el equilibrio financiero en los contratos administrativos y la aplicabilidad en Venezuela de la concepción amplia de la Teoría del Hecho del Príncipe», *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Contraloría General de la República, Caracas 1972, pp. 86-93; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol. 2. Recursos y Contratos Administrativos*, Caracas 1977, pp. 523-531.

223. «Problemas institucionales del desarrollo en Venezuela» en *Boletín de la Asociación Cultural Humboldt*, N° 8, Caracas 1973, pp. 49-72.

224. «Obstáculos Políticos al desarrollo en Venezuela» en *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 1, Caracas 1973, pp. 103-128.

225. «Aspects généraux de la procédure contentieuse administrative au Vénézuéla*», Etudes et Documents, Conseil d'Etat*, París 1973, pp. 339-363.

226. «Caracas», en Rowat, D. (ed), *The Government of Federal Capitals*, Toronto 1973, pp. 113-130.

227. «La autorización legislativa» en *Procedimientos Parlamentarios para la aprobación de Contratos de interés nacional*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas 1973, pp. 77-92.

228. «Algunos criterios para la transformación de la Administración Pública (1974-1979)» en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Contraloría General de la República, N° 73, Año XV, Caracas 1974, pp. 6-21. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa,* Caracas 1980, pp. 435-456.

229. «Reform Proposals for the Venezuelan Public Administration» en *Journal of Administration Overseas*, Vol. XIII, N° 4, Londres, october 1974, pp. 524-535.

230. «La Réforme Administrative Vénézuélienne a l'épreuve (1969-1973), Stratégies, Tactiques et Critéries», *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, N° 31, París 1974, pp. 7-50.

231. «Aspectos jurídicos de las relaciones entre el Gobierno Central y las empresas del Estado», *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, Nº 4, Caracas 1974, pp. 83-119. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa,* Caracas 1980, pp. 239-271.

232. «Perspectivas del proceso de reforma administrativa en los inicios del período constitucional 1974-1979» en *Revista de Control Fiscal,* N° 76, Año XVI, Contraloría General de la República, Caracas 1975, pp. 11-52; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XII, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1975, pp. 209-226. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa,* Caracas 1980, pp. 457-496.

233. «Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano» en *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid 1975, pp. 419-446. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Caracas 1977, pp. 15-50.

234. «La regionalización en materia económica en el Derecho Comparado» en *Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación*, Nos. 124-127, Caracas 1975, pp. 49-69. Publicado también en *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela* (en colaboración con Norma Izquierdo Corser), Caracas 1977, pp. 193-220.

235. «Comentarios sobre las recientes regulaciones urbanísticas relativas a la Región Capital» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 54, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 109-153.

236. «Leyes susceptibles de impugnación mediante el recurso de inconstitucionalidad» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 56, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 71-90.

237. «La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano» en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Montevideo, Nos. 3-4, año XXIII, Montevideo 1975, pp. 157-169.

238. «Estudio sobre la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos de registro» en *Libro Homenaje a la Memoria de*

Joaquín Sánchez Covisa, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 425-480»; y en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1975*, Caracas 1976, pp. 139-195.

239. «Comentarios sobre el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones administrativas» en *Revista de Control Fiscal*, N° 83, Año XVII, Contraloría General de la República, Caracas 1976, pp. 9-17.

240. «Regional integration in Central and Latin America: a progress report» en C.M. Schmistthoff and K.R. Simmonds, (ed), *International Economic and Trade Law*, Leyden 1976, pp. 13-33.

241. «The administrative reform experience in Venezuela 1969-1975: Strategies, Tactics and Perspectives», en A.F. Leemans (ed.), *The Management of Change in Government*, La Haya 1976, pp. 213-237.

242. «Introducción al estudio del régimen legal de las empresas públicas en Venezuela» en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 21, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1976, pp. 83-120.

243. «Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional» en *Cuadernos de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, N° 2, Mérida 1976, pp. 5-26.

244. «La distinción entre las personas jurídicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 115-135; y en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires 1977, pp. 15-29. Publicado también en *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas 1984, pp. 223-248.

245. «Las cesiones obligatorias de la propiedad privada a los entes públicos por razón de urbanismo, con especial referencia a las áreas verdes, áreas educacionales y calles» en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, N° 1, Caracas 1976, pp. 13-54.

246. «El proceso jurídico-organizativo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela» en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 58, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 53-88; publicado también como «Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela» en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. III, 1972-1979, Tomo 1, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 407-491; y en Marcos Kaplan (Coordinador), *Petróleo y Desarrollo en México y Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1981, pp. 333-432.

247. «Regionalization in Economic Matters in Comparative Law» en *Rapports Generaux au IX Congrés International de Droit Comparé, Teherán 1974*, Bruselas 1977, pp. 669-696.

248. «Consideraciones sobre el régimen jurídico-administrativo de Petróleos de Venezuela S.A.» en *Revista de Hacienda*, N° 67, Año XV, Ministerio de Hacienda, Caracas 1977, pp. 79-99.

249. «Venezuela» (National Report) en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 1, La Haya 1977, pp. V-5 a V-19.

250. «Algunas soluciones institucionales para el Área Metropolitana de Caracas» en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, N° 2, Caracas 1977, pp. 17-39. Publicado también en *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela* (en colaboración con Norma Izquierdo Corser), Caracas 1977, pp. 221-242.

251. «Les cessions obligatoires de propieté aux organismes municipaux pour raisons d'urbanisme» en *Mélanges dediés á Gabriel Marty*, Toulouse 1978, pp. 159-187.

252. «Aspectos jurídicos de las relaciones entre el Gobierno Central y las empresas del Estado» en *Gobierno y Empresas Públicas en América Latina*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, SCIAP, Buenos Aires 1978, pp. 151-184.

253. «El régimen de competencia entre empresas públicas y empresas privadas en el sistema económico venezolano» en *Ponencias Venezolanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado (Budapest, Hungría, 23/28 agosto de 1978)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978, pp. 261-300; y como «La intervención del Estado en la actividad mercantil» en *Jornadas de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1978, pp. 529-560.

254. «Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías» en *Anuario de Derecho Ambiental 1977*, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas 1978, pp. 72-112.

255. «La evolución del concepto de contrato administrativo» en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 41-69; y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 61-90.

256. «El urbanismo en Venezuela y la cuestión jurídico-institucional» en *Revista de Acción Municipal de Venezuela*, N° 53, Caracas 1978, pp. 25-29; y en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Nº 22, Madrid 1979, pp. 325-337.

257. «Comentarios» en José López Portillo, Alejandro Carrillo Castro, Luis García Cárdenas, Arne F. Leemans, Allan R. Brewer-Carías, Andrés de la Oliva de Castro y Hahn Been Lee, *Como reformar la Administración Pública. Visita al Presidente de la República*, Instituto Nacional de Administración Pública, *Cuadernos Serie Praxis*, Nº 10, México 1978, pp. 14-19.

258. «Evoluçao do conceito do contrato administrativo» en *Revista de Direito Publico* Nos. 51-52, Sao Paulo, julio-diciembre 1979, pp. 5-19.

259. «La proyectada creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional en el proceso de integración económica latinoamericana» en *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado Dr. Roberto Goldschmidt*, Caracas, enero 1978, Maracaibo 1979, pp. 148-197.

260. «El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares» en *El Control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 169-194. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. 1, Caracas 1978, pp. 53-85.

261. «La participación política a nivel local» en *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, edición conmemorativa del 42 Aniversario de la creación de la Guardia Nacional, Caracas 1980, pp. 35-62. Publicado también en el libro *Política, Estado y Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, pp. 199-240; en *Revista Resumen*, N° 277, Caracas 25/02/79, pp. 13-22; y como «La participación política en la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal» en *Libro Homenaje a Rafael Pizani*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 45-59.

262. «50 años en la evolución institucional de Venezuela 1926-1976», en R. J. Velásquez y otros *Venezuela Moderna, Medio Siglo de Historia 1926-1976*, Fundación Eugenio Mendoza, 2ª edición, Barcelona 1979, pp. 533-761.

263. «El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela» en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1.139-1.246.

264. «La evolución y situación actual del régimen del derecho de propiedad en Venezuela» en *Estudios de Derecho Económico*, Vol III, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pp. 7-64.

265. «Adquisición de la propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano» en *Revista de Control Fiscal*, N° 94, Contraloría General de la República, Caracas 1979, pp. 61-84. Publicado también en el libro *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI: La Propiedad y la Expropiación por causa de utilidad pública e interés social, Caracas 1979, pp. 17-45; y en *Seminario Internacional sobre Derecho Urbano*, Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, Cali 1994, pp. 191-245.

266. «Las Fuerzas Armadas Nacionales y la organización de la Administración Central» en *Normativa Fundamental de la Guardia Nacional y de sus Funciones Institucionales*, Obra Conmemorativa del 42 Aniversario de la creación de la Guardia Nacional 1937-1979, Tomo I, Vol. I, Mérida 1979, pp. 27-93.

267. «Las Reformas al Estado. Algunas ideas para un Proyecto del Estado Contemporáneo en Venezuela» en Rafael Caldera y otros, *Sobre la Democracia*, Editorial Ateneo de Caracas, Caracas 1979, pp. 173-205. Publicado también como «El Estado venezolano carece de contemporaneidad» en *Revista Resumen*, N° 245, Vol. XX, Caracas 16/07/78, pp. 18-36; y en *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas 1979, pp. 39 84.

268. «Aspectos del derecho público interno aplicable a las empresas de producción internacional» en *Regulación Jurídica de las Empresas Multinacionales y Transnacionales*, Colegio Universitario Francisco de Miranda, Caracas 1979, pp. 133-166.

269. «La descentralización política y el régimen de los Estados en la Federación Venezolana» en *Jurídica. Revista del Colegio de Abogados del Estado Mérida*, N° 9, Mérida, diciembre 1979, pp. 77-113.

270. «Los aspectos legales e institucionales de la creación de la Autoridad Metropolitana del Transporte» en *Autoridad Metropolitana de Transporte*, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Caracas 1979, pp. 11-20.

271. «Discurso de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nos. 75-76, Caracas 1979, pp. 75-99.

272. «Principios generales de la organización administrativa de la Administración Central, con particular referencia a la administración ministerial» en *Bases jurídicas y organización de las Áreas y Autoridad de Desarrollo Rural Integrado*, Tomo II, (multigrafiado), Caracas 1979, pp. 62-69; y en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980, pp. 5-22.

273. «Las empresas públicas y las empresas privadas en el sistema económico venezolano» en *Revista Latinoamericana de Administración Pública*, N° 10-11, Instituto Nacional de Administración Pública, México 1980, pp. 609-632.

274. «Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos» en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239-258; en *Revista Resumen*, N° 294, Caracas 24/06/79, pp. 29-38; y en *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas 1979, pp. 85-122.

275. «Aspectos institucionales de la ordenación del territorio en el Estado Yaracuy» en *Primer Congreso sobre el Desarrollo Integral del Estado Yaracuy, Informe Final y Documento Base*, Caracas 1980, pp. 303-308.

276. «Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso administrativo de anulación» en *Revista de Control Fiscal*, N° 96, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 11-33.

277. «Comentarios sobre la nueva Constitución del Estado Yaracuy de 22 de diciembre de 1979» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 67-73.

278. «Comentarios a la Ley sobre normas técnicas y control de calidad de 30 de diciembre de 1979» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 74-78.

279. «Comentarios sobre los Reglamentos de Organización de los Ministerios de Fomento, Educación, Juventud e Información y Turismo» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 79-82.

280. «Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 45-50.

281. «Aspectos institucionales de la ordenación del territorio» en *Ciclo de Conferencias sobre el Proceso de Ordenación Territorial*, Cámara de Diputados, Caracas 1980, pp. 9-40.

282. «Comentarios sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal» en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980, pp. 179-183.

283. «Comentarios a las Normas para el desarrollo y control de Urbanizaciones dictadas por Decreto N° 668 de 3 de julio de 1980» en *Revista de Derecho Público* N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 77-88.

284. «Algunas consideraciones sobre las cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 81, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 251-262.

285. «El auto de admisión en los recursos contencioso-administrativos de anulación» en *Revista del Consejo de la Judicatura*, N° 19, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 43-50.

286. «Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad en los recursos contencioso-administrativos de anulación» en A. Moles y otros, *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1980, pp. 125-178.

287. «La reforma del Estado Yaracuy: la revitalización del Federalismo» en *Revista de Estudios Municipales*, N° 8-9, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, Caracas 1980, pp. 13-25.

288. «Las condiciones político-administrativas internas para el funcionamiento del derecho internacional público», en OEA, *Sexto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington 1980, pp. 259-292.

289. «Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 27-30.

290. «Comentarios sobre el régimen jurídico de la industria automotriz» en *Revista de Derecho Público* N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 89-101.

291. «Comentarios en torno a la suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía contencioso administrativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 189-193.

292. «El servicio público de correos como servicio reservado al Estado» en *Revista de Control Fiscal*, N° 99, Contraloría General de la República, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 83-96.

293. «Aspectos del control parlamentario sobre la Administración Pública Nacional en Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, N° 92, Madrid, mayo-agosto 1980, pp. 425-440; publicado como «Aspectos del control político sobre la Administración Pública» en *Revista de Control Fiscal*, N° 101, Contraloría General de la República, Caracas, abril-junio 1981, pp. 107-130.

294. «Aspectos institucionales del Estado Yaracuy y de su ordenación territorial» en *1er Congreso sobre Desarrollo Integral del Estado Yaracuy*, Tomo II Ponencias, Gobernación del Estado Yaracuy, San Felipe 1981, pp. 629-699.
295. «Comentarios sobre las autorizaciones industriales en la industria automotriz» en *Revista de Derecho Público*, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1981, pp. 37-44.
296. «La corrupción administrativa» en *Revista Administración y Hacienda*, Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública, N° 21, Caracas, abril 1981, pp. 1-3.
297. «Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias» en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1981, pp. 65-71.
298. «Comentarios sobre el impuesto municipal de patente de industria y comercio» en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1981, pp. 199-208.
299. «La autonomía de los Estados y la inversión coordinada del Situado Constitucional» en *Revista de Control Fiscal*, N° 102, Contraloría General de la República, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 39-46.
300. «El principio de la legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista del Consejo de la Judicatura*, N° 22, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 5-14.
301. «Régimen jurídico del traslado de Industrias» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 5-32.
302. «Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 115-117.
303. «Comentarios sobre el sistema de sanciones administrativas en la Ley de Protección al Consumidor» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 118-122.
304. (En colaboración con Mary Ramos Fernández) «Evolución jurisprudencial del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo», en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 197-203.
305. «La formation des fonctionaires en Amerique Latine» en *Revue Francaise d'Administration Publique*, N° 19, Institut International d'Administration Publique, París, juillier-septiembre 1981, pp. 69-74.
306. «El sistema político venezolano y sus problemas actuales» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 0, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 41-53.
307. «El Manifiesto de Porlamar y la reforma del Estado» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 0, Caracas 1981, pp. 64-67.
308. «Los problemas institucionales de la Capital» en *Foro. Caracas Ya. 14 Conferencias*, Caracas 1981, pp. 199-223.

309. «El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1981, pp. 27-34.

310. «Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica» en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58.

311. «La competencia general de los Municipios» en *Derecho Venezolano en 1982*, Ponencias al *XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 589-601.

312. «La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control», en *El Derecho Venezolano en 1982*, *Ponencias al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 603-617.

313. «Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista de Control Fiscal*, N° 104, Contraloría General de la República, Caracas 1982, pp. 113-133.

314. «Comentarios a la Ley de Mercado de Capitales» en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 283-302.

315. «El régimen de los servicios públicos municipales dentro de las competencias municipales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal» en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1982, pp. 5-18.

316. «Comentarios sobre las implicaciones de la reconducción del Presupuesto, con motivo del proceso de sanción de la Ley de Presupuesto para 1982» en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1982, pp. 103-108. Publicado también en el libro *Estudios de Derecho Público*, Tomo I (labor en el Senado 1982), Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1963, pp. 195-207.

317. «La reforma del sistema político venezolano. El centralismo del Estado y las exigencias de la descentralización política», *Revista de Estudios Políticos* N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1982, pp. 5-10.

318. «Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia respecto de los asuntos secretos» en *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1982, pp. 25-42.

319. «Las pruebas en derecho administrativo» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 87-88, Caracas 1982, pp. 175-204.

320. «La estructura político-administrativa de Venezuela» en *Desarrollo, Seguridad y Defensa. Temas del IADEN*, N° 4, Caracas 1982, pp. 145-187.

321. «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 40-54.

322. «El sentido de la autonomía de los Estados y sus limitaciones» en *Revista de Derecho Público*, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1982, pp. 55-63.

323. «La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Contencioso-Administrativo» en *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV, 1980-81, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, pp. 179-254.

324. «La formación del abogado y los problemas del ejercicio de la abogacía» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 91, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 23-39; publicado también en el folleto *Día Nacional del Abogado*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Cuadernos N° 4, Caracas 1983, pp. 21-35.

325. «La urbanización en Venezuela y la ausencia de un derecho urbanístico» en *Derecho Urbanístico, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. V, 1982, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, pp. 15-29.

326. «Aspectos del régimen jurídico de la moneda» en *Revista de Derecho Público*, N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 5-20.

327. «Recientes regulaciones sobre control de precios» en *Revista de Derecho Público* N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 83-91.

328. «Comentarios a la Enmienda Constitucional N° 2 de 1983» en *Revista de Derecho Público*, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1983, pp. 109-115.

329. «Fundamentos constitucionales del sistema electoral venezolano» en *Revista de Derecho Público*, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1983, pp. 5-20.

330. «Las funciones instructoras de la policía judicial y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público» en *Revista de Derecho Público*, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1983, pp. 59-62.

331. «La organización político institucional del sector agrícola» en María Teresa Rosales y Humberto Fontana (compiladores), *El Desafío Agrícola. Políticas para la Agricultura Venezolana en los años 80*, ILDIS, Caracas 1983, pp. 93-99.

332. «Normativa electoral venezolana» en Conciencia 21 (Ed.), *Sistema Político y Campañas Electorales*, Caracas 1983, pp. 85-99.

333. «Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela» en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1983, pp. 5-20; y *El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, pp. 215-231; y

como «El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 7-24.

334. «Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos de efectos particulares» en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1983, pp. 227-233.

335. «La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela» en *Estudios de Derecho Económico*, Vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 7-46.

336. «Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, Nº 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258.

337. «El problema de la definición del acto administrativo» en *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78.

338. «Las fundaciones y su control por el Estado» en *Revista de Derecho Público*, N° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1984, pp. 5-18; y en *Síntesis de la Actividad Fundacional en Venezuela*, Fede-Fundaciones, N° VI, Caracas 1984, pp. 1-6.

339. «Naturaleza jurídica del Centro Simón Bolívar C.A., Especial referencia al carácter de los miembros de la Junta Directiva» (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz) en *Revista de Derecho Público*, N° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1984, pp. 68-78.

340. «Estructuras gubernamentales para la Venezuela posible: Aspectos de la Reforma del Estado», *Venezuela*: *Gerencia y Política*, Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas 1984, pp. 309-314.

341. «El régimen de los Territorios y Dependencias Federales», en *Revista de Derecho Público*, N° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1984, pp. 85-98.

342. «Los poderes de los Tribunales Agrarios para adoptar medidas preventivas y los efectos de los actos administrativos autorizatorios de movimientos de tierra» en *Revista de Derecho Público*, N° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1984, pp. 211-216.

343. «La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo» en *Revista de Derecho Público*, N° 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1984, pp. 207-217.

344. «Ideas centrales sobre la organización el Estado en la Obra del Libertador y sus Proyecciones Contemporáneas» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 95-96, enero-junio 1984, pp. 137-151.

345. «Descentralización política y participación» en *Comunitarismo*, Jornadas Internacionales sobre Pensamiento Comunitario, Tomo II, Centro de Estudios Comunitarios, Universidad de Los Andes, Mérida 1984, pp. 161-186.

346. «Ventajas y desventajas de la revisión de los actos administrativos emanados de las Comisiones Nacionales de Valores por parte del Superior Jerárquico,

en sede administrativa» en *Aspectos Jurídicos de los Mercados de Capital en América Latina y el Caribe*, Instituto Interamericano de Mercados de Capital, Caracas 1985, pp. 191-198.

347. «El régimen de las fundaciones en el Decreto-Ley N° 401 de 14 de diciembre de 1984» en *Revista de Derecho Público*, N° 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 96-100.

348. «El control de precios y la Ley que crea la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios» en *Revista de Derecho Público*, N° 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 100-103.

349. «El régimen municipal en Venezuela» en *Derecho Municipal Iberoamericano*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1985, pp. 339-567.

350. «La Administración Pública y sus problemas políticos», *Investigación y Gerencia*, *Revista Venezolana de Gestión*, Vol. II, N° 2, Caracas, abril-junio 1985, pp. 116-126.

351. «La acción de incumplimiento» en *Seminario sobre Integración Andina* (celebrado por iniciativa del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena), Universidad Católica Andrés Bello, (multigrafiado), Caracas, marzo 1985, pp. 130-150.

352. «El desarrollo institucional del Estado Venezolano» en *Apreciación del proceso histórico venezolano*, Universidad Metropolitana, Caracas 1985, pp. 43-75; 2ª edición, Fondo Editorial Interfundaciones, Colección Seminario, Caracas 1988, pp. 65-74.

353. «El régimen jurídico de las fundaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público» en *El Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VI, 1983, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 179-213.

354. «La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos» en *El Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VI, l983, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas l985, pp. 303-377. Publicado también en el libro *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, pp. 7-77.

355. «Consideraciones sobre la actividad interna de la Administración y sus formalidades», *Revista de Derecho Público*, N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1985, pp. 39-43.

356. «Comentarios sobre la naturaleza y alcance de la intervención del Procurador General de la República en juicios en los que ésta tenga interés», *Revista de Derecho Público*, N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1985, pp. 44-61.

357. «Democracia, Sociedad y Administración Pública (algunas reflexiones sobre el caso venezolano)» en *Congreso Iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1985, pp. 291-355.

358. «El Principio de la distribución del poder en el mundo moderno» en *Estudios Jurídicos. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1985, Tomo I, pp. 43-67.

359. «El derecho de amparo y la acción de amparo», en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1985, pp. 51-61.

360. «El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas» en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1985, pp. 5-32; en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 275-310; y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 25-60.

361. «El carácter de Petróleos de Venezuela S.A. como instrumento del Estado en la Industria Petrolera» en *Revista de Derecho Público*, N° 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1985, pp. 77-86.

362. «Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los actos de Estado (*act of state*) en la jurisprudencia norteamericana» en *Revista de Derecho Público*, N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1985, pp. 29-42.

363. «Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela», en *Revista de Derecho Público*, Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1986, pp. 5-30.

364. «Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales», en *Revista de Derecho Público*, Nº 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

365. «Las vicisitudes del pago de la deuda privada externa y las incongruencias jurídicas del Poder Ejecutivo», en *Revista de Derecho Público*, N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1986, pp. 35-49.

366. «Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa» en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378. Publicado como «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa» en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 91-124.

367. «Consideraciones sobre los derechos del contratista en los contratos de obra pública: el derecho al precio y a su pago en la forma convenida» en *Revista de Derecho Público*, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1986, pp. 35-46.

368. «Discurso» en el acto de investidura del Doctorado Honoris Causa, Universidad de Granada, en *Discurso pronunciado en el acto de Investidura Doctor Honoris Causa de los Profesores Allan R. Brewer-Carías, J.E. Keller y Ludwing Demling*, Universidad de Granada, 1986, pp. 27-41.

369. «La Administración Pública Regional. Los Estados y los Municipios», *Jornadas para un mejor conocimiento de la Administración Pública*,

Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1987, pp. 59-70 y 78-88.

370. «Algunos aspectos de los procedimientos administrativos en materia ambiental» en *Régimen Jurídico-Institucional de la Ordenación del Ambiente*, Fundación Polar y la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1987, Tomo III, pp. 13-47.

371. «Consideraciones sobre la causación de las tasas de los servicios eléctricos y su aplicación temporal» en *Revista de Derecho Público*, N° 29, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1987, pp. 51-60.

372. «Obligaciones urbanísticas de la propiedad inmueble derivadas de la regulación de los servicios educativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 30, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1987, pp. 63-73.

373. «Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela» en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 6, San José, julio-diciembre 1987, pp. 135-178.

374. «La restricción a las libertades económicas o de cómo establecer nuevas regulaciones de control de precios al margen de la Ley de Protección al Consumidor» en *Revista de Derecho Público*, N° 31, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1987, pp. 62-67.

375. «Comentarios a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística: El control urbanístico previo y la nueva técnica autorizatoria» en *Revista de Derecho Público*, N° 32, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1987, pp. 48-54.

376. «La decisión en materia de control de constitucionalidad en el derecho venezolano» en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 66 (Ponencias Venezolanas al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado), Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987, pp. 135-170.

377. «La opción del desacuerdo» en *Heterodoxia y Estado, 5 Respuestas, Estado y Reforma, Revista de IDEAS*, COPRE, Caracas 1987.

378. «La reforma del sistema electoral» en *Revista Venezolana de Ciencias Políticas*, CEPSAL-Postgrado en Ciencias Políticas, Universidad de Los Andes, N° 1, Mérida, diciembre 1987, pp. 55-75.

379. «Papel de las políticas gubernamentales en la gestión del Estado Moderno» en *Políticas gubernamentales para la eficacia del Estado*, Asociación Latinoamericana de Administración Pública, Ecuador, Quito, 1987, pp. 39-71.

380. «Las estructuras territoriales» en *Jornadas para un mejor conocimiento de la Administración Pública*, Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas 1987, pp. 57-94.

381. «Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año Nº 63, Año XXI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, septiembre-diciembre 1988, pp. 1.107-1.159.

382. «El caso del bono compensatorio o de cómo se ignora el régimen de los Decretos-Leyes y se desquicia el régimen de la economía» en *Revista de Derecho Público*, N° 33, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1988, pp. 167-181.

383. «Estructura jurídica del sector inmobiliario» en *Inmobiliaria*, Edición Especial IV Convención Inmobiliaria, Ponencias, Cámara Inmobiliaria de Venezuela, Caracas 1988, pp. 39-44.

384. «Los principios del procedimiento de amparo» en *El amparo constitucional y su impacto en la gerencia*, Foro Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas, mayo 1988, pp. 5-11.

385. «El problema del amparo contra sentencias o de cómo la Sala de Casación Civil remedia arbitrariedades judiciales» en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1988, pp. 157-171.

386. «Commentary» en R.A. Goldwin and A. Kaufman (ed), *Constitution Makers on Constitution Making*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D.C. 1988, pp. 379-387.

387. «Consecuencias Jurídicas del restablecimiento de las garantías económicas», en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1988, pp. 69-73.

388. «Situación actual del derecho de amparo en Venezuela» en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, Tomo III, Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, pp. 1.703-1.759.

389. «Los problemas de la federación centralizada en Venezuela» en *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, N° 12, Perú, diciembre 1988, pp. 49-96.

390. «El recurso de amparo contra sentencias de amparo dictadas en segunda instancia» en *Revista de Derecho Público*, N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1988, pp. 160-172.

391. «Municipio, democracia y participación. Aspectos de la crisis» en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, N° II, Caracas, junio 1988, pp. 13-30.

392. «Papel de las políticas gubernamentales en la gestión del Estado Moderno» en *Políticas gubernamentales para la eficacia del Estado*, Asociación Latinoamericana de Administración Pública, Quito 1988, pp. 39-73.

393. «El poder judicial en Venezuela y la justicia constitucional: Control de la constitucionalidad y amparo a los derechos fundamentales» en *Elementos para una reforma de la Constitución*, Congreso Internacional sobre la Reforma de la Constitución, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1988, pp. 47-135.

394. «Consideración sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales» en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1989, pp. 5-25.

395. «Notas sobre la Democracia y el Estado de Partidos» en *Politemas, La Revista de los Procesos Políticos*, Año 3, No 7, Caracas, 1989, pp. 10-14.

396. «Evolución Institucional en Venezuela 1974-1989» en *Venezuela Contemporánea 1974-1989*, Fundación Eugenio Mendoza, Caracas 1989, pp. 325-561.

397. «La Guardia Nacional como Policía Nacional y las limitaciones al Poder de Policía» en *Revista de la Escuela Superior Fuerzas Armadas de Cooperación*, Edición Especial Conmemorativa, 51 Aniversario, Caracas 1989, pp. 1-27.

398. «El régimen de protección al consumidor y su aplicación a empresas productoras de bienes no sometidos a regulación de precios», en *Revista de Derecho Público*, N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1989, pp. 39-50.

399. «Administración Pública. Siglo XX» en *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar, Caracas 1989, Tomo I, pp. 43-53.

400. «Territorio de Venezuela. Período Republicano», en *Diccionario de Historia de Venezuela*, Tomo II, Fundación Polar, Caracas 1989, pp. 867-874.

401. «La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes», en *Revista de Derecho Público*, N° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1989, pp. 157-175.

402. «El régimen de control de precios y algunas inconstitucionalidades» en *Revista de Derecho Público*, N° 38, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1989, pp. 53-57.

403. «El Poder Municipal, vigencia histórica y política de los Ayuntamientos» en *El Municipio Moderno y la Participación Social*, Centro de Promoción del Hombre, Caracas 1989, pp. 23-30.

404. «La nulidad de los actos electorales: Una perspectiva constitucional comparada» en *Transición democrática en América Latina: reflexiones sobre el debate actual, Memoria III Curso Anual Interamericano de Elecciones*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, San José 1990, pp. 89-137.

405. «Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatories», *Rapports Généraux XIIIe Congres International*, Académie Internationale de Droit Comparé, Montreal 1990, pp. 795-824.

406. «Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos (a propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas)» en *Revista de Derecho Público*, N° 41, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1990, pp. 163-176.

407. «El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones» en *Revista de Derecho Público*, Nº 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1990, pp. 5-25.

408. «El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias en Tratados Internacionales y la cuestión Constitucional de la Integración Latinoamericana» en *Revista de Derecho Público*, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1990, pp. 225-229

409. «Discurso» en *I Jornadas de Coordinación del Gobierno Local, Documento Final*, Mérida, 28-29 Junio 1990, Corpoandes, Alcaldía de Mérida, Mérida 1990, pp. 134-141.

410. «La descentralización política en Venezuela: 1990. El inicio de una reforma» en Dieter Nohlen (editor), *Descentralización Política y Consolidación Democrática Europa-América del Sur*, Madrid-Caracas 1991, pp. 131-160. Publicado también en *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas 1990, pp. 7-53.

411. «Reflexiones sobre la Constitución económica» en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, pp. 3.839-3.853. Publicado también en *Revista de Derecho Público*, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1990, pp. 5-16.

412. «El Preámbulo de la Constitución» en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1991, pp. 31-36.

413. «Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela» en *Financiación y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones. Memoria IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CAPEL, San José, 1991, pp. 121-139.

414. «La Constitución de 1961 y los problemas del Estado Democrático y Social de Derecho» en *Reflexiones sobre la Constitución (Tres Décadas en vigencia)*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1991, pp. 15-38; y en *La Constitución Nacional, 30 años después*, Anuario Homenaje del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho al Centenario de la Universidad de Carabobo, Valencia 1992, pp. 193-216.

415. «La universalidad del control contencioso-administrativo» en *Revista de Derecho Público*, Nº 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1991, pp. 5-22.

416. «La Constitución como fuente del derecho administrativo» en *Revista de Derecho Público* N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas julio-septiembre 1991, pp. 35-41.

417. «El derecho de amparo en Venezuela» en *Revista de Derecho*, N° 1, año V, Facultad de Derecho, Universidad Central, Santiago de Chile 1991, pp. 151-178; y en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992, pp. 7-53.

418. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1991, pp. 51-66.

419. «El control de la acción administrativa municipal» en *XX Congreso Interamericano de Municipios*. Servicios Básicos Municipales: Derechos y Deberes de los Ciudadanos, OICI, Madrid 1991, pp. 135-148.

420. «La universalidad del control contencioso administrativo» en *Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares*, Caracas 1992, pp. 203-226.

421. «El sistema constitucional venezolano» en D. García Belaúnde, F. Fernández Segado y R. Hernández Valle (Coordinadores), *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Madrid 1992, pp. 771-815.

422. Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la administración» en *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1992, pp. 5-26; en *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 331-368; y en «*Homenaje al profesor Eduardo Ortíz Ortíz*», Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, Costa Rica 1994, pp. 539-561.

423. «La nulidad de actos electorales y su influencia en las Elecciones (a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11-12-90)» en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1992, pp. 199-205.

424. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de los juegos y apuestas lícitas» en *Revista Tachirense de Derecho*, Nº 2, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1992, pp. 63-68.

425. «Problemas de la Federación centralizada (A propósito de la elección directa de Gobernadores)», *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992, pp. 85-131.

426. «Las provincias coloniales y la organización territorial del Estado venezolano» en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1992, pp. 5-14.

427. «Bases del sistema concentrado de justicia constitucional» en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas octubre-diciembre 1992, pp. 25-39.

428. «Discurso» en *Ceremonial y Discursos Pronunciados en el Acto de Investidura de Doctor Honoris Causa del Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, abril 1992, pp. 47-54.

429. «El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa» en Manuel José Cepeda (editor), *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Editorial Temis, Bogotá 1993, pp. 21-81; y en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.748.

430. «La anulación de las elecciones de Gobernadores de Diciembre de 1992 en los Estados Barinas y Sucre (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30-03-93)», en *Revista Tachirense de Derecho*, N° 3, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, enero-junio 1993, pp. 141-146.

431. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las quebradas y el carácter de propiedad privada de sus causes o lechos (con especial referencia a las situadas en zonas urbanas)» en *Revista de Derecho Público*, Nos. 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1993, pp. 94-100.

432. «Comparaciones de los modelos español y francés con el proceso venezolano (de descentralización)» en *Descentralización y modernización del Estado en Venezuela, III Jornadas de la Procuraduría General del Estado Aragua*, Maracay 1993, pp. 241-258.

433. «Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección» en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1994, pp. 53-66.

434. «Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias» en *Revista de Derecho Público*, Nº 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1994, pp. 5-24.

435. «Consideraciones sobre el régimen jurídico histórico y actual de los ejidos (con especial referencia a los ejidos de Caracas)» en *Revista de Derecho Urbanístico*, Nº 5, Caracas 1994, pp. 7-30.

436. «Algunos comentarios al régimen de la contratación estatal en Colombia» en *Revista de Derecho Público*, Nº 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1994, pp. 75-80; y en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo 1996, pp. 455-461.

437. «Introducción al régimen legal de la ordenación urbanística» en *Seminario Internacional sobre Derecho Urbano*, Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, Cali 1994, pp. 247-290.

438. «Discurso en el acto realizado con motivo de la presentación de la obra Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci Abraham» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 129, Año LXXI, Caracas, 1994, pp. 81-96.

439. «Los problemas de la Administración Pública y la capacidad de acción del Estado en América Latina» en Manfred Molds y Josef Thesing (Ed.), *El Estado en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA, Buenos Aires 1995, pp. 175-248.

440. «La Justicia Constitucional» en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLV Nº 3, Lima, julio-septiembre 1995, pp. 121-180.

441. «Sistemas Jurídico Administrativos de la Ciudad» en *Caracas, Presente, y Futuro. Ideas para transformar una ciudad*, Alcaldía de Caracas, 1995, pp. 65-73.

442. «El Federalismo en la historia política venezolana» en *Provincia. Revista del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales*, Nº 1, Mérida, diciembre 1995, pp. 19-27.

443. «La formación del Estado Venezolano» en *Paramillo. Miscellanea Ioseph del Rey Fajardo, S.J. Sexagenario dicata*, Nº 14, Caracas 1995, pp. 197-361; y en *II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 33-217.

444. «El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia» en *Revista de Derecho Público*, Nº 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 47-59; y en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172.

445. «Discurso de Orden en la Sesión Solemne de la Asamblea Legislativa del Estado Táchira con motivo del Aniversario de la primera Constitución del Estado del 21 de septiembre de 1964» en *Revista Foro Judicial*, Nº 1, Colegio de Abogados del Estado Táchira, Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Santiago Briceño, San Cristóbal 1995, pp. 36-53.

446. «Palabras con motivo de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo» en *Contencioso Administrativo, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1995*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 31-39 y 783-790.

447. «La función de la Procuraduría General de la República en la Emergencia Financiera» en *Aspectos Fundamentales de la Emergencia Financiera*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos Nº 10, Caracas 1996, pp. 107-132.

448. «El reto democrático de la descentralización» en *La Gerencia Necesaria*, Maracaibo 1996, pp. 153-179; publicado también en la obra *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, pp. 147-202.

449. «Control de la constitucionalidad. La justicia constitucional» en *El Derecho Público de finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV, Editorial Civitas, Madrid 1996, pp. 517-570.

450. «La Justicia Constitucional en América Latina» en *Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio, Memorias Congreso Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, pp. 466-516; y en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Nº 309, Santa Fe de Bogotá, Colombia, julio 1997, pp. 81-133.

451. «La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del Derecho Administrativo» en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1996, pp. 23-73.

452. «El sistema panameño de control concentrado de constitucionalidad en el Derecho Comparado» en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano, IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Volumen II, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 1996, pp. 889-974.

453. «El régimen de gobierno y administración municipal» en *Provincia, Revista del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales*, CIEPROL, Nº 3-4, Mérida 1997, pp. 20-24.

454. «Fundamentos de los derechos humanos y la Constitución cubana. Comentarios sobre las exposiciones de los Profesores Cubanos» en *Seminario sobre Derechos Humanos La Habana, 30-31 mayo, 1º junio 1996*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, San José, 1997.

455. «Comentarios sobre el derecho al desarrollo» en *Seminario sobre Derechos Humanos La Habana, 30-31 mayo, 1º junio 1996*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, San José, 1997, pp. 191-202.

456. «La descentralización en la perspectiva de la democracia del futuro» (Comentarios), en *La integración y la democracia del futuro en América Latina*, Ministerio para el Enlace entre el Ejecutivo Nacional y el Congreso de la República, Congreso Nacional de la República de Venezuela, Ediciones Nueva Sociedad, Caracas 1997, pp. 229-234.

457. «La jurisdicción constitucional en América Latina» en Domingo García Belaúnde-Francisco Fernández Segado (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117-161.

458. «Sobre la importancia para el derecho administrativo, de la noción del acto administrativo y de sus efectos», en *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1997*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1997, pp. 19-43.

459. «Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina», en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 1, Editorial Sherwood, Caracas, Septiembre-Diciembre 1997, pp. 31-46.

460. «El régimen nacional de los hidrocarburos aplicable al proceso de la apertura petrolera en el marco de la reserva al Estado de la Industria Petrolera», en FUNEDA, *La apertura petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente*, Caracas, 1997, pp. 145-172.

461. «El derecho comunitario europeo: Experiencias para el proceso de integración andino», en *Revista de Derecho Público*, Nos. 61-62, enero-junio 1995, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 5-49.

462. «La descentralización es una exigencia de la democracia», en *La descentralización en Venezuela*, CEDIEG, Universidad del Zulia, Maracaibo, Edo. Zulia 1997, pp. 153-158.

463. «Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno», en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero 1998, pp. 3-31; publicado también en el libro *Material de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Agosto 2000.

464. «Comentarios sobre el régimen legal de la Industria y el Comercio del Gas como actividades reservadas al Estado», en *Revista de Derecho Público*, Nos. 63-64, julio-diciembre 1995, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 105-127.

465. «Comentarios sobre el Proyecto del Código Orgánico Procesal Penal en materia de los llamados jueces escabinos», en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 52, UCAB, Caracas 1998, pp. 442-448.

466. «Le droit communautaire: une expérience pour le processus d'integration andine», en Third ECSA-World Conference, *The European Union in a changing world, Bruxelles 19-20 Septembre 1996*, European Commission, Bruselas 1998, pp. 559-628.

467. «Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional» en *El Derecho Venezolano a finales del Siglo XX*, Ponencias Venezolanas XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, julio-agosto 1998, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 407-511.

468. «Descentralización y Democracia: Una Reflexión obligada en Venezuela» en Carlos Mascareño (Coordinador), *Descentralización. Gobierno y Democracia*, Gerencia y Gestión Local, CENDES, Caracas, 1998, pp. 271-283.

469. «Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente», en el libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*. Ciclo de Exposiciones 10-18 Agosto 1998, (Presentación y organización de la Edición Allan R. Brewer-Carías), Serie Eventos Nº 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 9-66; y en *Ciencias de Gobierno Nº 4*, Julio-Diciembre 1998, Gobernación del Estado Zulia, Instituto Zuliano de Estudios Políticos Económicos y Sociales (IZEPES), Maracaibo, Edo. Zulia, 1998, pp. 49-88.

470. «La necesaria perfectibilidad del sistema electoral cubano», en *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América, 24-25 de Noviembre de 1997, Centro Capitolio de La Habana*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), San José, Costa Rica 1998, pp. 273-286.

471. «El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal», en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, Nº 1, julio-diciembre 1998, INAP, Madrid 1998, pp. 69-96. Publicado también en *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Caracas 1997, pp. 109-146.

472. «Discurso de Orden», en *Ceremonial y Discursos pronunciados en el Acto de Investidura del Doctor Honoris Causa en Derecho del Profesor Luciano Parejo Alfonso*, San Cristóbal 1998, pp. 21-34.

473. «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina», en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías*, Caracas 9-12 noviembre de 1998, FUNEDA, Caracas 1998, pp. 21-90.

474. «Poblamiento y orden urbano en la conquista española de América», en Enrique Gómez-Reino y Carnota, (Director), *Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro¸ Jornadas Internacionales de Derecho Urbanístico, Santiago de Compostela, 2 y 3 de julio de 1998*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona 1998, pp. 311-349; y en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Nº 313, Mayo 1999, Colombia, pp. 186-225.

475. «Nuevas Tendencias del Contencioso-Administrativo», en *Primeras Jornadas en Ciencias Jurídicas, Universidad José María Vargas*, 30 septiembre-14

octubre 1991, Fondo Editorial Universidad José María Vargas, Ediciones de la Rectoría, Caracas, 1998.

476. «La acción de amparo contra leyes y demás actos normativos en el Derecho venezolano», en *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica 1998, pp. 481-501.

477. «Discurso con motivo de la Toma de Posesión de la nueva Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales electa para el período 1997-1998» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 134, Caracas 1999, pp. 23-38.

478. «Discurso con motivo de la Toma de Posesión de la nueva Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales electa para el período 1999-2000» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 135, Caracas 1999, pp. 27-43.

479. «Intervención en el Primer Encuentro Nacional de Economía»,Universidad Católica Andrés Bello, 9-10 junio de 1998, en *Foros 2 1998, Colección Revista BCV, Encuentro Nacional de Economía. La coyuntura económica 1998-1999*, Banco Central de Venezuela, Caracas 1999, pp. 137-139.

480. «Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999» en *Revista Política y Gobierno*, Vol. 1, Nº 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92.

481. «La admisión jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana» en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 29, San José, enero-junio 1999, pp. 95-102.

482. «El arbitraje y los contratos de interés nacional» en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas 1999, pp. 169-204.

483. «Visión global del proceso de descentralización (Situación actual del proceso de descentralización en Venezuela)» en *Descentralización. Presente y Futuro*, ponencia presentada en el Seminario "Descentralización. Presente y Futuro", 18-19 noviembre 1998, organizadas por el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y el Ministerio de Planificación y Desarrollo, pp. 20-30, Caracas 1999.

484. «La justicia administrativa en Venezuela como instrumento de protección de los particulares frente a la Administración» y en *XXIV Congreso Iberoamericano de Municipios, «El Municipalismo Iberoamericano del Siglo XXI», Guadalajara (España) del 7 al 10 de julio de 1998*, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Madrid 1999, pp. 69-121; y. en el libro *Cittadino e amministrazione nel Diritto Comparato*, a cargo del Profesor Eduardo Rozo Acuña, Università degli Studi di Urbino, publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino 2000, pp. 19-90.

485. «Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela» en *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato,* Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, a cargo del Prof. Eduardo Rozo Acuña, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltá di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181; y en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 134, Caracas 1997, pp. 169-222.

486. «La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución» en *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 35-44.

487. «Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana» en el libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317.

488. «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III Nº 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

489. «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56.

490. «Comentarios sobre la ilegítima "Exposición de Motivos" de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional», en la *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 2, Enero-Junio 2000, Caracas 2000, pp. 47-59.

491. «América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, Caracas 2000, pp. 13-33. Publicado también en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 11-39; y como «Retos constitucionales para el siglo XXI» en *Revista Politeia (Constitución y Constitucionalismo hoy. Bicentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*), Nº 26, enero-junio 2001, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, pp. 47-68.

492. «Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999» en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37.

493. «Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas» en *Revista Iberoamericana de Administración Pública (RIAP)*, Ministerio de Administraciones Públicas, Nº 5, julio-diciembre 2000, Madrid 2000, pp. 17-39.

494. «La propiedad privada y el régimen de los parques nacionales en Venezuela» en *Derecho Comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Coordinador Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección Ecorama 13, Editorial Comares S.L., Granada 2000, pp. 239-283.

495. «La admisión jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal, en la República Dominicana», en *Iudicium et vita, Jurisprudencia en Derechos Humanos*, Nº 7, Edición Especial, Tomo I, San José, 2000, pp. 334-341.

496. «Comentario» al tema Revolución, reacción y Constitución, en *Opciones Frente al Porvenir*, Universidad Cecilio Acosta, Maracaibo, Estado Zulia, diciembre 2000, pp. 25-28.

497. «Sistematización para un Código de Derecho Público» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 137, enero-diciembre 2000, Caracas 2001, pp. 149-183.

498. «La justicia constitucional en la Constitución de 1999» en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961. Publicado también en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 255-285.

499. «Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los poderes públicos» en *Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, Nº 2, Caracas, abril 2001, pp. 135-149.

500. «Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999» en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje Nº 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

501. «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela» en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48. Publicado también en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253.

502. «Consideraciones sobre el Régimen Constitucional del Derecho a la Seguridad Social, el Sistema de Seguridad Social y la Administración Privada de Fondos de Pensiones» en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, pp. 73-85.

503. «Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados» en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos Nº 17, Caracas 2002, pp. 63-103.

504. «El nuevo régimen de las zonas costeras. Inconstitucionalidades, dominio público, limitaciones a la propiedad privada e insuficiencias normativas» en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos Nº 17, Caracas 2002, pp. 245-294.

505. «El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno» en *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, Asociación Venezolana de Derecho Constitución, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, pp. 25-74.

506. «La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 138, Año LXVIII, enero-diciembre 2001, Caracas 2002, pp. 313-359.

507. «Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial» en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 30-31 mayo y 1º junio 2001, Ediciones RAP S.A., Argentina 2002, pp. 531-579.

508. «Venezuela (Bolivarian Republic of Venezuela)» en *Handbook of Federal Countries, 2002, Forum of Federations*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca, 2002, pp. 359-371.

509. «Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)» en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, pp. 75-99.

510. «La legitimación activa ante la Justicia Constitucional en Venezuela» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, *Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Brisbane-Australia)*, Nº 139, Año LXVIV, enero-junio 2002, Caracas 2002, pp.229-276.

511. «El Municipio, la descentralización política y la democracia» en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001, México 2003, pp. 53-61.

4. Prólogos y Presentaciones

512. «Prólogo» al libro de Omar Lares, *Legislación Urbanística Comparada*, Fondo Editorial Común, Caracas 1971, pp. 7-9.

513. «Prólogo» al libro editado por Julio César Funes, *La Ciudad y la región para el desarrollo*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, pp. I a XXII.

514. «Prólogo» al libro de Andrés Santos López y Lila Trujillo Ortiz, *Jurisprudencia Municipal 1970-1971*, Ediciones AVECI, Caracas 1971, pp. XIII a XXIII.

515. «Prólogo» y Editor del libro de Alfredo Peña (Entrevistas), DEMOCRACIA Y REFORMA DEL ESTADO, Caracas 1978, pp. 9-25.

516. «Prólogo» al libro de Armida Quintana Matos, *La Carrera Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 9 y 10.

517. «Presentación» (pp. 5-7), coordinador y editor del *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2 Tomos, Caracas 1981, 977 pp.

518. «Presentación» (Editor) de la obra *Foros de Alfredo Peña*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, pp. 5 y 6.

519. «Presentación» (Director y Editor) de la obra: *El Derecho venezolano en 1982*, Ponencias Venezolanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 7 y 8.

520. «Prólogo» al libro de Enrique Viloria, *Petróleos de Venezuela. La culminación del proceso de nacionalización*, Colección Estudios Jurídicos, N° 21, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas 1983, pp. 5-22.

521. «Presentación» al libro de Pedro Pablo Azpúrua y Cecilia Sosa, *Hacia una Ley de Aguas, Evolución del Proyecto de Ley (1972-1982)*, Caracas, 1983, p. 2.

522. «Presentación» al libro de Cecilia Sosa y Oswaldo Montero, *Derecho Ambiental Venezolano*, Fundación Polar-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1983, pp. 5-7.

523. «Prólogo» al libro *El ordenamiento constitucional de las Entidades Federales*, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas 1983, Tomo I, pp. 29-46.

524. «Prólogo» al libro de Alejandro Fuenmayor Espina, *Régimen Jurídico de la Radio y la Televisión*, Colección Estudios Jurídicos, N° 19, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas 1983, pp. 7-8.

525. «Presentación» (pp. 7-9), (Director y Editor) *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Tomo IV, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, 500 pp.

526. «Presentación» (pp. 7-9), (Director y Editor) *Derecho Urbanístico, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Tomo V, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, 534 pp.

527. «Prólogo» al libro de Luciano Parejo Alfonso, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos, N° 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 5-24.

528. «Prólogo» al libro de Juan Garrido Rovira, *Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, Colección Estudios Administrativos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 5-7.

529. «Presentación» (pp. 7 y 8) (editor y traductor) del libro de Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas 1984.

530. «Prólogo» al libro de Ricardo Combellas, *Copei. Ideología y Liderazgo*, Editorial Ariel S.A., Caracas 1985, pp. 11-20.

531. «Presentación», (Director y Editor) *Régimen jurídico de salvaguarda del patrimonio público, Archivo de Derecho Público y Ciencias De La Administración*, Tomo VI, 1983, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, 786 pp.

532. «Presentación», (Director y Editor), *El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Tomo VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, 352 pp.

533. «Prólogo» y editor del libro de Luis Loreto, *Ensayos Jurídicos*, Publicaciones de la Fundación Roberto Goldsmith, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, pp. 11 y 12.

534. «Prólogo» al libro de Gustavo Penagos, *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La Desviación de Poder*, Bogotá 1987, pp. 7-11.

535. «Prólogo» al libro de José Antonio Muci Borjas, *La retrocesión en la expropiación*, Caracas 1988, pp. 9-14.

536. «Prólogo» al libro de Humberto Briceño León, *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos, Nº 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, pp. 7-37.

537. «Prólogo» al libro de Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, pp. 11-33.

538. Editor y Presentación (en colaboración con León Henrique Cottin) del libro Gonzalo Parra Aranguren y otros, *Acciones en Tesorería*, Caracas, Junio 1991.

539. «Prólogo» al libro de Carlos Ayala Corao, *El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 9-18.

540. «Prólogo» al libro de Gerardo Fernández, *Los Decretos Leyes (la facultad extraordinaria del artículo 190, ordinal 8° de la Constitución)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 9-30.

541. «Presentación» edición y traducción (en colaboración con Luis Castro Leiva), al libro J.A. Jolowicz (ed), *Derecho Ingles*, Caracas 1992.

542. «Presentación» y Editor del libro de Eduardo García de Enterría, Massimo Severo Giannini, Roland Drago, Antonio Jiménez Blanco y José Guillermo Andueza, *El Caso del Banco Central de Venezuela. Tomo II. La incompetencia de la Comisión Nacional de Valores para declarar acciones en Sociedades Anónimas como Acciones en Tesorería*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, Nº 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, 159 pp.

543. «Presentación» al libro de Alfredo Morles Hernández, *El caso del Banco de Venezuela, Tomo III, El Takeover del Banco de Venezuela*, Colección

Opiniones y Alegatos Jurídicos, Nº 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, 318 pp.

544. «Prólogo» al libro de Argelia Ríos (Invest.), *Descentralización: La inversión rentable para el futuro*, Foros Fundación EnCambio, Caracas, 1997, pp. 19-38.

545. «Prólogo» al libro de Humberto Romero-Muci, *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local (1936-1996), Tomo I*, Colección Jurisprudencia Nº 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. XI a XXIX.

546. «Presentación» y Editor de la obra: LOS CANDIDATOS PRESIDENCIALES ANTE LA ACADEMIA. CICLO DE EXPOSICIONES 10-18 AGOSTO 1998, Serie Eventos Nº 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, 345 pp.

547. «Prólogo» al libro de Alfredo Romero Mendoza (Coordinador), (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández Mendible, Chris Brown, Christian C. D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol, y Antonio Vives Llabres), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnicos*, Colección Textos Legislativos Nº 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 9-16.

548. «Prólogo» al estudio de Antonio Cançado Trinidade, Eduardo Ferrero Costa, Alonso Gómez-Robledo, *Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional. El Control Internacional y Constitucional de los interna corporis* (Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua, febrero 1994), Separata del *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 137, Año LXVII, Caracas, enero-diciembre 2000, Caracas 2001, pp. 595-601.

5. Artículos en Periódicos y Revistas

549. «¿A dónde vamos?», en *Opinión*, publicación quincenal estudiantil, Universidad Central de Venezuela, N° 1, Caracas, 24/02/58, p. 4.

550. «¿Obligatoriedad del voto?», en *Opinión*, publicación quincenal estudiantil, Universidad Central de Venezuela, N° 4, Caracas, 15/04/58, p. 1.

551. «Discriminación Estudiantil No! Selección» en *Vértice. Revista Universitaria de Ideas, Artes y Letras*, N° 3, Caracas, junio 1962, pp. 6-7.

552. «El proceso de impugnación en el recurso de casación» en *Revista Rayas*, Órgano divulgativo de los estudiantes de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 7-8, Caracas, julio-agosto 1962, pp. 36-45.

553. «La selección universitaria» en *Vértice, Revista Universitaria de Ideas, Artes y Letras*, N° 19, Caracas, mayo 1964, pp. 25-29.

554. «El reglamento y la autonomía» en *Vértice, Revista Universitaria de Ideas, Artes y Letras*, Nº 40, Caracas, febrero-marzo 1967, pp. 22-25.

555. «Venezuela y la Integración Latinoamericana... La problemática general» (Informe), *Revista Integración y Progreso* Nº 35 Caracas, sept. 1971 pp. 32-35.

556. «Administración Pública para el Siglo XXI», *El Nacional, Edición Aniversaria*, Caracas 03/08/73, pp. IV-6 a IV-8. Publicado también como

folleto por el Departamento de Sistemas Administrativos, *N° 2*, *Fundacomun*, (multigrafiado), Caracas 1973, 20 pp.; y en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*¸ Caracas 1980, pp. 11-23.

557. «Comentarios en torno a la nacionalización petrolera» en *Resumen*, Nº 55, Vol. V, Caracas 1974, pp. 22-24.

558. «La reforma del régimen local y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Municipal», *Revista Resumen*, N° 161, Vol. XII, Caracas 05/12/76, pp. 20-29. Publicado también en *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, (en colaboración con Norma Izquierdo Corser), Caracas 1977, pp. 353-368.

559. «La política de ordenación del territorio y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», Revista *Resumen*, Nº 174, Caracas 06/03/77, pp. 22-23. Publicado también en *Observaciones al Proyecto De Reforma Tributaria 1976*, Caracas 1977, pp. 91-95.

560. «El proceso de Urbanización y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», en Revista *Resumen*, Nº 174, Caracas 06/03/77, pp. 23-25. Publicado también en *Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976*, Colección Monografías Jurídicas, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, pp. 95-99.

561. «La imprecisión del objeto del tributo en el Proyecto de Ley de Impuesto Predial y su efecto en el desarrollo agropecuario», en *Revista Resumen*, Nº 174, Caracas 06/03/77, pp. 25-26. Publicado también en *Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976*, Colección Monografías Jurídicas, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, pp. 99-105.

562. «La desaparición de la Comisión de Administración Pública», *El Nacional*, Caracas 09/01/77, p. A-4.

563. «Cómo se enjuicia al Presidente de la República de acuerdo a la Ley venezolana» en *Revista Resumen*, Nº 266, Vol. XXI, Caracas 10/12/78, pp. 11-17.

564. «Las entrevistas de Alfredo Peña» *El Nacional. Papel Literario* Caracas 23/04/78 p. 2

565. «Fragmentos del discurso de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales» *Revista Entonces* Nº 9 (CONAC) Caracas, Nov. 1978 Nº 9 pp. 30-31.

566. «La participación política en la nueva Ley de Régimen Municipal» *Diario de Los Andes* Valera, 24/04/79, pp. 12-13.

567. «Evolución institucional de Venezuela y las exigencias de transformación futuras» en «El Congreso sí está en crisis» *El Nacional*, Caracas, 21/08/79, p. D-4.

568. «Una crisis de crecimiento» *El Nacional*, Caracas, 11/11/79, p. D-4.

569. «La revitalización del Federalismo» *El Nacional*, Caracas, 26/12/79, p. C-1.

570. «Evolución institucional de Venezuela y las exigencias de transformación futuras» en *El Nacional*, Edición XXXVI Aniversario, Caracas, 30/08/79, pp. 10-1 y 11-1. Publicado también en el libro *Venezuela 1979. Examen y Futuro, Edición Aniversaria XXXVI*, *El Nacional*, Caracas 1979, pp. 75-82.

571. «El Estado Yaracuy: Nueva Constitución. La Revitalización del Federalismo» en *El Nacional*, Caracas, 26/12/79, p. C-1.
572. «Los 20 años de la Constitución de 1961: Evaluación y Perspectiva» en *Revista Resumen* N° 378, Caracas, 01/02/81, pp. 36-46.
573. «Crisis de la descentralización política: Estados y Municipios» en *Revista Resumen*, N° 399, Caracas, 28/06/81, pp. 27-32.
574. «La reforma institucional del Estado Zulia» en *Revista Metas* N° 2, Maracaibo, septiembre 1981, pp. 38-46.
575. «¿Sería útil un Primer Ministro? Un disparate» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 16/08/81, p. D-4.
576. «Es necesario transformar el régimen jurídico de los Estados para impulsar el desarrollo» <ponencia> *El Diario de Caracas*; 1ª parte 30/09/81, pp. 32-33; Parte final 01/10/81, pp. 32-33.
577. «¿La participación es una utopía?¿Participación o presión? » <artículo> *El Nacional*, Caracas, 11/10/81, p. D-4.
578. «La concepción del Estado en la obra de Andrés Bello» <estudio> *El Diario de Caracas*, Caracas, 03/12/81, pp. 25-26.
579. «Los problemas institucionales de la Capital» en *Revista Resumen*, N° 426, Caracas, 03/01/82, pp. 33-42.
580. «La descentralización política» en *Revista Número*, N° 102, Caracas, 30/05/82, pp. 42-56.
581. «Del Estado centralista al Estado descentralizado», *Revista Metas* N° 1, Seminario sobre Desarrollo Regional, Maracaibo 1982, pp. 12-15.
582. «Un periodista honesto y capaz» <Foros de Alfredo Peña> <artículo> *El Nacional*, Caracas, 25/04/82, p. C-1.
583. «El Estado empleador que no es patrono» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 12/12/82, p. D-4.
584. «La Reforma del Estado. Parte I <artículo> *Revista Semana*, Nº 1, Caracas, 18/04/83, pp. 42-44.
585. «El Consejo Supremo Electoral no puede legalmente convocar a elecciones municipales en 1984, sin una reforma previa de la legislación municipal» <artículo> *Revista Resumen*, Nº 531, Caracas, 08/01/84, pp. 10-11.
586. «Bases para la reforma del régimen municipal» en *Revista Resumen*, N° 533, Vol. XLII, Caracas, 29/01/84, pp. 17-22.
587. «La Reforma (municipal) que no es Reforma» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 15/02/84, p. A-3.
588. «El Distrito Federal y su Municipio», *El Universal*, Caracas, 26/02/84, p. 1-4.
589. «La Venezuela posible. No podemos lograr la Venezuela que deseamos con el Estado que tenemos» en *Revista Metas*, N° 20, Año 2, Maracaibo, febrero-marzo 1984, pp. 34-44.
590. «El problema de la convocatoria a elecciones municipales» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 02/03/84, p. A-4.
591. «La Reforma del Distrito Federal» <artículo> *El Universal*, Caracas, 09/03/84, p. 1-4.

592. «El esquema Municipal actual», *El Universal*, Caracas, 09/04/84, p. 1-4.
593. «El Municipio y la artificial base de Población», *El Universal*, Caracas, 16/04/84, p. 1-4.
594. «El absurdo uniformismo del Régimen Municipal», *El Universal*, Caracas 23/04/84, p. 1-4.
595. «Las deficiencias del régimen colegiado Municipal», *El Universal*, Caracas 30/04/84, p. 1-4.
596. «Tras la idea del Alcalde», *El Universal*, Caracas, 07/05/84, p. 1-4.
597. «Municipio y Entidad Local», *El Universal*, Caracas 14/05/84, p. 1-4.
598. «Hacia la Elección Uninominal de los Concejales», *El Universal*, Caracas, 26/05/84, p. 1-4.
599. «Reforma del Estado, la Red Infinita», *El Nacional*. *Edición Aniversario* (41 Aniversario), Caracas, 03/08/84, Cuerpo VI, p. 4.
600. «El MOP quedó en la historia... Se quiere ordenar la ocupación del territorio...» <artículo> *El Diario Caracas*, Caracas 22/07/85, p. 21.
601. «El Siglo XXI y la ciudad: Organización y democratización. Ciudades sin camisa de fuerza», *El Nacional*, 03-08-87 (*Edición Aniversaria, Venezuela en el siglo XXI*).
602. «La forma de sanción de la Constitución», *El Nacional*, Caracas, 17/04/88, p. A-4.
603. «La Constitución como producto del pueblo», *El Nacional*, Caracas, 22/04/88, p. A-4.
604. «La Constitución de 1961. Los objetivos políticos», *El Nacional*, Caracas, 26/04/88, p. A-4.
605. «La Constitución de 1961. Los objetivos sociales y económicos», *El Nacional*, Caracas, 20/04/88, p. A-4.
606. «La Constitución de 1961. Los objetivos igualitarios», *El Nacional*, Caracas, 03/05/88, p. A-4.
607. «La Constitución de 1961. Los objetivos internacionales», *El Nacional*, Caracas, 06/05/88, p. A-4.
608. «La Constitución de 1961. Los objetivos democráticos», *El Nacional*, Caracas, 10/05/88, p. A-4.
609. «La Constitución de 1961. Los objetivos morales e históricos», *El Nacional*, Caracas, 13/05/88, p. A-4.
610. «El Estado Independiente», *El Nacional*, Caracas, 17/05/88, p. A-4.
611. «El Estado Federal», *El Nacional*, Caracas, 20/05/88, p. A-4.
612. «El gobierno democrático», *El Nacional*, Caracas, 24/05/88, p. A-4.
613. «El gobierno republicano», *El Nacional*, Caracas, 27/05/88, p. A-4.
614. «Los símbolos de la patria», *El Nacional*, Caracas, 31/05/88, p. A-4.
615. «El idioma oficial», *El Nacional*, Caracas, 03/06/88, p. A-4.
616. «El territorio nacional», *El Nacional*, Caracas, 07/06/88, p. A-4.

617. «El territorio nacional y sus modificaciones válidas», *El Nacional*, Caracas, 10/06/88, p. A-4.
618. «La extensión de la soberanía territorial», *El Nacional*, Caracas, 14/06/88, p. A-4.
619. «La inalienabilidad del territorio nacional», *El Nacional*, Caracas, 17/06/88, p. A-4.
620. «La división del territorio nacional», *El Nacional*, Caracas, 21/06/88, p. A-4.
621. «Las modificaciones a la división territorial», *El Nacional*, Caracas 24/06/88, p. A-4.
622. «La ciudad de Caracas», *El Nacional*, Caracas, 28/06/88, p. A-4.
623. «El Distrito Federal y los Territorios Federales», *El Nacional*, Caracas 01/07/88, p. A-4.
624. «Las Dependencias Federales», *El Nacional*, Caracas, 05/07/88, p. A-4.
625. «El Régimen de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 08/07/88, p. A-4.
626. «La organización política de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 12/07/88, p. A-4.
627. «El régimen administrativo de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 15/07/88, p. A-4.
628. «Los inexistentes tributos estadales a la producción y al consumo», *El Nacional*, Caracas, 19/07/88, p. A-4.
629. «La policía estadal», *El Nacional*, Caracas, 22/07/88, p. A-4.
630. «La ausente descentralización política», *El Nacional*, Caracas, 26/07/88, p. A-4.
631. «Las competencias residuales de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 20/07/88, p. A-4.
632. «Las competencias concurrentes de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 02/08/88, p. A-4.
633. «Las Asambleas Legislativas», *El Nacional*, Caracas, 05/08/88, p. A-4.
634. «Las atribuciones de las Asambleas Legislativas», *El Nacional*, Caracas, 09/08/88, p. A-4.
635. «Los gobernadores de Estado», *El Nacional*, Caracas, 12/08/88, p. A-4.
636. «La elección directa de Gobernadores», *El Nacional*, Caracas, 16/08/88, p. A-4.
637. «Los Municipios», *El Nacional*, Caracas, 19/08/88, p. A-4.
638. «Los órganos municipales y la figura del Alcalde», *El Nacional*, Caracas, 23/08/88, p. A-4.
639. «La organización municipal y la diferenciación de regímenes locales», *El Nacional*, Caracas, 26/08/88, p. A-4.
640. «La autonomía municipal», *El Nacional*, Caracas, 30/08/88, p. A-4.
641. «Las competencias municipales», *El Nacional*, Caracas, 02/09/88, p. A-4.
642. «Los impuestos municipales», *El Nacional*, Caracas, 06/09/88, p. A-4.
643. «Las contribuciones municipales», *El Nacional*, Caracas, 09/09/88, p. A-4.

644. «Los ejidos y demás bienes municipales», *El Nacional*, Caracas, 13/09/88, p. A-4.
645. «La nacionalidad venezolana por nacimiento (jus soli)», *El Nacional*, Caracas, 16/09/88, p. A-4.
646. «La nacionalidad venezolana por nacimiento (jus sanguinis)», *El Nacional*, Caracas, 20/09/88, p. A-4.
647. «La nacionalidad venezolana derivada», *El Nacional*, Caracas, 23/09/88, p. A-4.
648. «Naturalizaciones con facilidades especiales y naturalizaciones especiales», *El Nacional*, Caracas, 27/09/88, p. A-4.
649. «La naturalización y la igualdad jurídica», *El Nacional*, Caracas, 30/09/88, p. A-4.
650. «La pérdida y recuperación de la nacionalidad», *El Nacional*, Caracas 04/10/88, p. A-4.
651. «La libertad», *El Nacional*, Caracas, 07/10/88, p. A-4.
652. «La irretroactividad de la Ley», *El Nacional*, Caracas, 11/10/88, p. A-4.
653. «El régimen de los extranjeros», *El Nacional*, Caracas, 14/10/88, p. A-4.
654. «La garantía de los derechos fundamentales», *El Nacional*, Caracas, 18/10/88, p. A-4.
655. «La responsabilidad del Estado y de sus agentes», *El Nacional*, Caracas, 21/10/88, p. A-4.
656. «El derecho a exigir identificación a las autoridades de policía», *El Nacional*, Caracas, 28/10/88, p. A-4.
657. «El derecho de amparo», *El Nacional*, Caracas, 01/11/88, p. A-4.
658. «El amparo a través de los medios procesales ordinarios», *El Nacional*, Caracas, 04/11/88, p. A-4.
659. «La acción autónoma de amparo», *El Nacional*, Caracas, 6/11/88, p. A-4.
660. «Los derechos humanos», *El Nacional*, Caracas, 11/11/88, p. A-4.
661. «Los deberes constitucionales y el deber de defender la patria», *El Nacional*, Caracas, 15/11/88, p. A-4.
662. «El deber de obediencia a la autoridad», *El Nacional*, Caracas, 18/11/88, p. A-4.
663. «El servicio militar obligatorio», *El Nacional*, Caracas, 22/11/88, p. A-4.
664. «El deber de trabajar», *El Nacional*, Caracas, 25/11/88, p. A-4.
665. «El deber de educarse», *El Nacional*, Caracas, 29/11/88, p. A-4.
666. «El deber de contribuir a los gastos públicos», *El Nacional*, Caracas, 02/12/88, p. A-4.
667. «La solidaridad social y los deberes ciudadanos», *El Nacional*, Caracas, 06/12/88, p. A-4.
668. «El derecho a la vida», *El Nacional*, Caracas, 13/12/88, p. A-4.
669. «El derecho a la protección de la vida privada, el honor y la reputación», *El Nacional*, Caracas, 16/12/88, p. A-4.
670. «La libertad y la detención administrativa y policial», *El Nacional*, Caracas, 20/12/88, p. A-4.

671. «La libertad física, la seguridad personal y la detención judicial», *El Nacional*, Caracas, 23/12/88, p. A-4.
672. «El hábeas corpus», *El Nacional*, Caracas, 27/12/88, p. A-4.
673. «La libertad frente a los particulares», *El Nacional*, Caracas, 30/12/88, p. A-4.
674. «La libertad individual y sus consecuencias», *El Nacional*, Caracas, 06/01/89, p. A-4.
675. «La Constitución de 1961. La seguridad personal y el debido proceso» <artículo> *El Nacional* Caracas, 17/01/89, p. A-4
676. «Otras garantías del debido proceso y el hábeas corpus», *El Nacional*, Caracas 20/01/89, p. A-4.
677. «El derecho a la integridad personal», *El Nacional*, Caracas, 24/01/89, p. A-4.
678. «La igualdad y la no discriminación», *El Nacional*, Caracas, 27/01/89, p. A-4.
679. «La inviolabilidad del hogar doméstico», *El Nacional*, Caracas, 31/01/89, p. A-4.
680. «La inviolabilidad de la correspondencia», *El Nacional*, Caracas, 03/02/89, p. A-4.
681. «La libertad de tránsito y de establecimiento», *El Nacional*, Caracas, 07/02/89, p. A-4.
682. «La libertad religiosa y de cultos», *El Nacional*, Caracas, 10/02/89, p. A-4.
683. «La libertad de expresión del pensamiento», *El Nacional*, Caracas, 14/02/89, p. A-4.
684. «La libertad personal las detenciones administrativas y la Ley de Vagos y Maleantes», *El Nacional*, Caracas, 21/02/89, p. A-4.
685. «El derecho de rectificación o respuesta», *El Nacional*, Caracas, 24/02/89, p. A-4.
686. «El derecho a la información», *El Nacional*, Caracas, 28/02/89, p. A-4.
687. «La restricción de la libertad económica y las regulaciones ejecutivas de la economía», *El Nacional*, Caracas, 07/03/89, p. A-4.
688. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (I). La fijación de salarios mínimos el aumento de salarios y algunas inconstitucionalidades» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 09/03/89, p. D-14
689. «La Constitución y la restricción de la libertad económica», *El Nacional*, Caracas, 10/03/89, p. A-4.
690. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (II). El régimen de control (liberación) de precios y algunas inconstitucionalidades» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 10/03/89, p. D-11.
691. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (III). Ley del BCV prohibe alza de intereses hipotecarios» *El Nacional*, Caracas, 11/03/89, p. D-16.
692. «Consecuencias jurídicas del restablecimiento de la garantía económica», *El Nacional*, Caracas, 14/03/89, p. A-4.
693. «Los derechos fundamentales y la garantía constitucional de la reserva legal», *El Nacional*, Caracas, 17/03/89, p. A-4.
694. «Otras garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *El Nacional*, Caracas, 21/03/89, p. A-4.

695. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (IV). Vicios de inconstitucionalidad del decreto sobre la inamovilidad laboral» *El Nacional*, Caracas, 26/03/89, p. D-8.
696. «Las garantías judiciales y otras garantías específicas de los derechos humanos», *El Nacional*, Caracas, 28/03/89, p. A-4.
697. «La restricción o suspensión de las garantías constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 31/03/89, p. A-4.
698. «La irretroactividad de la liberación de intereses. Derechos y obligaciones de los bancos y de los deudores hipotecarios» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 01/04/89, p. D-7.
699. «Los efectos de las medidas de restricción o suspensión de las Garantías Constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 11/04/89, p. A-4.
700. «El amparo a los derechos y la suspensión o restricción de las garantías constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 14/04/89, p. A-4.
701. «El ámbito de la suspensión de garantías de febrero-marzo de 1989 (I)», *El Nacional*, Caracas, 18/04/89, p. A-4.
702. «El ámbito de la suspensión de garantías de Febrero-Marzo de 1989 (II)», *El Nacional*, Caracas, 21/04/89, p. A-4.
703. «La informalidad jurídica de la suspensión de garantías de febrero-marzo de 1989», *El Nacional*, Caracas, 25/04/89, p. A-4.
704. «Otras informalidades de la suspensión de garantías», *El Nacional*, Caracas, 28/04/89, p. A-4.
705. «El toque de queda y su insólita informalidad», *El Nacional*, Caracas, 05/05/89, p. A-4.
706. «El control de la suspensión o restricción de garantías constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 09/05/89, p. A-4.
707. «La responsabilidad política del ex presidente Lusinchi según CAP» <artículo> *El Nacional* Caracas, 14/05/89, p. D-6.
708. «La emergencia y la legalidad en las circunstancias excepcionales», *El Nacional*, Caracas, 16/05/89, p. A-4.
709. El «hecho del Príncipe», *El Nacional*, Caracas, 23/05/89, p. A-4.
710. «La huelga de la justicia», *El Nacional*, Caracas, 26/05/89, p. A-4.
711. «¡A cuidarse de la policía!», *El Nacional*, Caracas, 30/05/89, p. A-4.
712. «El paro, la huelga y los «piquetes» disuasivos», *El Nacional*, Caracas, 02/06/89, p. A-4.
713. «La elección uninominal de concejales (una propuesta de hace dos décadas)», *El Nacional*, Caracas, 06/06/89, p. A-4.
714. «La responsabilidad de un Presidente de la República», *El Nacional*, Caracas, 09/06/89, p. A-4.
715. «La responsabilidad penal de un Presidente de la República y los delitos contra la cosa pública», *El Nacional*, Caracas, 13/06/89, p. A-4.
716. «Otros delitos contra la cosa pública en los cuales podría incurrir un Presidente de la República», *El Nacional*, Caracas, 20/06/89, p. A-4.

717. «Cómo se enjuicia penalmente a un Presidente de la República o a un ex Presidente por hechos cometidos durante su actuación», *El Nacional*, Caracas, 23/06/89, p. A-4.
718. «La responsabilidad civil de un Presidente de la República y el enriquecimiento ilícito», *El Nacional*, Caracas, 27/06/89, p. A-4.
719. «La responsabilidad administrativa y política de un Presidente de la República», *El Nacional*, Caracas, 30/06/89, p. A-4.
720. «El Poder Judicial», *El Nacional*, Caracas, 04/07/89, p. A-4.
721. «El derecho de acceder a la justicia», *El Nacional*, Caracas, 11/07/89, p. A-4.
722. «Constitución Económica», *El Nacional*, *Edición Aniversaria Venezuela ¿Cuál es el camino?*, Caracas, 03-08-92.
723. «El Presidente encargado no puede estar más de 30 días» <artículo> *El Diario de Caracas*, Caracas, 22/05/93, p. 3.
724. «La crisis terminal del sistema político», en *Edición Aniversaria diario El Globo*, *Una evaluación a estos cuarenta años de Democracia*. *Política. Los cambios necesarios*, Caracas, 24/11/97, pp. 12-13.
725. «… Debate Constituyente… Necesaria e inevitable» <artículo> *El Universal*, Caracas, 19/01/98, p. 1-14.
726. «Cinco siglos de historia y un país en crisis». Texto de discurso... celebración del V Centenario de Venezuela, 07/08/98, *El Globo* (Suplemento), Caracas, 16/08/98.
727. «Las asambleas constituyentes en la Historia de Venezuela» <artículo> *El Universal*, Caracas, 08/09/98, p. 1-5.
728. «Entre democracia y autocracia», *El Mundo*, Caracas, 16/06/99, p. 6.
729. «Crisis terminal y cambio democrático», *El Mundo*, Caracas, 23/06/99, p. 6.
730. «Descentralización, democracia y federalismo», *El Mundo*, Caracas, 30/06/99, p. 6.
731. «Agenda Constituyente», *El Mundo*, Caracas, 07/07/99, p. 6.
732. «Agenda Constituyente II», *El Mundo*, Caracas, 15/07/99, p. 12.
733. «Democracia representativa y participación política», *El Mundo*, Caracas, 21/07/99, p. 6.
734. «Agenda para la Asamblea Nacional Constituyente», en *Espacio Abierto*, Nº 4, año 1, julio 1999, pp. 10 y 11.
735. «Legalidad del referéndum depende del quórum mínimo» <artículo> *Así es la Noticia*, 26/02/99.
736. «Decálogos para la ciudad ideal…» <artículo> *Verbigracia (Encarte El Universal*), Caracas, 31/07/99, p. 1-3.
737. «¿En cuánto tiempo la Constitución?... Seis meses es poco tiempo» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 08/08/99, p. A-8.
738. «...Temas para el debate. Democracia más representativa» <artículo> *El Mundo*, Caracas, 11/08/99, p. 6.
739. «¿Sí o no?... mi posición» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 12/12/99, p. A-8.

740. «Las Cien Leyes necesarias para el desarrollo de la Constitución de 1999», Parte I, en *Ámbito Jurídico Legis*, Año III-Nº 37, octubre, Caracas 2000, p. 18; Parte II. Para el Desarrollo de la Constitución Política, en *Ámbito Jurídico Legis*, Año III-Nº 38, noviembre, Caracas 2000, p. 18.

741. «Formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República (Especial para el Grupo Santa Lucía, oct. 2001) <artículo> *Revista Primicia*, Nº 199, Caracas, 23/10/01 (encartado), 8 pp.

742. «Régimen Constitucional de la delegación legislativa e inconstitucionalidad de los Decretos Leyes habilitados dictados en 2001» en *Revista Primicia*, Informe Especial, Caracas, diciembre 2001.

743. «Son nulas las 53 leyes dictadas por Chávez" (artículo) *Revista Primicia*, Caracas, 11/12/01 dic. 2001 (encarte), 8 pp.

744. «Democracia y Poder» *El Universal*, *Edición Especial*, Caracas 10/06/02, p. 1-7.

745. «A cordel y regla. La Ciudad Ordenada» <declaraciones a Nelson Rivera> *Papel Literario El Nacional*, Caracas 20/07/02, pp. 2 y 3.

746. «Agenda para la negociación política» *El Universal*, Caracas, 22/07/02.

747. «22 Puntos para reconstruir la democracia. Tenemos que evitar que el país se parta en dos definitivamente» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 25/07/02, p. D-4.

748. «Hay que derogar esta Constitución», *Revista Gerente, 100 Líderes de la Sociedad*, *Edición Aniversaria 2002*, Nº 187, Caracas, septiembre 2002, p. 105.

IV. Funciones públicas

- Auxiliar de Asuntos Legales para el estudio de la jurisprudencia de la Antigua Corte Federal, en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia (Director: Juan Porras Rengel), Ministerio de Justicia, 01/05/61 al 01/10/62.
- Abogado Adjunto al Consultor Jurídico, Ministerio de Justicia, 1963-1964.
- Contralor Delegado (Sección Sexta) en la Contraloría General de la República, Caracas 1964.
- Asesor Jurídico del Gobernador del Distrito Federal (1965-1968).
- Asesor Jurídico del Consejo Supremo Electoral a partir de 1965 hasta 1969).
- Miembro de la Delegación a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá (Pacto Sub-Regional Andino), Cartagena, Colombia, mayo, 1969.
- Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (junio de 1969 a agosto de 1972).
- Observador venezolano a la I Conferencia de Cancilleres del Grupo Andino, (Primera Reunión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena), Lima, 22/11/69.
- Promotor y Primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), constituido por los Gobiernos de México, Perú y Venezuela, Caracas, 30/06/72.

- Consejero Científico (ad honorem), Embajada de Venezuela en Gran Bretaña e Irlanda, Londres, 18/08/1972 hasta 1974.
- Conjuez de la Sala Político-Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1976-1979.
- Senador (Suplente) por el Distrito Federal, Congreso de la República, Caracas, 1978-1988.
- Magistrado Suplente, Sala Político-Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Caracas 1979-1984.
- Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral, Caracas 1979.
- Ministro de Estado para la Descentralización, Gobierno del Presidente Ramón J. Velázquez, 1993-1994.
- Electo Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999-2000).

V. Participación en iniciativas legislativas

- Corredactor en colaboración con Sebastián Martín Retortillo y Francisco Rubio Llorente, del Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo; del Proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ministerio de Justicia, Caracas 1965.
- Corredactor del Proyecto de Mancomunidad Urbanística del Área Metropolitana de Caracas y el Proyecto de Ordenanza sobre Ordenación Urbanística de Caracas y su Zona de Influencia, Oficina Municipal de Planeamiento Urbano, Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1968.
- Corredactor del Proyecto de Ley Orgánica del Sufragio, Consejo Supremo Electoral, Caracas, 1969.
- Corredactor en colaboración con Manuel Rachadell, Nelson Socorro, Juan Garrido Rovira del Proyecto de Ley sobre Funcionarios Públicos, Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados, Caracas, abril 1970.
- Corredactor del Proyecto de Bases Fundamentales para la elaboración de una Ley de Aguas, a la Comisión del Plan Nacional de Aprovechamientos de los Recursos Hidráulicos, Caracas, 1973.
- Corredactor del Proyecto de Bases para el Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística, Ministerio de Obras Públicas, Caracas, noviembre 1975.
- Corredactor de la Exposición de Motivos y Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, Oficina del Ministro de Estado para las Industrias Básicas, Caracas, diciembre 1975.
- Corredactor del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Ordenación del Territorio, Ministerio de Obras Públicas, Caracas, noviembre 1976.
- Redactor del Proyecto de Constitución y de la Ley de la Administración del Estado Yaracuy, y Director del Estudio jurídico-administrativo del Régimen del Estado Yaracuy, 6 Vols., OTEPI-Gobernación del Estado Yaracuy, San Felipe 1979.
- Redactor del Proyecto de Constitución del Estado Aragua, Asamblea Legislativa del Estado Aragua, Maracay 1980.

- Presentación del documento sobre La problemática de la Región Capital y la creación del Estado Vargas, Senado, Caracas, 1982.
- Corredactor en colaboración con Jesús Caballero Ortiz del Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, Cámara de Diputados, Caracas 1982.
- Corredactor del Proyecto de modificación de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, Senado, Caracas, noviembre 1982.
- Redactor del proyecto de Bases para un Proyecto de Ley del Sistema Metropolitano de Transporte, Tránsito y Circulación en el Área Metropolitana de Caracas, Cámara del Senado, Caracas, noviembre 1982.
- Redactor del Proyecto de modificación de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, Senado, Caracas, abril 1983.
- Redactor del Proyecto de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Cámara de Diputados, diciembre 1983.
- Redactor del Proyecto de la Ley Orgánica del Distrito Federal, Cámara de Diputados, diciembre 1983.
- Redactor del Documento de Trabajo para la elaboración de un Proyecto de Ley de Urbanismo, Cámara del Senado, Caracas, julio 1985.
- Redactor de un Proyecto de Ley Orgánica sobre el Derecho de Amparo, Cámara del Senado, Caracas, mayo de 1987.
- Miembro de la Misión del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) al Perú sobre el Proyecto de Ley de Bases de la Descentralización del Perú, Lima, junio 2002.
- Redactor del documento Comentarios sobre la justicia constitucional en Honduras con ocasión de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Justicia Constitucional, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa, agosto 2002.

VI. Conferencista

Ha sido conferencista invitado en las principales universidades e instituciones venezolanas y en muchas Universidades del exterior.

En Venezuela ha dado conferencias en las siguientes instituciones: Colegio de Abogados del Estado Bolívar, Ciudad Bolivar; Colegio de Abogados del Estado Lara; Colegio de Abogados del Estado Aragua; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas; Primer Congreso Venezolano de Cooperación Intermunicipal, Caracas; Gobernación del Distrito Federal, Caracas; Consejo Supremo Electoral, Caracas; Federación de Contadores Públicos y Administradores Comerciales de Venezuela, Caracas; Sociedad Venezolana de Tasadores de Venezuela (SOTAVE), Caracas; Procuraduría General de la República, Caracas; Grupo de Notarías Públicas de Caracas; XIII Convención Nacional de Gobernadores, Caracas; Universidad de Carabobo, Valencia; Escuela Nacional de Administración Pública y Comisión de Administración Pública, Caracas; Sociedad Venezolana de Planificación, Caracas; Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas; Centro Interamericano de Capacitación en Administración Pública, Caracas; Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional

(IAEDEN), Caracas; Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas; Asociación Latinoamericana de Administración Pública (ALAP), Caracas; Universidad Católica Andrés Bello; Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICIT), Caracas; Colegio de Ingenieros de Venezuela, Caracas; II Conferencia Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas; Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui, Barcelona; Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Valencia; Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo; Asamblea Legislativa del Estado Yaracuy, San Felipe; Universidad Simón Bolívar, Caracas; Comisión Especial de la Cámara de Diputados de Ordenamiento Territorial, Caracas; Universidad de Los Andes (ULA), Mérida; Corpoandes, Mérida; Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación, EFOFAC, Círculo Militar, Caracas; Centro Latino Americano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Gobernación del Estado Yaracuy, San Felipe; Asamblea Legislativa del Estado Miranda, Los Teques; Asociación de Jueces del Distrito Federal, Caracas; Oficina Central de Personal, Caracas; Congreso de la República, Caracas; Escuela Superior de la Fuerza Aérea Venezolana, Caracas; Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas; Universidad Cecilio Acosta, Maracaibo, Estado Zulia; Centro de Estudios de Desarrollo CENDES; Instituto Universitario Tecnológico del Estado Yaracuy, San Felipe; Centro Iberoamericano de Estudios Estatales y Municipales CIEPROL, Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA), La Universidad del Zulia (LUZ), Maracaibo; Comisión para la Reforma del Estado Zulia (COPRE), Maracaibo; Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, Caracas; Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, Caracas; Oxford Society, Embajada Británica, Caracas; Concejo Municipal del Distrito San Carlos, Estado Cojedes; Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo; Comité de Reforma Administrativa de la Asamblea Legislativa del Estado Zulia, Maracaibo; Asociación de Fiscales del Ministerio Público, Caracas; Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal; Universidad Nacional Experimental del Táchira, San Cristóbal; Colegio de Abogados del Estado Mérida, Mérida; Colegio de Abogados del Estado Barinas; Consejo Internacional de Filosofía y Ciencias Humanas, La Casa de Bello, Caracas; Asociación Venezolana de Egresados del Instituto Internacional de Administración Pública, Caracas; Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano, Caracas; Contraloría General de la República, Caracas; Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas; Colegio de Administradores, Mérida; Contraloría Municipal del Distrito Federal, Caracas; Instituto Internacional de Mercado de Capitales, Naiguatá; Universidad del Sur del Lago, El Vigía, Estado Zulia; Asociación de Politólogos del Estado Zulia, Maracaibo; Universidad Metropolitana, Caracas; Comisión de Administración y Servicios del Senado, Caracas; Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui, Puerto La Cruz; Colegio de Abogados del Estado Nueva Esparta, La Asunción; Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas; Comisión para la Reforma del Estado Trujillo, Valera; Gobernación del Estado Carabobo, Valencia; Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), Caracas; Asamblea Legislativa del Estado Aragua, Maracay; Asamblea Legislativa del Estado Anzoátegui, Barcelona; Universidad José María Vargas, Caracas; COPRE Zulia, Maracaibo; Universidad Nacional Experimental J.M. Baralt, Cabimas; Asamblea Legislativa del Estado Trujillo, Trujillo; Cámara Venezolano Americana, Caracas; CELARG, Caracas; Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal (AVECI), Mérida; Comisión Andina de Juristas, Caracas; Universidad Santa María, Caracas; Asamblea Legislativa del Estado

Lara, Barquisimeto; Consejo de Gobiernos del Área Metropolitana de Caracas, Comisión Nacional para la Descentralización, Caracas; Federación de Unión Nacional de Empleados Públicos (FEDEUNEP), Caracas; Consejo Nacional de Alcaldes, Caracas; Instituto de Investigaciones Procesales, Caracas; Instituto Venezolano de Derecho Social, Caracas; Fondo Intergubernamental para la Descentralización, FIDES, Caracas; Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, Coro; Centro de Estudios de la Contraloría Municipal de Valencia, Estado Carabobo; Instituto Nacional de Formación y Previsión Social del Concejal, Caracas, Porlamar; Comandancia General Fuerzas Armadas Cooperación, Caracas; Asociación Mundial Jóvenes Juristas, Caracas; Oficina de Asesoría Económica del Congreso, Caracas; Concejo Municipal Municipio Palavecino, Cabudare, Estado Lara; Colegio de Abogados del Estado Amazonas, Puerto Ayacucho; Fondo de Desarrollo del Estado Nueva Esparta (FONDENE), Porlamar; Universidad Simón Rodríguez, Núcleo Zaraza, Edo. Guárico; Universidad Nacional Experimental de Los Llanos Occidentales "Ezequiel Zamora" (UNELLEZ), Barinas; Caracas; Comisión Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente, Caracas; Asociación de Procuradores de Estados de Venezuela, Trujillo; Colegio de Abogados del Edo. Monagas, Maturín; Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, Maturín; Federación Colegio de Abogados de Venezuela, Caracas; Asociación de Ejecutivos de Valencia, Estado Carabobo; Asociación Venezolana de Educación, Caracas; Cuerpo Consular en Venezuela, Caracas; Parlamento Latinoamericano, Caracas; Consejo Latinoamericano de Estudios del Derecho Internacional y Comparado, Caracas; Comisión Legislativa Regional del Estado Anzoátegui, Barcelona; Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas; Comisión de Legislación del Consejo Legislativo del Estado Carabobo, Valencia; Comisión de Contraloría, Asamblea Nacional, Caracas; Consejo Legislativo del Estado Aragua, Maracay; Consejo Legislativo del Estado Yaracuy, San Felipe; Consejo Legislativo del Estado Guárico, San Juan de Los Morros; Gobernación del Estado Zulia, Maracaibo; Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, Puerto Ordaz; Consejo Legislativo del Estado Bolívar, Ciudad Bolívar; Cabildo Metropolitano de Caracas, Caracas; Sociedad Venezolana de Ingeniería de Transporte y Vialidad, SOTRAVIAL, Colegio de Ingenieros de Venezuela, Caracas; Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), Caracas; VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal; Universidad Monteávila, Caracas; Universidad Central de Venezuela, Caracas; Cámara de Industriales de Venezuela, Caracas; Colegio de Abogados del Distrito Capital, Caracas; Universidad Fermín Toro, Barquisimeto.

2.En el exterior ha sido conferencista invitado en los siguientes Congresos, Universidades e instituciones: IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios, Barcelona, España; 1ª Conferencia Latinoamericana de Autoridades Gubernamentales de Informática, Buenos Aires; Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), San José, Costa Rica; Ciclos de Estudios de Derecho Comparado, Faculté Internationale pour l'Enseignemet du Droit Comparé, Caracas Universidad de Pittsburgh, USA; Sociedad Colombiana de Planificación, Bogotá; Seminario Dominico-Venezolano sobre Reforma Administrativa, República Dominicana; Instituto de Administración Pública de México, Ciudad de México; Canning House, Londres; British Institute of International and Comparative Law, Gosvernor House, London; University of Sussex, UK; Universidad de París II; Christ Church College, Oxford, Inglaterra; University of Bristol, Inglaterra; Journées Juridiques Franco-latino Américaines, Societé de Legislation Comparé, Bayonne, Francia; Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México; British Institute of International and Comparative Law, Londres; Universidad de Barcelona, España; Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Asociación Latinoamericana de Administración Pública, ALAP, México; VI Curso Interamericano de Derecho Internacional Público, Río de Janeiro; Escuela Empresarial Andina del Convenio Andrés Bello, Lima; Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Madrid; Institut International d'Administration Publique, París; Colegio de Abogados de Costa Rica, San José; Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá; II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Municipal, Granada, España; Congreso Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo, Santo Domingo de Silos, Castilla; American Interprise Institute, Washington; Instituto de Estudios de Administración Local, Universidad de Granada, Granada, España; Instituto Nacional de Administración Pública INAP, Alcalá de Henares, España; Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), Granada, España; Centre of Latin American Studies, University of Cambridge, Cambridge; Corte Suprema de Justicia, Costa Rica; The Anglo-Venezuelan. Society, Fourth Biennial Simón Bolívar Lecture, Institute of Directors, Londres; Academia de la Historia y Arte de San Quirce, Segovia; Universidad Externado de Colombia, Bogotá; Asociación Latinoamericana de Administración Pública ALAP, Quito; Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires; Universidad de París II, Panthéon-Assas, París; Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH), Montevideo, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, San José, Costa Rica; IV Curso Internacional de Elecciones, Capel, San José, Costa Rica; Universidad Central, Santiago de Chile; Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Santa Fe Bogotá; Université d'Aix en Provence, Francia; Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Cáceres; Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina, Bonn, Alemania; Colegio de Abogados de Medellín, Medellín; Alcaldía de la ciudad de Cali, Colombia; Woodrow Wilson Center, Washington; Instituto Internacional del Ombudsman, Caracas; Universidad Javeriana, Bogotá; III Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Belo Horizonte, Brasil; Seminario Internacional sobre Descentralización Política y Gestión Local, CEPAL, Banco Mundial, Cartagena; Unión Nacional de Juristas de Cuba, Capitolio, La Habana; III Conferencia Mundial de la European Community Studies Association, Bruselas; Universidad Carlos III de Madrid, España; Universidad de Urbino, Italia; Corte Suprema de Justicia, Managua; Academia de Jurisprudencia de Colombia, Bogotá; Universidad de Santiago de Compostela, España; Fundación Universitaria de Boyacá, Tunja, Colombia; Jornadas Internacionales de Derecho Procesal J. Fabregas, Panamá; Asamblea Legislativa, San José de Costa Rica; Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica; Centro Interamericano de Investigaciones y Estudios Gerenciales, Maracaibo; Université du Quebec, Canadá; Interamerican Dialogue, Washington; Universidad Militar de Nueva Granada, Bogotá, Colombia; Cámara de Comercio e Integración Colombo Venezolana, Bogotá; Cámara de Diputados, México; University of Texas, Austin; IV Conferencia Iberoamericana de las Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valencia, España; VII Encuentro Anual de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador; Universidad Libre de Colombia, Santafé de Bogotá; Universidad de Lima, Perú; Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos, Lima, Perú, Universidad Austral, Buenos Aires; Secretaría Nacional del Plan de Gobierno y Desarrollo, Comisión Nacional de Descentralización y Reforma del Estado, Lima, Perú; Asociación

de Organismos Electorales de Centro América y El Caribe, Santo Domingo, República Dominicana; XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), Guadalajara, México; Asociación Latinoamericana de Sociología, Comisión Presidencial para la Modernización y Descentralización del Estado, Antigua Guatemala; Cámara Ecuatoriana Americana, Quito; Centro de Estudios Constitucionales 1812, Cádiz, España; Associação de Direito Publico do Mercosul, Curitiba, Brasil; Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa; United States Institute of Peace, Washington; Colegio de Abogados de Honduras, Tegucigalpa y San Pedro de Sula.

VII. Actividades profesionales

Desde 1974, cuando sus actividades académicas y públicas lo han permitido, ha ejercido la profesión de abogado como socio del Despacho de Abogados Baumeister & Brewer en Caracas.

ÍNDICE GENERAL

PROEMIO
ALFREDO ARISMENDI A. 27

PRESENTACIÓN
JESÚS CABALLERO ORTIZ. 29

DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN

I. Discurso del Profesor Eduardo Roca Roca 33

II. Prólogo de Eduardo García de Enterría 41

III. Discurso del Profesor Pedro Nikken 43

IV. Prefacio del Profesor Luciano Parejo Alfonso 51

APRECIACIÓN
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO 55

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO

I. ON THE MAIN PERIODS OF LATIN AMERICAN HISTORY OF LAW 72
II. ON MODERNIZATION, IMPOSITION AND RECEPTION OF LAW IN LATIN AMERICA 75
III. LAW AND LEGAL CULTURE IN LATIN AMERICA 77
REFERENCES 82

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA 87
II. SURGIMIENTO DE LA VISIÓN TRADICIONAL NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS 88
III. LA COMPETENCIA PERFECTA, LA COMPETENCIA IMPERFECTA Y LAS FALLAS DE MERCADO COMO REFERENTES NORMATIVOS DE LOS MERCADOS 91

IV. ERRORES EPISTEMOLÓGICOS DE LA VISIÓN CONVENCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA 93
1. *Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia* 94
2. *La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales* 98
3. *Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales* 100
V. UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS MERCADOS 102
VI. CONCLUSIONES 104
BIBLIOGRAFÍA 105

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

1. *Los tipos de gobierno democrático*

§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO

I. ALCANCE Y CONTENIDO DEL PODER CONSTITUYENTE 113
II. LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA 118
III. EL ALCANCE DE LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE, UNA NECESARIA REFERENCIA A SU CONTINUIDAD 121
IV. CRISIS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE 127
V. EL PODER CONSTITUYENTE UNA CATEGORÍA NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO 130

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811

IRENE LORETO GONZÁLEZ

I. INTRODUCCIÓN 133
II. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE INSCRIBE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1811 134
1. *Población, gobierno, geografía política* 135
2. *19 de Abril de 1810* 137
III. CONGRESO CONSTITUYENTE 140
1. *Formación del Congreso Constituyente* 140
2. *Elecciones del Primer Congreso. Reglamento para las elecciones* 141
3. *Composición y características de la Asamblea* 143
4. *Legitimidad* 143

IV. CONTENIDO DEL PROCESO CONSTITUYENTE 144
1. *Temas debatidos* 144
2. *El Acta de declaración de la Independencia* 146
3. *La Constitución* 146
A. *Proyecto anónimo de Constitución remitido por el administrador de Correos* 147
B. *Consejo de Ancianos* 148
C. *Seguridad y fortificación de los puertos marítimos* 148
D. *Guardia Constitucional* 148
E. *Tribunal de Censura y la Fuerza Armada* 149
F. *Soberanía del pueblo y derechos del hombre en sociedad* 149
G. *Sobre los extranjeros* 149
H. *Comisión sobre Concordato* 149
I. *Alta Corte de Justicia* 150
4. *Resultados del Proceso Constituyente* 150
A. *Acta de la Independencia* 150
B. *La Constitución Federal* 150
C. *Cuerpo de Leyes* 152
V. FUNCIÓN POLÍTICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE 152
VI. CONSTITUCIONES PROVINCIALES DE 1811-1812 153
1. *La Constitución de Mérida* 153
2. *La Constitución de Trujillo de 1811* 154
3. *La Constitución de Barcelona de 1811* 154
4. *La Constitución de Caracas de 1812* 155
BIBLIOGRAFÍA 155

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

INTRODUCCIÓN 161
DERECHOS HUMANOS 165
EL ESTADO 175
EL URUGUAY Y EL MUNDO 181
REFLEXIONES FINALES 183

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA

JORGE VÉLEZ GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN 185
II. DEL ANACRÓNICO HERMETISMO A LA APERTURA CONTEMPORÁNEA 186
III. UNA NORMA EN CONSTRUCCIÓN: EN BUSCA DE LA CONSTITUCIÓN 188

IV. LA CUESTIÓN ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL ACTUAL 191
V. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA 193
VI. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS SENTIDOS 202

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN

CLAUDIA NIKKEN

I. LA CONSTITUCIÓN ¿POSITIVA? 206
1. *La ausencia de regulación de la transición en la Constitución del 30 de diciembre de 1999* 206
2. *Las modificaciones de la Constitución* 208
A. *La constitución de un régimen de transición* 208
B. *Las publicaciones de la Constitución* 210
II. SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMA FUNDAMENTAL 211
1. *La norma fundamental de la Constitución* 211
2. *El rechazo de la aplicación de la norma fundamental de la Constitución del 30 de diciembre de 1999* 214

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL

SANDRA MORELLI

I. BREVE INTRODUCCIÓN 219
II. REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE REFERENDO 220
III. ANÁLISIS DE LOS TEXTOS APROBADOS POR LAS COMISIONES PRIMERAS DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA Y DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES, CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY Nº 47-S/02 57-C/02 POR LA CUAL SE CONVOCA UN REFERENDO Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL 227
1. *Consideraciones preliminares* 227
2. *Contenido del Proyecto* 227
A. *Muerte política* 228
B. *Voto nominal* 229
3. *Suplencias* 229
4. *Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública* 230
5. *Servicios Administrativos del Congreso* 231
6. *Reducción del Congreso* 231
7. *Pérdida de investidura* 235
8. *Limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos* 236
9. *Supresión de las Contralorías Departamentales y Municipales* 237
10. *Supresión de las Personerías* 237
11. *Auxilios con dineros públicos* 238
12. *Nuevos recursos para educación y saneamiento básico* 239

13. *Recursos para educación y saneamiento básico* 239
14. *Finanzas públicas sanas* 240
15. *Partidos Políticos* 241
16. *Contra el narcotráfico y la drogadicción* 242
17. *Aprobación integral de este Referendo* 247
18. *Artículo 2° Vigencia y nuevas elecciones* 248

IV. LA REFORMA JUDICIAL 248

V. CONCLUSIONES 252

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

JORGE LUIS SUÁREZ

I. INTRODUCCIÓN 253

II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES 253

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS RELACIONES CON EL DERECHO NACIONAL 256

1. *El efecto o eficacia directa del Derecho Comunitario* 256
2. *El efecto o eficacia directa de las normas comunitarias y el tipo de disposiciones* 262
3. *La primacía del Derecho Comunitario* 264
4. *La primacía del Derecho Comunitario y las Constituciones de los Estados miembros* 267

IV. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA 276

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA

MARIANELA ZUBILLAGA

I. LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ACTUAL 281

II. LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO 282

III. LA INTEGRACIÓN EN LOS PAÍSES ANDINOS 286

IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SOPORTE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA 290

1. *La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios* 291
2. *La aplicación directa del derecho comunitario* 295
3. *La preeminencia o primacía del derecho comunitario* 297

V. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA AUSENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS 299
VI. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL ACUERDO DE CARTAGENA 303
1. *La Constitución de 1961* 303
A. *La aplicación de las decisiones de la Comisión desde 1973 a 1992* 303
B. *El cambio de criterio en la forma de recepción de la normativa comunitaria: 1992 a 1999* 306
2. *La Constitución de 1999* 307

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LA ILEGALIDAD DE LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA

HEINZ SCHÄFFER

I. INTRODUCCIÓN 311
II. LAS DICHAS "SANCIONES"; SITUACIÓN EN AUSTRIA; LA TOMA DE DECISIÓN POR PARTE DE LOS UE-14; LOS EFECTOS 312
1. *Situación en Austria* 312
2. *La toma de decisión por parte de los UE-14* 313
3. *Los efectos de las "sanciones"* 314
4. *Análisis jurídico* 315
5. *La posición de Austria en el conflicto* 318
III. EL "INFORME DE LOS SABIOS" Y EL DESARROLLO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA 319
IV. CONCLUSIONES 322
CRONOLOGÍA 323

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

I. INTRODUCCIÓN 325
II. EL TIPO DE GOBIERNO DE ASAMBLEA O CONVENCIONAL 326
1. *Características esenciales del tipo de gobierno convencional* 326
III. EL TIPO DE GOBIERNO PRESIDENCIAL 327
1. *Introducción* 327
2. *Características estructurales y funcionales básicas* 329
IV. LOS GOBIERNOS PRESIDENCIALISTAS DE AMÉRICA LATINA 329
1. *Introducción* 329
2. *Los rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano* 331
3. *La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina* 332

4. *Los factores de la preponderancia presidencial* 333
A. *Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos* 333
B. *La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley* 334
C. *El veto parcial y los quórums parlamentarios para superarlo* 334
D. *La habilitación legislativa del Presidente de la República* 335
E. *Los poderes extraordinarios o de crisis* 336
5. *Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República* 337
A. *La duración limitada y fija del mandato Presidencial* 337
B. *La Regla de la no reelección inmediata del Presidente* 338
C. *La acusación constitucional contra el Presidente de la República* 339
V. LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMOS DEMOCRÁTICOS EN AMÉRICA LATINA 339
1. *Los rasgos fundamentales de los diferentes tipos de presidencialismos democráticos* 340
A. *El presidencialismo puro* 340
B. *El presidencialismo parlamentario o atenuado* 341
C. *Los presidencialismo dirigidos* 344
VI. EL TIPO DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SUS VARIANTES 345
1. *El Desarrollo del tipo de gobierno parlamentario* 345
2. *Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario* 346
3. *Los caracteres funcionales* 347
A. *La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento* 347
B. *El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo* 348
4. *Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario* 349
5. *Las dos concepciones diferentes de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica* 350
A. *La concepción dualista del tipo de gobierno parlamentario* 350
B. *Del tipo de gobierno parlamentario dualista al régimen parlamentario monista* 352
C. *La teoría monista del tipo de gobierno parlamentario* 352
6. *Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios según la distribución de competencia* 357
A. *El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva* 357
B. *El tipo de gobierno parlamentario de gabinete* 357
C. *El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo* 357
VII. LOS TIPOS DE GOBIERNO SEMIPRESIDENCIALES 358
1. *El análisis de los regímenes con forma de gobierno semipresidencial en Europa* 359
A. *El estatuto del Presidente de la República* 359
(a) *La elección del Presidente de la República y la duración del mandato* 359
(b) *Las competencias del Presidente de la República* 360
(c) *Las Competencias del Presidente de la República en Francia* 361

2. *Las atribuciones del Presidente de Finlandia* 363
3. *Consideraciones finales* 364
VIII. EL TIPO DE GOBIERNO SEMIPARLAMENTARIO 365
IX. EL TIPO DE GOBIERNO DIRECTORIAL SUIZO 365
1. *El parlamento suizo* 365
2. *Las relaciones parlamento - gobierno* 367
3. *El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación* 367
X. CONSIDERACIONES FINALES 368

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?

JORGE REINALDO VANOSSI

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ

I. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN MEXICANO DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL 378
1. *Sólo puede declararse la nulidad de una votación o elección por las causas previstas en la ley* 378
2. *Definitividad de los resultados electorales no impugnados oportunamente* 379
3. *Imposibilidad de invocar nulidades provocadas por los propios denunciantes* 379
4. *Votaciones y elecciones federales susceptibles de anularse* 379
5. *Sólo irregularidades determinantes pueden causar la nulidad de la votación o de la elección* 380
II. NULIDAD DE UN VOTO 383
III. NULIDAD DE UNA VOTACIÓN 385
1. *Irregularidades en la constitución de la mesa o casilla electoral* 386
2. *Irregularidades en el desarrollo de la votación* 390
3. *Irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales* 393
IV. NULIDAD DE UNA ELECCIÓN 397
1. *Como consecuencia de la nulidad de votación en diversas mesas o casillas* 397
2. *Por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos* 398
3. *Cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias* 399

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

DIETER NOHLEN

I. LA INTERRELACIÓN DE LAS VARIABLES INSTITUCIONALES: LA VARIABLE SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS 402
II. DISEÑO INSTITUCIONAL Y NIVEL OPERATIVO 403
III. TIPOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL 404
IV. EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES 406
V. CINCO CRITERIOS DE EVALUACIÓN 406
VI. UN ESQUEMA DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES 408
VII. SISTEMAS ELECTORALES Y GOBERNABILIDAD 412

3. *La participación política*

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

MANUEL FEO LA CRUZ

I. INTRODUCCIÓN 415
II. ESTADO DE BIENESTAR Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LA BUROCRACIA 416
III. ESTADO DE BIENESTAR Y EL MODELO ELITISTA DEMOCRÁTICO 417
IV. LA CRISIS DEL EB Y SUS EFECTOS SOBRE EL MODELO BUROCRÁTICO Y EL MODELO ELITISTA 418
V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO DE LA GESTIÓN PÚBLICA 421
VI. EL CASO VENEZOLANO. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS 424
VII. LOS OBSTÁCULOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA CULTURA POLÍTICA 426
VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN 428
BIBLIOGRAFÍA 429

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)

YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR

I. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS 431
II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO OBLIGACIÓN CIUDADANA 433
III. LA CULTURA DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DELINEADOR DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN 436
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 437

§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA

I. INTRODUCCIÓN 441
II. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA 442
III. EL SISTEMA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA 442
1. *El Referendo en el sistema jurídico venezolano* 446
A. *Reseña histórica: algunas consideraciones* 446
B. *Antecedentes legislativos* 447
(a) *Ley Orgánica de Régimen Municipal* 449
(b) *Ley Orgánica de la Justicia de Paz* 451
(c) *Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política* 452
(d) *Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles* 454
IV. MODALIDADES DE REFERENDO PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 460
V. EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATO 472
VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN 480
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 481

§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA

I. LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO 485
1. *Algunas consideraciones previas de la democracia y de sus elementos constitutivos* 485
2. *La perspectiva de la nueva configuración del Estado democrático en el constitucionalismo comparado* 493
II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 499
1. *El Derecho de participación ínsito en el texto de la Constitución Política* 499
2. *El derecho de participación para la elaboración de las disposiciones reglamentarias de conformidad con el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública* 500
A. *Previa ubicación doctrinal y positiva de los reglamentos* 500
B. *Distintos tipos de reglamentos* 505
(a) *Los denominados reglamentos ejecutivos* 505
(b) *Los reglamentos, independientes, autónomos o de organización* 506
(c) *Los reglamentos de urgencia o necesidad* 507

C. *Análisis del mecanismo regulador para la elaboración de las disposiciones reglamentarias*: 509
(a) *Subsiguiente análisis del artículo 361 de la LGAP* 511
(b) *Continuación del análisis del numeral 361, inciso 3) de la LGAP* 512
(c) *Análisis consecuente del artículo 363 de la LGAP* 515
III. A MANERA DE SIMPLE CONCLUSIÓN 518

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

DANIEL ALBERTO SABSAY

I. INTRODUCCIÓN 521
II. LA PARTICIPACIÓN 522
1. *Constitución Nacional* 523
A. *La reforma del 94* 524
2. *Derecho Público Provincial y Municipal* 527
3. *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, claro ejemplo de democracia participativa* 528
III. CONSIDERACIONES FINALES 532
BIBLIOGRAFÍA 533

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA

MARIE PICARD DE ORSINI

I. COMENTARIOS INICIALES 535
II. CONDUCTA CIUDADANA Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE OBEDIENCIA A LA AUTORIDAD Y A LAS LEYES 537
III. REFERENCIAS HISTÓRICAS 539
IV. CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL 540
V. DIFERENCIAS CON OTRAS ACCIONES O FIGURAS QUE SE PUEDEN CONFUNDIR CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL 541
VI. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL 542
VII. JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL 544
VIII. LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 547
IX. CONCLUSIONES 550
BIBLIOGRAFÍA 551

§ 23. EL ARTÍCULO 350: ¿DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO A LA RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

ELOÍSA AVELLANEDA Y LUIS SALAMANCA

I. INTRODUCCIÓN 553
II. NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESOBEDIENCIA CIVIL, RESISTENCIA CIVIL Y REBELIÓN 556
1. *La desobediencia civil* 556
A. *Noción* 556
B. *Características de la desobediencia civil* 557
(a) *La desobediencia civil, a diferencia de la resistencia civil y la rebelión, tiene una finalidad limitada* 558
(b) *Son actos ilegales pero moralmente justificados por razones de conciencia* 558
(c) *Son actos públicos* 558
(d) *Son actos pacíficos, no violentos* 558
(e) *Son actos conscientes* 558
(f) *Son actos intencionales* 559
(g) *La desobediencia civil debe ser un último recurso* 559
2. *La resistencia civil* 559
A. *Noción* 559
B. *Evolución de la teoría de la resistencia* 560
C. *Resistencia activa y resistencia pasiva* 561
D. *La resistencia civil en la era contemporánea* 562
E. *Resistencia civil y resistencia militar* 563
3. *La rebelión* 564
A. *Noción general de rebelión* 564
B. *Noción jurídico-política de rebelión* 565
C. *Diferencias entre la desobediencia civil, la resistencia civil y la rebelión* 567
III. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN 568
1. *El artículo 350 de la CRBV y sus posibles alcances* 568
2. *Antecedentes constitucionales del artículo 350 de la Constitución de 1999* 568
3. *Orígenes del artículo 350 en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente* 569
4. *Debate jurídico y confrontación política en torno al artículo 350* 572
A. *Las interpretaciones de la oposición civil* 572
(a) *El 350 como derecho a la rebelión* 573
(b) *El 350 como derecho a la desobediencia y resistencia civiles* 573
(c) *El 350 como desobediencia civil* 573
B. *Las interpretaciones de la oposición militar* 574
C. *Las interpretaciones del gobierno en torno al 350* 574
D. *El 350 como fuente de inestabilidad política* 575

5. *Nuestra interpretación del artículo 350* 576
A. *¿Qué se entiende por pueblo de Venezuela?* 576
B. *¿Qué significa "fiel a su tradición"…?* 577
C. *¿Qué significa que el pueblo "desconocerá"?* 577
D. *¿En qué tipo de circunstancias puede aplicarse el artículo 350?* 578
E. *¿Qué obligaciones impone el artículo 350 de la Constitución?* 580
(a) *La desobediencia civil* 580
(b) *La resistencia pasiva y activa* 580
F. *La rebelión* 580
IV. CONCLUSIONES 581
BIBLIOGRAFÍA 583

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. INTRODUCCIÓN: LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES 585
II. EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMÉRICA 587
III. FEDERALISMO DUAL, CENTRALIZADO Y COOPERATIVO EN AMÉRICA LATINA 589
IV. LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA 599
1. *La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma* 599
2. *El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía* 600
3. *La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal* 602
4. *El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados* 603
5. *La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros* 605
6. *La compensación financiera* 610
7. *La intervención federal* 615
V. LA REALIDAD FEDERAL EN LATINOAMÉRICA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO 617

§ 25. EL FEDERALISMO UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO

JORGE LONDOÑO

I. INTRODUCCIÓN 621
II. UNA LEVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA 622
1. *Situación actual de la violencia en Colombia* 624
2. *Breve conclusión* 625
III. MINÚSCULA APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL ESTADO 626
1. *Concepto clásico de soberanía* 626
2. *Crisis de la idea clásica de Soberanía* 627
3. *A manera de reflexión parcial* 628
4. *El territorio* 628
5. *Reflexión* 629
IV. ALGUNAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL 629
1. *Modelo Regional* 630
2. *El modelo de las comunidades autónomas* 632
3. *Sistema Federal* 635
4. *El Federalismo en Colombia* 638
5. *Breve conclusión histórica* 642
6. *Propuestas federalistas para Colombia* 642
V. UN BREVE ESPACIO PARA UN TEMA FUNDAMENTAL -LA TOLERANCIA- 648
VI. CONCLUSIONES 649

§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL'AMERICA LATINA

EDUARDO ROZO ACUÑA

I. REPUBBLICHE FEDERALI E UNITARIE IN AMERICA LATINA 659
II. EVOLUZIONE DELLO STATO FEDERALE IN AMERICA LATINA 660
III. EVOLUZIONE DELLO STATO UNITARIO IN AMERICA LATINA 661
IV. IL NUOVO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E AUTONOMIE LOCALI IN ALCUNE ESPERIENZE LATINOAMERICANE 661
1. *La suddivisione dell'ordinamento in Italia* 662
2. *Regioni con autonomia ordinaria e speciale* 664
3. *La distribuzione dei poteri fra Stato, regioni ed enti locali* 665
4. *La distribuzione delle funzioni amministrative* 669
5. *L'autonomia fiscale e le norme finanziarie* 672
6. *I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo* 676
7. *Autonomie locali ed obblighi internazionali* 677
8. *Il contenzioso Stato, Regioni ed enti locali* 677
V. CONCLUSIONI: DECENTRAMENTO, REGIONALIZZAZIONE E FEDERALISMO IN AMERICA LATINA 679

§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA

CHRISTIAN PIELOW

I. EL ESTADO FEDERAL *EVOLUTIVO* 681
1. *La crisis económica del Estado prestador* 683
2. *Liberalización y privatización* 683
3. *Internacionalización, especialmente "europeización"* 684
4. *Necesidades -y oportunidades- de reflexión: ¿modernización o modificación del federalismo?* 685
A. *Quiebras del anterior consenso sobre el federalismo "unitario" y "cooperativo"* 686
B. *¿Federalismo "competitivo" como resolución? / Preguntas claves* 687
II. ASPECTOS INSTITUCIONALES 688
1. *Número y dimensión de los entes territoriales* 688
2. *El papel de los Parlamentos regionales y los mecanismos del federalismo cooperativo* 690
A. *El predominio de la legislación federal* 690
B. *La expansión de la legislación "administrativa"* 690
C. *¿Compensación mediante cooperación?* 691
III. AJUSTE DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS 693
1. *Progresos ya alcanzados* 693
2. *Cláusulas de experimentación y legislación básica* 694
3. *Reajuste de las competencias ejecutivas de los Länder* 695
IV. LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE ESTADO Y ESTADOS FEDERADOS 696
1. *Las pólemicas asignaciones unilaterales por parte de la Federación* 696
2. *Mecanismos de la compensación financiera* 698
V. CONCLUSIÓN 699

§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS

GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO

I. RELACIÓN PRIMARIA ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTADALES 702
II. LA COMPETENCIA RESIDUAL EN EL MODELO FEDERAL VENEZOLANO 703
III. AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD EXPRESA EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIONALES 704
IV. LA CLÁUSULA DE LA NATURALEZA NACIONAL DE LAS MATERIAS COMO TÍTULO COMPETENCIAL FEDERAL 705
V. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES 707

VI. REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN 709
VII. LEYES DE BASE Y LEYES DE DESARROLLO 710
1. *El concepto material de las bases* 712
2. *Estructura de la Ley de Bases* 712
A. *Círculo material de interés general* 713
B. *Círculo de encuadramiento* 713

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

I. INTRODUCCIÓN 715
II. CONFIGURACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL 716
1. *Principios fundamentales* 716
2. *Configuración constitucional* 718
3. *Contenido mínimo* 720
A. *Autonomía política* 720
B. *Autonomía normativa* 720
C. *Autonomía tributaria* 721
D. *Autonomía Administrativa* 722
4. *Garantía de la Autonomía* 722
III. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA AUTONOMÍA LOCAL 727
1. *Político-democrática* 727
2. *Inherentes al Estado de Derecho* 729
3. *Inherente a la realización del Estado Social* 729

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

ARGENIS URDANETA

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN 731
II. FUNDAMENTOS DE UN MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA 731
1. *Exposicion de motivos* 732
2. *Preámbulo* 732
3. *Principios fundamentales* 732
4. *Preceptos constitucionales de democracia participativa* 732
A. *Gobierno democrático (art. 6)* 732
B. *En lo que respecta a los derechos políticos* 733
(a) *Consultivo (art. 71)* 733
(b) *Revocatorio (art. 72)* 733

(c) *Aprobatorio (art. 73)* 733
(d) *Abrogatorio (art. 74)* 734
C. *En cuanto a la organización del Poder Público* 734
(a) *Administración Pública* 734
(b) *Poder Público Estadal* 734
(c) *Poder Público Municipal* 734
(d) *Consejo Federal de Gobierno* 735
(e) *Poder Judicial y Sistema de Justicia* 735
III. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 735
1. *Organización del territorio* 735
2. *División política* 735
3. *Organización del Poder Público Nacional* 736
A. *Legislativo* 736
B. *Ejecutivo* 736
C. *Sistema de Justicia* 736
D. *Poder Ciudadano* 737
E. *Poder Electoral* 737
4. *Poder Público Estadal* 738
IV. VENEZUELA: ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO 738
1. *Exposición de Motivos de la Constitución* 738
2. *Preámbulo constitucional* 739
3. *Principios fundamentales de la Constitución* 739
4. *Descentralización* 739
V. PERSPECTIVAS DE NUEVO MUNICIPIO Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES 741
1. *Nuevo municipio* 741
A. *Territorio* 741
B. *Organización* 741
C. *Autonomía* 742
2. *Propuesta de nueva Ley Municipal* 743
BIBLIOGRAFÍA 744

§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO

I. LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS 747
1. *Vigencia de la Constitución de 1978* 747
2. *Una reflexión sobre la Nación española* 750
3. *El proceso descentralizador iniciado en 1978* 752
4. *El desarrollo autonómico* 755

II. LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL ESPAÑOLA 759
1. *El proceso democratizador de las estructuras locales* 760
2. *Los primeros pasos del Municipio democrático español* 762
3. *La Ley de Bases de Régimen Local de 1985* 764
4. *Las Haciendas Locales* 766
5. *La normativa supranacional* 767
6. *El Pacto Local* 768

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

I. INTRODUCCIÓN 773
II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN 776
III. SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES 778
IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL 780
1. *El principio de subsidiariedad* 780
2. *La subsidiariedad en el derecho local* 780
V. CUESTIONES COMPETENCIALES 783
VI. DESCENTRALIZACIÓN Y PODERES LOCALES 784

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL

FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ

I. INTRODUCCIÓN 789
II. LA REVOLUCIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LOS LUGARES 789
III. LUGARIZACIÓN 791
IV. LUGARIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO 795
V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD 797
VI. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN URBANA 798
VII. CONCLUSIÓN 800
BIBLIOGRAFÍA 800

§ 34. BREWER Y CARACAS

DOLORES AGUERREVERE VALERO

I. INTRODUCCIÓN 801
II. BREWER Y LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE CARACAS 803
1. *Planteamientos anteriores a la Constitución de 1999* 803
2. *Debate Constituyente* 807
3. *Planteamientos posteriores a la Constitución 1999* 809
III. BREWER Y EL URBANISMO EN CARACAS 811
1. *Sobre la planificación y ordenación urbanística de Caracas* 811
2. *Sobre el trazado regular de la ciudad* 815
IV. CONCLUSIONES 817

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

DONATO LUPIDII

I. INTRODUCCIÓN 819
II. LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE SHUGART Y MAINWARING 820
III. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO (1958-1995) SEGÚN BRIAN F. CRISP 825
IV. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1999 Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL 828
1. *Poderes Constitucionales Legislativos* 829
A. *Poderes Reactivos* 829
B. *Poderes Proactivos* 830
2. *Poderes Partidistas* 832
V. CONCLUSIONES 834
BIBLIOGRAFÍA 835

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

ALFREDO ARISMENDI A.

I. INTRODUCCIÓN 837
II. EL EJECUTIVO UNIPERSONAL 838
III. REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 839
1. *La reelección* 840
2. *El período presidencial* 841
IV. EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO 841
1. *Generalidades* 841
2. *Atribuciones* 842
3. *Destitución* 843
V. EL CONSEJO DE MINISTROS 843
1. *Naturaleza* 843
2. *Organismos de la Administración Pública Nacional* 844
VI. EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO 846
1. *Antecedentes* 846
2. *Elementos Parlamentarios* 847
A. *El Refrendo Ministerial* 848
B. *El Consejo de Ministros* 849
C. *El Mensaje Presidencial* 851
D. *Memoria de los Ministros* 852

3. *Falta Absoluta del Presidente de la República* 852
A. *Antecedentes* 852
B. *Situación actual* 854
VII. INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES 855
1. *El Veto Presidencial* 856
2. *Promulgación de la Ley* 856
3. *Decretos con Fuerza de Ley* 857
VIII. ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 858
1. *Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes* 858
2. *La Potestad Reglamentaria* 858
3. *Nombrar y remover los funcionarios públicos* 858
4. *Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional* 859
5. *Dirigir las Relaciones Exteriores* 860
6. *Conceder Indultos* 860
7. *Otras Facultades* 861
A. *Nombramiento del Procurador General de la República* 861
B. *Declarar los Estados de Excepción y decretar la restricción de las garantías constitucionales* 862
C. *Administrar la Hacienda Pública Nacional* 863
8. *Actos Administrativos* 865
IX. EL CONSEJO DE ESTADO 865
X. CONCLUSIONES 865

§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

RICARDO HARO

I. ACRECENTAMIENTO DE LOS EJECUTIVOS CONTEMPORÁNEOS 867
II. LAS FACULTADES COLEGISLATIVAS 868
III. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO: EL CASO "PERALTA" 869
IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 871
V. LA JURISPRUDENCIA POSREFORMA: LA EXTENSIÓN TRIBUTARIA POR UN DNU 872
VI. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN DNU POR UN JUEZ DE 1ª INSTANCIA 873
VII. EXCLUSIÓN POR UN DNU DE ASIGNACIONES FAMILIARES FIJADAS POR LEY 874
VIII. REDUCCIÓN POR UN DNU DE LOS SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS 875
IX. LA EMERGENCIA EN LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE Y SUS ASEGURADORAS 877
X. INDISPONIBILIDAD DE DEPÓSITOS BANCARIOS EN PESOS O DÓLARES 878
XI. NUESTRAS REFLEXIONES FINALES 880

§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD

PIERRE BON

I. LA RESPONSABILITÉ PENALE POUR LES ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS 886
1. *Les incriminations* 886
2. *La mise en accusation* 888
3. *Le jugement* 889
II. LA RESPONSABILITÉ PENALÉ POUR LES ACTES ÉTRANGERS A L'EXERCICE DES FONCTIONS 890

2. *El poder judicial*

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO

ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES 893
II. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL LLAMADO SISTEMA DE JUSTICIA 893
III. TRANSITORIEDAD DEL PODER JUDICIAL 897

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL

DIEGO VALADÉS

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 907
II. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO 909
III. AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA 911
IV. MECANISMOS DE EVALUACIÓN 913
V. AUTONOMÍA Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO 915
VI. FUNCIONES DE COOPERACIÓN: EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN A OTRAS ÁREAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA (ADMINISTRATIVA, MUNICIPAL, AGRARIA, LABORAL, ELECTORAL, ETC.) 916
VII. LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO 918
VIII. LOS MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS 921
IX. ACCESO A LA JUSTICIA 923
X. EL ÁMBITO INTERNACIONAL 924
XI. DEMOCRACIA Y JUSTICIA 926
XII. CONSIDERACIONES FINALES 928
BIBLIOGRAFÍA 930

3. *El poder ciudadano*

§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO

ROXANA ORIHUELA GONZATTI

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CIUDADANO 933
1. *El Poder Moral propuesto por Bolívar: Apéndice de la Constitución relativo al Poder Moral* 935
2. *De las atribuciones especiales de la Cámara de Moral* 935
3. *De las atribuciones de la Cámara de Educación* 936
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER CIUDADANO Y BASE CONSTITUCIONAL 940
III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 941
IV. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 943
V. ÓRGANOS INTEGRANTES DEL PODER CIUDADANO 943
VI. ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO 944
1. *Requisitos para su elección* 944
A. *Generales* 944
B. *Específicos* 944
2. *Período de elección* 946
3. *Forma de elección* 948
4. *Remoción* 950
VII. AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO 953
VIII. COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS QUE EJERCEN EL PODER CIUDADANO EN GENERAL; DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN PARTICULAR Y DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 953
1. *Competencias concurrentes* 954
2. *Competencias específicas* 954
A. *De la Defensoría del Pueblo* 954
B. *Del Ministerio Público* 958
C. *De la Contraloría General de la República* 961
D. *De la Contraloría General de la Fuerza Armada* 963
3. *Competencias residuales* 964
4. *Competencias del Consejo Moral Republicano* 964
IX. POTESTAD SANCIONATORIA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 967
1. *Antecedentes* 967
2. *Generalidades* 971
3. *Desarrollo* 971
4. *Sanciones* 972

X. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU VINCULACIÓN CON EL PODER CIUDADANO 974
XI. DEBER DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO Y DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO DE INFORMAR A LA ASAMBLEA NACIONAL 975
XII. EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL ARCHIVO Y DE LA INFORMACIÓN DEL PODER CIUDADANO 976
XIII. DEBER DE COLABORACIÓN CON EL CONSEJO MORAL REPUBLICANO 977
XIV. EL PODER CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO 978
1. *El Poder Legislativo y el Poder Ciudadano* 978
2. *El Poder Judicial y el Poder Ciudadano* 978
3. *El Poder Electoral y el Poder Ciudadano* 979
XV. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL PODER CIUDADANO 979
XVI. LA NECESIDAD DEL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PODER CIUDADANO 980

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO

I. INTRODUCCIÓN 1003
II. BREVES NOTAS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 1005
III. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD 1009
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN 1014

§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I. CONSIDERACIÓN INICIAL 1015
II. LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA 1016
III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940 1018
IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971 1020
V. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945 1022
VI. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965 1023
VII. A MODO DE CONCLUSIÓN 1026

§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN

MARIO PESCI FELTRI

I. JURISDICCIÓN-PROCESO-ACCIÓN 1029
II. JURISDICCIÓN NORMATIVA 1031
III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 365 CONSTITUCIONAL 1032
IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 336 CONSTITUCIONAL 1039
V. DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA 1043
VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA 1045
VII. FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA 1054

§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA (1940/1952)

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

I. LIMINAR 1057
II. ¿POR QUÉ CUBA? 1058
III. UNA AGITADA HISTORIA 1059
IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN 1060
V. LA CONSTITUCIÓN DE 1940: MÁS SOBRE LO MISMO 1062
VI. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940 1063
VII. VAIVENES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES 1064
VIII. ¿ES EL TRIBUNAL CUBANO DE 1940 UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? 1067
IX. EL MODELO CUBANO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO 1068
BIBLIOGRAFÍA 1070

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL DE LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

EDGAR CARPIO MARCOS

I. INTRODUCCIÓN 1075
II. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO: ¿ACTO LEGISLATIVO DEL ESTADO? 1076
III. LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 1078
IV. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO FUENTE PRIMARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL 1079
1. *El reglamento parlamentario como fuente formal del derecho* 1079
2. *El reglamento parlamentario como fuente primaria* 1080
V. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO ACTO LEGISLATIVO ESTATAL CON RANGO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO PERUANO 1081
VI. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y PARÁMETRO DE CONTROL 1083
1. *El reglamento parlamentario: ¿norma interpuesta o de valor materialmente constitucional? La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana* 1084
VII. LA PARAMETRACIDAD DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO 1087
VIII. REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN SENDERO POR REPLANTEAR 1091

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA *NORMA IMPORTADA*

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

I. INTRODUCCIÓN 1093
II. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL 1093
III. EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN DE ESE MISMO PAÍS EXTRANJERO. DISTINTAS HIPÓTESIS 1094
IV. CONCLUSIONES 1097

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA

ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ

I. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA 1099
II. REGULACIÓN ACTUAL EN IBEROAMÉRICA: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES 1103

III. RASGOS GENERALES DEL "HÁBEAS CORPUS" IBEROAMERICANO 1107
1. *Ámbito de derechos protegidos y efectos de la sentencia* 1108
2. *Relación del "hábeas corpus" con el Derecho Penal* 1109
3. *Amplitud en cuanto a los sujetos* 1110
IV. RASGOS GENERALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO 1111
1. *El carácter inicial y alternativo del amparo constitucional* 1111
2. *Competencia en materia de amparo constitucional* 1113
3. *Principios del proceso de amparo constitucional* 1114
4. *Derechos susceptibles de protección por el amparo constitucional* 1116
5. *Actos sujetos a revisión por el amparo constitucional* 1117
6. *Efectos de la sentencia de amparo constitucional* 1118
V. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROCESALES IBEROAMERICANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES 1119
1. *Clasificación general* 1119
2. *El modelo iberoamericano en la clasificación general de medios procesales para la protección de los derechos constitucionales* 1123

§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

I. INTRODUCCIÓN 1125
II. LA DOCTRINA DE BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO 1126
III. UNA OJEADA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA 1128
IV. EL DERECHO DE AMPARO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 1136
V. EL AMPARO MEXICANO COMO PARADIGMA ORIGINAL Y SU EVOLUCIÓN 1138
VI. COMPLEJIDAD ACTUAL DEL AMPARO MEXICANO 1143
VII. NATURALEZA 1151
VIII. DERECHOS PROTEGIDOS 1155
IX. PERSONAS TUTELADAS 1159
X. ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN 1161

§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

I. EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y ALCANCES 1165
1. *El debido proceso procesal* 1167
2. *El debido proceso sustantivo* 1168

II. ALGUNAS DISTORSIONES FRECUENTES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO 1169
1. *La ausencia de un derecho constitucional "Líquido y Cierto" directamente afectado* 1169
2. *La inexistencia de un asunto estrictamente constitucional en el derecho afectado* 1170
3. *La discusión en el amparo de asuntos cuyo esclarecimiento requiere mayor probanza y debate judicial* 1171
4. *La inaplicación judicial de normas "inconstitucionales"* 1173
III. PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN PROCESOS DE AMPARO DONDE SE HA VIOLADO EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO 1174
IV. REFLEXIONES FINALES 1176

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO

JORGE CÓRDOBA ORTEGA

I. INTRODUCCIÓN 1180
II. GENERALIDADES Y CONCEPTO SOBRE EL HÁBEAS DATA 1182
1. *Concepto* 1182
2. *Información, Informática y Derecho* 1184
3. *Derechos que protege el Hábeas Data* 1185
4. *Base constitucional y legal en Costa Rica* 1187
III. EL HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COMPARADO 1188
1. *Argentina* 1188
2. *Brasil* 1191
3. *Venezuela* 1191
4. *Paraguay* 1191
5. *España* 1192
6. *Alemania* 1193
7. *Otros países* 1193
IV. EL HÁBEAS DATA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE 1193
1. *Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* 1194
2. *Proyecto de Ley denominado: "Del Recurso del Habeas Data"* 1197
A. *Resumen de la iniciativa* 1197
B. *Criterios sobre el proyecto de ley original del "Hábeas Data"* 1199
(a) *Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa* 1199
(b) *Colegio de Abogados* 1200
(c) *Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica* 1200
(d) *Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* 1200
(e) *Criterio del Dr. Alfredo Chirino Sánchez, sobre el recurso de hábeas data y la autodeterminación informativa* 1201

C. *Dictamen Afirmativo de Mayoría. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica* 1203
D. *Trámite en la Comisión Legislativa Plena Segunda* 1204
E. *Contenido del proyecto de ley de Hábeas Data y observaciones. Análisis comparativo entre el Texto original y el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda* 1206
F. *Inconstitucionalidad del procedimiento legislativo. Avocación del Plenario del Expediente. Archivo* 1215
V. CONCLUSIONES 1217

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

I. INTRODUCCIÓN 1219
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN CONJUNTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1221
1. *El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia* 1221
2. *El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1222
III. LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL AMPARO CAUTELAR 1222
1. *El criterio originalmente establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1223
2. *La modificación de los criterios de competencias, establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1224
3. *El avocamiento en materia de amparo constitucional* 1226
IV. LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1227
1. *La pretensión de amparo cautelar y el agotamiento de la vía administrativa* 1227
A. *La regulación acerca del agotamiento de la vía administrativa es materia de reserva legal* 1227
B. *El no agotamiento de la vía administrativa puede alterar la competencia del órgano jurisdiccional* 1228
(a) *El cambio temporal de criterio de distribución de competencias* 1229
(b) *El abandono del criterio temporal y el restablecimiento del criterio tradicional, en lo concerniente a la distribución de competencias* 1230
2. *La pretensión de amparo cautelar y la caducidad* 1231
A. *La caducidad de la acción autónoma de amparo constitucional* 1231
B. *La caducidad del recurso contencioso administrativo* 1232
C. *La caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1233
D. *Consideración final sobre la caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1235

V. LA APLICACIÓN DE LA CAUTIO IUDICATIO SOLVI EN LOS PROCESOS CAUTELARES 1236
1. *El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* 1236
2. *El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1237
VI. EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO CAUTELAR 1239
1. *El proceso para la tramitación del amparo autónomo* 1240
2. *El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra leyes y demás actos estatales normativos* 1240
3. *El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra actos administrativos individuales y abstenciones* 1241
4. *El aparente cambio de criterio de la Sala Político Administrativa, en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar* 1242
VII. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES 1244
1. *Las medidas provisionalísimas en el proceso de amparo constitucional* 1246
2. *Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de anulación, con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1248
3. *Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional* 1249
4. *La improcedencia de las medidas provisionalísimas* 1250
VIII. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES 1251
1. *Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación* 1251
2. *Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la doctrina científica reconocida* 1252
A. *La apariencia de buen derecho* 1253
B. *El peligro en la mora* 1254
C. *La ponderación de los intereses en presencia* 1255
3. *Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la jurisprudencia* 1256
A. *Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia* 1257
B. *Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1258
C. *Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia* 1260
D. *La caución para la concesión de las medidas cautelares en la jurisprudencia* 1260
(a) *La caución en el Código de Procedimiento Civil* 1260
(b) *La caución en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia* 1261
(c) *La caución en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* 1267
4. *Consideración final sobre los presupuestos procesales del amparo cautelar* 1268

IX. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CAUTELAR 1269
1. *La carga de la prueba en el proceso de amparo cautelar* 1269
A. *La carga de la prueba del accionante* 1270
B. *La carga de la prueba del accionado* 1270
C. *Una regla común sobre la carga de la prueba* 1271
2. *La potestad del órgano jurisdiccional de ordenar la evacuación de pruebas* 1271
3. *El hecho notorio en el proceso cautelar de amparo* 1272
4. *La técnica de la promoción de los medios probatorios* 1274
5. *La oportunidad y forma de evacuación de los medios probatorios* 1275
6. *La valoración de los medios probatorios* 1275
X. LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1277
1. *El contenido de la decisión que resuelva el proceso de amparo constitucional* 1277
A. *El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Sala Constitucional* 1278
2. *El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* 1278
3. *Las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional* 1279
A. *El desistimiento* 1279
B. *La extinción por abandono del trámite* 1281
C. *La perención de la instancia* 1282
D. *La satisfacción extraprocesal de la pretensión* 1283
XI. LOS MODOS DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR 1283
1. *Los criterios jurisprudenciales respecto a los modos de impugnación de la decisión cautelar* 1283
A. *El criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia* 1284
B. *El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* 1285
C. *El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1286
D. *El cambio de criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 1286
2. *La oposición a la decisión cautelar* 1287
3. *La apelación contra la decisión cautelar* 1288
4. *El amparo autónomo contra decisión cautelar* 1290
A. *La procedencia del amparo autónomo contra decisión cautelar* 1290
B. *La competencia para conocer del amparo autónomo contra decisión cautelar* 1291
C. *El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Político Administrativa* 1291
D. *El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Constitucional* 1292

E. *El procedimiento aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar* 1293
XII. LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1293
1. *La sentencia cautelar de amparo constitucional* 1295
2. *La pretensión de ejecución de la sentencia cautelar* 1296
3. *La reedición del acto administrativo cautelarmente suspendido* 1296
4. *La extensión de la sentencia cautelar de suspensión en vía de ejecución* 1297
XIII. LAS COSTAS EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL 1298
1. *Las costas a favor de los órganos y entes públicos* 1298
2. *Las costas a favor de los particulares* 1299
XIV. CONSIDERACIONES FINALES 1300
BIBLIOGRAFÍA 1301

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ

I. CENTRANDO EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO 1311
II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA: ALGUNAS OBSERVACIONES PREVIAS 1312
1. *Éxito y crisis del Derecho administrativo* 1312
2. *La evolución del concepto de Administración pública: de la claridad de lo público a la imitación de lo privado para llegar a la complejidad de lo público-privado* 1314
3. *La interrelación público-privado: la irrupción de la cultura managerial en lo público versus la responsabilidad público-social de las organizaciones privadas* 1315

A. *Gestión pública y Derecho administrativo* 1315
B. *La olvidada responsabilidad social de las organizaciones privadas* 1317
III. LA IMBRICACIÓN DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO A TRAVÉS DEL DERECHO 1318
1. *Los principios de buena gestión económica en la Administración pública* 1318
2. *La economía, eficacia y efectividad desde el punto de vista del Derecho* 1319
3. *Otros principios complementarios: hacia un compromiso* 1320
IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS: LA GOBERNANZA Y EL DERECHO 1321
1. *En busca de una definición de Gobernanza* 1321
2. *De la relación entre Gobernanza y Derecho: la participación de sujetos privados como marca de presentación* 1323
V. EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1325
1. *De obstáculo a facilitador y garante* 1325
2. *El Derecho como instrumento generador de confianza hacia lo público* 1326
VI. FINALMENTE ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU DERECHO? 1327
1. *Hacia una nueva concepción del Derecho administrativo: El Derecho como marco y como instrumento* 1327
2. *El Derecho como instrumento* 1330
A. *¿Por qué una norma de calidad adecuada no resulta aplicada en la práctica? El problema de las capacidades administrativas* 1330
B. *El rendimiento de las normas: garantías procedimentales como indicadores de resultados* 1331

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

I. APARICIÓN Y FRACASO DE LA IDEA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN 1886-1905 1335
II. CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN. EL PRIMER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1910-1941 1337
III. EL SEGUNDO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1941-1964 1341
IV. AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1964-1984 1343
V. EL TERCER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1984-1991 1346
VI. A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 1350
VII. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES 1353

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1359
II. LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO 1359
III. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA 1360
IV. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA 1360
V. LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO 1361
VI. CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1362
VII. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1363
VIII. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL 1364
IX. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL 1364
X. ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA 1366
XI. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 1367
XII. EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 1368
XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 1370
XIV. A MANERA DE EPÍLOGO 1371
BIBLIOGRAFÍA 1371

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS

I. LA POSICIÓN GENERAL DEL CIUDADANO ANTE LOS PODERES PÚBLICOS 1373
II. CIUDADANO Y ADMINISTRADO 1377
III. EL ESTATUTO ORDINARIO DE LOS CIUDADANOS 1379
BIBLIOGRAFÍA 1382

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LUBÍN AGUIRRE

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA 1384
II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD 1385
III. LA CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 1386

IV. EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM 1388
V. EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS 1389
VI. GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA 1389
BIBLIOGRAFÍA 1392

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ

I. INTRODUCCIÓN 1393
II. LA GESTIÓN PÚBLICA POR RESULTADOS EN EL NUEVO ORDEN LEGISLATIVO VENEZOLANO 1394
1. *Sujeción a Planes, Objetivos y Compromisos de Gestión* 1395
A. *Los Compromisos de Gestión* 1396
2. *El Seguimiento de las Actividades* 1398
3. *La Evaluación* 1399
4. *Control del Desempeño Institucional y de los Resultados Alcanzados* 1400
III. CONCLUSIONES 1401

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

RICARDO HOYOS DUQUE

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN 1403
1. *La delegación de funciones presidenciales* 1404
2. *Las competencias del Presidente de la República en materia de Servicios Públicos Domiciliarios* 1405
II. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN 1406
1. *La Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994* 1406
2. *La ley 142 de 1994* 1406
3. *La jurisprudencia del Consejo de Estado* 1407
4. *La posición de la Corte Constitucional* 1411
III. CONCLUSIONES 1419

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA

JAIME VIDAL PERDOMO

I. INTRODUCCIÓN 1421
II. PRINCIPALES ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS QUE SE DEFINEN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL 1422

1. *La definición de la forma política-administrativa del Estado y su sistema de gobierno* 1423
A. *El régimen parlamentario en España* 1423
B. *La naturaleza del régimen presidencial* 1423
C. *La potestad reglamentaria* 1424
D. *El Consejo de Ministros* 1425
2. *La determinación de la estructura de la administración pública* 1426
3. *Principios constitucionales de organización y funcionamiento administrativos* 1426
A. *Principios sobre la intervención de la ley en la organización administrativa principal* 1426
B. *La intervención complementaria del Presidente de la República* 1427
C. *La organización ministerial en Venezuela* 1428
D. *Algunos otros mecanismos constitucionales* 1429
III. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 489 DE 1998 1429
1. *Introducción relativa a la reforma administrativa de 1968* 1429
2. *Los principales rasgos teóricos de la ley 489 de 1998* 1430
A. *Funciones según el título de la ley* 1430
B. *El alcance de la ley según los artículos 1º y 2º* 1431
C. *Visión de los principales aspectos de la ley* 1431
D. *La descripción general del contenido de la ley 1429* 1431
IV. ALGUNAS REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CONCLUSIONES 1432
1. *La legislación española de los últimos tiempos* 1433
2. *Ciertas conclusiones* 1433

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

ALFONSO PÉREZ MORENO

I. INTRODUCCIÓN 1435
II. CUESTIONES PREVIAS 1435
III. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS 1437
IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ARCHIVOS LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ANDALUZA 1438
V. CONTRADICCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA 1439
VI. LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LAS RELACIONES COMPETENCIALES 1440
1. *Un cambio de perspectiva: el ciudadano común como criterio predominante en la ordenación de la cooperación entre los entes públicos. El sistema de administraciones públicas* 1440
2. *La significación del principio de cooperación y su articulación técnica* 1441
3. *El principio de subsidiariedad como expresión de la cooperación* 1443
4. *El sistema de autonomías integradas, factor determinante de la cooperación* 1443

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

HILDEGARD RONDON DE SANSO

I. IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA 1445
II. CONTENIDO GENERAL DE LA NORMATIVA 1447
III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 1449
IV. MOTIVACIONES QUE DETERMINARON LA DEROGATORIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA POR EL MISMO CREADO 1457
1. *Su inidoneidad para cumplir con los fines propuestos* 1457
2. *Su incapacidad de atender a los cambios* 1458
V. OBJETIVOS DEL DECRETO DE REFORMA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA 1458
VI. NOVEDADES RELEVANTES DEL DECRETO LEY 1458
VII. ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA 1459
VIII. LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN 1459
1. *Organizador del sistema de función pública* 1460
2. *Órgano de control de otros órganos y entes de la Administración Pública* 1460
3. *Como órgano de asesoría* 1460
4. *Como órgano de enlace de los sindicatos* 1460
5. *En materia de reducción de personal es de su competencia* 1461
6. *En materia de formación debe:* 1461
IX. LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS 1461
X. LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS 1465
1. *Derechos funcionales* 1465
2. *Los derechos de naturaleza económica* 1465
3. *Derecho a la sindicalización* 1468
4. *Derecho a la negociación colectiva* 1468
5. *El derecho al procedimiento conflictivo* 1469
6. *Derecho de huelga* 1470
XI. DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 1471
XII. PROHIBICIONES 1472
1. *Con relación a la celebración de contratos* 1472
2. *Con relación a la actividad política* 1472
3. *Con relación a los gobiernos extranjeros* 1473
4. *Con relación a las acciones u omisiones limitativas de las actuaciones públicas* 1473
XIII. INCOMPATIBILIDADES 1473
XIV. DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL 1473
XV. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA 1480

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MANUEL RODRÍGUEZ COSTA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS 1483
II. EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO 1484
1. *El derecho de acceso en Estados Unidos* 1484
2. *El derecho de acceso en Francia* 1486
3. *El derecho de acceso en Italia* 1488
4. *El derecho de acceso en España* 1490
III. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA 1493
IV. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 1494
V. EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 1496
VI. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS 1497
VII. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO 1498
1. *Ámbito de aplicación subjetivo* 1498
2. *Ámbito de aplicación objetivo* 1498
VIII. MATERIAS EXCLUIDAS DEL DERECHO DE ACCESO 1500
IX. ADMISIBILIDAD DE DECLARAR RESERVADAS PARTES DEL EXPEDIENTE 1502
X. DISPOSICIONES EN LEYES ESPECIALES 1503
BIBLIOGRAFÍA 1505

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE

PIERRE DELVOLVÉ

I. LES ASPECTS ANTERIEURS AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES 1522
1. *Les aspects collectifs* 1522
2. *Les aspects individuels* 1525
II. LES ASPECTS PROPRES AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES 1527
1. *L'adoption des décisions* 1527
2. *Le retrait des décisions* 1531

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (*NON REFORMATIO IN PEIUS*) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

LUIS FRAGA PITTALUGA

I. INTRODUCCIÓN 1535

II. LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* EN EL ÁMBITO PROCESAL 1536

III. LA *NON REFORMATI PEIUS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO 1541

IV. BREVE APUNTE SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO 1544

1. *Derecho a la defensa o a ser oído* 1546
2. *Derecho a promover y evacuar pruebas* 1546
3. *Interdicción de las pruebas ilegítimas* 1547
4. *Derecho a la formación del expediente administrativo y de acceder al mismo* 1547
5. *Derecho a la notificación* 1548
6. *Derecho a la motivación* 1549
7. *Derecho al doble grado de instancia* 1550
8. *Derecho a ser presumido inocente* 1552
9. *Derecho a no autoinculparse* 1553

V. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POTESTAD REVISORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO 1553

VI. APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO 1555

1. *Perfiles fundamentales de las tesis que rechazan la admisibilidad de la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo* 1556
2. *Perfiles fundamentales de las tesis que admiten la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo* 1558
3. *Nuestra posición* 1559

A. *Derechos y garantías constitucionales que impiden la reformatio in peius* 1559

(a) *El derecho a la defensa* 1559
(b) *El derecho a la notificación e información de cargos* 1561
(c) *El derecho a la prueba* 1561
(d) *El derecho al doble grado de instancia* 1563

B. *El derecho a no autoinculparse* 1563

C. *Normas legales que impiden la reformatio in peius* 1564

(a) *La irretroactividad de los nuevos criterios administrativos* 1564
(b) *La irrevocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos o intereses legítimos* 1568

D. *Principios del Derecho Administrativo Formal que impiden la reformatio in peius* 1569
(a) *El principio de la buena fe* 1569
(b) *El principio de venire contra factum proprium non valet* 1570
(c) *El principio de la confianza legítima* 1572

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO

ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

I. PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL TEMA OBJETO DE EXAMEN 1575
II. LOS PRINCIPIOS REGULADORES, TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN SEDE INTERNA ADMINISTRATIVA AGRARIA 1579
1. *Enunciado de principios rectores* 1579
2. *Procedimientos en torno al Régimen de uso de aguas con fines agrarios* 1582
3. *En torno al Registro Agrario* 1583
4. *Procedimiento de Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas* 1584
5. *Certificación de Fincas productivas (Art. 44 a 51)* 1587
6. *Procedimiento de otorgamiento del Certificado de Finca Mejorable* 1588
7. *Primacía del interés social y público en la protección del fin agroalimentario* 1590
8. *Procedimiento para la Adjudicación de Tierras* 1591
9. *Procedimiento de rescate de las tierras* 1593
10. *Pronunciamientos complementarios en casos de rescate* 1598
III. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO 1599
1. *Principios rectores en el contencioso agrario* 1599
2. *Regulaciones propias del Contencioso Administrativo agrario* 1601
A. *Competencia* 1601
B. *Materia abarcada por la competencia especial* 1602
3. *El trámite procesal propiamente dicho* 1602
A. *Ley procesal aplicable* 1603
B. *Forma para interponer los recursos y/o acciones contra entes públicos agrarios* 1603
C. *Admisión o inadmisión (Art. 174, 176, 178 y 179):* 1604
D. *Emplazamiento* 1605
E. *Pruebas* 1605
F. *Informes, sentencia y apelación: (Arts. 188 al 190 LTDA)* 1606
G. *Trámite de la Segunda Instancia: (Art. 191 al 193 LTDA)* 1606
IV. POTESTAD CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1607
V. OBSERVACIONES FINALES 1608

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD

BLANCA LOZANO CUTANDA

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONSIDERACIÓN TRADICIONAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROCEDER A SANCIONAR, POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO Y PROBLEMAS QUE COMPORTA 1611

II. LA OFICIALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA COMO NECESARIA CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y LA EVOLUCIÓN SUFRIDA EN ESTE SENTIDO POR OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS 1620

III. EL RECONOCIMIENTO AL DENUNCIANTE DE LA CONDICIÓN DE INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CUANDO SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES LEGÍTIMOS Y LA NECESARIA INTRODUCCIÓN EN AQUELLOS ÁMBITOS EN LOS QUE SE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DEDICADAS A SU DEFENSA 1624

1. *Superación de la negación tradicional de legitimación procedimental al denunciante cuando éste es titular de derechos o intereses legítimos. Su reconocimiento por la jurisprudencia y la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco* 1625
2. *El necesario reconocimiento de la acción pública y de la consiguiente legitimación en todo caso del denunciante cuando está en juego la defensa de derechos o intereses colectivos. El caso, especialmente significativo de la protección del medio ambiente* 1630
3. *La legitimación de las Asociaciones representativas de intereses económicos y sociales para la defensa de los intereses colectivos. Insuficiente reconocimiento legal y posibilidad de una interpretación amplia por la jurisprudencia de la condición de "interesado"* 1639
4. *Garantías necesarias para evitar denuncias infundadas o abusivas* 1641

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

CATERINA BALASSO

I. INTRODUCCIÓN 1643

II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA 1647

1. *Inicio* 1648
2. *Sustanciación* 1654
3. *Terminación* 1659

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY

I. INTRODUCCIÓN 1663
II. DE LOS ARGUMENTOS Y EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO 1664
III. DE LA INTERPRETACIÓN Y LA REVISIÓN 1666
IV. DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL 1671
V. ALCANCE DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 1671
VI. RESPECTO A LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA 1672
VII. PLANTEAMIENTOS DE LA DECISIÓN OBJETO DE ANÁLISIS 1672
VIII. DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN 1676
IX. DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES JUDICIALES TENDENTES A LA EJECUCIÓN DEL ACTO 1678
X. CONCLUSIONES 1685
BIBLIOGRAFÍA 1687

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO

FRANCK MODERNE

I. ANÁLISIS DE LA TÉCNICA JURÍDICA DE VALIDACIÓN LEGISLATIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS 1691
1. *La configuración global de la validación legislativa* 1691
2. *Las categorías de actos administrativos susceptible de validación legislativa* 1694
II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS 1696
1. *El control de constitucionalidad* 1696
2. *El control de convencionalidad* 1700

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES

JUAN DE STEFANO

I. LAS RENUNCIAS Y LAS DISPENSAS 1705
II. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y EXENCIÓN 1706
III. EJEMPLO DE EXENCIÓN EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DEL 05-10-1999 Y EN LAS LEYES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL 22-12-1999, DEL 13-11-2001 Y DEL 28-12-2001 1706

IV. EJEMPLOS DE DISPENSA EN LA CITADA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES 1708
V. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y AUTORIZACIÓN 1708
VI. EL JURISTA H. FRÁGOLA SOSTIENE QUE LA DISPENSA NO SE DEBE CONFUNDIR CON LA CONCESIÓN, NI CON LA AUTORIZACIÓN. ÉL TOMA POR EJEMPLO LA APERTURA DE UNA CASA PARA JUEGO DE AZAR, Y DEMUESTRA QUE EL PROVEIMIENTO PERTINENTE ES LA DISPENSA 1709
VII. PERTENENCIA AL ESTADO DE LAS ARMAS DE GUERRA, SEGÚN EL ART. 133-CONSTITUCIÓN DE 1961, Y SEGÚN EL ART. 324 CONSTITUCIÓN 1999. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE POR LA TRASGRESIÓN EN MATERIA DE ARMAS (ARTS. 273, 275, 277 Y 279) 1710
VIII. LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE 1939 Y LOS CASOS DE EXENCIÓN Y DISPENSA EN EL USO DE LAS ARMAS POR PARTE DE LOS MILITARES, POLICÍAS Y CIVILES 1711
IX. LAS AUTORIZACIONES EN SUS TIPOS DE LICENCIA Y PERMISO EN LA LEY DE CAZA Y EN LA LEY DE PESCA Y ACUICULTURA DEL DERECHO VENEZOLANO: 1) LA LEY DE CAZA DEL 15-08-1944 Y LA LEY DE PROTECCIÓN A LA FAUNA SILVESTRE DE AGOSTO DE 1970 1712
BIBLIOGRAFÍA 1713

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

DANIEL FERNANDO SORIA

I. INTRODUCCIÓN 1715
II. APORTES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA 1717
1. *Esquema de distinción* 1717
A. *Caducidad del acto administrativo y caducidad del procedimiento administrativo* 1717
B. *Caducidad de la pretensión procesal administrativa* 1717
C. *Caducidad y condición resolutoria* 1718
D. *Caducidad y renuncia* 1718
E. *Caducidad y revocación* 1718
F. *Caducidad y anulación* 1719
G. *Caducidad y retiro* 1719
H. *Caducidad y rescate* 1719
I. *Caducidad y rescisión o resolución* 1720
J. *La cuestión frente a otros modos de extinción de vínculos jurídicos* 1721
2. *Notas salientes de la figura* 1721
III. LA CADUCIDAD Y ALGUNAS REGULACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES 1722
IV. BREVES APUNTES COMPARADOS 1723

V. VISUALIZACIÓN DE LA CADUCIDAD Y DE FORMAS AFINES DE EXTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ALGUNAS REGULACIONES SECTORIALES 1727
1. *Medidas extintivas -de caducidad- en regímenes de fomento* 1727
2. *Medidas extintivas en materia de concesiones de uso de bienes del dominio estatal* 1730
3. *Medidas extintivas de licencias o actos autorizativos en materia ambiental, urbanística y de edificación* 1732
4. *Figuras equivalentes bajo otras calificaciones jurídicas* 1733
5. *Servicios Públicos y actividades de Interés Público* 1736
VI. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD 1738
1. *Subjetivos* 1738
2. *Objetivos* 1739
3. *De Procedimiento* 1742
VII. APUNTES COMPLEMENTARIOS 1744
1. *Concurrencia de causales de revocación y de caducidad* 1744
2. *Efectos de la caducidad* 1745
VIII. CONCLUSIONES 1746

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

I. INTRODUCCIÓN 1749
II. LA CONFIGURACIÓN INICIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EN EL ESTADO LIBERAL, COMO UN CONTRATO PRIVADO CON MODULACIONES 1750
1. *Obra pública y propiedad privada* 1750
2. *Obra pública y libertad de empresa: planificación pública e iniciativa privada* 1751
3. *La selección del contratista y el principio de igualdad* 1751
4. *Contrato de obra pública e interés general: el modelo de contrato privado y el modelo del acto administrativo* 1752
5. *La posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos* 1754
III. LA SUSTANTIVACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO 1755
IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL DERECHO COMUNITARIO 1757
1. *El cumplimiento de los criterios de convergencia* 1758
2. *La gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil* 1758
A. *La posición en menos en orden a la selección de la otra parte contractual* 1759
B. *La posición en más en las fases de ejecución y cumplimiento del contrato* 1760

C. *El sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa* 1761
D. *Regulación por Ley* 1762
V. APLICACIÓN POR EL ESTADO DEL MODELO DE GESTIÓN DIRECTA DE LA OBRA PÚBLICA POR MEDIO DE UNA SOCIEDAD ESTATAL DE CARÁCTER MERCANTIL 1762
VI. CONCLUSIONES 1763

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?

JESÚS CABALLERO ORTIZ

I. LAS CONTRADICCIONES QUE PRESENTAN LAS TESIS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO 1765
II. PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA CALIFICAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO 1767
1. *Los criterios manejados en su país de origen* 1767
2. *La amplia e incongruente caracterización del contrato administrativo en Venezuela* 1769
III. LA INNECESARIA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN BASE A UN RÉGIMEN ESPECIAL 1771
1. *El régimen jurídico sustantivo o sistema de prerrogativas no justifica la categoría* 1771
2. *La manera equívoca como fue incorporado el contrato administrativo en la legislación procesal administrativa* 1773
A. *Una disposición aislada* 1773
B. *La norma competencial* 1774
(a) *La tradición constitucional y legislativa* 1774
(b) *El surgimiento de la norma competencial* 1775
IV. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE 1776
V. CONCLUSIÓN 1777

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LA CLAÚSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

LUIS CORSI

I. INTRODUCCIÓN 1779
1. *Referencia a la Cláusula* 1782
2. *La Cláusula rebus sic stantibus en el Código Civil* 1783
3. *La Cláusula en la jurisprudencia venezolana* 1785
II. LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 1787
1. *Precisiones terminológicas* 1787
2. *Situaciones de imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico* 1788

3. *Condiciones de existencia de la imprevisión: requisito para que proceda* 1789
4. *Los poderes exorbitantes de la Administración en el contrato administrativo: La buena fe y la equidad como fundamento del riesgo imprevisible* 1791
III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA 1793
1. *Revisión del contrato* 1794
2. *Suspensión del contrato* 1795
3. *Resolución del contrato* 1795
4. *Imprevisión y fuerza mayor* 1796
5. *La teoría de la imprevisión y las exigencias del fin público o interés general propio del contrato administrativo* 1799
6. *Significado y alcance de la indemnización* 1799
7. *El sistema expuesto y su valoración crítica* 1800

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

I. LAS ACTIVIDADES NEGOCIADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO 1803
II. LA POSIBILIDAD DE CONVENIR CON LOS PARTICULARES 1808
1. *Manifestaciones principales de los acuerdos procedimentales* 1808
2. *Selección de un ejemplo: los convenios urbanísticos; la influencia de los intereses privados en materia urbanística (la "privatización" del urbanismo)* 1810
III. TRANSACCIONES 1814
1. *Transacción extraprocesal* 1814
2. *Transacción judicial o conciliación* 1817
IV. LOS ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS 1818
1. *Presente y futuro del arbitraje en el Derecho administrativo* 1818
2. *Un ejemplo de regulación de los arbitrajes: el Derecho de Costa Rica* 1824
3. *El éxito del arbitraje administrativo en el ámbito del comercio internacional* 1827

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO

I. INTRODUCCIÓN 1831
1. *Los procedimientos de selección del contratista* 1831
2. *Los "pliegos de bases y condiciones"* 1832
II. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN 1833
1. *Objeto de la licitación y objeto del contrato; sus variables* 1833
2. *Determinación del objeto en los pliegos de condiciones* 1834
3. *Límites de la determinación del objeto en el pliego de condiciones* 1834
4. *Determinación del objeto en las ofertas* 1836
5. *Adecuación de las ofertas al pliego de condiciones* 1837

6. *Determinación del objeto del contrato en el acto de adjudicación* 1839
7. *Determinación del objeto del contrato con posterioridad al acto de adjudicación* 1841
III. UN CASO PARTICULAR DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO: LA CONTRATACIÓN SOBRE MUESTRA 1842
1. *Planteamiento preliminar* 1842
2. *Interpretación del pliego* 1842
3. *Aplicación del pliego* 1843
4. *Criterio de igualdad o identidad con la muestra* 1843
IV. CONCLUSIÓN 1843
1. *Importancia del control jurisdiccional de la determinación del objeto* 1843

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

JOSÉ RAMÓN PARADA

I. LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO 1845
1. *De la creación de los servicios públicos a su privatización* 1845
2. *El equivalente norteamericano del servicio público. El régimen de las public utilities* 1848
3. *Los servicios compartidos entre la gestión pública y la privada* 1849
4. *Servicios públicos y tercer sector* 1850
II. LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y LA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN 1852
III. EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL. PRINCIPIOS GENERALES 1854
IV. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN EL ESTATUS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 1855
1. *Admisión del servicio* 1855
2. *Derechos y deberes de los usuarios. La contraprestación económica del servicio. Tasas, precios públicos y tarifas* 1856
3. *Relación de prestación y garantía judicial* 1857
V. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 1858
VI. EL MODELO EUROPEO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS 1859
1. *Electricidad* 1860
2. *Servicio Postal* 1862
3. *Hidrocarburos* 1863
4. *Gas* 1864
5. *Telecomunicaciones* 1864
VII. LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O ACTIVIDADES PRIVADAS REGLAMENTADAS 1867
BIBLIOGRAFÍA 1868

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

I. INTRODUCCIÓN 1881

II. LAS TENTATIVAS PARA CONSOLIDAR EL SERVICIO PÚBLICO COMO FUNCIÓN TÍPICA ADMINISTRATIVA. LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS SERVICIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL 1882

1. *Los servicios públicos como expresión del interés general* 1882
2. *Las razones históricas para el compromiso entre Estado y servicios públicos. La teoría de los servicios públicos* 1886
3. *El concepto jurídico de servicios públicos como función administrativa* 1889
4. *La crisis del concepto jurídico clásico de los servicios públicos como función administrativa* 1890
5. *La concepción de los servicios públicos en Colombia. La prestación y el régimen jurídico. Evolución hasta su consolidación como una función administrativa* 1892

III. LA REACCIÓN NEOLIBERAL. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO FENÓMENOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO. REGLAS Y PRINCIPIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL 1899

1. *Servicios públicos y mercado. El abandono a la concepción del servicio como función pública administrativa* 1899
2. *Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos* 1903
   - A. *Libertad de Entrada* 1905
   - B. *Libertad de Acceso al Mercado* 1906
   - C. *Libertad de Contratación* 1908
   - D. *Libertad de Inversión* 1910
   - E. *Servicio Público Universal* 1910
   - F. *El sistema en sus desarrollos nacionales se concreta en los servicios públicos domiciliarios dirigidos a la atención del interés general sobre usuarios finales* 1911
   - G. *Órganos Autónomos Reguladores* 1914
3. *El Derecho Privado como la Base Jurídica del Nuevo Sistema. El Derecho Público como Regla de Excepción* 1918
   - A. *La Situación Actual del Problema* 1918
   - B. *Una Propuesta de Solución en Derecho y Armoniosa al Conflicto* 1919
   - C. *El Dilema de lo Público y de lo Privado* 1921
   - D. *Preservación de los principios de legalidad para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases* 1923

E. *El Derecho aplicable a los contratos y a los actos unilaterales en servicios públicos. Galimatías e inseguridad* 1925
F. *Régimen jurídico disciplinario especial para el ejercicio excepcional de funciones administrativas en servicios públicos* 1932
IV. LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL 1933
1. *La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991* 1933
2. *La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público* 1935
A. *La libertad, el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal* 1936
B. *Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado* 1938
C. *Los Monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional* 1942
D. *El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis. Alcance de los artículos 365 a 369 constitucionales* 1944
3. *La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos* 1949
4. *Políticas generales de administración y el régimen de control, inspección y vigilancia. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Alcance el artículo 370 constitucional* 1950
V. CONCLUSIONES 1951
BIBLIOGRAFÍA 1953

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000,N,328 IN ARRESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIAL LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA

ONORATO SEPE

I. DALLE NORME CRISPINE DEL 1890 ALLA LEGGE QUADRO PER I SERVIZI SOCIALI. INTERVENTI NORMATIVI ANTERIORI ALLA COSTITUZIONE 1957
II. DIFFICOLTÀ INCONTRATE NELL'ATTUAZIONE DI QUANTO PREVISTO DALL'ART.38 1958
III. GLI STUDI CONDOTTI DA CASSESE E BASSANINI E LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE ONOFRI: I PRINCIPI GENERALI CONTENUTI NELLA LEGGE QUADRO 1959
IV. GLI ADEMPIMENTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI PREVISTI PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE QUADRO 1960

V. SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE DEVONO COOPERARE PER L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI ENUNCIATI DALLA LEGGE QUADRO INEAMENTI GENERALI DELLA NUOVA DISCIPLINA 1962
VI. LA LEGGE QUADRO COME ATTRIBUZIONE DI UN COMPITO DI PARTECIPAZIONE ATTIVA DEI CITTADINI ALL'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO 1963
VII. IL CARATTERE DI UNIVERSALITÀ DEL SISTEMA INTEGRATO DI SERVIZI SOCIALI 1963
VIII. LA PROGRAMMAZIONE DEGLI INTERVENTI E L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ 1964
IX. I PIANI COMUNALI DI ZONA 1965
X. IL SISTEMA INFORMATIVO INTESO A FORNIRE CONOSCENZA DEI SERVIZI OFFERTI. 1965
XI. LA PREVISIONE DI INDAGINI SULLA C.D. ESCLUSIONE SOCIALE 1966
XII. IMPORTANZA DELLA NUOVA LEGGE QUADRO NELLA TRASFORMAZIONE E RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMPLESSIVO 1966

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

I. INTRODUCCIÓN 1969
II. CARACTERÍSTICAS 1969
III. FUNCIONES 1970
IV. NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO 1970
1. *Elemento orgánico: la titularidad pública (o exclusividad regaliana)* 1970
2. *Elemento material: el interés público* 1971
3. *Elemento formal: el régimen jurídico exorbitante* 1971
V. PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA 1972
VI. SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL 1973
1. *Introducción* 1973
2. *Concepto* 1974
3. *Régimen jurídico* 1974
4. *Obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público* 1975
A. *Servicio Universal* 1975
B. *Otras obligaciones o cargas jurídicas* 1976
VII. CONCLUSIÓN 1977

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

JUAN GARRIDO ROVIRA

I. INTRODUCCIÓN 1979
II. LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO MATERIA DE INTERÉS Y COMPETENCIA NACIONALES 1980

III. LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO 1982
IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO 1984
V. ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO 1989
1. *Fuentes normativas* 1989
2. *El servicio eléctrico* 1989
3. *La separación de actividades* 1991
4. *La libre competencia relativa y el libre acceso* 1992
5. O*tros aspectos administrativos* 1993
VI. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO ENTE REGULADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO 1995
1. *Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica* 1996
2. *Principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica* 1997
3. *Normas legales sobre el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión* 1998
VII. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA 1999
1. *La competencia de regulación* 2000
2. *Las funciones de fiscalización y de supervisión* 2005
3. *Las funciones de Control* 2006
VIII. CONCLUSIONES 2011

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VoIP EN VENEZUELA

DANIEL OQUENDO

I. INTRODUCCIÓN 2015
II. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y VENTAJAS DE VoIP 2018
III. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP 2019
IV. EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP 2021
1. *Utilizando únicamente Internet* 2021
2. *Utilizando únicamente una Red Privada de Telecomunicaciones* 2021
3. *Utilizando una red de conmutación de paquetes y una red de conmutación de circuitos y el recurso de numeración* 2022
V. CONCLUSIÓN 2023

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RAINER LORENZO

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, VERSUS LA DESLEGALIZACIÓN 2025

II. LA DESLEGALIZACIÓN EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES 2028
1. *Deslegalización y limitaciones a la libertad económica* 2029
2. *Deslegalización en materia tributaria* 2031
3. *Consecuencias jurídicas de la deslegalización de la libertad económica en materia de telecomunicaciones* 2032
BIBLIOGRAFÍA 2033

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA *DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO* POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

FRANCISCO HUNG VAILLANT

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA 2035
II. ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DE LAS CUALES SE PRETENDE DEDUCIR LA PERMISIBILIDAD DE HACER EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA 2039
1. *La Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor* 2040
2. *La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras* 2040
3. *La Ley de Mercado de Capitales* 2043
4. *La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* 2044
5. *La Ley de Impuesto Sobre la Renta* 2046
6. *El Código Orgánico Tributario* 2047
7. *El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo* 2048
8. *Ciertas disposiciones referentes a la Quiebra contenidas en el Código de Comercio* 2049
III. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES 2049
1. *La sentencia de la Sala Especial Tributaria de la extinta CSJ, de fecha 3 de febrero de 1999* 2049
2. *La sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 2053
3. *La sentencia de fecha 18 de abril de 2001 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 2055
4. *La sentencia de fecha 3 de marzo de 1994 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas* 2057
IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN 2059
BIBLIOGRAFÍA 2062

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

FEDERICO E. LEÁÑEZ A.

I. CONSIDERACIONES GENERALES 2065
II. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA 2067
III. PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROHIBICIÓN GENERAL) 2068
IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS O PROHIBICIONES PARTICULARES. REFERENCIA ESPECIAL A LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS 2070
V. LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LA PROHIBICIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA 2075
VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA PROHIBIDA 2077
VII. POSIBILIDAD DE EVALUACIÓN PREVIA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA 2078

§ 92. EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

I. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN Y LA PRIMERA VERSIÓN DEL *CORRALITO* 2081
II. LA REACCIÓN POPULAR 2082
III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS 2083
IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS 2085
V. LA MISIÓN DEL PODER JUDICIAL Y EL CASO SMITH 2085
VI. LA LEY DE EMERGENCIA Nº 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD 2089
VII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 214 DEL PEN Y LA SEGUNDA VERSIÓN DEL *CORRALITO* 2092
VIII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 320 2094
IX. LA LEY Nº 25.787 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD 2096
X. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO 2098
XI. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Nº 1326 2100
XII. REFLEXIONES FINALES 2104

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

FABIO ROVERSI MONACO

I. PREMESSE STORICHE 2107
1. *L'origine* 2107
2. *La successiva evoluzione* 2108

3. *La trasformazione* 2109
4. *Sintesi* 2111
II. UNA STORIA LUNGA E GLORIOSA 2111
III. L'INVERSIONE DI TENDENZA VERSO LA PRIVATIZZAZIONE 2113
IV. LA COMPETENZA DELLE REGIONI 2115
V. DUE DIVERSE TIPOLOGIE 2116

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE

I. ANTECEDENTES 2119
II. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO 2126
III. CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS SOBRE PERSONAS NATURALES QUE NO EJERCEN ACTIVIDADES ASEGURADORAS NI ACTIVIDADES CONEXAS 2135
IV. EXTRACCIÓN A DISTANCIA Y SIN CONTROL DE INFORMACIÓN TOMADA DE LOS SISTEMAS DE COMPUTACIÓN 2143
V. ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS RELATIVAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ASEGURADORAS Y SUS CLIENTES 2145
VI. APROBACIÓN PREVIA DE LAS PÓLIZAS, AVISOS DE SINIESTRO, FINIQUITOS Y OTROS ELEMENTOS 2147
VII. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE ORDENAR SUSPENDER O REVERTIR OPERACIONES 2151
VIII. INTERVENCIÓN DE LA CASA MATRIZ O DE OTRAS SOCIEDADES RELACIONADAS CON LA EMPRESA EN DIFICULTADES 2152
IX. DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS 2153
X. INHABILITACIONES CUESTIONABLES 2156
XI. CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS 2159
XII. INCREMENTO DE CAPITALES MÍNIMOS 2160
XIII. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA OPERAR 2163
XIV. OBJETO SOCIAL ÚNICO, LISTA DE ACTIVIDADES PERMITIDAS, NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PARA ACTIVIDADES CONEXAS Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES NO CONEXAS 2166
XV. CONFUSIÓN ENTRE EL PAPEL DEL INVERSIONISTA Y EL PAPEL DEL ADMINISTRADOR 2170
XVI. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE QUIENES TENGAN A SU CARGO LA DIRECCIÓN EFECTIVA Y LA GESTIÓN DIARIA 2173
XVII. RESTRICCIONES INNECESARIAS EN LA INVERSIÓN DE BIENES NO APTOS PARA REPRESENTAR LAS RESERVAS TÉCNICAS 2178
XVIII. INSUFICIENCIA DE LAS RESERVAS TÉCNICAS 2179

XIX. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES REPRESENTATIVOS DE LAS RESERVAS TÉCNICAS 2181
XX. LOS AUDITORES EXTERNOS 2182
XXI. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE CREAR APARTADOS GENÉRICOS O ESPECIALES 2183
XXII. DISOLUCIÓN POR INACTIVIDAD DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS 2184
XXIII. PÉRDIDAS PATRIMONIALES 2184
XXIV. CUENTA ESPECIAL PARA LAS PRIMAS 2185
XXV. LIMITACIONES AL PRODUCTOR DE SEGUROS QUE CEDE SU CARTERA 2186
XXVI. ARBITRAJE 2186
XXVII. SEGUROS SOLIDARIOS 2190
XXVIII. SUSPENSIÓN TEMPORAL POR CINCO INFRACCIONES Y REVOCACIÓN DEFINITIVA POR TRES INFRACCIONES ADICIONALES 2191
XXIX. SANCIONES PENALES 2192
XXX. CONSIDERACIONES FINALES 2194

VII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA

ENRIQUE ROJAS FRANCO

I. CONTROL INTERNO. EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA HÍBRIDO COSTARRICENSE 2206
II. JERARQUÍA PROPIA Y JERARQUÍA IMPROPIA 2207
III. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS 2209
IV. EL RECURSO DE QUEJA 2209
V. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS 2210
VI. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS 2211
VII. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 2211
VIII. ACCIONES Y RECURSOS JURISDICCIONALES EN COSTA RICA 2212
IX. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA 2212
X. LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES 2213
XI. LA SALA CONSTITUCIONAL 2214
XII. REFORMAS PROCESALES URGENTES 2216

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

I. LOS PODERES (DE FONDO) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN 2219
1. *Introducción* 2219
2. *La nueva legalidad administrativa* 2220
3. *La nueva justicia administrativa* 2220
4. *La nueva justicia administrativa (continuación)* 2222
II. LOS PODERES (CAUTELARES) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN 2228
1. *Los poderes clásicos. La suspensión de efectos del acto administrativo* 2228
2. *Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo. Introducción* 2229
3. *Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo, el amparo constitucional y las medidas cautelares innominadas* 2230
4. *Los poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo y las medidas preventivas contra particulares* 2230

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?

AURILIVI LINARES MARTÍNEZ

I. INTRODUCCIÓN 2233
II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE LESIVIDAD 2235
1. *Concepto* 2235
2. *Naturaleza Jurídica* 2236
3. *Fundamento* 2237
III. EL PROCESO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA 2238
1. *Antecedentes Legislativos* 2238
2. *Requisitos subjetivos* 2241
A. *El Órgano Jurisdiccional:* 2242
B. *Legitimación activa:* 2242
C. *Legitimación Pasiva:* 2243
3. *Requisitos Objetivos* 2244
A. *Estabilidad del Acto* 2244
B. *Que declare derechos subjetivos* 2245
C. *Acto lesivo* 2246
D. *Que sea regular* 2246
E. *Que haya sido notificado* 2247
F. *No es necesario que el acto agote la vía administrativa* 2247

4. *Requisitos de la actividad: declaración de lesividad* 2247
A. *Concepto* 2248
B. *Naturaleza Jurídica* 2248
C. *Fundamento* 2249
D. *Requisitos* 2249
IV. EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA: ¿INEXISTENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD? 2251
1. *El Ministerio Público como legitimado activo en el Contencioso Administrativo general* 2255
2. *El Consejo Nacional Electoral como legitimado activo en el Contencioso Administrativo Electoral* 2256
V. REFLEXIONES FINALES 2261
BIBLIOGRAFÍA 2263

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA

ALBERTO B. BIANCHI

I. PLANTEO 2265
II. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA 2268
1. *Enunciado* 2268
2. *Deferencia en caso de interpretación administrativa de las leyes* 2269
A. *La deferencia en caso de interpretación administrativa razonable* 2269
B. *Chevron v. NRDC. Dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa* 2272
3. *Bowles v. Seminole Rock y la deferencia en la interpretación administrativa de un reglamento* 2274
4. *Una primera síntesis* 2275
5. *Dificultades en la aplicación de Chevron* 2276
6. *La deferencia en materia tarifaria* 2278
7. *Ámbito de aplicación* 2281
A. *Los reglamentos en la Administración norteamericana* 2281
B. *Substantive rules v. adjudications* 2283
8. *Crítica doctrinaria a Chevron* 2284
III. LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN LA ARGENTINA 2285
1. *Planteo* 2285
2. *Los reglamentos en la Argentina Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos* 2286
3. *Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la revisión de los reglamentos* 2288
4. *La revisión judicial del acto administrativo* 2294
5. *La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la Administración* 2296
6. *Conclusiones sobre la doctrina de la deferencia en la Argentina* 2297

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE REGLAMENTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS 2298
1. *Rulemaking informal* 2299
2. *Rulemaking formal* 2301
3. *Negoiated rulemaking* 2302
4. *Los controles previos a su vigencia* 2302
A. *Control ejecutivo y legislativo* 2302
B. *La revisión judicial previa* 2304
V. CONCLUSIONES 2306

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO

MARGARITA ESCUDERO LEÓN

I. DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN TANTO EN LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA COMO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DICHAS SENTENCIAS 2310
II. SOLUCIONES QUE PRESENTA EL DERECHO COMPARADO 2313
1. *Francia* 2313
2. *España* 2314
3. *Italia* 2315
4. *Alemania* 2316
5. *Colombia* 2317
6. *Argentina* 2318
III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES APLICABLES EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA 2318
IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 2326
V. REFLEXIONES FINALES 2328
BIBLIOGRAFÍA 2329

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK

I. INTRODUCCIÓN 2331
II. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN Y SUS COMPETENCIAS 2333
1. *Descentralización* 2335
2. *La especialización de los juzgados* 2336
3. *Colegiación matizada* 2336
4. *Jerarquía* 2337
5. *Flexibilización* 2337
6. *Claridad de criterios* 2337
III. LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS 2338

IV. LA MATERIA DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS 2341
1. *Ámbito de lo contencioso administrativo* 2341
2. *La inactividad de la Administración* 2342
3. *El agotamiento de la vía administrativa* 2343
4. *Otros asuntos contencioso-administrativos* 2343
V. LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS 2344
1. *Los procedimientos en general* 2344
2. *El tema de las medidas cautelares* 2346
3. *Privilegios procesales* 2347
4. *Recursos frente a decisiones definitivas* 2348
VI. LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2348

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

I. EL CUADRO LEGAL GENERAL DE ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA ELECTORAL 2353
II. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL EN PARTICULAR 2355
1. *La mecánica procesal* 2355
2. *La Sentencia y sus posibles pronunciamientos* 2357
III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2.001: UN CASO LÍMITE QUE CERTIFICA EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL 2358
1. *Los hechos y el planteamiento de la litis* 2358
2. *El fallo y la argumentación que lo sostiene* 2360
IV. CONFIRMACIÓN DE ESTA TESIS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2363
V. CONSIDERACIONES FINALES 2364

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

FERNANDO GARRIDO FALLA

I. LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA 2367
1. *Los orígenes del contencioso-administrativo español* 2367
A. *La situación durante el Antiguo Régimen* 2367
B. *Los comienzos del Estado constitucional* 2367
C. *La instauración de la Justicia administrativa. Jurisdicción retenida y jurisdicción delegada* 2368
2. *La ley jurisdiccional de 1956: el proceso inter partes* 2369
3. *La nueva ley jurisdiccional de 1998* 2370

II. SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2371
1. *El recurso de inconstitucionalidad* 2372
2. *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí* 2372
3. *Por vía de cuestión de inconstitucionalidad* 2373
III. EL CONFLICTO ENTRE JURISDICCIONES CON MOTIVO DE RECURSO DE AMPARO 2374
IV. POSIBLES FÓRMULAS PARA EVITAR CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA 2379
V. EN PARTICULAR: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 2380

§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRA REFORMA INCONSTITUCIONAL)

AGUSTÍN GORDILLO

I. DA CAPO 2383
1. *La primera traición jurisprudencial de un Código* 2384
2. *Privación sistemática de justicia* 2384
3. *La duda del suicida* 2385
4. *El dique* 2386
5. *Otra traición* 2388
6. *Otro zigzag* 2389
II. "VERLA VENIR" 2390
1. *El Proceso. Memorias del Miedo* 2390
2. *El endeudamiento y la hecatombe* 2391
3. *La inaplicación del Código* 2391
4. *La autopreservación del Yo* 2392
III. SEPAN: QUE SABEMOS QUE SABEN 2392
1. *La ley de la irresponsabilidad* 2392
2. *¿Qué es esto de que no haya justicia?* 2393
IV. LA ADMINISTRACIÓN INDEFENSA 2394
V. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, ANTES DEL JUICIO: EL DICTAMEN PREVIO AL ACTO 2394
1. *La corrupción* 2396
2. *La urgencia* 2396
VI. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL JUICIO 2396
VII. LA DESESPERACIÓN, CONTRACARA DE LA EMERGENCIA 2397
1. *Primero, la jirafa azul* 2397
2. *Messineo* 2398
3. *Los plazos del dolo* 2398
VIII. LOS QUE NO PUEDEN ENTRAR 2399

1. *La responsabilidad civil* 2400
2. *El crimen de los custodios* 2400
3. *Jirafas azules, escorpiones, ranas, gatos* 2401
IX. "MANDARLA BUSCAR" 2403

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN

LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ

I. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO LEGADO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA 2405
II. EL ESTANCAMIENTO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS EL MOVIMIENTO DE CRÍTICAS Y LA MUTACIÓN DEL SISTEMA 2408
III. LAS GRANDES Y CONSTANTES REACCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. VIEJAS Y ÚLTIMAS REFORMAS (DE LA REVOLUCIÓN AL SIGLO XXI) 2412

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW

J. A. JOLOWICZ

TOMO III

CUARTA PARTE

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ

PEDRO NIKKEN

I. INTRODUCCIÓN 2439
II. EL ESTADO COMO EJECUTOR DIRECTO DE LA CONVENCIÓN 2443
1. *La adecuación del orden jurídico interno a la Convención* 2444
A. *El dilema inicial y su solución temprana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 2444
B. *Concepto actual en la jurisprudencia de la Corte: El artículo 2 de la Convención como garantía de los derechos humanos* 2449
C. *El artículo 2 de la Convención y la garantía de la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos* 2452
2. *El deber de reparar las violaciones de los derechos humanos* 2459
A. *La reparación de las violaciones a los derechos humanos en forma específica: restitución material* 2462
B. *El pago de una justa indemnización* 2466

C. *La indemnización del daño inmaterial* 2467
D. *La satisfacción como medio de reparación* 2468
III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ACTUACIONES DE PERSONAS, GRUPOS O ENTIDADES NO INVESTIDOS FORMALMENTE DE FUNCIONES OFICIALES 2471
1. *El Estado internacionalmente responsable por la acción de personas que no actúan investidas de funciones oficiales* 2472
2. *La violación de los derechos humanos por actos que interesan al Estado perpetrados por personas que no ostentan formalmente carácter oficial ni pretenden ejercer una función pública* 2475
IV. CONCLUSIÓN 2481

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 107. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

§ 108. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

JESÚS MARÍA CASAL H.

I. INTRODUCCIÓN 2515
II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA 2517
III. LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES 2518
IV. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES 2521
1. *Formales* 2522
A. *La reserva legal* 2522
B. *Determinación o precisión de la regulación* 2523
C. *Carácter orgánico de la ley* 2524
2. *Materiales* 2525
A. *Licitud del fin perseguido* 2525
B. *Proporcionalidad* 2526
C. *Intangibilidad del contenido esencial del derecho* 2528
D. *Compatibilidad con el sistema democrático* 2533
V. REFLEXIÓN FINAL 2534

§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL

ROBERTO CUELLAR M.

I. INTRODUCCIÓN 2537
II. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA SEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA: 2538
1. *Los efectos devastadores de la delincuencia* 2538
2. *La política y la criminalidad* 2539
III. LA SEGURIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 2541
IV. DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO EN EL TEMA DE LA SEGURIDAD 2543
V. LA SEGURIDAD CIUDADANA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNO 2545
1. *Políticas públicas integrales y programas de acción para la justicia* 2546
2. *Fortalecimiento de la Policía* 2547
VI. CONCLUSIONES 2548

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO

LUIS MOISSET DE ESPANES Y
MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN. DESARROLLO DE LA GENÉTICA 2549
II. PROYECTO GENOMA HUMANO 2551
III. DECLARACIONES DE VALENCIA SOBRE GENOMA Y ÉTICA 2552
1. *Primer Seminario. Valencia, 1988* 2552
2. *Segundo Seminario. Valencia, 1990* 2554
IV. DECLARACIÓN DE VALENCIA SOBRE ÉTICA Y EL PROYECTO GENOMA HUMANO 2554
V. DECLARACIÓN DE BILBAO SOBRE GENOMA Y DERECHO 2555
VI. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1997 2555
1. *Dignidad de la persona humana* 2556
2. *Derechos de las personas interesadas* 2556
3. *Investigaciones sobre genoma humano* 2557
4. *Otros aspectos* 2557
VII. LECTURA Y PUBLICACIÓN DEL GENOMA 2558

VIII. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL GENOMA HUMANO 2558
1. *Derecho a la vida y a la integridad física y moral* 2559
2. *Comienzo de la vida humana* 2559
3. *Dignidad de la persona* 2560
4. *Derecho a la intimidad* 2560
5. *Culpabilidad* 2562
6. *Manipulación genética y derecho penal* 2563
7. *El conocimiento del genoma y las relaciones laborales* 2563
8. *Genoma y contrato de seguro* 2565
9. *Patentabilidad del genoma* 2565
10. *Protección del medio ambiente* 2567
IX. PALABRAS FINALES 2567

2. *Principios de igualdad*

§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD

MIGUEL CARBONELL

I. INTRODUCCIÓN 2569
II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU SIGNIFICADO 2569
III. LA IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN 2571
IV. LA IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ALGUNOS RASGOS GENERALES 2573
V. LA IGUALDAD MATERIAL Y LAS CUOTAS ELECTORALES 2575
VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN 2577
BIBLIOGRAFÍA 2578

3. *Libertad de expresión*

§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC

ASDRÚBAL AGUIAR

I. INTRODUCCIÓN 2581
II. LEGITIMATIO AD CAUSAM DE LAS ONG'S E INHERENCIA HUMANA DE LA EXPRESIÓN LIBRE 2582
III. EL VALOR PRESCRIPTIVO DE LOS GENTLEMAN'S AGREEMENTS 2585
IV. LA DECLARACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA 2587
V. PRINCIPIOS DE CHAPULTEPEC 2588
1. *Libertad de expresión y democracia* 2589
2. *Derecho a la información* 2590
3. *Acceso a la información pública* 2591

4. *Debida reparación* 2591
5. *Inmunidad* 2592
6. *Igualdad de trato* 2593
7. *Independencia* 2594
8. *Libertad de asociación profesional* 2594
9. *Compromiso con la verdad* 2595
10. *Proscripción de leyes de desacato* 2596

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA

I. SU CARÁCTER LEGAL 2598
1. *El carácter preciso y concreto de la norma* 2601
2. *La accesibilidad o publicidad de la norma* 2605
3. *Las existencia de garantías procesales* 2606
II. LOS PROPÓSITOS QUE SE CONSIDERAN LEGÍTIMOS 2609
III. SU PROPORCIONALIDAD 2614
IV. SU NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA 2623
1. *Su estricta necesidad* 2623
2. *Su compatibilidad con una sociedad democrática* 2628
V. EL OBJETO DE LAS POSIBLES RESTRICCIONES 2635
1. *Las restricciones sobre el contenido del mensaje* 2636
2. *Las restricciones relativas al lugar, la oportunidad, y el modo del mensaje* 2637
VI. LA NATURALEZA DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS 2639
1. *La censura previa y las responsabilidades ulteriores* 2639
A. *El concepto de censura* 2640
B. *Los antecedentes históricos de la censura* 2641
C. *El debate sobre la pertinencia de la censura* 2644
2. *El derecho de rectificación o de respuesta* 2650
3. *Las restricciones por vías o medios indirectos* 2655
VII. COLOFÓN 2664

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

§ 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

LUCIA VALLE FIGUEIREDO

I. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 2665
II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 2666
III. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 2666
IV. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IGUALDADE MATERIAL 2668

V. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO DECORRÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 2669
VI. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS 2671
VII. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 2672

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

SALVADOR LEAL WIHELM

I. INTRODUCCIÓN 2677
II. EL ACCESO A LA JUSTICIA 2678
III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES 2678
IV. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS 2679
V. LAS PROPUESTAS USUALES DE SOLUCIÓN 2680
VI. LAS LIMITACIONES LEGALES 2682
VII. CONCLUSIONES 2685
BIBLIOGRAFÍA 2685

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA

LEÓN HENRIQUE COTTIN

I. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961 2689
II. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 2690
III. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA 2692
IV. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER Y CONTROLAR LAS PRUEBAS 2695
V. EL AMPARO COMO VÍA RESTABLECEDORA DE LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABER TENIDO DERECHO A ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER SU CONTROL 2699
VI. CONCLUSIONES 2701

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA

I. EVOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS Y LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRETENSIONES DE ANULACIÓN Y DE LAS MAL LLAMADAS DE PLENA JURISDICCIÓN 2703
1. *El recurso por exceso de poder como un supuesto recurso objetivo y el requisito del interés. Breve análisis de la historia del asunto en Francia, Italia, Alemania y España* 2704
2. *Cuál es el objeto de la tutela judicial, además de los derechos subjetivos perfectos* ¿? 2706

II. EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR. DERECHOS SUBJETIVOS, INTERESES LEGÍTIMOS O REACCIONALES. INTERESES COLECTIVOS 2708
1. *El interesado en el procedimiento administrativo. Requisitos. Capacidad y representación* 2708
2. *La concepción del contencioso administrativo como tutela de derechos e intereses legítimos. Legitimación para recurrir: derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales. Intereses colectivos y los medios de protección* 2710
A. *El Contencioso Administrativo como un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses. El principio constitucional* 2710
B. *Legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales* 2711
C. *Intereses legítimos colectivos e intereses difusos. En que consisten ¿? Medios de protección* 2713
III. CONCLUSIONES 2716
BIBLIOGRAFÍA 2717

§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

FLOR MARÍA AVILA HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN 2719
1. *El Modelo de Derechos Fundamentales de la Constitución de 1999* 2722
A. *El proceso de expansión y especificación de los derechos humanos. Los derechos de participación* 2724
B. *Los valores superiores de solidaridad, democracia y responsabilidad social* 2727
2. *La naturaleza jurídica y fundamento de los intereses colectivos y difusos* 2728
A. *La Calidad de la vida como bien jurídico protegido por los intereses colectivos y difusos* 2731
3. *La tutela de los intereses colectivos y difusos en el marco del modelo de derechos de la Constitución de 1999* 2734
4. *La jurisprudencia nacional sobre los intereses colectivos y difusos* 2736
5. *Los intereses colectivos y difusos en Italia* 2739
II. CONSIDERACIONES FINALES 2742
BIBLIOGRAFÍA 2742

§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS

JUAN CARLOS HENAO

I. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO EN DERECHO COLOMBIANO 2750
II. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN DERECHO COLOMBIANO 2762

III. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO Y DE LOS COLECTIVOS EN DERECHO FRANCÉS 2768
IV. CONCLUSIÓN 2787

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES

MARIOLGA QUINTERO TIRADO

I. INTRODUCCIÓN 2791
II. EL ABUSO Y LA MORALIZACIÓN DEL PROCESO 2792
1. *Presentación* 2792
2. *Del fraude* 2794
III. PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL FRAUDE 2796
IV. DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA 2797
V. RESPONSABILIDADES 2799
VI. DE LA TRANSPARENCIA PROCESAL 2801
VII. CONCLUSIONES 2803
BIBLIOGRAFÍA 2803

5. *La libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA

HUMBERTO BRICEÑO LEÓN

I. INTRODUCCIÓN 2807
II. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EN VENEZUELA SOBRE LA LIBERTAD DE CULTO 2808
III. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y THE FREE EXERCISE CLAUSE 2812
1. *The Free Exercise Clause* 2812
2. *Establishment Clause* 2812
IV. CONCLUSIONES 2813

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO

ASDRÚBAL GRILLET CORREA

I. INTRODUCCIÓN LA SANCIÓN DEL ADOLESCENTE EN EL DERECHO PENAL JUVENIL 2815
II. ANTECEDENTES Y CONTENIDO 2816
III. EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE COMO SUJETOS DE DERECHOS 2821
IV. ¿IMPUTABILIDAD-INIMPUTABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES? 2826
V. DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES 2828

VI. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL JUVENIL 2830
1. *Principio de interés superior del niño* 2831
2. *Principio de igualdad y no discriminación* 2831
3. *Principio de mínima intervención y principio de oportunidad* 2832
VII. GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL JUVENIL 2835
VIII. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICABLES AL ADOLESCENTE INFRACTOR 2843
1. *Amonestación* 2851
2. *Imposición de reglas de conducta* 2851
3. *Servicios a la comunidad* 2852
4. *Libertad asistida* 2852
5. *Semilibertad* 2853
6. *Privación de libertad* 2854
IX. RESUMEN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE 2856
X. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS 2859
XI. PROCEDIMIENTO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE 2860
1. *Fase preparatoria o de investigación* 2860
2. *Fase intermedia* 2861
3. *Fase de juicio oral* 2862
XII. CONCLUSIÓN 2863
BIBLIOGRAFÍA 2864

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD

JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL

I. INTRODUCCIÓN 2867
II. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA SALUD 2868
1. *Opinión pública sobre la salud.* 2868
2. *La salud y el derecho alimentario.* 2869
3. *Acceso a los medicamentos* 2870
III. EL DERECHO A LA SALUD 2871
1. *El concepto:* 2871
A. *El conjunto de derechos que tienen las personas dentro de un Estado* 2872
B. *El conjunto de obligaciones que tiene el Estado dentro del ámbito de su competencia* 2872
C. *Garantía a las personas bajo su jurisdicción de un estado de bienestar físico, mental y social* 2873
2. *Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho interno* 2874
3. *Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho Internacional* 2877
IV. COLOFÓN 2879
BIBLIOGRAFÍA 2886

§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN

LUIS PAULINO MORA MORA

I. MOTIVACIÓN 2889
II. INTRODUCCIÓN 2889
III. EL EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE 2891
IV. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD 2894
V. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN 2895
VI. CONCLUSIONES 2897

§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA

JOSÉ BERMEJO VERA

I. INTRODUCCIÓN 2899
II. INTERVENCIONISMO LEGAL DERIVADO DE LA OBLIGACIÓN DE FOMENTAR EL DEPORTE 2901
III. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS SOBRE EL DEPORTE 2903
IV. EL MODELO DEPORTIVO ESTATAL: LA FÓRMULA DE DELEGACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS EN LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS 2905
1. *La organización administrativa estatal* 2906
2. *El asociacionismo deportivo* 2906
3. *Las Federaciones Deportivas* 2908
4. *Las Ligas Profesionales* 2910
V. OTROS ÁMBITOS DE CORRESPONSABILIDAD DEPORTIVA 2910
VI. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MERCANTILIZACIÓN O PROFESIONALIZACIÓN EN EL DEPORTE 2911
VII. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN DE LOS DEPORTISTAS ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA 2913
BIBLIOGRAFÍA 2915

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ

I. INTRODUCCIÓN 2917
II. EL AMBIENTE EN EL PREÁMBULO 2919
III. EL AMBIENTE EN EL TÍTULO III DE LOS DEBERES, DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS 2920
IV. EL AMBIENTE COMO COMPETENCIA DEL PODER PÚBLICO LA NATURALEZA CONCURRENTE DE LA COMPETENCIA EN MATERIA AMBIENTAL 2921

V. EL AMBIENTE EN EL CAPÍTULO DEL PODER CIUDADANO 2922
VI. EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO 2922
VII. EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN 2922
VIII. EL AMBIENTE Y LA ACCIÓN DE AMPARO 2923

§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS DERECHOS AMBIENTALES

GERMÁN ACEDO PAYARÉZ

I. INTRODUCCIÓN 2925
1. *La realidad venezolana y la opinión de un tercero* 2925
2. *Ambiente* 2925
3. *Derecho al ambiente* 2926
4. *Derechos ecológicos* 2927
5. *Derecho a la conservación ambiental* 2928
6. *Contenido del Derecho a la Conservación Ambiental propuesto por el profesor Kiss* 2928
7. *Origen histórico de las normas sobre protección al ambiente* 2931
II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL INSERTA EN LA GACETA OFICIAL Nº 5 EXTRAORDINARIO DEL 24 DE MARZO DEL 2000 2931
1. *Capítulo de la nueva Constitución exclusivamente destinado, por entero, a la materia de los derechos ambientales* 2933
A. *Derechos y deberes en lo ambiental* 2933
(a) *Carencia de contrapeso entre derechos y deberes* 2934
(b) *Los deberes constitucionales no aluden a lo ambiental, ni a los deberes ecológicos ni a los ambientales* 2934
(c) *Alcance del término personas. Interpretación que consideramos procedente* 2935
(d) *El principio de ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus* 2936
B. *No posibilidad de jerarquizar, entre sí, categorías de derechos y garantías salvo ab initio por el propio texto constitucional o por los Jueces* 2936
C. *Derechos y garantías constitucionales envuelven una materia de especial significación para la generalidad de las personas* 2937
D. *Constituciones que ha tenido Venezuela* 2938
E. *En materia de derechos ambientales, la Constitución de 1999 no encierra ningún acto especial presuntamente derivado del hecho de habérsele dedicado todo un capítulo* 2938
F. *Juicios de valor en materia de comparación del mérito de los textos legales presupone decantación a través del transcurso del tiempo* 2940
2. *Queda relegado el conservacionismo anterior, clásico, sobre la materia* 2940
A. *Se hizo lo que pudo hacerse. Juicios de valor* 2940
B. *Artículo 106 de la Constitución de 1961. Algunas consideraciones sobre lo obtenido durante la vigencia de dicho texto constitucional* 2941

C. *Las minas son para ser explotadas legal y racionalmente con estricta sujeción a los requisitos de la legislación ambiental* 2943
D. *Legislación ambiental y algunos impasses observados en nuestro medio* 2943
E. *La propiedad de las minas en Venezuela* 2943
3. *Preámbulo de la Constitución* 2943
A. *Definición de Preámbulo* 2943
B. *Preámbulos constitucionales* 2944
C. *Preámbulo de la Constitución de 1961* 2944
D. *Materia ambiental y recursos naturales: su diferenciación* 2944
4. *Garantía de desarrollo sustentable y preservación del patrimonio de las futuras generaciones* 2944
A. *Exposición de Motivos de 1999* 2944
B. *Análisis* 2944
(a) *Lo sustentable* 2944
(b) *Las expresiones progreso indiscriminado y desastre ecológico* 2945
(c) *Lo futuro no puede condicionar el presente* 2945
(d) *Equilibrio MARNR/Particulares y empresarios. Algunas sugerencias elementales para el Sector Oficial del Ambiente* 2945
(e) *Recurso minero y ambiente objetos de abandono por el Estado Venezolano* 2946
(f) *Especificidad de la función jurisdiccional. Definición judicial acerca de la figura de los Jueces en Venezuela.* 2947
a'. *Comprender a los jueces* 2947
b'. *¿Qué es un Juez? ¿Qué hace? ¿Cómo se le define?* 2947
c'. *Significado de la función judicial y su importante vinculación con el Derecho Ambiental de reciente data en Venezuela como rama autónoma* 2947
d'. *Aumento indiscriminado del parque judicial. Qué hacer mientras tanto. Recomendaciones prácticas* 2947
e'. *Pajaritos y el Poder Judicial venezolano* 2947
(g) *Fe en la administración de justicia, incluyendo obviamente el área ambiental* 2948
(h) *Constitución venezolana de 1999. Derechos y deberes ambientales y los derechos de las generaciones futuras* 2948
5. *Desarrollo de la seguridad ambiental* 2949
A. *Fábricas y complejos industriales* 2949
B. *LOCYMAT* 2949
C. *Previsiones inaplicables en apreciable porcentaje* 2950
6. *Responsabilidades del Estado* 2950
A. *Desarrollo ecológico* 2950
7. *Política de ordenación del territorio* 2951
A. *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* 2951
B. *Territorio y ambiente* 2951
8. *Contratos de la República y asignación de permisos (Cláusula implícita)* 2951

A. *Cláusula implícita* 2951
(a) *La tecnología* 2959
(b) *Restablecer el ambiente a su estado natural* 2953
(c) *¿Qué quiso significar el Constituyente de 1999 con la frase inserta al final del artículo 129 de la Constitución?* 2954
(d) *Las cosas no son gratuitas* 2954
9. *Obligaciones de diverso contenido:* 2954
A. *Educación ambiental (obligatoriedad)* 2954
B. *Lo tributario y la cuestión ambiental. Sugerencias y recomendaciones* 2955
C. *¿Puede una obligación legal tener su fuente u origen en la citada exposición de motivos de un texto legal, incluyendo la de una Constitución? ¿O en su Preámbulo? ¿Qué si se tratase de un derecho de los administrados?* 2955
10. *Limitaciones a la libertad derivadas de la protección del ambiente* 2956
11. *Bienes del dominio público* 2957
A. *Aguas de dominio público* 2957
B. *Agricultura sustentable* 2958
12. *Protección del hábitat de los pueblos indígenas* 2958
III. AUSENCIA DE CONCORDANCIA ENTRE (A) LA "EXPOSICIÓN DE MOTIVOS" Y (B) LOS ARTÍCULOS 127, 128 Y 129. ALGUNOS CASOS EN LOS CUALES SE OBSERVA CARENCIA DE PRECISA CORRESPONDENCIA ENTRE (A) Y (B). ANÁLISIS JURÍDICO. CONSECUENCIAS. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN ACERCA DE LA NUEVA PRECEPTIVA CONSTITUCIONAL EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES 2959
1. *Objeto de la Exposición de Motivos de una Ley* 2959
2. *Exposición de Motivos clásica o tradicional en Venezuela* 2960
3. *Análisis de casos concretos o específicos* 2960
A. *Un primer caso de correspondencia* 2960
B. *Un segundo caso de correspondencia* 2961
C. *Otros casos o supuestos* 2961
4. *Problema de interpretación grave* 2961
5. *Consecuencias de una interpretación en sentido contrario a la previamente expuesta* 2962
IV. OTROS ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE POSIBLE INTERÉS GENERAL 2962
1. *Constituciones de 1961 y de 1999* 2962
A. *"Pacto de San José de Costa Rica"* 2963
B. "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"* 2963
C. *Constitución de la República de Venezuela de 1961* 2963
D. *Sujetos activos de los derechos y garantías constitucionales. Breve referencia incidental* 2964
E. *Algunas empresas y fundaciones* 2965
F. *Reciente decisión de un Tribunal de la República de Francia, uno de los países cuna de la libertad* 2965

2. *Textos legales relacionados con la materia ambiental anteriores al siglo XXI:* 2965
A. *Establecimiento del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (1976)* 2966
B. *¿Qué ocurrió antes de 1976?* 2966
C. *Brevísima referencia al poco examinado período de nuestra Colonia:* 2967
D. *Desarrollo legislativo versus realidad. Intento de aproximación a un juicio crítico* 2967
E. *TEOFRASTO* 2967
F. *MALTHUS* 2968
G. *HUMBOLDT* 2969
H. *VON LIEBIG* 2969
I. *DARWING* 2969
3. *No existe orden de prelación a priori entre los diversos derechos y garantías constitucionales previstos en nuestras Constituciones:* 2970
A. *Ubicación de los derechos ambientales en el Texto Constitucional de 1999* 2970
B. *¿Alguna razón para haber ubicado a los derechos ambientales en el sitio en que lo fueron dentro del Texto Constitucional?* 2971
(a) *Los Jueces vistos como solucionadores finales de los conflictos* 2971
C. *Ranking o graduación de algunos determinados derechos constitucionales* 2972
D. *Diferencias y colisiones entre los derechos constitucionales* 2972
4. *Declaración de Derechos de Virginia (1776)* 2973
V. ARTÍCULOS 127, 128 Y 129 DE LA CONSTITUCIÓN: 2973
1. *Contenido básico de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de 1999* 2973
2. *Vigencia de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución:* 2973
3. *Breve referencia a LOCYMAT* 2974
4. *Vigencia de la Exposición de Motivos de la Constitución y de su Preámbulo* 2974
5. *¿Quid si no se promulgase en un futuro la nombrada Ley Orgánica de Ordenación del Territorio*? 2974
VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES 2974
1. *Derechos Humanos y Garantías: Responsabilidades del Poder Público Nacional. Relevancia del Poder Judicial* 2975
2. *Control difuso de la Constitución* 2975
3. *Inmensa responsabilidad de los Jueces venezolanos* 2976
4. *Exposición de (A) Motivos de la Constitución actualmente en vigor, su (B) Preámbulo y (C) los artículos 127, 128 y 129* 2976
VII. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL NOVÍSIMO PARECERÍAN MARCHAR PARI PASSU SALVO PRUEBA EN EN CONTRARIO 2977
1. *La imagen de los derechos y garantías constitucionales* 2978
2. *Prueba en contrario de la aplicación del pari passu en materia de derechos y garantías constitucionales* 2978
3. *¿A quién corresponde desaplicar el principio del pari passu*? 2978

§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LUCIANO PAREJO ALFONSO

I. EL ARTÍCULO 45 CE Y LA PROGRAMACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. 2979
1. *El medio ambiente, principio rector.* 2979
2. *El medio ambiente, simultáneamente mandato a los poderes públicos y derecho-deber de todos.* 2980
II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEDIOAMBIENTAL Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. 2982
1. *El planteamiento primero o tradicional, que responde a la forma inicial de acometer la dificultad inherente a la asimetría de la materia medio ambiental.* 2982
2. *El planteamiento extremo: el medio ambiente como derecho subjetivo constitucional.* 2984
3. *El nuevo planteamiento que tiende a afirmarse: el ensayo de superación de las dificultades de la subjetivización del medio ambiente sobre la base de la reinterpretación del contenido del título I CE.* 2985
BIBLIOGRAFÍA 2994

§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA

ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO

I. INTRODUCCIÓN 2995
II. LOS DERECHOS HUMANOS SUSTANTIVOS DEL CIUDADANO, FRENTE AL AMBIENTE 2997
1. *El derecho al principio de legalidad:* 2997
2. *El derecho a la irretroactividad de la ley:* 2998
3. *El derecho a la igualdad:* 2998
4. *El derecho al carácter restablecedor de las reparaciones ambientales:* 2998
5. *El derecho a la función ambiental de la propiedad:* 2999
6. *El derecho al non bis in idem:* 2999
7. *El derecho al acatamiento de la división vertical del poder:* 2999
8. *El derecho a la conservación ambiental:* 3001
III. LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS CIUDADANOS, FRENTE AL AMBIENTE 3002
1. *El derecho de acceso a la justicia:* 3002
2. *El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la participación*: 3003
3. *El derecho a los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos:* 3006
4. *El derecho de amparo*: 3006
5. *El derecho de amparo internacional:* 3007

6. *El derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta*: 3007
7. *El derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos:* 3008
IV. CONCLUSIONES 3008

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

DANTE CAPONERA

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMAS

GERARDO PUERTAS GÓMEZ

I. INTRODUCCIÓN 3015
II. NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS 3020
1. *Exposición del Tema* 3020
A. *Constitución y Antecedentes en México* 3021
B. *Leyes Supremas de otros Países* 3024
2. *Análisis Comparativo* 3028
3. *Propuesta de Reformas* 3030
III. CONCEPTO DE PROPIEDAD 3031
1. *Exposición del Tema* 3031
A. *Constitución y Antecedentes en México* 3031
B. *Leyes Supremas de otros Países* 3033
2. *Análisis Comparativo* 3035
3. *Propuesta de Reformas* 3037
IV. CONCLUSIONES 3038

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

I. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO PRIVADO DE LOS CIUDADANOS 3039
II. LA DIFERENCIA CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA ENTRE DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN SU FUNCIÓN SOCIAL Y EXPROPIACIÓN. EL ÁMBITO LÍCITO DE DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR 3042
III. EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA: LA DISTINCIÓN BÁSICA ENTRE TAKING Y REGULATION 3044
IV. EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN 3046

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO 3049
VI. EL CASO DE FRANCIA. DUGUIT. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DU FAIT DES LOIS Y SU VERDADERO ALCANCE. LA ADOPCIÓN POR EL CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN 3052
1. *La doctrina de Duguit* 3053
2. *El arrêt La Fleurette de 14 de enero de 1938* 3054
3. *La jurisprudencia ulterior* 3055
4. *La adopción expresa del criterio taking-regulation por el Conseil Constitutionnel* 3056

§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

ISABEL BOSCÁN DE RUESTA

I. INTRODUCCIÓN 3061
II. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS
1. *Las personas* 3063
A. *Las personas naturales y las personas jurídicas* 3063
B. *Las personas jurídicas públicas y privadas* 3063
C. *El Estado como persona. Los conceptos de Estado, Nación, República, País y Patria* 3064
D. *La denominación del Estado en las constituciones venezolanas* 3064
E. *Equivalencia de los términos Estado, País, Nación y República en los textos constitucionales* 3065
2. *El Estado como propietario* 3067
A. *El derecho de propiedad. Diversos regímenes jurídicos* 3067
B. *Titularidad de los bienes públicos* 3068
III. PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS 3070
1. *Origen. La Etapa Colonial* 3070
A. *Primer período. 1526 - 1783: Los hidrocarburos pertenecen al propietario del suelo* 3070
(a) *Edicto Real del 9 de diciembre de 1526* 3070
(b) *Declaración Real del 17 de diciembre de 1551* 3070
(c) *Ordenanzas de San Lorenzo del 22 de agosto de 1584* 3071
(d) *Las Leyes de Indias* 3071
(e) *Recopilación de las Leyes de Indias del 18 de mayo de 1680* 3071
B. *Segundo Período. Desde 1783 los hidrocarburos se incluyen dentro de las minas y pertenecen a la Corona* 3071
(a) *Ordenanzas de Minería para la Nueva España del 22 de mayo de 1783* 3071
(b) *Real Cédula del 27 de abril de 1784* 3071
2. *La Primera Etapa Republicana. 1824-1864: La Propiedad de los Hidrocarburos es de la República* 3071

A. *El Decreto de 1829 del Libertador Simón Bolívar* 3072
B. *Resolución del Congreso del 29 de abril de 1832* 3072
C. *Primer Código de Minas del 20 de mayo de 1864* 3072
3. *Segunda etapa 1864-1953: Los Hidrocarburos pertenecen a los estados* 3073
A. *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864* 3073
B. *Constitución de 1874* 3073
C. *Constitución de 1881* 3074
D. *Las Leyes de Minas dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1881* 3074
(a) *Ley de Minas del 13 de marzo de 1883* 3074
(b) *Código de Minas del 23 de mayo de 1885* 3074
(c) *Ley del 30 de mayo de 1887, sobre Minas de la República* 3074
E. *Constituciones de 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922* 3075
F. *Constitución de 1925* 3075
G. *Constituciones de 1929, 1931, 1936 y 1945* 3075
H. *Constitución de 1947* 3075
I. *Leyes de Minas y Leyes sobre Hidrocarburos dictadas entre 1891 y 1947* 3076
(a) *Código de Minas del 30 de junio de 1891* 3076
(b) *Código de Minas del 29 de marzo de 1893. Código de Minas del 23 de enero de 1904. Ley de Minas del 14 de agosto de 1905. Código de Minas del 16 de agosto de 1909* 3076
(c) *Código de Minas del 29 de junio de 1910* 3076
(d) *Ley de Minas del 26 de junio de 1915* 3076
(e) *Ley de Minas del 7 de junio de 1918* 3076
(f) *Ley de Minas del 26 de junio de 1920* 3076
(g) *Leyes sobre hidrocarburos del 1920-1921-1922-1925- 1928-1935-1936-1938 y 1943* 3076
4. *Tercera etapa 1953 - 1961: Eliminación de la referencia de los Estados como propietarios de los hidrocarburos* 3077
A. *Constitución de 1953* 3077
B. *Constitución de 1961* 3077
C. *Ley que reserva al Estado la industria y el comercio de los Hidrocarburos (Ley de Nacionalización)* 3078
5. *Situación Actual: Los Hidrocarburos pertenecen a la república* 3078
A. *Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos del 23 de septiembre de 1999* 3078
B. *Constitución de 1999* 3078
C. *Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos del 13 de noviembre del 2001* 3078
IV. CONCLUSIONES 3079

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO

GIUSEPPE ROSITO ARBIA

I. EL MARCO LEGAL URBANÍSTICO EN VENEZUELA 3082
II. PLANIFICACIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD 3083
1. *Planificación* 3085
A. *¿Qué es la planificación urbanística*? 3085
B. *¿Quién planifica*? 3085
C. *¿Cómo se planifica*? 3085
2. *Planes* 3086
A. *El Plan Nacional de Ordenación del Territorio (PNOT)* 3086
B. *Los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (PROT)* 3087
D. *Los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL)* 3088
(a) *¿Quién los elabora*? 3088
(b) *¿Qué pasa con el proyecto una vez elaborado*? 3088
(c) *¿Pueden los particulares participar en la elaboración del plan?* 3088
(d) *¿Cómo saben los particulares a partir de cuándo pueden participar*? 3089
(e) *¿Son vinculantes las observaciones y alegatos de los particulares?* 3089
(f) *¿Qué sucede después que termina el plazo para las observaciones?* 3089
(g) *¿Tiene el Concejo Municipal obligación de hacer público el Plan antes de su Publicación el la Gaceta Municipal*? 3089
(h) *¿Qué pasa si vencido el plazo el Municipio se pronuncia*? 3090
(i) *¿Puede modificarse o reformarse el Plan una vez aprobado*? 3090
(j) *¿Pude dictarse el Plan de Desarrollo Urbano Local si no existe Plan de Ordenación Urbanística*? 3090
(k) *¿Qué papel juegan las Ordenanzas de Zonificación*? 3090
E. *Los Planes Especiales* 3091
F. *Los Planes Particulares* 3092
III. CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE URBANIZACIONES Y EDIFICACIONES POR PARTE DE LOS PARTICULARES 3092
1. *Control previo* 3093
2. *Control concomitante* 3095
3. *Control posterior* 3097
IV. LA PRESCRIPCIÓN EN DERECHO URBANÍSTICO 3097
1. *Prescripción de la potestad sancionatoria* 3098
2. *Prescripción de la sanción* 3101
V. CONTROL JUDICIAL 3102
BIBLIOGRAFÍA 3105

§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS

CARLOS AYALA CORAO

I. INTRODUCCIÓN 3107
II. LOS ACTOS ESTATALES RELATIVOS A LAS ZONAS DE SEGURIDAD 3110
1. *La Ley Orgánica de Seguridad y Defensa* 3111
2. *La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación* 3115
3. *El Reglamento Parcial Nº 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad* 3116
4. *Los Decretos emanados del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002* 3118
5. *Las Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa de fecha 19 de septiembre de 2002* 3119
III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD 3120
1. *Las restricciones impuestas al derecho de propiedad: la violación del contenido esencial del derecho* 3122
2. *Las restricciones irrazonables y arbitrarias impuestas* 3124
3. *Las cargas impuestas sin indemnización compensatoria* 3129
4. *La reserva legal de las limitaciones y restricciones a la propiedad* 3131
IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD 3132
V. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL ELECTO 3138
VI. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN 3140
VII. LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DECLARAR EL EL ESTADO DE EMERGENCIA 3141
VIII. LA GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL 3143
IX. CONCLUSIÓN 3147

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO

JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

I. INTRODUCCIÓN 3151
II. BREVE REFERENCIA DE LA DOCTRINA EXTRANJERA EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DE TRIBUTOS CONFISCATORIOS 3152
III. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA PATRIA EN CUANTO A TRIBUTOS CONFISCATORIOS, EL PRINCIPIO DE NO CON-FISCATORIEDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES 3154
IV. LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS 3167

V. LA DETERMINACIÓN O BÚSQUEDA DE LÍMITES CUANTITATIVOS FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS 3170
VI. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER TRIBUTARIO 3176
VII. LA GARANTÍA JUDICIAL LA GARANTÍA DE LAS GARANTÍAS COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS TRIBUTACIONES CONFISCATORIAS 3183
VIII. CONCLUSIÓN 3184

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO

LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ

I. INTRODUCCIÓN 3187
II. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO INTERNO 3190
III. LA CONSAGRATORIA DE LOS DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES 3195
IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIONAMIENTO DE LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA TRIBUTARIO 3204
1. *Los criterios de racionalidad* 3207
A. *Criterios de racionalidad económica* 3208
B. *Criterios de racionalidad financiera* 3214
C. *Los criterios de racionalidad administrativa* 3219
(a) *Las funciones administrativas* 3221
(b) *La función legislativa* 3224
(c) *La función jurisdiccional* 3226
V. CONCLUSIONES 3227

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO "IMPUESTO" AL DÉBITO BANCARIO

JOSÉ MUCI-ABRAHAM

I. RESEÑA DE ANTECEDENTES 3231
II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL IMPUESTO AL DÉBITO? 3231
III. LA PROPIEDAD Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.961 3233
IV. LA PROPIEDAD, LA EXPROPIACIÓN Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.999 3233
V. CONSECUENCIAS ADVERSAS DEL IMPUESTO AL DÉBITO 3234
VI. OTRAS TRANSGRESIONES CONSTITUCIONALES 3235
VII. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE ESTABLECIÓ EL IMPUESTO? 3237
VIII. CONTENCIOSO SOBRE EL DÉBITO 3238

§ 140. LA NOCIÓN DE *DESVALORIZACIÓN* POR *INFLACIÓN* COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

HUMBERTO ROMERO-MUCI

I. INTRODUCCIÓN 3239
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL 3242
1. *Justificación fiscal del tributo* 3242
2. *Fundamentos de la opinión de la Administración Tributaria que considera el Impuesto al Activo Empresarial como un tributo al patrimonio* 3245
III. LA DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN COMO REEXPRESIÓN DEL PATRIMONIO NETO INICIAL 3247
IV. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA OPINIÓN ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL 3256
1. *Contradicción con los fines del sistema de corrección monetaria a la renta* 3256
2. *Interferencia en la asignación de recursos* 3261
V. IRRACIONALIDAD DE LAS FÓRMULAS PRESUNTIVAS ABSOLUTAS PARA EL CÁLCULO DE LA RENTA 3266
VI. CONCLUSIONES FINALES 3268
BIBLIOGRAFÍA 3269

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?

MANUEL RACHADELL

I. EL ARREGLO INSTITUCIONAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS 3271
1. *Los Antecedentes* 3271
2. *El debate en la Asamblea Nacional Constituyente* 3274
A. *El debate sobre las disposiciones constitucionales* 3274
B. *El debate sobre la Ley Especial* 3276
3. *El diseño constitucional y su desarrollo legislativo* 3277
A. *El Distrito Capital* 3277
B. *El Distrito Metropolitano de Caracas* 3278
(a) *La naturaleza jurídica* 3279
(b) *El ámbito territorial* 3281
(c) *El régimen organizativo* 3282
4. *El debate en la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 3285
A. *La competencia de la Sala* 3286
B. *Sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas* 3287
C. *Sobre el Distrito Capital* 3287
D. *Sobre el carácter asimétrico del Distrito Metropolitano de Caracas* 3288
E. *El régimen de las competencias* 3288
F. *El régimen de las transferencias de competencias* 3290

II. EL RÉGIMEN HACENDÍSTICO DEL DISTRITO CAPITAL Y DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS 3291
1. *El inicio de la controversia* 3291
2. *El régimen tributario* 3292
A. *Aspectos generales* 3292
B. *El Criterio de la Sala Constitucional* 3294
(a) *La recaudación por venta de especies fiscales* 3294
(b) *El caso de los minerales no metálicos* 3295
(c) *La participación en el peaje* 3296
C. *El Criterio de los Proyectistas de la Asamblea Nacional* 3296
3. *Transferencias de recursos y régimen presupuestario* 3292
A. *El Situado* 3300
B. *El FIDES* 3300
C. *La LAEE* 3301
D. *El Fondo de Compensación Interterritorial* 3302
E. *El Régimen Presupuestario* 3303
III. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVO RÉGIMEN PARA EL DISTRITO CAPITAL 3304
1. *Consideraciones previas* 3304
A. *Ley del Distrito Capital como ley de división políticoterritorial* 3304
B. *La cuestión de las autoridades del Distrito Capital* 3305
2. *El proyecto de ley orgánica sobre el régimen del Distrito Capital* 3306
A. *Contenido del Proyecto* 3306
(a) *La fundamentación* 3306
(b) *La figura del Municipio único en el ámbito del Distrito Capital* 3307
(c) *La organización del Distrito Capital* 3307
(d) *La hacienda pública distrital* 3307
(e) *Otras disposiciones del Proyecto* 3308
3. *Nuestra opinión sobre la reforma proyectada* 3309
A. *La simplificación del esquema conceptual* 3309
B. *El costo de la reforma* 3309
C *Otra opción* 3310
IV. REFLEXIONES FINALES 3311

SEXTA PARTE

VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL

JOSÉ DEL REY FAJARDO

I. LA GEOPOLÍTICA JESUÍTICA EN LA SUDAMÉRICA COLONIAL 3315
II. EL PAISAJE NATURAL Y HUMANO DE LA ORINOQUIA 3322

III. EL POBLAMIENTO, LA REDUCCIÓN Y LA CULTURA REDUCCIONAL 3326
BIBLIOGRAFIA 3335

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA

JACQUELINE LEJARZA A.

I. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA PRE-REPUBLICANO 3339
1. *Sistema precolombino* 3339
2. *Sistema Colonial* 3342
A. *Repercusión de las ideas políticas y jurídicas hispano-indias en el movimiento revolucionario venezolano* 3342
B. *La colonización en Venezuela.* 3343
(a) *Instituciones sociales en la colonia* 3344
(b) *Instituciones políticas en la colonia.* 3345
II. MOVIMIENTOS EMANCIPADORES PREVIOS A LA REVOLUCIÓN VENEZOLANA DE 1810 3349
III. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS FUNDADORES 3352
1. *Aportes de la Revolución Amerciana (1976)* 3352
2. *Aportes de la Revolución Francesa* 3353
3. *Pensamiento de los Precursores* 3354
A. *Pensamiento político republicano de Miranda* 3354
B. *Pensamiento ordenador de Bolívar* 3355
IV. MOVIMIENTO REVOLUCIONARIO Y CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA 3357

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO

CARLOS A. CASANOVA

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

SONIA PICADO

I. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ÉTICA 3377
II. LA CORRUPCIÓN COMO ANTI-ÉTICA 3379
III. RETOS Y POSIBLES SOLUCIONES 3381
IV. INSTANCIAS INTERNACIONALES 3382

CURRICULUM VITAE
ALLAN R. BREWER-CARÍAS. 3383